

MARC COUTURE
MARCEL DUBÉ
PIERRICK MALISSARD



PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE ET UNIVERSITÉ

Entre la libre circulation des idées et la privatisation des savoirs

PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE ET UNIVERSITÉ

PRESSES DE L'UNIVERSITÉ DU QUÉBEC
Le Delta I, 2875, boulevard Laurier, bureau 450
Québec (Québec) G1V 2M2
Téléphone : 418-657-4399 • Télécopieur : 418-657-2096
Courriel : puq@puq.ca • Internet : www.puq.ca

Diffusion / Distribution :

CANADA et autres pays

PROLOGUE INC.
1650, boulevard Lionel-Bertrand
Boisbriand (Québec) J7H 1N7
Téléphone : 450-434-0306 / 1 800 363-2864

SUISSE

SERVIDIS SA
Chemin des Chalets
1279 Chavannes-de-Bogis
Suisse

FRANCE

AFPUD
SODIS

BELGIQUE

PATRIMOINE SPRL
168, rue du Noyer
1030 Bruxelles
Belgique

AFRIQUE

ACTION PÉDAGOGIQUE
POUR L'ÉDUCATION ET LA FORMATION
Angle des rues Jilali Taj Eddine
et El Ghadfa
Maârif 20100 Casablanca
Maroc



La *Loi sur le droit d'auteur* interdit la reproduction des œuvres sans autorisation des titulaires de droits. Or, la photocopie non autorisée – le « photocopillage » – s'est généralisée, provoquant une baisse des ventes de livres et compromettant la rédaction et la production de nouveaux ouvrages par des professionnels. L'objet du logo apparaissant ci-contre est d'alerter le lecteur sur la menace que représente pour l'avenir de l'écrit le développement massif du « photocopillage ».

MARC COUTURE
MARCEL DUBÉ
PIERRICK MALISSARD

**PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE
ET UNIVERSITÉ
Entre la libre circulation des idées
et la privatisation des savoirs**

2010



Presses de l'Université du Québec
Le Delta I, 2875, boul. Laurier, bur. 450
Québec (Québec) Canada G1V 2M2

*Catalogage avant publication de Bibliothèque et Archives nationales du Québec
et Bibliothèque et Archives Canada*

Couture, Marc, 1956-

Propriété intellectuelle et université : entre la libre circulation des idées
et la privatisation des savoirs

(Collection Enseignement supérieur; 15)

Comprend des réf. bibliogr. et un index.

Comprend du texte en anglais.

ISBN 978-2-7605-2587-0

1. Propriété intellectuelle. 2. Enseignement universitaire. 3. Recherche universitaire.
4. Droit d'auteur. 5. Information scientifique. 6. Propriété intellectuelle - Canada.
I. Dubé, Marcel. II. Malissard, Pierrick. III. Titre.

K1401.C68 2010 346.04'8 C2010-941264-8

Nous reconnaissons l'aide financière du gouvernement
du Canada par l'entremise du Fonds du livre du Canada
pour nos activités d'édition.

La publication de cet ouvrage a été rendue possible
grâce à l'aide financière de la Société de développement
des entreprises culturelles (SODEC).

Cet ouvrage a été publié grâce à une subvention de la
Fédération canadienne des sciences humaines de concert
avec le Programme d'aide à l'édition savante, dont les fonds
proviennent du Conseil de recherches en sciences humaines
du Canada.

Intérieur

Mise en pages : INFOSCAN COLLETTE-QUÉBEC

Couverture

Conception : RICHARD HODGSON

Photomontage : MARC COUTURE

1 2 3 4 5 6 7 8 9 PUQ 2010 9 8 7 6 5 4 3 2 1

Tous droits de reproduction, de traduction et d'adaptation réservés

© 2010 Presses de l'Université du Québec / Marc Couture, Marcel Dubé et Pierrick Malissard

Dépôt légal – 3^e trimestre 2010

Bibliothèque et Archives nationales du Québec / Bibliothèque et Archives Canada

Imprimé au Canada

Table des matières

Table des abréviations et sigles	IX
Introduction	1
1 La propriété intellectuelle: nature et portée juridique ..	11
<i>Marcel Dubé</i>	
2 Les formes de la propriété intellectuelle et leurs domaines d'application	25
<i>Marcel Dubé</i>	
3 La titularité de la propriété intellectuelle	55
<i>Marcel Dubé</i>	
4 La protection et l'exploitation de la propriété intellectuelle	79
<i>Marcel Dubé</i>	
5 La propriété intellectuelle: origine et évolution	105
<i>Pierrick Malissard</i>	
6 L'université et la commercialisation des innovations techniques	135
<i>Pierrick Malissard</i>	
7 La diffusion et le partage de l'information scientifique	169
<i>Marc Couture</i>	

8 L'enseignement médiatisé et le droit d'auteur	201
<i>Marc Couture</i>	
9 Les étudiants et la propriété intellectuelle	225
<i>Marc Couture</i>	
10 La réglementation de la propriété intellectuelle dans les universités canadiennes	257
<i>Marc Couture et Pierrick Malissard</i>	
Conclusion	305
Annexe 1	
Exceptions à la violation du droit d'auteur applicables aux universités	309
Annexe 2	
Notes méthodologiques sur l'analyse des politiques des universités canadiennes	317
Annexe 3	
Liste des documents des établissements universitaires cités	321
Annexe 4	
Pratiques de cosignature dans diverses disciplines	325
Annexe 5	
La gestion numérique des droits	327
Annexe 6	
L'accès libre, le logiciel libre et les licences associées ..	331
Références	337
Table de législation	367
Table de jurisprudence	375
Index	379
Les auteurs	385

Table des abréviations et sigles

A

A.C.	Appeal Cases
AAUP	American Association of University Professors
ACPPU	Association canadienne des professeures et professeurs d'université
ACS	American Chemical Society
ACUDP	Association canadienne des utilisateurs de données publiques
ADPIC	Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce
aff'd	<i>affirmed</i>
al.	alinéa
<i>et al.</i>	<i>et alii: «et autres» (auteurs ou parties)</i>
ALENA	Accord de libre échange nord-américain
All E.R.	<i>All England Law Reports</i>
ALPSP	Association of Learned and Professional Society Publishers
Amend.	<i>Amendment</i>
APA	American Psychological Association
A.Q.	Arrêts du Québec (recueil Quicklaw)
art. ou §	article
AUCC	Association des universités et collèges du Canada

AUTM	Association of University Technology Managers (É.-U.)
AZT	azidothymidine
B	
BCCA	British Columbia Court of Appeal
B.C.J.	British Columbia Judgments (recueils <i>QuickLaw</i>)
BCSC	British Columbia Supreme Court
BLEU	Bureau de liaison entreprises-université
C	
c. ou ch.	chapitre (référence législative)
c.	<i>contra</i> : « contre » (sépare les noms des parties dans une référence jurisprudentielle en français)
C.A.	Cour d'appel/Court of Appeal
c.-à-d.	c'est-à-dire
C.A.F.	Cour d'appel fédérale
CanLII	Institut canadien d'information juridique
CC	Creative Commons
C.c.Q.	Code civil du Québec
CCST	Conseil consultatif des sciences et de la technologie (Canada)
CE	Commission européenne
CEE	Communauté économique européenne
CERN	Centre européen de recherche nucléaire
CETUS	Consortium for Educational Technology for University Systems (É.-U.)
<i>cf.</i>	<i>confer</i> : « reportez-vous à »
C.F.	Cour fédérale
CFR ou C.F.R.	Code of Federal Regulations (É.-U.)
Ch. ou Ch. D.	Chancery (Division) (référence jurisprudentielle)
chap.	chapitre (référence bibliographique)
CICI	Comité international de la coopération intellectuelle
Cir.	Circuit
cl.	clause
CNRC	Conseil national de recherches du Canada
CNRS	Centre national de la recherche scientifique (France)
Co.	Company

COGR	Council on Governmental Relations (É.-U.)
Colum. L. Rev.	<i>Columbia Law Review</i>
Corp.	<i>Corporation</i>
C.P.	Conseil privé
C.P.R.	<i>Canadian Patent Reporter</i>
CREPUQ	Conférence des recteurs et principaux des universités du Québec
CRSH	Conseil de recherches en sciences humaines (Canada)
CRSNG	Conseil de recherches en sciences naturelles et en génie (Canada)
C.S.	Cour supérieure
CUPE	Canadian Union of Public Employees (français: SCFP)
C.S.C.R.	Cour suprême du Canada, requêtes en autorisation de pourvoi

D

DMCA	<i>Digital Millennium Copyright Act</i> (É.-U.)
DOAJ	Directory of Open Access Journals
DORS	Décrets, ordonnances et règlements statutaires (Canada)
DRM	<i>Digital Rights Management</i>

E

EETP	Étudiants en équivalence au temps plein
e.g.	<i>exempli gratia</i> : «exemple»
EIPR	<i>European Intellectual Property Review</i>
E.M.L.R.	<i>Entertainment & Media Law Reports</i>
Eng. Rep.	<i>English Reports</i> (R.-U.)
ETS	École de technologie supérieure (Montréal)
EUA	European Universities Association
Ex.C.R.	Exchequer Court Reports Executive
Exec.	England and Wales Judgments

F

F.	Federal Court
FCA	Federal Court of Australia
FCAFC	Federal Court of Australia Full Court

FQPPU	Fédération québécoise des professeures et professeurs d'université
FRSQ	Fonds de recherche en santé du Québec
FSI	Fournisseur de services Internet
F. Supp.	Federal Supplement
G	
GAO	General Accountability Office (É.-U.)
GATT	General Agreement on Trade and Tariffs
GNU	Gnu's Not for Unix
H	
H.C.J.	High Court of Justice
HEC	École des Hautes études commerciales (Montréal)
HEFCE	Higher Education Funding Council for England
HINARI	Health InterNetwork Access to Research Initiative
H.R.	House of Representatives
I	
<i>ibid.</i>	<i>ibidem</i> : «au même endroit»
ICMJE	International Committee of Medical Journal Editors
<i>id.</i>	<i>idem</i> : «le même»
<i>i.e.</i>	<i>id est</i> : «c'est-à-dire»
Inc. ou inc.	<i>Incorporated</i> /incorporée
INRS	Institut national de la recherche scientifique (Québec)
inst.	instance
IPA	Institutional Patent Agreements
IPR	Intellectual Property Reports
IRSC	Instituts de recherche en santé du Canada
ISI	Institute for Scientific Information
ISO	Organisation internationale de normalisation
J	
j.	juge
j. en c.	juge en chef
JOCE	<i>Journal officiel des communautés européennes</i>

L

L.C.	Lois du Canada (recueil annuel)
Lda	<i>Loi sur le droit d'auteur</i> (Canada)
L.R.C.	Lois (révisées) du Canada
L.R.Q.	Lois refondues du Québec
Ltd. ou Ltée	<i>Limited</i> /limitée

M

MERLOT	Multimedia Educational Resource for Learning and Online Teaching
Mfg.	<i>Manufacturing</i>
MRST	Ministère de la Recherche, de la Science et de la Technologie (Québec)
MUNFA	Memorial University Faculty Association

N

n.	note
n.d.	non daté
NDR	Note des rédacteurs
NIH	National Institutes of Health (É.-U.)
n° ou No	numéro (en français et en anglais, respectivement)
NPArc	National Research Council Publications Archive (Canada)
NSF	National Science Foundation (É.-U.)

O

OAI	Open Archives Initiative
OCDE	Organisation de coopération et de développement économiques
OFT	Office of Fair Trading (R.-U.)
OMC	Organisation mondiale du commerce
OMPI	Organisation mondiale de la propriété intellectuelle
Ont.	Ontario
OPIC	Office de la propriété intellectuelle du Canada

P

p.	page
paragr.	paragraphe

PCT	Patents Cooperation Treaty
PLoS	Public Library of Science
PQSI	Politique québécoise de la science et de l'innovation
Q	
QC C.A.	Québec – Cour d'appel
R	
RCE	Réseaux de centres d'excellence (Canada)
R.C. de l'É.	Rapports de la Cour de l'Échiquier
R.C.S.	Rapports de la Cour suprême (du Canada)
R/D	recherche-développement
RePEc	Research Papers in Economics
RIAA	Recording Industry Association of America
R.J.Q.	Recueils de jurisprudence du Québec
RNA	Ressources numériques d'apprentissage
ROAR	Registry of Open Access Repositories
ROARMAP	Registry of Open Access Repository Material Archiving Policies
RoMEO	Rights Metadata for Open Archiving
R.P.C.	Reports of Patents Cases
R.-U.	Royaume-Uni
S	
s.	suivant
SCOAP	Sponsoring Consortium for Open Access Publishing in Particle Physics
SdN	Société des Nations
SDNY	Southern District of New York
SGDG	sans garantie du gouvernement
SI	Statutory Instruments (R.-U.)
sous-paragr.	sous-paragraphe
SPPUL	Syndicat des professeurs et professeures de l'Université Laval
SSRN	Social Science Research Network

STM	International Association of Scientific, Technical and Medical Publishers
SUPA	Society of University Patent Administrators (É.-U. ; devenue l'AUTM)
T	
TEACH (Act)	<i>Technology, Education and Copyright Harmonization Act of 2002</i> (É.-U.)
T.L.R.	<i>Times Law Reports</i>
TODA	Traité de l'OMPI sur les droits d'auteur
TOIEP	Traité de l'OMPI sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes
TRIPS	Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (français: ADPIC)
TTO	Technology Transfer Offices
U	
UBC	University of British Columbia
UPOV	Union internationale pour la protection des obtentions végétales
UQAM	Université du Québec à Montréal
U.S.	United States
U.S.	Recueils de jurisprudence de la Cour suprême des États-Unis (référence jurisprudentielle)
USC	United States Code
USPTO	United States Patent and Trademark Office
V	
<i>v.</i>	<i>versus</i> : « contre » (sépare les noms des parties dans une référence jurisprudentielle en anglais)
<i>v.g.</i>	<i>verbi gratia</i> : « exemple »
VIH	virus de l'immunodéficience humaine
W	
WCT	WIPO Copyright Treaty (français: TODA)
WIPO	World Intellectual Property Organisation (français: OMPI)
W.L.R.	<i>The Weekly Law Reports</i>

WPPT	WIPO Performances and Phonograms Treaty (français: TOIEP)
WWMM	World Wide Molecular Matrix

Introduction

Sujet aride et réservé aux spécialistes jusqu'à récemment, la propriété intellectuelle est maintenant au centre de polémiques passionnées qui laissent voir toute l'importance des législations dans ce domaine pour l'ensemble de la société.

Nulle part ailleurs, peut-être, les nouvelles orientations légales en matière de propriété intellectuelle ne sont-elles plus lourdes de conséquences que dans le monde universitaire. Lieux privilégiés de création au sens large, les universités sont aussi un lieu de diffusion, d'utilisation, voire de « recyclage », des idées, des savoirs et des innovations.

Les enjeux liés à la propriété intellectuelle se manifestent en effet dans tous les domaines d'activités que l'on retrouve à l'université, et ce, de diverses manières. En enseignement d'abord, où les activités de création et de diffusion font intervenir tant les questions de « titularité » des droits de propriété intellectuelle que celle de l'utilisation ou de l'adaptation d'œuvres protégées en vertu de ces droits. En recherche aussi, où des questions similaires se soulèvent tant dans la diffusion des résultats de recherche, quels qu'ils soient, que dans la poursuite des travaux de recherche eux-mêmes, de plus en plus orientés et souvent menés en partenariat avec des organisations ou entreprises privées externes.

Ces activités ne constituent en fait que l'articulation concrète des grandes missions dévolues aux universités, soit la production et la transmission, notamment par la formation, des connaissances, missions dont la mise en œuvre appelle la reconnaissance du bien-fondé et la défense de la libre circulation des idées.

La propriété intellectuelle et l'enseignement

On associe généralement l'enseignement à la prestation en classe d'un enseignant, le plus souvent selon le modèle du «cours magistral». Mais la prestation orale de l'enseignant a de tout temps été complétée, de manière explicite ou implicite, par des documents produits sur divers supports. Depuis quelques décennies, et surtout depuis la généralisation des technologies informatiques et l'avènement du Web, aux œuvres imprimées – syllabus, notes de cours, articles, extraits ou recueils de textes, manuels – se sont ajoutées des œuvres employant d'autres médias. Parmi celles-ci, on retrouve, d'une part, les présentations en classe – documents audiovisuels, PowerPoint, animations, pages Web – et, d'autre part, les ressources mises à la disposition des apprenants – didacticiels, exerciceurs et autres logiciels, sites Web associés à un cours.

Tant la création de ces œuvres, le plus souvent effectuée par les enseignants eux-mêmes, que leur utilisation dans un contexte d'enseignement soulèvent de nombreux et délicats enjeux en matière de propriété intellectuelle. Qui est titulaire des œuvres créées par les enseignants ? À quelles conditions peut-on reproduire, présenter en classe ou intégrer à un document en ligne destiné à l'enseignement une œuvre ou une partie d'une œuvre protégée par le droit d'auteur ?

Il ne faut pas oublier non plus les œuvres créées par les étudiants, que ce soit dans un cours, dans un programme de deuxième ou troisième cycle ou dans des travaux qui leur sont confiés, parfois dans le cours d'un emploi rémunéré. Ici aussi se posent tant la question de la titularité des œuvres que celle des conditions permettant l'inclusion dans ses productions d'œuvres ou de parties d'œuvres protégées. Qui plus est, ces œuvres font de plus en plus appel aux nouveaux médias, dont certains mettent à l'épreuve des législations qui ont été conçues bien avant l'avènement du «Web 2.0», voire du Web tout court.

Il convient également de considérer le mode d'enseignement particulier que constitue l'enseignement à distance, qui vise à compléter, voire, dans certains cas, à remplacer totalement l'enseignement traditionnel dispensé en salle de classe. Par définition, l'enseignement à distance est un enseignement médiatisé, traditionnellement fondé sur l'usage de documents imprimés et audiovisuels, mais qui fait lui aussi de plus en plus de place aux nouveaux médias. Bien que les enjeux soient ici en principe les mêmes que ceux qui concernent les œuvres utilisées pour l'enseignement traditionnel, une problématique nouvelle s'est associée à la notion de cours (à distance ou en ligne), entité prenant la forme d'un système formé d'un ensemble de ressources et de documents auxquels, en règle générale, diverses personnes ont contribué selon divers modes de collaboration. La

question, primordiale, de la « propriété » des cours en ligne est ainsi devenue un enjeu majeur, du moins dans les établissements qui ont recours ou songent à recourir de manière significative à ce mode d'enseignement.

La propriété intellectuelle et la recherche

Tout comme l'enseignement, la recherche est à la fois productrice et utilisatrice de créations. Selon la tradition universitaire, ces créations consistent principalement en des textes : rapports de recherches, articles scientifiques (incluant les comptes rendus de communications) et ouvrages spécialisés. Mais avec les changements dans les modes de financement et d'organisation de la recherche survenus durant les dernières décennies du XX^e siècle, les activités de recherche débouchent de plus en plus souvent sur d'autres types de productions, associées à diverses catégories de propriété intellectuelle.

On retrouve d'abord les inventions ou autres innovations techniques susceptibles d'être protégées par le régime des brevets – dont le domaine d'application semble s'élargir constamment – mais aussi des productions plus particulières à certains domaines comme les logiciels, les obtentions végétales, les dessins industriels et les topographies de circuits imprimés. Il ne faut pas oublier non plus les données issues de la recherche, qui peuvent prendre de multiples formes – données numériques résultant de mesures expérimentales, mais aussi images, documents audiovisuels, notes d'observations, transcriptions d'entrevues, etc. Bien que ne constituant généralement pas à proprement parler des « œuvres originales » au sens juridique du terme et, de ce fait, n'étant pas couvertes par les législations de propriété intellectuelle, les données possèdent une valeur intrinsèque et leur gestion doit répondre à une série de critères associés entre autres aux règles de confidentialité et d'éthique, ce qui pose la question sinon de leur propriété, du moins du contrôle de leur conservation, de leur distribution et de leur diffusion.

Bref, il est de nos jours peu de dimensions de l'activité universitaire qui ne fassent tôt ou tard intervenir des questions ou des enjeux de propriété intellectuelle. Force nous est cependant de constater qu'en dépit d'un important travail de sensibilisation effectué ces dernières années, les connaissances en la matière chez les acteurs concernés semblent demeurer la plupart du temps imprécises, fragmentaires et hésitantes.

La propriété intellectuelle et les missions des universités

Dans toute société quelque peu organisée, il en est bien peu pour contester la vocation première ordinairement dévolue aux universités: assurer la formation supérieure de la collectivité. Là où les divergences ou les oppositions s'installent, c'est en ce qui concerne les inflexions qu'il convient de donner aux diverses fonctions de ces établissements pour que ceux-ci s'acquittent avec loyauté et diligence et le plus correctement possible de leur grande mission éducative.

En ce sens, certains voudront mettre l'accent sur l'enseignement, estimant qu'il se situe au cœur même de l'acte éducatif qui, à la fois, définit le rôle de ces institutions et en légitime l'existence. D'autres au contraire invoqueront que ce qui singularise réellement l'université est son activité de recherche, sans laquelle le corpus des connaissances ne pourrait guère évoluer ni faire l'objet d'une évaluation critique constante. D'autres avanceront encore que sans cette contribution à la production, au renouvellement ou à l'amélioration des connaissances, l'université perdrat sa principale raison d'être pour la société et ne parviendrait plus à attirer dans ses rangs les chercheurs qui y trouvent actuellement un lieu de rattachement privilégié.

Mais définir les universités avant tout comme des lieux de formation ne fait que souligner le caractère complémentaire de ces diverses fonctions et responsabilités, en même temps qu'en assurer la cohérence. Les programmes d'enseignement que proposent les universités permettent aux étudiants, dans un vaste éventail de disciplines et de champs d'études, d'acquérir les connaissances de base et de développer des habiletés et attitudes générales ou professionnelles qui leur serviront par la suite pour la mise à niveau de ces connaissances. Ces mêmes programmes les appuient également pour l'accession, comme consommateurs autant que producteurs, à la recherche fondamentale ou appliquée, source de connaissances nouvelles et portail privilégié de leur créativité.

La formation – à tous les cycles – devrait donc servir de guide et constituer l'axe premier des activités des universités. Pourtant, à partir des années 1980-1990, les impératifs de la recherche appliquée ont généré une nouvelle réalité et un nouveau langage. Depuis lors, les universités sont devenues ou ont été incitées à devenir des partenaires majeurs de l'entreprise, tant publique que privée, dans «l'économie du savoir»; il n'est pas rare désormais d'entendre des références à leurs «missions stratégiques et prioritaires de développement» (Gouvernement du Québec, 1998, p. 43). Or, bien que l'on puisse invoquer que ces collaborations «donnent l'occasion d'impliquer les étudiants au cœur du processus de recherche» (p. 43), ce partenariat n'apparaît que très marginalement orienté vers sa vocation première: la formation. En effet, comme le signalait d'ailleurs récemment

le Conseil de recherches en sciences humaines du Canada (2004), en présentant son document de consultation qui propose la transformation de cet organisme subventionnaire en un «conseil du savoir» :

[...] au XXI^e siècle, les universités assument des responsabilités qui dépassent largement le cadre des étudiants et des établissements postsecondaires. Elles sont confrontées à de nouveaux défis. [...]

Le rôle des chercheurs n'est pas seulement d'approfondir les connaissances, même si cette dimension reste capitale. Ils doivent aussi développer des compétences plus poussées pour faire passer le savoir de la recherche à l'action et, dans la foulée, tisser des liens avec un large éventail de chercheurs, de partenaires et de groupes intéressés dans tout le pays (p. 2-3).

Ce faisant, la recherche de type universitaire, de plus en plus définie comme «orientée vers l'action», est devenue une activité autonome, un service que les professeurs-chercheurs universitaires sont appelés à donner à certains acteurs influents de la collectivité, puisqu'ils en sont les principaux agents de développement économique. Certains vont même jusqu'à avancer que l'innovation constitue une quatrième¹ mission des universités.

La propriété intellectuelle et la libre circulation des idées

En résultante de ces nouvelles demandes, le milieu universitaire est directement interpellé par de nouvelles dispositions, ou à tout le moins des «tendances lourdes», qui sont susceptibles d'entraver la libre circulation des idées ou de restreindre l'aire de ce qui constitue à la fois un patrimoine culturel commun et un élément fondamental pour le développement de la recherche: le domaine public.

Farouchement opposé, par tradition, à la privatisation des savoirs, le monde universitaire se retrouve maintenant dans une position ambiguë. De fait, confrontées depuis nombre d'années avec un problème chronique de sous-financement, les universités se tournent de plus en plus souvent vers les mécanismes de protection de la propriété intellectuelle dans le but clairement avoué de générer de nouveaux fonds pour leurs activités. Dans leurs efforts pour commercialiser les résultats de leur recherche, les universités se retrouvent dans une position difficile pour défendre un domaine public attaqué de toutes parts depuis quelques décennies.

1. La troisième étant constituée de ce qu'on désigne souvent par les «services à la collectivité».

Le monde universitaire, qui constitue un milieu tout à fait particulier – songeons seulement à la notion de liberté universitaire, dont ne bénéficient ni les autres organisations publiques ou parapubliques, ni leurs membres, même dans le secteur de l'éducation –, a un rôle de premier plan à jouer dans le débat que suscitent le respect et la mise en œuvre du régime juridique de la propriété intellectuelle, qui a certes le potentiel de privatiser le savoir, le réservant à ceux qui en ont les moyens, mais aussi celui de le libérer pour le rendre accessible au plus grand nombre.

Cet ouvrage propose au lecteur une vue d'ensemble des enjeux entourant le lien entre les activités menées au nom des missions de l'université et la mise en œuvre du régime juridique de la propriété intellectuelle. Pour ce faire, il réunit les éléments d'information essentiels, notamment sur le plan juridique, présente de grandes synthèses, fondées à la fois sur l'expérience des auteurs et la littérature spécialisée, en offrant des pistes d'action et de réflexion et, finalement, dans ce qui constitue sa contribution la plus originale, il dresse un portrait exhaustif et détaillé de la réglementation des universités canadiennes en matière de propriété intellectuelle.

Les chapitres 1 à 4 présentent les fondements juridiques de la propriété intellectuelle, en s'appuyant sur des extraits de textes de lois, mais surtout de jugements qui fondent les interprétations des nombreux concepts et dispositions que le législateur n'a pas voulu préciser. Bien que la législation canadienne – et québécoise à l'occasion, quand le droit civil est en cause – soit considérée en priorité, d'autres juridictions – américaine et britannique surtout – seront invoquées, en raison notamment des grandes similarités que l'on retrouve dans certaines dispositions des législations des divers pays².

Le lecteur remarquera que dans ces chapitres, le rôle et le format des notes en bas de page diffèrent de ce qu'on retrouve dans la suite du texte. Ces notes respectent des normes de références qui s'appuient sur la particularité des sources généralement utilisées par les juristes: la loi (textes législatifs, réglementaires) et la jurisprudence (décisions judiciaires)³. Seule

-
2. Le lecteur intéressé à une comparaison exhaustive des dispositions relatives à la propriété intellectuelle des législations australienne, britannique et américaine et à une étude détaillée de leur application au monde universitaire est invité à consulter l'ouvrage de Monotti et Ricketson (2003). Celui-ci, qui ne traite pas du contexte canadien, couvre sensiblement les mêmes sujets que le présent ouvrage, mais dans une perspective résolument juridique.
 3. Le mode de citation de ces sources habituellement retenu par la communauté juridique au Canada est colligé dans le *Manuel canadien de la référence juridique* (Revue de droit de McGill, 2006), aussi appelé *Guide McGill*. Le lecteur intéressé trouvera par ailleurs dans le site de la Bibliothèque de l'Université Laval une brève description des règles de base de ce mode («*Jurisprudence canadienne*», 2003) ainsi qu'une liste exhaustive d'abréviations («*Abréviations*», 2008).

exception: les références doctrinales, pour lesquelles on a adopté les normes bibliographiques propres aux sciences sociales qu'utilise l'ensemble de l'ouvrage.

Le chapitre 5 joue le rôle de charnière entre la présentation des régimes juridiques, dont il campe les origines, et la seconde partie de l'ouvrage, où les enjeux propres aux diverses pratiques en cours dans le monde universitaire sont tour à tour examinés. Il présente les origines et l'évolution de la propriété intellectuelle, en montrant notamment comment deux conceptions radicalement différentes – le copyright britannique et le *droit d'auteur* de la tradition civiliste continentale – apparaissent au cours du XVIII^e siècle ont marqué le développement des législations en matière de propriété intellectuelle dans les pays industrialisés. Il évoque aussi comment, dans les deux siècles qui ont suivi, les communautés scientifiques et le monde universitaire ont été interpellés par ces nouvelles notions.

Le chapitre 6 se penche sur le lien entre la recherche universitaire et le monde industriel, en décrivant l'évolution de la situation aux États-Unis à partir du début des années 1980. Les universités s'y sont alors vu confier par les pouvoirs publics un nouveau rôle en matière de commercialisation des innovations techniques résultant des recherches menées en leur sein, ce qui s'est manifesté notamment par l'arrivée en force du *brevet universitaire*. Appuyé (aux États-Unis) par une législation, ce mouvement, dont il est difficile même après trente ans de déterminer les effets précis et l'issue probable, s'est répandu dans les autres pays industrialisés, dont le Canada.

Le chapitre 7 est consacré aux produits plus traditionnels issus des recherches: l'information scientifique, formée des données et résultats de recherche, mais surtout des multiples documents qui font connaître ceux-ci. On y montre comment les nouveaux médias et moyens de communication, couplés avec une manière originale de mettre à contribution le droit d'auteur, sont en voie de révolutionner la diffusion et le partage de l'information scientifique, avec comme horizon la mise en *accès libre*, pour tous et en tout temps, de l'ensemble de cette information.

Le chapitre 8 examine les enjeux relatifs aux œuvres relevant de l'*enseignement médiatisé* qui, à la faveur du développement des technologies de l'information et des communications et de l'avènement de l'Internet, prend une place croissante dans les activités de formation, dans un contexte où la formation à distance (offerte de plus en plus en ligne) occupe une place grandissante dans le monde universitaire. Dans ce domaine, les tendances contraires – privatisation et partage – décrites aux deux chapitres précédents ont été tour à tour à l'œuvre, dans une lutte dont l'issue n'est pas encore claire.

Le chapitre 9 aborde la question de la propriété intellectuelle non pas cette fois en fonction d'un domaine d'activité, mais plutôt d'un groupe qui, tout en contribuant de façon majeure à la création universitaire, est souvent traité en «parent pauvre» – sinon carrément exclu – des discussions ou négociations qui concernent les enjeux de propriété intellectuelle: les *étudiants*. On y traite notamment des critères et des pratiques – dont les étudiants sont souvent à la fois les témoins impuissants et les premiers touchés – qui déterminent la qualité d'auteur ou d'inventeur et l'attribution de la titularité de la propriété intellectuelle; le cas particulier des thèses et des mémoires fait l'objet d'une attention particulière.

Finalement, le chapitre 10 décrit comment les universités canadiennes ont traité dans leur réglementation ces divers enjeux en matière de propriété intellectuelle. S'appuyant, comme dans la première partie de l'ouvrage, sur de nombreux extraits de textes réglementaires, il offre une vue d'ensemble qui, tout en soulignant les points de convergence et de divergence entre les textes, fournit une bonne idée de la diversité des conceptions, des perspectives et des traditions, voire des visions de l'Université, qui les ont inspirés.

Il convient de prévenir dès maintenant le lecteur que dans l'ensemble de l'ouvrage, les extraits de textes en anglais, qu'il s'agisse de lois, de politiques ou d'ouvrages de référence, sont présentés dans leur langue originale, sauf quand une traduction officielle est disponible.

Cet ouvrage a été le fruit d'une collaboration de plusieurs années entre ses trois auteurs, qui en ont défini le contenu et ont discuté des versions préalables de l'ensemble des textes. Cependant, la version finale de chacun des chapitres relève de l'unique responsabilité de son ou de ses auteurs; les textes non signés sont de la responsabilité de Marc Couture, qui a agi comme coordonnateur de l'équipe au cours de ces années, puis comme directeur de publication lors des dernières étapes des travaux.

La rédaction de cet ouvrage a bénéficié de la collaboration d'un certain nombre de personnes que nous tenons à remercier. D'une part, Marc Couture tient à souligner la qualité du travail de recherche documentaire effectué dans un premier temps par François Lajeunesse-Crevier et Hugues Chicoine, puis poursuivi de manière exhaustive par Alexandre Francis, véritable détective de l'Internet, qui a entre autres épluché les sites des universités canadiennes pour y débusquer tout ce qui concerne la propriété intellectuelle. Il remercie également Étienne Harnad, infatigable défenseur de l'accès libre, pour ses commentaires très judicieux sur le chapitre 7. D'autre part, Marcel Dubé veut souligner l'apport significatif et remercier de façon particulière Téresa Lavoie et Louka Beaulieu qui ont tour à tour, à titre d'auxiliaires de recherche, procédé au repérage de la documentation

juridique pertinente, plus particulièrement en droit américain, et notamment en ce qui a trait à la notion de «domaine public» et au droit de propriété intellectuelle de l'employeur. Il adresse aussi des remerciements tout particuliers aux professeurs René Pepin et Louise Bernier, qui ont bien voulu lire et commenter les quatre premiers chapitres de l'ouvrage et prodiguer à leur auteur leurs avis et conseils.

Nous remercions également, pour leurs suggestions et commentaires pertinents, les deux évaluateurs anonymes qui, à la demande de l'éditeur, ont examiné une première version du manuscrit.

Nous tenons enfin à remercier la Faculté de droit de l'Université de Sherbrooke qui, dans le cadre de son programme interne d'aide à la recherche, a assuré la rémunération de madame Térésa Lavoie, de même que la Fondation du Barreau du Québec qui, par son programme d'attribution de subventions, a financé les recherches menées par messieurs Beaulieu et Chicoine ; M^e Claire Morency, directrice générale de la Fondation, a droit à notre plus sincère reconnaissance pour sa compréhension et sa patience exemplaires, qui furent plus d'une fois mises à l'épreuve au cours de ces années.

1

La propriété intellectuelle Nature et portée juridique

Marcel Dubé

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

Pourtant, la légitimité d'un tel statut de propriétaire résiste difficilement à l'analyse juridique. D'une part, la très grande majorité des législations qui qualifient le droit de l'inventeur, de l'auteur ou de tout autre créateur sur sa création, utilisent plutôt les expressions « droit exclusif » ou « droit

-
1. Au sens de la *Loi sur les brevets*, L.R.C. 1985, c. P-4.
 2. Au sens de la *Loi sur la protection des obtentions végétales*, L.R.C. 1985, c. P-14.6.
 3. Au sens de la *Loi sur les topographies de circuits intégrés*, L.R.C. 1985, c. I-14.6.
 4. Au sens de la *Loi sur les dessins industriels*, L.R.C. 1985, c. I-9.
 5. Au sens de la *Loi sur les marques de commerce*, L.R.C. 1985, c. T-13.
 6. Au sens de la *Loi sur le droit d'auteur*, L.R.C. 1985, c. C-42.
 7. Depuis 1997 au Canada, la *Loi sur le droit d'auteur*, *ibid.*, protège aussi le droit de l'artiste interprète sur sa prestation (art. 15 et s.), celui du producteur d'enregistrement sonore sur son enregistrement (art. 18 et s.) et celui du radiodiffuseur sur son signal de télécommunication (art. 21 et s.).

exclusif d'exploitation⁸ ». D'autre part, le concept de propriété intellectuelle s'accommode assez mal de la notion traditionnelle de propriété applicable aux biens tangibles.

Il faut dire que régime de la propriété intellectuelle a connu des origines assez singulières, comme on le verra au chapitre 5. D'abord concédées sous forme de priviléges octroyés aux diffuseurs selon le bon plaisir royal, les législations de propriété intellectuelle allaient avec le temps consacrer de véritables droits au créateur. Ces législations ont néanmoins toujours présenté la même caractéristique générale : elles accordent au titulaire un monopole d'exploitation temporaire de sa création, en contrepartie de la diffusion par celui-ci de cette œuvre au bénéfice de la société.

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

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

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

La Loi [sur le droit d'auteur] est généralement présentée comme établissant un équilibre entre, d'une part, la promotion, dans l'intérêt du public, de la création et de la diffusion des œuvres artistiques et intellectuelles et, d'autre part, l'obtention d'une juste

8. Voir, à titre d'exemple :

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

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

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

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

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

récompense pour le créateur (ou, plus précisément, l'assurance que personne d'autre que le créateur ne pourra s'approprier les bénéfices qui pourraient être générés)¹⁰.

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

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

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

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

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

Droits économiques et droits moraux

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Elle est susceptible de modalités et de démembrements.

Par contre, le régime juridique de la propriété intellectuelle accorde au créateur des droits exclusifs d'exploitation qui sont beaucoup plus strictement circonscrits. En effet, parce que les lois de propriété intellectuelle ont pour objet de consacrer les droits du créateur sur sa production et de réglementer ses rapports avec les utilisateurs de celle-ci (rapports personnels), le législateur détermine les zones d'exploitation qui lui sont

exclusives – un «domaine privé» ainsi que nous le qualifierons dans la prochaine section – et dont les tiers utilisateurs ne pourront légalement profiter qu'à titre de cessionnaires ou qu'après avoir négocié avec lui un droit d'utilisation (licence d'exploitation).

Droits de l'inventeur

Ainsi en matière d'invention, dès lors que sur demande celle-ci a été reconnue brevetable par l'organisme administratif compétent, un droit exclusif d'exploitation est octroyé au breveté pour «fabriquer, construire, exploiter et vendre à d'autres, pour qu'ils l'exploitent, l'objet de l'invention», tel que l'énonce l'article 42 de la *Loi canadienne sur les brevets d'invention*¹³. La durée de ce droit «est limitée à vingt ans à compter de la date de dépôt de cette demande», précise par ailleurs l'article 44 de cette même Loi¹⁴.

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

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

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

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

Droits de l'auteur

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

-
18. Voir *Loi sur le droit d'auteur*, *supra* note 6, art. 6. Il convient de mentionner que dans plusieurs pays européens, à la suite d'une directive en ce sens de l'Union européenne en 1993, cette durée de principe du droit d'auteur s'étend dorénavant jusqu'à la fin de la soixante-dixième année après la mort de l'auteur. Voir, en droit français, le *Code de la propriété intellectuelle*, *supra* note 8, art. 123-1, tel que modifié par la Directive 93/98/CEE du 29 octobre 1993; en droit anglais, le *Copyright, Designs & Patents Act 1988*, *supra* note 8, tel que modifié par SI No. 3297 (1995), art. 12. Voir aussi, en droit américain, le *Copyright Act*, *supra* note 8, tel que modifié par Pub. L. No. 105-298, 112 Stat. 2827, art. 302, où une règle similaire étend aux œuvres créées après 1977 la durée du droit à 70 ans après la mort de l'auteur.
19. Voir *Loi sur le droit d'auteur*, *supra* note 6, art. 5 et la définition de «pays signataire» formulée à l'article 2. Cet article 5 de la *Loi sur le droit d'auteur* comporte d'ailleurs diverses autres règles régissant la portée territoriale des droits conférés. Il ne nous est pas apparu qu'il convenait d'en faire une analyse détaillée dans un ouvrage à vocation générale comme celui-ci.

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

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

Au Canada, comme on vient tout juste de le mentionner, deux droits remplissent plus particulièrement cette fonction²². D'une part, le droit d'attribution, aussi qualifié de *droit de paternité* dans la doctrine plus traditionnelle, lequel vise, comme le souligne le texte législatif, à permettre à l'auteur d'une œuvre d'«en revendiquer [...] la création²³».

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

D'autre part, le droit à l'intégrité de l'œuvre vise à empêcher que celle-ci ne soit indûment «déformée, mutilée ou autrement modifiée, ou utilisée en liaison avec un produit, une cause, un service ou une

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

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

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

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

24. *Ibid.*

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

institution ». Ainsi, sera considérée comme illicite toute altération de l'œuvre faite « d'une manière préjudiciable à l'honneur et à la réputation de l'auteur²⁶ ».

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

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

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

Domaine public, bien commun et propriété intellectuelle

La notion de domaine public, parce qu'elle permet d'identifier l'espace dit «de libre accès» ou «de libre parcours» propre aux œuvres de l'esprit, s'avère capitale en matière de propriété intellectuelle. Exprimée autrement, elle permet de circonscrire la zone d'exclusivité du créateur, «domaine privé» à l'intérieur duquel il peut exercer les droits exclusifs d'exploitation qui lui sont dévolus par une législation de propriété intellectuelle: on dira alors de cette œuvre faisant l'objet de la protection de la loi qu'elle n'est pas encore dans le domaine public.

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

Selon cette logique, il devrait en être de même – comme on le constatera un peu plus loin – lorsque le titulaire d'un droit de propriété intellectuelle choisit volontairement de renoncer en tout ou en partie à son droit exclusif, comme lorsque le titulaire d'un droit d'auteur accorde une licence de type

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

27. *Ibid.*, art. 14.2.

accès libre, telles les licences « *some rights reserved* », sous l’égide des Creative Commons (CC, voir chapitre 7). Rappelons, dans la même veine, la décision du gouvernement canadien, en 1996, de renoncer à son droit d’auteur en rendant par décret accessibles, gratuitement et sans autorisation préalable, les textes législatifs et réglementaires ainsi que les décisions judiciaires rendues par les tribunaux de constitution fédérale²⁸. Soulignons également la disposition du *Copyright Act* américain²⁹, de portée beaucoup plus large, qui exclut de la protection du droit d’auteur les « œuvres du gouvernement des États-Unis », c’est-à-dire les œuvres réalisées « par un fonctionnaire ou un employé de l’Administration des États-Unis d’Amérique dans le cadre des fonctions officielles de cette personne³⁰ ».

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

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

*It is well settled that the Clause is “both a grant of power and a limitation” and that Congress “may not overreach the restraints imposed by the stated constitutional purpose.” *Graham v. John Deere Co. of Kansas City*, 383 U. S. 1, 5-6 (1966). As we have made clear in the patent context, that*

-
28. Décret sur la reproduction de la législation fédérale et des décisions des tribunaux de constitution fédérale, C.P. 1996-1995, 19 décembre 1996.
29. *Supra* note 8, art. 105.
30. *Ibid.*, § 101. Texte tiré de la version française offerte par l’Office mondial de la propriété intellectuelle (OMPI, n.d.b.).
31. Voir *supra* note 11.
32. *Eldred et al. v. Attorney General*, 537 U.S. 186 (2003).
33. *Feist Publications, Inc. v. Rural Telephone Service Co.*, 499 U. S. 340 (1991).
34. *Sony Corp. of America v. Universal City Studios, Inc.*, 464 U. S. 417 (1984).
35. *Harper & Row, Publishers, Inc. v. Nation Enterprises*, 471 U. S. 539 (1985).
36. Voir *supra* note 32, p. 223.

purpose has two dimensions. Most obviously the grant of exclusive rights to their respective writings and discoveries is intended to encourage the creativity of “Authors and Inventors.” But the requirement that those exclusive grants be for “limited Times” serves the ultimate purpose of promoting the “Progress of Science and useful Arts” by guaranteeing that those innovations will enter the public domain as soon as the period of exclusivity expires.

Plus loin, il ajoute³⁷:

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

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

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

*It is this bedrock principle of copyright that mandates the law's seemingly disparate treatment of facts and factual compilations. “No one may claim originality as to facts.” Id., § 2.11[A], p. 2-157. This is because facts do not owe their origin to an act of authorship. The distinction is one between creation and discovery: The first person to find and report a particular fact has not created the fact; he or she has merely discovered its existence. To borrow from Burrow-Giles, one who discovers a fact is not its “maker” or “originator.” 111 U.S., at 58. “The discoverer merely finds and records.” Nimmer § 2.03[E]. Census takers, for example, do not “create” the population figures that emerge from their efforts; in a sense, they copy these figures from the world around them. Denicola, Copyright in Collections of Facts: A Theory for the Protection of Nonfiction Literary Works, 81 Colum. L. Rev. 516, 525 (1981) (hereinafter Denicola). Census data therefore do not trigger copyright because these data are not “original” in the constitutional sense. Nimmer [*348] § 2.03[E]. The same is true of all facts – scientific, historical, biographical, and news of the day. “They may not be copyrighted and are part of the public domain available to every person.” Miller, *supra*, at 1369⁴⁰.*

37. *Ibid.*, p. 241.

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

39. *Ibid.*, p. 341.

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

Toujours selon la Cour suprême américaine⁴¹:

No author may copyright facts or ideas. The copyright is limited to those aspects of the work – termed “expression” – that display the stamp of the author’s originality⁴².

[...] copyright does not prevent subsequent users from copying from a prior author’s work those constituent elements that are not original – for example [...] facts, or materials in the public domain – as long as such use does not unfairly appropriate the author’s original contributions⁴³.

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

[...] the copyright laws, of course, protect only the form of expression and not the ideas expressed. This limitation of protection to literary form precludes any claim of copyright in facts, including historical narration⁴⁶.

*[...] This limitation on copyright also ensures consonance with our most important First Amendment values. Cf. *Zacchini v. Scripps-Howard Broadcasting Co.*, 433 U.S. 562, 577, n. 13 (1977). Our “profound national commitment to the principle that debate on public issues should be uninhibited, robust, and wide-open,” *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254, 270 (1964), leaves no room for a statutory monopoly over information and ideas. [...] A broad dissemination of principles, ideas, and factual information is crucial to the robust public debate and informed citizenry that are “the essence of self-government.” *Garrison v. Louisiana*, 379 U.S. 64, 74-75 (1964). And every citizen must be permitted freely to marshal ideas and facts in the advocacy of particular political choices⁴⁷.*

Ainsi perçu, le domaine public s’avère particulièrement englobant. Il servira par exemple à justifier les emprunts non concurrentiels à l’œuvre de l’auteur dont s’autorisent quelquefois certains utilisateurs et que la loi permet par le biais d’exceptions qu’elle consacre. Il en ainsi de l’exception de *fair use* inscrite au *Copyright Act* américain⁴⁸ ou de son pendant canadien,

41. *Supra* note 35.

42. *Ibid.*, p. 547.

43. *Ibid.*, p. 548.

44. *Supra* note 35.

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

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

47. *Ibid.*, p. 582.

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

l’exception d’utilisation équitable ou de *fair dealing* de la *Loi sur le droit d’auteur*⁴⁹. La Cour suprême du Canada le rappelait en 2002 dans l’affaire *Théberge* précitée⁵⁰:

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

Nous reviendrons sur cette question au chapitre 4. Ces extraits de jugements nous forcent à constater qu’il existe en fait un très vaste domaine de libre accès aux œuvres de l’esprit – domaine aussi qualifié de *commons* par certains auteurs⁵¹ – à l’intérieur duquel le législateur compétent⁵² définit des zones privées destinées à récompenser divers artisans et certains diffuseurs de nouvelles créations en leur accordant un droit exclusif et temporaire d’exploitation de leur création. Tout ce qui se situe en dehors de ces zones privées n’est pas protégé par les législations de propriété intellectuelle, et l’innovation créative peut être utilisée, reproduite et diffusée sans contrainte par quiconque le désire⁵³.

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

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

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

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

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

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

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

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

2

Les formes de la propriété intellectuelle et leurs domaines d'application

Marcel Dubé

Comme elle a pour missions de stimuler l'exploitation économique des œuvres du créateur et d'assurer la reconnaissance de son génie créatif, tout en favorisant le plus largement possible leur diffusion, la propriété intellectuelle revêt un caractère protéiforme. En effet, puisque par sa nature même l'expression créatrice est à ce point diversifiée et originale, on serait porté à croire qu'elle résiste à toute catégorisation quelque peu structurée et hermétique. Cela n'a pas empêché pour autant le droit français de proposer une double classification. Selon que l'œuvre relève de la création littéraire ou artistique ou du génie industriel, il distingue la propriété littéraire et artistique qu'il oppose à la propriété industrielle.

Aux fins du présent chapitre, nous retiendrons cette classification et nous présenterons successivement les législations qui régissent l'une et l'autre catégories, avant de jeter un regard sur le régime législatif applicable à la propriété de la création scientifique. On constatera alors que toutes ces législations ont pour objet soit de favoriser la production créatrice, soit d'en faciliter la diffusion ; certaines même poursuivent ces deux finalités.

La propriété industrielle

Le régime de la propriété dite industrielle vise à favoriser l'innovation, laquelle soit constitué la raison d'être de l'entreprise qui l'a produite, soit lui accorde un avantage concurrentiel. Il s'est développé au fil des temps diverses législations ayant cette vocation de favoriser l'activité innovante et son exploitation en entreprise. Certaines de ces législations ont pour objet premier de récompenser la production créatrice, d'autres favorisent plutôt la mise en marché des produits de cette création. Dans la première

catégorie, on peut ranger la *Loi sur les brevets*¹, la *Loi sur la protection des obtentions végétales*² et la *Loi sur les topographies de circuits intégrés*³. Par ailleurs, la *Loi sur les dessins industriels*⁴ et la *Loi sur les marques de commerce*⁵ relèvent plutôt de la seconde catégorie. Nous présenterons sommairement ci-après ces législations en précisant brièvement leur objet, les conditions de leur mise en oeuvre ainsi que la durée des droits qu'elles octroient à leurs titulaires.

Les brevets d'invention

La *Loi sur les brevets d'invention* s'avère la première en date à avoir été adoptée en vue de favoriser la production créatrice dans l'entreprise⁶. Elle est aussi la mieux connue et sans doute la plus souvent utilisée dans ce contexte. Comme on l'a vu au chapitre précédent, cette loi vise essentiellement à accorder à la personne qui a réalisé une invention un monopole temporaire et territorial d'exploitation de son invention. Il importe dans un premier temps de définir ce qu'on entend par «invention» au sens de la *Loi sur les brevets* avant de préciser à quelles conditions un monopole d'exploitation sera octroyé à la personne qui a réalisé une telle invention.

Au sens de la *Loi canadienne sur les brevets*⁷, l'«invention» est définie comme :

Toute réalisation, tout procédé, toute machine, fabrication ou composition de matières, ainsi que tout perfectionnement de l'un d'eux, présentant le caractère de la nouveauté et de l'utilité.

Sans procéder à une analyse de chacun des termes qui explicitent cette définition⁸, on notera qu'elle entend mettre en exergue la nécessité d'une intervention créatrice humaine qui justifie et conditionne l'octroi du monopole. Comme la Cour suprême du Canada le rappelait dans une décision rendue en décembre 2002 :

-
1. L.R.C. c. P-4.
 2. L.C. 1990, c. 20, devenue L.R.C. 1985, c. P-14.6.
 3. L.C. 1990, c. 37, devenue L.R.C. 1985, c. I-14.6.
 4. L.R.C. 1985, c. I-9.
 5. L.R.C. 1985, c. T-13.
 6. Voir chapitre 5.
 7. *Supra* note 1, art. 2.
 8. On trouvera une telle analyse dans Fox (1969, p. 60-61) et Vaver (1997, p. 119-143).

Dans l'esprit des gens, monopole rime avec hausse de prix. La population ne devrait pas être appelée à payer un prix élevé pour des spéculations, pour l'énoncé « de simples principes scientifiques ou conceptions théoriques » (par. 27(3) [de la *Loi sur les brevets*]) ou encore pour la « découverte » de choses évidentes ou déjà existantes. Le monopole conféré par un brevet ne devrait s'acquérir qu'au prix de divulgations nouvelles, ingénieuses, utiles et non évidentes⁹.

Cette remarque du plus haut tribunal canadien nous rappelle que toute production nouvelle ne fait pas nécessairement l'objet d'un brevet. Au-delà de la règle législative formulée au paragraphe 27(8) de la Loi¹⁰, qui exclut de la brevetabilité « de simples principes scientifiques ou conceptions théoriques », les tribunaux canadiens¹¹ ont refusé que soient brevetés les découvertes de réalités préexistantes, les méthodes de travail (habiletés professionnelles, traitements médicaux), les programmes d'ordinateur (en tant que tels et non comme partie d'un système) et les formes de vie supérieures¹².

Par ailleurs, non seulement la Loi impose une intervention humaine créatrice mais, tel que le précise le texte de la définition législative, elle prescrit que cette intervention soit nouvelle et utile¹³. Elle doit aussi être marquée du sceau de l'ingéniosité; en ce sens, elle ne doit pas être « évidente » pour la personne versée dans le domaine de l'invention¹⁴. Nous examinerons un peu plus attentivement ces divers caractères dans les paragraphes qui suivent.

Aux fins de la délivrance d'un brevet, une invention est considérée nouvelle lorsqu'elle n'a pas été rendue accessible au public (*i.e.* communiquée) au Canada ou ailleurs avant le dépôt d'une demande de brevet¹⁵.

9. *Apotex Inc. c. Wellcome Foundation Ltd.*, [2002] 4 R.C.S. 153, paragr. 37.

10. *Supra* note 1.

11. À la différence des tribunaux américains, qui ont largement étendu au cours des dernières décennies la portée de ce qui peut être breveté (voir le chapitre 5).

12. Lire à ce propos le commentaire que formulait madame la juge Louise Arbour (alors juge à la Cour suprême du Canada) dans l'affaire *Monsanto Canada Inc. c. Schmeiser*, [2004] 1 R.C.S. 902, paragr. 132 et 133. Voir aussi, pour une analyse plus complète de la question, Gervais et Judge (2006, p. 346-377).

13. *Supra* note 1, définition de « invention ».

14. *Ibid.*, art. 28.3. « L'objet qui définit la revendication d'une demande de brevet ne doit pas, à la date de la revendication, être évident pour une personne versée dans l'art ou la science dont relève l'objet, [...] ».

15. *Ibid.*, art. 28.2. On notera qu'aux termes de l'alinéa 1 de cette disposition, il est accordé un délai de grâce d'une année avant le dépôt de la demande de brevet, si la communication faite au public émane de l'inventeur lui-même. Pour une analyse plus détaillée du caractère de nouveauté, le lecteur aura avantage à lire le développement de M^e N. Jodoin (2000, p. 681-692).

En ce sens, est considérée avoir été communiquée toute divulgation « qui permet à une personne versée dans le domaine de réaliser l'objet de la revendication » (Jodoin, 2000, p. 681). On entend par divulgation la communication de toute information pertinente relative à l'invention, que ce soit sous forme de manuscrits ou d'imprimés (*v.g.* livres ou articles), d'exposés oraux (*v.g.* conférences), de mise en marché (*v.g.* ventes ou usages publics de l'invention), de photographies ou même d'autres brevets préexistants¹⁶. Par ailleurs, la communication sera considérée accessible au public, lorsque la personne à qui elle est faite « est libre en droit et en équité d'utiliser l'information comme elle l'entend¹⁷ ». Selon cet auteur, on fait référence ici à la personne qui n'est restreinte ni de façon expresse ni de façon implicite à utiliser librement l'information qui lui est transmise en raison de quelque lien de fidélité, de loyauté ou de confidentialité¹⁸.

De même, pour être brevetable, l'invention doit être utile. La pertinence de ce caractère a été fort bien expliquée par la Cour suprême du Canada dans sa décision rendue dans l'affaire *Apotex* précitée¹⁹:

Comme on l'a dit à maintes reprises, le brevet n'est pas une distinction ou une récompense civique accordée pour l'ingéniosité. C'est un moyen d'encourager les gens à rendre publiques les solutions ingénieuses apportées à des problèmes concrets, en promettant de leur accorder un monopole limité d'une durée limitée. La divulgation est le prix à payer pour obtenir le précieux droit de propriété exclusif qui est une pure création de la *Loi sur les brevets*.

En règle générale, la reconnaissance de ce caractère d'utilité vise à confirmer que l'invention est réellement fonctionnelle et que les revendications qui la déterminent peuvent faire l'objet d'une exploitation économique. En ce sens, lorsque l'octroi d'un brevet est – totalement ou en partie – remis en cause devant les tribunaux en invoquant le manque d'utilité de l'invention, ces derniers s'appuieront très souvent sur le succès commercial de l'invention pour confirmer son utilité. L'utilité de l'invention peut également servir à établir l'existence d'une activité inventive.

L'invention doit encore présenter le caractère de l'ingéniosité (certains parlent plutôt d'activité inventive). Il s'agit ici de confirmer que l'inventeur a fait montre d'au moins une étincelle de créativité justifiant l'octroi du monopole. C'est en ce sens que la Loi souligne que l'invention ne doit pas être évidente pour la personne versée dans le domaine²⁰.

16. *Ibid.*, p. 679.

17. *Ibid.*, p. 669 et 680.

18. *Ibid.*, p. 669 et 670.

19. Voir *supra* note 9, paragr. 37.

20. *Supra* note 1, art. 28.3.

Mais quand et comment déterminer si l'invention est ou non évidente ? Les tribunaux ont développé à cet effet un test comportant un certain nombre de paramètres. Ce test peut se résumer ainsi :

Le test de l'évidence consiste principalement à déterminer si un technicien peu imaginatif ayant des connaissances générales ordinaires pourrait, en consultant l'état de la technique, aboutir directement et sans difficulté à l'invention couverte par la revendication, c-à-d. la matière définie par celle-ci²¹.

Comme le prévoit l'article 28.3 de la Loi canadienne, c'est normalement à la date du dépôt de la demande de brevet (qualifiée de «date de la revendication» dans la Loi) que s'analyse cet état de la technique, que certains dénomment «l'art antérieur».

Ajoutons enfin que, dans la procédure administrative qui conduit à l'octroi ou au refus d'un brevet d'invention, ces caractères font l'objet d'un contrôle attentif de la part du commissaire aux brevets (et de ses examinateurs)²².

On se rappellera que l'octroi d'un brevet par le commissaire aux brevets fait suite à une demande déposée par l'inventeur ou son mandataire²³. Pour les tribunaux, l'inventeur est celui qui a concrétisé l'invention et non simplement celui qui l'a conçue sans la réaliser ou encore celui qui l'a réalisée mais sans l'avoir divulguée²⁴. Aussi, lorsque plus d'une personne revendique avoir réalisé une même invention, le brevet sera octroyé au premier qui aura déposé la demande, même si dans les faits sa réalisation est postérieure à celle des autres²⁵. Le droit américain retient jusqu'à présent la solution contraire²⁶.

-
21. Extrait du paragraphe 15.01.02 du *Recueil des règles des pratiques du Bureau des brevets*, cité dans N. Jodoin (2000, p. 690-691).
 22. *Loi sur les brevets*, *supra* note 1, art. 35 et *Règles sur les brevets*, DORS/96-423, art. 28 et s.
 23. *Supra* note 1, art. 27(1).
 24. Voir l'arrêt *Wire Tying Machine Co. Ltd v. Cary Manufacturing Co.*, [1926] R.C. de l'É. 170.
 25. *Ibid.*, p. 180-182. Des extraits pertinents de cette décision relatifs à cette question sont reproduits – et traduits – dans Gervais et Judge (2006, p. 404-405).
 26. Doctrine américaine du *first to invent* (voir 35 USC § 135). Cette doctrine s'oppose à celle du *first inventor to file*, laquelle fut retenue par la plupart des autres pays. Le Congrès américain tente depuis 2005 de passer du système du premier inventeur à celui du premier déposant. À trois reprises des tentatives ont été faites en ce sens, mais elles n'ont pas encore abouti jusqu'à maintenant. Voir *Patent Act of 2005* (H.R. 2795) (travaux de la 109^e session); *Patent Reform Act of 2007* (H.R. 1908, S. 1145) (travaux de la 110^e session); *Patent Reform Act of 2009* (S. 515/S. 610, H.R. 1260) (travaux de la 111^e session).

Une fois octroyé par l'organisme territorial compétent²⁷, le brevet accorde à son titulaire sur ce seul territoire un droit exclusif de 20 ans qui se calcule à compter de la date du dépôt de la demande du brevet²⁸. Ce droit exclusif ne sera cependant maintenu en vigueur que si le titulaire paie régulièrement au commissaire la taxe réglementaire qui assure le maintien en état sur ce territoire des droits conférés par le brevet²⁹.

Sans doute est-il utile aussi de rappeler que le Canada, en signant le Traité de coopération en matière de brevets (PCT) en 1990, a également facilité à ses ressortissants le dépôt de demandes de brevet dans au moins 136 autres pays. En vertu de cette convention en effet, le déposant d'une demande de brevets peut présenter une demande internationale de brevet, ce qui lui permet :

[...] de demander la protection d'un brevet pour une invention simultanément dans un grand nombre de pays en déposant une demande « internationale » de brevet. Une telle demande peut être déposée par toute personne qui a la nationalité d'un État contractant ou est domiciliée dans un tel État. Elle peut en général être déposée auprès de l'office national des brevets de l'État contractant dont le déposant a la nationalité ou dans lequel il est domicilié ou, si le déposant le préfère, auprès du Bureau international de l'OMPI à Genève.

La demande internationale fait ensuite l'objet d'une « recherche internationale ». Cette recherche est effectuée par l'un des principaux offices de brevets nommés par l'Assemblée de l'Union du PCT en qualité d'administration chargée de la recherche internationale. Le résultat de cette recherche est un « rapport de recherche internationale », c'est-à-dire une énumération des références des documents publiés qui pourraient affecter la brevetabilité de l'invention revendiquée dans la demande internationale. Dans le même temps, l'administration chargée de la recherche établit une opinion écrite sur la brevetabilité de l'invention.

Le rapport de recherche internationale et l'opinion écrite sont communiqués au déposant, qui peut décider de retirer sa demande, notamment si ce rapport rend improbable la délivrance de brevets.

-
27. Au Canada, le Bureau des brevets administrativement rattaché à l'Office de la propriété intellectuelle du Canada (OPIC), relevant du ministère canadien de l'Industrie. Voir *Loi sur les brevets*, *supra* note 1, art. 3.
 28. *Ibid.*, art. 44. Cette règle ne s'applique toutefois qu'aux demandes déposées après le 1^{er} octobre 1989; les demandes antérieures étaient assujetties à une durée de 17 ans qui se comptait plutôt à compter de la date de délivrance du brevet. *Ibid.*, art. 45.
 29. Voir les articles 45 et 46 de la Loi, *ibid.* et les *Règles* précitées, *supra* note 22, art. 182 ainsi que l'article 32 de l'annexe II de ces Règles.

Si la demande internationale n'est pas retirée, elle est publiée par le Bureau international, avec le rapport de recherche internationale. L'opinion écrite n'est pas publiée³⁰.

D'ailleurs, au Canada, cette demande de brevet internationale peut être adressée à l'Office de la propriété intellectuelle (OPIC)³¹. Comme il est précisé sur le site Web de l'Office: « Une demande déposée au Canada en vertu du Traité est automatiquement considérée comme un dépôt ordinaire en vue de l'obtention d'un brevet canadien³². »

On comprendra aussi que toute cette démarche qui va de la recherche de l'art antérieur jusqu'à l'octroi du brevet et à son maintien en vigueur peut entraîner des coûts très importants, se chiffrant facilement à des dizaines de milliers de dollars, auxquels peuvent s'ajouter les frais liés à l'obtention et au maintien d'autant de brevets octroyés dans d'autres pays pour la même invention. À ces frais pourront s'ajouter, le cas échéant, les frais juridiques liés aux procédures de défense de son droit exclusif partout où celui-ci fait l'objet d'une contestation ou ceux découlant d'une poursuite en contrefaçon.

La protection des obtentions végétales

Dans la lignée des législations de propriété industrielle régissant la production créatrice, on retrouve depuis quelques années ce type de législation fortement inspiré des législations sur les brevets d'invention et touchant plus particulièrement les inventions relatives à la production horticole ou même agricole.

Un bref rappel historique nous permet de constater que c'est en raison de la réticence des bureaux de brevets nationaux à octroyer des brevets pour la création de nouvelles plantes qu'est né ce type de législation. En effet, on avait pris l'habitude de s'opposer à l'octroi de brevets du fait que le produit végétal est plus le résultat de l'action de la nature que celui de l'intervention humaine. De plus, ce type d'invention se heurtait le plus souvent à un vice majeur, celui de sa reproductibilité. En effet, une invention au sens de la législation en matière de brevets doit en principe être décrite de façon telle, dans le mémoire descriptif de l'invention, que la

30. Extrait des notes de présentation de ce traité sur le site Web de l'OMPI (n.d.c.).

31. Cette démarche est décrite dans le *Guide des brevets* (OPIC 2008, partie III, section « Demande de brevet à l'étranger »).

32. *Ibid.*, section « Traité de coopération en matière de brevets ». Voir également en ce sens les *Règles sur les brevets*, *supra* note 22, telles que modifiées en particulier par DORS/2003-208.

personne versée dans le domaine concerné puisse, à sa lecture, être en mesure de reproduire telle quelle et sans difficulté l'invention pour en réaliser l'exploitation industrielle et commerciale³³.

Devant ces objections, divers États se concertèrent pour adopter en 1961 une convention internationale³⁴ dont la vocation était de favoriser la réalisation de nouvelles productions végétales, en octroyant à leurs artisans un droit d'exploitation exclusif et temporaire. L'UPOV (Union internationale pour la protection des obtentions végétales) mettait ainsi en place une mécanique favorisant la création de nouvelles variétés de plantes, dans la mesure où celles-ci étaient suffisamment nouvelles, homogènes et stables, en octroyant à leurs obtenteurs un droit exclusif d'exploitation de leur nouvelle production, pour une durée comparable à celle résultant de l'octroi d'un brevet d'invention. Le Canada adhéra à cette Convention en 1989 et mit en vigueur l'année suivante sa propre *Loi sur la protection des obtentions végétales*³⁵, fortement inspirée, dans ses principes comme dans sa forme, de la Convention de 1961.

Bien que nous ne croyons pas approprié d'élaborer en ces pages une longue présentation de cette législation, nous en rappellerons tout de même succinctement les principales caractéristiques en empruntant à cette fin à la décision du juge Muldoon de la Cour fédérale, dans l'affaire *University of Saskatchewan c. Canada (Directrice du Bureau de la protection des obtentions végétales)*³⁶, ce passage fort à propos :

¶ 47 La *Loi sur la protection des obtentions végétales* permet aux sélectionneurs de protéger de nouvelles variétés de végétaux. Les variétés peuvent être protégées en vertu du texte législatif pour une période pouvant atteindre 18 ans. Toutes les espèces de végétaux, sauf les algues, les bactéries et les champignons, peuvent être protégées. Le propriétaire d'une nouvelle variété qui obtient un certificat possède des droits exclusifs à l'égard de l'utilisation de la variété et peut protéger celle-ci contre l'exploitation par des tiers. La *Loi sur la protection des obtentions végétales* vise à stimuler les activités de sélection végétale au Canada, à assurer aux producteurs canadiens un meilleur accès à des variétés étrangères et à mieux protéger les variétés canadiennes dans les autres pays.

33. Voir l'alinéa 27(3)b) de la *Loi sur les brevets*, *supra* note 1.

34. Cette convention (Convention de l'UPOV) est entrée en vigueur en 1968. Elle a fait par la suite l'objet de révisions successives en 1972, 1978 et 1991.

35. Voir *supra* note 2.

36. [2001] 3 C.F. 247, p. 270.

L'article 6 de la Loi³⁷ confirme que le certificat confère à son titulaire un droit exclusif d'exploitation de son obtention pour une période maximale de 18 ans à compter du jour de la remise du certificat, à la condition que le titulaire ait versé au directeur la taxe réglementaire annuelle de maintien en vigueur.

Les topographies de circuits intégrés

Cette autre législation³⁸ vise aussi la protection de productions intellectuelles à finalité industrielle. Elle couvre à cet effet la réalisation de configurations techniques intégrées dans des circuits électroniques ainsi que les montages topographiques de ces circuits³⁹.

Comme c'est le cas de toute législation de propriété intellectuelle, un droit d'exploitation exclusif est accordé au créateur de ces configurations pour qu'il tire des bénéfices pécuniaires de sa création. Aussi, personne ne peut reproduire, fabriquer, importer ou mettre sur le marché ces productions, sans l'autorisation de leur auteur.

Plus précisément, tel que l'énonce le paragraphe 3(2) de cette Loi :

- 2) Le titre de protection sur une topographie enregistrée ou sur toute partie importante de celle-ci confère à son titulaire le droit exclusif de :
 - a) la reproduire;
 - b) l'incorporer à la fabrication d'un circuit intégré;

37. Voir *supra* note 2.

38. *Loi sur les topographies de circuits intégrés*, voir *supra* note 3.

39. Voici comment l'Office de la propriété intellectuelle du Canada, dans son *Guide des topographies de circuits intégrés* (2006), présente ces créations :

Les circuits intégrés à semi-conducteurs sont au cœur des technologies modernes de l'information, des communications, du spectacle, de l'industrie manufacturière, de la médecine et de l'espace, et on les retrouve de plus en plus dans des appareils aussi courants que les électroménagers. La Loi et le Règlement désignent les « microplaquettes » qui comportent de tels circuits par le terme « circuits intégrés ».

Les circuits intégrés modernes consistent en une série complexe de couches de semi-conducteurs, de métaux, de diélectriques (d'isolants) et d'autres matériaux appliqués sur un substrat. La Loi et le Règlement désignent la configuration tridimensionnelle ces couches par l'expression « topographies de circuits intégrés ». [...]

Certains circuits intégrés, comme les mémoires vives (RAM) et les mémoires mortes (ROM), servent à enregistrer des jeux d'instructions pour les processeurs électroniques.

- c) l'exploiter commercialement ou l'importer, de même que tout circuit intégré dans lequel elle est incorporée.

Le paragraphe 4(1) de la Loi⁴⁰ spécifie par ailleurs que ce ne sont pas toutes les productions de ce type qui font l'objet d'une protection en vertu de cette Loi ; seules les productions enregistrées auprès du registraire des topographies procurent ce bénéfice exclusif à leur titulaire. Par ailleurs, ne peuvent être enregistrées que les productions considérées « *originale*s » au sens du paragraphe 4(2) de la Loi (*v.g.* celles qui n'ont pas été copiées de topographies antérieures et qui manifestent un effort intellectuel de la part de leur créateur)⁴¹.

De son côté, l'article 5 de la Loi⁴² fixe à 10 années civiles à compter du dépôt de la demande d'enregistrement ou de la première exploitation commerciale de la topographie, si celle-ci est antérieure, la durée de l'exclusivité conférée par cette Loi⁴³.

Les dessins industriels

Cette autre législation⁴⁴, que l'on rattache aussi au secteur de la propriété industrielle, se caractérise par la protection de créations destinées non pas tant à la production industrielle qu'à sa diffusion ou plus particulièrement à sa mise en marché. Il s'agit ici de protéger les caractéristiques visuelles (*v.g.* configuration, motifs et éléments décoratifs)⁴⁵ des objets issus de la production industrielle d'objets utilitaires, de manière à les rendre plus attrayants pour la clientèle. On n'a qu'à penser aux efforts consacrés à chaque année par les entreprises de l'industrie automobile – pour ne mentionner que celles-là – en vue d'offrir des véhicules nouveaux, attrayants

40. *Supra* note 3.

41. Ce caractère d'*originalité* rapproche beaucoup ce type de création de celles qui sont protégées par le droit d'auteur. Nous reviendrons plus loin sur cette condition d'*originalité* dans le développement relatif à la protection par le droit d'auteur. Voir plus loin la section *La propriété littéraire et artistique – Les conditions de protection*.

42. *Supra* note 3.

43. Gervais et Judge (2006, p. 512) mentionnent qu'en raison des modifications apportées à la conception actuelle des puces électroniques, cette législation est devenue pratiquement désuète.

44. *Loi sur les dessins industriels*, voir *supra* note 4.

45. *Ibid.*, art. 2, définition de « *dessin* ». Cette définition exclut d'ailleurs la protection de tout dessin visant les aspects purement utilitaires de l'objet, tels par exemple le fait pour un silencieux d'automobile de présenter habituellement une forme oblongue et cylindrique.

et surtout différents de ceux de leurs concurrents, pour prendre conscience de la finalité de cette législation et se convaincre de la pertinence économique d'une telle protection.

Ici encore, un droit exclusif d'exploitation est accordé au créateur⁴⁶, en l'occurrence la personne qui a réalisé le nouveau dessin des caractéristiques visuelles de l'objet industriel ou celle qui l'a commandé contre rémunération⁴⁷. Pendant une période maximale de dix ans à compter de l'enregistrement de son droit⁴⁸, le titulaire de ce droit pourra empêcher la fabrication, l'importation, l'exposition commerciale et la mise en marché d'objets présentant une forme identique ou trop confusément semblable à celle de son dessin enregistré⁴⁹.

Pour assurer la protection de ce dessin, l'éventuel titulaire doit l'enregistrer dans l'année qui suit sa publication⁵⁰ et, à cette fin, soumettre une demande au ministre chargé de l'application de la Loi ; il doit de même répondre aux exigences administratives qui en découlent⁵¹.

Les marques de commerce

Cette législation⁵², que l'on peut rattacher aussi à la propriété industrielle, accorde également un droit exclusif d'exploitation à son titulaire, visant plutôt cette fois la protection de son image commerciale.

On comprendra aisément qu'une entreprise ne puisse fonder sa mise en marché uniquement sur les qualités intrinsèques des produits ou services qu'elle offre à sa clientèle. Compte tenu de la diversité des intervenants et de la quantité innombrable des biens et services qui se retrouvent sur le

46. *Ibid.*, art. 9 et 11.

47. *Ibid.*, art. 12.

48. *Ibid.*, art. 10.

49. *Ibid.*, art. 11.

50. *Ibid.*, paragr. 6(3). On reconnaît habituellement que le terme « publication » signifie « rendre le dessin accessible au public ». Dans une décision de 1984, rendue dans l'affaire *Algonquin Mercantile Corp. v. Dart Industries Canada Ltd.*, (1984) 1 C.P.R. (3d) 75 (C.A.F.), la Cour d'appel fédérale précisait le sens qu'il faut donner au terme « public » dans cette législation :

“Public” has many meanings but for purposes of the definition must be taken to include those who are, in fact, or are considered by the design owner as apt to be interested in taking up the offer of the design or advantage of its availability. Disclosure of the design, for the purpose of obtaining orders for an article to be made according to the design, is a publication of the design.

51. *Ibid.*, art. 3 à 7.

52. *Loi sur les marques de commerce*, voir *supra* note 5.

marché, une part non négligeable du pôle d'attraction d'une entreprise – sa part du marché – est établie grâce aux liens de qualité, de crédibilité et de confiance qu'elle a pu nouer et maintenir avec ses clients actuels et potentiels⁵³. Tel est l'un des principaux attributs de la marque de commerce et tel est le fondement économique du droit exclusif dévolu au titulaire de la marque qu'il entend utiliser en rapport avec les biens et services qu'il offre sur le marché.

Au plan juridique, les législations concernant les marques de commerce accordent en effet au titulaire un droit exclusif d'utilisation de sa marque en l'associant à un ou des biens donnés⁵⁴. Cela lui permettra d'empêcher tout concurrent de créer de la confusion dans l'esprit du public du fait de l'adoption ou de l'emploi par ce concurrent d'une marque jugée trop semblable à celle du titulaire⁵⁵, voire, en certains cas, entraînant une diminution de la valeur de son achalandage⁵⁶.

Si nous reprenons notre démarche antérieure, trois questions retiendront ici notre attention⁵⁷. Qu'est-ce qu'une marque au sens de cette Loi ? À quelles conditions est-elle protégeable ? Quelle est la durée du droit exclusif accordé au titulaire ?

53. Voilà pourquoi on avance volontiers que l'objet premier d'une marque est d'informer le consommateur quant à la source des produits ou services qu'il se procure. Ainsi, la marque relie dans l'esprit de celui-ci le bien ou le service à l'entreprise d'où il origine et l'éclaire ou le conforte alors dans son choix. Comme l'indique le j. Linden de la Cour d'appel fédérale, dans *Pink Panther Beauty Corp. c. United Artists Corp.*, [1998] 3 C.F. 534 (C.A.): « C'est l'association d'une marque de commerce à une source précise qui constitue l'élément décisif permettant de comprendre les droits que la Loi protège ».

54. *Supra* note 5, art. 19.

55. Certains lecteurs pourront objecter avec raison que la *Loi sur les marques de commerce* n'est pas la seule à sanctionner cette forme de concurrence déloyale par laquelle un concurrent appelle l'attention du public sur ses produits, ses services ou son entreprise en les faisant confusément passer pour ceux d'un autre. Des législations qui régissent la création des entreprises ou même la détermination de leur nom d'affaires, telles la *Loi sur les compagnies* du Québec (L.R.Q. c. C-38), la *Loi canadienne sur les sociétés par actions* (L.R.C. c. C-44) ou la *Loi sur la publicité légale des entreprises individuelles, des sociétés et des personnes morales* (L.R.Q. c. P-45), comportent des dispositions qui visent aussi à contrer de tels comportements déloyaux. De même, le régime de la responsabilité civile du *Code civil du Québec* donne ouverture à des recours en dommages contre le contrevenant (délit de commercialisation trompeuse), tout comme la *common law* le sanctionne par le biais du *tort of passing off*.

56. *Supra* note 5, art. 22.

57. Il s'agit, on l'aura compris, d'une présentation fort sommaire de cette législation ; pour une analyse plus complète, nous référons à nouveau le lecteur à Gervais et Judge (2006, p. 167-335).

On entend généralement par «marque de commerce» toute marque⁵⁸ ou tout signe⁵⁹ employé par une personne (physique ou morale) afin de distinguer les biens ou services qu'elle fabrique ou met sur le marché de ceux fabriqués ou mis sur le marché par d'autres. Cette notion comprend aussi les marques de certification, qui consacrent une norme d'origine (*v.g.* «vins de Champagne», «produit du Québec»), de qualité (ex. «Pure laine vierge», «norme ISO») ou d'appartenance à un groupe (*i.e.* «Étiquette syndicale»).

Essentiellement, pour bénéficier de la protection de la Loi, la marque ou le signe doit être distinctif, et sous l'égide de la Loi, l'enregistrement est alors la condition *sine qua non* pour que son titulaire puisse bénéficier de l'exclusivité de sa marque de commerce⁶⁰. Ce caractère distinctif peut faire l'objet d'un contrôle tant lors de la demande d'enregistrement de la marque de commerce auprès du registraire des marques⁶¹ que lorsque le titulaire enregistré invoque une violation de sa marque par un concurrent qui emploie une marque qui porte à confusion⁶². Il en est de même lorsque

-
58. Tels un logo, un slogan, un personnage ou un nom d'affaires qui caractérisent nettement l'entreprise qui l'emploie. Voir *supra* note 5, la définition de «marque de commerce» à l'article 2. Mais la marque peut-elle aussi être auditive ou même olfactive? Il semble bien que non, les tribunaux exigeant plutôt une représentation qui s'adresse au sens de la vue. Voir à ce sujet Gervais et Judge (2006, p. 188-190).
59. Le même article 2, *ibid.*, définit ainsi un «signe distinctif»:
Selon le cas:
a) façonnement de marchandises ou de leurs contenants;
b) mode d'envelopper ou empaqueter des marchandises,
dont la présentation est employée par une personne afin de distinguer, ou de façon à distinguer, les marchandises fabriquées, vendues, données à bail ou louées ou les services loués ou exécutés, par elle, des marchandises fabriquées, vendues, données à bail ou louées ou des services loués ou exécutés, par d'autres.
60. Voir l'article 19 de la Loi, *ibid.*
61. *Ibid.*, art. 30 et s., en particulier les art. 37 et 9 à 15.
62. L'article 6 de la Loi, *ibid.*, précise les manières et les circonstances qui donnent lieu à de la confusion au sens de cette Loi. Sommairement, et en empruntant aux termes législatifs, on peut avancer qu'une marque de commerce ou un nom commercial crée de la confusion avec une autre marque de commerce ou un autre nom commercial lorsque l'emploi des deux dans la même région ou sur le même territoire serait susceptible de faire conclure que les marchandises liées à cette marque ou à ce nom ou que les services liés à cette marque ou à ce nom utilisés par l'entreprise A et ceux liés à l'entreprise B ont été fabriqués, vendus, loués ou exécutés par la même personne. Exemple classique:

la marque enregistrée est employée par un utilisateur d'une manière susceptible de créer une diminution de la valeur de l'achalandage de son titulaire⁶³.

Une autre condition imposée au titulaire des droits sur sa marque de commerce enregistrée pour préserver son exclusivité est d'en faire usage. En effet, même si l'inscription d'une marque au registre vaut pour quinze ans et est renouvelable indéfiniment pour la même durée sur paiement des droits prescrits⁶⁴, une marque non employée à l'égard de l'ensemble ou de l'une ou l'autre marchandise ou service spécifié dans l'enregistrement peut toujours faire, après trois ans de non-usage, l'objet d'une radiation totale ou partielle à la demande de toute personne intéressée⁶⁵.

Les diverses législations dont nous venons de présenter les principaux caractères visent soit à assurer au titulaire du droit l'exclusivité d'exploitation de créations industrielles (brevets d'invention, obtentions végétales, circuits intégrés), soit à lui en faciliter la mise en marché (dessins industriels et marques de commerce). C'est en ce sens qu'elles sont qualifiées de lois de propriété industrielle.

Nous aborderons maintenant un autre modèle législatif applicable à des productions à caractère d'abord culturel ; le droit français lui consacre le qualificatif de « propriété littéraire et artistique », alors que les régimes juridiques de tradition anglo-américaine parlent plutôt de « *copyright* ». Malgré leur appellation distincte, ces modèles recouvrent substantiellement la même réalité juridique, et la mécanique législative mise en place est assez similaire.

La propriété littéraire et artistique

Contrairement au régime applicable à la propriété industrielle, où tout un faisceau de lois a pour fonction d'assurer l'atteinte de la double finalité de la propriété intellectuelle, ici, une seule législation vise la mise en œuvre de cette double mission.

S'il est définitivement plus facile d'identifier le type d'œuvres qui fait l'objet de protection sous un régime dit de « propriété littéraire et artistique » que sous celui plutôt équivoque du *copyright* – droit de copie –

l'utilisation du patronyme MacDonald par l'entreprise B dans le domaine de la restauration rapide, pour laisser croire au public qu'elle est rattachée à McDonald's Canada.

63. *Ibid.*, art. 22.

64. *Ibid.*, art. 46.

65. *Ibid.*, art. 45.

développé par le droit anglo-américain, cette formulation un peu plus descriptive ne parvient toutefois pas à laisser deviner toutes les catégories d'œuvres que l'on entend protéger sous la coupe de ce modèle juridique (œuvres littéraires, dramatiques, musicales et artistiques). De son côté, le terme «*copyright*» ne laisse en rien transparaître la double nature des droits accordés au créateur de ces types d'œuvres: droits pécuniaires et droits moraux, pas plus qu'il n'exprime la double vocation de ce régime: favoriser à la fois la production et la diffusion de ces œuvres.

Dans le but de bien circonscrire le domaine d'application de ce régime particulier de propriété intellectuelle, soulignons tout d'abord que la législation qui la concrétise s'emploie, dans un premier temps, à réprimer toute reproduction non autorisée de l'œuvre du créateur littéraire, dramatique, musical ou artistique «ou d'une partie importante de celle-ci», précise le texte législatif⁶⁶.

Une autre fonction majeure lui a par ailleurs été assignée. Il s'agit de faire en sorte que le créateur puisse tirer un bénéfice économique de l'exécution en public de son œuvre. Cette exécution peut revêtir les formes les plus diverses, qu'il s'agisse de la présentation de l'œuvre directement au public sur une scène, dans une salle de spectacle, un bar, voire en classe ou dans tout autre lieu de diffusion, ou que l'exécution de l'œuvre utilise des supports mécaniques ou électroniques qui permettent de communiquer celle-ci à un public donné (*v.g.* radio, télévision, Internet). Il suffit qu'en toute circonstance ces présentations permettent de rejoindre le public visé par le créateur.

Dans tous les cas néanmoins, pour que la loi s'applique, il faudra d'abord que l'œuvre réalisée par l'auteur satisfasse à deux conditions: elle doit être originale et avoir été fixée sur un support matériel qui en atteste l'existence. Nous examinerons successivement ces conditions de protection, avant de préciser brièvement ce que recouvre chacune des catégories d'œuvres.

Les conditions de protection

De la même manière que pour être brevetable l'invention doit être nouvelle, utile et ingénieuse, seule l'œuvre littéraire, dramatique, musicale ou artistique *originale* est protégée par le droit d'auteur. C'est ce que confirme le

66. *Loi sur le droit d'auteur*, L.R.C. 1985. c. C-42, paragr. 3(1).

paragraphe 5(1) de la Loi canadienne⁶⁷, condition que l'on retrouve d'ailleurs sous d'autres juridictions dans leurs législations vouées à la protection de la propriété littéraire et artistique.

Quant à l'exigence de *fixation* de l'œuvre sur un support matériel, on la retrouve inscrite au premier alinéa du paragraphe 3(1) de cette même Loi⁶⁸.

La condition d'originalité. – Si l'exigence de l'originalité est indéniable pour qu'une œuvre fasse l'objet d'une protection par le droit d'auteur, le sens qu'il faut donner à ce terme a varié considérablement d'une époque à l'autre, tout autant qu'il diffère d'un régime législatif à l'autre. Si, à une certaine époque, on a pu avancer péremptoirement que l'œuvre était originale du simple fait qu'elle tirait son origine de l'auteur qui l'a réalisée (*v.g.* que celui-ci pouvait démontrer qu'il ne l'avait pas copiée)⁶⁹, en d'autres temps et sous d'autres juridictions, on exige que l'œuvre soit le résultat d'une activité créatrice (*i.e.* qu'elle soit la manifestation du jugement ou du talent de son créateur). En ce sens, les tribunaux de *common law* ont longuement hésité avant d'arrêter une position claire à cet égard, si bien que certains pouvaient simplement se satisfaire de ce que l'œuvre soit l'expression d'un effort, d'un labeur de la part de son auteur (doctrine du *sweat of the brow*; voir le chapitre 5), pendant que d'autres exigeaient de celui-ci l'expression manifeste d'une activité créatrice (doctrine de la *creativity*)⁷⁰.

Confronté à ces tensions contradictoires qui se manifestaient depuis plusieurs décennies, le droit de *copyright* ne parvenait pas à venir à bout de ces tiraillements, aussi les tribunaux suprêmes des États-Unis, puis du Canada, furent-ils mis à contribution. En 1991, la Cour suprême des États-Unis⁷¹ statua que l'on ne pouvait prétendre à des droits d'auteur sur une compilation d'informations sans d'abord établir que cette production

67. *Ibid.*, art. 5.

68. *Ibid.*, art. 3.

69. *University of London Press Ltd. v. University Tutorial Press Ltd.*, [1916] 2 Ch. 611.

70. Drassinower (2003-2004) a même proposé qu'il faille explorer une troisième voie doctrinale, celle de l'«autorat» (*authorship*), selon laquelle la créativité attendue de l'auteur et qui sert à définir l'originalité de son œuvre se mesure dans le rapport intellectuel que celui-ci établit avec sa création et non dans celle, plus instrumentaire, selon laquelle l'œuvre est apte à répondre aux attentes du public. Serait-ce la voie qu'a empruntée la Cour suprême du Canada en 2004 pour définir le modèle canadien, en exigeant que l'œuvre manifeste l'exercice du talent et du jugement de son auteur? Au-delà du libellé utilisé par la Cour, Drassinower semble y croire (voir sa dernière note infrapaginale).

71. *Feist Publications, Inc. v. Rural Telephone Service Co., Inc.*, 499 US 340 (1991).

témoignait d'un certain degré de créativité. Ainsi, le simple fait d'inscrire dans un annuaire téléphonique le nom, l'adresse et le numéro de téléphone de ses abonnés et de classer ces informations selon l'ordre alphabétique des noms de ces derniers ne constituait pas en soi une activité suffisamment originale pour accorder au compilateur la protection du droit d'auteur.

Comme la Cour suprême américaine le note dans cette affaire :

As a constitutional matter, copyright protects only those constituent elements of a work that possess more than a de minimis quantum of creativity. [...] Given that some works must fail, we cannot imagine a more likely candidate⁷².

Dans sa déclaration finale, le tribunal prend d'ailleurs le soin de préciser :

This decision should not be construed as demeaning Rural's [l'entreprise demanderesse] efforts in compiling its directory, but rather as making clear that copyright rewards originality, not effort⁷³.

Confrontée à son tour à une question d'organisation de données factuelles, la Cour suprême du Canada allait circonscrire, au printemps 2004, ce qui devrait constituer le critère de l'originalité d'une œuvre protégée par le droit d'auteur au Canada. Il s'agissait dans cette affaire de déterminer si les décisions judiciaires publiées par les éditeurs juridiques constituaient des œuvres originales. Ces œuvres contiennent, outre la reproduction de la décision elle-même, un sommaire factuel, un résumé jurisprudentiel ainsi qu'un index analytique de la décision.

Rappelant les tensions qui opposent les tenants du *sweat of the brow* et ceux pour qui il ne saurait y avoir originalité sans réelle créativité, madame la juge en chef McLachlin choisit de mettre fin au débat qui perdurait devant les tribunaux inférieurs depuis une bonne quinzaine d'années, en tranchant ainsi :

J'arrive à la conclusion que la juste interprétation se situe entre ces deux extrêmes. Pour être « originale » au sens de la *Loi sur le droit d'auteur*, une œuvre doit être davantage qu'une copie d'une autre œuvre. Point n'est besoin toutefois qu'elle soit créative, c'est-à-dire novatrice ou unique. L'élément essentiel à la protection de l'expression d'une idée par le droit d'auteur est l'exercice du talent et du jugement. J'entends par talent le recours aux connaissances personnelles, à une aptitude acquise ou à une compétence issue de l'expérience pour produire l'œuvre. J'entends par jugement la faculté de discernement ou la capacité de se faire une opinion ou de procéder à une évaluation en comparant différentes options possibles pour

72. *Ibid.*, p. 363-364, opinion du j. O'Connor.

73. *Ibid.*, p. 364.

produire l'œuvre. Cet exercice du talent et du jugement implique nécessairement un effort intellectuel. L'exercice du talent et du jugement que requiert la production de l'œuvre ne doit pas être négligeable au point de pouvoir être assimilé à une entreprise purement mécanique. Par exemple, tout talent ou jugement que pourrait requérir la seule modification de la police de caractères d'une œuvre pour en créer une « autre » serait trop négligeable pour justifier la protection que le droit d'auteur accorde à une œuvre « originale⁷⁴ ».

Certains estimeront sans doute que la Cour suprême, en excluant la créativité de l'exigence d'originalité, a fixé bien bas le seuil de l'originalité. La Cour répond ainsi à cette objection :

Je tire cette conclusion en tenant compte : (1) du sens ordinaire du mot « originale »; (2) de l'historique du droit d'auteur; (3) de la jurisprudence récente; (4) de l'objet de la *Loi sur le droit d'auteur* et (5) du caractère à la fois fonctionnel et équitable de ce critère⁷⁵.

Les deux extraits suivants, dont l'un rappelle les finalités de la *Loi sur le droit d'auteur* et l'autre met l'accent sur le caractère fonctionnel et équitable du critère de l'exercice du talent et du jugement, explicitent cette position.

Tel qu'il est mentionné précédemment, dans *Théberge*, précité⁷⁶, notre Cour a dit que l'objet de la *Loi sur le droit d'auteur* était d'établir un juste équilibre entre la promotion, dans l'intérêt public, de la création et de la diffusion des œuvres artistiques et intellectuelles, d'une part, et l'obtention d'une juste récompense pour le créateur, d'autre part. Lorsque le tribunal retient un critère d'originalité qui exige seulement que l'œuvre soit davantage qu'une simple copie ou qu'elle résulte d'un labeur pour bénéficier de la protection du droit d'auteur, il favorise les droits de l'auteur ou du créateur au détriment de l'intérêt qu'a la société à conserver un domaine public solide susceptible de favoriser l'innovation créative à l'avenir. [...] À l'opposé, un critère d'originalité fondé sur l'exercice du talent et du jugement garantit que l'auteur ne touchera pas une rétribution excessive pour son œuvre. Ce critère est en outre propice à l'épanouissement du domaine public, d'autres personnes étant alors en mesure de créer de nouvelles œuvres à partir des idées et de l'information contenues dans les œuvres existantes⁷⁷. [Références doctrinales non reproduites.]

74. CCH Canadienne Ltée c. Barreau du Haut-Canada, 2004 CSC 13, paragr. 16.

75. *Ibid.*, paragr. 17.

76. NDR, voir *infra* note 79.

77. *Supra* note 74, paragr. 23.

Le critère selon lequel une œuvre originale doit résulter de l'exercice du talent et du jugement est à la fois fonctionnel et équitable. Le critère fondé sur « l'effort » n'est pas assez strict. Il favorise indûment les droits du titulaire et ne protège pas l'intérêt du public dans la production et la diffusion optimales des œuvres intellectuelles. Par contre, le critère d'originalité fondé sur la créativité est trop rigoureux. La créativité implique qu'une chose doit être nouvelle et non évidente – des notions que l'on associe à plus juste titre au brevet qu'au droit d'auteur. En comparaison, la norme exigeant l'exercice du talent et du jugement dans la production d'une œuvre contourne ces difficultés et offre, pour l'octroi de la protection du droit d'auteur, un critère fonctionnel et approprié qui est compatible avec les objectifs de politique générale de la *Loi sur le droit d'auteur*⁷⁸.

La condition de fixation matérielle. – À cette exigence d'originalité, qui fonde les droits exclusifs de l'auteur à l'exploitation de son œuvre aussi bien que la reconnaissance de son statut d'auteur, s'ajoute une autre plus formelle, celle de la fixation de l'œuvre sur un support matériel.

Mais quelle est la véritable portée juridique de cette exigence ? À nouveau, deux thèses s'affrontent ici, du moins si l'on se fie au débat qu'a soulevé cette question devant la Cour suprême du Canada, dans l'affaire *Théberge c. Galerie d'art du Petit Champlain inc.*⁷⁹. Il s'agissait pour la plus haute Cour canadienne de déterminer si l'opération technique de transfert d'encre (souvent qualifiée d'entoilage) d'une reproduction d'une peinture sur papier vers un nouveau support (la Toile) constituait la reproduction non autorisée d'une œuvre.

À la position minoritaire, exprimée par le juge Gonthier, selon laquelle « [I]a fixation à un support matériel constitue une condition *sine qua non* de la production d'une œuvre⁸⁰ », d'où il découle qu'un changement de support entraîne une nouvelle fixation et confirme dès lors la production d'une nouvelle œuvre, puisque « [r]eproduire une œuvre consiste [...] essentiellement en la fixation matérielle ultérieure et non originale d'une première fixation matérielle originale⁸¹ », le juge Binnie pour la majorité, rétorque :

La « fixation » a un sens relativement bien établi plutôt différent en matière de droit d'auteur. Cette notion sert à distinguer les œuvres susceptibles d'être protégées par le droit d'auteur des idées générales qui sont la « propriété » intellectuelle de tous⁸².

78. *Ibid.*, paragr. 24.

79. 2002 CSC 34.

80. *Ibid.*, paragr. 145.

81. *Ibid.*, paragr. 147.

82. *Ibid.*, paragr. 25.

Et, citant Laddie, Prescott, Vitoria, Speck et Lane (2000), il ajoute : « Un droit d'auteur prend donc naissance dès que l'œuvre est écrite ou autrement attestée sous une forme raisonnablement permanente ("fixée"). »

Selon cette position majoritaire de la Cour suprême, la fixation de l'œuvre à un support d'une certaine permanence servirait avant tout à démontrer la matérialisation ; elle aurait essentiellement pour fonction de fournir la preuve tangible de son existence. Envisagée sous cet angle, la fixation ne précède pas nécessairement le droit, elle ne fait que l'attester, en fournir la preuve concrète. C'est ce que confirme d'ailleurs le paragraphe 3(1.1) de la *Loi canadienne sur le droit d'auteur*⁸³, qui statue que le droit de communication au public d'une œuvre par télécommunication existe même si l'œuvre n'est fixée à un support matériel qu'au moment de sa communication.

Selon toute vraisemblance, cette approche permet aussi la protection des exécutions ou prestations (performances) des artistes interprètes, même si elles ne sont fixées qu'au moment de leur présentation en public. Il en est ainsi par exemple des improvisations, quelle que soit la catégorie d'œuvres à laquelle elles se rattachent (*v.g.* qu'elles soient dramatiques, musicales ou artistiques⁸⁴).

Les catégories d'œuvres

Outre les conditions d'originalité et de fixation que doit respecter l'œuvre pour être protégée, celle-ci doit encore s'inscrire dans l'une ou l'autre catégorie que la Loi énumère. En effet, l'article 5 de la Loi canadienne précise clairement que « [l]e droit d'auteur existe au Canada [...] sur toute œuvre littéraire, dramatique, musicale ou artistique originale » (nous soulignons).

Il convient toutefois de prendre note qu'en droit canadien, ces catégories servent beaucoup plus à expliciter la diversité des domaines de création bénéficiant de la protection législative qu'à en circonscrire véritablement l'étendue. L'article 2 de la Loi⁸⁵ dispose en effet que l'expression « toute œuvre littéraire, dramatique, musicale ou artistique originale » que l'on retrouve à l'article 5 « [s]l'entend de toute production originale du domaine littéraire, scientifique ou artistique quels qu'en soit le mode ou la forme d'expression », ce qui ne laisse aucun doute sur le

83. *Supra* note 66.

84. *Ibid.*, art. 15 et art. 2 sous la définition du terme « prestation ».

85. *Ibid.*

rôle essentiellement didactique dévolu à ces catégories. C'est en gardant en mémoire cette règle que nous présentons brièvement ci-après ces diverses catégories.

Les œuvres littéraires.— Bien que de prime abord l'on soit porté à croire que cette forme de production créatrice ne concerne que les productions littéraires (*v.g.* celles qui se rattachent à la littérature au sens large), dans les faits, les législations de droit d'auteur protègent toute production écrite, peu importe qu'elle soit manuscrite, imprimée ou même numérisée, ce qui comprend tout autant le feuillet publicitaire, la fiche d'instructions ou le livret d'utilisation d'un produit, que le dernier roman à la mode ou l'ouvrage scientifique le plus spécialisé diffusé sur papier ou sur tout autre support.

D'ailleurs, c'est en se fondant sur le sens étymologique du terme «littéraire» (de *litteris*: «écrit») que l'on a d'abord accepté de protéger les programmes d'ordinateur, y inclus ceux rédigés en langage machine qui ne s'adressent pas à la compréhension humaine. Pour la Cour d'appel fédérale du Canada⁸⁶, il ne faisait aucun doute que ces œuvres sont protégeables:

Rien dans la Loi n'exige expressément qu'une reproduction prenne une forme lisible par l'homme pour être protégée par un droit d'auteur ou pour porter atteinte à un droit d'auteur⁸⁷.

Cette position devait être entérinée par le législateur qui, dans sa réforme de 1988⁸⁸, rangea expressément les «programmes d'ordinateur» dans la catégorie des œuvres littéraires⁸⁹, à côté des tableaux (*tables*) et des compilations d'œuvres littéraires.

Les œuvres dramatiques.— Font partie de cette autre catégorie, nous rappelle le texte législatif⁹⁰, les œuvres «dont l'arrangement scénique ou la mise en scène est fixé par écrit ou autrement», ce qui inclut les pièces pouvant être récitées, les œuvres chorégraphiques⁹¹, les pantomimes, les œuvres cinématographiques⁹². Sont donc de l'essence de ce type d'œuvres, leur destination scénique entendue largement, les œuvres télévisuelles.

86. *Apple Computer Inc. c. Macintosh Computer Ltd.*, [1988] 1 C.F. 673 (C.A.), décision confirmée par la Cour suprême [1990] 2 R.C.S. 209.

87. *Ibid.*, p. 686.

88. *Loi modifiant la Loi sur le droit d'auteur et apportant des modifications connexes et corrélatives*, L.C. 1988, c. 15, devenue L.R.C. 1985, c. 10 (4^e suppl.).

89. Voir *supra* note 66, art. 2, sous «œuvre littéraire».

90. *Ibid.*, art. 2, sous «œuvre dramatique».

91. *Ibid.*, voir définition de cette expression, art. 2.

92. *Ibid.*, voir définition de cette expression, art. 2.

Les œuvres musicales. – Bien que cette catégorie réfère aux œuvres issues de la création musicale, cette classification ne va pas toujours de soi et les dérogations que plusieurs y apportent mettent souvent en cause les fondements de cette activité créatrice. Outre les discussions qu'a pu susciter la définition même de l'œuvre musicale, entre autres en ce qui a trait à la place qu'occupent dans la musique la mélodie, l'harmonie et le rythme⁹³, la question de la propriété des sons eux-mêmes est souvent aussi au cœur de cette analyse⁹⁴. Il en est ainsi par exemple lorsque, par la technique maintenant bien connue de l'échantillonnage (*sampling*), l'on emprunte à l'œuvre d'un compositeur ou même à la prestation d'un interprète reconnu. Les droits de propriété intellectuelle portent-ils sur le substrat musical lui-même, le son ou sur l'expression originale de son agencement? Telle est particulièrement la teneur du débat que cette question soulève.

Les œuvres artistiques. – Si la catégorie précédente se caractérisait par son manque de précision – on se rappellera que la Loi définit «œuvre musicale» par «œuvre ou composition musicale⁹⁵» –, la présente paraît plutôt se confondre dans un luxe de nomenclature. L'œuvre artistique y est en effet ainsi définie :

«œuvre artistique». Sont compris parmi les œuvres artistiques les peintures, dessins, sculptures, œuvres architecturales, gravures ou photographies, les œuvres artistiques dues à des artisans ainsi que les graphiques, cartes, plans et compilations d'œuvres artistiques⁹⁶.

La lecture de cette énumération nous permet de constater que ces œuvres ont pour dénominateur commun leur caractère visuel. Certains ont pourtant avancé que cette dernière catégorie serait résiduaire et pourrait donc s'étendre à toute autre création originale non autrement rattachée

93. Voir la définition de l'«œuvre musicale» dans la loi canadienne antérieure à 1993 (*Loi sur le droit d'auteur*, S.R. c. C-30) et comparer avec la définition actuelle à l'article 2 de la Loi précitée, *ibid.*, qui «précise» que l'œuvre musicale est «[t]oute œuvre ou toute composition musicale – avec ou sans paroles – et toute compilation de celles-ci.»

94. Lire à ce propos Wolfensohn (2004).

95. *Supra* note 66, art. 2.

96. Si l'on tient compte qu'un bon nombre de ces éléments de l'énumération font à leur tour l'objet de leur propre définition (*v.g.* gravure, œuvre architecturale, photographie, sculpture), *ibid.*, art. 2, on comprendra pourquoi il convient de parler ici d'un luxe de nomenclature!

à une autre catégorie⁹⁷. Ils s'appuient sans doute sur le fait que le texte de la définition, en indiquant que «sont compris parmi les œuvres artistiques [...]», signifie que l'énumération ne se veut en rien exhaustive.

De l'ensemble des propos qui précèdent, il devient plus facile d'identifier ce qui relève du domaine de la propriété littéraire et artistique. Est susceptible de protection par le droit d'auteur tout ce qui ne vise pas comme telle l'exploitation économique d'une production industrielle, mais qui, étant par ailleurs le résultat d'une activité particulière de son auteur, témoigne de son talent et de son jugement et justifie qu'on lui octroie un droit exclusif d'exploitation économique. Font partie à n'en pas douter de ce domaine bon nombre de productions issues de l'activité scientifique, ce qui intéresse au premier chef le monde universitaire.

La «propriété scientifique»

Bien qu'il n'existe pas de législations de propriété intellectuelle spécialement vouées à la protection de la production scientifique, on conçoit facilement que les législations de propriété industrielle ou celles qui concernent la propriété littéraire ou artistique puissent juridiquement, les unes comme les autres, régir cette réalité. En ce sens, la définition de l'expression «toute œuvre littéraire, dramatique, musicale ou artistique originale» inscrite à l'article 2 de la *Loi canadienne sur le droit d'auteur*⁹⁸ confirme au moins en partie ce rattachement:

«toute œuvre littéraire, dramatique, musicale ou artistique originale». S'entend de *toute production originale du domaine littéraire, scientifique ou artistique* quels qu'en soient le mode ou la forme d'expression, tels les compilations, livres, brochures et autres écrits, les conférences, les œuvres dramatiques ou dramatocomusicales, les œuvres musicales, les traductions, les illustrations, les croquis et les ouvrages plastiques relatifs à la géographie, à la topographie, à l'architecture ou aux sciences. [Nous soulignons.]

La question se pose plutôt de savoir ce qui, au sens de la Loi, relève du domaine scientifique. Nous examinerons par la suite si le régime juridique actuel de la propriété intellectuelle peut répondre adéquatement à cette double réalité.

97. Pour le Canada, voir le rapport du Comité permanent des communications et de la culture (1985).

98. *Supra* note 66.

Mais on le sait, définir ce qui appartient à la réalité scientifique ne s'avère pas une entreprise facile. Si la première acception du terme «science» réfère habituellement au concept universel de connaissances⁹⁹ et est fort peu éclairante lorsqu'il s'agit de circonscrire les frontières du domaine scientifique, une autre, plus contemporaine, oppose généralement l'activité scientifique¹⁰⁰ à la production littéraire et artistique. La première (l'activité scientifique) se caractérise alors essentiellement par l'objectivité de son approche méthodologique, tandis que la seconde (la production littéraire et artistique) est souvent présentée comme le domaine de prédilection de la subjectivité. Fondée sur de telles prémisses antagonistes, on se rend bien compte que cette nouvelle grille d'analyse risque de n'être guère plus instructive.

Une approche intermédiaire consistera plutôt à délimiter le domaine scientifique en utilisant comme paramètres les activités que l'on attribue en propre aux créateurs de ce domaine, soit la recherche et la diffusion des connaissances scientifiques. On constate aussitôt que ces activités concordent assez bien avec celles qui ont justifié l'adoption des législations dites de propriété industrielle et celles qui régissent la propriété littéraire ou artistique.

La «propriété» des données et les compilations

En premier lieu, lorsqu'une recherche est de type expérimental ou empirique, le chercheur génère ou collecte des données qui vont servir de base à ses résultats et ses conclusions ou les étayer. Il voudra donc s'assurer que ces données lui appartiennent et qu'elles ne peuvent être impunément utilisées et encore moins altérées par quiconque y a accès ou les utilise. Au plan juridique, il faut dès lors déterminer si et, le cas échéant, quand et comment ces données sont protégeables. À ce chapitre, la *Loi sur le droit d'auteur* vient à la rescousse du chercheur.

Comme on l'a vu au chapitre précédent, les faits sont du domaine public et les idées ne se protègent pas. La réponse à la question posée plus haut peut donc paraître très simple et du même coup quelque peu décevante : les données sont exclues du champ de protection du droit d'auteur. Or, dans les faits, une simple analyse nous amène à constater que, en règle

99. *Le Petit Robert* définit étymologiquement ainsi le mot «science» : «du lat. *scientia*, de *scire* ("savoir"). Connaissance exacte et approfondie. Ensemble de connaissances, d'expériences.»

100. «Ensemble de connaissances, d'études d'une valeur universelle, caractérisées par un objet (domaine) et une méthode déterminés, et fondées sur des relations objectives vérifiables», *id.*

générale¹⁰¹, ce n'est pas tant les faits eux-mêmes que le chercheur désire protéger que le résultat du travail de traitement et d'organisation qu'il a fait subir à cette information qu'il entend faire reconnaître. Tel est précisément ce que la Loi consacre lorsqu'elle définit à son article 2 l'expression¹⁰²:

« toute œuvre littéraire, dramatique, musicale ou artistique originale » S'entend de toute production originale du domaine littéraire, scientifique ou artistique quels qu'en soient le mode ou la forme d'expression, *tels les compilations* [...] [nous soulignons].

Une lecture de la définition du terme « compilation¹⁰³ » nous convainc d'ailleurs de cette avancée. Pour le législateur canadien, la compilation est définie comme une œuvre « résultant du choix ou de l'arrangement de tout ou partie d'œuvres littéraires, dramatiques, musicales ou artistiques ou de données ». C'est donc l'activité de choix ou d'arrangement des données que le législateur entend protéger, dans la mesure où cette démarche est suffisamment originale, c'est-à-dire, comme l'a précisé la Cour suprême du Canada dans l'affaire *CCH Canadienne Ltée*¹⁰⁴, que la compilation « doit témoigner dans son expression d'un effort intellectuel manifestant l'exercice du talent et du jugement¹⁰⁵ de son auteur ». C'est donc bien à la forme d'expression, domaine de prédilection du droit d'auteur, que l'on fait référence ici.

Soulignons d'ailleurs que dans cette affaire *CCH Canadienne Ltée*¹⁰⁶, la Cour suprême acceptait d'entériner la décision rendue par la Cour d'appel fédérale, qui avait déterminé que l'activité éditoriale des éditeurs de rapports judiciaires, consistant pour l'essentiel à résumer la décision rendue, à l'indexer à partir de rubriques ou de mots clés, à l'agencer par

101. Nous verrons au chapitre 4 que dans certains contextes, les données de recherche peuvent être considérées comme des « informations confidentielles » relevant du secret industriel ou commercial et, à ce titre, susceptibles d'être protégées en vertu d'autres régimes juridiques.

102. Ce texte doit être lu en conjonction avec celui du paragraphe 5(1) qui établit ce que la Loi a pour objet:

5. (1) Sous réserve des autres dispositions de la présente loi, le droit d'auteur existe au Canada, pendant la durée mentionnée ci-après, sur toute œuvre littéraire, dramatique, musicale ou artistique originale [...].

103. Tirée du même article 2 de la *Loi sur le droit d'auteur*, *supra* note 66.

104. Voir *supra* note 74.

105. Voir l'extrait associé à *supra* note 74 pour la définition des notions de talent et de jugement.

106. Voir *supra* note 74.

la suite dans une publication particulière constitue une activité originale autonome présentant «sous une forme différente des éléments existants¹⁰⁷». Comme l'écrit madame la juge en chef McLachlin :

36. Pour résumer, les sommaires, le résumé jurisprudentiel, l'index analytique et la compilation de décisions judiciaires publiées sont tous des œuvres émanant de leur auteur et ne sont pas de simples copies. Ils sont le produit de l'exercice non négligeable du talent et du jugement. De ce fait, il s'agit d'œuvres «originales» conférant un droit d'auteur¹⁰⁸.

Cette décision précise aussi, dans le même contexte de l'édition judiciaire, quelles activités d'édition seraient jugées trop mécaniques. Empruntons ici encore à l'exposé magistral de madame la juge McLachlan :

35. Cela dit, les motifs de la décision en eux-mêmes, sans les sommaires, ne constituent pas des œuvres originales sur lesquelles les éditeurs peuvent revendiquer un droit d'auteur. Les modifications apportées aux motifs de la décision sont relativement mineures ; les éditeurs ne font qu'ajouter des données factuelles de base comme la date du jugement, le nom de la Cour et du ou des juges qui ont entendu l'affaire, le nom des avocats des parties, les décisions, lois, règlements et règles cités, ainsi que les références parallèles. Les éditeurs corrigent également les erreurs grammaticales mineures et les fautes d'orthographe. Le talent et le jugement susceptibles d'être mis à contribution pour apporter ces modifications et ces ajouts mineurs sont trop banals pour justifier la protection du droit d'auteur. Il est plus juste d'y voir une simple opération mécanique¹⁰⁹.

