

*Vol. 25, n° 3*

## **Aspects internationaux de la *Loi sur la modernisation du droit d'auteur* du Canada**

**Ysolde Gendreau\***

Introduction . . . . .	1029
1. Les modifications le moins controversées . . . . .	1030
1.1 Durée de protection des photographies . . . . .	1031
1.2 Droits des artistes-interprètes et producteurs de phonogrammes . . . . .	1032
1.3 Droit de distribution/épuisement . . . . .	1033
1.4 Mesures techniques de protection et information sur le régime des droits . . . . .	1034
2. Les modifications le plus controversées . . . . .	1036
2.1 Droit de mise à disposition . . . . .	1037
2.2 Recours . . . . .	1039

---

© Ysolde Gendreau, 2013.

\* Professeure, Faculté de droit, chercheure, Centre de recherche en droit public, Université de Montréal. Ce texte reprend et amplifie les propos tenus lors du colloque de l'ALAI Canada sur les amendements à la loi canadienne sur le droit d'auteur qui a eu lieu à Montréal le 28 septembre 2012.

2.2.1	Dommages-intérêts préétablis . . . . .	1040
2.2.2	Régime de responsabilité des fournisseurs de service Internet . . . . .	1042
2.3	Exceptions . . . . .	1044
2.3.1	Utilisation équitable . . . . .	1045
2.3.2	Copies privées. . . . .	1046
	Conclusion . . . . .	1049

## Introduction

La naissance du projet de loi C-11<sup>1</sup>, qui a mené à la *Loi sur la modernisation du droit d'auteur*<sup>2</sup> au Canada en 2012, est intimement liée à l'existence de traités internationaux. Quand la Phase II de révision sur la *Loi sur le droit d'auteur* se terminait en 1997<sup>3</sup>, les « Traités Internet », à savoir le Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur (TODA) et le Traité de l'OMPI sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes (TOIEP), étaient déjà adoptés depuis décembre 1996. C'est donc dire que la question d'intégrer ou non les éléments qui y étaient abordés dans le processus de révision en cours était évidemment à l'esprit du législateur. Pour ne pas alourdir un dossier qui était déjà difficile à gérer, il a été choisi de ne pas entreprendre les nouveaux sujets qui étaient abordés dans ces traités. L'« agenda numérique » était donc reporté à plus tard et c'est ainsi que la loi de 2012 fait entrer pleinement le droit d'auteur canadien dans l'ère numérique.

Il est bon de rappeler ici que, tout comme le projet de loi C-11 s'est inscrit dans un processus de réforme, les Traités OMPI de 1996 tiennent un rôle particulier dans l'histoire des traités internationaux du droit d'auteur. Depuis l'Acte de Paris de 1971, la Convention de Berne n'a pas été modifiée. D'une certaine manière, une mise à jour de son droit conventionnel a été effectuée dans le cadre des négociations du traité de l'Organisation mondiale du commerce en 1994 qui se sont traduites par la conclusion de l'Accord sur les droits de propriété intellectuelle concernant le commerce (ADPIC). Piquée par ce développement, l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle a réussi à produire les Traités OMPI deux ans plus tard. Ici encore, à la manière de l'accord ADPIC qui, en matière de droit d'auteur, a été bâti sur la Convention de Berne, les Traités OMPI sont construits sur l'accord ADPIC. Une différence notable existe toutefois entre les deux : les traités de 1996 demeurent des instru-

1. Projet de loi C-11, Chambre des communes, 1<sup>re</sup> session, 41<sup>e</sup> Parlement, 60 Elizabeth II, 2011 (1<sup>re</sup> lecture : 29 septembre 2011).
2. L.C. 2012, ch. 20.
3. *Loi modifiant la Loi sur le droit d'auteur*, L.C. 1997, ch. 24.

ments de l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle. On ne saurait donc les associer directement au mécanisme de sanctions de l'Organisation mondiale du commerce qui accompagne l'accord ADPIC.

La *Loi sur la modernisation du droit d'auteur* n'est pas que la transposition en droit interne des Traités OMPI, mais cette dimension internationale de la loi constitue un aspect essentiel de l'exercice législatif. On abordera ici les modifications qui sont apportées à la loi canadienne sur le droit d'auteur en fonction des règles qui sont imposées par ces traités auxquels, au moment de la rédaction de ces lignes, le Canada n'a pas encore formellement adhéré. Dans un premier temps, on fera état des modifications qui sont les moins controversées à la lumière de ces traités (1). Ce terrain étant dégagé, une plus longue part de nos propos sera consacrée aux amendements qui sont appelés à susciter davantage d'interrogations (2).

### 1. Les modifications le moins controversées

L'absence ou le peu de controverses auquel on peut faire allusion lorsqu'il s'agit des amendements à la *Loi sur le droit d'auteur* ne fait pas référence ici aux débats politiques sur le fond que les nouveaux textes présentent. C'est de conformité aux traités internationaux qu'il est question ici, et cet aspect de la législation en est un qui, probablement par définition, n'est pas de nature à susciter le même intérêt au cours d'un processus de révision que l'essence même des amendements qui sont en jeu. De toutes les modifications qui ont été apportées à la loi, quatre éléments peuvent être considérés comme étant susceptibles de ne pas remettre en question la manière dont le législateur a intégré les règles internationales. Il s'agit de la durée de protection des photographies (1.1), des droits des artistes – interprètes et des producteurs de phonogrammes (1.2), du droit de distribution (1.3), ainsi que des mesures techniques de protection et de l'information sur le régime des droits (1.4).

Avant d'étudier ces questions plus en détail, il est nécessaire de faire deux petites mises au point. Tout d'abord, il faut reconnaître que, jusqu'à tout récemment avec le Traité de Marrakech visant à faciliter l'accès des aveugles, des déficients visuels et des personnes ayant d'autres difficultés de lecture des textes imprimés aux œuvres publiées, les traités de propriété intellectuelle créent des seuils minimaux de protection. Il en est de même avec les Traités OMPI. On ne saura donc retenir contre le Canada le fait qu'il soit allé au-delà de ses obligations internationales et qu'il ait profité de la situation pour

traiter certaines questions de manière plus complète. Par ailleurs, étant donné la nature des Traités OMPI, certaines de leurs dispositions avaient déjà été intégrées en droit canadien à l'occasion soit de la mise en œuvre de l'accord ADPIC<sup>4</sup>, soit de la Phase II de la révision de la *Loi sur le droit d'auteur*<sup>5</sup>. Voilà pourquoi, par exemple, les débats entourant les logiciels, les compilations, ou encore le droit de location seront passés sous silence.

