

## L'OMPI : transposition en droit canadien des traités Internet de 1996

Frédéric-Alexandre Yao\*

RÉSUMÉ .....	193
INTRODUCTION .....	193
1. PRÉSENTATION GLOBALE DE L'OMPI .....	196
2. TRANSPOSITION EN DROIT CANADIEN DES PRINCIPAUX CONCEPTS DES TRAITÉS INTERNET DE L'OMPI .....	199
2.1 Des organes internes de gestion. ....	199
2.1.1 De l'Office de la propriété intellectuelle du Canada. ....	199
2.1.2 Des sociétés de gestion collective. ....	200
2.2 De la réforme de la <i>Loi sur le droit d'auteur</i> .....	201
2.2.1 De l'historique législatif de la réforme de la <i>Loi sur le droit d'auteur</i> .....	202

---

© Frédéric-Alexandre Yao, 2014.

\* Étudiant en 3<sup>e</sup> année au baccalauréat en droit à la Faculté de droit de l'Université Laval. Lauréat du *Prix 2013 des Cahiers de propriété intellectuelle*. La première version de ce texte a été réalisée lors de la session d'hiver 2013 dans le cadre du cours *DRT-2302 Droit d'auteur* donné au baccalauréat en droit à la Faculté de droit de l'Université Laval par le professeur Georges Azzaria.

L'auteur désire remercier le professeur Georges Azzaria pour ses commentaires à la suite de sa correction du manuscrit original et pour ses encouragements à la publication, les membres du jury du Prix des Cahiers de propriété intellectuelle qui par leurs commentaires ont grandement aidé à approfondir certains aspects de l'article, ainsi que Émilie Gauvin pour sa patience et son appui.

2.2.2	Des principaux concepts des Traités de 1996 de l'OMPI transposés en droit canadien . . . . .	204
2.2.3	Des principales exceptions . . . . .	206
2.2.4	Des principales critiques . . . . .	212
	CONCLUSION . . . . .	221

## RÉSUMÉ

L'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI) administre plusieurs traités, dont le *Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur* (TODA) et le *Traité de l'OMPI sur les interprétations et les exécutions et les phonogrammes* (TOIEP). Ces traités ont pour but de faire passer la protection de la propriété intellectuelle à l'ère numérique. Ce texte porte sur la transposition en droit canadien des principaux concepts codifiés par ces traités. L'analyse de cette transposition se fait par l'examen des organes internes de gestion (Office de la propriété intellectuelle du Canada et sociétés de gestion collective) et par celui de la réforme de la *Loi sur le droit d'auteur*, examens précédés d'une présentation globale de l'OMPI.

## INTRODUCTION

La protection de la propriété intellectuelle n'est pas aussi ancienne que celle de la propriété des biens physiques. En effet, si dès l'Antiquité le concept de propriété est reconnu et accepté sous une certaine forme<sup>1</sup>, l'artiste n'est pas un créateur et son œuvre n'est pas une création : la chose qui est relatée ou exprimée par les mots est une vérité préexistante à cette expression et le poète n'est que l'instrument de cette vérité<sup>2</sup>. Il n'y a pas d'auteur réel. Cette conception traversera les siècles<sup>3</sup>. Ce n'est qu'en 1474 qu'apparaît la première forme de protection juridique d'une œuvre, au sens moderne du

- 
1. Mireille BUYDENS, *Propriété intellectuelle – Évolution historique et philosophique*, 1<sup>ère</sup> éd., (Bruxelles, Bruylant-Larcier, 2012) (ci-après BUYDENS), p. 37 ; Sylvio NORMAND, *Introduction au droit des biens*, 1<sup>ère</sup> éd. (Montréal, Wilson & Lafleur, 2000), p. 77.
  2. BUYDENS, précité, note 1, p. 21.
  3. *Ibid.*, p. 88 et s. Néanmoins, il y aura, dès la Grèce antique, un début de reconnaissance du droit de l'auteur, non pas en sa qualité de créateur, mais plutôt en celle d'instrument « unique », et il sera rémunéré (André COMPAGNON, « Qu'est-ce qu'un auteur », Chapitre 4. Généalogie de l'autorité ; <[www.fabula.org/compagnon/auteur4.php](http://www.fabula.org/compagnon/auteur4.php)> cité par BUYDENS précité, note 1, p. 33 ; BUYDENS précité, note 1, p. 32 et 33). Cette unicité du créateur-instrument sera aussi reconnue sous Cicéron à l'époque romaine (BUYDENS, précité, note 1, p. 46 et 47). Martial ira plus loin dans son *Épigramme* en comparant le copieur à un *plagiarius*, c'est-à-dire à un voleur d'enfant : l'auteur est père de son œuvre pour Martial (Épigramme, I, LII, rapporté par BUYDENS, précité, note 1, p. 47).

terme, à savoir le *privilège vénitien* instauré par la *Parte Veneziana*<sup>4</sup>. Il s'agit d'un monopole accordé à un inventeur par le souverain afin d'inciter des créateurs à servir la collectivité par des *inventiones utiles*<sup>5</sup>. L'apparition des premiers privilèges en Italie repose sur une combinaison de la transformation de la pensée philosophique<sup>6</sup>, de la diffusion, de l'impression des œuvres et de l'émergence d'un public bourgeois capable de lire<sup>7</sup>. « [M]oyen souple et efficace permettant au Roi de récompenser, favoriser ou sanctionner »<sup>8</sup>, ce système servait surtout à permettre un contrôle régalien sur l'édition et à assurer une certaine censure<sup>9</sup>. Les privilèges seront incorporés près d'un siècle plus tard ailleurs en Europe, notamment en Angleterre<sup>10</sup>. Dans ce royaume, l'accent est davantage mis sur l'effort de l'inventeur que sur l'utilité de l'invention pour la société<sup>11</sup>. Critiqués parce qu'ils entravent le libre-échange, les privilèges seront à l'origine du célèbre *Statute of Anne*, statut qui édicte que le monopole doit être limité dans le temps et qui reconnaît (implicitement) que l'auteur est le premier titulaire de droits sur son œuvre<sup>12</sup>. Cette législation fut contestée par les détenteurs de monopoles et, en raison de l'influence grandissante de la philosophie lockéenne, l'apport de l'auteur et les droits que celui-ci a sur son œuvre finiront par être au centre des débats<sup>13</sup>. Depuis la Révolution française, plusieurs traités internationaux ont consacré un droit de propriété sur l'œuvre à son auteur. Ces traités accordent de plus en plus de protection à cette « titularité » puisque le droit d'un

4. BUYDENS, précité, note 1, p. 220.

5. *Ibid.*, p. 220 et 221. Dans les faits, les privilèges littéraires sont majoritairement accordés à des éditeurs plutôt qu'aux auteurs eux-mêmes (BUYDENS, précité, note 1, p. 224 et 227 ; Normand TAMARO, *Le Droit d'auteur – Fondements et principes* (Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 1994), p. 15 et 16).

6. Soit la révolution nominaliste – le particulier devient le centre du monde ; la légitimation du travail manuel ; l'évolution des théories de la propriété (BUYDENS, précité, note 1, p. 217 et 218).

7. BUYDENS, précité, note 1, p. 216-218.

8. *Ibid.*, p. 123.

9. *Ibid.*, p. 253 ; TAMARO, précité, note 5, p. 14 et 15.

10. Le premier privilège accordé en Angleterre le fut en 1565 sous Élisabeth I au profit de Jacob Ancontius. Le système de privilèges sera aussi implanté en France et aux Pays-Bas, à la même époque, souvent à la demande d'immigrants italiens, *importateurs* de nouvelles technologies et non *inventeurs* de celles-ci (BUYDENS, précité, note 1, p. 228 et 243).

11. BUYDENS, précité, note 1, p. 228.

12. *An Act for the Encouragement of Learning, by Vesting the Copies of Printed Books in the Authors or Purchasers of such Copies, During the Times therein Mentioned*, 1710, 8 Anne, c. 19 ; BUYDENS, précité, note 1, p. 230. Il y a reconnaissance de la titularité première de l'auteur dans cette législation puisque, après l'expiration du privilège accordé à quiconque pour l'édition d'un ouvrage, ce droit d'édition revient à l'auteur (BUYDENS, précité, note 1, p. 263).

13. BUYDENS, précité, note 1, p. 264.

auteur sur son œuvre est « [l]a plus sacrée, la plus légitime, la plus inattaquable, et [...] la plus personnelle de toutes les propriétés »<sup>14</sup>.

Aujourd'hui, à l'ère numérique, la protection effective de la « titularité » est de plus en plus difficile. En effet, la diffusion de l'information et des œuvres ne peut plus être contrôlée comme elle l'était à l'époque des privilèges : la diffusion de masse de notre siècle n'a rien à voir avec la diffusion de masse du XVI<sup>e</sup> siècle. Des milliards de données sont diffusées d'un ordinateur à un autre à chaque heure. Ces données peuvent être numérisées sous la forme d'un livre, d'une peinture ou d'une photographie. De nouvelles méthodes de protection et de nouvelles catégories d'œuvres protégeables, notamment, doivent donc être créées. Afin que les droits d'auteur soient réellement protégés, la protection doit être la plus uniforme et mondiale possible : elle ne doit pas être laissée aux aléas des décisions politiques locales<sup>15</sup>.

Depuis 1967, l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI) a comme mandat de veiller, dans la mesure de ses pouvoirs, à ce que la protection garantie aux œuvres soit la même partout sur le globe. En effet, cette institution administre 25 traités relatifs à la propriété intellectuelle. L'OMPI est composée de différents organes. Il y a premièrement l'Assemblée générale qui regroupe les États parties à la Convention de l'OMPI qui sont aussi membres de l'Union de Paris ou de l'Union de Berne<sup>16</sup>. En tant qu'organe cœur de l'Organisation, l'Assemblée générale possède de très larges pouvoirs de gestion et d'administration et elle s'acquitte de la quasi-totalité des tâches<sup>17</sup>. Deuxièmement, il existe la Conférence<sup>18</sup>, soit une assemblée

14. Rapport de M. LE CHAPELIER, *Réimpression de l'ancien Moniteur, seule histoire authentique et inaltérée de la Révolution française depuis la réunion des États-généraux jusqu'au Consulat (mai 1789-novembre 1799)*, t. VII (Paris, Henri Plon, 1860), p. 117, PDF <<http://ia600404.us.archive.org/17/items/rimpressiondel07pariuoft/rimpressiondel07pariuoft.pdf>> (consulté le 10 octobre 2013).

15. Stelios CASTANOS et Dusan SIDJANSKI, *Droit d'auteur ou copyright – Les rapports entre les différents systèmes en vigueur* (Lausanne, Librairie de l'Université, 1954), p. 5.

16. *Convention instituant l'Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle*, Stockholm, 14 juillet 1967 (ci-après *Convention de Stockholm*), al. 6(1)a).

17. *Ibid.*, par. 6(2).

18. Il est à noter que cet organe est en voie d'être dissous. En date du 15 janvier 2013, 15 États ont déposé leur notification d'acceptation aux *Modifications à apporter aux Traités administrés par l'OMPI adoptés par les Assemblées des États membres de l'OMPI le 1<sup>er</sup> octobre 2003*. Lorsque 135 notifications auront été reçues, la Conférence sera officiellement dissoute et ses membres intégrés à l'Assemblée générale, indépendamment du fait qu'ils soient parties aux Unions. De plus, les pouvoirs de la Conférence seront transmis à l'Assemblée générale. Voir O.M.P.I., *Actualité concernant la réforme statutaire, 42<sup>e</sup> série de réunions de l'Assemblée des États membres de l'OMPI*, Genève, 25 septembre – 3 octobre 2006, en ligne : <<http://>

consultative composée d'États membres de l'Organisation et d'États non membres faisant des recommandations sur les politiques à adopter par l'Assemblée générale<sup>19</sup>. Troisièmement, le Comité de coordination assure la coordination entre l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle et les différentes unions relatives à la propriété intellectuelle afin que la protection offerte aux titulaires de droits soit la plus uniforme possible<sup>20</sup>. Quatrièmement, l'organe final de l'OMPI est le Bureau international. Il tient lieu de secrétariat et il est dirigé par un directeur général et des vice-directeurs généraux. Le Bureau a pour objectif de concevoir de nouveaux projets de programme et d'exécuter les projets en cours afin de développer la coopération internationale entre les États membres<sup>21</sup>. Plus haut fonctionnaire de l'OMPI, le directeur général est nommé pour au moins six ans<sup>22</sup>.

