

*Vol. 25, n° 3*

## **La protection des photographies suite aux modifications de 2012 à la *Loi sur le droit d'auteur***

**Vivianne de Kinder\***

Introduction . . . . .	953
1. L'auteur de la photographie . . . . .	953
2. Du photographe et du possesseur du droit d'auteur. . . . .	954
2.1 Photographie créée contre rémunération dans le cadre d'une commande . . . . .	955
2.2 Photographie dont le photographe n'était pas au moment de la création, le propriétaire du cliché initial ou de la planche ou, lorsqu'il n'y a pas de cliché ou de planche, de l'original. . . . .	955
3. De la photographie et de la durée de protection. . . . .	956
3.1 Du 1 <sup>er</sup> janvier 1924 au 31 décembre 1993 . . . . .	956
3.2 Du 1 <sup>er</sup> janvier 1994 au 1 <sup>er</sup> septembre 1997 – Loi de 1993. . . . .	956
3.3 Du 1 <sup>er</sup> septembre 1997 au 6 novembre 2012 – Loi de 1997. . . . .	956

---

© Vivianne de Kinder, 2013.

\* Avocate.

3.4	Depuis le 7 novembre 2012 (modifications de 2012) . . .	957
4.	Question incidente en matière d'œuvres cinématogra- phiques ou audiovisuelles à caractère artistique . . . . .	957
4.1	Avant le 1 <sup>er</sup> janvier 1994 . . . . .	958
4.2	Depuis le 1 <sup>er</sup> janvier 1994 . . . . .	958
5.	Utilisation de photographies commandées à des fins « non commerciales ou privées » . . . . .	959
5.1	La nouvelle exception . . . . .	959
5.2	Incidence de l'article 29.21 (« contenu non commercial généralisé par l'utilisateur ») . . . . .	961
5.3	L'exception de l'alinéa 32.2(1)f) (« utilisation à des fins non commerciales ou privées ») et contournement de mesures techniques de protection . . . . .	963

## Introduction

En vigueur depuis le 7 novembre 2012, les modifications à la *Loi sur le droit d'auteur* (L.R.C. (1985), ch. C-42, ci-après « LDA ») mettent fin à une discrimination qui prévalait jusqu'alors à l'égard des photographies.

Les photographies ont toujours fait l'objet de la protection du droit d'auteur, comme œuvres artistiques. Toutefois, cette protection échappait antérieurement au régime général de la LDA par un traitement singulier au sujet des aspects suivants :

- La qualité d'auteur
- La possession du droit d'auteur
- La durée de protection

J'examinerai ces aspects dans le présent document au regard des modifications de 2012 et des versions antérieures de la LDA. Je commenterai également l'exception prévue à l'alinéa 32.2(1)f (« actes licites »), dont l'ajout résulte des modifications de 2012.

### 1. L'auteur de la photographie

L'auteur d'une œuvre n'est nullement défini dans la LDA. Il en était de même avant les modifications de 2012 sauf pour les photographies, en vertu du paragraphe 10(2) désormais abrogé. Ce paragraphe se lisait :

#### *Auteur de la photographie*

10(2) Le propriétaire, au moment de la confection du cliché initial ou de la planche ou, lorsqu'il n'y a pas de cliché ou de planche, de l'original est considéré comme l'auteur de la photographie, et si ce propriétaire est une personne morale, celle-ci est réputée, pour l'application de la présente loi, être un rési-

dent habituel d'un pays signataire, si elle y a fondé un établissement commercial.

Selon cette disposition, la qualité d'auteur échappait au photographe dans tous les cas où il exécutait l'œuvre alors qu'il n'était pas le propriétaire du cliché initial, de la planche ou, lorsqu'il n'y avait pas de cliché ou de planche, de l'original. En d'autres termes, la qualité d'auteur était impartie à la personne qui, au moment de la création de l'œuvre, détenait la propriété matérielle de celle-ci ou encore du support ou de l'élément technique d'où elle était tirée.

Cette définition n'existe plus dans la LDA depuis le 7 novembre 2012 mais subsiste toutefois à l'égard de photographies antérieurement exécutées et encore protégées au jour précité par le droit d'auteur<sup>1</sup>.

