



Abus et Propriété Intellectuelle ou du Bon Usage des Droits

PIERRE-EMMANUEL MOYSE¹

ABSTRACT (EN): Intellectual property is ubiquitous, is the cause of all things, and we often blame it when problems arise. Its omnipresence is a measure of its sophistication, which can make it particularly harmful. It is embroiled in everything and is difficult to explain. This is in part due to its specialized and highly inaccessible nature, traits that are encouraged and maintained by those who have a vested interest, such as lawyers, and because of it, legal norms become meaningless. The law, in intellectual property, serves many masters and many interest groups. This law is truly a “balancing act.” Intellectual property, therefore, is not in charge, and its normative function is reduced to functional arbitration of conflicts. Law is not a means to an end other than compromise. Yet, at the beginning of the twentieth century, an era during which we sought to enrich the law with contributions from other disciplines, we cling to a belief in functional rights and the possible instrumentalisation of intellectual property law in the public interest. This chapter attempts to rehabilitate the idea of the “spirit of the rights,” with the goal, perhaps, of preventing antisocial uses of intellectual property rights.

RÉSUMÉ (FR): La propriété intellectuelle s’immisce dans toutes les matières, elle est de toutes les causes et on lui attribue tous les maux. Son omniprésence est désormais à la mesure de sa sophistication, ce qui peut la rendre

1 Ce projet a pu être mené à terme grâce au soutien du Fond de recherche du Québec sur la société et la culture.

particulièrement nocive. Elle se mêle de tout et s'explique mal. Et ceci est en partie dû à sa spécialité, trait entretenu par ceux qui y ont intérêt, juristes compris, et qui conduit à une perte de sens. La loi, en propriété intellectuelle, sert plusieurs maîtres, plusieurs groupes d'intérêts, elle est un acte d'équilibre dit-on, « a balancing act ». De ce fait, elle n'est plus guère directrice et sa fonction normative se réduit à des vertus fonctionnelles arbitrales. La loi n'est pas un moyen vers une fin autre que le compromis. Pourtant, au début du vingtième siècle, à une époque où l'on cherchait à enrichir le droit des apports des autres sciences, on croyait encore aux droits-fonctions, à sa possible instrumentalisation à des fins d'intérêt public. Ce texte tente de réhabiliter l'idée d'« esprit des droits » afin, peut-être, de prévenir les usages asociaux des droits intellectuels.

Les droits intellectuels, par la variété et la multiplicité des objets qu'ils visent, sont de plus en plus souvent invoqués à l'appui de prétentions infondées ou d'actions qui auraient dû trouver leur base juridique ailleurs que dans les recours choisis. Dans le premier cas, on parlera d'abus ou de détournement de droits intellectuels; dans le second de cumul de droits intellectuels. Le langage de l'abus² nous transporte naturellement vers la théorie civiliste du même nom, l'abus de droit. De nombreuses causes intéressant notre matière, la propriété intellectuelle, y font désormais référence³. Les études sur les chevauchements des droits de propriété intellectuelle, « intellectual property overlaps », se multiplient également⁴. Envahissante, la propriété intellectuelle s'imisce dans toutes les matières : informatique, biotechnologie, commerce, etc. On lui reproche d'ailleurs son appétit. Elle s'ingénie à transformer toute chose, toute impulsion créative, en bien juridique. Son omniprésence ne peut être ignorée.

Au Canada comme ailleurs, les projets de réforme législative se succèdent, transposant son insatiable ambition en autant de lois et d'amendements. Mais son expansion n'occupe pas seulement les recueils de lois. L'expansion est également conceptuelle. Elle détourne le régime de la pro-

2 Voir Jason Mazzone, *Copyfraud and Other Abuses of Intellectual Property Law*, Stanford, Stanford University Press, 2011.

3 Au Canada, deux jugements récents en propriété intellectuelle font expressément référence à la théorie de l'abus: *Euro-Excellence Inc c Kraft Canada Inc*, 2007 CSC 37 [Kraft CSC]; *Philip Morris Products SA c Malboro Canada Limited*, 2010 CF 1099; *Assessment Technologies of WI LLC v Wireddata, Inc*, 350 F 3d 640 (7^e Cir 2003).

4 Estelle Derclaye et Matias Leistner, *Intellectual Property Overlaps: A European Perspective*, Londres, Hart Publishing, 2011.

priété ordinaire, elle met en question le droit de la concurrence, force le droit des contrats, s’immisce dans les relations de travail, etc. Bien entendu, cette typologie sommaire des pathologies de la propriété intellectuelle qui nous fait osciller entre détournement et interférence repose en réalité sur le matériel que nous livre l’actualité juridique et jurisprudentielle. Qu’il nous suffise de mentionner les agissements des flibustiers des brevets (*patent trolls*)⁵ ou l’imposture du droit d’auteur dans des commerces auxquels il n’appartient pas⁶. Il faut ainsi garder à l’esprit que les questions difficiles, celles qui ont trait aux contours fuyants de la propriété intellectuelle, nous sont données par une casuistique singulière. Toute tentative de généralisation à partir de ce matériel collecté peu à peu par la jurisprudence est évidemment risquée.

Nous ne prétendons pas ici proposer une méthode scientifique capable de corriger les déviations de notre matière. Notre but est plus modeste. Il s’agira d’exposer certaines idées empruntées à la théorie de l’abus de droit et, partant d’elle, à la philosophie morale et politique, afin de tenter d’expliquer la crise actuelle de légitimité que traverse la propriété intellectuelle et de montrer la récurrence de certains discours sur le droit.

Discuter de l’abus revient en effet à s’interroger sur le domaine des prérogatives réservées à l’individu dans l’espace public⁷. Un vaste programme qui, dans le langage civiliste, s’exprime par le rapport entre l’idée de droit privé et celle de droit public. La sociologie juridique et la philosophie politique sont familières avec ce thème. « On attribue trop d’importance aux lois, trop peu aux mœurs . . . », écrivait le clairvoyant Tocqueville⁸. Tout

5 Voir à ce sujet l’excellente analyse critique de G. Resta qui reprend certaines idées de Polanyi afin de dénoncer la privatisation du savoir par l’utilisation excessive des brevets d’invention, Giorgio Resta, « The Case against the Privatization of Knowledge: Some Thoughts on the Myriad Genetics Controversy », dans Roberto Bin, Sara Lorenzon et Nicola Lucchi, dir, *Biotech Innovations and Fundamental Rights*, New York, Springer, 2012 à la p 11.

6 Nous avons déjà mentionné la cause Kraft où il était question de la protection de la marque graphique Côte d’Or. Une affaire similaire occupe les tribunaux américains, cette fois concernant le logo Omega apposé à même les montres: *Costco Wholesale Corp v Omega, SA*, 131 S Ct 565 (2010).

7 On renverra à la fameuse description des droits individuels de Wolff. Ce dernier les décrivait comme des ballons. Robert Paul Wolff, « Beyond Tolerance » dans Robert Paul Wolff, Barrington Moore Jr et Herbert Marcuse, dir, *A Critique of Pure Tolerance*, Boston, Beacon Press, 1969 à la p 28 (0).

8 Alexis de Tocqueville, *Tocqueville au Bas-Canada*, Montréal, Éditions du jour, 1973, en ligne : les classiques des sciences sociales http://classiques.uqac.ca/classiques/De_tocqueville_alexis/au_bas_canada/tocqueville_au_bas_canada.pdf. (« [j]e suis convain-

comme les mœurs prédisposent les lois, des valeurs partisans du droit mais non nécessairement juridicisées guident le travail des juges dans la prise de décision. Les tribunaux ont certes la fonction d'appliquer la règle de droit (au sens strict), c'est-à-dire d'établir la justice formelle, mais également celle de veiller aux principes d'équité. Ces principes placent le juriste sur un plan normatif différent, en marge d'une trame textuelle. Ils enrichissent l'univers du discours du droit puisqu'ils ouvrent nécessairement sur une conception laissant encore la place à la philosophie et aux sciences sociales.