Tel qu'évoqué précédemment, l'OMPI, par ces différents organes, administre plus de 25 traités relatifs à la propriété intellectuelle. Deux des plus éminents sont le *Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur* (TODA) et le *Traité de l'OMPI sur les interprétations et les exécutions et les phonogrammes* (TOIEP), aussi appelés « les Traités Internet de l'OMPI ». Ils ont été adoptés en 1996 par l'OMPI à Genève<sup>23</sup>. Ces traités revêtent une importance considérable puisqu'ils ont vu le jour afin d'assurer une protection aux œuvres et aux auteurs à l'époque de l'Internet. Preuve de leur importance, le législateur canadien a modifié la *Loi sur le droit d'auteur* afin d'assurer la transposition en droit canadien des principaux concepts des Traités Internet de 1996 de l'OMPI. Avant d'aborder comment cette transposition a été effectuée, il importe de faire une présentation globale de l'OMPI.

## 1. PRÉSENTATION GLOBALE DE L'OMPI

La genèse de l'OMPI remonte au XIX<sup>e</sup> siècle. En effet, le refus d'inventeurs de participer aux expositions universelles dans les années 1870, par crainte de voir leurs idées plagiées à travers le

---

[www.wipo.int/edocs/mdocs/govbody/fr/a\\_42/a\\_42\\_4.pdf](http://www.wipo.int/edocs/mdocs/govbody/fr/a_42/a_42_4.pdf) (consulté le 2 septembre 2013).

19. *Convention de Stockholm*, al. 7(1)a) et par. 7(2).

20. *Ibid.*, al. 8(3)i).

21. *Ibid.*, par. 9(1), 9(2) et 9(5).

22. *Ibid.*, par. 9(3) et 9(4)a).

23. *Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur*, Genève, 20 décembre 1996 (ci-après TODA) ; *Traité de l'OMPI sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes*, Genève, 20 décembre 1996, (ci-après TOIEP).

monde, amena les États à constater la pertinence de l'instauration d'une organisation mondiale de gestion de la propriété intellectuelle<sup>24</sup>.

En 1878, la Commission Internationale Permanente, instituée par le Congrès de la propriété intellectuelle, élabore la « Convention pour la protection de la propriété industrielle » mieux connue sous le nom d'« Union de Paris »<sup>25</sup>. Cette Union entre en vigueur en 1884 et elle vise à protéger les inventions industrielles par l'entremise de titres de propriété<sup>26</sup>. Brevets d'invention, dessins industriels, marques et modèles sont alors créés<sup>27</sup>. Deux ans après l'entrée en vigueur de cette Union, pour protéger plus spécifiquement les droits d'auteur, est instaurée l'« Union pour la protection des œuvres littéraires et artistiques » aussi appelée l'« Union de Berne »<sup>28</sup>. La protection offerte par cette seconde union vise notamment les romans, les pièces de théâtre, l'opéra et les peintures<sup>29</sup>. Ces Unions sont générales et leurs membres négocient entre eux des ententes autonomes et connexes portant sur certains domaines précis de la propriété industrielle et du droit d'auteur. Par exemple, l'Arrangement de Madrid<sup>30</sup> est signé en 1891 et il vise à faciliter l'enregistrement international d'une marque de commerce et à permettre sa protection à l'intérieur de chacun des pays parties au traité.

- 
24. Joseph EKEDI-SAMNIK, *L'organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI)* (Bruxelles, Emile Bruylant, 1975), p. 30 et 32. Le droit à ce que les œuvres des artistes soient protégées, indépendamment du pays d'origine de ces derniers, soit, en d'autres termes, la volonté d'unifier et d'harmoniser le droit relatif à la propriété intellectuelle, a été adopté sans débat par la Commission Internationale Permanente (CONGRÈS INTERNATIONAL DE LA PROPRIÉTÉ ARTISTIQUE, *Congrès international de la propriété artistique. Tenu à Paris, pendant l'Exposition universelle en 1878. Compte-rendu analytique des séances. Résolutions votées par le Congrès*, Paris, E. Gauche, 1878, « Séance de congrès du samedi 21 septembre 1878, à 2 heures », questions II n° 1 et n° 2, question III n° 1 et n° 2, p. 40 et 42), en ligne : <<http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k56529046/>> (consulté le 10 octobre 2013).
  25. *Convention de Paris pour la protection de la propriété intellectuelle*, Paris, 20 mars 1883, art. 1 ; EKEDI-SAMNIK, précité, note 24, p. 31.
  26. Jean-François CARON, « Droit d'auteur : l'interminable enfer », (2008) 132 *Lettres québécoises : La revue de l'actualité littéraire* 13, en ligne : <<http://www.erudit.org/culture/lq1076302/lq1201292/37052ac.pdf>> (consulté le 2 septembre 2013) ; Serge LAPOINTE, « L'histoire des brevets », (2000) 12:3 *Cahiers de propriété intellectuelle* 633, 650.
  27. *Ibid.* ; EKEDI-SAMNIK, précité, note 24, p. 35.
  28. *Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques*, Berne, 9 septembre 1886 (ci-après *Convention de Berne*), art. 1 ; EKEDI-SAMNIK, précité, note 24, p. 47 et 48.
  29. *Convention de Berne*, art. 2.
  30. *Arrangement de Madrid concernant la répression des indications de provenance fausses ou fallacieuses sur les produits*, Madrid, 14 avril 1891.

La supervision des Unions de Paris et de Berne est confiée à la Conférence suisse, conférence contrôlée par le gouvernement helvétique, et un Bureau international spécial est mis sur pied afin d'organiser et d'exécuter les tâches administratives<sup>31</sup>. Le 1<sup>er</sup> janvier 1893, la Conférence suisse, ainsi que le Bureau international, fusionnent et deviennent les « Bureaux internationaux réunis pour la protection intellectuelle » (BIRPI)<sup>32</sup>.

La Conférence des Droits intellectuels, tenue en Suède en juillet 1967, marque la naissance véritable de l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle par la signature de la Convention de Stockholm<sup>33</sup>. Successeur des BIRPI, l'OMPI est une organisation mieux structurée et, surtout, pourvue d'organes permanents et indépendants<sup>34</sup>. Elle a pour objectif la promotion de la protection de la propriété intellectuelle à travers le monde par le biais de la collaboration entre les États membres et entre les différentes organisations internationales<sup>35</sup>. Les Unions de Paris et de Berne ne sont toutefois pas devenues lettres mortes avec la création de l'OMPI. En effet, le but recherché par la création de cette organisation est plutôt la modernisation et l'amélioration de l'efficacité de l'administration de ces Unions et de leurs ententes connexes, tout en garantissant leur autonomie<sup>36</sup>. L'OMPI entre en fonction en avril 1970, mais elle ne devient une institution de l'ONU qu'en 1974<sup>37</sup>.

En résumé, l'OMPI est la modernisation et la transformation en institution internationale des différents appendices de l'Union de Paris et de l'Union de Berne.

Dès la fin de la Seconde Guerre mondiale, un modernisme de la gestion du droit d'auteur est apparu nécessaire. En effet, des

- 
31. EKEDI-SAMNIK, précité, note 24, p. 36 ; « Symposium on World Intellectual Property Organization », 1968 *A.B.A. Section of Patent Trademark & Copyright Law Proceedings* 112 (ci-après Symposium), 113 ; WIPO, *Intellectual Property Handbook Policy, Law and Use*, 2<sup>e</sup> éd., Genève, WIPO, 2008, p. 4, par. 1.7 et 1.8.
  32. Jean-Pierre MAURY, « Le système onusien », (2004) 109 *Pouvoirs* 27, 34.
  33. Henri DESBOIS, « La conférence de Stockholm relative aux droits intellectuels », (1967) 13 *Annuaire français de droit international* 7, 8.
  34. *Ibid.*, 7-8 ; EKEDI-SAMNIK, précité, note 24, p. 53, 61 et 70 ; Symposium, 116-117 ; WIPO, *Introduction to Intellectual Property – Theory and Practice*, London, Kluwer Law International, 1997, p. 27, par. 3.3 ; Shu ZHANG, *De l'OMPI au GATT : la protection internationale des droits de la propriété intellectuelle* (Paris, Litec, 1994), p. 55 et 56.
  35. *Convention de Stockholm*, s.-al. 3i) ; S. ZHANG, précité, note 34, p. 63.
  36. *Convention de Stockholm*, s.-al. 3ii) ; DESBOIS, précité, notes 33, p. 37 ; EKEDI-SAMNIK, précité, note 24, p. 69 et 178 ; Symposium, 116.
  37. MAURY, précité, note 32, p. 37.

difficultés de gestion et de mise en œuvre ont été rencontrées, notamment en raison du nombre important de traités auxquels les États étaient parties et de « l'absence d'organes adéquats au sein desquels les États membres pouvaient discuter de la politique, exprimer leurs désirs et leurs besoins dans le domaine de la propriété intellectuelle et organiser les moyens par lesquels ces désirs et besoins pourraient être satisfaits »<sup>38</sup>. L'OMPI a donc été créée pour permettre aux États d'élaborer des normes relatives à la propriété intellectuelle d'application universelle.

## **2. TRANSPOSITION EN DROIT CANADIEN DES PRINCIPAUX CONCEPTS DES TRAITÉS INTERNET DE L'OMPI**

### **2.1 Des organes internes de gestion**

Pour assurer la mise en œuvre en droit national des différents traités de l'OMPI, dont ceux de 1996, et ainsi protéger efficacement la propriété intellectuelle et le droit d'auteur, les États membres de l'OMPI ont mis sur pied des organes internes de gestion.

#### ***2.1.1 De l'Office de la propriété intellectuelle du Canada***

Premièrement, la création d'organismes faisant partie intégrale de l'appareil gouvernemental semble être la forme de gestion de la propriété intellectuelle préconisée par l'OMPI<sup>39</sup>. Ces organismes sont des bureaux ou des offices dirigés par un commissaire, un directeur général ou un registraire<sup>40</sup>. Au Canada, le ministère de l'Industrie a compétence en matière de droit d'auteur<sup>41</sup> et il est responsable du Bureau du droit d'auteur, par le truchement des articles 46 et 47 de la *Loi sur le droit d'auteur*<sup>42</sup> et des articles 3 et 4 de la *Loi sur les brevets*<sup>43</sup>. Il existe aussi au pays le Bureau des brevets et le Bureau des marques de commerce qui sont également sous la responsabilité du ministère de l'Industrie<sup>44</sup>. Afin de faciliter la gérance des différents bureaux relatifs à la propriété intellectuelle, le ministère a créé

38. EKEDI-SAMNIK, précité, note 24, p. 53.

39. WIPO, précité, note 34, p. 491, par. 29.1 et 29.2 ; ZHANG, précité, note 34, p. 67.

40. WIPO, précité, note 34, p. 492, par. 29.1 et p. 493, par. 29.12.

41. *Loi sur le ministère de l'Industrie*, L.C. 1995, ch. 1, par. 2 (2) et al. 4 (1)h.

42. *Loi sur le droit d'auteur*, L.R.C. (1985), ch. C-42 (ci-après LDA).

43. *Loi sur les brevets*, L.R.C. (1985), ch. P-4.

44. *Ibid.*, art. 3 et 4 ; *Loi sur les marques de commerce*, L.R.C. (1985), ch. T-13, art. 62 ; *Loi sur le ministère de l'Industrie*, al. 4(1)h.

l'Office de la propriété intellectuelle du Canada<sup>45</sup>. Cet Office chapeaute les différents bureaux, ce qui, selon l'OMPI, permet une gestion efficiente de la propriété intellectuelle<sup>46</sup>. L'Office est un organisme de service spécial et le Conseil du Trésor rémunère son personnel<sup>47</sup>. Cette dépendance financière n'a pas d'impact sur l'efficacité et le rôle que joue l'Office puisque, ce qui importe réellement, c'est qu'il soit judiciairement autonome<sup>48</sup>.