En dépit de règles qui apparaissent de prime abord plus élaborées, il appert que la solution retenue au Canada s'applique de manière comparable aussi bien aux États-Unis qu'en Europe, du moins en ce qui à trait à la protection de l'arrangement des données pour le chercheur ou le créateur.

Pour ce qui est des données elles-mêmes, il convient de mentionner la directive européenne sur la protection juridique des bases de données¹¹⁰ qui, comme le souligne le juriste belge Alain Strowel¹¹¹ :

107. *Ibid.*, paragr. 33.

108. *Ibid.*

109. *Id.*

110. Directive 96/9/CE du Parlement européen et du Conseil, du 11 mars 1996, concernant la protection juridique des bases de données, JOCE n° L-077/20 du 27 mars 1996.

111. Strowel (2000, p. 202-203).

[...] repose sur deux droits distincts: le droit d'auteur [...] dont l'objectif est de rémunérer et d'encourager la créativité des auteurs de base de données et un nouveau droit intellectuel [...] dont l'objectif est de protéger et encourager l'investissement du producteur de la base de données.

Au-delà de la protection accordée à l'auteur de la compilation, la directive européenne aura créé un nouveau droit – droit qu'elle qualifie d'ailleurs de droit *sui generis* – pour l'exclure de la zone traditionnelle réservée au droit d'auteur. Ce droit protège en outre le producteur de la base de données qui y aura consenti un investissement substantiel au plan «financier, matériel ou humain», spécifie la loi homologue française, et il vise à «empêcher l'extraction et/ou la réutilisation non autorisées de la totalité ou d'une partie substantielle du contenu de la base de données¹¹²». Ce faisant, en dépit de l'affirmation incluse dans la directive selon laquelle ce nouveau droit «ne constitue aucunement une extension de la protection du droit d'auteur aux simples faits ou aux données¹¹³», on accorde un droit qui s'exerce sur le contenu de la base de données elle-même, ce qui constitue un sérieux accroc au principe sacro-saint selon lequel les données elles-mêmes ne peuvent pas comme telles faire l'objet de protection.

C'est sans doute pour ce motif que malgré diverses tentatives et un lobby très puissant des producteurs de bases de données, les États-Unis n'ont toujours pas donné suite, plus de dix ans après leur dépôt, à deux projets législatifs¹¹⁴ qui visaient la même finalité que la directive européenne précitée¹¹⁵. Le *Copyright Act* américain se limite donc jusqu'à maintenant à protéger les créateurs de bases de données qui ont aménagé leurs informations selon le régime applicable aux compilations, c'est-à-dire qu'ils les ont arrangées en conformité avec la définition de compilation et ne détiennent des droits que sur ces arrangements.

Les publications scientifiques

Par ailleurs, les travaux de tous les chercheurs – qu'ils soient qualifiés ou non de scientifiques – génèrent aussi soit de nouvelles connaissances à diffuser à la collectivité, soit des résultats innovants à partager avec d'autres membres de leur communauté. Pour ce faire, ils auront recours à divers

112. Voir *supra* note 110, paragr. 41.

113. *Ibid.*, paragr. 49.

114. Il s'agit des projets H.R. 2652 (1998) et H.R. 354 (1999), *Collections of Information Antipiracy Act*.

115. Voir Fernández-Molina (2004b).

moyens de diffusion de leurs œuvres, moyens plus ou moins spécialisés et adaptés aux personnes à qui ces informations sont destinées, que ce soit par exemple sous forme de textes (*i.e.* articles de revue ou ouvrages), de tableaux, de dessins ou autres présentations graphiques, plastiques ou électroniques ou encore par voie de conférences ou autres formes d'exposés. En pareils cas, le régime du droit d'auteur leur permettra d'assurer le contrôle de la reproduction ou de l'exécution publique de leurs œuvres. Dans bien des cas, ces diffusions pourront même constituer une source économique non négligeable, sinon pour l'auteur lui-même, du moins pour son diffuseur, qui obtiendra de l'auteur une cession de droits ou une licence d'exploitation des droits qu'il entend exploiter à son propre bénéfice.

De même, le régime du droit d'auteur, en reconnaissant à ce dernier des droits moraux de paternité (attribution) et d'intégrité sur son œuvre, assure la protection de la notoriété et de la réputation de l'auteur du domaine scientifique qui pourrait voir sa compétence menacée par des diffusions sur lesquelles il ne peut plus exercer de contrôle. Tel serait le cas du professeur qui constaterait que ses notes de cours ou une portion importante de celles-ci sont depuis son départ utilisées et au besoin modifiées par l'établissement où il enseignait auparavant. Celui-ci pourrait dès lors réclamer le respect de l'intégrité de son œuvre s'il estime qu'elle a été «déformée, mutilée ou autrement modifiée, d'une manière préjudiciable à son honneur ou à sa réputation», pour reprendre les termes qu'utilise le législateur à l'article 28.2 de la Loi¹¹⁶.

Les inventions

Finalement, dans plusieurs domaines, les activités de recherche scientifique pourront amener le chercheur à proposer un nouveau produit ou procédé, ou à mettre en marché une amélioration à un produit ou à un procédé existant. Ces innovations présentent parfois un potentiel économique non négligeable, tant pour les chercheurs que pour les établissements où ils effectuent leurs travaux. Les législations de propriété industrielle serviront alors d'assise à l'octroi de droits exclusifs d'exploitation de ces nouvelles créations.

Qu'il soit question de compilations de données, d'œuvres littéraires (ce qui comprend les programmes d'ordinateur) ou d'inventions, les productions de ces créateurs du domaine scientifique constituent indéniablement des réalisations intellectuelles protégeables par les législations de propriété intellectuelle afférentes. Elles donnent ouverture dès lors à des droits exclusifs d'exploitation, dans la mesure où ces productions satisfont

116. *Supra* note 66.

aux conditions arrêtées pour leur mise en œuvre. Certains voudront sans doute mettre en question la pertinence de ces législations eu égard à la mission de diffusion des connaissances dévolue au monde universitaire. En effet, on peut se demander si, bien souvent, l'exclusivité des droits accordés au créateur universitaire ne risque pas plutôt de freiner la diffusion des connaissances que de la favoriser.

En dépit de l'apparent paradoxe que soulève cette question dans ce contexte particulier de la production et de la diffusion des œuvres dans le milieu de l'éducation supérieure, il convient de rappeler le caractère avant tout fonctionnel de ces législations. À cet effet, nous voulons reprendre les propos de madame la juge en chef McLachlin, de la Cour suprême du Canada, qui, après avoir examiné les diverses considérations morales et économiques justifiant l'actuel régime de la propriété intellectuelle, formulait cette constatation¹¹⁷:

The strongest economic argument is that, without the protection of copyright and patent, research and creative thought would not be financed by the groups – business firms, manufacturers and publishers – who traditionally finance such enterprises.

Cette considération est incontestablement présente dans le monde universitaire. En fait, comme on le verra dans les derniers chapitres de cet ouvrage, elle y constitue, du moins selon une certaine perspective, un stimulant majeur sinon essentiel aux activités de production créatrice et de diffusion. Se pose dès lors une question fondamentale: qui peut revendiquer la titularité de cette propriété intellectuelle?

117. McLachlin (1993, p. 395).

3

La titularité de la propriété intellectuelle

Marcel Dubé

La titularité de la propriété intellectuelle se situe le plus souvent au cœur même des préoccupations tant économiques que juridiques qui animent aussi bien les créateurs que les divers utilisateurs des œuvres de l'esprit. Il convient donc de préciser ce qui fonde ces préoccupations.

Rappelons tout d'abord qu'en raison du caractère exclusif des droits qui lui sont reconnus, le titulaire des droits de propriété intellectuelle sur une œuvre de création détient le plein contrôle de l'exploitation de celle-ci. Cet attribut lui permet de réguler à sa guise, sur un territoire donné et pendant une période déterminée, tant la production que la diffusion de l'œuvre sur laquelle porte son droit.

En règle de principe, cette exclusivité est attribuée au seul créateur de l'œuvre. Cependant, en tenant compte des qualités intrinsèques de nouveauté et d'originalité généralement associées à une œuvre, l'accès à celle-ci devient bientôt objet de convoitise de la part d'utilisateurs éventuels, d'où son potentiel commercial et d'où l'intérêt d'identifier qui d'autre que les créateurs eux-mêmes peut légitimement l'exploiter et à quelles conditions.

Au-delà de cet attribut économique, l'œuvre s'avère également un témoignage tangible du génie inventif ou du talent littéraire, musical ou artistique de son créateur. Il importe donc que ce lien d'attribution soit reconnu et consacré et que rien ne puisse en altérer la qualité. Le créateur, seul titulaire légitime de ces droits moraux, détient seul et en toute circonstance le privilège exclusif d'en assurer la protection.

Il existe d'autres considérations plus collectives qui expliquent aussi ce besoin d'identifier ou de reconnaître qui détient les droits de propriété intellectuelle. Parmi celles-ci, mentionnons d'abord la titularité liée à la création réalisée en cours d'emploi ou, dans un contexte plus large, aux

œuvres produites sur commande; mentionnons également celles qui découlent de la création mettant à contribution l'activité commune de divers créateurs.

La propriété intellectuelle, les œuvres de commande et le lien d'emploi

En dépit du fait que le créateur d'une œuvre est généralement consacré, par les diverses législations de propriété intellectuelle, premier titulaire des droits de propriété intellectuelle sur sa production, on comprend aisément que cette règle soit mise de côté lorsque la personne qui a réalisé l'œuvre n'en est pas l'instigatrice, mais l'exécutante spécialement rémunérée pour sa contribution. Tel est le contexte juridique général qui circonscrit le débat autour de la titularité des œuvres de commande et de celles qui sont réalisées en cours d'emploi.

Signalons au départ qu'en dépit de leur apparente variété, selon le domaine et les juridictions concernés, les solutions préconisées par les divers régimes juridiques servent plus à circonscrire les situations justifiant le recours à l'exception qu'à remettre en cause la légitimité même de la règle. Aussi, nous nous attarderons dans les prochains paragraphes à préciser ce qu'on entend habituellement par «œuvres de commande» et «œuvres réalisées en cours d'emploi».

Œuvres de commande

Si en règle générale le premier titulaire des droits de propriété intellectuelle est celui qui a réalisé l'œuvre de création, on reconnaît toutefois au Canada que celui-ci ne pourra revendiquer ce droit lorsque son intervention a été simplement instrumentaire, surtout s'il a été rémunéré à cette occasion. À titre d'exemple, au Canada, le texte de la *Loi sur les dessins industriels*¹ précise :

12. (1) L'auteur d'un dessin en est le premier propriétaire, à moins que, pour contrepartie à titre onéreux, il ne l'ait exécuté pour une autre personne, auquel cas celle-ci en est le premier propriétaire.

La *Loi sur le droit d'auteur*² prévoit de son côté un régime similaire, régime qui ne s'applique toutefois qu'à certaines œuvres très particulières, soit les gravures, les photographies et les portraits. En pareilles situations

1. L.R.C. 1985, c. I-9.

2. L.R.C. 1985, c. C-42.

le législateur consacre une règle qui s'apparente à celle qui est établie en matière de dessins industriels, mais il précise cette fois qu'elle s'applique particulièrement aux contrats de commande :

13. (2) Lorsqu'il s'agit d'une gravure, d'une photographie ou d'un portrait et que la planche ou autre production originale a été commandée par une tierce personne et confectionnée contre rémunération et la rémunération a été payée en vertu de cette commande, celui qui a donné la commande est, à moins de stipulation contraire, le premier titulaire du droit d'auteur.

La *Loi sur les topographies de circuits intégrés* prévoit une règle semblable³, sans l'assujettir pour autant à l'exigence particulière d'une rémunération.

Dans la même perspective, le droit d'auteur est accordé à Sa Majesté pour les œuvres préparées ou publiées par son entremise, sous sa direction ou sa surveillance ou celle d'un ministère du gouvernement⁴. Il convient d'ailleurs de prendre note ici que le droit est octroyé à Sa Majesté non seulement sur les travaux réalisés par les employés de l'État, mais bien sur tout ce qui a été produit à la demande ou en raison de l'activité gouvernementale. On peut encore parler d'œuvres de commande entendues dans un sens large.

On notera toutefois que le régime applicable aux œuvres de commande semble quelque peu différent lorsque le droit exclusif est octroyé à la suite d'un examen administratif qui suit une demande formelle en ce sens ; il en est ainsi en matière de brevets d'invention⁵ ou de protection des obtentions végétales⁶. En pareils cas, le droit sera en principe accordé à la personne qui en fait la demande pour autant que cette demande satisfasse aux critères législatifs prédéfinis et que cette personne puisse tirer avantage du statut de demandeur. Or on constate que les législations concernées prévoient que seul le créateur ou son représentant autorisé peut présenter la demande d'examen. Le droit d'exploitation ne pourra donc être exercé par le commanditaire que si le créateur l'autorise, ce qui implique une entente formelle (cession ou licence) entre ceux-ci.

3. L.R.C. 1985, c. I-14.6, paragr. 2(4).

4. Voir *supra* note 2, art. 12.

5. *Loi sur les brevets*, L.R.C. 1985, c. P-4, paragr. 27(1) et (2) et définition de « demandeur » à l'article 2.

6. *Loi sur la protection des obtentions végétales*, L.R.C. 1985, c. P-14.6, paragr. 7(1) et définition de « requérant » à l'article 2.

Le droit d'auteur américain, quant à lui, fait référence aux «*commissioned works*» lorsqu'il aborde la question des œuvres de commande, qu'il distingue d'ailleurs particulièrement des œuvres créées en cours d'emploi⁷. Comme le précisait la Cour suprême américaine en 1989, dans l'affaire *Community for Creative Non-Violence v. Reid*⁸:

*The structure of 101 indicates that a work for hire can arise through one of two mutually exclusive means, one for employees and one for independent contractors [...].*⁹

Selon la dernière alternative, pour que les droits d'auteur sur les œuvres commandées appartiennent à la personne qui a donné la commande, il faut, toujours selon l'article 101, satisfaire à deux conditions :

– d'abord, il faut que l'œuvre ait été :

[...] specially ordered or commissioned for use as a contribution to a collective work, as a part of a motion picture or other audiovisual work, as a translation, as a supplementary work, as a compilation, as an instructional text, as a test, as answer material for a test, or as an atlas [...].

– ensuite, il faut que :

[...] the parties expressly agree in a written instrument signed by them that the work shall be considered a work made for hire.

Comme pour le droit canadien, la législation américaine du *copyright* stipule que le droit d'auteur sur une œuvre de commande n'est qu'assez exceptionnellement octroyé à son commanditaire. Seules certaines œuvres bien identifiées sont visées par l'exception et encore, pour que celles-ci puissent être invoquées au bénéfice du commanditaire, il faut que les parties concernées aient convenu par écrit de la mise en œuvre de cette exception.

Il en est autrement pour les œuvres créées par un employé en cours d'emploi, bien qu'encore là, comme nous le précisons ci-après, plusieurs restrictions s'appliquent.

7. *U.S. Copyright Act*, 17 USC § 101.

8. 490 U.S. 730.

9. *Ibid.*, p. 743.

Œuvres réalisées en cours d'emploi

Soumises à un régime juridique souvent présenté comme particulier, les œuvres réalisées en cours d'emploi et soumises à la protection du droit d'auteur sont souvent considérées appartenir à l'employeur. Elles nous paraissent néanmoins obéir à un régime juridique assez proche de celui qui s'applique aux œuvres de commande. Dans ce nouveau contexte, l'employeur fera office de commanditaire attitré et ce statut pourra de ce fait lui conférer, sauf convention contraire, la titularité du droit d'auteur sur l'œuvre ainsi réalisée par son employé.

Le véritable enjeu consiste donc à déterminer quand il y a lieu de considérer que l'œuvre a été créée en cours d'emploi par un employé et si elle a véritablement fait l'objet d'une demande (ou commande) de la part de son employeur. Bien que la réponse puisse paraître assez simple en théorie – l'œuvre devant pour ce faire constituer la prestation du travail de l'employé envers son employeur –, en pratique les tribunaux ont eu à diverses occasions à en préciser les circonstances d'application.

Leur analyse implique généralement un examen minutieux de la relation employé-employeur, mené selon un processus en deux étapes destiné à élucider les trois questions suivantes :

- Le contrat liant le créateur au titulaire potentiel du droit d'auteur (*v.g.* son employeur) statuait-il explicitement en faveur d'une cession de droit en faveur de ce dernier ?

Sinon :

- Le créateur de l'œuvre était-il lié au titulaire potentiel par un contrat de travail ?
- L'œuvre réalisée en pareil cas était-elle particulièrement attendue de son employeur ?

On aura compris qu'au terme de cet examen le droit d'auteur pourra être dévolu à un autre titulaire (que l'auteur) seulement si les réponses soit à la première ou soit à la somme deux autres questions ont été affirmatives. C'est d'ailleurs ce que prévoient aussi bien la *Loi canadienne sur le droit d'auteur* que le *Copyright Act* américain.

Le paragraphe 13(3) de la Loi canadienne dispose en effet :

(3) Lorsque l'auteur est employé par une autre personne en vertu d'un contrat de louage de service ou d'apprentissage, et que l'œuvre est exécutée dans l'exercice de cet emploi, l'employeur est, à moins de stipulation contraire, le premier titulaire du droit d'auteur [...].

De son côté, l'article 201 de la Loi américaine prévoit¹⁰:

(b) Works Made for Hire. – In the case of a work made for hire, the employer or other person for whom the work was prepared is considered the author for purposes of this title, and, unless the parties have expressly agreed otherwise in a written instrument signed by them, owns all of the rights comprised in the copyright.

Dans un contexte de relation de travail, en l'absence de convention expresse identifiant clairement le titulaire du droit d'auteur, les tribunaux auront d'abord à établir si le contrat qui lie l'auteur à son donneur d'ouvrage est bien un contrat de louage de service (*i.e.* un contrat de travail, comme le qualifie désormais le Code civil du Québec¹¹), caractérisé principalement par l'existence d'un lien de préposition¹² qui assujettit l'employé à son commettant. Comme ce lien de préposition varie considérablement selon le statut et le degré de spécialisation de l'employé, les tribunaux utiliseront le plus souvent divers indices qui leur permettront d'en mesurer la teneur en vue de confirmer la nature du contrat.

À cette fin au Canada, on aura habituellement recours aux indices ou critères suivants¹³:

- le créateur reçoit un salaire et des avantages sociaux, plutôt qu'une rémunération globale ou des honoraires;

10. Cette disposition, on s'en rappellera (voir l'extrait de *C.C.N.V. v Reid* cité plus haut, page 58), doit se lire en conjonction avec cette portion de la définition suivante, que l'on retrouve inscrite à l'article 101 du *Copyright Act*, *supra* note 7:

A "work made for hire" is –
a work prepared by an employee within the scope of his or her employment;
or
[...]

11. Voir C.c.Q. a. 2085:

2085. Le contrat de travail est celui par lequel une personne, le salarié, s'oblige, pour un temps limité et moyennant rémunération, à effectuer un travail sous la direction ou le contrôle d'une autre personne, l'employeur.

12. Le Centre de recherche en droit privé et comparé du Québec (2003) définit ainsi le «lien de préposition»: «Lien juridique entre deux personnes, comportant la subordination de l'une, *le préposé*, à l'autorité de l'autre, *le commettant*, qui a le pouvoir de lui donner des ordres sur la manière d'exécuter la tâche qui lui a été confiée.»

13. Les décisions suivantes sont souvent citées en appui à cette énumération: en droit civil québécois, *Amusements Wiltron c. Mainville*, [1991] R.J.Q. 1930 (C.S.); en *common law*, une décision anglaise du lord juge Denning: *Stevenson Jordan & Harrison Ltd v. Macdonald & Evans*, [1952] 1 T.L.R. 101 (C.A.).

- le créateur utilise les locaux, les outils et l'équipement de l'employeur, plutôt que les siens;
- le travail est fait à la demande et sous le contrôle de l'employeur, plutôt qu'à l'initiative du créateur;
- le travail exécuté fait partie intégrante des activités de l'entreprise, plutôt qu'il en est l'accessoire ou le complément;
- les risques professionnel et financier de la réalisation sont assumés par l'employeur, plutôt que par le créateur lui-même.

Le droit américain, de son côté, se fonde sur la doctrine de l'*agency* et, tel que le rappelle la Cour suprême des États-Unis dans l'affaire *C.C.N.V. v. Reid* précitée¹⁴, pour déterminer si la personne dont on a retenu les services est bien un employé, cette doctrine prend en compte les facteurs suivants :

In determining whether a hired party is an employee under the general common law of agency, we consider the hiring party's right to control the manner and means by which the product is accomplished. Among the other factors relevant to this inquiry are the skill required; the source of the instrumentalities and tools; the location of the work; the duration of the relationship between the parties; whether the hiring party has the right to assign additional projects to the hired party; the extent of the hired party's discretion over when and how long to work; the method of payment; the hired party's role in hiring and paying assistants; whether the work is part of the regular business of the hiring party; whether the hiring party is in business; the provision of employee benefits; and the tax treatment of the hired party. See Restatement 220(2) (setting forth a non-exhaustive list of factors relevant to determining whether a hired party is an employee). No one of these factors is determinative. [Les références aux notes infrapaginale ont été omises.]

Si le créateur est lié à son employeur par un contrat de travail, se pose dès lors cette autre question de savoir si l'œuvre qu'il a réalisée l'a été « dans l'exercice de cet emploi », comme le précise le paragraphe 13(3) de la Loi canadienne¹⁵, ou, comme le prévoit plutôt la Loi américaine, elle a été préparée « *within the scope of his or her employment*¹⁶ ». L'appréciation de cette condition nous place au cœur même de l'activité du créateur. Il s'agit de déterminer si le créateur employé a produit son œuvre dans l'exécution de son contrat de travail ou si, au contraire, le cadre de son travail lui en aura simplement fourni l'occasion. D'où la nécessité de déterminer si la réalisation

14. Voir *supra* note 8, p. 751-752.

15. Voir l'extrait de la *Loi sur le droit d'auteur*, *supra* page 57.

16. Voir *supra* note 10.

de l'œuvre par l'employé constituait pour son employeur une prestation spécialement attendue, une production espérée, s'assimilant en quelque sorte à une « commande » de la part de ce dernier.

En dépit de l'inéluctable importance que nous semble revêtir pareille détermination dans la légitimation du droit d'auteur de l'employeur sur les œuvres réalisées par ses employés, les tribunaux, aussi bien américains que canadiens, nous semblent pourtant avoir assez peu examiné cet aspect.

D'ailleurs, les juristes anglais, australiens et même canadiens réfèrent encore pour leur part à une décision anglaise des années 1950, dans l'affaire *Stevenson Jordan & Harrison Ltd v. Macdonald & Evans*¹⁷, dans laquelle le lord juge Denning, appelé à statuer sur la titularité des droits d'auteur relatifs aux textes de conférences prononcées sur invitation par un employé senior d'une société de comptabilité et de gestion, rappelait qu'il y a lieu à cet égard de distinguer entre l'œuvre réalisée en cours d'emploi (*contract of service*¹⁸) et celle réalisée à l'occasion d'un emploi (*contract for services*). Seule la première conférerait des droits d'auteur à l'employeur. Il déclare à ce propos :

*One feature which seems to run through the instances is that, under a contract of service, a man is employed as part of a business, and his work is done as an integral part of the business; whereas, under a contract for services his work, although done for the business, is not integrated into it but is only accessory to it*¹⁹.

Ne pourrions-nous pas avancer encore plus simplement que la première constitue pour l'employeur la prestation réellement attendue de son employé et fonde de ce fait son droit d'auteur, tandis que la seconde, relevant d'abord de l'initiative de l'employé, confirme son statut de véritable auteur et, par conséquent, son droit ?

Par ailleurs, en ce qui a trait aux inventions réalisées en cours d'emploi, le régime juridique du droit des brevets n'est guère plus précis à cet égard, autant aux États-Unis qu'au Canada, en raison cette fois du silence navrant des textes législatifs en cette matière. Si l'on s'entend généralement pour affirmer qu'en règle de principe le droit de l'inventeur prévaut, on retient tout de même que l'employeur peut prétendre aux bénéfices de l'invention dès lors qu'il peut établir que celle-ci était particulièrement attendue de son employé.

17. *Supra* note 13.

18. Selon l'expression consacrée dans la version anglaise du paragraphe 13(3) de la *Loi sur le droit d'auteur*, *supra* note 2.

19. *Supra* note 13, p. 110.

Au Canada, cette position semble assez généralement admise depuis qu'elle a été formulée et explicitée par le juge Muldoon de la Cour fédérale, dans une décision de 1991 rendue dans l'affaire *Comstock Canada v. Electec Ltd.*²⁰. Celui-ci confirmait alors que l'inventeur employé est présumé détenir les droits de propriété intellectuelle sur son invention. Il ajoutait:

The only exceptions to the presumption which favour the inventive employee are:

- (1) *an express contract to the contrary, or*
- (2) *where the person was employed for the purpose of inventing or innovating which requires considering nature and context of the employer/employee relationship which include:*
 - (a) *the express purpose of employment;*
 - (b) *whether the employee at the time he was hired had previously made inventions;*
 - (c) *whether an employer had incentive plans encouraging product development;*
 - (d) *whether conduct of the employer once the invention had been created suggested ownership was held by the employer;*
 - (e) *whether the invention is the product of a problem the employee was instructed to solve (i.e., whether it was his duty to make inventions);*
 - (f) *whether the employee's inventions arose following his consultation through normal company channels (i.e., was help sought);*
 - (g) *whether the employee was dealing with highly confidential information or confidential work;*
 - (h) *whether it was a term of the servant's employment that he could not use the idea which he developed to his own advantage*²¹.

Le droit américain des brevets a adopté de son côté une position assez similaire, du moins pour ce qui concerne les inventions réalisées en cours d'emploi dans le secteur privé, lorsque, bien sûr, aucune convention à ce propos ne régit autrement la relation employeur-employé. Même si l'inventeur détient en principe tous les droits d'exploitation sur son invention²², on retiendra néanmoins que, selon la *common law* de certains États²³, l'employeur peut bénéficier des avantages du brevet dès lors que son employé avait été engagé pour inventer («*hired to invent*» ou «*hired to*

20. (1991) 38 C.P.R. (3d) 29 (C.F. 1ère inst.) et, plus récemment, *G.D. Searle & Co. v. Novopharm Ltd.*, [2007] C.A.F. 173, paragr. 36.

21. *Comstock Canada v. Electec Ltd*, *ibid.*, p. 51 et s.

22. *Salomons v. United States*, 137 U.S. 342 (1890).

23. La Californie et le Massachusetts, par exemple. Voir à cet effet Merges (1999).

*engage in creative activities²⁴») ou si l'employé est juridiquement tenu de lui céder son droit²⁵, ou encore si l'employeur a matériellement aidé l'inventeur à réaliser son invention. Toutefois, dans cette dernière hypothèse, il sera alors reconnu à l'employeur un droit d'usage (*shop right*) décrit en ces termes : «*a nonexclusive, royalty-free, irrevocable, nontransferable right to make use of the invention in its businesss²⁶*».*

Dans le secteur public, une ordonnance présidentielle de 1950, reprise dans le *Uniform Patent Policy for Rights in Inventions Made by Government Employees*²⁷, précise le régime applicable aux inventions réalisées par les employés de l'État. Cette ordonnance, qui demeure toujours en vigueur malgré quelques modifications, stipule notamment que :

- (a) [...]
- (1) *The Government shall obtain, except as herein otherwise provided, the entire right, title and interest in and to any invention made by any Government employee :*
 - (i) *During working hours, or*
 - (ii) *With a contribution by the Government of facilities, equipment, materials, funds or information, or of time or services of other Government employees on official duty, or*
 - (iii) *Which bears a direct relation to or is made in consequence of the official duties of the inventor²⁸.*

Néanmoins, selon les termes de cette ordonnance, si la contribution gouvernementale est jugée insuffisante pour justifier une cession envers le gouvernement ou si le gouvernement n'estime pas détenir un intérêt suffisant dans l'invention, les droits seront laissés à l'employé, à charge par ce dernier de consentir l'équivalent du *shop right*, soit une licence non exclusive, irrévocabile et sans contrepartie à son employeur, pour toute utilisation de l'invention à des fins gouvernementales.

24. Orbach (2003, p. 24).

25. Certains avancent qu'en certains cas, l'inventeur aurait le devoir implicite (*fiduciary duty*) de céder son droit à son employeur (si, par exemple, l'inventeur s'avère être un administrateur de l'entreprise). Cette position aurait même été reconnue par le droit canadien, selon M^e Julie Desrosiers (2008).

26. *Supra* note 24, p. 25.

27. Exec. Order 10096, 3 C.F.R. § 292 (1949-1953), reprise telle que modifiée dans Title 37 – *Patents, Trademarks, and Copyrights – Uniform Patent Policy for Rights in Inventions Made by Government Employees*, 1^{er} juillet 2004, 37 C.F.R. 501. À cet égard, le droit canadien n'est pas en reste, puisque la *Loi sur les inventions des fonctionnaires* établit un régime juridique somme toute assez semblable, en faveur de Sa Majesté. Voir L.R.C. c. P-32, art. 3.

28. *Ibid.*, art. 501.6.

Se fondant sur cette règle, certains auront sans doute pu croire à l'application d'un régime similaire en ce qui concerne les inventions privées ou universitaires réalisées en cours d'emploi mais financées par les agences gouvernementales fédérales américaines. Néanmoins, sauf convention contraire, c'est le régime général de la *common law* qui devrait prévaloir, régime qui fut d'ailleurs consacré et explicité par l'arrêt *Dubilier* de la Cour suprême des États-Unis, en 1933²⁹. Selon ce régime, tel que nous l'avons déjà indiqué, les droits sur l'invention sont en principe dévolus à l'inventeur employé, sauf si celui-ci avait été engagé pour inventer; à cet égard, la Cour mentionne expressément qu'invention et recherche ne sont pas synonymes. L'inventeur ne sera donc pas tenu de céder son droit à son employeur, même lorsqu'il aura développé son invention sur ses heures de travail et en utilisant les locaux et l'équipement de l'employeur, à moins que cette invention ait constitué la prestation attendue de l'employé. Faute de confirmer l'existence d'une telle cession implicite au bénéfice de l'employeur, la Cour a néanmoins reconnu en faveur de l'employeur l'existence d'un *shop right*, tel que nous l'avons précisé plus haut.

Malgré le silence des législations nord-américaines en matière de brevet, nous nous retrouvons devant une solution assez similaire à celle qui est retenue par le droit d'auteur, où l'œuvre réalisée par l'employé lui appartient sauf lorsqu'elle constitue la prestation attendue par son employeur. Dans le domaine du droit d'auteur, il ne semble toutefois pas que le régime du *shop right* ait trouvé application, du fait sans doute que, traditionnellement, la contribution en ressources humaines ou matérielles de l'employeur aux activités libres (*v.g.* non attendues) de création de l'employé est rarement significative.

En droit européen, pour ce qui est du droit d'auteur, la situation est assez similaire³⁰. Néanmoins, en ce qui concerne le droit des brevets, le régime diffère quelque peu. En effet, lorsque le droit sur l'invention est octroyé à l'employeur – dans des circonstances comparables à celles qui ont été décrites plus haut (*v.g.* invention «*made in the course of the duties of*

29. *United States v. Dubilier Condenser Corporation*, 289 U.S. 178, décision modifiée par 289 U.S. 706.

30. Voir, pour le Royaume-Uni, *Copyright, Designs & Patents Act 1988* (c. 48); on notera qu'aux termes des articles 11 et 163 de cette loi, l'employeur est titulaire du droit d'auteur sur les œuvres de son employé, réalisées «*in the course of his employment*»; pour la France, voir *Code de la propriété intellectuelle*, art. L113-1 et s.

*the employee») –, celui-ci doit verser une rémunération additionnelle (compensation) à son employé, établie selon des règles comme celles que prévoit le *Patents Act* du Royaume-Uni³¹:*

41.-1(1) An award of compensation to an employee under section 40(1) or (2) above shall be such as will secure for the employee a fair share (having regard to all the circumstances) of the benefit which the employer has derived, or may reasonably be expected to derive, from any of the following –

(a) the invention in question;

(b) the patent for the invention;

(c) the assignment, assignation or grant of –

(i) the property or any right in the invention, or

(ii) the property in, or any right in or under, an application for the patent,

to a person connected with the employer.

Un régime similaire s'applique même lorsque le droit sur l'invention appartient à l'employé qui, par contrat, le cède ou le concède ensuite sous licence à l'employeur, si les avantages qu'il en reçoit s'avèrent insuffisants par rapport aux bénéfices que l'employeur retire de l'exploitation de l'invention (ou du brevet)³².

En marge de ces ententes contractuelles se profile la question de la portée des politiques universitaires destinées à préciser le régime applicable à l'établissement dans le domaine de la propriété intellectuelle. Comme on le verra au chapitre 10, ces politiques vont parfois jusqu'à accorder d'emblée à l'université la titularité des droits de propriété intellectuelle sur les œuvres réalisées par ses membres (employés, étudiants et chercheurs de divers statuts).

La question qui se pose dès lors est celle de savoir si ces politiques font partie du cadre contractuel qui lie le créateur universitaire à son institution et engage *ipso facto* ce dernier du seul fait qu'il est présumé avoir adhéré soit expressément, soit tacitement à l'ensemble des énoncés qui le concernent.

Cette question qui a fait l'objet d'une analyse fort intéressante en 2007 en ce qui a trait aux droits américain et canadien-anglais³³, nous porte à conclure que, sauf en cas de reconnaissance expresse du contenu de ces

31. *Patents Act 1977* (c. 37). Voir aussi dans le même sens, en droit français, *Code de la propriété intellectuelle*, article L611-7.

32. *Patents Act 1977, ibid.*, paragr. 41.(2).

33. Voir LaRoche, Collard et Chernys (2007).

politiques par le premier titulaire, celles-ci demeurent sans effet à son égard. Il s'agit donc de déterminer quand peut avoir lieu cette reconnaissance. À ce propos, ces auteurs avancent (p. 159) :

When knowledge becomes acquiescence is a matter of fact, depending on the circumstances in which the knowledge is obtained, and the conduct that follows the knowledge. Packaging a new or revised intellectual property policy in a faculty handbook for general circulation to all faculty members every few years may (or may not) result in any given member having actual knowledge of the policy, but it can hardly be said that the delivery of the handbook, without more, constitute evidence of agreement to its content. Conversely, a discussion of an intellectual property policy with a faculty member at the time he or she is hired may found knowledge and acquiescence. In that circumstance a failure to object may be enough. Certainly, a positive act of compliance with a known policy may be enough [...].

Ils ajoutent toutefois aussitôt la mise en garde suivante :

Even here, however, caution is necessary. Compliance may be indicative of the fact that the faculty member believes that the policy simply articulates the common law, viz, that the university is, in law, the owner of inventions of the faculty members. [...] In that event the compliance is evidence of a state of mind, not consent to a bargain.

Cette prise de position nous semble d'ailleurs s'harmoniser tout à fait avec le régime juridique du Code civil du Québec, selon lequel dans un contrat d'adhésion³⁴, une clause externe (ici, une disposition de la politique prévoyant la cession à l'établissement de la propriété intellectuelle) ne lie l'adhérent que si celle-ci a expressément été portée à sa connaissance³⁵. Soulignons que, par ailleurs, une telle clause pourrait être vue comme abusive, ce qui la rendrait sans effet vis-à-vis l'adhérent³⁶.

34. Ainsi défini dans le Code civil du Québec (C.c.Q. art. 1379) :

1379. Le contrat est d'adhésion lorsque les stipulations essentielles qu'il comporte ont été imposées par l'une des parties ou rédigées par elle, pour son compte ou suivant ses instructions, et qu'elles ne pouvaient être librement discutées.

35. Comme l'explique l'article suivant du Code civil du Québec :

1435. La clause externe à laquelle renvoie le contrat lie les parties.

Toutefois, dans un contrat de consommation ou d'adhésion, cette clause est nulle si, au moment de la formation du contrat, elle n'a pas été expressément portée à la connaissance du consommateur ou de la partie qui y adhère, à moins que l'autre partie ne prouve que le consommateur ou l'adhérent en avait par ailleurs connaissance.

36. Comme le précise cet autre article :

1437. La clause abusive d'un contrat de consommation ou d'adhésion est nulle ou l'obligation qui en découle, réductible.

À cet égard, une décision rendue dans un contexte universitaire par une division d'appel de la Cour fédérale australienne (banc de trois juges)³⁷ illustre l'essentiel de nos propos et confirme sous bien des aspects notre position.

Le tribunal reconnaît clairement qu'un professeur engagé généralement par une université pour enseigner et faire de la recherche³⁸ conserve tous ses droits sur ses inventions réalisées dans le cadre de ses travaux de recherche. Cette Cour confirme en effet qu'en l'absence d'un contrat explicite à l'effet contraire, le professeur n'est tenu à aucun devoir implicite ou fiduciaire envers son employeur, l'obligeant à céder à ce dernier ses droits sur ses inventions, ses demandes de brevet ou ses brevets.

Engagé en 1984 à titre de professeur de chirurgie par l'Université Western Australia (UWA), le docteur Gray a participé, dans le cadre de ses travaux de recherche réalisés entre la période de son engagement et celle de son départ en 1999, à trois inventions pour lesquelles l'université lui demande des comptes. Celle-ci prétend en effet détenir à titre d'employeur les droits de propriété intellectuelle sur ces inventions réalisées pendant que le Dr Gray était à son emploi.

Le tribunal d'appel, faisant le constat que la recherche universitaire diffère de la recherche «industrielle», entérine la position du juge de première instance³⁹ qui avait estimé que :

Est abusive toute clause qui désavantage le consommateur ou l'adhérent d'une manière excessive et déraisonnable, allant ainsi à l'encontre de ce qu'exige la bonne foi; est abusive, notamment, la clause si éloignée des obligations essentielles qui découlent des règles gouvernant habituellement le contrat qu'elle dénature celui-ci.

37. *University of Western Australia v. Gray* [2009] FCAFC 116.
 38. Tel que mentionné au paragraphe 122 du jugement précité, ce contrat d'engagement se lisait en effet comme suit:

1. DUTIES

A Professor will be a full-time officer of the University and will be required to devote his whole time to his University duties except in so far as he undertakes private and consultative work (as to which see cl 11). He will be responsible where applicable to the Head of the Department and will be required –

- (i) to teach, to conduct examinations and to direct and supervise the work in his field in accordance with the Statutes and regulations of the University and the directions of the Senate;*
- (ii) to undertake research and to organise and generally stimulate research among the staff and students; and*
- (iii) to perform such other appropriate work as the Senate from time to time determines.*

39. *University of Western Australia v. Gray* (No 20), [2008] FCA 498 (j. French, 17 avril 2008).

169 [...]

A person engaged to carry out research only is in a different category even when the possibility or probability exists that the research will lead to the development of an invention. Such a person has a duty to research, but no duty to invent. Where, as is often the case, the pathways that may be taken in research are a matter of choice, the question whether or not to invent will be a matter of choice. Given the nature of universities and the public purposes served by such as UWA, there is no basis for implying into the contracts of employment of its academic staff a duty not to disclose the results of research even if such disclosure could destroy the patentability of an invention. Absent such a duty and given a choice to invent or not invent, it is difficult to see upon what basis there can be a presumption that a term will be implied as a matter of law that the university has an entitlement to take the inventor's property rights in relation to the invention. In the present case UWA does not assert any limited right to the inventions but all the rights [...].

Le juge de première instance ajoutait d'ailleurs plus loin :

The existence of such an implied term is even more problematical in circumstances such as the present where the researcher was expected to secure funding to a substantial degree from sources external to UWA.

La Cour devait en outre considérer que les faits suivants militaient également en faveur du rejet des prétentions de l'Université :

198 [...] the freedom to publish the results of research, including invention, notwithstanding that the publication might destroy patentability;

[...]

204 [...] the need for inter-institutional cooperation in the research being conducted tells against the exclusive appropriation of its product to one institution.

La propriété intellectuelle collective: coauteurat et co-invention

Si la détermination du partage des droits de propriété intellectuelle entre le créateur et son commanditaire ou son employeur peut paraître controversée, celle qui découle de la création collective (v.g. coauteurat ou co-invention) n'est guère plus certaine, particulièrement au Canada, où la législation demeure généralement silencieuse quant aux droits respectifs dévolus à chacun des créateurs.

La question se complique encore lorsque l'on considère que ces modalités relèvent du droit des contrats, lequel est constitutionnellement régi au Canada par le droit des provinces⁴⁰ et aux États-Unis, par celui encore plus diversifié des États. Si l'on ajoute par ailleurs que ces règles peuvent aussi différer selon la nature de la collaboration de ces créateurs ou encore selon le moment où leurs droits sont exercés, on peut saisir toute la complexité juridique de ce type de situations.

Nous nous contenterons de préciser ci-après quel est en droit canadien⁴¹ le régime juridique applicable dans cette situation aux coauteurs, puis aux co-inventeurs.

Aux fins de fixer l'étendue des droits d'auteur dévolus à chacun des coauteurs d'une œuvre commune, le législateur canadien distingue à l'article 2 de la Loi⁴² entre l'œuvre collective ou «recueil» et l'œuvre créée en collaboration.

C'est ainsi que pour les œuvres dites collectives (qualifiées de «recueils» dans la version française de la Loi canadienne):

«recueil» “*collective work*”

- a) Les encyclopédies, dictionnaires, annuaires ou œuvres analogues;
- b) les journaux, revues, magazines ou autres publications périodiques;
- c) toute œuvre composée, en parties distinctes, par différents auteurs ou dans laquelle sont incorporées des œuvres ou parties d'œuvres d'auteurs différents.

on reconnaît à chaque auteur des droits exclusifs d'exploitation sur les portions bien identifiées de l'œuvre qu'il a réalisées⁴³. Chacun de ceux-ci est seul titulaire des droits relatifs à ces portions. Il peut donc les céder ou octroyer des licences à leur égard, comme s'il s'agissait d'une œuvre unique.

40. Voir *Loi constitutionnelle de 1867*, 30 & 31 Victoria, c. 3 (R.-U.), art. 92:

Dans chaque province la législature pourra exclusivement faire des lois relatives aux matières tombant dans les catégories de sujets ci-dessous énumérés, savoir: [...]

13. La propriété et les droits civils dans la province [...].

41. Nous référons toutefois le lecteur intéressé à une analyse de cette question en droit comparé au texte de L. Longdin (2005).

42. *Supra* note 2.

43. La Cour suprême a consacré cette double attribution de droits distincts dans l'affaire *Robertson c. Thomson Corp.*, [2006] 2 R.C.S. 363, en reconnaissant spécifiquement des droits d'auteur différents au journal *The Globe & Mail*, pour l'organisation de son journal, et aux journalistes pigistes, sur le texte de leur article.

Quant aux œuvres «créées en collaboration», elles sont ainsi définies :

«œuvre créée en collaboration» *“work of joint authorship”*

Ouvre exécutée par la collaboration de deux ou plusieurs auteurs, et dans laquelle la part créée par l'un n'est pas distincte de celle créée par l'autre ou les autres.

et l'on déduit du fait qu'il est impossible de distinguer dans l'œuvre l'apport créatif de chacun des auteurs un régime de droits exclusifs indivisibles au bénéfice de chaque collaborateur. Ces droits peuvent être exercés par chacun sur l'ensemble de l'œuvre⁴⁴.

Précisons d'abord quand une œuvre peut vraiment être qualifiée d'œuvre créée en collaboration.

Les tribunaux canadiens⁴⁵, à l'instar de leurs homologues anglais⁴⁶ et surtout américains⁴⁷, retiennent un test en trois volets afin de déterminer si une production commune constitue une œuvre créée en collaboration (*work of joint authorship*):

- Chacun des collaborateurs a-t-il contribué de façon significative ou substantielle⁴⁸ à l'expression originale de l'œuvre? Si oui,
- chacun des collaborateurs voulait-il que sa contribution soit fusionnée dans une œuvre unitaire? Si oui,

-
44. Le droit français qualifie plutôt ce type d'œuvres d'«œuvre collective» et le définit ainsi: «Est dite collective l'œuvre créée sur l'initiative d'une personne physique ou morale qui l'édite, la publie et la divulgue sous sa direction et son nom et dans laquelle la contribution personnelle des divers auteurs participant à son élaboration se fond dans l'ensemble en vue duquel elle est conçue, sans qu'il soit possible d'attribuer à chacun d'eux un droit distinct sur l'ensemble réalisé.» Voir *Code de la propriété intellectuelle*, art. L113-2, alinéa 3.
45. Voir en ce sens *Drapeau c. Carbone 14*, [2000] R.J.Q. 1525 (C.S.), confirmée par (*sub nom.*) *Drapeau c. Girard*, [2003] R.J.Q. 2539 (C.A.), pourvoi en Cour suprême rejeté [2003] C.S.C.R. #498 et commentaire de M^e Caroline G. Ouellet (2004). Voir surtout *Neudorf c. Nettwerk Productions Ltd.*, [1999] B.C.J. No 2831 (BCSC), où la question fait l'objet d'une analyse fort pertinente de droit comparé, et lire le court commentaire de M^e Diane Leduc Campbell (2000).
46. *Levy v. Rutley*, [1871] W.L.R. 976 (C.A.).
47. *Maurel v. Smith*, 220 F. 195 (S.D.N.Y. 1915), aff'd 271 F. 211 (2d Cir. 1921), et, plus récemment, *Childress v. Taylor*, 945 F.2d 500 (2d Cir. 1991), qui précise le sens à donner à la définition de «*joint work*» inscrite à l'article 101 du *Copyright Act* en 1976.
48. Pour les critères permettant d'établir ce qui constitue une contribution significative ou substantielle, voir plus loin la section *La notion de contribution significative ou substantielle*.

- chacun des collaborateurs désirait-il que l'autre ou les autres soient coauteurs de l'œuvre⁴⁹ ?

Ce n'est que si ces trois critères sont respectés qu'il y aura lieu de parler d'œuvre créée en collaboration et que chacun des coauteurs pourra exercer l'entièreté de ses droits d'auteur sur l'œuvre commune; tel est l'effet de l'indivisibilité de leur collaboration, comme nous le mentionnions plus haut.

Toutefois, l'exercice de ce droit contractuel par l'un ou l'autre des auteurs sur l'ensemble de l'œuvre peut souvent s'avérer conflictuel. En effet, cet exercice ne doit pas se réaliser au préjudice du droit des coauteurs. Il en serait ainsi, par exemple, si l'un ou l'autre des auteurs décidait d'accorder une licence exclusive à un tiers. En pareille hypothèse, à défaut de dispositions précises à cet effet au contrat, les coauteurs disposent-ils de moyens particuliers pour contrer une telle initiative ?

En fait, il s'agit ici de départager, à défaut de dispositions contractuelles expresses régissant les droits et obligations des coauteurs tant entre eux que vis-à-vis des tiers, la réelle étendue des droits de chacun. Cela appelle, étant donné le silence de la Loi à cet égard, la mise en œuvre d'une mécanique de résolution de conflits encore à définir. Cette mécanique, nous semble-t-il, pourrait prendre appui sur des institutions juridiques similaires, telle par exemple celle qui au Québec régit les relations des coassociés engagés dans un contrat de société⁵⁰. En pareil cas les associés,

49. Reformulation du test développé par le juge Cohen dans l'affaire *Neudorf* précitée, note 45. Lire aussi des extraits de cette décision, *infra* page 76.

50. On pourrait même avancer que la relation juridique qui régit les coauteurs, aussi bien d'ailleurs que les co-inventeurs, prend juridiquement sa source dans un contrat de société. En effet, l'article 2186 C.c.Q. se lit ainsi :

2186. Le contrat de société est celui par lequel les parties conviennent, dans *un esprit de collaboration*, d'exercer une *activité*, incluant celle d'exploiter une entreprise, *d'y contribuer par la mise en commun* de biens, de *connaissances* ou d'activités et *de partager entre elles les bénéfices pécuniaires* qui en résultent. [Nous soulignons.]

La *common law* consacre d'ailleurs, dans des termes assez similaires, le contrat de «*partnership*», dont les caractéristiques sont ainsi explicitées en droit américain (Hill et Hill, 2002) :

partnership n. a business enterprise entered into for profit which is owned by more than one person each of which is a "partner". A partnership may be created by a formal written agreement, but may be based on an oral agreement or just a handshake. Each partner invests a certain amount (money, assets and/or effort) which establishes an agreed-upon percentage of ownership, is responsible for all the debts and contracts of the partnership even though another partner

à défaut de convention particulière régissant leur relation de coassociés, sont présumés se représenter les uns les autres et partager également l'actif de la société ainsi que ses profits et ses pertes⁵¹.

Cette solution semble d'ailleurs rejoindre celle que préconisent les tribunaux américains. Comme on le souligne dans l'affaire *Childress* précitée⁵²:

Joint authorship entitles the co-authors to equal undivided interests in the work, see s. 201(a); [...] The sharing of benefits in other relationships involving assistance in the creation of a copyrightable work can be more precisely calibrated by the participants in their contract negotiations regarding division of royalties or assignment of shares of ownership of the copyright, see 17 U.S.C. s. 201(d).

La situation n'est guère plus simple en matière de co-invention. La difficulté réside ici dans le fait que, en cette matière, si le législateur canadien, à l'instar de son homologue américain, a établi des règles qui gouvernent les relations des codemandeurs à l'étape de la demande du brevet⁵³, la Loi canadienne demeure tout à fait silencieuse quant au régime juridique applicable aux relations des cotitulaires du brevet⁵⁴ une fois que le droit exclusif d'exploitation a été octroyé aux codemandeurs⁵⁵.

created the debt or entered into the contract, has a share in management decisions, and shares in profits and losses according to the percentage of the total investment. [Nous soulignons.]

51. Voir respectivement les art. 2215 et 2202 C.c.Q.
52. *Supra* note 47, p. 509. Cette citation, que l'on retrouve au paragraphe 82 de l'affaire *Neudorf* précitée, note 45, donne à penser qu'une solution similaire serait reconnue dans les provinces de *common law* canadiennes.
53. Voir, au Canada, *Loi sur les brevets*, *supra* note 5, art. 31; aux États-Unis, *Patent Act*, USC 35, § 116.
54. Voir Wilkes (2004).
55. La loi américaine, au contraire, contient une disposition qui régit l'exercice du droit d'exploitation des cotitulaires. Elle se lit comme suit:

§ 262. *Joint owners*

In the absence of any agreement to the contrary, each of the joint owners of a patent may make, use, offer to sell, or sell the patented invention within the United States, or import the patented invention into the United States, without the consent of and without accounting to the other owners.

Ce régime américain ne semble pourtant pas à l'abri de tout problème, du moins si l'on se fie au commentaire que formule à son propos Orbach (2003, p. 25, note 102). L'auteur reprend à cet effet un passage de la décision rendue en 1972 dans l'affaire *Mueller Brass Company v. Reading Industries, Inc.*, 352 F. Supp. 1357 (1972), où l'on décrit ce concept du *joint inventorship* comme «one of the muddiest concepts in the muddy metaphysics of the patents law».

À nouveau confrontés au silence de la loi en cette matière, les juristes canadiens doivent tenir compte du fait que la solution à ce problème appelle la mise en œuvre d'un droit provincial (étant une affaire de propriété et droits civils – droits des contrats – droit privé)⁵⁶.

Or, en pareil cas, la solution risque de varier selon le droit de la province qu'il faudra mettre en œuvre pour apporter une solution au litige.

Devant ces flous juridiques, il n'est sans doute pas inapproprié de suggérer aux coauteurs tout comme aux co-inventeurs de définir, dans un contrat à cet effet, les diverses modalités d'exercice des droits de propriété intellectuelle qui leur sont dévolus en raison de leur contribution créative à une œuvre commune.

Mais, comme c'est le cas en droit d'auteur, il leur faudra au préalable déterminer avec quels collaborateurs il conviendra de négocier une pareille entente. Bien que plusieurs puissent prétendre à des droits sur l'œuvre réalisée en collaboration, seules les personnes qui ont vraiment participé au processus créatif pourront accéder à l'exercice des droits exclusifs. Ces personnes sont celles qui ont fourni une contribution dite *substantielle* à la réalisation de l'œuvre commune. Il convient dès lors de déterminer ce qu'on entend par «contribution substantielle», notion qui risque d'être interprétée différemment selon qu'il s'agit d'une œuvre protégée par le droit d'auteur ou d'une invention faisant l'objet d'un brevet.

La notion de contribution significative ou substantielle

Il n'est pas toujours aisé de déterminer, dans une démarche menant de la conception à la réalisation d'une œuvre de création, qui des personnes qui ont collaboré au succès de cette opération, pourront revendiquer le statut de créateur. Comme on peut facilement le supposer, plusieurs peuvent se sentir appelés, mais dans les faits tous ne seront pas élus...

La Cour suprême du Canada, dans une décision rendue en 2002⁵⁷ concernant le brevet octroyé à Glaxo/Wellcome pour l'utilisation de l'AZT comme traitement du VIH, devait trancher la question de la contribution substantielle à une invention, de la manière suivante. Relativement aux travaux de vérification réalisés par les scientifiques du NIH en vue de tester l'utilité de l'AZT dans ce contexte, le juge Binnie écrit:

56. *Supra* note 40.

57. *Apotex Inc. c. Wellcome Foundation Ltd.*, [2002] 4 R.C.S. 153.

¶ 100 Le juge Wetston [de la Cour fédérale de première instance dans cette affaire] a conclu, au par. 224, que « l'utilité revendiquée n'a pu être confirmée sans la participation importante et directe [du] NIH ». C'est exact, mais en toute déférence, il ne s'agit pas là du critère applicable. [...]

¶ 101 Il est évident que les docteurs Broder et Mitsuya du NIH ont contribué à fournir la preuve cruciale dont dépendait la « prédition valable » de l'utilité de l'AZT. Cependant, ils n'étaient pas les auteurs de l'idée originale. Ils ont effectué leur enquête en faisant preuve d'une compétence et d'une expertise extraordinaires, mais, à mon avis, le fait qu'ils aient effectué des tests en aveugle sur un composé chimique qu'ils n'avaient pas découvert et que, contrairement à Glaxo/Wellcome, ils n'avaient apparemment jamais expérimenté n'exigeait pas qu'ils soient désignés comme étant des coïnventeurs [sic].

Examinant plus généralement le type de contribution attendu du co-inventeur pour qu'il puisse profiter des avantages du brevet, le juge Binnie reproduit un extrait de l'ouvrage américain *Walker on Patents*, cité dans une décision antérieure⁵⁸:

¶ 99 [...] En fait, la conception du dispositif dans son entier peut être l'œuvre d'un seul, mais si l'autre fait des suggestions valables sur le plan pratique qui aident à réaliser l'idée principale ou à la mettre à exécution, ou s'il apporte à l'ensemble de l'invention une contribution indépendante qui aide à réaliser le tout, il est un coïnventeur [sic] même si sa contribution est peu importante.

et commente aussitôt:

¶ 99 Je souscris [sic] à cet extrait dans la mesure où il laisse entendre qu'un individu qui aide à réaliser l'idée originale peut être un coïnventeur [sic] sans être le principal auteur de cette idée. Toutefois, dans la mesure où il peut être interprété comme englobant parmi les inventeurs ceux qui aident à compléter l'invention, mais qui consacrent leur ingéniosité à la vérification plutôt qu'à la réalisation de l'idée originale, je ne puis, en toute déférence, y souscrire pour les motifs déjà exposés.

58. *Wire Tying Machine Co. Ltd v. Cary Manufacturing Co.*, [1926] R.C. de l'É. 170.

Il semble bien que dans la vision du plus haut tribunal canadien, la contribution «significative» ou «substantielle» du collaborateur potentiel doive se matérialiser par une intervention concrète du co-inventeur qui aide directement à réaliser, à actualiser l'invention. Cette position semble d'ailleurs retenue par les tribunaux américains⁵⁹:

In order for a contribution to a conception to rise to the level of joint invention, it must be reasonably concrete and specific. [...] Contributors were found to be joint inventors when they either made very specific recommendations for improving the inventive structure, or discussed details that were "pertinent, in some degree, to a perception of how [to practice an inventive method] to achieve the desired results." On the other hand, the contributor of a suggestion that is "substantially less than a firm conception of the process [but rather is only] a general, vague idea [that did not delineate] the specific process steps" was not found to be a joint inventor. [Les notes infrapaginaires ont été omises.]

En droit d'auteur canadien, la question se pose dans des termes assez similaires. Elle fut d'ailleurs examinée de façon plus particulière dans l'affaire *Neudorf* précitée⁶⁰, où le tribunal, se basant à la fois sur les principes fondamentaux du droit d'auteur et leur mise en œuvre aussi bien au Royaume-Uni qu'aux États-Unis⁶¹, propose la règle suivante:

*[...] even though the contribution of one joint author need not be equal to that of the other joint authors, it appears that the contribution of each joint author must nevertheless be significant or substantial. For example, in *Godfrey v. Lees*, the court said, as follows:*

What the claimant to joint authorship of a work must establish is that he has made a significant and original contribution to the creation of the work [...].

ce qui l'amène à avancer:

¶ 37 Hence, I think it is now well-established by the body of law in Canada and England, and for that matter in the United States, that to satisfy the test for joint authorship a putative joint author must contribute original expression, not merely ideas, to the creation of the work [...].

59. Fasse (1992, p. 193).

60. Voir surtout *Neudorf c. Nettwerk Productions Ltd.*, *supra* note 44.

61. *Ibid.*, paragr. 43, le tribunal s'appuie plus particulièrement sur les décisions anglaises suivantes: *Godfrey v. Lees*, [1995] E.M.L.R. 307 (Ch.D.), *Cala Homes (South) Ltd. v. Alfred McAlpine Homes East Ltd.*, [1995] E.W.J. No. 66 (Ch.D.), ainsi que sur *Stuart v. Barrett*, [1994] E.M.L.R. 448 (Ch.D.). En droit américain, il étaye sa position sur l'arrêt *Childress v. Taylor*, précité, *supra* note 47.

En droit d'auteur, il nous faudra donc, si l'on veut reconnaître le caractère significatif ou substantiel de la contribution des coauteurs, recourir à la condition d'originalité qui imprime à l'œuvre son authenticité et lui assure la protection. On peut dès lors avancer que pour prétendre aux droits de propriété intellectuelle découlant d'une création issue d'une collaboration, chaque collaborateur devra démontrer que l'apport qu'il a fourni, bien que souvent quantitativement inégal à celui de ses collègues, était tel qualitativement qu'il a permis de donner à la création son statut d'invention brevetable ou d'œuvre originale au sens des lois sur les brevets ou le droit d'auteur.

Aussi, reprenant le critère d'appréciation de l'originalité plus récemment développé par la Cour suprême dans l'affaire *CCH Canadienne Ltée c. Barreau du Haut-Canada*⁶², on peut proposer que, pour être considérée substantielle ou significative, la contribution de chaque coauteur devra témoigner de « [l']exercice [d'un] talent et [d'un] jugement que requiert la production de l'œuvre [et qui] ne doit pas être négligeable au point de pouvoir être assimilé à une entreprise purement mécanique».

Plus généralement, l'analyse à laquelle nous venons de nous livrer dans le présent chapitre nous permet de constater qu'en dépit de la diversité de ses prétendants, il y a somme toute assez peu de personnes qui peuvent invoquer d'office des droits de propriété intellectuelle sur des œuvres de création dont elles ne sont pas les maîtres d'œuvre. Comme on aura pu le constater également, ce privilège est en principe l'apanage des seuls intervenants qui ont participé directement et de façon importante à la réalisation de ces créations, et ce n'est qu'à titre très exceptionnel que certaines personnes bien déterminées, qui en ont été les instigatrices ou les commanditaires, jouiront du même avantage. Ainsi en est-il par exemple des employeurs lorsque telle est la prestation de travail qu'ils attendent particulièrement de leurs employés.

En dehors de ces situations d'exception, la titularité ne leur sera reconnue que suite à une entente de cession qu'elles auront conclue avec les premiers titulaires des droits, ceux en faveur de qui les législations de propriété intellectuelle ont été établies.

Une fois réglée la question de la titularité (ce qui n'est pas toujours une mince affaire, comme on l'a vu), se pose celle de la protection concrète et de l'exploitation de la création par son titulaire, ce qui fera l'objet du prochain chapitre.

62. [2004] 1 R.C.S. 339 (352 et s.). Voir l'étude de cette condition d'originalité au chapitre 2.

4

La protection et l'exploitation de la propriété intellectuelle

Marcel Dubé

On aura pu le constater dans les chapitres précédents, des efforts importants ont été déployés dans les divers États en vue de doter les créateurs de législations visant à reconnaître et à protéger leurs droits de propriété intellectuelle. En dépit de particularismes qui confèrent à chaque législation nationale sa couleur particulière et incitent le plus souvent les tribunaux locaux à refuser d'importer et d'appliquer sans nuance les solutions arrêtées par les tribunaux des pays voisins¹, il faut tout de même reconnaître en ces matières une communauté de régimes législatifs dont le profil a la plupart du temps été prédéfini ou circonscrit dans le cadre de négociations aboutissant à l'adoption de conventions internationales.

1. Lire à ce propos ce passage très souvent cité dans lequel la Cour suprême du Canada, dans le cadre de l'affaire *Compo Co. c. Blue Crest Music Inc.*, [1980] 1 R.C.S. 357, rappelle cette règle de prudence judiciaire (p. 367).

La *Copyright Act* des États-Unis présente, actuellement autant qu'autrefois, plusieurs points communs avec la Loi canadienne actuelle de même qu'avec l'ancienne *Copyright Act* impériale. La jurisprudence américaine doit cependant être analysée avec prudence même si elle porte sur des faits semblables car la loi américaine repose sur des conceptions du droit d'auteur fondamentalement différentes des nôtres.

Voir plus récemment les décisions suivantes de la Cour suprême du Canada :

- où des distinctions sont établies entre les législations canadiennes et américaines et même européennes en matière de marque de commerce: *Veuve Clicquot Ponsardin c. Boutiques Clicquot Ltée*, [2006] 1 R.C.S. 824;
- où l'on peut constater des distinctions d'interprétation pour des législations similaires, en matière de droit des brevets: *Harvard College c. Canada (Commissaire aux brevets)*, [2002] 4 R.C.S. 45.

Les conventions et organismes de gestion nationaux et internationaux

Les premières conventions internationales furent négociées et signées à la fin du XIX^e siècle. Il s'agit de la Convention de Paris de 1883, en matière de brevet, et la Convention de Berne de 1886, en matière de droit d'auteur. Elles visaient pour l'essentiel l'atteinte de deux grands objectifs :

- définir des normes minimales de protection que les États parties à ces conventions reconnaissent et qu'ils acceptent d'incorporer à leur législation interne ;
- consacrer le principe du traitement national au terme duquel chaque État signataire accepte de traiter les ressortissants des autres États signataires aussi favorablement que ses propres ressortissants.

Ces deux conventions ont fait tout au long du XX^e siècle l'objet de diverses révisions et harmonisations². Pendant cette même période plusieurs autres conventions portant sur divers objets plus particuliers (*v.g.* répression des indications de provenance fausses ou fallacieuses de produits³, protection des producteurs de phonogrammes contre la reproduction non autorisée de leurs phonogrammes⁴, distribution de signaux porteurs de programmes transmis par satellite⁵, protection du symbole olympique⁶, enregistrement international d'œuvres audiovisuelles⁷, propriété intellectuelle en matière de circuits intégrés⁸, etc.) ont aussi été signées et ratifiées par divers États intéressés. Par ailleurs, certains instruments internationaux visent à assurer une certaine uniformité dans la classification des biens et

2. Par exemple la Convention de Rome (1928) en matière de droit d'auteur, l'Acte de Stockholm (1967) en matière de brevet. Voir aussi, plus récemment, les « traités Internet », soit le Traité de l'OMPI sur les droits d'auteur (WCT/TODA) (1996) et le Traité de l'OMPI sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes (WPPT/TOIEP) (1996).

3. Arrangement de Madrid (1891).

4. Convention de Genève sur les phonogrammes (1971).

5. Convention de Bruxelles (1974).

6. Traité de Nairobi (1981).

7. Traité sur le registre de films (1989).

8. Traité de Washington (1989).

services aux fins de leur enregistrement⁹, tandis que d'autres ententes ont établi des mécanismes internationaux d'enregistrement et en ont identifié les autorités compétentes¹⁰.

Néanmoins, la convention la plus récente et la plus marquante, si l'on tient compte de la diversité des législations qu'elle encadre et du nombre des pays qui y ont adhéré, est sans contredit l'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ADPIC)¹¹. Cet accord fut adopté au terme des négociations dites de l'Uruguay Round du GATT (General Agreement on Trade and Tariffs), qui ont culminé en 1994 avec la création de l'OMC (Organisation mondiale du commerce). Au début des années 2010, plus de 150 pays¹² étaient membres de l'OMC et acceptaient de ce fait de se soumettre au cadre juridique général défini dans cet accord en ce qui a trait à la protection des droits de propriété intellectuelle, en adoptant à cet effet des législations conséquentes¹³.

Au moins trois grandes caractéristiques de cet accord méritent d'être signalées :

- la reconnaissance du principe de la nation la plus favorisée (qui s'ajoute à celui du traitement national¹⁴) en vertu duquel les avantages accordés aux ressortissants d'un pays étranger doivent être étendus automatiquement à tous les ressortissants des pays signataires (Partie I – *Dispositions générales et principes fondamentaux*);
- l'obligation faite aux membres d'inscrire dans leur législation locale un régime prédéfini de sanctions civiles, administratives ou pénales visant à assurer une réelle protection des droits de propriété intellectuelle reconnus par l'Accord (Partie III – *Moyens de faire respecter les droits de propriété intellectuelle*).

-
9. Voir à cet effet les Arrangements de Nice (1957 – enregistrement des marques), de Locarno (1968 – dessins et modèles industriels), de Strasbourg (1971 – brevets) et de Vienne (1973 – éléments figuratifs des marques).
 10. En ce sens, l'Arrangement de Madrid (1891 précité – marques), l'Arrangement de La Haye (1925 – dessins et modèles industriels), l'Arrangement de Lisbonne (1958 – appellations d'origine), le Traité de coopération en matière de brevets (PCT) (1970), le Traité de Budapest (1977 – dépôt de micro-organismes aux fins de la procédure en matière de brevets).
 11. Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (OMC, 1994), que plusieurs connaissent plutôt sous son acronyme anglais TRIPS (*Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights*).
 12. Selon l'information disponible en juin 2009 sur le site de l'OMC, 153 pays étaient inscrits sur la liste des membres le 23 juillet 2008.
 13. Voir le Préambule de l'Accord sur les ADPIC (OMC, 1994).
 14. Présenté *supra* page 80.

- la mise en œuvre d'un mécanisme contraignant de règlement des différends destiné à corriger tout désaccord quant à l'application ou la mise en œuvre de l'Accord. Ce mécanisme, intégré à l'OMC, fait en sorte que toute décision rendue par le groupe d'experts commerciaux nommé pour traiter du différend qui met en cause deux ou plusieurs États membres devient exécutoire pour les États concernés et, en cas de non-respect par l'un de ceux-ci, rend le membre récalcitrant passible de sanctions commerciales applicables même dans un domaine non relié à la question du différend (Partie V – *Prévention et règlement des différends*).

Mais, compte tenu de la diversité des sujets traités dans ces conventions et des mécanismes mis en place, il ne faut pas croire que tous les pays ratifient nécessairement les accords internationaux que leurs émissaires ont négociés et signés.

Ainsi, le Canada, bien qu'il soit partie à la plupart des principales conventions internationales concernant la propriété intellectuelle, n'a incorporé dans sa législation interne que quelques-unes de ces conventions¹⁵. Certaines des mises en œuvre des conventions les plus récentes demeurent encore lettre morte. C'est le cas par exemple en ce qui concerne les traités dits « traités Internet¹⁶ », dont nous rappelons plus bas les tentatives infructueuses de mise en œuvre (voir la section *L'environnement numérique*).

Les États appuient d'ailleurs ordinairement la mise en œuvre de ces législations en mettant en place des structures administratives ayant pour objet, quand le droit du créateur est reconnu à la suite d'un examen, de recevoir les demandes à cet effet et d'en assurer le traitement. On prévoit habituellement aussi la tenue d'un registre où sont enregistrées et rendues publiques les informations relatives aux titulaires de ces droits.

Au Canada, chacune des législations de propriété intellectuelle prévoit en outre la création de bureaux ou autres organismes administratifs placés selon le cas sous la direction d'un commissaire¹⁷, d'un directeur¹⁸, d'un

15. Voir le tableau faisant état des adhésions des divers États aux traités administrés par l'OMPI sur le site Web de cet organisme (OMPI, n.d.a.). On y constate que, début 2010, le Canada ne s'était engagé à incorporer dans sa législation interne que sept des 24 traités que l'OMPI administre.

16. V.g. le Traité de l'OMPI sur les droits d'auteur (WCT/TODA) (1996) et le Traité de l'OMPI sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes (WPPT/TOIEP) (1996).

17. *Loi sur les brevets*, L.R.C. c. P-4, art. 4; *Loi sur le droit d'auteur*, L.R.C. c. C-42, art. 47; *Loi sur les topographies de circuits intégrés*, L.R.C. c. I-14.6, art. 7.1.

18. *Loi sur la protection des obtentions végétales*, L.R.C. c. P-14.6, paragr. 56(2).

registraire¹⁹, voire d'un ministre²⁰; la plupart de ces organes administratifs sont à leur tour chapeautés par un organisme connu sous le nom d'Office de la propriété intellectuelle du Canada (OPIC). De son côté, la *Loi sur la protection des obtentions végétales* relève administrativement de l'Agence canadienne d'inspection des aliments. Aux États-Unis, c'est le United States Patent and Trademark Office (USPTO) et le U.S. Copyright Office qui remplissent des fonctions équivalentes.

Pour ce qui concerne la mise en œuvre des conventions internationales de propriété intellectuelle, un rôle similaire est dévolu à l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI)²¹. À ce titre, elle est responsable de l'administration de 24 traités internationaux sur la propriété intellectuelle, dont 17 concernent la propriété industrielle et sept, le droit d'auteur²². Ces instruments servent tout autant à définir «les normes fondamentales, convenues à l'échelon international, de la protection de la propriété intellectuelle dans chaque pays» qu'à permettre «qu'un seul et même enregistrement ou dépôt international produise ses effets dans plusieurs ou l'ensemble des États parties» à cette convention ou même qu'à établir «des systèmes de classement qui organisent l'information relative aux inventions, aux marques et aux dessins et modèles industriels en structures indexées facilement exploitable pour la recherche²³».

Toute cette infrastructure de reconnaissance et de protection de la propriété intellectuelle, tant au niveau national qu'international, vise avant tout à optimiser l'exploitation économique des droits exclusifs dévolus au créateur. Or cette exploitation est rarement le fait du créateur lui-même, mais plutôt d'utilisateurs qui entendent profiter des avantages de productions nouvelles ou originales réalisées généralement à leur intention par des intervenants ingénieux ou talentueux. Pour favoriser l'exploitation de cette création, il faut assurer la transmission vers ces utilisateurs des droits exclusifs du créateur ou du moins en autoriser l'utilisation, ce que permettent particulièrement les contrats de cession ou de licences d'exploitation.

-
19. Pour les législations qui prévoient la tenue de formalités d'enregistrement: *v.g. Loi sur le droit d'auteur*, *supra* note 17, art. 48; *Loi sur les marques de commerce*, L.R.C. c. T-13, art. 63; *Loi sur les topographies de circuits intégrés*, *supra* note 17, art. 15.
 20. *Loi sur les dessins industriels*, L.R.C. c. I-9, art. 3.
 21. À la mi-2009, la Convention instituant l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (1967) avait été signée par 184 pays, selon l'information disponible dans le site de l'organisation (OMPI, n.d.a).
 22. Toujours selon les informations disponibles dans le site de l'OMPI.
 23. Extraits des définitions des regroupements de traités disponibles dans le site de l'OMPI, section *Traités administrés par l'OMPI*.

L'exploitation de la propriété intellectuelle

Bien qu'il puisse quelquefois arriver que cette transmission se réalise par le seul effet de la loi²⁴, c'est le plus souvent par voie contractuelle que l'utilisateur d'une production de l'esprit peut exercer les droits de l'inventeur, de l'auteur ou de tout autre créateur dont il espère utiliser ou même exploiter la création. Ce transfert s'opère alors soit par voie de cession, soit par voie de licence.

Cession ou licence

À la différence de la licence, qui n'est en somme qu'une simple autorisation, accordée à un utilisateur par le titulaire d'un droit de propriété intellectuelle, d'exercer les droits exclusifs qu'il détient, la cession opère un véritable transfert du droit d'exclusivité sur la tête du cessionnaire, conférant à ce dernier le statut de titulaire du droit. En ce sens, on s'entend généralement pour comparer à une vente la cession de droits de propriété intellectuelle en vertu de laquelle le cessionnaire devient, comme l'acheteur, investi des droits de l'ancien propriétaire et peut les exercer comme lui, bénéficiant des mêmes attributs et priviléges exclusifs qui sont rattachés à son statut de «nouveau propriétaire». La licence est par contre plutôt vue comme une location de droit, permettant au nouveau détenteur d'utiliser légalement le droit du créateur, selon les modalités fixées, sans risquer d'être poursuivi en violation ou contrefaçon par ce dernier²⁵.

Certains considèrent par ailleurs à propos de distinguer la licence d'exploitation de la licence d'utilisation. Si la première vise à assurer que la réalisation du créateur sera mise sur le marché et exploitée commercialement par un intermédiaire qui rendra par la suite cette réalisation accessible aux éventuels utilisateurs, la seconde accorde directement à l'utilisateur final (*end user*) l'autorisation nécessaire lui permettant d'utiliser cette création avec l'aval de son créateur. On pense par exemple aux contrats de licence (d'exploitation) que les producteurs de logiciels accordent aux fabricants d'ordinateurs pour qu'ils puissent inclure dans leur appareil un système d'exploitation reconnu et compatible. Ces derniers mettront à leur tour sur le marché leur appareil muni d'un logiciel d'exploitation fonctionnel

24. Tel est par exemple le cas au Canada lorsque le titulaire des droits est introuvable. Voir *Loi sur le droit d'auteur*, *supra* note 17, art. 77.

25. Voilà pourquoi on définit généralement la licence comme une autorisation de faire quelque chose qui serait autrement prohibé, selon la définition désormais célèbre du lord juge Denning, dans l'affaire *Murray v. I.C.I. Ltd.*, [1967] R.P.C. 216: «*An ordinary licence is a permission to the licensee to do something which would otherwise be unlawful.*»

que les utilisateurs ayant acheté l'appareil pourront utiliser pourvu qu'ils souscrivent à l'autorisation que leur consent le créateur, et ce, aux conditions que celui-ci leur impose (licence d'utilisation).

Si ces licences sont accordées à des détenteurs et en des temps différents, il faut reconnaître que cette distinction n'entraîne en soi que bien peu de conséquences juridiques. Ce sont surtout les circonstances liées soit à l'octroi de la licence (*v.g.* absence de véritable négociation de son contenu – contrat d'adhésion, abus de sa position dominante par le concédant, non-respect des dispositions impératives de la loi) ou au statut de l'éventuel titulaire de la licence (*v.g.* consommateur) qui pourraient être prises en compte et risquer de rendre inopérantes ou nulles certaines clauses, voire la licence elle-même en certains cas. Il faudra donc examiner attentivement les termes de ces licences et les circonstances dans lesquelles elles ont été octroyées pour en déterminer la réelle teneur et en anticiper la véritable portée²⁶.

Ajoutons aussi que comme le vendeur peut réclamer un juste prix de son acheteur en raison du transfert de propriété qu'il lui consent et le locateur, un loyer raisonnable de son locataire pour l'usage qu'il lui accorde, le titulaire du droit de propriété intellectuelle qui cède son droit ou qui octroie une licence (d'exploitation ou d'utilisation) réclame généralement en contrepartie une rémunération prenant la forme d'un montant forfaitaire ou encore d'une redevance périodique.

Il convient aussi de préciser que la cession ou la licence peut être totale ou partielle²⁷. En effet, si dans certains cas le titulaire du droit de propriété intellectuelle consent à céder ce droit dans sa totalité à une autre personne pour que celle-ci l'exerce intégralement, sur tous les territoires et pendant toute la durée où ce droit est en vigueur, dans d'autres circonstances, il voudra plutôt limiter la cession ou la licence d'exploitation à certains attributs, pour certains territoires et pour une durée définie. Le contrat étant la loi des parties, celles-ci en auront déterminé les contours au terme d'une négociation susceptible d'assurer le mieux possible la satisfaction de leurs attentes mutuelles.

Par exemple, l'auteur d'un ouvrage scientifique rédigé en français qui désire le faire publier chez un éditeur québécois pourrait céder son droit d'auteur à l'éditeur (c'est ce que les éditeurs recherchent généralement), ce qui accorde à ce dernier le droit de distribuer l'ouvrage dans tous les pays et de le traduire en toute autre langue afin d'en élargir encore la diffusion. Mais le même auteur pourrait plutôt proposer à l'éditeur une simple licence d'exploitation de la version originale en français pour un

26. Voir à ce propos l'étude de droit comparé de Fernández-Molina (2004a).

27. *Loi sur le droit d'auteur, supra* note 17, paragr. 13(4).

territoire donné (le Québec et la France, par exemple) et une durée définie (v.g. cinq ans). Toute utilisation de l'œuvre au-delà de cette période ou dans d'autres contextes doit alors faire l'objet d'une disposition particulière qui en précise les nouvelles modalités, ou encore d'une nouvelle licence.

Exigences de forme

Il importe toutefois de prendre note que la loi exige habituellement que cette cession ou licence soit consignée dans un acte écrit, signé par le cédant, le concédant ou son représentant autorisé²⁸. Si des considérations de preuve liées au transfert du droit expliquent en premier lieu cette exigence, certains se sont cependant demandé si le respect de cette règle de forme appelle, pour la validité même de la convention de cession ou de licence, une mention expresse du transfert de droit. Les tribunaux n'imposent pourtant pas cette exigence : ils estiment que tout écrit signé par le titulaire du droit suffit, si l'on peut y dégager l'existence d'un transfert²⁹. En ce qui concerne les licences, une telle preuve ne serait d'ailleurs exigée que pour confirmer le droit du détenteur d'exercer un recours fondé sur l'intérêt qui lui a été consenti par le titulaire³⁰.

Licence exclusive ou non exclusive

C'est évidemment le droit exclusif d'exploitation de sa création dont il est investi que le cédant transmet à son cessionnaire par le contrat de cession. La situation est quelque peu différente en ce qui concerne la licence, qui peut être concédée à titre exclusif ou non. En effet, comme il s'agit d'une autorisation qu'accorde le titulaire d'utiliser l'œuvre ou l'invention protégée, celui-ci a généralement intérêt à rendre sa création disponible au plus grand nombre d'utilisateurs, dont chacun lui versera en retour une redevance. Il en est ainsi par exemple des licences, évidemment non exclusives,

28. Au Canada, voir par exemple le paragr. 13(4) de la *Loi sur le droit d'auteur*, *supra* note 17, et les articles 49 et 50 de la *Loi sur les brevets*, *supra* note 17.

29. Voir en ce sens la décision de la Cour d'appel du Québec dans l'affaire *Turgeon c. Michaud*, 2003 CanLII 4735 (QC C.A.). Ainsi, au paragr. 71, le juge Dussault déclare : « À mon avis, pour qu'une cession soit valide, il suffit d'être en présence d'un écrit signé par le titulaire du droit et qu'il en ressorte clairement que la véritable intention de celui-ci était de céder ce droit. »

30. Voir *Loi sur le droit d'auteur*, *supra* note 17, paragr. 13(4). La Cour suprême du Canada confirmait d'ailleurs, dans sa décision de l'affaire *Robertson c. Thomson Corp.*, [2006] 2 R.C.S. 363, que l'écrit n'est exigé que dans le cas d'une licence exclusive, cf. paragr. 56.

d'utilisation du logiciel Windows, qui ont fait la réputation de Microsoft et ont sans contredit contribué aussi à la bonne fortune de son fondateur, Bill Gates³¹. Mais le titulaire peut aussi choisir de ne pas exiger de redevances et diffuser son œuvre sous une licence d'utilisation « libre », de type GNU GPL pour les logiciels ou Creative Commons pour les autres types d'œuvres (voir l'annexe 6).

Pourtant, dans certaines circonstances, l'éventuel utilisateur d'un droit de propriété intellectuelle exigera du titulaire que lui soit octroyée une licence exclusive. Il pourra ainsi mieux rentabiliser ses investissements en infrastructure ou en mise en marché. Notons toutefois que, tout comme le titulaire du droit, le détenteur d'une licence exclusive ne peut ni abuser de sa position dominante, ni utiliser des pratiques commerciales restrictives, sans risquer de déroger à la *Loi sur la concurrence*³², auquel cas il s'expose à des poursuites judiciaires de nature civile et même pénale.

En raison de l'exclusivité rattachée à ce type de licence, on peut se demander ce qui le distingue de la cession pour le détenteur. Outre le fait que le détenteur d'une licence exclusive n'est jamais investi du droit de propriété intellectuelle, lequel demeure l'apanage de son titulaire, le détenteur de la licence, sauf convention contraire, ne pourra en principe ni céder son droit d'utilisation à un tiers, ni concéder de sous-licences à d'autres personnes ; le droit concédé en est un de jouissance et non de propriété.

Selon la *common law*, le détenteur d'une telle licence détient néanmoins un *proprietary interest*³³, qui lui permet entre autres d'exercer des recours en violation (ou en contrefaçon) à l'encontre de ceux qui enfreignent son droit, pourvu qu'il mette en cause (*i.e.* fasse intervenir dans le litige) le

31. À ce propos, mentionnons que « l'acquéreur » d'un logiciel n'est en fait le plus souvent qu'un simple locataire des droits de propriété intellectuelle sur ce produit. Il convient d'ailleurs, pour s'en convaincre, de lire le texte de la licence que l'utilisateur doit accepter avant d'installer un logiciel donné sur son ordinateur. Elle est habituellement formulée à peu près en ces termes :

Cette licence n'est pas une vente du LOGICIEL et vous ne devenez pas le propriétaire du LOGICIEL par son achat, son téléchargement ou son utilisation. XXX conserve tous les droits de propriété du LOGICIEL et de toutes ses copies et conserve tous les droits qui ne vous sont pas expressément accordés sous cet Accord. [...]

(Extrait de la licence de Nikon Corp. à laquelle l'utilisateur adhère lors de l'installation de l'un de ses logiciels sur un ordinateur.)

32. L.R. 1985, c. C-34, art. 45 et s. Cette question des pratiques anticoncurrentielles liées à l'octroi de contrats de licence appelle une analyse juridique particulière qui dépasse largement le cadre du présent développement. Le lecteur intéressé est invité à lire l'article de Masse (2003).

33. Voir par exemple Gilker (1989) et Vaver (2000, ch. 8, section B. *Assignments and Licenses*).

véritable titulaire du droit³⁴. Certains ont dès lors avancé que le statut du détenteur de licence exclusive équivaudrait à celui d'un cessionnaire, ce qui lui permettrait même de poursuivre en violation du droit d'auteur le titulaire concédant.

Cette question a fait l'objet d'un litige soumis en 2007 à l'appréciation de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Euro-Excellence Inc. c. Kraft Canada Inc*³⁵. Dans cette affaire, Kraft Canada invoque la licence exclusive que lui ont consentie Kraft Foods Belgique et Kraft Foods Suisse sur l'utilisation de trois logos Côte d'Or et deux logos Toblerone, enregistrés comme œuvres artistiques protégées par le droit d'auteur, pour empêcher Euro-Excellence de mettre sur le marché au Canada des produits arborant les logos ainsi protégés. Par ce moyen, Kraft Canada voudrait empêcher l'importation par Euro-Excellence d'œuvres (et leur contenu) qui auraient constitué une violation du droit d'auteur, selon l'alinéa 27(2)e) de la *Loi sur le droit d'auteur*³⁶, si elles avaient été produites au Canada. La Cour répond ainsi à Kraft Canada :

En tant que titulaires du droit d'auteur canadien sur les logos de Toblerone et de Côte d'Or, les sociétés mères Kraft ne peuvent pas violer leur propre droit d'auteur. Bien que, à titre de titulaire d'une licence exclusive, Kraft Canada ait, dans le droit d'auteur, un intérêt de propriété qui l'habilite à intenter contre des tiers une action pour violation du droit d'auteur, les sociétés mères Kraft conservent, dans ce droit, un intérêt de propriété résiduel qui empêche Kraft Canada de les poursuivre pour violation du droit d'auteur³⁷.

Ainsi, le droit du détenteur de licence exclusive ne peut être placé sur le même pied que celui du titulaire concédant, contrairement d'ailleurs à ce que prévoit le droit américain à cet égard³⁸, et il ne peut, ce faisant, être assimilé totalement à un cessionnaire.

34. *Loi sur le droit d'auteur*, *supra* note 17, paragr. 36(2).

35. [2007] 3 R.C.S. 21.

36. *Supra* note 17. Cet alinéa se lit comme suit:

Constitue une violation du droit d'auteur [l'importation de] l'exemplaire d'une œuvre [...] alors que la personne qui accomplit l'acte sait [...] que la production de l'exemplaire [...] constituerait une [Violation de ce droit] si l'exemplaire avait été produit au Canada par la personne qui l'a produit.

37. *Supra* note 35, paragr. 49.

38. Comme le souligne d'ailleurs, pour la Cour, le juge Rothstein, *ibid.*, paragr. 47:

Contrairement à la Loi américaine, qui place les licenciés exclusifs sur un pied d'égalité avec les cessionnaires, la Loi canadienne et celle du Royaume-Uni maintiennent une distinction entre les licenciés exclusifs et les cessionnaires.

La gestion collective des droits

Non seulement la loi reconnaît-elle généralement l'octroi de cessions et de licences au bénéfice économique des titulaires de droit, mais elle en facilite souvent l'exercice en consacrant à leur égard un régime de gestion collective des droits. Grâce à ce régime, les auteurs d'œuvres musicales peuvent par exemple tirer des redevances des formes les plus diverses de diffusion en public de leurs œuvres et ce, peu importe où et quand elles sont exécutées (*v.g.* radio, télévision, Internet, bar, salle de concert ou de spectacles). Ils doivent à cette fin céder leurs droits à des sociétés de perception, qui consentiront à leur tour des licences d'utilisation particulières aux divers diffuseurs ou utilisateurs intéressés, selon des tarifs généraux établis de consentement et homologués ou fixés administrativement par la Commission du droit d'auteur³⁹.

Ce régime de gestion collective trouve aussi une application particulière dans le domaine de l'enseignement, en ce qu'il encadre la reprographie d'œuvres servant à des fins d'enseignement. Des sociétés telles Access Copyright⁴⁰ et Copibec servent d'intermédiaires pour percevoir des droits sur ces reproductions d'œuvres qui, autrement, auraient le plus souvent été réalisées sans contrepartie pour leurs auteurs. Un régime similaire s'applique à la reproduction et à la présentation dans des locaux d'enseignement d'émissions de radio ou de télévision reproduites ou diffusées à des fins pédagogiques⁴¹.

L'environnement numérique

La popularité de l'Internet et la production ou la conversion d'œuvres protégées en format numérique ont non seulement permis un accès plus rapide à ces œuvres, mais grandement favorisé la contrefaçon d'une grande variété de celles-ci. Craignant de voir se fragiliser le régime traditionnel de protection du droit d'auteur et d'en exacerber la violation, un grand nombre d'États ont été amenés à rechercher, sous l'égide de l'OMPI, des moyens concertés de contrer la reproduction illicite d'œuvres protégées sous ce format, ainsi que la diffusion non autorisée de ces œuvres ou d'une prestation de celles-ci sur Internet. Parmi ces moyens, on retrouve des mécanismes de contrôle de l'accès et de l'utilisation des documents et ressources numériques – mieux connus sous l'expression «gestion

39. *Loi sur le droit d'auteur*, *supra* note 17, art. 66 et s.

40. Et sa licence pour éducateurs et étudiants (Access Copyright, n.d.).

41. *Loi sur le droit d'auteur*, *supra* note 17, art. 29.6, 29.7 et 71; voir l'annexe 1.

numérique des droits⁴²». Tels sont les objets des traités de l'OMPI de 1996: le Traité de l'OMPI sur les droits d'auteur (WCT/TODA) et le Traité de l'OMPI sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes (WPPT/TOIEP).

Dès 1997, le Canada signait ces conventions internationales et s'engageait, ce faisant, à incorporer dans sa législation interne les mécanismes développés dans ces traités. Plus de douze ans plus tard, néanmoins, rien n'avait encore été fait à ce chapitre, et ce, en raison des vicissitudes du régime parlementaire canadien. En effet, désirant donner suite à plusieurs rapports ministériels⁴³, le gouvernement fédéral a déposé à deux reprises (en 2005 et 2008) des projets de loi qui n'ont pu être adoptés, ni même débattus à la Chambre des communes, puisque celle-ci a dans les deux cas été dissoute en raison du déclenchement d'élections fédérales dans les semaines qui ont suivi le dépôt.

Le premier, le projet de loi C-60 de la première session de la 38^e législature, a été déposé le 20 juin 2005 à la Chambre des communes par le gouvernement libéral d'alors. Tel que le spécifie le résumé législatif préparé à l'époque:

Une bonne partie du projet de loi met en œuvre des éléments des traités de l'OMPI afin de permettre leur ratification par le Canada.

Le projet de loi:

- accorde des droits supplémentaires aux artistes-interprètes sur leurs enregistrements sonores, y compris le droit de reproduire l'enregistrement, une modification de la durée de protection et des droits moraux sur leurs prestations;
- prévoit que la mise à disposition sur l'Internet d'une œuvre protégée par le droit d'auteur, où elle peut être téléchargée sur demande par des particuliers est une violation du droit d'auteur;
- accorde aux titulaires de droits d'auteur la capacité de contrôler la première distribution des œuvres sous une forme tangible;
- tente de faire en sorte que les mesures de protection techniques, comme le cryptage ou l'information sur le régime des droits sous forme électronique, ne soient pas contournées.

42. Cette notion fait d'ailleurs l'objet d'un examen plus attentif à l'annexe 5 du présent ouvrage.

43. Sookman (2009, p. 2) fait état d'au moins 12 rapports.

De plus, le projet de loi établit une série de règles supplémentaires concernant le droit d'auteur des œuvres numériques :

- il crée un régime législatif d'« avis et avis » sous lequel les FSI [fournisseurs de services Internet] auraient l'obligation d'aviser les clients qu'ils violent le droit d'auteur et de tenir des renseignements sur ces clients ;
- il crée de nouvelles règles sur la façon dont les bibliothèques et les établissements d'enseignement doivent traiter les versions numériques d'œuvres protégées par le droit d'auteur ;
- il abroge les articles de la Loi qui traitaient les photographies différemment des autres œuvres artistiques⁴⁴.

Quant au projet de loi C-61 de juin 2008, déposé en Chambre cette fois par le gouvernement conservateur, il était au moment de son dépôt accompagné du résumé suivant :

Le texte modifie la Loi sur le droit d'auteur pour :

- a) mettre à jour les droits et les mesures de protection dont bénéficient les titulaires du droit d'auteur afin de mieux tenir compte d'Internet, en conformité avec les normes internationales ;
- b) clarifier la responsabilité des fournisseurs de services Internet ;
- c) permettre certains usages d'Internet et de tout autre réseau numérique à des fins éducatives et de recherche afin de faciliter l'apprentissage au moyen de la technologie, les prêts entre bibliothèques, la transmission de matériel éducatif et l'utilisation de matériel accessible au public sur Internet ;
- d) permettre certains usages, à des fins privées, de matériel protégé par le droit d'auteur ;
- e) mettre à jour les dispositions de la loi ayant trait aux photographies afin de conférer aux photographes des droits égaux à ceux conférés aux autres créateurs.

Un examen un peu plus attentif du projet de loi C-61 (2008) nous permet de constater de très grandes similitudes avec le défunt projet C-60 (2005), bien qu'il contienne aussi quelques nouveautés, dont celle relative aux usages à des fins privées de matériel protégé par le droit d'auteur⁴⁵. Encore une fois cependant, il faudra attendre le texte d'un prochain projet de loi avant de réellement connaître comment le gouvernement canadien entend moderniser sa législation en la matière et s'acquitter ainsi de ses engagements internationaux.

44. Extrait du résumé législatif du projet de loi C-60 (Banks et Kitching, 2005).

45. Voir le résumé législatif du projet de loi C-61 (Mahabir et Mingarelli, 2008).

En effet, depuis la réélection du nouveau gouvernement conservateur à l'automne 2008, rien n'a transparu à cet égard, si ce n'est que les ministres de qui relève cette législation ont plutôt choisi de lancer en juillet 2009 une consultation nationale sur la question de la réforme du droit d'auteur. Dans un communiqué d'Industrie Canada (2009, 20 juillet), on pouvait lire :

Dans le contexte numérique actuel, les lois canadiennes sur le droit d'auteur doivent être mises à jour pour stimuler l'innovation et la croissance économique et donner aux créateurs et aux consommateurs canadiens les outils dont ils ont besoin pour conserver au pays sa position concurrentielle dans le monde.

À ce jour, aucune suite concrète ne paraît avoir découlé de cette vaste mais fort rapide⁴⁶ consultation.

L'information confidentielle

Bien que ne se rattachant pas strictement au droit de la propriété intellectuelle⁴⁷, la gestion de l'information et des renseignements confidentiels soulève des interrogations qui sont le plus souvent très intimement reliées à la réalité de la propriété intellectuelle.

Même si aucune loi ne définit formellement ce qu'on doit comprendre par «information confidentielle» ou «renseignements confidentiels», l'article 39(2) de l'Accord sur les ADPIC peut servir d'assise à une acceptation généralement reconnue de ce concept, puisque, comme on le sait, plus de 150 pays ont adhéré à l'Organisation mondiale du commerce, qui met en œuvre cet Accord⁴⁸.

On y décrit ainsi les renseignements confidentiels :

[39] 2. Les personnes physiques et morales auront la possibilité d'empêcher que des renseignements licitement sous leur contrôle ne soient divulgués à des tiers ou acquis ou utilisés par eux sans leur consentement et d'une manière contraire aux usages commerciaux honnêtes, sous réserve que ces renseignements :

46. Cette consultation s'est terminée le 13 septembre 2009.

47. En effet, le droit de propriété intellectuelle accorde des droits exclusifs d'exploitation à la personne qui consent à rendre publique et à diffuser l'information qu'elle détient, tandis que la personne qui veut assurer le caractère confidentiel de cette information entend plutôt la garder privée et en empêcher la diffusion.

48. *Supra* note 13.

- a) soient secrets en ce sens que, dans leur globalité ou dans la configuration et l'assemblage exacts de leurs éléments, ils ne sont pas généralement connus de personnes appartenant aux milieux qui s'occupent normalement du genre de renseignements en question ou ne leur sont pas aisément accessibles;
- b) aient une valeur commerciale parce qu'ils sont secrets ; et
- c) aient fait l'objet, de la part de la personne qui en a licitement le contrôle, de dispositions raisonnables, compte tenu des circonstances, destinées à les garder secrets.

Les tribunaux, en vue de déterminer si les renseignements doivent être tenus pour confidentiels, doivent donc s'assurer qu'ils n'étaient pas aisément accessibles, qu'ils ont une valeur commerciale et qu'ils ont ou auraient pu faire l'objet d'une entente de confidentialité. Comme certains auteurs le soulignent par ailleurs, ces renseignements peuvent être connus par un certain nombre de personnes, voire avoir été publiés, dans la mesure où ils continuent de demeurer un objet de convoitise pour d'éventuels utilisateurs⁴⁹.

Mais quand voudra-t-on donner un caractère confidentiel à une information ?

On pourra garder secrètes les informations entourant la réalisation d'un nouveau produit ou d'un nouveau procédé afin de contrôler la mise en marché d'une invention ou d'un savoir-faire particulier dont on anticipe une courte longévité d'exploitation⁵⁰. On accordera alors, sous le sceau du secret, une licence à cet effet⁵¹ à un ou quelques utilisateurs qui en bénéficieront jusqu'à ce que l'information devienne plus généralement connue. À l'opposé, on pourra choisir de ne pas breveter une invention dont on veut conserver le plus longtemps possible l'exclusivité de l'exploitation en convainquant les utilisateurs éventuels, à qui l'on aura consenti une licence, qu'ils ont tout intérêt à ne pas diffuser l'information privilégiée qu'ils acquièrent, s'ils veulent en tirer avantage le plus longtemps possible⁵². Dans tous ces cas, on l'aura compris, c'est par le biais d'un contrat de

49. Voir Gervais et Judge (2006, p. 481-483).

50. Situation où, compte tenu de rapides développements technologiques, l'exploitation de l'invention risque d'être terminée souvent même avant que le brevet ne soit octroyé.

51. Quelquefois aussi qualifiée de « contrat de *know-how* ».

52. On mentionne généralement à ce propos l'exemple de Coca-Cola Ltée, qui n'a jamais breveté la recette de son produit, de manière à tirer profit de son exclusivité le plus longtemps possible (soit bien au-delà des 17 ans de vie du brevet, tel qu'il durait à l'époque).

confidentialité que cette licence d'utilisation exclusive devient juridiquement possible, et le détenteur de la licence devient possible de payer des dommages à son concédant s'il manque à son obligation de confidentialité.

De même, on peut protéger légalement la confidentialité des données de recherches qui, bien qu'elles constituent le plus souvent des éléments essentiels à l'avancement de travaux générateurs d'éventuelles productions intellectuelles (*v.g.* nouvelle invention, nouvelle percée scientifique, nouvelle publication, nouvelle œuvre), ne sont pas, comme on l'a vu au chapitre 2, à proprement parler protégeables en tant que propriété intellectuelle. Encore une fois, la voie contractuelle s'avère la plus efficace pour aménager le contrôle de cette information et, en dernière analyse, déterminer le moment et la forme de sa diffusion; à cet effet, un contrat comportant une clause de confidentialité sera proposé à la personne qui accède à ces données.

Aussi, il ne faut pas se surprendre que ce genre de disposition contractuelle se retrouve le plus souvent inscrit dans les contrats de travail, assurant par là en cours d'emploi la discrétion des employés concernés et régissant même la non-divulgation des informations protégées une fois le lien d'emploi terminé. Cette disposition sert d'ailleurs bien souvent de support et de complément à l'usuelle clause de non-concurrence que l'on trouve aussi dans ce type de convention. On la retrouve également dans les contrats de recherche et développement conclus entre des entreprises et des universités; on y reviendra dans les chapitres ultérieurs.

Même en l'absence de clause particulière de confidentialité dans le contrat de travail, le droit civil (comme celui du Québec) supplée en consacrant expressément en faveur de l'employeur une obligation de loyauté et de discrétion à l'égard de l'information confidentielle à laquelle l'employé a accès dans le cadre de son travail. La loi prévoit même que ces obligations survivent «pendant un délai raisonnable» après la cessation du contrat⁵³. Dans les autres provinces canadiennes, la *common law* reconnaît des droits équivalents à l'employeur par le biais d'un devoir de loyauté et de bonne foi – aussi qualifié de «devoir fiduciaire» – dont l'étendue est plus ou moins importante selon le poste que la personne occupe dans l'entreprise et la possibilité qu'elle a de profiter des informations privilégiées auxquelles elle a accès. On reconnaît là aussi que cette obligation subsiste même après que l'employé a quitté son emploi⁵⁴.

53. C.c.Q. art. 2088.

54. Voir en ce sens l'arrêt *Barton Insurance Brokers Ltd. v. Irwin* (1999) BCCA 73, qui s'appuie sur la décision de principe de la Cour suprême du Canada en matière de «devoir fiduciaire», l'arrêt *Canadian Aero Services c. O'Malley*, [1974] R.C.S. 592. Pour une étude plus exhaustive de cette question en ce qui a trait à la *common law*, voir Gervais et Judge (2006, p. 486-495).

En l'absence d'un lien contractuel entre la personne qui détient légalement l'information qu'elle a rendue confidentielle et celle qui l'utilise ou la diffuse sans autorisation, le droit prévoit même que le détenteur légitime peut exercer divers recours en responsabilité civile en vue de faire cesser l'utilisation et empêcher toute diffusion non autorisée⁵⁵. Des dommages pourront en ce sens être accordés pour compenser les pertes subies par le détenteur légitime du fait de la contravention et les gains dont il a été privé. Ainsi, l'article 1612 du Code civil du Québec stipule :

1612. En matière de secret commercial, la perte que subit le propriétaire du secret comprend le coût des investissements faits pour son acquisition, sa mise au point et son exploitation; le gain dont il est privé peut être indemnisé sous forme de redevances.

La *common law* a reconnu également en cette matière l'existence de recours extracontractuels en injonction et en dommages en se fondant sur des considérations d'*equity*. Dans les provinces canadiennes de *common law* comme en droit fédéral, on prend généralement appui sur la décision de la Cour suprême dans l'affaire *International Corona Resources Ltd. c. LAC Minerals Ltd.*⁵⁶ (en matière d'abus de confiance) pour fonder ces recours. Ce devoir de non-divulgation s'étendrait même à l'État, en application de l'article 1711 de l'Accord de libre échange nord américain (ALENA)⁵⁷.

Le régime des sanctions : mise en œuvre, exceptions et renonciation

Afin d'assurer au créateur de tirer les pleins bénéfices des droits qui lui ont été consentis, il importe que ceux-ci soient scrupuleusement respectés par les éventuels utilisateurs. Les différentes législations assujettissent donc les contrevenants à toute une panoplie de sanctions en cas de violation. Celles-ci vont de l'indemnisation des pertes subies par le titulaire du droit, principalement par voie de recours civil en dommages ou en reddition de comptes⁵⁸, jusqu'à des peines d'emprisonnement en cas d'infractions

55. Voir par exemple le texte de l'article 1472 C.c.Q., qui reconnaît implicitement l'existence d'une telle obligation pour la personne qui a divulgué un secret commercial; ce texte prévoit en effet la possibilité pour cette personne de s'exonérer en justifiant qu'elle a agi ainsi dans l'intérêt public.

56. [1989] 2 R.C.S. 574.

57. Voir le texte de l'Accord Affaires étrangères et Commerce international Canada (n.d.), partie VI (chap. 17), art. 1711; voir au même effet l'article 39 de l'Accord sur les ADPIC, *supra* note 13; voir aussi Gervais et Judge (2006, p. 497-502).

58. À titre d'exemple, en droit d'auteur au Canada, voir *supra* note 17, art. 34 et s.; en matière de brevets, voir *supra* note 17, art. 54 et s.

pénales particulièrement reconnues et définies par les textes législatifs⁵⁹, en passant par des ordonnances d'injonction en vue de faire cesser la contrefaçon et de décourager toute récidive. On pourra aussi recourir à des mesures de saisie, de détention, voire de destruction des œuvres contrefaites et même en certains cas de l'équipement ayant servi à la contrefaçon⁶⁰.

Il importe toutefois de noter que ce ne sont pas toutes les violations qui donnent ouverture aux recours mentionnés. Outre le fait qu'il faille rencontrer particulièrement la description de l'infraction pénale reprochée pour être condamné à une amende ou à une peine d'emprisonnement, en matière civile toute contravention ne donne pas automatiquement ouverture à un recours en dommages contre le contrevenant. Par exemple, en matière de droit d'auteur, le recours en dommages ne sera ouvert en faveur du titulaire que lorsque le contrevenant a reproduit ou diffusé en public sans y être autorisé l'œuvre complète ou une partie importante d'une œuvre. Par ailleurs, la *Loi sur le droit d'auteur* prévoit aussi que la partie poursuivie peut invoquer diverses utilisations acceptables, qualifiées aussi d'utilisations licites ou équitables. Enfin, on peut s'interroger si, en certaines circonstances, le comportement du titulaire peut constituer une licence implicite ou une renonciation tacite à son droit en faveur d'un utilisateur, rendant dès lors caduc tout recours.

La notion de partie importante d'une œuvre

La *Loi sur le droit d'auteur* prévoit en effet que le droit d'auteur «comporte le droit exclusif de produire ou reproduire [...], exécuter ou représenter en public une œuvre [...] ou d'en publier la totalité ou une partie importante⁶¹». On ne peut donc utiliser impunément l'œuvre d'autrui ou une partie importante de celle-ci sans y être autorisé par le titulaire du droit. Pour déterminer quand il y aura lieu d'obtenir pareille autorisation, il conviendra d'établir si l'utilisateur compte utiliser l'œuvre complète ou simplement une portion de celle-ci.

59. En matière de droit d'auteur, *ibid.*, art. 42 et s.; en matière de brevets, *ibid.*, art. 75 et s.

60. Voir, par exemple, les articles 38 ou 44 et s. de la *Loi sur le droit d'auteur*, *ibid.*

61. Paragr. 3(1).

Pour ce faire, précise le juge Linden de la Cour d'appel fédérale, dans l'affaire *CCH Canadienne Ltée c. Barreau du Haut-Canada*⁶²:

Il faut plutôt établir si l'œuvre en question peut exister en dehors du contexte dans lequel elle est publiée, communiquée, exposée, exécutée ou autrement diffusée. La production qui est distinctive et peut raisonnablement exister en tant que telle peut être considérée comme une œuvre en soi plutôt qu'une partie d'une autre œuvre. Mais la production qui dépend tellement des éléments qui l'entourent qu'elle perd tout son sens sans eux, ou dont l'utilité disparaît en grande partie lorsqu'elle est séparée du contexte dans lequel elle est diffusée ne sera en revanche qu'une simple partie d'une œuvre⁶³.

Dès que l'on aura établi que la portion utilisée ne peut être considérée comme une œuvre complète, se pose alors la question de savoir si la partie empruntée constitue une «partie importante» de l'œuvre. Dans l'affaire *CCH Canadienne Ltée* précitée⁶⁴, le juge Sharlow de la Cour d'appel fédérale rappelle pour sa part:

Ce qui constitue une reproduction d'une partie importante d'une œuvre ne dépend pas d'une analyse purement quantitative. En fait, le caractère important peut être évalué dans une perspective quantitative ou qualitative. Dans la décision *U & R Tax Services Ltd. c. H & R Block Canada Inc.* [(1995), 62 C.P.R. (3d) 257 (C.F. 1^{re} inst.)], le juge Richard (tel était alors son titre) a ainsi résumé le droit en matière de caractère important, à la page 268:

[...] ce qui constitue une «partie importante» est une question de fait et, à cet égard, les tribunaux ont accordé plus d'importance à la qualité des parties qu'à leur quantité. Dans la jurisprudence antérieure, les tribunaux ont retenu, entre autres, les facteurs suivants:

- a) la qualité et la quantité des parties plagiées;
- b) la gravité de l'atteinte que l'utilisation du défendeur a portée aux activités du demandeur et la mesure dans laquelle la valeur du droit d'auteur s'en trouve diminuée;
- c) la question de savoir si le document plagié est protégé à bon droit par un droit d'auteur;
- d) la question de savoir si le défendeur s'est intentionnellement emparé de l'œuvre du demandeur pour épargner du temps et des efforts;

62. 2002 C.A.F. 187.

63. *Ibid.*, paragr. 66.

64. *Ibid.*, paragr. 237.

- e) la question de savoir si le défendeur utilise le document plagié d'une façon identique ou similaire au demandeur.

Cette analyse nous conduit en somme à rechercher si la partie utilisée méritait en soi d'être protégée. En ce sens, toujours dans l'affaire *CCH Canadienne Ltée* précitée⁶⁵, le juge Linden déclare :

De façon générale, toutefois, je me refuse à préciser quel pourcentage particulier d'une œuvre distingue ce qui est important de ce qui est insignifiant [...]. Dans certaines circonstances, un petit nombre de pages très importantes peut être important, alors que dans d'autres, un grand nombre de pages peu importantes peut être insignifiant. Une telle détermination ne peut être faite que dans le contexte d'une reproduction donnée.

Une fois établi que la partie empruntée méritait d'être protégée, et qu'elle a été utilisée sans autorisation préalable, il convient alors de vérifier si la partie utilisée l'a été « de façon équitable », auquel cas l'utilisateur poursuivi par le titulaire du droit d'auteur pourra invoquer les exceptions prévues par la Loi.

L'exception de l'utilisation équitable (fair dealing) et le fair use américain

Selon la *Loi sur le droit d'auteur*⁶⁶ en effet, même en l'absence d'autorisation, il n'y a pas violation du droit d'auteur sur une œuvre protégée lorsque celle-ci a été utilisée équitablement à des fins d'étude privée ou de recherche ou encore à des fins de critique, de compte rendu ou de communication de nouvelles. Dans les trois dernières circonstances énumérées, l'utilisateur devra toutefois identifier sa source et, si le renseignement apparaît dans la source, mentionner le nom du premier titulaire légal du droit d'auteur⁶⁷. Mais quand l'utilisation d'une œuvre protégée par le droit d'auteur peut-elle être considérée équitable ?

Jusqu'à tout récemment, même si l'on comparait souvent le *fair dealing* canadien ou anglais au *fair use* américain, dont les critères servant à apprécier l'usage équitable aux États-Unis sont énumérés explicitement dans le

65. Voir *supra* note 62, paragr. 97.

66. Voir *supra* note 17, art. 29 et s.

67. Selon le cas l'auteur lui-même, l'artiste-interprète, le producteur de l'enregistrement sonore ou le radiodiffuseur du signal de télécommunication utilisé, voir *ibid.*, art. 29.1 et 29.2.

Copyright Act américain⁶⁸, la réponse demeurait assez nébuleuse. D'ailleurs à ce propos, le lord juge Denning, après avoir examiné successivement tout un ensemble de facteurs dans une affaire anglaise de 1972⁶⁹, terminait ainsi son appréciation: «*But, after all is said and done, it must be a matter of impression.*»

Au Canada, en mars 2004, la Cour suprême, toujours dans la désormais célèbre affaire *CCH Canadienne Ltée*⁷⁰, devait néanmoins contribuer à rendre cette analyse beaucoup plus objective. À cette fin, elle sanctionnait un cadre général d'appréciation de l'utilisation équitable, en s'appuyant sur les propos du juge Linden, de la Cour d'appel fédérale:

¶ 53. Le juge Linden, de la Cour d'appel, a reconnu l'absence d'un critère établi permettant de dire qu'une utilisation est équitable ou non, mais il a énuméré des facteurs pouvant être pris en compte pour en décider. S'inspirant de Hubbard, précité, ainsi que de la doctrine américaine de l'utilisation équitable [*fair use*], il a énuméré les facteurs suivants: (1) le but de l'utilisation; (2) la nature de

-
68. La version française de l'article 107 de la Loi américaine (*Copyright Act*) se lit comme suit:

Nonobstant les dispositions des articles 106 et 106A, l'usage loyal d'une œuvre protégée, y compris par reproduction sous forme d'exemplaires ou de phonogrammes ou par tous autres moyens prévus aux termes de ces dispositions, à des fins telles que de critique, de commentaire, de compte rendu d'actualité, d'enseignement (y compris la reproduction en de multiples exemplaires pour l'utilisation en classe), de formation ou de recherche, ne constitue pas une atteinte au droit d'auteur. Afin de déterminer si l'usage d'une œuvre dans un cas déterminé est loyal, les facteurs suivants doivent notamment être pris en considération:

- 1) le but et le caractère de l'usage, et notamment la nature commerciale ou non de celui-ci ou sa destination à des fins éducatives et non lucratives;
- 2) la nature de l'œuvre protégée;
- 3) le volume et l'importance de la partie utilisée par rapport à l'ensemble de l'œuvre protégée; et
- 4) l'incidence de l'usage sur le marché potentiel de l'œuvre protégée ou sur sa valeur.

