

Vol. 28, n° 2

Les exceptions au droit d'auteur : vers une clarification des enjeux ?

Ysolde Gendreau*

INTRODUCTION	457
1. L'IDENTIFICATION DES EXCEPTIONS	460
1.1 Les sources internationales	460
1.1.1 Les textes holistiques	460
1.1.2 Les textes spécifiques	470
1.2 Les familles d'exceptions	476
1.2.1 Le bien-être social	477
1.2.2 La création	479
1.2.3 La commodité/technicité	480
1.2.4 Les cas hybrides	481
2. LE RÉGIME DES EXCEPTIONS	485
2.1 Le caractère obligatoire des exceptions	485
2.2 Le caractère pécuniaire des exceptions	490
2.3 Les « victimes » des exceptions	494
CONCLUSION	499

© Ysolde Gendreau, 2016.

* Professeure titulaire à la Faculté de droit de l'Université de Montréal.

INTRODUCTION

Depuis ses premières manifestations, l'encadrement juridique de la création littéraire et artistique a cherché non seulement à affirmer une protection, mais aussi, par le fait même, à en établir les limites. La « Loi de la Reine Anne » de 1709 avait pour but, entre autres, de mettre un terme à la protection de durée illimitée des *stationers* et faire en sorte que les œuvres protégées au profit des ayants droit tombent dans le domaine public après certains délais¹. D'une manière semblable, les décrets-lois révolutionnaires français, dont on retient toujours l'exemple pour marquer les origines du système de droit d'auteur de l'Europe continentale, associaient aussi une durée limitée au droit nouvellement reconnu². C'est ainsi que l'on peut aujourd'hui affirmer que la naissance du droit d'auteur marquait en même temps les débuts du domaine public³, c'est-à-dire d'un espace intellectuel disponible à tous. Malgré cette naissance gémellaire, cependant, on doit bien reconnaître que le concept qui, au fil des ans, a le plus retenu l'attention est celui du droit d'auteur, dont l'expansion a été rythmée par l'évolution des technologies qui augmentent les capacités de diffusion des œuvres protégées.

À défaut d'être devenu le centre des développements juridiques, le domaine public véhicule des valeurs qui ont néanmoins joué un

1. Le titre même de la loi est sans équivoque : *An Act for the encouragement of learning, by vesting the copies of printed books in the authors or purchaser or purchasers of such copies, during the times therein mentioned*, 1710, 8 Anne, c 19, art 1. Voir Lionel Bently, « Introduction to Part I: the history of copyright » et William R. Cornish, « The Statute of Anne 1709-10: its historical setting », dans Lionel Bently, Uma Suthersanen et Paul Torremans (dir), *Global Copyright – Three Hundred Years since the Statute of Anne, from 1709 to Cyberspace* (Cheltenham (R-U), Edward Elgar, 2010) aux pp 7 et 14 respectivement [Bently].
2. Décret-loi des 13-19 janvier 1791, relatif aux spectacles, art 2-5. Voir Frédéric Rideau, *La formation de la propriété littéraire en France et en Grande-Bretagne : une convergence oubliée* (Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2004,) aux pp 263-276.
3. « The 1791 text is preoccupied with the recognition and the enlargement of the public domain. The committee report in favour of the 1793 law [le second texte fondateur du droit d'auteur français] emphasizes that the protection of authors will not prove detrimental to society. » Jane C. Ginsburg, « A Tale of Two Copyrights: Literary Property in Revolutionary France and America » dans Brad Sherman et Alain Strowel (dir), *Of Authors and Origins – Essays on Copyright Law* (Oxford, Clarendon Press, 1994) 131, à la p 144.

rôle on ne peut plus important dans l'évolution du droit d'auteur⁴. Plusieurs notions essentielles qui composent ce dernier représentent des prises de position en fonction du domaine public. L'absence de protection des idées, qu'exprime si joliment l'adage « les idées sont de libre parcours »⁵ pour ne retenir que la protection de leur expression, est fondée sur la nécessité d'exclure de toute appropriation privée les idées générales qui sont à la base de la création littéraire et artistique. Parfois, certains types d'œuvres peuvent eux-mêmes être exclus de la protection, précisément parce que l'on considère que n'importe quelle manifestation de ces œuvres ne saurait appartenir à un seul ayant droit. On pense ici aux textes législatifs ou autres documents officiels⁶ ou encore aux « nouvelles du jour »⁷. Quant aux œuvres qui ne sont pas ainsi exclues d'emblée du droit d'auteur, le critère d'originalité, appliqué à la forme d'expression susceptible d'être protégée, permet encore d'exclure du champ d'application du droit d'auteur des œuvres qui ne méritent pas la protection juridique. Plus rares sont les régimes juridiques qui envisagent expressément la renonciation au droit d'auteur par l'auteur⁸. On peut toutefois établir ici une analogie avec des mouvements, tel celui du logiciel libre, dont les adeptes choisissent de diffuser leurs œuvres gratuitement à condition que les utilisateurs subséquents en fassent autant. Des régimes juridiques externes au droit d'auteur peuvent aussi en circonscrire la portée : la dimension

-
4. Voir James Boyle, *The Public Domain: Enclosing the Commons of the Mind* (Londres, Yale University Press, 2008) ; Séverine Dusollier, « Le domaine public, garant de l'intérêt public en propriété intellectuelle ? » dans Mireille Buydens et Séverine Dusollier (dir), *L'intérêt général et l'accès à l'information en propriété intellectuelle* (Bruxelles, Bruylant, 2008) à la p 117. Voir aussi Lucie Guibault et P. Bernt Hugenholtz (dir), *The Future of the Public Domain – Identifying the Commons in Information Law* (Alphen aan den Rijn (NL), Kluwer Law International, 2006) ; Carys J. Craig, « The Canadian Public Domain: What, Where, and to What End ? » dans Rosemary J. Coombe, Darren Wershler et Martin Zeilinger (dir), *Dynamic Fair Dealing – Creating Canadian Culture Online* (Toronto, University of Toronto Press, 2014) à la p 65.
 5. La formule serait attribuée à Henri Desbois, *Le droit d'auteur en France*, 3^e éd (Paris, Dalloz, 1978), à la p 6 n° 3.
 6. Convention de Berne, art 2(4). L'exclusion des textes officiels de la protection du droit d'auteur n'est toutefois pas obligatoire selon la Convention.
 7. Convention de Berne, art 2(8).
 8. Voir, par exemple, l'article 11c) de la *Ley No 17.336 sobre la Propiedad Intelectual* du Chili, qui déclare que font partie du « patrimoine culturel commun » les œuvres dont les auteurs ont renoncé à la protection, et l'al 45(1)b) du *Copyright Act 2001* du Kenya, qui déclare que font partie du domaine public les œuvres dont les auteurs ont renoncé à la protection. Dans ce dernier cas, la renonciation doit être par écrit et « made public ». Pour d'autres exemples et une analyse de la situation, voir Andres Guadamuz, « Comparative Analysis of National Approaches on Voluntary Copyright Relinquishment » (Genève, OMPI, CDIP/13/INF/6, 14 avril 2014), en ligne : <http://www.wipo.int/edocs/mdocs/en/cdip_13/cdip_13_inf_6.pdf>. Voir aussi Mélanie Clément-Fontaine, *L'œuvre libre* (Bruxelles, Larcier, 2014) à la p 257 qui traite de l'existence du domaine public consenti.

monopolistique du droit d'auteur est parfois susceptible d'être en conflit avec le droit de la concurrence, par exemple⁹.

Toutes ces questions ont défrayé la jurisprudence et la doctrine pendant fort longtemps et continueront de le faire surtout, comme d'habitude, lorsque de nouveaux moyens de création et de diffusion seront identifiés. De nos jours, ces débats sont provoqués par l'arrivée de la technologie numérique. Même sans avoir connu personnellement les débats qu'a dû provoquer l'apparition de l'enregistrement sonore, du cinématographe, et de la radio, il y a fort à parier que ceux-ci n'ont pu égaler l'intensité des remises en question d'aujourd'hui. On peut expliquer en deux grandes lignes les facteurs qui alimentent les discussions. D'une part, l'arrivée du numérique coïncide, à peu de choses près, avec la montée en puissance des pays en développement. Ces pays, dont l'intégration à l'économie mondiale passe, entre autres, par des accords commerciaux qui font de plus en plus régulièrement de place aux droits de la propriété intellectuelle dont le droit d'auteur fait partie, ont rarement les moyens de vivre le droit d'auteur comme les pays industrialisés qui en ont assimilé les règles depuis parfois deux ou trois siècles. Ils revendiquent donc la possibilité d'en limiter l'impact par le biais de divers principes. D'autre part, de nouveaux (?) discours se font entendre avec plus d'insistance. Il faut ici citer les peuples autochtones dont les modes de création et de diffusion des œuvres à caractère traditionnel se heurtent au droit d'auteur « occidental et industrialisé » sur plusieurs points¹⁰. Leur point de vue s'inscrit, dans une certaine mesure, dans la foulée du discours humanitaire qui s'exprime aujourd'hui de manière opposée à ce qu'il a longtemps été : alors qu'à l'origine on mettait l'accent sur le droit d'auteur en tant que droit de l'homme, on fait maintenant plutôt la part belle, au nom des mêmes droits de l'homme, au droit à l'accès aux œuvres pour le bien-être tant personnel que social.

Tous ces mouvements techniques, commerciaux, et sociaux convergent vers une relecture du droit d'auteur où un rôle de premier plan est dévolu à ses limites. Certes, on continue de s'intéresser aux composantes essentielles qui en déterminent la nature et le fonctionnement ; mais le terrain où les discussions sont peut-être le

9. La problématique est vaste, mais on retiendra ici l'exemple de la loi canadienne sur la concurrence qui prévoit certaines dispositions spécifiques sur son application dans le domaine de la propriété intellectuelle : *Loi sur la concurrence*, LRC 1985, c C-34, art 32, 76, 79.

10. Ici aussi, le sujet est de grande ampleur. Pour un aperçu néanmoins détaillé, voir Agnès Lucas-Schloetter, « Protection juridique du folklore » dans André Lucas (dir), *Juris-classeurs Propriété littéraire et artistique*, fasc 1962 (Paris, LexisNexis, 2009).

plus vives est sans contredit celui des exceptions au droit d'auteur. Ces exceptions constituent un autre moyen de tracer les pourtours du droit d'auteur et d'en définir, par la négation, la nature propre. L'identification des exceptions est un processus de longue haleine qui peut même paraître fuyant. Un certain dialogue incessant entre le droit international et les droits nationaux oriente l'exercice. Au-delà de cette identification persistent toutefois des questionnements fondamentaux qui influencent le régime de ces exceptions.

1. L'IDENTIFICATION DES EXCEPTIONS

« Ce sont les exceptions qui disent le mieux la philosophie d'une loi sur le droit d'auteur »¹¹. Cette affirmation d'un des plus éminents spécialistes du droit d'auteur contemporain reflète bien le droit d'aujourd'hui. Pourtant, tous ces pays qui expriment leur identité de droit d'auteur à travers leurs exceptions sont liés par des instruments internationaux dont l'objectif est de créer un droit conventionnel minimum pour harmoniser le plus possible les législations nationales. Comment parviennent-ils donc dans ce contexte à se singulariser ? L'attitude envers les exceptions s'est modifiée au cours du temps, comme en témoignent les sources internationales. C'est dans ce cadre international de plus en plus souple ou contraignant, c'est selon, que se dessinent les exceptions.

1.1 Les sources internationales

Le droit international des exceptions au droit d'auteur est en pleine mutation, pour ne pas dire révolution. Alors que les exceptions au droit d'auteur ont traditionnellement trouvé leurs assises dans des textes ayant une approche holistique de la matière, le nouveau *modus operandi* repose sur des textes spécifiques qui ne doivent leur existence qu'aux exceptions qu'ils visent.

1.1.1 Les textes holistiques

Depuis ses origines en 1886, la Convention de Berne, première convention multilatérale de droit d'auteur, admet que des exceptions viennent circonscrire la portée des droits économiques du droit d'auteur. C'est donc au fil de discussions portant sur les différentes composantes de ce droit international – qu'il s'agisse des règles sur le traitement national, de l'évolution des prérogatives au gré de l'évo-

11. André Lucas, « L'intérêt général dans l'évolution du droit d'auteur » dans *L'intérêt général et l'accès à l'information en propriété intellectuelle*, supra note 4 à la p 87 [Lucas].

lution technologique, du droit moral, ou des règles administratives – que se crée un consensus sur les limites que doit connaître le droit d'auteur. Comme le disait Numa Droz, juriste suisse qui présidait la première conférence diplomatique de 1884 qui aboutit à la Convention de Berne :

Il faut aussi considérer que des limites à la protection absolue sont réclamées, suivant moi à juste titre, par l'intérêt public. Le besoin toujours plus grand d'instruction populaire ne pourrait se satisfaire si l'on ne réservait certaines facilités de reproduction, qui d'ailleurs ne doivent pas dégénérer en abus.¹²

Quoique cette déclaration ne fasse précisément référence qu'au droit de reproduction et à l'instruction publique, le souci pour l'intérêt général qui doit être atteint par un calibrage de divers intérêts demeurera un fil conducteur, certes sujet à des interprétations variables, jusqu'à la dernière version en date de la Convention de Berne en 1971.

En tant que plus ancienne convention internationale, on constate que de nouvelles exceptions ont été reformulées ou ajoutées au texte de la Convention lors de chaque conférence de révision. Jusqu'à la conférence de Stockholm en 1967, les exceptions admises par la Convention étaient relativement précises. À titre d'exemple, voici la version de l'Acte de Paris de 1971 de l'exception spécifique en matière d'éducation de la Convention, exception qui y figure depuis ses origines :

Est réservé l'effet de la législation des pays de l'Union et des arrangements particuliers existants ou à conclure entre eux, en ce qui concerne la faculté d'utiliser licitement, dans la mesure justifiée par le but à atteindre, des œuvres littéraires ou artistiques à titre d'illustration de l'enseignement par le moyen de publications, d'émissions de radiodiffusion ou d'enregistrements sonores ou visuels, sous réserve qu'une telle utilisation soit conforme aux bons usages.¹³

À bien y regarder, la marge de manœuvre de l'utilisateur n'est pas très grande. L'approche sera relativement semblable au fur et à mesure que des exceptions sont ajoutées.

12. Numa Droz, « Procès-verbal de la sixième séance de la Conférence pour la protection des droits d'auteur », Berne, 18 septembre 1884, p 67 à la p 68 dans Bureau international de la propriété intellectuelle, *La Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques de 1886 à 1986* (Genève, OMPI, 1986) à la p 110.