L'OMPI souhaite que chacun des États membres soit doté d'organismes homologues « in order to make procedures relating to the grant of industrial property rights more efficient and economical » et ainsi unifier les différents régimes de protection<sup>49</sup>. Ce souhait était celui du Canada, avant même la signature des traités de 1996, puisque l'un des objectifs principaux de l'ALÉNA, signé en 1994, est d'« offrir [...] une protection efficace et suffisante des droits de propriété intellectuelle »<sup>50</sup>. Selon l'OMPI, dans la protection offerte par les traités qu'elle administre, un but financier et un but moral sont recherchés par les auteurs. En effet, le titulaire d'un droit d'auteur, d'un brevet ou d'un autre droit connexe est stimulé parce qu'il gagne de l'argent et aussi parce qu'il a la reconnaissance, maintenant et *a posteriori* « that something unusual, something springing from the creator's intellect, has been achieved »<sup>51</sup>.

### **2.1.2 Des sociétés de gestion collective**

Deuxièmement, pour l'OMPI, l'auteur doit jouer un rôle proactif dans la mise en œuvre des protections qui lui sont offertes par les traités qu'elle administre. En effet, déjà à la veille de la signature des traités de 1996, l'Organisation mettait l'accent sur les bienfaits

45. OFFICE DE LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE DU CANADA, *Vision, missions et valeurs*, en ligne : <[http://www.opic.ic.gc.ca/eic/site/cipointernet-internetopic.nsf/fra/h\\_wr00025.html](http://www.opic.ic.gc.ca/eic/site/cipointernet-internetopic.nsf/fra/h_wr00025.html)> (consulté le 2 septembre 2013).

46. WIPO, précité, note 34, p. 491, par. 29.2.

47. SECRETARIAT DU CONSEIL DU TRÉSOR DU CANADA, *Liste des organismes du gouvernement du Canada inscrits dans l'annexe de la Loi sur la gestion des finances publiques*, en ligne : <<http://www.tbs-sct.gc.ca/gov-gouv/tools-outils/org-fra.asp>> (consulté le 16 octobre 2013).

48. WIPO, précité, note 34, p. 491, par. 29.1 et 29.4, p. 492, par. 29.5 et 29.6.

49. *Ibid.*, p. 505, par. 1.

50. *Accord de libre-échange nord-américain*, Can./Mex./É.-U., [1994] R.T.Can. n° 2, art. 1701(1), en ligne : <<https://www.nafta-sec-alena.org/Default.aspx?tabid=141&language=fr-CA>> (consulté le 2 septembre 2013) ; WIPO, précité, note 34, p. 510, par. 29.90 ; Blayne HAGGART, « North American Digital Copyright, Regional Governance, and the Potential for Variation », dans Michael GEIST (dir.), *From « radical extremism » to « balanced copyright » – Canadian Copyright and the Digital Agenda* (Toronto, Irwin Law, 2010), p. 45, à la p. 45.

51. WIPO, précité, note 34, p. 515, par. 29.116.

des sociétés de gestion collective : l'auteur ne peut lui-même contrôler l'usage qui est fait de son œuvre tant à l'intérieur qu'à l'extérieur des frontières de son État, d'où l'importance de l'association d'auteurs<sup>52</sup>. La société de gestion a donc pour but d'autoriser l'utilisation des œuvres de ses membres, de vérifier l'utilisation qui en est faite, de préparer des contrats types entre auteurs et utilisateurs, de donner des avis et des conseils légaux à ses membres, d'aider au développement culturel du pays, de percevoir les redevances et de distribuer les sommes aux titulaires du droit d'auteur, après avoir déduit de ces sommes les frais d'administration, sans avoir toutefois la possibilité de faire de profit<sup>53</sup>. La SOCAN, Access Copyright et COPIBEC, notamment, font partie des organisations d'auteurs œuvrant au pays.

En somme, la « gestion-sanction » des traités par l'OMPI au Canada est assurée par l'Office de la propriété intellectuelle et la « gestion-administration » de ces traités est assurée par les sociétés de gestion collective.

## **2.2 De la réforme de la Loi sur 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 ont été adoptés en 1996 par l'OMPI à Genève et signés en 1997 par le Canada et ils sont entrés en vigueur en 2002<sup>54</sup>. L'objectif du TODA est de développer et d'assurer une protection adéquate aux auteurs d'œuvres littéraires et artistiques, de programmes d'ordinateurs, d'œuvres musicales, d'œuvres audiovisuelles, d'œuvres d'art et de photographies à l'ère numérique<sup>55</sup>. L'objectif du TOEIP est plutôt d'assurer une protection adéquate aux producteurs et aux interprètes

52. *Ibid.*, p. 518, par. 30.8.

53. *Ibid.*, p. 518, par. 30.7 et p. 519, par. 30.12.

54. OMPI, *Traités et parties contractantes – Parties contractantes – Traité sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes*, en ligne : <[http://www.wipo.int/treaties/fr/ShowResults.jsp?treaty\\_id=20](http://www.wipo.int/treaties/fr/ShowResults.jsp?treaty_id=20)> (consulté le 2 septembre 2013) ; OMPI, *Traités et parties contractantes – Parties contractantes – Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur*, en ligne : <[http://www.wipo.int/treaties/fr/ShowResults.jsp?lang=fr&treaty\\_id=16](http://www.wipo.int/treaties/fr/ShowResults.jsp?lang=fr&treaty_id=16)> (consulté le 2 septembre 2013) ; L'article 20 TODA et l'article 29 TOEIP prévoient que ces traités entreront en vigueur trois mois après que 30 instruments de ratification aient été déposés auprès du directeur général de l'OMPI. Le TODA et le TOEIP sont respectivement entrés en vigueur les 6 mars et 20 mai 2002 (Bureau international de l'OMPI).

55. TODA, préambule ; Dara LITHWICK et Maxime-Olivier THIBODEAU, *Résumé législatif – Projet de loi C-11 : Loi modifiant la Loi sur le droit d'auteur*, Bibliothèque du Parlement, Division des affaires juridiques et législatives. Service d'information et de recherche parlementaire, éd. révisée, (ci-après *Résumé*), p. 5, en ligne : <<http://www.parl.gc.ca/Content/LOP/LegislativeSummaries/41/1/c11-f.pdf>> (consulté le 10 octobre 2013).

de ces mêmes œuvres, soit la protection des droits connexes<sup>56</sup>. L'un des aspects les plus importants de ces traités est la « reconnaissance du droit des auteurs, des interprètes et des producteurs de phonogrammes d'autoriser la transmission en ligne de leurs œuvres, de leurs prestations fixées et de leurs phonogrammes, selon le cas »<sup>57</sup>. En effet, l'autorisation de l'auteur, de l'interprète et du producteur est requise pour transmettre l'œuvre ou la prestation fixée pour que le public ait accès à cette œuvre ou prestation à un moment et un endroit qu'il a lui-même choisi<sup>58</sup>. Le TODA prévoit un droit général de *communication au public* et un droit de *mise à la disposition du public* tandis que le TOIEP prévoit, quant à lui, uniquement un droit de *mise à la disposition du public*<sup>59</sup>. Les auteurs, interprètes et producteurs jouissent également d'un droit de première distribution ou droit exclusif de distribution<sup>60</sup>.

### 2.2.1 De l'histoire législatif de la réforme de la Loi sur le droit d'auteur

Le Canada a signé le TODA et le TOIEP, mais il n'a pas ratifié ces traités<sup>61</sup>. Néanmoins, il a modifié la *Loi sur le droit d'auteur* (LDA) de façon à permettre l'application de ces traités en droit canadien, et ce, dès 1997<sup>62</sup>. Effectivement, dans les mois qui ont suivi la signature des traités, le législateur a inséré l'article 92 qui prévoit qu'un examen de cette loi soit fait par différents comités, tous les cinq ans,

56. TOIEP, préambule ; Résumé, p. 5.

57. BUREAU INTERNATIONAL DE L'OMPI, *La protection internationale du droit d'auteur et des droits connexes*, n° 75, p. 20, en ligne : <<http://www.youscribe.com/catalogue/tous/art-musique-et-cinema/autres/la-protection-internationale-du-droit-d-39-auteur-et-des-droits-417603>> (consulté le 2 septembre 2013).

58. Résumé, p. 6.

59. TODA art. 8 ; TOIEP art. 10 ; Résumé, p. 6.

60. TODA art. 6(1) ; TOIEP, art. 18 et 19 ; Résumé, p. 6.

61. La signature est l'engagement de « poursuivre la procédure interne jusqu'à la ratification et de s'abstenir d'actes qui priveraient le traité de son objet et de son but » tandis que « [l]a ratification est l'acte juridique par lequel un État donne son consentement définitif à une convention qu'il a négociée et signée » (Jean-Maurice ARBOUR et Geneviève PARENT, *Droit international public*, 5<sup>e</sup> éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2006, p. 100 et 101) ; OMPI, *Traités et parties contractantes – Parties contractantes – Traité sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes*, en ligne : <[http://www.wipo.int/treaties/fr/ShowResults.jsp?treaty\\_id=20](http://www.wipo.int/treaties/fr/ShowResults.jsp?treaty_id=20)> (consulté le 2 septembre 2013) ; OMPI, *Traités et parties contractantes – Parties contractantes – Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur*, en ligne : <[http://www.wipo.int/treaties/fr/ShowResults.jsp?lang=fr&treaty\\_id=16](http://www.wipo.int/treaties/fr/ShowResults.jsp?lang=fr&treaty_id=16)> (consultée le 29 juin 2013).

62. Résumé, p. 5 ; Sara BANNERMAN, « Copyright: Characteristics of Canadian Reform », dans Michael GEIST (dir.), *From « radical extremism » to « balanced copyright »*, *Canadian Copyright and the Digital Agenda* (Toronto, Irwin Law, 2010), p. 17, aux p. 26 et 27.

afin de voir quelles modifications seraient nécessaires pour assurer la transposition en droit canadien des Traités de 1996. En 2002, Industrie Canada et Patrimoine canadien ont publié un rapport commun dans lequel 40 enjeux susceptibles de mesures législatives à court, moyen et long terme sont évoqués<sup>63</sup>. Deux ans plus tard, le rapport d'une étude sur la réforme du droit d'auteur a été présenté au Comité permanent du patrimoine canadien par les mêmes deux ministères et il propose six solutions à court terme, dont la *ratification* des Traités Internet de l'OMPI<sup>64</sup>.

Au printemps de la même année, le Comité a publié cinq recommandations :

- 1) la ratification immédiate des traités de l'OMPI ;
- 2) la modification de la LDA pour que les photographes aient les mêmes droits d'auteur que les autres créateurs ;
- 3) la modification de la LDA en vue de l'attribution de licences étendues d'utilisation du matériel accessible sur Internet à des fins éducatives ;
- 4) l'instauration d'un régime de délivrance de licences collectives aux établissements d'enseignement (afin de rendre plus efficacement accessibles des œuvres protégées) ; et
- 5) l'instauration de mesures pour encourager l'attribution de licences autorisant la livraison électronique de documents protégés par le droit d'auteur<sup>65</sup>.

Ces recommandations ont donné naissance à quatre projets de loi. Le projet de loi C-60 a avorté en raison des élections fédérales de 2006. Le projet de loi C-61 est également mort au feuillet à cause des élections de 2008, cette fois-ci. Il est à noter que ce projet de loi a été fortement critiqué parce qu'il semblait avoir été trop influencé par les lobbys de l'industrie américaine qui voulaient voir adoptée une

---

63. INDUSTRIE CANADA, *Stimuler la culture et l'innovation : Rapport sur les dispositions et l'application de la Loi sur le droit d'auteur (Loi sur le droit d'auteur – Rapport sur l'article 92)*, octobre 2002, cité dans Résumé, p. 8.

64. MINISTRE DU PATRIMOINE CANADIEN ET MINISTRE DE L'INDUSTRIE, *Rapport d'étape sur la réforme du droit d'auteur*, 24 mars 2004, cité dans Résumé, p. 8.

65. CHAMBRE DES COMMUNES, COMITÉ PERMANENT DU PATRIMOINE CANADIEN, *Rapport intérimaire sur la réforme du droit d'auteur*, mai 2004, cité dans Résumé, p. 7 et 8.

copie du *Digital Millenium Copyright Act*<sup>66</sup>. Le projet de loi C-32 est également mort au feuillet en raison des élections de 2010<sup>67</sup>. Seul le projet de loi C-11 a franchi l'entière du processus législatif et a été adopté. Il a été sanctionné en juin 2012 et il est devenu la *Loi sur la modernisation du droit d'auteur*<sup>68</sup>. Si des modifications substantielles existent entre les projets de loi C-60, C-61 et C-32, C-11 reprend la quasi-totalité des dispositions de C-32.

