

Vol. 33, n° 1

Le génie du droit d'auteur

Pierre-Emmanuel Moise*

RÉSUMÉ	113
INTRODUCTION	115
I- LA LIGNE DE FRONT DE LA DIVISION : DROIT CIVIL ET COMMON LAW.....	120
A- Les familles du droit d'auteur	121
B- Épitomé d'une révolution tranquille : <i>Théberge</i> et <i>Kraft</i>	129
1. L'insolite affaire <i>Théberge</i>	129
2. L'arrêt <i>Kraft</i> : l'estocade	137
C- Un droit soumis aux intérêts	140
II- CULTURE, DOCTRINE ET INSTITUTIONS : LES AUTRES FRONTS DE LA DIVISION.....	145
A- Culture et économie	145
B- Les écoles de pensée et la fracture numérique	152

© Pierre-Emmanuel Moise, 2021.

* Professeur agrégé, Faculté de droit de l'Université McGill. L'auteur remercie Léonie Bourdeau pour l'assistance et les travaux de recherche que ce texte a nécessités. Merci également aux judicieux commentaires de Pierre-Luc Racine et François Le Moine, étudiants au doctorat, sur les premières versions de ce texte.
[Note : cet article a été soumis à une évaluation à double anonymat.]

C- Gestion collective ou collecteur, royautés ou surtaxes . .	158
CONCLUSION.....	165

RÉSUMÉ

Les divergences marquées entre les deux rapports des comités parlementaires publiés en 2019, celui du Comité permanent de l'industrie, des sciences et de la technologie et celui du Patrimoine canadien, sont une indication des antagonismes qui existent au Canada entre un droit d'auteur noyé dans une multitude d'intérêts et un droit d'auteur centré sur le créateur. De la même manière, il semble que l'on puisse parler d'une école de pensée ontarienne composée de nombreux universitaires qui, sans que l'on puisse parler de front commun, remettent en cause soit la gestion collective soit l'exclusivité accordée au titulaire en faisant valoir l'intérêt des utilisateurs. L'activisme de ces individus qui disposent souvent d'une audience enviable a une réelle influence sur la perception du droit d'auteur, souvent négative, auprès du public. Certains y voient même la célébration d'un divorce entre le droit d'auteur et le public. La Cour suprême n'est pas indifférente à leurs arguments. En réalité, depuis l'affaire *Théberge*, dont les faits n'avaient pourtant pas de quoi soulever l'émoi national, le droit d'auteur est devenu un lieu marchand où priment le jeu de l'équilibre et la pesée des intérêts. Et à ce jeu, les titulaires ont généralement été les perdants. Se pose alors une nouvelle fois la question de la réalité du bijuridisme canadien, mais surtout, de la place et de l'avenir de la tradition civiliste dans le débat sur les objectifs de la loi et de son interprétation. Le droit civil et son subjectivisme portent naturellement les fondements d'un droit d'auteur personnaliste. Au Canada, cette observation ne peut être faite sans prendre en compte la préservation de la langue française tant dans son rôle artistique que doctrinal. Mais il semble que la portée de la tradition civiliste qui embrasse à la fois cette identité de langage et une certaine vision de la culture se soit éteinte. Il n'y a pas de dialogue entre les traditions juridiques canadiennes dans les lieux de création du droit d'auteur, parlementaire ou judiciaire. Peut-on alors encore parler de droit d'auteur ?

INTRODUCTION

Le titre est une allusion à l'œuvre de Chateaubriand *Le Génie du christianisme*¹. Une œuvre à peine lisible aujourd'hui, critiquée autant qu'encensée à l'époque et qui faisait l'apologie du christianisme. Un texte plein de mensonges aussi. L'œuvre semblait à contretemps, hors sujet, car la France d'alors était plongée dans l'incroyance. Elle est écrite en partie à Londres, où son auteur est en exil, et paraît le 14 avril 1802 à Paris. Elle est publiée à une époque où la visite des ruines des sites sacrés laissées par la Révolution est devenue un passe-temps. Les églises sont délaissées. La foi est déplacée par les idées des nouveaux philosophes. *Le Génie du christianisme* est un ouvrage désordonné qui prend de grandes libertés avec l'histoire. Exercice de style plus que de raison, *Le Génie du christianisme* connut pourtant un succès retentissant. Une première question se pose : écrire aujourd'hui pour défendre une certaine philosophie du droit d'auteur, un droit d'auteur centré sur l'auteur et non sur l'utilisateur, relève-t-il de la même gageure ? Pourrait-on s'attendre à un ralliement autour de convictions aujourd'hui endormies qui rapprocherait notre droit des modèles continentaux plutôt qu'anglo-américains ? Il semble assez clair qu'écrire aujourd'hui pour faire valoir une position civiliste de notre droit fédéral éveille des sensibilités.

Le succès improbable de l'œuvre de Chateaubriand dans une France que les philosophes comme Diderot auraient voulu déchristianiser est difficile à expliquer. L'explication est peut-être dans la nécessité tout humaine de donner un sens à nos entreprises. Il est difficile de vivre sans idéaux. La renaissance du culte sous la plume enflammée de Chateaubriand, on le sait, servit les desseins expansionnistes et réformateurs du futur empereur Napoléon. Une autre grande entreprise d'unification était en cours à cette même époque : la rédaction du Code civil des Français. Et il y a un thème qui unit ces deux grands ennemis, Chateaubriand et Napoléon : la foi dans les institutions². Pour Chateaubriand tout comme pour Napoléon, il

-
1. François-René DE CHATEAUBRIAND, *Le génie du christianisme*, Paris, Éditions Flammarion, 1966 avec une présentation de Pierre Reboul.
 2. Chateaubriand est frappé soudainement par la foi à l'automne 1799 après une période de doute. C'est le fameux et très théâtral « j'ai pleuré, j'ai cru ». Fasciné par

faut créer un sentiment d'attachement. La religion et l'art pour l'un ; les écoles, les circonscriptions territoriales, le Code, ces « masses de granit »³, pour l'autre. L'institution est le ciment intellectuel de la multitude en société. Un ordre de troupe. Ces idées ont-elles survécu au transport en Nouvelle-France ? C'est peut-être ici un thème que l'on peut rechercher dans la comparaison des systèmes de droit civil et de common law. Se logent dans cette division classique notre seconde question et une hypothèse que nous tenterons de démontrer. Le contraste des perspectives quant à la fonction du droit d'auteur, qui s'organise sur des lignes géographiques et linguistiques, peut-il s'expliquer par une acceptation plus grande des institutions politiques au Québec ? À la source des divisions, représentées ici par le couple droit d'auteur-*copyright*, se joue ce que l'on pourrait définir maladroitement comme l'identité constitutionnelle des peuples, identité difficile à définir, mais qui marquerait profondément nos attentes et préférences vis-à-vis de la chose publique dont le droit fait partie. L'attachement au droit civil à travers l'histoire du Québec illustre la force de cette idée et du sentiment de justice qui en découle. Après la Conquête, les Québécois s'unissent pour le maintien de l'ancien droit seigneurial hérité de France. On s'obstine à vouloir conserver la forme de concession en *franc aleu* alors que le gouvernement voudrait imposer la tenure en *franc et commun socage* dans les Cantons-de-l'Est où souhaitent s'installer de nombreux loyalistes⁴. Tout cela semble bien irrationnel. Mais le droit contient des symboles importants. Notre thèse postule que les systèmes civilistes plébiscitent la création d'institutions qui prennent la forme d'abstraction dans le droit. Ce ne sont pas simplement des formes techniques qui ne vivent que dans les livres. Ce sont des institutions vécues par le citoyen, ce sont des figures du droit. C'est le cadastre, ce sont les « régies », ce furent le mariage, le bon père de famille, etc. Cette culture de l'institution, profondément

cette conversion, il y voit le ressort de l'unité à travers l'idée du christianisme et une rhétorique des images. Pour l'auteur, la religion chrétienne est féconde et fédératrice, tant dans les représentations artistiques qui l'ont sublimée que dans la position extatique dans laquelle elle place la communauté des croyants devant le monde du Créateur. Par l'art, la religion code dans un même langage les comportements du plus grand nombre. L'émotion est de retour comme facteur de rassemblement. Pour Bonaparte, on s'en doute, peu d'émotion. Mais il y a une recherche d'unité dans le droit. C'est la codification. Le Code représente le parachèvement d'une peinture sociale par le droit. Il impose naturellement, par un égalitarisme oppressif, des modèles qui font sourciller aujourd'hui et à juste titre.