Le fait qu'une œuvre ne soit pas publiée n'interdit pas en soi de conclure à un usage loyal si cette conclusion repose sur la prise en compte de tous les facteurs susmentionnés.

[Traduction de l'anglais tirée de la *Base de données de l'OMPI sur les textes législatifs de propriété intellectuelle* (www.wipo.int/clea/docs_new/pdf/fr/us/us001fr.pdf), Code des États-Unis d'Amérique, Titre 17 – Droit d'auteur.]

69. *Hubbard et al. v. Vosper et al.*, (1972) 1 All E.R. 1023 (C.A.), p. 1027.

70. [2004] 1 R.C.S. 339, paragr. 53.

l'utilisation; (3) l'ampleur de l'utilisation; (4) les solutions de recharge à l'utilisation; (5) la nature de l'œuvre; (6) l'effet de l'utilisation sur l'œuvre. Bien que ces facteurs ne soient pas pertinents dans tous les cas, ils offrent un cadre d'analyse utile pour statuer sur le caractère équitable d'une utilisation dans des affaires ultérieures. [Les notes infrapaginaires ont été omises.]

En application de ces critères, la Cour suprême confirma que le Barreau de l'Ontario, en offrant aux juristes intéressés un service de photocopie des décisions judiciaires et autres publications juridiques de sa collection, avait utilisé équitablement les œuvres sur lesquelles les éditeurs détenaient des droits d'auteur. En effet, déclarait alors madame la juge en chef McLachlin, «le service de photocopie du Barreau contribue simplement à faire en sorte que les juristes de l'Ontario aient accès aux ouvrages nécessaires à la recherche que demande l'exercice du droit⁷¹». Elle invoquait les arguments suivants à l'appui du caractère équitable de l'utilisation :

- Par le biais d'une Politique d'accès explicite, un contrôle est exercé auprès des usagers afin de s'assurer que l'œuvre reproduite rencontrera réellement la fin de recherche déclarée (*but de l'utilisation*)⁷².
- Le Barreau fournit aux usagers une seule copie des documents aux fins expressément autorisées par la Loi (*nature de l'utilisation*)⁷³.
- La bibliothèque «veille à ce que l'ampleur de l'utilisation des œuvres protégées par le droit d'auteur demeure raisonnable» (*v.g. une seule copie d'une décision, d'un article ou un court extrait d'un texte de loi*) (*ampleur de l'utilisation*)⁷⁴.
- Les ouvrages ne peuvent être empruntés, alors que 20 % des demandeurs habitent en dehors de la région de Toronto, de sorte que contraindre les chercheurs à effectuer toutes leurs recherches à la Grande bibliothèque «ne paraît pas raisonnable, compte tenu de l'ampleur de la recherche que requièrent souvent les sujets juridiques complexes» (*solutions de recharge à l'utilisation*)⁷⁵.
- Les œuvres reproduites étaient des «décisions judiciaires et autres œuvres essentielles à la recherche juridique» qui, selon les propos du juge Linden, ne devraient pas, dans l'intérêt du public, voir leur accès limité sans justification (*nature de l'œuvre*)⁷⁶.

71. *Ibid.*, paragr. 64.

72. *Ibid.*, paragr. 66.

73. *Ibid.*, paragr. 67.

74. *Ibid.*, paragr. 68.

75. *Ibid.*, paragr. 69.

76. *Ibid.*, paragr. 71.

- Les éditeurs n'ont soumis aucune preuve montrant que le service de photocopie du Barreau avait pu nuire au marché de leurs œuvres (*effet de l'utilisation sur l'œuvre*)⁷⁷.

Aussi, concluait-elle :

Considérés globalement, les facteurs susmentionnés incitent à conclure que l'utilisation des œuvres des éditeurs par le Barreau, dans le cadre de son service de photocopie, était axée sur la recherche et équitable. La Politique d'accès circonscrit adéquatement le service de photocopie offert. Elle précise que toutes les demandes ne seront pas acceptées. Lorsque la fin poursuivie ne semblera pas être la recherche, la critique, le compte rendu ou l'étude privée, la demande sera refusée. En cas de doute quant à la légitimité de la fin poursuivie, il appartiendra aux bibliothécaires de référence de trancher. La Politique d'accès limite l'ampleur de l'extrait pouvant être reproduit, et les bibliothécaires de référence décideront d'accepter ou non une demande dont la portée excède ce qui est habituellement jugé raisonnable. Ces faits m'amènent donc à conclure que l'utilisation des œuvres des éditeurs par le Barreau bénéficie de l'exception relative à l'utilisation équitable et que le Barreau ne viole pas le droit d'auteur⁷⁸.

Ce ne sont d'ailleurs pas les seules situations où certains utilisateurs pourront invoquer la légitimité de leurs utilisations non autorisées. Il en est ainsi de diverses reproductions ou diffusions d'œuvres faites dans les locaux d'enseignement ou de formation, réalisées sans but lucratif et à des fins pédagogiques par des établissements d'enseignement ou des personnes agissant sous leur autorité⁷⁹. Il en est de même de certaines reproductions d'œuvres réalisées par des bibliothèques, musées ou services d'archives ou par des personnes agissant sous leur autorité⁸⁰. Il en est encore ainsi de quelques autres utilisations que le législateur a choisi particulièrement de déclarer licites⁸¹.

77. *Ibid.*, paragr. 72.

78. *Ibid.*, paragr. 73.

79. *Supra* note 17, art. 29.3 à 29.9.

80. *Ibid.*, art. 30.1 à 30.5.

81. Telles, par exemple, les reproductions aux fins d'archivage par les Archives nationales du Canada d'enregistrements sonores ou d'œuvres ou autres communications au public par télécommunication (*ibid.*, art. 30.5); les copies d'adaptation ou de sauvegarde de programmes d'ordinateur (*ibid.*, art. 30.6); les enregistrements éphémères (*ibid.*, art. 30.8); les copies privées d'œuvres musicales (*ibid.*, art. 79 et s.).

En raison de l'intérêt que ce régime d'exceptions statutaires ne devrait pas manquer de susciter dans un ouvrage voué à la propriété intellectuelle en milieu universitaire, nous examinerons un peu plus attentivement les exceptions qui concernent les établissements d'enseignement sans but lucratif⁸² et les bibliothèques, musées et services d'archives⁸³.

Rappelons au départ que ces exceptions visent avant tout à permettre la reproduction de certaines œuvres ou autres objets du droit d'auteur (*v.g.* prestation de l'artiste-interprète, enregistrement sonore, signal de communication⁸⁴) à des fins pédagogiques ou à des fins d'étude privée ou de recherche, bien qu'accessoirement, dans les mêmes lieux et aux mêmes fins, elles autorisent aussi certaines exécutions publiques ou communications au public par télécommunication de certains types d'œuvres ou autres objets du droit d'auteur (*i.e.* émissions ou de commentaires d'actualités).

Ces exceptions sont cependant fort limitatives et sont assujetties à une panoplie de règles et de conditions assez tatillonnes qui rendent leur application bien illusoire. Les tableaux présentés à l'annexe 1 donnent une idée de l'ampleur et de la complexité de ces exigences ainsi que de l'extrême lourdeur administrative de ce régime, ce qui donne à penser que dans le domaine de l'enseignement, le juste équilibre entre la protection du droit des auteurs et l'accès aux œuvres par les utilisateurs est loin d'être atteint. Compte tenu de l'interprétation de la notion d'«utilisation équitable» donnée par la Cour suprême dans sa décision de l'affaire *CCH Canadienne Ltée* précitée⁸⁵, il est vraisemblable que les utilisateurs du milieu de l'enseignement supérieur qui n'auront pas entièrement respecté toutes et chacune des règles imposées par le régime statutaire pourront encore se prévaloir du caractère équitable d'une utilisation sans but lucratif faite dans un contexte de formation ou de recherche, pour éviter les sanctions.

-
- 82. La définition d'«établissement d'enseignement» que l'on retrouve à l'article 2 de la *Loi sur le droit d'auteur*, *ibid.*, fait ressortir très nettement ce caractère. Quant à l'article 29.3 de cette loi, il mentionne quels sont les actes considérés «à but non lucratif» au sens de ces dispositions, ce sont ceux «accomplis sans intention de faire un gain», il est précisé par ailleurs au paragraphe suivant que n'est pas réputé accompli «avec l'intention de faire un gain» le fait de «recouvrer les coûts y afférents, frais généraux compris».
 - 83. Y inclus bien entendu celles qui font partie d'un établissement d'enseignement, *ibid.*, art. 30.4.
 - 84. Voir la définition de «droit d'auteur» à l'article 2 de la Loi précitée, *ibid.*
 - 85. *Supra* note 70. Voir aussi notre développement de cette question dans les paragraphes précédents.

On doit noter enfin que jusqu'à maintenant, ce régime d'exception semble exclure la plupart des reproductions d'œuvres placées sur support numérique. La loi ne permettrait donc tout au plus la communication au public de ces œuvres, prestations ou enregistrements sonores par télécommunication, qu'à la condition que soit reconnue comme licite la reproduction transitoire de cette œuvre nécessaire pour en assurer sa diffusion. Nous verrons au chapitre 8 quelles difficultés ces limitations présentent dans un contexte d'enseignement médiatisé.

En dépit des apparences, il existe néanmoins plusieurs avenues juridiques susceptibles de permettre aux utilisateurs de profiter des productions novatrices des créateurs. En toutes circonstances, il faut noter que le droit peut se porter au secours de ces derniers lorsque l'exploitation de leur création par les utilisateurs s'avère non autorisée ou à tout le moins non équitable pour le créateur, pourvu cependant qu'il n'y ait pas par ailleurs autrement renoncé. Il s'agit là indéniablement d'une autre manifestation du fait que les lois de propriété intellectuelle ont été conçues en vue de favoriser un juste équilibre entre le droit du créateur de profiter des bénéfices économiques de sa création et le droit des utilisateurs de tirer avantage de l'activité innovante de celui-ci.

C'est ce que la Cour suprême du Canada rappelait dans des décisions récentes :

La Loi est généralement présentée comme établissant un équilibre entre, d'une part, la promotion, dans l'intérêt du public, de la création et de la diffusion des œuvres artistiques et intellectuelles et, d'autre part, l'obtention d'une juste récompense pour le créateur.

On atteint le juste équilibre entre les objectifs de politique générale, dont ceux qui précèdent, non seulement en reconnaissant les droits du créateur, mais aussi en accordant l'importance qu'il convient à la nature limitée de ces droits⁸⁶.

Mais, comme on le constatera dans le prochain chapitre, cette quête de l'équilibre entre les intérêts souvent antagonistes des créateurs et ceux des utilisateurs a fait l'objet d'un parcours long et souvent périlleux ; le monde universitaire n'y a d'ailleurs pas échappé.

86. *CCH Canadienne Ltée c. Barreau du Haut-Canada*, *ibid.*, paragr. 10, extrait des propos de madame la juge en chef MacLachlin, reprenant pour l'essentiel ceux de monsieur le juge Binnie, dans l'affaire *Théberge c. Galerie d'Art du Petit Champlain inc.*, [2002] 2 R.C.S. 336, paragr. 30 et 31.

5

La propriété intellectuelle Origine et évolution

Pierrick Malissard

Si les enjeux qui se profilent derrière les droits de propriété intellectuelle ont parfois contribué à déformer, voire à occulter, des dimensions cruciales de ce concept juridique dans les débats, des repères historiques incomplets dans un grand nombre de travaux sur la question ont tout autant entretenu la confusion. Comme le notait un économiste de Stanford au début des années 1990, tant les économistes que les juristes analysent la propriété intellectuelle en termes essentiellement a-historiques (David, 1992).

Cette tendance est moins vraie aujourd’hui et, si des travaux sont venus depuis combler plusieurs lacunes dans ce domaine (Mossop, 2001), c'est que la prise en compte des fondements historiques de la « propriété intellectuelle » – une locution qui, après tout, ne s'est généralisée que récemment, une cinquantaine d'années tout au plus – est de toute première importance pour saisir la nature et la portée de la protection juridique des œuvres de l'esprit.

En effet, les nombreuses questions qui circulent, entre autres dans le milieu universitaire, à propos de la propriété intellectuelle, trouvent leurs racines dans le « bricolage évolutionnaire » qui est à son origine. Paul David rappelle d'ailleurs la métaphore du « pouce du panda » pour expliquer que le faisceau de droits associés à la propriété intellectuelle s'est constitué peu à peu, de manière parfois improvisée, à partir d'éléments disparates dont certains n'avaient qu'un lointain rapport avec, par exemple, la protection contre la piraterie du travail des créateurs. Comme l'écrit Mario Biagioli (1998), pendant longtemps l'identification des auteurs fut moins importante pour protéger leurs droits que pour laisser savoir à la maréchaussée à quelle porte frapper si les œuvres étaient jugées hérétiques ou subversives.

Pour disparates qu'elles soient, les origines de la mise en place d'une protection juridique pour les créations paraissent tout de même en grande partie concomitantes de l'émergence du créateur comme acteur social¹. Les avis peuvent diverger sur le moment ou le caractère plus ou moins graduel de cette émergence, mais il fallait que l'inventeur (on ne l'appelle pas encore ainsi à l'origine) commence à s'affirmer, sans doute vers le XV^e ou XVI^e siècle, pour que germe l'idée d'une protection pour ses « mécanismes ingénieux ». De même, il fallait l'apparition de l'auteur – celui qui vit de sa plume –, que Martha Woodmansee (1984) situe dans le courant du XVIII^e siècle, pour que s'amorce la mise en place d'une protection pour les œuvres littéraires ou artistiques. Il fallait aussi, plus largement, un véritable changement de perspective : comme le remarquait Roland Barthes (1984, p. 64) à propos de la littérature :

L'auteur est un personnage moderne, produit sans doute par notre société dans la mesure où, au sortir du Moyen Âge, avec l'empirisme anglais, le rationalisme français, et la foi personnelle de la Réforme, elle a découvert le prestige de l'individu, ou, comme on dit plus noblement, de la « personne humaine ».

Au risque de caricaturer, il n'y a, en effet, guère de place pour la propriété intellectuelle des créateurs dans un monde médiéval où le savoir technique est collectif, aux mains de guildes qui en conservent les secrets, et où la connaissance est avant tout un héritage intouchable des Anciens. L'évolution du concept juridique de propriété intellectuelle est, bien sûr, très complexe et a incorporé, on le verra, de multiples influences, économiques, politiques, philosophiques ou sociales.

Cruciale, la distinction entre inventions, d'une part, et œuvres littéraires ou artistiques (ou même scientifiques), d'autre part, ne représente cependant que l'un des deux axes autour desquels va s'articuler ce chapitre ; le deuxième étant lié à la mise en place des deux courants doctrinaux qui constituent aujourd'hui les deux pôles en matière de protection juridique des créateurs : la tradition anglo-américaine et le droit continental européen d'inspiration civiliste. L'influence de ces deux courants est tout spécialement sensible au Canada, qui intègre, dans sa législation sur la propriété intellectuelle, à la fois l'héritage britannique et américain de la *common law* et certains éléments civilistes.

1. L'évolution du concept de propriété intellectuelle en dehors du monde occidental n'est pas traitée dans le présent chapitre. On consultera avec profit l'ouvrage de William Alford (1995) pour un aperçu de la perception chinoise de cette notion.

Inventeurs, inventions et brevets

Les aperçus historiques sur l'émergence des brevets d'invention en font souvent remonter les origines à l'Antiquité (Lapointe, 2000; Plasseraud et Savignon, 1986; Rich, 2004) et citent volontiers l'historien Phylarque, qui raconte que dans la cité de Sybaris, une colonie grecque de Calabre dont les habitants étaient célèbres pour leur goût du luxe et des plaisirs :

If any confectioner or cook invented any peculiar and excellent dish, no other artist was allowed to make this for a year; but he alone who invented it was entitled to all the profit to be derived from the manufacture of it for that time; in order that others might be induced to labour at excelling in such pursuits.

Rapportée par Athénée de Naucratis au III^e siècle de notre ère dans son *Banquet des savants* (trad. 1854, p. 835), l'anecdote de Phylarque fait la description d'une forme de protection des inventions fort proche dans son mécanisme et ses intentions des brevets modernes : un monopole d'exploitation (d'une année) accordé à un inventeur comme incitatif économique dans le but de promouvoir un «art utile». Il n'existe pas d'autres indications sur cette coutume sybarite, sinon qu'elle ne fut guère imitée dans le monde antique et qu'elle disparut vraisemblablement avec la destruction de la cité au VI^e siècle avant J.-C. (Lapointe, 2000).

Période moins inféconde au plan technologique qu'on ne le suppose souvent, le Moyen Âge eut assez peu le souci de protéger les inventions. Tout au plus trouve-t-on, ça et là, des mesures destinées surtout à réguler le commerce et l'industrie, comme des monopoles accordés par priviléges (des lois privées, *privatae leges*) qui plaçaient leurs bénéficiaires hors de portée des lois du commun et leur permettaient de faire le négoce de certaines marchandises ou d'exercer certaines activités.

Il fallut attendre le XV^e siècle pour voir apparaître, d'abord dans les cités-États italiennes puis dans le reste de l'Europe, un dispositif juridique visant des savoirs techniques nouveaux, utilisé par les pouvoirs en place surtout comme incitatif pour importer ces savoirs de l'étranger et les diffuser localement. L'idée n'était sans doute pas nouvelle et Macleod (1988) signale les «lettres de protection» accordées dans le même but aux artisans étrangers dans l'Angleterre d'Édouard III (1312-1377).

Le concept de base de cette politique de transfert technologique avant la lettre était simple : un artisan était invité à diffuser ses connaissances dans sa nouvelle patrie (entre autres en formant des apprentis) et recevait en échange un monopole temporaire (à l'encontre notamment de ses apprentis, concurrents en puissance une fois formés) lui permettant de développer, du moins pouvait-il l'espérer, une affaire prospère. Proclamé

publiquement, par «lettre patente²», ce type de contrat permit, par exemple, aux cités italiennes d'attirer dans leurs murs des maîtres imprimeurs allemands, très demandés vers la fin du XV^e siècle (Febvre et Martin, 1958).

Venise se donna même dès 1474 une loi, la «*Parte Veneziana*», qui octroyait un droit exclusif d'exploitation de dix ans à «quiconque» pour une invention «nouvelle et ingénieuse jamais réalisée antérieurement dans [le] territoire [de la ville]» (Plasseraud et Savignon, 1986, p. 179). Ce texte longtemps oublié est parfois considéré comme l'ancêtre des législations sur les brevets (Hilaire-Pérez, 2000, p. 39; Mgbeoji, 2003; Plasseraud et Savignon, 1986, p. 32).

La pratique des lettres patentes s'avérant avantageuse, leur usage se répandit rapidement en Europe, notamment en Angleterre où l'on va les utiliser de manière assez systématique, dans de nombreux domaines (mines, métallurgie, textile, verrerie...), pour importer les savoirs propres à «l'avancement du commerce» (Macleod, 1988, p. 13).

Le glissement du monopole temporaire reconnu pour un savoir localement nouveau vers un monopole temporaire pour un savoir absolument nouveau se fit de manière insensible, sur une longue période. On pourrait même arguer que ce glissement n'est pas complété puisque l'appropriation des savoirs traditionnels ou autochtones (le «biopiratage») par certaines sociétés pharmaceutiques, par exemple, est encore dénoncée aujourd'hui surtout dans les pays en développement (Correa, 2001). Pamela Long (1991, p. 879-881) considère que cette transition est liée à deux développements. D'abord, le rôle de «l'ingéniosité individuelle» dans l'invention, jusque-là occulté dans la collectivité médiévale, commença à être reconnu dans les sociétés occidentales à la Renaissance. Ensuite, en relation, bien sûr, avec le point précédent, les querelles de priorité à propos de nouvelles inventions devinrent de plus en plus fréquentes. De fait, l'inventeur va s'affirmer entre autres à travers ces litiges pour faire reconnaître par la société, dans les mots de Filippo Brunelleschi, «le fruit de son ingéniosité», généralement en soulignant l'utilité de son invention et son caractère bénéfique pour le bien public. Brunelleschi, l'architecte du *Duomo* de Florence, se fit accorder par le Conseil de cette ville ce qui est parfois cité comme le premier «brevet d'invention» pour la réalisation vers 1420 d'une barge destinée au transport de blocs de marbre (Long, 1991, p. 879). Pour la petite histoire, le bateau coula au premier voyage, entraînant avec lui une bonne partie de la fortune personnelle de son concepteur, de sorte

2. De *litterae patentes*, littéralement «lettres ouvertes», qui étaient par ailleurs utilisées à diverses fins: confirmer des titres de propriété, des honneurs ou des charges, etc.

qu'il n'eut guère l'occasion de profiter de son privilège de trois ans. Au reste, Florence ne semble pas avoir systématisé la délivrance de ces priviléges (Mgbeoji, 2003).

En Angleterre, où le recours aux patentees (*patents*)³ fut assez fréquent, la nécessité d'une législation s'imposa bientôt. D'abord utilisé de manière judicieuse par les autorités anglaises, cet instrument donna lieu à un grand nombre d'abus, surtout vers la fin de la période élisabéthaine (1558-1603), où les courtisans et leurs clients se faisaient accorder ces priviléges pour des raisons purement fiscales (Macleod, 1988). L'impact de ces abus sur l'industrie et le commerce semble avoir été tel que, cédant à l'hostilité générale, les Communes adoptèrent en 1623-1624, après une controverse de plus de vingt ans, l'*English Statute of Monopolies* (1623), qui abolissait les monopoles qui s'étaient multipliés et formulait de nettes restrictions pour l'usage des patentees. Le monopole était désormais limité à quatorze ans (soit deux fois la période requise à l'époque pour former un apprenti) et restreint au seul « *true and first inventor* ». Le texte ciblait également les conséquences économiques et sociales de ces monopoles désormais accordés « de sorte qu'ils ne soient pas contraires à la loi ou préjudiciables pour l'État en haussant le prix des marchandises ou en portant préjudice au commerce, ou en étant généralement dommageables ».

Le *Statute of Monopolies* de 1623 ne s'avéra pas très efficace et, comme le souligne Christine Macleod (1988, p. 15), certaines corporations en exploitèrent bientôt les lacunes. En fait, le système des patentees resta l'otage de groupes d'intérêts particuliers et en obténir une fut, pendant tout le XVII^e siècle et même après, une opération majeure nécessitant des appuis à la Cour. Ces lettres furent d'ailleurs peu nombreuses durant cette période au demeurant passablement troublée de l'histoire de l'Angleterre.

À l'origine, cette première législation de *common law* sur les brevets visait assez peu à protéger et encourager l'invention ; une loi dans ce sens (*Act to Protect and Encourage Inventors*) sera d'ailleurs proposée au début du règne de la reine Anne (1702-1714), sans succès (Macleod, 1988, p. 184). Le *Statute of Monopolies*, qui s'appliquait à n'importe quel objet manufacturé dans le royaume⁴, ne faisait aucune différence entre importateur de savoir nouveau en Angleterre et inventeur. Au reste, le mot « inventer » se comprend

-
3. Le terme sera également utilisé en France pour désigner les priviléges d'invention jusqu'à la Révolution.
 4. « [...] any manner of new manufactures in the realm ». On remarque que les « *new manufactures* » désignent des créations de la main humaine, excluant donc les lois ou phénomènes naturels, théories scientifiques ou principes mathématiques. Cette exclusion longtemps implicite dans la tradition anglo-américaine (on parlera de « *manufactures* », « *art* » ou « *process* ») sera particulièrement détaillée dans le droit civil, notamment dans la loi française de 1844.

à l'époque en anglais autant comme trouver⁵ (*find*) que « *bring into use, establish or institute manufacture* » (David, 1992, p. 11). De plus, les inventions, surtout quand elles avaient des répercussions sur l'emploi dans des domaines intensifs en travail, tendaient à inquiéter les autorités. Utilisées au début surtout pour le commerce, les lettres patentes furent de plus en plus souvent demandées au XVIII^e siècle par l'industrie à mesure que les premiers éléments de la révolution industrielle se mettaient en place ; en fait, près des trois quarts des patentes accordées entre 1623 et 1800 le furent après 1760 (Plasseraud et Savignon, 1986, p. 45). C'est également à la même époque que se remarque l'émergence de l'inventeur « quasi professionnel », qui restera rare avant 1800 cependant (Macleod, 1988, p. 139).

Système un peu confus, « caméléon » nous dit Macleod (1988, p. 134), le *Statute of Monopolies* de 1623 demeura en vigueur, plus précisé que modifié⁶, jusqu'en 1852, et il va naturellement influencer la mise en place de la législation sur les brevets aux États-Unis et au Canada.

Les colonies américaines utilisèrent très tôt, en effet, le dispositif des patentes, notamment, mais pas seulement, pour importer des savoirs, et elles se donnèrent, avec l'indépendance, un cadre inspiré par le *Statute of Monopolies* britannique qui borne, encore aujourd'hui, les lois touchant les créations : l'alinéa 8 du paragraphe 8 de l'article premier de la Constitution américaine⁷, cité au chapitre 1, qui stipule :

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

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

Condensée en une phrase se retrouve, remarque Steven Lubar (1990), une idée que les législateurs et les tribunaux américains essaient d'interpréter depuis deux siècles. George Washington lui-même suggéra en 1790, pour encourager l'industrie, d'instituer un système de brevets (*patents*) accordant des droits exclusifs à tout entrepreneur qui importerait une nouvelle invention étrangère. L'idée d'accorder aux inventeurs un privilège

-
5. Le mot latin *inventio* « découverte » vient de *inventum*, supin de *invenire* « trouver » ; son sens premier est celui de mensonge, de trouvaille rhétorique, il proviendrait du latin chrétien *ad inventio*, artifice. Comme le souligne Hilaire-Pérez (2000, p. 145), l'invention, au sens d'invention matérielle, a jusqu'au début du XVIII^e siècle une connotation négative en français.
 6. Adam Mossoff (2001, p. 1276) fait remarquer que le *Statute of Monopolies*, touchant une prérogative royale, ne fit l'objet d'aucune jurisprudence jusqu'au milieu du XVIII^e siècle parce que les litiges étaient tranchés exclusivement par le Conseil privé.
 7. *U.S. Constitution* (17 septembre 1787).

exclusif, même temporaire, suscita un certain malaise dans ce pays où les monopoles furent justement l'une des causes de la révolution (Lubar, 1990). Le texte adopté (le *U.S. Patent Act* de 1790) fut finalement d'une portée très restreinte, limitée aux seuls inventeurs et, en pratique, totalement ingérable puisque chaque brevet devait être approuvé par le secrétaire d'État, le secrétaire à la Guerre et l'Attorney général ou au moins deux d'entre eux.

Inefficace, cette loi fut remplacée par un nouveau texte, voté en 1793, qui, à l'opposé, mettait sur pied un régime de simple enregistrement dans lequel à peu près toutes les demandes de brevets étaient acceptées et qui se reposait sur les tribunaux pour régler les difficultés (Lubar, 1990). Tout aussi peu satisfaisante que la première, la loi de 1793 fut de nouveau modifiée en 1836 par un texte qui créait notamment le U.S. Patent Office et instituait un contrôle par un corps d'examinateurs professionnels. Offrant, comme le *Statute of Monopolies* britannique, une protection de quatorze ans (étendue à 17 ans en 1861), le *U.S. Patent Act* fut souvent amendé (1793, 1836, 1870). Le texte actuel, refondu en 1952, a été retouché une quarantaine de fois depuis.

Les nombreux textes législatifs et décisions de tribunaux, tout au long de ces années, montrent les difficultés d'essayer de fixer la définition de ce qui est brevetable alors que le test central de la brevetabilité aux États-Unis (les critères de nouveauté, d'utilité et de non-évidence⁸) se construisait et continue de se construire lentement, par constantes approximations et retouches.

Un élément important dans l'évolution des textes est le soutien fluctuant à la notion de brevet dans le public américain depuis deux siècles. Correspondant plus ou moins avec les périodes de dépression économique et de méfiance à l'égard du « *big business* », certaines époques se distinguent en effet par une tendance des tribunaux à invalider plus facilement les brevets : c'est particulièrement sensible au moment du passage du *Sherman Antitrust Act* de 1890, pendant les années 1930 ou même durant la période de stagflation des années 1970. Le principe des brevets fut également bien près d'être remis en question au Royaume-Uni, en France et dans beaucoup d'autres pays dans les années 1860 (Etzkowitz et Webster, 1995; Machlup et Penrose, 1950; Sherman et Bently, 1999).

8. Ou non-trivialité (*nonobviousness*). Les critères d'utilité et de nouveauté sont contenus, sans être définis, dans la Constitution et les premiers textes de 1790 et 1793. Le critère de non-trivialité apparaît particulièrement dans le *U.S. Patent Act* de 1952 pour préciser le critère de nouveauté (Lubar, 1990, p. 15).

Depuis les années 1980, la tendance est clairement inverse : l'innovation est vue, aux États-Unis, comme un élément décisif du développement économique et les mesures prises ont pour objectif, entre autres, de faciliter le dépôt de brevets dans les principaux lieux de recherche du pays : les universités.

Auteurs, œuvres et *copyright*

Comme pour les brevets, les législations qui visent à protéger les créateurs d'œuvres littéraires ou artistiques (ou scientifiques) et à encourager la créativité ont des origines bien peu en rapport avec leur finalité actuelle. C'est particulièrement vrai dans la tradition anglo-américaine où le *Statute of Anne* (1709)⁹ – la première des lois sur le *copyright* – émerge, inextricablement lié à des mesures de censure et à des pratiques monopolistiques dans le commerce du livre. Le droit des auteurs sur leurs œuvres ne préoccupait guère les législateurs au début du XVIII^e siècle, même s'il avait déjà bénéficié d'une certaine reconnaissance, notamment dans l'Antiquité (Matthews, 1890).

De fait, si aucune loi ne protégeait les auteurs dans le monde grec et romain, « le droit d'auteur existait dans les consciences », comme l'écrit Antoine Compagnon (2002). Un droit de l'auteur sur son œuvre (son autorisation pour publier, par exemple) était reconnu à Rome – certaines lettres de Cicéron à Atticus, son « éditeur », le montrent – et « les plagiaires étaient justiciables de l'opinion sinon du tribunal » (Compagnon, 2002)¹⁰. Horace invite même, dans son *Épître aux Pisons* (*Art poétique* : 130, trad. Garnier, 1944), à faire la distinction entre l'idée et la forme :

[...] un sujet inconnu, que nul avant toi n'a traité. Des matériaux qui sont le bien de tous deviendront ta propriété, si tu ne t'attardes pas dans un cercle banal, accessible à tous, si tu ne t'astreins pas dans ta traduction à un servile mot à mot, si tu ne te jettes pas dans une étroite imitation, d'où tu ne pourras sortir par défiance de tes forces ou par respect pour l'économie de l'ouvrage¹¹.

-
9. *An Act for the Encouragement of Learning, by Vesting the Copies of Printed Books in the Author's or Purchasers of Such Copies*, 8 Anne, c. 19 (1709), aussi appelé « *Statute of Queen Anne* ».
 10. Le plagiat désigne à l'origine la disposition par vente d'une personne libre ; la loi visait les voleurs d'enfants, d'esclaves ou d'hommes libres ; *plagiarius* est utilisé comme métaphore par Martial qui qualifiait ainsi, dans ses *Épigrammes*, le voleur de ses vers, assimilés à ses enfants (Compagnon, 2002).
 11. Le paragraphe d'Horace (*L'Art poétique*, p. 130) cité dans le texte de Compagnon (2002) est remplacé ici par la traduction de Fr. Richard récupérée du site de la *Biblioteca Classica Selecta* de l'Université catholique de Louvain.

Les faits et les idées appartiennent donc à tous et c'est « l'originalité de la forme [qui] fait de l'œuvre la propriété de son auteur » (Compagnon, 2002).

Ces pratiques n'allaien guère trouver d'écho pendant la période du Moyen Âge. Peut-être en raison de l'effondrement culturel après la chute de Rome, du rôle des abbayes dans la diffusion des œuvres écrites ou du marché longtemps limité pour les livres, l'auteur médiéval¹² reste, le plus souvent, anonyme.

Pamela Long (1991, p. 847) repère bien certains éléments de la notion de propriété intellectuelle autour des XII^e et XIII^e siècles, mais c'est essentiellement l'arrivée de l'imprimerie et de la « culture de l'imprimé », qui se répandit en Europe après le XV^e siècle, qui contribua à modifier lentement, mais puissamment, le rapport des auteurs à leurs œuvres. Comme l'écrit Élisabeth Eisenstein (1983/1991, p. 108), la fixité de l'imprimé, en particulier, encouragea l'appropriation des créations :

Des « communaux » littéraires furent sujets à des « mouvements de clôture » et l'individualisme possessif commença à caractériser l'attitude des écrivains à l'égard de leur œuvre. Les termes de *plagiat* et *copyright* n'existaient pas pour le ménestrel. C'est seulement après l'imprimerie qu'ils commencèrent à revêtir un sens pour l'auteur.

L'imprimerie joua également un rôle important dans la montée des idées nouvelles, souvent séditieuses ou hérétiques, toujours inquiétantes pour les pouvoirs en place, qui instituèrent très vite des balises pour les imprimeurs-éditeurs-libraires¹³. Parfois l'encadrement fit l'objet d'une contrepartie (un *quid pro quo* dans le jargon juridique anglais), comme en Angleterre où la guilde londonienne des métiers du livre, la Company of Stationers¹⁴, obtint de l'ultra-catholique reine Marie, en 1556-1557, un monopole d'impression expressément pour prévenir « les graves et détestables hérésies contre la foi » (préambule cité dans Mead, 1999). Auxiliaires tout aussi précieux pour les souverains anglicans par la suite, les membres de la guilde virent leur rôle de censeurs régulièrement confirmé, entre

-
12. L'origine du mot « auteur » laisse voir au Moyen Âge une distinction entre « *l'actor*, le simple écrivain, [et] *l'auctor* », détenant *l'auctoritas* et qui est toujours, à l'époque, tel Cicéron ou Aristote, un Ancien (Compagnon, 2002).
 13. Ces professions (incluant les papetiers, fondeurs de caractères, correcteurs...) vont se différencier progressivement. Sur le déclin du « libraire d'Ancien régime » et l'émergence de l'éditeur moderne après 1780, voir Mollier (2005).
 14. Fondée en 1403, cette corporation existe toujours (Worshipful Company of Stationers and Newspapers Makers) et fonctionne aujourd'hui comme une association commerciale (sa présente charte date de 1937).

autres par les *Licensing Acts* (temporaires) de 1662 et 1685¹⁵. Trouvant leur avantage dans des mesures qui, en pratique, tendaient également à éliminer la concurrence, les Stationers allaient prospérer pendant plus d'un siècle. Une exception notable, mais commercialement peu significative au monopole de la guilde : les universités anglaises (Oxford et Cambridge) qui se firent accorder et conservèrent, au grand dam de la Company d'ailleurs, un privilège d'impression distinct (Aldis, 2000).

Les auteurs étaient totalement oubliés : selon un usage qui va longtemps perdurer, ils cédaient généralement leurs manuscrits contre un paiement unique pour pouvoir être publiés, sans qu'aucune redevance sur les ventes ne leur soit payée par la suite. Au reste, les imprimeurs étaient liés par l'éthique, et non la loi, pour respecter l'intégrité des œuvres ou ce que l'on appelle aujourd'hui le droit d'attribution (de « paternité ») des auteurs (Chartrand, 2000).

On ne parle pas encore de *copyright* à l'époque, le terme apparaissant d'abord en deux mots (*copy right*) avant de n'en former qu'un seul, un peu plus tard, après 1732. L'origine du vocable *copyright* reste d'ailleurs assez mal connue et beaucoup d'auteurs, à la suite de Patterson (1968), la présentent encore comme dérivant, assez littéralement, d'un « droit de copier » une œuvre. En fait, le mot *copyright* semble avoir eu une genèse un peu différente. Comme l'explique Chartrand (2000), plusieurs droits en *common law*, notamment en ce qui concerne la propriété foncière, découlaient de l'inscription – *copye* dans l'Angleterre médiévale – du nom et du titre de propriété du bénéficiaire dans un registre : jusque dans les années 1920, par exemple, il était ainsi possible de détenir un *copyhold* sur une parcelle de terrain. À la suite de l'introduction de l'imprimerie dans le royaume en 1476, la Couronne exigea des imprimeurs d'inscrire dans un registre, avec leurs nom et adresse, les titres des ouvrages qu'ils comptaient imprimer. La Couronne accordait ensuite, si les œuvres étaient approuvées, une *copye*, dont découlaient des droits détenus, incidemment, par l'imprimeur et non l'auteur. Les Stationers auront plus tard la charge de tenir ce registre (Rose, 1993).

Après la « Révolution glorieuse » de 1689 et avec la montée des idées en faveur de la liberté d'expression, sous l'influence entre autres de John Milton, l'auteur du *Paradis perdu*, la puissance de la guilde londonienne déclina progressivement (Rose, 1993). De fait, les gens de plume dénoncèrent de plus en plus, à mesure que leur rôle s'affirmait, les abus de la

15. *An Act for Preventing the Frequent Abuses in Printing Seditious Treasonable and Unlicensed Books and Pamphlets and for Regulating Printing and Printing Presses, 13 & 14 Car. II, c. 33 (Licensing of the Press Act) (1662); An Act for Reviving and Continuance of several Acts of Parliament therein mentioned: 13 & 14 Car. II. c. 33, continued for 7 Years from June 24, 1685, Jac. 2, c. 15 (1685).*

guilde. Les interventions de John Locke, par exemple, furent particulièrement importantes, sinon décisives, contre les Stationers, lesquels se battirent, vers 1694-1695, avec la dernière énergie pour faire renouveler le *Licensing Act* de 1685 qui arrivait alors à échéance.

L'expiration de cette loi de censure, dont un des effets fut d'ouvrir les portes du marché anglais à la concurrence pas toujours loyale des imprimeurs écossais, repréSENTA une défaite majeure pour les Stationers, qui luttèrent alors âprement pendant près de quinze ans pour essayer de recouvrer leur monopole perdu. En définitive, ils durent se contenter d'une solution de compromis qui allait harmoniser les lois dans l'ensemble du royaume après l'Acte d'Union avec l'Écosse de 1706¹⁶: le *Statute of Anne* (1709).

Si ce *Statute*, promulgué en 1710, prenait en compte la situation des imprimeurs, il reconnaissait aussi, au moins nominalement, les intérêts d'un nouveau groupe, les auteurs, et encourageait, pour citer le texte, «les hommes de savoir à écrire des ouvrages utiles». À cette fin, le monopole d'impression (et de réimpression) était recentré sur ces derniers pour un terme maintenant restreint à quatorze ans, comme pour le *Statute of Monopolies* de 1623¹⁷. En pratique, ce droit restait à peu près vide de sens puisque, suivant l'usage de l'époque, les imprimeurs se le faisaient céder intégralement comme condition de l'impression du manuscrit; comme l'écrit Rose (1988), ce premier *copyright* était en fait plus un droit d'éditeur qu'un droit d'auteur. Pour les Stationers, qui avaient bénéficié jusque-là d'un monopole quasi perpétuel sur les œuvres pour lesquelles ils détenaient une *copye*, le changement était cependant rude, la loi reconnaissant, implicitement, l'existence d'un domaine public (voir le chapitre 1) pour les œuvres dont les droits étaient arrivés à échéance.

Foncièrement hostile à une telle perspective, la guilde s'engagea dans une longue bataille (la fameuse «*Battle of the booksellers*») avec ses concurrents, surtout écossais, pour faire réviser le *Statute of Anne*. En deux mots, les imprimeurs-éditeurs-libraires londoniens tentèrent, prenant appui notamment sur les idées de Locke¹⁸, de faire reconnaître aux auteurs un droit de propriété «naturel», antérieur aux lois humaines et donc perpétuel, sur leurs ouvrages, pour ensuite arguer que ce droit leur revenait avec la cession du manuscrit. L'argument, bientôt appelé «*the sweat of the brow*

16. *An Act for an Union of the two Kingdoms of England and Scotland*, 5 Anne c. 8 (1706).

17. Le terme pouvait être prolongé une fois par l'auteur, à l'échéance, si celui-ci était toujours en vie (article XI). En outre, les imprimeurs obtenaient une courte extension de leur monopole sur les ouvrages déjà imprimés (vingt et un ans).

18. Notamment ses idées sur le travail comme source de propriété dans le second de ses *Two Treatises of Government* (Locke, 1689/1967, chapitre V, section 27).

theory», fut développé lors d'un procès retentissant entre imprimeurs rivaux (*Millar v. Taylor*¹⁹) et permit aux Stationers d'obtenir gain de cause en 1769 (Chartrand, 2000).

Controversé, le jugement fut renversé de peu en 1774 par la Chambre des Lords, dans une décision célèbre (*Donaldson v. Beckett*²⁰) qui mit fin aux prétentions des imprimeurs-éditeurs-libraires (Rose, 1988). Selon les juges, le droit «naturel», perpétuel, de l'auteur sur sa création (un droit dit «de *common law*») s'éteint avec la publication qui le dépossède au profit de la société. Pour le compenser, le *Statute of Anne* lui reconnaît donc un droit «statutaire» de copie, un droit créé par l'État, donc limité (*ibid.*). Ce *quid pro quo* inspiré par l'idée d'un contrat social donne lieu à un privilège temporaire, transférable, conféré surtout pour favoriser la diffusion du savoir et réguler le commerce des livres. En effet, en permettant une libre concurrence pour les ouvrages ressortissant au domaine public, la contrefaçon devenait moins attrayante. Réponse pragmatique à une question complexe, la décision de 1774 fixa les grandes lignes du *copyright* britannique dans une forme peu changée jusqu'à la réforme de 1988. Son influence se fit sentir également dans les autres pays anglo-saxons, notamment au Canada et en Australie.

Les deux jugements de 1769 et de 1774 reflétaient une tension qui va se retrouver également dans la législation adoptée aux États-Unis: une tension entre la nécessité de réguler le marché du livre et la nécessité de reconnaître le caractère particulier de la propriété des œuvres de l'esprit.

La première loi américaine, le *U.S. Copyright Act* de 1790, reprit presque exactement les termes du *Statute of Anne* de 1709 (la période de protection de quatorze ans, par exemple) et connut une évolution juris-prudentielle comparable. Comme le montre Shirata (2000), le jugement *Millar* de 1769 eut une influence durable dans la nouvelle république, l'idée d'un droit naturel des auteurs y ayant certains appuis à la fin du XVIII^e siècle, notamment parce que les monopoles suscitaient, à l'époque, une extrême méfiance dans le public. En outre, le contexte américain, où, par exemple, les imprimeurs-éditeurs-libraires étaient souvent aussi des auteurs, était passablement différent de la situation en Angleterre. Insistant sur «l'encouragement du savoir» («*the Encouragement of Learning*»), les rédacteurs de la loi de 1790 finirent cependant par imposer l'idée d'un monopole limité accordé pour promouvoir et diffuser le savoir dans le public.

19. *Millar v. Taylor* (1769) 4 Burr. 2303, 98 Eng. Rep. 201(C.A.).

20. *Donaldson v. Beckett* (1774) 4 Burr. 2408, 98 Eng. Rep. 257, 2 Bro. P.C. 129, 1 Eng. Rep. 837.

Les tenants de la conception opposée ne désarmèrent pas immédiatement et, en définitive, ce fut la Cour suprême qui trancha en 1834 contre un droit naturel des auteurs, dans un jugement (*Wheaton v. Peters*²¹) calqué dans ses grandes lignes sur la décision des Lords de 1774. Malgré les ajouts et les refontes législatives qui se sont succédé avec les années, le jugement de 1834 reste encore une balise parmi les principes de base de la loi américaine sur le *copyright*.

Se concentrant sur les conséquences économiques liées aux créations, cette conception de la protection des œuvres de l'esprit laissait peu de place à des droits étendus pour le créateur : une fois son manuscrit cédé, l'auteur n'a en effet plus aucun droit sur lui, ce qui ferme la porte à ce que l'on appelle aujourd'hui des droits moraux (voir le chapitre 1). De plus, dans cette optique, la titularité du *copyright* est accessible, sans réserve, aussi bien aux personnes physiques qu'aux personnes morales, telles des sociétés commerciales par exemple. Sans liens privilégiés avec l'auteur, les droits des œuvres créées par des salariés dans le cadre de leurs fonctions peuvent donc être – c'est la notion de *work made for hire* – accordées aux employeurs, sauf entente préalable (voir le chapitre 3).

Modifié plusieurs fois depuis deux siècles, le *U.S. Copyright Act* le fut pratiquement toujours dans le sens d'un accroissement de sa portée. Portée dans le temps d'abord, avec une période de protection qui passa de 14 ans (renouvelable) en 1790 à la vie de l'auteur plus 70 ans aujourd'hui (dans le plus simple des cas, car la situation est complexe aux États-Unis : voir Gasaway, 2003). Allongement de la portée quant aux types d'œuvres protégées ensuite, qui, en plus des livres et des cartes (*maps and charts*) visés en 1790, intégrèrent bientôt, pour ne citer que les plus usuels, la musique, les enregistrements sonores, les films et les logiciels. Largement opportunistes, ces renforcements de la protection des œuvres intervinrent souvent pour permettre aux industries culturelles américaines – l'édition, le cinéma... – de verrouiller leur position dès lors qu'elles dominaient les marchés. Il est notoire que, profitant d'une législation favorable, les éditeurs américains ont prospéré tout au long du XIX^e siècle en piratant les succès de librairie européens, britanniques en particulier. De fait, avant le *Chace Act*, en 1891, le *copyright* des auteurs non américains n'était pas reconnu aux États-Unis. Même par la suite, des conditions s'appliquaient.

Moment clé à cause de son incidence sur la doctrine anglo-américaine de la propriété intellectuelle, le jugement *Donaldson* de 1774 apparaît comme une bifurcation d'importance dans l'évolution du *copyright* dont les effets sont encore sensibles aujourd'hui. L'idée d'un droit naturel des auteurs sur leurs créations, utilisée dans l'argumentation du jugement, fut alors

21. *Wheaton v. Peters* (1834) 33 U.S. 591.

reléguée au second plan dans le droit anglo-saxon au profit d'une conception contractuelle du lien entre la société et les créateurs. À cet égard, il est intéressant de noter que cette question fut également évoquée vers la même époque à propos des brevets: un débat analogue, certes moins passionné, s'appuyant à peu près sur les mêmes arguments, donna lieu à des décisions comparables dans les cours anglaises (notamment *Liardet v. Johnson* en 1778²²), sans doute parce qu'elles furent rédigées, au moins pour certaines d'entre elles, par les mêmes juges²³.

Face aux traditions britannique et américaine, apparentées mais distinctes, est apparu également au début du XIX^e siècle un autre courant doctrinal qui prend le contre-pied, dans le principe, d'une conception de la protection des œuvres de l'esprit centrée sur l'idée d'un contrat social. Développée en France, la doctrine continentale d'inspiration civiliste de la propriété intellectuelle fait, en effet, une plus grande place à la notion d'un droit naturel, immanent, des créateurs.

Droit continental et propriété intellectuelle: privilèges, patentes et brevets

Le régime de protection des inventions a évolué en France comme en Angleterre à partir de dispositifs juridiques destinés à favoriser l'importation et les créations de techniques nouvelles dans le royaume. Octroyés vers le milieu du XVI^e siècle, les premiers priviléges exclusifs français se singularisèrent assez vite par rapport à leurs équivalents anglais. La publication de l'invention privilégiée est ainsi exigée dès 1555, alors que la divulgation n'apparaît en Angleterre qu'au XVIII^e siècle. Mais ce sont surtout ses procédures de certification, son caractère très arbitraire et le rôle particulièrement appuyé de l'État qui allaient donner toute son originalité au système français. Comme le montre Liliane Hilaire-Pérez (2000, p. 83), l'inventeur anglais, laissé à lui-même ou presque, « doit construire le crédit de son titre » sous le régime du *Statute of Monopolies* de 1623. En France, toute la force des priviléges d'invention leur est donnée par les expertises de membres des sociétés savantes. De fait, avec le renforcement du pouvoir royal et la mise en place de politiques mercantilistes, la certification des priviléges d'invention fut de plus en plus souvent confiée aux acteurs du « mouvement scientifique » naissant (au sens de Ben-David, 1971): l'Académie royale des sciences devint, d'une façon d'abord informelle, confirmée en 1699, par règlement, « le tribunal officiel des inventions » (Hilaire-Pérez,

22. *Liardet v. Johnson* (1778) 1 WPC 53.

23. Lord Mansfield, notamment (Mossoff, 2001, p. 1291).

2000, p. 49-50)²⁴. Mettant de l'avant un idéal d'utilité publique, le traitement de ces priviléges par le gouvernement, qui s'appuyait sur le savoir d'experts, était, explique Hilaire-Pérez, fortement orienté de manière à légitimer l'action de l'État absolutiste.

Ces priviléges, distinguant divers niveaux de protection et de reconnaissance pour les inventeurs (priviléges exclusifs ou simples, gratifications, prix, récompenses...), furent, semble-t-il, accordés selon des règles rigoureuses dans les premiers temps. Dans le courant du XVIII^e siècle, les priviléges qui avaient à l'origine « pour objet de récompenser l'industrie des inventeurs, ou d'exciter celle qui languissait dans une concurrence sans émulation²⁵ », ne remplissaient plus guère leur rôle et étaient fréquemment à l'origine d'entreprises spéculatives. Les décisions des académiciens suscitaient en outre, de plus en plus souvent, des rancœurs tenaces qui alimentèrent les revendications en faveur d'un droit naturel des créateurs, auxquelles l'État mit bientôt un terme. En 1762, le pouvoir royal trancha pour une interprétation des priviléges d'invention inspirée largement par la notion de contrat entre l'État et l'inventeur, tout à fait conforme à la politique économique hostile aux monopoles de Trudaine, l'intendant des finances de Louis XV. Récompense à un service, le nouveau privilège, dont le terme était fixé à quinze ans, n'impliquait d'aucune façon l'idée de propriété (Hilaire-Pérez, 2000, p. 131). En vigueur jusqu'en 1791, la déclaration royale de 1762 instaurait, en définitive, un système peu éloigné de celui de la Grande-Bretagne.

Il est intéressant de noter ici que l'inventeur, personnage souvent décrié, associé aux spéculateurs au début du XVIII^e siècle, devient graduellement un acteur au potentiel prometteur avec la révolution industrielle. Il « a maintenant séduit les autorités », note Hilaire-Pérez (2000, p. 132); « [c'est] sur lui que reposent les espoirs de réformes, de croissance, de progrès ».

En France, les législateurs révolutionnaires reconurent bientôt ce rôle en allant jusqu'à accorder un véritable droit de « propriété » aux inventeurs sur leurs découvertes²⁶. Pour Stanislas de Boufflers, le rapporteur de la loi de 1791, « [s'il] existe pour un homme une véritable propriété, c'est sa pensée [...]. L'invention qui est la source des arts, est encore celle de la

24. La Royal Society fut également sollicitée dans ce sens, mais jamais les projets d'examens d'inventions ne furent menés à leur terme (Hilaire-Pérez, 2000, p. 88).

25. Préambule de la déclaration royale du 24 décembre 1762: voir texte dans Plasseraud et Savignon (1986, p. 184).

26. « Loi relative aux découvertes utiles, & aux moyens d'en assurer la propriété à ceux qui seront reconnus en être les auteurs » du 7 janvier 1791. Voir texte partiel dans Plasseraud et Savignon (1986, p. 186).

propriété; elle est la propriété primitive, toutes les autres sont des conventions» (Plasseraud et Savignon, 1986, p. 46). Au-delà des déclarations emphatiques, la loi française, qui intégrait ici un élément potentiellement lourd de conséquences, se garda cependant d'en endosser toutes les implications. De fait, l'idée d'un contrat entre la société et l'inventeur fut aussitôt avancée pour légitimer la durée limitée du droit exclusif et souligner que ce droit devait être borné dans l'intérêt de l'économie²⁷. Le mot «propriété» disparaît d'ailleurs, par la suite, dans la législation française sur les brevets; par exemple, il n'est pas mentionné dans la loi de juillet 1844. Pour l'anecdote, mentionnons que si la loi du 7 janvier 1791 faisait référence à des «patentes», le règlement d'exécution du 25 mai 1791 parlait, pour la première fois, de «brevets d'invention».

Autrefois fermement encadré par l'État, le dispositif de protection des inventions se distinguait maintenant, en France, par un certain laissez-faire. Comme en Grande-Bretagne et au contraire des États-Unis, le système français de certification des inventions, confirmé en 1844, était réduit à sa plus simple expression: la loi de 1844 introduisit d'ailleurs la mention «sans garantie du gouvernement» (SGDG), longtemps accolée aux brevets français.

Construits sur des prémisses différentes, le droit civil et le droit anglo-saxon instituaient finalement, pour les brevets d'invention, des régimes de droits exclusifs temporaires qui montraient en pratique une certaine similitude. Et les écarts entre ces deux doctrines allaient encore se réduire. Vers le milieu du XIX^e siècle, la montée du commerce international et la tenue des expositions universelles mirent en lumière la nécessité d'harmoniser – d'uniformiser – les brevets des différents pays industrialisés, et de nombreux efforts commencèrent à être déployés, à la fois pour créer des organismes transnationaux de régulation et pour mettre en place des accords visant à articuler les diverses législations nationales. De l'Union internationale de la propriété industrielle en 1874 à l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI) en 1967, depuis la Convention de Paris en 1883 jusqu'à l'Accord sur les ADPIC en 1994, ces efforts se sont maintenus jusqu'à nos jours de sorte que, sans être identiques, les différentes législations nationales, parmi lesquelles la législation américaine a acquis une influence écrasante, convergent largement aujourd'hui. S'il n'existe pas encore de brevet mondial, la possibilité de déposer une «demande internationale» unique à la place de différentes demandes nationales simultanées est offerte dans les pays signataires du Traité de coopération en matière de brevets (1970).

27. Plasseraud et Savignon (1986, p. 47). Les inventeurs pouvaient choisir le terme du brevet – cinq, dix ou quinze ans – et les frais étaient proportionnels à la durée: art. 8, loi du 7 janvier 1791.

À cette tendance vers une plus grande uniformisation des textes, vieille de plus d'un siècle, s'en ajoute une autre – la multiplication des types d'inventions protégées –, également ancienne et qui montre une nette accélération dans les dernières décennies. Particulièrement aux États-Unis, les droits de propriété intellectuelle sont ainsi étendus à des inventions toujours plus diverses: en 1980, un jugement controversé, *Diamond v. Chakrabarty*²⁸, ouvrait la voie à la prise de brevets pour certains organismes vivants pour peu qu'ils soient « le fruit de l'ingéniosité humaine » et non une occurrence naturelle²⁹. Avec les avancées des nouvelles technologies de l'information et des communications (NTIC), ces dernières années, les logiciels et, dans certains cas, des algorithmes mathématiques³⁰ peuvent désormais faire l'objet d'un brevet, tout comme, dans d'autres domaines, les procédures chirurgicales et certaines pratiques d'affaires. Comme le signalait d'ailleurs Girard (1999), une décision que venait de rendre une cour d'appel américaine (*State Street Bank & Trust Co. v. Signature Financial Group Inc.*³¹) concernant la brevetabilité d'une pratique d'affaires laissait augurer « que "pratiquement n'importe quoi" [pourrait] se mériter un brevet » dans ce pays. Ces interprétations plus « généreuses » ont sans doute contribué à la croissance exponentielle du nombre de demandes de brevets logées aux États-Unis à compter des années 1980, qui ont quadruplé en 25 ans, comme on le verra au chapitre 6. Soulignons cependant qu'en 2008 la Cour d'appel du Circuit fédéral, dans le jugement *In re Bilski*³², est venue ébranler le fondement du jugement précité, sans toutefois éliminer complètement la possibilité de breveter les pratiques d'affaires.

28. 447 U.S. 303 (1980).

29. Ce jugement portait sur une bactérie capable de dissocier les molécules de pétrole brut et utilisable lors de déversements ou de marées noires. Pour un récit fascinant des débats juridiques et sociaux, tant aux États-Unis et en Europe qu'au Canada, concernant la brevetabilité du vivant, des bactéries jusqu'aux souris, voir Kevles (2002).

30. Hors du champ des brevets jusqu'à récemment, les algorithmes mathématiques ont aujourd'hui un statut beaucoup moins clair. Selon Michael Kasdan (2000), les tribunaux commencent à reconnaître des brevets sur des algorithmes s'ils produisent « *a useful, concrete, and tangible result* ».

31. 149 F. 3d 1368 (Fed. Cir. 1998).

32. 545 F. 3d 943, 88 U.S.P.Q. 2d 1385 (Fed. Cir. 2008).

Droit continental et propriété intellectuelle : priviléges, propriété et droit d'auteurs

En matière de créations littéraires et artistiques, à l'instar des inventions, le parallèle est assez évident entre les développements survenus en Angleterre et en France. L'Ordonnance de Moulins de 1566, qui marqua le resserrement du contrôle royal – et de la censure – sur les publications, avait des objectifs assez semblables à ceux de la charte des Stationers de 1556. Les imprimeurs-éditeurs-libraires français se firent, comme en Angleterre, les pivots de politiques de contrôle de l'édition. Ceux de Paris, à l'instar de leurs confrères londoniens, accaparèrent la majeure partie des «lettres de privilège» exigées pour pouvoir publier un manuscrit et accordées sur une base toujours très arbitraire. Quant à l'«autorat» et les droits y afférant, ils furent longtemps à peu près ignorés. Alain Viala note bien que des «priviléges d'auteurs», donc octroyés en premier lieu aux auteurs, ont parfois été accordés à partir du début du XVI^e siècle (1985, p. 94), mais il reste que, jusqu'au début du XVII^e siècle, les lettres de privilège mentionnaient rarement le nom de l'auteur (Latournerie, 2001). À la merci des imprimeurs-éditeurs-libraires et de leurs contrats exorbitants, les auteurs essayèrent, avec assez peu de succès, de revendiquer des droits sur leurs œuvres. Il faut distinguer ici le cas particulier du théâtre, où les auteurs obtinrent quelques compensations, mais comme le note Jacques Boncompain (2001, p. 39), «l'édition [est] à la remorque de la représentation – elle n'a jamais eu son Beaumarchais». Somme toute, l'évolution de la condition des auteurs doit moins à leurs actions qu'aux dissensions à l'intérieur de la puissante corporation des imprimeurs, notamment entre ceux de Paris et ceux de province. Alors que la ligne de partage entre concurrence légitime et contrefaçon n'était pas toujours très nette, les imprimeurs de la capitale, proches du pouvoir, utilisèrent constamment leur position de force pour défendre leurs lucratifs priviléges de librairie. Les procès, mais aussi les projets de législation, au cours du XVIII^e siècle, furent l'occasion de toute une série de mémoires de jurisconsultes (comme d'Héricourt) ou même d'auteurs (comme Diderot, 1763/2002). L'argumentation de Louis d'Héricourt, dès 1725 (cité dans Dock, 1969, p. 116), annonçait déjà la «*sweat of the brow theory*».

Un manuscrit [...] est en la personne de l'auteur un bien qui lui est tellement propre qu'il n'est pas plus permis de l'en dépouiller que de son argent, de ses meubles ou même d'une terre parce que c'est le fruit de son travail [...].

Tout aussi nombreux furent les mémoires, souvent des libraires de province, défendant à l'opposé la conception d'un monopole temporaire pour les œuvres littéraires et artistiques. Les libraires lyonnais (Falk, 1906/1970, p. 108) arguaient par exemple :

Dès qu'un inventeur ou un auteur ont pu être récompensés de leurs dépenses [...] en argent ou en réputation, tous les hommes ont le droit de jouir du présent qui leur est fait. La Société en doit reconnaissance et récompense, mais l'une et l'autre ont leur borne et leur mesure. Sans cela toute invention deviendrait pour chaque particulier un impôt qui gènerait l'industrie et détruirait nécessairement l'émulation et le commerce.

Comme en Angleterre, l'idée d'un monopole temporaire finit par prévaloir en France avec les arrêts du Conseil du roi de 1777. Âprement contestés par les libraires de Paris, ces arrêts mettaient en place, à la veille de la Révolution, un système qui convergeait dans le principe avec le *copyright* anglais, à la suite de débats presque synchrones et assez similaires. Reconnaissant la propriété de l'œuvre entre les mains de l'auteur, le privilège français restait cependant profondément arbitraire: «une grâce essentiellement révocable entre les mains du libraire» (Falk, 1937/1970, p. 166).

L'abolition du système des priviléges en 1789 laissait l'édition, submergée par les contrefaçons, passablement désorganisée. L'incertitude politique du moment incita, de plus, les autorités à resserrer le contrôle sur les publications séditieuses, non plus en s'appuyant sur les imprimeurs, mais en visant les auteurs.

Dans le but, à la fois, de préserver le commerce du livre et de censurer les ouvrages indésirables, les législateurs révolutionnaires mirent de l'avant en 1790 un texte où ils rendaient l'auteur légalement responsable de son œuvre en la définissant comme sa propriété. Comme l'explique Latournerie (2001, p. 4), ce projet de loi, préparé par l'abbé Sieyès, s'apparentait davantage à une «mesure de police» qu'à un système de protection des œuvres littéraires et artistiques. Un temps délaissé, ce texte traçait les grandes lignes des lois adoptées quelques mois plus tard.

Consacrant la «production du génie» comme «la plus sacrée, la plus légitime, la plus inattaquable, [...] la plus personnelle de toutes les propriétés», les lois de 1791 et de 1793³³ instaurèrent en effet un régime de «propriété temporaire», à la fois pour protéger les œuvres littéraires et artistiques et pour garantir une large diffusion des idées dans le public³⁴.

33. Loi du 19 janvier 1791 (loi sur le droit de représentation) et loi du 19 juillet 1793 (loi sur le droit de reproduction).

34. Une «propriété temporaire» limitée, à l'origine, à cinq ans après la mort de l'auteur en ce qui concerne le droit de représentation (art. 5, loi du 19 janvier 1791) et dix ans après la mort de l'auteur pour le droit de reproduction (art. 2, loi du 19 juillet 1793) afin de préserver les intérêts du public et d'assurer la diffusion du savoir.

Alors que selon la doctrine traditionnelle on considérait habituellement que la perpétuité constituait l'un des principaux attributs de la propriété matérielle (Falk, 1937/1970, p. 167), l'application de ce terme aux œuvres introduisait un élément d'ambiguïté quant à la nature des droits qui les protégeaient. Tout au long du XIX^e siècle, et comme en Grande-Bretagne un peu plus tôt, un vif débat opposa en France les tenants d'un droit naturel et perpétuel des créateurs, tel le poète Lamartine, aux partisans de l'idée d'un monopole temporaire, comme le juriste Augustin-Charles Renouard, dont les travaux consacrèrent la locution « droit d'auteur » dans les années 1830 (Strowell, 2002). En France, la Cour de cassation allait finalement trancher en 1887 en définissant le droit d'auteur non pas comme une propriété, mais comme le « privilège exclusif d'une exploitation commerciale temporaire » (cité dans Latournerie, 2001, p. 9).

La conception civiliste du droit d'auteur est cependant restée personnaliste, conservant et développant de nouvelles dispositions autour de notions élaborées par le philosophe Kant (1785/1991, p. 173) dans un essai célèbre où il distinguait, en ce qui concerne les œuvres de l'esprit, le support matériel (*opus*) transférable et le discours (*opera*) immatériel et attaché à l'auteur. Cette distinction permettait de lier dans le faisceau des droits d'auteur des attributs cessibles visant l'exploitation commerciale des œuvres et des « droits moraux » perpétuels, inaliénables et imprescriptibles pour les créateurs, qui furent précisés en France surtout par la jurisprudence à partir du milieu du XIX^e siècle³⁵.

Passablement vieillies dans les années 1930, les lois de 1791 et de 1793, complétées par un texte de 1866, firent l'objet de plusieurs projets de réforme successifs. Il y eut d'abord celui du Front populaire, en 1936, qui suscita une très vive opposition, en particulier chez les grands éditeurs comme Bernard Grasset. Prévoyant, entre autres, de redéfinir le créateur non plus comme un propriétaire, mais comme un travailleur et d'instituer un domaine public payant, ce projet fut soumis à un feu roulant au Parlement français avant d'être abandonné à cause de la guerre. Peu de temps après, le projet du régime de Vichy visait à donner une importance très grande aux corporations professionnelles. Soumis en 1944, il ne fut pas totalement balayé à la Libération ; en effet, nous dit Latournerie (2001, p. 8), le projet suivant, celui de la IV^e République, préparé par les mêmes personnes pour certaines parties, montre plusieurs éléments de continuité avec le précédent. Finalement adopté au Parlement en 1957, ce projet donna

35. Pour une étude approfondie de l'origine et de l'évolution du droit moral dans plusieurs pays, dont la France, on consultera l'ouvrage monumental d'Adeney (2006).

lieu à un texte de compromis plus technique que politique, à une loi «de pacification» qui, incidemment, reprenait le vocable «propriété», délaissé depuis 1866, et distinguait une «propriété incorporelle [...] indépendante de la propriété de l'objet matériel³⁶». Enchâssant cette distinction d'inspiration kantienne, le législateur français reconnaissait également les droits moraux, jusque-là une création surtout jurisprudentielle (Carrière, 1991, p. 10).

Nettement plus marqués en ce qui concerne la protection des œuvres littéraires et artistiques qu'en matière de brevets, les écarts entre le droit civil (ou continental) et le droit anglo-saxon se cristallisent essentiellement autour du rapport entre l'auteur et la société. De conception personnaliste, le droit continental d'inspiration civiliste place les intérêts de l'auteur devant ceux du public tout en garantissant une libre diffusion des idées; il sacralise la relation entre l'auteur et l'œuvre originale et reconnaît l'existence du droit moral. Le *copyright* privilégie, à l'inverse, les intérêts du public; il considère l'œuvre comme un investissement pour lequel l'auteur – ou la société commerciale qui l'emploie – est en droit de demander une rétribution, sans entraîner de droits moraux. Au reste, la reconnaissance de ces droits moraux est vue comme inutile dans la plupart des pays anglo-saxons, puisqu'ils sont en principe couverts par d'autres dispositifs juridiques.

A priori antithétiques dans le principe, les doctrines civiliste et anglo-américaine ont pourtant eu tendance à converger avec le temps, ne serait-ce qu'à cause de la mondialisation croissante des échanges. Comme pour les brevets, des efforts virent le jour au niveau international dès le XIX^e siècle pour articuler les différentes législations nationales sur la protection des œuvres littéraires et artistiques. Avec la Convention de Berne de 1886, à laquelle la France et la Grande-Bretagne adhérèrent dès l'origine, le droit d'auteur d'inspiration civiliste exerça une certaine influence sur le *copyright* britannique, qui allait se démarquer quelque peu du *copyright* américain (les États-Unis n'adhérèrent à cette convention qu'en 1989). Aujourd'hui, le rapport de force entre les divers marchés culturels et la mondialisation des échanges favorisent l'influence du *copyright*, surtout américain qui, comme le remarque Compagnon (2002), «tend à [s']imposer [...] même en France».

36. Loi du 11 mars 1957, article L.111-3. Selon l'article L. 111-1: «L'auteur d'une œuvre de l'esprit jouit sur cette œuvre, du seul fait de sa création, d'un droit de propriété incorporelle exclusif et opposable à tous. Ce droit comporte des attributs d'ordre intellectuel et moral ainsi que des attributs d'ordre patrimonial [...].»

Entre *common law* et droit civil: l'ambivalence canadienne

Élaborée dans un contexte bijuridique et bilingue, la législation canadienne sur la propriété intellectuelle constitue un cas intéressant pour les spécialistes du droit comparé. En effet, si elle dérive clairement du droit britannique et incorpore une large influence américaine, elle entrouvre également la porte aux conceptions du droit continental européen d'inspiration civiliste. La propriété intellectuelle étant de juridiction fédérale au Canada, cette ouverture n'allait pas de soi.

En matière de protection des œuvres littéraires et artistiques, la première loi au (Bas-)Canada («*An Act for the Protection of Copy Rights / Acte pour protéger la propriété littéraire*») fut adoptée en 1832 et reprenait pour l'essentiel, malgré l'utilisation du vocable «propriété» dans la traduction française, les principes du *copyright* britannique³⁷. De fait, comme dans tous les dominions de la Grande-Bretagne à l'époque, les lois du Parlement de Londres avaient préséance sur les lois canadiennes dans ce domaine. Exposés aux importations de livres américains bon marché, mais pénalisés par une législation décidée à Westminster, les éditeurs canadiens firent pression dès la deuxième moitié du XIX^e siècle pour obtenir une loi défendant mieux leurs intérêts. Les initiatives du Parlement d'Ottawa dans ce domaine furent assez mal reçues à Londres et, par deux fois (en 1872 et en 1889), le Parlement britannique refusa de ratifier des lois qui, visant implicitement à protéger le marché canadien du livre³⁸ contre la concurrence américaine, auraient pu être utilisées contre des éditeurs du Royaume-Uni ou du reste de l'Empire. Quand, en 1911, Westminster adopta l'*Imperial Copyright Act* – en partie pour se conformer aux dispositions de la Convention de Berne, révisée à Berlin en 1908 –, les législateurs canadiens refusèrent à leur tour d'en accepter les termes et entamèrent des travaux pour se donner une loi nationale, en définitive très proche du texte britannique, qui fut adoptée en 1921 (Allingham, 2001).

Incluant des clauses protectionnistes qui contrevenaient à la convention internationale, la nouvelle loi fut menacée d'un veto par la Grande-Bretagne. Privilégiant une solution de compromis, le Canada adhéra à la révision de Berlin en 1923, et la législation canadienne entra finalement en vigueur le 1^{er} janvier 1924. Ce texte constitue encore le socle de la loi actuelle même s'il fut amendé plusieurs fois par la suite. En 1928, en particulier, le Canada signa la révision de Rome de la Convention de

-
37. La locution «droit d'auteur», mentionnée dans l'*Acte constitutionnel* de 1867, est apparue dans l'intitulé de la loi au Canada en 1886. Pour un historique de la terminologie, voir Tawfik (2003, p. 59).
 38. La situation était similaire en ce qui concerne les représentations théâtrales: voir O'Neill (2001).

Berne qui allait ouvrir la voie, en 1931, à l'introduction de «timides» droits moraux (pour reprendre l'expression de Kasirer, 2002). Reprenant quasi intégralement le libellé plutôt succinct de la Convention de Berne, ces «droits moraux» (expression qui n'a d'ailleurs été incluse dans la Convention que lors d'une révision ultérieure) étaient limités aux droits de «paternité» et à l'intégrité de l'œuvre. Ces droits n'avaient cependant guère de force; en fait, le texte de loi parlait non pas de droits, mais de faculté (pour la paternité) et de privilège (pour l'intégrité)³⁹, et le seul recours prévu en était un d'injonction; aucune sanction ne découlait de sa violation. Ce n'est qu'en 1988 que la *Loi canadienne sur le droit d'auteur* fut modifiée à cet égard, par l'ajout de dispositions plus détaillées – quoiqu'elles puissent être qualifiées de «laconiques» (Adeney, 2008, p. 179) si on les compare à ce qu'on retrouve dans d'autres juridictions –, assorties de sanctions explicites.

Mais, en dépit de ces limitations, l'ajout dès les années 1930 de la notion de droits moraux dans la loi eut pour conséquence, toujours selon Adeney (2008), que le Canada possède aujourd'hui le corpus jurisprudentiel le plus développé des pays de *common law* ayant implanté les droits moraux⁴⁰. En témoignent les références à certaines décisions canadiennes, notamment *Snow v. Eaton Centre Ltd.*⁴¹, dans des jugements d'autres juridictions⁴².

En matière de brevets, le Canada s'est donné dès le début du XIX^e siècle une législation assez nettement marquée par l'influence américaine, peut-être parce qu'aucun texte à l'époque n'était disponible au Royaume-Uni à part le vieux *Statute of Monopolies* (le *Patent Act* britannique date de 1852). Les premières lois canadiennes dans ce domaine, qui apparaissent en 1824 (au Bas-Canada) et 1826 (au Haut-Canada), reprennent jusqu'à certaines expressions du *U.S. Patent Act* de 1793, et les textes subséquents ont, rappelle Joan Clark (1997), «progressé dans la même veine» par la suite. Refondue en 1869 alors que les brevets passaient sous le contrôle du Fédéral, la loi allait être amendée à de nombreuses reprises jusqu'à nos jours, entre autres pour se conformer à la Convention de Paris, signée par le Canada lors de la révision de La Haye en 1925.

39. Notons toutefois que la version anglaise de la loi employait le terme «*right*» dans les deux cas.

40. Ce n'est qu'à la fin du XX^e siècle que le Royaume-Uni (en 1988) et l'Australie (en 2000) intègrent les droits moraux dans leur législation. De son côté, le *Copyright Act* américain prévoit depuis 1990 des droits moraux, qui s'appliquent toutefois uniquement au domaine des arts visuels.

41. (1982), 70 C.P.R. (2d) 105 (Ont. H.C.J.).

42. Voir par exemple *Tidy v. Trustees of the Natural History Museum*, (1995) 39 IPR 501; [1996] EIPR D-81 (H.C.).

Science et propriété intellectuelle

Le rapport ambigu entre les dispositifs de propriété intellectuelle et les travaux scientifiques a souvent été remarqué. Alors que la reconnaissance de l'auteur n'est ni universelle, ni constante, l'attribution même des textes en science se démarque de celle d'autres œuvres de l'esprit. Comme le souligne Michel Foucault (2001, p. 827), « ce ne sont pas toujours les mêmes textes qui ont demandé à recevoir une attribution ». Au Moyen Âge, la plupart des textes qui, de nos jours, seraient qualifiés de « littéraires » (les récits, les contes, les comédies...) étaient « reçus, mis en circulation, valorisés, sans que soit posée la question de leur auteur » et sans que leur anonymat ne soulève de difficultés. Au contraire, les équivalents des textes « scientifiques » modernes, les textes « porteurs de savoirs » de l'époque, n'étaient reçus, « et ne portaient une valeur de vérité, qu'à la condition d'être marqués du nom de leur auteur ». Les mentions de l'auteur, « "Hippocrate a dit", "Pline raconte" [...] n'étaient pas au juste les formules d'un argument d'autorité ; c'étaient les indices [de] discours destinés à être reçus comme prouvés ». Vers le XVII^e ou le XVIII^e siècle, continue Foucault (p. 828) :

[...] on a commencé à recevoir les discours scientifiques pour eux-mêmes, dans l'anonymat d'une vérité établie ou toujours à nouveau démontrable ; c'est leur appartenance à un ensemble systématique qui leur donne garantie, et non point la référence à l'individu qui les a produits.

Les auteurs « scientifiques » n'allait plus guère être que les auteurs éponymes de lois, de théorèmes, de propositions, etc., dont les noms étaient surtout utiles pour indexer le savoir. Dans un croisement des tendances, la réception des discours « littéraires » sans attribution à un auteur devenait de moins en moins concevable. À partir de ce moment, le nom de l'auteur et le contexte d'écriture deviennent des éléments cruciaux pour la reconnaissance du statut, de la valeur et du sens des textes en littérature. Des nuances sont à faire, évidemment, et Foucault rappelle que les œuvres littéraires peuvent également être traitées selon leur genre et qu'en science, le nom de l'auteur et de la date du travail sont parfois aussi des « indices de fiabilité ».

Au-delà du rapport d'attribution, l'appropriation même des travaux scientifiques pose problème. Peu préoccupés par les applications pratiques de leurs découvertes, les premiers acteurs du « mouvement scientifique » se soucièrent d'ailleurs assez peu de protéger leurs travaux. En Angleterre, les membres de la Royal Society, pour qui l'honneur de découvrir suffisait peut-être, ignorèrent à peu près les patentés, par exemple, et la seule

tentative à cet égard⁴³ entraîna une controverse extrêmement acrimonieuse: le secrétaire de la Société, Henry Oldenburg, qui essaya vers 1675 d'obtenir une patente pour un mécanisme d'horlogerie inventé par Christian Huygens, fut vigoureusement contrecarré par l'astronome et physicien Robert Hooke (Macleod, 1988, p. 186).

De fait, comme l'écrit Macleod, la vision baconienne d'une quête du savoir libre de toutes entraves désavouait implicitement le système des patentés qui, sans aucune garantie pour assurer la diffusion du savoir, récompensait l'individu aux dépens de la communauté. Le mépris aristocratique pour les patentés n'était pas partagé par tous les «philosophes naturels», mais il rejoignait les vues de plusieurs, entre autres d'extrémistes religieux comme Matthew Gaffyn, un baptiste, qui proclamait en 1675 qu'un chrétien, spécialement un *professor*, devrait s'abstenir d'en solliciter (Macleod, 1988, p. 185). En France, on l'a vu, les membres de l'Académie royale des sciences, d'abord appelés à se prononcer sur les demandes de patentés, finirent par se retrouver, au milieu des controverses, dans une position inconfortable.

Instruments économiques, les dispositifs de propriété intellectuelle ont assez vite, dès la fin du XVIII^e siècle, été bornés, explicitement ou implicitement, par une référence à la science: les monopoles d'exploitation des auteurs et des inventeurs furent ainsi limités pour promouvoir le «progrès de la science» dans la Constitution américaine et pour assurer la diffusion des «Lumières» en France. Un peu plus tard, la loi française de juillet 1844 prévoira particulièrement (art. 30) la nullité des titres portant sur des principes, des méthodes, des concepts théoriques ou purement scientifiques, dont l'application industrielle n'était pas indiquée.

L'idée d'un brevet pour les découvertes scientifiques ne fut pas cependant totalement abandonnée. Dans les années 1830, des interventions comme celle d'Arago en faveur de Daguerre, l'inventeur de la photographie, montrent, dans un contexte où le nombre de prises de brevets industriels explose littéralement après 1800, que les scientifiques s'interrogeaient sur la nature d'une «juste récompense» pour leurs contributions (Wood, 1997, p. 489). À partir de la fin des années 1870, la question d'une protection pour les travaux scientifiques fut régulièrement soulevée, souvent par des Français, lors des congrès d'associations comme l'Association littéraire et artistique internationale (Hamson, 1929, p. 20).

43. Une exception fut les patentés émises au nom de la Société en 1665 (Macleod, 1988, p. 186).

Dans les années 1920, le mouvement s'intensifia spécialement en France. De fait, la reconnaissance d'un « droit de suite⁴⁴ » aux artistes par le législateur aiguillonna les scientifiques dans leurs revendications et des représentations furent faites, rappelle C.J. Hamson (1929, p. 21), pour « [q]u'il soit accordé à l'auteur d'une découverte scientifique un droit nouveau à définir, lorsqu'il aura été démontré par la suite qu'elle donne lieu à une invention telle qu'elle est définie par la loi de 1844 ».

Particulièrement avancée dans le but de soutenir les vocations de chercheurs et de financer la recherche, l'idée fut largement commentée et discutée dans les sociétés savantes de même qu'à la Confédération des travailleurs intellectuels (CTI). Elle fit par la suite l'objet de travaux, pendant une bonne partie des années 1920, au Comité international de la coopération intellectuelle (CICI) de la Société des Nations⁴⁵. En 1922, un parlementaire français, Joseph Barthélemy, proposa dans ce sens un projet d'amendement de la loi de 1844 pour la création d'un « brevet de principe » qui différait du brevet ordinaire en ce qu'il ne conférait pas à son détenteur le droit exclusif de travailler sur une découverte, mais seulement le droit d'accorder des licences obligatoires pour travailler sur les applications pratiques de cette découverte (Ladas, 1975, p. 1851). Cette proposition et d'autres (celle du CTI notamment, qui revenait à assimiler les scientifiques aux artistes) firent l'objet de vives discussions au Parlement et dans les sociétés scientifiques, sans toutefois déboucher sur une action concrète, en grande partie à cause de l'opposition de l'industrie française, peu désireuse d'assumer seule une charge qui ne s'imposait pas à ses concurrents étrangers.

De fait, sans consensus international, le projet était difficilement réalisable : examinée et débattue au CICI, l'idée d'un « brevet de principe » fut finalement abandonnée après 1930, entre autres, indique Ladas, en raison du manque d'empressement de pays comme l'Allemagne, la Grande-Bretagne et les États-Unis. D'autres objections avaient été soulevées, notamment les difficultés liées à l'attribution : tributaire des découvertes

44. Le droit de suite permet aux artistes de prélever une redevance sur les reventes successives de leurs œuvres (Ladas, 1975, p. 1849-1850). Ce droit se conçoit dans les arts (les arts visuels en général) où les créateurs tirent davantage profit de la cession de l'original que de l'exploitation de leur création : par exemple en peinture, il arrive parfois que la création soit revendue à un prix considérablement plus élevé que le prix d'acquisition initial. La loi de mai 1920 donne aux créateurs la possibilité de recevoir un petit pourcentage (3 % en France pendant la vie de l'auteur plus 70 ans) sur chaque revente.

45. Le CICI siégea à Genève de 1922 à 1946.

antérieures, chaque percée scientifique est d'abord une réalisation collective dont l'appropriation peut s'avérer un problème impossible à trancher pour les juristes. En outre, ajoutait-on, les scientifiques qui versent leurs découvertes dans le domaine public sont assurés de la reconnaissance de la société, et la gloire est une compensation suffisante.

Principalement centrée en France, la controverse toucha également les États-Unis autour des années 1930; l'ouvrage de Hamson (1929) est d'ailleurs une contribution au débat dans ce pays. Parmi les propositions avancées, on note la recommandation de créer une commission d'État où les scientifiques auraient pu faire enregistrer leurs découvertes et à laquelle les entreprises se seraient adressées pour obtenir des licences d'exploitation en échange de redevances appréciées au cas par cas. Assez mal étayé, ce projet ne donna lieu à aucun suivi, mais l'idée fut évoquée encore par la suite: Ladas (1975, p. 1872) mentionne que l'American Bar Association étudia aussi récemment qu'en 1971 une résolution en faveur de l'extension des droits de propriété intellectuelle aux découvertes scientifiques. Par ailleurs, dans certains pays de l'ancien Bloc de l'Est, comme la Tchécoslovaquie en 1957, des législations qui reconnaissaient les découvertes scientifiques furent mises en place (Ladas, 1975).

En partie héritière du CICI, l'UNESCO entreprit des consultations sur la question, mais n'y donna jamais suite, sans doute, avance Ladas, parce que les progrès de l'institutionnalisation de la recherche scientifique (et de son financement) dans la deuxième moitié du XX^e siècle ont désarmé quelque peu les revendications des scientifiques dans ce domaine. Il faut aussi souligner, comme on le verra au prochain chapitre, que l'élargissement de ce qui est considéré comme brevetable, du moins dans certaines juridictions, est venu brouiller la distinction entre les notions d'«invention» et de «découverte».

Université et propriété intellectuelle

Institution de première importance aujourd'hui dans la recherche scientifique, l'Université, on l'a vu, n'a joué à peu près aucun rôle dans l'émergence des mécanismes de protection de la propriété intellectuelle. Traditionnellement gardienne de la doctrine et débattant les questions de la foi, la vieille institution médiévale a évidemment été fortement marquée par l'essor de la culture de l'imprimé au tournant des XV^e et XVI^e siècles. En France, en particulier, l'Université allait subir l'ascendant du pouvoir royal, qui se reposa longtemps sur elle pour contrôler la production des libraires-imprimeurs. Comme le résume Georges Minoit (1995, p. 24), en matière de censure à l'époque, «la Sorbonne dénonce, le Parlement juge, le pouvoir royal tranche».

Sans lien avec le « mouvement scientifique » qui perce autour du XVII^e siècle, l’Université en Europe resta jusqu’aux guerres napoléoniennes (autour de 1800) à peu près exclusivement un lieu de diffusion des savoirs. Sous l’influence entre autres de Kant (1798/1955), qui prônait dès 1794 une réforme des « facultés », allait se mettre en place un nouveau type d’institution axé sur « l’amélioration des sciences » dont le principal architecte fut Wilhelm von Humboldt, le fondateur de l’Université de Berlin en 1809-1810. Centrée à la fois sur l’enseignement et la recherche, cette université transformée consacrait une figure nouvelle : le professeur chercheur. Se vouant à la fois à la diffusion et à l’avancement du savoir, ce nouveau type de professeur ne s’imposa pas immédiatement, loin de là : il fut, en particulier, vigoureusement pris à partie dans les années 1870 par le cardinal Newman, le recteur de l’Université de Dublin, qui dans une plaquette fameuse – *L’idée d’université* (Newman, 1907) – arguait en substance que « découvir et enseigner sont des fonctions distinctes » et que le rôle de l’université est la communication du savoir plutôt que la recherche scientifique. L’éloquence du cardinal se révéla cependant insuffisante et le modèle universitaire allemand, repris et modifié aux États-Unis notamment, finit cependant par révolutionner profondément les institutions à peu près partout dans le monde industrialisé (Geiger, 1986). Avec la mise en place de la réforme de Bologne dans l’Union européenne (1999-2010), ce modèle universitaire d’inspiration germano-américaine domine largement aujourd’hui.

Avec l’apparition du professeur-chercheur, le rapport des universitaires à la propriété intellectuelle allait, d’abord imperceptiblement puis de manière plus évidente, se modifier. Héritiers d’une tradition où l’on affectait un certain détachement face aux contingences matérielles et œuvrant pour l’essentiel dans le domaine public, les professeurs commencèrent graduellement à se prévaloir de leurs droits sur certaines de leurs productions.

Les premiers cas, qui apparaissent très tôt, sont sans doute assez isolés, tels le chimiste Justus Liebig, professeur à l’Université de Giessen dans les années 1830, qui prit un brevet sur un engrais minéral, ou Louis Pasteur, longtemps professeur à l’Université de Strasbourg, qui breveta en 1865 un procédé de conservation du vin. Cette tendance allait cependant s’affirmer, entre autres, avec la fondation en 1861 du Massachusetts Institute of Technology (MIT), qui va faciliter l’émergence de ce qu’aujourd’hui nous appellerions le professeur-entrepreneur ou innovateur (Etzkowitz, 2002). À partir du MIT, ce modèle va graduellement se répandre dans les autres universités, notamment à Stanford et à l’Université du Wisconsin dès les années 1910 et 1920. Les universités de Toronto (dans les années 1910) et de Montréal (dans les années 1930) seront parmi les premières au Canada à tenter d’imiter ces exemples. Mais, comme on le verra plus en

détail au prochain chapitre, c'est surtout à partir des années 1980 que les universités, invitées par les gouvernements à participer plus directement à l'essor économique national, ont multiplié les collaborations avec des entreprises privées, vivement intéressées à protéger les résultats des recherches qu'elles ont contribué à financer. Dans la même veine, les universités se sont mises à jouer un rôle de plus en plus actif dans la commercialisation des innovations techniques découlant de leurs activités de recherche, allant parfois jusqu'à prendre l'initiative en la matière, quand elles ne se chargent pas de tout le processus.

À côté de cette tendance «entrepreneuriale», l'Université demeura également le bastion d'une recherche souvent appelée «fondamentale», un mot pas toujours bien défini, généralement accolé aux recherches sans application commerciale immédiate. Dans ce sens, cette institution joua et continue de jouer un rôle important dans la défense du domaine public et de l'objectif original de promotion et de diffusion du savoir dans le public. Aux États-Unis, cette dimension donna lieu, par exemple, à la reconnaissance du *fair use* (voir le chapitre 4), qui ne fut codifié que dans le *Copyright Act* de 1976. Bien connue dans le monde universitaire américain, cette exception s'est révélée inestimable surtout pour la recherche, alors que, comme nous le mentionnions plus haut, le *U.S. Copyright Act* s'applique à des œuvres toujours plus variées, pour une durée toujours plus longue. Quelque peu différente, l'«utilisation équitable» (*fair dealing*) répond aux mêmes préoccupations dans la *Loi sur le droit d'auteur* canadienne.

Mais ici aussi, comme on le verra au chapitre 7, la place grandissante occupée par le secteur privé dans la diffusion des résultats de recherche, tant fondamentale qu'appliquée, de même que la création de dispositifs législatifs s'appliquant aux nouveaux médias apparus à la fin du XX^e siècle, ont favorisé la tendance inverse, soit la restriction de cette diffusion.

Par ailleurs, animée du souci de maintenir le domaine public, l'Université veille aussi depuis longtemps à sauvegarder son espace de liberté, notamment ce qu'on désigne sous l'appellation «liberté universitaire⁴⁶». Entre autres, elle cherche et à se prémunir contre des règles en matière de propriété intellectuelle dont le resserrement pourrait diminuer son indépendance.

46. Mieux connue sous le nom de «liberté académique», un anglicisme. Elle présente deux volets: un volet institutionnel, soit la liberté des établissements à l'égard des pouvoirs publics, et un volet individuel, qui consiste en la liberté d'adopter et de défendre des positions ou points de vue critiques, en enseignement comme en recherche, même à l'égard de son établissement, sans crainte de représailles. Les professeurs d'université sont ainsi les seuls employés exemptés du «devoir de loyauté» envers leur employeur.

En définitive, le rapport demeure assez ambigu entre l'Université, pour qui le libre accès aux connaissances est non seulement une dimension fondamentale de sa mission, mais aussi une condition de sa neutralité dans le débat scientifique, et la propriété intellectuelle, qui pose des limites à ce libre accès. On ne s'étonnera donc pas que la propriété intellectuelle soit devenue un enjeu majeur dans le monde universitaire, comme on le verra dans la suite de cet ouvrage.

6

L'université et la commercialisation des innovations techniques

Pierrick Malissard

La place grandissante occupée par les questions de propriété intellectuelle dans les universités est évidemment liée à la commercialisation¹ de plus en plus fréquente des expertises et des productions universitaires, vaste ensemble dont les innovations techniques découlant de la recherche – inventions au premier chef – ne sont d'ailleurs qu'une des composantes.

Toujours plus systématique, toujours plus importante – les statistiques dans ce domaine sont éloquentes –, la mise en marché des productions universitaires est souvent placée en perspective avec l'émergence d'une nouvelle «économie du savoir» dans laquelle, d'après certains, les universités devront prendre leur place comme des centres d'innovation, voire comme des moteurs de croissance économique.

De fait, plusieurs observateurs (Etzkowitz et Leydesdorff, 1995; Guston et Keniston, 1994) affirment que le «contrat social» sur lequel la société, les pouvoirs publics et les universités s'étaient entendus après la Deuxième Guerre mondiale est en train d'être renégocié selon des termes passablement resserrés. Dans l'ancien contrat, suivant un modèle d'innovation linéaire, les gouvernements s'engageaient à financer essentiellement des projets de recherche «fondamentale», choisis le plus souvent par des comités de pairs, en présumant des retombées économiques à long terme. Confrontées à une limitation des budgets publics dédiés à la recherche depuis les années 1980, les universités ont été incitées à pallier leur manque

1. «Commercialisation», au sens large, englobe ici l'ensemble des activités touchant l'identification, l'évaluation, la protection, le transfert, l'exploitation, la valorisation et la mise en marché sous toutes ses formes (octroi de contrats, cession ou création de sociétés dérivées, etc.) de la propriété intellectuelle générée dans les universités.

de ressources en monnayant leurs savoirs et leurs productions. En outre, elles doivent mettre l'accent sur des recherches «pertinentes» aux plans social et économique – identifiées comme telles par les acteurs sociaux ou les industries – avec des retombées sensibles à court ou moyen terme. Se retrouvant dans un modèle d'innovation complexe, les universités se voient pressées d'intervenir directement, et largement en aval, dans le processus de transfert technologique à travers des bureaux de liaison avec l'industrie, des structures d'incubation d'entreprises dérivées², voire des parcs technologiques.

Qu'en est-il exactement? Souvent tenu pour acquis, ce mouvement vers une commercialisation croissante des productions et des expertises universitaires soulève beaucoup de questions. L'ancien «contrat social» était-il voué à l'échec, comme s'interroge Vavakova (1998)? La commercialisation comble-t-elle le manque de ressources qui mine les établissements universitaires? Il est possible de voir assez facilement l'effet de la commercialisation sur les politiques institutionnelles de propriété intellectuelle, mais, plus largement, quelles en sont les conséquences pour les universitaires eux-mêmes? pour l'Université, notamment dans son rôle de principal fiduciaire du domaine public? Certains travaux, s'appuyant entre autres sur les données statistiques que compilent diverses organisations, permettent d'apporter des éléments de réponse à ces questions.

Des *Universitas magistrorum et scholarium* aux *entrepreneurial universities*

Si l'une des métaphores en vogue dans les analyses de l'institution universitaire, la «triple hélice gouvernement-universités-industrie» de Henry Etzkowitz et Loet Leydesdorff (1995), tend à présenter l'intégration des activités de commercialisation dans les universités comme une évolution quasi programmée, d'autres, en revanche, soutiennent que cette intégration n'a rien d'un mouvement inéluctable.

Nul doute que les universités se sont passablement transformées depuis le XIII^e siècle, et la controverse actuelle sur la commercialisation en milieu universitaire en rappelle une autre qui, au XIX^e siècle, agita les universités quand, à la suite de la fondation de l'Université de Berlin en

2. Souvent appelées aujourd'hui «*spin-offs*» ou «jeunes pousses». «Entreprise dérivée» désigne habituellement une nouvelle entreprise 1) créée par un ou plusieurs employés ou ex-employés d'une organisation mère (dans ce cas, une université) et 2) formée autour d'une technologie ou d'un savoir issu de cette organisation (Speakman, 2000). Par ailleurs, une «*start up*» est une entreprise formée autour d'une technologie ou d'un savoir issu de l'organisation mère, sans participation directe d'employés ou ex-employés de cette organisation.

1809-1810, la recherche scientifique commença à être incorporée dans des institutions jusque-là essentiellement vouées à l'enseignement (voir le chapitre 5).

Vu par certains (notamment Etzkowitz, 2002; Etzkowitz et Leydesdorff, 1996), s'inspirant de Jencks et Riesman (1968), comme la « première révolution universitaire », cet épisode est présenté comme une confirmation que l'Université est appelée immanquablement à se transformer, à s'adapter, à progresser. Selon cette thèse, une « seconde révolution universitaire » peut être observée avec la fondation du MIT en 1861, révolution qui va graduellement se répandre dans les autres universités – Stanford sera parmi les premières – pour les transformer en « *entrepreneurial universities* », véritables entreprises d'enseignement, de recherche et de développement économique (Etzkowitz, 2002). Sous ce rapport, les opposants actuels à la montée du professeur-entrepreneur ou innovateur sont placés en perspective avec les adversaires aujourd'hui discrédités du modèle universitaire allemand.

Mais la thèse d'Etzkowitz tend à occulter la complexité du problème. Il est vrai que la commercialisation des productions universitaires ne date pas d'hier ; elle préexiste même à la création du MIT. En fait, peu de temps après l'émergence du professeur-chercheur se posa la question de la mise en marché de nouvelles productions potentiellement intéressantes au plan économique : rappelons les exemples, évoqués au chapitre précédent, de Justus von Liebig à l'Université de Giessen dans les années 1830 et de Louis Pasteur à l'Université de Strasbourg dans les années 1860. Dès le milieu du XIX^e siècle, des universitaires développèrent des liens étroits avec l'industrie ou se livrèrent à des activités de commercialisation de leurs recherches – activités de consultation auprès d'industriels, réalisation de contrats de recherche, ou, cas beaucoup plus rare, création d'entreprises dérivées. Liebenau (1987, 1990) et Swann (1988) l'ont montré en ce qui concerne le domaine biomédical, et des recherches plus récentes semblent indiquer que, même au Canada, les liens université-industrie n'étaient certainement pas exceptionnels dès le tout début du XX^e siècle (Auger, 2001 ; Langford, Langford et Burch, 1997 ; Malissard, 1999). Aux États-Unis, un organisme, la Research Corporation, fut créé dès 1912 pour gérer des brevets détenus par des universités ou des professeurs (Mowery, Nelson, Sampat et Ziedonis, 2004). Provoquant beaucoup moins de polémiques à l'époque que de nos jours, ces activités, parfois importantes, se développaient avec l'aval des responsables des établissements concernés, généralement sur la base d'une décision *ad hoc* (Gingras, Malissard et Auger, 2000).

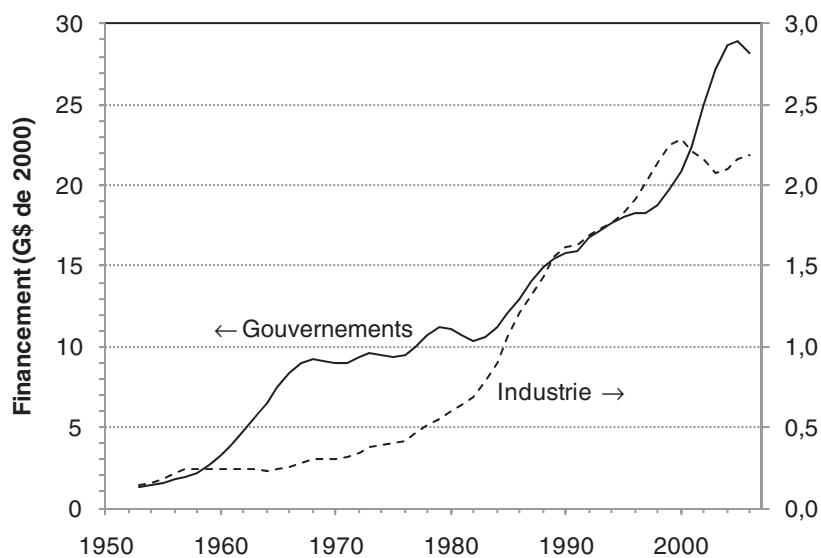
Moins qu'une vraie rupture avec le passé, ce mouvement actuel de commercialisation des résultats de la recherche et des expertises universitaires renoue en fait avec la situation qui régnait avant la Deuxième

Guerre mondiale, ou même un peu après. Depuis la fin du XIX^e siècle, comme l'explique Terry Shinn (1999), l'histoire de la recherche scientifique montre des variations cycliques de collaboration entre les chercheurs et les industries. Dans l'après-guerre, dans cette période parfois appelée les Trente Glorieuses, alors que les gouvernements des pays industrialisés commencent à intervenir de manière soutenue dans le financement de la recherche scientifique, le rôle de l'industrie paraît, un temps, s'estomper pour mieux s'affirmer à partir des années 1980.

Comme souvent dans ce domaine, l'exemple américain fournit des indications intéressantes. Ainsi que le montre la figure 6.1a, entre le milieu des années 1950 et le milieu des années 2000, le financement de la recherche et du développement (R-D) effectués dans les universités (et collèges) provenant de l'industrie et des gouvernements (fédéral et locaux) a presque toujours progressé, même en dollars constants, avec cependant une alternance de périodes de croissance rapide et de stagnation.

Figure 6.1a

Financement de la R-D dans les universités et collèges américains (excluant les centres de recherche fédéraux administrés par une université) en provenance des gouvernements (fédéral et locaux) et de l'industrie, 1953-2006 (en dollars constants)

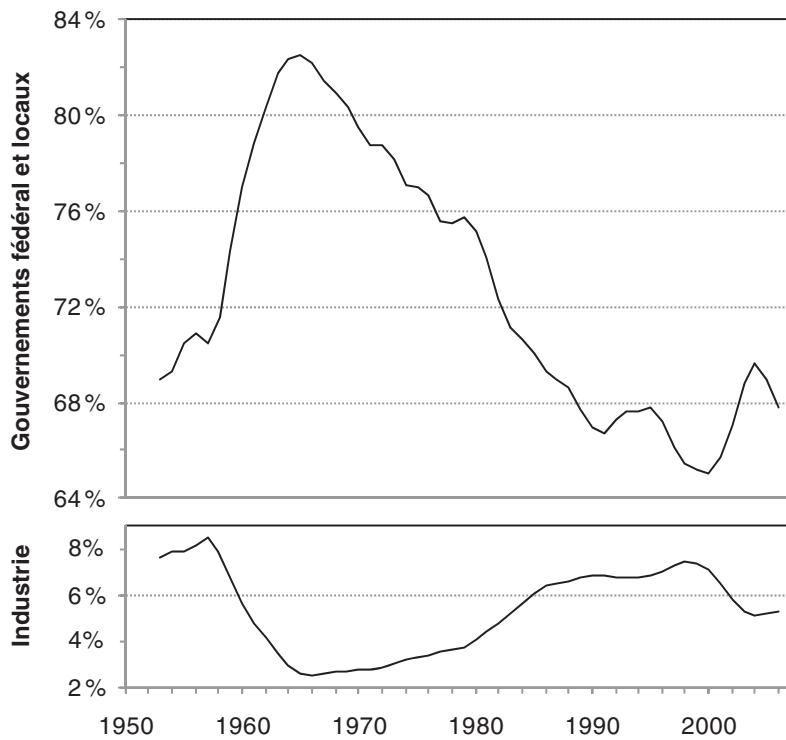


Source: NSF (2008, annexe, tableau 4-4).

On observe également (figure 6.1b) une remarquable complémentarité entre les deux sources de financement, la part de l'industrie variant en sens inverse de celle des gouvernements, retrouvant entre le milieu des années 1960 et la fin des années 1980 – période marquée par une baisse constante de la part des gouvernements – son niveau des années 1950 (entre 6 et 8 %).

Figure 6.1b

Parts des gouvernements (fédéral et locaux) et de l'industrie dans le financement de la R-D dans les universités et collèges américains (excluant les centres de recherche fédéraux administrés par ceux-ci), 1953-2006

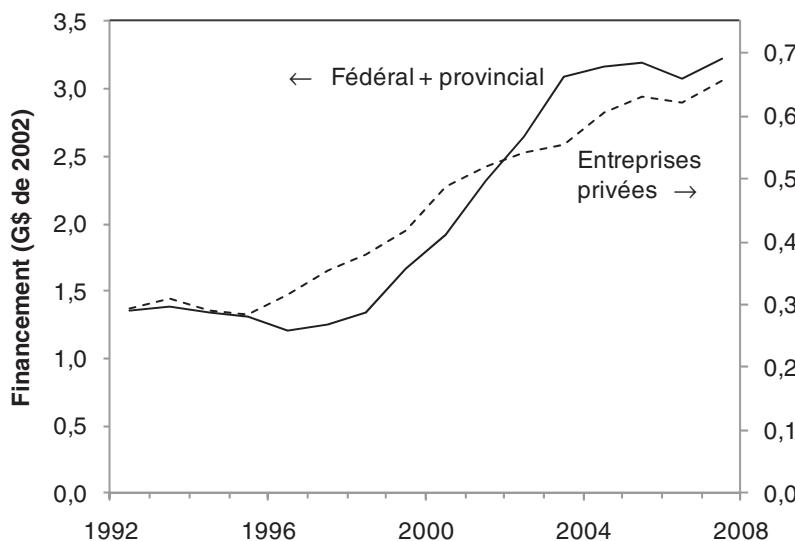


Source: NSF (2008, annexe, tableau 4-4).

Du côté du Canada, les données disponibles, couvrant une période plus récente (1992-2008), font également ressortir ce phénomène de complémentarité (fig. 6.1c).

Figure 6.1c

Financement de la R-D dans les universités canadiennes en provenance des gouvernements (fédéral et provinciaux) et de l'entreprise privée, 1992-2007 (en dollars constants)



Source: Statistique Canada (2009, tableau 1) pour les données de 1995-2007; version d'août 2007 pour les années 1992-1994.

Le fameux rapport de Vannevar Bush (1945), *Science: The endless frontier*, qui pose les fondements du modèle des grandes agences subventionnaires aux États-Unis et ailleurs, la National Science Foundation (NSF), marque le début de ce que l'on peut probablement appeler l'âge d'or du financement de la recherche universitaire. Durant cette période, croissance économique et expansion démographique se conjugueront à des politiques publiques très actives de soutien de la recherche « fondamentale » (non contextualisée, dirait-on aujourd'hui) pour favoriser le développement des universités.

Pendant presque trente ans, le *credo*, sous-jacent dans le rapport de Vannevar Bush, selon lequel le financement massif de la recherche « fondamentale » finit toujours, en définitive, par assurer la croissance économique, ne fut pas remis en question. Mettant l'accent sur un accès très large du public aux résultats de la recherche subventionnée, les politiques américaines, par exemple, enjoignaient les chercheurs, très souvent des universitaires, à verser dans le domaine public ou à céder au gouvernement les inventions réalisées grâce à des fonds fédéraux.

Le choc pétrolier de 1973 et la période de stagflation qui s'ensuivit eurent raison de cette situation, de ce « contrat social » dont les dispositions paraissent aujourd’hui passablement biaisées. Même si le rapport de cause à effet était loin d’être établi, le marasme fut mis, en partie, au compte de lacunes dans les politiques fédérales de financement de la recherche. De plus, le Congrès commençait à s’inquiéter de voir des sociétés étrangères, surtout japonaises, prospérer en développant des inventions initialement faites aux États-Unis grâce à des fonds publics. Aussi, au tournant des années 1980, diverses initiatives législatives allaient être mises de l'avant, entre autres le fameux *Bayh-Dole Act*, sur lequel nous allons revenir plus loin et dont s’inspirèrent par la suite plusieurs pays industrialisés pour tenter, eux aussi, de renforcer leur système national d’innovation.

Il reste que de 1945 à 1973, la commercialisation universitaire, certes occultée par le soutien public important à la recherche, progressait malgré tout. Les exemples de commercialisation semblent même devenir de plus en plus fréquents après 1950 et vont commencer à susciter des critiques. En 1968, un journaliste et activiste, James Ridgeway, parmi les premiers à dénoncer ce phénomène, note avec inquiétude l'accélération à partir de 1950 des éclosions d’entreprises dérivées dans les universités. Condamnant les professeurs qui se lançaient dans de telles entreprises, Ridgeway blâme la cupidité des universitaires responsable en partie, selon lui, de la déliquescence de l’Université et des débordements étudiantins des années 1960 (Ridgeway, 1968).

La commercialisation des résultats de la recherche universitaire demeurait toutefois, jusque-là, un phénomène d'une ampleur relativement limitée.

Les années 1980 et l’expansion de la commercialisation universitaire

Les années 1980 marquèrent le début d'une très forte croissance de la commercialisation universitaire dans le monde industrialisé ; les États-Unis ont clairement joué un rôle moteur dans cet essor³. Cette poussée des activités de transfert technologique dans les universités américaines a fait

3. Cet essor s'est poursuivi même après l'éclatement de la bulle technologique en 2000-2001, qui a rendu les sociétés de capital-risque plus circonspectes dans leur soutien aux «jeunes pousses» (Bouchie, 2005).

l'objet de bon nombre d'analyses et d'études⁴ qui mettent généralement l'accent sur un élément central: le rôle déterminant des législations touchant la propriété intellectuelle des chercheurs mises en place dans ce pays au tournant des années 1980. De fait, le bond sensible de l'ensemble des activités de commercialisation dans les universités est souvent mis au crédit de dispositifs législatifs comme le *Stevenson-Wyler Act* ou surtout le *Bayh-Dole Act*.

Suivant fréquemment le même canevas, ces analyses soulignent que le potentiel des universités en matière d'innovation fut longtemps gaspillé et que ces lois, en permettant une exploitation plus systématique de cette capacité, ont permis de renouer avec une forte croissance économique. Avant 1980, en effet, les inventions réalisées grâce à des fonds fédéraux demeuraient généralement la propriété du gouvernement, lequel pouvait par la suite accorder des licences, habituellement non exclusives, donc d'un intérêt commercial moindre pour l'industrie.

Ce tableau doit être nuancé puisqu'étaient apparues progressivement des exceptions, dont les origines remontaient parfois fort loin. En pratique, dès les années 1950 et même avant, les universités cherchaient déjà à obtenir, au cas par cas, des accords concernant la propriété intellectuelle d'inventions effectuées dans leurs murs et résultant d'un financement fédéral. Utilisé de plus en plus souvent, ce processus lourd ne satisfaisait personne, de sorte que des agences fédérales commencèrent, vers la fin des années 1960, à négocier avec les établissements des Institutional Patent Agreements (IPA), une formule éliminant l'examen au cas par cas, qui autorisait les universités à breveter des inventions et facilitait la concession de licences exclusives ou non exclusives. Parallèlement, la NSF inaugure en 1972 un programme axé sur la coopération entre les universités et l'industrie⁵; à la suite d'un assouplissement de la législation fédérale, il devient alors possible, pour les chercheurs, de breveter des inventions partiellement financées par des fonds publics (Bowie, 1994). Malgré ces efforts, la politique gouvernementale en matière d'inventions financées par des fonds fédéraux demeurerait encore floue et assez peu satisfaisante pour les universités (Mowery et Sampat, 2001). Au reste, jusqu'à la fin des années 1970, les programmes d'IPA étaient loin d'être généralisés dans les agences et ministères fédéraux, et le nombre de brevets concernés demeura assez peu élevé.

-
4. On peut citer ici les nombreux rapports du General Accountability Office (GAO) ou de l'Association of University Technology Managers (AUTM), dont les données et les analyses sont reprises dans beaucoup de travaux ou d'articles sur la question.
 5. L'Industry-University Cooperative Research Centers Program, modifié en 1978 et développé depuis.

De leur côté, les milieux d'affaires et certains organismes gouvernementaux considéraient comme largement inefficace l'ensemble de la gestion des inventions réalisées grâce à un financement fédéral dans les universités. Des statistiques souvent citées précisait à cet égard que moins de 5% des quelque 28 000 brevets détenus en 1980 par le gouvernement fédéral avaient fait l'objet de licences, par ailleurs surréglementées et peu prisées par les entreprises (Bremer, 2001; COGR, 1999; « Innovation's golden goose », 2002; U.S. Government Accountability Office, 1998). Des études montreront par la suite que ces statistiques étaient largement biaisées et qu'à peu près aucune donnée empirique ne démontrait nettement à l'époque un quelconque gaspillage du potentiel d'innovation des universités (Eisenberg, 1996; Mowery et Sampat, 2001).

Parallèlement, le monde de la recherche scientifique, en milieu universitaire et ailleurs, commençait à se familiariser avec la notion de protection des droits de propriété intellectuelle. Alors qu'avant la Deuxième Guerre mondiale, comme on l'a vu au chapitre 5, certains scientifiques se penchaient sur la possibilité d'instaurer un cadre législatif particulier pour protéger les découvertes scientifiques, l'idée, qui ne fut jamais très populaire, fut à peu près oubliée dans les années 1970. Depuis, il n'a jamais été question, pour les chercheurs – dans les universités comme ailleurs –, d'utiliser autre chose que les outils courants de protection des droits de propriété intellectuelle.

