

L'exception de contenu non commercial généré par l'utilisateur en droit canadien

Victor Nabhan*

1. État de la question : de quoi s'agit-il ? 1318
 - 1.1 L'ère analogique 1318
 - 1.2 L'ère numérique 1319
2. Domaine d'application de l'exception 1321
 - 2.1 Activités couvertes par l'exception 1321
 - 2.2 Personnes visées par l'exception :
les bénéficiaires 1322
3. Conditions d'application de l'exception 1322
 - 3.1 L'œuvre utilisée est déjà publiée ou mise à la
disposition du public (paragraphe 29.21(1) LDA) . . . 1322
 - 3.2 La personne croit, pour des motifs raisonnables,
que l'œuvre ou l'objet ou la copie de ceux-ci ayant
servi à la création n'était pas contrefait
(alinéa 29.21(1)c) LDA) 1322

© Victor Nabhan, 2015.

* Professeur honoraire, Université de Nottingham; président de l'ALAI (Association Littéraire et Artistique Internationale).

3.3	Le contenu généré par l'utilisateur doit consister en une œuvre (ou autre objet du droit d'auteur) protégée (paragraphe 29.21(1) LDA)	1323
3.4	Mention doit être faite de la source de l'œuvre (ou de tout autre objet du droit d'auteur) ainsi que des noms de l'auteur, de l'artiste-interprète, du producteur ou du radiodiffuseur si ces renseignements figurent dans la source (alinéa 29.21(1)b) LDA)	1323
3.5	La nouvelle œuvre (ou le nouvel objet) n'est utilisé qu'à des fins non commerciales, ou l'autorisation de le diffuser n'est donnée qu'à de telles fins (alinéa 29.21(1)a) LDA)	1324
3.5.1	Première sous-question : à des fins non commerciales pour qui ?	1325
3.5.2	Deuxième sous-question : que faut-il entendre par l'expression « à des fins commerciales ? »	1325
3.6	La nouvelle œuvre ne doit pas nuire à l'exploitation de l'œuvre initiale (alinéa 29.21(1)d) LDA)	1326
4.	Pour terminer	1328
4.1	Adéquation avec les conventions internationales	1328
4.2	Rapports entre l'exception d'utilisation équitable de l'article 29 LDA	1328
4.3	Une démarche canadienne innovatrice ?	1329

Ghislain Roussel, un ami de longue date qui a plusieurs cordes à son arc, s'est particulièrement distingué tout au long de sa carrière par son dévouement à la cause du droit d'auteur au Québec. Il l'a fait avec dynamisme, un sens de l'engagement total et une remarquable ouverture d'esprit.

Cette ouverture d'esprit, en plus d'expliquer son engouement pour le droit d'auteur, domaine en constante évolution, l'a aussi porté à la découverte de cultures diverses aux quatre coins du monde. Le tout mené à un rythme frénétique, qui lui a valu le surnom amical de « Speedy Gonzalez », qui atteste d'une personnalité effervescente et sans cesse en mouvement.

J'ai donc choisi de m'adresser à la personne ouverte aux nouveautés en consacrant ces quelques lignes à une institution inédite, pour le moins curieuse, en tout cas spécifiquement canadienne : l'exception de « contenu non commercial généré par l'utilisateur » récemment introduite par la réforme de 2012 [*Loi sur la modernisation du droit d'auteur*, LC 2012, c 20, art 22].

Cette loi vise principalement à adapter la législation sur le droit d'auteur à l'environnement numérique. Il en résulte des dispositions visant à renforcer les droits des titulaires, notamment par l'inclusion d'un régime de protection des mesures techniques.

En contrepartie, la Loi contient une série de dispositions qui répondent aux « attentes légitimes » des utilisateurs. De nouvelles exceptions sont créées en faveur des usagers, qu'il s'agisse d'établissements d'enseignement ou de simples individus. Parmi ces dernières mesures figure l'exception de « contenu non commercial généré par l'utilisateur » qui n'a pas son équivalent ailleurs.