3. Voir la déclaration de Napoléon Bonaparte du 8 mai 1802 dans Antoine-Clair THIBAudeau, *Mémoires sur le consulat : de 1799 à 1804*, Paris, Baudouin, 1827, p. 84-85.
4. John E.C. BRIERLEY, « The Co-existence of Legal Systems in Quebec: "Free and Common Socage" in Canada's "pays de droit civil" », (1979) 20-1-2 *Les Cahiers de droit* 277.

ancrée dans l'organisation sociale, nous ferait voir les institutions du droit d'auteur différemment. Beaucoup a été écrit sur la place du Code civil et de la méthode civiliste au Québec⁵. Signe de leur jeunesse, ces questions sont encore débattues dans la communauté. Plus proche de nous, un diplômé alertait la communauté sur la place supposément fragile de l'héritage civiliste dans le programme transsystémique de McGill⁶. La common law, par comparaison, se méfierait des dogmes et préférerait peut-être s'en remettre à l'imperfection connue et mécanique du marché et à la fluidité des précédents. L'assurance est dans la méthode et les instruments de mesure de l'économie.

L'apport ou l'influence des régimes civilistes et de common law sur le droit fédéral du droit d'auteur au Canada est au cœur de nos réflexions. Ici, les présomptions associées à ces traditions sont connues. La common law, c'est l'utilitarisme ; le droit civil, c'est le personnalisme. Boncompain observait déjà en 1971 l'inflexion économique donnée dans le rapport Isley de 1957 :

Le droit d'auteur est désormais examiné principalement en fonction de ses répercussions économiques, sans tenir compte du rôle prépondérant qu'il joue dans la formation d'une conscience nationale, l'élévation du niveau intellectuel de la population, le développement des arts et des lettres.⁷

Sur la nature du droit d'auteur, il constate encore que le droit canadien n'a pas été affecté par les théories personnalistes⁸. Ces réflexions sur la division des genres, sur le mythe du bijuridisme

5. Voir notamment Nicolas KASIRER (dir.), *Le droit civil, avant tout un style ?*, Montréal, Éditions Thémis, 2003 ; Sylvio NORMAND, « La culture juridique et l'acculturation du droit : le Québec », (2011) 1 – Special Issue 1, *ISAIDAT Law Review*, art. 23.

6. Voir Xavier FROCCOULLE-MÉNARD, « Plaidoyer pour un retour aux racines civilistes à McGill », *Droit-inc.com*, 4 septembre 2020, en ligne : <<https://www.droit-inc.com/article27146-Plaidoyer-pour-un-retour-aux-racines-civilistes-a-McGill>>, et la réponse du Doyen, Robert LECKEY, « Le doyen réagit », *Droit-inc.com*, 5 septembre 2020, en ligne : <<https://www.droit-inc.com/article27154-Le-doyen-de-McGill-reagit>>. Certains politiciens ont même proposé de fermer l'entrée au Barreau du Québec aux étudiants de McGill. Voir Patrick BELLEROSE, « Course à la chefferie du PQ : Bastien veut sévir contre l'Université de McGill », *journaldequebec.com*, 3 février 2021, en ligne : <<https://www.journaldequebec.com/2020/08/20/course-a-la-chefferie-du-pq-bastien-veut-sevir-contre-luniversite-mcgill>>.

7. Voir Jacques BONCOMPAIN, *Le droit d'auteur au Canada : Étude critique*, Montréal, Cercle du Livre de France, 1971, p. 13. Je prends la citation d'un livre en ma possession portant l'ex-libris de Nelson Landry, membre de la Commission du droit d'auteur et personnage incontournable de la propriété intellectuelle au Québec.

8. *Id.*, p. 215.

(certains parlent de fantasma)⁹, refont surface périodiquement. Françon, en 1992, écrira que l'intérêt de la comparaison entre les visions anglo-saxonne et continentale est permanent et souligne déjà de nombreux rapprochements entre elles¹⁰. Notre collègue Gold et son coauteur Rivoire y consacraient encore un article récemment. Le titre est évocateur : « Propriété intellectuelle, Cour suprême et droit civil ». Les auteurs concluaient leur excellente étude de l'influence des techniques et de la pensée personnaliste civilistes, qu'ils acceptent comme distinctes de celles, utilitaristes, de la common law, avec ces mots et une invitation :

Finally, l'exemple de la propriété intellectuelle trahit l'idée que bien des juristes, québécois mis à part, se font de l'identité juridique du Canada. Leur conception est celle d'une juridiction de *common law* dont on peut aisément confiner la composante civiliste à son strict minimum. Les raisons sont nombreuses et ont déjà été identifiées : indifférence des *common lawyers*, barrières linguistiques, etc. Or, l'aphonie du dialogue entre les traditions remet nécessairement en cause l'existence même du bijuridisme. Entre le Canada transsystemique idéal et le Canada réel, le contraste est saisissant. En tant que tribunal à vocation bilingue et dualiste, la Cour suprême devrait naturellement être interpellée par cette problématique. Qu'elle suive notre proposition ou non, notre étude a le mérite d'identifier le principal obstacle à l'émergence du bijuridisme dans un domaine du droit. La compréhension de l'origine du problème, qui précède l'action, était une condition fondamentale dans le but de réaliser les aspirations dualistes du Canada. D'autres auteurs après nous devraient suivre la marche et poursuivre la réflexion sur la mise en œuvre du transsystemisme dans leurs domaines respectifs. Ainsi seulement la Cour aura-t-elle une chance de « briser les solitudes » entre les juridictions.¹¹

Et l'invitation est acceptée, d'autant que la Cour d'appel fédérale vient de rendre un jugement sévère à l'encontre, justement, de

9. Voir Jean-François GAUDREAU-DESBIENS, *Les solitudes du bijuridisme au Canada*, Montréal, Éditions Thémis, 2007, p. 23-25, 148-149, tel que cité dans Maxence RIVOIRE et Richard GOLD, « Propriété intellectuelle, Cour suprême du Canada et droit civil », (2015) 60-3 *R.D. McGill* 381, 430, note 237.
10. Voir André FRANÇON, *Le droit d'auteur, aspects internationaux et comparatifs*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 1992.
11. Maxence RIVOIRE et Richard GOLD, « Propriété intellectuelle, Cour suprême du Canada et droit civil », préc., note 9, 430, faisant notamment référence à Jean-François GAUDREAU-DESBIENS, *Les solitudes du bijuridisme au Canada*, Montréal, Éditions Thémis, 2007, p. 23-25, 148-49.

deux institutions importantes du droit d'auteur : la gestion collective et la Commission du droit d'auteur¹². Ce jugement a des saveurs de remontrances libérales-libertaires. Le civiliste se braque. On l'accuse de conservatisme. C'est que, depuis quelques années, on s'interroge sur le rôle de la Commission du droit d'auteur¹³, mais celle-ci bénéficie d'une réputation enviable au Québec justement, peut-être, en raison de cet indicible attachement envers les institutions. On pourrait en dire autant, je crois, pour Copibec et d'autres sociétés de gestion collective telles que la SODRAC et la SOCAN, désormais une seule entité. Les piques les plus vives contre cet ordre mutualiste proviennent de l'Ontario et en particulier du professeur Ariel Katz¹⁴. Une même position, réactionnaire ou libérale selon la perspective que l'on a de l'enjeu, est affichée dans un filet de nouvelles par Michael Geist. Il commente la décision en question dans un article intitulé « Federal Court of Appeal Deals Access Copyright Huge Blow As It Overturns York University Copyright Decision » en ces termes :

The copyright collective has spent much of the past decade lobbying the Canadian government to reverse the 2012 copyright reforms that added the education purpose to fair dealing. That approach was rejected by the Government's copyright review, which opened the door to a further expansion with a « flexible fair dealing » model. But the real story of education and copyright in Canada for the past twenty years has been the string of appellate decisions that have largely unravelled the legal underpinnings of the Access Copyright model. The