Les analyses sur les développements qui surviennent surtout à la jonction des années 1970 et 1980 (Heller et Eisenberg, 1998; Kieff, 2001; Rai, 1999, 2001), montrent que le débat s'est vite centré autour de questions telles :

- le risque d'érosion des normes de la communauté scientifique – au sens de W. Hagstrom (1965) – par le recours aux brevets, par exemple;
- les dangers de voir s'estomper la division des rôles, en particulier entre les universités et l'industrie (Powell et Owen-Smith, 1998);
- l'effet de la prise de brevets sur le volume et la qualité de la recherche ou sur le transfert de connaissance hors des universités, ainsi que les conséquences, pas toujours bien appréciées, des politiques mises en place dans ce domaine par les gouvernements en Amérique du Nord comme en Europe (Goldfarb et Henrekson, 2003).

Le Bayh-Dole Act

Aiguillonnés par le contexte de morosité économique qui prévalait aux États-Unis dans les années 1970, des efforts venant de différentes directions – gouvernement, entreprises privées⁶, mais aussi universités⁷ – allaient conduire, en définitive, à l’adoption du *Stevenson-Wydler Technology Innovation Act* de 1980, qui fait du transfert technologique une des responsabilités des agences finançant la recherche (comme, par exemple, la NSF, la NASA, etc.) et surtout du *Patent and Trademark Law Amendments Act*, promulgué en décembre 1980 et plus connu sous le nom de ses deux promoteurs, les sénateurs Birch Bayh (démocrate-Indiana) et Bob Dole (républicain-Kansas).

Texte bipartisane, le *Bayh-Dole Act*, qui vise à étendre la «toile des IPA», permet à l’origine à toute organisation à but non lucratif (ce qui inclut explicitement les universités) ou toute petite entreprise de revendiquer, à l’intérieur de certains délais, les droits de propriété intellectuelle sur des inventions découlant d’un financement fédéral (Stevens, 2004a)⁸. Le législateur insiste cependant pour que les organisations ou firmes visées par la loi partagent les redevances avec les inventeurs et pour que l’industrie américaine reçoive un traitement préférentiel, en particulier pour la production de l’invention. À cet égard, l’État fédéral contrôle à qui sont accordées les licences résultant de ces inventions et il peut d’ailleurs s’en réservier une, à titre gratuit, pour usage gouvernemental. Les bénéficiaires

6. Voir notamment l’article d’E. E. David (1979), président de l’Exxon Research and Engineering Company, dans la revue *Science*.

7. Il faut rappeler ici le rôle «fondamental» de l’Université du Wisconsin, à travers son bureau de liaison avec l’industrie, la Wisconsin Alumni Research Foundation (WARF), et notamment son représentant, Howard Bremer (voir son témoignage dans Bremer, 2001), qui était également président de la SUPA (voir *infra* note 11). Voir également WARF (n.d.).

8. Selon l’article 200 (*Policy and objective*) de cette Loi :

It is the policy and objective of the Congress to use the patent system to promote the utilization of inventions arising from federally supported research or development; to encourage maximum participation of small business firms in federally supported research and development efforts; to promote collaboration between commercial concerns and nonprofit organizations, including universities; to ensure that inventions made by nonprofit organizations and small business firms are used in a manner to promote free competition and enterprise; to promote the commercialization and public availability of inventions made in the United States by United States industry and labor; to ensure that the Government obtains sufficient rights in federally supported inventions to meet the needs of the Government and protect the public against nonuse or unreasonable use of inventions; and to minimize the costs of administering policies in this area.

de la loi doivent, de plus, soumettre un rapport sur l'utilisation du brevet ou sur les efforts mis en œuvre pour le développer au gouvernement fédéral, lequel peut dans certains cas reprendre le contrôle de l'invention, si ces efforts sont jugés insuffisants ou si le brevet touche des enjeux de santé publique ou de sécurité (COGR, 2000).

Limité à l'origine aux organisations à but non lucratif et aux petites entreprises, le champ d'application du texte s'est étendu par la suite aux grandes firmes commerciales et industrielles. En effet, des associations de consommateurs et des regroupements antitrusts, farouchement opposés à l'idée de laisser de grandes sociétés profiter de recherches financées par le public, auraient pu, à l'époque, faire avorter le projet de loi, de sorte que, pour désamorcer l'opposition, les grandes firmes furent implicitement exclues dans celui-ci. En 1983, un mémorandum du président Reagan aux directions des agences fédérales généralisa «sans bruit», comme le note Eisenberg (1996), les avantages du *Bayh-Dole Act* aux grandes firmes.

Compte tenu du poids des fonds fédéraux dans le financement des dépenses de recherche et développement dans les universités américaines (68% du total en 2006, en légère remontée depuis 2000 après une baisse d'une trentaine d'années, comme le montre la figure 6.1b), ce texte va devenir pour les gestionnaires des établissements un puissant incitatif (ou un prétexte) pour niveler (ou harmoniser, selon les appréciations) les règles en matière de commercialisation universitaire.

Dès les années 1970, certaines universités avaient commencé, devant la croissance de la commercialisation, à se pencher sur leurs règles institutionnelles en matière de propriété intellectuelle: l'Université Harvard, par exemple, adopte en 1974 un règlement lui permettant de céder des brevets à l'industrie⁹. Ce mouvement va s'intensifier considérablement après 1980, et les établissements vont être de plus en plus nombreux à adopter des politiques nouvelles ou révisées de propriété intellectuelle qui, en introduisant la notion de partage des droits des inventeurs avec l'institution, seront parfois plus restrictives qu'auparavant pour les enseignants-chercheurs. Les questions touchant l'enseignement en ligne et l'utilisation des nouvelles technologies de l'information et des communications feront évidemment l'objet d'une attention croissante à partir des années 1990. Dans l'ensemble, une certaine uniformisation de ces politiques peut s'observer sans doute parce que leurs rédacteurs tendent à s'inspirer assez fidèlement des textes déjà en vigueur dans d'autres établissements.

9. Harvard avait (depuis 1934) une politique très restrictive en matière de brevets: «*no patent will be taken out except for dedication to the public*». Les exceptions concernaient le domaine biomédical (Bowie, 1994).

Au plan pratique, vont apparaître aussi un peu partout des structures pour valoriser la recherche, notamment des bureaux régissant les rapports avec l'industrie, les Technology Transfer Offices (TTO)¹⁰, qui vont se généraliser dans les universités américaines et canadiennes¹¹. Le regroupement de ces TTO, l'Association of University Technology Managers (AUTM)¹², va d'ailleurs progressivement devenir un acteur de première importance dans la promotion de la commercialisation dans les universités, notamment à travers ses *Newsletters* et son enquête annuelle («*licensing survey*») qui permet de faire le point sur les activités de transfert technologique dans les universités depuis 1991, aux États-Unis, mais aussi au Canada. Fortement marquées en faveur d'une exploitation systématique du potentiel d'innovation des universités, les interventions de l'AUTM manquent rarement une occasion de saluer le *Bayh-Dole Act*¹³. Les milieux d'affaires ne sont pas moins dithyrambiques : ainsi, un éditorial de *The Economist* («*Innovation's golden goose*», 2002) qualifiait le *Bayh-Dole Act* de «*possibly the most inspired piece of legislation to be enacted in America over the past half-century*».

Dans le monde universitaire, la réception de cette loi fut moins enthousiaste, et les discussions autour des politiques de propriété intellectuelle ou la création de TTO ont parfois été vives sinon acrimonieuses, le *Bayh-Dole Act* devenant vite, pour ses détracteurs, le symbole de l'émergence du «capitalisme académique» (Slaughter, 1998) ou comme l'équivalent sur le plan intellectuel du mouvement des *enclosures*¹⁴ (Argyres et Liebeskind, 1998).

Au-delà de ces changements structurels et des débats qu'ils ont suscités, cette loi est régulièrement reconnue comme le moteur de la vigoureuse croissance des demandes de brevets et de la commercialisation de

-
10. Au Québec, ces bureaux sont désignés par l'acronyme BLEU (bureaux de liaison entreprises-université).
 11. Parmi les universités américaines visées dans le sondage de l'AUTM en 2007 (Bostrom, Tieckelmann et Kordal, 2008, p. 16), 87%, soit 153 sur 176, ont commencé après 1980 à consacrer des ressources (au moins 0,5 personne professionnelle équivalent temps complet) au transfert de technologie ; voir aussi Apple (2008).
 12. L'AUTM, fondée en 1974 sous le nom de Society of University Patent Administrators (SUPA), a comme mission: «[to] promote, support and improve academic technology transfer worldwide and demonstrate its benefits globally» (AUTM. n.d.).
 13. Comme le formulent, par exemple, Bostrom, Tieckelmann et Kordal (2008, p. 8): «*Technology transfer organizations and offices will soon begin preparations to celebrate and recognize thirty years of Bayh-Dole legislation.*»
 14. Le mouvement des *enclosures* a fait disparaître les terres communes dans l'Angleterre du XVII^e siècle. Il s'agit d'une métaphore qui revient très souvent dans les analyses ; voir notamment Argyres et Liebeskind (1998).

la recherche dans les universités depuis 1980. Mise en corrélation avec la vitalité de l'économie américaine dans les années 1980 et 1990, cette forte progression des demandes de brevets par des universitaires fait aujourd'hui l'envie de beaucoup de gouvernements dans le monde. Cette corrélation semble d'ailleurs si évidente pour certains observateurs que l'expérience américaine serait l'exemple à suivre¹⁵. L'OCDE suggérait ainsi aux pays «conscients» de l'importance de l'innovation de «se pencher avec attention sur le cas de l'économie florissante des États-Unis, qui offre déjà un climat des affaires propice à l'épanouissement de l'innovation» (cité par Malissard, Gemme et Gingras, 2003).

Concrètement, plusieurs pays industrialisés – le Japon, la Corée, certains pays d'Europe de l'Ouest – prennent aujourd'hui des initiatives pour renforcer leur système national d'innovation, notamment en tentant de mettre en place, suivant l'exemple américain, des législations encadrant la commercialisation de la recherche dans les établissements d'enseignement supérieur. En France, en Scandinavie ou en Allemagne, par exemple, les débats concernant les réformes du système d'innovation et de la recherche font souvent explicitement référence à la «réussite américaine» et au *Bayh-Dole Act*. L'idée d'une telle loi au niveau européen («*a European Bayh-Dole Act*») a d'ailleurs été évoquée, même si elle a buté jusqu'à présent sur le fait que les systèmes d'innovation en Europe et aux États-Unis restent assez différents (Verspagen, 2006). De même, les tentatives de refonte des approches en matière d'innovation au Canada, tant au niveau fédéral qu'à celui des provinces, s'inspirent là encore largement de la Loi américaine de 1980, comme on le verra plus loin.

Plus critiques, les milieux universitaires dans plusieurs pays industrialisés ont dû faire face, comme aux États-Unis, à une nouvelle donne, généralement – mais pas toujours¹⁶ – plus restrictive, en matière de propriété intellectuelle. Ainsi, dans les pays de tradition universitaire germanique (Allemagne, Autriche, Danemark...), les modifications aux règlements et aux lois relatifs au financement de la recherche, inspirés par le *Bayh-Dole Act*, ont eu pour principal effet d'abolir le «privilège de professeur» (*Hochschullehrerprivileg*), qui permettait aux professeurs d'être titulaires de brevets (Cervantes, 2004; Kilger et Bartenbach, 2002). En ce qui concerne la situation canadienne, les universitaires ont généralement réagi avec inquiétude, sinon avec hostilité, à des propositions visant à restreindre leur latitude dans ce domaine (Association canadienne des professeures

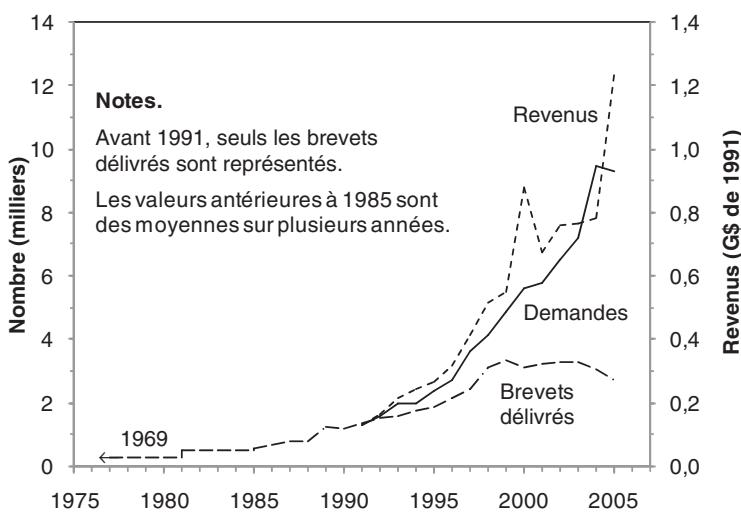
-
15. On peut mentionner ici que certains États américains se sont donné des lois semblables à la loi fédérale pour la recherche qu'ils financent.
 16. Dans plusieurs pays européens – en Grèce et en Espagne, par exemple –, les activités de commercialisation des universitaires étaient tout simplement interdites jusqu'à récemment (Howells et McKinlay, 1999).

et professeurs d'université [ACPPU], 1999 ; Comité *ad hoc* de la Fédération québécoise des professeurs et professeurs d'université [FQPPU] sur la commercialisation de la recherche, 2000 ; Tudiver, 1999 ; Turk, 2000).

En définitive, la Loi américaine est devenue un peu partout, dans les milieux politiques en particulier, un exemple à suivre, une référence dont le statut est tel que ses prémisses et son impact sont habituellement tenus pour acquis sans être examinés plus avant. Les sondages annuels de l'AUTM, de même que les rapports bisannuels *Science & Engineering Indicators* de la National Science Foundation (qui tire de l'AUTM ses données relatives aux universités), confirment une nette poussée des demandes et, dans une moindre mesure, des octrois de brevets dans les universités américaines depuis le milieu des années 1970 (figure 6.2), et une situation similaire au Canada (figure 6.3)¹⁷. Il est cependant difficile d'être catégorique sur les causes de cette progression.

Figure 6.2

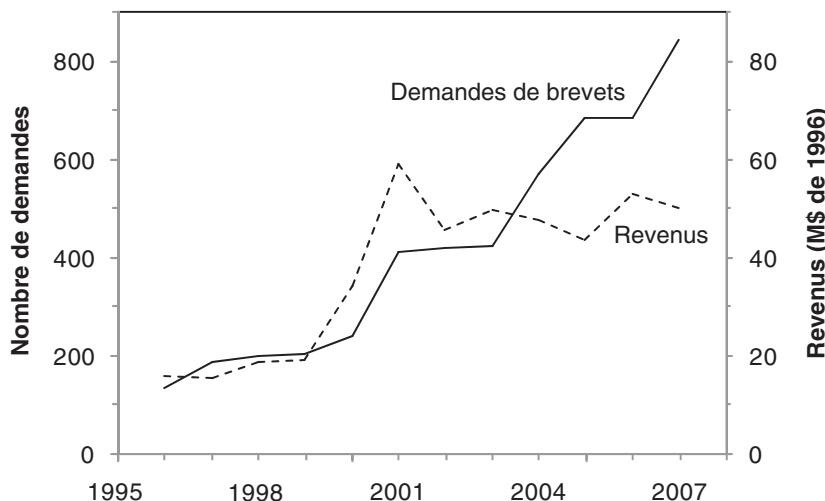
Demandes de brevets, brevets délivrés (1969-2005)
et revenus bruts de licences (1991-2005), en dollars constants,
dans les universités et collèges américains



Source: Données brutes de l'AUTM, tirées de Bostrom, Tieckelmann et Kordal (2008, chap. 5, tableaux 5.37, 5.40 et 5.42).

17. Le plafonnement des revenus observé au Canada depuis les années 2000 se retrouve également aux États-Unis, car la hausse importante survenue en 2005 y est attribuable au versement de redevances sous la forme d'un versement unique de plus de 500 millions de dollars à une université (voir plus loin).

Figure 6.3
 Demandes de brevets et revenus bruts de licences
 (1996-2007), en dollars constants, dans les universités canadiennes



Source: Données brutes de l'AUTM, tirées de Flanigan et Glavicic-Théberge (2008, tableaux C-3 et C-5).

En effet, il est clair qu'au-delà des brevets universitaires, qui représentent une petite partie de l'ensemble (un peu plus de 1 %), à partir du début des années 1980 le nombre total de demandes de brevets et, du moins jusqu'au début des années 2000, de brevets délivrés, a connu aux États-Unis une croissance sans précédent (figure 6.4).

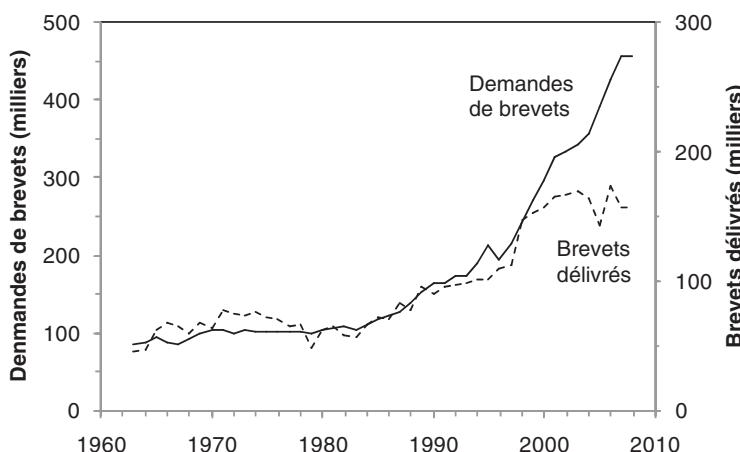
Diverses hypothèses ont été élaborées à cet égard :

- la mise en place en 1982 d'un système de cours d'appel fédérales¹⁸ souvent jugé «pro-brevets» («*friendly court hypothesis*», pour reprendre ici la typologie de Kortum et Lerner (1999));
- l'émergence d'une révolution technologique qui permet d'accroître le «rendement» de découvertes brevetables («*fertile technology hypothesis*»);

18. La Court of Appeals of the Federal Circuit, créée par le Congrès le 2 avril 1982.

- une conséquence du détournement par les milieux d'affaires américains, ou au moins une modification en leur faveur, des règles de protection des inventions conduisant à des pratiques plus agressives en matière de prise de brevets (« *regulatory capture hypothesis* », toujours selon Kortum et Lerner (1999)¹⁹).

Figure 6.4
Brevets demandés et délivrés aux États-Unis, 1963-2008



Source: USPTO (n.d.).

En ce qui concerne les brevets universitaires, l'effet du *Bayh-Dole Act*, sans doute réel comme le suggère la croissance très importante dans ce secteur dans les années 1980 (plus de 200% contre 50% pour l'ensemble des demandes), se superpose probablement à un mouvement de fond. Des études de cas menées dans certaines universités indiquent à cet égard que l'effet du *Bayh-Dole Act* sur la croissance du nombre de brevets universitaires a été « modeste » (Mowery et Ziedonis, 2002). Cette croissance touche d'ailleurs surtout les domaines de la recherche appliquée et de la recherche biomédicale (Thursby et Kemp, 2002), ce dernier domaine montrant de nets signes de progression dès le milieu des années 1970 ; là encore, la loi de 1980 ne semble pas représenter un tournant décisif (Mowery *et al.*, 2004)²⁰.

19. Leur conclusion penche pour un virage vers des activités plus appliquées et des changements dans la façon de gérer l'innovation qui, en définitive, expliquerait cette poussée.
20. Les travaux de Geuna et Nesta (2003) indiquent également que la croissance des prises de brevets en Europe doit plus aux occasions qui se présentent notamment dans le domaine biomédical qu'à de nouvelles politiques.

L'influence du *Bayh-Dole Act* doit cependant être relativisée par l'exemple contre-factuel du Canada. En effet, comme le montre la figure 6.3, les résultats des sondages annuels de l'AUTM, qui incluent des universités canadiennes, permettent de montrer non seulement que la commercialisation de la recherche s'est développée jusqu'à présent dans ce pays sans la mise en place d'un cadre juridique particulier, mais encore que les universités canadiennes manifestent sur ce point une vitalité tout à fait comparable, toutes proportions gardées, à celle des universités américaines (Malissard *et al.*, 2003; Robitaille et Gingras, 1999). Dans l'ensemble, la réputation de la loi américaine apparaît sans doute surfaite: le *Bayh-Dole Act* a probablement servi de prétexte à une sorte d'effet «*bandwagon*» qui s'est superposé à une hausse des activités de commercialisation dans les universités, en particulier à une augmentation du nombre de brevets universitaires, dont les origines étaient plus profondes.

Les retombées financières de la commercialisation dans les universités

Si l'ambition première des législations américaines des années 1980 a toujours été de tirer le meilleur parti possible du potentiel d'innovation des universités pour en faire bénéficier l'économie²¹, un objectif moins ouvertement affiché – dans des universités à la merci des fluctuations du financement public – est de générer des fonds et de faire de leurs TTO des «*profit centers*». Si l'on en croit les nombreux articles, souvent issus de professionnels du transfert technologique universitaire, qui montent habuellement les meilleurs exemples en épingle, «*university technology transfer is hot*» et les retombées potentielles sont très intéressantes; d'ailleurs, ajoute-t-on, la plupart des universités le reconnaissent: la priorité aujourd'hui est le «*profit or perish*» (Gordon, 2004; Lester, 2003).

Or, bien que la commercialisation des productions universitaires implique des sommes considérables – 1,6 milliard de dollars par année de revenus tirés de licences aux États-Unis pour la période 2004-2007 –, elle

21. De ce côté, les promoteurs de la commercialisation des savoirs universitaires revendentiquent des retombées massives en termes d'emplois ou de richesses créées (260 000 emplois créés entre 1980 et 2000 et 40 milliards de dollars ajoutés en 1999 dans l'économie américaine selon l'AUTM: «*Innovation's golden goose*», 2002).

représente une part assez faible, quoiqu'en légère progression depuis 1991, des budgets universitaires (4,4 % des dépenses de R-D des établissements concernés par la commercialisation pour la période 2004-2007)²².

Sous ce rapport, la rentabilité des opérations de commercialisation ne permet pas, globalement, de les envisager, pour l'instant et probablement pour longtemps, comme un moyen de pallier le désengagement relatif (ou la stagnation, selon les époques) de la part du gouvernement fédéral dans le financement de la R-D, par exemple²³.

Essentiellement tirés des redevances de licences, les revenus de commercialisation des universités ne sont pas, toutes proportions gardées et sauf exception, particulièrement impressionnantes. Habituellement cédées plus tôt dans leurs phases de développement, les licences montrent des revenus des redevances et des frais de cession généralement plus faibles que dans l'industrie (Maurer et Scotchmer, 2004). De plus, ces revenus engendrent des frais divers qui demeurent flous, au total, puisque les données disponibles – sur les frais d'opérations des TTO, l'impact sur la disponibilité des professeurs, etc. – sont au mieux fragmentaires. Selon Richard Nelson (2001, p. 17) :

It is almost a sure thing that many universities are paying significantly more to run their patenting and licensing offices than they are bringing in license revenues.

Cette situation ne semble pas être une particularité nord-américaine, puisqu'une étude empirique menée auprès d'universités européennes confirme que dans la «vaste majorité» des cas, leurs revenus de redevances ne couvrent pas les coûts associés à la valorisation de leur propriété intellectuelle (Geuna et Nesta, 2003). De tels résultats, dans des établissements qui s'attendent au minimum à un autofinancement des opérations de valorisation, créent de fortes pressions sur les TTO pour maximiser leurs revenus.

Parmi les différents postes de dépenses associées à la commercialisation, se distinguent particulièrement les frais de justice entraînés entre autres par la protection de la propriété intellectuelle, qui coupent les

22. Valeurs (en dollars américains) des revenus bruts ajustés de redevances de licences du sondage de l'AUTM pour l'année 2007 (Bostrom *et al.*, 2008). En guise de comparaison, en 1991, toujours selon les données de l'AUTM, ces revenus étaient de l'ordre de la centaine de millions de dollars. Au Canada, pour la même période (2004-2007), ces revenus se chiffraient à 50 millions de dollars (CDN) par année, soit 1,4 % des dépenses en R-D des 40 universités participant au sondage de l'AUTM.

23. Au Canada, la tendance est la même : le financement fédéral (et des provinces) a stagné tout au long des années 1990 malgré les besoins croissants des universités (Thompson, 2001).

revenus de redevances d'environ 17% aux États-Unis (18% au Canada)²⁴. Rarement solides financièrement, les universités peuvent être particulièrement exposées à ce type de frais puisqu'elles sont notoirement reconnues, dans les milieux d'affaires, pour être peu agressives dans la défense de leurs brevets, incapables qu'elles sont de soutenir jusqu'au bout des procédures de plus en plus coûteuses.

Ce tableau général doit en outre être retouché pour tenir compte des disparités extrêmes des revenus de commercialisation entre les établissements. Aux États-Unis, le groupe des 100 universités ayant reçu le plus grand nombre de brevets entre 1995 et 2005 cumule plus de 90 % des brevets délivrés aux universités²⁵. De même, la part du «club sélect²⁶» des dix premières universités de ce classement varie, selon les années, entre 35 et 40 %.

Du côté des revenus, les inégalités sont encore plus criantes. En excluant deux universités (New York et Emory) ayant reçu chacune environ un demi-milliard sous forme de versement unique pour un brevet pharmaceutique pendant cette période (Mejia, Sencer, Sherer et Snell, 2007), les revenus totaux des universités (moyenne annuelle 2004-2007) passent de 1,6 à 1,0 G\$, tandis que le pourcentage des revenus totaux de R-D que ce montant représente passe de 4,4 à 2,9 %, le pourcentage médian (qui ne varie pas) étant de 1 %. De même, les dix universités qui reçoivent les revenus les plus importants (équivalant à 10% ou plus de leurs dépenses de recherche) empochent 69 % du total (59 % si l'on exclut les deux universités précitées).

Tout cela concorde avec les statistiques, maintes fois vérifiées dans les universités américaines ou canadiennes, qui montrent qu'environ une licence de brevet universitaire sur 200 (0,5 %) génère des revenus supérieurs à un million de dollars. Sous ce rapport, comme le soulignent Maurer et Scotchmer (2004), les établissements qui répondent au sondage de l'AUTM ont à peu près deux chances sur trois d'être propriétaires d'une telle licence. Ces auteurs n'hésitent pas à parler d'un véritable système de «loterie» où les universités cherchent à obtenir le plus de billets possible. En Europe, Geuna et Nesta (2003) confirment que les effets cumulatifs des disparités de revenus de redevances vont vraisemblablement exacerber les différences

24. Données pour 2003 (Stevens, 2004b).

25. D'après les données de l'AUTM pour l'année fiscale 2007 (Bostrom *et al.*, 2008).

26. Dans l'ordre: Université de Californie, MIT, Caltech, Université du Texas, Stanford, Université du Wisconsin, Johns Hopkins, Université du Michigan, Cornell et Université de Floride.

entre universités. Dans ce sens, «l'effet saint Matthieu²⁷» (au sens de R.K. Merton) de la commercialisation pourrait contribuer à déclasser des universités mal servies par leurs profils de recherche, par exemple.

Nous reviendrons plus loin sur quelques-unes des conséquences d'un tel système sur la recherche. Il reste que l'exploitation de brevets dans quelques universités a donné lieu à d'indéniables *success stories*. Outre les deux brevets mentionnés plus haut, mentionnons le brevet pour la Cisplatin, un traitement du cancer développé à l'Université du Michigan, le célèbre brevet de Stanley Cohen et Herb Boyer sur les recombinaisons de l'ADN, détenu conjointement par Stanford et l'Université de Californie et celui qui concerne la boisson Gatorade^{md}, mise au point par des chercheurs de l'Université de Floride (Nelsen, 1998).

Du côté canadien, on observe un phénomène similaire, quoiqu'à plus petite échelle. Ainsi, le brevet sur la technologie ACELP en compression de la parole, avec des redevances de 70 millions de dollars entre 2001 et 2008, a fourni à l'Université de Sherbrooke la majeure partie de ses redevances et lui a permis de se maintenir au premier rang des universités canadiennes au chapitre des revenus de licences (Nadeau, 2008).

Inversement, l'innovation universitaire a été l'occasion de bavures fameuses, comme le brevet pour le dentifrice fluoré (le futur Crest^{md}) dont le potentiel fut mal estimé par l'Université de l'Indiana et qui fera finalement la fortune de Procter & Gamble («Raking it in at patent U», 1988). Pire, le cas de l'Université de Boston (BU) et de son entreprise dérivée Seragen Inc. Fondée par des professeurs de BU, grâce à un investissement de l'établissement d'environ 85 millions de dollars (près de 20% de son fonds de dotation), pour développer des traitements contre le cancer et le psoriasis, cette «jeune poussée» finit par engloutir 150 millions de dollars et mettre sérieusement en danger la trésorerie de cette université (Blumenstyk, 1997; Press et Washburn, 2000). Les déboires de BU ne sont pas uniques: un article du *Chronicle of Higher Education* notait des cas similaires dans une dizaine d'universités parmi lesquelles le MIT, l'Université du Minnesota et l'Université Georgetown (Blumenstyk, 2003).

27. En référence à une phrase de l'Évangile selon saint Matthieu: «À celui qui a, il sera beaucoup donné et il vivra dans l'abondance, mais à celui qui n'a rien, il sera tout pris, même ce qu'il possédait.»

Les règlements sur la propriété intellectuelle dans les universités : une préoccupation récente

L'établissement de cadres réglementaires touchant la propriété intellectuelle dans les universités est bien sûr lié à l'intérêt croissant pour la valorisation des résultats de la recherche durant les trois dernières décennies du XX^e siècle. Rares avant 1970, les textes régissant la propriété intellectuelle universitaire sont devenus de plus en plus courants et de plus en plus élaborés après cette date. L'intérêt pour cette question, qui prit surtout de l'ampleur après 1980, se manifesta d'abord aux États-Unis, où il fut déclenché, de l'avis de la plupart des observateurs, par l'adoption du *Bayh-Dole Act*. En effet, en conférant d'emblée aux universités la propriété des résultats de la recherche financée par des fonds fédéraux, cette loi créait l'obligation pour les universités de revoir et de préciser le cadre général des droits en matière de propriété intellectuelle.

Les succès de la politique américaine de transfert technologique, documentés par les statistiques annuelles de l'AUTM, ont rapidement imposé un «modèle américain» que beaucoup de pays industrialisés cherchent à imiter depuis. Principal partenaire commercial des États-Unis, le Canada n'échappa pas à l'effet *bandwagon* et tenta lui aussi de mettre en place une politique et des moyens d'action pour maximiser les retombées économiques de la recherche financée par des fonds publics.

Avant la période récente, la propriété intellectuelle en matière d'inventions était déterminée au cas par cas, comme dans l'exemple bien connu de l'insuline à l'Université de Toronto dans les années 1920 (Bliss, 1984). Répondant à des préoccupations nouvelles, la réglementation des universités canadiennes a donc été élaborée sur un terreau d'expériences pratiques assez mince. Elle a été aussi largement influencée par les politiques gouvernementales.

La propriété intellectuelle et les politiques gouvernementales

Comme aux États-Unis, l'effet des investissements publics en recherche sur le développement économique du pays a fait l'objet d'un examen très minutieux de la part des gouvernements au Canada, d'autant plus que le débat s'est fixé longtemps, et de manière quasi lancinante, sur la question de la mauvaise performance canadienne en matière d'innovation technologique.

En effet, selon certaines statistiques – de l'OCDE notamment – commentées à l'envi dans les milieux politiques, cette performance aurait été assez peu reluisante dans les années 1980 et 1990²⁸. Le problème a fait les manchettes à l'époque, et diverses approches ont été mises de l'avant pour essayer de « combler l'écart », en particulier avec les États-Unis. Parmi ces approches, le gouvernement canadien essaya vers le milieu des années 1980, comme avant lui le gouvernement américain, de créer des conditions favorables à l'établissement de liens féconds entre les universités et les entreprises, l'objectif avoué étant, entre autres, de contribuer à l'innovation et à la capacité concurrentielle de l'industrie²⁹.

Alors que les États-Unis se sont rapidement donnés un dispositif législatif élaboré – comprenant notamment le *Bayh-Dole Act* – pour faire face à ce problème, le Canada opta pour une attitude moins tranchée, évitant en particulier d'aborder de front la question de la propriété intellectuelle des chercheurs. Cette solution « à la canadienne » suscita moins de réactions que la législation américaine, mais elle ne semble pas non plus avoir produit beaucoup de résultats. De fait, le bilan très sévère que le rapport Fortier (voir plus loin) dresse en 1999 sur le système d'innovation du Canada au cours des deux dernières décennies du XX^e siècle est aussi un constat peu flatteur sur les résultats de la « stratégie nationale en matière de sciences et de technologie » mise en place par Ottawa en 1984-1985³⁰. Au-delà de ces résultats mitigés, le gouvernement canadien, en essayant d'appuyer diverses initiatives en science et en technologie à partir du milieu des années 1980, verra progressivement émerger une question qui va régulièrement contrarier ses efforts pour maximiser les retombées économiques de la recherche : la propriété intellectuelle dans les universités canadiennes.

-
28. Dans les années 1990, le Canada avait l'un des pourcentages de dépenses de R-D les plus faibles parmi les pays du G7 (Gu et Whewell, 1999).
 29. À noter que le Canada avait commencé à se préoccuper de politique scientifique dès 1916, avec la création du Conseil national de recherches du Canada (CNRC). L'intervention du gouvernement fédéral s'intensifia quelque peu dans les années 1960. Le CNRC eut un « Programme laboratoire-industrie » dès 1970 (Dalpé et Ippersiel, 2000); le mouvement ne prit cependant de l'ampleur que dans les années 1980.
 30. Voir *La politique nationale en matière de sciences et de technologie*, qui définissait les objectifs du Canada en 1985. Signalons que le virage vers la « recherche pertinente » au plan économique correspond en gros à l'arrivée au pouvoir du premier gouvernement Mulroney (Fisher, Atkinson-Grosjean et House, 2001).

Un exemple qui illustre ce point est le Programme des Réseaux de centres d'excellence (RCE) créé en 1989 et toujours en place vingt ans plus tard³¹. Mis sur pied pour « amorcer une nouvelle ère de réseaux de collaboration entre les chercheurs de divers établissements et sociétés partout au pays » et pour « rehausser la performance du Canada en science et en technologie³² », ce programme va en effet s'avérer extrêmement difficile à gérer en ce qui concerne la propriété intellectuelle. En principe, les RCE visent à soutenir, pendant plusieurs années, des réseaux de chercheurs provenant d'établissements d'origines différentes pour favoriser les « activités de maillage » avec le secteur manufacturier. Le financement est mixte³³ et pour donner une idée de l'échelle, le programme soutenait à la fin des années 2000 une quinzaine de réseaux regroupant chacun de cinq à vingt universités et entreprises, et parfois jusqu'à une centaine de chercheurs.

En 1997, ce programme fut évalué par une firme de consultants qui attira l'attention sur « les tensions importantes » que les problèmes de propriété intellectuelle provoquaient, notamment dans les universités d'accueil (ARA Consulting Group et Brochu, 1998)³⁴. Dans une enquête publiée dans *Science*, Wayne Kondro va même plus loin : citant des directeurs de réseaux, il décrit une situation explosive où les conflits autour de la propriété intellectuelle représentent de véritables « *ticking time bombs* » (Kondro, 1997). En effet, la tradition canadienne laissant aux universités la plus totale liberté pour établir leurs politiques de propriété intellectuelle, il s'en est suivi un foisonnement de règles qui, ajoutent de leur côté Ketis, Rudolph et Gravelle (1998), deviennent « un champ de mines » quand il s'agit de faire collaborer des chercheurs provenant de différents établissements, que ce soit dans le cadre des RCE ou dans celui d'autres ententes. Le « réseautage » étant un des maîtres mots des politiques scientifiques contemporaines, le problème soulevé par ces enquêtes apparaît de toute

-
31. Pour un historique de la mise en place des RCE et un point de vue sur les « changements culturels » véhiculés par ce programme, voir Fisher *et al.* (2001).
 32. Communiqué du ministre d'État (Sciences et Technologie), William Winegard, 26 octobre 1989.
 33. Financés par des fonds publics, les RCE ont néanmoins la responsabilité de faire la preuve de leur pertinence en levant une partie de leur budget auprès de sociétés commerciales.
 34. À noter que la firme ARA constatait que « les problèmes semblent être moins importants dans les universités où la propriété intellectuelle appartient aux inventeurs (et plus importants lorsqu'elle appartient à l'université) ». De plus, « lorsque l'université a le droit de propriété intellectuelle », la firme soulignait des « difficultés à respecter la clause "Canada d'abord" » (ARA et Brochu, 1998).

première importance³⁵. De plus, continue Kondro, les sociétés commerciales impliquées dans ces réseaux, n'ayant aucune garantie concernant la propriété intellectuelle développée, commencent à menacer de se retirer: selon un chef d'entreprise, cité dans l'article, «*if we're just going to put in money to help our competition, it's not a smart way of doing business*». Un autre renchérit:

[...] *universities now have too much control over intellectual property and too little ability to commercialize inventions. "Most of the universities never get anything out of it," he says, "but keep demanding rights of ownership."*

En somme, un de ses programmes phares se trouvant en très mauvaise posture à l'époque, le gouvernement fédéral se devait d'agir pour tenter de forger « un consensus sur une stratégie de propriété intellectuelle "nationale" » (Kondro, 1997). Moins d'un an plus tard, à l'automne 1998, le ministre de l'Industrie John Manley annonçait la mise sur pied d'un groupe d'experts présidé par Pierre Fortier, d'Innovitech Inc., « chargé de donner des avis spécialisés objectifs sur des options qui permettraient d'optimiser les avantages économiques et sociaux de l'investissement public dans la recherche universitaire » (Conseil consultatif des sciences et de la technologie [CCST], n.d.).

Le rapport Fortier

En mai 1999, le Groupe d'experts sur la commercialisation des résultats de la recherche universitaire déposa son rapport intitulé *Les investissements publics dans la recherche universitaire: comment les faire fructifier*. Centré sur la commercialisation de la recherche, le texte faisait évidemment une très large place aux questions liées à la propriété intellectuelle, reflétant en cela les préoccupations de plusieurs membres du Groupe, parmi lesquels on retrouvait Thomas Brzustowski, président du Comité directeur des Réseaux de centres d'excellence³⁶. Le rapport, mieux connu sous le nom de rapport Fortier, déplorait le « contexte de laisser-faire » et « les politiques et pratiques universitaires diverses et incohérentes » qui règnent dans le domaine de l'innovation au Canada (Groupe d'experts sur la commercialisation des résultats de la recherche universitaire, 1999, p. 3).

35. Pour une critique de l'ascendant, sur les politiques scientifiques actuelles, de ces maîtres mots et des «gourous» qui les mettent de l'avant, voir Fisher *et al.* (2001).

36. Et président du Conseil de recherches en sciences naturelles et en génie (CRSNG).

Nécessaire pour les universités canadiennes « qui bénéficient d'un financement relativement modeste réparti avec parcimonie entre de nombreux établissements » (p. 12), la recherche en collaboration se trouve menacée, affirme le Groupe d'experts, par « l'absence de politique fédérale en matière d'appartenance et de divulgation de la PI [qui] a donné lieu à une multitude de pratiques » (p. 20). Pour les rédacteurs du rapport, l'enchevêtement des règles de propriété intellectuelle des universités est tel qu'il se traduit par des occasions de commercialisation manquées, par « des fuites de retombées vers d'autres pays [et] des litiges coûteux » (p. 20); de plus, cet enchevêtement nuit à la capacité d'innovation à long terme de l'industrie canadienne. Le problème des Réseaux de centres d'excellence est particulièrement évoqué; le rapport met en perspective les politiques de propriété intellectuelle incohérentes qui découragent « la collaboration entre le secteur industriel et le secteur universitaire [...] et la création de consortiums de R-D », alors même que « les gouvernements fédéral et provinciaux encouragent la création de partenariats [universités-industries en soutenant notamment] les Réseaux de centres d'excellence » (p. 21).

Pour le Groupe d'experts, il est donc urgent d'élaborer « un cadre stratégique de gestion de la propriété intellectuelle dans les universités » (p. 27). Ce cadre est clairement inspiré par le *Bayh-Dole Act*, et les rédacteurs du rapport espèrent d'ailleurs que leurs recommandations transformeront « la culture universitaire au Canada, comme ce fut le cas aux États-Unis à la suite de l'adoption [de cette] loi [...] en 1980 » (p. 30).

Comme dans la loi américaine, les rédacteurs du rapport limitent explicitement la portée de leurs recommandations à la propriété intellectuelle créée avec « l'aide financière du gouvernement fédéral » (p. 1), c'est-à-dire, en gros, tout ce qui est financé par les conseils subventionnaires comme le CRSNG, le CRSH, etc. Visant les formes de propriété intellectuelle « qui peuvent être protégées en vue d'une commercialisation possible », le texte inclut *a priori* le matériel pédagogique ou les notes de cours susceptibles d'être commercialisés, pour des cours en ligne par exemple, si ce matériel ou ces notes ont été réalisés grâce à des fonds fédéraux.

Un certain nombre de recommandations du rapport sont plus ou moins calquées sur le *Bayh-Dole Act*: entre autres, les droits de propriété intellectuelle doivent être octroyés « à l'université (au départ ou par voie de cession) » (p. 4)³⁷; les bénéficiaires de fonds fédéraux doivent s'engager à « assurer le plus de retombées possible pour le Canada »; le gouvernement

37. On remarque que le rapport reconnaît plus loin que des chercheurs peuvent être « aptes à commercialiser la propriété intellectuelle sans l'aide de l'université » (p. 30); il ouvre alors la porte à une rétrocession des droits de l'université au chercheur, celui-ci, agissant seul, pouvant « produire autant de retombées, sinon plus, pour le Canada sans être indûment en conflit d'intérêts ».

canadien conserve le droit d'utiliser une invention, ou encore il peut intervenir si l'inventeur ou l'université ne font pas «d'efforts raisonnables» pour développer l'invention.

Dans l'ensemble, le rapport fut très mal accueilli par les universitaires. L'Association canadienne des professeures et professeurs d'université (ACPPU, 1999) l'a tout de suite dénoncé comme «inutilement provocateur» et de nature à compromettre, à terme, l'avenir économique du pays en tarissant la source même de l'innovation: la recherche fondamentale. De même, le Comité *ad hoc* de la Fédération québécoise des professeures et professeurs d'université (FQPPU) sur la commercialisation de la recherche (2000)³⁸ a aussi vivement réagi, estimant que ses membres étaient «dépouillés» de leurs droits relatifs à la propriété intellectuelle et enfermés dans un système où ils seraient, dans la pratique, obligés de se consacrer à des recherches commercialisables sous peine de perdre le soutien des organismes subventionnaires.

Ce dernier argument n'était pas totalement dénué de fondement. Les conseils subventionnaires fédéraux qui contrôlent le financement d'une bonne partie de la recherche sont bien placés pour influer sur les cadres réglementaires des établissements en matière de propriété intellectuelle. L'approche a d'ailleurs trouvé un certain écho au Québec.

Les politiques québécoises et la propriété intellectuelle universitaire

De fait, le gouvernement fédéral n'est pas seul à essayer de simplifier les pratiques des établissements universitaires en ce qui concerne la propriété intellectuelle; une province en particulier a pris les devants dans ce domaine: le Québec.

En 2001, la *Politique québécoise de la science et de l'innovation – Savoir changer le monde* (PQSI), était adoptée; ses recommandations rejoignaient tout à fait celles du Rapport Fortier³⁹. Comme le document du CCST, la

38. Il convient de souligner que l'auteur de ce chapitre était le rédacteur du rapport de ce comité, dont faisaient par ailleurs partie les deux autres auteurs du présent ouvrage.

39. D'autres initiatives du gouvernement du Québec touchant ce domaine avaient précédé la PQSI et le *Plan d'action*, notamment la mise en place de Valorisation-Recherche-Québec, en 1999 (programme abandonné en 2005-2006), et le Rapport Nicolas – Groupe de travail du MRST sur la valorisation commerciale de la recherche et la propriété intellectuelle – en octobre 1999. Ce dernier rapport se prononçait clairement en faveur d'une propriété intellectuelle institutionnelle ou conjointe inventeur/établissement (avec une condition de cession par l'inventeur du mandat de commercialisation à l'institution) dans

PQSI visait entre autres à « harmoniser les politiques de propriété intellectuelle des universités » et à créer une « propriété institutionnelle de la PI » (MRST, 2001, p. 89-90). Cette propriété unique présente des « avantages indéniables », expliquait le ministère :

[...] en simplifiant la gestion de la PI par l'identification d'un interlocuteur unique, [la propriété unique] prévient les réclamations inattendues... [elle] offre de meilleures garanties de revenus équitables aux parties prenantes à sa création. En outre, elle peut contribuer plus efficacement à la rétention et à l'exploitation des droits de PI au Québec. (p. 91)

En vue de l'application de cette politique, le ministère québécois de la Recherche, de la Science et de la Technologie (MRST) publiait en 2002 *le Plan d'action en matière de gestion de la propriété intellectuelle dans les universités et établissements du réseau de la santé et des services sociaux ou se déroulent des activités de recherche*.

De son côté, le *Plan d'action* définissait surtout les responsabilités de chacun des partenaires en vue de faire appliquer les grands principes de la PQSI. Les trois fonds subventionnaires du Québec, qui contrôlent à peu près l'ensemble du financement public de la recherche, vont ainsi, d'emblée, être enrôlés pour « promouvoir le *Plan d'action* » et « exiger des établissements un cadre de bonnes pratiques en matière de valorisation qui respecte les objectifs d'harmonisation » (MRST, 2001, p. 17-18). D'autres acteurs se voient donner la même responsabilité, comme Valorisation-Recherche-Québec, un fonds d'investissement stratégique financé par le gouvernement du Québec, ou Génome-Québec qui a un rôle un peu similaire concernant la recherche en génomique (avec des fonds qui peuvent être à la fois publics et privés). Issus d'un programme fédéral, les Réseaux de centres d'excellence sont également mentionnés pour appuyer le *Plan d'action*. Dans tous les cas, les fonds publics destinés à la recherche ou à la valorisation sont assujettis au « respect » du *Plan d'action* ou utilisés comme levier pour le même objectif dans le cas de financement mixte public-privé.

Le document définit de manière assez scrupuleuse les responsabilités des établissements universitaires et leur donne un modèle de cadre réglementaire extrêmement détaillé qui leur laisse, en fait, assez peu de latitude. Les principales étapes vers la protection d'une création ou d'une invention sont envisagées de sorte que ce plan d'action, dont la portée est tout de même plus large, contient une véritable politique type de gestion de la propriété intellectuelle.

les universités. Ce rapport prônait également une « harmonisation » des politiques de propriété intellectuelle concernant les étudiants dans les institutions universitaires et recommandait un partage établissement-inventeur des bénéfices « autour de 50/50 ».

Le document précise ainsi le processus de divulgation, insiste sur la nécessité de diffuser l'information et se prononce pour une copropriété initiale (chercheurs/établissements) des droits sur les résultats de recherche, mais encourage fortement par ailleurs la cession des droits des chercheurs à l'établissement « dès l'amorce du processus de valorisation » (MRST, 2001, p. 13). Il définit aussi le « partage équitable des gains » (p. 21), soit 50% aux chercheurs et 50% aux établissements, prévoit la mise en place de mécanismes de règlements des différends et fait des recommandations sur l'utilisation des revenus de la valorisation. Le texte s'attarde aussi sur les droits des étudiants (propriété des titres et partage des gains) et mentionne les délais de publication des mémoires ou des thèses dont la propriété intellectuelle pourrait être valorisée (une critique récurrente de la commercialisation de la recherche universitaire). On y note également les liens établissements/entreprises en précisant les grandes lignes d'un modèle d'entente touchant la gestion de la propriété intellectuelle. En définitive, les universités peuvent retrouver là à peu près tous les éléments d'une politique interne de propriété intellectuelle ainsi que des recommandations pour leurs relations avec leurs autres partenaires.

Le document a été assez sévèrement critiqué par la FQPPU (2002), qui soulevait l'absence de deux « valeurs fondamentales » : l'autonomie universitaire et la propriété intellectuelle des chercheurs. Compte tenu du rôle dévolu aux fonds subventionnaires, le plan pouvait sembler en position d'influer sur les cadres réglementaires relatifs à la propriété intellectuelle des établissements universitaires. Un comité de suivi de l'implantation de ce plan a d'ailleurs été mis sur pied. Regroupant notamment des professeurs et chercheurs issus des diverses catégories d'établissements touchés⁴⁰, ce comité a été associé à une consultation des établissements, qui visait autant à recueillir les réactions qu'à sensibiliser les intervenants aux objectifs du plan. Après s'être réuni à quelques reprises en 2003-2004, le comité a cessé ses activités en 2005 à la faveur d'un changement de garde au Ministère, non sans avoir constaté que les grandes lignes du plan étaient déjà en place dans une bonne partie des établissements, dont ceux qui sont le plus actifs en commercialisation. Il reste que la proposition d'instaurer la propriété intellectuelle conjointe chercheurs/établissements avait suscité une forte opposition chez les chercheurs.

En fait, les établissements qui ne se conformaient pas déjà au plan d'action n'ont pas modifié leurs politiques. Parmi les trois universités qui ont adopté une politique après la parution du plan, soit l'Université du Québec à Montréal, l'École de technologie supérieure (ETS) et l'École des

40. Un des auteurs du présent ouvrage (Marc Couture) était membre de ce comité.

Hautes Études commerciales (HEC)⁴¹, la première ne s'en inspire visiblement pas ; la seconde s'en rapproche davantage, mais plus en raison des pratiques propres aux écoles de génie. Seule la troisième fait explicitement référence au *Plan d'action*, affirmant en partager les valeurs et instaurant le principe de la propriété conjointe. Mais il faut dire que dans cette école de gestion, les brevets ne constituent pas un enjeu important, et qu'elle est l'un des rares établissements où les professeurs ne sont pas syndiqués. Dans les grandes universités généralistes que sont Sherbrooke, Laval et Montréal, les politiques régissant les brevets d'invention, qui datent de quelques décennies⁴² et mériraient certainement d'être mises à jour, n'ont pas été modifiées, notamment en raison de négociations difficiles avec les syndicats⁴³.

Comme on le verra plus en détail au chapitre 10, en dépit de l'existence d'un certain nombre de convergences, les cadres réglementaires de gestion de la propriété intellectuelle demeurent donc assez variés au Québec, comme d'ailleurs dans le reste du Canada.

-
41. Université du Québec à Montréal, *Politique sur... la propriété intellectuelle* (2003); École des Hautes études commerciales, *Politique de propriété intellectuelle* (2003); École de technologie supérieure, *Politique... de propriété intellectuelle* (2004). Veuillez noter que les notices complètes des documents des universités cités dans cet ouvrage ne sont pas incluses dans la section *Références*, mais regroupées à l'annexe 3.
 42. Université de Sherbrooke, *Règlements relatifs aux brevets...* (1971); Université Laval, *Politique inventions – brevets* (1974); Université de Montréal, *Politique... sur les brevets d'invention...* (1978).
 43. À l'Université Laval, par exemple, une nouvelle politique de propriété intellectuelle a été adoptée en 1999 par le Conseil de l'Université, mais elle n'était pas entrée en vigueur 10 ans plus tard en raison de l'opposition du Syndicat des professeurs, qui doit donner son accord à toute modification de cette politique qui touche ses membres. Cette opposition était fondée en bonne partie sur la question de la titularité conjointe des inventions, comme l'indique un document du Syndicat des professeurs et professeures de l'Université Laval (SPPUL) (2006):

[L]es articles 30 à 39, tout particulièrement, suscitent des inquiétudes. Ces articles affirment clairement la propriété conjointe des inventions par l'inventrice ou l'inventeur, d'une part, et l'Université, d'autre part.

Signalons que l'Université a vainement tenté de faire disparaître ce « droit de veto » au cours de la négociation de la convention 2008-2012.

L'effet de la commercialisation sur la recherche universitaire

L'augmentation du nombre de brevets universitaires, qui ne traduit qu'une partie des activités de commercialisation universitaire, a évidemment de multiples répercussions sur le travail des professeurs-chercheurs.

Sans prétendre les traiter toutes ici, on peut relever d'abord les répercussions sur le temps que ceux-ci consacrent à la recherche et à l'enseignement. L'implication des universitaires, indispensable au stade de la recherche et de la détermination du potentiel commercial d'une découverte, est souvent nécessaire au développement vers la commercialisation de l'invention. En fait, des études montrent que la plupart des inventions universitaires sont si embryonnaires (rien de plus qu'une validation de principe) que la participation des professeurs est cruciale pour leur développement (Jensen et Thursby, 2001). En ce sens, divers incitatifs, comme un partage plus avantageux des redevances de licences, ont été mis de l'avant par les TTO pour s'assurer la collaboration d'universitaires pas toujours désireux de s'engager dans des projets de commercialisation de leurs inventions (Lach et Schankerman, 2003). Souvent perçue comme un détournement de la fonction des professeurs, cette activité reste bien sûr assez controversée dans les établissements (Press et Washburn, 2000).

Les enjeux liés à la commercialisation ont probablement aussi un effet sur le processus de prises de brevets: dans les années 1990 les TTO annonçaient un nombre de brevets par dollar consacré à la recherche dans les universités quatre fois plus élevé que dans le secteur privé (Abramson *et al.*, cités par Maurer et Scotchmer, 2004). Alors que la qualité des brevets universitaires est remise en cause dans plusieurs études, la croissance du nombre de brevets cache peut-être une dérive analogue au phénomène bien connu de la «science salami», où les résultats d'une recherche sont découpés, «saucissonnés», en leurs plus petites unités publiables possibles. Sans parler de «*least patentable unit*», Henderson, Jaffe et Trajtenberg (1998) soulignent que les brevets universitaires se sont notablement modifiés au plan qualitatif depuis les années 1980: ces brevets étaient autrefois plus souvent cités, dans des domaines plus divers, confirmant que les inventions universitaires étaient plus importantes et plus fondamentales que la moyenne. Pour leur part, Mowery et Ziedonis (2002) précisent en outre que, de plus en plus souvent, les brevets universitaires ne sont pas cités. Au-delà de la qualité des brevets, ce phénomène du «*patent or perish*», pour reprendre l'expression de Statistique Canada (1999), en limitant l'utilisation des savoirs universitaires, agit en définitive aux dépens du domaine public.

L'effet de la commercialisation sur la circulation de l'information peut poser problème compte tenu de la tradition de «communalisme» («*communism*» au sens de Merton, 1973) dans le milieu universitaire. Même

si le partage de l'information n'est jamais total, entre autres en raison de la concurrence entre chercheurs et des questions de priorité, il semblerait que les universitaires engagés dans des activités de commercialisation (contrats de recherche financés par l'industrie, prises de brevets, consultations) sont plus susceptibles que d'autres de refuser de partager leurs données ou leurs informations (Blumenthal, Gluck, Louis, Stoto et Wise, 1986; Campbell *et al.*, 2002). En effet, les exigences liées au secret industriel et à la non-divulgation des inventions que l'on souhaite breveter se conjuguent mal avec la libre circulation de l'information. En génétique, Campbell *et al.* (2002) remarquent que ces barrières empêchent parfois la vérification de recherches publiées. Réciproquement, les chercheurs qui ne se livrent pas à des activités commerciales sont généralement réticents à partager leurs informations avec des collègues qui sont engagés dans la commercialisation (Press et Washburn, 2000).

Particulièrement décriées sont les restrictions de publication entraînées par les procédures de protection de la propriété intellectuelle, en particulier quand elles affectent des travaux d'étudiants (surtout les mémoires et les thèses). Le sondage de Thursby et Thursby (2003) précise que 27 % des contrats de licences de leurs répondants comportent des clauses permettant de bloquer la publication et 44 % incluent des modalités autorisant un délai de publication. À cet égard, le retard moyen mis au jour dans cette enquête tourne autour de quatre mois et le maximum est de douze mois, ce qui rejoint les conclusions de Bowie (1994), qui indiquait que les délais sont souvent courts (de six mois à un an) sauf quand il s'agit de protéger un brevet. Comme on le verra au chapitre 10, la réglementation des universités canadiennes intègre cette dimension, tout en offrant une certaine protection aux étudiants, notamment par la limitation de la durée des délais et un droit de regard des responsables académiques.

Au-delà de cet impact négatif sur la circulation de l'information, les activités de commercialisation peuvent aussi permettre aux universitaires d'avoir accès à des informations, des banques de données ou des outils habituellement hors de portée des chercheurs ; au reste, ces activités peuvent être aussi, pour certains chercheurs, « une façon de sortir de [leur] tour d'ivoire, d'être en contact avec la "vraie vie" » (FQPPU, 2000, p. 50).

L'évidence des conséquences de la commercialisation sur d'autres aspects du travail des professeurs est souvent plus anecdotique, mais il est clair que ces activités soulèvent des questions majeures concernant l'éthique scientifique ou l'intégrité de l'institution universitaire.

Ainsi, même si les exemples restent peu fréquents, les cas de pressions pour manipuler des données ou pour passer sous silence les dangers de certains produits ou traitements médicaux constituent des développements inquiétants. Maurer et Scotchmer (2004) en évoquent plusieurs à propos

de recherches sur le tabac, qui montrent des universitaires visiblement en conflit d'intérêts dans des débats scientifiques. Mentionnons aussi «l'affaire Olivieri» à l'Université de Toronto⁴⁴, qui est venue rappeler les risques d'activités de commercialisation mal encadrées, pour le public, mais aussi pour la crédibilité de la recherche dans les universités.

L'université «entrepreneuriale» peut-elle encore défendre le domaine public?

La relation plutôt ambivalente que les universités entretiennent avec la propriété intellectuelle ne date pas d'hier: non seulement elles n'ont à peu près pas contribué à l'émergence de cette notion, mais elles ont même joué, dès le XIX^e siècle, un rôle déterminant comme fiduciaire de l'ensemble du savoir publiquement accessible et non protégé par une quelconque forme de propriété intellectuelle, en d'autres mots le domaine public.

Inspirée, entre autres, par Kant (1798/1955), la nouvelle université qui se met en place en Prusse au début du XIX^e siècle est avant tout, comme le relève McSherry (2001), une institution «rationnelle», cultivant une raison désintéressée, qui se justifie d'elle-même, par le moyen d'une méthode d'acquisition du savoir, la méthode scientifique. Aspirant à dire le vrai, cette université doit, pour asseoir et conserver sa crédibilité, et donc son indépendance, se maintenir ostensiblement à l'écart des contraintes ou des tentations de tous les pouvoirs. Pour reprendre l'expression savoureuse de McSherry (p. 53): «*to be useful, the university had to be useless*».

Institution centrale pour la recherche, cette nouvelle université devenait tout aussi importante pour le domaine public en s'imposant comme l'un des rares lieux où les «champs communaux du savoir» pouvaient être cultivés de manière active et continue⁴⁵.

Comme le note McSherry, alors même qu'elle affirmait son autonomie par rapport aux intérêts commerciaux, la nouvelle université allemande, de par son rôle dans le domaine public, légitimait l'appropriation privée de l'expression et de l'invention et permettait «*the commodification of knowledge through the construction of the uncommodifiable*» (p. 54). Critique pour sa fonction de certification de la connaissance, cette université est

44. Il s'agissait d'une controverse sur des effets secondaires d'un médicament, le deferiprone, à l'issue de laquelle la docteure Nancy Olivieri, qui s'opposait à la société pharmaceutique Apotex, a été congédiée d'un centre de recherche affilié à l'Université (Thompson, Baird et Downie, 2001).

45. La recherche fondamentale reste une source importante du domaine public: on se souvient que les lois naturelles ne peuvent faire l'objet d'un brevet et que le *copyright* protège l'expression des idées et non les idées elles-mêmes.

d'ailleurs indispensable aux firmes commerciales et industrielles. De fait, on l'a vu, les universités d'enseignement et de recherche formées sur le modèle allemand développèrent très tôt une relation suivie, quoique discrète, avec l'industrie.

Depuis deux siècles, s'est donc graduellement mis en place un système dans lequel les universités ont développé un rapport paradoxal à la propriété intellectuelle. Tout en continuant de prendre la charge (et la défense) du domaine public, elles se sont mises à utiliser de plus en plus certains dispositifs de protection, tels les brevets, pour appuyer des activités de commercialisation de plus en plus importantes. Or, les dangers ou les risques d'une telle évolution sont nombreux : effritement du statut de l'Université comme institution indépendante et neutre ; perte de crédibilité pour le monde universitaire, qui ne peut plus prétendre au désintéressement dans ses rapports avec la société ; érosion du domaine public dont elle était jusque-là un des remparts. Dans un tel contexte, la défense de la liberté universitaire peut tout aussi bien signifier la défense de la liberté d'entreprise et des intérêts individuels de ces nouveaux « propriétaires de savoirs » que sont les chercheurs-entrepreneurs, que celle des intérêts de la communauté universitaire et de la société qu'elle dessert – et qui assure la majeure partie de son financement.

Les transformations majeures décrites dans ce chapitre n'ont touché qu'un volet, important, mais minoritaire (du moins si l'on considère le nombre de chercheurs concernés) de la recherche universitaire : les inventions et autres innovations techniques présentant un intérêt commercial immédiat. Un second volet, celui de la recherche qui, sans nécessairement être dénuée de retombées concrètes à l'extérieur de la communauté scientifique, vise d'abord et avant tout l'avancement des connaissances, a connu une évolution contraire en quelque sorte. À partir du milieu des années 1990, la mainmise grandissante des entreprises commerciales (souvent privées) sur la diffusion de l'information scientifique a fait l'objet de contestations qui, à la faveur de l'arrivée de l'Internet, ont débouché sur un véritable mouvement, dont l'objectif ultime est en quelque sorte le rétablissement de la primauté du domaine public. C'est l'objet du prochain chapitre.

7

La diffusion et le partage de l'information scientifique

Marc Couture

S'il est une valeur que chérissent les scientifiques, c'est bien celle du partage de l'information au sein de leur communauté, sans égard aux frontières politiques, économiques ou sociales qui, dans d'autres sphères de l'activité humaine, entravent souvent ce partage. Cela n'empêche toutefois pas d'observer, au sein même de l'activité quotidienne de la recherche, la présence d'attitudes, de pratiques et de systèmes qui ont pour conséquence de réduire la diffusion ou l'accès à l'information et, par conséquent, son partage. Et c'est la plupart du temps en invoquant la notion de propriété de cette information que l'on justifie ces situations. Mais tout d'abord, il faut définir en quoi précisément consiste cette «information scientifique¹» que l'on souhaite – ou souhaiterait – mieux partager.

Il convient de distinguer deux types d'information scientifique : d'une part, les données de recherche ou les informations sur celles-ci ; d'autre part, les descriptions des recherches. Pour ces deux types d'information, les enjeux sont similaires. Tout d'abord, à qui appartient l'information ? A-t-elle même un propriétaire ? Le cas échéant, qu'est-ce que cette propriété permet de faire, ou d'empêcher ? Comment faire en sorte que les pratiques et les règles touchant la gestion de cette information en favorisent la diffusion et le partage ? Finalement, comment tirer profit des technologies de

1. Dans ce texte, le qualificatif «scientifique» désigne tant ce qui relève des sciences de la nature (incluant les mathématiques) que des sciences humaines et sociales ainsi que, dans d'autres domaines comme les arts et la littérature, les activités qui ont adopté un mode de fonctionnement similaire, notamment le recours à l'évaluation par les pairs fondée sur des critères faisant consensus dans la discipline concernée.

l'information et des communications, notamment l'Internet, qui offrent la possibilité d'accéder à de formidables quantités d'information d'une manière conviviale, sans contrainte de temps ou d'espace ?

Nous traiterons dans un premier temps des *descriptions des recherches*, qui se divisent en deux grandes catégories :

- les descriptions des objets, systèmes ou méthodes créés, construits ou mis au point lors de la recherche, que l'on retrouve dans les thèses et les mémoires, les rapports techniques, les demandes de brevets, etc. ;
- les descriptions de l'ensemble d'une recherche, incluant les sources, les hypothèses et questions de recherche, les travaux accomplis ainsi que les résultats² et conclusions obtenus, qui font l'objet des divers types de communication scientifique : communications orales prononcées dans les congrès ou colloques, avec ou sans comptes rendus, articles dans des revues scientifiques, chapitres d'ouvrages collectifs, livres et manuels, communications, articles ou livres de vulgarisation, etc. ; ces descriptions portent notamment sur le contexte, les justifications, les analyses, les interprétations et les conclusions de la recherche.

Nous examinerons en premier lieu ce qu'il en est des descriptions des recherches, en nous intéressant tout particulièrement aux publications scientifiques (notamment les articles)³. Nous aborderons ensuite la problématique des données de recherche, où les notions de propriété et de gestion peuvent être rattachées non seulement à des considérations de nature juridique, mais aussi à des préoccupations relevant de l'éthique et de la probité scientifiques. Nous verrons que dans les deux cas, de nouveaux modèles de diffusion et d'accès sont en voie de révolutionner la dynamique des échanges d'information scientifique.

-
2. L'expression «résultats de recherche», que l'on rencontre souvent dans les discussions entourant la diffusion des informations scientifiques, est particulièrement élastique. À un extrême, elle désigne uniquement le résultat final du traitement ou de l'analyse des données, qui fonde la discussion et la conclusion des travaux ; à l'autre, elle englobe tous les produits (ou extrants) de la recherche, des données brutes aux publications.
 3. La diffusion des descriptions d'inventions et d'autres innovations techniques (comme les obtentions végétales) constitue un enjeu très différent, qui est traité au chapitre 6.

La diffusion et l'accessibilité des publications scientifiques

Les scientifiques et, avant eux, les « philosophes » et « savants » qui se sont voués à l'avancement des connaissances, ont compté de tout temps sur l'écrit tant pour établir un dialogue avec leurs pairs que pour s'assurer que leurs idées étaient diffusées auprès de leurs contemporains et léguées à leurs successeurs. Des manuscrits médiévaux patiemment recopiés et enluminés à la main, on est passé aux ouvrages imprimés : livres d'abord, aux XV^e et XVI^e siècles, mais aussi, à compter du milieu du XVII^e siècle, périodiques rendant compte des séances des sociétés savantes comme les *Philosophical Transactions* de la Royal Society anglaise et les *Mémoires* de l'Académie royale des sciences française (Guédon, 2001). C'étaient là les ancêtres des revues scientifiques qui allaient devenir, à partir du XX^e siècle, le véhicule par excellence de la communication scientifique, en sciences de la nature d'abord, mais aussi en sciences humaines et sociales, quoique dans ce domaine les monographies continuent d'y jouer un rôle important, sinon dominant (Larivière, Archambault, Gingras et Vignola-Gagné, 2006).

Or, ces publications obéissent à une dynamique complètement différente de celle des œuvres littéraires (au sens courant du terme) de même type – revues, magazines ou livres – que l'on retrouve sur le marché. En effet, ces dernières sont créées par des auteurs qui visent à en tirer un revenu, parce qu'il s'agit là de leur gagne-pain, ou du moins d'une activité analogue à un emploi secondaire auquel ils consacrent une bonne partie de leur temps libre. De leur côté, les maisons d'édition acceptent de publier, parmi les œuvres qui leur sont soumises, celles qui sont susceptibles de générer des revenus suffisants pour, selon le cas, assurer leur simple survie ou générer les profits attendus des entreprises qui les gèrent. On le voit, il s'agit là d'une transaction essentiellement économique entre l'auteur et la maison d'édition, où le droit d'auteur constitue la monnaie d'échange. Cette transaction fait l'objet de négociations dont l'enjeu est avant tout l'importance des redevances versées à l'auteur en échange de la cession de son droit d'auteur ou de l'octroi de la licence permettant à l'éditeur de faire son travail, c'est-à-dire produire et diffuser l'œuvre.

Pour les œuvres à caractère scientifique ou disciplinaire, à quelques exceptions près (manuels, articles de vulgarisation), la situation est complètement différente. Tout d'abord, les auteurs sont en règle générale des employés déjà rémunérés, le plus souvent à partir d'un financement public, pour un travail qui comprend normalement la création de ce genre d'œuvres. On songe bien sûr aux professeurs et chercheurs universitaires, mais on peut aussi inclure les chercheurs des entreprises et des centres de recherche, de même que les étudiants qui créent ces œuvres dans le cours de leurs études. Ensuite, ces auteurs n'espèrent pas retirer d'avantage financier direct de la publication de ces œuvres ; leur intérêt réside plutôt

dans la satisfaction des critères présidant à la progression de leur carrière (obtention d'un diplôme, embauche, renouvellement de contrat, octroi de la permanence, promotion, subventions de recherche) et dans l'atteinte d'une notoriété dans leur domaine, qui se manifeste entre autres par toute une panoplie de prix et distinctions. Cette notoriété est favorisée en partie par le nombre d'œuvres publiées, mais aussi par le nombre de citations que celles-ci reçoivent et la réputation des maisons d'édition ou des revues qui les ont acceptées. Ces dernières, par ailleurs, ne cherchent pas directement à sélectionner des œuvres susceptibles individuellement d'augmenter leurs ventes. Ce qu'elles désirent plutôt, c'est convaincre les acheteurs potentiels, essentiellement les bibliothèques des universités et établissements de recherche, de la pertinence et de la qualité générale des œuvres qu'elles publient. Elles tentent d'obtenir cette reconnaissance par la réputation de leurs équipes éditoriales, formées en majorité de chercheurs qui acceptent d'évaluer bénévolement les manuscrits soumis, par leur facteur d'impact (le nombre moyen de citations par article)⁴ et par le taux de rejet de ces manuscrits, qui peut atteindre plus de 90 % pour les revues les mieux cotées.

Dans ces conditions, on peut penser que le recours au droit d'auteur comme monnaie d'échange constitue une simple formalité: l'auteur qui recherche à la fois la plus grande reconnaissance et la plus large diffusion pour ses travaux ne trouve pas *a priori* exorbitant d'avoir à céder son droit d'auteur sans compensation – condition encore exigée dans la plupart des cas – dans la mesure où cela constitue le meilleur, sinon le seul moyen d'atteindre ces objectifs.

Ainsi, malgré certaines critiques portant non pas sur les enjeux relatifs au droit d'auteur, mais plutôt sur le processus d'évaluation par les pairs, que l'on estime responsable des longs délais de parution et dont on met parfois en doute la capacité d'assurer la qualité de l'ensemble des œuvres publiées, le système décrit plus haut a fonctionné sans soulever de contestation majeure dans la communauté des chercheurs jusqu'à la fin du XX^e siècle. Une nouvelle conjoncture, culminant avec ce qu'on a appelé la «crise des périodiques», allait alors apporter de l'eau au moulin des partisans de nouveaux modes de diffusion de ces œuvres.

4. Il s'agit du nombre moyen de citations reçues une année donnée par les articles qui y sont parus au cours des deux années précédentes. La pertinence de ce nombre comme mesure de qualité d'une revue, et encore plus d'un chercheur qui y publie ses articles, est fortement contestée (Archambault et Larivière, 2009). Il n'empêche que ce facteur joue, du moins dans certains domaines, un rôle important dans les décisions des chercheurs, que ce soit pour le choix d'une revue ou dans l'évaluation du dossier de publications d'un collègue.

La « crise des périodiques »

Jusqu'au milieu des années 1980, malgré l'augmentation exponentielle du nombre de revues et d'articles publiés, les bibliothèques universitaires, dans le sillage de la croissance générale du financement de la recherche universitaire (voir le chapitre 6), ont pu continuer à assurer aux chercheurs une disponibilité suffisante des revues et monographies disciplinaires et, partant, la large diffusion recherchée par les auteurs. Mais à partir de cette époque on a assisté à une augmentation soutenue du coût moyen des abonnements trois fois supérieure au taux d'inflation⁵ (Dingley, 2005 ; Van Orsdel et Born, 2008), augmentation que l'accroissement des budgets des bibliothèques n'est pas arrivé à combler, d'autant plus que le nombre de revues, lui, continuait de croître. Les conséquences de cette spirale n'ont pas tardé à se manifester dans les bibliothèques sous forme d'annulations d'abonnements et de coupures dans les achats de monographies, ces dernières entraînant à leur tour une « crise des monographies », peut-être moins criante, mais bien réelle (McPherson, 2003). Cette situation inquiétante touche non seulement les établissements moins bien nantis, mais aussi certaines grandes universités traditionnellement bien pourvues à ce chapitre ; elle affecte d'une manière particulièrement cruelle les établissements des pays en développement.

Bien que plusieurs facteurs aient été avancés pour expliquer cette situation, on n'a pas tardé à mettre en cause un phénomène nouveau, observé dans bien d'autres sphères : la privatisation de l'édition scientifique et sa concentration, au gré des achats et fusions, entre les mains de quelques grandes maisons d'édition (McCabe, 2002). Comme le montre le tableau 7.1, cinq maisons d'édition, dont les quatre premières ont toutes fait l'objet de fusions ou d'acquisitions entre 2000 et 2007, publient à elles seules environ 7 000 revues, soit près du tiers de toutes les revues scientifiques, dont le nombre est estimé à 24 000 (Björk, Roos et Lauri, 2008). Dans les domaines regroupés sous l'appellation STM (sciences de la nature, techniques et sciences médicales), la part du marché de ces cinq géants (sur un total de plus de 2 000 éditeurs) est encore plus grande : on l'estimait à plus de 40 % en 2002.

Mentionnons également que beaucoup de revues sont publiées par des organismes à but non lucratif, associations disciplinaires ou presses universitaires, qui offrent cette activité comme un service parmi d'autres à leurs membres. Cette activité est souvent en même temps une source importante de revenus, servant à financer d'autres opérations moins

5. Cette situation touche toutes les disciplines, avec des augmentations annuelles moyennes comprises entre deux et quatre fois le taux d'inflation (Dingley, 2005).

Tableau 7.1

Nombre de revues publiées par les principales maisons d'édition scientifique commerciales et part du marché estimative dans les domaines scientifique, technique et médical (STM)

Éditeur	Tous domaines ^a	STM ^b	% du marché
	<i>n</i>	<i>n</i>	
Elsevier	2 350	1 347	18
Springer	1 700	878	11
Wiley-Blackwell	1 400	620	8
Taylor & Francis	1 000	351	5
Sage	500	123	2
Sous-total	7 000	3 319	43
Autres	~ 17 000	4 391 ^c	57
Total	~ 24 000^d	7 710	100

^a Données recueillies en décembre 2008 sur les sites Web des éditeurs.

^b Mise à jour, avec prise en compte des fusions et acquisitions subséquentes survenues depuis, de l'estimation présentée dans OFT (2002), sur la base des revues indexées par l'Institute for Scientific Information (ISI).

^c Publiées par 2 028 éditeurs.

^d Données du répertoire Ulrich pour 2007 ; voir Björk, Roos et Lauri (2008).

rentables. Ces organisations qui, à deux exceptions près (les presses des universités d'Oxford et de Cambridge), publient moins d'une centaine de titres, ont elles aussi imposé au cours de cette période des augmentations de tarifs significatives, quoique plus modérées.

Pour justifier leur existence et, pour les plus importantes, leur prix (ou leurs profits), les maisons d'édition invoquent l'importance des quatre fonctions qu'elles remplissent : diffusion bien sûr, mais aussi authentification, évaluation et conservation (Goodman, 2004). Et, il faut l'admettre, bien que l'évaluation par les pairs soit effectuée de manière complètement bénévole, la gestion de tout le processus allant de la réception d'un manuscrit à sa publication entraîne un coût non négligeable⁶. Cependant, le fait que les prix ont augmenté trois fois plus vite que le coût de la vie paraît

6. Dans une étude bien documentée sur l'édition dans le domaine des sciences, technologies et médecine (STM), le Wellcome Trust (2004) estime les coûts de l'évaluation à 175 \$US par manuscrit et les coûts de publication à 600 \$US par article paru, le coût total par article publié se situant entre 1 000 et 2 000 \$US selon le taux d'acceptation des manuscrits.

difficile à justifier, d'autant plus que cela a pour conséquence directe une diminution de l'accès aux descriptions des recherches, donc des retombées de celles-ci.

Face à cette situation jugée de plus en plus intolérable, une solution fondée sur la généralisation de pratiques déjà en place – mais marginales – a été proposée au cours des années 1990 et promue depuis : la diffusion en accès libre⁷ (voir l'annexe 6). Cette proposition, qui a entraîné au début des années 2000 la naissance d'un véritable mouvement, a rapidement commencé à révolutionner le monde de la publication scientifique. S'appuyant sur l'immense potentiel du Web, elle favorise deux moyens complémentaires pour atteindre son objectif de rendre l'entièreté des publications scientifiques accessibles gratuitement :

- le dépôt par les chercheurs eux-mêmes (on parle alors d'auto-archivage), ou en leur nom, d'une copie des documents publiés ou en voie de l'être, dans une archive (ou répertoire) numérique garantissant l'accès gratuit ;
- la publication dans des revues en ligne offrant l'accès gratuit aux articles qu'elles publient, que ceux-ci soient ou non également diffusés sur support imprimé.

Dans les deux cas, et contrairement à un préjugé largement répandu, l'évaluation par les pairs n'est aucunement remise en question ; mieux encore, elle est parfois enrichie par l'ajout d'une discussion ouverte précédent et (ou) suivant l'acceptation des articles. Examinons donc en quoi consistent ces deux voies privilégiées vers l'accès libre qui, combinées, rendaient accessibles gratuitement près de 20 % des articles scientifiques publiés en 2006, selon l'estimation de Björk *et al.* (2008).

Les archives et répertoires de publications scientifiques : des serveurs de prépublications à l'Open Archives Initiative

L'histoire des archives⁸ de publications scientifiques remonte aux années 1960, alors qu'on assiste, dans le domaine de la physique des hautes énergies, à la mise en place d'un système parallèle de distribution de

-
7. Aux fins de ce chapitre, nous adopterons la définition d'accès libre promue par Harnad, et qui est la plus couramment employée, soit l'accès (en ligne) gratuit, immédiat et permanent au texte intégral d'une œuvre, délaissant, sauf mention contraire, la dimension « autorisations consenties aux usagers ».
 8. Aux fins de cet ouvrage (mais cette nomenclature n'est pas universelle), on distingue les *archives*, qui hébergent des documents, et les *répertoires*, qui regroupent uniquement des références, plus ou moins complètes (on parle aussi de métadonnées, quand ces références sont analogues à des informations bibliographiques), à des documents hébergés ailleurs.

prépublications (*preprints*), c'est-à-dire des manuscrits (en version imprimée, à l'époque) soumis à des revues, mais non encore acceptés (Till, 2001). Ce système a été enrichi dans les années 1970 par la création d'une base de données bibliographiques accessible en ligne puis celle, au début des années 1990, d'un site d'archivage des versions numériques des documents (ou *eprints*)⁹ hébergé par le Los Alamos National Laboratory, un des plus importants laboratoires de recherche militaire américains (Luce, 2001). L'archive, appelée arXiv, a été depuis transférée sur un serveur de l'Université Cornell. Précisons que dans arXiv, les auteurs ne font pas que déposer des manuscrits soumis à des revues ; de plus en plus ajoutent (ou y substituent) la version acceptée et révisée après évaluation, appelée postpublication (*postprint*), en indiquant la référence à la revue ayant publié l'article.

Cette archive, qui a dépassé la barre du demi-million de documents en octobre 2008, est encore majoritairement consacrée à la physique théorique et à l'astrophysique – elle est même devenue le moyen privilégié de communication scientifique au sein de groupes de chercheurs de ces domaines. Elle s'est étendue avec le temps à la plupart des domaines de la physique ainsi qu'aux mathématiques, à l'informatique¹⁰ et à la biologie quantitative, sans toutefois y occuper, et de loin, la même place que dans la communauté qui en est à l'origine¹¹.

-
9. La terminologie en ce domaine n'est pas encore normalisée. Kling (2004), dans une intéressante discussion sur les différentes catégories de documents correspondant aux étapes du processus menant de la recherche à la publication, propose de réserver le terme « prépublication » aux articles acceptés (donc qui seront publiés), et suggère d'appeler *e-scripts* ces « manuscrits » électroniques.
 10. Il convient de souligner que les chercheurs en informatique pratiquent depuis les années 1980 une forme d'autoarchivage « anarchique », déposant leurs articles dans des sites Web personnels ou institutionnels non structurés. Ces articles peuvent par la suite être repérés par des services spécialisés, comme le répertoire CiteSeer^x (voir plus loin), ou généraux, comme les outils de recherche Google et Google Scholar.
 11. En guise d'exemple, parmi les 441 documents déposés le 23 octobre 2008 dans arXiv, on comptait 306 articles en physique (69 %), dont les deux tiers relevaient de trois domaines (astrophysique, matière condensée et physique des hautes énergies), contre 107 en mathématiques et statistique (24 %) et 28 seulement (6 %) dans les autres disciplines (informatique, biologie quantitative). En guise de comparaison, Till (2001) arrivait, pour 1991-2000, à un pourcentage de 90 % en physique (dont les 4/5 dans les trois mêmes disciplines principales) et 9 % en mathématiques.

Deux autres archives, créées au milieu des années 1990, jouent un rôle similaire en sciences humaines et sociales (les nombres indiqués datent de la fin de 2008) :

- SSRN (Social Science Research Network), une archive centralisée comme arXiv, qui héberge près de 200 000 articles en texte intégral (pré- ou postpublications) relevant d'une quinzaine de disciplines ;
- RePEc (Research Papers in Economics), un répertoire qui n'héberge pas de documents mais donne accès, via un réseau d'archives institutionnelles, à près de 400 000 articles et 300 000 prépublications (appelées *working papers*) en économie.

Dans le domaine des sciences de la vie, une expérience semblable à celle qui a donné naissance à arXiv a été menée dans les années 1960, pour être rapidement abandonnée à cause de l'opposition des revues traditionnelles et des réticences de nombreux chercheurs du domaine (Till, 2001). Deux initiatives similaires, la première, en chimie, mathématiques et informatique, Preprint Archive, lancée en 2000 par la maison d'édition Elsevier, la seconde en sciences de la vie, cette fois par le *British Medical Journal*, ont été interrompues après quelques années en raison du nombre insuffisant de dépôts (moins de 100 en quatre ans pour la seconde archive). Une nouvelle tentative (juin 2007) dans le domaine des sciences de la vie, Nature Precedings, de la prestigieuse revue britannique *Nature*, est à suivre. Toutefois, le taux de dépôt de documents, bien que plus élevé que ce qu'ont connu les deux expériences précédentes, n'est peut-être pas de très bon augure : Nature Precedings a reçu durant ses deux premières années environ 1 000 prépublications, soit à peu près le nombre de dépôts effectués en six jours dans arXiv.

S'il n'existe pas d'archives équivalentes à arXiv et RePEc dans d'autres disciplines, notamment en chimie et en sciences de la vie, on retrouve néanmoins quelques ressources remplissant en partie ce rôle, dont notamment deux répertoires :

- E-prints Networks de l'Office of Scientific Information du US Department of Energy, qui permet de chercher parmi 5 millions de documents dans des milliers de sites, tant d'organisations que de chercheurs individuels, dans les domaines d'intérêt du ministère (physique, chimie, biologie, sciences de la vie, sciences des matériaux, etc.) ;
- CiteSeer^x, qui joue le même rôle en informatique, en donnant accès à plus d'un million de documents.

À partir des années 2000, une communauté militante a mis de l'avant la création d'archives de portée plus restreinte, facilitée par la disponibilité d'outils informatiques conviviaux et gratuits et la mise un point d'un

protocole assurant leur interopérabilité¹². Ces archives reposent généralement sur le principe de l'autoarchivage, c'est-à-dire que les auteurs y déposent eux-mêmes leurs documents. La plupart d'entre elles, dites institutionnelles, sont rattachées à un établissement, généralement une université ou un centre de recherche. Le Canada compte ainsi deux douzaines d'archives liées à des établissements universitaires, dont Archipel, à l'Université du Québec à Montréal, Papyrus, à l'Université de Montréal, et T-Space, à l'Université de Toronto.

D'autres archives sont dites centralisées. Certaines sont nationales, telles HAL, mise en place par le CNRS français (voir Baruch, 2007), et NARCIS aux Pays-Bas. D'autres sont liées à une organisation, comme l'archive PubMed Central, mise sur pied par les National Institutes of Health (NIH) américains, en conformité avec les politiques que cet organisme a adoptées au milieu des années 2000, et qui accepte notamment les postpublications présentant les recherches qu'il a financées. Le Canada compte une poignée d'archives de ce type, dont la plus importante (et de loin) est la Bibliothèque numérique du Centre de recherche pour le développement international (CRDI) qui, à la mi-2009, comptait environ 8 000 documents en texte intégral.

Le fait que des manuscrits peuvent être rendus publics avant d'avoir subi une évaluation par les pairs est régulièrement mentionné dans les arguments des opposants à ce mode de diffusion (McMullan, 2008). De fait, il existe tout au plus des systèmes de validation qui veillent à s'assurer de la pertinence ou du caractère « approprié » des documents déposés ; dans arXiv, par exemple, ce système de validation est doublé, depuis 2004, d'un système d'endossement des nouveaux déposants. Les gestionnaires des archives n'effectuent toutefois aucune évaluation détaillée du contenu des documents.

Pourtant, rien ne permet de croire que le progrès des connaissances dans les domaines où les prépublications jouent un rôle important, voire de premier plan, souffre du fait que les chercheurs prennent connaissance des travaux de leurs collègues avant que ceux-ci n'aient été évalués. Il faut aussi souligner que la plupart des documents déposés dans ces archives finissent par être publiés (donc évalués), quand ils ne l'ont pas déjà été au moment de leur dépôt. Mais on peut sans doute s'interroger sur la pertinence de ce modèle dans d'autres domaines (Pinfield, 2001), entre autres dans la recherche en santé, où l'on invoque les risques associés à l'application possible de résultats qui se révéleraient erronés.

12. La plupart de ces archives se conforment au protocole Open Archives Initiative (OAI), qui permet de traiter l'ensemble des archives, aux fins de repérage de documents ou d'exploration de données (*data mining*) notamment, comme s'il s'agissait d'une seule et même archive centralisée.

Cependant, cette nouvelle pratique n'est pas sans mettre en cause la pertinence de l'évaluation par les pairs, ou du moins sa consécration comme seul et unique moyen de contrôle de la qualité, un moyen qui fait par ailleurs l'objet de nombreuses critiques et dont les effets réels demeurent difficiles à cerner en dépit de nombreuses études consacrées au sujet (Jefferson, Alderson, Wager et Davidoff, 2002). En fait, cette possibilité de soumettre un manuscrit aux commentaires d'un large public avant (ou en même temps) qu'à une évaluation « traditionnelle » par un comité de lecture anonyme peut être vue comme une simple extension de la pratique de soumettre privément les manuscrits à des collègues. Des systèmes combinant de manière intéressante ces deux types d'évaluation, par exemple en invitant les évaluateurs à prendre part à la discussion publique sur un manuscrit, ont d'ailleurs été instaurés avec succès par un certain nombre de revues (Harnad, 1998 ; Poschl, 2004).

Outre les prépublications et postpublications, les archives accueillent aussi d'autres types de documents décrivant des recherches, comme des thèses et mémoires, des rapports et notes de recherche, des *works in progress* (appelés « *working papers* » dans certains domaines), des textes de communications (non parus dans des actes), etc. Bien que ces documents soient parfois qualifiés de « littérature grise », une expression à connotation péjorative, on en a souligné à maintes reprises l'intérêt, ne serait-ce parce qu'on peut y trouver des informations plus détaillées sur les travaux et résultats de recherche que ce qui est décrit, souvent de manière succincte, dans les articles. Certaines archives hébergent également des entités qui se rapprochent davantage des données de recherche, comme des photos, des enregistrements audio ou encore des descriptions de molécules. Ainsi, l'archive institutionnelle de l'Université de Cambridge héberge la collection World Wide Molecular Matrix (WWMM), formée de 175 000 fichiers décrivant des molécules, comptant pour plus de 80 % du contenu de l'archive.

À la fin de 2009, on comptait selon les données du Registry of Open Access Repositories (ROAR) plus d'un millier de ces archives ou répertoires, regroupant près de 20 millions d'enregistrements, dont une partie significative¹³ sont associés à un document en texte intégral décrivant des résultats de recherche.

13. Le nombre exact de documents présentant des résultats de recherche accessibles en texte intégral est cependant très difficile à évaluer compte tenu de la diversité des entités que contiennent les répertoires et archives et de la redondance entre le contenu des répertoires et celui des archives qui, souvent, les alimentent. Une analyse sommaire du contenu des 20 plus grands répertoires ou archives inscrits au Registry of Open Access Repositories (ROAR), comptant pour environ 50 % des enregistrements, indique qu'environ la moitié d'entre eux correspondent à des documents de ce type.

C'est beaucoup, mais peu en même temps si l'on songe que d'après l'estimation de Björk *et al.* (2008), environ 1,5 million d'articles paraissent chaque année dans les revues scientifiques avec comité de lecture, et qu'une grande partie des archives – surtout les archives institutionnelles – contiennent très peu de documents. En fait, c'est là le problème principal de cette approche: malgré les avantages indéniables qu'ils peuvent en retirer, dont notamment des taux de citations jusqu'à trois fois supérieurs à ce que procure le mode traditionnel (Harnad et Brody, 2004), et le peu de temps que requiert le dépôt des documents¹⁴, les chercheurs sont peu nombreux à utiliser les archives institutionnelles mises à leur disposition. On estime (Björk *et al.*, 2008; Sale, 2005) qu'au plus 15% d'entre eux vont autoarchiver leurs documents «spontanément» (euphémisme qui cache en réalité tout un travail de sensibilisation). L'expérience de l'auteur de ce chapitre, qui a participé à la mise en place et à la promotion d'une archive institutionnelle dans une université québécoise, montre que même après quelques années d'opération, ce taux modeste peut être encore loin d'être atteint.

Cette situation s'explique en partie par la simple ignorance (Swan et Brown, 2004) ou les préjugés, notamment quant à la difficulté ou la lourdeur appréhendées (mais non fondées) des opérations requises, ou encore (Pinfield, 2001) quant à la légalité de cette opération qui ne peut être effectuée qu'avec l'autorisation du titulaire du droit d'auteur. La crainte que cette diffusion élargie accroisse le risque de voir ses travaux plagiés est également invoquée, surtout dans les domaines où, selon l'approche adoptée, l'argumentation peut jouer un rôle aussi important, sinon plus, que les résultats empiriques¹⁵.

Il faut aussi mentionner à cet égard que la politique éditoriale de certaines revues comprend la règle dite d'Ingelfinger¹⁶, selon laquelle un manuscrit ne sera pas considéré si son contenu a déjà fait l'objet d'une publication – ce qui peut inclure la diffusion en ligne au moyen d'un site Web personnel ou d'une archive. Bien que ces revues soient globalement peu nombreuses, elles occupent dans certains domaines une place significative. On songe ici notamment à la chimie: les 36 revues de l'American Chemical Society (ACS) appliquent toutes diverses variantes, plus ou

14. Selon l'étude de Carr et Harnad (2005), la durée moyenne de l'opération est de 10 minutes par dépôt, excluant le temps pouvant devoir être consacré à la recherche du fichier et à la vérification de son contenu.

15. Ce à quoi on peut rétorquer que s'il est raisonnable de penser que l'accès libre accroît le risque de plagiat, il est tout aussi raisonnable de soutenir qu'il en facilite la détection.

16. Du nom du directeur du *New England Journal of Medicine*, qui l'a promulguée en 1969.

moins strictes, de cette règle. Certaines vont jusqu'à préciser qu'une prépublication déposée dans une archive institutionnelle, même «diffusée» sous le mode de l'accès restreint (voir plus loin), constitue une publication. Bien que dans la plupart de ces revues on parle d'une application au cas par cas plutôt que d'une règle automatique, on comprendra facilement la réticence des chimistes à l'égard de l'autoarchivage.

Pour augmenter le taux de dépôt, une sensibilisation des chercheurs à ces enjeux est certes nécessaire, mais en pratique seules deux stratégies se sont révélées efficaces.

La première consiste à fournir une assistance aux chercheurs dans cette tâche, ce qui, à la limite, signifie repérer les articles produits par les chercheurs et les déposer pour eux dans l'archive, avec leur autorisation. C'est la voie qu'a empruntée Archimer, l'archive institutionnelle de l'Institut français de recherche pour l'exploitation de la mer (Ifremer), qui a atteint un taux de dépôt de 80 %, il est vrai au prix d'efforts et de ressources considérables (Merceur, 2008).

La seconde repose sur l'adoption d'une exigence (*mandate*) relative à l'autoarchivage des postpublications¹⁷. Cette exigence peut provenir d'un établissement (centre de recherche ou université) ou d'une composante de celui-ci, comme une faculté ou un département. C'est la voie qu'avaient suivie, à la mi-2009, une cinquantaine d'établissements, européens et américains surtout. Le premier, en 2003, a été la School of Electronics and Computer Science de l'Université de Southampton, au Royaume-Uni. A suivi, en 2004, la première exigence couvrant toute une université, l'Université do Minho, au Portugal. Des universités prestigieuses, Harvard et MIT au premier chef, ont emboîté le pas quelques années plus tard. Selon le cas, l'initiative provient de la direction de l'établissement, comme à l'Université de Liège, dont le recteur Bernard Rentier est un fervent défenseur de l'accès libre, ou du corps professoral lui-même, comme à Harvard et au MIT. L'expérience des premiers établissements ayant adopté cette exigence montre que des taux de 80 % et plus peuvent être atteints, à la condition que la politique rende obligatoire le dépôt, plutôt que de seulement le demander ou l'encourager (Sale, 2005).

L'exigence de dépôt peut aussi provenir des organismes de financement de la recherche ; une partie de l'initiative en la matière est venue du côté des sciences biomédicales, sous l'effet de pressions du public (Guédon, 2008). Le premier (en 2005) fut le Wellcome Trust britannique, suivi en 2006-2007 par la majorité des sept conseils subventionnaires du Royaume-

17. Une liste des organismes et des établissements ayant adopté une exigence de dépôt est disponible dans le site Registry of Open Access Repository Material Archiving Policies (ROARMAP).

Uni. De leur côté, après une période où le dépôt a été simplement recommandé, les NIH américains, le plus grand organisme de financement au monde, et leur pendant canadien, les Instituts de recherche en santé du Canada (IRSC)¹⁸, ont adopté en 2008 des exigences de dépôt dont l'effet s'est rapidement fait sentir («PubMed Central submissions...», 2008)¹⁹. À la mi-2009, une trentaine d'organismes de financement privés ou publics exigeaient ainsi que les chercheurs déposent dans une archive une copie des publications découlant des travaux qu'ils financent. L'adoption de telles exigences a fait également l'objet d'un projet-pilote de la Commission européenne, mené au sein de son 7^e programme-cadre de recherche (2007-2013), de même que d'une recommandation de l'Association des universités européennes (EUA, 2008).

Il convient de mentionner que les maisons d'édition, du moins aux États-Unis et au Royaume-Uni, ont mené d'importantes opérations de lobbying pour empêcher, sans succès, l'adoption des telles exigences, ou encore en diminuer la portée (Albanese, 2009; Giles, 2005).

Au Canada, l'exemple des organismes de financement du domaine biomédical ne s'est pas étendu aux autres domaines. Le Conseil de recherches en sciences humaines a bien adopté en 2004 une «politique de libre accès», mais celle-ci ne consiste en fait qu'en un énoncé de principe très général dont on ne saisit pas facilement la portée, en l'absence de précision sur ce qu'inclut la notion de «résultats de recherches» (CRSH, 2008):

La politique de «libre accès» du CRSH vise à accroître l'impact des connaissances issues de la recherche sur la société en rendant l'ensemble des résultats des recherches financées par le gouvernement facilement accessibles au public. Ces résultats sont disponibles gratuitement et en permanence dans Internet.

Soulignons que le CRSH a tout de même adopté en 2007 une mesure concrète en matière d'accès libre, en appuyant la diffusion sous ce mode lors de la révision de son programme d'aide aux revues. Mentionnons également la mise en place en 2008 de l'archive de publications électroniques du Conseil national de recherches du Canada, NPArc (CNRC, n.d.).

-
18. Suivis peu de temps après par le Fonds de recherche en santé du Québec (FRSQ).
 19. Notons que les NIH imposent le dépôt dans l'archive centralisée PubMed Central, alors que les IRSC permettent aux chercheurs de choisir entre cette archive et l'archive institutionnelle de leur établissement.

Bien que plusieurs signes concourent à cette conclusion, il est encore trop tôt pour savoir si cette voie vers l'accès libre, qualifiée de «route verte» par Harnad *et al.* (2004), est celle qui conduira le plus rapidement à l'objectif visé, comme le soutient celui-ci. Car il existe une autre voie, complémentaire: c'est la «route d'or» des revues en accès libre.

L'accès libre et les revues

Avec la création du Web au tournant des années 1990 et son explosion à partir du milieu de cette décennie, les perspectives en matière de diffusion des publications de recherche se sont profondément modifiées. D'une part, cette évolution a contribué pour beaucoup à l'extension à d'autres communautés des systèmes de prépublication (et postpublication) en ligne qui, comme on l'a vu plus haut, avaient été jusque-là l'apanage de groupes de chercheurs versés en informatique qui utilisaient déjà massivement les réseaux pour leurs activités de recherche. Ce n'est d'ailleurs pas une coïncidence si l'inventeur du Web, Tim Berners-Lee, était chercheur dans l'un des principaux centres de recherche en physique des hautes énergies, le Centre européen de recherche nucléaire (CERN). D'autre part, l'apparition du Web a facilité, cette fois dans tous les domaines, la mise sur pied de revues électroniques en accès libre.

Les premières revues en accès libre étaient en bonne partie des expérimentations maintenues à bout de bras par des pionniers, dont certains ont exploré de nouveaux moyens d'enrichir, voire de remplacer l'évaluation par les pairs en mettant à profit l'interactivité du nouveau média (Nadasdy, 1997). Parmi eux, on retrouvait des visionnaires (Harnad, 1991, 1995; Odlyzko, 1995) qui en ont saisi tout le potentiel pour la diffusion des informations scientifiques et, du même souffle, perçu la menace que cela pouvait représenter pour la publication scientifique traditionnelle.

Il faut dire que ce nouveau mode de diffusion heurtait en effet de plein fouet le système traditionnel des revues imprimées. En effet, fidèles à l'esprit communautaire ayant présidé à la création du Web, ces revues ne soulevaient pas (du moins explicitement) la question du droit d'auteur. Elles garantissaient ainsi non seulement une très large diffusion des œuvres, tant du fait tant de leur gratuité que de l'accès en ligne, mais aussi la possibilité inégalée de leur réutilisation par leurs auteurs, qui conservaient toute liberté d'action relativement à leur exploitation ultérieure. Cependant, les autorisations relatives à l'utilisation ou la réutilisation des œuvres par le public ne faisaient pas l'objet de préoccupations, explicites du moins.

Malgré l'intérêt qu'il présentait, ce concept a fait son chemin plutôt lentement, en partie par simple inertie, en partie à cause du scepticisme entretenu à l'égard du nouveau média. Quelle était, se demandait-on, la

valeur de ces nouvelles revues, dont certaines avaient abandonné ou du moins modifié les procédures d'évaluation des manuscrits ? Comment assurer la survie de revues gratuites fonctionnant grâce au bénévolat de leurs artisans et soutenues par un financement incertain ? Comment, dans le monde intangible de l'information électronique, assurer l'intégrité et la pérennité de documents qui n'existent qu'en version électronique ? Bref, comment assurer le maintien des quatre fonctions exercées par les revues traditionnelles – diffusion, authentification, évaluation et conservation ? De fait, plusieurs de ces revues ne résistèrent pas à l'épreuve du temps, et le rythme de création de nouvelles revues se mit à diminuer à la fin des années 1990, au moment où les grandes maisons d'édition commençaient à mettre en ligne – mais pas en accès libre, évidemment – une version électronique de leurs articles (Wells, 1999). Cependant, à la faveur de l'apparition, au tournant des années 2000, d'un véritable mouvement pour l'accès libre, on a assisté à une renaissance de l'intérêt de ces revues, dont le nombre s'est rapidement mis à croître, augmentant à partir de 2005 de près d'un millier par année. Malgré tout, 15 ans après la généralisation du Web et 20 ans après la création des premières revues électroniques, moins de 20 % des revues scientifiques avec évaluation par les pairs, soit 4 200 sur 24 000, étaient diffusées en accès libre²⁰. Et si, dans la plupart des domaines, on retrouve quelques revues dites « prestigieuses » diffusées en accès libre²¹, la grande majorité ont conservé ou adopté le mode d'accès payant.

Aucun modèle économique ne s'est imposé dans le monde des revues en accès libre (Goodman, 2004). À une extrémité, on retrouve le modèle dominant à l'origine, soit le travail bénévole soutenu par de maigres financements ponctuels (par exemple, l'aide des établissements) ou à renouveler régulièrement (subventions à l'édition). Ce modèle demeure largement répandu, du moins pour les « petites revues », qui ne prétendent pas rivaliser avec les géants. À l'autre extrémité, on retrouve des revues prestigieuses, avec des comités scientifiques formés de sommités, qui se sont rapidement hissées aux premiers rangs dans leur domaine (tel que mesuré par le facteur d'impact, par exemple). Ces revues ont en général adopté le modèle auteur-payeur, où l'on demande à l'auteur de défrayer les coûts d'édition.

-
20. Le 20 juin 2009, le site Directory of Open Access Journals (DOAJ) répertoriait 4 227 périodiques en accès libre. Cependant, le pourcentage cité doit être considéré comme un maximum, car divers indices suggèrent que le nombre total de revues scientifiques avec comité de lecture pourrait être largement supérieur au nombre de 24 000 employé pour le calcul.
 21. À titre d'exemple, les revues de la Public Library of Science (PLoS), dont notamment *PLoS Biology*.

Mentionnons également l'initiative originale SCOAP3 (Sponsoring Consortium for Open Access Publishing in Particle Physics), lancée par le CERN, qui vise à réunir l'ensemble des acteurs du domaine de la physique des hautes énergies (celui-là même qui a été, on se rappellera, à l'origine d'arXiv) pour passer à un mode de diffusion à 100% en accès gratuit, sans frais pour les auteurs. Difficilement applicable à d'autres domaines, faut-il préciser²², ce mode laisse entrevoir une économie globale pour la communauté concernée. En effet, les revues actuelles n'assumeront plus que la fonction d'évaluation par les pairs, à des coûts qui feront l'objet de négociations ; ceux-ci devraient normalement être plus que recouvrés par l'économie découlant de l'annulation des abonnements.

De leur côté, les revues traditionnelles n'ont pas tardé à prendre elles aussi le virage du numérique et du Web. Depuis le début des années 2000, la grande majorité d'entre elles proposent en ligne une version électronique de leurs articles. Certaines ont épousé, bien que timidement pour la plupart, la cause de l'accès libre, par exemple en rendant disponibles gratuitement leurs articles après une période dite « d'embargo » allant de six mois à deux ans. La plupart ont également autorisé l'autoarchivage²³, que les éditeurs des domaines couverts par les archives et répertoires centralisés toléraient d'ailleurs depuis longtemps. Parallèlement, en réponse aux critiques relatives à la hausse de leurs tarifs et en réaction à la fois à la demande croissante des « consommateurs » et à la concurrence grandissante des revues en accès libre, les grandes maisons d'édition commerciales ont proposé de nouvelles modalités :

- l'accès payant à la pièce aux articles (généralement quelques dizaines de dollars, mais parfois avec des mesures de protection qui limitent l'accès à une journée seulement) ;

22. Ce modèle n'est possible qu'en vertu du caractère particulier de ce domaine, où la quasi-totalité des articles sont déjà disponibles dans arXiv et où plus de 85% des articles se retrouvent dans six revues seulement, publiées par quatre maisons d'édition.

23. À la fin de 2008, on estimait à 95 % la proportion des 10 000 revues scientifiques répertoriées dans le site SHERPA/RoMEO autorisant l'autoarchivage des manuscrits, la plupart du temps la version après évaluation et révision. Ce pourcentage cache cependant de grandes variations selon le domaine et la langue de publication. Il se pourrait notamment que ce nombre soit beaucoup plus bas pour les revues en français, pour lesquelles peu d'informations sont disponibles dans le site.

- les abonnements en bloc, soit l'accès en ligne à l'ensemble des titres d'une maison d'édition pour un coût inférieur à celui de l'abonnement aux versions imprimées, mais supérieur à ce que paient normalement les bibliothèques, qui ne s'abonnent jamais à l'ensemble des titres offerts par un éditeur ;
- l'offre, aux établissements des pays en développement, d'abonnements gratuits ou à coût minime, selon le PIB du pays, à des ensembles de revues dans certains domaines. La plus importante initiative de ce type est HINARI, qui comprend l'accès à plus de 5 000 revues en sciences biomédicales et en sciences sociales²⁴ ;
- la diffusion immédiate en accès libre des articles dont les auteurs ont déboursé les frais exigés pour cette option (quelques milliers de dollars en général).

Ici aussi, il est trop tôt pour savoir si c'est la « voie d'or » des revues en accès libre qui mènera vers l'accès libre universel. On assiste d'ailleurs à un débat entre les tenants de chacune des stratégies, qui estiment parfois que la promotion de l'autre nuit à la cause, et ceux qui soutiennent que les deux doivent être poursuivies de concert (Pinfield, 2007; Rowlands, Nicholas et Huntington, 2004). Mais quel que soit le rythme auquel se déroulera cette transition, qui paraît maintenant inévitable, le droit d'auteur est au cœur de ce passage d'un mode de diffusion fondé sur une transaction commerciale à celui d'un mode de partage fondé sur le don.

L'accès libre et le droit d'auteur

Comme on l'a vu plus haut, le droit d'auteur sur les œuvres scientifiques – du moins les articles – n'était traditionnellement considéré par les auteurs que comme une simple formalité, ceux-ci signant sans hésiter (ni trop réfléchir) les formulaires par lesquels ils cédaient totalement leur droit d'auteur à leur éditeur.

En fait, ces auteurs semblaient peu conscients, ou du moins peu incommodés de l'étendue des droits qu'ils cédaient ainsi. En effet, l'éditeur, à titre de nouveau titulaire du droit d'auteur, peut dès lors prendre seul toute décision concernant l'exploitation de l'œuvre, par exemple sa publication ultérieure, totale ou partielle, dans une compilation, ou encore pour une adaptation ou une traduction. De son côté, l'auteur doit maintenant

24. Il convient de souligner que l'Inde et la Chine, qui répondent pourtant aux critères fixés pour l'accès gratuit et à coût minime respectivement, en ont été exclues. Cela laisse supposer que le programme ne vise en fait que des pays où le marché pour ces revues est relativement peu important.

obtenir l'autorisation de l'éditeur pour toute utilisation, même personnelle, autre que celles que permettent le contrat d'édition, le cas échéant, et les exceptions prévues dans la législation, par exemple celles du *fair use*, aux États-Unis, ou celles, plus restrictives encore, de l'utilisation équitable (*fair dealing*) au Canada (voir le chapitre 4). Ainsi, au Canada, à moins que le contrat d'édition ne l'autorise explicitement, un professeur-chercheur ne peut vraisemblablement pas reproduire en toute légalité un de ses propres articles pour le distribuer aux étudiants qui assistent à son cours ou à son séminaire²⁵.

Il faut dire qu'avant l'avènement du Web, une telle cession n'entraînait guère de conséquences pratiques pour les auteurs : ceux-ci se sentaient tout à fait libres de faire circuler en cercle restreint les projets d'articles ou les manuscrits soumis. Par la suite, lors de la publication de l'article, ils pouvaient obtenir de l'éditeur des tirés à part pour les distribuer aux collègues qui en faisaient la demande, quand ceux-ci voulaient éviter de recourir aux bibliothèques. Le système des demandes de tirés à part constituait en même temps une façon d'établir des contacts partout dans le monde avec des collègues s'intéressant aux mêmes sujets. À toutes fins utiles, cette diffusion n'allait pas au-delà de ce que permettent les exceptions de l'utilisation équitable ou du *fair use* et, de toute manière, les maisons d'édition ne trouvaient pas grand intérêt à contrôler ce genre d'utilisation, qui n'affectait pas le potentiel de leurs ventes ; les auteurs devaient d'ailleurs généralement payer pour obtenir ces tirés à part.

Mais tout est différent quand les mêmes manuscrits peuvent être facilement rendus accessibles gratuitement à la planète entière dès leur acceptation, voire, si l'auteur le désire, dès leur soumission à des revues – donc des mois, voire des années avant leur parution. Dans ce contexte, le droit d'auteur n'est plus un objet de négociation individuelle, mais devient un enjeu que se disputent et veulent utiliser à leur avantage les groupes en présence (Miller et Harris, 2004), soit les chercheurs-auteurs, les maisons d'édition et les établissements d'enseignement et de recherche, dont les porte-parole en la matière sont les responsables des bibliothèques.

Du point de vue des chercheurs-auteurs, la situation se présente sous trois perspectives différentes, bien que complémentaires.

Premièrement, comme producteurs de connaissances, ils désirent naturellement que leurs travaux connaissent la plus large diffusion. La problématique des coûts croissants des revues et des annulations, ou du

25. Fait cocasse, le même professeur pourrait toutefois en fournir une reproduction manuscrite (au tableau !) ou produire des images des pages de son article et les projeter sur un écran au moyen d'un rétroprojecteur, mais il ne pourrait projeter le contenu d'un site Web qui contient l'article (voir l'annexe 1).

moins de la stagnation des abonnements qui en a résulté, rend l'accès libre de plus en plus intéressant à cet égard. À cet avantage s'ajoutent la diffusion rapide des manuscrits que permet l'archivage des prépublications et la visibilité accrue des articles diffusés en accès libre, dont témoigne l'accroissement du taux de citations mentionné plus haut.

Deuxièmement, comme membres d'une communauté de chercheurs et employés d'un établissement, ils recherchent le prestige et la notoriété que confère la publication d'articles dans des revues de haut niveau, tant à des fins de reconnaissance que pour la progression dans leur carrière. Or, ces revues sont souvent celles qui imposent le plus de restrictions, qui touchent tant l'accès aux articles qu'elles publient (coût élevé des abonnements imprimés ou électroniques, paiement à la pièce pour l'accès en ligne, période d'embargo) que l'utilisation que peut en faire l'auteur lui-même. En effet, malgré l'ouverture manifestée par la majorité de ces revues en ce qui a trait au dépôt des manuscrits dans des archives, celles-ci imposent souvent une période d'embargo, ainsi que des restrictions sévères à toute publication ultérieure, dans un ouvrage collectif ou dans une autre langue, par exemple.

Troisièmement, les chercheurs sont aussi, du moins dans une bonne partie des disciplines scientifiques, les premiers utilisateurs de ces œuvres. Les chercheurs, qui sont très souvent aussi des enseignants, ont donc tout intérêt à pouvoir profiter de la plus grande marge de manœuvre possible dans l'utilisation des œuvres produites par leur communauté scientifique. Cela comprend l'utilisation de leurs propres œuvres qui, lorsqu'ils en ont cédé les droits, requiert l'accord de l'éditeur.

Du point de vue des maisons d'édition, les choses se présentent simplement: elles s'estiment, de manière peu convaincante faut-il préciser²⁶, être les seules à pouvoir bien assurer trois des quatre fonctions qu'elles exercent en matière de publication, soit l'authentification, l'évaluation et la conservation. Elles soutiennent de plus que le contrôle serré de l'exploitation de ces œuvres est une condition nécessaire à leur propre survie.