Je m'empresse de souligner qu'il ne s'agira pas ici d'un article technique et « rébarbatif » – les éditeurs de cette revue me pardonneront ce mot qui ne recèle aucune intention belliqueuse ou critique –, mais plutôt de quelques considérations générales susceptibles d'alimenter la réflexion et de stimuler la curiosité de leur destinataire,

voire même de quelques éventuels lecteurs. Aussi me suis-je dégagé à dessein des canons ordinaires qui gouvernent le genre : notes en bas de page et autres références sont reléguées aux oubliettes. Place à l'hommage amical personnalisé.

1. État de la question : de quoi s'agit-il ?

L'exception sert essentiellement à légaliser une pratique devenue courante chez les internautes qui consiste à utiliser des parties d'œuvres (ou d'autres objets du droit d'auteur : prestation, enregistrement sonore ou signal de communication) en les intégrant à une œuvre de leur cru. Ces nouvelles œuvres sont ensuite mises à la disposition du public, que ce soit sur la toile Internet, les réseaux sociaux ou autrement.

Afin de mieux saisir la raison d'être de cette exception, il n'est pas inutile de dire quelques mots sur *le contexte général gouvernant les rapports entre l'œuvre et son utilisateur*. Cela permettra de mieux apprécier par la suite la portée de l'exception en droit canadien.

Force est de constater que ces rapports ont évolué selon que l'on se place à l'ère analogique ou numérique.

1.1 L'ère analogique

À l'ère analogique, entre l'utilisateur et l'œuvre existaient des rapports de « distanciation ». L'utilisateur consommait : il lisait, écoutait, regardait, admirait, appréciait, critiquait l'œuvre, dans la forme où elle lui était présentée, en l'état.

Certes, il lui arrivait d'intervenir « activement » sur l'œuvre en y effectuant des changements (traduction, transformations, adaptation (musicale, littéraire, cinématographique)), débouchant sur la création d'œuvres dérivées.

Cette transformation nécessitait généralement un investissement conséquent en temps et moyens, ce qui du coup avait pour résultat d'en réduire la fréquence.

En outre, les activités de transformation émanaient généralement de véritables professionnels dans le cadre d'une nouvelle exploitation de l'œuvre (adaptation musicale, adaptation théâtrale, scénario de films, traduction) dont ils espéraient tirer des revenus.

1.2 L'ère numérique

L'avènement du numérique a changé, sinon bouleversé, la donne : les rapports reliant l'utilisateur à l'œuvre se muent en des rapports d'« interaction » : dorénavant la technologie permet d'intervenir directement sur l'œuvre avec un minimum d'effort et de temps, et sans grand investissement. Ceci entraîne les conséquences suivantes :

- Un grand nombre de ces activités a lieu en dehors de toute intention d'exploitation professionnelle. Cela se fait très souvent pour le plaisir, par jeu, par esprit ludique, et relève donc en grande partie de l'amateurisme. L'exemple type est celui de l'enfant qui exécute chez lui une danse filmée au son d'une musique, le tout par la suite téléchargé et mis à disposition du public sur YouTube.
- Mais il peut aussi arriver que des activités « transformatrices » s'inscrivent dans un but d'exploitation : il en est ainsi dans le domaine de l'« appropriation art », où certains artistes de renom ont fait du collage leur spécialité. Il en va de même en ce qui concerne la *fan fiction* : qu'il suffise d'évoquer les deux romans de François Ceresa constituant une suite aux Misérables de Victor Hugo, et qui ont donné lieu à une cause célèbre débattue en France jusqu'en Cour de cassation.
- Les manifestations de contenu généré par l'utilisateur couvrent un spectre assez large, qui va du *remix* musical, en passant par le *mashup* et la *fan fiction*, sans oublier les parodies, domaine par excellence où ce genre a fleuri. Tout cela est disponible sur les réseaux Internet, notamment sur le web 2.0, via des sites tels que YouTube, Daily Motion, en passant par Facebook ou Twitter, sans oublier les blogues personnels et autres pages web qui pullulent sur Internet.

- Enfin, compte tenu des moyens de communication offerts sur la toile qui permettent une propagation fulgurante et universelle, ces activités peuvent atteindre en peu de temps un public astronomique. Ainsi, la vidéo « Gangnam Style » du chanteur sud-coréen Psy aurait atteint le chiffre de 12,4 milliards de vues, fracassant de la sorte tous les records d'audience sur la toile (voir en ligne : <<http://www.20minutes.fr/insolite/1725668-20151106-gangnam-style-statue-honneur-titre-psy-erigee-seoul>>).