### 1.1 *Durée de protection des photographies*

L'article 9 du TODA impose aux parties contractantes de ne plus appliquer la règle particulière de durée de protection des photographies qui se trouve à l'article 7, paragraphe 4 de la Convention de Berne. Cet article permet en effet aux membres de l'Union de n'accorder aux œuvres photographiques qu'une durée de protection de 25 années à compter de leur création. Cette durée de protection, qui avait été insérée dans la Convention de Berne par l'Acte de Stockholm de 1967 et reprise dans l'Acte de Paris de 1971, reflétait le malaise longtemps toléré par le milieu de la création photographique face à la protection de ces œuvres créées à l'aide d'un appareil technique<sup>6</sup>. L'évolution des mentalités et des technologies rendait ce particularisme de plus en plus désuet. À l'origine, cette règle permettait d'accommoder des pays comme l'Angleterre, et ceux dont les lois en étaient inspirées, qui avaient une règle de durée de protection des photographies qui était indépendante de la vie de leurs auteurs. Le Canada demeurait l'un des rares pays à ne pas avoir abandonné cette règle ancienne issue de la loi impériale de 1911. La *Loi sur la modernisation du droit d'auteur* a donc conduit à l'abrogation de l'article 10 de la loi canadienne sur le droit d'auteur qui, malgré des modifications qui avaient été apportées lors de la Phase II de la révision, maintenait encore cette règle pour un certain nombre de photographies.

Le régime spécial de durée de protection était accompagné d'une définition de l'auteur de la photographie qui était propre à cette catégorie d'œuvres<sup>7</sup>. La disparition de la durée particulière du

4. *Loi de mise en œuvre de l'accord sur l'Organisation mondiale du commerce*, L.C. 1994, ch. 47.

5. *Supra*, note 3.

6. Voir Ysolde GENDREAU, « La durée de protection des photographies : une donnée révélatrice », (1993) 5:3 *Cahiers de propriété intellectuelle* 375.

7. « Le propriétaire, au moment de la confection du cliché initial ou de la planche ou, lorsqu'il n'y a pas de cliché ou de planche, de l'original est considéré comme l'auteur de la photographie, et si ce propriétaire est une personne morale, celle-ci est

droit d'auteur a donc pu entraîner avec elle celle de la définition de l'auteur de la photographie. En outre, la règle déterminant l'auteur de la photographie n'était pas la seule particularité en matière de titularité du droit d'auteur sur ces œuvres. La loi comportait aussi une autre disposition qui, elle, avait trait à la titularité du droit d'auteur sur les photographies, gravures, et portraits qui faisaient l'objet de contrats de commande, disposition qui accordait la titularité du droit d'auteur sur l'œuvre à la personne qui l'avait commandée<sup>8</sup>. Cette règle a elle aussi été abolie. Son esprit n'a toutefois pas complètement disparu, car une nouvelle exception à la loi a été introduite pour permettre à des personnes physiques « d'utiliser à des fins non commerciales ou privées – ou de permettre d'utiliser à de telles fins – la photographie ou le portrait qu'elle a commandé à des fins personnelles et qui a été confectionné contre rémunération » à moins d'une entente à l'effet contraire<sup>9</sup>. La conformité au Traité OMPI en matière de durée de protection des photographies a donc provoqué des modifications de plus grande ampleur.

### **1.2 Droits des artistes-interprètes et producteurs de phonogrammes**

La réforme des droits voisins avait été une réalisation importante de la Phase II de révision sur la *Loi sur le droit d'auteur* en 1997. Le Canada, en tant que pays de copyright, s'était alors distingué en suivant un modèle de protection qui conçoit cette dimension de la propriété littéraire et artistique selon l'esprit qui anime la Convention de Rome en la matière. La réforme de 2012 a donc permis de reformuler ou d'ajouter des droits économiques à ceux qui avaient été instaurés en 1997. Le texte législatif qui en découle fait en sorte que les droits sont rédigés en fonction de l'appartenance des ressortissants canadiens et étrangers aux traités internationaux, en distinguant les ressortissants des pays appartenant soit à la Convention de Rome soit aux Traités OMPI de ceux qui sont des ressortissants des pays de l'OMC<sup>10</sup>. La grande nouveauté, bien sûr, est la

---

réputée, pour l'application de la présente loi, être un résident habituel d'un pays signataire, si elle y a fondé un établissement commercial. » *Loi sur le droit d'auteur*, L.R.C. (1985), ch. C-42, par. 10(2) (abrogé).

8. *Loi sur le droit d'auteur*, par. 13(2) (abrogé).

9. *Loi sur le droit d'auteur*, al. 32.2(1)f).

10. La situation est particulièrement marquée dans le cas des artistes-interprètes. Même s'ils figurent dans le même article, les critères de rattachement aux pays membres du TOIEP sont énoncés dans un paragraphe distinct (par. 15(2.2)) de ceux qui relèvent de la Convention de Rome (par. 15(2)). Le régime de droits des artistes-interprètes ayant pour seul critère de rattachement une prestation ayant lieu dans un pays membre de l'OMC demeure déterminé par l'article 26.

reconnaissance des droits moraux aux artistes-interprètes. Cette reconnaissance a été faite dans les mêmes termes que ceux qui existent pour les auteurs d'œuvres<sup>11</sup>.

### 1.3 Droit de distribution/épuiement

Il est difficile de traiter du droit de distribution sans évoquer en même temps son corollaire : la doctrine de l'épuisement<sup>12</sup>. D'un point de vue technique, cependant, cela est tout à fait possible. Pour preuve, l'accord ADPIC, qui a été conçu pour accompagner tout un ensemble de règles portant sur les échanges commerciaux internationaux, ne fait aucune référence à un droit de distribution et précise que « aucune disposition du présent accord ne sera utilisée pour traiter la question de l'épuisement des droits de propriété intellectuelle<sup>13</sup>. » Si telle était la position en 1994 pour l'ensemble de la propriété intellectuelle, il faut croire que l'idée a cheminé davantage en deux ans dans le seul domaine du droit d'auteur. Tout en maintenant la ligne de conduite qui laisse les pays membres libres de déterminer la portée de la règle de l'épuisement, les deux Traités OMPI imposent l'obligation d'introduire un droit de distribution relatif aux différents objets qu'ils visent<sup>14</sup>. Ainsi le Canada a dû mettre un terme aux hésitations quant au point de savoir si un tel droit existait bel et bien dans la *Loi sur le droit d'auteur*<sup>15</sup> et a donc ajouté à la nomenclature des diverses prérogatives des titulaires de droit d'auteur, dans les trois cas visés par les Traités OMPI, un droit spécifique portant sur le transfert de propriété des objets qui incorpore des œuvres<sup>16</sup>, des prestations d'artistes-interprètes<sup>17</sup>, ou des enregistrements sonores protégés<sup>18</sup>. Le Canada a cependant dépassé les attentes des rédacteurs des traités en intégrant, dans la formulation même des droits, l'épuisement qui s'y rattache.

Le choix du Canada s'est porté sur l'épuisement international et il s'avèrera certainement intéressant d'en surveiller les conséquences. Plusieurs situations seront à suivre. D'abord, les dispo-

11. *Loi sur le droit d'auteur*, art. 17.1, 17.2, 28.1, et 28.2.

12. Sur ce sujet, voir Frédéric POLLAUD-DULIAN, *Le droit de destination – le sort des exemplaires en droit d'auteur* (Paris, L.G.D.J., 1989).

13. ADPIC, art. 6.

14. TODA, art. 6 ; TOIEP, art. 12.

15. Sur ce sujet, voir Pierre-Emmanuel MOYSE, *Le droit de distribution : analyse historique et comparative en droit d'auteur* (Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2007).