## 2. Du photographe et du possesseur du droit d'auteur

En principe, l'auteur d'une œuvre est le premier titulaire du droit d'auteur sur celle-ci, en vertu du paragraphe 13(1) de la LDA, dont texte :

**13.** (1) Sous réserve des autres dispositions de la présente loi, l'auteur d'une œuvre est le premier titulaire du droit d'auteur sur cette œuvre.

Font exception au principe du paragraphe 13(1), les œuvres exécutées dans le cadre d'un emploi<sup>2</sup> ou encore préparées ou publiées par l'entremise, sous la direction ou la surveillance de Sa Majesté ou d'un ministère du gouvernement<sup>3</sup>.

1. L.C. 2012, ch. 20, par. 59(2) et (3) :

*Photographie dont une personne morale est réputée être l'auteur*

« 59(2) Si une personne morale est, en vertu du paragraphe 10(2) de la *Loi sur le droit d'auteur* dans sa version antérieure à l'entrée en vigueur de l'article 6, considérée comme l'auteur d'une photographie sur laquelle existe un droit d'auteur à l'entrée en vigueur de cet article 6, le droit d'auteur sur la photographie subsiste pour la période déterminée en conformité avec les articles 6, 6.1, 6.2, 9, 11.1 et 12 de la *Loi sur le droit d'auteur* comme si l'auteur était la personne physique qui aurait été considérée comme l'auteur de la photographie n'eût été ce paragraphe 10(2).

*Photographie dont une personne physique est réputée être l'auteur*

59(3) Si une personne physique est, en vertu du paragraphe 10(2) de la *Loi sur le droit d'auteur* dans sa version antérieure à l'entrée en vigueur de l'article 6, considérée comme l'auteur d'une photographie, elle continue de l'être pour l'application de la *Loi sur le droit d'auteur* à l'entrée en vigueur de cet article 6. »

2. Par. 13(3) de la LDA.

3. Art. 12 de la LDA.

Par ailleurs, avant les modifications de 2012, la titularité originelle du droit d'auteur sur une photographie n'était pas impartie au photographe dans les cas suivants :

### **2.1 Photographie créée contre rémunération dans le cadre d'une commande**

Cette exception était mentionnée au paragraphe 13(2) de la LDA en vigueur avant les modifications de 2012 :

*Gravure, photographie ou portrait*

(2) Lorsqu'il s'agit d'une gravure, d'une photographie ou d'un portrait et que la planche ou autre production originale a été commandée par une tierce personne et confectionnée contre rémunération et la rémunération a été payée en vertu de cette commande, celui qui a donné la commande est, à moins de stipulation contraire, le premier titulaire du droit d'auteur.

Selon cette exception, le titulaire du droit d'auteur sur la photographie ainsi exécutée était la personne qui avait donné la commande sous réserve du paiement de la rémunération convenue et en l'absence de tout arrangement à l'effet contraire avec le photographe.

Désormais, l'application de cette exception ne perdure qu'à l'égard des photographies commandées avant le 7 novembre 2012<sup>4</sup>.

### **2.2 Photographie dont le photographe n'était pas au moment de la création, le propriétaire du cliché initial ou de la planche ou, lorsqu'il n'y a pas de cliché ou de planche, de l'original**

Cette exception est tributaire de la définition prévue au paragraphe 10(2) plus haut exposé au sujet de l'auteur de la photographie. Je répète que cette exception ne prévaut désormais qu'à l'égard des photographies créées avant le 7 novembre 2012 et encore protégées au jour précité par le droit d'auteur.

4. L.C. 2012, ch. 20 art. 60 :

« 60. Le paragraphe 13(2) de la *Loi sur le droit d'auteur*, dans sa version antérieure à l'entrée en vigueur de l'article 7, continue de s'appliquer à l'égard des gravures, photographies et portraits dont la planche ou toute autre production originale a été commandée avant l'entrée en vigueur de cet article 7. »

### **3. De la photographie et de la durée de protection**

En principe, les œuvres sont au Canada protégées dès leur création pendant la vie de l'auteur jusqu'à la fin de la cinquantième année suivant le décès de celui-ci, tel qu'il apparaît de l'article 6 de la LDA.