13. Convention de Berne, art 10(2).

Un tournant est pris lors de la Conférence de révision de Bruxelles en 1948 lors de la reconnaissance du droit de représentation publique. Jusque-là, les exceptions visaient essentiellement le droit de reproduction. Le droit de représentation publique allait donner naissance à des revendications d'exceptions pour l'utilisation de musique lors de services religieux ou par des fanfares militaires. Face à la diversité grandissante des exceptions, exacerbée peut-être par le pressentiment que de plus en plus de pays continueraient à adhérer à la Convention, le Rapport de la Commission générale fait état de la difficulté d'ajouter de nouvelles exceptions qui feraient l'unanimité et propose de remédier à la situation avec la notion de « réservations mineures » :

Votre rapporteur général a été chargé de rappeler par une mention expresse la possibilité de ce qu'il a été convenu d'appeler les petites réserves des législations nationales. MM. les délégués de la Norvège, de la Suède, du Danemark et de la Finlande, M. le délégué de la Suisse et M. le délégué de la Hongrie ont évoqué ces exceptions limitées admises en faveur des cérémonies religieuses, des fanfares militaires et des nécessités de l'enseignement et de la vulgarisation. Ces mesures d'exception s'appliquent aux articles 11*bis*, 11*ter*, 13 et 14. Vous voudrez bien croire que ces allusions sont données ici d'une touche légère sans informer le principe du droit.¹⁴

Ce n'est pas par hasard que ces propos ont ensuite été repris dans le Rapport général de la Conférence de révision de Stockholm en 1967. C'est lors de cette conférence que les multiples revendications des pays en développement, présents en grand nombre dans la foulée de la décolonisation de l'après-guerre, ont montré les limites de la règle de l'unanimité pour la mise à jour de la Convention. Outre le fait que ce sera seulement à la suite de la Conférence de révision de Paris en 1971 que de nouvelles dispositions sur le fond formant un nouvel Acte de la Convention entreront en vigueur¹⁵, la Conférence

14. Michel Plaisant, « Rapport général sur les travaux de la Conférence diplomatique de Bruxelles pour la révision de la Convention de Berne », Union internationale pour la protection des œuvres littéraires et artistiques, *Documents de la Conférence réunie à Bruxelles du 5 au 26 juin 1948* (Berne, Bureau de l'Union internationale pour la protection des œuvres littéraires et artistiques, 1951) à la p 100 dans *La Convention de Berne*, *supra* note 12, à la p 216. Voir aussi Sam Ricketson, *The Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works: 1886-1986* (Londres, Centre for Commercial Law Studies, University of London, Kluwer, 1987) à la p 534.

15. Seules les dispositions de l'Acte de Stockholm sur l'administration de la Convention sont entrées en vigueur. Voir Charles F. Johnson, « The Origins of the Stockholm Protocol », (1971) 18 *Bulletin of the Copyright Society* 91. Pour un

de Stockholm a néanmoins préparé le terrain pour la reconnaissance formelle du droit de reproduction dans la Convention dont ont découlé, dans l'Acte de Paris de 1971, l'Annexe de la Convention pour les pays en développement et, surtout ici, le triple test des exceptions au droit de reproduction :

Est réservée aux législations des pays de l'Union la faculté de permettre la reproduction desdites œuvres dans certains cas spéciaux, pourvu qu'une telle reproduction ne porte pas atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre ni ne cause un préjudice injustifié aux intérêts légitimes de l'auteur.¹⁶

Le libellé de l'article 9(2) de la Convention tranche nettement avec celui des autres exceptions du même texte. Les critères très généraux – cas spéciaux, pas d'atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre, pas de préjudice injustifié aux intérêts légitimes de l'auteur – permettent d'éviter l'ergotage sur le nombre et la formulation des exceptions que les pays membres souhaiteraient faire reconnaître par un texte international et laissent à ceux-ci l'autonomie nécessaire pour mettre en œuvre leurs propres politiques en la matière. Puisque l'Acte de Paris constitue la dernière version de la Convention de Berne, son triple test marque ainsi un point d'orgue dans l'évolution des exceptions en droit d'auteur international. Le dernier mot sur son interprétation n'a pas encore été dit : quels rapports entretient-il avec les exceptions spécifiques de la Convention ? Avec les réservations mineures ? À quoi correspond chaque étape du test ? Comment se distingue, surtout, la deuxième de la troisième étape ?

Ces questions ne sont plus aujourd'hui débattues dans le seul contexte de la Convention de Berne. Les participants à la Conférence de révision de Paris pressentaient la quasi-impossibilité de continuer la révision de la Convention alors que l'Union de Berne accueillait de plus en plus comme membres des pays en développement ayant des points de vue différents du fonctionnement du droit d'auteur dans leurs pays. De plus, de grands joueurs étaient absents à la table – les États-Unis, l'U.R.S.S., la Chine – et allaient prendre une place de plus en plus importante dans l'économie mondiale. Certes, le principe de publication unioniste permet aux ressortissants de pays tiers de bénéficier de la protection de la Convention dans les pays de

regard canadien sur cette époque, voir Sara Bannerman, *The Struggle for Canadian Copyright – Imperialism to Internationalism, 1842-1971* (Vancouver, UBC Press, 2013) aux pp 150 et s.

16. Convention de Berne, art 9(2). Voir Maryin Senftleben, *Copyright Limitations and the Three-Step Test – An Analysis of the Three-Step Test in International and EC Copyright Law* (La Haye, Kluwer Law International, 2004) [Senftleben].

l'Union¹⁷ (mais l'inverse n'est pas vrai) et l'existence de la Convention universelle sur le droit d'auteur de 1952, au-delà de sa règle de conflit avec la Convention de Berne qui donne la primauté à celle-ci lorsque les pays concernés sont membres des deux¹⁸, a fourni aux États-Unis depuis 1972 un réseau de relations internationales fondé sur une règle de traitement national à part entière. Cependant, ce n'est plus dans son monde autonome qu'allait évoluer le droit d'auteur : l'univers du commerce international viendrait le happer.

Les exceptions ne sont pas le seul aspect du droit d'auteur qui soit arrivé à une impasse internationale. L'essor des communications, propulsées par l'informatique et surtout les réseaux numériques, faisait pression sur des règles du droit d'auteur qui avaient été conçues sans ces considérations. Face à un désenchantement envers la Convention de Berne dont les moyens de sanction étaient, en outre, jugés trop faibles¹⁹, les négociations qui aboutiraient sur l'Accord de l'Organisation mondiale du commerce en 1994 allaient s'avérer des plus opportunes. L'Accord sur les droits de propriété intellectuelle concernant le commerce (ADPIC), une annexe de l'Accord sur l'OMC, a été l'occasion de fédérer en un seul texte les instruments internationaux clés de la propriété intellectuelle et d'en combler les lacunes jugées les plus importantes. Cependant, au lieu de tout reprendre depuis le début, le texte de l'ADPIC fonctionne essentiellement en demandant aux pays membres de mettre en œuvre des dispositions de certains traités déjà existants, en l'occurrence la Convention de Berne, et de se conformer à des règles supplémentaires²⁰.

C'est ici que le triple test de la Convention de Berne refait surface. En plus d'être décliné de manière assez semblable dans des sections de l'Accord touchant des droits de propriété industrielle²¹, le texte de l'article 9(2) de la Convention de Berne est repris dans la section consacrée au droit d'auteur avec certaines nuances :

Les Membres restreindront les limitations des droits exclusifs ou exceptions à ces droits à certains cas spéciaux qui ne portent pas atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre ni ne causent

17. Convention de Berne, art 3.

18. Convention universelle sur le droit d'auteur, art XVII.

19. La Convention ne prévoit expressément que la requête devant la Cour internationale de Justice : Convention de Berne, art 33.

20. ADPIC, art 9(1).

21. ADPIC, art 17 (marques de commerce), 26(2) (dessins et modèles industriels), 30 (brevets). D'un intérêt particulier est la question des rapports entre les différentes versions du triple test. Voir Andrew F. Christie et Robin W. Wright, « A Comparative Analysis of the Three-Step Tests in International Treaties », (2014) 45 *International Review of Industrial Property and Copyright Law* 409.

un préjudice injustifié aux intérêts légitimes du détenteur du droit.

L'engouement pour les mesures de sanction de l'ADPIC, qui est géré par l'OMC, a rapidement fait en sorte que l'attention du milieu s'est portée vers le nouveau texte. Ses différences avec celui de la Convention de Berne et le rapport entre les deux s'ajoutaient aux autres questions d'interprétation du texte d'origine. La décision d'un groupe spécial de l'OMC en 2000, mettant en cause deux exceptions récentes en droit américain, est ainsi devenue le point de ralliement des commentateurs²². Ces exceptions permettent la diffusion de musique, sans devoir payer de redevances, dans des établissements commerciaux qui sont divisés en deux catégories : certains établissements étaient visés par l'exception « pour usage de type privé », tandis que d'autres l'étaient par l'exception « pour usage dans des entreprises commerciales ». Dans le premier cas, il s'agit de petits restaurants et de petits magasins de vente au détail où les appareils utilisés pour faire entendre la musique sont semblables à ceux qui sont utilisés à domicile ; dans le second, les restaurants, débits de boisson, et magasins de vente au détail de certaines superficies sont exonérés, ainsi que ceux qui dépassent les superficies spécifiées, s'ils respectent des normes concernant le matériel d'amplification utilisé²³. L'ensemble de la réglementation fait en sorte que très peu de ces types d'établissements commerciaux du pays deviennent susceptibles de verser des redevances pour leur utilisation de musique. Les deux exceptions avaient été introduites en 1998 en même temps que le *Copyright Act* était amendé pour étendre la durée de protection du droit d'auteur de 50 à 70 ans *post mortem*²⁴. Le groupe spécial de l'OMC a coupé la poire en deux et trouvé la première exception conforme au triple test, mais pas la seconde. À noter, cette dernière n'a pas été abrogée à la suite de la décision, contrairement à ce que laissait présager l'inclusion de la propriété intellectuelle dans le giron de l'OMC.

On reviendra plus loin sur la question de la conformité des exceptions des lois nationales au triple test, car cette règle est devenue

22. *États-Unis – Article 110 de la Loi sur le droit d'auteur*, Rapport du groupe spécial, document de l'OMC WT/DS160/R du 15 juin 2000. Voir Dalindeybo B. Shabalala, « United States – Section 110(5) of the US Copyright Act: Summary and Analysis » et Maximiliano Santa Cruz, « WTO Panel on United States – Section 110(5) of the US Copyright Act » dans Carlos M. Correa (dir), *Research Handbook on the Interpretation and Enforcement of Intellectual Property under WTO Rules – Intellectual Property in the WTO Volume II* (Cheltenham (R-U), Edward Elgar, 2010) aux pp 142 et 191 respectivement.

23. *Copyright Act*, 17 U.S.C. § 110(5).

24. *Sonny Bono Copyright Term Extension Act*, Pub L No 105-298, 112 Stat 2827 (1998).

le standard international en matière d'exceptions. D'ailleurs en 1996, peu de temps après l'ADPIC, l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI) a réussi à faire adopter deux traités touchant le droit d'auteur : le Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur et le Traité de l'OMPI sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes. Les deux ont repris, encore avec quelques modifications, le triple test²⁵. Il en va de même avec le Traité de Beijing sur les interprétations et exécutions audiovisuelles de 2012²⁶. On pourrait donc être porté à croire que l'évolution du droit international des exceptions au droit d'auteur a atteint un certain plateau avec le triple test.

Or, il n'en est rien. D'autres développements démontrent une insatisfaction à son égard ou, peut-être de manière plus fondamentale, à l'égard du droit d'auteur tel qu'il s'est formé jusqu'à maintenant. Déjà lors de la Conférence de révision de Paris, les pressions de pays en développement avaient conduit à l'Annexe de la Convention de Berne qui prévoit l'octroi de licences obligatoires dans ces pays pour la traduction et la reproduction d'œuvres à diverses fins d'éducation et de recherche. La complexité de la réglementation serait responsable de son insuccès²⁷.

Jusqu'à ce point, on a pu voir que l'évolution des règles internationales concernant les exceptions au droit d'auteur a suivi celle des contextes dans lesquels le droit d'auteur international lui-même a pris de l'ampleur. Depuis quelque temps, cependant, les discussions ont pu se déplacer vers un autre forum : celui des droits de l'homme.

La Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948 est parfois invoquée pour justifier la protection que confère le droit d'auteur. Son article 27(2) porte que « [c]hacun a droit à la protection des intérêts moraux et matériels découlant de toute production scientifique, littéraire ou artistique dont il est l'auteur. » Ce texte consacre le triomphe de la tradition humaniste du droit d'auteur et cette vision peut aujourd'hui servir à tempérer la tournure si ouvertement commerciale qu'a prise la propriété intellectuelle tout entière depuis l'ADPIC. En réalité, lorsque l'on fait appel de nos jours à cette Déclaration pour alimenter les réflexions sur le droit

25. Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur, art 10 ; Traité de l'OMPI sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes, art 16.

26. Traité de Beijing sur les interprétations et exécutions audiovisuelles, art 13(2).

27. André Françon, *Le droit d'auteur – aspects internationaux et comparatifs* (Cowansville, Yvon Blais, 1993) aux pp 19-20. Sur cette annexe, voir Henri Desbois, André Françon et André Kéréver, *Les conventions internationales du droit d'auteur et des droits voisins* (Paris, Dalloz, 1976) aux n^{os} 216-262 ; Salah Basalamah, *Le droit de traduire : une politique culturelle pour la mondialisation* (Ottawa, Presses de l'Université d'Ottawa, 2009) aux pp 289-308.

d'auteur, c'est surtout du premier paragraphe de l'article 27 qu'il est question : « [t]oute personne a le droit de prendre part librement à la vie culturelle de la communauté, de jouir des arts et de participer au progrès scientifique et aux bienfaits qui en résultent ».

Certes, ce texte ne traite pas directement d'exceptions au droit d'auteur ; mais, pour plusieurs, il n'y a qu'un pas entre cette participation à la vie culturelle et scientifique, ainsi qu'aux bienfaits qui en découlent, et l'existence d'exceptions au droit d'auteur qui faciliteraient cet accès²⁸. D'ailleurs souvent, maintenant, la Cour européenne des droits de l'homme rend des décisions où l'interprétation d'exceptions au droit d'auteur est en cause²⁹. Le point de vue de la dialectique des droits de l'homme, qui sert essentiellement à légitimer les limitations de toutes sortes au droit d'auteur, est devenu incontournable. Il vient, sur la scène internationale, soutenir les propos des pays en développement, mais n'est nullement confiné à ce rôle. Signe des temps, le Conseil des droits de l'homme de l'Organisation des Nations Unies a commandé à la Rapporteuse spéciale dans le domaine des droits culturels un rapport sur les *Politiques en matière de droit d'auteur et droit à la science* qui a été déposé en décembre 2014. La conclusion et quelques recommandations émanant de ce rapport visent expressément les « limitations et exceptions au droit d'auteur et le « triple critère » » :

104. Les États ont l'obligation positive d'instaurer un système solide et souple d'exceptions et de limitations au droit d'auteur pour se conformer à leurs obligations au regard des droits de l'homme. Le « triple critère », prévu par la législation internationale relative au droit d'auteur, devrait être interprété de manière à encourager l'établissement d'un tel système d'exceptions et de limitations.

28. Voir, entre autres, les nombreux textes dans Paul L.C. Torremans (dir), *Intellectual Property and Human Rights*, 3^e éd (La Haye, Kluwer Law International, 2015) ; Laurence R. Helfer et Harry R. Chadwick (dir), *Intellectual Property and Human Rights* (Cheltenham (R-U), Edward Elgar, 2013) ; Christophe Geiger (dir), *Research Handbook on Human Rights and Intellectual Property* (Cheltenham (R-U), Edward Elgar, 2015) ; Christophe Geiger, « Copyright as an Access Right, Securing Intellectual Participation through the Protection of Creators' Interests » dans Rebecca Giblin et Kimberlee G. Weatherall (dir), *What if We Could Reimagine Copyright?* (à paraître, 2016).

29. Voir, en plus de textes dans les ouvrages mentionnés dans la note précédente, Jonathan Griffiths et Luke McDonagh, « Fundamental rights and European IP law: the case of Art 17(2) of the EU Charter » dans Christophe Geiger (dir), *Constructing European Intellectual Property – Achievements and New Perspectives* (Cheltenham (R-U), Edward Elgar, 2013) à la p 75.