Le droit est parfois, on le sait, en rupture avec l'idée de justice : l'abus permet de rendre compte de ce phénomène. Bien avant les idées de « Justice as fairness » de Rawls⁹ et de « equal respect and concern » de Dworkin¹⁰, les théoriciens de l'abus avaient tenté non seulement d'expliquer les luttes du droit, mais aussi de les apaiser¹¹. Dans le vocabulaire de Josserand, le droit est soumis à un principe de *superlégalité* qui soumet donc son exercice à un examen de conformité¹². Il y aura abus lorsque le droit, bien qu'inattaquable dans sa forme, est exercé de manière asociale. La théorie de l'abus révèle ainsi l'injustice. Elle résulte de cette interrogation sur la justice dans l'exercice des droits et la coordination des intérêts individuels dans le du droit privé. L'abus fait présumer l'interdépendance et l'interrelation des deux ordres de réflexion — l'un formel, l'autre que nous nommerons, faute d'autre qualificatif, métaphysique — de sorte que le droit dans sa réalité positive ne peut être totalement désolidarisé d'un ensemble de principes

cu que la situation la plus heureuse et les meilleures lois ne peuvent maintenir une constitution en dépit des mœurs . . . L'importance des mœurs est une vérité commune à laquelle l'étude et l'expérience ramènent sans cesse. Il me semble que je la trouve placée dans mon esprit comme un point central ; je l'aperçois au bout de toutes mes idées » à la p 107); on relira également avec attention le discours prononcé par Portalis devant le Corps législatif le 17 janvier 1804, Jean-Étienne-Marie Portalis, « Exposé de motifs », dans Jean-Guillaume de Locré, *La législation civile, commerciale et criminelle de la France*, vol 8, Paris, Treuttel et Würtz, 1827 aux p 142 et s.

9 John Rawls, *A Theory of Justice*, Cambridge, Harvard University Press, 1971.

10 Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Cambridge, Harvard University Press, 1977.

11 Rudolph Von Jhering, *La lutte pour le droit*, Paris, Dalloz, 2006.

12 Louis Josserand, *De l'esprit des droits et de leur relativité: théorie dite de l'abus des droits*, 2^e éd, Paris, Dalloz, 2006 à la p 2 [Josserand]. L'œuvre de Josserand doit être replacée dans le contexte de la pensée juridique, éveillée comme elle l'a été par l'émergence des sciences sociales : David Deroussin, dir, *Le renouvellement des sciences sociales et juridiques sous la IIIe République*, Paris, Édition La Mémoire du Droit, 2007 et plus précisément au sujet de la contribution de Josserand, David Deroussin, « L Josserand : le droit comme science sociale ? », *ibid* à la p 63.

supérieurs de justice. Voilà ce qui explique que Josserand termine son exposé en faisant référence à l'équité et à la morale. S'exprimant au sujet de la « vaste construction de l'abus des droits », il écrit : « c'est elle qui moralisera, qui harmonisera le droit, qui lui donnera son véritable sens en assurant son « individualisation judiciaire, » en faisant passer jusque dans ses moindres réalisations le grand souffle d'équité qui doit l'animer et sans lequel il ne serait qu'une froide abstraction, sans réalité, sans moralité et sans vie »¹³.

Si, comme Tocqueville a pu l'écrire, les mœurs, plus que l'habileté du législateur, forment les bonnes lois, le sentiment de justice est l'indice des bons jugements. C'est en partant de cette idée que nous présenterons nos réflexions sur la justice dans le droit. Le sentiment de justice est tout à la fois personnel et collectif — culturel et social. Et c'est auprès du juge, en raison de sa charge, mais aussi de son humanité que l'on retrouve cette tension entre l'individu et la société, entre la décision particulière et la règle générale. Rejaillissent alors les discours sur le rôle du juge dans la production normative, c'est-à-dire dans une conception politique, dans l'établissement de l'ordre et la poursuite du bien social : le juge peut-il être *colégislateur*? Le thème du social, récurrent dans la pensée juridique, est d'une facture particulière en droit privé puisqu'il donne les moyens d'une soumission des intérêts privés à l'intérêt général. Et c'est là d'ailleurs tout le programme de l'abus et de l'idée de solidarité dans le droit.

Nous en présenterons les principaux éléments dans une première partie (A). Ce rapport entre la force des lois et l'autorité des juges a occupé la pensée juridique moderne. Il est mis en relief dans les écrits sur l'abus d'une manière fort originale. L'abus, dans la théorie du même nom, est l'usage asocial d'un droit — par exemple le droit de propriété ou l'obligation contractuelle. Lorsqu'il en retient le principe, le juge repousse la prétention en droit pour introduire un principe de responsabilité dans l'exercice d'un droit. L'essentiel de notre argument est qu'il existe une similarité troublante entre la pensée juridique formelle contre laquelle l'abus s'était dressé, pensée défendue par l'école de l'exégèse, et les effets sclérosants d'une lecture moderne qui veut voir dans les lois spéciales la source unique de la propriété intellectuelle. La théorie de l'abus est ainsi apparue dans le contexte d'une codification devenue stérile; cette défaillance du droit codifié réapparaît désormais dans des disciplines très réglementées. Le discours actuel sur les législations de propriété intellectuelle et la pauvreté des mécanismes

13 Josserand, *supra* note 12 à la p 442.

d'interprétation soulèvent des problématiques identiques; celle d'une crise de légitimité du droit positif. En insistant sur les vertus moralisatrices ou pacificatrices du droit, les tenants de l'abus avaient voulu réinscrire le droit dans une projection idéale. Surtout, ils offraient une version moderne de l'approche finaliste et fonctionnelle du droit au moment où des théories à saveur plus libérale apparaissaient. L'une d'elles, la doctrine des intérêts conflictuels, laissait déjà présager l'emprise des théories économiques sur le droit privé. On fera là encore l'analogie avec l'évolution récente de la propriété intellectuelle, discipline qui se targue d'établir l'équilibre entre intérêts opposés. La réminiscence de cette notion d'intérêt peut être vue, si l'on se replace dans la perspective de l'abus, comme un signe d'une déficience politique, l'état et ses institutions étant incapables d'établir la fonction sociale des droits en cause. Ce sera le sujet de notre seconde partie (B).

A. L'ABUS COMME PRINCIPE DE SOLIDARITÉ

La théorie de l'abus de droit apparaît dans le contexte du renouveau de la pensée juridique au contact des sciences sociales. Le rapprochement avec la sociologie politique en particulier est perçu comme particulièrement fécond puisqu'il permet de mettre en relief, voire en opposition, la complexité du droit et le droit positif, c'est-à-dire tel qu'exprimé par la loi; le droit immanent, un droit naturel qui se dégage des rapports sociaux, et le droit formel, ce dernier n'étant toujours que la révélation imparfaite du premier¹⁴. La théorie de l'abus se nourrit de ces ouvertures de sens créées à partir de la polysémie du mot droit. La loi n'étant pas tout le droit, la réalisation des droits prévus par la loi doit encore être conforme à l'esprit qui les anime, c'est-à-dire à leur fonction sociale.

Nous commencerons par situer brièvement les travaux de Josserand sur l'abus de droit et leur relativité dans le contexte de la pensée juridique européenne du début du XIXe siècle (1). Nous verrons ensuite que l'abus procède d'une critique de l'interprétation littérale ou grammaticale du droit, et plus généralement de la législation (2), et réintègre la notion fondamentale d'équité dans la méthode du droit (3).