Depuis les modifications de 2012, les photographies sont désormais protégées pour une même durée. Il n'en fut pas ainsi dans le passé et à ce sujet, je crois utile de faire un petit survol historique des divers régimes d'exception qui ont antérieurement prévalu.

#### **3.1 Du 1<sup>er</sup> janvier 1924 au 31 décembre 1993**

Une photographie était protégée pour une période de 50 ans à compter de la confection du cliché original dont la photographie avait été tirée.

#### **3.2 Du 1<sup>er</sup> janvier 1994 au 1<sup>er</sup> septembre 1997 – Loi de 1993**

La durée de protection subsistait jusqu'à la fin de la cinquantième année suivant celle de la confection du cliché initial ou de la planche dont la photographie avait été tirée ou de l'original lorsqu'il n'y avait pas de cliché ou de planche. Cette modification bénéficiait aux photographies créées avant ou après l'entrée en vigueur de la Loi de 1993<sup>5</sup> le 1<sup>er</sup> janvier 1994, à l'exclusion toutefois de celles dont la durée de protection était déjà expirée en vertu du régime antérieur.

#### **3.3 Du 1<sup>er</sup> septembre 1997 au 6 novembre 2012 – Loi de 1997<sup>6</sup>**

L'article 10 de la Loi est modifié de façon à mettre fin en partie au régime qui prévalait depuis le 1<sup>er</sup> janvier 1994, selon le statut de la personne qui, au moment de l'exécution de la photographie, était le propriétaire du cliché initial ou de la planche ou de l'original (s'il n'y avait pas de cliché ou de planche) :

- a) maintien du régime d'exception si le propriétaire est une personne morale non contrôlée par le photographe i.e. une personne

---

5. L.C. 1993, ch. 44, par. 60(1), en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 1994.

6. L.C. 1997, ch. 24, article 54.1 dont l'entrée en vigueur est le 1<sup>er</sup> septembre 1997.

morale dont le photographe ne détient pas la majorité des actions votantes<sup>7</sup> ;

- b) application du principe général prévu à l'article 6 si le propriétaire est une personne physique ou encore une personne morale contrôlée par le photographe<sup>8</sup>.

Cette modification prévaut à partir du 1<sup>er</sup> septembre 1997 à l'égard des photographies encore protégées par le droit d'auteur au jour précité et à celles créées après cette date<sup>9</sup>.

### **3.4 Depuis le 7 novembre 2012 (modifications de 2012)**

Le régime d'exception du paragraphe 10(2) est abrogé à l'égard des photographies créées encore protégées au 7 novembre 2012 et celles créées après cette date<sup>10</sup>.

## **4. Question incidente en matière d'œuvres cinématographiques ou audiovisuelles à caractère artistique**

Je crois utile d'examiner l'objet et l'étendue de la protection du droit d'auteur en audiovisuel au regard de celle qui prévalait pour les productions à caractère « artistique » créées avant le 1<sup>er</sup> janvier 1944.

Les œuvres cinématographiques ou audiovisuelles n'ont à ce jour fait l'objet dans la LDA d'aucune catégorie distincte d'œuvres protégées.

Elles sont assimilées à des œuvres « dramatiques » lorsque les incidents y représentés procèdent d'une mise en scène ou d'une mise

7. « 10(1) Dans les cas où le propriétaire visé au paragraphe (2) est une personne morale, le droit d'auteur sur la photographie subsiste jusqu'à la fin de la cinquantième année suivant celle de la confection du cliché initial ou de la planche dont la photographie a été directement ou indirectement tirée, ou de l'original lorsqu'il n'y a pas de cliché ou de planche. »

8. « 10(1.1) Toutefois, l'article 6 s'applique dans les cas où le propriétaire est une personne morale dont la majorité des actions avec droit de vote sont détenues par une personne physique qui, sauf pour le paragraphe (2), aurait été considérée l'auteur de la photographie. »

9. L.C. 1997, ch. 24, art. 54.1 et 58.

10. L.C. 2012, ch. 20, par. 59(1) : « L'abrogation de l'article 10 de la *Loi sur le droit d'auteur* par l'article 6 n'a pas pour effet de réactiver le droit d'auteur sur une photographie éteint à la date d'entrée en vigueur de cet article 6. »

en forme ou d'une combinaison présentation qui lui confèrent un caractère original<sup>11</sup>.