Finalement, pour les universités, l'enjeu est très simple: offrir à leurs membres le maximum d'informations au moindre coût. Cela peut signifier entre autres refuser de payer le prix fort pour des abonnements à des revues, alors que les universités déboursent consacrent déjà des ressources importantes, notamment les salaires des professeurs-chercheurs, tant pour la réalisation des recherches présentées dans les revues que pour la participation «bénévole» de ces professeurs aux processus d'évaluation et d'édition.

26. Voir à ce sujet une position typique d'un éditeur (McMullan, 2008) et les arguments d'un des principaux promoteurs de l'accès libre (Suber, 2002, 2008).

Les deux voies vers l'accès libre permettent aux chercheurs comme aux établissements d'atteindre leurs objectifs; de leur côté, les revues commencent à réaliser qu'elles devront mieux s'adapter à la nouvelle réalité. Ces deux voies présentent cependant des enjeux très différents en matière de droit d'auteur, tant en ce qui touche la diffusion initiale des œuvres que leur exploitation ultérieure.

Diffusion initiale des œuvres

Pour ce qui est du dépôt dans les archives institutionnelles (ou autres), il n'y a aucun enjeu particulier pour les revues qui l'autorisent expressément, ce qui est le cas de la majorité d'entre elles, avec les nuances apportées plus haut. Parmi celles-ci, le tiers n'autorise que l'archivage de la version soumise (prépublication). Dans ce cas, comme pour la minorité de revues (5%) qui interdisent tout archivage, la version révisée peut être rendue accessible selon la procédure suivante :

1. Archiver le manuscrit entre le moment où il est soumis pour évaluation et son acceptation. À ce stade, il n'a pas fait l'objet d'une cession de droit d'auteur ou de concession d'une licence.
2. Demander, au moment de remplir le formulaire de cession de droit (ou de concession de licence) proposé par l'éditeur, l'autorisation d'archiver le manuscrit révisé.
3. Si l'éditeur refuse, deux stratégies sont possibles :
 - archiver tout de même le manuscrit révisé en choisissant l'option, dite « accès restreint », qui remplace l'accès direct au document par l'affichage des seules métadonnées (ou données bibliographiques, que le déposant doit fournir quand il dépose son document), accompagnées d'une invitation²⁷ à demander à l'auteur une copie aux fins d'étude privée ou de recherche, qui répond aux critères de l'utilisation équitable ;
 - si les modifications apportées après l'évaluation par les pairs sont peu importantes, laisser la prépublication dans l'archive et y ajouter un document auxiliaire, ou *corrigendum*, qui décrit ces modifications.

27. En pratique, cela se traduit par la présence d'un simple bouton qui automatise l'envoi par courriel d'une demande à l'auteur, qui lui aussi l'autorise (ou la décline) d'un simple clic.

Il est clair qu'à l'étape de la prépublication, l'auteur²⁸ détient tous les droits nécessaires pour diffuser son œuvre comme il l'entend. Cependant, le fait de maintenir en place la prépublication et d'ajouter un *corrigendum* fait intervenir des notions comme l'existence de droits d'auteur distincts sur des œuvres semblables ou le caractère rétroactif d'une violation du droit d'auteur²⁹. Mais ici, comme dans d'autres situations, les démarches (juridiques ou autres) visant à empêcher ou sanctionner de possibles violations du droit d'auteur présentent peu d'intérêt pour les maisons d'édition. En témoignent la tolérance dont ont fait preuve les maisons d'édition des domaines couverts par arXiv et, plus récemment, la généralisation rapide de l'assouplissement des politiques des revues à l'égard de l'autoarchivage.

La question de la responsabilité du gestionnaire de l'archive (généralement l'établissement, par le truchement de sa bibliothèque) se pose également. Le dépôt d'une copie dans l'archive constitue-t-il une publication de l'œuvre, ou encore une communication de celle-ci au public par l'établissement ? Ou bien celui-ci, à l'instar des fournisseurs de services Internet, ne joue-t-il qu'un rôle d'intermédiaire ? Le droit ne fournit pas encore de réponses claires à ces questions, bien que, comme l'affirme Longdin (2007), les tribunaux aient toujours été très hésitants à tenir les fournisseurs de moyens techniques responsables des usages illégaux, effectués par des tiers, que ces moyens permettent. Mais il n'est pas inutile que les gestionnaires d'archives institutionnelles rappellent aux personnes qui y déposent des documents leurs responsabilités en matière de droit d'auteur. Idéalement, ils devraient obtenir des déposants les déclarations nécessaires pour se dégager de toute responsabilité en cas d'infraction. Ces déclarations pourraient porter notamment sur l'identité des titulaires du droit d'auteur sur l'œuvre et sur la détention des autorisations requises en cas d'inclusion dans celle-ci d'extraits d'œuvres protégées.

Pour ce qui est de la publication dans les revues en accès libre, les choses sont beaucoup plus simples. En effet, comme celles-ci ne retirent aucun revenu de la diffusion des œuvres, elles n'ont pas besoin en principe d'obtenir de l'auteur, par cession ou licence, de droit exclusif sur l'œuvre. Il leur suffit de requérir une simple licence non exclusive, qu'on peut

28. Si, bien sûr, il est titulaire du droit d'auteur, ce qui est généralement le cas pour les professeurs, mais pas nécessairement pour les chercheurs ou étudiants qui ont été embauchés pour la recherche (voir le chapitre 9).

29. Pour une discussion exhaustive (et souvent colorée) sur ce sujet complexe, voir les fils de discussion suivants dans le forum American Scientist Open Access, modéré par nul autre que Stevan Harnad : *Legal ways around copyright for one own's give-away texts* (2000), *Copyright: Form, content, and prepublication incarnations* (2001) et *PostGutenberg copyrights and wrongs for give-away research* (2001 et 2002).

d'ailleurs considérer être accordée implicitement par l'auteur qui soumet un manuscrit pour que la revue le publie. L'auteur conserve alors tous les droits pour l'exploitation ultérieure de son œuvre. Tout comme pour les archives institutionnelles, il est souhaitable que les revues obtiennent de l'auteur le type de déclaration mentionné au paragraphe précédent.

Cependant, comme le montre une analyse d'un échantillon de 300 revues en ligne répertoriées dans le site DOAJ à la fin de 2008 (Couture, 2009), les politiques des revues en accès libre en matière de droit d'auteur sont très variées, allant du maintien de la titularité complète de l'auteur à l'exigence (étonnante pour des revues en accès libre) d'une cession complète du droit à la revue³⁰, sans qu'aucune permission ne lui soit accordée en retour.

Exploitation ultérieure de l'œuvre

On l'a vu, dans son acceptation la plus « pure », l'accès libre ne signifie pas seulement l'accès gratuit. Il concerne également les utilisations des œuvres par les usagers, au-delà bien sûr de ce que permettent, d'une part, la licence implicite d'utilisation (dont la portée risque de ne pas aller au-delà du droit de consultation) par un titulaire qui rend ainsi l'œuvre accessible en ligne et, d'autre part, les exceptions à la loi, dont l'utilisation équitable.

L'auteur qui dépose un document dans une archive peut, s'il n'a pas cédé son droit d'auteur ou concédé une licence exclusive à une revue, autoriser tous les usages qu'il juge souhaitables ; il doit cependant les mentionner explicitement. Les métadonnées du document comprennent généralement des champs prévus à cette fin, ou encore des champs à usage général où cette information peut être communiquée. Dans le cas contraire, il ne peut autoriser aucun usage supplémentaire à ce que permet l'entente relative au droit d'auteur conclu avec la revue.

Pour sa part, l'auteur qui publie dans une revue en accès libre laisse celle-ci fixer les usages autorisés. L'étude évoquée plus haut a montré qu'en cette matière également, différents modèles cohabitent. Cela va de l'octroi aux usagers d'autorisations supplémentaires plus ou moins généreuses à l'absence de toute autorisation, soit par une déclaration explicite, soit du fait de l'absence de mention relative au droit d'auteur. Fait à signaler,

30. L'une de ces revues justifie cette exigence en expliquant qu'elle est... à l'avantage de l'auteur du fait que la revue serait en meilleure position que celui-ci pour réagir à toute infraction en matière de droit d'auteur. Cependant, l'auteur de ces lignes n'a jamais entendu parler d'une revue, même à but commercial, ayant entrepris des démarches à cet égard.

environ un cinquième des revues examinées ont adopté un moyen efficace pour circonscrire et communiquer aux utilisateurs les usages qu'elles autorisent : les licences Creative Commons (voir l'annexe 6).

On le voit, les moyens techniques associés à l'Internet et les pratiques que cette innovation a suscitées ont le potentiel de révolutionner la diffusion des documents décrivant les recherches. Mais, et plus encore pourrait-on dire, elles présentent celui de révolutionner l'accès aux données de recherche elles-mêmes, qui ne bénéficiaient auparavant que de possibilités très limitées de diffusion ou de partage à grande échelle.

Les données de recherche

Les données de recherche peuvent revêtir des formes très diverses (Shores, 2002).

On retrouve tout d'abord les données dites *factuelles* ou *brutes*, recueillies au cours des activités de recherche expérimentale ou empirique, qui peuvent être regroupées en trois catégories :

- les informations quantitatives (nombres) ou qualitatives (caractéristiques diverses, données sociodémographiques, etc.) notées manuellement ou stockées automatiquement, et les informations plus complexes comme des photographies, des enregistrements audio ou vidéo de phénomènes naturels, des schémas (empreintes ou impressions) ou des diagrammes ou graphiques générés « mécaniquement », aujourd'hui de plus en plus souvent numérisés et stockés sur support informatique, sous des formats appropriés (fichiers audio, vidéo, d'image ou fichiers particuliers à certains domaines ou technologies) ;
- les observations écrites ou orales, ainsi que les schémas, liés aux manipulations et aux observations, que consignent les chercheurs au cours de l'expérimentation ;
- les réponses, explications ou informations, écrites ou orales, que fournissent les sujets participant à une recherche, de même que leur transcription, le cas échéant.

Pour certains auteurs, les données de recherche comprennent deux autres catégories :

- les résultats des traitements plus ou moins complexes effectués sur ces données brutes, une fois l'expérimentation ou la collecte de données terminée, tels les catégorisations, l'affichage à l'aide de tableaux ou de graphiques, les résumés, les codifications, etc. ;

- certains types de «ressources de recherche uniques» («*unique research resources*»; voir Nguyen, 2007, citant un document des NIH américains) servant de base à des expérimentations, comme des produits synthétiques, des organismes, des lignées cellulaires, des virus, des segments d'ADN, des tissus humains, voire des plantes et des animaux entiers.

Cependant, le type de «données» couvertes par l'avant-dernière catégorie relève plutôt selon nous des résultats de recherche, alors que les entités comprises dans la dernière catégorie, que l'on combine parfois avec les précédentes sous l'appellation «matériel de recherche» («*research materials*»), ne constituent pas à proprement parler des informations. Nous réservons donc l'appellation aux «données» factuelles ou brutes.

La «propriété» des données de recherche

Selon la catégorie à laquelle elles appartiennent, les données de recherche peuvent être associées à différentes formes de propriété couvertes par des régimes juridiques distincts.

Les données relevant de la première catégorie (informations quantitatives et qualitatives) n'entrent *a priori* dans aucune des classes d'objets concernées par la propriété intellectuelle. En effet, on peut les considérer simplement comme des faits, qui ne sont pas protégés par le droit d'auteur et ne satisfont pas non plus aux critères de brevetabilité. Cependant, deux situations font en sorte que des droits sur ces données peuvent être reconnus.

- Comme on l'a vu au chapitre 2, si le travail de choix ou d'arrangement des données témoigne de l'expression d'un talent ou d'un jugement suffisant, les documents ou dispositifs (par exemple des bases de données) contenant des ensembles de données pourront être considérés comme des compilations et, du coup, bénéficier de la protection du droit d'auteur. Mais les données elles-mêmes ne sont pas alors protégées, ce qui signifie qu'elles peuvent être copiées et diffusées sans l'autorisation du propriétaire de la compilation. Comme on le mentionnait au même chapitre, la situation est différente dans les pays de l'Union européenne, où le contenu des bases de données peut être protégé, ce qui revient à protéger les données elles-mêmes lorsqu'une base de données constitue le seul moyen d'y accéder.
- Des données recueillies au cours d'une recherche de type contractuel commanditée par une organisation ou une entreprise peuvent être considérées par celle-ci comme des renseignements confidentiels

(voir le chapitre 4), dont la protection au Canada relève de la *common law* ou, au Québec, du Code civil. Le contrat contiendra alors des dispositions relatives à l'utilisation des données, dont la diffusion prématûrée pourrait éventuellement nuire aux intérêts du bailleur de fonds. Cela ne va pas sans soulever des questions de nature éthique, notamment quand ces données sont recueillies par des étudiants dans le cadre de leurs études (voir le chapitre 9).

De leur côté, les données brutes relevant des deux autres catégories (observations, schémas, réponses des participants) ainsi que les résultats de leur traitement sont susceptibles d'être protégés par le droit d'auteur, dans la mesure où ils sont générés par des humains, témoignent de l'exercice d'un talent et d'un jugement «non négligeable» ou «non banal» (pour reprendre les termes de la Cour suprême canadienne dans l'affaire *CCH Canadienne Ltée c. Barreau du Haut-Canada*³¹) et n'équivalent pas à un simple enregistrement ou traitement mécanique. Ainsi, tout texte, dessin ou dispositif graphique produit par un chercheur ou par un sujet participant à la recherche est susceptible de constituer une œuvre protégée par le droit d'auteur.

Soulignons en passant le cas des entrevues, fréquent dans plusieurs domaines de recherche. S'il existe dans toutes les juridictions un droit d'auteur sur les enregistrements et les transcriptions, détenu par le producteur de l'enregistrement, il n'existerait pas au Canada de droit d'auteur sur les propos mêmes du locuteur³². Quoi qu'il en soit, les règles d'éthique en recherche en place dans toutes les universités (voir plus loin) obligent les chercheurs à obtenir le consentement des participants au moyen d'une entente signée qui précise notamment les usages auxquels les enregistrements sont destinés.

Si la question de l'existence d'un droit de propriété sur les données présente déjà une certaine complexité, celle de l'attribution de cette propriété revêt une difficulté supplémentaire. En effet, de nombreux acteurs qui interviennent dans une recherche ou sont concernés par elle peuvent être intéressés à jouer un rôle dans la gestion des données qu'elle génère :

- les personnes intervenant directement dans les activités de recherche, qui peuvent détenir divers statuts dans l'établissement ou liens d'emploi avec celui-ci : professeurs ou chercheurs réguliers ou associés, stagiaires postdoctoraux, professionnels de recherche ou techniciens, étudiants des divers cycles, assistants de recherche, etc.;

31. 2004 CSC 13.

32. À la différence des États-Unis et du Royaume-Uni, bien que la jurisprudence ne soit pas complètement cohérente à ce sujet (MacQueen, 2005 ; Rich, 2004).

- l'établissement, qui assume des responsabilités en matière de gestion financière, organisationnelle et éthique de la recherche ;
- les entreprises qui commanditent des travaux de recherche et qui, comme on l'a vu, peuvent vouloir protéger des renseignements confidentiels ;
- les sujets participant à la recherche, qui fournissent des informations personnelles et des réponses aux questions d'entrevue³³.

Cette difficulté se reflète dans la grande variété des énoncés que l'on retrouve sur le sujet tant dans la littérature spécialisée que dans les politiques des établissements touchant la propriété des données. Ainsi, certains auteurs (voir, par exemple, Fields et Price, 1993 ; Fishbein, 1991) affirment péremptoirement que sur le plan juridique, les données, quelle qu'en soit semble-t-il la nature, appartiennent aux établissements. Ils invoquent à cet égard soit que les données, parce que produites par des employés, constituerait une forme de *work for hire*, soit que cette propriété découlerait directement du rôle de récipiendaires des fonds de recherche que jouent les établissements. D'autres (Shores, 2002 ; Wright, 1998), plus prudents, reconnaissent la complexité de la situation et se contentent de souligner qu'il est dans l'intérêt de tous les acteurs concernés que les établissements se dotent de politiques claires et explicites en la matière, et que tous soient associés aux discussions qui entourent leur élaboration et leur adoption. Cette remarque est certainement pertinente quand on constate, par exemple, que les politiques des universités canadiennes en matière de données, quand du moins elles existent, sont très variées et souvent loin d'être «claires et explicites» (voir le chapitre 10).

Un des arguments qui justifient cette approche, davantage politique pourrait-on dire, est que la plupart des enjeux entourant l'utilisation locale des données de recherche, incluant celles qui découlent de travaux faisant l'objet de contrats avec des firmes privées, sont de nature éthique. En effet, les organismes publics qui financent la recherche au Canada (IRSC, CRSNG et CRSH, 2005) posent comme critère d'admissibilité que les établissements disposent de politiques et procédures visant à assurer le respect des principes d'éthique et de probité en recherche, à faire enquête sur les allégations d'inconduite scientifique et à résoudre les différends ou conflits qui accompagnent souvent ces situations. Or, l'utilisation des données de recherche est un enjeu dans une bonne partie des situations portées à l'attention des

33. À ce sujet, mentionnons la suggestion de Parry et Mautner (2004) de s'inspirer des pratiques des chercheurs du domaine de l'histoire orale (Ward, n.d.), qui demandent aux participants une cession de droit ou une licence autorisant les utilisations futures des enregistrements ou comptes rendus de leurs propos.

comités d'éthique, qui peuvent relever de trois catégories d'inconduite scientifique : le non-respect de l'équité et des droits individuels, le conflit d'intérêts et la fraude scientifique.

En matière d'équité et de droits individuels, songeons par exemple à la personne, quel que soit son statut, qui publie des résultats fondés sur des données recueillies par d'autres sans les en informer et sans en mentionner l'origine. Songeons encore à celle qui quitte l'établissement en emportant avec elle, parfois sans laisser de copie, des données essentielles au projet auquel elle collaborait. Le non-respect des règles de libre consentement et de respect de la confidentialité dans les recherches avec des sujets humains fait aussi partie de cette catégorie. En matière de conflits d'intérêts, mentionnons le fait que les exigences de confidentialité des bailleurs de fonds privés relativement aux données de recherche pourraient retarder indûment la publication d'articles, voire le dépôt de thèses ou mémoires. Pour ce qui est de la fraude scientifique, on retrouve tous les comportements de fabrication et de falsification de données, rares certes, mais dont les conséquences sont particulièrement néfastes, voire dangereuses pour le public dans certains domaines, comme la recherche biomédicale.

C'est cette responsabilité des établissements, tenus de faire enquête sur les allégations d'inconduite et de mettre en place des mesures visant à prévenir les comportements répréhensibles, qui justifie que leur soit reconnu un rôle de premier plan dans la gestion des données. Ces mesures iront des règles relatives à l'accès et au partage des données entre les membres des équipes de recherche à celles qui touchent leur conservation, le maintien de leur intégrité et leur éventuelle destruction.

Cependant, tout en affirmant ainsi leurs droits, les établissements, par tradition mais aussi par souci d'efficacité, confient aux responsables des projets de recherche l'intendance (*stewardship*) en matière de données, tout comme la responsabilité du respect de l'éthique d'ailleurs. Ce sont eux qui sont appelés à prendre les décisions quotidiennes en ce domaine. C'est d'ailleurs en bonne partie sur la base de cette responsabilité déléguée que les chercheurs se croient souvent, de manière spontanée, « propriétaires » des données et, de ce fait, s'estiment les seuls habilités à en autoriser la diffusion ou le partage.

Le partage et l'accès aux données de recherche

À ces enjeux *locaux* – c'est-à-dire au sein des groupes de recherche et des établissements – touchant l'accès et le partage des données de recherche, correspondent des enjeux globaux, couvrant le pays, voire le monde entier. Depuis le début des années 1980 (Fienberg, Martin et Straf, 1985), et plus particulièrement depuis l'avènement de l'Internet, des organismes et

groupes de pression mènent des réflexions sur la question et promeuvent la diffusion et le partage des données de recherche. En parallèle, un débat à ce sujet avait lieu dans la communauté de recherche en génomique, pour déboucher sur un consensus en faveur du partage des données générées dans les projets dotés d'un financement public (Marshall, 2003).

En 2003, un groupe de travail de l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE) publiait les résultats d'une vaste étude sur les divers aspects de cette question (Arzberger *et al.*, 2004). Les recommandations du groupe étaient entérinées par les ministres de la science et de la technologie des pays de l'OCDE, dans une déclaration de janvier 2004 « chargeant l'OCDE d'œuvrer en faveur de principes et lignes directrices définis d'un commun accord sur l'accès aux données³⁴ de la recherche financée sur fonds publics » (OCDE, 2004). L'organisation y donna suite trois ans plus tard par la publication d'un document énonçant ces principes et lignes directrices et invitant les organismes subventionnaires publics à les intégrer à leurs politiques (OCDE, 2007; Pilat et Fukasaku, 2007).

Durant la même période, l'Association of Learned and Professional Society Publishers (ALPSP), avec ses 360 membres publant plus de 10 000 revues, et l'International Association of Scientific, Technical and Medical Publishers, avec une centaine d'éditeurs publant la majorité des revues dans le domaine, formulaient une déclaration conjointe (ALPSP et STM, 2006) concernant l'accès aux données de recherche :

We believe that, as a general principle, data sets, the raw data outputs of research, and sets or sub-sets of that data which are submitted with a paper to a journal, should wherever possible be made freely accessible to other scholars. We believe that the best practice for scholarly journal publishers is to separate supporting data from the article itself, and not to require any transfer of or ownership in such data or data sets as a condition of publication of the article in question. Further, we believe that when articles are published that have associated data files, it would be highly desirable, whenever feasible, to provide free access to that data, immediately or shortly after publication, whether the data is hosted on the publisher's own site or elsewhere (even when the article itself is published under a business model which does not make it immediately free to all).

Les propositions de l'OCDE ont été suivies par différents organismes nationaux, à des rythmes très divers, faut-il préciser. C'est dans le domaine des sciences biomédicales, où des projets comme le Human Genome (NIH, n.d.) ont pavé la voie, que ces recommandations ont été le plus rapidement mises en œuvre. Ainsi les National Institutes of Health exigent dorénavant

34. La définition de « données de recherche » retenue par l'OCDE est très semblable à celle qui est présentée au début de ce chapitre.

que toute demande de financement excédant un demi-million de dollars par année comprenne un plan de partage des données de recherche que le projet générera. Une assez grande marge de manœuvre est laissée au chercheur quant au contenu de ce plan ; le site des NIH propose différentes consignes et modalités à cet égard (NIH, 2007).

Au Canada, c'est aussi dans ce domaine que des actions ont été menées : la politique d'accès libre adoptée en 2007 par les IRSC (2008), dont les exigences ne sont pas liées à un financement minimal, s'applique aussi aux données de recherche. Du côté des autres grands organismes canadiens de financement de la recherche, les choses vont plus lentement. Le Conseil de recherches en sciences humaines (CRSH), qui avait pourtant adopté dès 1990 une politique sur l'archivage des données de recherche en vue de leur partage (CRSH, 2007)³⁵, s'est contenté de vagues déclarations de principes. Acteur pourtant important du monde de la recherche, le Conseil de recherches en sciences naturelles et en génie (CRSNG) est tout simplement absent du débat public sur cette question. Une politique générale sur le libre accès, incluant l'accès aux données, annoncée officieusement pour 2009 (Leclerc, 2008) n'était pas encore en vigueur en février 2010 ; tout au plus le Conseil a-t-il inclus, dans ses règles sur les dépenses admissibles, le coût de la diffusion ou de la publication en accès libre.

Un fort courant se dessine donc en faveur de du partage, à l'échelle planétaire, des données de recherche. Un mouvement parallèle à celui de l'accès libre aux publications scientifiques, prônant le concept de « données libres » (*open data*), a d'ailleurs vu le jour (Hatcher, 2008 ; Klump *et al.*, 2006 ; Murray-Rust, 2008). Les propositions relatives au mode de diffusion des données sont également calquées sur celles qui ont été mises de l'avant pour l'accès libre aux publications : archives disciplinaires ou institutionnelles, diffusion en accès libre avec l'article décrivant la recherche, qui doit idéalement être lui aussi en accès libre.

Outre les questions juridiques liées à la protection des bases de données, cette nouvelle réalité pose un certain nombre de défis. Certains sont d'ordre technique et organisationnel, relevant de l'interopérabilité, de la documentation et du contrôle de la qualité des données (Diviacco, 2005 ; Fitzgerald *et al.*, 2007 ; Research Information Network, 2008). D'autres, notamment pour les données qualitatives recueillies auprès de sujets humains (Parry et Mautner, 2004), sont d'ordre culturel (Kansa, Schultz et Bissell, 2005) ou éthique (Abowd et Lane, 2004). Les travaux précités laissent

35. Politique qui semble tombée en désuétude, comme semble l'indiquer le fait que l'organisme qui doit y jouer un rôle majeur, l'Association canadienne des utilisateurs de données publiques (ACUDP; cadpu.ca), n'a de toute évidence pas pris le virage du Web.

toutefois entendre que ces difficultés peuvent être surmontées. Soulignons entre autres l'initiative Open Data Commons, qui propose un système de licences analogues aux licences Creative Commons.

On assiste donc depuis le milieu des années 1990, mais surtout le début des années 2000, dans le domaine de la diffusion des documents décrivant les résultats de recherche – articles scientifiques en tête – et des données de recherche, à l'émergence, voire la consolidation d'une culture du partage, favorisée par le développement des réseaux et des outils permettant de les exploiter. Mais qu'en est-il du côté de l'autre volet de la fonction des professeurs d'université, soit l'enseignement, où l'Internet et les technologies de l'information et des communications ont là aussi causé toute une révolution ?

8

L'enseignement médiatisé et le droit d'auteur

Marc Couture

Dans le domaine de l'enseignement, la propriété intellectuelle sera protégée dans l'immense majorité des situations par le droit d'auteur. En effet, seules la conception et la mise au point d'outils informatiques utilisés pour l'enseignement, notamment les environnements d'apprentissage, peuvent dans certains cas donner lieu à des demandes de brevets¹. Cela n'est d'ailleurs pas sans soulever certaines inquiétudes dans le monde de l'apprentissage en ligne, surtout aux États-Unis où, en accord avec la tendance à élargir le cercle de ce qui peut être breveté (voir le chapitre 6), de nombreux brevets relatifs à des méthodes incarnées dans des logiciels, étonnantes par leur généralité, ont été accordés (voir, par exemple, Carnevale, 2004). Dans toutes les autres situations, il sera question d'œuvres littéraires surtout – catégorie comprenant, aux fins de la *Loi sur le droit d'auteur canadienne*², les programmes d'ordinateur –, mais aussi d'œuvres artistiques, musicales ou dramatiques (y compris à la télévision, au cinéma et sur vidéo). Nous nous restreindrons donc, dans ce chapitre, au droit d'auteur.

-
1. La situation juridique entourant toute la question de la propriété intellectuelle sur les logiciels et les systèmes informatiques est beaucoup plus complexe qu'en ce qui concerne les œuvres dites littéraires. Ces productions, selon leur nature et les juridictions, peuvent être protégées par le droit d'auteur ou par brevet. Au Canada, les logiciels sont protégés par le droit d'auteur; cependant, ils peuvent faire l'objet de brevets de manière indirecte, lorsqu'un logiciel est intégré à un système qui, lui, est brevetable. Aux États-Unis, par contre, les logiciels sont brevetables. Un brevet avait d'ailleurs été octroyé en 2006 à Blackboard Inc., leader dans le domaine des environnements d'apprentissage, pour être finalement annulé en 2008, non sans avoir permis à Blackboard de poursuivre avec succès une firme canadienne, Desire2Learn (Geist, 2009).
 2. L.R.C. 1985, c. C-42. Voir le chapitre 2 du présent ouvrage pour l'ensemble des catégories d'œuvres couvertes.

Enseignement médiatisé, à distance et en ligne

Comme on le soulignait dans l'introduction de cet ouvrage, l'enseignement fait une place croissante à des œuvres de diverses natures, créées et diffusées au moyen de médias et de technologies de plus en plus faciles à utiliser. Ainsi, des documents de divers types, la plupart conçus et réalisés par des enseignants, viennent appuyer la prestation en classe, voire la remplacent en tout ou en partie, comme dans l'enseignement en classe fondé sur l'autoapprentissage et dans l'enseignement à distance.

À ces documents s'ajoutent des moyens permettant à l'interaction enseignant-étudiants de se poursuivre ou encore de se dérouler entièrement en dehors de la salle de cours. Pour ce faire, l'enseignement à distance a eu recours, depuis ses origines, aux moyens techniques disponibles, du moment qu'ils étaient accessibles aux étudiants: courrier, téléphone, télévision et, plus récemment, courriel et conférences télématiques.

L'arrivée en force du Web et des cours en ligne à partir du milieu des années 1990, conjuguée avec l'euphorie boursière reliée à l'essor des entreprises technologiques – du moins jusqu'à ce que la « bulle technologique » éclate au début des années 2000 – a amené plusieurs établissements à voir dans ces nouveaux moyens une source potentielle de revenus arrivant à point nommé, en une période de déf financement public du système universitaire. De nouveaux établissements, ou composantes d'établissements existants, fonctionnant exclusivement selon le mode d'enseignement à distance, ont également été mis sur pied. Mais, de manière analogue à ce qui s'est produit à la suite de la « course aux brevets » amorcée durant les années 1980 (voir le chapitre 6), et mis à part quelques rares *success stories*, dont celle de l'Université Phoenix Online, les résultats n'ont pas été à la hauteur des attentes, à tel point que plusieurs de ces tentatives ont dû être abandonnées. Mentionnons notamment celles de l'Université Columbia (Carlson, 2003) et de la United States Open University, filiale américaine de la pourtant prestigieuse Open University du Royaume-Uni (Garrett, 2004). Néanmoins, il semble acquis que l'enseignement en ligne est appelé à prendre une place significative dans le monde de l'éducation supérieure³.

Profitons de l'occasion pour établir une distinction, utile aux discussions qui vont suivre, entre l'enseignement à distance et l'enseignement en ligne, ce qui permettra de préciser les notions, proches, mais distinctes, de *cours à distance* et de *cours en ligne*. Bien que cette définition

3. En témoigne, par exemple, l'accroissement de 10 à 25 %, entre 2002 et 2008, de la proportion d'étudiants des universités et collèges américains ayant suivi au moins un cours en ligne (Allen et Seaman, 2010). Il ne semble pas y avoir de données similaires disponibles pour le Canada (Bates, 2009).

fasse l'objet de débats, nous conviendrons ici que l'enseignement à distance est un enseignement entièrement médiatisé où les étudiants n'ont pas – sauf exception⁴ – à se déplacer pour accéder aux contenus et effectuer leurs activités d'apprentissage. De son côté, l'enseignement en ligne est un type particulier d'enseignement à distance, caractérisé par le recours aux réseaux informatiques pour l'accès à l'information et pour la communication entre l'enseignant (et, le cas échéant, ses assistants) et les étudiants, de même qu'entre ces derniers.

Un cours à distance est un système comprenant des documents offerts sous divers formats et utilisant différents médias (texte, hypertexte, audiovisuel) et supports (imprimé, cédérom ou DVD, site Web), de même que des ressources, humaines ou techniques, donnant accès au contenu du cours, permettant de réaliser les activités d'apprentissage et offrant un encadrement et une évaluation. Un cours en ligne est, quant à lui, un cours à distance où ces documents et ressources sont accessibles exclusivement, ou en grande majorité, via Internet, au moyen d'un site Web ou d'un environnement d'apprentissage en ligne.

Soulignons en passant qu'un cours à distance ou en ligne n'étant pas une œuvre, la notion de « propriété » d'un tel cours est sans objet, du moins au sens de la propriété intellectuelle. Une université (ou un professeur) ne peut donc « être propriétaire » d'un cours ; celui-ci est plutôt un service offert par un établissement d'enseignement, pour lequel il exige des frais et dont il assure et valide la qualité et l'efficacité.

L'enseignement en classe n'est pas demeuré à l'écart de ce mouvement : on n'a qu'à songer aux cours télévisés diffusés localement, unidirectionnels dans les années 1950 à 1980, puis de plus en plus interactifs par la suite (Saettler, 1990). Plus récemment, on a vu se répandre le recours aux communications télématiques en complément aux interactions en classe, notamment les échanges par courriel ou au sein des forums. On parle dans ce cas d'enseignement en mode hybride.

Cette évolution amène à définir l'enseignement non plus comme l'intervention d'un enseignant auprès d'un groupe d'étudiants, mais, de manière plus générale, comme l'élaboration et la mise à la disposition des étudiants de moyens et de ressources permettant ou facilitant leur apprentissage. Ces moyens et ressources comprennent, outre la prestation en classe de l'enseignant, les documents de base ou d'appoint que celui-ci fournit ou suggère, les activités d'apprentissage qu'il propose ainsi que les ressources déployées pour l'encadrement des étudiants. Dans ce contexte, on qualifiera d'*enseignement médiatisé* la part de l'enseignement

4. Ces exceptions comprennent, par exemple, les tests de classement et examens sous surveillance, de même que le travail de terrain ou en laboratoire.

reposant sur la diffusion de documents (imprimés, audiovisuels ou numériques) ou l'utilisation de moyens de communication (incluant des technologies séculaires comme le courrier postal et le téléphone). Quel que soit le contexte, on pourra donc dire que l'enseignement sera médiatisé en tout ou en partie.

Cependant, les documents qui font partie des ressources de l'enseignement médiatisé représentent souvent un élément important de l'offre d'enseignement; dans l'enseignement à distance ou en ligne, ils en constituent la composante majeure. Se pose dès lors la question de la titularité du droit d'auteur sur les œuvres d'enseignement, dans un contexte de formation à distance ou hybride.

La titularité du droit d'auteur sur les œuvres d'enseignement

Qui est titulaire du droit d'auteur sur une œuvre d'enseignement? Trois perspectives, interdépendantes à plusieurs égards, peuvent être envisagées pour répondre à cette question.

En premier lieu, sur le plan juridique, la situation est loin d'être claire. Il est vrai que les lois canadienne, américaine et britannique confèrent à l'employeur, plutôt qu'à l'auteur, sauf convention contraire, la titularité du droit d'auteur sur une œuvre « réalisée dans l'exercice de [son] emploi⁵ ». À première vue, cela semble indiquer que les établissements seraient titulaires du droit d'auteur sur les œuvres d'enseignement. Mais, comme on l'a vu au chapitre 3, c'est la jurisprudence qui a permis d'établir des critères pouvant servir à déterminer si une œuvre a été réalisée ou non dans l'exercice de l'emploi.

En particulier, quelques jugements américains et britanniques concernant particulièrement la titularité d'œuvres d'enseignement sont survenus tout au long du siècle dernier; ils concernaient soit des notes de cours colligées par des étudiants, soit des documents d'appoint préparés par des enseignants⁶. On a ainsi jugé que les enseignants du secondaire qui créent des œuvres à des fins pédagogiques ne le font pas dans l'exercice de leur emploi, car cette tâche n'est jamais attendue d'eux. Par contre,

5. L.R.C. 1985, c. C-42, paragr. 13(3). La version en langue anglaise de la Loi, de même que le *Copyright, Designs & Patents Act* britannique, au paragr. 11(2), emploient l'expression « *work made in the course of his employment* ». De son côté, la Loi américaine, dans la définition de « *work made for hire* » (§ 101), parle de « *work prepared [...] within the scope of his or her employment* ».

6. Pour une analyse de ces jugements, voir les articles de Longdin (2004) et de Packard (2002), de même que le chapitre 5 de l'ouvrage de Monotti et Ricketson (2003).

pour les professeurs d'université, la situation est plus délicate, car la création d'œuvres, surtout en recherche, mais, dans une moindre mesure, également en enseignement, est reconnue comme une composante de leur tâche qui joue notamment un rôle dans l'embauche et l'octroi de la permanence ou de promotions. Dans ce cas, les arguments avancés dans les jugements ou par les commentateurs tournent autour du caractère particulier des œuvres ainsi créées, dont la nature et le contenu précis ne sont ni prescrits, ni contrôlés par l'employeur, ce qui les exclurait en quelque sorte des tâches réalisées «dans l'exercice de l'emploi».

Quoiqu'il en soit, les mêmes jugements américains ont suggéré ou affirmé l'existence d'une «exception professorale⁷» («teacher exception» ou «academic exception») qui accorderait automatiquement aux professeurs, sans égard aux critères ci-haut évoqués, la titularité du droit d'auteur sur leurs œuvres (Laughlin, 2000; Longdin, 2004; Packard, 2002). Cependant, les opinions varient quant à la persistance de cette exception, eu égard aux changements apportés au *Copyright Act* américain dans le dernier quart du XX^e siècle et à l'évolution récente du contexte universitaire (Townsend, 2003). Au Canada, en l'absence de jurisprudence particulière sur le sujet, si ce n'est une décision arbitrale touchant une professeure de l'Université de la Colombie-Britannique (UBC) (Triggs, 2005), s'appuyant elle-même sur une décision de la Cour des petites créances ontarienne⁸, certains commentateurs (Lametti, 2001; Triggs, 2005; Vaver, 2000, cité dans Pepin, 2003) soutiennent qu'une telle exception existe aussi⁹.

En deuxième lieu, sur le plan des traditions, comme le soulignent d'ailleurs certains des jugements évoqués plus haut, la situation est beaucoup plus claire. En effet, jusqu'à tout récemment, les établissements œuvrant en éducation supérieure ont généralement considéré *de facto* que, à la différence des inventions, la propriété des œuvres littéraires réalisées par les professeurs – qu'elles soient destinées ou non à l'enseignement – leur appartenait. Non seulement ceux-ci étaient-ils libres de reproduire et de distribuer à leur guise leurs notes de cours et autres documents de même nature, mais ils avaient toute marge de manœuvre pour conclure avec des

-
7. On notera que le qualificatif «professoral» fait référence à la fonction assumée par un professeur et non à un statut d'emploi. Ainsi, un chargé de cours qui rédige un manuel ou des notes de cours pourrait très bien faire valoir cette exception.
 8. *Dolmage v. Erskin* (2003) 23 C.P.R. (4th) 495 (Ont. Sup. Ct. (Sm. Cl. Div.)).
 9. Curieusement, malgré la similitude des textes législatifs mentionnés plus haut, les auteurs britanniques traitant de cette question semblent rejeter *a priori* la possibilité d'une telle exception. Voir, par exemple, Gadd, Loddington et Oppenheim (2007, p. 695), qui s'appuient eux-mêmes sur un rapport du conseil subventionnaire anglais qui finance la recherche et le développement pédagogiques (HEFCE, 2003).

éditeurs des ententes prévoyant la cession – ou toute autre modalité de gestion – du droit d'auteur et, le cas échéant, le versement de redevances. Et le fait que dans certains cas, rares, mais bien réels, ces redevances peuvent atteindre des sommes considérables – songeons aux manuels qui s'imposent dans un pays, voire dans plusieurs, comme la référence dans un domaine¹⁰ – ne changeait rien à la situation. On pourrait certes relier cette « générosité » des établissements à l'absence d'investissement significatif de leur part tant dans la création des œuvres (si l'on exclut le salaire des professeurs qui, soulignons-le, ne sont pas pour autant dispensés d'effectuer une charge normale d'enseignement) que dans leur utilisation (ce sont les étudiants qui achètent les manuels).

En troisième lieu, un autre élément, majeur, peut être invoqué pour justifier l'exception professorale : la liberté universitaire des professeurs¹¹. En effet, bien que cette notion ne bénéficie d'aucune base législative et d'un statut juridique pour le moins incertain, du moins aux États-Unis, où elle tend à être de plus en plus restreinte à son volet institutionnel, associé à l'autonomie des établissements face aux pouvoirs publics (Hiers, 2004 ; Packard, 2002), elle n'en occupe pas moins une place de choix dans les discours des divers acteurs du monde universitaire. Ceux-ci voient en elle une condition nécessaire à l'atteinte des missions essentielles de l'Université, soit la contribution à l'avancement des connaissances et la « recherche de la vérité ». Et il suffit de songer aux prérogatives que confère la titularité du droit d'auteur – notamment le droit de décider si et comment une œuvre sera diffusée¹², et de la modifier, par exemple en retranchant des passages jugés inappropriés – pour comprendre la difficulté pour les établissements de revendiquer la titularité du droit d'auteur sur ces œuvres tout en affirmant leur soutien à la liberté universitaire de leurs professeurs.

10. Ainsi, le marché des manuels canadiens, tous ordres d'enseignement confondus, se chiffrait à plus de 500 M\$ en 2006 (Statistique Canada, 2008). On peut cependant supposer que seule une minorité d'auteurs en tirent des revenus importants.

11. Il s'agit du volet individuel du concept de liberté universitaire, qui a été défini au chapitre 6.

12. Selon la *Loi sur le droit d'auteur*, paragr. 13(3), un employé qui n'est pas titulaire se voit reconnaître tout au plus :

[...] pour] un article ou une autre contribution, à un journal, à une revue ou à un périodique du même genre [...] le droit d'interdire la publication de cette œuvre ailleurs que dans un journal, une revue ou un périodique semblable.

Ajoutons toutefois que l'employé peut invoquer ses droits moraux, notamment le droit d'intégrité. On est ici toutefois loin du droit de décider si et comment l'œuvre sera diffusée.

En accord avec ces principes, la réglementation des établissements universitaires en matière de droit d'auteur, tant au Canada (voir le chapitre 10) qu'aux États-Unis (Kelley, Bonner, McMichael et Pomea, 2002; Kromrey *et al.*, 2005; Loggie *et al.*, 2007), prévoit dans l'immense majorité des cas¹³ que les professeurs demeurent titulaires du droit d'auteur sur les œuvres d'enseignement dites traditionnelles (notes de cours, articles à caractère pédagogique, manuels), parfois il est vrai en vertu d'une cession par l'établissement, qui se déclare premier titulaire. Parfois, les textes réglementaires prévoient que les établissements, en général sous réserve d'une entente écrite avec l'auteur, peuvent obtenir la titularité (ou la cotitularité) de ces œuvres, quand ils ont consacré des ressources inhabituelles ou significatives à leur création ou leur production.

Mais à partir du milieu des années 1990, avec l'intérêt grandissant des établissements pour l'enseignement à distance d'abord puis, à partir des années 2000, pour l'enseignement en ligne, l'urgence s'est fait sentir, surtout aux États-Unis (Kelley *et al.*, 2002), de modifier cette réglementation afin de tenir compte des nouveaux types d'œuvres et contextes de création associés à ces modes d'enseignement.

Le droit d'auteur et les cours en ligne

Une comparaison (Kromrey *et al.*, 2005) de trois études réalisées entre 1992 et 2005 sur des échantillons d'universités américaines comparables (appartenant à la catégorie Carnegie *Doctoral / Research – Extensive*¹⁴) révèle la présence d'un double mouvement. D'une part, on observe un accroissement significatif de la reconnaissance de la liberté universitaire des professeurs et de leur titularité sur les œuvres traditionnelles ; d'autre part, on note un accroissement non moins important des catégories d'œuvres exclues de cette catégorie, notamment les logiciels, les œuvres multimédias et les documents (de tous types) créés pour les cours à distance. En particulier, en 2005, 40 % des universités considérées distinguaient explicitement ces œuvres ; la moitié d'entre elles leur consacrait des sections ou politiques distinctes. En résultante, 30 % des universités publiques (et 50 % des universités privées) considérées se réservaient la titularité des œuvres créées pour l'enseignement à distance.

-
13. Y compris les dispositions des conventions collectives couvrant la propriété intellectuelle, qui constituent parfois de véritables politiques.
 14. On notera que selon les informations disponibles dans le site de la Carnegie Foundation, les catégories Carnegie ont été modifiées depuis, et les catégories *Doctoral/Research – Extensive* et – *Intensive* n'existent plus.

Au Canada, selon l'étude présentée au chapitre 10, qui couvre une grande partie des établissements, ce mouvement semble avoir touché peu d'universités, car moins d'un cinquième mentionnent explicitement dans leur réglementation les œuvres liées à l'enseignement à distance ou en ligne. Et le plus souvent, elles le font indirectement :

- soit par le biais de dispositions prévoyant (pour la moitié d'entre elles) la cotitularité professeur-université sur les œuvres audiovisuelles, incluant les enregistrements vidéo de cours magistraux, ou les œuvres multimédias ;
- soit en traitant de manière distincte les œuvres réalisées en collaboration, que l'on retrouve plus fréquemment dans ce mode d'enseignement.

En fait, seuls cinq établissements¹⁵ traitent de manière différenciée les œuvres associées à ce mode d'enseignement. L'un d'entre eux déclare que ces œuvres sont propriété conjointe, alors que les autres reconnaissent la pleine titularité des professeurs, mais imposent certaines conditions, par exemple l'octroi d'une licence à l'établissement, des restrictions pour l'utilisation de l'œuvre dans d'autres contextes ou encore des modalités particulières pour le partage des revenus découlant de sa commercialisation.

De plus, comme on l'a dit plus haut, une bonne partie des universités prévoient dans leur réglementation des modalités particulières en cas d'usage de ressources inhabituelles. Il peut s'agir soit de l'octroi de la titularité à l'établissement, soit – ce qui est beaucoup plus fréquent – la suggestion, voire l'obligation, d'ententes écrites modifiant les conditions habituelles entourant la propriété intellectuelle. Cette voie « contractuelle » fournit aux établissements une marge de manœuvre importante, dans la mesure où même un établissement qui fait de l'enseignement à distance sur une base régulière peut inscrire le processus de création et de production de cours à distance ou en ligne dans des projets particuliers. Une modification des règles habituelles s'appliquant à la titularité du droit d'auteur et à l'exploitation des œuvres peut alors constituer une condition pour l'acceptation d'un projet et l'octroi des ressources qu'il requiert. Le cas de l'Université Memorial (Mann, 2008), où l'établissement obtient la cotitularité en échange d'un paiement forfaitaire, en constitue un exemple particulièrement révélateur.

15. Il s'agit des universités McGill (*Policy on intellectual property*, 2001), Royal Roads (*Collective agreem., faculty*, 2006-2010, art. 16), du Québec à Montréal (*Conv. coll.*, professeurs de la Téluq, 2005-2010, art. 27), du Québec à Trois-Rivières (*Conv. coll.*, professeurs, 2007-2012, annexe F) et du Nouveau-Brunswick (*Coll. agreem., teachers*, 2005-2009, art. 38).

Une autre évolution concerne les logiciels (« programmes d'ordinateurs » au sens de la *Loi sur le droit d'auteur* canadienne; « *computer programs* » au sens du *U.S. Copyright Act*), qui sont soumis au même régime juridique que les œuvres littéraires. Dans les politiques américaines étudiées en 1992, ils n'étaient généralement pas distingués de celles-ci, quand ils étaient mentionnés. Treize ans plus tard, la majorité des politiques les considéraient séparément; environ un tiers des établissements possédaient même des politiques particulières les concernant. Dans la même proportion (1/3), les logiciels étaient associés aux inventions et soumis au régime mis en place dans les années 1980 pour les brevets universitaires, notamment en matière de titularité, souvent accordée à l'université en vertu du *Bayh-Dole Act* (voir le chapitre 6).

Au Canada, même en l'absence d'une loi similaire, l'étude présentée au chapitre 10 révèle que la situation n'est pas très différente: si une seule des universités possède une politique particulière sur les logiciels, le tiers des établissements les assimilent à des inventions. On y distingue parfois les logiciels techniques de ceux qui visent des applications pédagogiques, seuls les premiers étant assimilés à des inventions. Cette association a cependant de quoi surprendre, car la justification généralement apportée pour distinguer les inventions des autres produits de la recherche comme les publications tient à l'ampleur et au caractère essentiel des ressources (personnel technique, locaux, équipement) requises pour le fonctionnement des laboratoires et, en cas de commercialisation, pour les demandes et le maintien des brevets. Or, la création d'un logiciel (à caractère technique ou pédagogique), si elle est parfois le fait d'une équipe comprenant du personnel technique, peut très bien être effectuée par une personne travaillant seule à son ordinateur et utilisant finalement les mêmes ressources que celles que requiert la rédaction d'un ouvrage¹⁶. Dans bien des cas, les seules ressources supplémentaires pour compléter le travail de l'auteur sont de l'ordre de l'esthétique; tout se passe ici exactement comme dans l'édition écrite, où un travail de mise en forme du manuscrit est effectué, généralement par l'éditeur, en vue de la publication.

Les débats reliés aux tentatives des établissements de limiter l'exception professorale aux œuvres « traditionnelles », alors que les professeurs étaient de plus en plus sollicités pour s'impliquer dans l'enseignement à distance ou en ligne, ont été particulièrement vifs, surtout aux États-Unis. Devant l'ampleur de la réaction des professeurs et de leurs associations (Smith, 2002), qui risquait de compromettre les efforts des établissements qui

16. Sur la question des logiciels développés par des enseignants, voir l'exemple fort instructif de deux professeurs d'université américains relaté par Carlson (2000).

souhaitaient élargir leur offre d'enseignement¹⁷, des voix se sont fait entendre pour suggérer de faire de la question de la titularité un élément secondaire du débat, et d'axer plutôt les discussions et les négociations touchant le droit d'auteur sur le lien entre la gestion de la titularité et l'exploitation des œuvres, d'une part, et les rôles et intérêts des parties, d'autre part (Harper, 2000).

Une telle approche se justifie également d'une manière pragmatique car, quelles que soient les règles s'appliquant à un professeur qui crée une œuvre aux fins d'un cours à distance ou en ligne, l'attribution de la titularité est compliquée par le fait qu'un tel cours comporte généralement plusieurs œuvres, pouvant utiliser divers médias (comme l'audio ou la vidéo) couverts par des dispositions de la Loi très différentes. De plus, ces œuvres peuvent avoir des auteurs différents, ce qui peut conférer à l'ensemble de la documentation d'un cours le statut de recueil ou de compilation, avec un droit d'auteur associé, si le choix de l'arrangement des œuvres qui la composent ont nécessité l'exercice d'un jugement et d'un talent suffisants. Qui plus est, certaines de ces œuvres peuvent avoir plus d'un auteur, soit parce qu'elles ont été créées en collaboration (voir le chapitre 3), soit parce que les opérations nécessaires pour leur donner leur forme définitive, par exemple pour la mise en ligne, ont fait intervenir différentes personnes ayant apporté une contribution significative. On peut ajouter à ce portrait le fait que la part de titularité liée à la contribution de certains de ces auteurs peut être détenue par l'établissement, soit à la suite d'une cession prévue dans leur contrat, soit parce qu'en raison de leurs fonctions ils risquent fort de ne pas être couverts par une exception de type «professoral». Comme le décrit très bien Longdin (2005), on imagine facilement la complexité que pourrait revêtir, même dans un cas relativement simple, la clarification de tous ces droits de titularité enchevêtrés.

Mais quels sont ces rôles et intérêts, tant des professeurs que des établissements, susceptibles d'être affectés par la façon dont sont gérées la titularité et l'exploitation des œuvres d'enseignement, dont celles qui constituent le cœur de l'enseignement à distance ou en ligne? Le tableau 8.1 présente une liste de rôles et intérêts, inspirée de ce que l'on retrouve dans la littérature.

De manière à permettre l'atteinte d'une solution permettant aux deux parties d'y trouver leur compte, c'est-à-dire de jouer leurs rôles et préserver leurs intérêts, on a proposé (Consortium for Educational Technology for University Systems [CETUS], 1997; Ubell, 2001) de contourner la question

17. Des études (voir, par exemple, Bruner, 2007) ont montré que l'incertitude entourant la question du droit d'auteur dans le contexte de l'enseignement à distance constitue un frein à la participation des professeurs à ce mode d'enseignement (mais non le seul: voir Donohue et Howe-Steiger, 2005).

Tableau 8.1
Rôles et intérêts respectifs des établissements
et des professeurs ayant une incidence sur la gestion
du droit d'auteur sur les œuvres d'enseignement

	Professeur	Établissement
Rôles	<ul style="list-style-type: none"> - Produire le matériel nécessaire pour soutenir ou améliorer son enseignement - Contribuer à l'avancement de l'enseignement dans son domaine - Assurer la qualité et l'intégrité scientifique des œuvres utilisées pour l'enseignement 	<ul style="list-style-type: none"> - Assurer la continuité de l'enseignement dans les programmes offerts - Offrir un enseignement de qualité - Prévenir les conflits d'intérêts - Assurer l'équité entre les membres de la communauté
Intérêts	<ul style="list-style-type: none"> - Exercer sa liberté universitaire - Recevoir une reconnaissance pour la qualité de ses œuvres - Recevoir une compensation (monétaire ou autre) pour son travail de création - Bénéficier de la réputation de son établissement - Maintenir sa réputation ou sa notoriété - (Ré)utiliser ses œuvres dans d'autres contextes (notamment dans d'autres établissements) 	<ul style="list-style-type: none"> - Recevoir des retombées financières en fonction de ses investissements - Limiter la concurrence des autres établissements - Maintenir sa réputation - Bénéficier du prestige obtenu par ses professeurs en vertu de leur travail de création d'œuvres d'enseignement - Retenir les professeurs (et autres employés) performants sur le plan de la création d'œuvres d'enseignement

de la titularité en axant les discussions sur la fragmentation (*unbundling*) des droits de propriété intellectuelle selon les divers usages. Cette opération est réalisée au moyen de l'octroi par le titulaire du droit d'auteur (qu'il soit l'établissement ou le professeur) d'une série d'autorisations ou d'avantages consentis à l'autre partie au moyen de licences.

Cette proposition a été reprise par la plupart des auteurs qui ont traité de ce sujet depuis (voir, par exemple, Donohue et Howe-Steiger, 2007), et appliquée dans au moins trois universités canadiennes¹⁸.

En guise d'exemple, un professeur titulaire du droit d'auteur pourrait accorder une licence non exclusive d'une durée limitée à son établissement pour l'utilisation de son œuvre (par exemple par d'autres professeurs dans le même établissement, ou comme élément d'un cours à distance ou en ligne), voire pour la commercialisation de celle-ci à l'extérieur de l'établissement, moyennant dans ce cas un partage des revenus. Une telle licence

18. L'Université du Québec à Montréal, pour sa constituante Télé-université (*Conv. coll.*, professeurs de la Téluq, 2005-2010, art. 27), l'Université du Québec à Trois-Rivières (*Conv. coll.*, professeurs, 2007-2012, annexe F), et l'Université Memorial (MUNFA, 2007).

serait automatiquement renouvelée à moins que le professeur n'estime que l'œuvre est désuète au point d'en compromettre la qualité scientifique ou la pertinence pour l'enseignement. De manière similaire, un établissement détenant le droit d'auteur pourrait octroyer au professeur-auteur (1) une licence non exclusive permettant à celui-ci d'utiliser son œuvre à sa guise dans ses activités d'enseignement et de recherche, même lorsqu'il a quitté l'établissement; (2) un droit de regard ou de veto, assurant au moins les garanties prévues par le droit moral d'intégrité, sur toute décision concernant l'utilisation ou la modification de l'œuvre; (3) une partie des retombées monétaires en cas de commercialisation. Dans tous les cas, des mesures de règlement (médiation, arbitrage ou autres) devraient être prévues en cas de différend.

Bien que l'on voie que des solutions équivalentes peuvent être atteintes quelle que soit la décision prise en matière de titularité, les mêmes auteurs ont généralement suggéré de favoriser l'octroi aux professeurs de la pleine titularité sur toutes les œuvres qu'ils créent, mesure qui revêt un caractère symbolique majeur¹⁹.

De plus, cette approche permet d'intégrer naturellement la situation évoquée plus haut, soit les œuvres auxquelles des employés autres que des professeurs contribuent de manière significative. En effet, ceux-ci ne bénéficiant pas de la même autonomie et encore moins de la liberté universitaire, on considérera généralement qu'ils effectuent ce travail dans «l'exercice de leur emploi», ce qui rend l'établissement cotitulaire du droit d'auteur. Une entente prévoyant, selon les mêmes termes que les licences mentionnées plus haut, les droits d'utilisation de chaque partie et le partage des éventuelles retombées financières s'impose alors naturellement.

Illustrons ces notions par l'exemple d'un professeur contribuant à la conception et à la réalisation d'un cours en ligne. On supposera qu'il ne s'agit pas d'un cours financé par un organisme externe dans un projet qui, normalement, établirait les conditions relatives à la propriété intellectuelle, mais bien d'un cours réalisé dans le cadre des activités normales de l'établissement. On supposera aussi que dans ces conditions, en vertu de l'exception professorale, le professeur est titulaire du droit d'auteur sur ce qu'il crée. Dans ce contexte, les ententes prendront des formes différentes selon le type de médiatisation, l'organisation du travail et la nature du travail de création du professeur et des autres participants.

Dans un premier cas de figure, le professeur produit d'abord seul tous les documents nécessaires pour un cours en ligne. Bien que certains professeurs aient développé les compétences requises, cela signifiera en

19. On consultera à ce sujet les déclarations de l'American Association of University Professors (AAUP) (Smith, 2002) et de l'Association canadienne des professeures et professeurs d'université (ACPPU) (2004).

règle générale que l'établissement dispose à tout le moins d'une plateforme de diffusion²⁰ permettant à un profane de mettre en ligne les documents. De plus, l'établissement pourra offrir un soutien technique en matière de médiatisation (gestion et formatage de documents, traitement des figures et autres éléments graphiques), sans que cela constitue généralement une contribution suffisante, en termes quantitatifs, pour justifier le coauteurat. Dans ce cas, il est vraisemblable que le professeur demeure l'auteur unique de son matériel et, à l'instar de ce qui se pratique pour les notes de cours, est titulaire du droit d'auteur sur l'entité que forme la documentation du cours. Tout au plus l'établissement pourrait-il bénéficier d'une licence implicite lui permettant de diffuser ce matériel aux fins de son offre de cours. Il est cependant préférable que le professeur accorde à l'établissement une licence explicite à cette fin. Celle-ci pourrait en outre prévoir qu'en cas de commercialisation d'éléments du cours par le professeur, l'établissement recevrait une part des retombées devant traduire l'importance de son investissement (acquisition ou développement de la plateforme, médiatisation, activités liées à la commercialisation, le cas échéant). Le professeur conserve dans ce cas le droit d'utiliser son matériel original (c'est-à-dire sans les éléments ajoutés lors du traitement par l'établissement) pour toutes fins, par exemple, la production d'un manuel ou encore l'enseignement dans un autre établissement.

Dans un deuxième cas de figure, le professeur produit seul les documents de base (comprenant en général uniquement des textes et des figures simples), mais un travail de médiatisation sophistiqué est effectué par le personnel de l'établissement, par exemple la conception, à partir de simples suggestions du professeur, de schémas complexes ou d'éléments interactifs (animations, simulations) créés de toutes pièces par des programmeurs et des infographes. Une situation analogue est celle où des spécialistes de la pédagogie complètent le matériel de base produit par le professeur en y ajoutant les éléments nécessaires pour en faire un cours à distance, comme des activités d'apprentissage, des consignes, etc. Dans ces deux situations, et selon la nature et l'ampleur de la collaboration entre le professeur et les autres employés, on pourra considérer la documentation du cours en ligne :

- soit comme une œuvre créée en collaboration, dont le professeur et l'établissement – par le truchement d'une contribution significative de ses employés qui ont été particulièrement affectés à cette tâche – détiennent conjointement le droit d'auteur;

20. On fait référence ici à l'une ou l'autre des centaines de plateformes (ou environnements) de cyberformation, dont les plus connues sont les systèmes commerciaux WebCT et BlackBoard (qui ont fusionné en 2006), et les systèmes de type *open source* (voir l'annexe 6), tels Moodle, Claroline et Sakai.

- soit comme un recueil, dont l'établissement détient la titularité mais qui inclut l'œuvre conçue par le professeur, pour laquelle ce dernier a accordé une licence qui en autorise l'inclusion et en précise les conditions d'utilisation.

Un troisième cas de figure est celui où tous les documents requis pour un cours en ligne, incluant les textes de base, les éléments multimédias et les divers documents complémentaires, sont réalisés par une équipe dirigée par le professeur ou à laquelle il participe avec d'autres employés de l'établissement affectés au projet et qui contribuent eux aussi de manière significative au processus de création. Dans ce cas, la cotitularité du droit d'auteur sur la documentation du cours est la seule avenue possible. L'entente entre l'établissement et le professeur²¹ devrait normalement octroyer à ce dernier un pouvoir de décision lui permettant d'assurer l'intégrité du cours et la qualité de l'enseignement. Par ailleurs, le partage des éventuels revenus entre l'établissement et le professeur, en cas de commercialisation, devrait traduire l'importance de la contribution de celui-ci.

On notera que le facteur essentiel en cause ici est, d'une part, la notion de contribution significative conférant aux participants le statut de coauteurs et, d'autre part, la forme que prend le travail d'équipe, qui donne à l'œuvre le caractère de recueil ou d'œuvre créée en collaboration. Là encore, ces notions ne sont pas définies par les lois, mais éclairées par la jurisprudence (voir le chapitre 3), qui indique notamment que ce caractère significatif est associé non seulement à la part de travail accomplie, mais aussi à l'exercice d'un talent et d'un jugement non négligeables, le tout devant toutefois être évalué au cas par cas.

L'utilisation d'œuvres protégées dans l'enseignement médiatisé

La propriété des œuvres créées pour l'enseignement médiatisé n'est qu'un des aspects de la propriété intellectuelle ayant acquis une dimension nouvelle dans la foulée du développement des technologies des communications, et du Web en particulier. Un autre, qui en constitue en quelque sorte la réciproque, est l'utilisation d'œuvres protégées dans l'enseignement médiatisé.

21. Ces ententes peuvent certes être individuelles, mais elles peuvent également être prévues dans les conventions collectives de travail.

Cette utilisation est encadrée d'abord par les exceptions, prévues dans la législation, qui permettent la reproduction ou la présentation publique d'une œuvre sans que cela constitue une violation du droit d'auteur. Comme on l'a vu au chapitre 4, ces exceptions sont de deux types :

- une exception de type général, appelée utilisation équitable (*fair dealing*) au Canada et *fair use* aux États-Unis ;
- une série d'exceptions s'appliquant particulièrement aux activités des bibliothèques, musées et services d'archives, d'une part, et à celles des établissements d'enseignement (voir l'annexe 1).

Au Canada, ces exceptions, conçues en fonction des médias et des modes d'enseignement traditionnels, ne s'appliquent que marginalement à l'enseignement médiatisé, et pas du tout à l'enseignement en ligne, et ce pour deux raisons principales.

D'une part, la nature hybride de l'Internet – à la fois moyen de publication, d'exécution en public et de télécommunication, pour reprendre les termes de la *Loi sur le droit d'auteur* – rend difficile l'application de ces dispositions et exceptions, qui sont différentes pour ces trois modes. Ainsi, selon les exceptions de la Loi canadienne relatives à l'enseignement, on peut reproduire un texte imprimé pour le projeter en classe ; on peut aussi projeter une émission de télévision au moment où celle-ci est diffusée sur les ondes. Cependant, il n'est pas clair si l'on peut projeter en classe une page Web à laquelle on accède en ligne. En effet, tout dépend si l'on considère ou non celle-ci comme une copie d'une œuvre (dans la mémoire vive ou le disque dur de l'ordinateur) réalisée aux fins de projection, ou encore une œuvre projetée *au moment où* elle est communiquée au public par télécommunication. Inutile de préciser que ces distinctions sont d'intérêt autant économique que sémantique, comme en fait foi la suggestion des sociétés de gestion collective canadiennes, émise lors des discussions sur la modification de la *Loi sur le droit d'auteur* (voir le chapitre 4), de mettre en place un tarif couvrant cette activité (Bulte, 2004)²².

D'autre part, la notion de salle de classe mentionnée dans les exceptions convient de moins en moins pour décrire le lieu où se déroulent les activités d'enseignement et d'apprentissage, non seulement pour l'enseignement en ligne, mais aussi, comme nous l'avons mentionné plus haut, pour l'enseignement en classe, de plus en plus souvent complété par des activités ayant recours à l'Internet. Or, la mise en ligne d'œuvres protégées pose

22. Précisons que cette recommandation, qui a soulevé une forte opposition des milieux de l'enseignement, n'a été retenue ni dans le projet de loi C-60 finalement déposé (et non adopté), ni dans le suivant (C-61, qui n'a pas été adopté non plus ; voir le chapitre 4).

une série de difficultés, car les exceptions prévues à la Loi canadienne à l'intention des établissements d'enseignement ne s'appliquent que dans les salles de classe situées à l'intérieur de leurs murs.

Comme on l'a vu au chapitre 4, les utilisations en classe non couvertes par ces exceptions peuvent dans certains cas relever d'un système de gestion collective du droit d'auteur²³, qui comprend des sociétés mises sur pied pour recueillir auprès des établissements des droits d'utilisation afin de les redistribuer aux titulaires participants. On parle ici d'activités comme la photocopie d'extraits d'œuvres à distribuer aux étudiants, la projection en classe de films ou de vidéos, l'enregistrement et la rediffusion d'émissions de télévision. Dans les autres cas, ce qui inclut au Canada à peu près tout ce qui touche l'enseignement à distance ou en ligne, l'obtention de l'autorisation du titulaire du droit d'auteur est requise pour toute reproduction, présentation publique ou diffusion de chaque œuvre ou partie importante de celle-ci.

On le voit, l'utilisation d'œuvres ou d'extraits d'œuvres protégées aux fins de l'enseignement médiatisé n'est possible, sans autorisation expresse du titulaire du droit d'auteur, qu'à certaines conditions très restrictives au Canada.

Aux États-Unis par contre, tant l'exception du *fair use*, plus généreuse que celle de l'utilisation équitable²⁴, que les exceptions s'appliquant à l'enseignement, modifiées lors d'une mise à jour du *Copyright Act* – le *Technology, Education and Copyright Harmonization Act of 2002 (TEACH Act)* – s'appliquent à l'enseignement en ligne. Il faut cependant préciser que des conditions assez restrictives rendent l'intérêt du *TEACH Act* assez limité en pratique pour l'enseignement en ligne. Dans certains cas, l'exception du *fair use* serait même plus avantageuse (Gasaway, 2001). Il faut tout de même préciser que cette plus grande ouverture de la législation américaine en faveur de l'utilisation d'œuvres protégées en enseignement médiatisé est contrebalancée à certains égards par d'autres modifications apportées à la loi peu de temps auparavant, lors de l'adoption en 1998 du *Digital Millennium Copyright Act (DMCA)*. On parle ici des dispositions,

23. Couvert par les articles 71 et s. de la Loi.

24. À titre d'exemple, la reproduction d'une partie d'un ouvrage imprimé pour la distribuer aux étudiants d'un cours, geste qui viole le droit d'auteur au Canada à moins que l'établissement ne participe au système de gestion collective (et paie le tarif établi), est légale aux États-Unis, comme l'indique explicitement le *U.S. Copyright Act*, § 107 :

[...] *the fair use of a copyrighted work, including such use by reproduction in copies or phonorecords or by any other means specified by that section, for purposes such as [...] teaching (including multiple copies for classroom use), [...] is not an infringement of copyright.*

comprises dans ce qu'on appelle la «gestion numérique des droits» («*digital rights management*», voir l'annexe 5), qui rendent illégal tout moyen ou action visant à contourner les mesures de protection numériques contre l'accès ou la copie. Comme le fait remarquer Clark (2001), ces dispositions ont préséance sur les exceptions à la loi, de sorte qu'elles sont susceptibles de rendre illégaux des actes qui seraient par ailleurs permis en vertu de ces exceptions, telle la copie unique aux fins d'étude privée ou de recherche.

Notons qu'au Canada, des mesures semblables à celles que l'on retrouve tant dans le *TEACH Act* que dans le *Digital Millennium Copyright Act* ont été incluses dans le projet de réforme de la *Loi sur le droit d'auteur* déposé en 2008, après qu'un projet précédent, fortement critiqué, fût finalement mort au feuilleton (voir le chapitre 4). La réaction du monde de l'éducation a été mitigée. Tous ont salué les nouvelles exceptions touchant l'utilisation en classe d'œuvres diffusées en ligne et la diffusion d'œuvres par Internet aux élèves hors de la salle de classe (donc, dans un contexte d'enseignement en ligne). Par contre, la prépondérance accordée aux mesures de protection (et même aux licences d'utilisation) sur les exceptions – incluant celle de l'utilisation équitable – a suscité beaucoup d'inquiétude²⁵.

Une question connexe touche l'intégration dans les documents numérisés non pas d'œuvres ou d'extraits d'œuvres protégées, mais d'hyperliens pointant vers des œuvres en ligne protégées. Il s'agit là d'une situation totalement nouvelle qui, ne possédant pas réellement d'équivalent dans les médias traditionnels, n'est pas couverte de manière évidente par les lois et s'appuie sur une jurisprudence très embryonnaire.

Tout d'abord, il faut distinguer les divers types de liens pouvant être inclus dans un site (Battisti, 2003) :

- les liens *simples*, pointant vers la page d'accueil d'un autre site;
- les liens *profonds*, pointant vers une page quelconque (autre que la page d'accueil) hébergée sur un autre site;
- les liens *de cadrage*, habituellement situés dans les menus, qui font afficher, dans une section de la page bien identifiée, une page hébergée dans un autre site;
- les liens *d'insertion*, qui n'apparaissent pas explicitement comme des hyperliens, mais font afficher automatiquement, dans une fenêtre, un cadre ou au sein même de la page en cours, une page ou un élément multimédia hébergé dans un autre site.

25. Voir, par exemple, les déclarations de l'Association canadienne des professeures et professeurs d'université (ACPPU) (2009) et de l'Association des universités et collèges du Canada (AUCC) (2008).

Soulignons que des motifs de contestation non reliés au droit d'auteur peuvent être soulevés à l'encontre de l'inclusion d'un lien de l'un ou l'autre type vers un site, et ont d'ailleurs fait l'objet de poursuites judiciaires et de décisions. Ces motifs concernent les marques de commerce (par exemple, l'utilisation du logo d'une organisation comme hyperlien), la concurrence déloyale et la diffamation (Battisti, 2003). Nous n'examinerons ici que les motifs relevant du droit d'auteur, en considérant successivement les divers types de liens décrits plus haut.

- Les liens simples, qui sont à certains égards l'équivalent de références bibliographiques, ne posent *a priori* aucun enjeu en matière de droit d'auteur, du moins en ce qui touche les droits économiques, car aucune des actions réservées au titulaire du droit d'auteur n'est ici posée. Tout au plus un auteur pourrait-il, au nom du droit moral d'intégrité (voir le chapitre 1), contester la présence d'un lien vers son site, si cela l'associe à une cause ou un contexte susceptible de nuire à son honneur ou à sa réputation.

Il existe cependant une autre dimension de la situation qui soulève un enjeu de nature juridique : dans quelle mesure l'inclusion dans une page d'un hyperlien pointant vers une œuvre qui enfreint le droit d'auteur peut-elle constituer une autorisation à enfreindre la loi ? Cette dimension, qui a fait l'objet de quelques décisions judiciaires dans le cas bien connu des sites d'échange de fichiers MP3 (Longdin, 2007), doit être située dans le contexte général de la responsabilité des fournisseurs de service, dans la mesure où le responsable d'un site Web fournit aux usagers divers services, sous forme d'informations, d'outils... et d'hyperliens. Cependant, comme l'explique Longdin (2007), les quelques condamnations survenues dans ce domaine indiquent qu'il doit y avoir présence de facteurs incriminants, comme les bénéfices financiers que le fournisseur retire du trafic que cette offre de service génère, ou encore la présence d'un encouragement explicite à visiter des sites qui enfreignent manifestement le droit d'auteur, comme les sites qui offrent des copies illégales de logiciels.

- Les liens profonds ont bien fait l'objet de quelques poursuites judiciaires et de décisions aux États-Unis et en Europe, mais bien que le mot de la fin n'ait pas été encore dit, la tendance semble être d'en reconnaître le caractère légal du point de vue du droit d'auteur (Matuschak, 2003).
- Les liens de cadrage et, plus encore, les liens d'insertion constituent des situations plus délicates. Ici aussi la question de la nature du Web est en cause, dans la mesure où on peut en arriver à des conclusions différentes selon que l'inclusion d'une œuvre dans

une autre au moyen de ces liens est vue comme l'intégration d'une copie de l'œuvre originale dans ce qui devient une nouvelle œuvre, ou comme la communication de l'œuvre au public d'une manière qui diffère de celle que prévoit le responsable du site hébergeant l'œuvre originale. Ici également, les droits moraux peuvent être en cause ; non seulement le droit d'intégrité, mais aussi le droit d'attribution, dans la mesure où la page ou l'élément (il peut s'agir d'une simple figure) affiché par ce type de lien peut très bien sembler partie intégrante de la page qui l'appelle. Les quelques causes qui ont porté sur ces types de liens (Ott, 2004 ; Sableman, 2001) ne permettent pas non plus de trancher définitivement la question, mais laissent nettement supposer que le recours à ce type de liens sans l'accord du titulaire présente des risques bien réels.

Quoi qu'il en soit, en vertu de considérations d'éthique, voire par simple courtoisie, lorsqu'un site vers lequel on établit un hyperlien – de quelque type que ce soit – ne contient pas de mention explicite autorisant cette action, il convient de demander l'autorisation au responsable et de retirer le lien si celui-ci le demande. C'est du moins la ligne adoptée par certains établissements spécialisés en formation à distance (Claerhout, 2004).

Mais pendant que les créateurs – et ceux qui les emploient – et les utilisateurs d'œuvres appelées à être diffusées dans Internet tentaient de tirer profit du potentiel de cette nouvelle technologie, ou simplement de conserver les droits qu'ils détenaient sur les œuvres ayant recours aux technologies traditionnelles, une nouvelle tendance faisait son chemin dans le monde de l'enseignement : l'accès libre.

L'accès libre aux ressources numériques d'apprentissage

Comme on l'a vu au chapitre 7, le mouvement pour l'accès libre est né d'abord en lien avec les documents présentant les résultats des recherches (les articles scientifiques avant tout). Il a cependant assez vite débordé ce cadre pour s'étendre à l'accès aux ouvrages destinés à l'enseignement. En fait, les arguments invoqués pour justifier ou promouvoir l'accès libre aux publications scientifiques s'appliquent à peu près intégralement au domaine de l'enseignement médiatisé, qu'il s'agisse de considérations économiques (augmentation du coût des manuels ou des autres documents d'appoint), politiques (mission de l'Université, équité Nord-Sud), ou encore de l'intérêt des auteurs, qui visent généralement non pas le gain financier, mais plutôt la reconnaissance et la notoriété, voire la simple satisfaction de savoir leurs œuvres utilisées et appréciées par le plus grand nombre (Bates, Loddington, Manuel et Oppenheim, 2007). De plus, leur diffusion a recours aux mêmes

moyens techniques, soit les archives ou répertoires (institutionnels ou centralisés) et, dans bien des cas, au même dispositif juridique, soit les licences Creative Commons ou analogues (voir l'annexe 6).

Il existe cependant une différence importante à considérer. Il est question ici d'accès à des œuvres d'enseignement qui n'étaient pas, en règle générale, déjà diffusées autrement que localement (comme les notes de cours) ou par le truchement de sites Web personnels. En conséquence, et contrairement au monde de la publication scientifique, qui se caractérise par des formats normalisés et un contrôle de la qualité se voulant rigoureux (l'évaluation par les pairs), la qualité, la nature et l'ampleur et de ces œuvres d'enseignement sont d'une très grande variabilité. C'est entre autres pour ces deux dernières raisons qu'au lieu de les qualifier d'ouvrages ou de documents, on les désigne plutôt sous des appellations générales comme «ressources numériques d'apprentissage» (RNA)²⁶. Soulignons que ce mouvement touche peu les manuels²⁷, qui continuent très majoritairement à relever de l'édition commerciale.

Tout comme pour les archives ou répertoires offrant l'accès aux publications de recherche, ceux qui sont dédiés aux RNA sont de deux types : institutionnels, hébergeant les productions des membres de l'établissement, ou centralisés, généralement associés à une entité géographique ou administrative. Alors que les premiers sont la plupart du temps des archives, c'est-à-dire qu'ils hébergent les fichiers associés à ces ressources, les seconds sont plus souvent des répertoires, au sens où ils ne contiennent que les métadonnées décrivant les RNA (l'analogue pour les documents numériques des données contenues dans les fiches bibliographiques), avec des hyperliens vers celles-ci.

Le plus célèbre exemple d'archive institutionnelle de RNA est offert par le MIT, qui a lancé au début des années 2000 son OpenCourseware Initiative (Kirkpatrick, 2006). Ce projet, résultat d'un sens du leadership et d'un travail de sensibilisation exemplaires (Lerman et Miyagawa, 2002), car les professeurs étaient invités à y participer sur une base entièrement volontaire, proposait à ceux-ci de mettre en ligne non pas des cours, comme on l'a souvent entendu, mais les documents qu'ils produisent pour

26. Aussi appelées «objets d'apprentissage» ou «ressources d'enseignement et d'apprentissage».

27. On retrouve un certain nombre d'initiatives, regroupées sous l'appellation «*open textbooks*», qui offrent l'accès libre à des manuels dans la plupart des domaines. On consultera à ce sujet les sites Open Textbook, Make Textbooks Affordable et Community College Open Textbooks Project. Mentionnons aussi que les archives ou répertoires de RNA peuvent contenir des manuels ; ainsi, le répertoire MERLOT donne accès à plus de 200 manuels (parmi son catalogue de 20 000 RNA).

compléter leur enseignement en classe. L'offre aux professeurs d'un soutien à la médiatisation et à la mise en ligne²⁸ s'accompagne de l'exigence pour ces derniers d'accorder une licence non exclusive perpétuelle, de type Creative Commons (CC), pour tous les documents déposés (MIT OpenCourseware, 2003).

L'initiative du MIT, qui a résulté en l'offre de ressources de types et d'ampleurs variés associées à de nombreux cours (1 900 à la mi-2009) a été suivie par quelques autres établissements universitaires, tels :

- aux États-Unis, l'Open Learning Initiative de l'Université Carnegie-Mellon ;
- en France, Libres Savoirs, du consortium Paris Tech, regroupant les Grandes Écoles parisiennes, qui donne accès à 2 000 RNA ;
- au Royaume-Uni, l'initiative OpenLearn de l'Open University, sans doute la plus prestigieuse université à distance au monde.

Du côté des archives ou répertoire centralisés, mentionnons le succès du répertoire américain MERLOT, lancé à la fin des années 1990 et qui a dépassé en 2008 le cap de 20 000 RNA, couvrant tous les domaines. Soulignons que bien que le contenu y soit très majoritairement d'origine américaine (donc en anglais), MERLOT fait une place aux ressources d'autres pays ou utilisant d'autres langues²⁹. Au Canada, mentionnons le répertoire Enpairs et l'archive Vecteur qui offraient, au début de 2009, environ 500 et 100 ressources respectivement.

Une autre différence importante entre les répertoires ou archives de publications de recherche et ceux qui contiennent des RNA touche le droit d'auteur. Et cette question possède deux dimensions complémentaires : les conditions posées par les responsables de l'archive pour accepter le dépôt d'une ressource et les utilisations consenties aux usagers accédant à celles-ci (Gadd *et al.*, 2007).

On l'a vu au chapitre 7, pour les articles scientifiques, l'enjeu principal est l'étendue des droits qu'a conservés l'auteur qui, en règle générale, a cédé son droit d'auteur ou concédé une licence à la revue. Dans le pire des cas, c'est-à-dire quand l'auteur n'a conservé ou ne s'est vu accorder aucune

28. Fait à signaler, le MIT ne considère pas ce soutien comme la fourniture de ressources inhabituelles, ce qui signifie, selon la politique de l'établissement, que le professeur demeure titulaire du droit d'auteur.

29. Au début de 2009, MERLOT contenait environ 700 RNA en espagnol, 450 en français et 250 en allemand ; étaient aussi représentées une dizaine d'autres langues comptant moins de 100 ressources chacune.

permission, le dépôt est effectué sous le mode d'accès restreint, qui ne permet aux usagers d'avoir accès «librement» qu'aux métadonnées du document. Toutefois, cela ne constitue pas un problème majeur, dans la mesure où les lecteurs potentiels de ces documents n'ont en général besoin de rien de plus que ce que permettent les exceptions de type «*fair use*» ou «utilisation équitable», soit d'obtenir une copie aux fins de recherche ou d'étude privée.

Pour les œuvres d'enseignement que sont les RNA, les choses sont plus complexes. Tout d'abord, en vertu de l'«exception professorale» ou des politiques institutionnelles, comme nous l'avons expliqué plus haut, les auteurs-déposants seront très souvent les premiers titulaires du droit d'auteur sur ces œuvres et ne l'auront pas cédé à un éditeur. Ils ont donc toute marge de manœuvre tant pour déposer les documents que pour fixer l'étendue des autorisations consenties aux usagers. Ensuite, contrairement aux publications de recherche, pour lesquelles l'exigence d'originalité ne favorise pas cette pratique, les œuvres d'enseignement incluent très souvent des extraits d'autres œuvres protégées par le droit d'auteur, pour lesquels l'autorisation des titulaires est requise aux fins de toute reproduction ou diffusion.

On peut soutenir que les auteurs, en déposant une ressource (ou, dans le cas des répertoires, en déposant les métadonnées et un lien vers la ressource), accordent une licence implicite de diffusion et que les responsables du répertoire n'agissent qu'à titre de fournisseurs de services, ce qui vraisemblablement dégage leur responsabilité (voir le chapitre 7). Cependant, ces responsables seraient bien avisés de prendre des mesures raisonnables, ne serait-ce que par un rappel à l'intention des déposants, pour s'assurer que les œuvres déposées n'enfreignent pas la loi. On a proposé à cette fin des modèles de licences déposant/gestionnaire pouvant convenir à diverses situations (Loddington, Gadd, Oppenheim et Manuel, 2006).

À l'autre extrémité de la chaîne auteur-archive-usager, un autre enjeu majeur se pose en matière de droit d'auteur: les actions, normalement réservées au titulaire, que l'on permet aux usagers d'effectuer dans le contexte de l'accès libre. On parle ici, par exemple, de réalisation de copies multiples (numériques ou imprimées), de (re)diffusion en ligne ou de modification (résumé, traduction, adaptation, inclusion dans une œuvre, etc.). À ce chapitre, les responsables des archives ont adopté deux approches.

La première consiste à laisser cette question entièrement à l'auteur qui dépose une ressource. Si celui-ci n'accompagne son dépôt d'aucune mention relative au droit d'auteur par exemple, ou uniquement le traditionnel symbole © suivi du nom du titulaire, la seule action permise pour les usagers est la consultation, à laquelle il faut ajouter bien sûr les actions autorisées en vertu des exceptions de la Loi. Sur le plan juridique, on retrouve ici la notion de licence (d'utilisation) implicite, dont il est difficile

de déterminer la portée au-delà de cette autorisation de consultation³⁰. Certains répertoires ou archives suggèrent aux déposants, sans nécessairement l'imposer, d'associer une licence utilisateur de type CC aux œuvres qu'ils déposent (ou dont ils déposent les métadonnées). C'est le cas notamment de MERLOT, qui a inclus dans son formulaire de dépôt une section permettant de choisir une des six licences CC.

La seconde approche consiste à exiger, comme condition d'acceptation d'un dépôt, que l'auteur associe à sa ressource un type de licence particulier. Cette solution, qui s'applique avant tout aux archives, présente l'avantage de la clarté et de la simplicité, l'usager n'ayant pas à se poser la question pour chacune des ressources qu'il décide d'utiliser. Cette voie des licences obligatoires (généralement des licences CC) a été adoptée entre autres par le MIT et l'Open University, de même que par Vecteur, qui imposent tous la licence CC « *by-nc-sa* » (paternité, pas d'utilisation commerciale, conditions initiales à l'identique). De même, un groupe de travail de la Conférence des recteurs et principaux des universités du Québec chargé d'étudier les questions entourant le droit d'auteur et les répertoires de RNA a recommandé l'emploi des licences CC, sans favoriser l'une ou l'autre catégorie (CREPUQ, 2007). La Télé-université de l'Université du Québec à Montréal a également suivi cette avenue dans sa *Politique de gestion de la diffusion des ressources d'enseignement et d'apprentissage* (REA).

Il est à noter que le rapport du groupe de travail de la CREPUQ, après avoir souligné que « libre ne signifie pas nécessairement gratuit³¹ », poursuit en expliquant que « le recours à des licences gratuites, telles Creative Commons, ne se traduit pas automatiquement par l'utilisation sans frais des ressources numériques sur lesquelles s'appliquent ces licences » (p. 16). Sans que le rapport le mentionne explicitement, cela laisse entendre que l'on pourrait réservé l'accès des ressources diffusées sous licence CC à des groupes de personnes, par exemple les étudiants inscrits à un cours ou encore l'ensemble des membres d'un établissement, qui auront payé, directement ou indirectement (par exemple, par des droits de scolarité ou des frais afférents) pour obtenir cet accès. Aussi étonnant

-
30. On pourrait soutenir qu'un auteur qui dépose un ouvrage dans une archive qui affiche clairement son caractère « accès libre » consent une licence d'utilisation implicite d'une portée assez large. Mais il faut pour cela que les gestionnaires de l'archive définissent très clairement et affichent très visiblement ce qu'ils entendent par « accès libre » car, comme on l'a vu au chapitre 7, ce terme, quand il n'est pas précisé par une description des usages permis ou par le recours à une licence de type Creative Commons, est très vague en ce qui touche l'étendue des ces permissions.
 31. Affirmation assez curieuse, car dans le débat sur la signification de l'accès libre, on entend surtout l'inverse, soit que « gratuit » ne signifie pas nécessairement « libre ».

que cela puisse paraître, tant cela semble aller à l'encontre des objectifs de créateurs de ces licences, ardents promoteurs de l'accès libre (dans le sens «fort» du terme), cette possibilité ne contredit pas techniquement les conditions de ces licences, comme l'expliquent les auteurs d'un autre rapport, anglais celui-là (Intrallect et AHRC Research Center for Studies in IP and IT Law, 2005). Il reste qu'une telle protection risque de se révéler dérisoire, comme le soulignent ces mêmes auteurs, car toutes les licences CC permettent à quiconque de copier l'œuvre et de la rediffuser gratuitement, ce qui, en pratique, rend l'accès gratuit pour tous.

En dépit du potentiel que revêt ce nouveau mode de diffusion et de partage des œuvres d'enseignement, à la fin des années 2000, les archives ou répertoires de RNA étaient à bien des égards dans une situation analogue à ceux qui donnent accès à des documents de recherche (voir le chapitre 7) : ici aussi, sauf de quelques rares exceptions, les archives contiennent très peu de documents. Mais si l'on connaît bien les conditions (dépôt pris en charge par l'établissement, mais surtout exigences de dépôt) qui ont permis à quelques archives de type recherche de connaître le succès, il est difficile de prévoir ce qui permettra à l'accès libre aux œuvres d'enseignement de prendre réellement son envol. Une enquête menée auprès d'enseignants britanniques (Bates *et al.*, 2007) incite cependant à croire que les mêmes obstacles sont à l'œuvre (méconnaissance, manque de temps, incertitude quant au caractère légal de l'opération) et que le même type de mesures pourrait s'avérer efficace. Ici aussi, la balle semble être dans le camp des établissements universitaires et de ceux qui les financent.

Si la propriété intellectuelle générée par les professeurs-chercheurs est l'objet d'une attention particulière, comme on l'a vu aux deux chapitres précédents, celle des créations réalisées par les étudiants est souvent négligée dans les travaux et études sur le sujet. Pourtant, ceux-ci consacrent une bonne partie du temps et des efforts dévolus à leurs études à un travail de création ; on peut d'ailleurs raisonnablement soutenir que, globalement, ils réalisent une bonne partie de la création qui se fait dans les établissements universitaires. Il convient donc de se pencher sur les enjeux qui, sans nécessairement leur être propres, les touchent au premier chef.

9

Les étudiants et la propriété intellectuelle

Marc Couture

Les productions des étudiants qui peuvent faire l'objet de la propriété intellectuelle relèvent de deux contextes différents. D'une part, pour répondre aux exigences de leurs cours ou de leurs programmes, ils créent divers types d'œuvres, principalement littéraires, mais aussi d'autres types: œuvres musicales, dramatiques ou artistiques, dans les programmes relevant de ces domaines. Certains conçoivent des logiciels (qui sont des œuvres littéraires, au sens de la Loi), surtout dans les cours ou programmes en génie et en informatique. Plus encore, aux cycles supérieurs, la rédaction d'une œuvre (mémoire, thèse ou travail similaire) constitue une exigence essentielle. Quelques étudiants, dans les domaines scientifiques et techniques surtout, ont aussi l'occasion de réaliser des inventions au cours des travaux pratiques reliés à leurs études.

D'autre part, au cours de leurs études, les étudiants occupent souvent des emplois rémunérés associés à des projets d'enseignement, de recherche ou de création ou, parfois, à des collaborations entre l'université et un commanditaire, organisation ou entreprise. Parfois, ces emplois ne comportent que de simples tâches techniques, bien circonscrites, que l'on confie normalement à des étudiants peu expérimentés, généralement de premier cycle. Mais avec l'expérience acquise et la progression dans les études, les étudiants en viennent à pouvoir réaliser l'ensemble des tâches du métier de chercheur et à acquérir une grande autonomie dans leur travail; on leur confie alors des projets complets ou des parties de projets, qu'ils définissent et contrôlent en bonne part.

Deux questions interdépendantes se posent alors:

- À quelles conditions et dans quelle mesure les étudiants peuvent-ils détenir la qualité d'auteur ou d'inventeur?

- Quand ils détiennent cette qualité, à qui revient la titularité des œuvres et inventions qu'ils ont créées ou auxquelles ils ont contribué?

Après avoir répondu à ces deux questions, nous examinerons un autre volet de la propriété intellectuelle, soit l'utilisation des créations protégées, en nous penchant tant sur l'utilisation par les étudiants, dans leurs travaux, d'œuvres créées par d'autres, que sur l'utilisation, par les établissements, des créations des étudiants.

Les œuvres créées par les étudiants et la reconnaissance de la qualité d'auteur

Comme on l'a vu au chapitre 3, la Loi ne définit pas la notion d'auteur; ce sont les tribunaux qui ont établi les critères généraux permettant d'attribuer à une personne la qualité d'auteur. Ainsi, il a été établi que pour être auteur (ou coauteur), il faut avoir contribué, de manière substantielle ou significative, au caractère original de l'œuvre, ce qui, pour reprendre les termes de la Cour suprême du Canada¹, signifie que cette contribution doit témoigner de «[l']exercice [d'un] talent et [d'un] jugement que requiert la production de l'œuvre».

Mais le jugement précité ne précise pas ce qu'est une contribution «substantielle» ou «significative». Ce sont les tribunaux appelés à se prononcer dans des causes, peu nombreuses, touchant la reconnaissance de la qualité d'auteur qui fournissent quelques éléments de réponse. Ainsi, un jugement de 2008 de la Cour supérieure du Québec², résume ainsi, par la négative, l'état de la jurisprudence:

Le simple fait de fournir des idées ne confère pas la qualité d'auteur. [...] Le fait d'émettre des suggestions ne confère pas la qualité d'auteur non plus.

La personne qui n'apporte que des révisions n'est pas considérée comme coauteur.

Le simple fait de donner des consultations et même d'inspirer une œuvre ne confère pas la qualité d'auteur ou de coauteur d'une œuvre. [Les références à d'autres décisions ont été omises.]

1. *CCH Canadienne Ltée c. Barreau du Haut-Canada*, [2004] 1 R.C.S. 339 (352 et s.).

2. *Lachance c. Productions Marie Eykel inc.* [2008] J.Q. 9759 (C.S.), paragr. 49 à 51.

Ces conclusions rejoignent celles du jugement *Neudorf v. Nettwerk*, évoqué au chapitre 3, tel que le décrit Leduc Campbell (2000, p. 2):

The Court recognized the plaintiff's role in "nurturing and teaching McLachlan, being a guiding and disciplinary force, helping manifest the songs [...]" [at par. 136]. However, the Court found on his part no original contribution of expression in three of the four songs.

Comme on l'expliquait au chapitre 2, la propriété intellectuelle «scientifique» (ou universitaire) ne constitue pas une forme distincte de propriété intellectuelle et, par conséquent, est assujettie aux mêmes dispositions juridiques que l'ensemble des œuvres, dont celles qui régissent l'attribution de l'autorat (ou du coauteurat). C'est ce que confirment deux autres jugements canadiens, qui traitaient particulièrement des contributions respectives – et de la qualité d'auteur qui peut en résulter – des étudiants et des professeurs qui les supervisent ou les embauchent.

Dans la première cause, *Goulet c. Marchand*³, deux professeurs (de droit, faut-il préciser) poursuivaient en diffamation François Marchand, un étudiant qui avait dénoncé publiquement l'absence de son nom de la liste des auteurs⁴ en couverture d'un manuel que ces professeurs avaient publié. Le manuel était basé sur des notes de cours auxquelles Marchand avait travaillé pendant près d'une année sous la direction des mêmes professeurs, qui l'avaient alors reconnu comme coauteur de ces notes. Pour justifier la disparition du nom de l'étudiant de la couverture du manuel (il y était simplement remercié), les professeurs faisaient valoir, entre autres, que compte tenu du travail accompli par la suite, le manuel différait totalement des notes de cours. Voici quelques extraits du jugement, qui résume les arguments des parties; dans sa décision, le juge a donné entièrement raison à l'étudiant, condamnant les professeurs à lui verser près de 10 000 \$ de dommages non pécuniaires⁵.

3. J.E. 85-964 (C.S.).

4. Dans la suite du texte, pour éviter la confusion, on distinguera l'«auteur» et le «signataire». Le premier est celui qui répond aux critères permettant de détenir la qualité (ou le statut) d'auteur. Le second est celui dont le nom est indiqué au début de l'ouvrage, en couverture (pour un livre) ou en en-tête (pour les articles). On comprendra qu'un auteur peut ne pas être signataire (dans le meilleur des cas, il peut avoir choisi de conserver l'anonymat) et qu'un signataire peut ne pas être auteur. De même, une mention «avec la collaboration de...», en couverture ou non, qui exclut clairement la dimension «signature», peut très bien cacher une contribution suffisante pour justifier la qualité d'auteur.
5. Précisons que le nom de Marchand fut ajouté (en dernière position) sur la couverture lors de la révision de la seconde édition du manuel, publiée après l'issue du procès.

Le défendeur [l'étudiant, François Marchand] soumet qu'il a rédigé environ 50 % du contenu de l'œuvre et qu'il ne peut s'expliquer pourquoi les demandeurs [les professeurs Goulet et Robinson] nient le fait qu'il soit coauteur du livre (p. 2).

Selon le demandeur Jean Goulet, le défendeur François Marchand n'a œuvré que comme auxiliaire de recherche et d'enseignement (p. 9).

Durant ce contrat, [l'étudiant] rencontrait des étudiants, faisait des questions, en enlevait, en ajoutait, puis rédigeait. [...] Les pièces P-15 et P-16 font voir les autres contrats qu'a eus le défendeur. P-15: «préparer des instruments pédagogiques dans le cours "Théorie générale du domaine privé" avec les professeurs A. Robinson et J. Goulet», du 5 mai 1980 au 30 mai 1980; P-16: «Travailler à l'étude et à la révision des objectifs, des méthodes et de la documentation pédagogique pertinente au cours DRT-11390 – Théorie générale du domaine», du 1^{er} octobre 1980 au 30 avril 1981 (p. 5-6).

Essentiellement, [la] position [des professeurs] est à l'effet que, oui, François Marchand a collaboré grandement à la préparation de ce qu'ils appellent le recueil de notes P-10, mais que l'œuvre P-2 [le manuel] constitue par son aspect pédagogique et sa forme originale et exclusive une toute [sic] autre œuvre que P-10. Le défendeur a déclaré à ce sujet que P-2 n'était qu'une mise en forme bien faite de l'édition préliminaire [i.e. les notes de cours] (p. 8-9).

La seconde cause, *Boudreau v. Lin*⁶, concernait un professeur ayant publié sans aucune modification (sauf le remplacement du nom de l'étudiant par le sien et celui d'un collègue) un texte qui lui avait été soumis par un étudiant comme travail noté dans un de ses cours. Ici aussi, le juge avait rejeté les arguments du professeur, qui justifiait son statut d'auteur par son rôle de superviseur, dans les termes suivants:

I find as a fact that the professor offered editorial suggestions, and, on a conceptual level, that he attempted to direct the student in his paper to a less technical and more management-oriented view, as befitted a course of study in the Masters of Business Administration program. But, it was clear from the evidence, the professor was neither the originator nor the developer of any substantive ideas or concepts. His contribution consisted of general comments that were directed to polishing the paper and were those which one expects from a professor who is editing and discussing a paper written by a student. None of the changes he proposed affected the substance of the paper (paragr. 26).

6. (1997) 75 C.P.R. (3d) 1 (Ont. G.D.).

On le voit, les tribunaux canadiens⁷ ne semblent pas hésiter à reconnaître la qualité d'auteur à un étudiant qui a contribué de manière substantielle à la création d'une œuvre, malgré son statut de subordonné lié à la relation pédagogique ou, dans le contexte d'un travail rémunéré, d'un rapport hiérarchique. De plus, ces jugements indiquent clairement que l'attribution de cette qualité ne peut se fonder sur l'exercice de fonctions de supervision, de conseil, de lecture critique ou de mise en forme, à tout le moins lorsqu'aucune modification substantielle de l'œuvre n'en résulte.

Mais la perspective juridique du *copyright* est en grande partie fondée sur le postulat que pour encourager la création d'œuvres, qui profite à toute la société, il est nécessaire d'offrir une incitation aux auteurs sous la forme d'une possibilité pour eux, à titre de titulaires de ce *copyright*, de bénéficier des retombées financières de l'exploitation commerciale de leurs œuvres. Cependant, dans le monde universitaire, comme nous l'avons souligné aux chapitres précédents, l'exploitation commerciale des œuvres ne revêt pas en règle générale un caractère péculiaire, du moins pour les auteurs⁸. Et si la titularité peut parfois constituer un enjeu, comme on l'a vu par exemple pour la possibilité de réutiliser ses propres travaux, le fait d'être désigné explicitement comme auteur est de loin l'enjeu principal⁹. Cet enjeu qui, sur le plan juridique, relève non pas du *copyright*, mais du droit moral d'attribution (voir le chapitre 1), présente néanmoins souvent des dimensions financières majeures, bien qu'indirectes.

En effet, les publications savantes jouent un rôle de premier plan dans la carrière des chercheurs ; on peut dire que c'est ce qui détermine en bonne partie la place d'un chercheur dans la hiérarchie de sa discipline. C'est là d'ailleurs le sens de l'adage bien connu « *publish or perish* ». Et même si dans certaines situations, par exemple les demandes de financement aux grands conseils subventionnaires canadiens, des critères de qualité plutôt que de quantité ont été mis de l'avant, le nombre total de publications, au-delà d'un certain seuil, est une information très prisée. Il est d'ailleurs toujours mis bien en évidence dans les documents publics décrivant les chercheurs et leurs réalisations.

-
7. On retrouve des cas analogues du côté des États-Unis (par exemple, *In re Katz*, 687 F. 2d 450), mais qui concernent la co-invention plutôt que le coauteurat.
 8. Cependant, des manuels à diffusion modeste peuvent tout de même générer des revenus non négligeables, surtout pour un étudiant. Ainsi, une fois reconnu comme coauteur (et cotitulaire), François Marchand a pu toucher pendant quelques années des redevances annuelles de l'ordre du millier de dollars (communication privée, 11 mai 2009).
 9. Cet enjeu existe aussi dans le monde de l'édition « régulière », mais il occupe une place moins importante que la titularité, qui est le levier permettant de négocier des redevances. En témoignent l'usage de pseudonymes, ou encore le recours à des prête-plumes.

On comprendra dans ce contexte que ce n'est pas tant la reconnaissance de sa qualité d'auteur – donc la titularité du droit d'auteur – que la présence de son nom dans la liste des auteurs d'une publication, c'est-à-dire sa signature, qui constituera une « monnaie » dont l'échange et le partage seront l'objet d'enjeux (et de jeux) de pouvoir, d'influence et de négociation. Cette « monnaie » relève d'abord du « capital symbolique », comme disent les sociologues, mais elle présente aussi, comme le souligne avec justesse Pontille (2005), des dimensions financières importantes, associées notamment aux décisions concernant l'embauche et la promotion, fondées en partie sur l'évaluation du dossier de publications. Des études ont même calculé la valeur monétaire des articles : ainsi, Gomez-Meija et Balkin (1992, cités par Floyd, Schroeder et Finn, 1994) estimaient à près de 100 000 \$¹⁰, sur une période de 30 ans, la valeur monétaire des avantages que procure un article publié dans une revue de management prestigieuse.

Les étudiants et la cosignature

Clairement, les enjeux liés aux pratiques de cosignature¹¹ touchent toutes les catégories de personnes qui contribuent aux travaux de recherche. Mais, parmi eux, les étudiants¹² se distinguent dans la mesure où ils dépendent largement, tant pour la réussite de leur programme d'études que pour le démarrage de leur carrière, des jugements, recommandations ou décisions des professeurs qui les supervisent. De ce fait, ils disposent d'un pouvoir de négociation, ou du moins de contestation, plutôt limité quand vient le temps de discuter de cosignature.

Heureusement, cette situation d'assujettissement, pouvant facilement déboucher sur une forme d'iniquité, a été reconnue par les organisations de recherche et les universités, qui ont mis en place diverses mesures pour y remédier. Mentionnons en premier lieu les politiques d'éthique et d'intégrité en recherche que les établissements nord-américains ont été incités, voire obligés à mettre en place au cours des années 1990, à la suite d'une série de scandales retentissants. Au Canada, c'est la fameuse « affaire

-
10. Les auteurs avancent le montant de 84 134 \$, dont la précision paraît sinon suspecte, du moins peu réaliste.
 11. Voir Claxton (2005) pour une excellente présentation de ces enjeux.
 12. On peut aussi inclure les stagiaires postdoctoraux, dont le statut est à plusieurs égards semblable à celui des étudiants.

Fabrikant¹³ » qui a été l'élément déclencheur du mouvement ayant amené les grands organismes subventionnaires fédéraux canadiens à imposer cette exigence aux établissements comme condition d'admissibilité à leur financement.

Ces politiques énumèrent généralement une série de comportements répréhensibles formant ce qu'on appelle l'inconduite scientifique, parmi lesquels on retrouve certaines pratiques en matière de reconnaissance de l'autorat. Ainsi, la politique en matière de probité de l'École Polytechnique de Montréal inclut parmi ses exemples d'inconduite :

- ne pas reconnaître de façon appropriée toute personne qui a contribué intellectuellement, de façon significative, à une publication, à des travaux ou autres activités. [...]
- [...] indiquer comme coauteur, avec ou sans sa permission, le nom d'une personne qui n'a eu aucun apport intellectuel significatif.

École Polytechnique, *Politique en matière de probité* (2002)¹⁴.

En second lieu, des organisations disciplinaires ou professionnelles ont émis des directives en matière de cosignature. Ces directives présentent beaucoup de similarités entre elles, tout en différant considérablement sur le plan de la précision. Certaines laissent une large place à l'interprétation, comme celles de l'American Psychological Association (APA, 2002) :

- (a) *Psychologists take responsibility and credit, including authorship credit, only for work they have actually performed or to which they have substantially contributed.*
- (b) *Principal authorship and other publication credits accurately reflect the relative scientific or professional contributions of the individuals involved, regardless of their relative status. Mere possession of an institutional position, such as department chair, does not justify authorship credit. Minor contributions to the research or to the writing for publications are acknowledged appropriately, such as in footnotes or in an introductory statement.*
- (c) *Except under exceptional circumstances, a student is listed as principal author on any multiple-authored article that is substantially based on the student's doctoral dissertation.*

-
- 13. Du nom d'un professeur d'ingénierie de l'Université Concordia qui, au début des années 1990, a abattu quatre employés de son département après avoir dénoncé des situations d'inconduite scientifique qui y avaient cours selon lui; certaines, qui se sont avérées par la suite, touchaient les pratiques de cosignature.
 - 14. Pour des fins de lisibilité, nous avons adopté une convention particulière pour les extraits des documents des universités; de plus, leurs notices ne se retrouvent pas dans les *Références*, mais à l'annexe 3.

D'autres sont plus explicites, ce qui les rend davantage opérationnelles, comme celles de l'International Committee of Medical Journal Editors (ICMJE), appliquées par de nombreuses revues du domaine biomédical¹⁵ (ICMJE, 2006) :

- *Authorship credit should be based on 1) substantial contributions to conception and design, acquisition of data, or analysis and interpretation of data; 2) drafting the article or revising it critically for important intellectual content; and 3) final approval of the version to be published. Authors should meet conditions 1, 2, and 3. [...]*
- *Acquisition of funding, collection of data, or general supervision of the research group alone does not constitute authorship. [...]*
- *Each author should have participated sufficiently in the work to take public responsibility for appropriate portions of the content. [Nous soulignons.]*

Finalement, mentionnons les politiques de propriété intellectuelle des établissements, qui contiennent souvent des dispositions destinées à clarifier la nature ou l'importance de la contribution justifiant (ou ne justifiant pas) l'attribution de l'autorat. Certaines de ces politiques énoncent des combinaisons de tâches similaires à celles que l'ICMJE a retenues. En guise d'exemple, voici ce que l'Université de Sherbrooke précise, dans sa politique de propriété intellectuelle s'appliquant aux étudiants et aux stagiaires postdoctoraux, l'une des plus détaillées qu'il nous ait été donné de parcourir :

- a) Chaque personne qui se déclare auteure doit avoir contribué de manière significative à au moins *deux des trois étapes* qui suivent :
 1. la conception et la mise en place du plan de travail,
 2. la collecte de données,
 3. l'analyse et l'interprétation des résultats.
- b) Chaque auteure, auteur a participé à l'organisation des idées, à la rédaction ou à la révision du contenu intellectuel du document.
- c) Chaque auteure, auteur a donné son approbation à la version finale du document et doit être en mesure d'en défendre individuellement le contenu. [Nous soulignons.]

Université de Sherbrooke,
Politique sur... la propriété intellectuelle des... étudiants... (2001)

Si cette politique, à l'instar des directives de l'ICMJE, propose des critères assez élevés, d'autres par contre se révèlent moins exigeantes. Ainsi, la politique de propriété intellectuelle de l'Université du Québec

15. En mai 2009, le site de l'organisation indiquait que plus de 700 revues appliquaient ces critères.

à Montréal propose d'abord comme critères de cotitularité (section 6.4, non citée) une autre variante des règles précédentes, pour énoncer un peu plus loin (section 6.5.2, citée ci-après) des conditions beaucoup moins contraignantes en matière de cosignature :

À moins de stipulations différentes dans l'entente *ou de pratiques disciplinaires spécifiques*, les principes suivants s'appliquent :

- l'ordre des auteures, auteurs doit être déterminé par l'importance de leur contribution à la publication (selon les critères établis en 6.4) ;
- toute personne ayant normalement droit d'être identifiée comme coauteure, coauteur *peut abandonner ce droit*. Dans ce cas, sa contribution doit être mentionnée par les auteures, auteurs dans les remerciements ou à titre de collaboratrice, collaborateur ; [...]
- lorsqu'une publication est basée en majeure partie sur les résultats ou le contenu du travail d'une étudiante, d'un étudiant, elle, il doit *normalement* en être l'auteure principale, l'auteur principal, à moins qu'elle, il *accepte qu'il en soit autrement*. [Nous soulignons.]

Université du Québec à Montréal,
Politique sur... la propriété intellectuelle (2003)

On peut aisément s'interroger, dans le cas des étudiants, quant au caractère libre ou volontaire d'une éventuelle renonciation à être signataire, ou encore, selon les pratiques en cours dans le domaine (voir plus loin), à voir la place occupée par son nom traduire l'importance sa contribution. Il convient de plus de souligner que la nature et l'étendue possible de ces «pratiques disciplinaires spécifiques», qui sont régulièrement évoquées dans les documents réglementaires ou d'information des universités, ne sont jamais précisées.

D'autres établissements vont encore plus loin. Ainsi, dans un document d'information de l'Université Queen's à l'intention des étudiants de cycles supérieurs et de leurs directeurs de recherche, on relie la reconnaissance de la qualité d'auteur non pas à l'importance de la contribution, mais au statut d'emploi¹⁶ :

In cases where the work done under terms of employment by a student employed as a Research Assistant is not part of the degree requirements, that student is not normally entitled to claim co-authorship.

Université Queen's,
Roles and responsibilities in graduate supervision (2007)

16. On se rappellera les extraits, cités plus hauts, du jugement dans la cause *Goulet* (note 3).

alors qu'à l'Université de l'Alberta, en évoquant le rôle joué par les publications dans la carrière du professeur (mais, curieusement, pas dans celle de l'étudiant), on semble reconnaître au professeur, quelle que soit par ailleurs l'importance relative de sa contribution, le pouvoir de décision absolu en matière de cosignature, et on invite l'étudiant que cela ne satisferait pas... à choisir un autre directeur :

Students should be aware, however, that some professors may claim the right of first authorship for themselves. This may be the case where first authorship is seen as a requisite at the professor's particular career stage, or simply from the personal policy/preference of the professor. A student anticipating concerns on this matter should inquire in advance of choosing the professor as a supervisor. Where controversy does arise about who is entitled to be credited as first author, as co-author, and/or in what order the author credits should appear, the supervisor will usually decide the issue.

Université de l'Alberta, *Guide to intellectual property for graduate students and supervisors* (2004)

On le voit, en matière de reconnaissance de la qualité d'auteur, le monde universitaire oscille entre deux tendances. La première, normative et relativement homogène, ne s'éloigne pas tellement de la perspective juridique ; tout au plus peut-on constater un déplacement assez subtil dans la nature des contributions considérées : on ajoute l'exigence d'une contribution substantielle à au moins une partie des travaux de recherche, tout en réduisant l'exigence relative à la contribution à la rédaction de l'œuvre, en acceptant des contributions du type « préparation du plan » ou « révision du texte », qui ne suffiraient peut-être pas pour se voir reconnaître comme auteur par un tribunal. On peut comparer à cet égard l'exigence de l'ICMJE « *revising [the paper] critically for important intellectual content* » avec la description, dans le jugement Boudreau précité, d'une contribution qui n'a pas été jugée suffisante : « *None of the changes he proposed affected the substance of the paper.* » On voit que l'écart, si tant est qu'il existe, est assez tenu.

La seconde, généralement informelle, s'inscrit dans les pratiques disciplinaires de cosignature qui, selon les études empiriques sur le sujet (voir Bates, Anic, Marusic et Marusic, 2004; Manton et English, 2008; Pontille, 2004; Sandler et Russell, 2005 ; Shapiro, Wenger et Shapiro, 1994), s'écartent notamment de la perspective juridique ainsi que des directives, à caractère éthique, des organisations disciplinaires et des politiques institutionnelles.

Mais en quoi consistent ces pratiques, et comment se différencient-elles selon les disciplines ? Considérons en premier lieu les pratiques relatives à la présence (ou l'absence) d'un nom dans la liste des signataires.