14 François GénY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif, Essais critiques*, vol 1, 2^e éd, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1954 à la p 6 [GénY, *Méthode d'interprétation*]; un point similaire est défendu plus récemment par le philosophe Gerald Allan Cohen dans Gerald Allan Cohen, *Rescuing Justice and Equality*, Cambridge, Harvard University Press, 2008.

1) L'esprit des Droits

À lire les auteurs de la fin du XIXe et les témoignages qu'ils nous ont laissés, la science juridique vit à cette période une véritable renaissance. Un esprit nouveau se répand sur tout le continent européen. Enviant l'optimisme scientifique ambiant et la jeunesse des sciences nouvelles, le juriste s'interroge sur la méthode juridique. On veut désormais croire en un droit plus flexible¹⁵, plus dynamique, bref à un droit *inspiré*. Il doit pour cela cesser d'être une science verbale, pour « redevenir ce qu'il est, et ce qu'il doit être, une science purement sociale »¹⁶. Ce puissant élan vers les sciences sociales se traduit du même coup par le refus, par la nouvelle doctrine, de la méthode qui leur avait été enseignée; celle de logique syllogistique et dogmatique. Au-delà de sa forme, on recherche désormais l'esprit du droit, l'esprit des droits, l'esprit de l'institution¹⁷. On critique le projet des codificateurs. On veut un droit vivant, réaliste, et sorti des abstractions. Gény écrira ainsi que :

[l]’effort principal des jurisconsultes, au XIXe siècle, visait à faire rendre aux modes d’expression du droit positif, — notamment, et parfois même exclusivement, au plus formel d’entre ces modes, la loi écrite, prise comme manifestation d’une volonté contraignante, — tout ce que l’on pouvait en tirer. Cet effort parvenu au terme extrême de ses résultats possibles, il fallait bien, pour poursuivre le progrès nécessaire, chercher, derrière l’enveloppe formelle du texte légal, la réalité dont celui-ci n’était que le symbole, et, soit accepter de la loi écrite une notion plus objective et plus vivante, soit admettre, à côté d’elle, des sources moins formelles et plus plastiques, la coutume, la jurisprudence, soit même s’adresser plus haut encore et chercher à pénétrer l’essence propre de la vérité juridique, vérité insaisissable d’un coup et en son entier, fuyante et variable à raison des modalités infinies qui la conditionnent, mais à laquelle nous ramène inéluctablement une aspiration instinctive vers le but suprême du droit¹⁸.

15 Jean Carbonnier, *Flexible droit : pour une sociologie du droit sans rigueur*, 10^e éd, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 2001; voir également Marie-Claire Belleau, « Les Juristes inquiets : Classicisme juridique et critique du droit au début du vingtième siècle en France » (1999) 40 C de D 507.

16 Raymond Saleilles, Préface dans Gény, *Méthode d'interprétation*, supra note 14 à la p XXIII.

17 Josserand, supra note 12 aux pp 414-15.

18 François Gény, *Science et technique en droit privé positif : nouvelle contribution à la critique de la méthode juridique*, Paris, Sirey, 1913 à la p 27.

Cette idée de finalité dans le droit que l'on doit à Jhering¹⁹ va être le connecteur entre le droit et ce que nous appellerons les idées socialisantes : la logique juridique doit opter pour une rationalité empirique²⁰. Il ne s'agit pas encore de pluralisme mais d'une réinitialisation de la pensée juridique à partir d'une compréhension plus éclairée des phénomènes sociaux qu'elle prend pour objet. L'étude des travaux de Josserand sur l'abus permet de prendre la mesure de ce mouvement. Pour lui, comme pour ses contemporains, la législation formelle est nécessairement imparfaite. Il décide donc de soumettre le droit formel à un principe de conformité qui deviendra, dans son langage, le *motif illégitime* en droit et dont il dégagera un principe de *superlégalité*. On peut donc, selon lui, avoir pour soi le droit et contre soi tout le droit; satisfaire les présuppositions d'un texte et pourtant s'en voir refuser le bénéfice. Regroupant pour les fins de son exposé une jurisprudence éparsée, Josserand va vanter les vertus pratiques d'une telle approche. Dès lors que la réalisation des droits est soumise à un tel examen, l'acte abusif peut toujours être réprimé. L'abus de droit devient un principe de responsabilité sociale sorti des mécanismes traditionnels de la faute aquilienne: l'existence d'un droit n'immunise plus son titulaire. On peut alors respecter la lettre de la loi ou du contrat et être en situation d'illégalité. Influencé par la théorie des risques²¹, Josserand voit dans l'abus de droit un moyen de pacification du droit; un moyen de faire justice et de s'opposer à la tyrannie des droits subjectifs, ceux du propriétaire, du patron ou du syndicat. Il reprend ainsi à son compte l'idée déjà en vogue des droits-fonctions, pour faire plier les actes, d'ordinaire soumis aux seules contraintes de la loi, à un principe supérieur d'équité ou, si l'on veut, pour insuffler une conscience morale aux prérogatives individuelles. L'abus de droit se définit alors comme le détournement d'un droit de sa fonction sociale. Josserand avait acquis la conviction que les tribunaux devaient contribuer à *socialiser* le droit en neutralisant les déviations dont il pouvait faire l'objet. Josserand

19 Rudolph Von Jhering, *L'esprit du droit romain*, Paris, A Marescq, 1880; François Gény, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif: Essai critique*, vol 1, 2^e éd, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1954 à la p 144.

20 C'est d'ailleurs le positivisme de Herbert LA Hart, *The Concept of Law*, Oxford, Clarendon Press, 1961.

21 Josserand s'était beaucoup investi dans la doctrine de l'époque au sujet de la responsabilité du fait des choses inanimées. Daniel Jutras, « Louis and the Mechanical Beast, or Josserand's Contribution to Objective Liability in France », dans Ken Cooper-Stephenson et Elaine Gibson, dir, *Tort Theory*, Toronto, Captus University Publications, 1993, 317, en ligne : Social Science Research Network <http://ssrn.com/abstract=1551359>, aux pp 334-39.

recueille les critiques de ses contemporains quant à la méthode du droit : l'enseignement du droit ne peut plus être l'enseignement de la loi. Il opte pour un positivisme jurisprudentiel; « par la jurisprudence; mais au-delà de la jurisprudence », clame Josserand²². Ces idées sont perçues comme particulièrement progressistes puisqu'elles remettent en cause le principe de sécurité juridique, principe découlant essentiellement d'une théorie de la législation²³. Ce principe est désormais la cause des lacunes et de la fixité des lois. Josserand fait alors du juge le principal acteur du changement dans et par le droit.

Appelé à s'expliquer sur la mise en application de sa théorie de l'abus, Josserand proposera le critère du motif illégitime, une notion qui lui permet de sortir de la compréhension classique de la faute comme révélatrice d'illégalité et de proposer la thèse du détournement des droits. Le concept de faute est réformé et élargi. La faute devient dans les travaux de Josserand l'usage d'un droit contraire à sa destination sociale ou économique. Les contemporains de Josserand ne seront pas sourds à ces idées. Certains accepteront volontiers d'ailleurs qu'il puisse y avoir faute dans l'exercice d'un droit en cas d'agissements excessifs; l'existence d'un droit ne confère pas une immunité absolue. Et puis la notion de faute avait considérablement évolué, effet des temps modernes et de la mécanisation. On émet déjà à l'époque l'idée d'une possible responsabilité sans faute et on souligne la nécessité de socialiser le risque. Reste que les règles traditionnelles de la responsabilité civile seront généralement jugées inadéquates pour intégrer des questions dépassant le simple règlement de conflit privé.