Autrement, i.e. en l'absence de tels ingrédients, les œuvres seront assimilées à des œuvres « artistiques ».

La durée de protection ne sera pas la même selon le caractère « dramatique » ou « artistique » de l'œuvre concernée.

Celle prévue à l'article 6 de la Loi prévaudra à l'égard d'un film ou d'une production à caractère « dramatique ». Il reste toutefois à déterminer l'identité de l'auteur de ces œuvres. À ce sujet, la LDA est muette. Et ne sachant qui est l'auteur, il demeure impossible de déterminer la durée de protection pour ces œuvres.

Un film à caractère « artistique » sera toutefois protégé pour la durée suivante.

#### **4.1 Avant le 1<sup>er</sup> janvier 1994**

La protection était celle prévue pour les photographies, laquelle était de 50 ans à compter de la confection du cliché original dont la photographie avait été tirée<sup>12</sup>.

Ainsi, par exemple, un film réalisé le 31 décembre 1943 et ayant pour objet une captation sur le vif d'un événement réel (assassinat, fête de famille, etc.) sans mise en scène ou sans mise en forme serait à caractère « artistique » et protégé jusqu'au 31 décembre 1993.

#### **4.2 Depuis le 1<sup>er</sup> janvier 1994**

Un film à caractère « artistique » réalisé après le 31 décembre 1943 est protégé jusqu'à la fin de la cinquantième année suivant celle

11. Selon l'article 11.1 de la LDA en sa version actuelle et la définition statutaire d'« œuvre dramatique » avant la Loi modificatrice de 1993.

12. Alinéa 3(1)e) et paragraphe 3(2) de la LDA, avant les modifications de 1993 dont l'entrée en vigueur est le 1<sup>er</sup> janvier 1994 :

« 3.(1) Pour les fins de la présente loi, le « droit d'auteur » désigne le droit exclusif de [...] ; ce droit comprend, en outre, le droit exclusif [...] :

e) s'il s'agit d'une œuvre littéraire, dramatique, musicale ou artistique et sous réserve du paragraphe (2) de reproduire, d'adapter et de présenter publiquement l'œuvre par cinématographie, si l'auteur a donné un caractère original à son ouvrage ; » [...]



de sa création et, si elle est publiée avant l'expiration de cette durée, jusqu'à la fin de la cinquantième année de sa publication, en vertu de l'article 11.1 de la Loi.

Cette modification ne prévaut qu'à l'égard des films ou productions audiovisuelles à caractère « artistique », encore protégés par le droit d'auteur au 1<sup>er</sup> janvier 1994 et ceux créés après cette date et ce, tel qu'il apparaît des dispositions transitoires suivantes :

L.C. 1993, ch. 44, art. 76 :

(1) Sous réserve des paragraphes (2) et 75(2), la *Loi sur le droit d'auteur*, dans sa version modifiée par la présente loi, s'applique à toute œuvre cinématographique créée avant ou après l'entrée en vigueur du présent article.

(2) L'article 10 de la *Loi sur le droit d'auteur*, en son état à l'entrée en vigueur du présent article, continue de s'appliquer, en ce qui a trait à l'auteur d'une photographie, à toute œuvre cinématographique créée et protégée à titre de photographie avant cette date.

## **5. Utilisation de photographies commandées à des fins « non commerciales ou privées »**

### **5.1 La nouvelle exception**

La Réforme de 2012 prévoit au paragraphe 32.2(1) un nouveau cas d'exception à l'application du droit d'auteur. Cet ajout concerne les photographies commandées par un particulier (« personne physique ») et est énoncé à l'alinéa f) libellé comme suit :

*Actes licites*

**32.2** (1) Ne constituent pas des violations du droit d'auteur :

[...]

f) le fait pour une personne physique d'utiliser à des fins non commerciales ou privées – ou de permettre d'utiliser à de telles

---

« 3(2)Si le caractère original fait défaut dans le cas d'une œuvre décrite à l'alinéa (1)e), la production cinématographique dont il y est question jouit de la protection accordée aux œuvres photographiques. »

fins – la photographie ou le portrait qu'elle a commandé à des fins personnelles et qui a été confectionné contre rémunération, à moins que la personne physique et le titulaire du droit d'auteur sur la photographie ou le portrait n'aient conclu une entente à l'effet contraire.