16. *Loi sur le droit d'auteur*, al. 3(1j).

17. *Ibid.*, al. 15(1.1)e).

18. *Ibid.*, al. 18 (1.1)b).

sitions de la *Loi sur le droit d'auteur* concernant l'importation d'œuvres et d'autres objets relevant des droits voisins n'ont pas été modifiées à cette occasion<sup>19</sup>. Une brève lecture de celles-ci laisse pourtant présager quelques difficultés. Par exemple, comment concilier cet épuisement international avec la possibilité d'intervenir lorsque la production d'un livre « s'est faite avec le consentement du titulaire du droit d'auteur dans le pays de production, mais leur importation s'est faite sans le consentement du titulaire du droit d'auteur au Canada »<sup>20</sup> ? Une autre source de difficulté provient des rapports avec les autres droits de propriété intellectuelle. Aucune loi de propriété industrielle n'établit de règle claire en la matière. La situation risque de devenir particulièrement complexe dans les cas où, comme cela peut si souvent se produire avec les marques de commerce, un même objet tangible incorpore deux droits de propriété intellectuelle distincts.

Mais il n'est pas nécessaire de sortir du cadre du droit d'auteur pour identifier une conjoncture hautement délicate : la décision de la Cour suprême du Canada, en juillet 2012, de considérer le téléchargement d'œuvres comme une vente d'objets alors que la diffusion en continu relèverait de la communication au public suffit en elle-même pour laisser entrevoir de longues années de débats judiciaires<sup>21</sup>. Le droit de distribution est donc susceptible de prendre une importance qui était sans doute insoupçonnée au moment de sa conception.

#### **1.4 Mesures techniques de protection et information sur le régime des droits**

La grande nouveauté des Traités Internet de 1996 réside sans contredit dans leurs obligations relatives aux mesures techniques de protection et à la protection de l'information sur le régime des droits qui accompagne la diffusion des œuvres en format électronique. Ces mesures de « para-droit d'auteur » constituent bel et bien la traduction juridique de la célèbre formule « the answer to the machine is in the machine ». Si la mise en œuvre de l'obligation visant les informations sur le régime des droits n'appelle pas de véritables commentaires<sup>22</sup>, il en va autrement de celle touchant les mesures techniques de protection.

19. *Ibid.*, art. 44 à 45.

20. *Ibid.*, al. 44.2(1)b).

21. *Entertainment Software Association c. SOCAN*, 2012 CSC 34.

22. *Loi sur le droit d'auteur*, art. 41.22.



La mise en œuvre des articles 11 du TODA et 18 du TOIEP va à la fois au-delà et en deçà des prescriptions internationales. Elle dépasse la lettre des exigences des traités en ce qu'elle vise non seulement les mesures techniques qui protègent les droits économiques des titulaires de droits, mais aussi celles qui contrôlent l'accès aux différents objets de protection<sup>23</sup>. Elle rate la cible, toutefois, en ne tenant aucun compte de ce que ces mesures techniques peuvent également servir à protéger les droits moraux des auteurs et des artistes-interprètes. Pourtant, la formulation des traités n'exclut pas du tout les droits moraux de leurs champs d'application : les droits qui sont conférés par les Traités OMPI sont accordés aux auteurs<sup>24</sup> et aux artistes-interprètes<sup>25</sup>, et non à des titulaires de droit. Les droits que ces mesures techniques sont susceptibles de protéger incluent, dans le cas des auteurs, ceux de la Convention de Berne et, dans le cas des artistes-interprètes, les droits moraux qui leur sont nouvellement reconnus par le TOIEP. Dans la loi telle qu'elle existe aujourd'hui, le recours qui accompagne le droit au maintien des mesures techniques de protection est accordé aux *titulaires* de droits d'auteur et non aux auteurs<sup>26</sup>, ce qui, ironiquement, selon la terminologie de la loi canadienne, protège davantage les artistes-interprètes que les auteurs d'œuvres protégées. En effet, contrairement aux auteurs, les artistes-interprètes sont identifiés en tant que titulaires de droits d'auteur *ab initio* et ne sont pas privés de cette titularité lorsque leur prestation est effectuée dans le cadre d'un emploi<sup>27</sup>. Le statut de titulaire de droit d'auteur échappe toutefois aux auteurs employés, à moins d'une stipulation contraire<sup>28</sup>. Il est donc loin d'être certain que tous les *auteurs* qui sont visés par le TODA bénéficient du droit en cause.

Les difficultés ne s'arrêtent pas là. Une partie de la définition même de la mesure technique de protection fait référence à un moyen qui « restreint efficacement l'accomplissement... d'un acte

23. *Ibid.*, art. 41, définition de « mesure technique de protection ». L'interprétation dominante veut que la portée des Traités OMPI comprenne le contrôle de l'accès aux œuvres : Sam RICKETSON et Jane C. GINSBURG, *International Copyright and Neighbouring Rights – The Berne Convention and Beyond* (Oxford, Oxford University Press, 2006), t. 2, p. 974-976, nos 15.14-15.16 ; Mihály FICSOR, *The Law of Copyright and the Internet – The 1996 WIPO Treaties, Their Interpretation and Implementation* (Oxford, Oxford University Press, 2002), p. 547-548, n° C11.09.

24. TODA, art. 11.

25. TOIEP, art. 18.

26. *Loi sur le droit d'auteur*, par. 41.1(2).

27. *Ibid.*, al. 24a).

28. *Ibid.*, par. 13(3).

visé aux articles 3, 15 ou 18 ou pour lequel l'article 19 prévoit le versement de rémunération »<sup>29</sup>. Les articles qui sont ici mentionnés concernent les droits pécuniaires tant des auteurs que des artistes-interprètes. Certes, les articles qui énoncent les droits moraux des auteurs et des artistes-interprètes renvoient expressément soit à l'article 3, en ce qui a trait au droit de paternité des auteurs<sup>30</sup>, soit à l'article 15, pour ce qui est de l'ensemble du droit moral des artistes-interprètes<sup>31</sup>, pour identifier les situations dans lesquelles les ayants droit sont autorisés à faire valoir leurs droits moraux. Toutefois, ces formulations semblent bien minces pour soutenir une interprétation qui rattacherait le droit moral à l'univers canadien des mesures techniques de protection. Mais qui se soucie du droit moral de nos jours ?...

Sans être dénués de toute controverse, force est de constater que les sujets qui ont été abordés dans cette première partie, à tort ou à raison, ne semblent pas avoir été perçus comme ayant une résonance internationale particulière. Certes, des traités internationaux sont mis en œuvre ; mais on ne semble pas craindre les ramifications internationales du nouveau droit interne. L'avenir réservera peut-être des surprises. En attendant, c'est plutôt dans les modifications que nous examinerons dans la seconde partie que les conséquences internationales apparaissent de manière plus immédiate.