D'une part, on trouve la pratique dite de l'auteur « fantôme » (« *ghost author* »)¹⁷. Elle consiste à ne pas inclure le nom d'une personne qui a pourtant contribué de manière significative à la recherche et (ou) à la rédaction de l'article. Cela peut se faire sans l'accord de la personne, qui est alors privée d'un droit, comme dans les deux causes touchant des étudiants mentionnées plus haut. Mais cela peut aussi être fait avec le consentement de l'auteur concerné (mais certainement de manière contraire à l'éthique), par exemple dans les recherches menées au sein des entreprises privées (Götzsche *et al.*, 2007) ou de certaines organisations publiques, dont les publications ne portent généralement pas le nom de leurs auteurs, qui ont souvent été embauchés particulièrement pour cette tâche. On retrouve aussi la situation où un coauteur n'est pas d'accord avec le contenu de l'article, mais ne désire pas s'opposer à sa publication, préférant simplement ne pas voir son nom y figurer.

D'autre part, on retrouve l'opposé de cette pratique, soit l'ajout parmi les signataires de personnes qui ne répondent pas aux critères mentionnés plus haut. À la limite, ces personnes peuvent n'avoir pas lu l'article, ou même n'avoir rien eu à voir avec la recherche où s'inscrit l'article. Les raisons ou contextes qui justifient ou favorisent cette pratique, que nous qualifierons d'autorat complaisant¹⁸ et qui serait selon certaines études plus répandue que la précédente (Sandler et Russell, 2005), sont variés.

- Des chercheurs membres d'une équipe ou d'un projet peuvent avoir conclu des ententes de réciprocité en vertu desquelles la même série de noms apparaît sur tout article issu de l'équipe ou du projet, peu importe qui a fait quoi.
- Un chercheur qui a facilité ou rendu possible la réalisation de la recherche, par exemple en fournissant des matériaux de base, des locaux, du financement, etc., mais qui n'y a pas participé directement, peut se voir ainsi remercié ; c'est parfois une condition tacite de la poursuite de cette aide ou de cette « collaboration ».

17. Il convient de signaler que la signification des diverses appellations employées relativement au lien entre la présence dans la liste des auteurs et la contribution varie selon les études. Par exemple, « *ghost author* » peut parfois revêtir un sens complètement opposé, soit une personne dont le nom apparaît dans la liste des auteurs, mais qui n'a fait qu'un travail de révision du texte de l'article, sans avoir participé à la recherche.

18. Dans la littérature sur le sujet, très majoritairement anglo-saxonne, cette pratique recouvre les notions de *honorary*, *guest* et *gift authorship* qui, comme on l'a vu plus haut, semblent revêtir des sens légèrement différents d'un auteur à l'autre.

- Un tel privilège peut être accordé à un membre de l'équipe qui a accepté une lourde tâche administrative et qui, pour la durée de son mandat, n'a plus beaucoup de temps à consacrer à des activités de recherche, ce qui risque de faire diminuer considérablement sa production scientifique.
- Un étudiant ou un chercheur en début de carrière peut souhaiter ajouter le nom d'un chercheur chevronné, même si celui-ci a peu ou pas participé à la recherche, dans le but de donner plus de notoriété à ses travaux, ou encore d'accroître les chances de voir l'article accepté dans une revue bien cotée¹⁹. La réciproque se produit également: un chercheur d'expérience peut inclure les noms de chercheurs – souvent des étudiants ayant collaboré à la recherche à titre d'assistants, mais n'ayant pas contribué de manière substantielle à la recherche ou à la rédaction de l'article – dans le but d'aider ceux-ci dans le démarrage de leur carrière.
- Comme l'ont révélé des documents internes d'entreprises spécialisées dans la rédaction scientifique soumis lors d'un recours collectif concernant les effets d'un médicament (Barbour *et al.*, 2009), cette pratique, qui semble plus fréquente qu'on ne l'avait soupçonné jusque-là, peut être combinée avec celle de l'auteur « fantôme ». Ainsi, le nom d'un chercheur reconnu n'ayant fourni généralement qu'un accord de principe sur le contenu de l'article, ou au mieux quelques commentaires, est indiqué (avec son plein consentement) comme auteur principal, voire unique, et remplace celui du véritable auteur, qui se voit au mieux relégué au rang des personnes remerciées.

Cet ajout gratuit de noms d'auteurs peut être fait avec le plein accord de l'ensemble des « véritables » auteurs, ce qui en passant n'élimine qu'une partie des problèmes d'éthique liés à cette pratique. Mais cela peut aussi leur être imposé, plus ou moins explicitement, par le jeu des rapports hiérarchiques qui caractérisent le monde de la recherche. Et, comme on l'a

19. L'efficacité d'une telle stratégie, quelle qu'en soit la justification sur le plan de l'éthique, est difficile à établir. D'une part, les articles sont en principe évalués sur leur contenu et non sur la base de la notoriété de leurs auteurs. D'autre part, dans plusieurs domaines (surtout en sciences sociales), l'évaluation se fait à double insu, c'est-à-dire que les articles sont anonymisés. Cependant, des études (voir Mainguy, Motamedi et Mietchen, 2005 et les travaux cités) ont jeté un doute sur l'efficacité réelle de cette modalité, car il est souvent possible d'identifier les auteurs à partir d'indices présents dans l'article; de plus, les rédacteurs en chef des revues, qui prennent la décision finale d'accepter ou de refuser l'article, connaissent l'identité des auteurs.

vu plus haut, on imagine mal, par exemple, un étudiant remettre en question la pratique d'inclure de manière systématique le responsable de l'équipe ou le directeur du centre où il poursuit ses recherches²⁰.

Une situation particulièrement délicate à cet égard est la relation privilégiée entre un étudiant et son directeur de mémoire ou de thèse (Oddi et Oddi, 2000 ; Tryon, Bishop et Hatfield, 2007). S'il est vrai que celui-ci collaborera, sauf exception, aux travaux des étudiants qu'il dirige, cette collaboration ne se traduira pas toujours par une contribution substantielle, selon l'approche juridique (voir le jugement *Boudreau* précité), ou encore par la participation à l'ensemble des tâches exigées dans les directives des organisations. La présence du nom du directeur ne devrait donc pas être automatique.

Un enjeu particulier dans ce contexte concerne les mémoires et thèses par articles, apparus d'abord en sciences, mais qui se sont répandus dans beaucoup de domaines. On comprendra facilement le paradoxe que peut représenter une thèse formée en majeure partie d'articles dont l'étudiant n'est que cosignataire, alors qu'il s'agit d'une œuvre devant par définition démontrer sa capacité de mener une recherche originale de manière autonome. Les règlements relatifs aux thèses par articles, appelées aussi « thèses par insertion d'articles », prévoient à ce sujet des normes, variables d'un établissement ou d'un programme à l'autre, quant à la proportion d'articles dont le candidat doit être le premier ou le seul signataire. Certains règlements prévoient également la présence dans la thèse d'une section expliquant de manière détaillée la contribution du candidat à chacun des articles dont il n'est pas l'unique signataire.

Mais si l'on pousse le raisonnement à la limite, les étudiants qui convaincraient leur directeur de recherche d'appliquer les critères stricts de contribution substantielle pour la cosignature risqueraient de voir celui-ci courir le risque de perdre son financement, à cause de la réduction du nombre d'articles portant son nom. Par un curieux retour des choses, c'est l'étudiant lui-même qui serait une des premières victimes de cette situation, car il pourrait perdre la possibilité de réaliser ses travaux, et même une partie de ses revenus (bourses, emplois d'assistant de recherche, etc.).

Un raisonnement analogue peut être appliqué pour l'ajout de noms de chercheurs qui assument un mandat de direction : on pourrait craindre qu'il soit extrêmement difficile de trouver des volontaires pour assumer de telles tâches si la conséquence en était pour eux une réduction radicale du nombre de publications pendant les deux ou trois années (voire plus) que durent ces mandats.

20. Les associations étudiantes sont par contre beaucoup mieux placées pour intervenir à ce sujet.

Soulignons que les études sur le sujet (Manton et English, 2007; Wuchty, Jones et Uzzi, 2007) montrent que la prévalence de la cosignature et le nombre moyen d'auteurs sont très variables selon les domaines et disciplines. La cosignature est marginale dans les disciplines relevant des sciences humaines (philosophie, histoire), avec des taux inférieurs à 10% et un nombre moyen de signataires à peine supérieur à un. Par contre, elle est la norme dans les sciences de la nature (chimie, physique, biologie, médecine, etc.), avec 80% à 90% d'articles cosignés et un nombre moyen d'auteurs situé entre 3 et 4 (et un maximum qui peut dépasser la centaine pour certains articles issus de collaborations internationales ; voir Pontille, 2008). Les autres disciplines se situent entre ces extrêmes (voir l'annexe 4).

À ces différences disciplinaires peuvent s'ajouter des différences géographiques, comme le révèlent les données de Pontille (2004, chap. 5) qui, sur la base il est vrai d'un petit échantillon de revues, indiquent qu'en sociologie la cosignature est beaucoup plus rare en France et en Angleterre qu'aux États-Unis. Ces études ont également montré que, sauf en sciences humaines, tant le taux de cosignature que le nombre moyen de signataires ont augmenté régulièrement dans les dernières décennies du XX^e siècle.

Ces données permettent de penser que l'autorat complaisant est susceptible de se retrouver dans tous les domaines, et non seulement en sciences biomédicales (médecine, biologie), où l'on observe les plus grands nombres moyens d'auteurs par article et d'où proviennent la majorité des réflexions, des études et des actions en matière de pratiques de cosignature. Ainsi, en administration, malgré un nombre moyen d'auteurs à peine supérieur à deux, une présence significative d'autorat complaisant a pu être décelée (Manton et English, 2008).

La problématique de la cosignature comporte un autre volet, lié au précédent: celui de l'ordre des noms. Quel est le lien entre la place du nom d'un auteur et la nature ou l'importance de sa contribution ? Et quelle est la valeur relative, en termes de «capital symbolique», de ces diverses positions ? Ici encore, les pratiques sont très variées, suivant de grandes tendances propres aux diverses disciplines.

Trois modèles principaux ont été repérés pour l'ordre des noms (Pontille, 2004, chap. 6).

1. Les noms sont placés en ordre alphabétique (ou encore en ordre alphabétique inverse), ce qui fait de la question de l'ordre un enjeu négligeable, du moins en théorie²¹.
21. Cette affirmation peut cependant être nuancée, si l'on en croit l'étude d'Efthyvoulou (2008), qui montre qu'en économie, où l'ordre alphabétique est la norme (Engers, Gans, Grant et King, 1999), les personnes dont le nom commence par une des premières lettres de l'alphabet ont plus de chances d'être embauchées dans un département prestigieux.

2. L'ordre des noms traduit, en ordre décroissant, l'importance relative des contributions, avec la possibilité d'indiquer dans une note l'équivalence des contributions de signataires voisins.
3. Le premier nom est celui de la personne (appelée auteur principal) ayant apporté, parfois de loin, la plus grande contribution à la recherche ; il s'agit souvent d'un étudiant ou d'un chercheur junior. La dernière place est réservée à un chercheur d'expérience qui assume la responsabilité du projet et qui peut ou non avoir participé activement à la recherche ou à la rédaction de l'article. Dans les positions intermédiaires, l'ordre peut être alphabétique ou encore refléter, toujours en ordre décroissant, l'importance relative des contributions.

Certains domaines ont adopté l'un ou l'autre de ces modèles, par exemple, l'économie pour le premier et les sciences biomédicales pour le troisième²², alors que dans d'autres, comme en physique et en chimie, plusieurs modèles coexistent. Cela n'est pas sans soulever des difficultés – et de longues discussions – au moment de soumettre les articles issus d'un projet auquel collaborent des chercheurs de diverses disciplines.

Comme on l'a vu, l'importance de ces enjeux – la présence d'un nom dans la liste des signataires et sa position dans celle-ci – découle du rôle que jouent les publications dans le monde de la recherche, surtout en milieu universitaire. Et si l'on conçoit facilement l'effet néfaste que peut avoir l'omission d'un nom, pour la personne concernée, il est plus difficile d'évaluer la conséquence, pour un auteur « véritable », d'un allongement de la liste des signataires ou d'un changement de sa position dans celle-ci, compte tenu de la grande variabilité des pratiques constatées non seulement entre disciplines, mais aussi au sein d'une même discipline.

Une première conséquence est le risque d'une diminution de la visibilité, donc de la notoriété, d'un chercheur dans la littérature, en vertu des normes et des pratiques en matière de références bibliographiques. En effet, les formats des renvois dans le corps du texte, quand on a recours au système « auteur(s), année » (employé surtout en sciences sociales et humaines), de même que ceux des notices bibliographiques, prévoient généralement que l'on tronque la liste des noms au-delà d'un certain nombre (généralement de trois à six, selon le format imposé par la

22. La signification de la dernière position ne semble cependant pas univoque. Voir à ce sujet deux études empiriques portant sur des revues de ce domaine : Baerlocher, Newton, Gautam, Tomlinson et Detsky (2007), de même que Bates *et al.* (2004).

revue²³). Les autres noms sont alors amalgamés dans l'abréviation *et al.* ; parfois, seul le premier nom demeure. L'ajout d'un seul signataire à un article peut donc parfois faire disparaître plusieurs noms dans les citations d'un article.

Mais la principale conséquence concerne les analyses de dossiers de publications que doivent régulièrement effectuer les chercheurs pour l'évaluation des candidats à des postes, des promotions, des subventions, des bourses, des prix, etc. Le sens commun et diverses anecdotes²⁴ appuient l'hypothèse que, dans un tel contexte, la valeur accordée à chacun des signataires d'un article décroît avec le nombre de noms et la position dans la liste ; cependant, aucune étude empirique récente²⁵ ne semble avoir analysé cet effet. Il est vrai qu'une telle étude, qui devrait idéalement être fondée sur l'évaluation de véritables listes de publications, ne serait pas facile à réaliser. En effet, d'autres facteurs jouent un rôle non moins important dans cette évaluation, par exemple la longueur de l'article, la quantité d'informations qu'il contient (Seglen, 1996), la qualité (ou la réputation) de la revue, telle que perçue ou mesurée par son facteur d'impact, le nombre de citations reçues par l'article, etc. On a ainsi proposé diverses formules (Trueba et Guerrero, 2004 ; Tscharntke, Hochberg, Rand, Resh et Krauss, 2007) visant à mieux tenir compte de ces considérations ; certaines permettraient de limiter la dilution causée par l'ajout complaisant d'auteurs, dont les noms se retrouvent normalement vers la fin de la liste.

Par ailleurs, des mesures ont été mises en place, dans des contextes très limités cependant, pour traiter cette dimension autrement que par l'interprétation d'une simple liste de noms ou l'application d'une formule, qui devrait d'abord faire l'objet d'un consensus. Ainsi, plusieurs revues du domaine biomédical ont instauré, à côté de la notion d'*authorship*

-
- 23. Les normes de l'APA, employées non seulement en psychologie, mais aussi dans d'autres disciplines des sciences sociales, sont généreuses à cet égard, car les notices peuvent afficher jusqu'à six noms et les renvois jusqu'à cinq. D'autres formats limitent à trois le nombre de noms dans les renvois ou la notice, et retiennent uniquement le premier auteur dans celle-ci quand leur nombre excède trois.
 - 24. Par exemple, des réponses négatives d'organismes de financement qui invoquent entre autres un nombre insuffisant d'articles où le candidat est seul ou premier auteur.
 - 25. La seule étude (peu citée d'ailleurs) que nous avons pu repérer est celle de Nudelman et Landers (1972), qui ont demandé à des sociologues de répartir les « points » entre les auteurs d'articles dont ils n'évoquaient que le nombre d'auteurs et le statut de ceux-ci (senior, junior). La conclusion, que révèle le titre de l'article, « *The failure of 100 divided by 3 to equal 33-1/3* », est que la somme des points attribués à chaque cosignataire excède celle que reçoit un l'auteur unique d'un article.

associée à la cosignature, la notion de *contributorship* (Smith, 1997). Ces revues demandent de fournir la liste des personnes ayant contribué à la recherche ou à l'article, que ces personnes soient signataires ou non, et de préciser leurs contributions ou rôles respectifs ; cette information est généralement diffusée avec l'article. Selon une étude portant sur trois revues (Bates, Anic, Marusic et Marusic, 2004), cette procédure aurait permis de réduire l'écart avec ce que prévoient les critères de l'ICMJE, que ces mêmes revues ont adoptés. Cependant, l'ampleur de cette réduction dépend de la manière dont la description des contributions est recueillie : déclaration libre ou formulaire, avec ou sans rappel des critères de l'ICMJE (Marusic, Bates, Anic et Marusic, 2006). Autre exemple de mesure visant le même objectif : les consignes des demandes de subventions ordinaires du Conseil de recherches en sciences humaines du Canada (CRSH) indiquent que les candidats doivent « préciser leur rôle » pour tous les articles cosignés que renferme leur curriculum vitae.

Autorat, signature et responsabilité

Mais la « valeur marchande », symbolique ou carrément financière, associée à la signature d'une publication n'est pas la seule dimension à considérer. En effet, l'usage du mot « signature » renvoie, comme le rappelle Pontille (2004), au sens premier du terme : la responsabilité de celui qui signe. Les travaux qui traitent du sujet (voir par exemple Biagioli, 1998) soulignent avec justesse la complémentarité de ces deux dimensions, décrites comme les deux côtés d'une même médaille. Cette complémentarité peut cependant se transformer en contradiction, par exemple dans les cas d'articles scientifiques qui se sont par la suite révélés frauduleux : on a alors vu une partie des signataires, qui avaient pourtant semblé fort à l'aise d'inclure l'article dans leur pécule intellectuel, s'en dissocier en expliquant... qu'ils « n'étaient pas au courant, donc en rien responsables ».

Il est vrai toutefois que la question de la responsabilité associée à la présence de plusieurs signataires peut se poser de deux façons :

- soit chaque signataire n'est responsable que de la partie de l'article reliée au volet de la recherche auquel il a contribué, ce qui justifie d'une certaine manière les réactions évoquées ci-dessus ;
- soit tous les signataires sont solidiairement responsables de l'ensemble de l'article.

Si cette dernière approche correspond à la notion juridique de la responsabilité de cosignataires, elle peut poser de réels problèmes dans le contexte de projets de recherche auxquels collaborent de nombreux

chercheurs, comme le décrivait sans ambages un chercheur interrogé à ce sujet (cité par Biagioli, 1998, p. 10) :

This amounts either to banning all papers with more than one author or enshrining a kind of chivalry where scientists agree to destroy their own careers if they happen to work in the same lab as a scientist who commits fraud.

Comme on l'a vu plus haut, les directives et règlements touchant la cosignature adoptent l'une ou l'autre de ces approches.

Mais tout comme être signataire ne signifie pas nécessairement être auteur (et vice-versa), être auteur ne signifie pas pour autant être titulaire du droit d'auteur. Qu'en est-il pour les étudiants ?

Étudiants et titularité du droit d'auteur

On a vu au chapitre 3 que l'auteur d'une œuvre est titulaire du droit d'auteur sur cette œuvre, sauf s'il s'agit d'une œuvre créée dans l'exercice de l'emploi, où la titularité revient généralement à l'employeur. Les œuvres que crée un étudiant pour ses cours et autres activités faisant partie de son programme d'études (stage, projet, essai, mémoire, thèse, etc.) n'étant pas créées dans l'exercice d'un emploi, la titularité sur celles-ci lui revient donc. De plus, pour mériter les crédits reliés aux textes ou aux œuvres artistiques qu'il soumet pour évaluation, un étudiant doit en règle générale en être le seul auteur ; il sera donc titulaire unique. Comme nous l'avons expliqué plus haut, les mémoires et les thèses ne font pas exception, bien que la formule des mémoires et thèses par articles fasse parfois apparaître certaines contradictions, liées aux pratiques disciplinaires en matière de cosignature.

Évidemment, dans le cas des travaux réalisés en équipe, où l'on peut parler d'œuvres créées en collaboration (voir le chapitre 3), cette titularité sera partagée entre les membres de l'équipe.

Au Canada (voir le chapitre 10), comme d'ailleurs aux États-Unis, semble-t-il²⁶, cette titularité *a priori* est reconnue dans la très grande majorité des universités, du moins parmi celles qui possèdent une politique de

26. D'après un survol d'une trentaine de politiques, certaines analysées par Crews et Wong (2004) et d'autres, tirées de la liste proposée dans «Ownership Issues» (n.d.), par l'auteur du présent chapitre. Cette situation contraste avec celle que l'on observe en Grande-Bretagne, où une bonne partie des établissements (Madhavan et Campbell, 2007) revendiquent la première titularité du droit d'auteur sur les œuvres créées par les étudiants ou en exigeant la cession.

propriété intellectuelle s'appliquant aux étudiants. Cependant, la plupart de ces politiques prévoient des situations où cette titularité doit être partagée, ou encore cédée à l'université ou à un tiers.

- La première concerne les créations effectuées dans le cadre d'une recherche faisant l'objet d'un contrat ou d'une commandite avec un organisme externe, généralement privé, qui prévoit des dispositions en matière de titularité de la propriété intellectuelle créée par les participants à la recherche. Normalement, ces dispositions ne toucheront pas le mémoire, la thèse ou les articles qui découlent de la recherche, mais plutôt les rapports de recherche, qui peuvent contenir des informations de nature confidentielle ou stratégique, et les logiciels, qui peuvent être commercialisés, et même brevetés dans certaines juridictions (mais pas au Canada). Selon le cas, la titularité complète sera réclamée par le commanditaire, ou encore partagée entre celui-ci et l'université, ou même entre les diverses personnes ayant contribué de manière substantielle à la création. Bien que ces situations concernent surtout les étudiants de cycles supérieurs, les étudiants de premier cycle peuvent à l'occasion être touchés, par exemple pour une activité pratique, de type enquête, simulation, étude de cas ou projet, pour laquelle une entreprise ou une organisation externe agit comme partenaire, par exemple en fournissant des informations ou en accueillant des étudiants en son sein.
- La deuxième touche les œuvres réalisées à la demande ou à l'initiative de l'université, appelées aussi œuvres de commande (voir le chapitre 3), pour lesquelles celle-ci réclame généralement la titularité.
- La troisième situation concerne l'usage des ressources de l'université aux fins de la création de l'œuvre. La plupart des universités revendiquent la titularité ou la cotitularité, soit dès que des ressources de l'université ont été mises à contribution, soit, le plus souvent, quand ces ressources étaient inhabituelles ou exceptionnelles. Cependant, on ne définit pas toujours, ou pas toujours clairement, ce qui constitue des ressources inhabituelles ou exceptionnelles.
- La dernière situation est liée à la recherche réalisée en collaboration, en l'absence de tout contrat ou commandite, avec le directeur du projet de recherche, d'autres chercheurs (qui sont souvent des étudiants eux-mêmes) ou des employés de l'université. Certains établissements concluent qu'il y a cotitularité dès qu'un étudiant travaille au sein d'un projet de recherche dirigé par un professeur. D'autres politiques attribuent plutôt la titularité à l'établissement dès que plusieurs chercheurs ont contribué à la recherche. Mais la plupart laissent à chaque équipe le soin de décider.

Les trois premières situations s'appliquent en général aussi aux autres membres des établissements, notamment aux professeurs. De fait, plusieurs politiques de propriété intellectuelle, tant au Canada qu'aux États-Unis, ne font aucune distinction entre les créations des professeurs et celles des étudiants, du moins quand ceux-ci n'ont aucun autre statut que celui d'étudiant. Cependant, comme on l'a vu plus haut, les étudiants n'étant pas des employés de l'université, la titularité qui appartient à l'étudiant-créateur ne peut être attribuée à un tiers qu'à la suite d'une cession de droit d'auteur. Or, sauf quand des contrats à cette fin ont été signés par toutes les parties, ce qui n'est fait systématiquement (et encore...) que dans la première des quatre situations évoquées, les fondements juridiques de ce qui constitue une cession de la titularité au moyen d'une simple politique institutionnelle sont pour le moins fragiles.

En effet, la promulgation d'une politique prévoyant que les étudiants cèdent leur droits à l'université, même si cela ne vaut que dans des conditions particulières, et l'inclusion de cette politique dans les documents officiels de l'établissement ne peut vraisemblablement être substituée à la signature d'un contrat de cession en bonne et due forme. Divers principes associés au droit des contrats convergent en ce sens (Cates, 2001 ; Monotti, 1995). Il est vrai qu'on peut soutenir que l'inscription à l'université équivaut à la conclusion d'un contrat d'adhésion (voir le chapitre 3) en vertu duquel l'étudiant s'engage à respecter l'ensemble des règlements d'une université, qui constituent alors une clause externe du contrat d'adhésion. Cependant, une telle clause n'est valide que si elle porte sur un sujet qu'un étudiant peut s'attendre raisonnablement à retrouver dans de tels règlements, par exemple, les conditions de paiement des frais de scolarité, ou de location d'une chambre aux résidences universitaires. Or, ce n'est pas nécessairement le cas pour une disposition prévoyant la cession du droit d'auteur.

Mais même un étudiant informé de l'existence de cette disposition pourrait en demander l'invalidation en invoquant l'inégalité du pouvoir de négociation des deux parties, car un étudiant ne détient pas en général de connaissances suffisantes sur la question du droit d'auteur pour bien saisir les enjeux en cause. Il pourrait aussi invoquer le caractère abusif de telles cessions automatiques du droit d'auteur²⁷. Il faut toutefois souligner,

27. Ces considérations sont associées à la doctrine de *common law* dite de l'*unconscionability*, dont les principaux éléments se retrouvent également dans le Code civil du Québec :

1436. Dans un contrat de consommation ou d'adhésion, la clause illisible ou incompréhensible pour une personne raisonnable est nulle si le consommateur ou la partie qui y adhère en souffre préjudice, à moins que l'autre partie ne prouve que des explications adéquates sur la nature et l'étendue de la clause ont été données au consommateur ou à l'adhérent.

comme le fait judicieusement Cates (2001), que si les quelques jugements canadiens touchant les contrats d'adhésion entre les étudiants et une université appuient la précédente argumentation, aucun ne portait sur la politique de propriété intellectuelle de l'établissement.

On retrouve une autre situation, s'appliquant seulement aux étudiants cette fois, qui modifie la titularité des créations des étudiants. Elle concerne les étudiants qui bénéficient d'un contrat d'assistant et qui deviennent dans ce contexte des employés salariés de l'université. Comme on le verra au chapitre 10, la majorité des universités canadiennes appliquent alors le paragraphe 13(3) de la *Loi sur le droit d'auteur* touchant les œuvres réalisées en cours d'emploi, qui stipule que la titularité des œuvres « créées dans l'exercice de l'emploi » revient à l'employeur. L'« exception professorale » n'est pas étendue, sauf en de rares endroits, à ces employés. À cet égard, il faut admettre que les étudiants embauchés comme assistants de recherche ne disposent pas, sauf peut-être lorsqu'ils en sont aux étapes finales de leur formation, de la même autonomie que les chercheurs qui les conseillent, les supervisent et, généralement, déterminent les objectifs et les modalités d'exécution des travaux.

La co-invention

Sur le plan juridique, comme on l'a vu au chapitre 3, les critères permettant de reconnaître la qualité d'inventeur (ou de co-inventeur) sont analogues à ceux qui s'appliquent à la reconnaissance de l'autorat. Les principaux éléments de la discussion précédente peuvent donc être transposés aux pratiques en matière de brevets, à quelques différences près.

- Les critères reliés aux contributions à la rédaction ne sont pas pertinents en matière de brevet. En fait, une demande de brevet n'a pas d'auteur, mais mentionne le nom du ou des inventeurs; seules les contributions au travail de recherche ayant mené à la réalisation concrète (« *reduction to practice* ») de l'invention donnent droit au statut d'inventeur.

1437. La clause abusive d'un contrat de consommation ou d'adhésion est nulle ou l'obligation qui en découle, réductible.

Est abusive toute clause qui désavantage le consommateur ou l'adhérent d'une manière excessive et déraisonnable, allant ainsi à l'encontre de ce qu'exige la bonne foi; est abusive, notamment, la clause si éloignée des obligations essentielles qui découlent des règles gouvernant habituellement le contrat qu'elle dénature celui-ci.

- Deux chercheurs bien au fait de l'état des connaissances dans un domaine peuvent très bien soumettre de manière indépendante des articles sur le même sujet. Ces articles constitueront deux œuvres indépendantes couvertes par des droits d'auteur distincts. Pour les inventions, les choses se présentent autrement: un seul brevet sera accordé pour une invention, même si deux personnes soumettent des demandes indépendantes (dont le texte sera différent) pour une même invention. Comme on l'a vu au chapitre 2, c'est la personne qui soumet une demande en premier qui se verra accorder le brevet²⁸.
- Contrairement aux publications scientifiques, les demandes de brevet font intervenir des enjeux financiers importants, compte tenu à la fois des coûts élevés associés à l'obtention et au maintien des brevets et de l'ampleur des retombées financières qui, dans certains cas, peuvent en découler (voir le chapitre 6).

Compte tenu de ces enjeux, beaucoup plus susceptibles de justifier le recours aux tribunaux, on peut supposer que les règles et politiques en matière de co-invention seront appliquées de manière plus rigoureuse, et que la reconnaissance de contributions non substantielles sera beaucoup moins fréquente pour les brevets que pour les publications. En effet, l'octroi «gratuit» de la qualité d'inventeur peut finir par coûter cher! Des études de couples brevets-publications (Ducor, 2000; Lissoni et Montobbio, 2008; Meyer et Bhattacharya, 2004) montrent à cet égard que le nombre moyen de co-inventeurs est, dans certains domaines du moins, plus faible que le nombre moyen d'auteurs dans les articles publiés par les mêmes équipes et portant sur les mêmes sujets. En particulier, l'étude très approfondie de Lissoni et Montobbio (2008) a mis en évidence que la demande de brevet est l'occasion d'un processus d'exclusion des auteurs des publications, qui repose en partie sur la différence entre les critères, juridiques ou réglementaires, déterminant les qualités de co-inventeur et de coauteur, mais en partie aussi sur une pratique similaire à celle de l'auteur «fantôme».

On comprend facilement que les étudiants sont particulièrement susceptibles de devenir ainsi des inventeurs «fantômes». Plus encore, on peut imaginer qu'une personne qui n'est pas l'inventeur, mais qui, du fait de son rôle dans la recherche, a eu accès à l'information détaillée concernant l'invention réalisée par un étudiant, loge une demande de brevet avant celui-ci... et l'obtienne. Bien qu'il soit possible d'entreprendre des démarches

28. Sauf aux États-Unis, où s'applique la règle «*first to invent*». Il semble cependant qu'il soit très rare qu'un premier inventeur réussisse à faire annuler un brevet accordé à celui qui a déposé une demande avant lui, ce qui rend les systèmes «*first inventor to file*» et «*first to invent*» assez semblables en pratique (voir Coster, 2002).

pour faire annuler un brevet accordé à un « faux » inventeur (ou, pour un brevet américain, à celui qui n'était pas le premier inventeur), ou encore pour se voir reconnaître comme co-inventeur, de telles démarches sont très onéreuses et leur résultat, plutôt imprévisible²⁹.

L'étudiant qui a réalisé une invention de manière indépendante et qui songe à la commercialiser serait donc bien avisé, d'une part, de ne pas révéler trop de détails sur son invention et, d'autre part, d'entreprendre le plus tôt possible les démarches prévues à cette fin dans la politique de propriété intellectuelle de son université. Ces politiques prévoient généralement (voir le chapitre 10) que toute invention destinée à être commercialisée ou susceptible de l'être doit d'abord être divulguée auprès de l'établissement, ce qui permet entre autres de régler à l'interne, avant qu'une demande de brevet ne soit déposée, tout différend concernant l'identité du ou des inventeurs.

L'utilisation et l'exploitation de la propriété intellectuelle des étudiants

Mais même quand elles ne réclament pas la titularité, les universités désirent habituellement utiliser les créations de leurs membres, y compris les étudiants, pour leurs activités d'enseignement et de recherche. Elles souhaitent également bénéficier d'une partie des retombées de leur commercialisation, surtout quand le processus de création a bénéficié des ressources (humaines ou matérielles) de l'université. Les politiques de la plupart des établissements (voir le chapitre 10 pour les universités canadiennes) comprennent des dispositions à cet égard, qui prennent la forme de licences d'utilisation, d'une part, et de règles de partage des bénéfices (prédéfinies ou sujettes à négociation), d'autre part. Ces licences et ces règles de partage peuvent soit devoir faire l'objet d'ententes signées, soit être imposées d'emblée; elles constituent alors des clauses externes du contrat d'adhésion. Leur valeur (ou validité) est donc sujette aux conditions mentionnées plus haut, à la différence que les droits ou avantages somme toute restreints qu'elles confèrent à l'université, en comparaison de ce que permet la cession complète, les rend moins susceptibles d'être considérées comme abusives, surtout si l'étudiant a eu recours aux ressources de l'université et, pour ce qui est du partage des bénéfices, s'il reçoit une part significative des revenus générés par la commercialisation.

29. Soulignons que pour toutes ces démarches, la tenue de cahiers de laboratoire dûment authentifiés et datés revêt une grande importance.

Dans le même ordre d'idées, des enseignants peuvent souhaiter reproduire ou diffuser (plus largement qu'au sein du groupe-classe, par exemple) les travaux des étudiants dans leur cours, ce qui peut inclure les courriels et messages déposés dans les forums de discussion. Tout enseignant ayant des intentions à cet égard devrait en aviser clairement les étudiants dès le début du trimestre, et leur offrir soit des solutions de rechange (par exemple, l'anonymat), soit la possibilité de refuser cette utilisation, s'il s'agit d'un cours obligatoire, ou encore d'annuler leur inscription sans pénalité. En effet, on peut appliquer à cette situation les arguments avancés plus haut au sujet de la validité des contrats d'adhésion.

La réglementation de certaines universités prévoit en outre des modalités permettant au directeur de recherche, même s'il n'est pas cotitulaire du droit d'auteur, de publier seul des articles découlant des travaux ayant mené à la thèse ou au mémoire de l'étudiant qu'il a supervisé. Les conditions rattachées à cette autorisation varient selon les universités, mais leur problème commun est qu'on y parle d'utilisation des résultats de la recherche menée par l'étudiant, voire carrément des «résultats de la thèse ou du mémoire», sans définir ce qu'on entend par «résultats». Si ces résultats sont en fait l'ensemble des données recueillies et traitées par l'étudiant aux fins de sa recherche, il n'y a aucun problème, du moins sur le plan du droit d'auteur: comme nous l'expliquons au chapitre 7, les «résultats» compris dans ce sens sont plutôt des «données», habituellement non protégées par le droit d'auteur. Cependant, dès que leur traitement, mais surtout leur analyse, fait appel à une forme de présentation au moyen de textes ou de dispositifs graphiques suffisamment élaborés, on entre dans le domaine de l'expression – et donc du droit d'auteur; l'autorisation de l'étudiant est alors requise. Des formulations telles que «publication fondée sur les résultats du mémoire ou de la thèse³⁰», ou encore «publier [...] les résultats de la recherche [de l'étudiant]³¹» sont pour le moins ambigus à cet égard. De plus, ici aussi, de telles dispositions constituent des clauses externes du contrat d'adhésion dont la validité est sujette à contestation.

Par ailleurs, pour les inventions (et souvent les logiciels), les politiques des établissements prévoient que les retombées financières découlant de l'exploitation de la création devront être partagées entre toutes les personnes détenant la qualité d'inventeur ou d'auteur. Elles stipulent également que l'établissement, qu'il détienne ou non la titularité, pourra bénéficier de

30. Université du Québec à Montréal, *Politique sur... la propriété intellectuelle* (2003).

31. Université McMaster, *Joint intellectual property policy* (2004).

cette exploitation, selon l'importance des ressources qu'il a consacrées. Parmi les formes que peut prendre cette reconnaissance de la contribution de l'établissement, on retrouve :

- un droit d'utilisation gratuite aux fins d'enseignement et de recherche (comme pour les œuvres);
- un droit d'option (ou droit de premier refus) pour la prise en charge du processus, appelé souvent « valorisation », menant à l'exploitation commerciale;
- un pourcentage des redevances, généralement sujet à négociation avec les créateurs et, le cas échéant, les partenaires ou commanditaires.

De plus, ces règles prévoient des normes devant s'appliquer aux créations effectuées dans le cadre de collaborations université-entreprise, pour protéger à la fois les intérêts de l'université et ceux des étudiants, qui pourraient subir des conséquences négatives du fait de conditions posées par les entreprises qui financent le projet et, parfois, embauchent ces mêmes étudiants. Ces normes touchent deux dimensions³²:

- les délais dans la publication d'articles, du mémoire ou de la thèse, afin de respecter les exigences de non-publication associées aux demandes de brevet;
- l'interdiction de diffuser certaines données ou informations confidentielles en raison du secret commercial.

Toutes les politiques insistent sur l'intérêt, voire la nécessité, que les collaborateurs conviennent le plus tôt possible, par écrit, de la reconnaissance des contributions substantielles des étudiants engagés dans la recherche et de leur participation aux retombées.

De plus, les établissements demandent et, parfois, exigent l'octroi d'une licence non exclusive à des fins d'archivage et de diffusion des thèses et des mémoires par les établissements eux-mêmes, ou par des tiers à qui ceux-ci en confient le mandat. Cette diffusion des mémoires et des thèses a été traditionnellement plutôt restreinte : exemplaires imprimés rangés dans la bibliothèque de l'établissement, version microfiche (pour les thèses) disponible pour prêt et consultation en bibliothèque. À partir du milieu des années 1990, la tendance a été de plus en plus de numériser ces documents, ou encore d'accepter, voire d'exiger le dépôt de versions numériques, afin de les diffuser plus facilement et plus largement.

32. Voir au chapitre 10 des extraits pertinents de politiques d'universités canadiennes.

Mais, en vertu des ententes convenues de proche en proche entre les intervenants, soit les établissements universitaires et des entreprises privées comme ProQuest, chargées de cette diffusion, aucune redevance n'est versée aux auteurs. Cette situation avait provoqué une vive réaction dans le monde étudiant à la fin des années 1990 (Blumenstyk, 2000) lorsque des étudiants avaient découvert que leurs thèses étaient offertes à prix fort sur un site commercial sans qu'eux-mêmes ne bénéficient de la moindre retombée de cette commercialisation. Les choses ont évolué depuis, et les firmes qui offrent l'accès aux thèses proposent maintenant certaines compensations en contrepartie des licences que leur concèdent gratuitement les universités, qui demandent à l'étudiant (quand elles ne l'exigent pas carrément; voir le chapitre 10) les autorisations nécessaires lors du dépôt de sa thèse. Ainsi, l'entente conclue entre Bibliothèque et Archives Canada (n.d.) et ProQuest prévoit une réduction des coûts pour les universités, l'accès gratuit pour tous aux thèses après quatre ans et des rabais pour les auteurs qui désirent des copies imprimées et reliées.

Toutefois, avec la mise en place des archives numériques institutionnelles (voir le chapitre 7), la mise en ligne en accès libre s'est ajoutée à cette diffusion à caractère semi-commercial. Une étude datant de la fin de 2005 (McDowell, 2007) concluait à cet égard que les mémoires et thèses (*theses* et *dissertations*) formaient la catégorie de documents la plus importante (plus de 40% du total) dans les archives numériques des universités américaines; les auteurs de l'étude avaient ainsi pu repérer près de 100 000 mémoires et thèses. Ces valeurs concordent avec ce qu'on peut observer dans les archives canadiennes³³.

Les avis sont partagés quant à l'effet réel de cette diffusion élargie sur la portée de ces ouvrages et la notoriété de leurs auteurs. Ainsi, Larivière, Zuccala et Archambault (2008), s'appuyant sur une analyse des citations aux thèses (avant l'apparition en masse des archives institutionnelles, faut-il préciser) qui montre une lente, mais inexorable diminution du taux de citation de ces ouvrages – d'ailleurs peu élevé au départ –, sont plutôt sceptiques. Mais d'autres, comme Royster (2008), se fondant sur un autre indicateur – les données de téléchargement d'une archive universitaire américaine – sont nettement plus enthousiastes³⁴.

-
33. À titre d'exemple, en juin 2009, Archimède, l'archive de l'Université Laval qui n'accepte que des thèses et des mémoires, en contenait plus de 2 200; Archipel, à l'UQAM, plus de 1200, soit 73% du nombre total de documents hébergés. À l'université de Toronto (T-Space), où le processus de dépôt ne semble que très partiellement complété, les 6 500 mémoires et thèses comptent pour près de 40% du nombre total de documents.
 34. À l'Université du Nebraska à Lincoln, les mémoires et les thèses sont téléchargés en moyenne plus de 400 fois par an, soit dix fois plus que les autres types de documents.

Cette diffusion en accès libre des mémoires et thèses soulève un certain nombre d'enjeux en matière de propriété intellectuelle.

- L'inclusion dans la thèse ou le mémoire d'œuvres (ce qui comprend les figures ou graphiques sophistiqués) ou de larges extraits d'œuvres, bien que nécessitant en théorie l'autorisation du titulaire, était tolérée sans problème dans le contexte de la diffusion limitée que connaissait ce type de document. Avec la mise en accès libre, les enjeux sont tout autres, et les possibilités de demande de retrait, voire les poursuites pour violation de droit d'auteur sont réelles. Plusieurs établissements ont commencé à sensibiliser de manière générale les étudiants à cette dimension du droit d'auteur ; certains offrent même un soutien pratique en matière de demande d'autorisation de reproduction et de diffusion. Il faut cependant savoir que certains titulaires risquent de refuser ces demandes, ou d'exiger des montants prohibitifs. Dans ces conditions, des solutions de rechange doivent être recherchées, par exemple extraire du texte, des figures ou des graphiques les données ou les idées qui ne sont pas protégées par le droit d'auteur. Si cela s'avère impossible, il faut avoir recours à la diffusion en mode d'accès restreint (voir le chapitre 7), qui, tirant profit de l'exception de l'utilisation équitable, permet de transmettre sur demande des copies de la thèse ou du mémoire aux fins d'étude privée ou de recherche³⁵.
- Les considérations de confidentialité liées au secret industriel ou aux demandes de brevet prennent ici un caractère particulièrement délicat, surtout quand le processus de dépôt, d'évaluation et de diffusion des mémoires et thèses est complètement numérique et intégré. Il faut s'assurer qu'on a prévu dans le système que certains documents ne soient mis en ligne qu'après une période d'embargo, et que d'autres puissent coexister en deux versions, l'une réservée à l'évaluation et à l'archivage (non public) et l'autre à la diffusion.
- Les licences non exclusives que l'on demande aux étudiants de concéder doivent faire état très clairement de la possibilité de diffusion en ligne. Cette condition peut rendre très difficile la mise en ligne des mémoires et thèses déposés avant que les formulaires proposés aux étudiants n'aient été modifiés, car il faut alors retracer individuellement les anciens étudiants. Le contrat de licence devrait également préciser l'étendue des autorisations qui seront accordées

35. Dans ce cas, l'utilisation équitable ne concerne pas la thèse ou le mémoire lui-même, dont l'étudiant, qui en est titulaire, autorise implicitement la diffusion dans son entièreté, mais les œuvres ou extraits d'œuvres de tiers qui s'y trouvent.

aux usagers, au-delà du droit de consultation. À cet égard, le recours des licences Creative Commons (voir l'annexe 6) apparaît une solution particulièrement intéressante, le choix de la catégorie de licence pouvant être fixé ou laissé au choix de l'étudiant. Il semble cependant que peu d'archives universitaires aient adopté cette approche.

- Dans les domaines où les mémoires ou les thèses peuvent être publiés sous forme de livres, il existe un risque que les éditeurs refusent de publier un manuscrit tiré d'une thèse ou d'un mémoire par ailleurs disponible en accès libre. Mais il est difficile de déterminer à quel point ce risque est réel, ou simplement appréhendé comme le conclut Seamans (2003). D'une part, la transformation d'un tel document en un livre peut nécessiter un travail de réécriture important, ce qui réduit de beaucoup le problème posé par la concurrence entre la version en ligne et la version publiée. On peut aussi soutenir que la présence d'une version en ligne, en augmentant la visibilité de l'œuvre, pourrait favoriser la vente de la version publiée. D'autre part, toute personne ayant déjà négocié avec des éditeurs sait à quel point ceux-ci tentent de se protéger contre toute perte de revenus.

La même chose se produit pour les articles qui pourraient être tirés d'un mémoire ou d'une thèse, si l'on désire les publier dans une revue qui applique la règle d'Ingelfinger (voir le chapitre 7). Il semble cependant que les éditeurs de revues soient moins portés à appliquer cette règle quand la publication antérieure est une thèse ou un mémoire, selon les propos recueillis par Seamans (2003). L'American Chemical Society (ACS), dont toutes les revues ont adopté cette règle, se démarque ici aussi. À l'exception de deux revues (sur 36) qui les excluent nommément de l'application de cette règle, la menace de refus de considération s'étend aux thèses et mémoires diffusés en ligne (ACS, 2006) :

Students and their mentors should be aware that posting of theses and dissertation material on the Web prior to submission of material from that thesis or dissertation to an ACS journal may affect publication in that journal. Whether Web posting is considered prior publication may be evaluated on a case-by-case basis by the journal's editor. If an ACS journal editor considers Web posting to be "prior publication," the paper will not be accepted for publication in that journal.

- Finalement, dans un registre davantage lié à l'éthique qu'à la propriété intellectuelle, on pourrait craindre que cette diffusion élargie augmente les risques de plagiat, tant en vertu de la plus grande facilité à repérer et obtenir les thèses et mémoires qu'à cause de la facilité de procéder au copier-coller. Mais tout comme

pour la mise en accès libre des articles scientifiques, il faut comprendre que ce risque est largement compensé par la facilité de détection de ces fraudes. Des histoires de thèses copiées circulent sous le manteau dans le monde universitaire depuis des années, mais il a toujours été difficile de savoir si elles relèvent de la réalité ou de la «légende urbaine». En guise de comparaison, le lecteur est invité à prendre connaissance d'un scandale touchant deux universités du sud des États-Unis, où un «soupçon de plagiat» concernant une thèse, par ailleurs esquivé par les établissements concernés, a été exposé au monde entier, pièces à conviction à l'appui, avec, dans le box des accusés, nul autre que le président d'une des universités concernées (Bartlett, 2009).

En terminant, un mot sur la formule du mémoire ou de la thèse par articles, pour lesquels d'autres enjeux s'ajoutent à ceux qui viennent d'être décrits ou revêtent une dimension légèrement différente.

En effet, même si l'étudiant est le seul titulaire de la thèse ou du mémoire, l'inclusion dans celle-ci d'articles dont il n'est pas le seul signataire en fait une œuvre collective (voir le chapitre 3). L'autorisation de l'ensemble des titulaires est donc requise tant pour la soumission du mémoire ou de la thèse que pour son archivage et sa diffusion, quels qu'en soient les modes. Cependant, si, au moment de la soumission du mémoire ou de la thèse, ou à tout le moins de la remise de la version finale après correction, les articles ont déjà été acceptés pour publication et les revues ont exigé la cession du droit d'auteur, c'est plutôt l'autorisation de celles-ci, dorénavant titulaires, qui est légalement nécessaire. Mais certains établissements requièrent tout de même dans ce cas l'accord de tous les auteurs.

Mais si, au contraire, les articles n'ont pas encore été soumis au moment où la version finale (toujours après corrections) est remise, on retrouve la problématique évoquée plus haut au sujet du refus par certaines revues de considérer des contenus déjà publiés. Cet enjeu revêt cependant ici une plus grande acuité, puisque le contenu des articles soumis sera dans ce cas identique, ou du moins très proche de celui des articles inclus dans le mémoire ou la thèse.

Les étudiants et le respect du droit d'auteur... des autres

Si les étudiants ont droit à la reconnaissance de la propriété intellectuelle sur leurs créations et au respect de celle-ci, ils doivent eux-mêmes, dans leurs activités de création et de diffusion, respecter celle des autres. Ainsi, tant la réglementation universitaire que les directives des revues à l'intention des auteurs insistent sur la nécessité d'obtenir toutes les autorisations

requises lorsque des éléments (œuvres ou extraits d'œuvres) créés par d'autres sont intégrés dans une œuvre. Cependant, ces autorisations ne sont pas toujours nécessaires. Plusieurs cas de figure se présentent.

Tout d'abord, il n'y a aucune restriction touchant l'utilisation, incluant la diffusion, d'œuvres qui sont du domaine public. Au Canada, il s'agit des œuvres dont l'auteur, quels que soient par ailleurs sa nationalité et le lieu de publication, est décédé depuis plus de 50 ans. Il en va de même pour les œuvres créées par les employés du gouvernement américain, ainsi que certains documents officiels du gouvernement canadien, comme les textes législatifs et réglementaires ainsi que les décisions judiciaires rendues par les tribunaux de constitution fédérale (voir le chapitre 4).

Il en va de même pour l'utilisation d'une partie *non importante* d'une œuvre. Cependant, ni la loi, ni la jurisprudence, au demeurant assez mince et portant souvent sur des œuvres autres que littéraires, ne proposent de critère quantitatif à cet égard, lui préférant la notion d'importance qualitative, évaluée au cas par cas. On peut tout de même déduire des jugements ayant traité de cette question que «partie non importante» semble signifier une *très petite* partie, par exemple un bref extrait comme on en trouve dans les citations.

Dans toute autre situation, les seules utilisations légales (outre la consultation, bien sûr) sont celles que couvrent les exceptions prévues à la Loi, dont notamment l'exception de l'utilisation équitable (voir le chapitre 4). Ainsi, sont permises sans autorisation du titulaire l'utilisation, généralement sous la forme de l'inclusion dans une nouvelle œuvre, d'une partie un peu plus importante d'une œuvre aux fins de critique ou de compte rendu, de même que sa reproduction (mais non sa diffusion ou sa mise en ligne, même sur un site personnel) aux fins d'étude privée ou de recherche.

Mais, ici non plus, la loi ne définit pas ce qui constitue une utilisation équitable. Ce sont les décisions des tribunaux, surtout celle de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *CCH Canadienne Ltée c. Barreau du Haut-Canada*³⁶, qui ont défini les critères à appliquer pour déterminer le caractère équitable de l'utilisation. Sans aller jusqu'à fournir un critère quantitatif, ce jugement a tout de même suggéré une borne quantitative inférieure, en avalisant implicitement les pratiques de la bibliothèque du Barreau. Celle-ci, en effet, autorise sans formalités les demandes de reproduction d'un article de périodique ou de 5 % d'un livre. Une demande portant sur une proportion supérieure n'est pas automatiquement refusée, mais elle doit faire l'objet d'un examen, entre autres pour éviter qu'une même personne puisse obtenir une proportion importante d'un ouvrage au moyen de demandes répétées.

36. [2004] 1 R.C.S. 339.

Se fondant sur une analyse détaillée de ce volet du jugement, l'Association canadienne des professeures et professeurs d'université (ACPPU, 2008, p. 4) émettait l'opinion suivante, partagée par l'auteur de ce chapitre :

[...] reproduire en un seul exemplaire des parties de documents complémentaires pour la recherche, l'étude privée, la critique ou le compte rendu serait sans doute considéré comme une utilisation équitable. La reproduction aux mêmes fins d'un article entier d'une revue spécialisée ou d'un chapitre complet d'un livre le serait aussi.

Comme le suggère l'usage du conditionnel dans cet extrait, il convient de demeurer prudent en la matière, car cela ne présume en rien de ce que pourrait conclure un tribunal appelé à se prononcer sur un cas particulier, car il aurait à considérer, outre l'ampleur de l'œuvre ou de l'extrait utilisé, les autres critères énumérés au chapitre 4.

Il importe de rappeler que si un auteur n'a pas jugé bon d'ajouter une mention explicite concernant des autorisations plus généreuses consenties aux utilisateurs, ces consignes s'appliquent pour toute œuvre, même disponible en « accès libre ». Mais, comme on l'explique à l'annexe 6, le mouvement pour l'accès libre, au sens « fort » du terme, a débouché sur l'élaboration de licences utilisateur, de type Creative Commons ou analogue, qui accordent automatiquement de nombreuses autorisations, dont celle de copie (sans limite de nombre ou de type de support), de distribution et de diffusion, les seules restrictions pouvant être imposées par l'auteur, s'il le désire, étant l'interdiction de modification et d'usage commercial.

Mais quelle que soit l'ampleur de la reproduction permise, il est cependant essentiel, tant en vertu de l'éthique que du droit moral d'attribution³⁷, de bien mentionner la source, incluant notamment le nom de l'auteur. Toute dérogation à cette exigence constitue du plagiat, forme d'inconduite ayant pris des proportions inquiétantes dans le monde de l'enseignement, avec la disponibilité toujours croissante de textes en ligne sur à peu près tous les sujets ; mentionnons aussi l'apparition de sites commerciaux qui se spécialisent dans la vente de travaux scolaires, existants ou originaux, rédigés sur demande. Il importe également, toujours en vertu de l'éthique et du droit moral – d'intégrité cette fois –, de bien identifier toutes les modifications apportées au texte original (troncations, utilisation de formats non présents comme l'italique, etc.), et d'éviter celles qui pourraient déformer les propos de l'auteur.

37. Toutes les licences Creative Commons incluent l'obligation de mentionner l'auteur, ce qui est particulièrement important pour les juridictions où le droit moral n'existe pas pour cette catégorie d'œuvres (comme aux États-Unis, où il ne s'applique qu'aux œuvres d'art).

Finalement, soulignons que si le fait de reprendre les idées d'un autre en les reformulant de manière substantielle ne viole pas le droit d'auteur, ne pas en mentionner la source est une pratique tout aussi répréhensible sur le plan de l'éthique.

10

La réglementation de la propriété intellectuelle dans les universités canadiennes

Marc Couture et Pierrick Malissard

Afin de dresser un portrait complet et précis du cadre réglementaire des universités canadiennes en matière de propriété intellectuelle, nous avons procédé à une cueillette d'information sur les sites Web de plus de la moitié des établissements universitaires. Ceux-ci ont été sélectionnés non seulement de manière à inclure les universités comptant le plus grand nombre d'étudiants (leur fréquentation combinée s'élève à 83 % du total du pays), mais aussi à assurer une couverture adéquate de la diversité linguistique et géographique canadienne, de même que de la diversité des missions des établissements (pour plus de détails, voir l'annexe 2).

Nous avons notamment récupéré toutes les conventions collectives (ou ce qui en tient lieu) des professeurs et du personnel d'enseignement et de recherche, ainsi que tous les règlements et politiques traitant d'un aspect ou l'autre de la propriété intellectuelle¹. Nous avons également recherché les documents ou pages Web d'information, traitant directement ou indirectement de propriété intellectuelle, offerts par divers services, notamment les facultés d'études supérieures et les directions de la recherche. Nous avons retenu des documents qui traitent soit explicitement de propriété intellectuelle, soit de sujets connexes comme la commercialisation de la recherche et le transfert technologique, la publication des résultats de recherche, la supervision de mémoires et de thèses, le processus de dépôt de ces documents, etc.

Les documents analysés permettent de faire un certain nombre d'observations générales. Au-delà des éléments de convergence – des principes ou des règles générales que l'on retrouve à peu près partout – et

1. La grande majorité de ces documents sont disponibles en ligne, mais certains ont dû faire l'objet d'une demande auprès de l'établissement.

de divergence – les aspects qui sont traités avec la plus grande diversité –, on remarque au premier abord que des perspectives distinctes, parfois peu compatibles, peuvent coexister au sein des divers textes réglementaires d'un établissement, voire au sein d'un même texte. Ainsi la propriété intellectuelle peut-elle être abordée à la fois selon une perspective :

- *juridique*, notamment en matière de reconnaissance du statut d'auteur et de première titularité ;
- *éthique*, surtout en matière de reconnaissance des contributions et de conflit d'intérêts ;
- *disciplinaire*, reliée aux conceptions et pratiques qui prévalent au sein des diverses communautés scientifiques ;
- *économique*, qui découle des liens étroits entre certaines activités de recherche et les commanditaires extérieurs qui, en finançant ces activités, imposent des conditions et contraintes particulières en matière de titularité, de diffusion et d'exploitation.

Cette situation peut entraîner une part d'incohérences, voire de contradictions, au sein du cadre réglementaire de certains établissements. En guise d'exemple, mentionnons la politique de la propriété intellectuelle de l'Université du Québec à Montréal qui, au fil du texte, comme on l'a vu au chapitre précédent, situe l'autorat tantôt dans le cadre de la *Loi sur le droit d'auteur* et de la jurisprudence connexe, tantôt dans celui des règles de déontologie en matière de coautorat mises de l'avant par les grandes organisations scientifiques (ICMJE, 2006), tout en précisant ailleurs que ces principes peuvent, dans certains cas, ne pas s'appliquer en vertu de «pratiques disciplinaires spécifiques».

Une seule des réglementations étudiées, celle de l'Université de Waterloo, qui se distingue d'ailleurs à bien des égards, a choisi de ne pas passer sous silence cette «tension» propre au milieu universitaire, en posant cet enjeu au point de départ :

A strictly legal framework for and approach to IP rights, based closely on copyright, patent and the like, is not sufficient within an academic community where the emphasis is on the word "intellectual." An academic community values openness, sharing of ideas, and scholarly activity, and its primary goals are to increase and disseminate knowledge. Depending on the particular situation, however, there may be a tendency to keep one's ideas to one's self. Commercial considerations, as well as potential academic recognition, can influence decisions to share ideas and results with one's colleagues. While recognizing that such tensions can exist, the University encourages an atmosphere of openness to the greatest practical degree.

Université de Waterloo, *Intellectual property rights policy* (2000)

et en y faisant référence au fil du texte :

Although the relative significance of contributions is often recognized in academic circles, as it is in this policy, authors should be aware that no such distinction is recognized by legal doctrines of patent or copyright in society at large.

Université de Waterloo, *Intellectual property rights policy* (2000)

Nous avons ensuite constaté que les textes se concentrent à peu près toujours sur sept grandes questions, toutes interdépendantes, même si l'on peut observer des différences sensibles, notamment en ce qui concerne l'ampleur du traitement accordé à chacune d'elles. Ces questions sont :

- Quelles sont les catégories de créations couvertes par la réglementation ?
- Quelles sont les personnes visées par la réglementation ?
- Qui est désigné comme premier titulaire des droits de propriété intellectuelle, et qui le demeure après cette désignation ?
- Quelle est la procédure de divulgation à l'établissement des inventions et autres créations ?
- Qui prend la décision de commercialiser les productions issues de la recherche ?
- Quels sont les droits prévus pour les acteurs concernés (créateurs, université, commanditaires), ainsi que pour la collectivité plus large, en matière d'accès, d'utilisation ou d'exploitation des créations universitaires ?
- Comment sont partagés entre ces mêmes acteurs les éventuels revenus de commercialisation ?

Notre présentation se fonde sur les réponses que les textes apportent à ces sept questions, pour se terminer par un survol de quelques enjeux plus circonscrits, qui revêtent néanmoins une certaine importance.

Notre analyse met à jour et complète un certain nombre d'études sur le sujet réalisées au cours des dix dernières années (Côté et Hébert, 2002; Hoye, 2006; Ketis, Rudolph et Gravelle, 1998; Wilkinson, 1999). Elle s'en distingue surtout par son caractère exhaustif et détaillé. Sans renoncer à présenter un point de vue synthétique sur chacune des questions traitées, nous avons choisi de présenter la grande diversité des approches et des conceptions. À cette fin, nous avons entre autres réservé une large place à des extraits des textes réglementaires, qui permettent d'illustrer certaines nuances difficiles à décrire.

Il importe de souligner ici une limite intrinsèque de ce genre d'étude : elle porte sur les textes (réglementaires ou d'information) et non sur les pratiques effectives. Or, il est facile d'imaginer que, surtout lorsque le cadre réglementaire n'est pas récent, les pratiques en vigueur dans les établissements puissent s'en écarter. Une étude adoptant cette perspective « de terrain » serait possible et, bien que difficile et délicate, certainement pertinente. Elle ne pourrait cependant se dispenser d'une analyse préalable du cadre réglementaire.

Les catégories de créations couvertes

La plupart des cadres réglementaires distinguent les catégories de créations. Ces distinctions prennent parfois la forme de politiques ou d'articles de convention collective propres à certaines catégories de créations. Par exemple, une politique du droit d'auteur couvrira les œuvres et une autre les inventions (ou les brevets). Dans quelques établissements, d'autres fractionnements sont appliqués : ainsi, à l'École Polytechnique, une politique couvre les inventions et les logiciels à caractère technique² ; de même, l'Université de Guelph dispose d'une politique du logiciel³.

Mais, le plus souvent, ce fractionnement se traduit par la présence, dans un même texte ou une même clause de convention collective, de dispositions différentes selon des catégories plus ou moins fines d'œuvres. À peu près tous les textes traitent de la même façon, à une extrémité du spectre, les articles et ouvrages scientifiques et, à l'autre, les inventions. Par contre, tout ce qui tombe entre les deux peut faire l'objet de conditions particulières. Ainsi, on peut traiter les logiciels, pourtant des œuvres littéraires au sens de la *Loi sur le droit d'auteur*⁴, différemment des autres œuvres littéraires, les premiers étant généralement soumis aux mêmes règles que les inventions, même s'ils ne sont pas brevetables, du moins au Canada.

Poursuivant dans le même sens, on établira des distinctions entre des catégories de logiciels, par exemple :

- selon le contexte d'utilisation prévu (technique ou pédagogique, comme à l'École Polytechnique⁵) ;

2. École Polytechnique, *Politique de la propriété intellectuelle technologique* (1995).

3. Université de Guelph, *Software creation policy* (1989).

4. L.R.C. 1985, c. C-42.

5. École Polytechnique, *Politique de la propriété intellectuelle technologique* (1995).

- selon le contexte de création (lié ou non aux cours dispensés par l'auteur ou à son domaine d'expertise, comme à McGill⁶).

Pour les œuvres autres que les logiciels, les distinctions pourront s'établir selon divers critères, par exemple :

- le format: écrit, audiovisuel, multimédia, comme à Queen's⁷ et à Lethbridge⁸;
- le mode de distribution ou de diffusion envisagé, par exemple par un éditeur externe ou par les presses universitaires de l'établissement, comme à l'École de technologie supérieure (ETS)⁹;
- le contexte d'utilisation: en salle ou dans un cours à distance, comme à l'Université du Nouveau-Brunswick¹⁰.

Mentionnons également que la gamme des catégories de créations couvertes par les textes réglementaires varie beaucoup selon les établissements. Si les inventions sont à peu près toujours mentionnées, d'autres catégories peuvent être tout simplement ignorées, voire exclues explicitement de la réglementation.

Les personnes visées

Dans la majorité des universités, c'est le statut des personnes qui détermine la situation de leurs droits de propriété intellectuelle: soit que le cadre réglementaire en vigueur ne concerne qu'une catégorie de personnes, soit que des conditions ou des textes différents s'appliquent aux diverses catégories de membres de l'établissement.

Il est ainsi possible de trouver des textes qui ne concernent qu'une seule catégorie. Il s'agit surtout des conventions collectives de professeurs (*faculty collective agreements*)¹¹ ou, plus rarement, d'autres catégories de

6. Université McGill, *Policy on intellectual property* (2001).

7. Université Queen's, *Policy... on the copyright of non-print materials...for instructional use* (1975).

8. Université de Lethbridge, *Faculty Handbook* (2007, art. 30 et Schedule E).

9. École de technologie supérieure, *Politique et règles en matière de propriété intellectuelle* (2004)

10. Université du Nouveau-Brunswick, *Coll. agreem. (teachers)* (2005-2009, art. 38 et 39).

11. Dans ce chapitre, nous désignerons sous cette appellation non seulement les conventions collectives conclues entre l'université et un de ses syndicats, mais aussi les ententes de même nature avec des groupes d'employés non syndiqués.

personnel effectuant des tâches d'enseignement ou de recherche (*academic staff*). À cet égard, précisons que les professeurs sont couverts par une convention collective dans la quasi-totalité des établissements (36 sur 38), et que la grande majorité des conventions (29 sur 36) mentionnent la propriété intellectuelle. Pour les autres catégories, la présence tant de conventions collectives que, dans celles-ci, de dispositions touchant la propriété intellectuelle est moins fréquente. Ainsi, les chargés de cours (*instructors* ou *lecturers, part-time* ou *sessional*) sont couverts par la convention collective des professeurs dans 6 établissements et par des conventions distinctes dans 22 autres; parmi celles-ci, 10 seulement contiennent des dispositions en matière de propriété intellectuelle (droit d'auteur surtout). Pour leur part, les auxiliaires d'enseignement ou de recherche (*teaching* ou *research assistants*) de 20 établissements disposent de conventions collectives, dont deux seulement (Ottawa et Carleton¹²) contiennent de telles dispositions.

De leur côté, les politiques s'appliquent la plupart du temps (26 politiques sur 44) à l'ensemble des membres de l'établissement, comme à Queen's, qui a adopté «*a policy for the whole university*¹³» et à Western Ontario, où la politique des brevets s'applique aux «*organizational elements, faculty, staff and students*¹⁴» de l'établissement. Quelques politiques couvrent, en les regroupant sous l'appellation «chercheurs», tous les membres qui participent aux activités de recherche, quelle que soit la catégorie à laquelle ils appartiennent.

Très souvent présente, l'énumération – et la définition – des catégories de personnes visées est une section importante des cadres réglementaires qui peut, à l'occasion, être traitée de manière assez succincte. Les politiques de propriété intellectuelle des universités Simon Fraser¹⁵ et de Victoria¹⁶, par exemple, visent de façon très large toutes les personnes associées à l'université; le texte de Polytechnique¹⁷ touche les personnes qui ont «une relation [...] (emploi, études ou lien légal quelconque)» avec l'établissement. De son côté, l'ETS¹⁸ précise que «les personnes qui, sans être membres de l'École contribuent aux activités de recherche, devront s'engager à

-
- 12. Université d'Ottawa, *Conv. coll.* (SCFP local 262: assistants, etc.) (2006-2008, art. 21); Université Carleton, *Coll. agreeem.* (CUPE local 4600, unit 1: *assistants*) (2006-2008).
 - 13. Université Queen's, *Policy... on the copyright of non-print materials... for instructional use* (1975).
 - 14. Université Western Ontario, *Patent policy* (1983).
 - 15. Université Simon Fraser, *Intellectual property policy* (2004).
 - 16. Université de Victoria, *Policy on intellectual property* (2000).
 - 17. École Polytechnique, *Politique de la propriété intellectuelle technologique* (1995).
 - 18. École de technologie supérieure, *Politique et règles en matière de propriété intellectuelle* (2004).

respecter la présente *Politique* et les obligations qui en découlent». La formulation des documents des universités de Regina et de Toronto va dans le même sens et rappelle aux «*visitors*¹⁹» et à ceux qui utilisent «*in any way, facilities owned, operated or administered by the University and/or funds of, or funds administered by, the University*²⁰» qu'ils sont soumis aux politiques de l'établissement en matière de propriété intellectuelle.

Les documents, sur ce point comme sur les autres, se déclinent sur plusieurs registres, du plus inclusif au plus restrictif, du plus vague au plus précis. Le cadre réglementaire peut donc viser :

[...] *all members of the University's faculty, professional, technical, administrative, support or other staff, students registered in the University's academic programs and any other personnel engaged in the University's teaching or investigative programs.*

Université de Guelph, *Inventions policy* (1991)

[...] tout membre de la communauté universitaire: [...] tout professeur, chercheur, étudiant, employé ou autre membre du personnel de l'Université, y œuvrant à plein temps ou à temps partiel et recevant ou non une rémunération de l'Université.

Université de Montréal,
Politique... sur les brevets d'invention... (1978)

[...] *all members of the University of Waterloo (the University); and [...] external contractors unless there are written, contract clauses that stipulate otherwise [...].*

Université de Waterloo, *Intellectual property rights policy* (2000)

Any member of faculty or staff, any student, or anyone connected with the University [...].

UBC, *Patents and licensing policy* (2003)

À l'occasion, l'acceptation de la politique de propriété intellectuelle peut d'ailleurs être une condition d'embauche pour l'employé concerné :

Acceptance of the terms and conditions of this policy shall be a condition of appointment, employment, enrolment, [...].

Université McMaster, *Joint intellectual property policy* (2004)

19. Université de Regina, *Intellectual property policy* (2006).

20. Université de Toronto, *Inventions policy* (2002).

Pour leur part, les étudiants sont traités de manières diverses et variées, quelques textes les incluant avec un minimum de restrictions (*cf.* l'extrait de la politique de UBC plus haut), voire de façon très large. Ainsi sont soumis à la politique de l'établissement:

[...] les étudiants inscrits à l'UQAM ou dans d'autres universités mais qui poursuivent des travaux de recherche à l'UQAM au sein d'une équipe de recherche.

Université du Québec à Montréal,
Politique sur... la propriété intellectuelle (2003)

Assez souvent, on l'a vu plus haut, les étudiants sont cités avec les autres catégories de la communauté universitaire:

This policy shall apply to all [patentable intellectual property] created by all members of the University within their areas of research at the University, including faculty, researchers, staff and students whether registered for credit or not.

Université de l'Alberta,
Coll. agreem. (faculty) (2006-..., Appendix C)

D'autres réglementations incluent les étudiants à certaines conditions:

This policy does not apply to students of the University except where: a) they have contributed to a work with one or more authors; b) they have contributed to an invention with one or more inventors, or they have created an invention that they wish to develop with the help of the University.

Université McGill, *Policy on intellectual property* (2001)

Les étudiants sont couverts par les politiques de propriété intellectuelle dans la grande majorité des établissements (29 sur 38); dans les autres, ils sont rarement exclus nommément, mais il leur arrive de ne pas être mentionnés, comme (mais pas uniquement) quand le texte qui s'applique est la convention collective (*collective agreement* ou *faculty handbook*) des professeurs ou des employés de l'établissement. Des dispositions particulières concernant la propriété intellectuelle des étudiants et les relations avec les professeurs, parfois limitées aux étudiants de premier cycle (*undergraduate*) et (ou) des cycles supérieurs (*graduate*) et (ou) aux postdoctorants, sont parfois incluses dans les textes. Seulement quatre établissements possèdent des politiques distinctes pour les étudiants; deux d'entre elles ne couvrent que les étudiants de cycles supérieurs. L'une d'elles, particulièrement complète et détaillée, mérite d'être signalée: la *Politique sur la protection de la propriété intellectuelle des étudiantes et étudiants et des stagiaires postdoctoraux* de l'Université de Sherbrooke (2001).

Dans l'ensemble, on observe que les cadres réglementaires visent en premier lieu les personnes les plus susceptibles de contribuer aux activités de création menées dans les établissements, soit les professeurs et les chercheurs non étudiants²¹. De leur côté, les étudiants (en particulier au premier cycle), les chargés de cours et certains employés des établissements (notamment les étudiants embauchés comme assistants, mais aussi les professionnels de recherche et les techniciens²²) se retrouvent parfois dans des « zones grises » juridiques en ce qui concerne la propriété intellectuelle. Les universités font cependant de plus en plus d'efforts, si l'on en juge par les politiques de propriété intellectuelle les plus récentes, pour inclure dans leurs textes tous les créateurs potentiels de la communauté universitaire.

La titularité des droits de propriété intellectuelle

Comme on l'a vu au chapitre 6, l'identification du premier titulaire des droits de propriété intellectuelle sur une œuvre ou une invention – appelé le titulaire initial – et la cession obligatoire de cette titularité dans certaines situations sont des questions importantes sur lesquelles reviennent souvent les documents gouvernementaux sur l'innovation. Mais, comme nous l'expliquons au chapitre 4, cet intérêt des pouvoirs publics est dicté par des considérations davantage économiques que juridiques. On ne s'étonnera donc pas que la réglementation soit passablement différente pour les œuvres qui, en règle générale, ne sont pas susceptibles de générer des revenus importants, et pour les inventions, considérées comme une source prometteuse de revenus, tant pour les inventeurs que pour les établissements²³. Il convient donc de traiter séparément la réglementation touchant le droit d'auteur de celle qui concerne les brevets d'invention.

-
21. Distinction importante, car plusieurs politiques incluent les étudiants dans cette catégorie.
 22. Les conventions collectives couvrant ces deux dernières catégories d'employés, qui font généralement partie du groupe « employés de soutien », n'ont pas fait l'objet d'une analyse exhaustive ; cependant, l'examen de quelques-unes de ces conventions collectives révèle que la propriété intellectuelle y est absente.
 23. Il y aurait lieu de s'interroger sur cette dichotomie, quand on songe, d'une part, à l'important marché des manuels (plusieurs centaines de millions de dollars par année au Canada, comme on l'a vu au chapitre 9 et, d'autre part, au petit nombre d'inventions (qualifiées de « *success stories* ») débouchant sur une commercialisation rentable, une fois déduits les frais importants liés à leur protection.

La titularité du droit d'auteur

On a vu au chapitre 8 que selon la tradition universitaire, et à la différence des créateurs employés dans des firmes privées, les professeurs gardent la haute main sur leurs œuvres en étant reconnus dès l'origine titulaires des droits d'auteur sur celles-ci et en le demeurant. Cette « exception professorale », reconnue dans la quasi-totalité des établissements, concerne avant tout les œuvres universitaires dites traditionnelles que sont les articles et les ouvrages scientifiques ou pédagogiques.

Cette reconnaissance de l'exception professorale est cependant exprimée de diverses manières dans les textes réglementaires. Elle est parfois énoncée de manière très explicite :

Selon la loi canadienne sur le droit d'auteur, « l'employeur est, à moins de stipulation contraire, le premier titulaire du droit d'auteur ». En milieu universitaire, la tradition reconnue dans les dispositions des conventions collectives sur cette question constitue une stipulation contraire au sens de la loi canadienne sur le droit d'auteur.

École nationale d'administration publique,
Politique sur la propriété intellectuelle (1995)

The University of New Brunswick, in keeping with longstanding academic custom, recognizes the ownership by the Employee(s) of copyright in traditional works of authorship such as textbooks, scholarly monographs and articles, works of non-fiction and fiction or artistic works such as dramatic works and performances, musical compositions and performances, visual works of art, sculpture and poetry, whether such works are disseminated visually, in print, or electronically, and lectures.

Université du Nouveau-Brunswick,
Coll. agreem. (teachers) (2005-2009, art. 38)

Dans d'autres textes, on se contente d'une simple déclaration confirmant d'emblée cette titularité, en ne la restreignant pas aux œuvres « traditionnelles » :

[...] ownership of all know-how and copyright to all forms of scholarly, scientific, literary, dramatic, musical, artistic and recorded works shall belong to the member(s) [professor(s)] responsible for the creation of the know-how or work.

Université Ryerson, *Coll. agreem. (faculty)* (2005-... , art. 25)

Parfois, cette reconnaissance est élargie à la totalité des membres de la communauté universitaire :

Ownership of and intellectual property rights to "literary works" produced by those connected with the University are vested in the individuals involved.

UBC, *Patents and licensing policy* (2003)

ou à l'ensemble des objets couverts par la propriété intellectuelle :

In support of the principles of Creator owned IP, RRU Members retain full right, title and interest to their IP.

Université Royal Roads, *Intellectual property policy*... (2007)

[...] ownership of rights in IP created in the course of teaching and research activities belong to the creator(s).

Université de Waterloo, *Intellectual property rights policy* (2000)

Dans d'autres établissements, on associe à cette reconnaissance une allusion plus ou moins explicite au fait que l'établissement détiendrait des droits de propriété, ou des « intérêts » quelconques à l'égard de ces créations, mais aurait choisi de renoncer à les exercer.

[...] l'École renonce aux droits qui lui sont consentis en vertu de l'article 13.(3) de la Loi sur le droit d'auteur, dans le cas des livres et des articles scientifiques publiés par des éditeurs externes.

ETS, *Politique... de propriété intellectuelle* (2004)

Dans d'autres encore, on affirme que l'établissement est le titulaire initial des droits sur toutes les œuvres créées en son sein, en invoquant parfois explicitement le paragraphe 13(3) de la Loi sur le droit d'auteur, mais que cette titularité est cédée d'emblée au professeur :

Polytechnique abandonne à leurs auteurs, le droit d'auteur initial qu'elle détient sur les œuvres académiques des membres du personnel enseignant à son emploi, créées dans le contexte de leur travail à Polytechnique.

École Polytechnique, *Politique en matière de droits d'auteur* (2005)

The University reaffirms its traditional practice that copyright in works produced by faculty members belong to those faculty members [référence au paragraphe 13(3) de la Loi]. This automatic transfer of ownership to the employer may be waived if there is a specific agreement by the employer to the contrary. This policy can be considered as such an agreement by the University, whereby the University will re-assign copyright ownership to faculty.

Université de Guelph, *Copyright policy* (1989)

Cependant, une dizaine d'établissements refusent ou, le plus souvent, limitent cette reconnaissance en affirmant partager la titularité du droit d'auteur à certaines conditions, qui peuvent à l'occasion être très générales:

The University shall be the owner of the copyright and of all copyright works produced by a staff member who has been engaged by the University to prepare such works for the University or part of whose normal responsibilities to the University is the preparation of such works.

Université de l'Alberta, *Coll. agreem. (faculty)* (2006-..., art. 10)

mais qui sont la plupart du temps assez particulières, soit lorsque l'œuvre a été réalisée à la demande expresse de l'établissement:

The University affirms the traditional practice that copyright in instructional materials produced by faculty members belongs to those faculty members, except in the special cases listed below. [...]

a) *When the University specifically directs or requests a faculty member or directs or requests a member of the non-faculty professional staff or support staff to undertake work that is the subject of copyright, the University may reserve to itself the ownership of copyright in the work so produced if notice of such intention is given by the University in writing prior to creation of the work.*

Université McMaster,
Policy for... the sale of instructional materials (1981)

ou que celui-ci a octroyé des ressources inhabituelles ou exceptionnelles pour sa réalisation:

The University has no claim on Traditional Academic Works unless they have been created with the use of the University's Specialized Resources.

Université de Regina, *Intellectual property policy* (2006).

soit, mais beaucoup plus rarement, en rapport avec le contexte d'enseignement:

Continuing Education Members shall not own any copyright in materials which are produced for use in the College of Continuing Education programs [...]

Université Dalhousie, *Coll. agreem. (faculty)* (2007-2011, art. 23)

Il convient de signaler à cet égard que les deux établissements qui se spécialisent en formation à distance ont adopté des positions radicalement opposées. Si, à la Télé-université²⁴, les professeurs conservent leur

24. Légalement parlant, la Télé-université a été intégrée à l'Université du Québec à Montréal en 2005; elle n'est donc pas considérée séparément dans la liste des 38 universités retenues. Cependant, elle a continué à fonctionner de manière quasi autonome; en particulier, ses professeurs sont couverts par une convention collective distincte.

droit d'auteur sur toutes les œuvres qu'ils créent, à l'Université d'Athabasca²⁵, l'établissement est titulaire dans tous les cas.

Des restrictions à l'exception professorale s'appliquent parfois quand la création est effectuée en collaboration:

The University affirms the traditional practice that copyright in instructional materials produced by faculty members belongs to those faculty members, except in the special cases listed below. [...]

c) When the work is produced by a faculty member with direct assistance of a member of the University non-faculty professional or support staff who is working under the normal conditions of his employment, then the University claims part-ownership of the copyright to the extent of the contribution of the non-faculty professional or support staff member. If the professional staff member is not working within the normal conditions of his employment, then both he and the faculty member may claim between themselves total co-ownership of the copyright.

Université McMaster,
Policy for... the sale of instructional materials (1981)

Sous réserve des dispositions des articles 7, 17 B) et 18 de la présente Politique [touchant les articles et livres scientifiques et le matériel pédagogique], l'École est titulaire du droit d'auteur sur les œuvres créées en collaboration par des membres de l'École.

ETS, *Politique... de propriété intellectuelle* (2004)

Soulignons également que dans la plupart des cas où l'on ouvre la porte à cette non-reconnaissance de l'exception professorale, on prévoit qu'une entente (généralement écrite) décrivant la cession ou le partage de la titularité des droits de propriété intellectuelle devra être conclue entre l'université et les créateurs:

Des circonstances particulières peuvent faire que la propriété intellectuelle n'est pas dévolue en premier lieu à leur auteure, auteur ou à leurs auteures, auteures. Il en est ainsi:

– lorsque l'établissement universitaire mandate spécialement et spécifiquement, par le biais d'un protocole dûment signé à cet effet, l'auteure, auteur ou les auteures, auteurs pour réaliser un travail particulier [...].

Université du Québec à Montréal,
Politique sur... la propriété intellectuelle (2003)

25. L'Université d'Athabasca ne semble pas posséder de politique formelle en matière de propriété intellectuelle et la convention collective des professeurs (2006-2009) ne traite pas de ce sujet. L'information fournie ici a été tirée de la consultation de divers documents dans le site de l'Université et confirmée par Cindy Ives, directrice du service d'Educational Media Development de l'Université (communication personnelle, 16 juin 2009).

La possibilité de telles ententes est parfois évoquée sans que l'on précise les conditions qui les justifient :

Le professeur est titulaire de ses droits de propriété intellectuelle sauf si l'Université et le professeur en conviennent autrement par écrit.

Université du Québec à Trois-Rivières,
Conv. coll. (professeurs) (2007-2012, art. 23)

[...] the full ownership of IP and all rights pertaining to ownership are vested in the Creator, unless the Creator has entered into an agreement with the University to the contrary.

Université Simon Fraser, *Intellectual property policy* (2004)

mais on imagine facilement qu'un établissement pourrait très bien assujettir l'octroi de ressources inhabituelles à la conclusion d'une telle entente.

Par ailleurs, parmi les 29 établissements dont les textes traitent, explicitement ou par le biais d'une politique couvrant plusieurs catégories de membres, de la propriété intellectuelle des étudiants, les deux tiers reconnaissent que ceux-ci sont les premiers (et les seuls) titulaires du droit d'auteur sur toutes les créations effectuées à l'occasion de leurs travaux scolaires :

En règle générale, l'Université reconnaît que l'étudiante, l'étudiant possède les droits moraux et commerciaux du droit d'auteur sur les productions académiques qu'il a accomplies pour répondre aux exigences de son programme d'études...

Université de Sherbrooke,
Politique sur... la propriété intellectuelle des... étudiants... (2001)

When work that is eligible for copyright is submitted to meet a requirement of a course, the University acknowledges the student's ownership of the copyright.

Université McMaster, *Ownership of student work policy* (1990)

Student works, produced in the course of study (including personal thesis work for Masters or PhD programs or exercise work for course-based Masters programs), belong to the student.

Université de l'Alberta,
Intellectual property guidelines for graduate students (2004)

Les autres établissements posent des conditions pouvant faire en sorte que la titularité ne soit pas reconnue aux étudiants, conditions qui s'appliquent généralement aux créations reliées à des activités de recherche menées à l'Université. Dans la moitié des cas, on précise qu'une entente écrite est requise. Dans les autres textes, on stipule simplement que certaines conditions sont requises pour que l'étudiant soit titulaire :

L'étudiant détient les droits moraux et commerciaux sur ses travaux académiques non réalisés dans le cadre d'un projet de recherche commandité, lorsqu'il en est l'auteur unique ou principal.

École Polytechnique, *Politique en matière de droits d'auteur* (2005)

ou, au contraire, que des conditions peuvent faire en sorte que l'étudiant ne soit que cotitulaire :

If creative input into student-produced work is provided by the Institute, then the Institute has a claim to partial ownership, which may be waived under certain conditions.

Université Ryerson,
Policy on ownership of student work in research (1989)

voire qu'il ne soit pas titulaire du tout, par exemple s'il collabore aux travaux d'un chercheur de l'établissement :

Les travaux académiques de l'étudiant effectués en participant individuellement ou en groupe aux activités de recherche d'un chercheur sont, à moins de circonstances particulières, la propriété de l'École, conformément à l'article 16.

ETS, *Politique... de propriété intellectuelle* (2004)

Comme nous l'avons expliqué au chapitre 9, la reconnaissance de la titularité des droits sur les œuvres reliées aux cours ou programmes devrait en principe aller de soi compte tenu des objectifs pédagogiques et de l'évaluation qui leur sont associés. Pourtant, une proportion significative d'établissements ne traitent pas de cette question, ou en traitent partiellement, par exemple en couvrant uniquement les mémoires et thèses, ou encore les créations effectuées en lien avec un projet de recherche, ce qui ouvre la porte à toutes les interprétations. De plus, certains établissements assortissent cette titularité de conditions difficiles à justifier : ainsi, le fait qu'un étudiant participe aux travaux d'un directeur, groupe ou centre de recherche ne l'empêche pas d'être auteur – ou inventeur – unique dans certains cas.

Les choses sont cependant différentes quand l'étudiant est embauché par l'université comme auxiliaire d'enseignement ou de recherche. Parmi les 26 établissements où la réglementation traite de cette situation – souvent indirectement, par les dispositions s'appliquant à tous les employés – trois seulement reconnaissent les étudiants salariés comme premiers titulaires de la propriété intellectuelle. À l'opposé, quatre l'attribuent d'emblée à l'employeur, soit en l'affirmant explicitement :

When students enter into an employment contract with the Institute, no student ownership is possible for work related to the employment.

Université Ryerson,
Policy on ownership of student work in research (1989)

soit de manière tacite, par exemple en assimilant dans ce cas les étudiants aux autres employés de l'université:

Lorsqu'une étudiante, un étudiant produit une œuvre alors qu'il est à l'emploi de l'Université ou qu'il est rémunéré à partir d'une subvention de recherche à titre d'étudiante ou d'étudiant salarié, il est traité, à moins d'entente contraire, comme tout autre employé ou employée de l'Université relativement au droit d'auteur.

Université de Sherbrooke,

Politique sur... la propriété intellectuelle des... étudiants... (2001)

de sorte qu'ils ne seront pas couverts par l'exception professorale:

The University will own Copyright in all Works which are [...] created by an Author in the course of the Author's employment by the University. [...]

For the purposes of this Policy, research and instruction, or the creation of instructional Works, including Instructional Software, undertaken by members of the University's Teaching Staff or librarians shall not be deemed to be made or undertaken in the course of their employment by the University.

Université de Toronto, *Copyright policy (2007)*

Dans les autres établissements, notamment ceux où l'on ne fait pas de distinction entre les catégories de personnes visées, la titularité est accordée à l'étudiant ou à l'établissement (ou même conjointement aux deux), soit selon des critères analogues à ceux que l'on a décrits plus haut pour les professeurs, telle l'utilisation de ressources importantes ou inhabituelles:

La cession et la renonciation par HEC Montréal [aux] chercheurs [à son emploi, incluant les étudiants] sont conditionnelles à ce qui suit: [...]

c. HEC Montréal doit avoir été remboursée ou un arrangement doit avoir été pris à cet effet avec HEC Montréal, pour tous les frais découlant d'une utilisation importante des ressources de HEC Montréal.

HEC, *Politique de propriété intellectuelle (2003)*

soit, le plus souvent, selon que la création fait ou non partie explicitement des conditions de travail, ce qui rend plus pertinente l'application du paragraphe 13(3) de la *Loi sur le droit d'auteur*:

Le superviseur et l'employé détiennent la propriété et le droit d'auteur du matériel préparé par l'employé si le contrat ou la description de poste écrite du superviseur exige la préparation de ce matériel, notamment les notes, les moyens audiovisuels, les logiciels, les données expérimentales, les analyses bibliographiques et les sommaires de la documentation.

Université d'Ottawa,

Conv. coll. (assistants,...) (2007-2010, art. 21)

The copyright of works produced by graduate students rests with those individuals, unless the author has been employed to create a work, in which case the copyright rests with the employer.

Université de Saskatchewan,
College of Graduate Studies – Intellectual properties policy (2005)

Under University policy, intellectual property created by University employees in the course of their employment is the University's property only if the work or the invention was created at the direction of the employee's supervisor. (Among the best –but not only – examples of this are the hiring of an individual specifically to develop software for stated purpose or to write or create text or illustrations for a specific publication.)

Université de l'Alberta,
Intellectual property guidelines for graduate students (2004)

Comme on l'a vu au chapitre 9, la distinction entre les créations effectuées dans le cadre d'un cours ou programme d'études et celles qui résultent d'un emploi d'assistant de recherche peut entraîner des contradictions, par exemple quand un étudiant est embauché pour travailler dans un projet de recherche où s'inscrit son sujet de mémoire ou de thèse. Pour contourner cette difficulté, quelques établissements restreignent leur revendication de titularité découlant du paragraphe 13(3) de la Loi aux créations non reliées à la poursuite des études :

[...] Persons paid to perform specific assigned tasks unrelated to their academic program are employed and, in the absence of another agreement, their work belongs to their employer.

Université de Calgary,
... intellectual property policy for graduate students (2005)

Quand un étudiant effectue un travail qui ne fait pas partie des exigences académiques de son programme d'études et pour lequel il reçoit une rémunération (par exemple, un contrat d'emploi), Polytechnique demeure le premier titulaire des droits d'auteurs [sic] sur les résultats du travail accompli.

École Polytechnique, *Politique en matière de droits d'auteur* (2005)

If a student is employed as a Research Assistant in circumstances where the work done in the course of that employment is not intended to and does not in fact become part of work done for the degree requirements, then the student may not normally claim co-authorship [...].

University York, *Intellectual property policy*
(Faculty of Graduate Studies) (1996)

Cependant, la plupart des établissements demeurent muets sur la question. Une exception notable: l'Université d'Ottawa, qui est le seul établissement (sur 20) dont la convention collective couvrant cette catégorie d'employés traite de propriété intellectuelle²⁶ et qui accorde la titularité aux étudiants embauchés à ce titre.

On retrouve le même genre de contradiction avec les mémoires et thèses par articles, dont seuls deux établissements traitent explicitement dans leur réglementation, arrivant à des conclusions divergentes :

[...] l'étudiant est le seul auteur de son essai, son mémoire ou sa thèse et ce, même dans le cas d'un mémoire ou d'une thèse par articles, dont les articles peuvent avoir été écrits par plusieurs auteures, auteurs.

Université de Sherbrooke,

Politique sur... la propriété intellectuelle des... étudiants... (2001)

Les étudiantes et les étudiants détiennent le droit d'auteur sur leurs mémoires, leurs thèses et les travaux qu'ils produisent dans le cadre de leurs cours. Dans le cas des mémoires et des thèses par articles, ce droit peut être conjointement détenu avec d'autres.

Université de Montréal,

Politique sur les droits des étudiantes et des étudiants (1995)

Dans les autres établissements, on ne fait qu'indiquer que le dépôt de la thèse requiert l'accord des éventuels coauteurs des articles formant le mémoire ou la thèse, de même que celui des éditeurs auxquels le droit d'auteur a pu être cédé en vertu de la pratique décrite au chapitre 7. Ces précisions figurent à l'occasion dans la réglementation :

Dans le cas d'un mémoire ou d'une thèse par articles, l'étudiant doit compléter le formulaire du Bureau des affaires académiques. Il doit entre autres y faire état de la contribution de chacun des auteurs, dans le cas d'un article à coauteurs.

École Polytechnique, *Politique en matière de droits d'auteur (2005)*

mais elles sont pour la plupart reléguées, avec les normes pour l'interligne et la largeur des marges, dans les instructions techniques touchant le dépôt de la thèse ou du mémoire, voire dans de simples formulaires.

La titularité des inventions

Si les établissements, exception faite des quelques situations mentionnées plus haut, reconnaissent à leurs membres la titularité du droit d'auteur sur leurs œuvres, il en va tout autrement pour la propriété intellectuelle

26. Université d'Ottawa, *Conv. coll. (assistants...)* (2007-2010, art. 21).

sur les créations moins « traditionnelles » comme les inventions. En effet, rares sont les chercheurs universitaires qui disposent aujourd’hui des ressources pour faire aboutir une procédure de prise de brevet, entre autres au niveau international, ou pour défendre leurs droits devant les tribunaux en cas de contestation de leurs titres. Mieux placés en termes de ressources, les établissements sont cependant peu susceptibles de prendre en charge la protection de la propriété intellectuelle de leurs membres sans détenir de garanties. À cette fin, elles ne s’y engageront qu’après avoir signé une entente claire au sujet des droits de propriété intellectuelle des parties concernées ; dans bien des cas, la cession complète de ces droits sera exigée des chercheurs. En fait, les ressources nécessaires sont telles que les établissements universitaires hésitent même parfois à s’engager dans une procédure de prise de brevet.

De même, les éventuelles tierces parties, les entreprises privées en particulier, refusent le plus souvent, pour éviter des imbroglios juridiques toujours possibles, d’aller de l’avant sans une clarification des droits et l’identification d’un interlocuteur unique en ce qui concerne la propriété intellectuelle. De leur côté, les pouvoirs publics favorisent, dans la ligne du modèle du *Bayh-Doyle Act* américain, une « propriété institutionnelle » de la propriété intellectuelle (PQSI, 2002), de sorte qu’en définitive les établissements canadiens sont poussés à assumer cette position nouvelle d’« interlocuteur unique », non sans se retrouver en tension avec une tradition en matière de propriété intellectuelle toujours défendue avec énergie par les professeurs et les chercheurs.

Cette tension se retrouve dans les textes des cadres réglementaires sur les brevets. Si l’on reconnaît d’emblée l’inventeur comme premier titulaire de la propriété intellectuelle pour les inventions que les chercheurs réalisent hors du cadre de l’établissement ou de leurs tâches normales, cette reconnaissance est étendue à tous les contextes dans la moitié des établissements, soit de manière inconditionnelle :

Members are the owners of the intellectual property rights in any invention, improvement, design or development that they create in the course of their employment even if it was produced with the University's facilities and resources.

Université de Lethbridge, *Faculty handbook* (2007, art. 30)

soit, dans la plupart des cas, en l’assortissant de restrictions minimales, qui font figure d’exceptions, touchant par exemple les recherches financées par des tiers :

The University acknowledges that, with the possible exception of externally sponsored research, it has no direct equity in any invention developed by a member of its faculty, staff or student body (notwithstanding that the

invention might be intellectually conceived and developed in the course of University supported research and utilizing University facilities and equipment).

Université Western Ontario, *Patents policy* (1983)

Alternative arrangements may be made [...] when the Intellectual Property is created under a contract between the University and an outside sponsor only if the sponsor insists on such an arrangement as a condition of funding and this is acceptable under prevailing University guidelines for contract research.

Université Queen's, *Coll. agreem. (faculty, librarians and archivists)* (2008-2011, art. 16)

ou encore les travaux commandés par l'établissement lui-même :

L'Université ne détient la propriété de l'invention, du dessin industriel ou du savoir-faire développé par la professeure, le professeur que si l'Université a expressément engagé cette personne pour effectuer ce développement [...].

Université du Québec à Montréal, *Conv. coll. (professeurs de la Télé-université)* (2005-2010, art. 27)

Certains établissements rappellent par ailleurs qu'ils pourraient, tout en choisissant de ne pas le faire, revendiquer légalement les droits de propriété intellectuelle de leurs membres :

Although the University has the right to require assignment of an interest in IP created by a University Member through the use of its resources, the full ownership of IP and all rights pertaining to ownership are vested in the Creator, unless the Creator has entered into an agreement with the University to the contrary.

Université Simon Fraser, *Intellectual property policy* (2004)

L'Université Simon Fraser invoque à cet égard le *B. C. University Act*²⁷ et la *Loi sur le droit d'auteur* pour appuyer un droit dont les fondements pourraient bien être contestés si l'établissement décidaient de s'en prévaloir.

Dans l'autre moitié des établissements, ces conditions ou restrictions, qui entraînent soit une cotitularité soit, le plus souvent, l'octroi de la titularité à l'établissement, peuvent couvrir à peu près toutes les activités de recherche. Elles font parfois l'objet d'énoncés très détaillés :

Sous réserve d'une cession de droits consentie à des tiers par voie de contrat, l'École détient la propriété des droits sur une invention quand cette invention, qu'il s'agisse de savoir-faire industriel, de formule ou de procédé, intégré ou non à un autre brevet, est réalisée :

27. [RSBC 1996] c. 468.

- a) avec l'aide du personnel professoral, professionnel ou autres de l'École ou quand les ressources fournies par l'École ont été déterminantes pour la mise au point de l'invention;
- b) dans l'exercice d'un mandat de fiduciaire que remplit l'École pour les organismes subventionnaires;
- c) dans le cadre d'ententes contractuelles spécifiques avec des partenaires externes;
- d) dans le cadre d'un projet ou d'un programme de recherche conduit sous l'égide de l'École auquel le membre est ou a été associé;
- e) dans le cadre d'un programme d'activités reconnu par l'École;
- f) dans le cadre de la charge de travail d'un membre de l'École;
- g) dans le cadre d'un mandat spécifique donné par l'École à l'un de ses membres;
- h) à l'occasion d'une prise en charge par l'École, à la demande d'un membre de l'École, en vue de l'obtention d'un brevet.

Une invention demeure toutefois la propriété exclusive de l'inventeur si cette invention a été réalisée sans l'aide du personnel et sans l'usage de l'équipement, des locaux, ou d'autres ressources particulières et exclusives de l'École, et qu'elle ne découle pas des activités d'un programme de recherche et de création conduit sous l'égide de l'École auquel l'inventeur est ou a été associé.

ETS, *Politique... de propriété intellectuelle* (2004)

mais parfois, au contraire, très succincts :

Ownership of Rights to Inventions: [...] the inventor and the University jointly own the rights to inventions created by an inventor a) with University assistance; or b) with the use of University equipment, facilities, or resources; or c) in the course of academic duties or work in the course of study, research, or teaching.

Université McGill, *Policy on intellectual property* (2001)

The University and the staff member who made an invention in the course of research involving either substantial use of University premises, equipment or other resources, or substantial encroachment on University time shall have equal ownership in the invention.

Université du Manitoba, *Patents & copyright policy* (1987)

Les parties conviennent que l'employeur détient les droits de brevet pour toute invention mise au point ou réalisée par le membre dans l'exercice de ses fonctions ou à l'aide des installations, du personnel de soutien ou des services de l'employeur.

Université d'Ottawa, *Conv. coll. (professeurs)* (2004-2008, art. 35)

À l'occasion, la titularité échoit à l'établissement du fait d'une cession des droits de propriété intellectuelle détenus par l'inventeur, cession justifiée par l'usage des ressources de l'établissement:

If any member of faculty or staff, any student, or anyone connected with the University proposes to protect or license an invention or discovery in which University facilities or funds administered by the University were used, [...] the rights [must be] assigned to the University.

UBC, *Patents and licensing policy* (2003)

Le cas des co-inventeurs n'est pas toujours explicitement évoqué dans les textes. Certains y font référence surtout pour suggérer simplement aux intéressés de clarifier eux-mêmes la contribution de chacun:

[...] c'est au sein du groupe concerné par la divulgation d'invention et sous la responsabilité du chercheur principal que doit être établie la reconnaissance des apports de chacun.

ETS, *Politique... de propriété intellectuelle* (2004)

Dans d'autres cadres réglementaires, la décision concernant la reconnaissance des co-inventeurs ou des cocréateurs est laissée à l'instance qui supervise la recherche ou sa commercialisation:

The Vice-President (Research) in consultation with the Department Chair and College Dean of the Inventor will determine the identity of all Inventors [...]. The Vice-President (Research) shall be responsible for determining the relative shares in joint ownership situations.

Université de Waterloo, *Intellectual property rights policy* (2000)

La section touchant le partage des revenus de commercialisation, que nous verrons plus loin, peut à l'occasion faire référence, de manière plus oblique, à l'identification des éventuels cotitulaires de la propriété intellectuelle:

[...] all intellectual contributors to that work should be entitled to share in the proceeds in proportion to their contributions.

Université de Waterloo, *Intellectual property rights policy* (2000)

When several individuals collaborate on a patentable invention, the inventor's income share is divided among themselves (including co-developers who may not legally be inventors and who must be named to be eligible as recipients of portions of income).

UBC, *Patents and licensing policy* (2003)

Mais, en définitive, le cas des co-inventeurs reste une préoccupation mineure, voire marginale, dans la plupart des textes.

Mais quelle que soit leur position (ou parfois leur silence) en ce qui touche la titularité première des droits de propriété intellectuelle, tous les établissements prévoient expressément que le partage de la titularité entre collaborateurs comme son éventuel partage avec un tiers (ou sa cession à ce dernier) devraient faire l'objet d'ententes entre les parties.

[...] c'est au sein du groupe concerné par la divulgation d'invention et sous la responsabilité du chercheur principal que doit être établie la reconnaissance des apports de chacun.

ETS, *Politique... de propriété intellectuelle* (2004)

La plupart des textes invitent ainsi à tenir le plus tôt possible, entre les participants à des projets ou travaux qui comprennent des activités de création, les discussions devant mener à ces ententes, qui devraient être dès lors consignées par écrit.

Dans tous les cas où la propriété intellectuelle est partagée, l'Université souhaite qu'une Entente spécifique sur la propriété intellectuelle entre les chercheurs, chercheurs soit conclue préalablement au début des travaux. Un modèle d'une telle entente est joint à cette politique (annexe 2), à titre indicatif. Cependant, les chercheurs, chercheurs sont libres de procéder autrement selon les pratiques disciplinaires spécifiques.

Université du Québec à Montréal,
Politique sur... la propriété intellectuelle (2003)

Ces discussions doivent porter principalement sur la cotitularité, souvent par le biais de la reconnaissance des contributions à la création que traduit le coauteurat (voir le chapitre 9), ainsi que sur le partage des retombées financières d'une éventuelle commercialisation. Elles doivent aussi porter sur les conditions et contraintes relatives à la propriété intellectuelle prévues dans les contrats intervenus avec un commanditaire. On songe ici notamment à la cession de la titularité ou à l'octroi d'une licence, de même qu'aux restrictions en matière de publication associées soit aux exigences de brevetabilité, soit à la protection d'informations confidentielles présentant un intérêt, économique ou autre, pour le commanditaire. À cet égard, comme on le verra plus loin (section *Les délais de publication*), les établissements ont mis en place des mesures visant à protéger les intérêts scientifiques ou scolaires des chercheurs et des étudiants associés à ces travaux en commandite.

Pour conclure, l'identification du premier titulaire des droits sur les inventions fait l'objet de dispositions très diverses dans les cadres réglementaires. Cependant, en pratique, cela a moins d'incidence qu'on pourrait le supposer. En effet, les chercheurs des universités canadiennes, qu'ils soient ou non au départ titulaires de la propriété intellectuelle, doivent

très souvent reconnaître la légitimité des revendications de leur établissement, qui s'appuient généralement sur l'utilisation des ressources institutionnelles, qu'il s'agisse des ressources consacrées aux activités de recherche ou de celles qui sont dévolues à la commercialisation des inventions. De fait, les restrictions qui s'appliquent en lien avec l'usage de ces ressources, de même que les règles de partage des revenus, que nous examinerons plus loin, tendent souvent à réduire voire à effacer les différences entre les cadres réglementaires et à favoriser, en la rendant plus simple et plus avantageuse pour les chercheurs, une «gestion institutionnelle» de la propriété intellectuelle.

La divulgation

En matière de propriété intellectuelle, de brevets plus particulièrement²⁸, la divulgation (*disclosure*) renvoie à la description de l'invention contenue, selon des formes bien précises, dans la demande de brevet et reprise dans le brevet lui-même. Toute divulgation d'une invention en dehors de ce cadre, par publication, soumission à une revue scientifique, communication orale, soutenance de thèse, etc., risque d'entraîner le refus de la demande de brevet, pour défaut de nouveauté de l'invention. Ce type de divulgation peut avoir été choisi délibérément par le chercheur, qui souhaite ainsi maximiser la diffusion de son invention. Ce choix peut aussi être accidentel, d'où les mises en garde émises généralement à ce sujet par les établissements.

Prévue dans la quasi-totalité des cadres réglementaires (36 établissements sur 38), la divulgation fait plutôt référence, dans ce contexte, à la procédure par laquelle une création susceptible ou destinée à être commercialisée et, dans le cas des inventions, brevetée, est révélée confidentiellement par son créateur aux autorités de l'établissement. Cette mesure vise notamment à permettre à l'établissement de revendiquer certains des droits ou avantages qui lui sont conférés à l'égard de l'invention (droit d'option en matière de commercialisation, droit d'utilisation gratuite, partage des revenus de commercialisation), sans pour autant compromettre, dans le cas d'une invention, une éventuelle demande de brevet. Sous cette acceptation, la divulgation, ou déclaration, est presque toujours «obligatoire», «exigée» ou «requise».

28. Dans les cadres réglementaires qui ne distinguent pas les types de créations, la divulgation s'applique en principe également aux œuvres. Mais, en règle générale, les formulations employées laissent clairement entendre que la divulgation ne vise en fait qu'une seule catégorie d'œuvres, soit les logiciels.

Cette exigence s'applique parfois dès qu'une invention est réalisée:

When an Inventor makes an Invention, the Inventor shall make full and complete disclosure of the Invention to the University by submitting an invention disclosure form to the Vice-President, Research and Associate Provost or his/her designate without unreasonable delay.

Université de Toronto, *Inventions policy* (2007)

Full details of any Intellectual Property created by [(a) creator(s)] shall be disclosed to the Employer in writing [...].

Université Western Ontario,
Coll. agreeem. (faculty) (2008-..., *Intellectual property*)

mais, dans la majorité des cas (28 établissements), elle est assortie de conditions. Ainsi, elle est parfois requise uniquement si l'inventeur entrevoit un potentiel commercial:

Les inventions qui, de l'opinion de l'inventeure, l'inventeur, sont susceptibles d'être brevetées, sont déclarées.

Université du Québec à Montréal,
Conv. coll. (professeurs) (2003-2007, art. 28)

The following procedures apply in all instances where a member of the University may have a potentially patentable invention or discovery.

(a) The University member will complete a "Report of an Invention by a University Inventor."

Université Western Ontario, *Patents policy* (1983)

ou, le plus souvent (19 établissements), s'il a effectivement l'intention de loger une demande de brevet et (ou) de commercialiser l'invention:

Employees agree to disclose to the Vice-President (Academic) or the Vice-President (Saint John) the intention to patent or to commercialize intellectual property.

Université du Nouveau-Brunswick,
Coll. agreeem. (teachers) (2005-2009, art. 38)

Lorsqu'un chercheur de Polytechnique estime que certains résultats de ses travaux constituent une technologie valorisable et qu'il serait prêt à participer aux démarches de protection et éventuellement d'exploitation commerciale, il doit faire divulgation de cette technologie à Polytechnique.

École Polytechnique,
Politique de la propriété intellectuelle technologique (1995)

Dans les autres établissements, la divulgation est liée non pas aux intentions de l'inventeur, mais à la possibilité que l'établissement détienne des droits reliés à l'invention en ce qui concerne la titularité, l'utilisation interne ou le partage des revenus :

Une divulgation à Polytechnique doit être faite même si le chercheur pense que Polytechnique n'a pas de droits sur la propriété intellectuelle. C'est sur la base de cette divulgation que Polytechnique pourra confirmer ou contester cette présomption.

École Polytechnique,
Politique de la propriété intellectuelle technologique (1995)

C'est le cas notamment quand la réalisation de l'invention a bénéficié des ressources de l'établissement :

[...] a disclosure must be made [...] to protect or license an invention or discovery in which University facilities or funds administered by the University were used [...].

UBC, *Patents and licensing policy* (2003)

Soulignons que certains établissements justifient l'exigence de divulgation également par le souci de protéger les droits d'éventuelles tierces parties :

Potentially patentable discoveries or creations arising out of any Employee's work shall be disclosed to the Employer prior to public disclosure. The purpose for such disclosure is to allow the Employer to determine if it has ownership rights or obligations to a third party [...].

Université Saint Mary's, *Coll. agreeem. (faculty)* (2006-2009, art. 15)

ou encore par des considérations beaucoup plus générales :

The University has the right to require the Creator of IP to disclose the intention to commercialize that IP because of the University's responsibility to be accountable to government and the public.

Université Simon Fraser, *Intellectual property policy* (2004)

Si le traitement de la divulgation à l'établissement présente également des formes variées, il ne place pas non plus les chercheurs dans des situations très différentes : ceux-ci ne peuvent généralement pas déposer un brevet, quelle qu'en soit l'origine, sans lui divulguer leur invention. De fait, cette divulgation est généralement soit l'affirmation par le ou les inventeurs de leur intention de commercialiser l'invention, soit l'expression d'un jugement concernant son potentiel commercial. Dans les deux cas, cette divulgation peut entraîner la mise en branle d'un processus de commercialisation auquel peut être associé l'établissement, ou que celui-ci peut même prendre complètement en charge.

La décision de commercialiser

La question de la décision de commercialiser des résultats de recherche, régulièrement évoquée dans les cadres réglementaires, est bien sûr étroitement liée à la précédente. Clairement, dans la majorité d'établissements où la divulgation dépend du jugement de l'inventeur quant au potentiel commercial de son invention ou de ses intentions formelles à cet égard, celui-ci a la possibilité de rendre immédiatement publique son invention, renonçant ainsi à la possibilité de la protéger par brevet, ce qui est conforme aux principes que plusieurs établissements ont inclus dans leur réglementation (voir plus loin). Dans ces établissements, c'est donc l'inventeur qui peut décider de démarrer le processus de commercialisation, ou au contraire de le tuer dans l'œuf.

Une fois l'invention divulguée, une décision doit être prise quant à la possibilité de procéder à la première étape du processus, qui est généralement la demande de brevet. Dans environ le tiers des établissements, l'université, qui revendique la titularité ou la cotitularité de la propriété intellectuelle, est la partie qui prend cette décision, après avoir évalué l'intérêt et le potentiel commercial de l'invention. Compte tenu des coûts, parfois considérables, associés entre autres à la protection et à l'exploitation de la propriété intellectuelle, cette évaluation est évidemment une étape importante et délicate du processus. Elle est généralement confiée à une instance spécialisée, par exemple un « comité de la propriété intellectuelle », comme à l'Université McMaster, ou au service de valorisation des résultats de la recherche de l'établissement (le « bureau de liaison entreprises université » (BLEU) ou l'équivalent, au Québec). Mais cette tâche incombe parfois à une personne seule qui peut, bien sûr, consulter des experts :

The Vice-President (Research) shall be responsible for determining, after consultation with the Inventor, and if necessary, with additional technical and legal experts, and within 90 days of the date of invention disclosure, whether or not commercial exploitation should be attempted and, if so, the most appropriate means.

Université de Guelph, *Inventions policy* (1991)

Dans les autres établissements, qui ne détiennent pas tous la titularité convient-il de le souligner, c'est l'inventeur qui décide en la matière, parfois en concertation avec l'établissement :

Unless otherwise mutually agreed in writing by the Board and the Member, the Member will work in collaboration with the Board in evaluating the commercial potential of a patentable property prior to collaborating with another party interested in commercialization. [...]

- (b) If, as a result of evaluation, the Board decides that the intellectual property should be developed or sold or transferred in any other way, such development or sale or transfer will only occur with the prior written agreement of the Member.*

Université de Lethbridge, *Faculty handbook* (2007, art. 30)

mais le plus souvent seul, bien qu'on l'incite à consulter les instances évoquées plus haut.

L'étape suivante du processus est le choix du responsable de la commercialisation, ce qui dans bien des cas signifie d'abord décider de recourir ou non aux services des organismes ou services dits «de valorisation» que plusieurs établissements (ou regroupements d'établissements) ont mis sur pied. Dans une moitié des établissements, ce choix relève de l'inventeur seul. Dans l'autre, la décision est parfois prise conjointement, mais le plus souvent par les établissements, qui affirment généralement vouloir maximiser le potentiel commercial des inventions:

The University will make every reasonable effort to commercialize the Intellectual Property in a manner most likely to generate the maximum advantage for all parties concerned [...].