La personne qui entend se prévaloir de cette exception, doit établir l'existence de chacun des éléments suivants :

- a) elle est la personne physique qui a commandé l'œuvre ou un tiers-utilisateur autorisé par cette personne ;
- b) il n'existe entre l'auteur de la commande et le photographe aucun arrangement interdisant l'utilisation des œuvres commandées aux fins assignées à l'alinéa 32.2(1)f) ;
- c) ces œuvres ne sont utilisées qu'à des fins privées ou non commerciales.

J'examinerai la portée de l'exception à partir du cas fictif d'une commande entre un individu et un photographe, ayant pour objet des photographies de mariage et conclue contre rémunération sans restriction ni interdiction au sujet de l'utilisation des œuvres.

L'auteur de la commande pourrait certes reproduire les photographies pour son usage personnel. Pourrait-il toutefois en donner des copies aux mariés, à ses amis ou à sa famille ? Je répondrais par l'affirmative car une telle distribution d'exemplaires constituerait, à mon avis, une utilisation à des fins « non commerciales ».

L'exception visée serait d'une portée plus large que celle prévue à l'article 29.22 de la LDA, et introduite à celle-ci depuis les modifications de 2012. Cet article se lit comme suit :

*Reproduction à des fins privées*

**29.22** (1) Ne constitue pas une violation du droit d'auteur le fait, pour une personne physique, de reproduire l'intégralité ou toute partie importante d'une œuvre ou d'un autre objet du droit d'auteur si les conditions suivantes sont réunies :

- a) la copie de l'œuvre ou de l'autre objet du droit d'auteur reproduite n'est pas contrefaite ;

b) la personne a obtenu la copie légalement, autrement que par emprunt ou location, et soit est propriétaire du support ou de l'appareil sur lequel elle est reproduite, soit est autorisée à l'utiliser ;

c) elle ne contourne pas ni ne fait contourner une mesure technique de protection, au sens de ces termes à l'article 41, pour faire la reproduction ;

d) elle ne donne la reproduction à personne ;

e) elle n'utilise la reproduction qu'à des fins privées.

Les fins assignées à cet article seraient limitées à la reproduction d'une œuvre ou autre objet du droit d'auteur et à l'utilisation de cette reproduction à des fins privées. En serait expressément exclue, la faculté pour l'utilisateur de donner à quiconque la reproduction ainsi effectuée, tel qu'il apparaît de l'alinéa 29.22d).

L'affichage des photographies du mariage sur la page personnelle Facebook du marié, avec le consentement de l'auteur de la commande, s'inscrirait-il dans les fins assignées à l'alinéa 32.2(1)f) ? Je le croirais.

Évidemment, un tel affichage, pour peu qu'il soit disponible au public, soulève des questions en matière de protection du droit à l'anonymat ou à la vie privée. La protection de ce droit relève du droit commun. Elle prévaut dans la province de Québec en vertu des articles 35, 36 alinéa 3 du *Code civil du Québec* et 5 de la *Charte des droits et libertés de la personne* (RLRQ, c. C-12). En principe, le consentement de chacune des personnes représentées ou apparaissant aux œuvres affichées serait requis.

## **5.2 Incidence de l'article 29.21 (« contenu non commercial généré par l'utilisateur »)**

L'utilisation des œuvres concernées ou d'une partie d'icelles dans une production de l'industrie du cinéma, de la vidéo, de la télévision et des nouveaux médias serait, à mon avis, de nature commerciale. À cette fin, l'autorisation du photographe serait requise. Il en serait toutefois autrement si les œuvres étaient utilisées dans une production « maison », i.e. non commerciale, réalisée par l'auteur de la commande et utilisée seulement à des fins de visionnage privé.