### **2.2.2 Des principaux concepts des Traités de 1996 de l'OMPI transposés en droit canadien**

Tout d'abord, le nouveau paragraphe 2.4(1.1) LDA, qui a été instauré par l'article 3 de la *Loi sur la modernisation du droit d'auteur*, précise que la « communication au public par télécommunication » d'une « œuvre ou un autre objet du droit d'auteur » comprend le fait de le mettre à disposition du public par télécommunication, à l'endroit et au moment choisi par ledit public<sup>69</sup>. Cette mesure n'est autre que la transposition des articles 8 TODA et 10 TOEIP en droit canadien.

Ensuite, l'article 10 LDA est abrogé par l'article 6 de C-11. En effet, le législateur a décidé que la protection offerte aux auteurs soit la même, indépendamment du support artistique qu'ils choisissent. La protection garantie à l'auteur photographe est dorénavant la même que celle garantie aux autres auteurs : la durée de la vie de cet auteur plus 50 ans<sup>70</sup>. L'abrogation de cet article est la réponse à l'article 9 TODA qui rend lui-même caduque l'exception de l'article 7.4) de la *Convention de Berne* qui prévoyait que la durée du droit d'auteur du photographe était laissée à la discrétion des États membres avec seule condition qu'elle soit supérieure à 25 ans<sup>71</sup>.

Également, la réforme de la LDA par la *Loi sur la modernisation du droit d'auteur* reconnaît des droits d'auteurs aux prestations,

66. Résumé, p. 9 ; S. BANNERMAN, précité, note 62, p. 26 et 34.

67. Résumé, p. 10.

68. *Loi sur la modernisation du droit d'auteur*, L.R.C. (1985), ch. C-42.

69. Résumé, p. 11.

70. LDA art. 6 ; Résumé, p. 11. Il est à noter que l'ancien paragraphe 10(2) de la LDA édictait que l'auteur de la photographie était le propriétaire de l'appareil utilisé. Par l'abolition de cet article, le législateur accorde donc la qualité d'auteur au preneur de la photographie et non plus au payeur par le truchement de l'article 2 (« œuvre artistique ») et du paragraphe 13(1) LDA.

71. *Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques (Acte de Paris du 24 juillet 1971 modifié le 28 septembre 1979)*, Paris, 24 juillet 1971, art. 7.4.

aux enregistrements sonores et aux signaux de communications. En effet, les articles 9 à 11 de cette loi prévoient :

[...] par adjonction aux articles 15 et 18 LDA, un nouveau droit exclusif pour les artistes-interprètes et les producteurs d'enregistrements sonores : celui de mettre les enregistrements sonores à la disposition du public par la voie d'Internet et de les vendre ou d'en transférer la propriété sous forme d'enregistrement physique pour la première fois. *Le droit de mettre à la disposition du public est prévu dans les deux traités Internet de l'OMPI signés en 1996, le TODA et le TOEIP, que le Canada a l'intention de mettre en œuvre en mettant à jour la LDA. Le droit de mettre à la disposition du public est un droit exclusif des titulaires de droits, qui peuvent autoriser ou interdire la diffusion de leurs œuvres et autres produits protégés sur des réseaux interactifs comme Internet (par l'intermédiaire d'iTunes, par exemple).*<sup>72</sup> [Les italiques sont nôtres ; citations omises]

De plus, les modifications législatives étendent les droits moraux aux prestations<sup>73</sup>. Effectivement, les modifications apportées aux articles 17.1 et 17.2 LDA par l'article 10 de C-11 permettent à l'artiste interprète de jouir des *droits moraux* sur sa prestation pour la même durée que le *droit d'auteur* relatif à sa prestation. Les droits moraux sont le droit à l'intégrité de l'œuvre et le droit d'être associé à une œuvre par son nom ou son pseudonyme ou de demeurer anonyme<sup>74</sup>. Les articles 19 et 20 de la *Loi sur la modernisation du droit d'auteur* garantissent ces droits en créant les articles 28.1 et 28.2 de la *Loi sur le droit d'auteur*<sup>75</sup>. Il s'agit d'une transposition en droit canadien de l'article 5 TOEIP<sup>76</sup>.

Les articles 15 et 16 de la *Loi sur la modernisation du droit d'auteur* portent sur l'élargissement, à certains interprètes et producteurs étrangers, de la protection en matière de prestation et d'enregistrement sonore par la modification des articles 20 et 22 LDA. La rémunération qui est garantie par le législateur vise les interprètes et les producteurs citoyens de pays parties à la *Convention de Rome*<sup>77</sup>

72. Résumé, p. 12.

73. *Ibid.*

74. *Ibid.*

75. *Ibid.*, p. 13.

76. *Ibid.*, p. 12.

77. *Convention internationale pour la protection des artistes interprètes ou exécutants, des producteurs de phonogrammes et des organismes de radiodiffusion*, Rome, le 26 octobre 1961.

offrant une protection pour de tels actes<sup>78</sup>. Cette protection, énoncée au TOEIP<sup>79</sup>, est offerte pour que ces titulaires soient dûment protégés en fonction d'un droit qui soit le plus uniforme possible et qu'en un sens il ne s'arrête pas à la nationalité desdits titulaires<sup>80</sup>.

L'article 23 LDA se trouve également modifié par C-11. En effet, la durée du droit accordé à l'interprète est fixée à 50 ans à partir de la prestation. Cependant, si l'enregistrement sonore de la prestation est publié après la prestation, la prestation se trouve protégée pour les 50 années suivant la date de publication ou jusqu'à 99 ans après la date de la prestation. L'échéance la plus rapprochée l'emporte. Également, la protection de l'enregistrement est d'une durée de 50 ans à compter de la première fixation sonore ou de 50 ans à compter de la publication, si l'enregistrement est publié. Le diffuseur voit aussi son droit protégé durant les 50 années postérieures à la première diffusion du signal<sup>81</sup>. Cette modification législative vise à conformer le droit canadien aux paragraphes 17(1) et 17(2) TOEIP.

### 2.2.3 Des principales exceptions

D'abord, les Traités Internet de l'OMPI, reprenant la *Convention de Berne*, édictent que leur mise en œuvre en droit national ne peut prévoir d'exceptions qu'à trois conditions : i) l'exception doit être un cas spécial ; ii) l'exception ne peut porter atteinte à l'exploitation de l'œuvre ; et iii) l'exception ne peut causer un préjudice injustifié aux intérêts légitimes du titulaire du droit<sup>82</sup>. La *Loi sur la modernisation du droit d'auteur*, à ses articles 21 à 41, prévoit la création de plusieurs nouvelles exceptions. Nous ne rapporterons que *quelques-unes de ces nouvelles exceptions* et nous tenterons de déterminer si elles rencontrent les conditions de conformité aux Traités Internet.

L'article 21 de C-11 élargit la portée des exceptions relatives à l'*utilisation équitable* pour y inclure de nouveaux objets, soit l'éducation, la parodie et la satire<sup>83</sup>. La satire et la parodie étaient, avant la

78. LDA, par. 20(2).

79. TOEIP, par. 3(1) ; Résumé, p. 12.

80. John A. ARMSTRONG, « Trends in Global Science and Technology and What They Mean for Intellectual Property Systems », dans Mitchel B. WALLERSTEIN *et al.* (dir.), *Global Dimension of Intellectual Property Rights in Science and Technology*, Office of International Affairs, National Research Council (Washington D.C., National Academy Press, 1993), p. 192, aux p. 192 et 193.

81. *Loi sur la modernisation du droit d'auteur*, art. 17 ; Résumé, p. 13.

82. *Convention de Berne*, art. 9 ; TODA, art. 10 ; TOEIP, art. 16 ; Résumé, p. 6.

83. *Loi sur la modernisation du droit d'auteur*, art. 21 ; LDA, art. 29 ; Résumé, p. 14.

réforme, des exceptions à la LDA reconnues par la jurisprudence<sup>84</sup>. Le terme « éducation » n'est pas clairement défini. Le législateur semble toutefois vouloir limiter au cadre académique ce terme et l'éducation de la population de manière générale ne serait pas visée par cette exception<sup>85</sup>. L'article 22 ajoute quatre dispositions à la LDA, soit les articles 29.21, 29.22, 29.23 et 29.24. L'article 29.21 LDA énonce une exception visant le contenu commercial généré par l'utilisateur mis à la disposition du public et qui est utilisé pour créer une nouvelle œuvre, et ce, si la source est citée, si l'œuvre utilisée respecte le droit d'auteur et qu'il n'y a pas d'impact négatif important sur l'exploitation de l'original de l'œuvre. L'article 29.22 LDA dispose qu'il n'y ait pas de contravention à la loi lorsqu'une œuvre est reproduite à des fins privées si la source originale est légitimement obtenue. L'article suivant édicte une exception pour le droit d'écoute différée. Lorsque le signal de communication est reçu licitement, un individu peut fixer une œuvre, un enregistrement sonore ou un spectacle radiodiffusé pour sa consommation privée ultérieure, s'il ne fait qu'un seul enregistrement et qu'il ne le communique pas à d'autres. Cependant, cette exception n'est pas applicable lorsque l'œuvre est protégée par des mesures techniques de protection. L'article 29.24 LDA prévoit une exception pour les copies de sauvegarde<sup>86</sup>.

Les articles 23 à 27 de la *Loi sur la modernisation du droit d'auteur* créent des exceptions pour les établissements d'enseignement. Notamment, l'article 27 ajoute à la LDA l'article 30.01 qui élargit la définition qui doit être donnée au terme « leçon ». Il s'agit « de tout ou partie d'une leçon, d'un examen ou d'un contrôle dans le cadre desquels un établissement d'enseignement ou une personne agissant sous l'autorité de celui-ci accomplit à l'égard d'une œuvre ou de tout autre objet du droit d'auteur un acte qui, n'eussent été les exceptions et restrictions prévues par la présente loi, aurait constitué une violation du droit d'auteur ». Les articles 28 à 30 de la *Loi sur la modernisation du droit d'auteur* portent sur les exceptions applicables aux bibliothèques et aux musées. En effet, elles concernent la reproduction permanente d'œuvres sur un autre support, généralement numérique, d'une œuvre si le support originel est désuet ou n'existe plus, si l'œuvre doit être restaurée ou si elle risque de se détériorer avec le temps, notamment<sup>87</sup>. Il est à noter que les documents très anciens ne sont pas visés par cette exception puisque ces documents

84. *Productions Avanti Ciné Vidéo inc. c. Favreau*, 1999 CanLII 13258 (C.A. Qué.).

85. Résumé, p. 14.

86. Résumé, p. 12.

87. *Loi sur la modernisation du droit d'auteur*, art. 30.1 ; Résumé, p. 14.

font partie du domaine public et qu'ils ne sont pas protégés par le droit d'auteur<sup>88</sup>.

Par ces articles, le législateur augmente le nombre potentiel de contraventions à la LDA qui pourraient tomber sous l'égide d'une exception. À notre sens, le législateur canadien souhaite codifier l'interprétation qui a été donnée de l'« utilisation équitable » par la Cour suprême du Canada (CSC) dans l'affaire *CCH Canadienne ltée c. Barreau du Haut-Canada*<sup>89</sup>. Dans cette cause, l'utilisation équitable n'a pas été interprétée comme étant une exception au droit d'auteur, mais plutôt comme un *droit des utilisateurs*<sup>90</sup>. Conséquemment, il importe de donner à l'expression « utilisation équitable » une interprétation libérale, au dire de la Cour. La CSC a établi six critères pour déterminer si l'utilisation faite d'une œuvre est équitable. Il s'agit :

- 1) du but de l'utilisation ;
- 2) de la nature de l'utilisation ;
- 3) de l'ampleur de l'utilisation ;
- 4) des solutions de rechange à l'utilisation ;
- 5) de la nature de l'œuvre ; et
- 6) de l'effet de l'utilisation sur l'œuvre.<sup>91</sup>

Ces critères sont plus nombreux que ceux énumérés par l'OMPI et la force de chacun dépend des circonstances entourant le cas présenté<sup>92</sup>. Conséquemment, il est possible qu'une violation du droit d'auteur qui ne serait pas permise selon les trois critères du TODA ou du TOEIP le soit par ceux plus volatiles de la LDA.