Université de Regina, *Intellectual property policy* (2006)

Soulignons que dans certains des établissements où l'inventeur est titulaire, un «droit d'option» est accordé à l'université, c'est-à-dire que celle-ci peut prendre en charge la commercialisation avant que cette possibilité ne soit offerte à toute autre entité. Ici encore, les établissements s'imposent une «obligation de résultat», dans la mesure où après un certain délai, l'inventeur récupère toute marge de manœuvre (et la pleine titularité, le cas échéant).

Si, au terme des vingt-quatre (24) mois qui suivent la date de déclaration de l'invention, le Comité des brevets et inventions conclut que l'Université n'a pas entrepris des démarches raisonnables visant la valorisation de l'invention, l'inventeur sera libre de procéder lui-même et pour son propre bénéfice à la valorisation de son invention sans obligation de rembourser à l'Université les coûts encourus jusqu'à la date de l'avis.

Université du Québec à Montréal,
Politique sur... la propriété intellectuelle (2003)

Cette mesure est d'ailleurs assez généralisée, quelles que soient les modalités touchant la titularité ou la prise de décision: lorsque l'université décide, de manière explicite ou simplement en ne procédant pas dans des délais raisonnables, de ne pas poursuivre dans la voie de la commercialisation, l'inventeur retrouve toute marge de manœuvre, assez souvent

contre remboursement à l'université les frais qu'elle a encourus, du moins ceux que l'inventeur aurait dû lui-même assumer (par exemple, les coûts de la demande de brevet).

Finalement, il convient de souligner que les textes réglementaires commencent souvent par l'énoncé d'un certain nombre de principes où, entre autres, on tente de concilier la protection et la commercialisation des inventions avec les valeurs fondamentales de l'Université. Comme l'illustrent les extraits qui suivent, les formulations employées révèlent des différences subtiles dans l'équilibre entre ces deux pôles.

The University is committed to certain guiding principles in fulfilling its public duty as an institution of research and higher learning. One such principle is the obligation to encourage the exploration, development and exchange of ideas in an environment dedicated to open inquiry and the highest degree of scholarship and research. Another is the protection and encouragement of Faculty in their research and the scholarly writing which arises from that research; and, at all times, the duty to operate in the public interest and consistent with the values of fairness, academic freedom and the highest standards of ethical conduct.

[...] Inventions is [sic] not a basic purpose of University research, nor is it a condition for support of such research. The Employer agrees that members have no obligation to seek patent protection for the results of academic work or to modify research to enhance patentability.

Université Concordia, *Coll. agreeem. (faculty)* (2007-2012, art. 27)

No Inventor is obliged to engage in commercialization of an Invention. The Inventor is free to publish or use other means to place the intellectual property in the public domain as an alternative to the provisions contained herein.

Université Queen's, *Coll. agreeem. (faculty, librarians and archivists)* (2008-2011, art. 16)

In some cases the most appropriate means of transferring new knowledge to society is by publication in the scientific literature. The University also recognizes that in other cases, technology transfer is best achieved through patenting, which is itself a means of publication, or through other commercial exploitation of significant innovations in a manner consistent with both the public interest and the role and image of the University.

Université de Guelph, *Inventions policy* (1991)

The University recognizes as a fundamental principle that it should maintain complete freedom of research and unrestricted dissemination of information. Research done solely in anticipating of profit is incompatible with the aims of the University. Nevertheless, the University recognizes that in the course of its research activities, ideas or processes may be developed on which, in the public interest, patents should be sought. The University and the inventor have a responsibility to promote the effective

development and utilization of such discoveries, and to ensure that they will not be restricted in their use in a way that is detrimental to the public interest.

The University recognizes that the payment to the inventor of revenue from an invention is a desirable incentive towards invention. It also recognizes that the effective development of inventions based on its research activities has occasionally provided revenues that have made possible the encouragement of further research, both in the field in which the invention was developed and in the University as a whole.

Université Western Ontario, *Patents policy* (1983)

Dans le même esprit, des limites ou des conditions au droit à la publication sont incluses, plus ou moins explicitement, dans plusieurs cadres réglementaires :

If one or more University personnel suspect they have an invention they should immediately contact the Office of Research. It is important that this initial contact occur as soon as possible and that no steps be taken to place the invention in the public domain by a lecture or publication until the invention has been reported to and discussed with the Office of Research.

Université de Guelph, *Inventions policy* (1991)

Au moment de la divulgation de la technologie à Polytechnique, un accord de confidentialité d'une durée limitée est établi entre Polytechnique et le chercheur. Par cet accord, l'une ou l'autre des parties s'engage à ne pas divulguer la technologie à un tiers sans l'accord de l'autre partie et à ne pas prendre d'actions qui interféraient avec les démarches de protection et d'exploitation entreprises ou envisagées par la partie responsable de la valorisation de la technologie.

École Polytechnique,
Politique de la propriété intellectuelle technologique (1995)

[...] when a Creator and the University are discussing a commercialization partnership, a Creator may be asked to delay publication or public presentation of the Intellectual Property for a period normally not to exceed six (6) months in order to ensure protection of the interests of the Creator and of the University.

Université de Regina, *Intellectual property policy* (2006)

ce qui laisse entendre qu'en dépit de l'importance que l'on reconnaît à la liberté de publier les résultats de la recherche, les chercheurs voient parfois cette liberté compromise, du moins jusqu'à ce que le processus d'évaluation du potentiel commercial de l'invention soit achevé, si cette publication remet en cause un possible brevet. Nous verrons cependant plus loin que les établissements imposent généralement des limites et conditions assez strictes aux possibilités de retarder ou empêcher la publication des résultats de recherche.

Décision essentiellement économique, la commercialisation de la propriété intellectuelle n'est donc normalement pas imposée. Dans la grande majorité des établissements, l'inventeur peut décider plutôt de rendre publique son invention pour la valoriser à l'aide des moyens universitaires traditionnels (communications, articles et livres scientifiques). Celui qui privilégie la commercialisation comme forme de valorisation de sa recherche peut ou non avoir la possibilité de choisir qui, de l'établissement, de lui-même ou d'un tiers, prendra en charge le processus de protection et (ou) de commercialisation de son invention. Les parties concernées doivent alors conclure un accord qui, souvent, entraînera une cession de la propriété intellectuelle à la partie qui prend en charge la commercialisation et les frais encourus par le processus, lorsque cette partie ne détient pas les droits. En pratique, la section qui traite des décisions en matière de commercialisation permet donc fréquemment de «réinitialiser» les dispositions du cadre réglementaire concernant le premier titulaire de la propriété intellectuelle, le plus souvent en faveur de la partie qui peut – ou souhaite – effectuer les démarches et en assumer le coût.

Les droits d'utilisation par les non-titulaires

Quelle que soit la décision prise en matière de commercialisation, la plupart des établissements qui ne sont pas titulaires ou qui cèdent cette titularité dans certaines situations s'assurent à tout le moins de pouvoir utiliser gratuitement, à des fins internes, les créations effectuées par leurs membres. Cette revendication est généralement reliée à l'usage de ressources de l'établissement lors de la création, mais la nature et l'ampleur que doivent revêtir ces ressources pour la justifier sont très variables. Cela va du simple usage des ressources de base comme les locaux ou le personnel technique à l'octroi par l'établissement, à la demande du créateur, de ressources exceptionnelles, en passant par toutes les nuances intermédiaires : ressources «inhabituelles», «spécialisées», «au-delà de la normale», etc.

Cette licence non exclusive octroyée par le titulaire est parfois décrite de manière assez générale, sans que le terme «licence» ne soit employé :

[...] l'Université peut utiliser sans frais l'invention, le savoir-faire, le dessin, le logiciel ou un développement réalisé par ses chercheurs, chercheurs, pour ses propres fins d'enseignement et de recherche.

Université du Québec à Montréal,
Politique sur... la propriété intellectuelle (2003)

The University retains a royalty-free perpetual right to use for scholarly, academic and other non-commercial purposes all IP created through use of University resources.

Université Simon Fraser, *Intellectual property policy* (2004)

mais on est parfois beaucoup plus précis quant aux conditions qui lui associées :

Owners of IP rights in scholarly works created in the course of teaching and research activities grant the University a non-exclusive, free, irrevocable license to copy and/or use such works in other teaching and research activities.

Université de Waterloo, *Intellectual property rights policy* (2000)

On retrouve ce genre de licence notamment pour l'enseignement à distance ou en ligne :

La professeure, le professeur qui a créé, dans le cadre d'un projet de cours à distance, une œuvre dont il est le titulaire ou le cotitulaire, accorde à l'Université une licence non exclusive et non révocable permettant à l'Université d'imprimer, de reproduire et de numériser pour ses besoins d'enseignement et aux fins de sa mission l'œuvre quel que soit le pays, la langue ou la forme tant que l'œuvre sera utilisée dans les cours et les programmes de l'Université.

Université du Québec à Montréal,
Conv. coll. (professeurs de la Téluq) (2005-2010, art. 27)

Le ou les professeurs auteurs d'un cours en ligne accorderont à l'Université, qui accepte, une licence irrévocabile (version originale et versions modifiées le cas échéant) pour une durée de quatre (4) années consécutives, à compter du début de la première session à laquelle le cours est offert en ligne par l'Université.

Université du Québec à Trois-Rivières,
Conv. coll. (2007-2012, annexe F)

Dans quelques établissements, des dispositions symétriques s'appliquent au créateur et à l'établissement, l'un ou l'autre pouvant être titulaire de la propriété intellectuelle :

2.3 *Where the University owns Copyright in a Work created other than in the course of employment, the Author will [...] have a perpetual, irrevocable, royalty-free, non-exclusive, non-transferable license to use, revise and modify the Work for non-commercial purposes.*

2.4 *Where the University does not own Copyright in Work created with Substantial Use of University Resources, the University will [...] have a perpetual, irrevocable, royalty-free, non-exclusive, non-transferable license to use, revise and modify the Work for research and teaching purposes within the University [...]*

Université de Toronto, *Copyright policy* (2007)

Dans tous les cas, Polytechnique retient le droit d'utiliser gratuitement, pour ses besoins internes en enseignement, recherche et gestion, les technologies développées par ses chercheurs. Le

chercheur retient également le droit d'utiliser, pour l'exercice de ses fonctions d'enseignement et de recherche à Polytechnique, toute technologie qu'il a développée.

École Polytechnique,
Politique de la propriété intellectuelle technologique (1995)

Comme nous l'avons évoqué au chapitre 9, les mémoires et les thèses font l'objet de dispositions particulières dans la réglementation de certains établissements.

La première concerne la possibilité pour le directeur de recherche, qui n'est pas titulaire du droit d'auteur faut-il rappeler, d'utiliser les « résultats » de la thèse ou du mémoire dans des publications ultérieures. Les conditions rattachées à cette autorisation peuvent être très généreuses à l'endroit du directeur :

[...] *the rights to publish, patent, or commercially exploit the results of the research are shared with the supervisor and/or research group, and with the University.*

Université McMaster, *Joint intellectual property policy* (2004)

ou encore prévoir une forme de « droit d'option » pour l'étudiant :

[...] l'étudiante, l'étudiant bénéficie, à compter du dépôt final du mémoire ou de la thèse, d'une période de deux ans pour faire accepter des publications issues de son mémoire ou de sa thèse. Passé ce délai, la directrice, le directeur de recherche, qui le souhaite, peut procéder à une publication fondée sur les résultats du mémoire ou de la thèse. Elle, il doit toutefois chercher à inclure l'étudiante, l'étudiant comme coauteure, coauteur.

Université du Québec à Montréal,
Politique sur... la propriété intellectuelle (2003)

[...] si après une période de 6 mois après l'obtention de son grade, l'étudiante, l'étudiant n'a pas soumis un article ou proposé une communication sur ses résultats de recherche, sa directrice, son directeur de recherche peut alors écrire un article ou faire une communication sur lesdits résultats, sous réserve d'avoir offert à l'étudiante, l'étudiant la possibilité d'une rédaction ou d'une communication conjointe. Si l'étudiante, l'étudiant décline l'offre, la directrice, le directeur est libre de rédiger ou de communiquer les résultats de recherche de l'étudiante, l'étudiant.

Université de Sherbrooke,
Politique sur... la propriété intellectuelle des... étudiants... (2001)

La seconde concerne l'octroi de licences non exclusives autorisant l'université à reproduire le mémoire et la thèse aux fins d'archivage et octroyant à Bibliothèques et Archives Canada (BAC) le droit de diffuser (ou de faire diffuser) le document.

Dans les établissements où nous avons pu repérer des consignes à ce sujet (soit les deux tiers des universités), la licence concédée à la bibliothèque, la plupart du temps obligatoire, confère à celle-ci des droits plus ou moins étendus :

The author agrees that the [two] deposited copies of this dissertation/thesis/report may be made available to users at the discretion of the University of New Brunswick.

Université du Nouveau-Brunswick,
University library release form (2009)

[...] *the student shall sign a partial copyright license which grants to the University the right to lend the thesis to users of the library, and to make partial or single copies for such users.*

Université Simon Fraser, *Graduate general regulations* (n.d.)

[...] l'auteur permet la consultation et le prêt de sa thèse en conformité avec les règlements établis et autorise l'Université d'Ottawa, ses successeurs et cessionnaires, à reproduire cet exemplaire par photocopie aux fins de prêt ou de vente au prix coûtant aux bibliothèques ou aux chercheurs qui en feront la demande.

Université d'Ottawa,
Recherche et thèses – Déontologie de la recherche (n.d.)

pouvant dans certains cas devenir assez larges, de manière à permettre par exemple le dépôt des thèses dans une archive électronique :

- *I hereby grant the University of Calgary a non-exclusive licence to reproduce and to distribute copies of my thesis in print and digital format.*
- *This licence is granted on the understanding that such copies shall bear a statement that the copy in question is being made available solely for the purpose of private study and research and may not be copied or reproduced except as permitted by the copyright laws without written authority of the copyright owner.*

Université de Calgary,
University of Calgary partial copyright license (2006)

[...] je concède à l'Université du Québec à Montréal une licence non exclusive d'utilisation et de publication de la totalité ou d'une partie importante de mon travail de recherche pour des fins pédagogiques et non commerciales. Plus précisément, j'autorise l'Université du Québec à Montréal à reproduire, diffuser, prêter, distribuer ou vendre des copies de mon travail de recherche à des fins non commerciales sur quelque support que ce soit, y compris l'Internet.

UQAM, *Autorisation de reproduire et de diffuser un travail de recherche de cycles supérieurs* (2006)

De son côté, l'octroi de la licence (standard) à Bibliothèque et Archives Canada (n.d.) est parfois simplement suggéré :

[...] students should consult the Library and Archives Canada [...] to determine whether they wish to participate in the Theses Canada program. Students electing to participate must complete and sign a National Library of Canada "Non-Exclusive License to Reproduce Thesis" form [...].

Université Memorial, *Guidelines for theses and reports* (n.d.)

mais il est la plupart du temps exigé :

The student is required to sign a licence to the University library (and for PhD students an additional licence to the National Library).

Université McMaster, *Ownership of student work* (1990)

Pour autoriser cette diffusion de la thèse, l'étudiant doit compléter les trois formulaires [dont *Licence non exclusive de reproduire des thèses* (Bibliothèque et Archives Canada)] qui lui auront été transmis [...].

ETS, *Guide du déroulement des études du programme de doctorat* (2006)

Le partage des revenus de la commercialisation

Confirmant l'adage «l'argent est le nerf de la guerre», le partage des revenus résultant de l'exploitation de la propriété intellectuelle des créateurs (les inventeurs, surtout) constitue évidemment une section essentielle des cadres réglementaires et fait assez souvent, surtout en ce qui concerne les brevets, l'objet d'un développement important.

De fait, ces textes, dont le principal objectif est généralement de fournir en termes plus ou moins «euphémisés» un incitatif à la création et à l'innovation, se doivent de poser les bases d'une distribution, acceptée par tous comme équitable, des éventuels revenus de la commercialisation de la propriété intellectuelle. Cette distribution s'établit normalement selon les contributions de chacun: créateur (inventeur), voire cocréateurs (co-inventeurs), tout en tenant compte de l'apport de l'établissement et, le cas échéant, de tiers commanditaires. Accessoirement, les cadres réglementaires peuvent aussi préciser comment la part de l'établissement est ventilée entre l'unité d'appartenance du créateur – département, faculté ou autre – et le reste de l'université.

Traitée de manières assez diverses, cette section reflète certainement les négociations auxquelles se sont livrées les parties lors de la mise au point des textes. De manière générale, on essaie d'y régler la question de façon définitive, probablement pour éviter d'après discussions *a posteriori*.

Dans ce sens, les textes renvoyant la détermination des termes du partage à un accord qui peut survenir après la réalisation de l'invention ou de la création font figure d'exception :

[...] les recettes et redevances éventuelles découlant de l'exploitation commerciale de la propriété intellectuelle sont déterminées dans le contrat entre les parties.

Université de Moncton,
Conv. coll. (professeurs) (2003-2007 art. 34)

Un peu plus fréquentes sont les dispositions qui, tout en laissant les parties s'entendre après coup, fixent un seuil minimal pour la part de l'inventeur (ou de l'établissement) :

Sharing of revenues from commercialization of Intellectual Property will be negotiated between the Creator(s) and the University. Normally, not less than 50% of the annual total net proceeds (total income less expenses directly related to the commercialization of the Intellectual Property) will be paid or assigned to the Creator; revenue sharing may be renegotiated at any time by mutual agreement between the Creator and the University.

Université de Regina, *Intellectual property policy* (2006)

Mais dans la grande majorité des établissements, les pourcentages sont préétablis :

L'Université, lorsqu'elle exerce son droit d'option, verse au professeur cinquante pour cent (50 %) des revenus nets perçus en raison de la vente de l'octroi de licence ou autres droits d'exploitation d'un brevet issu d'une invention à moins que l'Université et le professeur en conviennent autrement par écrit.

Université du Québec à Trois-Rivières,
Conv. coll. (professeurs) (2007-2012, art. 23)

Dans quelques textes, on précise quel sera l'usage de la part revenant à l'Université, soit de manière générale :

The University's share of royalties shall be used to support research and scholarly activity.

Université Memorial, *Coll. agreem. (faculty)* (2007-2009, art. 27)

soit en prévoyant son partage entre diverses entités, dont l'unité de rattachement du créateur :

Income derived from the sale or other disposal by the University of inventions or discoveries, including that derived under the terms of agreements with patenting corporations, are distributed such that the inventor receives 50% of the net income while the University retains 50% of the net income (25% as general University funds and 25% to the relevant Faculty). Net income is calculated as gross income less direct costs.

UBC, *Patents and licensing policy* (2003)

Dans la plupart des établissements (27 sur 36), les pourcentages revenant à l'établissement et au(x) créateur(s) varient selon les efforts de chaque partie dans le processus de protection et de valorisation de la propriété intellectuelle, la partie assumant la responsabilité et les frais encourus dans ce processus recevant la part la plus élevée :

8. *Application through the University*

- 8.1 *If the Inventor offers to assign the Invention to the University*
[...]
- 8.2 *[and] If the University decides to accept the assignment, it shall then assume the responsibility for obtaining patents, the negotiation of assignments or licenses, and the taking of whatever other steps are deemed necessary by the University for the commercialization of the Invention without cost to the Inventor.* [...]
- 8.5 *[...] The University shall [...] remit to the Inventor a sum equal to 33-1/3% of the Net Income for the previous fiscal year.* [...]

9. *Application Independently of University*

- 9.1 *[...] the Inventor may proceed independently of the University, or arrange with any outside sponsor of the Inventor's choice, to obtain patents for the Invention, to negotiate licenses, and otherwise to take whatever steps the Inventor deems necessary for the commercialization of the Invention. All such steps shall be taken at the Inventor's, or the Inventor's sponsor's expense.*
- 9.2 *[...] The University acknowledges that the Invention shall be owned by the Inventor and, except for the obligations set forth in paragraph 9.3 below, the University shall have no other rights in respect of such Invention.*
- 9.3 *The continuing obligations of the Inventor under this option shall be:* [...]
 - (c) *to remit to the University [...] the sum equal to 33-1/3% of the Net Income for the previous fiscal year.*

Université de l'Alberta,
Coll. agreem. (faculty) (2006-..., Appendix C)

Une variante de cette approche utilise le niveau du soutien de l'établissement lors de la réalisation de l'invention ou de la création pour déterminer la part de chaque partie, un soutien «extraordinaire» favorisant l'établissement :

[...] “extraordinary support” shall be understood as including support which is greater than “ordinary support.” “Ordinary support” shall be understood as the faculty member's regular salary, stipends, allowances and benefits; personnel, equipment, supplies and facilities funded by regular [...] Services budgets; normal use of the Library and University computing facilities.

Université Ryerson, *Coll. agreem. (faculty)* (2005-..., art. 25)

Incidemment, cette définition du niveau de soutien n'est pas exceptionnelle, plusieurs textes se servant de formulations similaires pour préciser diverses modalités, allant de la titularité au partage des revenus.

La répartition des pourcentages peut aussi varier selon l'importance des revenus nets, la partie revenant au créateur décroissant habituellement avec l'augmentation des revenus :

The apportionment of net revenues to the University from invention, received in a given University fiscal year, will be as follows:

- (a) *For net revenue from a given invention up to \$1,000.00 all revenue shall go to the University inventor.*
- (b) *For net revenue from a given invention exceeding \$1,000.00, but not exceeding \$30,000.00, the amount in excess of \$1,000.00 will be shared equally between the University inventor and the University.*
- (c) *For net revenue from a given invention exceeding \$30,000.00, the amount in excess of \$30,000.00 will be shared 30% to the University inventor and 70% to the University.*

Université Western Ontario, *Patents policy* (1983)

Certains cadres réglementaires combinent ces approches, de sorte que la section concernant le partage des revenus peut être passablement longue et de lecture fastidieuse.

L'analyse des modalités de partage des revenus montre donc, dans les cadres réglementaires examinés, une certaine diversité de traitement²⁹. Même si le partage 50-50 entre l'inventeur (ou les co-inventeurs) et l'établissement est assez courant (une vingtaine d'établissements sur 38), les niveaux de répartition peuvent varier, pour une partie donnée, selon qu'elle prend ou non en charge la démarche de commercialisation. La part minimale de l'inventeur/créateur ne descend guère au dessous de 25 % et celle de l'établissement, notamment dans le cas où il refuse son aide à l'inventeur (ou renonce après coup à poursuivre les démarches de valorisation), peut se réduire jusqu'à 5 % seulement des revenus bruts.

Mentionnons également que dans deux établissements (l'Université Laval³⁰ et l'Institut national de la recherche scientifique [INRS]³¹), quand la commercialisation est effectuée par l'Université, un choix entre deux formules de partage est offert au chercheur. Celui reçoit soit 50 % des

29. L'étude de Ketis, Rudolph et Gravelle (1998) parle de situations «dramatically different» à cet égard. Notre recherche tendrait à relativiser cette conclusion.

30. Université Laval, *Politique inventions - brevets* (1974).

31. Institut national de la recherche scientifique, *Politique relative aux brevets...* (1987).

revenus nets, soit un pourcentage des revenus *bruts* (25% à Laval; 15% plus 2 000 \$ à la délivrance du brevet à l'INRS), un peu à la manière de ce qui se pratique dans le domaine de l'édition, où les redevances sont calculées sur le prix de vente et non sur les recettes nettes.

Dans l'hypothèse de collaborations entre des chercheurs d'établissements différents et nécessitant l'harmonisation de leur statut en matière de propriété intellectuelle, la question du partage des revenus résultant de la propriété intellectuelle serait peut-être celle qui pourrait, dans certains cas, présenter le plus de difficultés.

Des enjeux circonscrits

Comme nous l'annoncions en début de chapitre, quelques autres enjeux, plus circonscrits, méritent d'être examinés.

Les délais de publication

La majorité des établissements ont inclus dans leur réglementation des mesures visant à limiter les possibilités et l'étendue des délais, associés surtout aux démarches menant aux demandes de brevet, pouvant affecter soit la publication des articles, livres ou rapports de recherche (20 établissements sur 38), soit la diffusion des thèses (24 établissements). Dans tous les cas, les objectifs sont les mêmes, c'est-à-dire favoriser la diffusion des résultats de recherche et éviter que les étudiants ne soient pénalisés dans la poursuite de leur programme. Cependant, les modalités diffèrent passablement d'un établissement à l'autre, tant sur l'étendue des délais permis que sur l'identité des personnes ou parties pouvant demander ou autoriser ces délais.

Pour les publications (articles, livres), c'est parfois l'Université qui peut exiger un délai :

[...] l'Université peut exiger de retarder la publication d'un article ou d'un livre pour les raisons évoquées à l'article 4.1.2 [entre autres : demande de brevet; développement pour commercialisation; respect d'une entente de confidentialité].

Université de Sherbrooke,
Politique sur... la propriété intellectuelle des... étudiants... (2001)

mais, dans la plupart des cas, cette possibilité est dévolue à un tiers, généralement désigné (explicitement ou implicitement) comme étant le bailleur de fonds :

Under the terms of a formal research contract between the University and a funding agency, the sponsor may be assigned the right to publish research results or to approve such publications in advance. However, the University must have complete freedom to publish after a specified time that in no case may exceed twenty-four months from termination of the project or submission of the final report, whichever is later.

Université de Lethbridge, *Research [policy]...* (1992)

Pour ce qui est de l'ampleur des délais de publication permis, quelques rares établissements ne fixent aucune norme :

[...] l'École peut exiger de retarder la publication du livre ou de l'article quand ce délai est nécessaire :

- i. pour respecter une entente de confidentialité intervenue entre elle et un organisme qui a fourni des données confidentielles jusqu'à ce que cet organisme en autorise la divulgation ;
- ii. quand le livre ou l'article concerné énonce des résultats de recherche ayant des incidences économiques, commerciales ou industrielles importantes, afin de permettre la rédaction et le dépôt de demandes de brevet ou l'obtention de toute autre forme de protection [...].

ETS, *Politique de... propriété intellectuelle* (2004)

D'autres sont plutôt flous et évoquent des délais « raisonnables », citant des valeurs en guise d'exemple ou indiquant que ces délais s'appliquent « généralement » ou « normalement » :

Les professeurs doivent conserver leur liberté de publier les résultats des travaux réalisés dans le cadre d'une entente avec un tiers. Cette liberté ne peut être restreinte que par une entente et pour un délai raisonnable ne dépassant généralement pas quelques mois. Ce délai est déterminé par l'entente en tenant compte des objectifs universitaires et de certaines circonstances, notamment les contraintes relatives à une invention brevetable.

Université de Montréal,
Politique... sur la propriété intellectuelle (1994)

En règle générale, l'Université ne pourra accepter un délai de publication des résultats de recherche dépassant une année [...].

Université Laval, *Politique relative au transfert de connaissances et de technologies* (1995)

However, when a Creator and the University are discussing a commercialization partnership, a Creator may be asked to delay publication or public presentation of the Intellectual Property for a period normally not to exceed six (6) months in order to ensure protection of the interests of the Creator and of the University.

Université de Regina, *Intellectual property policy* (2006)

La plupart du temps, cependant, on fixe des limites précises, surtout pour les thèses et les mémoires. Ces limites prennent la forme d'un délai initial, auquel peut s'ajouter une extension revêtant un caractère plus ou moins exceptionnel, qui peut porter la durée maximale entre 12 et 24 mois.

As part of a research agreement (grant-in-aid research, contribution agreement, or contract) a sponsor may wish to negotiate provisions that permit a delay on the publication of research findings. Such a delay will normally be between sixty and ninety days but in exceptional circumstances may be up to a maximum of one year [...].

Université Ryerson, *Publication of research results [policy]* (2002)

A sponsor may be given the right under the terms of a formal contractual agreement to publish research results or approve such publication in advance. The following constraints must be recognized:

- i) *the researcher shall be completely free to publish after a maximum of 12 months from termination of the project or submission of the final report, whichever is later [...].*

Université Simon Fraser,
External research grants and contracts policy (1992)

In special circumstances, the Vice-President Research may grant a request to defer publication for a period longer than twelve months from the date of submission of the final report to the sponsor but in no circumstances shall such deferment exceed twenty-four months.

Université de Guelph, *Publication policy* (1989)

Pour les thèses et les mémoires – et en général les œuvres créées par les étudiants –, des dispositions différentes ou des mesures supplémentaires sont destinées à protéger l'étudiant dans la poursuite de sa carrière. Cela se fait soit en précisant que seul l'étudiant peut demander un délai dans la diffusion de sa thèse ou de son mémoire :

L'auteur d'un rapport, d'un mémoire ou d'une thèse déposé au Décanat à la formation peut demander d'en retarder la diffusion pendant une année, délai renouvelable sur demande pour une seconde année.

ETS, *Politique... de propriété intellectuelle* (2004)

soit en s'assurant du consentement éclairé de l'étudiant:

[...] nothing in this Policy shall preclude a graduate student from publishing his/her thesis in any form at any time, without the informed consent of the graduate student and, as applicable, the informed consent of the graduate student's supervisor.

Université Royal Roads, *Intellectual property policy...* (2007)

The University shall not accept requests from outside bodies for delays in publication in excess of one year. The Vice-Principal (Research), however, shall have the right to agree to requests for delays up to two years in exceptional cases, for example, when patents are pending or intended. In the case of theses, the student shall agree in writing to such a delay before the request is considered.

Université McGill, *Regulations on research policy* (2002)

Mais certains textes ne précisent pas qui peut faire cette demande:

Dans le cas d'un essai, d'un mémoire ou d'une thèse, l'Université peut considérer une demande de délai de publication [...].

Université de Sherbrooke,
Politique sur... la propriété intellectuelle des... étudiants... (2001)

alors que d'autres accordent ce privilège au directeur de recherche:

Toute demande de délai doit être adressée par le directeur de recherche au directeur du Bureau des affaires académiques et doit préciser les raisons d'une telle demande.

École Polytechnique, *Politique en matière de droits d'auteur* (2005)

voire au bailleur de fonds:

At the request of SPONSOR and if the Dean, Faculty of Graduate and Postdoctoral Studies deems the same appropriate, uOttawa may require the delay of publication of a thesis or report to a maximum of one (1) year.

Université d'Ottawa, *Draft contract* (n.d.)

Dans ces situations, la protection de l'étudiant est assurée entre autres en confiant à un administrateur rattaché au volet enseignement, plutôt qu'au volet recherche, le pouvoir d'autoriser le délai (ou son extension).

Dans tous les cas cependant, on précise que ces délais ne sauraient avoir pour effet de retarder le cheminement de l'étudiant, en particulier le dépôt ou l'évaluation de la thèse ou du mémoire. Cela pourra vouloir dire que les membres du jury seront astreints à une règle de confidentialité:

Dans le cas d'un essai, d'un mémoire ou d'une thèse, l'Université peut considérer une demande de délai de publication si ce délai permet:

- a) la rédaction et le dépôt d'une demande de brevet ou de tout autre mécanisme de protection de la propriété intellectuelle, le mémoire ou la thèse énonçant des résultats de recherche ayant des incidences économiques, commerciales, industrielles importantes; [...]
- e) la réécriture du mémoire ou de la thèse de manière à éliminer toutes les données confidentielles fournies dans le cadre d'une entente de confidentialité ou tout secret industriel et uniquement ces éléments; étant entendu que le document soumis au jury, lui, est complet et ce, afin que les membres du jury évaluent le plus justement et le plus rigoureusement possible le travail de l'étudiante ou l'étudiant; étant entendu également que les membres du jury se sont engagés au préalable et par écrit à respecter la confidentialité des informations contenues dans le mémoire ou la thèse [...].

Université de Sherbrooke,
Politique sur... la propriété intellectuelle des... étudiants... (2001)

Pour une thèse, cela pourra également signifier qu'une partie du contenu sera soustraite de la soutenance publique.

Par ailleurs, comme ces dispositions se retrouvent dans divers types de documents, de type réglementaire ou non: politique de propriété intellectuelle, de publication ou de recherche; consignes ou formulaires à l'intention des étudiants, etc., on constate la présence d'incohérences dans quelques établissements, comme à l'Université de Toronto :

[...] publication of a thesis by a graduate student, in the sense in which this is defined in the regulations of the School of Graduate Studies, shall not be delayed by such restriction.

Université de Toronto, *Publication policy (1975)*

However, in exceptional cases, the author, in consultation with the thesis supervisor and with the approval of the Chair of the department, shall have the right to postpone distribution and publication by microfilm (but not by abstract) for a period of up to two years from the date of acceptance of the thesis.

Université de Toronto, *Guidelines for preparation of theses (n.d.)*

La «propriété» des données

Comme on l'a vu aux chapitres 2 et 7, la définition du terme «données» et le lien entre celles-ci et la propriété intellectuelle sont pour le moins problématiques. Cela se reflète tant dans le fait qu'en dépit de leur importance – elles sont à la base de toutes les recherches empiriques ou expérimentales –, moins de la moitié des établissements (16 sur 38) en traitent

dans leur réglementation. Inévitablement, on y retrouve le flou conceptuel évoqué ci-dessus. Ainsi, certains textes reconnaissent le fait que les données ne sont pas protégées par les lois régissant la propriété intellectuelle :

In legal terms, it is important to remember that data themselves are not intellectual property. They are neither an invention (i.e. patentable) nor an expression of an idea (i.e. a work protected by copyright).

UBC, *Intellectual property guide* (n.d.)

D'autres affirment exactement le contraire :

[...] it's important to remember that data, per se, is not protectable IP under the Patent Act but is protected under the Copyright Act.

Université McGill, *Student guide to intellectual property...* (2004)

quoique, dans ce cas, une telle affirmation doit être confrontée à la définition de « données », que l'on retrouve dans un autre document :

"Data" in this article include the methodology used to obtain results, the actual research results, and the analysis and interpretations by the researchers.

Université McGill, *Policy on ethics in research and research training* (1997)

D'autres textes encore font référence à des droits de propriété intellectuelle, autres que le droit d'auteur, qui s'appliqueraient aux données, sans toutefois préciser de quels droits il s'agit :

Copyright applies to all original scholarly, scientific, literary, dramatic, musical, artistic and recorded works in any material form. Articles C. 2 to C. 11 inclusive also apply to related intellectual property rights in know-how and data.

Université Ryerson, *Coll. agreem. (faculty)* (2005-..., art. 25)

Certains textes se contentent de parler de propriété (ou de propriétaires) des données sans faire référence à la notion de propriété intellectuelle ou aux lois qui la régissent :

Normally, all co-authors or co-owners of the data need to concur in publishing or presenting the work.

University York, *Intellectual property policy* (Faculty of Graduate Studies) (1996)

D'autres sont plutôt ambigus ou évasifs tant sur ce qu'ils entendent par « données » que sur l'éventuelle propriété de celles-ci :

Raw data are not normally considered to be intellectual property in law. [...] However, research data are considered to be an invention under the University's Inventions Policy. Thus, in most cases, research data are

jointly owned by the researcher and the University, which means that both have the right to use the data.

Université de Toronto, *Intellectual property guidelines for graduate students...* (2007)

Le droit d'auteur d'un étudiant sur les travaux réalisés dans le cadre d'une activité de recherche d'une équipe, ou d'un directeur de rapport/mémoire ou de thèse, ne s'étend pas automatiquement à l'ensemble des résultats de recherche auxquels il a été associé et ne doit pas priver les autres membres de l'équipe ou le directeur, superviseur ou conseiller, des droits résultant de leur apport respectif. Par conséquent, un étudiant ne peut, sur la base du droit d'auteur fragmentaire qui lui est reconnu, empêcher un directeur, son superviseur ou son conseiller de recherche, ou un autre membre de l'équipe d'utiliser les idées, les compilations ou autres données pour publier des articles scientifiques, en autant que sa contribution soit reconnue.

ETS, *Politique... de propriété intellectuelle* (2004)

ou encore hésitent entre plusieurs formulations :

[...] les professeures et professeurs ou, le cas échéant, les étudiantes et étudiants et les stagiaires postdoctoraux ont la responsabilité de conserver le matériel de recherche [notion incluant les données telles que définies dans le présent ouvrage].

[...] du matériel de recherche mis à la disposition de l'étudiante, l'étudiant [...].

Si une étudiante, un étudiant ou une ou un stagiaire postdoctoral arrive avec du matériel de recherche, il doit faire la preuve qu'il en détient la propriété.

Université de Sherbrooke,
Politique sur... la propriété intellectuelle des... étudiants... (2001)

Les rares établissements qui évitent de faire référence à une quelconque propriété des données – et même quelques-uns qui ont recours à ce terme – vont plutôt parler de détention (*custodianship*) des données, car il existe des responsabilités à leur égard, par exemple aux fins de l'application des règles d'éthique en recherche, que quelqu'un doit bien pouvoir exercer.

Les chercheuses, chercheurs sont codétenteurs des données d'origine, obtenues dans le cadre des travaux de recherche, incluant notamment les disquettes et les cahiers de laboratoire. La chercheure principale, le chercheur principal conserve toutefois les données d'origine, mais il doit fournir, sur demande, une copie de tout le matériel à chacune des chercheuses, chacun des chercheurs.

Université du Québec à Montréal,
Politique sur... la propriété intellectuelle (2003)

Le règlement des différends

Finalement, parce que l'on comprendra aisément que les questions de propriété intellectuelle touchent des intérêts personnels parfois divergents, voire irréconciliables, la grande majorité des établissements (31 sur 38) ont prévu dans leur réglementation une procédure de traitement des différends en matière de propriété intellectuelle.

On retrouve à cet égard deux modèles principaux, répartis à peu près également entre les établissements. Le premier est le recours à un comité d'appel ou de médiation préexistant. Il peut s'agir d'un comité dévolu à cette unique fonction :

The mandate of the [Patents and Copyright Committee] is to resolve all disputes arising from the application of this Article.

Université Concordia, *Coll. agreem. (faculty)* (2007-2012, art. 27)

ou encore d'un comité qui joue divers rôles en matière de propriété intellectuelle :

The [Technology Transfer, Patents and Copyright] Committee [shall]:

- (i) conduct such business as is referred to it;*
- (ii) consider proposals for modifications or changes in the patents and copyright Articles of this Collective Agreement;*
- and,*
- (iii) mediate any disputes arising out of this Article.*

Université Carleton, *Coll. agreem. (faculty)* (2006-2009, art. 14)

Selon les établissements, le comité joue un rôle de médiation, de recommandation auprès de la direction ou de décision finale concernant le différend.

Le second est une procédure formée d'une des modalités suivantes ou, le plus souvent, d'une séquence d'au moins deux d'entre elles :

- le règlement informel par l'entremise d'une personne en autorité : directeur du département, doyen de la faculté, directeur de la Recherche, etc. ;
- la médiation par une personne choisie par les parties (souvent à partir d'une liste préétablie) ou désignée *ad hoc* ;
- l'arbitrage, également par une personne choisie par les parties, ou encore la procédure de grief prévue à la convention collective, qui peut également déboucher sur l'arbitrage.

Les décisions de l'arbitre sont finales et sans appel. Certains documents évoquent également la possibilité de recours juridiques ; on précise parfois que le choix de l'une des avenues exige que l'on renonce à l'autre, ou encore on insiste sur l'avantage de la procédure interne, plus rapide et moins coûteuse.

Synthèse

Cette étude exhaustive des cadres réglementaires concernant la propriété intellectuelle dans les universités canadiennes montre que ces cadres convergent, dans leur mise en application, sur plusieurs points essentiels. Certes, des différences existent, notamment en ce qui concerne le partage des revenus de commercialisation des résultats de la recherche, mais il est clair que les créateurs se retrouvent, en pratique, dans des situations assez proches. D'une part, les droits d'auteur restent presque toujours leur propriété, bien que l'utilisation des ressources institutionnelles, surtout quand celles-ci sont «extraordinaires» ou «inhabituelles», soit régulièrement invoquée par les établissements pour revendiquer soit la titularité, soit, plus souvent, l'utilisation gratuite ou le partage des revenus d'une éventuelle commercialisation des créations ayant bénéficié de ces ressources. D'autre part, les coûts importants attachés à la protection de la protection intellectuelle, surtout pour les brevets, font de la cession des droits du premier titulaire à l'établissement une solution pragmatique. Quand on sait que les rédacteurs de ces documents se sont assez souvent inspirés les uns des autres (ainsi, par exemple, la politique de l'ETS de Montréal fait explicitement référence à celle de l'Université Laval), on peut être surpris de l'insistance des pouvoirs publics (au fédéral ou au provincial, au Québec) pour «uniformiser» les politiques de propriété intellectuelle dans les universités canadiennes ou québécoises.

Il convient également de souligner le caractère imprécis ou ambigu d'un certain nombre de textes. Pour effectuer l'analyse comparative présentée dans ce chapitre, il a souvent fallu user de déduction pour tirer des conclusions, ou encore interpréter certaines dispositions. L'usage de termes pouvant revêtir plusieurs sens, comme «droits», «intérêt», «résultats», «travaux» est souvent à l'origine de ces difficultés. Ainsi, quand une université affirme détenir des droits ou des intérêts, il est parfois difficile de déterminer à la lecture de l'ensemble des textes si elle se déclare ainsi titulaire ou cotitulaire, si elle revendique de participer à certaines des décisions qui relèvent du titulaire, si elle désire effectuer certaines actions réservées à celui-ci, ou si elle souhaite simplement recevoir sa part des éventuelles retombées de la commercialisation. De même, la plupart des établissements affirment que l'étudiant est titulaire du

droit d'auteur sur ses travaux scolaires, mais certains affirment du même coup que les « résultats » qui font partie de ces travaux ne lui appartiennent pas nécessairement.

Nous avons cependant constaté que les textes les plus récents ont tendance à adopter des formulations plus précises, résultat sans doute de tout un travail de sensibilisation auprès des personnes et des groupes qui se vont vu confier la responsabilité de rédiger ces documents et, souvent, d'en négocier la teneur.

C'est surtout sur les plans de l'étendue de la couverture réglementaire et de la forme des textes que les universités retenues pour cette étude se distinguent les unes des autres. Comme on l'a vu, si les professeurs sont couverts par un texte réglementaire dans la quasi-totalité des établissements, ce n'est pas le cas pour les autres catégories de personnes – chargés de cours, assistants, professionnels de recherche et autres – qui effectuent pourtant des tâches reliées à l'enseignement ou à la recherche les amenant à réaliser des créations. La meilleure façon d'assurer une telle couverture est clairement que chacune des politiques (quand il y a en plusieurs) couvre l'ensemble des membres de l'établissement. Un peu plus de la moitié des établissements retenus possèdent au moins une politique couvrant l'ensemble des membres de l'université ; cette pratique devrait être généralisée.

Mais les différences entre établissements se situent avant tout sur le plan de la forme des textes, directement reliée aux objectifs visés par les documents. Certains textes adoptent un style très bureaucratique, voire quasi juridique (c'est le cas notamment, ce qui n'est pas étonnant, des conventions collectives). Dans certains cas, le degré de détail qu'on a voulu atteindre se conjugue avec ce caractère aride pour résulter en des textes que seuls les initiés réussiront à décoder (et auront le goût ou le courage de lire). À l'opposé, d'autres s'appliquent non seulement à décrire dans un langage accessible les dispositions qui forment la réglementation, mais aussi à sensibiliser, parfois même éduquer les personnes visées – qu'ils voient comme le lectorat premier de ces textes – aux principes et enjeux de la propriété intellectuelle en milieu universitaire. Un certain nombre de textes réglementaires présentent cette approche, mais l'un d'entre eux, évoqué en début de chapitre, mérite qu'on en souligne la qualité. Il s'agit de la politique de propriété intellectuelle de l'Université de Waterloo³², que les auteurs de ce chapitre n'hésiteraient à recommander à quiconque aurait à travailler à l'élaboration d'un texte réglementaire.

32. Université de Waterloo, *Intellectual property rights policy* (2000).

Conclusion

Cet ouvrage a permis au lecteur de faire « le tour du jardin » de la propriété intellectuelle en milieu universitaire. Il y aura trouvé de tout. C'est à lui qu'il revient de départager les annuelles qui périront dès le premier gel des vivaces qui renaîtront au printemps, la pelouse de la mauvaise herbe qui risque de l'étouffer.

Nous souhaitons pour notre part, à cette étape ultime de la visite horticole, réfléchir sur le jardin que nous souhaiterions voir s'épanouir au cours des prochaines années, sinon des prochaines décennies, tant les évolutions peuvent parfois être lentes, non seulement dans le monde juridique, dont on connaît la légendaire prudence, mais aussi dans le monde universitaire, pourtant voué à l'innovation et à l'avancement des connaissances.

Sur les plans juridique et législatif, il est clair que l'adaptation des législations pour tenir compte des nouveaux médias est une nécessité. Au Canada, un projet de modification de la *Loi sur le droit d'auteur* revient régulièrement au feuilleton depuis le milieu des années 2000, pour y mourir à chaque fois au gré des gouvernements minoritaires qui se sont succédé; au moment d'écrire ces lignes, bien malin qui pourrait prédire l'issue de cette véritable saga. Cela a cependant donné lieu à des débats intenses entre, d'une part, ceux qui s'annoncent comme les défenseurs des intérêts des créateurs (mais méfiez-vous de ceux qui veulent vos intérêts, dit l'adage) et, d'autre part, ceux qui se réclament du bien public, avec parmi eux les représentants du monde de l'éducation. Ces derniers ont notamment demandé l'extension des exceptions à la Loi, notamment celles qui touchent les établissements d'enseignement (voir l'annexe 1) et qui, dans leur forme actuelle, sont à toutes fins utiles inapplicables dès qu'il est question des nouvelles technologies de communication et d'Internet. Ils

ont de plus signifié leurs inquiétudes devant la menace que représente l'ajout proposé de dispositions concernant les mesures de protection associées à la gestion numérique des droits, notamment l'interdiction des mesures de contournement et la prépondérance de celles-ci sur les exceptions telles l'utilisation équitable. Il est souhaitable que la voix (et la voie) des défenseurs de l'intérêt public soit celle qui s'impose, car l'exemple des États-Unis, où dès la fin des années 1990 le *Copyright Act* a été modifié en ce sens¹, soulève de sérieuses questions sur l'effet de telles dispositions sur les droits des utilisateurs, en particulier ceux que confère l'exception de l'utilisation équitable.

Un aspect en particulier qui mériterait d'être clarifié dans la Loi concerne toute la question des droits associés à une œuvre que son titulaire rend accessible en ligne gratuitement sans préciser les usages qu'il autorise. Le concept de licence implicite, que l'on associe souvent à de telles situations, apparaît bien mal fondé sur le plan juridique. La notion de *renonciation implicite*, qui présente l'avantage de favoriser le maintien d'un domaine public que les législations successives ont mis à mal, serait une voie à explorer.

Pour ce qui concerne plus particulièrement le monde universitaire, il est à souhaiter que la tendance à l'accroissement de la circulation et du partage des idées – plus concrètement, l'accès aux innovations et aux créations qui les incarnent – soit ce qui finisse par dominer dans toutes les sphères de l'activité universitaire. En ce qui concerne la diffusion et le partage de l'information scientifique, le mouvement semble bien lancé, bien qu'il reste beaucoup à faire, et il ne faut pas oublier que les intérêts financiers importants qui commencent à se sentir menacés n'ont certainement pas dit leur dernier mot. Pour la diffusion des œuvres reliées à l'enseignement médiatisé, où un mouvement analogue commence à émerger, la situation est moins claire ; le concept de ressource numérique d'apprentissage ne semble par rallier facilement les acteurs du monde de l'enseignement. Une seule chose est sûre : l'espoir de tirer de la commercialisation de ces œuvres des profits – ou même des revenus – plantureux s'est vite évaporé². Mais pour ce qui touche l'innovation technique – les inventions, au premier chef – il est encore plus difficile de déceler une tendance. La courbe d'augmentation des demandes de brevets universitaires

1. *Digital Millennium Copyright Act*, Pub. L. No. 105-304 (1998).

2. L'exemple du projet de « Presses universitaires multimédias » (Boridy, 1996), mort-né au Québec à la fin des années 1990, est éloquent à cet égard. On peut aussi évoquer l'initiative PUQ Média des Presses de l'Université du Québec qui, lancée en 2003, n'a jamais vraiment pris son envol, le site ayant finalement été fermé en 2007. Pour des exemples similaires aux États-Unis, voir Noble (2001, chap. 5).

ne peut demeurer exponentielle : une extrapolation à partir des données de 1995 à 2007 pour le Canada (figure 6.3) amène à conclure que le nombre de demandes passerait de moins de 1 000 en 2007 à... plus de 100 000 en 2038 ! Il est cependant difficile de savoir quel sera le rythme de croissance de cette courbe dans les prochaines années, donc dans quelle mesure la part de l'activité universitaire consacrée à la commercialisation continuera d'augmenter, et avec elle les effets délétères, sur le plan de la circulation de l'information et, plus généralement, de la mission des universités, que l'on a évoqués au chapitre 6.

Dans tous les cas, la balle est en grande partie dans le camp des créateurs – les artisans du monde universitaire. Pour la diffusion et le partage de l'information, comme pour les œuvres d'enseignement, les moyens – archives et répertoires institutionnels, revues en accès libre – sont en place et ne demandent qu'à être exploités à cette fin. Pour ce qui est des inventions, du moins au Canada, les chercheurs ont dans la plupart des établissements le choix, au lieu de lancer le processus d'obtention d'un brevet, de publier les détails de leur invention, rendant ainsi impossible toute possibilité de brevet. Pour les logiciels, l'option du logiciel libre est disponible.

Cependant, les transformations sociales – car c'est de cela qu'on parle ici – ne peuvent jamais être le résultat des gestes d'individus, si bien informés et conscients soient-ils. Bien sûr, des efforts de sensibilisation doivent être menés auprès des créateurs œuvrant à l'université, qu'il s'agisse des professeurs, des chercheurs ou des étudiants ; le présent ouvrage constitue une modeste contribution à ce titre. Les effets de cette sensibilisation se font d'ailleurs sentir, entre autres dans les politiques qui touchent la propriété intellectuelle. En effet, bien qu'il s'agisse là d'une impression née de la lecture de l'ensemble des documents et de la mise à jour réalisée lors de la rédaction de la version définitive de cet ouvrage, les textes les plus récents sont en général à la fois plus respectueux des principes juridiques sur lesquels s'appuie la notion de propriété intellectuelle et plus proches de la vision de l'Université et de ses artisans que partagent les auteurs de ce livre.

En définitive, c'est de l'action collective de leurs organisations – disciplinaires, institutionnelles, syndicales ou autres – menée sur la scène politique – au sens étroit comme au sens large – que pourront naître et survivre le changement et, disons-le, la véritable innovation.

1

Annexe

Exceptions à la violation du droit d'auteur applicables aux universités

Comme nous l'avons mentionné au chapitre 4, des exceptions à la violation du droit d'auteur ont été prévues dans la Loi pour les établissements d'enseignement, les bibliothèques, les musées et les services d'archives¹. Les tableaux A1.1 et A1.2 présentent l'ensemble de ces exceptions, avec leurs conditions et formalités et la référence aux dispositions pertinentes de la Loi ou des règlements.

1. Ces établissements sont définis dans la *Loi sur le droit d'auteur*, L.R.C. c. C-42, art. 2. et 30.4.

Tableau A1.1
Exceptions applicables aux établissements d'enseignement à des fins pédagogiques

Objet et finalités	Conditions / formalités (établissements d'enseignement)	Référence
1. Reproduction manuscrite d'une œuvre sur	a) à des fins pédagogiques	29.4(1) a
- tableau	+ dans les locaux de l'établissement	
- bloc de conférence	+ sans intention de gain	29.3(2) Lda
- autre surface similaire		
2. Reproduction d'une image pour la projeter au moyen :	a) à des fins pédagogiques	29.4(1) b
- d'un rétroprojecteur	+ dans les locaux de l'établissement	
- d'un dispositif similaire	+ sans intention de gain	29.3(2) Lda
	+ non disponible sur un support approprié pour la fin visée	29.4(3) Lda
3. Reproduction / traduction / exécution en public	a) à des fins d'examen ou de contrôle	29.4(2) Lda
- d'une œuvre	+ dans les locaux de l'établissement	
- d'un autre objet du droit d'auteur	+ non disponible sur un support approprié pour la fin visée	29.4(3) Lda
4. Exécution en public d'une œuvre	a) en direct	29.5a) Lda
	+ principalement par des élèves de l'établissement	
	+ devant un auditoire formé principalement :	
	- d'élèves de l'établissement	
	- d'enseignants de l'établissement	
	- de responsables de programmes d'études de l'établissement	
	+ dans les locaux de l'établissement	
	+ à des fins pédagogiques	
	+ sans intention de gain	29.3(2) Lda

<p>5. Exécution en public d'un enregistrement sonore :</p> <ul style="list-style-type: none"> - d'une œuvre - d'une prestation de celle-ci 	<p>a) devant un auditoire formé principalement :</p> <ul style="list-style-type: none"> - d'élèves de l'établissement - d'enseignants de l'établissement - de responsables de programmes d'études de l'établissement <p>dans les locaux de l'établissement</p> <ul style="list-style-type: none"> + à des fins pédagogiques + sans intention de gain 	<p>29.5(b) Lda</p>
<p>6. Exécution en public :</p> <ul style="list-style-type: none"> - d'une œuvre - d'un autre objet du droit d'auteur 	<p>a) lors de leur communication par télécommunication</p> <ul style="list-style-type: none"> + devant un auditoire formé principalement : - d'élèves de l'établissement - d'enseignants de l'établissement - de responsables de programmes d'études de l'établissement <p>dans les locaux de l'établissement</p> <ul style="list-style-type: none"> + à des fins pédagogiques + sans intention de gain 	<p>29.3(2) Lda</p>
<p>7. Reproduction d'émissions :</p> <ul style="list-style-type: none"> - d'actualités - de commentaires - d'actualités <p>+ sauf les documentaires</p>	<p>a) lors de leur communication par télécommunication</p> <ul style="list-style-type: none"> + un seul exemplaire + pour présentation aux élèves de l'établissement + à l'expiration de l'année suivant la reproduction : - acquitter les redevances et respecter les modalités fixées par la loi pour la reproduction <p>ou</p> <ul style="list-style-type: none"> - détruire l'exemplaire + consignation dans un registre conformément au règlement + étiquetage de l'exemplaire conformément au règlement 	<p>29.6(1) a) Lda</p> <p>29.6(2) a) Lda</p> <p>29.9(1) a) Lda</p> <p>DORS/2001-296 a.5</p>

Tableau A1.1
Exceptions applicables aux établissements d'enseignement à des fins pédagogiques (suite)

Objet et finalités	Conditions / formalités (établissements d'enseignement)	Référence
8. Exécution en public de l'exemplaire d'émission d'actualités ou de commentaires d'actualités reproduit selon 29.6(1)d)	<p>a) devant un auditoire formé principalement :</p> <ul style="list-style-type: none"> - d'élèves de l'établissement + dans les locaux de l'établissement + à des fins pédagogiques + dans l'année qui suit la reproduction + à l'expiration de l'année suivant la reproduction : - acquitter les redevances et respecter les modalités fixées par la loi pour toute exécution en public postérieure + consignation dans un registre conformément au règlement des exécutions en public pour lesquelles des redevances doivent être acquittées 	29.6(1)b) Lda 29.6(2)b) Lda 29.9(1)d) Lda DORS/2001-296 a.6
9. Reproduction de toute autre émission (œuvre ou tout autre objet du droit d'auteur)	<p>a) lors de leur communication par télécommunication</p> <ul style="list-style-type: none"> + un seul exemplaire + pour une durée maximale de 30 jours + pour évaluation au point de vue pédagogique + à l'expiration de 30 jours de la reproduction : - acquitter les redevances et respecter les modalités fixées par la loi pour la reproduction, ou - détruire l'exemplaire + consignation dans un registre conformément au règlement + étiquetage de l'exemplaire conformément au règlement 	29.7(1)d) Lda 29.7(1)b) Lda 29.7(2) Lda 29.9(2) Lda DORS/2001-296 a 6(1)d)
10. Exécution en public de toute autre émission (œuvre ou tout autre objet du droit d'auteur) de l'exemplaire reproduit selon 29.7(1)d)	<p>a) devant un auditoire formé principalement :</p> <ul style="list-style-type: none"> - d'élèves de l'établissement + dans les locaux de l'établissement + à des fins pédagogiques + l'établissement acquitte les redevances et respecte les modalités fixées par la loi pour toute exécution en public + consignation dans un registre conformément au règlement des exécutions en public pour lesquelles des redevances doivent être acquittées 	29.7(3) Lda 29.7(3) Lda 29.9(1)b) Lda DORS/2001-296 a.6(1)b)

Tableau A1.2
 Exceptions applicables aux bibliothèques, musées et services d'archives
 (dont ceux d'un établissement d'enseignement)

Objet et finalités	Conditions / formalités (bibliothèques, musées...)	Textes législatifs
<p>1. Reproduction d'une œuvre ou autre objet du droit d'auteur, publiée ou non, pour :</p> <ul style="list-style-type: none"> - la gestion - la conservation de collections permanentes <ul style="list-style-type: none"> · les siennes · d'autres bibliothèques · d'un service d'archives 	<p>a) si l'original :</p> <ul style="list-style-type: none"> - est rare - se détériore ou risque de se détériorer - s'abîme ou risque de s'abîmer - est perdu ou risque de l'être <p>+ sauf si des exemplaires existent sur le marché :</p> <ul style="list-style-type: none"> - sur un support acceptable - compte tenu de la fin poursuivie <p>+ mais s'il est nécessaire de faire des copies intermédiaires, elles doivent être détruites dès qu'elles ne sont plus nécessaires</p> <p>b) pour consultation sur place, si l'original :</p> <ul style="list-style-type: none"> - ne peut, en raison de son état, être : · regardé · écouté · manipulé <p>- doit être conservé dans des conditions atmosphériques particulières</p> <p>+ sauf si des exemplaires existent sur le marché sur un support acceptable compte tenu de la fin poursuivie</p> <p>c) sur un autre support, si le support :</p> <ul style="list-style-type: none"> - est désuet - fait appel à une technique non disponible <p>+ sauf si des exemplaires existent sur le marché sur un support acceptable compte tenu de la fin poursuivie</p>	<p>30.1(1)a) Lda</p> <p>30.1(2) Lda</p> <p>30.1(3) Lda</p> <p>30.1(1)b) Lda</p> <p>30.1(2) Lda</p> <p>30.1(1)c) Lda</p> <p>30.1(2) Lda</p>

Tableau A1.2

Exceptions applicables aux bibliothèques, musées et services d'archives
(dont ceux d'un établissement d'enseignement) (*suite*)

Objet et finalités	Conditions / formalités (bibliothèques, musées...)	Textes législatifs
	d) à des fins internes liées: <ul style="list-style-type: none"> - à la tenue de dossier - au catalogage e) aux fins : <ul style="list-style-type: none"> - d'assurance - d'enquêtes policières f) nécessaire à la restauration	30.1(1)d) Lda
2. Reproduction d'une œuvre ou autre objet du droit d'auteur	a) à des fins : <ul style="list-style-type: none"> - d'étude privée, de recherche (a. 29) - de compte rendu ou de critique (a. 29.1) + pour une personne pouvant se prévaloir de cette exception	30.2(1) Lda
+ mais non exécution publique		DORS/99-325 a.3
3. Reproduction d'une œuvre par répertoire : <ul style="list-style-type: none"> - sous forme d'article - contenue dans un article 	a) à des fins : <ul style="list-style-type: none"> - d'étude privée ou de recherche (a. 29) - de compte rendu ou de critique (a. 29.1) + si : <ul style="list-style-type: none"> - revue savante ou périodique scientifique ou technique - autre journal ou revue publié depuis plus d'un an, et qui n'est pas : <ul style="list-style-type: none"> . une œuvre de fiction . une œuvre de poésie . une œuvre musicale . une œuvre dramatique + convainc le service de l'utilisation selon finalités <ul style="list-style-type: none"> + une seule copie 	30.2(2) <ul style="list-style-type: none"> 30.2(2)b) 30.2(3) 30.2(4)a) <ul style="list-style-type: none"> 30.2(4)b)

	b) Une copie d'une œuvre tirée d'un périodique imprimé peut être faite pour un usager d'une autre bibliothèque, musée ou service d'archives, si: + non remise en forme numérique + copie intermédiaire a été détruite Voir aussi les règlements.	30.2(5) 30.2(5.1) 30.2(6) DORS/99-325
4. Reproduction d'une œuvre non publiée déposée auprès d'un service d'archives	a) après l'entrée en vigueur de l'article + si le déposant a été avisé lors du dépôt qu'une reproduction pourrait être faite avant de reproduire, le service s'assure que: - le titulaire ne l'a pas interdite lors du dépôt - aucun autre titulaire ne l'a pas autrement interdite - le destinataire ne recevra qu'un seul exemplaire - le destinataire ne l'utilisera qu'à des fins d'étude privée ou de recherche Voir aussi les règlements.	30.2(1) 30.2(2) 30.2(3) 30.2(6) DORS/99-325
5. Reproduction d'œuvre imprimée au moyen d'une machine à reprographier	a) si la machine est installée dans les locaux par eux ou avec leur autorisation + à l'usage - des enseignants - des élèves - du personnel des établissements d'enseignement - des usagers des bibliothèques, musées ou services d'archives + un avis réglementaire a été affiché	30.3(1)a) 30.3(1)b) 30.3(1)c)

Tableau A1.2

Exceptions applicables aux bibliothèques, musées et services d'archives
(dont ceux d'un établissement d'enseignement) (*suite*)

Objet et finalités	Conditions / formalités (bibliothèques, musées...)	Textes législatifs
+ une des conditions suivantes s'applique :	<ul style="list-style-type: none"> - une entente - a été conclue avec une société de gestion habilitée par le titulaire à octroyer des licences - est en cours de négociation - la Commission du droit d'auteur a fixé un tarif - un projet de tarif a été déposé par un société de gestion - une entente particulière a été conclue avec le titulaire relativement à certaines œuvres <p>Voir aussi les règlements.</p>	30.3(2)a 30.3(3) 30.3(2)b ou c 30.3(2)d 30.3(4) DORS/99-325 a.8

2

Annexe

Notes méthodologiques sur l'analyse des politiques des universités canadiennes

La sélection des établissements retenus aux fins de l'analyse présentée au chapitre 10 s'est faite à partir de la liste des 90 établissements recensés dans le site de l'Association des universités et collèges du Canada (AUCC, n.d). Après élimination des établissements dont le nom comprend « college », on a retenu, parmi les 69 universités restantes :

- les universités comptant en 2008-2009 des effectifs supérieurs à 7 000 étudiants en équivalence au temps plein (EETP¹) dans les Maritimes, au Québec et dans l'Ouest et 15 000 EETP en Ontario²;
- les écoles de génie (2 établissements);
- les universités où l'effectif étudiant est concentré en majorité aux cycles supérieurs et dépasse 450 EETP (3 établissements).

Au total, 37 des 69 universités répondent à ces critères ; l'Université de Moncton a été ajoutée pour corriger légèrement la sous-représentation des universités des Maritimes et, surtout, des établissements francophones de cette région.

-
1. Les EETP pour l'année 2008-2009 ont été estimés en pondérant les effectifs à temps partiel d'un facteur de 0,25, facteur obtenu en minimisant, pour les universités québécoises, l'écart entre les données de l'AUCC de l'automne 2005 et les données officielles du ministère de l'Éducation, du Loisir et des Sports pour l'année 2005-2006.
 2. Ce seuil particulier a été établi afin d'éviter la surreprésentation des universités ontariennes, où l'effectif moyen est de 75 % supérieur à ce qu'on observe dans le reste du pays.

Ces 38 universités, qui regroupent 83% de l'ensemble de l'effectif étudiant au pays, assurent une représentation significative de chacune des grandes régions du pays (tableau A2-1) : 4 universités sur 10 en Colombie-Britannique, 7 sur 10 dans les Prairies, 10 sur 22 en Ontario, 12 sur 17 au Québec et 5 sur 13 dans les Maritimes, où l'effectif moyen est deux fois moindre que dans le reste du pays (tableau A2.1).

Plusieurs centaines de documents ou de pages Web ont ainsi été consultés. Nous avons analysé en détail l'ensemble des règlements, politiques et conventions collectives des professeurs et du personnel d'enseignement et de recherche et, parmi les autres documents, ceux qui contenaient de l'information pertinente et non redondante par rapport aux précédents ; les documents analysés étaient à jour le 1^{er} juin 2009.

Parmi ces documents, on compte notamment 44 politiques (provenant de 30 établissements), dont 17 datent de 2000 ou après, la date médiane d'adoption ou de dernière modification étant 1995. On retrouve aussi 81 conventions collectives (ou ce qui en tient lieu), dont :

- 36 conventions de professeurs, dont 29 contiennent au moins une clause faisant référence à la propriété intellectuelle (24 ayant des dispositions spécifiques) ; cinq de ces conventions contiennent en fait la politique de propriété intellectuelle de l'établissement ;
- 22 conventions de chargés de cours, dont 13 contiennent au moins une clause faisant référence à la propriété intellectuelle (10 ayant des dispositions spécifiques) ;
- 23 conventions d'étudiants auxiliaires (assistants), dont 8 font référence à la propriété intellectuelle (2 ayant des dispositions spécifiques).

L'annexe 3 fournit la liste de ces documents ; elle est également disponible en ligne à l'adresse <http://www.teluq.ca/spersonnel/mcouture/pi-univ>.

Tableau A2.1
Répartition régionale des établissements retenus pour l'analyse

Région	Effectif étudiant moyen	n/N_{total}	% effectif étudiant	Universités retenues
Colombie-Britannique	9 700	4/10	76 %	Colombie-Britannique, Simon Fraser, Victoria, Royal Roads
Prairies	13 200	7/10	93 %	Manitoba, Regina, Saskatchewan, Alberta (Edmonton), Calgary, Lethbridge, Athabasca
Ontario	17 300	10/22	80 %	Toronto, York, Western Ontario, Ottawa, Waterloo, McMaster, Carleton, Guelph, Ryerson, Queen's
Québec	11 000	12/17	92 %	Montréal, École Polytechnique (Montréal), École des hautes études commerciales (HEC Montréal), École de technologie supérieure (ETS, Montréal), École nationale d'administration publique (ENAP, Montréal), Institut national de la recherche scientifique (INRS), du Québec à Montréal, du Québec à Trois-Rivières, McGill, Concordia, Sherbrooke, Laval (Québec)
Maritimes	5 500	5/13	69 %	Nouveau-Brunswick, Dalhousie (Halifax), Memorial (St. John's), Moncton, Saint Mary's (Halifax)
Total	12 000	38/72	83 %	-

3

Annexe

Liste des documents des établissements universitaires cités

Voici la liste des documents des établissements universitaires cités dans cet ouvrage, avec pour chacun :

- le nom de l'établissement (excluant, le cas échéant, le préfixe « Université [de, etc.] »);
- le titre exact;
- l'année de la plus récente modification ou, pour les conventions collectives, les années d'application.

L'ensemble de ces documents analysés est disponible électroniquement à <http://benhur.teluq.quebec.ca/spersonnel/mcouture/pi-univ/docs-univ.htm>.

Établissement	Titre du document	Année
Alberta	Intellectual property guidelines for graduate students and supervisors	2004
	University of Alberta – Faculty agreement	2006
Calgary	An interpretation of Calgary University's intellectual property policy for graduate students	2005
	Partial copyright license	n.d.
Carleton	Collective agreement between Carleton University and Carleton University Academic Staff Association	2006-2009
	Collective agreement between Carleton University and the Canadian Union of Public Employees (CUPE), local 4600, unit 1 (teaching assistants)	2006-2008

Établissement	Titre du document	Année
Colombie-Britannique (UBC)	Intellectual property guide	n.d.
	Policy 88 – Patents and licensing	2003
Concordia	Collective agreement between Concordia University and the Concordia University Faculty Association	2009-2012
Dalhousie	Collective agreement – Board of governors and Dalhousie Faculty Association	2007-2011
École de technologie supérieure (ETS)	Politique et règles en matière de propriété intellectuelle	2004
	Guide du déroulement des études du programme de doctorat	2006
École des hautes études commerciales (HEC)	Politique de propriété intellectuelle	2003
École nationale d'administration publique (ENAP)	Politique sur la propriété intellectuelle (également annexe 4 de la Convention collective entre l'ENAP et l'Association des professeures et professeurs de l'ENAP)	1995
École Polytechnique	La propriété intellectuelle technologique	1995
	Politique en matière de droits d'auteur	2005
	Politique en matière de probité	2002
Guelph	Copyright policy	1989
	Inventions policy & procedures	1996
	Publication policy	1989
	Software creation policy	1989
Institut national de la recherche scientifique (INRS)	Politique relative aux brevets découlant d'inventions du personnel de l'INRS et autres propriétés intellectuelles	1987
Laval	Politique relative au transfert de connaissances et de technologies – Considérations particulières	1995
	Politique inventions - brevets	1974
Lethbridge	Faculty handbook	2007
	Research as a university function	1992
McGill	Policy on ethics in research and research training	1997
	Policy on intellectual property	2001
	Regulations on research policy	2002
	Student guide to intellectual property at McGill University	2004
McMaster	Joint intellectual property policy	2004
	Ownership of student work	1990
	Policy for the distribution of income from the sale of instructional materials	1981

Établissement	Titre du document	Année
Memorial	Collective agreement between Memorial University of Newfoundland and Memorial University of Newfoundland Faculty Association	2007-2009
	Guidelines for theses and reports	n.d.
Moncton	Convention collective des bibliothécaires et professeurs	2003-2007
Montréal	Politique sur les droits des étudiantes et étudiants de l'Université de Montréal	1995
	Politique de l'Université de Montréal sur la propriété intellectuelle	1994
	Politique de l'Université de Montréal sur les brevets d'invention : principes, règlements et procédure	1978
Nouveau-Brunswick (UNB)	Collective agreement between the University of New Brunswick and the Association of University of New Brunswick Teachers	2005-2009
	Regulations and guidelines for the preparation and submission of graduate master's theses PhD dissertations and reports. Appendix V: University library release form	2009
Ottawa	Convention collective entre l'Université d'Ottawa et l'Association des professeurs de l'Université d'Ottawa	2004-2008
	Convention collective entre l'Université d'Ottawa et le Syndicat canadien de la fonction publique et sa section local 262 (assistants...)	2007-2010
	Draft contract	n.d.
	Recherche et thèses – Déontologie de la recherche	n.d.
du Québec à Montréal (UQAM)	Autorisation de reproduire et de diffuser un travail de recherche de cycles supérieurs	2006
	Convention collective des professeurs de la Télé-Université	2005-2010
	Convention collective SPUQ (Syndicat des professeurs de l'Université du Québec à Montréal)-UQAM	2003-2007
	Politique sur la reconnaissance et la protection de la propriété intellectuelle	2003
du Québec à Trois-Rivières (UQTR)	Convention collective intervenue entre L'Université du Québec à Trois-Rivières et le Syndicat des professeurs et des professeures de l'Université du Québec à Trois-Rivières	2007-2012
Queen's	Collective agreement (faculty, librarians and archivists) between Queen's University Faculty Association (QUFA) and Queen's University at Kingston	2008-2011
	Policy statement on the copyright of non-print materials prepared for instructional use	1975
	Roles and responsibilities in graduate supervision : A guide for students, faculty and departments	2007

Établissement	Titre du document	Année
Regina	Policy 10.95 - Intellectual property policy	2006
Royal Roads	Intellectual property policy and procedures (C1010)	2007
Ryerson	Collective agreement between the Board of Governors of Ryerson University and the Ryerson Faculty Association	2005-2008
	Policy on ownership of student work in research	1989
	Publication of research results	2002
Saskatchewan	College of graduate studies and research policy and procedure manual. Appendix C: Intellectual properties policy	2005
Sherbrooke	Politique sur la protection de la propriété intellectuelle des étudiantes et étudiants et des stagiaires postdoctoraux	2001
Simon Fraser (SFU)	External research grants and contracts	1992
	Graduate general regulations	n.d.
	Intellectual property policy (R 30.03)	2004
Saint-Mary's	Agreement between Saint Mary's University and Saint Mary's University Faculty Union	2006-2009
Toronto	Copyright policy	2007
	Guidelines for preparation of theses	n.d.
	Intellectual property guidelines for graduate students and supervisors at the University of Toronto	2007
	Inventions policy	2007
	Publication policy	1975
Victoria	Framework agreement between the University of Victoria Faculty Association and the University of Victoria. Appendix D: Policy on intellectual property	2000
Waterloo	Policy 73 - Intellectual property rights	2000
Western Ontario (UWO)	Collective agreement between the University of Western Ontario and the University of Western Ontario Faculty Association	2006-2010
	Policy 7.4 – Patents	1983
York	Faculty of Graduate Studies – Intellectual property policy	1996

4

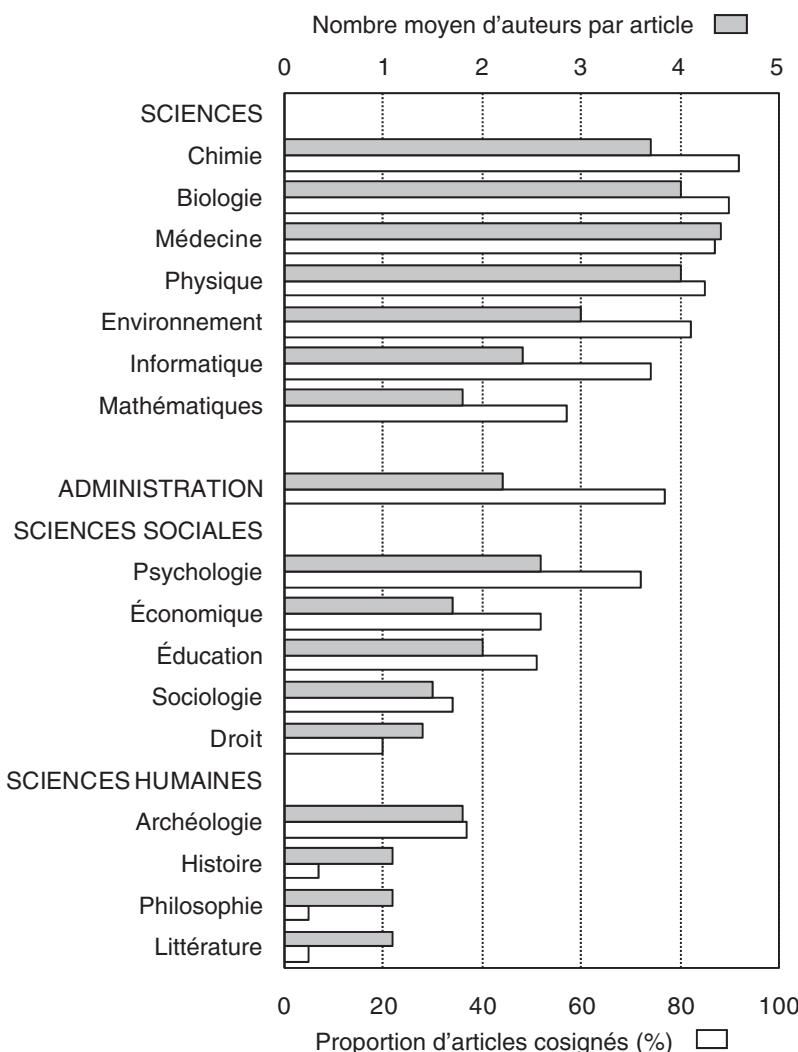
Annexe

Pratiques de cosignature dans diverses disciplines

Comme on l'a vu au chapitre 9, la prévalence de la cosignature et le nombre moyen d'auteurs par article sont très variables selon les domaines et disciplines. La figure A4.1 montre, pour quelques-unes d'entre elles relevant des grands domaines de la recherche, le taux d'articles cosignés et le nombre moyen de signataires par article.

- La cosignature est la norme dans les sciences de la nature (chimie, physique, biologie, médecine, etc.), avec plus de 80 % d'articles cosignés et un nombre moyen de signataires situé entre 3 et 4.
- Elle domine, quoique de façon moins marquée, dans les autres sciences (mathématiques et informatique) ainsi qu'en administration et en psychologie, avec des taux compris entre 55 et 75 % et un nombre moyen de signataires variant entre 1,5 et 2,5.
- Sans nécessairement dominer, elle est tout de même présente de manière significative dans les autres sciences sociales (économie, sociologie, éducation, etc.), avec des taux de cosignature variant entre 20 et 50 % et un nombre moyen de signataires compris entre 1,5 et 2,0.
- Elle est marginale en sciences humaines, avec des taux inférieurs à 10 % et un nombre moyen de signataires à peine supérieur à un, l'archéologie faisant bande à part avec des valeurs similaires à celles des sciences sociales.

Figure A4.1
 Nombre moyen de signataires par article et proportion
 d'articles cosignés dans diverses disciplines
 pour la période 1996-2000



Source: D'après Wuchty, Jones et Uzzi (2007, tableau S1), sauf pour l'administration, où les données, pour la période 2000-2002, sont tirées de Manton et English (2007).

5

Annexe

La gestion numérique des droits

Dans son sens le plus large, la notion de gestion numérique des droits¹ (*digital rights management*, ou DRM, en anglais) renvoie à un ensemble de mesures et moyens interdépendants, relevant de trois domaines (la technologie, le droit contractuel et la législation) et visant le contrôle de l'accès et de l'utilisation aux documents et ressources numériques (Bechtold, 2004; Fernández-Molina, 2004a).

Au plan technologique, cela comprend des outils et mesures dites de protection, permettant:

- d'intégrer aux documents, de manière explicite ou chiffrée (notamment au moyen de métadonnées), les informations les plus complètes sur la titularité du droit d'auteur et les conditions d'utilisation du document fixées par le titulaire ou, le plus souvent, par un tiers offrant l'accès au document;
- d'identifier les personnes désirant accéder ou utiliser le document et de vérifier si elles possèdent les autorisations requises;
- de conserver une trace des actions effectuées (par exemple, le nombre ou le type de copies effectuées);
- d'empêcher toute utilisation non autorisée.

1. Cette traduction de «*digital rights management*» a été préférée à l'expression «gestion des droits numériques», largement employée car, de l'avis de l'auteur, il n'existe pas de «droits numériques», mais bien une gestion du droit d'auteur (plus précisément des droits de reproduction et de communication au public par télécommunication) à l'aide de moyens numériques (ou informatiques).

Au plan du droit contractuel, cela comprend des licences:

- dites de type *click-wrap*, que l’usager doit accepter d’un clic avant d’accéder au document;
- d’utilisation, permettant aux fabricants de matériel d’intégrer à leurs appareils les technologies de protection requises (répondant à des normes définies par les fournisseurs de contenus) pour que ces appareils puissent lire ces contenus.

Au plan législatif, cela comprend des dispositions législatives interdisant:

- de contourner les mesures de protection (incluant par la suppression ou la modification des métadonnées);
- de développer, fabriquer ou vendre des outils permettant de contourner ces mesures;
- d’aider les usagers, ou de leur fournir des informations susceptibles de les aider à contourner ces mesures (activités qualifiées de « préparatoires »).

Ainsi, le traité de l’OMPI sur le droit d’auteur de 1996 stipule que les signataires s’engagent à:

[...] prévoir une protection juridique appropriée et des sanctions juridiques efficaces contre la neutralisation des mesures techniques efficaces [...] qui restreignent l’accomplissement [...] d’actes qui ne sont pas autorisés par les auteurs concernés ou permis par la loi. (art. 11).

Les États-Unis ont été les premiers à légiférer en la matière, par l’adoption en 1999 du *Digital Millennium Copyright Act* (DMCA). L’Australie a fait de même en 2000. De son côté, l’Union européenne a émis en 2001 une directive sur le sujet, qui a donné lieu à des débats houleux, et dont les dispositions touchant la gestion numérique des droits ont été implantées de manière très variable dans les divers États membres (Westkampf, 2007). Au Canada, comme on l’a vu au chapitre 4, l’adoption de telles dispositions fait partie des deux projets de loi modifiant la *Loi sur le droit d’auteur* déposés successivement depuis 2004.

Ces mesures et moyens sont jugés essentiels par les fournisseurs de contenus, qui invoquent la facilité avec laquelle des copies identiques d’œuvres numériques protégées peuvent être effectuées et diffusées. Ils soulèvent en même temps de nombreuses critiques, sur les trois plans mentionnés plus haut:

- sur le plan des mesures de protection, on s’inquiète du danger d’invasion de la vie privée associé à la gestion de toute cette information sur les usagers;

- sur le plan des licences, on s'interroge sur la validité de tels contrats d'adhésion, dont les usagers ne sont pas en mesure de saisir la portée et qu'ils n'ont aucun moyen de modifier, de même que sur le respect des lois antimonopoles associé à l'obligation, pour tous les acteurs de la chaîne qui va de la production de contenus à celle des appareils ou systèmes de diffusion, d'intégrer des technologies particulières ;
- sur le plan de la législation, on s'inquiète de la portée des dispositions, s'appliquant pour le moment uniquement aux États-Unis, interdisant la fourniture d'informations, qui ont été interprétées de manière fort stricte, mettant en cause la liberté d'expression.

Mais la principale critique adressée à la gestion numérique des droits dans son ensemble est que ce système permet aux fournisseurs de contenu de contrôler bien plus que ce que prévoient les lois sur le droit d'auteur. On peut ainsi empêcher, technique, par le truchement d'une licence ou en rendant l'action illégale, toute copie d'une œuvre même lorsque celle-ci serait permise en vertu d'une exception, comme le *fair use* ou l'utilisation équitable (Clark, 2001), ou parce que le droit d'auteur est expiré ou inexistant. De même, on peut empêcher le don, le prêt ou la vente d'une copie acquise légalement, pourtant permise en vertu de la doctrine dite de première vente. Certains en viennent ainsi à parler de privatisation du droit d'auteur (voir Bechtold, 2004, note 155), c'est-à-dire son remplacement par un système où les fournisseurs de contenu fixent à leur guise, avec l'appui de dispositifs techniques, contractuels et législatifs, les conditions d'accès et d'utilisation des œuvres numériques. La pertinence de la présence du mot «droits» dans l'appellation même de ce système a également été contestée, car il est question de beaucoup plus que des droits au sens juridique; certains ont proposé à cet égard, non sans ironie, de rebaptiser l'acronyme anglais DRM «*Digital restrictions management*».

La décision, au début de 2009, du plus important vendeur de musique en ligne, iTunes, de renoncer aux mesures de DRM avec l'accord de la plupart des grandes maisons de disque («iTunes», 2009), peut être considérée comme le début de la fin pour cette approche de gestion du droit d'auteur. En effet, les maisons de disques, qui avaient vu leurs ventes baisser année après année, étaient parmi les principaux promoteurs de ces mesures, jusqu'à ce qu'elles se rendent compte que celles-ci avaient en fait tendance à freiner leurs ventes légitimes, sans réduire aucunement le piratage. Cette décision suivait de près l'annonce de la puissante Recording Industry Association of America (RIAA) d'abandonner les poursuites pour téléchargement illégal, en échange d'un accord avec les fournisseurs d'accès Internet d'imposer à leurs clients délinquants une «gradation des sanctions» allant de l'avertissement à l'interruption du service (McBride et Smith, 2008).

6

Annexe

L'accès libre, le logiciel libre et les licences associées

L'accès libre

L'accès libre (*Open Access*) est l'héritier direct des archives de prépublications mises sur pied dans certains domaines de la physique au cours des années 1960, ainsi que de la poignée de revues en ligne fondées au tournant des années 1990.

Le mouvement pour l'accès libre aux publications scientifiques a été véritablement lancé au milieu de la décennie 1990 par la « proposition subversive » de Stevan Harnad (1995, 2004) portant sur l'autoarchivage. Il a pris un essor considérable dans les années qui ont suivi avec notamment :

- la mise sur pied de l'Open Access Initiative (<http://www.openarchives.org>), qui a débouché au tournant des années 2000 sur l'adoption d'un protocole propre aux archives en accès libre et le développement du logiciel libre Eprints, le premier à planter ce protocole;
- une série de déclarations de principe portant sur l'accès libre et sur les stratégies visant son développement, dont notamment les « trois B » : Budapest en 2002, Bethesda et Berlin en 2003;
- la création d'organismes comme PubMed Central, BioMed Central et la *Public Library of Science* (PLoS), qui publient en accès libre des périodiques, surtout dans le domaine biomédical, dotés de comités de rédaction parfois prestigieux et rivalisant avec les meilleures revues « traditionnelles ».

Soulignons que ce mouvement touche peu les livres, qui continuent très majoritairement à relever de l'édition commerciale. On retrouve cependant, comme nous le faisions remarquer au chapitre 7, un certain nombre d'initiatives, regroupées sous l'appellation «*open textbooks*», qui offrent l'accès libre à des manuels dans la plupart des domaines.

Divers points de vue coexistent sur ce que recouvre le concept d'accès libre. Pour certains, tel Stevan Harnad, accès libre signifie simplement accès gratuit, immédiat et permanent au texte intégral des œuvres. D'autres incluent l'accès au seul coût marginal associé à leur diffusion ou leur distribution (Berry, 2000). Pour d'autres encore, cela doit signifier non seulement l'accès gratuit à l'œuvre dès que celle-ci est publiée, mais aussi la minimisation, voire l'élimination totale, des contraintes (autre que celles qui sont associées au droit moral) sur les usages ultérieurs des œuvres (Velterop, 2003). C'est une approche semblable qu'ont empruntée, par exemple, les responsables de l'initiative de Budapest:

Par «accès libre» à cette littérature, nous entendons sa mise à disposition gratuite sur l'Internet public, permettant à tout un chacun de lire, télécharger, copier, transmettre, imprimer, chercher ou faire un lien vers le texte intégral de ces articles, les disséquer pour les indexer, [s'en servir comme] données pour un logiciel, ou s'en servir à toute autre fin légale, sans barrière financière, légale ou technique autre que celles indissociables de l'accès et l'utilisation d'Internet. La seule contrainte sur la reproduction et la distribution, et le seul rôle du copyright dans ce domaine devrait être de garantir aux auteurs un contrôle sur l'intégrité de leurs travaux et le droit à être correctement reconnus et cités (*Initiative de Budapest...*, 2002).

Pour une vue d'ensemble de la (courte) histoire du mouvement pour l'accès libre, on consultera l'excellente chronologie préparée et maintenue à jour par Peter Suber (n.d.).

Le logiciel libre

Le monde du logiciel a été le théâtre d'un mouvement similaire. C'est Richard Stallman, au milieu des années 1980, qui a lancé l'idée du logiciel libre (*free software*) pour contrer la tendance croissante au développement de programmes propriétaires. L'exemple le plus célèbre de logiciel libre est sans contredit le système d'exploitation Linux, mais on peut également mentionner la suite bureautique Open Office et le fureteur Firefox qui, sans détrôner leurs pendants commerciaux (lire Microsoft), connaissent un succès intéressant.

Le principe du logiciel libre, tel que défini par le projet GNU¹, dont Linux constitue l'aboutissement, est que tout usager d'un programme doit pouvoir, avec le moins de contraintes possible (Stallman, 2007, section *Free comme liberté*) :

- exécuter le programme ;
- étudier le fonctionnement du programme et l'adapter à ses besoins ;
- redistribuer des copies du programme ;
- améliorer le programme et publier ces améliorations.

À la fin des années 1990, le mouvement *Open Source* est venu donner un essor supplémentaire à cette tendance en associant développeurs et entreprises au sein de l'*Open Source Initiative*, ce qui n'a pas été sans créer certaines tensions avec les partisans du logiciel libre, pour qui cette notion est avant tout l'incarnation de valeurs fondamentales de liberté et de partage, et non une solution d'affaires (Stallman, 2007, section *Open Source*). Soulignons que si ces deux groupes ont proposé des définitions très précises (d'ailleurs quasi identiques) de ce qu'est un logiciel libre, une grande confusion règne dans les écrits quant à ce qui permet de qualifier ainsi un logiciel.

L'ambiguïté décrite plus haut au sujet de l'accès libre entre les dimensions « libre » et « gratuit » ne se retrouve pas dans le monde du logiciel libre (sauf peut-être dans la perception des simples utilisateurs). En effet, il existe aussi une pratique de logiciel gratuit, ou gratuiciel (*freeware*) qui, comme pour l'accès libre « de base », consiste uniquement à offrir gratuitement l'usage du logiciel, sans autoriser sa copie, sa distribution ou, surtout, sa modification².

Les licences du logiciel libre

Pour opérationnaliser l'idée du logiciel libre, Stallmann a proposé à la fin des années 1980 la licence publique générale GNU (GNU GPL; <http://www.gnu.org/licenses/licenses.fr.html>), que l'auteur d'un logiciel accorde

-
1. Cet acronyme signifie « GNU's Not for Unix ». Cette expression curieuse, qui contient... l'acronyme même qui la désigne, est un clin d'œil, destiné avant tout aux informaticiens, à la technique appelée « récursivité » (Free Software Foundation, n.d.).
 2. Dans le cas du logiciel, les choses se présentent différemment des autres œuvres : pour modifier un logiciel, il faut disposer du code source. La diffusion d'un gratuiciel, au contraire des logiciels libres, ne comprend pas celle du code source.

d'emblée et de manière irréversible à tout utilisateur. En vertu de ces licences³ (diverses variantes sont offertes), l'utilisateur obtient l'autorisation d'effectuer toutes les actions mentionnées plus haut, avec comme seule condition, appelée *copyleft*, que toute distribution ultérieure du logiciel (ou de son adaptation) s'effectue sous la même licence.

Les licences de l'accès libre: l'initiative Creative Commons

L'initiative Creative Commons, lancée en 2001 par un groupe de juristes et d'informaticiens américains, dont Lawrence Lessig, professeur à la Stanford Law School («Open Access... », 2004), s'inspire des pratiques du monde du logiciel libre, dont la licence GNU. Ce groupe propose lui aussi d'utiliser le droit d'auteur d'une façon radicalement nouvelle. Au lieu de s'en servir pour limiter, en le monnayant, le droit d'utiliser une œuvre, comme le veut la tradition qui a fait de l'expression «tous droits réservés» et du symbole © un couple inséparable, on l'emploie pour favoriser l'usage des œuvres, de même que leur exploitation pour de nouvelles diffusions, voire de nouvelles créations. Elle fournit des outils simples, soit des licences (appelées ci-après «licences CC») qui permettent aux auteurs souhaitant rendre leurs œuvres le plus accessibles possible, mais qui ne savent pas vraiment comment le formuler ou ne pensent pas que ce soit nécessaire, de communiquer clairement leurs intentions.

Par mesure de prudence, et peut-être parce que le monde de la recherche est, finalement, assez conservateur, Creative Commons a jugé bon d'offrir aux auteurs la possibilité de limiter les actions permises aux utilisateurs de leurs œuvres, d'où l'expression «*Some Rights Reserved*» qui apparaît sur le logo associé aux licences. L'auteur peut ainsi permettre ou non des modifications à son œuvre ou son exploitation commerciale, et exiger que toute exploitation subséquente de l'œuvre, modifiée ou non, soit effectuée sous la même licence (c'est l'équivalent du *copyleft*).

On retrouve six versions, plus ou moins restrictives, de la licence CC principale (d'autres licences sont aussi proposées). La moins restrictive a comme seule condition le respect du droit moral de paternité qui, rappelons-le, n'est pas inclus dans certaines législations, dont celle des États-Unis (sauf pour les œuvres d'art). À l'autre extrême, si l'auteur choisit la licence la plus restrictive, les utilisateurs ne peuvent ni modifier l'œuvre, ni la

3. De telles licences sont en fait des contrats d'adhésion (voir chapitre 4). Cependant, comme elles octroient aux usagers des permissions beaucoup plus généreuses que ce à quoi la «tradition» nous a habitués, elles sont peu susceptibles d'être considérées comme abusives.

commercialiser, et ils doivent la diffuser aux mêmes conditions, c'est-à-dire sous la même licence CC. Dans tous les cas, l'œuvre peut être reproduite, distribuée et diffusée par tout usager.

Soulignons la mise à disposition par Creative Commons, en décembre 2007 du protocole (ou déclaration) CC0 (« CC zéro »; voir « About CC0... », n.d), appelé aussi « *No Rights Reserved* », par lequel le titulaire renonce à tous ses droits d'auteur dans la mesure permise par la loi en vigueur dans sa juridiction. Dans certaines juridictions (comme au Canada et aux États-Unis), ce protocole équivaut à un versement de l'œuvre dans le domaine public; dans d'autres, où certains droits ne peuvent faire l'objet d'une renonciation, il joue le rôle d'une licence utilisateur, la plus permissive possible.

Concrètement, une licence CC se présente comme un lien (avec texte et pictogrammes simples) placé dans la page d'accueil d'un site ou dans ses pages individuelles, qui renvoie à la description de la version de la licence choisie, en termes courants et en termes juridiques.

Les licences CC (ou des licences analogues⁴) ont été adoptées par des organisations importantes; parmi elles:

- les grands éditeurs de revues en accès libre comme BioMed Central (<http://www.biomedcentral.com>), qui regroupe près de 200 revues en accès libre dans le domaine biomédical, et la *Public Library of Science*;
- le Massachusetts Institute of Technology (MIT), pour son OpenCourseware (<http://ocw.mit.edu>) qui diffuse, avec l'accord des auteurs, des documents de cours produits par ses professeurs;
- l'Open University du Royaume-Uni, pour son site OpenLearn (<http://openlearn.open.ac.uk>) qui propose en accès libre des documents tirés de ses cours.

L'initiative s'est également rapidement internationalisée: à la fin de 2008, une cinquantaine d'adaptations des licences aux législations nationales étaient disponibles, dont une version canadienne. Mesure du succès de l'initiative: à la même époque, le nombre d'œuvres diffusées sous licence CC se chiffrait à environ 130 millions (Creative Commons, 2008).

4. L'organisation précise bien que le texte de ses licences, lui-même diffusé sous licence CC, peut être réutilisé et modifié, mais que toute modification empêche de désigner sous ce nom la licence, qui est une marque de commerce protégée.

Références

- About AUTM.* (n.d.). Récupéré le 18 juin 2009 du site de l'Association of University Technology Managers (AUTM): <http://www.autm.net/about>
- About AUTM* (n.d.). Récupéré le 30 juillet 2009 du site de l'Association of University Technology Managers: <http://www.autm.net/about>
- About CC0 – No rights reserved”.* (n.d.). Récupéré le 19 août 2009 du site Creative Commons: <http://creativecommons.org/about/cc0>
- Abowd, J. M. et Lane, J. (2004). New approaches to confidentiality protection: Synthetic data, remote access and research data centers – Privacy in statistical databases. *Proceedings of the annals of the New York Academy of Sciences*, 3050, 282-289.
- Abréviations* (mise à jour 10 avril 2008). Récupéré le 8 avril 2010 du site de la Bibliothèque de l'Université Laval, section *Droit*: http://www.bibl.ulaval.ca/mieux/chercher/portails/droit/droit_abreviations
- Access Copyright (n.d.). *Une licence Access Copyright = Contenu de qualité pour éducateurs et étudiants*. Récupéré le 15 juin 2009 du site de l'organisme, rubrique *Utilisateurs de contenu – Institutions d'enseignement*: <http://www.accesscopyright.ca/Default.aspx?id=154>
- ACPPU (Association canadienne des professeures et professeurs d'université) (1999). *Opinion de l'ACPPU sur le rapport final du Groupe d'experts sur la commercialisation de la recherche universitaire*. Ottawa, Canada: auteur.
- ACPPU (Association canadienne des professeures et professeurs d'université) (2004). *Énoncé de principes sur l'enseignement à distance*. Récupéré le 2 février 2009 du site de l'asssociation, section *Politiques générales de l'ACPPU*: <http://www.caute.ca/pages.asp?page=263&lang=2>
- ACPPU (Association canadienne des professeures et professeurs d'université) (2008, décembre). *L'utilisation équitable*. Récupéré du site de l'association, section *Publications et recherche – Propriété intellectuelle*: <http://www.caute.ca/uploads/IP-Advisory3-fr.pdf>

- ACPPU (Association canadienne des professeures et professeurs d'université) (2009, juillet). *Le gouvernement fédéral lance une consultation publique sur le droit d'auteur*. Récupéré du site de l'association, section Nouvelles : <http://www.caught.ca/pages.asp?lang=2&page=808>
- ACS (American Chemical Society) (2006, mise à jour juin). *American Chemical Society's policy on theses and dissertations*. Récupéré le 4 juin 2009 du site de l'organisation, section ACS Publications – Permissions/Rightslink : <http://pubs.acs.org/page/copyright/permissions.html>
- Adeney, E. (2006). *The moral rights of authors and performers: An international and comparative analysis*. Oxford, R.-U. : Oxford University Press.
- Adeney, E. (2008). Moral rights in Canada: an historical and comparative view. Dans Y. Gendreau (dir.). *An emerging intellectual property paradigm. Perspectives from Canada* (p. 163-196). Cheltenham, R.-U. : Edward Elgar.
- Affaires étrangères et Commerce international Canada (n.d.). *L'Accord de libre-échange nord-américain – Texte de l'accord*. Récupéré du site du ministère : <http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/agracc/nafta-alena/texte/index.aspx?lang=fra>
- Albanese, A. (2009, 5 février). New wrinkles as bill banning NIH-like public access resurfaces. *Library Journal*. Récupéré du site du magazine : <http://www.libraryjournal.com/article/CA6635227.html>
- Aldis, H. G. (2000). The Book-Trade, 1557-1625. Dans A. W. Ward, A. R. Waller, W. P. Trent, J. Erskine, S. P. Sherman et C. Van Doren (dir.), *The Cambridge history of English and American literature. Volume 4. Prose and poetry from Sir Thomas North to Michael Drayton*. New York, NY : Bartleby.com. Récupéré du site de l'encyclopédie : <http://www.bartleby.com/214/1801.html>
- Alford, W. P. (1995). *To steal a book is an elegant offense: Intellectual property law in Chinese civilization*. Palo Alto, CA : Stanford University Press.
- Allen, I. E. et Seaman, J. (2010). *Learning on demand. Online education in the United States*, 2009. Needham, MA : Sloan Consortium. Récupéré du site du Sloan Consortium : <http://www.sloanconsortium.org/publications/survey/pdf/learningondemand.pdf>
- Allingham, P. V. (2001, mise à jour janvier). *Nineteenth-century British and American copyright law*. Récupéré le 1^{er} août 2009 du site *The Victorian Web* : <http://www.victorianweb.org/authors/dickens/pva/pva74.html>
- ALPSP (Association of Learned and Professional Society Publishers) et International association of Scientific, Technical and Medical Publishers (STM) (2006, juin). *Databases, data sets, and data accessibility – Views and practices of scholarly publishers*. Récupéré le 20 juin 2009 du site de l'association, section *Information – Hot Topics – Open Access – General* : <http://www.alpsp.org/ForceDownload.asp?id=129>
- APA (American Psychological Association) (2002). *Ethical principles of psychologists and code of conduct*. Récupéré le 20 avril 2006 du site de l'association : <http://www.apa.org/ethics/code2002.html>

- Apple, K. S. (2008). Evaluating university technology transfer offices. Dans Z. J. Acs et R. R. Stough (dir.), *Public policy in an entrepreneurial economy* (p. 139-157). New York, NY: Springer.
- ARA Consulting Group Inc. et Brochu, M. (1998). *Les universités canadiennes et la gestion et la commercialisation de la propriété intellectuelle. Diversité et défis* (document préparé avec l'appui d'Industrie Canada pour l'Association des universités et collèges du Canada (AUCC) à l'occasion d'un séminaire de l'AUCC sur la propriété intellectuelle tenu à Ottawa le 26 novembre 1998). Récupéré du site de l'AUCC, section *Publications et ressources – Rapports et présentations*: http://www.aucc.ca/publications/reports/1998/property_11_26_f.html
- Archambault, É. et Larivière, V. (2009). History of the journal impact factor: Contingencies and consequences. *Scientometrics*, 79(3), 639-653.
- Argyres, N. S. et Liebeskind, J. P. (1998). Privatizing the intellectual commons: Universities and the commercialization of biotechnology. *Journal of Economic Behavior and Organization*, 35, 427-453.
- Arzberger, P. et al. (2004). Promoting access to public research data for scientific, economic, and social development. *Data Science Journal*, 3(29), 135-152. Récupéré du site de la revue: http://www.jstage.jst.go.jp/article/dsj/3/0/3_135/_article
- Athénée de Naucratis (1854). *The deipnosophists, or, Banquet of the learned of Athenæus*. Volume 3 (C. D. Yonge, trad.). Londres, Royaume-Uni: H. G. Bohn. Récupéré du site *University of Wisconsin Digital Collections – The Literature Collection*: <http://digital.library.wisc.edu/1711.dl/Literature.AthV3>
- AUCC (Association des universités et collèges du Canada) (2008, juin). *Modifications proposées à la Loi sur le droit d'auteur: des changements appréciés, mais quelques préoccupations demeurent*. Récupéré du site de l'association, section *Publications et ressources – Communiqués*: http://www.aucc.ca/publications/media/2008/copyright_06_13_f.html
- AUCC (Association des universités et collèges du Canada) (n.d.). Inscriptions. Récupéré le 28 août 2009 du site de l'association, section *Interventions et recherches – Analyses/recherches*: http://www.aucc.ca/policy/research/enrol_f.html
- Auger, J.-F. (2001). La commercialisation des produits de la recherche en génie du Laboratoire d'électronique appliquée de l'École Polytechnique de Montréal, 1937-1975. *Histoire, économie et société*, 1, 105-122.
- Baerlocher, M. O., Newton, M., Gautam, T., Tomlinson, G. et Detsky, A. S. (2007). The meaning of author order in medical research. *Journal of Investigative Medicine*, 55(4), 174-180.
- Banks, S. K. N. et Kitching, A. (2005, septembre). *Projet de Loi C-60: Loi modifiant la Loi sur le droit d'auteur*. Résumé législatif (LS-512F). Récupéré du site de la bibliothèque du Parlement: <http://www2.parl.gc.ca/Content%5CLOP%5CLegislativeSummaries%5C38/1/c60-f.pdf>

- Barbour, V., Clark, J., Jones, S., Peiperl, L., Veitch, E. et Yamey, G. (*PLoS Medicine* medical editors) (2009, 21 août). Ghostwriting: The dirty little secret of medical publishing that just got bigger. Récupéré le 24 août 2009 du blogue Speaking of Medicine de la revue *PLoS Medicine*: <http://speakingofmedicine.plos.org>
- Barthes, R. (1984). La mort de l'auteur. Dans *Le bruissement de la langue: essais critiques IV* (p. 63-69). Paris, France: Seuil.
- Bartlett, T. (2009, 2 juin). President of Alabama's Jacksonville State U. can't shake plagiarism charge. *The Chronicle of Higher Education News Blog*. Récupéré de: <http://chronicle.com/news>
- Baruch, P. (2007). Open access developments in France: The HAL Open Archives System. *Learned Publishing*, 20(4), 267-282.
- Bates, M., Loddington, S., Manuel, S. et Oppenheim, C. (2007). Attitudes to the rights and rewards for author contributions to repositories for teaching and learning. *Alt-J*, 15(1), 67-82.
- Bates, T. (2009, 19 juin). *Has e-learning increased access to learning opportunities?* Récupéré le 21 juin 2009 du site *E-learning & distance education resources*, section *Tony's blog*: <http://www.tonybates.ca/blog>
- Bates, T., Anic, A., Marusic, M. et Marusic, A. (2004). Authorship criteria and disclosure of contributions: comparison of 3 general medical journals with different author contribution forms. *Journal of the American Medical Association*, 292, 86-88.
- Battisti, M. (2003, août). Lier ou ne pas lier. Pour un usage responsable de l'hyperlien. Communication présentée à la *69th IFLA General Conference and Council*, Berlin, Allemagne. Récupéré du site de la conférence: <http://ifla.queenslibrary.org/IV/ifla69/papers/034f-Battisti.pdf>
- Bechtold, S. (2004). Digital rights management in the United States and Europe. *American Journal of Comparative Law*, 52(2), 323-382.
- Ben-David, J. (1971). *The scientist's role in society: A comparative study*. Englewood Cliffs, NJ: Prentice Hall.
- Berry, S. (2000). Full and open access to scientific information: An academic's view. *Learned Publishing*, 13(1), 37-42.
- Biagioli, M. (1998). The instability of authorship: Credit and responsibility in contemporary biomedicine. *The FASEB Journal*, 12(1), 3-16.
- Bibliothèque et Archives Canada. (n.d.). *Ce que vous devez savoir. Licence non exclusive des thèses*. Récupéré le 4 juin 2009 du Portail Thèses Canada, section *Renseignements pour les étudiants*: <http://www.collectionscanada.gc.ca/thesescanada/index-f.html>
- Björk, B.-C., Roos, A., et Lauri, M. (2008). Global annual volume of peer reviewed scholarly articles and the share available via different open access options. Dans L. Chan and S. Mornati (dir.), *Proceedings of the 12th International Conference on Electronic Publishing (ELPUB)*, Toronto, Canada. Récupéré du site de la conférence: http://elpub.scix.net/cgi-bin/works>Show?178_elpub2008

- Bliss, M. (1984). *The discovery of insulin*. Chicago, IL: University of Chicago Press.
- Blumenstyk, G. (1997, 7 mars). Boston U. expands ties to cash-poor biotechnology company. *The Chronicle of Higher Education*.
- Blumenstyk, G. (2000, 15 sept.). Sale of theses on Contentville.com raises hackles in U.S. and Canada. *Chronicle of Higher Education*, A37. Récupéré du site de la revue: <http://chronicle.com/free/v47/i03/03a03701.htm>
- Blumenstyk, G. (2003, 9 mai). Deflated deals. *The Chronicle of Higher Education*.
- Blumenthal, D., Gluck, M., Louis, K. S., Stoto, M. A. et Wise, D. (1986). University-industry research relationships in biotechnology: Implications for the university. *Science*, 232, 1361-1366.
- Boncompain, J. (2001). *La révolution des auteurs (1773-1815)*. Paris, France: Fayard.
- Boridy, E. (1996, décembre). Un marché aux puces du haut-savoir. *Université*, 6(2), 2. Récupéré du site de la Fédération québécoise des professeurs d'université: <http://fqppu.org/assets/files/archives/journal-universite/vol6no2.pdf>
- Bostrom, D., Tieckelmann, R. et Kordal, R. (dir.). (2008). *AUTM U.S. licensing activity survey: FY2007 survey summary*. Deerfield, IL: The Association of University Technology Managers. Récupéré du site de l'association, section *Surveys & Publications – Licencing Surveys-AUTM*: http://www.autm.net/Content/NavigationMenu/Surveys/LicensingSurveysAUTM/FY2007LicensingActivitySurvey/AUTM_US_LS_07_FINAL.pdf
- Bouchie, A. (2005, 13 janvier). Survey reveals US university licensing up, startup formation down. *Bioentrepreneur*. Récupéré du site de la revue: <http://www.nature.com/bioent/bioenews/012005/full/bioent843.html>
- Bowie, N. E. (1994). *University-business partnerships: An assessment*. Lanham, MD: Rowman & Littlefield.
- Boyle, J. (2003). The second enclosure movement and the construction of the public domain. *Law and Contemporary Problems*, 66(1-2), 33-74. Récupéré du site de la revue, section *Archives*: <http://www.law.duke.edu/journals/lcp/archive>
- Bremer, H. W. (2001, novembre). *The first two decades of the Bayh-Dole Act as public policy*. Communication présentée à la National Association of State Universities and Land Grant Colleges, Washington, DC.
- Bruner, J. (2007). Factors motivating and inhibiting faculty in offering their courses via distance education. *Online Journal of Distance Learning Administration*, 10(2). Récupéré du site de la revue <http://www.westga.edu/~distance/ojdlasummer102/bruner102.htm>
- Bulte, S. D. (prés.) (2004). *Rapport du comité permanent du patrimoine canadien. Rapport intérimaire sur la réforme du droit d'auteur*. Ottawa, Communication Canada, mai. <http://www2.parl.gc.ca/HousePublications/Publication.aspx?DocId=1350628&Language=F>
- Bush, V. (1945). *Science: The endless frontier* (a report to the President by the Director of the Office of Scientific Research and Development). Washington, DC: United States Government Printing Office.