Mais ce qui nous interpelle, ce sont les imitations auxquelles aura donné lieu cette vidéo. Elles varieraient entre 900 et 33000 (les statistiques divergent selon les sources consultées), chacune d'elles se répandant sur la toile avec son cortège de visionnements ! Sans oublier les manifestations de masse (*flash mobs*) se déroulant de manière spontanée ou organisée, aux quatre coins du monde, que ce soit dans des établissements d'enseignement, ou autres endroits publics. Voir <<https://en.wikipedia.org/wiki/GangnamStyle>>.

Mentionnons aussi comme autre exemple celui du film « Der Untergang », « La Chute », qui relate les derniers jours d'Hitler dans son bunker entouré de ses proches, alors que se livrait la bataille de Berlin. Il y a notamment une scène où les généraux lui font part des mauvaises nouvelles parvenant du front et de la débandade de l'armée allemande. Il réalise que la guerre est perdue et il entre dans une de ses fameuses colères noires.

Cette scène a donné lieu à un grand nombre d'adaptations. La bande sonore originale en allemand est conservée, mais des sous-titres dans une autre langue sont ajoutés concernant des événements totalement anachroniques et étrangers aux événements du film. Les situations sont variées : cela va de la scène où Hitler se met en colère quand il est informé que sa commande de pizza aura du retard, à celle où il décide de se présenter contre Barack Obama aux élections présidentielles américaines, en passant par celle où il apprend de la bouche de Darth Vader, le sinistre personnage de la Guerre des Étoiles, que ce dernier est son père naturel et la version où Hitler chante la chanson « Gangnam Style » dans un *remix* créé avec un extrait du film.

Qu'il s'agisse des parodies inspirées du film « Der Untergang » ou de la vidéo « Gangnam Style », on est ici de plain-pied dans le domaine des contenus générés par l'utilisateur.

Ces pratiques, à moins qu'elles ne concernent des œuvres du domaine public, mettent en cause le droit d'auteur (notamment via

les droits de reproduction, d'adaptation, d'exécution en public ou de communication au public) et nécessitent en principe l'autorisation des titulaires de droits concernés. Passer outre cette autorisation ferait de ces activités des actes de contrefaçon. L'exception de l'article 29.21 a pour effet de dispenser de l'obtention de l'autorisation.

Il importe donc de déterminer le régime juridique de cette exception : dans quels cas (domaine d'application) et à quelles conditions (conditions d'application) pourra-t-on s'en prévaloir ?

2. Domaine d'application de l'exception

Quelles sont les activités visées par l'exception ? Qui peut se prévaloir de cette exception ?

2.1 Activités couvertes par l'exception

Elles sont décrites au paragraphe 29.21(1) de la *Loi sur le droit d'auteur* (LDA). Celles-ci se présentent selon la séquence suivante :

- a) l'utilisation initiale d'une œuvre (ou autre objet du droit d'auteur telle la prestation de l'artiste-interpète ou l'enregistrement sonore) protégée et son insertion dans une autre œuvre ou production créée par l'utilisateur ou toute autre personne qui réside habituellement avec elle ;
- b) l'utilisation subséquente de cette nouvelle œuvre ou production, y compris par un intermédiaire autorisé à la diffuser.

L'utilisation envisagée (qu'il s'agisse de l'utilisation initiale ou subséquente) doit s'entendre, de manière très large, comme englobant l'accomplissement de « tous actes qu'en vertu de la présente loi seul le titulaire du droit d'auteur a la faculté d'accomplir » (paragraphe 29.21(2) LDA). Cela couvrirait des activités de reproduction, traduction, adaptation, exécution en public, communication au public, etc. En un mot, toute activité visée par un droit exclusif en vertu de l'article 3 LDA.

C'est dire que le champ d'activités permises par l'exception est très vaste, alors que les exceptions sont en général confinées à une activité particulière qui relève d'un droit spécifique, bien circonscrit dans son étendue. Cette attitude généreuse se vérifie aussi au niveau des personnes habilitées à se prévaloir de l'exception.