105. Les États devraient considérer que les exceptions et limitations contribuant à promouvoir la liberté créatrice et la participation à la vie culturelle sont conformes au droit à la protection de la paternité d'une œuvre. Celui-ci n'implique pas une maîtrise sans faille par l'auteur de ses œuvres de création.
106. Les États devraient autoriser l'utilisation sans compensation financière d'œuvres protégées par le droit d'auteur, notamment en cas de fortes inégalités de revenus, en présence d'initiatives à but non lucratif ou encore lorsque les artistes ne disposent pas de capitaux suffisants et qu'exiger une rémunération serait susceptible d'entraver les efforts qu'ils déploient en vue de créer de nouvelles œuvres ou d'atteindre de nouveaux publics.
108. Au niveau interne, des procédures judiciaires ou administratives devraient permettre au grand public de requérir l'application et l'élargissement de ces exceptions et limitations, de manière à garantir la jouissance de ses droits constitutionnels et fondamentaux.
109. Les membres de l'OMPI devraient appuyer l'adoption d'instruments internationaux sur les exceptions et limitations au droit d'auteur en faveur des bibliothèques et de l'enseignement. Il conviendrait également d'étudier la possibilité d'établir une liste de base d'exceptions et de limitations minimales nécessaires, comprenant celles qui sont actuellement reconnues par la plupart des États, et/ou la possibilité d'adopter une disposition internationale sur l'usage loyal.
110. L'OMC devrait maintenir l'exception en faveur des pays les moins développés, aux termes de laquelle ceux-ci ne sont pas tenus de se conformer aux dispositions de l'ADPIC tant qu'ils n'ont pas atteint un stade de développement leur permettant de ne plus figurer dans cette catégorie.³⁰

Certaines préoccupations qui sont à la base de ces propos ont été exprimées ainsi :

19. À l'heure actuelle, l'apparent déficit démocratique dans l'élaboration des politiques internationales sur le droit d'auteur suscite d'importantes préoccupations. Particulièrement

30. Farida Shaheed, *Rapport de la Rapporteuse spéciale dans le domaine des droits culturels – Politiques en matière de droit d'auteur et droit à la science et à la culture*, Conseil des droits de l'homme, Vingt-huitième session, document A/HRC/28/57, 24 décembre 2014 aux pp 23-24.

inquiétante est la tendance à conduire des négociations commerciales dans le plus grand secret, auxquelles les entreprises prennent une large part, mais sans participation équivalente de responsables élus ou d'autres représentants d'intérêts publics. Par exemple, dans le cadre des négociations récentes autour de l'Accord commercial anticontrafaçon et du Partenariat transpacifique, un petit nombre de pays ont négocié d'importants engagements en ce qui concerne les politiques de droit d'auteur, sans qu'il y ait eu de participation du public ou de débat public. À l'inverse, les traités négociés dans le contexte de l'OMPI se caractérisent par une ouverture et une participation plus grandes et l'instauration d'un consensus. Quelle que soit l'enceinte, d'aucuns s'inquiètent de ce que des parties puissantes puissent utiliser le processus international d'élaboration de règles pour limiter les options possibles sur le plan interne et pour promouvoir des intérêts privés aux dépens du bien public ou des droits de l'homme.³¹

Le Conseil des droits de l'homme n'a certes pas le mandat de concevoir de nouveaux instruments internationaux de droit d'auteur qui seraient centrés sur ses propres préoccupations politiques. D'ailleurs, les recommandations de ce rapport renvoient à l'OMPI et à l'OMC la tâche de tenir compte de ses conclusions dans l'élaboration de nouveaux textes³². Il faut aussi admettre que ces propos sur le droit d'auteur s'insèrent dans des débats culturels plus larges et font ainsi partie d'un équilibre politique recherché en fonction d'un tout dont la dynamique est différente de celle de l'ensemble des traités de droit d'auteur, voire de la propriété intellectuelle ou du droit commercial international. Ces univers, cependant, n'évoluent manifestement pas en vases clos et, même si chacun continue sur sa propre lancée, la reconnaissance que tant le commerce international que les droits de l'homme se trouvent sur le chemin du droit d'auteur n'a rien de surprenant. Alors que les accords commerciaux bilatéraux ou pluri-latéraux incorporant des règles de droit d'auteur se multiplient³³, la volonté d'accentuer le rôle des exceptions au sein du droit d'auteur, soutenue par le discours « droits de l'homme », est en passe de devenir le moteur de l'évolution du droit d'auteur international.

31. *Ibid* à la p 6.

32. *Ibid* aux para 109-110.

33. Voir Peter K. Yu, « The Non-Multilateral Approach to International Intellectual Property Normsetting » dans Daniel J. Gervais (dir), *Research Handbook on International Intellectual Property Law* (Cheltenham (R-U), Edward Elgar, 2014) à la p 83.

1.1.2 Les textes spécifiques

Les exceptions au droit d'auteur sont la cause d'un actuel changement de paradigme dans le développement international de la matière. Cette démarche novatrice ne se produit pas dans des institutions nouvellement créées à cette fin, mais bien à l'OMPI. Le coup d'envoi a été lancé en 2013 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 publiées³⁴. Ce traité, qui résulte des travaux de 80 parties contractantes ne comprenant pas le Canada, n'est pas encore en vigueur³⁵ ; mais il constitue le premier traité de droit d'auteur qui soit uniquement centré sur des exceptions. En fait, il s'agit même du premier traité à cibler une seule composante du fonctionnement du droit d'auteur. C'est dire l'importance du dossier pour l'OMPI, l'organe international responsable de la très grande majorité des traités en la matière.

Les 22 articles du Traité de Marrakech sont précédés d'un préambule, dont le premier paragraphe ne fait pas référence aux règles du droit d'auteur, mais plutôt aux « principes de non-discrimination, d'égalité des chances, d'accessibilité et de pleines et effectives participation et inclusion sociales, proclamés par la Déclaration universelle des droits de l'homme et la Convention des Nations Unies relative aux droits des personnes handicapées ». En fait, les quelques paragraphes de ce préambule qui mentionnent le droit d'auteur mettent globalement l'accent sur la barrière que crée le droit d'auteur au développement de toute personne souffrant du handicap visé. Dans un traité voué à des exceptions au droit d'auteur, cela ne saurait surprendre.

34. Voir Marketa Trimble, « The Marrakesh Puzzle », (2014) 45 *International Review of Industrial Property and Copyright Law* 768 ; Simonetta Vezzoso, « The Marrakesh Spirit – A Ghost in Three Steps? », (2014) 45 *International Review of Industrial Property and Copyright Law* 796 ; Jingyi Li, « Copyright Exemptions to Facilitate Access to Published Works for the Print Disabled – The Gap Between National Laws and the Standards Required by the Marrakesh Treaty », (2014) 45 *International Review of Industrial Property and Copyright Law* 740 ; Joseph Fometeu, « 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 », (2015) 27:3 *Cahiers de propriété intellectuelle* 1045.

35. Vingt parties au traité sont nécessaires : Traité de Marrakech, art 18. En date du 25 mars 2016, 16 pays ont déposé leurs instruments de ratification ou d'adhésion. Un projet de loi modifiant la loi canadienne sur le droit d'auteur à cet effet a été déposé au Parlement : Chambre des Communes du Canada, Projet de loi C-11 : *Loi modifiant la Loi sur le droit d'auteur (accès des personnes ayant des déficiences perceptuelles aux œuvres ou autres objets du droit d'auteur protégés)*, Première session, quarante-deuxième législature, 64-65 Elizabeth II, 2015-2016, Première lecture : 24 mars 2016.

D'ailleurs, il est manifeste que le Traité de Marrakech s'inscrit dans la lignée des arguments « humanitaires » du droit d'auteur. Outre le rappel que les bénéficiaires visés « vivent pour la plupart dans les pays en développement et les pays les moins avancés » et « que les considérations relatives au développement font partie intégrante des travaux de l'Organisation », le Traité ne se veut pas le dernier mot sur le sujet :

Les Parties contractantes conviennent qu'une Partie contractante peut mettre en œuvre dans sa législation nationale, au profit des personnes bénéficiaires, des limitations et exceptions en matière de droit d'auteur autres que celles qui sont prévues par le présent traité, eu égard à la situation économique et aux besoins de cette Partie contractante sur les plans social et culturel, conformément aux droits et obligations de cette Partie contractante sur le plan international et, dans le cas d'un pays moins avancé, compte tenu de ses besoins particuliers et de ses droits et obligations particuliers sur le plan international, ainsi que des éléments de flexibilité qui en découlent.³⁶

Les éléments qui doivent être pris en compte lors de la mise en œuvre d'autres exceptions semblables – qui sont forcément tout aussi applicables lors de la mise en œuvre de celles qui découlent directement du Traité – ne sont pas sans rappeler le langage de certaines dispositions de l'ADPIC qui ont pour but d'assouplir les obligations de mise en œuvre de l'Accord dans les pays pour lesquels une interprétation rigoriste serait trop onéreuse³⁷.

Mis à part le souci de répondre à un ordre du jour qui prend de plus en plus de place, l'autre élément déterminant du Traité est le triple test. Le Traité de Marrakech est le premier instrument international de droit d'auteur dont la condition essentielle de légitimité est de se conformer au test en question. Tout son fonctionnement doit

36. Traité de Marrakech, art 12(1).

37. ADPIC, art 7 : « La protection et le respect des droits de propriété intellectuelle devraient contribuer à la promotion de l'innovation technologique et au transfert et à la diffusion de la technologie, à l'avantage mutuel de ceux qui génèrent et de ceux qui utilisent des connaissances techniques et d'une manière propice au bien-être social et économique, et à assurer un équilibre de droits et d'obligations. » ADPIC, art 8(1) : « Les Membres pourront, lorsqu'ils élaboreront ou modifieront leurs lois et réglementations, adopter les mesures nécessaires pour protéger la santé publique et la nutrition et pour promouvoir l'intérêt public dans des secteurs d'une importance vitale pour leur développement socio-économique et technologique, à condition que ces mesures soient compatibles avec les dispositions du présent accord. » Voir Edson Beas Rodriguez Jr., *The General Exception Clauses of the TRIPS Agreement – Promoting Sustainable Development*, (Cambridge, Cambridge University Press, 2015).

pouvoir s'articuler en harmonie avec lui. Voilà pourquoi non seulement le préambule réaffirme :

les obligations qui incombent aux Parties contractantes en vertu des traités internationaux existants en matière de protection du droit d'auteur ainsi que l'importance et la souplesse du test en trois étapes applicable aux limitations et exceptions, énoncé à l'article 9.2) de la Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques et dans d'autres instruments internationaux [...]

mais l'article 11 stipule aussi que :

En adoptant les mesures nécessaires pour assurer l'application du présent traité, toute Partie contractante peut jouir de tous ses droits et assumer toutes ses obligations en vertu de la Convention de Berne, de l'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce et du Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur (WCT), y compris leurs interprétations communes, de telle sorte que :

a) conformément à l'article 9.2) de la Convention de Berne, elle puisse autoriser la reproduction d'œuvres dans certains cas spéciaux, pourvu qu'une telle reproduction ne porte pas atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre ni ne cause un préjudice injustifié aux intérêts légitimes de l'auteur ;

b) conformément à l'article 13 de l'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce, elle restreigne les limitations des droits exclusifs ou exceptions à ces droits à certains cas spéciaux qui ne portent pas atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre ni ne causent un préjudice injustifié aux intérêts légitimes du titulaire du droit ;

c) conformément à l'article 10.1) du WCT, elle puisse assortir de limitations ou d'exceptions les droits conférés aux auteurs d'œuvres littéraires et artistiques en vertu du WCT dans certains cas spéciaux où il n'est pas porté atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre ni causé de préjudice injustifié aux intérêts légitimes de l'auteur ;

d) conformément à l'article 10.2) du WCT, elle restreigne, en appliquant la Convention de Berne, toutes limitations ou exceptions dont elle assortit les droits prévus dans ladite convention à certains cas spéciaux où il n'est pas porté atteinte à l'exploit-

tation normale de l'œuvre ni causé de préjudice injustifié aux intérêts légitimes de l'auteur.

Ainsi, les diverses mesures du Traité s'inscrivent dans la lignée du triple test, mais ne le circonscrivent pas tant en ce qui relève des exceptions au profit des personnes visées par lui qu'en ce qui concerne des exceptions d'autres natures.

Le Traité de Marrakech, même s'il n'est pas encore en vigueur, ne devrait pas représenter un incident isolé dans l'évolution du droit d'auteur international. Les ordres du jour des réunions les plus récentes du Comité permanent du droit d'auteur et des droits connexes de l'OMPI démontrent la place grandissante que prennent les discussions sur les exceptions au droit d'auteur lors de ces rencontres. À titre d'exemple, l'ordre du jour de la 31^e session du Comité en décembre 2015 indique que, en plus de discuter de la protection des organismes de radiodiffusion – un sujet qui « traîne » depuis fort longtemps –, il a été question de limitations et exceptions en faveur des bibliothèques et des services d'archives ainsi qu'en faveur des établissements d'enseignement et de recherche et des personnes ayant d'autres handicaps³⁸. Comme ce fut le cas pour le Traité de Marrakech, ces travaux s'appuient sur des études et des activités que l'OMPI a menées depuis la fin des années 1990³⁹. Ils s'inscrivent aussi dans le Plan d'action pour le développement de l'OMPI⁴⁰ dont l'initiative revient à l'Argentine et au Brésil en 2004, qui a conduit à la création d'un Comité du développement et de la propriété intellectuelle. Il y a fort à parier que, dans un proche avenir, une autre conférence diplomatique sera convoquée pour mettre au point un autre traité sur des exceptions au droit d'auteur.

38. Comité permanent du droit d'auteur et des droits connexes, Trente-et-unième session, Genève, 7-11 décembre 2015, *Ordre du jour*, document SCCR/31/1 Prov, 10 août 2015.

39. Sur les bibliothèques et archives, voir Kenneth D. Crews, *Study on Copyright Limitations and Exceptions for Libraries and Archives: Updated and Revised*, 10 juin 2015, SCCR/30/3, en ligne : <http://www.wipo.int/edocs/mdocs/copyright/en/sccr_30/sccr_30_3.pdf> ; Allison Firth et Berveley Pereira, « Exceptions for Libraries and Archives » dans Irini A. Stamatoudi (dir), *New Developments in EU and International Copyright Law* (Alphen aan den Rijn (NL), Kluwer Law International, 2016) à la p 3 [Stamatoudi]. Sur l'enseignement et la recherche, voir Ysolde Gendreau, « Exceptions for Education and Research » dans Stamatoudi, op cit à la p 57. Sur les musées, voir Jean-François Canat et Lucie Guibault, *Study on Limitations and Exceptions to Copyright for Museums*, 30 avril 2015, SCCR/30/2, en ligne : <http://www.wipo.int/edocs/mdocs/copyright/en/sccr_30/sccr_30_2.pdf>.

40. Assemblée générale de l'OMPI, 34^e session (18^e session ordinaire), Genève, 24 septembre – 3 octobre 2007, WO/GA/34/16, 12 novembre 2007. Voir Neil W. Netanel, *The Development Agenda – Global Intellectual Property and Developing Countries* (Oxford, Oxford University Press, 2009).