## 2. Les modifications le plus controversées

Une controverse à caractère plus international peut apparaître en droit d'auteur de deux manières. D'une part, elle peut naître lorsque le droit en cause repose sur une activité internationale dont les répercussions étrangères obligent à sortir du cadre strictement national du droit. C'est ce qui se produit avec le droit de mise à disposition, la prérogative qui a été conçue pour répondre aux activités menées sur Internet (2.1). D'autre part, des dispositions qui, à première vue, semblent d'intérêt plutôt local peuvent rapidement prendre des dimensions internationales parce que l'on peut les rattacher à des mécanismes de sanctions internationales qui sont susceptibles d'influer sur le positionnement politico-juridique du pays en matière de droit d'auteur. On pense ici aux modifications qui ont été apportées aux règles ayant trait aux recours (2.2) et aux exceptions (2.3).

29. *Supra*, note 23.

30. *Loi sur le droit d'auteur*, par. 14.1(1).

31. *Ibid.*, par. 17.1(1).

## 2.1 Droit de mise à disposition

La pierre angulaire de la circulation des œuvres sur Internet est le droit de mise à disposition. Ce droit, qui correspond à la « solution parapluie » qui permettait de conjuguer les différentes conceptions du régime applicable à la situation, est plus précisément présenté dans le TODA comme un droit de communication au public<sup>32</sup>, alors qu'il conserve l'appellation de droit de mise à disposition dans le TOIEP<sup>33</sup>. On doit ces différences de rédaction aux rapports que chaque traité entretient avec le droit antérieur auquel il se raccorde. Dans le cas du TODA, comme le rappelle la formulation de son article, c'est dans le cadre de l'évolution du droit de communication publique qui s'est développé dans la Convention de Berne que l'on a choisi d'inscrire le concept de mise à disposition du public. Cependant, il n'y a pas de texte équivalent aux articles 11, 11*bis*, 11*ter*, 14, et 14*bis* de la Convention de Berne dans la Convention de Rome ou dans l'accord ADPIC en ce qui a trait aux droits voisins. Voilà pourquoi, sur ce terrain des droits voisins, la rédaction du droit de mise à disposition du public se présente de manière plus « indépendante » que dans le TODA.

La loi canadienne fait écho à ces différences. La mise en œuvre du TOIEP a produit des textes tout à fait nouveaux pour traduire le droit de mise à disposition du public<sup>34</sup>. En ce qui concerne le droit relatif aux œuvres protégées, cependant, la situation est tout autre. En effet, depuis 1988, c'est-à-dire depuis l'Accord de libre-échange Canada-États-Unis, le droit de radiodiffuser les œuvres est devenu le droit de communiquer au public par télécommunication<sup>35</sup>. En 2004, la Cour suprême a confirmé que ce droit de communiquer par télécommunication régissait la diffusion des œuvres sur Internet<sup>36</sup>. En donnant une définition de la communication par télécommunication qui inclut dorénavant le droit de mise à disposition, la loi de 2012 vient à la fois mettre en œuvre le TODA et sanctionner la décision de la Cour suprême.

À première vue, l'exercice semble réussi. Pourtant, certaines préoccupations apparaissent. Il y a, tout d'abord, ce qui ressemble à un problème de redondance. Les dispositions qui relèvent des droits

32. TODA, art. 8.

33. TOIEP, art. 10 (artistes-interprètes) et 14 (producteurs de phonogrammes).

34. *Loi sur le droit d'auteur*, al. 15(1.1)d) (artistes-interprètes) et 18(1.1)a) (producteurs de phonogrammes).

35. *Ibid.*, al. 3(1)f).

36. *SOCAN c. Association canadienne des fournisseurs Internet*, 2004 CSC 45.

voisins font état du droit de mettre « à la disposition du public *et* de le lui communiquer par télécommunication, de manière que chacun puisse y avoir accès de l'endroit et au moment qu'il choisit individuellement ». Cependant, la définition du droit de communiquer par télécommunication a vocation à s'appliquer tant aux œuvres qu'aux objets de droits voisins et indique que « le fait de mettre à la disposition du public par télécommunication une œuvre ou un autre objet du droit d'auteur de manière que chacun puisse y avoir accès de l'endroit et au moment qu'il choisit individuellement » constitue une communication au public par télécommunication<sup>37</sup>. Si cette définition du droit de communiquer par télécommunication concerne la première partie de l'énoncé de la prérogative en cause pour les objets de droits voisins, on peut s'interroger sur la pertinence d'y avoir ajouté le droit « de le lui communiquer, par télécommunication ... ». Cette interrogation relève de l'interprétation du droit interne et l'on doit s'attendre à des débats fort instructifs à ce sujet devant les tribunaux.

Du point de vue du droit international, la question est ailleurs. Elle résulte du conflit entre le droit de communication et le droit de distribution que laisse préfigurer la décision de la Cour suprême de juillet 2012 dans l'affaire *Entertainment Software Association*<sup>38</sup>. Rendue sous l'empire du droit antérieur aux modifications de 2012, la décision majoritaire de la Cour suprême a distingué la diffusion en continu (*streaming*) du téléchargement : la diffusion en continu relève du droit de communication, tandis que le téléchargement s'analyse comme une vente, la Cour ne pouvant à ce moment faire allusion au droit de distribution qui n'était pas encore adopté. Il serait permis de croire que, si le concept de droit de distribution lui avait été disponible comme qualification, c'est celui-ci qui aurait été choisi plutôt que la notion de vente. La coexistence des deux qualifications pour expliquer les diffusions sur l'Internet renvoie à la raison d'être de la solution parapluie des Traités OMPI de 1996. C'est précisément pour accommoder la préférence pour la communication chez les uns et celle pour la distribution chez les autres que l'expression de « mise à disposition du public » a été retenue par leurs rédacteurs. Il leur était déjà possible de reconnaître que les deux approches pouvaient coexister dans un même droit national<sup>39</sup>, même si l'idée du droit de distribution faisait face à d'importantes réserves, car il s'accompagnait nécessairement d'un concept d'épuisement, concept

37. *Loi sur le droit d'auteur*, par. 2.4(1.1).

38. *Supra*, note 21.

39. Voir FICSOR, *supra*, note 23, p. 500-501, n° C8.11.

qui n'a pas de place, quant à lui, dans l'univers du droit de communication.

Il ne sera plus possible de tergiverser longtemps à ce sujet. Tant au Canada que dans l'Union européenne<sup>40</sup>, la question se pose. Au Canada, le nouvel alinéa 3(1j) parle de la distribution « d'une œuvre sous forme d'un objet tangible ». Il sera donc intéressant de savoir si la vente qui a été identifiée par la Cour suprême dans l'affaire *Entertainment Software Association* pourra se transformer en droit de distribution selon le nouveau droit. Si la réponse est positive, il faudra alors examiner les conséquences d'un épuisement international sur cette qualification. Indépendamment de ces interrogations positivistes, la technologie permettra-t-elle toujours de concevoir le droit d'auteur applicable aux activités en ligne en fonction d'une *summa divisio* ? L'industrie pourra-t-elle vivre dans cet univers juridique bipolaire ? Si elle le peut, il y a fort à parier qu'elle aura besoin d'acrobaties juridiques qui risquent de miner sa propre légitimité auprès du public.