D'après nous, l'élargissement aux notions d'enseignement, de satire et de parodie de l'utilisation équitable est contraire aux Traités Internet de l'OMPI en raison de l'interprétation libérale qui en est faite<sup>93</sup>.

---

88. LDA, art. 6, *a contrario*.

89. *CCH Canadienne ltée c. Barreau du Haut-Canada*, [2004] 1 R.C.S. 339.

90. *Ibid.*, par. 48.

91. *Ibid.*, par. 53 ; Résumé, p. 4.

92. *CCH Canadienne ltée c. Barreau du Haut-Canada*, précité, note 89, par. 60.

93. Meera NAIR, « Fair Dealing at a Crossroad », dans Michael GEIST (dir.), précité, note 62, p. 90, à la p. 106.

Après la recension de la transposition des Traités de 1996 dans le corpus législatif de plusieurs nations, nous nous permettons d'avancer que quasiment aucune de ces nations n'a réussi à se conformer au test des trois étapes de l'OMPI<sup>94</sup>. Certes, certains pays ont explicitement subordonné les exceptions qu'ils permettent à ce test. Toutefois, cette subordination peut sembler superflue puisque les exceptions ne passent pas la première étape du test, leur nombre étant trop important. En effet, il faut, selon les dispositions des Traités, restreindre les exceptions à *certaines cas spéciaux*<sup>95</sup>. À notre sens, il ne faut pas lire les articles 10 TODA et 16 TOEIP comme si l'exception était intrinsèquement un cas spécial. En d'autres termes, ce n'est pas parce qu'un État édicte une exception et qu'il autorise par le fait même une violation que l'exception devient un cas spécial.

94. Reto HILTY et Sylvie NÉRISSON, « Overview », dans Reto HILTY et Sylvie NÉRISSON (ed.), *Balancing Copyright A Survey of National Approaches*, Série MPI Studies on Intellectual Property and Competition Law, vol. 18, (Berlin, Springer, 2012) (ci-après *Balancing*), p. 1, à la p. 24. Des 41 nations dont la législation en matière de droit d'auteur a été recensée dans cet ouvrage, 12 nations ont inséré ce test à leur corpus législatif en tant que principe d'interprétation générale. Certaines de ces 12 nations n'ont pas implanté, explicitement ou implicitement, la première étape et elles n'ont explicitement implanté que les deux dernières étapes du test (Chine, *Règlement du 2 août 2002 portant application de la Loi sur le droit d'auteur (promulguée par le décret n° 359 du Conseil d'État de la République populaire de Chine*, art. 21 ; Croatie, *Loi sur le droit d'auteur et les droits connexes et lois sur les amendements de la Loi sur le droit d'auteur et les droits connexes* (JO n° 167/2003, n° 79/2007 et n° 80/2011), art. 80 ; Espagne, *Texte refondu de la Loi de la propriété intellectuelle régularisant, clarifiant et harmonisant les dispositions légales sur le sujet (approuvé par le décret royal n° 1/1996 du 12 avril 1996 et modifié par le décret royal n° 20/2011, du 30 décembre de 2011)* (ci-après Esp.), art. 40 bis ; France, *Code de la propriété intellectuelle (modifié en dernier lieu par le décret n° 2012-634 du 3 mai 2012)*, art. L. 122-5 9° par. 4 ; Hongrie, *Loi LXXVI de 1999 sur le droit d'auteur (Texte refondu du 1<sup>er</sup> janvier 2012)*, art. 33, par. 2 ; Lituanie, *Loi sur le droit d'auteur et des droits connexes n° VIII-1185 du 18 mai 1999 (telle que modifiée le 19 janvier 2010 – par la Loi n° XI-656)* (ci-après Lit.), art. 58 ; Macao, *Loi n° 5/2012 du 10 avril 2012 portant modification du régime du droit d'auteur et des droits connexes*, art. 62 ; Pologne, *Loi n° 83 du 4 février 1994 sur le droit d'auteur et les droits voisins (modifiée en dernier lieu le 21 octobre 2010)*, art. 35 ; Portugal, *Code du droit d'auteur et droits connexes (modifié en dernier lieu par la loi n° 16/2008 du 1<sup>er</sup> avril 2008)* (ci-après Port.), art. 75. par. 4, et 81b). Seules la Russie (Code civil, art. 1229, item 5, par. 1 et 2) et la Grèce (*Loi n° 2121/1993 sur le droit d'auteur, les droits voisins et des aspects culturels* (ci-après Grèce), art. 28C) ont implanté la première étape du test. Il est à noter que le législateur slovène a édicté que les « [l]imitations on copyright are permissible in cases mentioned in this Section » (*Loi sur le droit d'auteur du 30 mars 1995 telle qu'amendée au 15 décembre 2006* (ci-après Slov.), art. 46), ce qui nous semble être un libellé permettant un équilibre intéressant entre la restriction explicite des exceptions à des cas spéciaux (Russie, Grèce) et l'omission de cette restriction (neuf autres États). Un libellé de ce type est d'ailleurs ce que nous proposons comme solution au législateur canadien : voir *infra*, p. 211.

95. TODA, art. 10 et TOEIP, art. 16.

Il faut plutôt lire ces articles comme restreignant *l'exception*, et non *la violation*, à un cas spécial.

L'expression « certains cas spéciaux » est employée à l'article 13 de l'*Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce* (ADPIC)<sup>96</sup> et cet article, tout comme les articles 10 TODA et 16 TOEIP, est basé sur l'article 9(2) de la *Convention de Berne* – et il est donc assujéti au test des trois étapes. L'expression « certains cas spéciaux » a été définie dans le Rapport du Groupe spécial « États-Unis – Article 110(5) de la Loi sur le droit d'auteur »<sup>97</sup> de l'Organisation mondiale du commerce. Ce Groupe spécial a interprété les termes « certains » comme procurant une certitude légale<sup>98</sup> et « spéciaux » comme obligeant les exceptions à être limitées tant quantitativement que qualitativement<sup>99</sup>. En ce sens, ce qui importe pour déterminer si l'exception répond au premier critère du test, c'est que l'exception soit clairement définie et « narrow in its scope and reach »<sup>100</sup>. Les circonstances dans lesquelles l'exception peut être invoquée (limite qualitative) et le nombre potentiel de bénéficiaires (limite quantitative) sont donc tenues en compte dans la détermination de la conformité de l'exception à la première étape du test<sup>101</sup>.

À la lumière de ces interprétations, il semble que l'emploi de l'expression « utilisation équitable » par un législateur national pour autoriser une exception, même si cette expression est balisée par des critères objectifs et des buts précis, ne permet pas de passer la première étape du « triple test ». À la question est-ce que « [l'équité] constitue en soi un élément d'appréciation suffisamment bien défini qui a un champ d'application et une portée suffisamment étroits pour convenir à la première condition du [premier] critère »<sup>102</sup>, l'OMPI répond effectivement non<sup>103</sup>. En effet, il est difficile d'anticiper quels

96. *Accord du Cycle d'Uruguay : ADPIC Aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce*, Marrakech, Maroc, 15 avril 1994.

97. WT/DS160/R, 15 juin 2000.

98. *Ibid.*, par. 6.108.

99. *Ibid.*, par. 6.109.

100. *Ibid.*, par. 6.112.

101. Martin SENFTLEBEN, « Towards a Horizontal Standard for Limiting Intellectual Property Rights? WTO Panel Reports Shed Light on the Three-Step Test in Copyright Law and Related Tests in Patent and Trademark Law », (2006) 37:4 *International Review of Intellectual Property and Competition Law* 407, 415 et 416.

102. Sam RICKETSON, Comité permanent du droit d'auteur et des droits connexes – Étude de l'OMPI sur les limitations et les exceptions au droit d'auteur et aux droits connexes dans l'environnement numérique, 9<sup>e</sup> session, Genève, 23-27 juin 2003, p. 76, en ligne : <[http://www.wipo.int/edocs/mdocs/copyright/fr/scr\\_9/scr\\_9\\_7.pdf](http://www.wipo.int/edocs/mdocs/copyright/fr/scr_9/scr_9_7.pdf)> (consulté le 2 septembre 2013).

103. *Ibid.*, p. 77.

seront les buts, autres que ceux énumérés, en vertu desquels une violation résulterait en une utilisation équitable<sup>104</sup> :

À cet égard, on pourrait soutenir que la *raison d'être de la première condition du triple critère est précisément d'éviter cette indétermination afin que l'on sache clairement à l'avance quel but poursuit une exception donnée*. On peut également sur ce point remonter dans l'histoire de l'alinéa 2) de l'article 9 de la Convention de Berne : en adoptant l'expression « certains cas spéciaux » la Conférence de Stockholm cherchait à couvrir les exceptions faites au droit de reproduction dans les législations nationales tout en veillant à ce que les buts poursuivis soient *clairement* indiqués.<sup>105</sup> [Les italiques sont nôtres.]

Selon nous, deux solutions sont envisageables pour que le Canada se conforme à ses obligations internationales. La première est de faire pression pour qu'une révision des Traités Internet ait lieu afin de donner plus de souplesse quant aux exceptions possibles<sup>106</sup>. Le Comité du développement de la propriété intellectuelle de l'OMPI est un forum où le Canada pourrait faire entendre sa voix. En effet, ce comité est notamment chargé de faire, sur une base annuelle, des recommandations relatives à la révision des exceptions permises par les différents traités administrés par l'Organisation à l'Assemblée générale de l'OMPI. Tous les États membres y siègent<sup>107</sup>. La délégation canadienne pourrait y militer en faveur de l'idée, déjà avancée par certains auteurs, d'insérer des exceptions obligatoires et des exceptions optionnelles et d'indiquer que seules les exceptions optionnelles soient soumises au test des trois étapes<sup>108</sup>. Ainsi, le Canada, sans changer sa législation interne, respecterait ses obligations internationales. La seconde solution est de modifier la LDA pour que l'article 29 se lise d'une manière semblable à celle-ci : « Ne constituent pas une

104. *Ibid.*

105. *Ibid.*

106. La révision des exceptions possibles fait partie des recommandations faites par le Comité provisoire sur les propositions relatives à un Plan d'action de l'OMPI pour le développement, recommandations adoptées par l'OMPI en 2007 (recommandation 22 du Groupe B, en ligne : <<http://www.wipo.int/ip-development/fr/agenda/recommendations.html>> (consulté le 2 septembre 2013). Ce comité a été remplacé par le Comité du développement et de la propriété intellectuelle.

107. OMPI, *Comité du développement et de la propriété intellectuelle*, en ligne, <<http://www.wipo.int/ip-development/fr/agenda/cdip/>> (consulté le 15 septembre 2013).

108. Bernt HUGENHOLTZ et Ruth L. OKEDIJI, « Conceiving an International Instrument on Limitations and Exceptions to Copyright » (Amsterdam, Institute for Information Law, University of Amsterdam, 2008), p. 26, en ligne : <<http://www.ivir.nl/publicaties/hughholtz/finalreport2008.pdf>> (consulté le 2 septembre 2013).

violation du droit d'auteur les *cas spéciaux* suivants : » et qu'ensuite soient énumérées, *de manière exhaustive*, les situations où l'utilisation sans autorisation ne constituent pas une violation du droit d'auteur.

Puisque ni le TODA ni le TOEIP ne définissent l'expression « cas spéciaux », nous croyons que le législateur canadien pourrait la définir comme il le souhaite, les Traités Internet créant des cadres généraux, des superstructures législatives, à l'intérieur desquels les législateurs nationaux agiraient avec une certaine liberté<sup>109</sup>. Cependant, il importe de définir ces cas de manière exhaustive, sinon les articles 10 TODA et 16 TOEIP ne seront pas véritablement transposés en droit canadien, étant donné le spectre d'exceptions potentielles trop important.

#### 2.2.4 Des principales critiques

La *Loi sur la modernisation du droit d'auteur* a été fortement critiquée en raison de la reconnaissance juridique des *mesures techniques de protection* (MTP) prévues par son article 47. L'article 41 LDA définit ces mesures comme étant « a) toute technologie ou tout dispositif ou composant qui contrôle efficacement l'accès à une œuvre ; b) toute technologie ou dispositif ou composant qui restreint efficacement l'exercice par autrui des droits exclusifs d'un titulaire de droit (voir les articles 3, 15 et 18 LDA) ou du droit à la rémunération (art. 19 proposé), autrement dit toute technologie qui contrôle la reproduction d'une œuvre »<sup>110</sup> [nos italiques]. L'article 41.1 LDA interdit de contourner la première catégorie de MTP, et ce, même si l'œuvre est licitement acquise, et il interdit la commercialisation de moyens de contournement<sup>111</sup>.