Tout semble donc indiquer que l'approche du traité spécifique sur des exceptions est là pour demeurer⁴¹. Que peut-on en penser ? Deux conséquences sont à envisager. La première découle du rapport avec le triple test. Prenons l'exemple des deux exceptions de la loi américaine qui ont été soumises à un Groupe spécial de l'Organe de règlement des différends de l'OMC. Dans cette affaire, la conformité de chacune des exceptions a été analysée séparément l'une de l'autre ; on n'a pas cherché à savoir si la combinaison des deux exceptions formait un tout qui répondait ou non aux critères du triple test. Le Traité de Marrakech, quant à lui, fait reposer le traitement favorable aux bénéficiaires du Traité sur un ensemble de mesures qui – on peut s'y attendre parce qu'elles émanent de l'OMPI – correspondent à une concrétisation du triple test dans le contexte visé. Pour apprécier si un pays membre a mis en œuvre le Traité dans le respect du triple test, doit-on examiner chaque disposition de sa loi ou chaque groupe de dispositions isolément ou, au contraire, l'ensemble des mesures destinées à mettre en œuvre le Traité doit-il être jugé en bloc ? Si la seconde approche est retenue – ce qui n'exclut pas nécessairement l'analyse « à la pièce » en sus –, cela pourrait signifier que cette même méthode globale pourrait être utilisée pour évaluer des exceptions qui, mises ensemble, servent d'autres objectifs communs, l'éducation par exemple. Ainsi, ce serait un *ensemble* d'exceptions qui aurait à être conforme au triple test et non chacune des exceptions individuellement. Il serait donc possible d'envisager que des exceptions soient acceptables à titre individuel, mais que leur conjonction ne le soit pas. À défaut de se poser immédiatement, la question ne manquera pas d'être d'actualité si, comme les travaux actuels le laissent présager, le projet d'un traité de l'OMPI sur ce sujet se matérialise.

L'autre contrecoup des traités ne portant que sur des exceptions est le risque d'un développement du droit d'auteur où chaque composante importante, en l'occurrence ici les exceptions, évolue en autarcie. Finie la synergie avec d'autres éléments qui le définissent. Par exemple, les exceptions en cause dans le rapport du Groupe spécial de 2000 ont été introduites dans le *Copyright Act* américain en même temps que la durée du droit d'auteur était prolongée. Indépendamment du bien-fondé d'une telle prolongation, on voit bien le jeu des vases communicants entre une durée allongée, qui permet de continuer d'exercer le monopole, et des exceptions qui retirent

41. Sur ce sujet, voir P. Bernt Hugenholtz et Ruth L. Okediji, « Conceiving an International Instrument on Limitations and Exceptions to Copyright », 6 mars 2008, Amsterdam Law School Legal Studies Research Paper No 2012-43, Institute for Information Law Research Paper No 2012-37, en ligne <<http://ssrn.com/abstract=2017629>>.

des possibilités de toucher des redevances dans un secteur donné d'activités. Tant de considérations entrent déjà en jeu lorsqu'il est question d'exceptions qu'il est tentant, voire pratique, avec des traités ne portant que sur des exceptions, de pouvoir faire l'économie de la prise en compte d'autres enjeux qui viennent complexifier encore davantage la situation.

L'OMPI n'est pas la seule instance internationale à s'intéresser de près aux exceptions au droit d'auteur. Le Parlement européen a voté en juillet 2015 une résolution sur le droit d'auteur en fonction d'une éventuelle révision de la Directive 2001/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information⁴². Cette résolution découle d'un rapport sur l'état du droit d'auteur dans l'Union européenne préparé par la seule députée du Parti pirate au Parlement européen⁴³. Outre ses nombreux considérants, la résolution comporte 68 paragraphes, dont 24 sont d'ordre général, 8 portent sur les droits et 35 sont consacrés aux exceptions et limitations. Elle a mené à une Communication de la Commission européenne au Parlement et à d'autres instances de l'Union européenne qui annonce un programme d'interventions législatives comprenant une réévaluation des exceptions au droit d'auteur dans certains secteurs d'utilisation à la lumière tant des obligations découlant du Traité de Marrakech que des besoins qu'entraînent les moyens de communications contemporains⁴⁴.

Ainsi, que le forum de discussion soit composé ou non de participants provenant de pays en développement, la même préoccupation quant à une portée excessive du droit d'auteur existe. Le débat se tient aussi, bien entendu, à l'échelle nationale, un débat nourri par

42. Résolution du Parlement européen du 9 juillet 2015 sur la mise en œuvre de la directive 2001/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information (2014/2256 (INI)), P8_TA-PROV(2015)0273, en ligne : <<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P8-TA-2015-0273+0+DOC+XML+V0//FR>>.

43. Directorate General Internal Market and Services, Directorate D – Intellectual Property, D1-Copyright, *Report on the Responses to the Public Consultation on the Review of the EU Copyright Rules*, juillet 2014, en ligne : <http://ec.europa.eu/internal_market/consultations/2013/copyright-rules/docs/contributions/consultation-report_en.pdf>.

44. Commission européenne, Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, *Vers un cadre moderne et plus européen pour le droit d'auteur*, Bruxelles, 9 décembre 2015, COM (2015) 626 final, aux pp 7-10. Voir aussi Thomas Dreier, « Thoughts on revising the limitations on copyright under Directive 2001/29 », (2015) 11 *Journal of Intellectual Property Law & Practice* 138.

les revendications tiers-mondistes internationales, qui reposent sur des réalités économiques et sociales pourtant fort différentes de celles que vivent les pays industrialisés, où la dimension humanitaire du droit d'auteur correspond à l'extension d'un discours juridique général déjà bien implanté et très articulé.

Même si le triple test offre un cadre très général aux exceptions et est en soi l'objet de nombreuses discussions, les échanges plus pointus se font cependant surtout lorsqu'il est question d'exceptions précises.

1.2 Les familles d'exceptions

Le droit d'auteur protège l'expression que prend une idée à travers la création littéraire, dramatique, musicale, ou artistique. Les exceptions dont il est assorti relèvent donc forcément de circonstances où les œuvres sont utilisées. Cela signifie que les enjeux dont il peut alors être question sont liés à la communication des idées exprimées grâce à ces œuvres. Nous ne sommes pas ici en présence d'un droit de brevet pouvant faire obstacle à l'accès à des médicaments qui pourraient s'avérer particulièrement utiles à une personne ou à une société tout entière. Les enjeux des exceptions au droit d'auteur n'ont pas cette dimension parfois si grave, parce qu'elles touchent à la vie et à la mort, qui colore les débats sur les exceptions au droit des brevets. Par conséquent, elles ne suscitent pas le même effet mobilisateur dans la population générale que lorsqu'il est question d'accès à des avancées scientifiques qui peuvent avoir un impact direct et relativement immédiat sur la vie des gens. Certes, les milieux directement concernés ne manquent pas, en général, de se manifester lorsque telle ou telle exception au droit d'auteur est en cause. Pas un, cependant, ne peut se prévaloir d'argument massue comme ce fut le cas pour les brevets de médicaments pouvant contribuer à traiter le sida⁴⁵.

Une autre conséquence du caractère plus policé des exceptions au droit d'auteur concerne leur effet. Il est beaucoup plus difficile, voire souvent impossible, de mesurer l'impact d'une exception, tant pour la réclamer que pour la nier, afin d'en déterminer le bien-fondé. Pour reprendre l'exemple des médicaments contre le sida, il est pos-

45. Voir Jerome H. Reichman, « Compulsory Licensing of Patented Pharmaceutical Inventions: Evaluating the Options » et Samjay Kumar Verma, « The Doha Declaration and Access to Medicines by Countries without Manufacturing Capacity » in Carlos M. Correa (dir), *Research Handbook on the Protection of Intellectual Property under WTO Rules – Intellectual Property in the WTO Volume I* (Cheltenham (R-U), Edward Elgar, 2010) aux pp 589 et 623 respectivement.

sible de mener des études pour démontrer le nombre de vies sauvées ou prolongées grâce à l'utilisation de médicaments ; dans le cas du droit d'auteur, comment peut-on réellement mesurer l'effet sur le bien-être d'une société d'une exception de parodie, par exemple, qui permettrait à ceux qui veulent profiter de cette exception de s'adonner à ce type de création plutôt qu'à un autre ? Chaque exception est susceptible de produire des impacts sur des personnes ou des industries différentes. Leur éparpillement dans l'espace, mais aussi dans le temps, en rend l'appréciation nettement plus impressionniste⁴⁶.

Le triple test doit en partie son existence à une volonté de fédérer sous un seul principe les multiples exceptions que contiennent les lois nationales. Jusqu'à son insertion dans la Convention de Berne en 1971, celle-ci comportait un petit nombre d'exceptions qui visent des utilisations définies assez strictement⁴⁷. De nos jours, n'importe quelle loi nationale en contient beaucoup plus. Les exceptions y figurent d'habitude toutes ensemble, sans trop d'effort de systématisation. Il revient surtout à la doctrine de tenter cet exercice en se référant essentiellement aux lois qui lui sont familières. Voilà pourquoi les exceptions – fort nombreuses d'ailleurs – de la loi canadienne telle qu'elle se lit depuis les amendements de 2012 fournissent la matière première du présent exercice. Elles sont classées en cinq grandes familles.

1.2.1 *Le bien-être social*

Ce n'est pas sans raison que le discours humaniste est si souvent invoqué à l'appui de revendications d'exceptions. Bon nombre d'entre elles correspondent à cette préoccupation de manière très directe. Parmi elles, certaines revêtent une dimension institutionnelle plus ou moins prononcée, tandis que d'autres visent davantage une utilisation individuelle qui participe de cet objectif.

Étant donné qu'elles sont maintenant consacrées par une convention internationale particulière, les exceptions en faveur des personnes ayant des déficiences perceptuelles peuvent figurer en premier dans cette catégorie, même si, historiquement, elles sont

46. PricewaterhouseCoopers, *Economic Impact of the Canadian Educational Sector's Fair Dealing Guidelines*, Toronto, juin 2015, en ligne : <http://www.accesscopyright.ca/media/94983/access_copyright_report.pdf>.

47. Convention de Berne, art 10(1) (citations), 10(2) (illustration d'enseignement), 10bis(1) (articles d'actualité économique, politique, ou religieuse), 10bis(2) (reproduction incidente lors de comptes rendus d'actualité).

d'apparition plus récente⁴⁸. Elles s'ajoutent aux exceptions au profit des institutions religieuses, caritatives, et surtout éducatives⁴⁹. En fait, les exceptions en faveur de l'éducation peuvent, de nos jours, s'avérer très nombreuses⁵⁰. D'autres institutions, dont la mission première n'est pas de cette nature mais peut facilement être perçue comme s'en rapprochant, jouissent également de certaines exceptions : les bibliothèques, les musées, et les services d'archives⁵¹. Dans presque tous ces cas, ce sont des institutions qui sont chargées de mettre en œuvre les exceptions en question.

D'autres exceptions contribuent aux objectifs sociaux de ces regroupements, mais plutôt par le biais de comportements plus individuels. On pense ici à des exceptions d'utilisation équitable à des fins d'étude privée ou de recherche qui ajoutent d'autres dimensions à l'objectif d'éducation⁵². Dans un glissement vers des exceptions à caractère plus politique, on pourrait insérer des exceptions d'utilisation équitable à des fins de critique ou de compte rendu⁵³. Viendraient ensuite les exceptions pour communication de nouvelles⁵⁴, les comptes rendus de conférences publiques pour traiter d'actualités ou de revues de presse⁵⁵, et les comptes rendus d'allocutions politiques⁵⁶.

48. *Loi sur le droit d'auteur*, art 32 et 32.01. Au Canada, cette exception dépasse la question du livre pour viser aussi l'écoute d'une œuvre musicale, par exemple. Le Comité permanent sur le droit d'auteur de l'OMPI doit d'ailleurs commander une étude sur les exceptions au bénéfice de personnes souffrant d'handicaps perceptuels autres que celles qui sont à l'origine du Traité de Marrakech : Comité permanent du droit d'auteur et des droits connexes, Trente-et-unième session, Genève, 7-11 décembre 2015, *Résumé présenté par le Président*, document SCCR31/REF/SUMMARY BY CHAIR, 11 décembre 2015, en ligne : <http://www.wipo.int/edocs/mdocs/copyright/fr/sccr_31/sccr31_ref_summary_by_chair.pdf> au §19.

49. *Loi sur le droit d'auteur*, para 32.2(3).

50. En plus de celles du para 32.2(3), on compte aussi les exceptions prévues aux art 29 (utilisation équitable aux fins d'éducation), 29.3-29.9 (reproductions diverses), 30 (préparation de recueils), 30.01-30.04 (autres reproductions diverses), 30.3 et 30.4 (photocopieurs dans les établissements d'enseignement). Sur ce sujet, voir Ysolde Gendreau, « Les exceptions canadiennes en matière d'éducation : éléments de droit international et de droit comparé », (2015) 27:2 *Cahiers de propriété intellectuelle* 669.

51. *Loi sur le droit d'auteur*, art 301-30.5. Sur ce sujet en général, voir Thomas Dreier, « Musées, bibliothèques et archives : de la nécessité d'élargir les exceptions au droit d'auteur », (2012) 43:4 *Propriétés intellectuelles* 185.

52. *Loi sur le droit d'auteur*, art 29. C'est ce qui résulte de la décision de la Cour suprême du Canada dans *Alberta (Ministre de l'Éducation) c Canadian Copyright Licensing Agency (Access Copyright)*, 2012 CSC 37, [2012] 2 RC 345.

53. *Loi sur le droit d'auteur*, art 29.1.

54. *Loi sur le droit d'auteur*, art 29.2.

55. *Loi sur le droit d'auteur*, al 32.2(1)c).

56. *Loi sur le droit d'auteur*, al 32.2(1)e).

On peut aussi inclure dans cette famille d'exceptions toutes celles qui découlent de l'obligation de se conformer à une loi⁵⁷. Les exceptions qui concernent l'utilisation de tout document à l'occasion de procédures judiciaires ou quasi judiciaires et de la préparation de ces démarches représentent un autre type d'interaction avec l'appareil étatique qui peut justifier l'entorse au droit d'auteur⁵⁸.

Qu'elles soient collectives ou individuelles, les exceptions de cette famille incarnent surtout l'amélioration du bien-être public en facilitant l'accès aux connaissances de toutes natures confondues.

1.2.2 La création

Tout en participant au développement des connaissances, la promotion de la création en tant que telle mérite d'être identifiée séparément. Il est clair que, lorsque l'on réutilise une œuvre dans une critique littéraire, on fait soi-même œuvre de création. Cependant, certaines formes de création dérivée mettent davantage l'accent sur l'originalité de l'œuvre dérivée. De ce nombre figurent la parodie, la satire, le pastiche⁵⁹. La toute nouvelle exception visant le contenu non commercial généré par l'utilisateur précise d'ailleurs, parmi ses conditions de validité, qu'une nouvelle œuvre doit être créée⁶⁰. La volonté de promouvoir la création artistique est certainement à l'origine de l'exception qui permet à l'auteur d'une œuvre artistique d'en réutiliser les « moules, moulages, esquisses, plans, modèles ou études » pour faire d'autres œuvres qui s'en distingueraient suffisamment⁶¹. Il s'agit là de la reconnaissance des effets d'une cession ou d'une licence de

57. *Loi sur le droit d'auteur*, art 32.1.

58. Il n'existe pas de disposition précise à ce sujet dans la loi canadienne, mais c'est ce qui résulte de la décision de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *CCH Canadienne Ltée c Barreau du Haut-Canada*, 2004 CSC 13, [2004] 1 RCS 339. L'Australie, autre pays dont le système de droit d'auteur émane du droit britannique, comme le Canada, a cru bon ajouter aux fins d'application de l'utilisation équitable une mention expresse du contexte de préparation de documents pour des fins judiciaires : *Copyright Act 1968*, (Cth), art 43. Voir aussi *Sterling v Sullivan*, (2003) 28 CPR (4th) 90 (SK QB) à la p 99, où la Cour a jugé que « no copyright attaches to » les transcriptions d'interrogatoires préalables qui sont versées au dossier de la cour.