Le droit de mise à disposition du public a donc encore de beaux jours devant lui au Canada. La nécessité de tirer au clair les tenants et aboutissants de son rôle dans la diffusion sur Internet des œuvres et autres objets relève, en premier lieu bien sûr, d'impératifs nationaux ; mais la démarche pour identifier la solution appropriée ne pourra se faire sans tenir compte de l'apport du droit comparé et du droit international. La nature même du médium qui lui a donné naissance l'impose. Cependant, le poids du droit international devrait s'avérer ici plus léger que dans les prochaines situations. En effet, le droit de mise à disposition, en tant que pure créature des Traités OMPI, n'entretient pas les mêmes rapports avec les mécanismes de sanctions qui sont rattachés à l'accord ADPIC et qui pourraient être associés plus facilement aux thèmes qui seront développés dans les prochaines sections.

## 2.2 Recours

La conformité du droit d'auteur canadien aux traités internationaux signifie non seulement que les titulaires de droits d'auteur bénéficient des prérogatives qui y sont consacrées, mais aussi que des recours leur permettant d'en jouir véritablement sont à leur disposition. C'était d'ailleurs un des avancements majeurs de l'accord

40. Voir *UsedSoft GmbH c. Oracle International Corp.*, aff. C-128/11, 3 juillet 2012, CJCE (grande chambre).

sur les ADPIC que d'accorder une très grande importance à cet aspect du droit de la propriété intellectuelle. Les deux Traités OMPI sont dans le même esprit et portent que :

Les Parties contractantes feront en sorte que leur législation comporte des procédures destinées à faire respecter les droits prévus par le présent traité, de manière à permettre une action efficace contre tout acte qui porterait atteinte à ces droits, y compris des mesures propres à prévenir rapidement toute atteinte et des mesures propres à éviter toute atteinte ultérieure.<sup>41</sup>

Ce texte reprend l'essence de l'énoncé principal à ce sujet dans l'accord sur les ADPIC<sup>42</sup>. À la différence de celui-ci, cependant, les deux Traités OMPI ne sont pas accompagnés de mécanismes de règlements de différends comme celui qui existe à l'Organisation mondiale du commerce qui gère l'accord sur les ADPIC. C'est donc dire qu'un manquement aux obligations qui sont imposées par les Traités OMPI en matière de recours n'aurait pas plus d'impact qu'un défaut de mettre en œuvre les dispositions touchant les droits eux-mêmes. La similitude des textes, cependant, pourrait peut-être un jour transformer une problématique qui naîtrait de la mise en œuvre des Traités OMPI en un cas qui relèverait aussi de l'intérêt d'une mise en œuvre adéquate de l'accord ADPIC. Examinons ici deux éléments concernant des recours qui résultent de la *Loi sur la modernisation du droit d'auteur*.

### 2.2.1 Dommages-intérêts préétablis

La Phase II de révision sur la *Loi sur le droit d'auteur* avait introduit un régime de dommages-intérêts préétablis qui permet au demandeur dans un recours contre un tiers, à tout moment avant la décision qui met fin au litige, de réclamer des dommages-intérêts préétablis au lieu des dommages-intérêts et profits qu'il lui incomberait de prouver. La valeur de ces dommages-intérêts préétablis devait se situer entre 500 \$ et 20 000 \$ pour chaque violation du droit d'auteur<sup>43</sup>. Lorsque l'équité de la situation l'impose, à savoir si le défendeur est de bonne foi ou si la multitude d'œuvres dans un même support matériel fait en sorte que la multiplication du seuil minimal

41. TODA, art. 14(2) ; TOIEP, art. 23.

42. ADPIC, art. 41(1).

43. *Loi sur le droit d'auteur*, par. 38.1(1).

s'avère exagérée, le juge a le pouvoir de diminuer le montant en deçà de ce seuil<sup>44</sup>.

Ce régime de dommages-intérêts préétablis est sensiblement modifié par la nouvelle loi. Tout d'abord, une distinction a été créée entre les violations commises à des fins commerciales et celles qui sont commises à des fins non commerciales. Dans le premier cas, la fourchette des montants qui peuvent être accordés est demeurée la même ; mais, en ce qui a trait aux violations non commerciales, la fourchette a été réduite pour se situer entre 100 \$ et 5 000 \$<sup>45</sup>. De plus, la demande de ces dommages-intérêts préétablis dans des cas de violations non commerciales empêche de « recouvrer ... de tels dommages-intérêts... pour les violations commises à ces fins avant la date de l'introduction de l'instance et [qui n'ont pas été] reprochées dans le cadre de celle-ci<sup>46</sup> ». Qui plus est, cette réclamation des dommages-intérêts préétablis dans un contexte de violation à des fins non commerciales a un impact important sur les autres titulaires de droits d'auteur : « Aucun autre titulaire du droit d'auteur ne pourra recouvrer auprès [du défendeur] de tels dommages-intérêts au titre du présent article pour les violations commises à ces fins avant la date de l'introduction de l'instance »<sup>47</sup> dès qu'un titulaire du droit d'auteur choisit cette voie. Il s'agit de nouvelles règles dont l'application n'est pas limitée aux seuls droits qui relèvent des Traités OMPI, mais qui s'étendent bel et bien à l'ensemble des situations visées par la loi.

Deux autres règles concernant les activités d'exploitation d'œuvres sur Internet, et qui découlent donc directement de la mise en œuvre des Traités OMPI, restreignent la disponibilité des dommages-intérêts préétablis. La loi considère comme une violation du droit d'auteur le fait « de faciliter l'accomplissement d'actes qui constituent une violation du droit d'auteur, si une autre personne commet une telle violation sur Internet ou tout autre réseau numérique en utilisant ce service<sup>48</sup> ». Une telle violation « est réputée être commise à des fins commerciales », ce qui expose automatiquement le défendeur à la fourchette de dommages-intérêts plus

44. *Ibid.*, par. 38.1(3) (ancien texte). La bonne foi du défendeur permettait aussi de réduire le montant jusqu'à 200 \$ : *Loi sur le droit d'auteur*, par. 38.1(2) (ancien texte). Ces deux cas particuliers ont été maintenus dans la nouvelle version de l'article, toujours aux paragraphes (3) et (2) respectivement.

45. *Ibid.*, al. 38.1(1)b).

46. *Ibid.*, al. 38.1(1.12).

47. *Ibid.*, al. 38.1(1.2).

48. *Ibid.*, par. 27(2.3).



élevés<sup>49</sup>. Cependant, pour avoir droit à de tels dommages-intérêts, le demandeur devra établir qu'une violation du droit d'auteur sur l'œuvre s'est effectivement produite à cause de l'activité de facilitation du défendeur<sup>50</sup>. Le demandeur se voit donc dans l'obligation de faire la preuve de deux types de violations du droit d'auteur, la démonstration de la violation « primaire » pouvant s'avérer particulièrement difficile à cause de la multitude d'exceptions dont pourrait bénéficier l'utilisateur ultime de l'œuvre, utilisateur qui ne sera pas nécessairement partie aux procédures. Par ailleurs, les dommages-intérêts préétablis sont hors de la portée d'un titulaire de droit d'auteur qui poursuit pour le contournement d'une mesure technique de protection qui contrôle l'accès à un objet protégé lorsque le défendeur est une personne physique qui aurait agi à des fins privées<sup>51</sup>.