- Campbell, E. G., Clarridge, B. R., Gokhale, M., Birenbaum, L., Hilgartner, S., Holtzman, N. A. *et al.* (2002). Data withholding in academic genetics: Evidence from a national survey. *The Journal of the American Medical Association*, 287(4), 473-480.
- Carlson, S. (2000, 21 juillet). When professors create software, do they own it, or do their colleges? *Chronicle of Higher Education*, 46(46), A29-31.
- Carlson, S. (2003). After losing millions, Columbia U. will close online-learning venture. *Chronicle of Higher Education*, 49(19), A30.
- Carnevale, D. (2004, 26 mars). Company claims to own online testing. *Chronicle of Higher Education*, 50(29), 31-32.
- Carr, L. et Harnad, S. (2005). *Keystroke economy: A study of the time and effort involved in self-archiving*. Récupéré le 9 avril 2005 de l'archive de la School of Electronics and Computer Science, University of Southampton, <http://eprints.ecs.soton.ac.uk/10688/01/KeystrokeCosting-publicdraft1.pdf>
- Carrière, L. (1991). *Droit d'auteur et droit moral: quelques réflexions préliminaires*. Récupéré du site du cabinet ROBIC, section Publications : <http://www.robic.com/publications/Pdf/119-LC.pdf>
- Cates, C. R. (2001). Legal issues within the intellectual property policies of Canadian universities: Standing on the shoulders of giants. *The Journal of the Association of University Technology Managers*, XIII. Récupéré du site de la revue, <http://www.autm.net/pubs/journal/01/legalissues.html>
- Centre de recherche en droit privé et comparé du Québec (2003). *Dictionnaire de droit privé et lexiques bilingues – Obligations*. Montréal, Canada : Yvon Blais.
- Cervantes, M. (2004, octobre). Academic patenting: How universities and public research organizations are using their intellectual property to boost research and spur innovative start-ups. *WIPO SMEs Newsletter*. Récupéré du site de l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI), section SME resources – SME Newsletter: http://www.wipo.int/sme/en/documents/academic_patenting.htm
- CETUS (Consortium for Educational Technology for University Systems) (1997). *Ownership of new works at the university: Unbuilding of rights and the pursuit of higher learning. Discussion series*. The Trustees of the California State University. Récupéré le 20 août 2009 du site ERIC : <http://www.eric.ed.gov/ERICWebPortal/contentdelivery/servlet/ERICServlet?accno=ED451734>
- Chartrand, H. H. (2000). Copyright C.P.U.: Creators, proprietors & users [version électronique]. *Journal of Arts Management, Law & Society*, 30(3). Récupéré du site *Cultural Economics: Collected Works of Harry Hillman Chartrand*, section *Articles, Monographs & Book Reviews*: <http://www.culturaleconomics.atfreeweb.com/cpu.htm>
- Claerhout, L. A. (2004). Copyright issues in online courses: A moment in time [version électronique]. Dans T. Anderson et E. Fathi (dir.), *Theory and practice of online learning* (chap. 9). Athabasca, Canada : Athabasca University Press. Récupéré du site de l'université : http://cde.athabascau.ca/online_book

- Clark, J. (1997). Rétrospective des événements marquants au Canada dans le domaine des brevets d'invention. *Cahiers de la propriété intellectuelle*, 10(1), 119-142.
- Clark, J. (2001). Copyright in the balance for higher education. *College and University Media Review*, 8(1), 65-100.
- Claxton, L. D. (2005). Scientific authorship Part 2. History, recurring issues, practices, and guidelines. *Mutation Research/Reviews in Mutation Research*, 589(1), 31-45.
- CNRC (Conseil national de recherches du Canada) (n.d.). Au sujet de NPARc. Récupéré le 20 juin 2009 du site du conseil, section *Bibliothèque et publications – Publications du CNRC*: <http://nparc.cisti-icist.nrc-cnrc.gc.ca/npsi/ctrl>
- COGR (Council on Governmental Relations) (1999). *The Bayh-Dole Act: A guide to the law and implementing regulations*. Washington, DC: auteur. Récupéré du site du conseil, section *Educational Materials – Intellectual Property*: http://www.cogr.edu/docs/Bayh_Dole.pdf
- COGR (Council on Governmental Relations) (2000). *A tutorial on technology transfer in U.S. colleges and universities*. Washington, DC: auteur. Récupéré du site du conseil, section *Educational Materials – Intellectual Property*: <http://www.cogr.edu/docs/Tutorial.doc>
- Comité permanent des communications et de la culture (1985). *Une charte des droits des créateurs et des créatrices. Rapport du Sous-comité sur la révision du droit d'auteur*. Ottawa, Canada: Provisionnements et Services Canada.
- Compagnon, A. (2002). *Qu'est-ce qu'un auteur?* Récupéré le 1^{er} août 2009 du site *Fabula – La recherche en littérature*, section *Cours*: <http://www.fabula.org/compagnon>
- Conseil consultatif des sciences et de la technologie (n.d.). *Groupe d'experts sur la commercialisation des résultats de la recherche universitaire*. Récupéré le 28 août 2009 du site d'archivage de Bibliothèque et Archives Canada: http://www.collectionscanada.gc.ca/webarchives/20071116020231/http://acst-ccst.gc.ca/comm/home_f.html
- Correa, C. M. (2001). *Traditional knowledge and intellectual property. Issues and options surrounding the protection of traditional knowledge*. Genève, Suisse: Quaker United Nations Office (QUNO). Récupéré du site de l'office, section *Publications & Statements – Briefing Papers and Studies – Intellectual Property*: <http://www.quno.org/geneva/pdf/economic/Discussion/Traditional-Knowledge-IP-English.pdf>
- Coster, R. (2002, 1^{er} avril). *From first-to-invent to first-to-file: The Canadian experience*. Récupéré du site *Torys LLP*, section *Publications – Intellectual Property*: <http://www.torys.com/Publications/Documents/Publication%20PDFs/ARTech-19T.pdf>
- Côté, M.-E. et Hébert, J.-M. (2002). *Sommaire des politiques et règlements relatifs à la propriété intellectuelle de certaines universités*. Montréal, Canada: Léger Robic Richard.

- Couture, M. (2009, juillet). Open Access journals copyright policies: An analysis of the information available to prospective authors [diaporama]. Communication présentée au congrès Public Knowledge Project (PKP) 2009, Vancouver, Canada. Récupéré le 25 août 2009 du site de la conférence: <http://pkp.sfu.ca/ocs/pkp/index.php/pkp2009/pkp2009/paper/view/163/144>
- Creative Commons (2008, mise à jour septembre). *Metrics*. Récupéré le 6 décembre 2008 du site de l'organisation: <http://wiki.creativecommons.org/Metrics>
- CREPUQ (Conférence des recteurs et principaux des universités du Québec) (2007). *Enjeux et défis de la mise en commun des ressources numériques d'apprentissage dans les universités québécoises. Rapport du Groupe de travail sur la propriété intellectuelle des ressources numériques d'apprentissage*. Récupéré le 6 février 2009 du site Profetic, section Sous-comité sur la pédagogie et les TIC – Documents SCPTIC: <http://www.profetic.org/spip.php?article8918>
- Crews, K. D. et Wong, D. (2004). *Ownership and rights of use of works created at the university: A survey of American university copyright policies*. Indianapolis, IN: Copyright Management Center, Indiana University-Purdue University.
- CRSH (Conseil de recherches en sciences humaines du Canada) (2004, janvier). *D'un conseil subventionnaire à un conseil du savoir. Le renouvellement des sciences humaines au Canada*. Ottawa, Canada: auteur.
- CRSH (Conseil de recherches en sciences humaines du Canada) (2007, mise à jour septembre). *Politique du CRSH sur l'archivage des données de recherche*. Récupéré du site du conseil, section *Le CRSH – Au sujet des politiques – Énoncés des politiques*: http://www.crsh.ca/web/apply/policies/edata_f.asp
- CRSH (Conseil de recherches en sciences humaines du Canada) (2008, mise à jour juillet). *Libre accès*. Récupéré du site du conseil, section *Le CRSH – Au sujet des politiques*: <http://www.pre.ethics.gc.ca/francais/policystatement/policystatement.cfm>
- Dalpé, R. et Ippersiel, M.-P. (2000). Réseautage et relations avec l'industrie dans les nouveaux matériaux et l'optique. *Sociologie et sociétés*, 32(1), 107-134.
- David, E. E. (1979). Science future: The industrial connection. *Science*, 203, 837-840.
- David, P. A. (1992, août). *The evolution of intellectual property institutions and the panda's thumb*. Communication présentée au Meeting of the International Economic Association, Moscou, Russie.
- Desrosiers, J. (2008). Employeur ou employé: à qui attribuer la paternité de l'invention en l'absence d'un test d'ADN? *Développements récents en droit de la propriété intellectuelle*, 297(3), 27-30.
- Diderot, D. (2002). *Lettre sur le commerce du livre*. Récupéré du site *Les classiques des sciences sociales à l'Université du Québec à Chicoutimi*: http://classiques.uqac.ca/classiques/Diderot_denis/lettre_commerce_livre/lettre_com_livre.html
- Dingley, B. (2005). *U. S. Periodical Prices – 2005*. Récupéré le 20 juin 2009 du site de l'Association for Library Collections and Technical Services (ALCTS), section *Serials*: <http://www.ala.org/ala/mgrps/divs/alcts/resources/collect/serials>

- Diviacco, P. (2005). An open source, web based, simple solution for seismic data dissemination and collaborative research. *Computers & Geosciences*, 31(5), 599-605.
- Dock, M.-C. (1969). *Étude sur le droit d'auteur*. Paris, France: Librairie générale de droit et de jurisprudence.
- Donohue, B.C. et Howe-Steiger, L. (2005). Faculty and administrators collaborating for e-learning courseware. *EDUCAUSE Quarterly*, 28(1). Récupéré du site de la revue : <http://connect.educause.edu/Library/EDUCAUSE+Quarterly/FacultyandAdministratorsC/39903>
- Donohue, B. C. et Howe-Steiger, L. (2007). Understanding the issues of intellectual property in the creation of e-learning courseware. *Journal of Veterinary Medical Education*, 34(3), 269-278.
- Drassinower, A. (2003-2004). Sweat of the brow, creativity, and authorship: On originality in Canadian copyright law. *University of Ottawa Law and Technology Journal*, 1(1-2), 105-123. Récupéré du site de la revue : <http://uoltj.ca/articles/vol1.1-2/2003-2004.1.1-2.uoltj.Drassinower.105-123.pdf>
- Ducor, P. (2000). Coauthorship and coinventionship, *Science*, 289(5481), 873-875.
- Efthyvoulou, G. (2008). Alphabet economics: The link between names and reputation. *Journal of Socio-Economics*, 37(3), 1266-1285.
- Eisenberg, R. S. (1996). Public research and private development: Patents and technology transfer in government-sponsored research. *Virginia Law Review*, 82(8), 1663-1727.
- Eisenstein, E. I. (1991). *La révolution de l'imprimé à l'aube de l'Europe moderne* (M. Süssung et M. Duchamp, trad.). Paris, France: La Découverte. (Ouvrage original publié en 1983 sous le titre *The printing revolution in early modern Europe*. Cambridge, Royaume-Uni: Cambridge University Press.)
- Engers, M., Gans, J. S., Grant, S. et King, S. P. (1999). First author conditions. *Journal of Political Economy*, 107(4), 859-883.
- Etzkowitz, H. (2002). *MIT and the rise of entrepreneurial science*. Londres, Royaume-Uni: Routledge.
- Etzkowitz, H. et Leydesdorff, L. (1995). The triple helix: University – industry – government relations. A laboratory for knowledge based economic development. *European Society for the Study of Science and Technology Review*, 14(1), 14-19.
- Etzkowitz, H. et Leydesdorff, L. (1996). Emergence of a triple helix of university–industry-government relations. *Science and Public Policy*, 23, 279-286.
- Etzkowitz, H. et Webster, A. (1995). Science as intellectual property. Dans S. Jasanoff, G. E. Markle, J. C. Petersen et T. Pinch (dir). *Handbook of science and technology studies* (p. 480-505). Thousand Oaks, CA: Sage.
- EUA (European Universities Association) (2008). *Recommendations from the EUA Working Group on Open Access adopted by the EUA Council on 26th of March 2008* (University of Barcelona, Spain). Récupéré le 28 août 2009 du site de l'association : http://www.eua.be/typo3conf/ext/bzb_securelink/pushFile.

- php?cuid=2122&file=fileadmin%2Fuser_upload%2Ffiles%2FPolicy_Positions%2FRecommendations_Open_Access_adopted_by_the_EUA_Council_on_26th_of_March_2008_final.pdf
- Falk, H. (1970). *Les priviléges de librairie sous l'ancien régime : étude historique du conflit des droits sur l'œuvre littéraire*. Genève, Suisse: Slatkine Reprints. (Ouvrage original paru en 1906.)
- Fasse, W. F. (1992). The muddy metaphysics of joint inventorship: Cleaning up after the 1984 amendments to 35 U.S.C. § 116. *Harvard Journal of Law and Technology*, 153-208.
- Febvre, L. et Martin, H.-J. (1958). *L'apparition du livre*. Paris, France: Albin Michel.
- Fernández-Molina, J. C. (2004a). Contractual and technological approaches for protecting digital works: Their relationship with copyright limitations. *Online Information Review*, 28(2), 148-157.
- Fernández-Molina, J. C. (2004b). The legal protection of databases: Current situation of the international harmonization. *Aslib Proceedings*, 56(6), 325-334.
- Fields, K. L. et Price, A. R. (1993). Problems in research integrity arising from misconceptions about the ownership of research. *Academic Medicine*, 68(9), S60-S64.
- Fienberg, S. E., Martin, M. E. et Straf, M. L. (dir.) (1985). *Sharing research data*. Washington, DC: National Academy Press.
- Fishbein, E. A. (1991). Ownership of research data. *Academic Medecine*, 66(3), 129-133.
- Fisher, D., Atkinson-Grosjean, J. et House, D. (2001). Changes in academy / industry / state relations in Canada: The creation and development of the networks of centres of excellence. *Minerva*, 39, 299-325.
- Fitzgerald, A. M., Pappalardo, K. M., Fitzgerald, B. F., Austin, A. C., Abbot, J. W., Cosman, B. L. et al. (2007). *Building the infrastructure for data access and reuse in collaborative research: An analysis of the legal context*. Récupéré du site Oak Law Project, Queensland University of Technology : http://www.oaklaw.qut.edu.au/files/Data_Report_final_web.pdf
- Flanigan, S. et Glavicic-Théberge, T. (dir.). (2008). *AUTM Canadian licensing activity survey : FY2007 survey summary*. Deerfield, IL: The Association of University Technology Managers (AUTM). Récupéré du site de l'association, section *Surveys & Publications – Licensing Surveys-AUTM – FY 2007 Licensing Activity Survey*: http://www.autm.net/AM/Template.cfm?Section=FY_2007_Licensing_Activity_Survey&Template=/CM/ContentDisplay.cfm&ContentID=3082
- Floyd, S. W., Schroeder, D. M. et Finn, D. M. (1994). "Only if I'm first author": Conflict over credit in management scholarship. *Academy of Management Journal*, 37(3), 734-747.
- Foucault, M. (2001). Qu'est-ce qu'un auteur ? Dans *Dits et écrits* (vol. 1). Paris, France: Gallimard.

- Fox, H. G. (1969). *The Canadian law and practice relating to letters patent for inventions* (4^e éd.). Toronto, Canada : Carswell.
- FQPPU (Fédération québécoise des professeures et professeurs d'université) (2000). La commercialisation de la recherche et de l'expertise universitaires dans les universités québécoises. Rapport du comité ad hoc sur la commercialisation de la recherche. *Les cahiers de la FQPPU*, 5. Récupéré du site de la fédération, section *Publications*: http://fqppu.org/assets/files/publications/cahiers/cahiers_fqppu_5.pdf
- FQPPU (Fédération québécoise des professeures et professeurs d'université) (2002, mars). *Avis sur le document PLAN D'ACTION en gestion de la propriété intellectuelle dans les universités et établissements affiliés*. Récupéré du site de la fédération, section *Propriété intellectuelle*: <http://fqppu.org/bibliotheque/archives1/memoires/avis-plan-daction.html>
- Free Software Foundation (n.d.). What is GNU? Récupéré le 13 février 2010 du site *GNU Operating System*: <http://www.gnu.org>
- Gadd, E., Loddington, S. et Oppenheim, C. (2007). A comparison of academics' attitudes towards the rights protection of their research and teaching materials. *Journal of Information Science*, 33(6), 686-701.
- Garrett, R. (2004). The real story behind the failure of U.K. eUniversity. *EDUCAUSE Quarterly*, 27(4). Récupéré du site de la revue: <http://www.educause.edu/ir/library/pdf/eqm0440.pdf>
- Gasaway, L. (2003, mise à jour novembre). *When U.S. works pass into the public domain*. Récupéré le 1^{er} août 2009 du site de l'auteur à l'Université de la Caroline du Nord, section *Publications – Web Pages*: <http://www.unc.edu/~unclng/public-d.htm>
- Gasaway, L. N. (2001). Balancing copyright concerns: The *TEACH Act* of 2001. *Educause Review*, 36(6), 82-83. Récupéré du site de la revue: <http://www.educause.edu/ir/library/pdf/ERM01610.pdf>
- Geiger, R. L. (1986). *To advance knowledge : The growth of American research universities, 1900-1940*. New York, NY: Oxford University Press.
- Geist, M. (2009, 21 avril). *Desire2Learn wins patent battle in the U.S.* Récupéré le 21 juin 2009 du blogue de l'auteur: <http://www.michaelgeist.ca>
- Gervais, D. et Judge, E. F. (2006). *Le droit de la propriété intellectuelle*. Cowansville, Canada : Yvon Blais.
- Geuna, A. et Nesta, L. (2003). *University patenting and its effects on academic research* (SPRU Electronic Working Paper Series 99). Brighton, Royaume-Uni: University of Sussex Freeman Centre, Science and Technology Policy Research (SPRU). Récupéré du site *Research Papers in Economics* (RePEc): <http://ideas.repec.org/p/sru/ssewps/99.html>
- Giles, J. (2005). UK research councils claim success for open-access publishing plan. *Nature*, 435, 543.
- Gilker, S. (1989). Le *locus standi* du titulaire d'une licence de droit d'auteur: une question... d'intérêt. Partie II. *Cahiers de propriété intellectuelle*, 2(1), 1-26.

- Gingras, Y., Malissard, P. et Auger, J.-F. (2000). Les conditions d'émergence des « conflits d'intérêts » dans le champ universitaire. *Éthique publique*, 2(2), 126-137.
- Girard, I. (1999). Anything can be patented in the United States! *Léger Robic Richard Newsletter*, 3(4), 3. Récupéré du site Robic: <http://newsletter.robic.ca/archivespdf/1999automneEN.pdf>
- Goldfarb, B. et Henrekson, M. (2003). Bottom-up versus top-down policies towards the commercialization of university intellectual property. *Research Policies*, 32, 639-658.
- Goodman, R. (2004). The criteria for open access. *Serials Review*, 30(4), 258-270.
- Gordon, M. L. (2004). University controlled or owned technology: The state of commercialization and recommendations [version électronique]. *Journal of College and University Law*, 30(1), 641-672. Récupéré du site du Cabinet McGuireWoods, section News: http://www.mcguirewoods.com/news-resources/publications/technology_business/2004.02.27.htm
- Gøtzsche, P. C., Hróbjartsson, A., Johansen, H. K., Haahr, M. T., Altman, D. G. et Chan, A.W. (2007). Ghost authorship in industry-initiated randomised trials. *PLoS Medicine*, 4(1), e34. <http://www.plosmedicine.org/article/info:doi/10.1371/journal.pmed.0040019>
- Gouvernement du Québec (1998). *L'université devant l'avenir. Perspectives pour une politique gouvernementale à l'égard des universités québécoises*. Québec, Canada: Ministère de l'Éducation.
- Groupe d'experts sur la commercialisation des résultats de la recherche universitaire (1999). *Les investissements publics dans la recherche universitaire: comment les faire fructifier* (rapport final). Récupéré le 28 août 2009 du site du Programme des services de dépôt du gouvernement du Canada: <http://dsp-psd.pwgsc.gc.ca/Collection/C2-441-1999F.pdf>
- Gu, W. et Whewell, L. (1999). *La recherche universitaire et la commercialisation de la propriété intellectuelle au Canada* (document hors série n° 21). Ottawa, Canada: Industrie Canada. Récupéré du site d'Industrie Canada, section Recherche: <http://strategis.gc.ca/epic/site/eas-aes.nsf/fr/ra01731f.html>
- Guédon, J.-C. (2001). In Oldenburg's long shadow: Librarians, research scientists, publishers, and the control of scientific publishing. Dans S. K. Baker (prés.) *Creating the digital future. Proceedings of the 138th Association of Research Libraries (ARL) Membership Meeting*. Récupéré du site de l'association: <http://www.arl.org/resources/pubs/mmpCEEDINGS/138guedon.shtml>
- Guédon, J.-C. (2008). Repenser le sens de la communication scientifique : l'accès libre. *Médecine Sciences*, 24(6), 641-645.
- Guston, D. et Keniston, K. (1994). *The fragile contract: University science and the federal government*. Cambridge, MA: MIT Press.
- Hagstrom, W. O. (1965). *The scientific community*. New York, NY: Basic Books.
- Hamson, C. J. (1929). *Patent rights for scientific discoveries*. Indianapolis, IN: Bobbs-Merrill.

- Harnad, S. (1991). Post-Gutenberg galaxy: The fourth revolution in the means of production of knowledge. *Public-Access Computer Systems Review*, 2(1), 39-53.
- Harnad, S. (1995). A subversive proposal. Dans A. S. Okerson et J. J. O'Donnell (dir.), *Scholarly journals at the crossroads: A subversive proposal for electronic publishing. An Internet discussion about scientific and scholarly journals and their future*. Washington, DC: Association of Research Libraries. Récupéré du site de l'association : <http://www.arl.org/bm~doc/subversive.pdf>
- Harnad, S. (1998). Learned inquiry and the Net: The role of peer review, peer commentary and copyright. *Learned Publishing*, 11(4), 183-192.
- Harnad, S. (2004, 27 juin). *The 1994 "Subversive Proposal" at 10*. Message dans la liste de diffusion *OAI-eprints*. Récupéré le 28 mars 2005 de <http://lists.openlib.org/pipermail/oai-eprints/2004-June/000173.html>
- Harnad, S. et Brody, T. (2004). Comparing the impact of open access (OA) vs. non-OA articles in the same journals. *D-Lib Magazine*, 10(6). Récupéré du site de la revue : <http://www.dlib.org/dlib/june04/harnad/06harnad.html>
- Harnad, S., Brody, T., Vallières, F., Carr, L., Hitchcock, S., Gingras, Y. et al. (2004, 17 mai). The green and the gold roads to Open Access. *Nature Focus – Access to the literature*. Récupéré du site de la revue *Nature* : <http://www.nature.com/nature/focus/accessdebate/21.html>
- Harper, G. (2000). Developing a comprehensive copyright policy to facilitate online learning. *Journal of College and University Law*, 27(1), 5-14.
- Hatcher, J. (2008, février). Implementing Open Data. *The Open Source Business Resource*, 17-22. Récupéré du site de la revue : <http://www.osbr.ca/ojs/index.php/osbr/article/view/516>
- HEFCE (Higher Education Funding Council for England) (2003). *Intellectual property rights in e-learning programmes: Report of the working group* (rapport 2003/08). Récupéré le 7 février 2009 du site de l'organisme, section *Publications – 2003* : http://www.hefce.ac.uk/pubs/hefce/2003/03_08/03_08.pdf
- Heller, M. A. et Eisenberg R. S. (1998). Can patents deter innovation? The anticommons in biomedical research. *Science*, 280(5364), 698.
- Henderson, R., Jaffe, A. et Trajtenberg, M. (1998). Universities as a source of commercial technology: A detailed analysis of university patenting 1965-1988. *Review of Economics and Statistics*, 80(1), 119-127.
- Hiers, R. H. (2004). Institutional academic freedom – A constitutional misconception: Did *Grutter v. Bollinger* perpetuate the confusion? *Journal of College and University Law*, 30(3), 531-581.
- Hilaire-Pérez, L. (2000). *L'invention technique au siècle des Lumières*. Paris, France : Albin Michel.
- Hill, G. N. et Hill, K. T. (2002). Partnership. Dans *The People's Law Dictionary*. Récupéré le 1^{er} avril 2010 du site *LAW.COM Dictionary* : <http://dictionary.law.com>

- Howells, J. et McKinlay, C. (1999). *Commercialisation des résultats de la recherche universitaire en Europe* (rapport final au Groupe d'experts sur la commercialisation des résultats de la recherche universitaire du Conseil consultatif des sciences et de la technologie). Ottawa, Canada: CCST.
- Hoye, K. A. (2006). *University intellectual property policies and university-industry technology transfer in Canada*. Thèse de doctorat non publiée, Université de Waterloo, Canada.
- ICMJE (International Committee of Medical Journal Editors) (2006, mise à jour février). *Uniform requirements for manuscripts submitted to biomedical journals: Writing and editing for biomedical publication*. Récupéré le 20 avril 2006 du site de l'organisme, <http://www.icmje.org>
- Industrie Canada (2009, 20 juillet). *Le gouvernement du Canada lance des consultations nationales sur le droit d'auteur*. Récupéré le 12 février 2010 du site du ministère, section *Salle des médias – Communiqués*: <http://www.ic.gc.ca/eic/site/ic1.nsf/fra/04840.html>
- Initiative de Budapest pour l'accès ouvert (2002). Récupéré le 9 décembre 2008 du site de la fondation Soros : <http://www.soros.org/openaccess/fr/read.shtml>
- Innovation's golden goose. (2002). *The Economist*, 365, 3.
- Intrallect et AHRC Research Center for Studies in IP and IT Law (2005). *Creative Commons licensing solutions for the common information environment*. Récupéré le 8 février 2009 du site *Intrallect*, section *Knowledge base – General articles*: http://www.intrallect.com/index.php/intrallect/content/download/632/2631/file/CIE_CC_Final_Report.pdf
- IRSC (Instituts de recherche en santé du Canada) (2008, mise à jour février). *Politique sur l'accès aux résultats de recherche des IRSC*. Récupéré du site des instituts, section *Financement de la recherche en santé – Politiques de financement*: <http://www.cihr-irsc.gc.ca/f/32005.html>
- IRSC (Instituts de recherche en santé du Canada), CRSNG (Conseil de recherches en sciences naturelles et en génie du Canada) et CRSH (Conseil de recherches en sciences humaines du Canada) (2005, mise à jour octobre). *Énoncé de politique des trois Conseils. Éthique de la recherche avec des êtres humains*. Récupéré du site du Groupe consultatif interagences en éthique de la recherche (GER): <http://www.pre.ethics.gc.ca/francais/policystatement>
- Jefferson, T. (1813). *No patents on ideas – To Isaac McPherson, Monticello, August 13, 1813*. Récupéré du site de la University of Virginia Library, section *Jefferson Digital Archive – Letters 1760-1826*: <http://etext.lib.virginia.edu/toc/modeng/public/JefLett.html>
- Jefferson T., Alderson, P., Wager, E. et Davidoff, F. (2002). Effects of editorial peer review: A systematic review. *JAMA*, 287, 2784-2786.
- Jencks, C. et Riesman, D. (1968). *The academic revolution*. Garden City, NY: Doubleday.
- Jensen, R. et Thursby, M. (2001). Proofs and prototypes for sale: The licensing of university inventions. *American Economic Review*, 91(1), 240-259.

- Jodoin, N. (2000). Nouveauté, activité inventive et utilité en matière de brevet [version électronique]. *Cahiers de propriété intellectuelle*, 12(3), 659-694. Récupéré le 12 août 2009 du site Robic : <http://www.robic.ca/publications/Pdf/249FNJO%202000.pdf>
- Jurisprudence canadienne : reconnaître les abréviations (2003). *Bulletin d'information sur la documentation en droit de l'Université Laval*, 170. Récupéré le 8 avril 2010 du site de la Bibliothèque de l'Université Laval, section Droit – Bulletins documentaires : <http://www.bibl.ulaval.ca/info/biddul/bid-170.html>
- Kansa, E. C., Schultz, J. et Bissell, A. N. (2005). Protecting traditional knowledge and expanding access to scientific data: Juxtaposing intellectual property agendas via a "Some Rights Reserved" model. *International Journal of Cultural Property*, 12, 285-314.
- Kant, E. (1955). *Le conflit des facultés* (J. Gibelin, trad.). Paris, France : Librairie philosophique J. Vrin. (Ouvrage original publié en 1798 sous le titre *Der Streit der Fakultaten*. Königsberg (Kaliningrad, Russie) : Friedrich Nicolovius.)
- Kant, E. (1991). De l'illégitimité de la contrefaçon des livres. Dans *Vers la paix perpétuelle. Que signifie s'orienter dans la pensée ? Qu'est-ce que les lumières ? et autres textes* (F. Poirier, trad.). Paris, France : Flammarion. (Ouvrage original publié en 1785 sous le titre *Von der Unrechtmäßigkeit des Buchernachdrucks*.)
- Kasdan, M. (2000). How courts should do their business regarding business methods after *State Street Bank v. Signature Financial Group, Inc. Bright Ideas (A publication of the Intellectual Property Section of the New York State Bar Association)*, 9(3), 29.
- Kasirer, N. (2002). L'ambivalence lexicographique en droit d'auteur canadien [version électronique]. Dans M. Cornu, I. de Lamberterie, P. Sirinelli et C. Wallaert (dir.), *Dictionnaire comparé du droit d'auteur et du copyright* (p. 313-318). Paris, France : CNRS Éditions. Récupéré du site de la version de démonstration du dictionnaire à la Bibliothèque électronique en sciences et techniques : http://www.bibsciences.org/bibsup/cnrs_droit_auteur/pub_demo/debut/pdf/kasirer.pdf
- Kelley, K. B., Bonner, K., McMichael, J. S. et Pomea, N. (2002). Intellectual property, ownership and digital course materials: A study of intellectual property policies at two- and four-year colleges and universities. *Portal-Libraries and the Academy*, 2(2), 255-266.
- Ketis, N. V., Rudolph, J. et Gravelle, M. (1998, décembre). Ownership of intellectual property in Canadian universities. *AUTM Newsletter*. Récupéré le 20 août 2009 du site de Bereskin & Parr : <http://www.bereskinparr.com/English/publications/pdf/BioOwnUnilPGravelle.pdf>
- Kevles, D. (2002). *A history of patenting life in the United States with comparative attention to Europe and Canada: A report to the European Group on Ethics in Science and New Technologies*. Luxembourg, Luxembourg : Office for Official Publications of the European Communities. Récupéré du site du Groupe européen d'éthique des sciences et des nouvelles technologies (de la Commission européenne) : http://ec.europa.eu/european_group_ethics/publications/docs/study_kevles_en.pdf

- Kieff, S. F. (2001). Facilitating scientific research: Intellectual property rights and the norms of science – A response to Rai and Eisenberg. *Northwestern University Law Review*, 95(2), 691-705.
- Kilger, C. et Bartenbach, K. (2002). Patent law: New rules for German professors. *Science*, 298, 1173-1175.
- Kirkpatrick, K. L. (2006). OpenCourseWare : An "MIT thing" ? [version électronique]. *Searcher : The Magazine for Database Professionals*, 14(10), 53-58. Récupéré de l'archive dLIST de l'Université d'Arizona : <http://dlist.sir.arizona.edu/1873>
- Kling, R. (2004). The Internet and unrefereed scholarly publishing. *Annual Review of Information Science and Technology*, 38(1), 591-631.
- Klump, J., Bertelmann, R., Bräse, J., Diepenbroek, M., Grobe, H., Heinke, H. et al. (2006). Data publication in the Open Access Initiative. *Data Science Journal*, 5, 79-83.
- Kondro, W. (1997). Research management: Spat over intellectual property threatens Canadian networks. *Science*, 275, 922-923.
- Kortum, S. et Lerner, J. (1999). What is behind the recent surge in patenting ? *Research Policy*, 28, 1-22.
- Kromrey, J. et al. (2005, juin). Intellectual property and online courses: Policies at major research universities. Communication présentée à la *National Educational Computing Conference* (NCEC), Philadelphie, PA. Récupéré du site de la conférence : https://center.uoregon.edu/ISTE/uploads/NECC2005/KEY_6920072/Kromrey_IntellectualPropertyNECC2005_RP.pdf
- Lach, S. et Schankerman, M. (2003). *Incentives and invention in universities* (NBER Working Papers 9727). Cambridge, MA: National Bureau of Economic Research. Récupéré du site *Research Papers in Economics* (RePEc) : <http://ideas.repec.org/p/nbr/nberwo/9727.html>
- Ladas, S. P. (1975). *Patents, trademarks, and related rights: National and international protection* (vol. 1-3). Cambridge, MA: Harvard University Press.
- Laddie, H., Prescott, P., Vitoria, M., Speck, A. et Lane, L. (2000). *The modern law of copyright and designs* (3^e éd.). Londres, Royaume-Uni: Butterworths.
- Lametti, D. (2001). Publish and Profit? Justifying the ownership of copyright in the academic setting. *Queen's Law Journal*, 26(2), 497-568.
- Langford, M. H., Langford, C. H. et Burch, R. D. (1997). The 'well-stirred reactor': Evolution of industry-government-university relations in Canada. *Science and Public Policy*, 24(1), 21-27.
- Lapointe, S. (2000). L'histoire des brevets [version électronique]. *Cahiers de la propriété intellectuelle*, 12(3). Récupéré du site Robic, section *Publications* : <http://www.robic.ca/publications/Pdf/246-SLA.pdf>
- Larivière, V., Archambault, E., Gingras, Y. et Vignola-Gagné, E. (2006). The place of serials in referencing practices: Comparing natural sciences and engineering with social sciences and humanities. *Journal of the American Society for Information Science and Technology*, 57(8), 997-1004.

- Larivière, V., Zuccala, A. et Archambault, É. (2008). The declining scientific impact of theses: Implications for electronic thesis and dissertation repositories and graduate studies. *Scientometrics*, 74(1), 109-121.
- LaRoche, K., Collard, C. et Chernys, J. (2007). Appropriating innovation: The enforceability of university intellectual property policies. *International Property Journal*, 20(2), 135-175.
- Latournerie, A. (2001, juin). *Petite histoire des batailles du droit d'auteur* [originalement paru sur le site Powow.net, maintenant fermé]. Récupéré du site *Biblio du Libre*, section *Hack Lab du Libre*: http://www.freescape.eu.org/biblio/article.php3?id_article=33
- Laughlin, G. K. (2000). Who owns the copyright to faculty-created Web sites? The work-for-hire doctrine's applicability to Internet resources created for distance learning and traditional classroom courses. *Boston College Law Review*, 41, 549-584.
- Leclerc, D. (2008, mai). NSERC policy development: Access to research outputs [diaporama]. Communication présentée au Congrès annuel de l'association canadienne des bibliothèques de recherche (ABRC/CARL), Kingston, Canada. Récupéré du site de l'association: http://www.carl-abrc.ca/horaire/2008/d_leclerc_nserc.ppt
- Leduc Campbell, D. (2000). Joint authorship of songs: Recent developments in Canadian copyright law. *Robic Newsletter*, 4(1). Récupéré le 12 août 2009 du site *Robic*: <http://www.robic.ca/publications/Pdf/068.026E%20H00.pdf>
- Lerman, S. R. et Miyagawa, S. (2002). Open Course Ware. A case study in institutional decision making. *Academie*, 88(5). Récupéré du site de la revue: <http://www.aaup.org/AAUP/pubsres/academe/2002/SO/Feat/Lerm.htm>
- Lester, M. C. (2003). Profit or perish: University tech transfer. *Larta Vox*, 5(45).
- Liebenau, J. (1987). *Medical science and medical industry: The formation of the American pharmaceutical industry*. Londres, Royaume-Uni: Macmillan.
- Liebenau, J. (dir.) (1990). *Pill peddlers: Essays on the international pharmaceutical industry*. Madison, WI: American Institute for the History of Pharmacy.
- Lissoni, F. et Montobbio, F. (2008). *Inventorship and authorship in patent-publication pairs: An enquiry into the economics of scientific credit*. Centro di Ricerca sui Processi di Innovazione e Internazionalizzazione (CESPRI) Working Paper n° 224. Récupéré le 27 mai 2009 du site du centre: <http://www.cespri.unibocconi.it>
- Litman, J. (1990). The public domain. *Emory Law Journal*, 39, 965-1023.
- Locke, J. (1967). *Two treatises of government*. Cambridge, Royaume-Uni: Cambridge University Press. (Ouvrage original paru en 1689.)
- Loddington, S., Gadd, L., Oppenheim, C. et Manuel, S. (2006). *Proposed rights solution: Final report*. Loughborough University. Récupéré de l'archive de l'université: <http://dspace.lboro.ac.uk/dspace/handle/2134/2701>

- Loggie, K. A., Barron, A. E., Gulitz, E., Hohlfeld, T., Kromrey, J. D. et Sweeney, P. C. (2007). Intellectual property and online courses: Policies at major research universities. *The Quarterly Review of Distance Education*, 8(2), 109-126.
- Long, P. O. (1991). Invention, authorship, "intellectual property," and the origin of patents: Notes toward a conceptual history. *Technology and Culture*, 32(4), 846-884.
- Longdin, L. (2004). Copyright dowries in academia: Contesting authorship and ownership of online teaching materials in common law jurisdictions. *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, 35(1), 22-45.
- Longdin, L. (2005). Collaborative authorship of distance learning materials: Cross-border copyright and moral rights problems. *European Intellectual Property Review*, 27(1), 4-10.
- Longdin, L. (2007). Hyperlinking and copyright infringement. *New Zealand Business Law Quarterly*, 13, 33-46.
- Lubar, S. (1990). New, useful, and nonobvious. *Invention & Technology*, 6(1), 9-16.
- Luce, R. E. (2001). E-prints intersect the digital library: Inside the Los Alamos arXiv. *Issues in Science & Technology Librarianship*, (29). Récupéré du site de la revue: <http://www.istl.org/01-winter/article3.html>
- Machlup, F. et Penrose, E. (1950). The patent controversy in the nineteenth century. *Journal of Economic History*, 10(1), 1-29.
- Macleod, C. (1988). *Inventing the industrial revolution: The English patent system, 1660-1800*. Cambridge, Royaume-Uni: Cambridge University Press.
- MacQueen, H. L. (2005). "My tongue is mine ain": Copyright, the spoken word and privacy. *Modern Law Review*, 68(3), 349-377.
- Madhavan, M. et Campbell, J. (2007, 19 avril). *JISC legal investigation into student work and IPR*. Joint Information Systems Committee (JISC). Récupéré du site du comité: <http://www.jisclegal.ac.uk/publications/studentipr.htm>
- Mahabir, M. et Mingarelli, C. (2008, août). *Projet de loi C-61 : Loi modifiant la Loi sur le droit d'auteur*. Résumé législatif (LS-613F). Récupéré du site de la bibliothèque du Parlement: <http://www2.parl.gc.ca/Content%5CLOP%5CLegislative Summaries%5C39/2/c61-f.pdf>
- Mainguy, G., Motamedi, M. R. et Mietchen, D. (2005). Peer review – The newcomers' perspective. *PLoS Biology*, 3(9), e326. Récupéré du site de la revue: <http://www.plosbiology.org/article/info:doi/10.1371/journal.pbio.0030326>
- Malissard, P. (1999). *Quand les universitaires se font entrepreneurs. Les Laboratoires Connaught et l'Institut de microbiologie et d'hygiène de l'Université de Montréal, 1914-1972*. Thèse de doctorat non publiée, Université du Québec à Montréal, Canada.
- Malissard, P., Gemme, B. et Gingras, Y. (2003). La commercialisation dans les universités. *Actes de la recherche en sciences sociales*, 148, 57-67.

- Mann, B. L. (2008). Copyright protection and the new stakeholders in online distance education: The play's the thing. *First Monday*, 13(7). Récupéré du site de la revue: <http://www.uic.edu/htbin/cgiwrap/bin/ojs/index.php/fm/article/view/2095>
- Manton, E. J. et English, D. E. (2007). The trend toward multiple authorship in business journals. *Journal of Education for Business*, 82(3), 164-168.
- Manton, E. J. et English, D. E. (2008). An empirical study of gift authorships in business journals. *Journal of Education for Business*, 83(5), 283-287.
- Marshall, E. (2003). Science publishing: The UPSIDE of good behavior: Make your data freely available. *Science*, 299(5609), 990.
- Marusic, A., Bates, T., Anic, A. et Marusic, M. (2006). How the structure of contribution disclosure statements affects validity of authorship: A randomized study in a general medical journal. *Current Medical Research and Opinion*, 22(6), 1035-1044.
- Masse, C. (2003). Les limites qu'impose le droit de la concurrence aux contrats de licence de droits de propriété intellectuelle: étude comparative du droit canadien, américain et européen [version électronique]. *Cahiers de propriété intellectuelle*, 15(2), 395-474. Récupéré le 12 août 2009 du site de l'Association littéraire et artistique internationale: http://www.alai.ca/documentsP/CPI%2015-2-395_Masse.doc
- Matthews, B. (1890). The evolution of copyright. *Political Science Quarterly*, 5(4), 583-602.
- Matuschak, M. (2003, 11 septembre). *Deep linking: Legal certainty in Germany while debate continues in the United States*. Récupéré le 20 août 2009 du site WilmerHale, section Publications: <http://www.wilmerhale.com/publications/whPubsDetail.aspx?publication=338>
- Maurer, S. M. et Scotchmer, S. (2004). Institutions: A brief excursion through history. Dans S. Scotchmer (dir.), *Innovations and incentives* (p. 1-30). Cambridge, MA: MIT Press.
- McBride, S. et Smith, E. (2008, 19 décembre). Music industry to abandon mass suits. *The Wall Street Journal*. Récupéré de <http://online.wsj.com/article/SB122966038836021137.html>
- McCabe, M. J. (2002). Journal pricing and mergers: A portfolio approach. *American Economic Review*, 92(1), 259-269.
- McDowell, C. S. (2007). Evaluating institutional repository deployment in American academe since early 2005. *D-Lib*, 13(9-10). Récupéré du site de la revue: <http://www.dlib.org/dlib/september07/mcdowell/09mcdowell.html>
- McLachlin, B. (1993). Intellectual property – What's it all about. Dans G. G. Henderson (dir.), *Trade marks law of Canada* (p. 391-397), Toronto, Canada: Carswell.
- McMullan, E. (2008). Open access mandate threatens dissemination of scientific information. *Journal of Neuro-Ophthalmology*, 28(1), 72-74.

- McPherson, J. (2003). A crisis in scholarly publishing. *Perspectives Online*, 41(7). Récupéré du site de la revue, <http://www.historians.org/Perspectives/Issues/2003/0310>
- McSherry, C. (2001). *Who owns academic work? Battling for control of intellectual property*. Cambridge, MA: Harvard University Press.
- Mead, D. C. (1999). A brief *history of copyright*. Récupéré le 1^{er} août 2009 du site de l'auteur : <http://policy.meadholm.com/copyright>
- Mejia, L., Sencer, S., Sherer, T. et Snell, J. (2007, octobre). *Negotiating the securitization of a patent royalty stream* [diaporama]. Communication présentée au congrès annuel de la Licensing Executives Society Inc, Vancouver, Canada. Récupéré du site de l'association : <https://www.usa-canada.les.org/membersonly/priorevents/2007annual/secure/docs/1F.pdf>
- Merceur, F. (2008). *Fonctionnements et usages d'une Archive institutionnelle* (rapport n° 4632). Institut français de recherche pour l'exploitation de la mer (Ifremer). Récupéré de l'archive de l'institut, Archimer : <http://www.ifremer.fr/docelec>
- Merges, R. P. (1999). The law and economics of employee inventions. *Harvard Journal of Law and Technology*, 13(1), 1-63. Récupéré du site de la revue : <http://jolt.law.harvard.edu/articles/pdf/v13/13HarvJLTech001.pdf>
- Merton, R. K. (1973). The normative structure of science. Dans N. W. Storer (dir.), *The sociology of science* (p. 267-278). Chicago, IL: University of Chicago Press.
- Meyer, M. et Bhattacharya, S. (2004). Commonalities and differences between scholarly and technical collaboration. An exploration of co-invention and co-authorship analyses. *Scientometrics*, 61, 443-456.
- Mgbeoji, I. (2003). The juridical origins of the international patent system: Towards a historiography of the role of patents in industrialization. *Journal of the History of International Law*, 5, 403-422.
- Miller, C. T. et Harris, J. C. (2004). Scholarly journal publication: Conflicting agendas for scholars, publishers, and institutions. *Journal of Scholarly Publishing*, 35(2), 73-91.
- Minoit, G. (1995). *Censure et culture sous l'ancien régime*. Paris, France : Fayard.
- MIT OpenCourseware (2003, 8 octobre). *Guide to intellectual property and copyright compliance for OCW contributors*. Récupéré le 20 août 2009 du site du Center for Open and Sustainable Learning, section *Start an OCW – Intellectual property for OCW* : http://cosl.usu.edu/projects/start-an-ocw/intellectual-property-for-opencourseware/files/OCW_IP_Guide.pdf
- Mollier, J.-Y. (2005, mise à jour mai). *Naissance, développement et mutations de l'édition de l'encyclopédie de Diderot à Internet*. Aix-en-Provence, France : Maison méditerranéenne des sciences de l'homme, Pôle images-sons et recherches en sciences sociales. Récupéré le 1^{er} août 2009 du site *ImageSon*, section *Librairie – Colloques et conférences* : <http://imageson.org/document571.html>

- Monotti, A. (1995). Who should own intellectual property created by students? Dans *Proceedings of the 50th Anniversary Conference of the Australasian Law Teachers Association. Cross Currents: Internationalism, National Identity & Law* (p. 460-470). Récupéré le 21 avril 2006 du site de l'organisation : <http://beta.austlii.edu.au/au/special/alta/alta95/monotti.html>
- Monotti, A. et Ricketson, S. (2003). *Universities and intellectual property: Ownership and exploitation*. Oxford, Royaume-Uni : Oxford University Press.
- Mossoff, A. (2001). Rethinking the development of patents : An intellectual history, 1550-1800. *Hastings Law Journal*, 52, 1255-1322.
- Mowery, D. C., Nelson, R. R., Sampat, B. N. et Ziedonis, A. A. (2004). *Ivory tower and industrial innovation : University-industry technology transfer before and after the Bayh-Dole Act*. Stanford, CA : Stanford University Press.
- Mowery D. C. et Sampat, B. N. (2001). University patents and patent policy debates in the USA, 1925-1980. *Industrial and Corporate Change*, 10(3), 781- 814.
- Mowery, D. C. et Ziedonis, A. A. (2002). Academic patent quality and quantity before and after the *Bayh-Dole Act* in the United States. *Research Policy*, 31, 399-418.
- MRST (Ministère de la Recherche, de la Science et de la Technologie du Québec) (2001). *Politique québécoise de la science et de l'innovation. Savoir changer le monde*. Sillery, Canada : auteur. Récupéré du site du ministère du Développement économique, de l'Innovation et de l'Exportation, section *Science et technologie – Publications – Publications administratives – Politiques ministérielles* : http://www.mdeie.gouv.qc.ca/fileadmin/sites/internet/documents/publications/pdf/science_technologie/fr/pqsi/mrst_savoirchanger.pdf
- MRST (Ministère de la Recherche, de la Science et de la Technologie du Québec) (2002). *Plan d'action. Gestion de la propriété intellectuelle dans les universités et établissements du réseau de la santé et des services sociaux où se déroulent des activités de recherche*. Québec, Canada : auteur. Récupéré du site du FRSQ, section *Propriété intellectuelle* : http://www.frsq.gouv.qc.ca/fr/ethique/pdfs-prop_int/plan_pi.pdf
- MUNFA (Memorial University of Newfoundland Faculty Association) (2007, 7 mai). *Distance education and learning technologies (DELT)* (Information Bulletin 2006/07:31). Récupéré du site de l'assocation : <http://www.mun.ca/munfa/IB/2006-07/ib060731.htm>
- Murray-Rust, P. (2008). Open data in science. *Serials Review*, 34(1), 52-64.
- Nadasdy, Z. (1997). Electronic journal of cognitive and brain sciences – A truly all-electronic journal : Let democracy replace peer review. *The Journal of Electronic Publishing*, 3(1). Récupéré du site de la revue : <http://quod.lib.umich.edu/cgi/t/text/text-idx?c=jep;cc=jep;view=text;rgn=main;idno=3336451.0003.103>
- Nadeau, J.-B. (2008). Payantes, les idées ! *L'Actualité*, 33(14), 52.
- Nelsen, L. (1998). The rise of intellectual property protection in the American university. *Science*, 279, 1460-1461.

- Nelson, R. R. (2001). Observations on the post-Bayh-Dole rise of patenting at American universities. *Journal of Technology Transfer*, 26, 13-19.
- Newman, J. H. (1907). *The idea of a university* [version électronique]. New York, NY: Longmans, Green, and Co. Récupéré le 1^{er} août 2009 du site *Newman Reader*: <http://www.newmanreader.org/works/idea>
- Nguyen, T. (2007). Science commons: Material transfer agreement project. *Innovations: Technology, Governance, Globalization*, 2(3), 137-143. Récupéré du site de la revue: <http://www.mitpressjournals.org/doi/pdf/10.1162/itgg.2007.2.3.137>
- NIH (National Institutes of Health) (n.d.). *Fact Sheet – Human Genome Project*. Récupéré le 6 décembre 2008 du site des instituts, section *Research Results for the Public*: <http://www.nih.gov/about/researchresultsforthepublic/HumanGenomeProject.pdf>
- NIH (National Institutes of Health) (2007, mise à jour avril). *NIH data-sharing policy*. Récupéré le 6 décembre 2008 du site des instituts: http://grants.nih.gov/grants/policy/data_sharing
- Noble, D. (2001). *Digital diploma mills: The automation of higher education*. New York, NY: Monthly Review Press.
- NSF (National Science Foundation) (2008). *Science & Engineering Indicators 2008*. Récupéré du site de l'organisme: <http://www.nsf.gov/statistics/seind08>
- Nudelman, A. E. et Landers, C. E. (1972). The failure of 100 divided by 3 to equal 33-1/3. *The American Sociologist*, 7, 9.
- OCDE (Organisation pour la coopération et le développement économiques) (2004). *Science, technologie et innovation pour le 21^e siècle. Réunion du Comité de la politique scientifique et technologique de l'OCDE au niveau ministériel, 29-30 janvier 2004 – Communiqué final*. Récupéré du site de l'organisation: http://www.oecd.org/document/0,2340,fr_2649_34487_26006977_1_1_1,1,00.html
- OCDE (Organisation pour la coopération et le développement économiques) (2007). *Principes et lignes directrices de l'OCDE pour l'accès aux données de la recherche financée sur fonds publics*. Récupéré du site de l'organisation: http://www.oecd.org/document/2/0,3343,fr_2649_34269_38500802_1_1_1,1,00.html
- Oddi, L. F. et Oddi, A. S. (2000). Student-faculty joint authorship: Ethical and legal concerns. *Journal of Professional Nursing*, 16(4), 219-227.
- Odlyzko, A. M. (1995). Tragic loss or good riddance? The impending demise of traditional scholarly journals. *International Journal of Human-Computer Studies*, 42, 71-122.
- OFT (Office of Fair Trading) (2002). *The market for scientific, technical and medical journals* (rapport oft 396). Récupéré le 6 avril 2005 du site de l'office, section *News & Publications – Publications – Reports – Media*: http://www.oft.gov.uk/shared_oft/reports/media/oft396.pdf

- OMC (Organisation mondiale du commerce) (1994). Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce. Dans *Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce* (annexe 1-C). Récupéré du site de l'organisation: http://www.wto.org/french/docs_f/legal_f/27-trips_01_f.htm
- OMPI (Organisation mondiale de la propriété intellectuelle) (n.d.a). *État des adhésions aux traités de l'OMPI*. Récupéré le 12 février 2010 du site de l'organisation, section *L'OMPI – Traités*: <http://www.wipo.int/treaties/fr/summary.jsp>
- OMPI (Organisation mondiale de la propriété intellectuelle) (n.d.b). *États-Unis d'Amérique : Droit d'auteur, Loi, 1976*. Récupéré du site de l'organisation, section *Ressources – Collection de lois accessible en ligne (CLEA)*: <http://www.wipo.int/clea/fr/details.jsp?id=3923>
- OMPI (Organisation mondiale de la propriété intellectuelle) (n.d.c). Traité de coopération en matière de brevets («PCT») (1970). Récupéré le 12 février 2010 du site de l'organisation, section *Services – Ressources PCT – Au sujet du PCT*: <http://www.wipo.int/pct/fr/treaty/about.htm>
- O'Neill, P. B. (2001). A history of dramatic copyright and performance right in Canada to 1924 [version électronique]. *Recherches théâtrales au Canada*, 22(2), 190-218. Récupéré du site de la revue: http://www.lib.unb.ca/Texts/TRIC/bin/get7.cgi?directory=vol22_2_&filename=oneill.html
- Open Access and creative common sense (2004, 10 mai). *Open Access Now Newsletter*. Récupéré du site du bulletin, section *OA Now back issues*: <http://www.biomedcentral.com/openaccess/archive>
- OPIC (Office de la propriété intellectuelle du Canada) (2006, mise à jour juin). *Le guide des topographies de circuits intégrés*. Récupéré du site de l'office: [http://www.opic.ic.gc.ca/eic/site/cipointernet-internetopic.nsf/vwapj/ictguide-f.pdf/\\$file/ictguide-f.pdf](http://www.opic.ic.gc.ca/eic/site/cipointernet-internetopic.nsf/vwapj/ictguide-f.pdf/$file/ictguide-f.pdf)
- OPIC (Office de la propriété intellectuelle du Canada) (2008, mise à jour octobre). *Le guide des brevets*. Récupéré du site de l'office: [http://www.cipo.ic.gc.ca/eic/site/cipointernet-internetopic.nsf/vwapj/pt_grid_fr.pdf/\\$FILE/pt_grid_fr.pdf](http://www.cipo.ic.gc.ca/eic/site/cipointernet-internetopic.nsf/vwapj/pt_grid_fr.pdf/$FILE/pt_grid_fr.pdf)
- Orbach, B. Y. (2003, 27 octobre). *The law and economics of hired creativity : Who should own the rights*. Récupéré le 12 août 2009 du site *Michigan Law, University of Michigan Law School*: <http://www.law.umich.edu/centersandprograms/olin/workshops/Documents/Fall2003/orbach.pdf>
- Ott, S. (2004, octobre). *Linking cases worldwide – A comprehensive overview*, version 2.1. Récupéré le 20 août 2009 du site *Links and Law*, section *Linking Law Cases*: <http://www.linksandlaw.com/Version 2.1.pdf>
- Ouellet, C. G. (2004). *Œuvre créée ou non créée en collaboration ? Là est la question... Commentaires sur l'arrêt Drapeau c. Girard* [version électronique]. *Cahiers de propriété intellectuelle*, 16(3), 875-884. Récupéré du site *Robic*: <http://www.robic.ca/publications/Pdf/316-CGO.pdf>

- Ownership Issues* (n.d.). Récupéré le 13 avril 2009 du site du Center for Intellectual Property du University of Maryland University College, section *Issues & Resources*: http://www.umuc.edu/distance/odell/cip/links_ownership.shtml
- Packard, A. (2002). Copyright or copy wrong: An analysis of university claims to faculty works. *Communication Law and Policy*, 7(3), 275-316.
- Parry, O. et Mauthner, N. S. (2004). Whose data are they anyway? Practical, legal and ethical issues in archiving qualitative research data. *Sociology – The Journal of the British Sociological Association*, 38(1), 139-152.
- Patterson, L. (1968). *Copyright in historical perspective*. Nashville, TN: Vanderbilt University Press.
- Pepin, R. (2003). Qui détient les droits d'auteur sur les diverses productions des professeurs d'université? *Canadian Journal of Law and Technology*, 2(1), 35-45.
- Pilat, D. et Fukasaku, Y. (2007). OECD principles and guidelines for access to research data from public funding. *Data Science Journal*, 6, OD4-OD11.
- Pinfield, S. (2001). How do physicists use an e-print archive? Implications for institutional e-print services. *D-Lib Magazine*, 7(12). Récupéré du site du magazine: <http://www.dlib.org/dlib/december01/pinfield/12pinfield.html>
- Pinfield, S. (2007). Can open access repositories and peer-reviewed journals coexist? *Serials*, 20(3). 163-171.
- Plasseraud, Y. et Savignon, F. (1986). *L'État et l'invention : histoire des brevets*. Paris, France: Documentation française.
- Pontille, D. (2004). *La signature scientifique. Une sociologie pragmatique de l'attribution*. Paris, France: CNRS Éditions.
- Pontille, D. (2005). Commerce scientifique et valeurs professionnelles : l'économie des pratiques de signature. *Sciences de la société*, 66, 93-109.
- Pontille, D. (2008). Écologies de la signature en science. *Sociétés & représentations*, 25(1). 135-156. Récupéré du site CAIRN.INFO: http://www.cairn.info/resume.php?ID_ARTICLE=SR_025_0135
- Poschl, U. (2004). Interactive journal concept for improved scientific publishing and quality assurance. *Learned Publishing*, 17(2), 105-113.
- Powell, W. W. et Owen-Smith, J. (1998). Universities and the market for intellectual property in the life sciences. *Journal of Policy Analysis and Management*, 17(2), 253-277.
- Press, E. et Washburn, J. (2000). The kept university. *Atlantic Monthly*, 285(3), 39-54.
- PubMed Central submissions jump sharply under new NIH policy (2008, 24 juillet). *Library Journal Academic Newswire*. Récupéré du site du bulletin, section *Archives*: <http://www.libraryjournal.com/eNewsletter/CA6581624/2673.html>
- Rai, A. K. (1999). Regulating scientific research: Intellectual property rights and the norms of science. *Northwestern University Law Review*, 94(1), 77-152.

- Rai, A. K. (2001). Evolving scientific norms and intellectual property rights: A reply to Kieff. *Northwestern University Law Review*, 95(2), 707-713.
- Raking it in at patent U. (1988). *The Scientist*, 2(23), 4.
- Research Information Network. (2008). *To share or not to share: Publication and quality assurance of research data outputs*. Récupéré du site du réseau: <http://www.rin.ac.uk/data-publication>
- Revue de droit de McGill (2006). *Manuel canadien de la référence juridique* (6^e éd.). Toronto, Canada: Carswell.
- Rich, G. S. (2004). The "exclusive right" since Aristotle. *Federal Circuit Bar Journal*, 14, 217-224.
- Rich, L. L. (2004). *Interviews: Copyright protection and ownership*. Récupéré du site Publishing Law Center, section Legal Articles: <http://www.publaw.com/interview.html>
- Ridgeway, J. (1968). *The closed corporation: American universities in crisis*. New York, NY: Random House.
- Robitaille, J.-P. et Gingras, Y. (1999). *Le niveau de financement de la recherche universitaire au Canada et aux États-Unis: étude comparative*. Dossier de recherche – Association des universités et collèges du Canada, 3(1).
- Rose, M. (1988). The author as proprietor: *Donaldson v. Becket* and the genealogy of modern authorship. *Representations*, 23(1), 51-85.
- Rose, M. (1993). *Authors and owners. The invention of copyright*. Cambridge, MA: Harvard University Press.
- Rosenblatt, B. (1998). *Moral Rights Basics*. Récupéré le 8 juin 2009 du site Intellectual Property in Cyberspace 2000 du Berkham Center for Internet & Society (Harvard University), section Library: <http://cyber.law.harvard.edu/property/library/moralprimer.html>
- Rowlands I., Nicholas D. et Huntington P. (2004, 13 septembre). Journal publishing: What do authors want? *Nature web forum*. Récupéré le 9 avril 2005 de <http://www.nature.com/nature/focus/accessdebate/31.html>
- Royster, P. (2008). Publishing original content in an institutional repository. *Serials Review*, 34(1), 27-30.
- Sableman, M. (2001). Link law revisited: Internet linking law at five years. *Berkeley Technology Law Journal*, 16(3), 1273-1343. Récupéré le 8 juillet 2005 du site de la revue: <http://www.law.berkeley.edu/journals/btlj/articles/vol16/sableman/sableman.pdf>
- Saettler, P. (1990). *The evolution of American educational technology*. Englewood, CO, Libraries Unlimited.
- Sale, A. (2005). *The key things to know*. Récupéré le 30 novembre 2008 de l'archive de l'Université de Tasmanie: <http://eprints.utas.edu.au/223>
- Sandler, J. C. et Russell, B. L. (2005). Faculty-student collaborations: Ethics and satisfaction in authorship credit. *Ethics & Behavior*, 15(1), 65-80.

- Seamans, N. H. (2003). Electronic theses and dissertations as prior publications: What the editors say. *Library Hi Tech*, 21(1), 56-61.
- Seglen, P. O. (1996). Quantification of scientific article contents. *Scientometrics*, 35(3), 355-366.
- Shapiro, D., Wenger, N. et Shapiro, M. (1994). The contributions of authors to multiauthored biomedical research papers. *Journal of the American Medical Association*, 271(6), 438-442.
- Sherman, B. et Bently, L. (1999). *The making of modern intellectual property law: The British experience, 1760-1911*. Cambridge, Royaume-Uni: Cambridge University Press.
- Shinn, T. (1999). Changes or mutation? Reflections on the foundations of contemporary science. *Social Science Information*, 38(1), 149-176.
- Shirata, H. (2000). The origin of two American copyright theories. A case of the reception of English law [version électronique]. *The Journal of Arts Management, Law and Society*, 30(3), 193-207. Récupéré le 1^{er} août 2009 du site de l'auteur : <http://orion.mt.tama.hosei.ac.jp/hideaki/twocopy.htm>
- Shores, C. (2002, mars). Ownership of data. Communication présentée à l'AUTM Annual Conference, San Diego, CA. Récupéré le 28 septembre 2005 du site Digital Ventures, University of Washington : http://depts.washington.edu/ventures/About_Us/Presentations/Data_Rights/autm_02_data_rights.pdf
- Slaughter, S. (1998). National higher education in a global economy. Dans J. A. Currie et J. Newson (dir.), *Universities and globalization. Critical perspectives* (p. 45-70). Thousand Oaks, CA: Sage.
- Smith, M. F. (2002). Intellectual property and the AAUP. *Academe*, 88(5), 39-42. Récupéré du site de la revue : <http://www.aaup.org/AAUP/pubsres/academe/2002/SO/Feat/Smit.htm>
- Smith, R. (1997). Authorship is dying: Long live contributorship. *British Medical Journal*, 315, 696.
- Sookman, B. B. (2009). Copyright reform for Canada: What should we do? A submission to the copyright consultation. *Intellectual Property Journal*, 22(1), 1-27.
- Speakman, K. (2000). Spin-offs from research centers at a research university. *Journal of Business Venturing*, 15(1), 93-111.
- SPPUL (Syndicat des professeurs et professeures de l'Université Laval) (2006, 2 février). *Procès-verbal de la réunion du Conseil syndical tenue le vendredi 20 janvier 2006*. Récupéré du site du syndicat, section Organisation – Conseil syndical – Procès-verbaux – Anciens procès-verbaux : http://www.spul.ulaval.ca/organisation/conseil_syndical/documents/Pv060120.pdf
- Stallman, R. (2007, mise à jour janvier 2010). *Le projet GNU*. Récupéré le 1^{er} août 2010 du site du projet : <http://www.gnu.org/gnu/thegnuproject.fr.html>
- Statistique Canada (1999). Patent or perish? Universities are more inventive than ever. *Innovation Analysis Bulletin*, 1(1), 8. Récupéré du site de l'organisme, section English – Publications : <http://www.statcan.gc.ca/bsolc/olc-cel/olc-cel?catno=88-003-X19990014627>

- Statistique Canada (2008, 10 juillet). L'industrie de l'édition du livre. *Le Quotidien*. Récupéré le 28 août 2009 du site de l'organisme: <http://www.statcan.gc.ca/daily-quotidien/080710/dq080710a-fra.htm>
- Statistique Canada (2009, septembre). *Statistique des sciences. Estimations des dépenses au titre de la recherche et du développement dans le secteur de l'enseignement supérieur, 2007-2008* (document n° 88-001-X). Récupéré du site de l'organisme: <http://www.statcan.gc.ca/pub/88-001-x/88-001-x2009005-fra.htm>
- Stevens, A. J. (2004a). The enactment of Bayh-Dole. *Journal of Technology Transfer*, 29, 93-99.
- Stevens, A. J. (dir.). (2004b). *AUTM U.S. licensing survey: FY2003 survey summary*. Deerfield, IL: The Association of University Technology Managers (AUTM).
- Strowel, A. (2000). La Loi du 31 août 1998 concernant la protection des bases de données. *Cahiers de propriété intellectuelle*, 13(1), 197-226.
- Strowel, A. (2002). Droit d'auteur et copyright: faux-amis et vrais mots-valises [version électronique]. Dans M. Cornu, I. de Lamberterie, P. Sirinelli et C. Wallaert (dir.), *Dictionnaire comparé du droit d'auteur et du copyright* (p. 11-16). Paris, France: CNRS Éditions. Récupéré du site de la version de démonstration du dictionnaire à la Bibliothèque électronique en sciences et techniques: http://www.bibsciences.org/bibsup/cnrs_droit_auteur/pub_demo/debut/pdf/strowel.pdf
- Suber, P. (n.d.). *Timeline of the Open Access movement*. Récupéré le 7 décembre 2008 du site de l'auteur: <http://www.earlham.edu/~peters/fos/timeline.htm>
- Suber, P. (2002). Open access to the scientific journal literature. *Journal of Biology*, 1(3). Récupéré du site de la revue: <http://jbiol.com/content/1/1/3>
- Suber, P. (2008). Balancing author and publisher rights. *Bilgi Dünyası*, 9(1), 207-224. Récupéré le 20 novembre 2008 du site *E-prints in Library and Information Science (E-LIS)*: <http://eprints.rclis.org/archive/00013238>
- Swan, A. et Brown, S. (2004). Authors and open access publishing. *Learned Publishing*, 17(3), 219-224.
- Swann, J. P. (1988). *Academic scientists and the pharmaceutical industry: Cooperative research in twentieth-century America*. Baltimore, MD: Johns Hopkins University Press.
- Tawfik, M. J. (2003). Copyright as *droit d'auteur*. *Intellectual Property Journal*, 17, 59-81.
- Thompson, J. (2001). *Estimates of Canadian research and development expenditures (GERD), Canada, 1989 to 2000, and by province 1989 to 1998*. Ottawa, Canada: Statistique Canada, Division des sciences de l'innovation et de l'information électronique.
- Thompson, J., Baird, P. et Downie, J. (2001). *Report of the Commission of inquiry on the case involving Dr. Nancy Olivieri, the Hospital for Sick Children, the University of Toronto, and Apotex Inc*. Ottawa, Canada: Association canadienne des professeures et professeurs d'université (ACPPU).

- Thursby, J. G. et Kemp, S. (2002). Growth and productive efficiency of intellectual property licensing. *Research Policy*, 31, 109-124.
- Thursby, J. G. et Thursby, M. C. (2003, mai). *University licensing under Bayh-Dole: What are the issues and evidence?* Récupéré le 1^{er} août 2009 du site Free/Open Source Research Community du MIT: <http://opensource.mit.edu/papers/Thursby.pdf>
- Till, J. E. (2001). Predecessors of preprint servers. *Learned Publishing*, 14(1), 7-13.
- Townsend, E. (2003). Legal and policy responses to the disappearing “teacher exception,” or copyright ownership in the 21st century university, *Minnesota Intellectual Property Review*, 4(2), 209-283.
- Triggs, C. (2005). Academic freedom, copyright and the academic exception. *Workplace A Journal for Academic Labor*, 7(1), 60-79.
- Trueba, F. J. et Guerrero, H. (2004). A robust formula to credit authors for their publications. *Scientometrics*, 60(2), 181-204.
- Tryon, G. S., Bishop, J. L. et Hatfield, T. A. (2007). Doctoral students’ beliefs about authorship credit for dissertations. *Training and Education in Professional Psychology*, 1(3), 184-192.
- Tscharntke, T., Hochberg, M. E., Rand, T. A., Resh, V. H. et Krauss, J. (2007). Author sequence and credit for contributions in multiauthored publications. *PLoS Biology*, 5(1), e17-e18. Récupéré du site de la revue: <http://www.plosbiology.org/article/info:doi/10.1371/journal.pbio.0050018>
- Tudiver, N. (1999). *Universities for sale : Resisting corporate control over Canadian higher education*. Toronto, Canada : James Lorimer.
- Turk, J. L. (dir.). (2000). *The corporate campus : Commercialization and the dangers to Canada’s colleges and universities*. Toronto, Canada : Association canadienne des professeures et professeurs d’université (ACPPU) et James Lorimer.
- Ubell, R. (2001). Who owns what? Unbundling Web course property rights. *EDUCAUSE Quarterly*, 24(1), 45-47. Récupéré du site de la revue: <http://www.educause.edu/ir/library/pdf/eqm0117.pdf>
- U. S. Government Accountability Office (1998). *Technology transfer : Administration of the Bayh-Dole Act by research universities* (Report to Congressional Committees, GAO/RCED-98-126). Washington, DC : auteur.
- USPTO (United States Patent and Trademark Office) (n.d.). *U.S. patent statistics chart. Calendar years 1963-2008*. Récupéré le 1^{er} août 2009 du site de l’office: http://www.uspto.gov/go/taf/us_stat.htm
- Van Orsdel, L. C. et Born, K. (2008, 15 avril). Periodicals price survey 2008: Embracing openness. *Library Journal*. Récupéré du site de la revue: <http://www.libraryjournal.com/article/CA6547086.html>
- Vavakova, B. (1998). The new social contract between governments, universities and society : Has the old one failed? *Minerva*, 36(3), 209-228.
- Vaver, D. (1997). *Intellectual property law – Copyright, Patents, Trade-Marks*, Toronto, Canada : Irwin Law.

- Vaver, D. (2000). *Copyright law – Essentials of Canadian law*. Toronto, Canada : Irwin Law.
- Velterop, J. (2003). Should scholarly societies embrace Open Access (or is it the kiss of death)? *Learned Publishing*, 16(3), 167-169.
- Verspagen, B. (2006). University research, intellectual property rights and European innovation systems. *Journal of Economic Surveys*, 20(4), 607-632.
- Viala, A. (1985). *Naissance de l'écrivain, sociologie de la littérature à l'âge classique*. Paris, France : Éditions de Minuit.
- Ward, A. (n.d.). *Is your oral history legal and ethical?* Récupéré le 17 novembre 2008 du site de l'Oral History Society, section *Ethics* : <http://www.ohs.org.uk/ethics>
- WARF (Wisconsin Alumni Research Foundation) (n.d.). *WARF and Bayh-Dole*. Récupéré le 28 août 2009 du site de la fondation, section *Our History* : <http://www.warf.ws/about/index.jsp?cid=26&scid=35>
- Wellcome Trust (2004). *Costs and business models in scientific research publishing*. Récupéré du site de l'organisme, section *About us – Publications* : <http://www.wellcome.ac.uk/About-us/Publications/Reports/Biomedical-science/WTD003185.htm>
- Wells, A. (1999). *Exploring the development of the independent, electronic, scholarly journal*. Mémoire de maîtrise non publié, University of Sheffield, Royaume-Uni. Récupéré le 30 novembre 2008 du site du Department of Information Studies, section *Electronic Dissertations Library* : <http://panizzi.shef.ac.uk/elecdiss/edl0001>
- Westkampf, G. (2007). *Study on the implementation and effect in Member States' laws of Directive 2001/29/EC on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society. Part II. Implementation of Directive 2001/29/EC in the Member States*. Récupéré le 12 février 2010 du site de la Commission européenne, section *Single Market – Copyright – Studies* : http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/docs/studies/infosoc-study-annex_en.pdf
- Wilkes, R. A. (2004). The rights of co-patentees, *Canadian Intellectual Property Review*, 21(1), 213-230.
- Wilkinson, M.A. (1999). Le droit d'auteur dans le contexte de la propriété intellectuelle : une analyse des politiques universitaires canadiennes. *Cahiers de propriété intellectuelle*, 12(1), 51-94.
- Wolfensohn, D. (2004). Ce qui est à moi est à moi: une étude de la protection accordée par le droit d'auteur à la «sonorité» d'un musicien. *Cahiers de propriété intellectuelle*, 16(3), 837-852.
- Wood, R. D. (1997). A state pension for L. J. M. Daguerre for the secret of his Daguerreotype technique. *Annals of Science*, 54(5), 489-506.
- Woodmansee, M. (1984). The genius and the copyright: Economic and legal conditions of the emergence of the "author." *Eighteenth-Century Studies*, 17(4), 425-448.
- Wuchty, S., Jones, B. F. et Uzzi, B. (2007). The increasing dominance of teams in production of knowledge. *Science*, 316(5827), 1036-1039.

Table de législation

CANADA

Fédéral

Lois

<i>Loi canadienne sur les sociétés par actions</i> , L.R.C. 1985, c. C-44.....	36
<i>Loi constitutionnelle de 1867</i> , 30 & 31 Victoria, c. 3 (R.-U.).....	70, 126
<i>Loi modifiant la Loi sur le droit d'auteur et apportant des modifications connexes et corrélatives</i> , L.C. 1988, c. 15, devenue L.R.C. 1985, c. 10 (4 ^e supp.)....	45, 127
<i>Loi sur la concurrence</i> , L.R.C. 1985, c. C-34.....	87
<i>Loi sur la protection des obtentions végétales</i> , L.C. 1990, c. 20, devenue L.R.C. 1985, c. P-14.6.....	11, 26, 32, 83
a. 2.....	57
a. 5.....	12
a. 6.....	33
a. 7.....	57
<i>Loi sur le droit d'auteur</i> , L.R.C. 1985, c. C-42	11, 42, 48, 77, 133, 201, 210, 222, 258, 276, 305, 306
a. 2.....	44, 45, 46, 47, 49, 70, 102, 209, 215, 225, 260, 309
a. 21.....	11, 12
a. 27.....	88
a. 3.....	12, 16, 39, 40, 96
a. 28.2.....	19, 52
a. 5.....	16, 17, 40, 44
a. 29.....	23, 98, 254
a. 6.....	17, 254
a. 29.1.....	98
a. 12.....	57
a. 29.2.....	98
a. 13.....	57, 59, 61, 62, 85, 86, 204, 206, 245, 267, 272, 273
a. 29.3.....	310, 311
a. 29.3 à 29.9.....	101, 215, 216
a. 29.4.....	310
a. 14.1.....	13, 18, 206
a. 29.5.....	310, 311
a. 14.2.....	19
a. 29.6.....	89, 311, 312
a. 15.....	11, 12, 44
a. 29.7.....	89, 312
a. 18.....	11, 12

a. 29.9	311, 312	a. 34	95
a. 3(1.1)	44	a. 36	88
a. 30.1	313, 314	a. 38	96
a. 30.1 à 30.5	101	a. 42	96
a. 30.2	314, 315	a. 44	96
a. 30.21	315	a. 47	82
a. 30.3	315, 316	a. 48	83
a. 30.4	102, 309	a. 66	89
a. 30.5	101	a. 71	89, 216
a. 30.6	101	a. 77	84
a. 30.8	101	a. 79	101
<i>Loi sur les brevets</i> , L.R.C. 1985, c. P-4		11, 26, 73, 77	
a. 2	26, 27, 57	a. 35	29
a. 3	30	a. 42	12, 15
a. 4	82	a. 44	15, 30
a. 27(1)	29, 57	a. 45	30
a. 27(2)	57	a. 46	30
a. 27(3)	27, 32	a. 49	86
a. 27(8)	27	a. 50	86
a. 28.2	27	a. 54	95
a. 28.3	27, 28, 29	a. 75	96
a. 31	73		
<i>Loi sur les dessins industriels</i> , L.R.C. 1985, c. I-9		11, 26, 34	
a. 2	34	a. 10	35
a. 3	35, 83	a. 1149	35
a. 6	35	a. 12	35, 56
a. 9	12, 35		
<i>Loi sur les inventions des fonctionnaires</i> , L.R.C. c. P-32		64	
<i>Loi sur les marques de commerce</i> , L.R.C. 1985, c. T-13		11, 26, 35	
a. 2	37	a. 37	37
a. 6	37	a. 45	38
a. 19	12, 36, 37	a. 46	38
a. 22	36, 38	a. 63	83
a. 30	37	a. 9 à 15	37
<i>Loi sur les topographies de circuits intégrés</i> , L.C. 1990, c. 37, devenue L.R.C. 1985, c. I-14.6		11, 26, 33	
a. 2	57	a. 5	34
a. 3	33	a. 15	83
a. 4	34	a. 7.1	82

Projets de loi

Projet de loi C-60, <i>Loi modifiant la Loi sur le droit d'auteur</i> première lecture, le 20 juin 2005	90, 215, 217
Projet de loi C-61, <i>Loi modifiant la Loi sur le droit d'auteur</i> première lecture, le 12 juin 2008	91, 215, 217

Décrets, Ordonnances, Règlements

<i>Décret sur la reproduction de la législation fédérale et des décisions des tribunaux de constitution fédérale</i> , C.P. 1996-1995, 19 décembre 1996	20, 24
<i>Règlement sur les cas d'exception à l'égard des établissements d'enseignement, des bibliothèques, des musées et des services d'archives</i> , DORS/99-325	314, 315, 316
<i>Règlement sur les obligations de rapport relatives aux émissions, œuvres et autres objets du droit d'auteur reproduits à des fins pédagogiques</i> , DORS/2001-296	311, 312
<i>Règles sur les brevets et Annexes</i> , DORS/96-423	29, 30, 31
modifiées (entre autres) par DORS/2003-208	31

Provinces

<i>B. C. University Act</i> [RSBC 1996] c. 468	276
<i>Code civil du Québec</i>	
a. 947	14
a. 1379	67
a. 1435	67
a. 1436	244
a. 1437	67, 245
a. 1472	95
a. 1612	95
a. 2085	60
a. 2088	94
a. 2186	72
a. 2202	73
a. 2215	73
<i>Loi sur la publicité légale des entreprises individuelles, des sociétés et des personnes morales</i> , L.R.Q. c. P-45	36
<i>Loi sur les compagnies du Québec</i> , L.R.Q. c. C-38	36

ÉTATS-UNIS

Lois

<i>Constitution</i>	13, 20, 110, 129
<i>Copyright Act</i> , U.S.C. Title 17	17, 18, 20, 22, 58, 60, 71, 99, 117, 127, 133, 204, 205, 209, 216
<i>Copyright Act</i> , USC Title 1753	12
<i>Digital Millennium Copyright Act</i> , Pub. L. No.105-304 (1998)	216, 217, 306, 328
<i>Patent and Trademark Law Amendments of 1980</i> /	
Pub. L. No. 96-517 (<i>Bayh-Dole Act</i>)	141, 142, 144, 145, 146, 147, 148, 150, 151, 155, 156, 159, 209, 275
<i>Patents Act</i> , U.S.C. Title 35	12, 15, 29, 73
<i>Plant Variety Protection Act</i> , U.S.C. Title 7 (c. 57)	12
<i>Sonny Bono Copyright Term Extension Act</i> , Pub. L. No. 105-298, 112 Stat. 2827 (1998)	20

<i>Technology, Education and Copyright Harmonization Act of 2002,</i> Pub. L. No. 107-273, Subtitle C of Title III of H.R. 2215 (TEACH Act)	216, 217
<i>Technology Innovation Act of 1980</i> , Pub. L. No. 96-480 (Stevenson-Wydler Act)	142, 144
<i>Trademarks Act</i> , U.S.C. Title 15 (c. 22) (Lanham Act).....	12

Projets de lois

<i>Collections of Information Antipiracy Act</i> , H.R. 2652 (1998), H.R. 354 (1999).....	51
<i>Patent Act of 2005</i> , H.R. 2795	29
<i>Patent Act of 2009</i> , S. 515 / S. 610, H.R. 1260	29
<i>Patent Reform Act of 2007</i> , H.R. 1908, S. 1145	29

Décrets, Ordonnances, Règlements

<i>Policy for Rights in Inventions Made by Government Employees</i> Exec. Order 10096, 3 C.F.R. § 292 (1949-1953), reprise par Title 37 – <i>Patents, Trademarks, and Copyrights – Uniform Patent Policy for Rights</i> <i>in Inventions Made by Government Employees</i> , 37 C.F.R. 501 (2004).....	64
--	----

France

<i>Code de la propriété intellectuelle</i> Loi 92-597 (1992)	12, 15, 17, 18, 65, 66, 71
--	----------------------------

Royaume-Uni

<i>Copyright, Designs & Patents Act 1988</i> (c. 48)	12, 17, 65, 204
<i>Patents Act 1977</i> (c. 37)	15, 66

Traité, conventions et directives internationales

<i>Accord de libre échange nord américain</i> (ALENA 1992)	95
<i>Accord sur les Aspects des Droits de Propriété Intellectuelle</i> qui touchent au Commerce ADPIC/TRIPS (OMC 1994).....	81, 95, 120
<i>Arrangement de La Haye concernant le dépôt international des dessins</i> ou modèles industriels (1925)	81
<i>Arrangement de Lisbonne concernant la protection des appellations d'origine</i> et leur enregistrement international (1958)	81
<i>Arrangement de Locarno instituant une classification internationale pour les dessins</i> et modèles industriels (1968)	81
<i>Arrangement de Nice concernant la classification internationale des produits</i> et des services aux fins de l'enregistrement des marques (1957)	81
<i>Arrangement de Strasbourg concernant la classification internationale</i> des brevets (1971)	81

<i>Arrangement de Vienne instituant une classification internationale des éléments figuratifs des marques</i> (1973).....	81
<i>Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques</i> (1886).....	80, 125
complétée à Paris (1896)	
révisée à Berlin (1908).....	126
complétée à Berne (1914)	
révisée à Rome (1928).....	126, 127
révisée à Bruxelles (1948)	
révisée à Stockholm (1967)	
révisée à Paris (1971) et modifiée (1979)	
<i>Convention de Bruxelles concernant la distribution de signaux porteurs de programmes transmis par satellite</i> (1974)	80
<i>Convention de Genève pour la protection des producteurs de phonogrammes contre la reproduction non autorisée de leurs phonogrammes</i> (1971)	80
<i>Convention de Paris pour la protection de la propriété industrielle</i> (1883)....	15, 80, 120
révisée à Bruxelles (1900)	
révisée à Washington (1911)	
révisée à La Haye (1925).....	127
révisée à Londres (1934)	
révisée à Lisbonne (1958)	
révisée à Stockholm (1967).....	80
et modifiée (1979)	
<i>Convention instituant l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle</i> (Stockholm 1967)	83
<i>Convention internationale pour la protection des obtentions végétales</i> (Convention de l'UPOV) (1961)	32
révisée à Genève (1972, 1978 et 1991).....	32
<i>Convention universelle sur le droit d'auteur</i> (Genève 1952)	17
révisée à Paris (1971)	
<i>Traité de Budapest sur la reconnaissance internationale du dépôt des micro-organismes aux fins de la procédure en matière de brevets</i> (1977).....	81
<i>Traité de coopération en matière de brevets</i> (PCT) (Washington 1970).....	15, 30, 81
modifié en 1979, 1984 et 2001	
<i>Traité de l'OMPI sur les droits d'auteur</i> (WCT/TODA) (1996).....	80, 82, 90, 328
<i>Traité de l'OMPI sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes</i> (WPPT/TOIEP) (1996)	80, 82, 90
<i>Traité de Nairobi concernant la protection du symbole olympique</i> (1981)	80
<i>Traité sur la propriété intellectuelle en matière de circuits intégrés</i> (Washington 1989).....	80
<i>Traité sur l'enregistrement international des œuvres audiovisuelles</i> (Genève 1989).....	80

Directives

<i>Directive 2001/29/CE du Parlement européen et du Conseil, du 22 mai 2001, sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information, J.O. n° L 167 du 22/6/2001</i>	328
<i>Directive 93/98/CEE du 29 octobre 1993 relative à l'harmonisation de la durée de protection du droit d'auteur et de certains droits voisins, J.O. n° L 290/09 du 24/11/1993</i>	17
<i>Directive 96/9/CE du Parlement européen et du Conseil, du 11 mars 1996, concernant la protection juridique des bases de données, JOCE, n° L. 077/20 du 27 mars 1996</i>	50

VERSIONS HISTORIQUES DES LOIS

Canada

<i>Act to Protect and Regulate the Rights of Authors in Respect of their Works (No 2 of 1873) Canadian Copyright Act, 1875, 38 & 39 Vict., c. 53</i>	126
<i>An Act for the protection of Copy Rights / Acte pour protéger la propriété littéraire, Will IV, c. 53, (1832)</i>	126
<i>An act to encourage the progress of useful arts within the province, 7 Geo. IV, c. 5 (1826) (Upper Canada)</i>	127
<i>An Act to promote the progress of useful Art in this Province / Acte pour encourager les progrès des arts utiles en cette province, 1824, 4 Geo IV, c. 25 (Bas-Canada)</i>	127
<i>Loi sur le droit d'auteur, S.C. 1921, c. 24</i>	126
<i>Loi sur le droit d'auteur, S.R.C. 1970, c. C-30</i>	46

États-Unis

<i>Act for the encouragement of learning, by securing the copies of maps, charts, and books, to the authors and proprietors of such copies, during the times therein mentioned, 1 Stat. 124 (Copyright Act) (1790)</i>	116
<i>An Act in Addition to An Act to promote the Progress of the useful Arts, 1861, c. 88, 12 Stat. 246, (1861)</i>	111
<i>International Copyright Act, 26 Stat. 1106 (Chace Act) (1891)</i>	117
<i>Patent Act, c. 11, 1 Stat. 318-323 (1793)</i>	111, 127
<i>Patent Act, c. 230, 16 Stat. 198-217 (1870)</i>	111
<i>Patent Act, c. 357, 5 Stat. 117 (1836)</i>	111
<i>Patent Act, c. 7, 1 Stat. 109-112 (1790)</i>	111
<i>Sherman Antitrust Act, c. 647, 26 Stat. 209 (1890)</i>	111

France

<i>Décret relatif aux spectacles</i> – 13-19 janvier 1791	123
<i>Loi du 20 mai 1920 frappant d'un droit au profit des artistes, les ventes publiques d'objets d'art</i>	130
<i>Loi n° 57-298 du 11 mars 1957 sur la propriété littéraire et artistique</i>	125
<i>Loi relative aux découvertes utiles, & aux moyens d'en assurer la propriété à ceux qui seront reconnus en être les auteurs</i> – 7 janvier 1791	119, 120
<i>Loi relative aux droits de propriété des Auteurs décrits en tout genre, des Compositeurs de musique, des Peintres et des Dessinateurs – 19 juillet 1793</i>	123
<i>Loi sur les brevets d'invention</i> – 5 juillet 1844	120, 129
<i>Ordonnance sur la réforme de la justice</i> – Charles IX (Ordonnance de Moulins) – février 1566	122

Royaume-Uni

<i>An Act for an Union of the two Kingdoms of England and Scotland, 5 Anne c. 8 (1706)</i>	115
<i>An Act for Preventing the Frequent Abuses in Printing Seditious Treasonable and Unlicensed Books and Pamphlets and for Regulating Printing and Printing Presses, 13 & 14 Car. II, c. 33 (Licensing of the Press Act) (1662)</i>	114
<i>An Act for Reviving and Continuance of several Acts of Parliament therein mentioned 13 & 14 Car. II. c. 33. continued for 7 Years from June 24, 1685, Jac. 2, c. 15 (1685)</i>	114, 115
<i>An Act for the Encouragement of Learning, by Vesting the Copies of Printed Books in the Authors or Purchasers of Such Copies, 8 Anne, c. 19 (1709)</i>	112, 115, 116
<i>Imperial Copyright Act, 1 & 2 George V c. 46 (1911)</i>	126
<i>Patent Law Amendment Act, 15 & 16 Vict. c. 83 (1852)</i>	127
<i>Statute of Monopolies, 21 Jac. 1, c. 3 (1623)</i>	109, 110, 111, 115, 118, 127

Table de jurisprudence

Canada

<i>Algonquin Mercantile Corp. v. Dart industries Canada Ltd.</i> , (1984) 1 C.P.R. (3d) 75 (C.A.F.)	35
<i>Amusements Wiltron c. Mainville</i> , [1991] R.J.Q. 1930 (C.S.)	60
<i>Apotex Inc. c. Wellcome Foundation Ltd.</i> , [2002] 4 R.C.S. 153	27, 28, 74
<i>Apple Computer Inc. c. Macintosh Computer Ltd.</i> , [1988] 1 C.F. 673 (C.A.)	45
<i>Barton Insurance Brokers Ltd. v. Irwin</i> (1999) BCCA 73	94
<i>Boudreau v. Lin</i> , (1997) 75 C.P.R. (3d) 1 (Ont. G.D.)	228, 234, 237
<i>Canadian Aero Services c. O'Malley</i> , [1974] R.C.S. 592	94
<i>CCH Canadienne Ltée c. Barreau du Haut-Canada</i> , 2002 C.A.F. 187, confirmée par [2004] 1 R.C.S. 339	13, 42, 49, 77, 97, 98, 99, 102, 103, 194, 226, 254
<i>Compo Co. c. Blue Crest Music Inc.</i> , [1980] 1 R.C.S. 357	79
<i>Comstock Canada v. Electec Ltd.</i> , (1991) 38 C.P.R. (3d) 29 (C.F. 1 ^{re} inst.)	63
<i>Dolmage v. Erskin</i> (2003) 23 C.P.R. (4th) 495 (Ont. Sup. Ct. (Sm. Cl. Div.))	205
<i>Drapeau c. Carbone 14</i> , [2000] R.J.Q. 1525 (C.S.), confirmée par (sub nom.) <i>Drapeau c. Girard</i> , [2003] R.J.Q. 2539 (C.A.)	71
<i>Euro-Excellence Inc. c. Kraft Canada Inc.</i> , [2007] 3 R.C.S. 21	88
<i>G.D. Searle & Co. v. Novopharm Ltd.</i> , [2007] C.A.F. 173	63
<i>Gerrard Wire Tying Machine Co. Ltd v. Cary Manufacturing Co.</i> , [1926] R.C.É. 170	29, 75
<i>Goulet c. Marchand</i> , J.E. 85-964 (C. S.)	227
<i>Harvard College c. Canada (Commissaire aux brevets)</i> , [2002] 4 R.C.S. 45	79
<i>International Corona Resources Ltd. c. LAC Minerals Ltd.</i> , [1989] 2 R.C.S. 574	95

<i>Lachance c. Productions Marie Eykel inc.</i> [2008] J.Q. 9759 (C.S.)	226
<i>Monsanto Canada Inc. c. Schmeiser</i> , [2004] 1 R.C.S. 902	27
<i>Neudorf c. Nettwerk Productions Ltd.</i> , [1999] B.C.J. no 2831 (B.C. S.C.)	71, 76
<i>Pink Panther Beauty Corp. c. United Artists Corp.</i> , [1998] 3 C.F. 534 (C.A.)	36
<i>Pope Appliance Corp. v. Spanish River Pulp and Paper Mills</i> , [1929] A.C. 269	12
<i>Robertson c. Thomson Corp.</i> , [2006] 2 R.C.S. 363	70, 86
<i>Snow v. Eaton Centre Ltd.</i> (1982), 70 C.P.R. (2d) 105 (Ont. H.C.J.)	127
<i>Tat-ha c. Centre hospitalier de l'Université Laval</i> , [1999] A.Q. no 181 (C.S)	18
<i>Théberge c. Galerie d'Art du Petit Champlain inc.</i> , [2002] 2 R.C.S. 336 (355)	13, 18, 42, 43, 103
<i>Turgeon c. Michaud</i> , 2003 CanLII 4735 (QC C.A.)	86
<i>U & R Tax Services Ltd. c. H & R Block Canada Inc.</i> , (1995), 62 C.P.R. (3d) 257 (C.F. 1 ^{re} inst.)	97
<i>University of Saskatchewan c. Canada (Directrice du Bureau de la protection des obtentions végétales)</i> , [2001] 3 C.F. 247 (1 ^{re} instance)	32
<i>Veuve Clicquot Ponsardin c. Boutiques Clicquot Ltée</i> , [2006] 1 R.C.S. 824	79

États-Unis

<i>In re Bilski</i> , 45 F.3d 943, 88 U.S.P.Q.2d 1385 (Fed. Cir. 2008)	121
<i>Burrow-Giles Lithographic Company v. Sarony</i> , 111 U.S. 53 (1884)	21
<i>Childress v. Taylor</i> , 945 F.2d 500 (2d Cir. 1991)	71, 73
<i>Community for Creative Non-Violence v. Reid</i> , 490 U.S. 730 (1989)	58, 61
<i>Diamond v. Chakrabarty</i> , 447 U.S. 303 (1980)	121
<i>Eldred et al. v. Attorney General</i> , 537 U.S. 186 (2003)	20
<i>Feist Publications, Inc. v. Rural Telephone Service Co.</i> , 499 U.S. 340 (1991)	20, 40
<i>Garrison v. Louisiana</i> , 379 U.S. 64, 74-75 (1964)	22
<i>Graham v. John Deere Co. of Kansas City</i> , 383 U.S. 1, 5-6 (1966)	20
<i>Harper & Row, Publishers, Inc. v. Nation Enterprises</i> , 471 U.S. 539 (1985)	20
<i>In re Katz</i> , 687 F.2d 450	229
<i>Maurel v. Smith</i> , 220 F. 195 (S.D.N.Y. 1915), aff'd 271 F. 211 (2d Cir. 1921)	71
<i>Mueller Brass Company v. Reading Industries, Inc.</i> , 352 F. Supp. 1357 (1972)	73
<i>New York Times Co. v. Sullivan</i> , 376 U.S. 254, 270 (1964)	22
<i>Salomons v. United States</i> , 137 US 342 (1890)	63
<i>Sony Corp. of America v. Universal City Studios, Inc.</i> , 464 U.S. 417 (1984)	20
<i>State Street Bank & Trust Co. v. Signature Financial Group Inc.</i> , 149 F.3d 1368 (Fed. Cir. 1998)	121

<i>United States v. Dubilier Condenser Corporation</i> , 289 U.S. 178 (1933), décision modifiée par 289 U.S. 706.....	65
<i>Zacchini v. Scripps-Howard Broadcasting Co.</i> , 433 U.S. 562, 577, n. 13 (1977).....	22

Royaume-Uni

<i>Cala Homes (South) Ltd. v. Alfred McAlpine Homes East Ltd.</i> , [1995] E.W.J. No. 66 (Ch.D.)	76
<i>Hubbard et al. v. Vosper et al.</i> , (1972) 1 All E.R. 1023 (C.A.)	99
<i>Levy v. Rutley</i> , [1871] W.L.R. 976 (C.A.)	71
<i>Murray v. I.C.I. Ltd.</i> , [1967] R.P.C. 216	84
<i>Stevenson Jordan & Harrison Ltd v. Macdonald & Evans</i> , [1952] 1 T.L.R. 101 (C.A.)	60, 62
<i>Stuart v. Barrett</i> , [1994] E.M.L.R. 448 (Ch.D.)	76
<i>Tidy v. Trustees of the Natural History Museum</i> , (1995) 39 I.P.R. 501; [1996] E.I.P.R. D-81 (H.C.)	127
<i>University of London Press Ltd. v. University Tutorial Press Ltd.</i> , [1916] 2 Ch. 611	40

Australie

<i>University of Western Australia v. Gray</i> (No 20), [2008] FCA 498 (j. French, 17 avril 2008)	68
<i>University of Western Australia v. Gray</i> [2009] FCAFC 116	68

Index

A

Académie royale des sciences 118, 129, 171
Accès libre 175, 331
archives et répertoires électroniques 175, 220
aux mémoires et thèses 251
et droit d'auteur 186
et enseignement médiatisé 219
revues scientifiques 183
Accès restreint 181, 189, 221, 251
ADPIC (Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce) 81, 92, 120
American Chemical Society 252
American Psychological Association 231
Archives électroniques
arXiv 176
autoarchivage 178
centralisées 178, 221
de ressources numériques
d'apprentissage 220
droits des usagers 222
en sciences de la vie 177
en sciences humaines et sociales 177
et droit d'auteur 190, 222
et évaluation par les pairs 178

et littérature grise 179
et organismes de financement 181
et utilisation des œuvres 191
histoire 175
institutionnelles 177, 220
MERLOT 221
répertoires 177
stratégies de croissance 181, 224
Autoarchivage 178
et accès restreint 181, 189, 221, 251
et droit d'auteur 189
exigences de dépôt 181
obstacles 180
Autorat *Voir Cosignature*

B

Bases de données 50
Bayh-Dole Act 144, 275
et autres pays industrialisés 147
et brevets universitaires 148
Bibliothèque et Archives Canada 250, 291
Brevets
critères de brevetabilité 26
définition 15
demandes de 29
et enseignement médiatisé 201
évolution
au Canada 127
aux États-Unis 111

- en France 120
 - récente 121
 - origine 107
 - scientifiques 129
 - universitaires 148
- C**
- Cession (des droits de propriété intellectuelle) 84
 - exigence de forme 86
 - totale ou partielle 85
 - Coauteurat *Voir* Cosignature
 - Co-invention 73
 - Commercialisation 137
 - effet sur la diffusion de l'information 164
 - effet sur les universités et les chercheurs 164
 - et Bayh-Dole Act* 144
 - et domaine public 166
 - et mission des universités 166, 285
 - et politiques universitaires 283
 - évolution 141
 - partage des revenus 291
 - prise en charge 284
 - retombées financières 151
 - success stories* 154
 - Common law 40, 63, 65, 87, 94, 109, 114, 116, 126, 193
 - Contrat d'adhésion 67, 244, 247
 - Contribution substantielle (ou significative)
 - invention 74
 - œuvres 76, 226
 - Conventions collectives et propriété intellectuelle 261
 - Copyright 38, 40, 114, 125, 229
 - Cosignature 230
 - auteur fantôme 235
 - autorat complaisant 235
 - différences entre disciplines 238, 325
 - enjeux financiers 230
 - et direction de mémoire ou de thèse 237
 - et éthique 230, 234
 - et liste des contributions 240
 - et responsabilité 241
 - ordre des noms 238
 - pratiques de 234
 - Cours à distance (ou en ligne) 203
 - Creative Commons *Voir* Licences Creative Commons
 - Crise des périodiques 173
- D**
- Dessins industriels 34
 - Digital rights management (DRM)
 - Voir* Gestion numérique des droits
 - Divulgation des inventions
 - à l'établissement 280
 - publique 27, 280
 - Domaine public 19
 - et commercialisation 166
 - Données de recherche 192
 - et base de données 50
 - et compilations 48
 - et droit d'auteur 48
 - et éthique 195
 - partage 196
 - propriété 193, 299
 - types 192
 - DRM (Digital rights management)
 - Voir* Gestion numérique des droits
 - Droit d'auteur
 - droits économiques 16
 - droits moraux 18, 124, 125, 126, 255
 - durée 17, 19
 - et entrevues 194
 - et hyperliens 217
 - évolution
 - au Canada 90, 126
 - au Royaume-Uni 116
 - aux États-Unis 117
 - en France 125
 - gestion collective 89
 - origine 112
 - Droit dusage (d'une invention) 64
 - Droits moraux 18, 124, 125, 126, 255
 - et cosignature 229
 - et enseignement médiatisé 212
 - et hyperliens 218
 - et plagiat 255
 - Droits pécuniaires *Voir* Droit d'auteur – droits économiques

E

- Enseignement à distance (ou en ligne) 202, 207, 216, 268, 288
Enseignement en mode hybride 203
Enseignement médiatisé 203
 et accès libre 219
 et brevets 201
 et droits moraux 212
 et exceptions de la *Loi sur le droit d'auteur* 214
 et *fair use* 216
 et gestion numérique des droits 216
 et licences d'exploitation 211
 et ressources numériques d'apprentissage 220
 et sociétés de gestion collective 216
 utilisation des œuvres des étudiants 248
Éthique 255
 auteur fantôme 235
 autorat complaisant 235
 et cosignature des publications 230, 234
 et données de recherche 195
 et entrevues de recherche 194
Étudiants *Voir* Propriété intellectuelle des étudiants
Évaluation par les pairs 172
 et archives électroniques 178
Exception professorale 205
 et liberté universitaire 206
 et politiques universitaires 266
Exceptions de la *Loi sur le droit d'auteur*
 et domaine public 22
 et enseignement médiatisé 214
 pour les établissements d'enseignement 103
 utilisation équitable 98, 254

F

- Facteur d'impact 240
Facteur d'impact (d'une revue) 172
Fair dealing *Voir* Utilisation équitable
Fair use 98
 et réutilisation des publications 186

G

- Gestion numérique des droits (*digital rights management*) 89, 327
 et enseignement médiatisé 216

H

- Hyperliens 217

I

- ICMJE (International Committee of Medical Journal Editors) 232
Imperial Copyright Act 126

Inconduite scientifique

- et autorat 231
 et données de recherche 195
 plagiat 252, 255

- Information confidentielle 92, 249, 251

- Information scientifique
 descriptions des recherches 170
 données de recherche 192

- Ingelfinger (règle d') 180, 252

Inventions

- brevets 15
 co-invention 73, 278
 contribution substantielle (ou significative) 74
 définition 26
 des employés de l'État américain 64
 divulgation à l'établissement 280
 divulgation publique 27, 280
 droit d'usage (*shop right*) 64
 et politiques universitaires 274
 réalisées en cours d'emploi 62
 titularité 274

L

- Lettre patente 107
Liberté universitaire 133
 et exception professorale 206
Licence 84
 d'exploitation, totale ou partielle 85
 d'exploitation et d'utilisation 84
 d'exploitation exclusive 87
 d'utilisation 222, 255, 333
 exigence de forme 86
 implicite 96, 190, 191, 213, 222

Licence GNU GPL 333
 Licences Creative Commons 191,
 252, 255, 334

Littérature grise 179

Logiciel libre 332

Logiciels
 brevetabilité 27, 121, 201
 et droit d'auteur 45
 licences d'utilisation 87
 politiques des universités 209,
 248, 260

M

Marques de commerce 35
 Mémoires et thèses
 et accès libre 251
 et archives institutionnelles 250
 licences d'exploitation 249, 251
 par articles 237, 253, 274
 publication ultérieure 252
 restrictions de publication 165,
 249
 utilisation par le directeur de
 recherche 248, 289
 utilisation par l'université 249, 290

O

Obtentions végétales 31
 Œuvre
 catégories 44
 contribution substantielle (ou
 significative) 76, 226
 créée en collaboration 71, 208, 213
 de commande 56
 fixation matérielle 43
 originalité 40
 partie importante (d'une) 96, 254
 réalisée en cours d'emploi 59
 Œuvre collective (*collective work*) *Voir*
 Recueil
 Œuvres d'enseignement
 intérêts des auteurs et des
 établissements 210
 titularité 204
 OMPI (Organisation mondiale de la
 propriété intellectuelle) 83
 OPIC (Office de la propriété
 intellectuelle du Canada) 83

Organisation mondiale du commerce
 (OMC) 81

P

Plagiat 252, 255

Politiques des Universités
 applicabilité 66, 244, 247
 catégories de créations 260
 coauteurat 232
 demandes de brevet 283
 divulgation des inventions 280
 données de recherche 299
 et conventions collectives 261
 et enseignement à distance 268,
 288

et enseignement médiatisé 207
 et Plan d'action – gestion de la PI
 (Québec) 162

évolution touchant les...
 brevets 155

œuvres d'enseignement 207
 exception professorale 266
 inventions 247, 274
 liste des documents cités 321
 logiciels 209, 248, 260
 mémoires et thèses par

articles 237, 274
 notes méthodologiques 317
 partage des revenus de

commercialisation 291
 personnes visées 261
 prise en charge de la
 commercialisation 284

règlement des différends 302
 restrictions et délais de

publication 249, 286, 295
 titularité du droit d'auteur –
 étudiants 242, 244, 270

titularité du droit d'auteur –

professeurs 266
 utilisation des créations à

l'interne 247, 287
 utilisation des inventions et des

logiciels 248
 utilisation des mémoires et des
 thèses 248, 249, 289

Politiques gouvernementales
 Canada 155

- Rapport Fortier* 158
- Réseaux de centres d'excellence 157
- États-Unis
- Bayh-Dole Act* 144
- Québec
- et Politiques universitaires 162
- Plan d'action – gestion de la PI 160
- Postpublication (*postprint*) 176
- Prépublication (*preprint*) 175
- Programmes d'ordinateur
- Voir Logiciels*
- Propriété intellectuelle des étudiants embauchés comme auxiliaires 271
- et contrats de recherche 243
- inventions 245
- jurisprudence 227
- titularité 242, 270
- Propriété intellectuelle universitaire 227
- historique 131
- Propriété scientifique 47, 227
- brevets scientifiques 129
- données de recherche 48
- et bases de données 50
- et compilations 48
- historique 128
- inventions 52
- publications 51
- Publications 171
- archives et répertoires électroniques 175
- et droit d'auteur 52, 186
- évaluation par les pairs 172, 175, 178
- intérêts des auteurs 187, 229
- restrictions et délais 165, 249, 286, 295
- réutilisation 186
- R**
- Recherche universitaire
- émergence 132
- et commercialisation 137
- Recueil 70, 214
- Règlements des universités
- Voir* Politiques des universités
- Renonciation 24
- tacite 96
- Renseignements confidentiels
- Voir* Information confidentielle
- Ressources numériques
- d'apprentissage (RNA) 220
- archives et répertoires électroniques 220
- et droit d'auteur 222
- Revues en accès libre
- émergence 183
- et droit d'auteur 190
- et licences Creative Commons 191
- et utilisation des œuvres 191
- modèles économiques 184
- Revues scientifiques
- accès en ligne payant 185
- crise des périodiques 173
- en accès libre 183
- facteur d'impact 172
- maisons d'édition 173
- Royal Society 128, 171
- S**
- Sanctions (en cas de violation de la Loi) 95
- Secret commercial ou industriel
- Voir* Information confidentielle
- Shop right* *Voir* Droit d'usage (d'une invention)
- Signature (des publications)
- Voir* Cosignature
- Sociétés de gestion collective 89
- Sweat of the brow* (doctrine du) 40, 41, 115, 122
- T**
- Thèses *Voir* Mémoires et thèses
- Topographies de circuits intégrés 33
- U**
- U.S. Copyright Act* – historique 117
- U.S. Copyright Office* 83
- U.S. Patent Act* – historique 111
- Universités (individuelles)
- Australie
- Western Australia (UWA) 68

- Canada
- Alberta 234
 - Athabasca 269
 - École de technologie supérieure (ETS) 162, 261, 303
 - École Polytechnique 231, 260
 - Écoles des hautes études commerciales (HEC) 163
 - Guelph 260
 - Institut national de la recherche scientifique (INRS) 294
 - Laval 163, 250, 294, 303
 - Lethbridge 261
 - McGill 261
 - McMaster 248
 - Memorial 211
 - Montréal 132, 163, 178
 - Nouveau-Brunswick 261
 - Ottawa 274
 - Queen's 261
 - Sherbrooke 154, 163, 232, 264
 - Téluq (UQAM) 211, 223, 268
 - Toronto 132, 166, 178, 250, 263
 - Toronto48 155, 299
 - UQAM 162, 233, 248, 258
 - UQTR 211
 - Waterloo 258, 304
- États-Unis
- Boston 154
 - Californie 153, 154
 - Caltech 153
 - Cornell 153
 - Floride 153, 154
 - Georgetown 154
 - Harvard 181
 - Indiana 154
 - Johns Hopkins 153
- Massachusetts Institute of Technology (MIT) 132, 137, 153, 154, 181, 220, 223, 335
- Michigan 153, 154
- Minnesota 154
- Nebraska-Lincoln 250
- Phoenix Online 202
- Stanford 132, 153, 154
- Texas 153
- United States Open University 202
- Wisconsin 132, 144, 153
- Europe
- Berlin (Allemagne) 132, 136
 - Cambridge (R.-U.) 179
 - Giessen (Allemagne) 132
 - Liège (Belgique) 181
 - Minho (Portugal) 181
 - Open University (R.-U.) 202, 221, 223, 335
 - Paris Tech (consortium) 221
 - Southampton (R.-U.) 181
 - Strasbourg (France) 132
- USPTO (United States Patent and Trademark Office) 83
- Utilisation équitable 98, 254
- et autoarchivage 189
 - et réutilisation des publications 186
- V**
- Valorisation *Voir* Commercialisation
- W**
- Work made for hire* *Voir* Œuvre réalisée en cours d'emploi

Les auteurs

Marc Couture (Ph. D. en physique, Université Laval) est professeur à la Télé-université, où il est responsable des programmes généraux de science. Depuis une dizaine d'années, il s'intéresse activement à la propriété intellectuelle en enseignement et en recherche. Ses travaux dans le domaine ont porté notamment sur le droit d'auteur dans l'enseignement et dans la diffusion et l'accès à l'information scientifique. En parallèle, il a travaillé, dans son université, à l'élaboration du volet « propriété intellectuelle » des politiques et conventions collectives, ainsi qu'à la mise en place d'une archive de publications en accès libre.

Marcel Dubé est professeur retraité de la Faculté de droit de l'Université de Sherbrooke et avocat à la retraite. Pendant les derniers vingt ans de sa carrière de professeur, il a spécialement enseigné le droit de la propriété intellectuelle et a activement participé à la création et à la mise en place du programme de formation intégrée droit-biotechnologie, maintenant connu sous l'appellation bac-maîtrise en droit-sciences de la vie. Il a également collaboré à la rédaction de la *Politique sur la protection de la propriété intellectuelle des étudiantes et étudiants et des stagiaires postdoctoraux* de l'Université de Sherbrooke (2001).

Pierrick Malissard est responsable des relations avec l'Europe à l'Université du Québec à Montréal. Au début des années 2000, un postdoctorat à l'Institute for the History and Philosophy of Science and Technology (Toronto) l'a amené à travailler sur divers aspects de la commercialisation de la recherche et de l'expertise universitaire ainsi que sur la propriété intellectuelle dans les institutions d'enseignement supérieur. Ses travaux portent essentiellement sur les dimensions historique et sociologique de ces problématiques. Il a de plus collaboré à des enquêtes parrainées, dans ce domaine, par la Fédération québécoise des professeures et professeurs d'université (2000 et 2002).

DANS LA MÊME COLLECTION

La naissance de l'UQAM

Témoignages, acteurs et contextes
Denis Bertrand, Robert Comeau et Pierre-Yves Paradis
2009, 210 pages

Impatient d'être soi-même

Les étudiants montréalais, 1895-1960
Karine Hébert
2008, 306 pages

Former à distance

La Télé-université et l'accès à l'enseignement supérieur
Patrick Guillemet
2007, 366 pages

Les transformations des universités du XIII^e au XXI^e siècle

Sous la direction de Yves Gingras et Lyse Roy
2006, 270 pages

La persistance aux études supérieures

Le cas du doctorat, édition revue et augmentée
Louise Bourdages
2001, 190 pages

L'université possible

Un regard personnel et perspectif porté sur l'université québécoise
Denis Rhéaume
2000, 196 pages

L'État québécois et les universités

Acteurs et enjeux
Sous la direction de Paul Beaulieu et Denis Bertrand
1999, 290 pages

Vers un modèle de direction de recherche doctorale en sciences humaines

Chantal Royer
1998, 106 pages

L'évolution de la population étudiante à l'université

Facteurs explicatifs et enjeux
Sous la direction de Pierre Chenard
1997, 168 pages

La persistance au doctorat.

Une histoire de sens
Louise Bourdages
1996, 172 pages

Les stratégies d'apprentissage à l'université

Albert Boulet, Lorraine Savoie-Zajc et Jacques Chevrier
1996, 216 pages

La carrière de l'élite scientifique universitaire du Québec

Le cas du secteur biomédical
Paul Beaulieu
1996, 146 pages

Le travail professoral remesuré

Unité et diversité
Denis Bertrand, Roland Foucher, Réal Jacob, Bruno Fabi et Paul Beaulieu
1994, 446 pages

Le travail professoral reconstruit

Au-delà de la modulation
Denis Bertrand
1993, 198 pages

La qualité de l'enseignement supérieur au Québec

Sous la direction de Romain Rousseau et Claire V. de la Durantaye
1992, 128 pages

Le travail professoral démythifié

Du rapport Angers au rapport Archambault
Denis Bertrand
1991, 166 pages



N

ulle part ailleurs, peut-être, les nouvelles orientations légales en matière de propriété intellectuelle sont-elles plus lourdes de conséquences que dans le monde universitaire. De l'utilisation d'œuvres protégées dans du matériel pédagogique aux demandes de brevet universitaire, ce sont à la fois les sphères de l'enseignement et de la recherche qui sont touchées.

Cet ouvrage propose une vue d'ensemble des enjeux entourant le lien entre les activités menées au nom des missions de l'université et la mise en œuvre du régime juridique de la propriété intellectuelle. Pour ce faire, il présente de grandes synthèses, offre des pistes d'action et de réflexion et dresse un portrait original exhaustif et détaillé de la réglementation des universités canadiennes en matière de propriété intellectuelle.

À la différence de la plupart des ouvrages consacrés à la propriété intellectuelle universitaire qui, visant un auditoire de juristes, traitent du sujet d'une manière avant tout juridique, le présent ouvrage concentre les notions de droit dans les premiers chapitres. Par la suite, sans pour autant exclure les aspects juridiques, il adopte la forme d'un exposé plus général intégrant les dimensions historiques, économiques, politiques et administratives. Il s'adresse ainsi à toute personne qui, quels que soient son statut et sa fonction, est confrontée, ou simplement s'intéresse à l'un ou l'autre des enjeux bien actuels reliés à cette vaste question.

MARC COUTURE est professeur à l'UER Science et Technologie de la Télé-université.

MARCEL DUBÉ est professeur retraité de la Faculté de droit de l'Université de Sherbrooke et avocat à la retraite.

PIERRICK MALISSARD est responsable de la coopération avec l'Europe au Service des relations internationales de l'Université du Québec à Montréal.