59. *Loi sur le droit d'auteur*, art 29. Le pastiche n'est pas mentionné dans la loi canadienne ; il figure toutefois aux côtés de la parodie et de la caricature dans le texte français : art L. 122-5, 4° *Code de la propriété intellectuelle* et dans le texte britannique : *The Copyright and Rights in Performances (Quotation and Parody) Regulations 2014*, No 2356, art 5 introduisant l'article 30A dans le *Copyright, Designs and Patents Act 1988*, 1988, c 48. Voir aussi, en Australie, *Copyright Act 1968* (Cth), art 41A.

60. *Loi sur le droit d'auteur*, para 29.21(1).

61. *Loi sur le droit d'auteur*, al 32.2(1)a.

droit d'auteur par l'auteur qui fait en sorte qu'un tiers détient alors le droit sur la première œuvre. Cette même situation peut aussi se produire lorsque cette œuvre est créée dans le cadre d'un emploi⁶².

1.2.3 La commodité/technicité

Il est difficile d'attribuer à certaines exceptions des objectifs ou raisons d'être aussi nobles que ceux qui regroupent celles qui ont été identifiées jusqu'ici. Cependant, il faut bien admettre que plusieurs exceptions ne sont reconnues que parce qu'elles facilitent la vie (commerciale) de certaines personnes. Cette commodité peut être fonction de deux raisons qui, d'un point de vue historique, seraient peut-être liées à l'impossibilité de judiciariser certains comportements : soit leur dépistage entre en conflit avec le droit à la vie privée, soit il ne mène qu'à des occurrences qui sont considérées, d'un point de vue individuel, comme n'ayant que des conséquences économiques minimales.

On peut inclure ici la copie privée⁶³, la copie de sauvegarde⁶⁴, la reproduction pour écoute ou visionnement ultérieur⁶⁵, la reproduction temporaire pour processus technologique⁶⁶, l'enregistrement éphémère⁶⁷, et la reproduction incidente⁶⁸. À cette série peuvent être ajoutées les exceptions qui ciblent encore davantage une industrie particulière, celle des logiciels : la copie de sauvegarde propre aux logiciels⁶⁹, la copie pour interopérabilité⁷⁰, la copie pour la recherche sur le chiffrement⁷¹, et la copie pour des contrôles de sécurité⁷².

62. *Loi sur le droit d'auteur*, para 13(3).

63. Il existe deux exceptions de copie privée au Canada : la première, appelée « reproduction à des fins privées » est gratuite, tandis que la seconde, la « copie pour usage privé », est rémunérée et ne concerne que l'univers musical. *Loi sur le droit d'auteur*, art 29.22 et 79-88. Sur la question de la gratuité ou rémunération, voir, *infra*, le texte accompagnant les notes 119-127.

64. *Loi sur le droit d'auteur*, art 29.24.

65. *Loi sur le droit d'auteur*, art 29.23.

66. *Loi sur le droit d'auteur*, art 30.71. L'équivalent européen de cette exception est la seule exception obligatoire imposée par la Directive « Société de l'information » de 2001. Voir *Directive 2001/29/EC du Parlement européen et du Conseil du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information*, JO L 167 du 22 juin 2001, p 10, art 5(1).

67. *Loi sur le droit d'auteur*, art 30.8 et 30.9. Les régimes que créent ces deux dispositions reposent sur la reconnaissance de l'autonomie de ces reproductions en tant qu'activités qui impliquent le droit de reproduction : *Société Radio-Canada c SODRAC 2003 Inc.*, 2015 CSC 57.

68. *Loi sur le droit d'auteur*, art 30.7.

69. *Loi sur le droit d'auteur*, al 30.6b).

70. *Loi sur le droit d'auteur*, al 30.6a) et art 30.61.

71. *Loi sur le droit d'auteur*, art 30.62.

72. *Loi sur le droit d'auteur*, art 30.63.

1.2.4 Les cas hybrides

Faute de mieux, c'est sous cette dénomination plutôt bâtarde que l'on peut classer des exceptions dont l'existence semble répondre à des impératifs multiples. On peut y ranger, en particulier, des exceptions qui allient une dimension pratique indéniable à un lobbying d'industrie évident. Les exceptions pour les logiciels pourraient aisément faire partie de ce groupe⁷³. Idem pour les exceptions au profit des intermédiaires de toutes sortes qui participent aux réseaux de type Internet (statut d'intermédiaire « technique »⁷⁴, mise en mémoire, « caching », etc.)⁷⁵. Les grands discours de liberté d'expression et de droits de l'homme sonnent de plus en plus creux dans ces circonstances⁷⁶, tout comme le recours à ces justifications est factice lorsqu'il concerne les exceptions au profit des foires agricoles⁷⁷, des fanfares militaires⁷⁸, ou, plus récemment, lors de reproductions dans les catalogues de ventes aux enchères⁷⁹. On peut aussi inclure ici les exceptions qui permettent de reproduire sans autorisation des œuvres architecturales et d'autres œuvres artistiques qui se trouvent sur la

73. *Supra*, notes 69 à 72.

74. Le statut de simple intermédiaire qui ne « contrôle » pas les contenus qui circulent sur leurs réseaux permet aux fournisseurs de services en ligne de toutes sortes de se soustraire à une responsabilité que les radiodiffuseurs ou câblo-distributeurs « classiques » doivent accepter quand leurs moyens de communication sont utilisés : *Loi sur le droit d'auteur*, al 2.4(1)b). Voir *SOCAN c Association canadienne des fournisseurs Internet*, 2004 CSC 45, [2004] 2 RCS 427.

75. *Loi sur le droit d'auteur*, art 31.1. Le régime dit « avis et avis » des art 41.25 à 41.27 de la Loi pourrait compter parmi les exceptions en ce sens qu'il exonère de responsabilité les fournisseurs de services réseau et d'outils de repérage qui ne sont obligés qu'à transmettre à des utilisateurs des avis de prétendue violation qui leur sont envoyés par des titulaires de droits. Comparé à d'autres mécanismes visant de tels fournisseurs et indépendamment de leur mérite, par exemple le régime américain de « notice and take down » ou le régime français de la riposte graduée, cette obligation paraît bien faible.

76. On reconnaît de plus en plus que ces discours tournent beaucoup à l'avantage des disséminateurs d'œuvres qui ont les moyens d'influencer le processus législatif : Wendy J. Gordon, « Dissemination Must Serve Authors : How the U.S. Supreme Court Erred », (2013) 10:1 *Review of Economic Research on Copyright* 1, à la p 9 [Gordon] ; Guy Pessach, « Beyond IP – The Cost of Free Informational Capitalism in a Post IP Era » (à paraître) [Pessach].

77. *Loi sur le droit d'auteur*, para 32.2(2).

78. C'est la loi italienne sur le droit d'auteur qui est la plus connue à ce sujet : Loi N° 633 du 22 avril 1941, art 71.

79. *Copyright, Designs and Patents Act 1988*, art 63 ; art L. 122-5d) *Code de la propriété intellectuelle* pour les ventes « judiciaires » aux enchères uniquement. Cette exception figure dans la liste des exceptions autorisées par la Directive « Société de l'information » : voir *Directive 2001/29/EC*, *supra*, n 66, art 5(3)j).

place publique⁸⁰ ; leur emplacement les expose inévitablement à de multiples reprises par des tiers.

Il est certes possible de reconfigurer les exceptions au droit d'auteur selon d'autres caractéristiques. Quel que soit l'exercice, on doit aussi admettre qu'il est difficile de concevoir des catégories parfaitement indépendantes les unes des autres. En plus de celles que l'on peut déjà commodément classer d'« hybrides », certaines exceptions peuvent aisément répondre à plus d'un objectif. L'exception visant le contenu non commercial généré par l'utilisateur, par exemple, favorise un certain type de création, bien sûr, mais s'avère aussi fort commode pour les intermédiaires techniques⁸¹. Il ne faut pas oublier non plus que la portée d'une exception peut varier au fil du temps au gré de son interprétation et, ainsi, faire primer des raisons d'être différentes : quand l'utilisation équitable à des fins de recherche permet d'écouter des extraits de chansons pour décider de l'achat de celles-ci, on est loin de la recherche académique ou scientifique pour faire progresser les connaissances et plus près de l'accommodement technique de certains modèles d'affaires⁸². En outre, le fait d'être considérée comme une forme d'utilisation équitable à des fins de recherche confère une légitimité plus noble à l'activité visée que si cette activité était connue sous une autre appellation et la protège davantage des attaques auxquelles elle pourrait prêter flanc. Qui veut nier l'importance de la recherche ? !

C'est à dessein que deux exceptions n'ont pas été signalées parmi toutes celles qui ont été mentionnées jusqu'ici. La citation figure dans la Convention de Berne depuis l'Acte de Bruxelles de 1948 alors qu'elle ne concernait que les citations d'articles de journaux et de recueils périodiques ; elle vise toutes les œuvres depuis l'Acte de Paris⁸³. Le *fair use* américain a lui aussi vocation à s'appliquer

80. *Loi sur le droit d'auteur*, art 32.2(1)b). En Europe, cette exception est connue sous le nom d'exception « liberté de panorama ». Voir *Vers un cadre moderne et plus européen pour le droit d'auteur*, supra note 44, à la p 9.

81. L'exception prévoit expressément la possibilité « d'autoriser un intermédiaire à [...] diffuser » la nouvelle œuvre créée grâce à l'exception, l'intermédiaire étant défini comme une « [p]ersonne 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 » : *Loi sur le droit d'auteur*, para 29.21(1) et (2).

82. *SOCAN c Bell Canada*, 2012 CSC 36, [2012] 2 RCS 326.

83. *Convention de Berne*, art 10(1). Voir Lionel Bochurberg, *Le droit de citation* (Paris, Masson, 1994). Le titre de l'ouvrage apparaît très emblématique de l'idée que l'on se fait de cette exception qui est perçue ici, sur un autre continent, comme un « droit » des utilisateurs dix ans avant que la Cour suprême du Canada ne consacre cette approche dans l'affaire *CCH Canadienne*, supra note 58. Pour une analyse critique de cette approche, voir Pascale Chapdelaine, « The Ambiguous Nature of Copyright Users' Rights », (2013) 26:1 *Intellectual Property Journal* 1.

à tous les types d'œuvres⁸⁴. Exception d'origine jurisprudentielle, il est, contrairement à la citation, protéiforme et peut faire sortir de l'emprise du droit d'auteur des parodies⁸⁵, des reprographies dans des contextes universitaires – l'éducation étant un de ses objectifs identifiés⁸⁶ –, ainsi que des reproductions privées pour visionnement ultérieur⁸⁷. Sa flexibilité fait oublier que certains objectifs lui sont assignés par le législateur, même si ce n'est qu'à titre d'exemples⁸⁸. Quoique codifié lors de la révision américaine de 1976, son fonctionnement repose sur une vision du rôle de la jurisprudence et des tribunaux dans l'évolution du droit qui est propre aux États-Unis et que l'on ne saurait présupposer ailleurs, même dans les pays de common law⁸⁹. Sa vocation à s'adapter à diverses circonstances le rapproche aussi du triple test des conventions internationales au point où d'aucuns considèrent qu'il lui fait concurrence⁹⁰.

Un autre questionnement en fonction du triple test le distingue encore de l'exception de citation. Quand une loi nationale mentionne la citation comme exception au droit d'auteur, on sait bien qu'il s'agit de la mise en œuvre de l'article 10(1) de la Convention de Berne⁹¹. Quand elle comprend une exception de *fair use*, une loi nationale se conforme-t-elle au triple test⁹² ? Un pays peut-il répondre à une

84. « Notwithstanding the provisions of sections 106 and 106A, the fair use of a copyrighted work, including such use by reproduction in copies or phonorecords or by any other means specified by that section, for purposes such as criticism, comment, news reporting, *teaching* (including multiple copies for classroom use), scholarship, or research, is not an infringement of copyright. In determining whether the use made of a work in any particular case is a fair use, the factors to be considered shall include – [...] ». *Copyright Act*, 17 USC §107 [Les italiques sont nôtres.]

85. *Campbell v Acuff-Rose Music Inc*, 510 US 569 (1994).

86. *Cambridge University Press v Patton*, 769 F.3d 1232 (11th Cir Ga 2014).

87. *Universal City Studios, Inc v Sony Corp of America*, 464 US 417 (1984).

88. *Supra*, note 84.

89. Une conséquence directe de l'affaire *CCH Canadienne*, *supra* note 58, est un net alignement de l'exception canadienne d'utilisation équitable sur l'exception américaine de *fair use* : Michael Geist, « Fairness Found: How Canada Quietly Shifted from Fair Dealing to Fair Use » in Michael Geist (dir), *The Copyright Pentology – How the Supreme Court of Canada Shook the Foundations of Canadian Copyright Law* (Ottawa, Ottawa University Press, 2013) à la p 157. De semblables évolutions dans des pays habitués à l'utilisation équitable sont observées avec circonspection. Voir Emily Hudson, « Implementing Fair Use in Copyright Law: Lessons from Australia », (2013) 25 *Intellectual Property Journal* 201 ; Michael Birnhack, « Judicial Snapshots and Fair Use Theory », (2015) 5 *Queen Mary Journal of Intellectual Property* 264 (à propos de la loi israélienne).