### 2.2.2 Régime de responsabilité des fournisseurs de service Internet

En créant le droit de mise à disposition du public, les rédacteurs du TODA ont pris soin de lui ajouter une déclaration commune selon laquelle « [i]l est entendu que la simple fourniture d'installations destinées à permettre ou à réaliser une communication ne constitue pas une communication au public au sens du présent traité ou de la Convention de Berne<sup>52</sup> ». Ce principe existait déjà dans la loi canadienne<sup>53</sup>. Le nouvel article 31.1 vient l'étoffer et, sous certaines conditions, maintient hors de la portée des titulaires de droits d'auteur les fournisseurs de « services réseau ». Il confirme cependant la responsabilité des facilitateurs de violations de droits au sens du paragraphe 27(2.3) ou ceux qui savent « qu'un tribunal compétent a rendu une décision portant que la personne qui y a stocké l'œuvre ou l'autre objet viole le droit d'auteur du fait de leur reproduction ou en raison de la manière dont elle les utilise<sup>54</sup> ». Ainsi, seuls les fournisseurs de services jouant un rôle actif ou ayant connaissance « officielle » de violation du droit d'auteur ne pourront se réclamer de la protection que leur accorde la loi de manière générale.

Il est toutefois possible de retenir la responsabilité des fournisseurs de services Internet en fonction d'un autre régime de responsabilité. Il s'agit de celui qui repose sur la transmission d'avis de

49. *Ibid.*, par. 38.1(1.11).

50. *Ibid.*, par. 38.1(1.1).

51. *Ibid.*, par. 41.1(3).

52. Déclaration commune concernant l'article 8, TODA.

53. *Loi sur le droit d'auteur*, al. 2.4(1)b).

54. *Ibid.*, par. 31.1(5).



prétendue violation, communément appelé le régime « avis et avis », qui se trouve dans la partie IV de la loi, la partie consacrée aux recours<sup>55</sup>. Contrairement au régime « avis et retrait » qui a été créé par le *Digital Millenium Copyright Act* aux États-Unis<sup>56</sup>, le régime canadien de « avis et avis » n'impose aux fournisseurs de services Internet que l'obligation de transmettre « à la personne à qui appartient l'emplacement électronique identifié par les données de localisation » les avis de prétendue violation qu'ils auraient reçus<sup>57</sup>. Les conditions de ce régime sont assez complexes et le seul recours dont dispose le titulaire de droit d'auteur est un recours en dommages-intérêts préétablis dont le montant peut varier entre 5 000 \$ et 10 000 \$<sup>58</sup>. Les fournisseurs d'outils de repérage, cependant, ne s'exposent qu'à des recours en injonction<sup>59</sup>. Là encore, les conditions sont nombreuses et complexes.

À la lumière de ces dispositions, il apparaît évident que le législateur canadien n'a pas cherché à accroître outre mesure l'arsenal des recours pour violations du droit d'auteur. Au contraire, il semble avoir plutôt saisi chaque occasion de le réduire. Au fur et à mesure, la jurisprudence nous apprendra si ces recours contribuent véritablement au respect du droit d'auteur et des droits voisins au Canada. Il n'est pas impossible qu'en ayant ainsi diminué les attentes, l'on vienne prétendre que les résultats obtenus à l'aide de ces mesures correspondent à ce qu'elles avaient promis. On aura tendance à dresser le bilan recours par recours. D'ici là, il nous semble permis d'entretenir des doutes quant à leur effet global. Pour reprendre les termes des Traités OMPI : s'agit-il d'un ensemble de mesures qui *permette* une action efficace ? Sommes-nous en présence de mesures propres à prévenir *rapidement* toute atteinte ? Est-il réaliste de croire qu'elles permettent d'éviter toute atteinte ultérieure<sup>60</sup> ? On peut en douter sérieusement. Le caractère approprié de chaque recours, lorsqu'il est examiné isolément, commence à s'estomper si l'on considère qu'il s'inscrit dans une tendance plus large où la réduction de responsabilité semble être le mot d'ordre. Une approche plus globale devrait permettre, en outre, d'évaluer le régime des recours conjointement avec les régimes de rémunération qui sont prévus par la loi : l'efficacité du droit d'auteur ne passe pas que par la contrainte ; elle se juge aussi par sa capacité institutionnelle à rémuné-

55. *Ibid.*, art. 41.25 à 41.27.

56. Pub. L. No. 105-304, 112 Stat. 2860 (1998).

57. *Loi sur le droit d'auteur*, al. 41.26(1)a).

58. *Ibid.*, par. 41.26(3).

59. *Ibid.*, par. 41.27(1).

60. *Supra*, note 41.

rer les titulaires de droit. Pour avoir droit à une rémunération, cependant, il faut se trouver dans une situation où les exceptions gratuites au droit d'auteur n'entrent pas en jeu.

### 2.3 Exceptions

La reprise du triple test de l'accord ADPIC dans les Traités OMPI a donné un nouveau souffle à la question du rôle des exceptions dans le droit d'auteur<sup>61</sup>. Pour enlever toute ambiguïté, les parties contractantes ont émis des déclarations communes qui confirment que les exceptions que l'on peut envisager dans l'environnement numérique doivent elles aussi répondre aux exigences du célèbre test<sup>62</sup>. Fidèle à l'air du temps, le législateur canadien s'est beaucoup investi dans l'élaboration de nouvelles exceptions, exceptions qui sont tout autant de portée générale que propres à l'environnement numérique. Les exceptions foisonnent maintenant au pays où l'on a inventé le concept de « droit des utilisateurs » pour les désigner<sup>63</sup>. Ces droits des utilisateurs sont-ils compatibles avec le triple test ? Seul un panel de l'Organisation mondiale du commerce pourrait véritablement nous répondre. En attendant, puisque l'objectif de la présente étude n'est pas d'examiner chaque nouvelle exception<sup>64</sup>, contentons-nous d'un bref aperçu de deux importantes familles d'exceptions qui ont été touchées par les modifications de la *Loi sur la modernisation du droit d'auteur*.

#### 2.3.1 Utilisation équitable

La *Loi sur la modernisation du droit d'auteur* a fourni l'occasion d'élargir le concept d'utilisation équitable. À peine retouchée lors de

61. TODA, art. 10 ; TOIEP, art. 16.

62. TODA, Déclaration commune concernant l'article 10 ; TOIEP, Déclaration commune concernant l'article 16.

63. L'origine de cette expression semble se trouver dans l'ouvrage du professeur David Vaver qui, en la choisissant, pouvait alors systématiser la présentation des diverses exceptions et limitations des lois de propriété intellectuelle en les opposant aux droits des titulaires de droits, un exercice qui n'avait alors jamais été fait dans la doctrine canadienne : David VAVER, *Intellectual Property Law – Copyright, Patents, Trademarks* (Toronto, Irwin Law, 1997). La Cour suprême du Canada a entériné cette terminologie dans l'affaire *CCH Canadian Ltd. c. Law Society of Upper Canada*, 2004 CSC 13.