Le but de ces mesures est la mise en œuvre du TODA et du TOEIP<sup>112</sup>. En effet, l'article 11 TODA prévoit :

109. Jane C. GINSBURG, « International Copyright: From a Bundle of National Copyright Laws to a Supranational Code », (2000) 47 *Journal of the Copyright Society of the U.S.A.* 265, 287.

110. Résumé, p. 20.

111. Résumé, p. 20 et 21.

112. OMPI, « The WIPO Copyright Treaty (WCT) and the WIPO Performances and Phonograms Treaty (WPPT) », Document WIPO/CR/RIO/01/2, contenant un rapport préparé par le Bureau International de l'OMPI et présenté au National Seminar on the WIPO Internet Treaties in the Digital Environment (Rio de Janeiro, September 17 to 19, 2001) organisé par l'OMPI en coopération avec le ministère de la Culture du Brésil, p. 7, par. 31 et cité par Mihály FICSOR dans « Legends and Reality About the 1996 WIPO Treaties in the Light of Certain Comments on Bill C-32 », 16 juin 2010, p. 2.

[L]es Parties contractantes doivent prévoir une protection juridique appropriée et des sanctions juridiques efficaces contre la neutralisation des mesures techniques efficaces qui sont mises en œuvre par les auteurs dans le cadre de l'exercice de leurs droits en vertu du présent traité ou de la Convention de Berne et qui restreignent l'accomplissement, à l'égard de leurs œuvres, d'actes qui ne sont pas autorisés par les auteurs concernés ou permis par la loi.

L'article 18 TOEIP reprend l'essence de cette disposition.

Néanmoins, certains argumentent que les MTP risquent d'empêcher l'innovation et la recherche si les « follow-on creators, and future innovators can effectively be prevented from exercising their rights [...] through the application of a digital lock »<sup>113</sup>. Pour ceux-ci, la formulation du projet de loi C-60 était plus adéquate et plus conforme à l'esprit des Traités Internet que celle de la *Loi sur la modernisation du droit d'auteur* puisqu'elle interdisait le contournement uniquement dans le but de violer le droit d'auteur<sup>114</sup>. On doit effectivement craindre que l'interdiction de contournement assujettisse les droits des usagers, indépendamment du fait qu'ils soient chercheurs ou simples particuliers, à la volonté des titulaires de droits et qu'elle crée ainsi une « permissions-based culture »<sup>115</sup>. Il doit y avoir un équilibre entre innovation et protection – une « liberté d'imitation »<sup>116</sup> – et cet équilibre peut être atteint par l'utilisation équitable. Bien qu'il n'y ait pas d'interdiction générale au contournement des mesures anti-copie (catégorie b)), il est peu probable que les tribunaux feront primer le

113. Graham REYNOLDS, « How Balanced is Bill C-32? », *The Mark*, 9 juin 2010.

114. Michael GEIST, « Fixing Bill C-32: Proposed Amendments to the Digital Lock Provisions », 15 juin 2010, cité dans Résumé, p. 28.

115. Gregory R. HAGEN, « Technical Neutrality in Canadian Copyright Law », dans Michael GEIST (dir.) *The Copyright Pentalogy – How the Supreme Court of Canada Shook the Foundations of Canadian Copyright Law* (Ottawa, Presses de l'Université d'Ottawa, 2013), p. 307, à la p. 313. Voir aussi David VAVER, *Intellectual Property Law. Copyright. Patent. Trademark*, 2<sup>e</sup> éd., coll. Essentials of Canadian Law (Toronto, Irwin Law, 2011), p. 229-231, relativement au fait que les exceptions prévues par le projet de loi C-32, devenu C-11, et la *Loi sur la modernisation du droit d'auteur* sans modification majeure, ne sont applicables que lorsque les MTP ne sont pas contournées.

116. Ansgar OHLY, « Free Access, Including Freedom to Imitate, as a Legal Principle – a Forgotten Concept? », dans Annette KUR et Vytautas MIZARAS (dir.), *The Structure of Intellectual Property Law – Can One Size Fit All?* (Cheltenham, Edward Elgar, 2011), p. 97, à la p. 102 ; Kenneth CREWS, « Harmonization and the Goals of Copyright: Property Rights or Cultural Progress? », (1998) 6 *Indiana Journal of Global Legal Studies* 117, 133, dans Alexandra GEORGE (dir.), *Globalization and Intellectual Property*, série *The International Library of Essays on Globalization and Law* (Burlington, VT, Ashgate Publishing, 2006), p. 313, à la p. 329.

droit à une utilisation équitable sur l'interdiction de contourner les MTP.

Il est important de rappeler que la réécriture de la *Loi sur le droit d'auteur* a été réalisée par Industrie Canada et Patrimoine canadien. Ces deux ministères ont des mandats parfois en opposition directe : le premier défend les intérêts des compagnies, tandis que le second défend ceux des artistes. Lors de la réforme de la *Loi sur le droit d'auteur*, il ne put y avoir de consensus quant à l'orientation à donner à la nouvelle loi et ce fut au bureau du premier ministre de trancher<sup>117</sup>. Celui-ci décida que la vision de Patrimoine canadien était celle qui convenait<sup>118</sup>. Le Premier ministre subissait sans doute les pressions des lobbys canadiens exercées par l'entremise du ministère du Patrimoine et, de surcroît, cette vision était au diapason avec celle des États-Unis sur la question du droit d'auteur, ce qui, au dire de Michèle Austin – chef de cabinet du ministre de l'Industrie de l'époque –, était ce qui importait au gouvernement canadien<sup>119</sup>. De plus, bien que le projet de loi C-61 n'est pas le copier-coller du DMCA américain, le projet C-11 demeure, quant à lui, fortement influencé par l'esprit de cette législation américaine. Conséquemment, il est intéressant de regarder comment les tribunaux américains ont concilié « interdiction de contournement » et « utilisation équitable ».

Selon une jurisprudence américaine non unanime, il semble que le DMCA exclut la possibilité d'invoquer l'utilisation équitable lorsqu'il y a contournement d'une MTP. Dans *Storage technology corporation v. Custom hardware engineering & consulting Inc.*<sup>120</sup> la Cour d'appel fédérale américaine a statué qu'il devait y avoir « a connection between the circumvention and a right protected » et que, si cette connexion n'était pas prouvée, la défense d'utilisation équitable était recevable<sup>121</sup>. Cette position réaffirme celle prise dans *The Chamberlain Group Inc. v. Skylink Technologies Inc.*<sup>122</sup>, affaire où la même cour

117. HAGGART, précité, note 50, p. 60.

118. Selon cette vision, la *Loi sur le droit d'auteur* doit protéger le droit du titulaire et non codifier de manière générale l'exception d'utilisation équitable (ACCESS COPYRIGHT *et al.*, *Why Canada Should Not Adopt Fair Use: A joint Submission to the Copyright Consultation*, en ligne : <<http://www.ic.gc.ca/eic/site/008.nsf/eng/02524.html>> (consulté le 2 octobre 2013).

119. Michèle AUSTIN, ancienne chef de cabinet du ministre de l'Industrie Maxime Bernier, dans une entrevue réalisée par Blayne Haggart le 30 avril 2008 à Ottawa, dans Blayne HAGGART, *North American Digital Copyright, Regional Governance and the Potential for Variation*, thèse de doctorat, Ottawa, Faculté des études supérieures et de la recherche, Université Carleton, note de bas de page 211. Voir aussi HAGGART, précité, note 50, p. 61.

120. 421 F.3d 1307, (Fed. Cir. 2005).

121. *Ibid.*, par. 38.

122. 381 F.3d 1178 (Fed. Cir. 2004).

avait précédemment déclaré que l'article 1201 DMCA « prohibits only forms of access that bear a reasonable relationship to the protections that the Copyright Act otherwise affords copyright owners », puisque cet article *ne confère pas un nouveau droit aux titulaires* de droits d'auteur<sup>123</sup>. Toutefois, dans *Universal City Studios Inc. v. Corley*<sup>124</sup>, la Cour d'appel du 2<sup>e</sup> circuit interprète la division 1201a)(3)(A) et l'alinéa 1201c) du DMCA comme interdisant la défense d'utilisation équitable<sup>125</sup>. Cette décision, plus ancienne que les précédentes, reflète toutefois l'état du droit puisque la Cour d'appel du 9<sup>e</sup> circuit, dans l'affaire *MDY Industries LLC v. Blizzard Entertainment Inc. and Vivendi Games Inc.*<sup>126</sup>, a réitéré en 2010 qu'il n'était pas nécessaire de prouver que le contournement d'une MTP bafoue le droit d'un titulaire puisque l'alinéa 1201a) DMCA *confère un droit nouveau à ce titulaire*<sup>127</sup>. Dans *MDY*, la Cour refuse explicitement d'appliquer la décision dans *Chamberlain*<sup>128</sup>.

123. *Ibid.*, p. 40 et 41. Il est à noter que la Cour d'appel du 5<sup>e</sup> circuit, dans son opinion originale dans *MGE UPS Systems Inc. v. GE Consumer and Indus. Inc.*, 612 F.3d 760 (5th Cir. 2010), fait référence à l'arrêt *Chamberlain* en ces termes : « The DMCA prohibits only forms of access that would violate or impinge on the protections that the Copyright Act otherwise affords copyright owners. See *Chamberlain Group Inc. v. Skylink Techs. Inc.*, 381 F.3d 1178, 1202 (Fed. Cir. 2004). The Federal Circuit, in analyzing the DMCA's anti-circumvention provision, concluded that it "convey[s] no additional property rights in and of themselves; [it] simply provide[s] property owners with new ways to secure their property". *Ibid.*, p. 1193-1194 : Indeed, "virtually every clause of § 1201 that mentions "access" links "access" to "protection". *Ibid.*, p. 1197 : Without showing a link between "access" and "protection" of the copyrighted work, the DMCA's anti-circumvention provision does not apply. The owner's technological measure must protect the copyrighted material against an infringement of a right that the Copyright Act protects, not from mere use or viewing ». *Ibid.*, p. 1204. » (p. 6). [En italiques dans l'original]. La Cour fait donc siens les enseignements de la Cour d'appel fédérale. Toutefois, dans son opinion révisée, 622 F.3d 361 (5th Cir. 2010), la Cour ne fait pas mention de l'affaire *Chamberlain* puisqu'elle juge, après révision, qu'il n'y a pas eu contournement (p. 6). Cette « omission » a été perçue par d'autres juridictions comme étant la volonté de la Cour d'appel du 5<sup>e</sup> circuit « [of avoiding] the issue », de ne pas avoir à se prononcer sur le combat opposant « interdiction de contournement » et « utilisation équitable » (*MDY Industries, LLC v. Blizzard Entertainment Inc.*, 629 F.3d 928, (9th Cir. 2010), note de bas de page 11).

124. 273 F. 3d 429 (2d Cir. 2001).

125. *Ibid.*, p. 444.

126. 629 F.3d 928, (9th Cir. 2010).

127. *Ibid.*, p. 950.

128. « Were we to follow *Chamberlain* in imposing an infringement nexus requirement, we would have to disregard the plain language of the statute. Moreover, there is significant textual evidence showing Congress's intent to create a new anticircumvention right in § 1201(a) distinct from infringement. As set forth *supra*, this evidence includes: (1) Congress's choice to link only § 1201(b) (1) explicitly to infringement; (2) Congress's provision in § 1201(a)(3)(A) that descrambling and decrypting devices can lead to § 1201(a) liability, even though descrambling and decrypting devices may only enable non-in-fringing access to

Il est à noter que le DMCA édicte, à son sous-alinéa 1201c) (1), que les mesures visant à interdire le contournement des MTP n'affectent pas les « rights, remedies, limitations, or defenses to copyright infringement, including fair use ». Malgré la clarté de cet article, une partie de la jurisprudence donne tout de même préséance aux interdictions de contournement, tel qu'évoqué précédemment. Comme le législateur canadien a *sciemment écarté* le libellé du paragraphe 34.02(1) du projet de loi C-60 lorsqu'est venu le temps de rédiger le C-11 et qu'il a donc refusé de permettre le contournement lorsqu'aucun droit n'est violé, nous pouvons présager que les tribunaux canadiens interpréteront les nouvelles dispositions de la LDA de la même manière que la Cour d'appel du 2<sup>e</sup> circuit américain a interprété l'alinéa 1201c) du DMCA dans l'affaire *Universal* et que la Cour d'appel du 9<sup>e</sup> circuit a interprété l'alinéa 1201a) du DMCA dans *MDY*.