90. Voir Senftleben, *supra* note 16 aux pp 112-113.

91. Art L. 122-5, 3° a) *Code de la propriété intellectuelle*.

92. Le doute a été émis sérieusement par Sam Ricketson, « Étude de l'OMPI sur les limitations et exceptions au droit d'auteur et aux droits connexes dans l'environnement numérique », Genève, OMPI, SCCR/9/7, 5 avril 2003, en ligne : <http://www.wipo.int/edocs/mdocs/copyright/fr/sccr_9/sccr_9_7.pdf> aux pp 75-77.

consigne délibérément générale par une disposition tout aussi souple ? La doctrine a hésité avant d'accepter que le triple test s'adressait non seulement aux législateurs, mais aussi aux tribunaux : une exception particulière peut être identifiée tant par l'un que par l'autre, et ce n'est pas faire fi du triple test que de s'en remettre aux juges pour en définir les contours⁹³. Est-ce un raisonnement valable ou veut-on plutôt à la fois faire l'économie d'une confrontation directe avec le droit américain au sujet d'un des emblèmes de son système de droit d'auteur et mettre un terme à des velléités illusives de dresser une liste définitive des exceptions acceptables⁹⁴ ? Une chose est certaine : on ne saurait figer dans le temps les exceptions à un droit dont les aspects affirmatifs ne cessent d'évoluer :

The question, however, is finally a political one... [it] is very difficult from a theoretical point of view to draw a convincing line between exclusive rights, remuneration rights and free uses being or not understood as rights of users ; the question must be fought out in the political arena.⁹⁵

L'identification des exceptions au droit d'auteur demeurera toujours un exercice difficile, que ce soit dans un droit national ou dans un instrument international. Les droits sont formulés selon des activités plus ou moins techniques – reproduction, représentation, traduction, etc. – ou commerciales – distribution, location, prêt –, alors que les exceptions font surtout appel à des contextes d'utilisation. Il

-
93. Voir Paul Goldstein et P. Bernt Hugenholtz, *International Copyright: Principles, Law, and Practice*, 3^e éd (Oxford, Oxford University Press, 2013) à la p 377 ; Jorgen Blomqvist, *Primer on International Copyright and Related Rights* (Cheltenham (R-U), Edward Elgar, 2014) à la p 184. Les auteurs sont cependant prudents en ce qui concerne l'adoption d'une exception large par des pays qui n'auraient pas l'historique jurisprudentiel des États-Unis en la matière. Voir aussi Sheldon W. Halpern et Phillip Johnson, *Harmonising Copyright Law and Dealing with Dissonance* (Cheltenham (R-U), Edward Elgar, 2014) aux pp 148-159.
94. L'existence d'une liste d'exceptions, comme celle qui se trouve dans la Directive « Société de l'information » entraîne automatiquement le débat sur son caractère obligatoire ou facultatif. Alors que seule une exception est actuellement obligatoire en Europe, des voix se font entendre pour exiger qu'un plus grand nombre d'exceptions le soient : Résolution du Parlement européen du 9 juillet 2015, *supra* note 42, au §38. Pour un exercice d'identification d'exceptions de nos jours, voir *The Wittem Project – European Copyright Code*, avril 2010, en ligne : < www.copyrightcode.eu>.
95. Adolf Dietz, « Private Study and Research; Disabilities; Education; Libraries and Archives » in Libby Baulch, Michael Green et Mary Wyburn (dir), *Les Frontières du droit d'auteur – Ses limites et exceptions*, Journées d'étude de l'ALAI, septembre 1998 (Sydney, Australian Copyright Council, 1999) 95, à la p 96. Voir aussi Bertrand Warusfel, « La propriété intellectuelle comme politique publique » dans Christophe Geiger et Caroline Rodà (dir), *Le droit de la propriété intellectuelle dans un monde globalisé – Mélanges en l'honneur du professeur Joanna Schmidt-Szalewski*, (Strasbourg, LexisNexis, 2014) à la p 391.

n'est pas étonnant alors que la transposition de la décision politique que représente une exception, dans un texte de loi ou une décision judiciaire, requière une technicité qui produise des résultats en-deçà des attentes des uns et des autres, car il n'y a pas que le contexte dans lequel le droit d'auteur devient exclu qui doit être correctement délimité : les exceptions viennent avec des modalités qui, elles aussi, contribuent à les définir.

2. LE RÉGIME DES EXCEPTIONS

Le discours sur les exceptions ne se limite pas à déterminer les contextes dans lesquels elles sont appelées à jouer. De plus en plus, certains aspects de leur fonctionnement – qui en fait ont toujours existé, mais en sourdine –, en font partie intégrante. La hauteur que doit conserver le droit international pour maintenir un consensus a, jusqu'à maintenant, empêché les textes internationaux de trop s'immiscer dans les détails de leur mise en œuvre par les législateurs nationaux. Cependant, on ne peut nier l'influence de ces considérations dans les cercles internationaux et la place grandissante qu'elles s'y taillent. S'interroger quant à la légitimité d'une exception dans tel ou tel contexte signifie aussi réfléchir à son caractère obligatoire et à son impact pécuniaire. C'est à travers les choix que représentent les prises de position sur ces questions que se révèle plus nettement la confrontation entre les parties intéressées à ce processus.

2.1 Le caractère obligatoire des exceptions

La question de savoir jusqu'à quel point les exceptions prévues par les textes internationaux s'imposent aux législateurs nationaux correspond à une interrogation classique en droit d'auteur. D'ailleurs, le langage diplomatique de la Convention de Berne et des autres instruments internationaux octroie différentes marges de manœuvre aux États membres lorsque leur vient le temps de mettre en œuvre leurs obligations quant aux exceptions⁹⁶.

Le triple test sous toutes ses formes n'oblige pas les pays membres à prévoir des exceptions. La Convention de Berne indique

96. Il est bon de rappeler que certains énoncés de droits comportent en eux-mêmes leurs propres limites : le droit de représentation publique implique nécessairement que les représentations privées ne sont pas visées, par exemple. La distinction public/privé ne fait pas partie du droit de reproduction, ce qui pourrait éventuellement mener à des raisonnements particuliers lors de l'analyse de certaines exceptions. On pense surtout ici à l'exception de « copie privée » qui laisse entendre qu'existeraient des copies « publiques ».

seulement qu' « [e]st réservée aux législations des pays de l'Union la faculté de permettre la reproduction desdites œuvres... »⁹⁷. La formulation de l'ADPIC est plus succincte : « Les Membres restreindront les limitations des droits exclusifs ou exceptions à ces droits à certains cas spéciaux... »⁹⁸. Le Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur établit une distinction entre les exceptions s'attachant aux nouveaux droits reconnus par le Traité et celles qui relèvent de la mise en œuvre de la Convention de Berne, convention dont les règles de fond sont « intégrées » au Traité de l'OMPI⁹⁹. Dans le premier cas, il pose que « [l]es Parties contractantes peuvent prévoir, dans leur législation, d'assortir de limitations ou d'exceptions les droits conférés aux auteurs d'œuvres littéraires et artistiques en vertu du présent traité dans certains cas spéciaux... »¹⁰⁰ ; dans le second, il indique que « [e]n appliquant la Convention de Berne, les Parties contractantes doivent restreindre toutes limitations ou exceptions dont elles assortissent les droits prévus dans ladite convention à certains cas spéciaux... »¹⁰¹. Le Traité de l'OMPI sur les interprétations et exécutions et sur les phonogrammes emprunte un style de rédaction similaire¹⁰². Paradoxalement, seul l'ADPIC présume l'existence d'exceptions dans les lois nationales, ce que même les traités OMPI, pourtant subséquents, ne font pas. Aucun indice n'est fourni quant à la quantité totale d'exceptions découlant de la mise en œuvre du test qui peut être envisagée.

Les autres exceptions que prévoit la Convention de Berne sont nettement plus circonscrites, mais l'obligation de les inscrire dans les lois nationales varie. Seule l'exception de citation serait obligatoire, quoique l'on pourrait lire le texte de manière à comprendre qu'il prend plutôt acte d'un fait accompli : « [s]ont licites les citations tirées d'une œuvre déjà rendue licitement accessible au public, à condition... »¹⁰³. Dans les autres cas, les textes brodent autour de la formule « [e]st réservée aux législations des pays de l'Union la faculté de permettre... »¹⁰⁴. Rares sont les pays qui ne prévoient pas au moins toutes les exceptions nommément identifiées par la Convention de

97. Convention de Berne, art 9(2).

98. ADPIC, art 13.

99. Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur, art 1.

100. Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur, art 10(1).

101. Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur, art 10(2).

102. Traité de l'OMPI sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes, art 16.

103. Convention de Berne, art 10(1).

104. Convention de Berne, art 9(2) et 10bis(1) et (2). Il y a aussi « [e]st réservé l'effet de la législation des pays de l'Union... » (art 10(2)) ou encore « [i]l appartient aux législations des pays de l'Union de régler les conditions d'exercice... » (art 11bis(2)). Sur cette dernière formulation, voir le texte *infra* accompagnant les notes 119 à 127.

Berne, si bien que la question de la nature obligatoire des exceptions se pose surtout de nos jours pour savoir si des personnes, physiques ou morales, peuvent déroger aux exceptions et ainsi évoluer dans un régime de droit d'auteur plus protecteur des droits que ne l'énonce la loi.

La rencontre du droit d'auteur avec la liberté contractuelle soulève de nombreuses questions qui suscitent de plus en plus d'attention¹⁰⁵ du fait de la combinaison de deux facteurs qui, en eux-mêmes, créent leurs propres controverses en droit des contrats : les contrats d'adhésion et les contrats en ligne. Ensemble, ces deux phénomènes attaquent de plein front le concept de consentement libre et éclairé qui est supposé être un des fondements de la liberté contractuelle. Quand une personne clique sur le bouton « j'accepte », supposé confirmer son acceptation des conditions – écrites en tout petits caractères sur plusieurs « pages » qui auraient été lues – pour accéder au programme ou au site Internet souhaité, il est difficile de croire qu'il s'agit là de la conclusion d'un contrat auquel les *deux* parties ont librement consenti¹⁰⁶. Il est très facile pour la partie en position dominante d'imposer dans ces circonstances des modalités qui iraient à l'encontre de l'une ou l'autre des exceptions prévues par la loi applicable à la transaction. Que la situation ne se présente qu'une fois ou à répétition – et les occasions qui mettent en cause des œuvres protégées par le droit d'auteur sont multiples –, c'est l'équilibre tant recherché par les législateurs entre les droits et les exceptions savamment dosées qui se trouve ébranlé¹⁰⁷. Si une telle méthode se répand dans un secteur donné au point d'en devenir la norme, autant dire qu'il est inutile de chercher à établir un consensus applicable à tous lors de l'élaboration législative d'une exception.

Les techniques contractuelles traditionnelles ne sont pas les seules à mettre à mal les exceptions au droit d'auteur : les mesures techniques de protection constituent de nos jours un nouveau moyen

105. L'ouvrage de référence en la matière est celui de Lucie Guibault, *Copyright Limitations and Contracts – An Analysis of the Contractual Overridability of Limitations on Copyright* (Alphen aan den Rijn (NL), Kluwer Law International, 2002).

106. *Ebay Canada Ltd c Mofo Moko*, 2013 QCCA 1912. Voir Nicolas Vermeys, *Droit codifié et nouvelles technologies : Le Code civil* (Montréal, Yvon Blais, 2015) aux pp 108-114 ; Vincent Gautrais, « Les contrats de cyberconsommation sont presque tous illégaux ! », (2004) 106 *Revue du notariat* 617.

107. Pour une analyse de modifications récentes à la loi britannique à ce sujet, voir Adrian Arronson-Storrier, « Copyright exceptions and contract in the UK : the impact of recent amendments », (2016) 6 *Queen Mary Journal of Intellectual Property* 111.

d'empêcher des tiers d'utiliser les œuvres comme bon leur semble¹⁰⁸. Un dispositif qui bloque l'accès à une traduction protégée (par le droit d'auteur) d'un texte de Molière empêche le public de prendre connaissance de l'œuvre de Molière, que ce soit pour son propre plaisir ou pour faire une autre traduction, par exemple. Un autre dispositif qui interdit toutes ou plus qu'un certain nombre de reproductions peut aller à l'encontre d'exceptions pour copie privée ou copie de sauvegarde ou encore du simple usage qui permet à un utilisateur de « prêter » sa copie à un autre. Toutes ces mesures techniques ont relancé avec encore plus d'acuité le débat sur le caractère obligatoire des exceptions et la lente montée de la privatisation (au sens de *private ordering*) du droit d'auteur¹⁰⁹ qui vient contredire (ou compléter ?) le recours croissant au droit pénal pour mettre en œuvre le droit d'auteur¹¹⁰.

Quelles réactions ces développements ont-ils suscitées outre de nombreux débats doctrinaux ? Le principe général voulant que l'on ne puisse déroger à l'ensemble des exceptions au droit d'auteur ne s'est pas imposé. Un pas dans cette direction a toutefois été amorcé dans la directive dite « Société de l'information » de 2001 dans l'Union européenne où une seule exception parmi toutes celles qui ont été identifiées est à caractère obligatoire¹¹¹. Il n'en fallait pas davantage pour que la résolution du Parlement européen du 9 juillet 2014 « demande à la Commission d'étudier l'application de normes minimales aux exceptions et limitations »¹¹² et « souligne que l'application efficace des exceptions ou limitations ainsi que l'accès aux contenus qui ne font pas l'objet de la protection du droit d'auteur ou des droits voisins ne devraient pas être annulés par contrat ou par des clauses contractuelles »¹¹³. Par ailleurs, l'existence d'un traité entièrement consacré à la mise en œuvre d'exceptions à des fins particulières,

108. Sur cette question en général, voir Séverine Dusollier, *Droit d'auteur et protection des œuvres dans l'univers numérique – Droits et exceptions à la lumière des dispositifs de verrouillage des œuvres*, 2^e éd (Bruxelles, Larcier, 2007).

109. Voir Lucas, *supra* note 11, aux pp 88-91 ; Niva Elkin-Koren, « A Public-Regarding Approach to Contracting over Copyrights » dans Rochelle Cooper Dreyfuss, Diane Leenheer Zimmerman et Harry First (dir), *Expanding the Boundaries of Intellectual Property* (Oxford, Oxford University Press, 2001) à la p 192 ; Charles McManis, « The Privatization (or « Shrink-Wrapping ») of American Copyright Law », (1999) 86 *California Law Review* 173.

110. Voir les nombreux textes dans Christophe Geiger (dir), *Criminal Enforcement of Intellectual Property – A Handbook of Contemporary Research* (Cheltenham (R-U), Edward Elgar, 2012).

111. *Directive 2001/29/EC*, *supra* note 66 art 5(1).

112. Résolution du Parlement européen, *supra* note 42 §38.

113. *Ibid.*, §61. La question de l'impact des pratiques contractuelles qui annulent l'effet d'exceptions prévues par la loi ne semble pas avoir retenu l'attention de la Commission dans sa Communication de décembre 2015 : voir *Vers un cadre moderne et plus européen pour le droit d'auteur*, *supra* note 44.

le Traité de Marrakech, devrait bel et bien signifier que les parties contractantes s'engagent à ce que les exceptions nationales qui en découlent ne soient pas minées par des pratiques contractuelles.

En ce qui a trait aux mesures techniques de protection, les réactions n'ont pas autant tardé à se manifester. Certes, les traités OMPI n'abordent pas la question de leur rapport avec les exceptions¹¹⁴. La Directive « Société de l'information » de 2001, qui met en œuvre ces traités, prévoit cependant l'obligation de maintenir le jeu de la plupart des exceptions lorsque de telles mesures sont utilisées¹¹⁵. Le Traité de Marrakech de 2013 serait ainsi le premier traité international dans le domaine à prévoir de manière concomitante des exceptions et l'interdiction de les neutraliser par des moyens techniques de protection¹¹⁶. Même s'il ne s'agit que de deux exemples, on serait porté à croire qu'ils amorcent une tendance dans le développement du droit d'auteur. De plus, les rapports entre exceptions et mesures techniques ne se limitent pas à leur interaction lors de l'utilisation d'œuvres : d'aucuns considèrent que la disponibilité de mesures techniques de protection restreint la possibilité d'identifier des limitations et exceptions relatives au droit d'auteur dans l'environnement numérique¹¹⁷. Il n'est certes pas exclu que les réflexions sur les conséquences des mesures techniques de protection par rapport aux exceptions alimentent celles relatives à l'interaction des contrats avec les exceptions.

Le débat sur le caractère obligatoire des exceptions au droit d'auteur glisse facilement vers celui du caractère obligatoire du droit d'auteur lui-même avec toutes ses composantes¹¹⁸. Cela explique peut-être pourquoi il est plus difficile de prendre position sur une question plus ancienne, celle des contrats, que sur une toute nouvelle

114. Les ouvrages consacrés à ces traités abordent plutôt la question en présentant les solutions nationales ou européennes. Voir, par exemple, Mihaly J. Ficsor, *The Law of Copyright and the Internet – The 1996 WIPO Treaties, their Interpretation and Implementation* (Oxford, Oxford University Press, 2002) aux pp 556-563, §C11.23 – C11.31.

115. *Directive 2001/29/EC*, *supra* note 66 art 6(4).