2.2 Personnes visées par l'exception : les bénéficiaires

La loi étend son parapluie protecteur à trois catégories de personnes :

- a) celle qui prend l'initiative d'utiliser l'œuvre d'autrui et de l'incorporer à une autre œuvre ou production qu'il a créée ;
- b) toute personne qui réside avec elle qu'elle a autorisée à cet effet ; [dans ces deux cas a) et b), il doit s'agir d'une personne physique (paragraphe 29.21(1) LDA)]
- c) tout autre intermédiaire que la personne visée sous a) ou b) aura autorisé à diffuser le nouveau contenu : la définition d'« intermédiaire » est large et inclut toute « personne ou entité qui fournit régulièrement un espace ou des moyens pour permettre au public de voir ou d'écouter des œuvres ou d'autres objets du droit d'auteur ». Ceci a pour effet de couvrir notamment les activités de mise à disposition de contenu généré par l'utilisateur par des sites tels que You Tube.

Compte tenu de ce champ d'application vaste de l'exception, il n'est pas surprenant de constater qu'en revanche, la possibilité de s'en prévaloir ait été soigneusement réglementée.

3. Conditions d'application de l'exception

Elles sont nombreuses.

3.1 L'œuvre utilisée est déjà publiée ou mise à la disposition du public (paragraphe 29.21(1) LDA)

Ceci ne nécessite pas d'explications particulières.

3.2 La personne croit, pour des motifs raisonnables, que l'œuvre ou l'objet ou la copie de ceux-ci ayant servi à la création n'était pas contrefait (alinéa 29.21(1)c) LDA)

Ceci ne nécessite pas non plus d'explications particulières.

3.3 *Le contenu généré par l'utilisateur doit consister en une œuvre (ou autre objet du droit d'auteur) protégée (paragraphe 29.21(1) LDA)*

Autrement dit, l'exception ne donne pas le droit de reproduire purement et simplement tout ou partie d'œuvres protégées par voie de juxtaposition et sans apport personnel de l'utilisateur sur le produit final. L'emprunt, afin d'être admissible au titre de l'exception, doit s'incorporer dans un ensemble constituant une œuvre protégée satisfaisant au critère de l'originalité tel que dégagé par la Cour suprême du Canada dans *CCH Canadienne Ltée c Barreau du Haut-Canada* (2004 CSC 13). En guise de rappel, et selon la Cour suprême, « L'élément essentiel à la protection de l'expression d'une idée par le droit d'auteur est l'exercice du talent et du jugement [...] Cet exercice du talent et du jugement implique nécessairement un effort intellectuel ». Il en résulte que « L'exercice du talent et du jugement que requiert la production de l'œuvre ne doit pas être négligeable au point de pouvoir être assimilé à une entreprise purement mécanique ».

3.4 *Mention doit être faite de la source de l'œuvre (ou de tout autre objet du droit d'auteur) ainsi que des noms de l'auteur, de l'artiste-interprète, du producteur ou du radiodiffuseur si ces renseignements figurent dans la source (alinéa 29.21(1)b) LDA)*

Cette disposition appelle quelques commentaires. Il est étonnant à première vue que la recevabilité d'une exception au droit économique dépende du respect par le bénéficiaire de l'exception de conditions relevant du respect du droit moral (en l'occurrence la mention de la source et des noms de l'auteur, artiste-interprète, etc.).

Mais cela n'est pas une nouveauté. Les mêmes exigences figurent déjà à l'article 29.1 LDA relatif à l'utilisation équitable d'une œuvre (ou de tout autre objet du droit d'auteur) aux fins de critique ou de compte rendu ainsi qu'à l'article 29.2 LDA relatif à l'utilisation équitable pour la communication des nouvelles.