En définitive, si les systèmes de droit civil reconnaîtront l'autonomie et la complémentarité des principes de l'abus, soit par une reconnaissance jurisprudentielle, soit par sa consécration dans la loi²⁴, c'est une version modérée de la théorie de Josserand qui sera généralement retenue. Au Québec, les rédacteurs du Code civil retiendront le principe de l'exercice déraisonnable ou excessif d'un droit mais refuseront d'étendre l'application de l'abus à l'exercice asocial ou contraire à sa fonction économique comme l'avait suggéré Josserand.

22 Louis Josserand, *Cours de droit civil positif français*, vol 1, 3^e éd, Paris, Sirey, 1938 à la p 74.

23 Voir les réflexions de Demogue à ce sujet, René Demogue, *Les notions fondamentales du droit privé : essai critique pour servir d'introduction à l'étude des obligations*, Paris, Rousseau, 1911 à la p 63 [Demogue].

24 *Code Civil du Québec*, LQ 1994, c 64, art 7.

2) L'abus : Une Critique de la Législation

La pensée allemande a conquis le continent juridique européen dès la seconde moitié du XIXe siècle avec une efficacité redoutable²⁵. Les aspirations téléologiques de la doctrine française du début XXe siècle y trouvent ses sources. Les civilistes doivent également aux juristes allemands, et notamment à Savigny, l'idée du droit à formation spontanée. Appelé à se prononcer sur le projet allemand de codification, Savigny avait mis en garde contre le caractère statique, voire régressif d'un droit promulgué²⁶. Régressif, car l'ordre formel peut rapidement faire oublier les objectifs sociaux que présupposent les situations juridiques. Les droits établis par la loi, les droits promulgués, sont occupés entièrement par les intérêts personnels du titulaire sans qu'il soit possible d'y retrouver l'objectif collectif auquel ils étaient prédestinés. La notion de droit pourtant éminemment sociale est alors vidée de toute obligation sociale, de son sens collectif. Elle n'est plus que le vecteur libre des aspirations personnelles. La théorie de l'abus, quant à elle, tente de réintégrer la notion de devoir social dans l'exercice des droits. Selon cette doctrine, le droit ne peut pas toujours être fécondé par la logique juridique et ses modes déductifs. Elle avait à l'esprit l'œuvre magistrale mais combien paralysante des codificateurs français. Mais l'Europe des lumières n'était plus, la réalité des années 1900 allait être différente.

Les premières causes de jurisprudence sur l'abus montrent bien cette rupture historique : elle est affaire de différends entre patrons et ouvriers²⁷. Les travaux des juristes réformateurs doivent ainsi être relus dans le contexte de l'époque. Le début du XXe siècle est une période de forte industrialisation mais aussi de grande instabilité politique. L'Europe politique découvre les défaillances du système parlementaire. Le solidarisme juridique n'est pas étranger non plus à la montée du socialisme. Les travaux de Marx et d'Engels sont désormais largement diffusés. Ils annoncent en France la percée du

25 Voir le texte très intéressant d'Olivier Jouanjan, *De la vocation de notre temps pour la science du droit : modèles scientifiques et preuve de la validité des énoncés juridiques*, (2003) XLI-128 Revue européenne des sciences sociales 129 en ligne : Revue européenne des sciences sociales <http://ress.revues.org/398> [Jouanjan].

26 Code civil allemand, promulgué le 18 août 1896, entré en vigueur le 1er janvier 1900, traduit et annoté par C Bufnoir, et al, t 1, Paris, Impr. Nationale, 1904, en ligne : Gallica <http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k504246c/f16.image>, préface de Raymond Saleilles, p 10.

27 Alexandre Lunel, « L'abus de droit et la redéfinition des rapports juridiques entre patrons et ouvriers en droit français (seconde moitié du XIXe - premier quart du XXe siècle) » (2009) 4 RHD 515.

Front populaire. Bref, c'est l'avènement du social et d'une société aux prises avec d'importantes mutations que le droit doit désormais épouser.

On s'interroge alors nécessairement sur le rôle de l'État. Sans surprise, le droit public prend une place de premier ordre, car le droit privé, avec son langage limité, semble bien incapable de mener le débat social. Le droit privé se fige, se replie. L'abus, dans ce contexte, est une réaction des privatistes pour se réapproprier le discours du droit et pour s'accorder avec une réalité que sa méthode technicienne avait tenue loin de lui. Le droit privé, largement auto-poétique, avait fini donc par s'enrayer²⁸. On n'osait plus toucher au Code ou alors avec une attitude révérencieuse et pleine de retenue : la doctrine elle-même avait fini par être éblouie et dominée par lui²⁹. Dirigeant son regard vers l'Angleterre, Saleilles semblait envier l'approche législative d'outre-manche : « C'est une habitude acquise en Angleterre de voter des lois à révision, en se réservant de les corriger successivement, et presque immédiatement, par des additions législatives ultérieures ». Et il poursuit :

Les esprits formés à l'école d'autrefois s'en étonnent un peu; ils y voient la preuve d'une fabrication défectueuse. Ils devraient s'en réjouir; car c'est la marque d'un assouplissement de l'appareil législatif, qui n'a plus la prétention d'opérer pour l'éternité, mais uniquement d'obvier à un besoin, peut-être uniquement temporaire et en tous cas très circonscrit, par des mesures qui ne puissent prouver leur valeur qu'à l'épreuve de la pratique³⁰.

Devant le statisme des lois et leur incomplétude, Jossierand voyait dans l'activité judiciaire les garanties de la transformation du droit privé. Sa position était justifiée d'une part en raison du fait que l'intervention législative n'est pas toujours souhaitable en matière de droit privé et, d'autre part, parce que l'intervention du juge ne remettait pas en cause la cohérence de l'ordre juridique, puisque celui-ci ne légifère pas véritablement. Il suspend l'application de la loi et déboute le demandeur dans les cas exceptionnels où le droit est mésusé³¹. Et c'est là la formidable force de la théorie de l'abus de droit, réintégrant la fonction normative de l'équité, elle ne prétend pas

28 Voir Anna Di Robilant, « Abuse of Rights: The Continental Drug and the Common Law » (2009-10) 61:3 Hastings LJ 687 (pour une analyse de l'abus comme d'une mesure corrective cosmétique d'un droit privé romain bourgeois et d'une expérience au temps d'un capitalisme d'avant-garde).

29 Gény, *Méthode d'interprétation*, supra note 14, vol 1 à la p 28.

30 *Ibid*, préface, à la p XXIII.

31 Pierre-Emmanuel Moysse, « L'abus de droit : l'anténorme », (2012) 57 RD McGill 859 aux p 910 et s.

proposer autre chose que la destitution du titulaire. L'abus est un principe normatif curatif, non législatif.

3) Le Sentiment de Justice

L'équité et la référence au sentiment de justice sont des thèmes consubstantiels et récurrents dans les théories réformatrices. Bien qu'elle ouvre sur un vaste domaine de philosophie du droit et nous ramène à l'atemporel discours d'Aristote dans l'Éthique de Nicomaque³², on tente, en ce début de XIXe siècle, de théoriser l'équité de manière à l'inclure dans une méthode scientifique. Et la raison en est fort simple : la loi et les méthodes traditionnelles d'interprétation n'ont apporté que l'illusion de stabilité. Qu'il s'agisse d'interprétation grammaticale ou littérale, que l'on cherche l'intention du législateur ou que l'interprète y substitue la sienne, le mode de rationalité mis en œuvre ne peut pallier l'insuffisance de la loi. Une fois la relativité du droit admise, il faut étudier sa plasticité et non plus sa géométrie³³. De sorte que le sentiment de justice, auquel on associe l'équité, appartient à la méthode juridique.