116. Traité de Marrakech, art 7.

117. Comité permanent du droit d'auteur et des droits connexes, Trente-et-unième session, Genève, 7-11 décembre 2015, *Proposition pour un examen du droit d'auteur dans l'environnement numérique (Document présenté par le Groupe des pays d'Amérique latine et des Caraïbes)*, document SCCR/31/4, 1^{er} décembre 2015 à la p 10.

118. Une approche originale consiste à considérer que les traités internationaux de propriété intellectuelle pourraient établir des niveaux maximaux de protection – plutôt que des niveaux minimaux : Annette Kur et Henning Grosse Ruse-Khan, « Enough is Enough – The Notion of Binding Ceilings in International Intellectual Property Protection » dans Annette Kur (dir), *Intellectual Property Rights in a Fair World Trade System* (Cheltenham (R-U), Edward Elgar, 2011) à la p 359.

composante comme les mesures techniques de protection, où l'on n'est pas autant alourdi par les mêmes acquis théoriques et pratiques. Dans les deux cas, cependant, un autre élément entre en ligne de compte pour moduler davantage le fonctionnement des exceptions : leur rôle dans le système de rémunération que procure le droit d'auteur.

2.2 Le caractère pécuniaire des exceptions

Pour le non-initié, une exception au droit d'auteur représente une occasion de ne pas donner prise à ce droit dans une circonstance donnée ; pour qui s'y connaît, cependant, une exception est plutôt une entorse au caractère exclusif du droit d'auteur. La distinction est importante parce qu'elle signifie qu'une exception peut soit être gratuite soit entraîner une rémunération que l'on qualifie souvent d'« équitable ». Ainsi, il ne suffit pas d'envisager si une exception doit ou non exister : on doit aussi déterminer si elle sera ou non assortie d'une rémunération. Puisqu'il faut alors concevoir les modalités de cette rémunération, il est clair que les options se multiplient lors de la prise de décision.

Outre le triple test, sur lequel nous reviendrons plus loin, le libellé des différentes exceptions dans la Convention de Berne et le Traité de Marrakech envoie aux législateurs nationaux le signal qui autorise la rémunération, le cas échéant. Ces signaux ne sont pas toujours exprimés de la même manière. La formulation la plus explicite est celle qui autorise les pays membres à imposer des conditions lors de la création d'exceptions comme, par exemple, dans l'article 10*bis*(2) de la Convention de Berne :

Il est également réservé aux législations des pays de l'Union de régler les conditions dans lesquelles, à l'occasion de comptes rendus des événements d'actualité par le moyen de la photographie ou de la cinématographie, ou par voie de radiodiffusion ou de transmission par fil au public, les œuvres littéraires ou artistiques vues ou entendues au cours de l'événement peuvent, dans la mesure justifiée par le but d'information à atteindre, être reproduites et rendues accessibles au public.

Cette faculté d'imposer des conditions pour valider une exception rappelle très clairement le langage utilisé pour permettre la modulation de certains droits, comme ceux qui sont prévus à l'article 11*bis* :

Il appartient aux législations des pays de l'Union de régler les conditions d'exercice des droits visés par l'alinéa 1) ci-dessus,

mais ces conditions n'auront qu'un effet strictement limité au pays qui les aurait établies. Elles ne pourront en aucun cas porter atteinte au droit moral de l'auteur, ni au droit qui appartient à l'auteur d'obtenir une rémunération équitable fixée, à défaut d'accord amiable, par l'autorité compétente.

S'instaure ainsi une confusion quant à la nature de l'exercice. Les mécanismes de rémunération qui sont mis sur pied dans ces deux types de circonstances portent, à peu de choses près, le même nom : licence obligatoire, licence légale, licence « statutaire », etc. Dans les deux cas, les titulaires de droits perçoivent une rémunération que l'on considère inférieure à celle qui aurait pu être négociée si le titulaire exerçait son droit exclusif hors du contexte d'exception. Ce mélange des genres va tellement de soi que, par exemple, le régime auquel est soumis au Canada le « droit de retransmission », qui relève de l'article 11*bis*(2) de la Convention de Berne, est décrit dans la partie de la loi canadienne consacrée aux exceptions¹¹⁹. Ainsi, pour les utilisateurs tant privés que commerciaux, la réalité de la transaction « d'exception » ne diffère pas grandement du fonctionnement des droits exclusifs, surtout quand, de surcroît, elle passe par la gestion collective.

D'autres exceptions prévues par la Convention de Berne font une référence plus voilée à la possibilité d'une rémunération. La conformité aux « bons usages » qui est alors imposée est considérée comme un rappel de la deuxième condition du triple test qui exige que l'on « ne porte pas atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre ». Cette technique, qu'illustre l'article 10, est nettement plus vague que la mention de conditions comme celles qui existent pour certains droits et dans le triple test lui-même :

Chaque pays de l'Union peut, pour ce qui le concerne, établir des réserves et conditions relatives au droit exclusif de l'auteur d'une œuvre musicale et de l'auteur des paroles, dont l'enregistrement avec l'œuvre musicale a déjà été autorisé par ce dernier, d'autoriser l'enregistrement sonore de ladite œuvre musicale, avec, le cas échéant, les paroles ; mais toutes réserves et conditions de cette nature n'auront qu'un effet strictement limité au pays qui les aurait établies et ne pourront en aucun cas porter atteinte au droit qui appartient à l'auteur d'obtenir une rémunération équitable fixée, à défaut d'accord amiable, par l'autorité compétente.¹²⁰

119. *Loi sur le droit d'auteur*, art 31.

120. Convention de Berne, art 13(1).

Dans une ère post-ADPIC et post-traités OMPI, toutefois, l'interprétation des exceptions de la Convention de Berne doit tenir compte du test en question. Cela signifierait que la monétisation de l'exception doit être envisagée si elle permet de rendre l'exception acceptable.

Prenons l'exemple de l'exception pour copie privée¹²¹. N'étant pas nommément identifiée dans la Convention de Berne, on peut considérer qu'elle ressortit du triple test de l'article 9(2) en l'occurrence. Vingt et un des vingt-huit pays de l'Union européenne connaissent cette exception en lui associant un mécanisme de rémunération. Jusqu'à tout récemment, le Royaume-Uni n'avait pas de telle exception. La mise en œuvre de la directive « Société de l'information » a provoqué une réflexion nationale sur le sujet, car l'article 5(2)b de la directive inclut l'exception de copie privée parmi celles que les législateurs nationaux peuvent inclure dans leurs droits. Cependant, une décision en faveur d'une telle inclusion doit comprendre une rémunération équitable. Les amendements de 2014 au *Copyright, Designs and Patents Act 1988* ont introduit l'exception en question ; mais, à la suite de différents rapports et études, aucun mécanisme de compensation ne l'accompagnait¹²². Fortes du texte de la directive, trois associations britanniques se sont tournées vers les tribunaux pour contester la validité de l'exception et, sur ce point, ont eu gain de cause en première instance : la Cour considère que l'exception doit comprendre un mécanisme de compensation monétaire pour être légale¹²³. Il est certain que, dans le cas du Royaume-Uni, la décision d'inclure ou non une compensation monétaire dans l'exception de copie privée est plus directement dictée par la directive européenne¹²⁴ que par le triple test (qui a toutefois lui-même influencé la position

121. Sur cette question, voir Jorg Reinbothe, « Private Copy Levies » dans Stamatoudi, *supra* note 39 à la p 299 ; Karim More, *Les dérogations au droit d'auteur – L'exception de copie privée* (Rennes, Presses universitaires de Rennes, 2009).

122. *The Copyright and Rights in Performance (Personal Copies for Private Use) Regulations 2014* (S I 2014/2361), introduisant l'article 28B au *Copyright, Designs and Patents Act 1988*. Voir Paul L.C. Torremans, « L'exception de copie privée au Royaume-Uni » dans André Lucas, Pierre Sirinelli et Alexandra Bensamoun (dir), *Les exceptions au droit d'auteur – État des lieux et perspectives dans l'Union européenne* (Paris, Dalloz, 2012) à la p 95 ; Karina Grisse et Stefan Koroch, « The British private copying exception and its compatibility with the Information Society Directive », (2015) 10:7 *Journal of Intellectual Property Law & Practice* 562. L'exception britannique de copie privée réunit sous un même vocable quelques exceptions qui figurent dans la loi canadienne depuis 2012 : *Loi sur le droit d'auteur*, art 29.22 – 29.24.

123. *British Academy of Songwriters, Composers and Authors v Secretary of State for Business, Innovation and Skills*, [2015] EWHC 1723, §273.

124. *Directive 2001/29/EC*, *supra* note 66, art 5(2)a).

européenne). Cette affaire montre bien à quel point l'idée d'exception rémunérée ne fait pas l'unanimité.

L'idée d'une exception de copie privée qui soit associée à une rémunération équitable remonte à la loi allemande de 1965. Cinquante ans plus tard, on constate que non seulement elle n'est pas devenue universelle, mais elle ne s'est pas non plus imposée dans l'Union européenne, un ensemble de pays qui, toutes proportions gardées, partagent des références économiques et culturelles¹²⁵. Le triple test de la Convention de Berne qui, par le jeu surtout de l'ADPIC, a vocation à s'appliquer à l'ensemble des exceptions, date de 1971. Devoir envisager, à chaque fois qu'il est question d'une exception, si celle-ci doit être gratuite ou rémunérée n'est pas encore en passe de devenir un exercice qui mène à des solutions uniformes pour tous les pays membres de l'OMC. La position intermédiaire que prennent les exceptions rémunérées – souvent appelées « droits à rémunération » – entre les droits exclusifs et les exceptions gratuites peine à s'affirmer comme option légitime dans l'ordonnement du droit d'auteur. Il s'agirait ici « d'un droit de créance *sui generis* d'origine légale dont la raison d'être est de compenser la privation du droit exclusif opérée par l'introduction de « l'exception » »¹²⁶. La décision quant à l'opportunité d'une telle modalité risque de devenir encore plus difficile si les exceptions sont pensées indépendamment des droits. Certes, le Traité de Marrakech mentionne « qu'[e]st réservée à la législation nationale la faculté de déterminer si les limitations et exceptions prévues [par le Traité] font l'objet d'une rémunération »¹²⁷ ; mais la multiplication d'une telle prescription, sans réflexion simultanée sur les relations avec les droits et avec les autres exceptions, paraît dangereuse pour la cohérence globale du droit d'auteur.

La décision d'assortir ou non une exception d'une rémunération semble surtout être prise en fonction des bénéficiaires de l'exception. Il peut s'agir de groupes très ciblés, comme par exemple les personnes souffrant de déficiences perceptuelles, ou du public en général. Connaît-on aussi bien ceux qui doivent se résigner à ce que leurs droits exclusifs soient soumis aux exceptions ?

125. Voir Ysolde Gendreau, « Le régime allemand de copie privée comme modèle structurant du droit d'auteur » (à paraître).

126. Agnès Lucas-Schloetter, « Les éditeurs peuvent-ils percevoir la rémunération pour copie privée ? », (2015) 243 *Revue internationale du droit d'auteur* 3 à la p 27, §16.

127. Traité de Marrakech, art 4(5).

2.3 Les « victimes » des exceptions

Une exception peut être rédigée sans nommer les personnes dont les droits sont amputés. À titre d'exemple, la plupart des exceptions de la loi canadienne sur le droit d'auteur utilisent la tournure « ne constitue pas une violation du droit d'auteur » pour identifier les circonstances de l'exception en cause¹²⁸. Il n'en est pas toujours ainsi, et les textes internationaux témoignent d'une ambiguïté dont les ramifications peuvent s'avérer plus troublantes qu'il n'y paraît. Le triple test sera la référence de base pour les fins de la démonstration.

L'appellation des personnes qui doivent accepter de renoncer à leur droit exclusif a évolué au fil des ans. Dans le triple test initial, c'est-à-dire celui de la Convention de Berne, il est question du « préjudice injustifié aux intérêts légitimes de l'auteur » [nos italiques]¹²⁹. Lors de son extension à l'ensemble des exceptions par l'ADPIC, la référence est devenue au détenteur du droit¹³⁰. Le triple test du Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur, deux ans plus tard, revient à la mention de l'auteur¹³¹, phénomène qui peut s'expliquer par le fait qu'il est construit sur les bases de la Convention de Berne que l'OMPI administre, tandis que l'ADPIC relève de l'OMC. Il est donc surprenant de réaliser que le Traité de Marrakech, lui aussi à l'instigation de l'OMPI, fasse référence au titulaire du droit d'auteur¹³², sauf lorsqu'il renvoie aux triples tests déclinés dans la Convention de Berne et le Traité OMPI¹³³.

La valse-hésitation entre l'auteur et le titulaire du droit n'est pas anodine. Certes, la Convention de Berne prévoit, depuis l'Acte

128. *Loi sur le droit d'auteur*, art 29.21 – 29.5, para 30.01(3) et 30.01(5), art 30.02, 30.04 – 30.21, 30.5 – 31 et 32 – 32.2. L'autre formule la plus courante énonce que certaines activités ne « constituent pas des violations du droit d'auteur » : art 29 – 29.2, 29.6 – 29.7 et 30. Dans une troisième catégorie figurent les dispositions où les bénéficiaires des exceptions sont identifiés : art 30.3 et 30.4 (établissements d'enseignement, bibliothèques, musées, et services d'archives) et art 31.1 (services réseau).

129. Convention de Berne, art 9(2).

130. ADPIC, art 13.

131. Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur, art 10. Dans l'autre traité OMPI, faute d'un terme générique pour les titulaires de droits voisins, les deux catégories d'ayants droit sont identifiées séparément : Traité de l'OMPI sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes, art 16.

132. Traité de Marrakech, art 4(2)a) et 5(2)a). Il est intéressant de comparer le fait que le préambule reconnaît à la fois « le rôle important joué par les titulaires des droits s'agissant de rendre leurs œuvres accessibles aux déficients visuels et aux personnes... » et « la nécessité de maintenir un équilibre entre la protection effective des droits des auteurs et l'intérêt public général... » [Les italiques sont nôtres.]

133. Traité de Marrakech, art 11.

de Bruxelles, que la protection qu'elle confère « s'exerce au profit de l'auteur et des ayants droit »¹³⁴. Quand le droit d'auteur dure au-delà de la vie de l'auteur, il va de soi que ses héritiers exercent le droit en son nom. Qu'en est-il, toutefois, des ayants droit à titre contractuel ou dont le statut provient des règles des sociétés de gestion qui gèrent les exceptions rémunérées ? Si elle se pose plus nettement dans le cas des exceptions rémunérées, la question soulève des préoccupations peut-être encore plus fondamentales quant à l'effet recherché par la création ou la reconnaissance même d'une exception.

La Cour de justice de l'Union européenne a rendu, en novembre 2015, un arrêt fort instructif à cet égard. Un des enjeux portait sur la question de savoir si les éditeurs peuvent toucher une partie de la rémunération pour copie privée qui est prévue dans la loi belge sur le droit d'auteur. Celle-ci octroie aux éditeurs la moitié de la rémunération dans le cas des œuvres littéraires, graphiques et plastiques¹³⁵. Pourtant, les éditeurs ne détiennent aucun droit à titre initial de par la loi. Une question préjudicielle a été posée à la Cour de justice de l'Union européenne par la Cour d'appel de Bruxelles. Les conclusions de l'avocat général de la Cour ont été rendues publiques en juin 2015¹³⁶ et ont été reprises par la Cour de Justice :

L'article 5, paragraphe 2, sous a), de la directive 2001/29 et l'article 5, paragraphe 2, sous b), de celle-ci s'opposent à une législation nationale, telle que celle en cause au principal, qui autorise l'État membre à attribuer une partie de la compensation équitable revenant aux titulaires de droits aux éditeurs des œuvres créées par les auteurs, sans obligation pour ces éditeurs de faire bénéficier, même indirectement, ces auteurs de la partie de la compensation dont ils sont privés.¹³⁷

Pendant ce temps, les tribunaux allemands ont également été saisis d'une affaire semblable où, toutefois, ce sont les règles de la

134. Convention de Berne, art 2(6).

135. Loi du 30 juin 1994 relative au droit d'auteur et aux droits voisins, art 59 : « Les auteurs et les éditeurs d'œuvres fixées sur un support graphique ont droit à une rémunération en raison de la reproduction de celles-ci... » [Les italiques sont nôtres.]