-
12. Voir *Université York c. Canadian Copyright Licensing Agency*, 2020 CAF 77 (autorisation d'appel accueillie, C.S.C., 2020-10-15, n° 39222). La Cour d'appel est également très critique envers la Commission du droit d'auteur dans une affaire qui nous intéressera plus loin (*Entertainment Software Association c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique*, 2020 CAF 100).
 13. Voir Jeremy DE BEER, « La Commission du droit d'auteur du Canada : vingt années à "faire" l'histoire juridique », (2010) 22-3 *C.P.I.* 593 ; Daniel GERVAIS, « A Uniquely Canadian Institution: The Copyright Board of Canada », dans Ysolde GENDREAU (dir.), *An Emerging Intellectual Property Paradigm: Perspectives From Canada*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2009 ; COMITÉ SÉNATORIAL DES BANQUES ET DU COMMERCE, *Commission du droit d'auteur : Argumentaire pour la tenue d'un examen de toute urgence*, Sénat du Canada, 2016 ; Graham REYNOLDS, « Of Reasonableness, Fairness and the Public Interest: Judicial Review of Copyright Board Decisions in Canada's Copyright Pentalogy », dans Michael GEIST (dir.), *The Copyright Pentalogy: How the Supreme Court of Canada Shook the Foundations of Canadian Copyright Law*, Ottawa, Les presses de l'Université d'Ottawa, 2013.
 14. Voir Ariel KATZ, « Spectre: Canadian Copyright and the Mandatory Tariff – Part I », (2015) 27-2 *I.P.J.* 151.

Supreme Court's CCH decision brought user rights and an emphasis on fair dealing.¹⁵

Et, sur un ton qui laisse deviner ses véritables convictions, il précise : « To be clear, the decision does not mean that there is no compensation for authors and publishers nor that their copyrights are unenforceable [...]. »¹⁶ Derrière ces commentaires d'un juriste de common law, on entrevoit le réseau arcané des pensées personnelles de l'expert et, à travers elles, un certain jugement de valeur. Mais la défense du droit d'auteur signifie-t-elle qu'il faille prêter allégeance à une tradition ? Il n'y a certes pas un alignement parfait entre une position proauteur et la tradition civiliste, mais plutôt une forte corrélation.

Afin d'apporter notre modeste contribution à ce sujet fortement identitaire et difficile à cerner tant il est préconstitué de vagues impressions et sentiments, nous nous proposons de procéder en deux temps. Dans la première partie, nous retracerons les moments importants de la division entre droit civil et common law. Il s'agit ici d'une contribution additionnelle à une littérature déjà importante et de qualité (I). La conclusion est sans appel : la pensée du droit civil est peu présente dans le droit fédéral. En même temps, il semble offrir le langage de nouvelles formes d'opposition qui s'exprime sur d'autres plans. Ici, les différences apparaissent dans des lieux non encore explorés : le militantisme universitaire, l'idée particulière de la culture et de l'économie et, enfin, les idées que se font les juristes canadiens des institutions et en particulier ceux de la Commission du droit d'auteur (II).

I- LA LIGNE DE FRONT DE LA DIVISION : DROIT CIVIL ET COMMON LAW

La question est celle-ci : peut-on encore voir, dans le jeu des traditions qui composent le droit canadien, des explications sur l'évolution moderne du droit d'auteur ? L'esprit civiliste, s'il en est un, occupe-t-il encore l'espace d'interprétation ou est-il noyé dans la variété et l'ordre international ? Nous aborderons d'abord la question sous l'angle méthodologique et reprendrons brièvement les termes du débat sur les familles de droit (A). Nous visiterons ensuite deux

15. Michael GEIST, « Federal Court Of Appeal Deals Access Copyright Huge Blow As It Overturns York University Copyright Decision », *Michael Geist.ca*, 23 avril 2020, en ligne : <<http://infojustice.org/archives/42277>>.

16. *Id.*

décisions qui font voir la force d'arguments civilistes, ou plutôt, leur rejet¹⁷. Dans l'affaire *Théberge*¹⁸, c'est la théorie du droit de destination développée qui est examinée et rejetée. Cette décision est souvent présentée comme un point de rupture, les juges civilistes formant la dissidence. Dans l'affaire *Kraft*, c'est la théorie de l'abus de droit, véritable porte-étendard du droit civil, qui fait une entrée manquée dans la jurisprudence du droit d'auteur de la Cour suprême (B). En fin d'analyse, nous concluons que le principe de l'équilibre des intérêts posé par l'arrêt *Théberge* est une position idéologique qui atomise la structure du droit d'auteur. Une approche qui cadre mal avec celle du droit civil (C).

A- Les familles du droit d'auteur

Qui veut se saisir de l'ambitieux sujet de la comparaison des systèmes juridiques se heurte à des difficultés majeures, à la fois conceptuelles et méthodologiques. Il faudrait pouvoir faire revivre les avertissements de feu Patrick Glenn pour poser les termes de notre entreprise. Au risque de trop réduire sa pensée, l'idée de *système* ou de *famille* (droit d'auteur ou *copyright*) ne rend pas compte de la complexité des mouvements internes du droit et perpétue, souvent par simplification, un ensemble de postulats pas toujours exacts¹⁹. Glenn préférera le concept de *tradition*, car ce dernier engage une relation au temps qui pénètre et dépasse la compréhension souvent immédiate de l'observateur²⁰. Tout bouge, tout est information. Le droit tente de se réinventer continuellement, non seulement sur l'axe vertical du temps et des réformes législatives, mais aussi horizontalement, si l'on veut, à l'intérieur des communautés qui le disent ou le produisent²¹. L'université, les associations de professionnels, mais

17. Notons dès à présent que, de manière générale, la common law n'est pas insensible à l'influence du droit civil. On renverra le lecteur à la récente décision de la Cour suprême, prise à la majorité, sur l'obligation d'exécution honnête des contrats, décision signée par notre ancien doyen, le juge Kasirer dans *C.M. Callow Inc. c. Zollinger*, 2020 CSC 45.

18. *Théberge c. Galerie d'Art du Petit Champlain inc.*, 2002 CSC 34 (ci-après « *Théberge* »).

19. Glenn critiquera dans ses écrits l'utilisation du concept de système, qui n'est pas exempt d'ambiguïtés, au même titre que le terme « culture », et qui, de surcroît, fige le concept dans une structure monoculturelle aujourd'hui largement dépassée. Voir Patrick GLENN, *Legal traditions of the world*, 5^e éd., Oxford, Oxford University Press, 2014, p. xxv ; voir aussi Patrick GLENN, « Mixing It Up », (2003) 78 *Tulane Rev.* 79, 85.

20. Glenn définit le concept inclusif de tradition « comme un flot d'information normative qui fluctue à travers le temps et l'espace » [notre traduction]. Voir Patrick GLENN, « A Concept Of Legal Tradition », (2008) 34 *Queen's L.J.* 427, 427.

21. Patrick GLENN, *Legal traditions of the world*, préc., note 19, p. 33.

aussi bien d'autres groupes plus ou moins homogènes, tels que celui des utilisateurs que l'on retrouvera plus loin dans ce texte, constituent de telles communautés. L'idée de tradition laisse plutôt apparaître un *mouvement*, une façon de faire le droit tout en produisant un discours qui unit le passé et le présent, et ce, à des fins de cohérences et de légitimité. Il se forme à travers des chaînes continues de réactions, parfois imprévisibles, et des associations partielles entre plusieurs traditions ou sous-traditions. Le bijuridisme canadien est l'une de ces formations faites d'assemblage. Pour Glenn :

The relations between traditions are thus in principle relations of influence and persuasion, as opposed to conflict and dominance. Traditions float, as with the « general principles » of the common and civil laws. They are therefore in principle accommodating both of local exception, and of other large traditions, as has been the case for the common laws of European origin, which now exercise persuasive influence in the world far beyond their initial colonial expansion.²²

Il faut naturellement se méfier de reproduire nos propres schémas de pensée, produits de nos connaissances limitées, sur une réalité complexe qui nous échappe. C'était déjà l'avertissement que donnait, en 1993, Alain Strowel dans son ouvrage *Droit d'auteur et Copyright, Divergences et Convergences* :