Mihály Ficsor, ancien directeur-général adjoint de l'OMPI, est contre les propositions des auteurs critiques précédemment cités. En effet, selon lui, pour qu'elles soient efficaces et conformes à l'esprit des Traités Internet, les MTP doivent restreindre l'accomplissement d'actes sans qu'il soit nécessaire « to prove that the prohibited acts of circumvention constitute, or specifically further, infringements »<sup>129</sup>. Par voie de conséquence, les actes préparatoires à « l'infraction » doivent être interdits d'après Ficsor.

Nous croyons que c'est la vision qu'avait en tête le législateur canadien lorsqu'il a modifié la LDA. En effet, afin de plaire politiquement selon certains auteurs, le Canada a tenté de se conformer à ses obligations internationales au détriment de son passé juridique vieux de deux siècles<sup>130</sup>. Si d'une main il élargit le champ d'application de la notion d'« utilisation équitable » par ce qui nous semble être une codification de l'affaire *CCH*, il le restreint encore plus de l'autre main par l'inutilité de cette application lorsqu'il est question des MTP. Des lobbys canadiens ont soutenu que l'utilisation équitable, de la façon dont elle est reconnue par la jurisprudence canadienne, mettrait le « Canada in a precarious position with respect to international rules

---

a copyrighted work; and (3) Congress's creation of a mechanism in § 1201(a)(1) (B)-(D) to exempt certain non-infringing behavior from § 1201(a)(1) liability, a mechanism that would be unnecessary if an infringement nexus requirement existed ».

129. Mihály FICSOR, « Legends and Reality About the 1996 WIPO Treaties in the Light of Certain Comments on Bill C-32 », 16 juin 2010, p. 16.

130. Déjà, en 1802, le droit anglais reconnaissait la notion d'« utilisation équitable », dans l'affaire *Cary v. Kearsley* (1802), 170 E.R. 678 (K.B.).

concerning exceptions »<sup>131</sup>, parce que les articles 10 TODA et 16 TOEIP prévoient un test en trois, et non pas en six étapes. Le gouvernement canadien a tenu compte de ces appréhensions lors de la rédaction du projet de loi C-11 et il est probable, dans l'état actuel du droit, que les MTP priment sur l'utilisation équitable<sup>132</sup>.

Afin d'éviter cela, il serait souhaitable que le législateur canadien modifie la LDA de manière à ce que le libellé du paragraphe 41(1) soit le même que celui du paragraphe 34.02(1) du projet C-60<sup>133</sup>. En effet, la LDA comme elle est présentement rédigée semble mettre l'accent, possiblement à tort, sur la protection des MTP, et non sur la protection de l'œuvre<sup>134</sup>. Avec égards, cette rédaction de la LDA nous semble, pour cette raison, contraire à l'obligation internationale qu'a le Canada en tant que signataire des Traités Internet, et ce, bien que la rédaction résulte de la volonté du Canada de se conformer à ces traités. Le fait que l'article 11 TODA édicte que les MTP doivent être « mises en œuvre par les auteurs dans le cadre de l'exercice de leurs droits en vertu du présent traité ou de la Convention de Berne » [nos italiques] et doivent restreindre « l'accomplissement, à l'égard de leurs œuvres, d'actes qui ne sont pas autorisés par les auteurs concernés ou permis par la loi » milite effectivement en faveur de l'idée que les MTP « must restrict acts that are protected by copyright law in order to qualify for legal protection pursuant to article 11 of the WCT »<sup>135</sup> [en

- 
131. Myra TAWFIK, « History in the Balance: Copyright and Access to Knowledge », citant ACCESS COPYRIGHT *et al.*, *Why Canada Should Not Adopt Fair Use: A Joint Submission to the Copyright Consultation*, en ligne : <<http://www.ic.gc.ca/eic/site/008.nsf/eng/02524.html>> (consulté le 2 septembre 2013), dans Michael GEIST (dir.), *From « radical extremism » to « balanced copyright »*, *Canadian Copyright and the Digital Agenda* (Toronto, Irwin Law, 2010), p. 103.
132. Carys CRAIG, « Locking Out Lawful Users: Fair Dealing and Anti-Circumvention in Bill C-32 », dans Michael GEIST (dir.), précité, note 62, p. 175, à la p. 193. La crainte que la protection des MTP créent, de manière générale, un déséquilibre entre la « maîtrise de l'auteur sur son œuvre » et l'accès à l'information par les utilisateurs est également partagée en Europe (Tonssira Myriam SANOU « L'agenda de l'OMPI pour le développement : vers une réforme de la propriété intellectuelle ? », (2009) 23:2 *Revue internationale de droit économique* 175, 202).
133. CRAIG, précité, note 132, p. 196.
134. Michael GEIST, « The Case for Flexibility in Implementing the WIPO Internet Treaties: An Examination of the Anti-Circumvention Requirements », dans Michael GEIST (dir.), précité, note 62, p. 204, à la p. 209. Cet accent nous semble se rapprocher du raisonnement mis de l'avant par les cours d'appel américaines des 2<sup>e</sup> et 9<sup>e</sup> circuits, soit la création de nouveaux droits, ce qui pourrait faire primer l'interdiction de contournement sur l'exception de l'utilisation équitable.
135. Ian R. KERR, Alana MARUSHAT et Christian S. TACIT, « Technological Protection Measures: Tilting at Copyright's Windmills », (2002-2003) 34 *Ottawa Law Review* 7, 34-35, en ligne : <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=793504](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=793504)> (consulté le 2 septembre 2013), cité par GEIST, précité, note 132, p. 211. Voir aussi Séverine DUSOLLIER, « Scoping Study on Copyright and

italiques dans le passage rapporté]. De plus, lors des débats entourant la rédaction de cet article du traité, plusieurs pays, dont le Canada<sup>136</sup>, ont souhaité que l'expression « une protection juridique appropriée et des sanctions juridiques efficaces » soit celle retenue puisqu'une telle rédaction ne rend pas nécessaire l'interdiction, la distribution ou la fabrication de moyens de contournement et qu'elle n'oblige pas l'interdiction de contournement des deux types de MTP<sup>137</sup>.

Plusieurs États ont préféré transposer dans leur droit national les obligations des Traités Internet en prévoyant explicitement que les interdictions de contournement ne primaient pas sur les exceptions prévues par leur loi<sup>138</sup>. En Europe, l'interdiction de contournement des MTP découle principalement de la codification dans le droit national de la Directive 2001/29/CE<sup>139</sup> du Parlement européen ; cette directive est l'acceptation par l'Union Européenne des Traités

---

Related Rights and The Public Domain », 30 avril 2010, en ligne : <[http://www.wipo.int/edocs/mdocs/mdocs/en/cdip\\_4/cdip\\_4\\_3\\_rev\\_study\\_inf\\_1.pdf](http://www.wipo.int/edocs/mdocs/mdocs/en/cdip_4/cdip_4_3_rev_study_inf_1.pdf)> (consulté le 2 septembre 2013), et Jane C. GINSBURG, « Legal Protection of Technological Measures Protecting Works of Authorship: International Obligations and US Experience », (2005) 29 *Columbia Journal of Law & Arts* 13, 19, cité par GEIST, précité, note 134, p. 239 et 240.

136. OMPI, Diplomatic Conference on Certain Copyright and Neighboring Rights Questions: Summary Minutes, Main Committee I, (Genève, 2 au 20 décembre 1996), WIPO doc. CRNR/DC/102, par. 523, en ligne, <[www.wipo.int/edocs/mdocs/diplconf/en/crn\\_r\\_dc/crn\\_r\\_dc\\_102.pdf](http://www.wipo.int/edocs/mdocs/diplconf/en/crn_r_dc/crn_r_dc_102.pdf)> (consulté le 2 septembre 2013), cité par GEIST, précité, note 134, p. 219.
137. GEIST, précité, note 134, p. 221. L'article 18 TOEIP reprend, *mutatis mutandis*, ces obligations. Lors des audiences à la Chambre des représentants portant sur l'écriture du DMCA, des représentants du gouvernement américain ont reconnu que le libellé des articles interdisant le contournement allait au-delà de ce qui était demandé par l'OMPI (U.S., WIPO Copyright Treaties Implementation Act and Online Copyright Liability Limitation Act: Hearing on H.R. 2281 and H.R. 2280 Before the Subcommittee on Courts and Intellectual Property Committee on the Judiciary U.S. House of Representatives, 105th Cong., 16 septembre 1997, p. 62).
138. Allemagne, *Loi sur le droit d'auteur et les droits voisins (modifiée le 17 décembre 2008)* (ci-après All.), art. 95b ; Lit., art. 75 ; Slov., par. 166c(3) ; Pays-Bas, *Loi du 18 mars 1993 contenant des dispositions relatives à la protection des artistes interprètes ou exécutants, des producteurs de phonogrammes et des organismes de radiodiffusion, et portant modification de la loi de 1912 sur le droit d'auteur (Loi sur les droits voisins)* (ci-après P.-B.), par. 29a(4).
139. *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 de l'Union Européenne, Journal officiel des Communautés européennes* (ci-après « Directive ») ; Belgique – Balancing, p. 146 ; Chypre – Balancing, p. 366 ; Allemagne – Balancing, p. 448 ; Lituanie – Balancing, p. 638 ; Pays-Bas – Balancing, p. 707 ; Portugal – Balancing, p. 743 ; Danemark – Balancing, p. 863 ; Suède – Balancing, p. 863 ; Norvège – Balancing, p. 863 ; Slovaquie – Balancing, p. 879 ; Espagne – Balancing, p. 960 ; Suisse – Balancing, p. 1003.

Internet de l'OMPI<sup>140</sup>. Dans la plupart des pays membres de l'Union, le contournement aux fins de l'administration de la justice et de la sécurité du public<sup>141</sup>, de réponse à un handicap<sup>142</sup>, de la disponibilité d'une œuvre à des fins éducatives, scientifiques ou muséales<sup>143</sup>, de la copie pour usage privé<sup>144</sup>, de la reproduction éphémère d'une organisation de diffusion<sup>145</sup>, de la parodie<sup>146</sup>, de l'utilisation lors d'examens<sup>147</sup> et de la communication au public d'enregistrements sonores<sup>148</sup> est permis. Toutefois, l'utilisateur ne peut contourner de plein droit la mesure technique de protection : il doit en demander l'autorisation au titulaire<sup>149</sup>. Le titulaire des droits a l'obligation de transmettre cette information lorsque le requérant répond bel et bien aux critères d'une des exceptions<sup>150</sup>. En cas de refus, l'utilisateur peut intenter un recours de droit commun ou s'adresser à un organisme indépendant qui régit l'accès aux œuvres protégées par des MTP et qui a parfois un pouvoir de contrainte<sup>151</sup>.

Ces codifications législatives européennes sont en totalité antérieures à la rédaction du projet de loi C-11. Il y a fort à parier que le législateur canadien a pu examiner le libellé de ces codifications. Conséquemment, il est possible d'avancer qu'en autorisant le contournement uniquement pour permettre des enquêtes, l'interopérabilité

140. Directive, 15<sup>e</sup> considérant.

141. All., art. 45 ; Lit., art. 27 ; P.-B. art. 22 ; Norvège, *Loi sur le droit d'auteur (Loi n° 2 du 12 mai 1961 relative aux œuvres littéraires, scientifiques et artistiques, modifiée en dernier lieu par la Loi n° 103 du 19 juin 2009)* (ci-après Norv.), art. 26-28 ; Danemark, *Loi codifiée sur le droit d'auteur (ci-après Dane.)*, art. 26-28 ; Suède, *Loi n° 1960:729 sur le droit d'auteur sur les œuvres littéraires et artistiques* (ci-après Suède), art. 26 et 26a) ; Slov., par. 166c(3) et (4) et art. 56.

142. All., art. 45a ; Lit., par. 58(1)6) ; P.-B., s.-al. 15(i) ; Norv., art. 17 ; Dane., art. 17 ; Suède, art. 17 ; Slov., par. 166c(3)1) et 47a.