L'auteur pourrait-il bénéficier de l'exception prévue à l'article 29.21<sup>13</sup> de la LDA en matière de « contenu non commercial généré par une personne physique » ?

Cet article est une autre création des modifications de 2012. Son bénéficiaire doit être une personne physique à qui l'exception confère les droits suivants :

- utiliser une œuvre protégée ou un autre objet du droit d'auteur dans la création par elle d'une autre œuvre ou d'un autre objet du droit d'auteur ;
- utiliser la nouvelle œuvre ainsi créée à des fins non commerciales ;  
et
- autoriser à telles fins un intermédiaire à en faire la diffusion.

Les expressions « intermédiaire » et « utiliser » sont définies au paragraphe 29.21(2) en les termes suivants :

*Les définitions qui suivent s'appliquent au paragraphe (1).*

« Intermédiaire » Personne ou entité qui fournit régulièrement un espace ou des moyens pour permettre au public de voir ou d'écouter des œuvres ou d'autres objets du droit d'auteur.

« Utiliser » S'entend du fait d'accomplir tous actes qu'en vertu de la présente loi seul le titulaire du droit d'auteur a la faculté d'accomplir, sauf celui d'en autoriser l'accomplissement.

---

13. « 29.21(1) Ne constitue pas une violation du droit d'auteur le fait, pour une personne physique, d'utiliser une œuvre ou tout autre objet du droit d'auteur ou une copie de ceux-ci – déjà publiés ou mis à la disposition du public – pour créer une autre œuvre ou un autre objet du droit d'auteur protégés et, pour cette personne de même que, si elle les y autorise, celles qui résident habituellement avec elle, d'utiliser la nouvelle œuvre ou le nouvel objet ou d'autoriser un intermédiaire à le diffuser, si les conditions suivantes sont réunies :

- a) la nouvelle œuvre ou le nouvel objet n'est utilisé qu'à des fins non commerciales, ou l'autorisation de le diffuser n'est donnée qu'à de telles fins ;
- b) si cela est possible dans les circonstances, la source de l'œuvre ou de l'autre objet ou de la copie de ceux-ci et, si ces renseignements figurent dans la source, les noms de l'auteur, de l'artiste-interprète, du producteur ou du radiodiffuseur sont mentionnés ;
- c) la personne croit, pour des motifs raisonnables, que l'œuvre ou l'objet ou la copie de ceux-ci, ayant servi à la création n'était pas contrefait ;
- d) l'utilisation de la nouvelle œuvre ou du nouvel objet, ou l'autorisation de le diffuser, n'a aucun effet négatif important, pécuniaire ou autre, sur l'exploitation – actuelle ou éventuelle – de l'œuvre ou autre objet ou de la copie de ceux-ci ayant servi à la création ou sur tout marché actuel ou éventuel à son égard, notamment parce que l'œuvre ou l'objet nouvellement créé ne peut s'y substituer. »

La production « maison » constituerait certes un « contenu non commercial généré » par une personne physique. Cependant, son créateur ne pourrait se prévaloir de l'exception que si les photographies utilisées dans la production ont déjà fait l'objet d'une publication ou d'une mise à la disposition du public par le photographe ou par un tiers avec le consentement de celui-ci<sup>14</sup>. Je crois utile de mentionner au passage que les définitions statutaires de « publication »<sup>15</sup> et « communication au public par télécommunication »<sup>16</sup> font entre autres état de la « mise à la disposition du public » d'une œuvre ou d'un autre objet du droit d'auteur.

Par ailleurs, le créateur de ce contenu doit agir dans le respect du droit à l'anonymat ou à la vie privée des personnes apparaissant aux photographies concernées. Je m'écarte ici du droit d'auteur, mais crois nécessaire de faire ce rappel au droit commun que j'ai mentionné plus haut.

### **5.3 L'exception de l'alinéa 32.2(1)f (« utilisation à des fins non commerciales ou privées ») et contournement de mesures techniques de protection**

Par ailleurs, je m'interroge au sujet de l'application de l'alinéa 32.2(1)f dans l'éventualité où le photographe livrerait les œuvres commandées après y avoir installé, à l'insu du client, des mesures techniques de protection ? Dans ce contexte, l'utilisation des photographies nécessiterait le contournement de ces mesures.