Il faut suspecter le discours en termes de « pureté », discours qui s'accompagne d'une dénonciation de la « contamination », de la « dénaturation », de la « perversion » ou de « l'hybridation des systèmes », voire qui se manifeste par la volonté d'épuration des « corps étrangers » ou de « parasites ». Autant d'expressions utilisées, qui entretiennent l'illusion qu'il existe une nature originelle de l'institution juridique – contradiction s'il en est –, et qui justifient les réflexes protectionnistes en faveur de la prétendue « tradition », dont la pleine cohérence est postulée, mais jamais vérifiée.²³

Il faut se garder également de projeter à travers ces associations et allégeances nos propres espérances. Tantôt par nationalisme, tantôt par rejet, souvent par ignorance, on cherche à créer des filiations. L'appartenance à une même tradition, civiliste ou de common

22. Patrick GLENN, « Doing the transsystemic », (2005) 50 *R.D. McGill* 863, 897.

23. Alain STROWEL, *Droit d'auteur et copyright : divergences et convergences*, étude de droit comparé, Bruxelles, Bruylant, 1993, p. 657.

law, sert à véhiculer certaines idées générales, certaines valeurs sans que l'on ait trop à les justifier. Ce cousinage marque des « espèces » de droit dont on déduit, souvent trop rapidement, le caractère. Le droit d'auteur dans la tradition continentale, par exemple, est présenté comme centré autour d'une vue personnaliste du droit. Dès lors, l'allégeance à cette tradition, par exemple et à titre hypothétique, à travers la rédaction d'un jugement majoritaire par un civiliste, peut être un vote de confiance pour les politiques ouvertement favorables à l'extension des droits exclusifs. Par suite, le droit d'auteur participerait, toujours dans cette conception, de façon active à la politique culturelle d'un pays. Mais évitons pour l'instant de s'inscrire dans ces *loci communes* de la conversation comparatiste.

Nous disions donc, et c'est le principal avertissement, que l'étiquetage des postures intellectuelles ou politiques est problématique et parfois dangereux, surtout quand il a l'aval d'universitaires. En 1998, j'écrivais après une longue et laborieuse revue de l'histoire du droit d'auteur que « pourtant si l'on regarde jusqu'à nous, le droit d'auteur canadien a ceci de particulier qu'il se situe à la croisée des systèmes de droit de type continental et ceux de *common law* »²⁴. Cette affirmation ne donne pas une représentation exacte du droit canadien. Je vis alors dans le droit d'auteur ce que je voulais bien y voir. Au moment d'écrire ces lignes, la Cour suprême nous avait laissés avec de maigres instructions. On retiendra de cette période la position de la Cour dans l'affaire *Bishop* :

Comme le souligne le juge Maugham dans l'arrêt *Performing Right Society, Ltd. v. Hammond's Bradford Brewery Co.*, [1934] 1 Ch. 121, à la p. 127, [TRADUCTION] « la Copyright Act de 1911 a un but unique et a été adoptée au seul profit des auteurs de toutes sortes, que leurs [œ]uvres soient littéraires, dramatiques ou musicales ».²⁵

La formule que l'on aurait bien voulu associer à la tradition du droit d'auteur est attribuée directement au droit anglais. Les quelques mentions jetées ici et là par le législateur québécois dans le Code civil ne donnent pas plus de force à l'idée qu'il y aurait un agenda partagé dans la construction de ce droit²⁶. C'est plutôt le codificateur

24. Voir Pierre-Emmanuel MOYSE, « La nature du droit d'auteur : droit de propriété ou monopole », (1998) 43-2 *R.D. McGill* 507, 558.

25. *Bishop c. Stevens*, [1990] 2 R.C.S. 467, 478-479.

26. Pour une analyse de l'effet du nouveau code sur la qualification juridique du droit d'auteur en droit civil québécois, voir Ysolde GENDREAU, « La nature du droit d'auteur selon le nouveau Code civil », (2013) 85 *R.J.T.* 86.

qui va à la rencontre du droit fédéral. Je m'inscrirais donc aujourd'hui probablement contre ma proposition de 1998, peut-être avec une certaine contrition et une certaine dose de désenchantement. C'est que, dans les jugements dont nous allons parler et qui risquent bien de devenir notre *tradition*, l'ouverture rêvée du droit d'auteur canadien à un riche métissage ; cette ouverture n'est plus – si tant est qu'elle fût. N'y aurait-il que le titre de la loi pour nous rappeler la vocation du droit d'auteur ? Dans l'arrêt *Théberge*, le juge Gonthier, dans sa dissidence, m'amènera avec lui :

D'autre part, il est important de rappeler que les sources du droit d'auteur canadien sont multiples et s'inspirent notamment de la tradition de common law et des notions civilistes continentales. Comme le souligne l'auteur Moysse, loc. cit., p. 562 : Ce que révèle très certainement le terme de « copyright », c'est la fonction même du droit d'auteur. Il s'agit d'un droit exclusif et, pour ce qui est de la partie relative à l'exploitation commerciale de l'œuvre, d'un véritable monopole de reproduction.

[...] Le droit canadien a hérité de ce trait tout en restant, du fait notamment de l'influence du Québec, réceptif aux doctrines françaises. C'est ici tout à l'honneur de notre droit puisque le législateur canadien est porté plus que tout autre à rester attentif aux développements extérieurs afin de modeler ses propres règles.

[...] On trouve ainsi dans les lois canadiennes la volonté de consacrer un droit centré autour de la personne de l'auteur – ce qui reste une émanation des structures civilistes du droit de propriété – et un droit définitivement dynamique, orienté vers sa fonction économique – ce qui reprend les théories soutenant le concept de monopole. La législation canadienne doit donc s'interpréter à la lumière du contexte historique, des développements jurisprudentiels et législatifs internes et des conventions internationales.²⁷

On comprend rapidement les écueils auxquels mène l'exercice délicat des comparaisons. Les conséquences de répandre certaines propositions comme avérées peuvent mener à de grandes déceptions lorsque vient le temps d'analyser le droit dans la réalité. Sorti des tableaux idylliques des représentations abstraites, le droit d'auteur

27. *Théberge c. Galerie d'Art du Petit Champlain inc.*, préc., note 18, par. 116.

des arènes judiciaires offre un tout autre profil. Il est monolithique et figé à la fois dans sa facture fédérale, héritée, on le sait, de la loi britannique de 1911, et dans un mode d'interprétation résolument hermétique aux solutions civilistes. L'influence du droit américain se fait sentir. Et pourtant, le droit fédéral est autonome et devrait être porteur de la diversité canadienne, de son multiculturalisme. Puisqu'il n'y a pas de common law fédérale²⁸, le droit fédéral devrait être un lieu d'expression libre et concertée²⁹. Le sort de la culture civiliste permet de se questionner sur la capacité du droit fédéral de devenir un droit véritablement canadien et, naturellement, sur sa capacité d'accueillir des modèles autochtones.

Daniel Jutras, dans un article récent, s'interrogeait sur l'existence du bijuridisme dans le domaine de compétence fédérale³⁰. Il souligne que l'entreprise d'harmonisation du droit fédéral avait pour objectif de rendre lisible et compatible sa terminologie avec les droits provinciaux. Dans un monde idéal, qui intègre naturellement le Québec, l'indépendance du droit fédéral s'exprimerait par une terminologie neutre permettant un dialogue constant avec les droits supplétifs provinciaux :

On sait qu'historiquement, la législation fédérale en ces matières avait la fâcheuse habitude d'adopter une facture de common law, du moins dans sa version anglaise. Il n'était pas toujours facile de déterminer le contenu et la portée de cette législation, faute d'une correspondance véritable avec le vocabulaire du droit commun civiliste au Québec. L'entrée en

28. Sauf peut-être en droit maritime ; voir *Desgagnés Transport Inc. c. Wärt-silä Canada Inc.*, 2019 CSC 58.

29. Cette question est ouverte à discussion. Pour une analyse sur l'absence de droit commun fédéral en matière de droit d'auteur et la fonction supplétive du droit provincial dans l'interprétation de ce droit statutaire, voir Émilie CONWAY, « L'arrimage entre les droits provinciaux et la *Loi sur le droit d'auteur* : Une dissonance harmonieuse ? », (2011) 23-3 *C.P.I.* 1185.