136. Affaire C-572/13, *Hewlett-Packard Belgium SPRL v Reprobel SCRL*, Conclusions de l'avocat général Pedro Cruz Villalón, 11 juin 2015 au §149, en ligne : <<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=164949&doclang=FR>>. L'avocat général reconnaît toutefois qu'une telle rémunération peut être instituée par la loi pour autant qu'elle ne nuise pas à celle des auteurs.

137. Affaire C-572/13, *Hewlett-Packard Belgium SPRL v Reprobel SCRL*, CJUE, 4^e ch, 12 novembre 2015, en ligne : <<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=171384&pageIndex=0&doclang=FR&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=695767>> au §89.

société d'auteurs en cause qui allouent une partie de la rémunération aux éditeurs. Les procédures ont été suspendues en attente de la décision de la Cour de Justice de l'Union européenne et il reste donc à voir dans quelle mesure celle-ci sera transposée en droit allemand¹³⁸.

La participation des éditeurs à la rémunération pour copie privée a quelque chose de surprenant. Pourquoi devraient-ils toucher une compensation pour une exception quand la loi ne leur reconnaît aucun droit à titre initial ? Les éditeurs peuvent certes être des titulaires de droits à la suite des contrats passés avec les auteurs ; cette titularité dérivée est pleinement admise. Cependant, les partages de redevances dont il est question dans ces affaires laissent supposer que les auteurs et les éditeurs touchent leurs rémunérations indépendamment des relations contractuelles qui les lient. Il faut peut-être remonter à la toute première version de la Convention de Berne pour trouver une piste de solution. L'article 3 du texte de 1886 portait que :

Les stipulations de la présente Convention s'appliquent également aux éditeurs d'œuvres littéraires ou artistiques publiées dans un des pays de l'Union, et dont l'auteur appartient à un pays qui n'en fait pas partie.

Ainsi, dans des circonstances bien définies, soit lorsqu'une œuvre d'un auteur non unioniste était publiée par un éditeur unioniste, c'est l'éditeur qui détenait les droits dans l'Union. Puisque les États-Unis n'étaient pas membre de l'Union à l'époque, c'est donc l'éditeur londonien d'un auteur américain, par exemple, qui exerçait les droits sur l'œuvre dans l'Union. Même si elle a été remplacée en 1896 par l'Acte additionnel de Paris qui reconnaît la protection de la Convention aux *auteurs* non unionistes d'œuvres publiées dans un pays de l'Union¹³⁹, l'existence de cette règle démontre à quel point les éditeurs étaient parties prenantes à l'origine de la Convention. D'ailleurs, il ne faut pas oublier que l'acronyme de la SACEM, la première société de gestion collective pour les œuvres musicales, signifie « Société des auteurs, compositeurs et *éditeurs* de musique ». Fondée en 1851, l'intégration des éditeurs à son fonctionnement devait sembler très naturelle à l'époque. Le congrès international de la Société des gens de lettres en 1878, une des premières activités qui ont mené à la Convention de Berne en 1886, réunissait des auteurs *et* des éditeurs. Bref, ces quelques indices permettent de croire à une participation active des éditeurs à la formation du droit d'auteur international sur la base de méthodes d'affaires bien établies. On peut seulement

138. *Vogel v VG Wort*, Az : 6 U 2492/12, OLG München du 22 octobre 2013, [2014] GRUR 272. Le dossier en Cour suprême porte le numéro Az. I ZR 198/13.

139. Convention de Berne, art 3(1)b).

supputer que la disparition, en 1896, de l'extension des effets de la Convention de Berne aux éditeurs ne s'est pas répercutée sur les structures des sociétés de gestion et sur les pratiques contractuelles qui, toutes deux, ont contribué à influencer les développements du droit d'auteur.

À moins d'un revirement surprenant, on peut s'attendre à une confrontation fondamentale entre les auteurs et les éditeurs dans un proche avenir. L'enjeu ne portera pas uniquement sur la rémunération que les éditeurs perçoivent dans le cadre des exceptions rémunérées ou de l'exercice des droits à travers des sociétés de gestion. Il devrait plutôt être question de la véritable raison pour laquelle les exceptions sont souhaitées, une raison qui, selon nous, est liée à la dissonance entre le monopole que confère le droit d'auteur et sa monétisation.

Pour simplifier l'explication, prenons l'exemple classique d'un auteur de nouvelles qui cède tous ses droits à l'éditeur pour l'impression, la traduction et la distribution des livres qui en résultent sur tout support. Disons que l'auteur touche 10 % du prix de vente en échange de ce transfert de monopole de droit à l'éditeur. C'est dorénavant cet éditeur qui décide de la commercialisation du recueil de nouvelles et non l'auteur. Si l'on souhaite maintenant reproduire certaines nouvelles, voire seulement une, dans un ouvrage à des fins éducatives ou sur le site d'un cours, l'auteur devra accepter, selon l'une ou l'autre des exceptions canadiennes en matière d'éducation, une dérogation à son droit pour la reproduction et la distribution de son œuvre dans ce contexte. Pourtant, que représentent les 10 % (ou même moins) d'une redevance sur la vente de ces exemplaires ? Constituent-ils vraiment une entrave à l'accès aux textes au point de justifier une exception ? Ces nouvelles reproductions d'œuvres ne nécessitent-elles pas aussi des débours versés par des personnes, les éditeurs de l'ouvrage didactique, qui voudront tout autant couvrir leurs frais et réaliser leurs propres profits ? L'institution qui permet la mise en ligne de documentations pour ses étudiants n'engage-t-elle pas avec un certain bonheur des frais non négligeables pour l'opération de son réseau informatique ? Une obligation de verser une rémunération pour le contenu qui y circule change-t-elle la donne à ce point ?

Que se passe-t-il ici ? Dans les deux cas, des éditeurs commercialisent des livres. Cependant, le premier éditeur doit verser des redevances à l'auteur, mais pas le second. Le débat se joue officiellement sur l'obstacle que constituerait la redevance à l'auteur, grossie en une barrière insoutenable à l'accès à l'œuvre, alors que le véritable objectif est plutôt de forcer l'éditeur original, qui détient les droits à

la suite du contrat initial avec l'auteur, à céder des droits à un prix acceptable pour un objectif socialement louable. Il est certain que, face à des éditeurs papier traditionnels récalcitrants, une exception potentiellement gratuite dans ces circonstances devient une perspective beaucoup plus alléchante pour les éditeurs des versions adaptées et les fournisseurs (ici institutionnels) de contenus qu'une exception rémunérée.

C'est à la lumière d'un tel exemple que l'on saisit mieux l'importance du changement de vocable pour désigner la personne dont les « intérêts légitimes » subissent « un préjudice injustifié » dans le triple test. Dans la Convention de Berne et les traités OMPI, ce sont les auteurs qui doivent faire valoir leurs intérêts, tandis que la tâche incombe aux détenteurs ou titulaires de droits dans l'ADPIC. Cette distinction n'est pas négligeable, car le renvoi aux titulaires de droits non seulement élimine le plus souvent les auteurs, mais fait correspondre l'image du droit d'auteur à des intérêts corporatistes qui ont rarement – pour ne pas dire « jamais » – bonne presse. Dans les flots des débats publics, la confusion auteur/titulaire se perd à travers les divers plaidoyers pour les exceptions. Les intérêts des auteurs doivent alors s'affirmer face à des utilisateurs de plus en plus organisés et, situation plus délicate, face à des partenaires de distribution qui ne sont pas toujours des alliés. Ces partenaires de diffusion, que sont les titulaires de droits qui doivent leur statut juridique aux contrats avec les auteurs originaires, deviennent ceux qui détiennent véritablement le monopole d'exploitation. S'instaure alors une dissonance entre celui que désigne le texte de loi, l'auteur, et celui dont le monopole effectif indispose et qui est surtout visé par les utilisateurs, le titulaire « dérivé ». Le monopole qui est en fait visé par les revendications d'exceptions est surtout celui du diffuseur, c'est-à-dire le monopole du droit exclusif qui permet de refuser toute utilisation de l'œuvre, et non celui qui se résume à une part congrue de la rémunération. Dans un débat qui campe le monopole du droit d'auteur – qu'il soit de tradition « droit d'auteur » ou « copyright » – face à des exceptions ou des « droits des utilisateurs »¹⁴⁰, il serait peut-être temps de reconnaître que, derrière l'unicité du terme « droit

140. L'équation des exceptions au droit d'auteur à des droits des utilisateurs a été consacrée par la Cour suprême du Canada dans *CCH Canadienne*, *supra* note 58. Voir Abraham Drassinower, « Taking User Rights Seriously » dans Michael Geist (dir), *In the Public Interest – The Future of Canadian Copyright Law* (Toronto, Irwin Law, 2005) à la p 462. Pour une analyse qui pousse les conséquences de cette qualification plus loin, voir Guy Pessach, « Towards a New Jurisprudence of Copyright Exceptions », (2015) 55 *IDEA* 287.

d'auteur », une dualité mal représentée d'intérêts souvent fort divergents brouille les enjeux¹⁴¹.

L'exemple des exceptions à des fins éducatives retenu ici ne sert que de modèle pour appréhender d'autres cas de figure. Les situations d'aujourd'hui sont probablement plus difficiles à évaluer à cause de la facilité – et de l'ampleur – des reproductions et des communications qu'offrent les moyens techniques et électroniques, moyens qui donnent davantage aux bénéficiaires de l'exception l'apparence de la gratuité du geste. Ainsi, il y a toute une différence entre une exception qui permet « d'utiliser [...] des œuvres littéraires et artistiques à titre d'illustration de l'enseignement par le moyen de publications, d'émissions de radiodiffusion ou d'enregistrements sonores ou visuels » [nos italiques] – la première exception ciblée en matière d'éducation par la Convention de Berne – et une pratique de reprographie de masse ou de diffusion en ligne dans le contexte contemporain d'éducation. Dans ces derniers cas, il y a aussi des intervenants dans le relais des œuvres, des intermédiaires techniques, qui tirent un bénéfice financier de l'opération, bénéfice qui n'est pas de même nature que celui qui est associé à la création de la parodie d'une œuvre, par exemple.

CONCLUSION

Vit-on encore à une époque où la distinction entre les systèmes de droit d'auteur et ceux de copyright vaut toujours ? La différence terminologique entre le triple test de l'ADPIC, accord dont la négociation a été fortement influencée par les États-Unis, et celui de la Convention de Berne, historiquement plus sensible à l'univers du droit d'auteur, pourrait le laisser croire¹⁴².

Cependant, l'ADPIC exige que « [l]es Membres se conform[ent] aux articles premier à 21 de la Convention de Berne (1971) et à l'Annexe de ladite Convention »¹⁴³. En principe, donc, cela ne devrait pas être le cas en ce qui a trait aux exceptions. On peut toutefois s'attendre à ce que la prise en compte des intérêts des auteurs dans la formulation des exceptions soit un processus plus long dans les

141. Sur le contrôle qu'exercent les titulaires de droits qui ne sont pas les auteurs originaires, voir Niva Elkin-Koren, « It's All About Control: Rethinking Copyright in the New Information Landscape » dans Niva Elkin-Koren et Neil W. Netanel (dir), *The Commodification of Information*, (Alphen aan den Rijn (NL), Kluwer Law International, 2002) à la p 79 ; Gordon, *supra* note 76.

142. La distinction entre les deux traditions serait d'ailleurs en train d'évoluer. Voir Alain Strowel, « Droit d'auteur et copyright. Convergences des droits, régulation différente des contrats » dans Carine Bernault et al (dir), *Mélanges en l'honneur du professeur André Lucas* (Paris, LexisNexis, 2014) à la p 699.

143. ADPIC, art 9(1).

pays de copyright, où les règles de titularité initiale allouent plus facilement le droit d'auteur à un tiers¹⁴⁴, que dans les pays de droit d'auteur. À ce sujet, les développements du droit britannique sont à suivre à cause du rôle de la jurisprudence et de la législation de l'Union européenne.

Cette évolution imminente devrait aussi pousser à une réflexion approfondie sur le statut des éditeurs et autres ayants droit commerciaux qui sont appelés à exercer tout ou partie du monopole appartenant à l'origine à l'auteur. Contrairement aux producteurs de phonogrammes, les éditeurs évoluent généralement dans l'univers du droit d'auteur sur la seule base d'un droit dérivé par contrat et n'ont pas de droit fondé sur leur propre contribution – pourtant réelle¹⁴⁵ – à la production de l'objet de commerce protégé¹⁴⁶. Un droit voisin qui leur soit propre contribuerait à mieux définir les enjeux lors de la création d'exceptions... et pour la structuration générale du droit d'auteur. Ne nous trouvons-nous pas, quelque trois cents ans plus tard, dans une situation semblable à celle qui avait cours à l'époque de la loi de la Reine Anne ? Si l'on peut dire aujourd'hui que :

With the Statute of Anne there is clear evidence of an attempt to upset certain anti-competitive conventions and practices within the book trade, just as there is evidence of an attempt to recognise and empower the author as a significant figure in the production of « useful books »¹⁴⁷ [...]

il est aisé de remplacer le « book trade » de l'époque par les ayants droit « à titre dérivé par contrat » et les diffuseurs de toute nature qui opèrent actuellement. Un observateur des événements contemporains serait aussi fondé à croire que l'action combinée d'une bonne partie de la jurisprudence et des travaux législatifs tourne souvent à l'avantage de ces diffuseurs qui ne cherchent à rémunérer les créateurs d'œuvres que le moins souvent possible¹⁴⁸. Encore une fois, le rappel suivant de la situation de 1710 se transpose facilement :

Regardless of this rhetorical posturing on the part of the book-sellers, it is important to keep in mind that the 1710 Act was,

144. *Loi sur le droit d'auteur*, para 13(3) ; *Copyright Act*, 17 USC §101 et 201b).

145. Voir Adam Mossoff, « How Copyright Drives Innovation: A Case Study of Scholarly Publishing in the Digital World », [2015] *Michigan State Law Review* 955.

146. La loi britannique comporte toutefois un droit sur « the typographical arrangements of published editions » qui pourrait constituer le germe d'un tel droit : *Copyright, Designs and Patents Act 1988*, art 1(1)c).

147. Ronan Deazley, « What's new about the Statute of Anne? or Six Observations in search of an act » dans Bently, *supra* note 1, p 26 à la p 45 [Deazley].

148. Voir Pessach, *supra* note 76.

first and foremost, lobbied for and secured by the book trade in the pursuit of its own interest.¹⁴⁹

L'avantage, de nos jours, vient de ce que les multiples réflexions savantes qui alimentent les débats devraient conduire à une meilleure clarification des enjeux à départager, dans la recherche d'un droit d'auteur respectueux des intérêts de tous, qu'il n'était possible à l'époque de la Reine Anne. La légitimité du droit ne s'en porterait que mieux.

149. Voir Deazley, *supra* note 147 à la p 47.