143. All., art. 52a ; Lit., par. 22(1)1) et 22(1)2) ; P.-B., art. 16 et 16n et par. 29a(4) ; Norv., art. 16 et 21 ; Dane., art. 16, 18, 21 et 23 ; Suède, art. 16 ; Slov., par. 166c(3)2) et art. 49.

144. Lit., art. 20(1) ; P.-B., art. 16b et 16c ; Slov., art. 166c(3) et 50 ; All., art. 53.

145. All., art. 55 ; Lit., par. 29(1)2) ; Norv., art. 31 ; Dane., art. 31 ; Suède, 26e ; Slov., par. 166c(3)5) et 77(2).

146. Lit., art. 25.

147. Norv., art. 13a.

148. Dane., art. 68.

149. All., art. 95 et Balancing, p. 449. La législation de certains pays ne requiert pas une demande préalable d'autorisation au contournement, dont la Lituanie (par. 22(1) et 23(1)).

150. All. art. 95b ; Grèce, art. 66A, par. 5 ; Lit., par. 75(1) ; P.-B., par. 29a(4) ; Serbie – Balancing, p. 818 ; Danemark, Suède et Norvège – Balancing, p. 863 ; Slov. p. 878 ; Esp., 161(2) ; Suisse – *Ordonnance du 26 avril 1993 sur le droit d'auteur et les droits voisins (Ordonnance sur le droit d'auteur, ODAu)* art. 16g.

151. Lit., par. 75(4) ; Port., art., 21(4) ; Serbie – Balancing, p. 818 ; Danemark, Suède et Norvège – Balancing, p. 863 ; Slov. – Balancing, p. 878 ; Esp., par. 161(2) ; Suisse – *Loi fédérale du 9 octobre 1992 sur le droit d'auteur et les droits voisins (état le 1<sup>er</sup> janvier 2011)* (ci-après Suisse), art. 39b, par. 1b.

d'ordinateurs, le chiffrement, la détection et la destruction de collecte d'informations personnelles, la vérification de la sécurité, la « palliation » d'un handicap, l'enregistrement éphémère pour radiodiffusion et l'accès à un service de télécommunication avec un appareil radio<sup>152</sup>, le législateur canadien souhaitait empêcher le contournement visant à rendre disponible une œuvre à des fins éducatives, scientifiques ou muséales et celui visant la copie pour usage privé. Bien qu'on ne puisse inférer une intention du silence continu du législateur, la jurisprudence canadienne reconnaît qu'un silence faisant suite à une modification législative récente puisse témoigner de l'intention du législateur<sup>153</sup>.

Pourtant, le contournement pour ces fins a été accepté par les pays membres de l'UE et il a été perçu comme étant un compromis assurant un équilibre entre les titulaires des droits d'auteur et les utilisateurs<sup>154</sup>. Il faut aussi rappeler que les articles 10 et 11 TODA et 16 et 18 TOEIP, bien que complémentaires et devant être lus comme un tout, car faisant partie des mêmes traités, n'ont pas à s'appliquer aux mêmes cas. En ce sens, réduire le champ d'application de l'interdiction de contournement (interdiction prévue aux articles 11 TODA et 18 TOEIP) en autorisant le contournement lorsqu'il n'y a pas violation du droit d'auteur, comme c'est le cas en Europe, n'aurait pas pour effet de contrevenir aux articles 10 TODA ou 16 TOEIP. Ces articles régissent effectivement les *exceptions à la protection du droit d'auteur* et il n'y aurait pas contravention à ces articles puisqu'un contournement dans une telle situation ne constituerait pas une atteinte au droit d'auteur.

Il est à noter que certains pays n'ont pas interdit le contournement des MTP car ils n'ont pas ratifié ou signé les Traités Internet<sup>155</sup>. D'autres pays, n'étant parties ni au TODA ni au TOEIP, ont interdit le contournement des MTP afin de démontrer leur volonté d'adhérer à ces traités<sup>156</sup>. Donc, l'interdiction de contournement fait, selon nous,

152. Respectivement LDA, par. 41.11(1)-(3) ; 41.12(1)-(7) ; 41.13(1)-(3) ; 41.14(1) et (2) ; 41.15(1)-(4) ; 41.16(1) et (2) ; 41.17 et 41.18(1)-(3).

153. *Société Télé-Mobile c. Ontario*, [2008] 1 R.C.S. 305, par. 42.

154. À titre d'exemple, la Serbie (*Loi sur le droit d'auteur et les droits voisins (2011)* par. 208a(1)), l'Espagne (Esp., par. 161(2)) et la Suisse (Suisse, par. 39a(4)) ont édicté que l'ensemble des exceptions prévues par la loi, dont celle de l'« utilisation gratuite », notion assimilable à celle de l'« utilisation équitable » en droit canadien, permettait le contournement des MTP. Voir M. GEIST, précité, note 134, p. 232.

155. Notamment, Israël (Balancing, p. 535) et Ouganda (Balancing, p. 1056).

156. Égypte – aucune exception permise (Balancing p. 379) ; Brésil – aucune exception permise (art. 107 de la *Loi n° 9610 du 19 février 1998 sur le droit d'auteur et les droits voisins* ; Balancing, p. 206 ; Inde – aucune violation lorsqu'aucune intention de violer le droit d'auteur (*Copyright Act (1957) (Act No. 14 of 1957)*

partie intégrante des Traités de 1996 de l'OMPI. Toutefois, la manière selon laquelle le législateur canadien a codifié cette interdiction nous semble trop stricte.

En résumé, les modifications apportées à la *Loi sur le droit d'auteur* depuis 1997 visent à permettre la mise en œuvre en droit canadien des Traités Internet de l'OMPI. De ces modifications, les plus notables sont l'unification de la durée de la protection accordée à une œuvre, indépendamment du fait qu'elle soit photographique, picturale, littéraire ou autre, et la reconnaissance de droits moraux et de mise à disposition aux interprètes et aux producteurs d'enregistrements sonores. Ces modifications ajoutent également des exceptions, dont l'utilisation équitable à des fins d'éducation, de parodie ou de satire. Cet accroissement important du nombre d'exceptions existantes risque d'aller à l'encontre des Traités Internet de 1996. De plus, ce « renouvelé » législatif canadien du droit d'auteur a été critiqué, notamment en raison du régime des mesures techniques de protections qu'il implante. Dans sa forme actuelle, la LDA pourrait donc ne pas répondre aux obligations internationales du Canada.

## CONCLUSION

Pour conclure, la protection offerte au droit d'auteur au Canada est notamment garantie par la transposition en droit canadien des principaux concepts et articles du *Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur* et du *Traité de l'OMPI sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes*. L'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle est l'institutionnalisation de l'Union de Paris et de la *Convention de Berne* notamment et elle a pour objectif l'uniformisation du droit d'auteur sur l'ensemble de la planète. Le Canada, membre de cette organisation, contribue à l'atteinte de cet objectif de différentes manières. Premièrement, il a mis sur pied un bureau national de gestion et d'administration : l'Office de la propriété intellectuelle. Deuxièmement, il favorise l'institution de sociétés et d'organisations d'auteurs. Troisièmement, il a modifié sa législation de façon à intégrer les principaux concepts tirés des Traités Internet de l'OMPI afin de faire passer le droit d'auteur canadien à l'ère numérique. Quatrièmement, bien que par cette modification le législateur ait théoriquement augmenté le nombre d'exceptions, il en a cependant restreint en pratique le nombre par les *mesures techniques*

---

par. 65A(1) ; Balancing p. 520 ; Nouvelle-Zélande – aucune violation lorsque le contournement ne viole pas le droit d'auteur (*Copyright (New Technologies) Amendment Act 2008 (N.Z.) 2008/27* par. 226D(1). Voir aussi GEIST, précité, note 134, p. 235.

*de protection*. Cette volonté du législateur canadien de se conformer à tout prix aux traités de l'OMPI a été vivement dénoncée. En effet, les opposants<sup>157</sup> à cette décision politique soutiennent que la manière dont le Canada a transposé en droit interne ses obligations internationales aurait été choisie parce qu'elle était celle qui répondait aux intérêts de puissants lobbys internes et étrangers. De surcroît, cette transposition ne semble pas avoir permis au Canada de se conformer à ces dites obligations.

Certes, une codification est toujours la transposition en droit d'une idéologie et d'intérêts politiques. Toutefois, dans le cas de la modification de la *Loi sur le droit d'auteur*, cette orientation politique, faisant suite à des pressions internes, risque de protéger des intérêts étrangers au détriment d'intérêts canadiens. En effet, aujourd'hui la « titularité » du droit d'auteur n'est plus nécessairement synonyme de qualité d'auteur réel. Les entreprises étrangères de différentes industries semblent détenir une part non négligeable des droits d'auteur au pays<sup>158</sup>. Par voie de conséquence, le contournement d'une MTP dans le but d'utiliser équitablement une œuvre sans autorisation risque davantage d'être une atteinte au droit économique du titulaire qu'une atteinte au *droit moral de l'auteur réel*. La protection offerte par la LDA se veut davantage une protection offerte au titulaire qu'une protection offerte à l'auteur<sup>159</sup>.

157. Voir notamment les notes 132 à 137, *supra*.

158. Selon l'Office de la propriété intellectuelle, pour l'année 2011, 8 212 demandes d'enregistrement de droit d'auteur ont été faites et, de ce nombre, environ 87 % ont été effectuées par des résidents canadiens. Toutefois, d'après la liste des dix demandeurs ayant effectué le plus de demandes au cours des années 2009-2011, plusieurs sont des filiales de compagnies étrangères ou ils sont indirectement contrôlés par celles-ci. Par exemple, pour l'année 2011, on indique que les demandes reçues et acceptées en provenance du Royaume-Uni sont au nombre de 33 alors que Pearson Education Canada, division de Pearson PLC qui est éditeur londonien, est le principal demandeur-titulaire avec 170 demandes acceptées. Cela pousse à relativiser ces statistiques qui indiquent, à première vue, que la majorité des titulaires de droits d'auteur au Canada sont canadiens (OFFICE DE LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE DU CANADA, *Rapport annuel 2011-2012*, Droit d'auteur, tableaux 17 et 18, en ligne : <<http://www.opic.gc.ca/eic/site/cipointernet-internetopic.nsf/fra/wr03600.html#droitauteur>> (consulté le 16 octobre 2013) ; OFFICE DE LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE DU CANADA, *Rapport annuel 2010-2011*, Droit d'auteur, tableaux 17 et 18, en ligne : <<http://www.opic.gc.ca/eic/site/cipointernet-internetopic.nsf/fra/wr03467.html>> (consulté le 16 octobre 2013) ; OFFICE DE LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE DU CANADA, *Rapport annuel 2009-2010*, Droit d'auteur, tableaux 17 et 18, en ligne : <<http://www.opic.gc.ca/eic/site/cipointernet-internetopic.nsf/fra/wr02974.html>> (consulté le 16 octobre 2013).

159. « Thus, the rhetoric of individual rights is mobilised on behalf of corporate entities, who receive protections legitimated not on the basis of their own (commercial) character, but derived from a narrative of individual human

Les tribunaux canadiens auront très prochainement l'occasion de se pencher sur la question de l'interdiction du contournement des MTP. Il est peu probable qu'ils fassent primer l'utilisation équitable sur les MTP car ils ne réécrivent pas la loi, mais l'interprètent. Avec sa modification de la LDA, le législateur semble vouloir conférer à l'« entreprise-titulaire perpétuelle » un quasi-monopole des droits sur l'œuvre d'un « auteur mortel ». D'un point de vue historique, cette approche est très paradoxale. En effet, si jusqu'au XV<sup>e</sup> siècle le droit ne protégeait pas les œuvres parce qu'il considérait qu'elles n'avaient pas d'auteur réel, aujourd'hui il les protège, mais au détriment de cet auteur réel. Selon nous, l'actuel gouvernement fédéral canadien paraît avoir oublié que ce n'est pas le droit du titulaire, mais le droit de l'auteur réel sur son œuvre, qui est « [l]a plus sacrée, la plus légitime, la plus inattaquable, et [...] la plus personnelle de toutes les propriétés »<sup>160</sup>.

---

endeavour » (Christopher MAY, *Digital Rights Management – The Problem of Expanding Ownership Rights* (Oxford, Chandos Publishing, 2007), p. 41.

160. Rapport de M. le Chapelier, précité, note 14.