30. Daniel Jutras invite le juriste à faire tomber le réflexe grégaire du rejet de la common law dans l'interprétation du droit civil. L'auteur aborde quatre thèmes récurrents qui émergent de la doctrine comparatiste : l'intégrité du droit civil, qu'il faudrait protéger des concepts provenant des ordres juridiques étrangers ; la résistance, qui personnifie la tradition québécoise en véritable *Astérix* du fait civiliste dans une mer *common lawyenne* ; le ressentiment face à l'absence de réciprocité des influences dans ce bijuridisme à deux vitesses ; la complétude qui insiste sur le caractère autonome et complet du droit civil. Ce dernier thème, ayant été hissé en véritable épistémologie de la séparation par la doctrine, prive l'interprète d'une représentation exacte des terrains de « mixité » du droit privé canadien. Voir Daniel JUTRAS, « Cartographie de la mixité : la common law et la complétude du droit civil au Québec », (2009) 88 *Rev. Bar. Can.* 247.

vigueur du *Code civil du Québec* a favorisé une réflexion sur ce problème, qui a débouché sur une initiative d'harmonisation de la législation fédérale et du droit civil. Ce processus d'harmonisation s'appuie sur une prémisse fondamentale : la législation fédérale doit refléter la dualité des langues (le français et l'anglais) et la dualité des traditions (la common law et le droit civil) qui existent dans l'espace juridique canadien.³¹

Mais a-t-on vraiment rétabli « l'équilibre entre droit civil et *common law* » ? L'intervention sur le plan matériel, c'est-à-dire le travail linguistique de traduction, ne suffit pas à rendre le droit fédéral neutre. Un exemple ? Le traitement du contrat de licence dans l'affaire *Kraft* est tiré directement des notions du droit des biens de common law. C'est Ziff que l'on cite au soutien de la définition de licence³². Ainsi, c'est bien le droit de common law qui est mobilisé. Le droit fédéral ne semble pas capable de générer de manière indépendante sa norme, sa propre compréhension de la licence à même le texte de la loi et sans référence à une tradition. Ce constat remettrait en cause ce que Jutras appelle, reprenant une expression de Nicholas Kasirer, une « épistémologie de la séparation » et aurait pour double effet de sortir la common law du droit fédéral et d'assurer l'indépendance du droit civil – ou de common law dans les autres provinces – dans son rôle supplétif, et donc de réduire le caractère mixte du droit dans le domaine de la compétence fédérale (le droit fédéral devenant un droit provincial en quelque sorte)³³. Il ne resterait donc, au Québec, que le droit *neutre* fédéral et le droit civil pour le reste. Cela suppose que le droit fédéral soit capable de générer sa propre tradition. L'idée serait qu'un sens commun serait produit de l'analyse des textes bilingues et bijuridiques. Cette coproduction n'existe pas à notre avis³⁴. La prise

31. *Id.*, 257.

32. Voir *Euro-Excellence Inc. c. Kraft Canada Inc.*, 2007 CSC 37, par. 27 (ci-après « *Kraft* »).

33. Voir Nicholas KASIRER, « L'outre-loi », dans Lynne CASTONGUAY et Nicholas KASIRER (dir.), *Étudier et enseigner le droit : hier, aujourd'hui et demain. Études offertes à Jacques Vanderlinden*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2006, p. 329, à la p. 331.

34. On cite souvent la loi d'interprétation pour aplanir les susceptibilités politiques associées à la place faite au droit fédéral et à sa réceptivité : « Le droit civil et la common law font pareillement autorité et sont tous deux sources de droit en matière de propriété et de droits civils au Canada [...] » (art. 8.1). La place du droit provincial dépend donc de l'autorité du texte fédéral ou de la nécessité d'importer le droit provincial. Si la solution peut être trouvée en faisant l'économie de la loi provinciale, c'est donc toutes la ou les traditions versées dans la loi fédérale qui l'emportent. Enfin, même quand le droit civil doit s'appliquer, il faut reconnaître que « les règles et notions du droit civil québécois changent sans doute de couleur dans l'espace fédéral », D. JUTRAS, préc., note 30, 260.

en compte des versions française et anglaise de la loi ne donne pas toujours la solution escomptée. Dans l'affaire *Entertainment Software Association c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique* (ci-après « *ESA* »), la Cour suprême, pour conclure que la liste des droits de l'article 3(1) est illustrative et non constitutive de droits distincts, passe outre la version française dont la lecture est pourtant limpide : « ce droit comporte, en outre, le droit exclusif »³⁵.

Jutras voudrait trouver une ligne de dialogue à travers l'idée du bijuridisme, une formule d'apaisement qui voudrait que l'on accepte définitivement que le droit québécois ait fait siens de nombreux concepts de common law et que le droit fédéral, comme nous l'avons dit, ne soit pas un droit étranger³⁶. Cela est motivé par le refus bien compréhensible de reproduire des préjugés et fausses associations. Jutras écrit :

Il est temps d'en finir avec ce vieux réflexe qui n'appréhende la common law que comme une menace. Plus précisément, il est temps d'admettre que l'interaction entre le droit civil québécois et la common law ne peut pas être gérée de manière monolithique, et qu'à bien des égards, la common law n'est pas un droit étranger au Québec.³⁷

35. À ce sujet, voir Elizabeth F. JUDGE, « Righting a Right: *Entertainment Software Association v. SOCAN and the Exclusive Rights of Copyright for Works* », dans Michael GEIST (dir.), *The Copyright Pentology: How the Supreme Court of Canada Shook the Foundations of Canadian Copyright Law*, Ottawa, Les Presses de l'Université d'Ottawa, 2013, p. 403, à la p. 427 : dans la décision analysée par Judge, la majorité et la minorité étaient divisées sur une question d'interprétation de la *Loi sur le droit d'auteur* ; la majorité préféra une interprétation extensive du mot « includes ». Pourtant, Judge note que l'interprétation de la minorité s'harmonisait davantage avec la version française de la loi, en conformité avec le principe fondamental d'interprétation énoncé par Driedger voulant qu'une loi se lise suivant le sens ordinaire des mots en tenant compte de son contexte, de l'objet de la loi et de la volonté du législateur.

36. Voir *Ontario (Attorney General) c. Pembina Exploration Canada Ltd.*, [1989] 1 R.C.S. 206, par. 14 : « En examinant les questions constitutionnelles, il convient de se rappeler que le système judiciaire canadien est, de façon générale, un système unitaire en vertu duquel les tribunaux provinciaux d'instance inférieure et supérieure qui ont compétence en première instance et en appel appliquent les lois tant fédérales que provinciales selon une structure hiérarchisée ayant à son sommet la Cour suprême du Canada établie par le Parlement en vertu de l'art. 101 de la Loi constitutionnelle de 1867. [...] ». Voir également le paragraphe 17 de la même décision.

37. D. JUTRAS, préc., note 30, 248 et 249.

En matière de propriété intellectuelle, le droit québécois a adopté de nombreux principes de common law (on songera, par exemple, au délit de substitution en droit des marques).

Et il est vrai aussi que le jeu interne des traditions n'est plus le facteur essentiel de l'évolution du droit. La tectonique des systèmes est soumise à de nouvelles forces. Le droit international d'abord³⁸. L'impérialisme des technologies ensuite. La construction rapide de la société de l'information unifie les solutions législatives autant qu'elle les divise. D'ailleurs, le juriste n'a plus le premier rôle et les États tentent d'établir, dans les espaces qui leur restent, des politiques législatives nationales dans un contexte d'uniformisation et d'édulcoration de la culture. Le Canada, déjà importateur *net* de produits culturels, devient un pays utilisateur *net*. Bref, le message de la *tradition* se perd et l'unité nationale est mise à rude épreuve par l'avènement des pouvoirs extra ou supra étatiques amenés par les nouvelles technologies. Le territoire de la citoyenneté Internet rend de plus en plus difficile le gouvernement des activités de l'administré dont l'état civil n'est plus uniquement déterminé par son adresse postale. C'est l'érosion annoncée de l'État westphalien et des sursauts identitaires pour tenter de faire valoir une politique nationale. Au fond, c'est une résistance de terrain qui s'organise et c'est dans ce cadre qu'il faut nécessairement réfléchir à l'identité canadienne. On n'échappe pas à la question idéologique simplifiée par notre duo : droit d'auteur ou *copyright*. À la clef sont des enjeux juridiques domestiques importants : la fiscalité, le contenu canadien, l'écart de valeur dans la rémunération des créateurs, la langue, la protection des savoirs autochtones, etc³⁹. De là, depuis quelques

38. Autre changement notable : l'OMPI n'est désormais plus le théâtre des discussions entre pays de *copyright* et pays de droit d'auteur. Les rapports entre pays qui s'organisaient autrefois dans les vastes salles de l'OMPI – et devant lesquelles les plénipotentiaires devaient faire connaître leurs positions par le biais de leurs diplomates, eux-mêmes devenant la bannière d'une tradition, – sont désormais exprimés en termes commerciaux, soit en termes de balance bénéficiaire ou déficitaire. Autrement dit, il devient plus difficile d'évaluer les axes d'une politique législative domestique claire en dehors de ceux exprimés à l'occasion des négociations commerciales. L'engagement des États se fait largement de manière opportuniste ou forcée et s'exprime de façon discrète dans le particularisme des accords bilatéraux.