64. L'examen d'exception spécifique peut lui aussi conduire à des interrogations ponctuelles quant à la conformité au droit international. Parmi les exceptions dont bénéficient les établissements d'enseignement figure une exception pour l'utilisation d'œuvres ou autres objets accessibles sur Internet qui ne joue pas si un avis autre que le symbole du droit d'auteur (©) interdit l'utilisation de l'œuvre ou autre objet (al. 30.04(4)b) de la loi). Cette condition pourrait être à l'encontre de l'interdiction des formalités qui est prévue à l'article de la Convention de Berne.

la Phase II de la révision en 1997 pour être modernisée et en améliorer la présentation, l'utilisation équitable au Canada demeurerait l'exception qui avait été introduite en 1921 sur la base de la loi britannique de 1911<sup>65</sup>. L'année 2012 marque son déploiement aux domaines de la parodie et de la satire, une modification qui laisse présager d'intéressants débats judiciaires et doctrinaux. Mais c'est l'addition du contexte de l'éducation qui risque de susciter de plus âpres discussions<sup>66</sup>. En effet, l'extension de l'utilisation équitable à l'univers de l'éducation s'ajoute à la création d'exceptions spécifiques supplémentaires qui visent elles aussi le milieu de l'éducation<sup>67</sup>. Quelle sera la part de l'utilisation équitable à des fins d'éducation dans un univers où de telles exceptions précises existent également ? Jusqu'à quel point une interprétation ancrée dans la valorisation des droits des utilisateurs nourrira-t-elle cette nouvelle fin de l'utilisation équitable ? Autrement dit, que pourront monnayer les auteurs dans un milieu où les exceptions dominent ? On a souvent tendance à oublier que la licence obligatoire constitue une forme d'exception au droit d'auteur et que le recours à ce mécanisme est évoqué dans les analyses de la mise en œuvre du triple test pour juger de la validité d'une exception<sup>68</sup>. Certaines exceptions au profit des établissements d'enseignement qui incorporent le mécanisme de la licence obligatoire demeurent encore dans la loi<sup>69</sup> ; mais leur rôle est devenu si restreint qu'il faut en déduire que le législateur n'a pas voulu en faire son outil de calibrage de prédilection. La voie privilégiée est clairement celle de l'exception gratuite pleine et entière.

La détermination des pourtours de cette nouvelle utilisation équitable devient un exercice encore plus difficile à maîtriser si l'on doit tenir compte de la décision majoritaire de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Alberta (Éducation) c. Access Copyright* de juillet 2012<sup>70</sup>. Dans cette décision où elle réitère que les exceptions au droit d'auteur doivent être interprétées en tant que droits des utili-

65. *Loi sur le droit d'auteur*, art. 29 à 29.2 (anciens textes).

66. *Ibid.*, art. 29.

67. Le résultat est atteint soit en modifiant des exceptions déjà existantes, soit en ajoutant de nouvelles. Voir *Loi sur le droit d'auteur*, art. 29.4 à 29.6, 30.01 à 30.04. C'est sans compter les exceptions visant les bibliothèques, musées ou services d'archives dont les activités peuvent être justifiées par l'étude privée ou la recherche de leurs clients (si l'on tient compte de l'interprétation donnée à cette fin de l'utilisation équitable par la Cour suprême dans l'affaire *Alberta (Éducation) c. Access Copyright*, 2012 CSC 37. Voir le texte accompagnant, *infra*, la note 71) : *Loi sur le droit d'auteur*, art. 30.1 à 30.21.

68. Voir, par exemple, RICKETSON et GINSBURG, *supra*, note 23, t. 1, p. 775, n° 13.25.

69. *Loi sur le droit d'auteur*, art. 29.7, 30.02 et 30.03.

70. 2012 CSC 37.

sateurs, la Cour a analysé la notion d'utilisation équitable à des fins d'étude privée et de recherche d'une manière telle que les activités qu'elle vise incluent dorénavant les photocopies de textes complémentaires à la documentation principale des élèves qui sont faites par les enseignants pour eux<sup>71</sup>. Si de telles activités constituent de l'étude privée ou de la recherche, que restera-t-il pour l'éducation ? Puisqu'il faut donner un sens aux propos du législateur, il faut s'attendre à l'identification de situations qui s'ajouteront à celles qui viennent d'être reconnues, mais qui devront s'en distinguer. Bref, tant le législateur que les tribunaux souhaitent soustraire le plus possible le milieu de l'éducation de l'emprise du droit d'auteur.

### 2.3.2 Copies privées

C'est à dessein que l'intitulé de ces quelques propos est au pluriel. Toujours dans la lignée de la loi impériale britannique, la loi canadienne sur le droit d'auteur ne comportait pas d'exception de copie privée<sup>72</sup>. Les différentes fins de l'utilisation équitable et certaines autres exceptions spécifiques pouvaient partiellement servir de substituts à cette notion juridique si l'on tentait de dégager de la loi canadienne une exception de copie privée au sens large. Il n'est plus nécessaire de recourir à ces succédanés, car la loi comporte dorénavant une véritable exception de copie privée<sup>73</sup>. Cependant, cette exception ne vient pas seule, puisque le législateur a également ajouté d'autres exceptions qui sont inspirées de la même préoccupation.

En plus de la copie privée au sens strict, on trouve maintenant l'exception pour les copies de sauvegarde<sup>74</sup>, celle pour l'écoute ou le visionnement d'œuvres en différé<sup>75</sup>, et surtout l'exception pour la création et diffusion de contenu non commercial généré par l'utilisateur<sup>76</sup>. Toutes ces exceptions réunissent des conditions communes : elles visent des utilisations d'œuvres qui ne sont pas contre-faites ou qui proviennent de sources légales ; elles supposent qu'il n'y a pas eu de contournement de mesures techniques de protection ; et

71. Selon la Cour, la relation « symbiotique » entre les enseignants et leurs élèves permet une telle interprétation : *ibid.*, par. 23.

72. On fait ici abstraction du régime de redevances pour copie privée qui a été instauré à la Partie VIII de la *Loi sur le droit d'auteur* lors de la Phase II de la révision de la loi en 1997.

73. *Loi sur le droit d'auteur*, art. 29.22.

74. *Ibid.*, art. 29.24

75. *Ibid.*, art. 29.23.

76. *Ibid.*, art. 29.21.

les reproductions sont utilisées à des fins privées ou encore ne sont données à personne. Les conditions sont quelque peu relâchées en ce qui concerne l'exception pour les contenus générés par les utilisateurs, d'une part, parce que l'on vise précisément une diffusion éventuelle au public et, d'autre part, parce que l'on suppose un contrôle moins sévère par l'utilisateur de l'origine de l'œuvre qui est utilisée.