Un tel contournement serait-il une violation de l'interdiction prévue à l'alinéa 41.1(1)a) de la LDA<sup>17</sup> ? Cet alinéa se lit comme suit :

**41.1 (1)** Nul ne peut :

a) contourner une mesure technique de protection au sens de l'alinéa a) de la définition de ce terme à l'article 41<sup>18</sup> ; [...]

14. En l'absence de ce consentement, les œuvres ne sont pas réputées publiées ou mises à la disposition du public. Par. 2.2(3) de la LDA : « Pour l'application de la présente loi – sauf relativement à la violation du droit d'auteur –, une œuvre ou un autre objet du droit d'auteur n'est pas réputé publié, représenté en public ou communiqué au public par télécommunication si le consentement du titulaire du droit d'auteur n'a pas été obtenu. »

15. Voir par. 2.2(1) de la LDA.

16. Voir par. 2.4(1.1) de la LDA.

17. Disposition nouvelle prévue aux modifications de 2012.

18. « 41. Les définitions qui suivent s'appliquent au présent article et aux articles 41.1 à 41.21.

a) S'agissant de la mesure technique de protection au sens de l'alinéa a) de la

Techniquement, elle le serait si elle est effectuée en l'absence du consentement du photographe.

Cependant, en l'absence d'une entente entre les parties de quelque restriction ou interdiction au sujet de l'utilisation des œuvres commandées aux fins assignées à l'alinéa 32.2(1)f, le photographe serait présumé avoir acquiescé à ces utilisations. Ce consentement serait-il irrévocable ?

Au regard de la doctrine et de la jurisprudence en matière de licence ou permission implicite<sup>19</sup>, celle-ci ne serait révoquée que dans le cas d'une commande effectuée à titre gratuit ou encore dans le cas d'une commande effectuée contre rémunération mais restée impayée.

L'on pourrait également conclure que le geste du photographe serait contraire aux conditions de l'alinéa 32.2(1)f en ce qu'il procéderait d'une décision unilatérale par celui-ci d'interdire les utilisations concernées.

Si le consentement du photographe s'avérait irrévocable, l'auteur de la commande pourrait-il désactiver ou contourner les mesures de protection sans encourir une poursuite en vertu du paragraphe 41.1(2)<sup>20</sup> ? Cet article mentionne que les recours en cas de contournement sont les mêmes que ceux prévus à la LDA pour une violation du droit d'auteur. Ces recours seraient-ils distincts d'une telle violation ? Pour peu qu'ils le seraient, les utilisations des photographies aux fins permises à l'alinéa 32.2(1)f seraient licites mais le contournement effectué porterait atteinte au droit du photographe sur le maintien de ses mesures de protection. Ainsi, nous serions confrontés à deux droits irréconciliables.

---

définition de ce terme, éviter, supprimer, désactiver ou entraver la mesure – notamment décoder ou déchiffrer l'œuvre protégée par la mesure – sans l'autorisation du titulaire du droit d'auteur ; »

19. *Katz v. Cytrynbaum*, 1983 CanLII 557 (C.A. C.-B.). Harold G. FOX, *Canadian Law of Copyright and Industrial Designs* (Toronto, Carswell, 1967), p. 339-340 : « If the consent is given without consideration, it can be withdrawn at any time but if it is given for valuable consideration, it will be irrevocable and will convey an equitable interest in the copyright. »
20. « 41.1(2) Sous réserve des autres dispositions de la présente loi et des règlements pris en vertu de l'article 41.21, le titulaire du droit d'auteur sur une œuvre, une prestation fixée au moyen d'un enregistrement sonore ou un enregistrement sonore est admis, en cas de contravention de l'alinéa (1a) relativement à l'œuvre, à la prestation ou à l'enregistrement, à exercer contre le contrevenant tous les recours – en vue notamment d'une injonction, de dommages-intérêts, d'une reddition de compte ou d'une remise – que la loi prévoit ou peut prévoir pour la violation d'un droit d'auteur. »