39. Ces enjeux ont été l'objet de plusieurs études : pour une analyse de la délocalisation des bénéfices liés aux droits de propriété intellectuelle par la mise en place de licences intragroupes, voir Clemens FUEST, Christoph SPENGLER *et al.*, « Profit Shifting and "Aggressive" Tax Planning by Multinational Firms: Issues and Options for Reform », (2013) 13-078 *Centre for European Economic Research* ; pour une étude sur la protection des connaissances traditionnelles autochtones, voir CENTRE DES POLITIQUES EN PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE, *Rapport de l'atelier sur les connaissances traditionnelles autochtones, leurs expressions*

années, le fantasme mal assumé d'un droit d'auteur canadien. À bien y regarder, de toutes les innovations législatives, il n'y a bien que l'exception pour le contenu généré par les utilisateurs qui distingue le Canada dans sa prétention à la modernité et à l'unité nationale. Est-ce ça, le droit canadien ? Et cette solution canadienne, comment la définir, et sur quelle ligne morale s'articule-t-elle ? Moins droit d'auteur, plus *copyright* ? Ces deux figures continuent à être agitées comme des effigies. Cette polarisation, que l'on a pu juger presque stérile à l'aube des grands mouvements de la civilisation numérique qui allait lier les peuples, semble pourtant marquer plus fortement le débat aujourd'hui. Les auteurs continuent en tout cas à voir dans cette division une source d'inspiration. Jean-Michel Bruguière y consacre un ouvrage : *Le droit du Copyright anglo-américain*⁴⁰. Si ce dernier observe, de l'hexagone, la fertilisation croisée des systèmes, et donc un certain rapprochement, une rétrospective de l'évolution de notre droit marque un net recul de tout ce qui pourrait s'apparenter à un droit d'auteur *continental*. Le contraste entre les propositions du comité parlementaire du patrimoine canadien, asymptotique à l'idée préconçue que l'on se fait des positions de l'école du droit d'auteur au Canada, et celles d'Industrie Canada marque d'ailleurs les conséquences de ce divorce en cours⁴¹ au point où, plus que jamais, le droit d'auteur dans sa structure épouse les exigences du marché et des nouvelles industries plutôt que d'accompagner les politiques culturelles. L'auteur est-il mort ?

B- Épitomé d'une révolution tranquille : *Théberge* et *Kraft*

Nous procéderons chronologiquement. Nous traiterons d'abord l'affaire *Théberge* (1) avant d'examiner l'affaire *Kraft* (2).

1. *L'insolite affaire Théberge*

Est-ce possible qu'une affaire si singulière ait pu donner lieu à une jurisprudence si importante ? On pourrait s'interroger sur les

culturelles et la propriété intellectuelle, Montréal, Innovation, Science et Développement économique Canada, 2020 ; sur les enjeux de propriété intellectuelle en intelligence artificielle, voir Alexandra BENSAMOUN et Grégoire LOISEAU, *Droit de l'intelligence artificielle*, Paris, L.G.D.J., 2019.

40. Jean-Michel BRUGUIÈRE, *Le droit du Copyright anglo-américain*, Paris, Dalloz, 2017.

41. Caron parle récemment d'un divorce entre le droit d'auteur et les *gens* ; voir Christophe CARON, « Le droit d'auteur et les gens : petit abécédaire d'un divorce », dans *Mélanges en l'honneur de Michel Vivant, Penser le droit de la pensée*, Paris, LexisNexis, 2020, p. 73.

motivations réelles de la Cour à entendre l'appel sur une question assez anodine qui n'était peut-être pas d'intérêt national. Elle l'est désormais. Décidément, la jurisprudence est bien mauvaise diseuse. L'arrêt *Théberge* est systématiquement mentionné, non pas pour sa position discutable sur le droit de reproduction⁴², mais pour sa vision particulière de l'objectif du droit d'auteur canadien. La loi, y lit-on, est « un équilibre entre, d'une part, la promotion, dans l'intérêt du public, de la création et de la diffusion des œuvres [...] et, d'autre part, l'obtention d'une juste récompense pour le créateur »⁴³. La formule de l'équilibre des intérêts est désormais brandie à toute occasion. Formule creuse, à mon avis, elle appartient pourtant désormais à notre tradition canadienne. Nous verrons qu'elle l'a peut-être empoisonnée. Toujours est-il que, dans les affaires subséquentes, on retrouve le timbre approubatif de l'arrêt *Théberge*⁴⁴. Jusque-là, l'intérêt public, aurait-on pu croire, était consubstantiel à la protection de l'auteur. Or, l'arrêt *Théberge* provoque une petite révolution copernicienne du

42. Bien que sur ce point, ses effets ne soient pas négligeables. Nous avons soutenu, et notre collègue Ariel Katz également, que l'interprétation restrictive du droit de reproduction pourrait mener à la reconnaissance en droit canadien d'un épuisement numérique. Voir Valérie-Laure BENABOU et Pierre-Emmanuel MOYSE, « Propriété intellectuelle, distribution et épuisement numérique », dans Pierre-Emmanuel MOYSE, (dir.), *Distribution des intangibles : La propriété intellectuelle dans le commerce des nouveaux biens*, t. 2, Montréal, Éditions Thémis, 2014, p. 1 ; Ariel KATZ, « Digital Exhaustion: North American Observations », dans John A. ROTHCHILD (dir.), *Research Handbook on Electronic Commerce Law*, Cheltenham, Edward Elgar, 2016, p. 137.

43. Voir *Théberge*, préc., note 18, par. 30.

44. Cette position qui s'articule autour de l'équilibre des intérêts a été reprise comme commandement dans l'arrêt *Keatley Surveying v. Teranet*, 2019 CSC 43. On rappellera sommairement les faits de l'affaire : un recours collectif est engagé au nom des arpenteurs-géomètres de l'Ontario, alléguant pour l'essentiel que les plans d'arpenteurs constituent une œuvre au sens de la *Loi sur le droit d'auteur*. La reproduction de ces plans par Teranet constituait une violation de leurs droits. Elle a eu pour conséquence, là encore, de débouter les auteurs, dans ce cas des arpenteurs : « Les droits du créateur doivent être reconnus, mais l'atteinte du juste équilibre entre ces droits et les objectifs de la Loi nécessite qu'on en restreigne la portée. » Comme l'a souligné le juge Binnie dans l'arrêt *Théberge*, la *Loi sur le droit d'auteur* vise à établir « un équilibre entre, d'une part, la promotion, dans l'intérêt du public, de la création et de la diffusion des œuvres [...] et, d'autre part, l'obtention d'une juste récompense pour le créateur » (par. 30). Les droits du créateur doivent être reconnus, mais l'atteinte du juste équilibre entre ces droits et les objectifs de la Loi nécessite qu'on en restreigne la portée. Comme le juge Binnie l'a affirmé, « [d']un point de vue grossièrement économique, il serait tout aussi inefficace de trop rétribuer les artistes et les auteurs pour le droit de reproduction qu'il serait nuisible de ne pas les rétribuer suffisamment » (par. 31). La problématique de cette juste allocation des rétributions est rondement réglée : rien pour le peintre, rien pour les arpenteurs. Il faut croire que *rien* est suffisant. On pourrait revenir sur les causes de l'enrichissement de Teranet ou de la Galerie du Petit Champlain.