Soulignons aussi que ces dispositions (29.1, 29.2 et 29.21(1)b) LDA) sont elles-mêmes fortement inspirées de l'article 10(3) de la Convention de Berne relatif à l'exception de citation. Afin par le citant de pouvoir se prévaloir de cet article, la citation utilisée doit notamment « faire mention de la source et du nom de l'auteur, si ce nom figure dans la source ». Il est vrai que l'article 10(1) de la Con-

vention de Berne exige en outre que la citation utilisée soit « conforme aux bons usages et dans la mesure justifiée par le but à atteindre ». Ceci n'est pas repris dans l'exception canadienne, qui permet d'utiliser « une œuvre ou tout autre objet du droit d'auteur » sans égard à l'importance de la portion utilisée (voir l'article 29.21 LDA).

Ceci étant, il ne faut pas en déduire que le législateur canadien ait éprouvé pour autant et subitement un coup de foudre pour le droit moral. L'obligation de citation de la source n'est requise que lorsque cela est « possible dans les circonstances », ce qui vient en diluer la rigueur. Cette condition un peu floue de ce qui est « possible dans les circonstances » pourrait donner lieu à des débats judiciaires dont l'issue dépendra largement d'une interprétation des situations factuelles par les tribunaux.

Enfin, il est intéressant de mentionner l'article 29 LDA en vertu duquel « l'utilisation équitable d'une œuvre (ou de tout autre objet du droit d'auteur) aux fins..... *de parodie ou de satire* » ne constitue pas une violation du droit d'auteur [les italiques sont nôtres]. Cet article ne reprend pas à son compte la nécessité de mentionner la source ainsi que les noms des auteur et artiste-interprète, tel qu'exigé par l'alinéa 29.21(1)b) LDA. Or, la parodie est l'un des domaines de prédilection où peut fleurir l'exception de contenu non commercial généré par l'utilisateur. La question se poserait alors de savoir, en cas d'utilisation de matériel protégé dans un but de parodie, lequel des articles 29 ou 29.1 ou de l'alinéa 29.21(1)b) LDA va devoir prévaloir. Ce risque de chevauchement des exceptions est source d'incertitudes juridiques dans un domaine où la clarté devrait être de mise, que ce soit pour l'utilisateur éventuel ou pour les titulaires de droit.

3.5 *La nouvelle œuvre (ou le nouvel objet) n'est utilisé qu'à des fins non commerciales, ou l'autorisation de le diffuser n'est donnée qu'à de telles fins (alinéa 29.21(1)a) LDA*

Qu'est-ce à dire ?

En fait la question se dédouble :

3.5.1 Première sous-question : à des fins non commerciales pour qui ?

Partons de l'exemple des parodies tirées du film *La Chute* (*Der Untergang*). Les auteurs de ces dernières, qui affichaient leurs vidéos sur YouTube, n'avaient pas l'intention de réclamer de rémunération.

Par contre, YouTube a touché des revenus publicitaires suite à de tels actes. Selon diverses estimations, YouTube aurait engrangé pour l'année 2013 des revenus bruts variant entre 3,5 milliards de dollars [<http://www.tubefilter.com/2014/07/08/youtube-2013-revenue-3-5-billion>] et 5,6 milliards de dollars [<http://www.zdnet.fr/actualites/les-revenus-publicitaires-de-youtube-atteindraient-56-milliards-de-dollars-en-2013-39796267.htm>].

La diffusion d'œuvres générées par l'utilisateur contribue à augmenter le trafic sur YouTube et, par voie de conséquence les revenus versés par les publicitaires. Pour YouTube, la diffusion de ces vidéos constitue une opération à incidence commerciale.

Par contre, et pour beaucoup d'auteurs de contenu mis à disposition des plateformes telles que YouTube, il n'y a aucune intention de gain derrière leurs agissements. Il en est notamment ainsi pour les auteurs de parodies basées sur les films *Der Untergang* ou sur les vidéos *Gangman Style*.

La question se pose ainsi de savoir par rapport à qui (le diffuseur YouTube ou l'auteur du nouveau contenu diffusé) il faut se placer pour apprécier le caractère commercial ou non de la nouvelle œuvre transformatrice. À cet égard, les termes de l'alinéa 29.21(1)a LDA indiquent clairement que le but commercial devrait être apprécié par rapport à l'utilisateur (dans les 2 exemples précités l'auteur de la parodie). Celui-ci jouira de l'exception et n'aura donc pas besoin de requérir d'autorisation dès lors qu'il n'entend pas tirer profit lui-même de l'utilisation de l'œuvre dérivée. Peu importe alors que la diffusion de cette œuvre ait pu générer des revenus pour l'intermédiaire diffuseur qui la met à la disposition du public (YouTube, par exemple).