C'est chez le contemporain de Josserand, François Géný, que l'on trouve les développements les plus intéressants à ce sujet. Géný semble tourmenté par cette idée d'équité. Il finit par lui reconnaître une place de premier ordre, car elle est, écrit-il, « irréductible aux opérations de la raison proprement dite »³⁴, elle est « une sorte d'instinct, qui, sans faire appel à la *raison raisonnante*, va, de lui-même et tout droit, à la solution la meilleure et la plus conforme au but de toute organisation juridique »³⁵. Il rejette par contre la notion d'équité individuelle, « celle qui détermine l'influence des circonstances particulières à une situation concrète et déterminée »³⁶. Ce que Géný semble vouloir indiquer, c'est que le principe d'équité ne permettrait pas de

32 Aristote, *Éthique de Nicomaque*, Paris, Flammarion, 1992, livre 5 (le chapitre X concerne les rapports de l'équité avec la justice).

33 Et Ripert de s'insurger contre cette position: « Plasticité. Élasticité ce sont des mots flatteurs dont on pare l'arbitraire » : Georges Ripert, « Abus ou relativité des droits : À propos de l'ouvrage de M. Josserand : *De l'esprit des droits et de leur relativité*, 1927 » (1929) 49 *Revue critique de législation et de jurisprudence* 33 à la p 41.

34 Géný, *Méthode d'interprétation*, supra note 14, vol 2 à la p 111.

35 *Ibid* aux pp 109-10.

36 *Ibid* à la p 112.

déroger à la règle de droit proprement dite, aussi stricte soit-elle³⁷. C'est là le dilemme des classiques. Josserand, Géný et leurs contemporains veulent s'affranchir de la loi alors même qu'ils lui prêtent encore, malgré tout, allégeance. La position de ces juristes du progrès est intenable : l'idée motrice des constructions socialisantes est de dynamiser le droit formel en le redirigeant sur les voies tracées par le droit immanent, un droit *informé* par le social et non plus par le texte et son exégèse.

Cette tension est palpable chez Géný. Il cite le « système des Cours d'équité, qui naguère encore jouait un rôle si capital en Angleterre » pour enjoindre aux juges français de ne pas s'en servir à l'encontre d'une règle de droit « à moins que celle-ci ne renvoie expressément à l'équité ainsi comprise, soit même qu'elle se dégage de la libre recherche scientifique, à moins que les éléments mêmes de celle-ci (justice, nature des choses,) ne commandent de lui laisser place »³⁸. On fera le rapprochement de ces propos avec l'esprit des travaux de Josserand. Pour lui aussi, la notion d'équité est centrale. Seulement, elle ne le tourmente point, car Josserand, contrairement à Géný, a choisi de se détacher de la loi, de la banaliser.

On peut comprendre pourquoi la référence à des notions aussi floues et équivoques dérange. Le sentiment de justice est une donnée essentielle du droit, mais n'appartient pas totalement à son épistème notamment en raison des airs scientifiques qu'il a voulu se donner. Cet élément donc, bien qu'essentiel, a été rejeté de son système, hors des barrières formées par son langage. L'abus retrouve ici sa cible : la méthode déductive ne comble qu'à moitié l'idéal de justice. La légalité ne peut pas être entièrement contenue dans le texte de loi. Pour cela, et pour ne pas avoir à répondre aux mises en échec des principes du droit par ceux de justice, le juriste préférerait se tenir loin des « sentiments », épousant plutôt l'illusoire rationalité de sa méthode. Mais cela, on le sait, n'est guère possible. La science juridique n'est pas la science mathématique et le rejet du sentiment de justice n'a jamais pu être complet. Le droit prend sa source dans les faits, puis devient fait à son tour. Il se construit dans un mouvement de valeurs, alternatif et incessant, du fait au droit, c'est-à-dire de modélisation des conduites. Le sentiment de justice

37 La relation difficile entre *common law* et l'*equity* permet d'illustrer également l'antinomie sur laquelle se prononce Géný, mais également, dans le système de *common law*, leur complémentarité. Voir les travaux de Michelle Cumyn sur la notion d'équité en *common law* et en droit français: Michelle Cumyn, « L'équité : définitions et concepts » dans Pierre-Claude Lafond et Benoît Moore, dir, *L'équité au service du consommateur*, Cowansville, Yvon Blais, 2010 à la p 1

38 Géný, *Méthode d'interprétation*, supra note 14, vol 2 à la p 112.

n'est pas seulement une figure poétique du droit, ni une vague formule métaphysique, psychologique ou sociologique, mais il constitue, à notre avis, une mesure de la légitimité dans le droit.

Le droit de la preuve et de la procédure et son principe contradictoire mettent en scène ce sentiment : le procès est un exercice de conviction. Le plaideur expérimenté cherchera d'ailleurs à s'informer sur les goûts et humeurs du juge. L'élément qui emporte la décision n'est pas toujours rationnel; la reconstruction des faits par la preuve très souvent incomplète. Ainsi, au même titre que les mœurs forment les lois, pouvons-nous avancer qu'il existe un sentiment commun de justice qui permet d'établir des échelles de valeurs permettant d'apprécier la force et l'autorité d'une décision de justice. Il existe ainsi dans l'imaginaire collectif des bons et des mauvais jugements. Ce sentiment est déterminant pour le juge qui doit convaincre à son tour et rendre intelligible l'adéquation de son opinion au droit. Ainsi, nous semble-t-il, le sentiment de justice est une valeur idéale, structurante et surtout, correctrice. C'est là aussi l'enseignement de la théorie de l'abus. L'abus peut en effet se concevoir comme un impératif de la conscience morale et, à ce titre, le sentiment de justice ou d'injustice guide le juge dans la détermination de l'acte illégitime : il identifie des points de dissidence et de rupture dans la mesure d'égalité censée être représentée par le droit³⁹. De sorte que la théorie de l'abus est l'impulsion du droit mais doit se traduire en droit et user de son langage pour se faire entendre. La formule de l'abus est son porte-voix.

Le sentiment de justice établit également le niveau de tolérance et d'acceptabilité de la règle de droit, qu'elle soit comprise dans la loi ou un jugement. Le droit vaut droit, en partie parce qu'il est perçu et accepté comme tel. Le sentiment de justice est la mesure approximative de la règle juste, de sa légitimité, une sorte d'intuitionnisme moral⁴⁰. Sous ce dernier trait, il fait voir comment le droit use de la rhétorique, non seulement pour établir

39 Il est intéressant de comparer cette thèse à celle d'Adorno. Selon ce dernier, le sentiment d'inconfort lors de certaines expériences est le meilleur moyen d'identifier un problème éthique ou encore politique. « The splinter in your eye is the best magnifying glass » : Theodor Adorno, *Minima moralia : Reflections on a Damaged Life*, traduit par E F N Jephcott, London, Verso, 1974 [1951]; Voir également les débats sur la méthode du jugement intuitif : Joseph C Hutcheson, « Le jugement intuitif, la fonction du « hunch » dans la décision judiciaire », traduit par Gabriel Marty, dans *Recueils d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Gény*, Paris, Recueil Sirey, 1934 à la p 531.

40 Pour une présentation classique de l'intuitionnisme moral, voir George Edward Moore, *Principia ethica*, Mineola NY, Dover, 2004.

des proportions dans les situations juridiques, mais aussi pour provoquer l'assentiment. La forme des jugements, on le sait, est souvent essentielle. Le sens de la formule, la concision et l'éloquence sont, au regard de l'idée de justice, tous aussi importants que la solution elle-même.

C. L'ABUS DANS LA THÉORIE DES DROITS INTELLECTUELS

Les réflexions que nous avons posées plus haut nous donnent les moyens d'exprimer dans un langage déjà aguerri certains phénomènes de la propriété intellectuelle moderne. Le premier de ceux-là est l'hermétisme de ses lois et la panne de ses moyens d'interprétation (1). Si le rotor de l'abus se remet en mouvement, c'est justement qu'il exprime une aspiration naturelle de la matière vers des solutions qui veulent s'affranchir du droit formel (2).