système. L'auteur n'est plus son centre ou, en tout cas, il n'est plus le seul ; il rencontre le public. L'intérêt devient, par glissement de langage, l'intérêt du public. Le droit canadien n'était pas plongé dans l'obscurantisme du dogme de l'auteur et de sa figure romantique. Aujourd'hui, l'auteur tient plus souvent un clavier qu'un pinceau et, la plupart du temps, est employé plutôt que créateur indépendant⁴⁵. On a même accepté que des ingénieurs deviennent auteurs de données sismiques⁴⁶. Mais, tout de même, un consensus semblait nous unir autour de la personne de l'auteur et de l'idée que la source du droit était la nécessité d'une contribution humaine sous la forme d'une œuvre originale. Or, depuis l'arrêt *Théberge*, la première branche de la proposition, celle relative à l'intérêt public, s'est considérablement développée pour y intégrer des considérations relatives à la consommation et à l'utilisation des œuvres. On peut y voir là les effets de la contre-culture, devenue culture, du *Remix*. Le nouvel ordre est celui de l'emprunt. C'est l'accès plus libre (entendez gratuit) aux œuvres et une réduction proportionnelle des droits. L'arrêt *Théberge* marque la fin de l'expansion du droit d'auteur ; comme si le droit avait été complaisant avec lui. Le droit du propriétaire de l'objet dans cette affaire s'oppose à celui de l'auteur. Comme dans l'œuvre de Thomas Mann, *La montagne magique*, le conflit entre des visions du monde irréconciliables se solde par un duel.

Mais revenons rapidement sur les faits de l'affaire *Théberge*. La question posée était en définitive assez simple et concernait une technologie permettant de désolidariser la couche de peinture d'une affiche de son support matériel d'origine pour y substituer un support à grain plus ou moins fin⁴⁷. À la fin du processus, l'œuvre est

45. Même les Français ont reconnu que la corporation pouvait être considérée comme un auteur. Dans une affaire originale et fort commentée, comme on l'imagine, la Cour de cassation était favorable à l'idée qu'une personne morale puisse laisser son empreinte de personnalité à une création. Dans une affaire *Chanel*, la plus haute cour française a conclu que le sac « créé par la société Chanel » traduisait un « effort personnel de création », Cass, Civ. 1^{re}, 10 mai 1995, n° 93-14.767. Voir aussi Alexandra BENSAMOUN, *Libres propos sur l'existence d'un droit de l'œuvre applicable aux créations issues de l'intelligence artificielle*, dans *Mélanges en l'honneur de Michel Vivant, Penser le droit de la pensée*, Paris, LexisNexis, 2020, p. 13.

46. Voir *Geophysical Service Incorporated v. EnCana Corporation*, 2017 ABCA 125.

47. Il y aurait fort à dire ici sur l'interaction entre droit et technologies. Dans l'arrêt *Théberge* – comme dans le fameux arrêt *Clément-Bayard*, qui a éveillé l'appétit pour la justice corrective de l'abus de droit chez des générations de civilistes –, le progrès (quel progrès !) a prévalu. Il avait aussi prévalu, pour un temps au moins, à l'époque des pianos mécaniques. Il prévaut encore à l'ère d'Internet pour accorder l'immunité aux intermédiaires techniques et céder le passage aux conduits. L'arrêt *Théberge* accompagne encore le prononcé du jugement dans

simplement déménagée d'un support à l'autre sans accroissement du nombre d'exemplaires. La majorité va conclure que la notion de reproduction implique nécessairement la multiplication du nombre d'exemplaires et que, par conséquent, les reproches qui étaient faits à la Galerie d'art pour s'être impunément enrichie étaient non fondés. Le recours en contrefaçon est rejeté⁴⁸.

L'arrêt *Théberge* va avoir une influence considérable sur la jurisprudence produite jusqu'à la réforme de 2012⁴⁹. Elle va également poser les termes dans lesquels la réforme sera discutée en signalant, à travers l'identification de l'acheteur/utilisateur, l'existence d'intérêts subjectifs autres que ceux de l'auteur. Dans cet arrêt, la Cour se place sur un plan franchement politique. Dans d'autres juridictions, c'est le principe d'épuisement qui permet généralement d'expliquer que la mise sur le marché d'exemplaires d'une œuvre échappe au contrôle de l'auteur. Le sort de l'exemplaire, c'est-à-dire sa distribution, est soustrait au droit d'auteur. Ce dernier refera surface seulement si un acte de reproduction apparaît. Mais la Cour suprême, voulant certainement éviter de s'engager là où ni la loi avant elle ni la doctrine n'avaient été très loin, évite l'épuisement. L'explication n'est plus dès lors de l'ordre de la technique juridique, mais des principes constitutifs du droit d'auteur. On y découvre le droit *légitime* du propriétaire qui préfigure celui de l'utilisateur. Le juge Binnie :

À mon humble avis, mon collègue le juge Gonthier [qui rédige pour la dissidence] attribue une portée trop étroite aux droits de l'acheteur en sa qualité de propriétaire de l'affiche, c. à-d. de l'objet incorporant l'expression protégée par le droit d'auteur, et

l'arrêt *Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c. Assoc. canadienne des fournisseurs Internet*, 2004 CSC 45 (ci-après « *ESA* »), qui déboute la société collective dans son action en contrefaçon contre les fournisseurs Internet en application de l'article 2.4(1) de la *Loi sur le droit d'auteur*, exonérant les transporteurs de signaux dès lors que ceux-ci ne contrôlent pas le contenu transmis : « Cette interprétation me paraît assurer le mieux "la promotion, dans l'intérêt du public, de la création et de la diffusion des œuvres artistiques et intellectuelles" (*Théberge*, préc., note 18, par. 30) sans dépouiller le titulaire du droit d'auteur de ses droits légitimes. L'"antémémoire" est en somme une belle invention issue du progrès de la technologie Internet, elle n'a aucune incidence sur le contenu et, au vu de l'al. 2.4(1)b) de la Loi, elle ne devrait avoir aucun effet juridique sur la communication intervenant entre le fournisseur de contenu et l'utilisateur final. »

48. La Cour, sur un ton condescendant, reprochera à l'appelante d'avoir porté sa cause sur le terrain des droits économiques, plutôt que sur celui du droit moral. Quand l'on connaît la faiblesse de notre droit moral ainsi que les dommages généralement octroyés sous son visa, une telle recommandation peut être lue comme un traitement discriminatoire des intérêts de l'auteur.

49. Voir la *Loi sur la modernisation du droit d'auteur*, L.C. 2012, c. 20.

il accorde trop de droits à l'artiste qui a autorisé l'impression et la vente de l'affiche achetée.⁵⁰

Et le juge Binnie poursuit :

On atteint le juste équilibre entre les objectifs de politique générale, dont ceux qui précèdent, non seulement en reconnaissant les droits du créateur, mais aussi en accordant l'importance qu'il convient à la nature limitée de ces droits. D'un point de vue grossièrement économique, il serait tout aussi inefficace de trop rétribuer les artistes et les auteurs pour le droit de reproduction qu'il serait nuisible de ne pas les rétribuer suffisamment. Une fois qu'une copie autorisée d'une œuvre est vendue à un membre du public, il appartient généralement à l'acheteur, et non à l'auteur, de décider du sort de celle-ci. Un contrôle excessif de la part des titulaires du droit d'auteur et d'autres formes de propriété intellectuelle pourrait restreindre indûment la capacité du domaine public d'intégrer et d'embellir l'innovation créative dans l'intérêt à long terme de l'ensemble de la société, ou créer des obstacles d'ordre pratique à son utilisation légitime.⁵¹

On le sait, l'impulsion donnée par l'arrêt *Théberge* arque le droit canadien dans une posture inédite pour le faire passer au-dessus d'une barre alors inimaginable. En 2004, la Cour suprême, dans l'affaire *CCH*⁵², consacre le droit des utilisateurs⁵³. Mais, cette fois dans le contexte de l'interprétation des exceptions et dans un jugement unanime, elle précise que la formule de l'équilibre ne fait pas référence à un vague principe démocratique. Elle révèle des intérêts opposables à l'auteur. L'intérêt du public est sorti de la technique législative où il est pris comme mesure générale de la qualité d'une

50. *Théberge*, préc., note 18, par. 9.

51. *Id.*, par. 30 et 31.

52. *CCH Canadienne Ltée c. Barreau du Haut-Canada*, 2004 CSC 13 (ci-après « *CCH* »).