3.5.2 Deuxième sous-question : que faut-il entendre par l'expression « à des fins commerciales ? »

Va-t-elle jusqu'à inclure toute fin intéressée ? L'auteur du nouveau contenu peut ne pas toucher de revenus, ni faire de profits, en

autorisant sa diffusion par les intermédiaires, mais il n'empêche que sa contribution pourrait lui procurer des avantages potentiels, comme se faire connaître ou se faire un nom, et donc des possibilités de décrocher des offres de contrats dans l'avenir (voir à cet égard le cas révélateur de Maria Aragon) en ligne : <<https://en.wikipedia.org/wiki/Maria-Aragon>>).

Il ne semble pas que ce soit cette conception extensive qu'avait en vue le législateur. Le langage utilisé par l'alinéa 29.21(1)a) LDA semble indiquer qu'il faut se limiter à l'examen des conséquences immédiates découlant de l'utilisation : la nouvelle œuvre devrait être considérée comme ayant été utilisée à des fins commerciales, dès lors que son utilisation ou sa diffusion constitue une source de profit pour l'auteur. Il n'empêche que cette question pourra prêter à interprétations divergentes et susciter des débats devant les tribunaux.

3.6 La nouvelle œuvre ne doit pas nuire à l'exploitation de l'œuvre initiale (alinéa 29.21(1)d) LDA

Voici reproduit le texte complet de l'alinéa 29.21(1)d)

L'utilisation de la nouvelle œuvre ou du nouvel objet, ou l'autorisation de le diffuser, n'a aucun effet négatif important, pécuniaire ou autre, sur l'exploitation – actuelle ou éventuelle – de l'œuvre ou autre objet ou de la copie de ceux-ci ayant servi à la création ou sur tout marché actuel ou éventuel à son égard, notamment parce que l'œuvre ou l'objet nouvellement créé ne peut s'y substituer.

Cette disposition restreint la portée de l'exception. De par sa rédaction ample et complexe, elle suscite plus d'interrogations qu'elle ne livre de réponses. Elle fera vraisemblablement couler beaucoup d'encre et donnera lieu à des débats devant les tribunaux.

Pour ne citer que quelques-unes des nombreuses questions que le texte suscite, contentons-nous de référer à la condition d'absence « d'effet négatif important, de nature pécuniaire ou autre, que ce soit sur le marché actuel ou éventuel ». On ne manquera pas de s'interroger sur les points de savoir :

- 1) ce qu'est un effet négatif important (il est certain en cas d'effet de substitution à l'œuvre initiale, mais *quid* d'une concurrence de moindre envergure ?) ;

- 2) ce qu'est un effet négatif de nature autre que pécuniaire : on songe ici aux effets pouvant affecter le droit moral, tels que la conversion de l'œuvre antérieure en une œuvre pornographique de nature à porter atteinte à l'honneur ou à la réputation de l'auteur ;
- 3) selon quel critère déterminer l'effet négatif important sur le « marché éventuel » : l'auteur de l'œuvre antérieure pourra-t-il prétendre que l'utilisation dont il se plaint affecte négativement ses droits d'exploiter son œuvre sur le marché éventuel des œuvres dérivées ? Interprétée largement, cette dernière condition aura pour effet de limiter singulièrement la possibilité pour l'auteur du nouveau contenu de se prévaloir de l'exception. Il en irait de même d'ailleurs, et par voie de ricochet, des personnes qui diffuseraient ce nouveau contenu.