1) Hermétisme

Les réflexions sur le droit formel et le droit immanent, sur l'équité, sont des réminiscences des antinomies du droit. Celles qui préoccupaient les théoriciens du droit naturel et qui allaient mener à un compromis avec les positivistes : la distinction simplificatrice entre droit subjectif et droit objectif, distinction qui fait apparaître les multiples facettes du droit, l'une métaphysicienne, l'autre praticienne, mais toutes deux politiques. Et ces discussions politiques qui ramènent le droit à sa fonction de liaison entre individus et société, n'ont jamais véritablement pris pied en propriété intellectuelle. La matière s'est en quelque sorte exclue de la réflexion fondamentale en revendiquant très tôt un statut d'exception pour communiquer franchement sa constitution formelle, celle d'une législation particulière⁴¹. Il faut voir ici la cause d'une radicalisation et d'un appauvrissement des discours sur sa propre méthode. Les juristes, les privatistes surtout, n'ont retenu des classiques que ce qui permettait de justifier l'emploi du langage de la propriété privée et son économie. L'agitation doctrinale s'est faite essentiellement

41 Ce particularisme prend un relief encore plus prononcé dans les pays de *common law*. Alain Strowel décrit les systèmes de *common law* comme étant des systèmes « fermés », détaillant, dans un catalogue exhaustif, des droits précis : Alain Strowel, *Droit d'auteur et copyright, divergences et convergences*, Étude de droit comparé, Bruxelles, Bruyant, 1993 à la p 146.

sur le terrain des théories justificatrices⁴². Mais peu nombreux sont les auteurs qui ont su rapporter à la propriété intellectuelle les enseignements de la science politique ou de la philosophie morale, réduisant le champ de prospection généralement à la question de la propriété. Même l'intérêt public demeure une notion indéfinie, très citée mais peu étudiée. Le juriste de droit privé, sélectif dans ses références, aura tendance à isoler, chaque fois qu'il le peut, les travaux de Locke sur la propriété privée, de sa conception politique du droit qu'il délaisse aux publicistes. Les théoriciens de l'abus se feront une mission de réhabiliter ce discours politique laissé pour compte.

L'intrusion récente de l'abus en propriété intellectuelle, dans son langage autant que dans son procédé juridique, est donc un rappel à l'ordre. Les accords ADPIC font références aux « usages abusifs », une formule qui est reprise dans la Loi canadienne sur les brevets⁴³. L'abus se manifeste également dans la jurisprudence canadienne autant qu'américaine. En effet, l'engouement pour la théorie du *misuse* en droit américain ne se dément pas. Cette tendance est certainement attribuable à l'usure du modèle « propriété » de la propriété intellectuelle et à la surchauffe évidente de l'activité législative et réglementaire. Voilà pourquoi on cherche réconfort dans les modes de pensée plus ouverts. On redécouvre aussi, à côté de l'abus, le vieux discours du constitutionalisme. Christophe Geiger voit la possibilité de constitutionaliser la propriété intellectuelle et ce dans le but de lui donner une direction dont elle serait dépourvue, de lui faire justice⁴⁴. Ce mouvement constitutionnaliste, au même titre que les théories classiques sur la justice, élargissent les perspectives de l'interprète et oblige notamment à ce que l'on s'interroge sur le rôle du juge dans notre matière.

La pensée du droit elle aussi a son cycle. Le droit privé se fait miroir du jeu des procédés démocratiques d'une nation. On y lit tantôt la confiance accordée à l'État et à son rôle régulateur, tantôt la menace qu'il représente pour les libertés. Le droit alterne ainsi dans sa méthode entre droit réactionnel — que l'on associe plus volontiers à la *common law* — et droit institutionnel — qui sied mieux aux formes d'un droit écrit, c'est-à-dire entre positivisme jurisprudentiel et positivisme formel, entre *rule of law* et État

42 Notamment Peter Drahos, *A Philosophy of Intellectual Property*, Aldershot, Dartmouth, 1996.

43 *Loi sur les brevets*, LRC 1985, c P-4, art 65.

44 Christophe Geiger, « 'Constitutionalising' Intellectual Property Law? — The Influence of Fundamental Rights on Intellectual Property in the European Union » (2006) 37:4 IIC 371.

de droit, entre déréglementation et régulation. L'abus, on l'a vu, est une formule correctrice qui vise à délester le pouvoir législatif dont la production normative doit être minimale. Gény avait bien résumé la pensée de l'époque sur ce point. Répondant à ceux qui voyaient le principe de sécurité juridique et de primauté de la loi en péril, il écrit :

L'objection pourrait nous arrêter, si le système traditionnel donnait ici plus de garanties en faveur de la vérité objective. Il n'en est rien. Ce n'est qu'une illusion, purement décevante, qu'on s'imagine trouver, dans une étroite interprétation des textes légaux, étayée des raisonnements d'une logique abstraite, une base vraiment ferme de solutions juridiques⁴⁵.

Ces propos vantent les vertus universalistes de l'abus. Surtout qu'en propriété intellectuelle, la déception quant aux productions normatives se vit quotidiennement. Le cycle ininterrompu des réformes, aux effets souvent mitigés, ainsi que la facture souvent absconse des textes, doublée chez nous des difficultés linguistiques⁴⁶, lui donnent encore raison. D'autant que le législateur sait faire, mais rarement défaire.

La déficience de la règle, puisque c'est là où l'abus nous mène, renvoie le juriste à replacer le droit dans sa complexité politique et éthique. Soit que le droit, en tant qu'ordre construit, contienne toute la justice soit, au contraire, qu'il ne puisse jamais totalement se réaliser dans sa légalité formelle. Dans la théorie de l'abus, les prescriptions du droit étatique sont sans cesse soumises à un examen de conformité à l'idée de justice. La distinction entre le droit positif et le droit subjectif, on l'a mentionné, a été particulièrement utile pour exprimer cette idée puisqu'elle fait voir un droit dynamique, tendu entre l'intérêt individuel (droit subjectif) et l'État (droit positif), entre l'individu et la collectivité. De là une attention nourrie sur la fonction des droits dans le droit. Mais entre les principes angéliques de justice et les propriétés stables du droit positif, les sociétés modernes ont vite privilégié le second. L'idée d'un droit *statutaire* est naturellement une formule apaisante pour les civilistes en particulier et les privatistes en général. Ceux du droit d'auteur, par exemple, y voient une véritable sinécure. On décrit alors la loi sur le droit d'auteur comme un *code complet* pour éviter l'épanchement de sens et accommoder l'interprète. Dans notre système, se plaît à répéter la

45 Gény, *Méthode d'interprétation*, supra note 14, vol 2 à la p 224.

46 Nicholas Kasirer, « L'ambivalence lexicographique en droit d'auteur canadien » dans Marie Cornu et al, dir, *Dictionnaire comparé du droit d'auteur et du copyright*, Paris, CNRS, 2003 à la p 313.