Si on veut laisser le bénéfice du doute au législateur, chacune de ces exceptions, prise isolément, est susceptible de respecter le triple test. Cependant, une approche au cas par cas permet facilement de promouvoir la multiplication d'exceptions dans une loi sur le droit d'auteur, puisque chaque exception peut correspondre à une préoccupation légitime. Un autre facteur est susceptible de favoriser une propension enthousiaste à la prolifération d'exceptions. Qui sont les premiers commentateurs savants d'une loi ? Des juristes, bien sûr. La perception des juristes des rapports entre droits et exceptions s'alimente de leur propre expérience en la matière. Les juristes sont en contact quotidien avec des textes qui répondent aux exigences d'originalité de la *Loi sur le droit d'auteur* et qui, à ce titre, sont protégés par celle-ci : lois, règlements, décisions de tribunaux, doctrine produite en grande partie soit par des universitaires, soit par des praticiens, etc. Même si ces textes sont tous protégés par la *Loi sur le droit d'auteur canadienne*<sup>77</sup>, la réalité de leur reproduction et de leur diffusion donne tout à penser qu'il s'agit de textes libres de droits<sup>78</sup>. On est loin de l'univers littéraire classique. Il devient alors beaucoup plus facile d'étendre ces réflexes d'utilisation libre à l'ensemble des activités qui reposent sur des œuvres protégées quand, par la suite, on examine le mérite d'une exception.

Tout comme pour les recours, il est d'usage que l'évaluation de la conformité des exceptions avec les traités internationaux (ou avec la légitimité des politiques publiques) soit en fait une évaluation de chaque exception prise individuellement. Pourtant, si l'on élargissait le champ de l'appréciation pour tenir compte de l'ensemble des recours ou des exceptions, selon le cas, émergerait une idée plus juste de l'impact de l'exception sur l'équilibre général à atteindre

77. La doctrine est protégée selon les règles usuelles, mais les autres textes le sont en vertu du droit d'auteur de la Couronne. Voir *Loi sur le droit d'auteur*, art. 12.

78. On pense ici au Décret sur la reproduction de la législation fédérale et des décisions des tribunaux de constitution fédérale, TR/97-5, qui autorise d'emblée de telles reproductions « pourvu que soient prises les précautions voulues pour que les reproductions soient exactes et ne soient pas présentées comme version officielle ».

pour faire respecter le droit d'auteur. L'approche individuelle de l'interprétation des textes des recours et des exceptions permet de mettre l'accent sur les conditions qui semblent fournir des garanties de protection aux titulaires de droit. Le texte prime alors sur le contexte. Cette analyse à la pièce des exceptions et des recours facilite les conclusions de conformité avec les exigences internationales. Il nous semble pourtant que l'économie générale du droit d'auteur bénéficierait d'une vision plus globale de ses différentes composantes. L'objectif n'est pas, bien sûr, de rechercher avidement une condamnation par les instances internationales, mais plutôt de tenter de voir sous un jour plus réaliste l'effet d'ensemble qui résulte des interactions à l'intérieur d'un même concept juridique au sein du droit d'auteur, que ce soit les exceptions, les recours, les droits, la durée, etc.

Un autre aspect de l'appréciation plus globale des exceptions surgit lors de l'examen d'une exception à la lumière de l'ensemble des personnes qui en bénéficient. Lorsque l'analyse de la conformité d'une exception au droit international se fait à l'occasion d'une résolution de conflit spécifique dans un contexte national, il est moins propre au processus de s'interroger sur des conséquences qui ne se sont pas encore avérées. On ne cherche pas trop ouvertement à anticiper les multiples situations où la même exception pourrait être invoquée. Voilà une autre raison pour laquelle il pourrait être nécessaire de se libérer des contraintes qu'impose la voie strictement judiciaire pour concevoir une vision plus audacieuse de la conformité du droit aux exigences internationales. À cette fin, on remarque que, dans les accords internationaux, la tendance des dernières années semble vouloir que les droits à protéger soient identifiés de manière beaucoup plus précise que ne le sont les recours et les exceptions<sup>79</sup>. Il s'agit sans doute du fruit de l'évolution de la matière. Puisque, pour le moment il en est ainsi, il pourrait parfois s'avérer de bon aloi de regrouper les exceptions ou les recours nationaux pertinents pour comprendre leurs dynamiques de fonctionnement et ainsi mieux les évaluer en fonction des prescriptions internationales. Si l'on devait conclure que la combinaison des dispositions en cause ne permettait pas de répondre aux exigences des traités, surgirait immédiatement alors la difficulté de déterminer lesquelles parmi ces dispositions seraient à éliminer ou à modifier pour rendre la loi nationale con-

---

79. Par exemple, les rédacteurs de l'Accord ADPIC et des Traités OMPI ont choisi de retenir la formulation générale du triple test de l'article 9, paragraphe 2 de la Convention de Berne pour traiter de l'ensemble des exceptions, alors qu'un même exercice de synthèse n'a pas été fait pour désigner les nouveaux droits à protéger.

forme. Dans le cas des recours, les corrections sont peut-être plus faciles à apporter, car une révision des conditions auxquelles ils sont soumis semble être un exercice assez classique. En ce qui concerne les exceptions, la solution résiderait peut-être dans le maintien de la gratuité pour celles qui ne peuvent être transformées en licences obligatoires.

Beaucoup de temps peut s'écouler avant d'assister à une confrontation directe de l'interprétation individuelle de certaines dispositions de la loi canadienne sur le droit d'auteur et une interprétation plus globale dans le cadre d'un recours devant un panel de l'Organisation mondiale du commerce. Pour qu'un tel recours ait lieu, des pays tiers doivent y trouver un intérêt suffisant quant au fond et avoir confiance en l'utilité du processus. Bien sûr, seules les dispositions qui peuvent être rattachées à l'accord ADPIC ont vocation à être étudiées dans ce contexte. Pour celles qui ne relèvent que des Traités OMPI, l'exercice risque de ne demeurer qu'académique. Néanmoins, même le recours à l'Organisation mondiale du commerce demeure hypothétique quand on songe au sort de la décision du panel de l'année 2000 qui opposait l'Union européenne aux États-Unis à propos de certaines exceptions dans la loi américaine sur le droit d'auteur<sup>80</sup> : les dispositions qui y ont été jugées contraires à l'accord ADPIC n'ont toujours pas été modifiées<sup>81</sup>.

## Conclusion

Alors, dans un tel contexte, pourquoi ne pas se permettre de voir encore plus grand ? L'évaluation de la conformité aux règles internationales des dispositions en matière de recours ou d'exceptions, que nous préconisons selon une dynamique d'ensemble, pourrait même être faite en combinant et les recours et les exceptions pour apprécier de manière plus complète les mécanismes qui contribuent à calibrer l'exercice du droit d'auteur. Le mérite isolé de chacune de ces dispositions est facile à démontrer ; leur impact cumulatif devrait aussi être connu. Il deviendrait alors nécessaire d'identifier le forum approprié pour ce faire quand ni le processus contradictoire ni le processus législatif, qu'il soit national ou international, ne peuvent ou ne veulent s'y prêter. En attendant, il y a fort à parier que le résultat d'une telle analyse mènerait à la conclusion que la loi canadienne sur le droit d'auteur n'est plus dominée par

80. Rapport du Panel, 15 juin 2000, document WT/DS/160/R.

81. *Copyright Act*, U.S.C., art. 110(5).

l'intérêt des titulaires de droits d'auteur, mais plutôt par celui de ceux qui œuvrent dans l'univers technique des utilisateurs d'œuvres protégées.