Ce n'est donc pas sans raison que la SOCAN et YouTube ont conclu une entente au début de 2013 selon laquelle YouTube acceptait de payer des droits à la SOCAN, pour la période de 2007 à 2013, sur les œuvres de son répertoire qui ont été incluses dans un contenu généré par des utilisateurs. Cet accord constitue un aveu implicite du fait que ces utilisations ne sont pas forcément conformes aux conditions fixées à l'alinéa 29.21(1)d) LDA. L'accord a été ratifié par la décision du 19 juillet 2014 de la Commission du droit d'auteur dans *Tarif n° 22.D.2 : Internet-Contenu généré par les utilisateurs (2007-2013)*. Cette décision établit les redevances à verser pour la communication au public par télécommunication d'œuvres faisant partie du répertoire de la SOCAN dans le cadre de l'exploitation d'un service de contenu généré par les utilisateurs pour les années 2007 à 2013 [<http://www.cb-cda.gc.ca/decisions/2014/supplement-20140719.pdf>].

Il reste à s'interroger si, sur la base de ce tarif, la SOCAN pourra faire valoir des droits au paiement de redevances au titre du contenu généré par les utilisateurs auprès d'autres fournisseurs d'accès tels que Facebook. [Voir sur cette question Barry Sookman, *YouTube, Facebook, Netflix liable to pay for music in Canada rules Copyright Board*, en ligne : <http://www.barrysookman.com/2014/07/21/youtube-facebook-netflix-liable-to-pay-for-music-in-canada-rules-copyright-board/>].

4. Pour terminer

4.1 *Adéquation avec les conventions internationales*

Il convient d'observer que l'exception relative au contenu généré par l'utilisateur est de nature à soulever des questions quant à son adéquation avec les conventions internationales. En particulier se pose la question de sa conformité avec le triple test. En effet, tant la Convention de Berne (article 9 alinéa 2) que les traités WCT (article 10) et WPPT (article 16 alinéa 2) prévoient la possibilité d'introduire des limitations et exceptions aux droits reconnus, à la condition que celles-ci soient conformes au test des trois étapes. Ces traités exigent notamment que l'exception soit limitée à des « cas spéciaux ». Or, l'article 29.21 LDA permet à toute personne physique « d'utiliser une œuvre (ou tout autre objet du droit d'auteur) [...] pour créer une autre œuvre », sans faire mention de cas particuliers dans lesquels l'exception serait recevable. À première vue, on peut nourrir de forts doutes quant à la conformité de cet article avec la première condition du test des trois étapes.

4.2 *Rapports entre l'exception d'utilisation équitable de l'article 29 LDA*

Il serait également intéressant d'explorer les rapports entre l'exception d'utilisation équitable de l'article 29 LDA et celle de contenu non commercial généré par l'utilisateur. D'abord, la parodie ou la satire pourraient dorénavant constituer des fins justifiant la possibilité d'invoquer l'exception de l'article 29 LDA. Ensuite, selon la Cour suprême dans l'affaire *CCH* : « À titre de partie intégrante du régime de droit d'auteur, l'exception relative à l'utilisation équitable créée par l'article 29 LDA peut toujours être invoquée ». Il y aurait donc possibilité de recourir à l'exception équitable en tout état de cause. L'utilisateur de contenu non commercial pourrait ainsi bénéficier d'une autre sortie de secours pour légitimer son utilisation non autorisée d'œuvres ou autre objet du droit d'auteur. Voilà donc un facteur qui vient davantage compliquer une situation déjà brumeuse. Quelles sont en effet les frontières entre ces deux exceptions, et dans quelle mesure le régime de l'une pourrait-il affecter celui de l'autre ? Question à creuser !

4.3 Une démarche canadienne innovatrice ?

Le gouvernement canadien n'a pas manqué l'occasion de se « péter les bretelles » en claironnant à qui voulait bien l'entendre que son initiative procédait d'« une démarche canadienne innovatrice à l'égard des droits d'auteur à l'ère numérique ». Y avait-il vraiment tant matière à pavoisement ? Au vu de ce qui précède, on peut s'interroger si ce certificat de *satisfecit* est pleinement justifié. Certes l'intention était noble au départ. Il fallait faire quelque chose pour prendre en compte les pratiques visées, en libéralisant la créativité des usagers. Mais on s'est fendu d'un texte d'une complexité extrême, de nature à ne satisfaire personne pour peu que l'on tente d'en pénétrer les arcanes. N'est-il pas vrai cependant que l'enfer est pavé de bonnes intentions ? Je laisserai le soin à Ghislain Roussel, la personne honorée, de répondre à cette question. Car à tout seigneur, tout honneur !