Cour suprême du Canada « le droit d'auteur tire son origine de la loi, et les droits et recours que celle-ci prévoit sont exhaustifs »⁴⁷. Il faut cependant s'interroger, depuis quand la législation particulière vide le droit de toute sa matière? Depuis quand les arguments dits *philosophiques* contiendraient moins de droit que la loi elle-même?⁴⁸

La dérive à laquelle mène une telle formule se rencontre encore dans la reprise de déclarations atones au sujet de la méthode actuelle d'interprétation : « Selon la méthode « moderne » ou « téléologique », a-t-on l'habitude de lire, les termes de la Loi doivent être lus « en suivant le sens ordinaire et grammatical » qui s'harmonise avec les objets de la Loi »⁴⁹. Cette méthode n'en est pas une ; la généralité de ses termes rend la formule creuse. Au contraire, dès lors que l'on tente de faire valoir qu'un droit qu'elle prévoit est détourné des objectifs qu'on peut lui prêter, la vague formule est agitée d'un camp à l'autre. Voilà qui met en perspective les positions contrastées des juges Rothstein et Bastarache dans l'affaire Kraft et dans laquelle l'abus de droit avait été invoqué mais rejeté malgré les suggestions du juge Bastarache. S'exprimant pour la majorité, Rothstein réplique :

Je crains que l'approche du juge Bastarache en l'espèce soit incompatible avec la méthode d'interprétation législative adoptée par notre Cour. Selon la méthode « moderne » ou « téléologique », les termes de la Loi doivent être lus « en suivant le sens ordinaire et grammatical » qui s'harmonise avec les objets de la Loi. Toutefois, les juges ne sont pas pour autant autorisés à substituer leurs préférences en matière de politique générale à celles du législateur. La Cour a constamment jugé que « le droit d'auteur tire son origine de la loi, et les droits et recours que prévoit la Loi sur le droit d'auteur sont exhaustifs . . . J'estime, en toute déférence, que les motifs du juge Bastarache dérogent à cette théorie⁵⁰.

De son côté, le juge Bastarache adopte une position toute josserrandienne. Il ne manque que la référence au motif illégitime. Faisant allusion

47 *Théberge c Galerie d'Art du Petit Champlain inc*, 2002 CSC 34 au para 5; *CCH Canadienne Ltée c Barreau du Haut-Canada*, 2004 CSC 13 au para 9 [CCH]; *Bishop c Stevens*, [1990] 2 RCS 467 à la p 477; *Compo Co Ltd c Blue Crest Music*, [1980] 1 RCS 357 aux pp 372-73.

48 Dans le jugement de première instance de l'affaire Kraft (*supra* note 3), les arguments relevant des principes généraux du droit ou de l'idée d'équité avaient été qualifiés, non sans une certaine connotation péjorative, de « philosophiques », *Kraft Canada Inc c Euro Excellence Inc*, 2004 CF 652 au para 47, [2004] 4 RCF 410.

49 *Kraft CSC*, *supra* note 3 au para 3.

50 *Ibid.*

à la stratégie qui consiste à substituer une base d'action pour une autre et à jouer ainsi sur la duplicité des formes de protection (droit des marques, droit d'auteur), il écrit :

il faut éviter de lui donner une interprétation incompatible avec la *Loi sur les marques de commerce*, L.R.C. 1985, ch. T13. La législation sur les marques de commerce protège les parts de marché des biens commerciaux; le droit d'auteur protège les gains économiques résultant de l'exercice du talent et du jugement. Si la législation sur les marques de commerce ne protège pas une part de marché dans un cas particulier, il n'y a pas lieu de recourir à la législation sur le droit d'auteur pour offrir cette protection si cela oblige à sortir le droit d'auteur de son champ d'application normal⁵¹.

C'est à travers la jurisprudence que l'on peut observer cette éclipse toujours partielle du droit et de la justice. C'est là, dans l'ouvrage du juge, que se trouve l'intérêt de cette discussion. Nous l'avons écrit, si l'on persiste à confondre légalité et justice alors le simple respect des lois suffira à remplir les exigences d'une déontologie juridique minimale et peu exigeante. La physionomie des droits intellectuels encourage naturellement cette approche. L'argument est puissant et prend pour inévitables mais acceptables l'imperfectibilité et l'insuffisance des lois⁵². De la sorte, le sentiment d'injustice éprouvé à la suite de l'application intransigeante d'un texte trouve immédiatement sa raison d'être et sa solution dans le texte. La difficulté du droit injuste est en partie évacuée par la place que tiennent dans cette conception les mécanismes de révision ou de réforme législative. Les imperfections du système légal sont traitées à partir des mécanismes parlementaires et du contrôle de légalité. Mais le positivisme légal n'épuise pas la question. Ces propos de Gény prennent tout leur sens : « Mais vraiment, on ne peut se fier à lui [le législateur], pour satisfaire à tout. Son intervention doit rester relativement rare, en matière de droit privé. Il n'est même pas désirable, que les plus menues règles, destinées à satisfaire des intérêts nouvellement reconnus ou mieux compris, soient, toujours et de suite, rédigées en article de lois »⁵³.

51 *Ibid* au para 83.

52 On voit clairement comment cette position a pu être celle des tenants de la philosophie libérale : tout ce qui n'est pas interdit est donc permis et la justice dans sa compréhension politique devient aussi bien le fait du législateur que des mécanismes de régulation naturels dans un milieu de concurrence.

53 Gény, *Méthode d'interprétation*, supra note 14, vol 2, à la p 228.

2) La Jurisprudence des Intérêts : le Péril Libéral

L'impression générale est effectivement que le traitement spécial des droits intellectuels soustrait au juge une partie de son appréciation. Leur administration dépendrait d'autres instances, spécialisées elles aussi, la loi ne suffisant plus pour rendre compte de la multiplicité grandissante des intérêts. Carbonnier avait d'ailleurs évoqué la « pulvérisation du droit en droits subjectifs »⁵⁴.

De plus, cette centralité du discours des intérêts qui atteint aussi la façon dont les cours abordent les questions de propriété intellectuelle a pour effet de minorer la fonction judiciaire et de lui imposer un rôle subalterne. La recherche de l'équilibre des intérêts, objectif annoncé des récentes décisions de la Cours suprême du Canada en propriété intellectuelle, maintient le droit dans la règle textuelle et non dans le principe. Elle devient le signe d'une justice affaiblie qui refuse de remettre le droit en question et de revenir à des solutions que dicterait pourtant l'équité. Olivier Jouanjan a très bien saisi le premier paradoxe fondamental du droit qu'il appellera le tourment de l'interprétation, car très vite l'interprète doit se situer hors du texte :

Mais l'interprétation et ses méthodes font exploser le cadre formel de la logique. Car elle se présente comme : « libre activité spirituelle », « art » . . . , c'est-à-dire activité *créatrice*. C'est à l'intuition qu'elle s'en remet en dernier ressort. Or, la création non plus que l'intuition n'ont à rendre compte de leurs fondations. Le fruit de la création n'a pas à être *prouvé* et ne saurait l'être. Sa source n'est autre que la souveraineté de l'artiste, de l'interprète. L'art de l'interprétation recèle donc un *pouvoir*, une puissance que l'idée de l'État *de droit*, dans lequel les décisions doivent être *fondées en droit*, refoule⁵⁵.

Le second de ces paradoxes met en cause l'abus dans son projet politique. Si aujourd'hui il nous semble avoir à faire à une propriété intellectuelle si dense, si peu plastique, si indécise qu'elle en devient un tissu synthétique de lois, c'est que la notion de droit elle-même n'est plus irradiée par une conception forte de l'État, du Souverain. Avec Raynaud, nous sommes donc bien fondés à nous demander si nous n'entrons pas « dans une ère où le droit s'émancipe de l'État, où s'éclipse la figure du souverain et où la fonction judi-

54 Jean Carbonnier, *Droit et passion du droit sous la Ve République*, Paris, Flammarion, 1996 à la p. 106.

55 Jouanjan, *supra* note 25 au para 30.

ciaire devient en droit première dans l'ordre juridique [notes omises]»⁵⁶. Cette perte ou élévation du droit à travers l'autorité du juge, par ailleurs si crainte, Jossierand l'a soutenue sans aucune retenue. Le politique cherchant à tout prix à s'exprimer, la voix législative étant perdue dans la polyphonie des représentations, il le ferait plus naturellement par le prononcé judiciaire. La position des tenants de l'abus est une reformulation de la justice aristotélicienne selon laquelle l'équitable peut dépasser la loi écrite⁵⁷.

On a fait remarquer que la théorie de l'abus reposait sur une trame plus littéraire que juridique. D'où son ambiguïté, d'où son impossible instrumentalisation. La formule de l'abus envoûte par son esthétisme, par sa puissance évocatrice. Elle se fait entendre non dans les assemblées mais dans les prétoires et désigne ainsi ces autres chantiers de construction juridique que sont les tribunaux⁵⁸. La propriété intellectuelle a refusé d'ouvrir les prétoires et entend demeurer entièrement modelée par les lois. Voilà peut-être l'origine des déboires de notre matière lorsqu'il s'agit de redresser le détournement de ses droits. « Les changements incessants de la réalité sociale et la tolérance liée au pluralisme empêchent le législateur d'enfermer encore l'écrit normatif dans la formulation implacable de lois immuables. S'il légifère plus que jamais, le législateur s'attache plus aux détails qu'aux principes et s'il touche à ceux-ci, c'est sur le ton de la directive, non du commandement »⁵⁹. Et on entend la plainte lancinante de ceux qui reprochent aux lois de propriété intellectuelle leur manque d'aspiration, de sens. Cette lacune est encore soulignée par le discours des intérêts conflictuels. Le législateur autant que le juge recherchent le compromis. L'approche téléologique cède alors le pas à une méthode de computation des valeurs et des intérêts. Teresa Scassa avait montré par exemple comment le contentieux judiciaire en droit d'auteur s'exprime à partir de la notion d'équilibrage des intérêts et pourquoi l'approche n'est pas sans faille :

Most recently copyright law in Canada has been referred to as a balance between the interests of creators and users of works. Other iterations of the balance have made reference to a broader societal interest as well. Yet such

56 Philippe Raynaud, *Le juge et le philosophe*, Paris, Colin, 2008 à la p 121.

57 Chaïm Perelman, *Éthique et droit*, Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, 1990 notamment aux pp 51 et s, et 198 et s.

58 Paul Martens, « Thémis et ses plumes — Réflexions sur l'écriture juridique » dans *Nouveaux itinéraires en droit — Hommage à François Rigaux*, Bruxelles, Bruylant, 1993 à la p 346 [Martens].

59 *Ibid* à la p 347.

statements are far from being an adequate articulation of the interests in the balance. Little attention has been given to defining who “creators” and “users” are, or to identifying the societal interests at play. Further, the expression of balance between users and creators overlooks another important — if not crucial — interest: that of owners⁶⁰.

Cette didactique des intérêts fige considérablement la pensée juridique moderne et limite l’impact d’un intérêt « public » ou « social » qui n’est plus alors qu’un facteur parmi d’autres. On ne peut s’empêcher de lire dans ce mouvement les effets des forces libérales puisqu’il aboutit à considérer les intérêts comme autant de valeurs particulières et échangeables, c’est finalement le retour au subjectivisme, à l’atomisme.

Étonnement, l’idée de réduire l’analyse juridique à une méthode de conciliation n’est pas nouvelle; elle est même contemporaine à l’apparition de la théorie de l’abus. Heck⁶¹ en Allemagne et Demogue⁶² en France, notamment⁶³ en sont les précurseurs. Ils avaient, tout comme leurs contemporains, adressé une critique sévère à ceux qui croyaient encore au perfectionnement de la législation. Mais plus cyniques, et refusant toute pensée téléologique, ils ont réduit la mécanique du droit privé à la computation des masses d’intérêts à considérer. L’office du juge est la pesée. Or, dans ce contexte, si le droit est désormais sorti de la théologie, les forces extérieures du lobbying en font une matière tout autant pétrie d’arbitraires. Et après avoir relu le texte de la Loi sur la modernisation du droit d’auteur⁶⁴, qui vient d’être adoptée au Canada, jamais ne nous sommes nous sentis plus proches des conclusions de Martens pour qui « l’image du droit mûri dans les assemblées, coulé dans des lois dont le juge n’aurait qu’à exécuter les commandements, n’est plus pertinente »⁶⁵. Le même auteur rappelle, en fin d’analyse, la force salvatrice de la formule de l’abus de droit. Par elle,

60 Teresa Scassa, « Interests in the Balance », dans Michael Geist, dir, *The Public Interest: The Future of Canadian Copyright Law*, Toronto, Irwin Law, 2005 à la p 41. L’expression “juste équilibre” est désormais consacrée par la Cour suprême; voir CCH, *supra* note 47 au para 48

61 Philipp Von Heck, *Die Entstehung der Lex Frisionum*, Stuttgart, Verlag von W Kohlhammer, 1927.

62 Demogue, *supra* note 23.

63 Oliver Wendell Holmes, *The Common Law*, Boston, American Bar Association, 2010 et « Law in Science, and Science in Law » (1899) 12 Harv L Rev 443; Benjamin Cardozo, *The Paradoxes of Legal Science*, Clark, The Lawbook Exchange, 2000 [1928].

64 *Loi sur la modernisation du droit d’auteur*, LC 2012, c 20.

65 Martens, *supra* note 58 à la p 369.

écrit-il, « les émotions troubles de l'équité purent se structurer dans des arcatures objectives et se donner un aspect de validité juridique. Alors les juges purent user des ressources de l'énoncé performatif et de la magie illocutoire : ils osèrent manifester l'idée de justice qui jusque-là avait dormi en eux dans un état d'insuffisance littéraire »⁶⁶.

D. CONCLUSION

Finalement, la formule de l'abus n'est pas moins vide ou pleine de sens que celles des législations particulières de la propriété intellectuelle et d'un code complet ou que celle de la méthode moderne de l'interprétation, refrain repris ces dernières années par la Cour suprême du Canada. L'interprétation est une lecture contextuelle et globale de la loi « en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s'harmonise avec l'esprit de la loi, l'objet de la loi et l'intention du législateur »⁶⁷; une formule que les sophistes auraient appréciée et qui, en fin de compte, paraît bien plus comme une logomachie. On y lit pourtant une expression qui a une signification particulière dans la pensée juridique : « l'esprit de la loi ». Le débat est là, à savoir si tout le droit est contenu dans la loi ou s'il peut être cherché ailleurs dans une dimension plus abstraite, celle de « l'esprit » des choses.

L'idée de sentiment de justice a bien servi en droit mais elle a également été reçue dans d'autres domaines des sciences humaines. On la retrouve en économie. Selon Amartya Sen⁶⁸ par exemple, l'interprétation populaire de l'œuvre d'Adam Smith⁶⁹ oublie la centralité du sentiment de justice en économie. En s'étant départie de l'aspect normatif, l'économie se serait appauvrie considérablement. Il est de notre avis que ce métadiscours normatif est nourricier dans toutes les sphères d'étude portant sur le comportement humain. La théorie de l'abus, on le sait, demeure un principe actif et libérateur. Il s'agit désormais de ne plus craindre son emploi⁷⁰.

66 *Ibid* à la p 353.

67 *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd (Re)*, [1998] 1 RCS 27 à la p 41.

68 Amartya Sen, « Comportement économique et sentiments moraux » dans Amartya Sen, *Éthique et économie*, Paris, Presses Universitaires de France, 2008 à la p 1.

69 Adam Smith, *The Wealth of Nations*, New York : Knopf, 1991 [1776]; Adam Smith, *Théorie des sentiments moraux*, Paris, Presses Universitaires de France, 2003.

70 Christophe Caron, *Abus de droit et droit d'auteur*, Paris, Litec, 1998.