53. La Cour emprunte un passage désormais célèbre de l'ouvrage de David Vaver : « [l]es droits des utilisateurs ne sont pas de simples échappatoires. Les droits du titulaire et ceux de l'utilisateur doivent donc recevoir l'interprétation juste et équilibrée que commande une mesure législative visant à remédier à un état de fait. » [Traduction de la Cour au par. 48] ; David VAVER, *Copyright Law*, Toronto, Irwin Law, 2000, p. 27. Il faut noter qu'une partie de la doctrine américaine avait déjà déployé des arguments pour interpréter le droit d'auteur américain comme incluant un droit d'accès aux œuvres. L'ouvrage de L. Ray PATTERSON et Stanley W. LINDBERG, *The Nature of Copyright: A Law of Users' Right*, Athens & London, University of Georgia Press, 1991, anticipe déjà la tendance actuelle.

loi, pour devenir un principe prétorien de création de droit : droit des propriétaires, droit des utilisateurs. Tout de suite après avoir cité l'arrêt *Théberge*, la Cour suprême, dans l'affaire *CCH*, précise : « La *Loi sur le droit d'auteur* établit les droits et les obligations des titulaires du droit d'auteur et des utilisateurs. »⁵⁴ L'impact du glissement de l'intérêt public associé à la protection de l'auteur vers un principe de reconnaissance d'intérêts particuliers qui s'opposent à lui est considérable.

Le technologiste et son utilisateur (dans l'arrêt *Théberge*, un auxiliaire de la création, un galeriste) deviennent une paire redoutable. Comme nous l'avons écrit plus haut, l'affaire *Théberge* a mis le droit canadien sur une trajectoire qu'il sera difficile de redresser. Une trajectoire qui, peut-être, fera ressortir son appartenance à une tradition anglo-américaine. Car la décision demeure unique en ce que la dissidence est constituée, on l'a souvent noté, exclusivement de juges civilistes⁵⁵. Or, la proposition de la Cour de définir l'équilibre des intérêts comme un objectif en soi de la *Loi sur le droit d'auteur* s'accompagne d'un sévère rejet de la théorie du droit de destination élaborée et défendue par quelques juristes français⁵⁶ pour élargir les prérogatives de l'auteur⁵⁷. Ce rejet, par la majorité, d'une théorie française qui aurait nourri les arguments en faveur d'une lecture restreinte du droit de reproduction prend ici une signification particulière. C'est l'occasion pour la majorité de considérer l'influence du droit continental pour mieux l'écartier. Binnie, au paragraphe 3(1), affirme :

À mon humble avis, cette interprétation large des droits économiques décrits au para 3(1) fait trop pencher la balance en faveur du titulaire du droit d'auteur et ne reconnaît pas suffisamment les droits de propriété des appelants sur les affiches qu'ils ont achetées. En retenant cette interprétation élargie, on introduirait la notion civiliste de « droit de destination » sans que la Loi ne le permette, et on estomperait la distinction entre les droits économiques et les droits moraux que le législateur a pourtant imposés.⁵⁸

54. *CCH*, préc., note 52, par. 11.

55. Le lecteur n'aura pas manqué de remarquer la composition unique de la Cour : une majorité de juges issue des provinces de common law contre une minorité civiliste. Circonstancielle ou doctrinale ? Les juges Binnie et Gonthier seront baptisés, par certains auteurs, en véritables « porte-paroles de leurs traditions respectives ». Voir M. RIVOIRE et R. GOLD, préc., note 9 ; voir aussi Daniel GERVAIS, « L'affaire *Théberge* », (2002) 15-1 *C.P.I.* 217, 221.

56. Voir Frédéric POLLAUD-DULIAN, *Le droit de destination : Le sort des exemplaires en droit d'auteur*, thèse, Paris, L.G.D.J., 1989.

57. *Théberge*, préc., note 18, par. 62-65.

58. *Id.*, par. 28.

L'arrêt *Théberge* marque-t-il donc le point de rupture entre les deux traditions et l'hermétisme du droit canadien à une certaine vision du droit d'auteur ? Où est-ce une démonstration coutumière du fait que la Cour suprême est ouverte à entendre les positions civilistes au même titre qu'elle le ferait pour le droit étranger ?

Et la réponse à ces questions est encore peut-être dans la dissidence. Pour la dissidence, les droits prévus à l'article 3(1) de la Loi, disposition qui présente l'ensemble des droits économiques y compris le droit de reproduction, ont pour « but premier de permettre à l'auteur de bénéficier des fruits de son œuvre ». Et le juge Gonthier ajoute, fort d'une lecture civiliste de la loi, que l'auteur devrait demeurer associé par principe aux nouvelles exploitations et qu'ainsi, « malgré le fait que la législation ait été rédigée au début du dernier siècle, l'utilisation de termes généraux par le législateur permet à la *Loi sur le droit d'auteur* d'évoluer et de s'adapter aux nouvelles réalités sociales et technologiques »⁵⁹. Ce faisant, Gonthier rejette la définition restrictive de la notion de reproduction retenue de la majorité. La dissidence s'inscrit donc en opposition sur le fond et non pas seulement sur des questions de techniques juridiques.

Daniel Gervais annonçait en 2002 que la cour, dans l'affaire *Théberge*, avait manqué le rendez-vous du projet de « canadiation » du droit d'auteur en rejetant les solutions et principes émanant de la tradition civiliste⁶⁰. Cet arrêt confirme déjà l'adhésion, pour emprunter l'expression de Bruguière, à la tradition anglo-américaine⁶¹. Cette prédisposition est d'ailleurs confirmée dans l'affaire *CCH*, qui rapproche l'utilisation équitable du *fair use* américain. Cette adhésion à la common law, ici américaine, est d'autant plus intéressante que le droit européen nous donne l'occasion d'imaginer ce qu'aurait pu être la décision de la Cour, eût-elle pris l'inclinaison juridique plus continentale. En effet, en 2015, saisie d'une question similaire sur des faits identiques⁶², la Cour de justice de l'Union européenne (ci-après « CJUE ») prendra une position opposée à la Cour suprême canadienne en décidant que le remplacement du support constitue une nouvelle reproduction et que l'épuisement du droit ne s'applique pas dans cette situation : seul le droit de distribution dans l'objet intégrant l'œuvre et produit avec le consentement de l'auteur est épuisé et ne vise donc

59. *Id.*, par. 141.

60. D. GERVAIS, « L'affaire *Théberge* », préc., note 55, 228 et 229.

61. En ce sens, voir le livre de J.-M. BRUGUIÈRE : *Le droit du Copyright anglo-américain*, préc., note 40.

62. Voir Arrêt du 22 janvier 2015, *Art & Allposters International BV c. Stichting Pictoright*, Affaire C-419/13, EU:C:2015:27.

pas la création d'un nouvel objet⁶³. Pour la CJUE, la justification contraste encore avec l'idée de « trop rémunérer » les auteurs :

[I]l ressort des arguments des parties au principal présentés devant la Cour que les titulaires de droits d'auteur n'ont pas consenti, au moins explicitement, à la distribution des transferts sur toile. Par conséquent, appliquer la règle de l'épuisement du droit de distribution priverait ces titulaires de la possibilité d'interdire la distribution de ces objets ou, en cas de distribution, d'exiger une rémunération appropriée pour l'exploitation commerciale de leurs œuvres. À cet égard, la Cour a déjà jugé que, pour être appropriée, une telle rémunération doit être en rapport raisonnable avec la valeur économique de l'exploitation de l'objet protégé (voir, par analogie, arrêt *Football Association Premier League e.a.*, EU:C:2011:631, points 107 à 109). S'agissant des transferts sur toile, il est admis par les parties au principal que leur valeur économique dépasse de manière significative celle des affiches.⁶⁴

Le gouvernement français avait fait des observations en ce sens et elles ont été de toute évidence suivies.

La Cour fait donc mentir celui qui avait écrit en 1998 que « [l]e juriste canadien est sans nul doute influencé par les solutions françaises dont, de toute évidence, il connaît l'existence »⁶⁵. En fin de compte, l'évolution du droit canadien depuis l'arrêt *Théberge* était déjà annoncée. Il suffit de lire cette observation anodine du juge Binnie : « Il n'est pas du tout commode que, dans les versions française et anglaise de la Loi, les mots "droits d'auteur" et "copyright" soient traités comme des équivalents. »⁶⁶ Avec un recul de presque 20 ans, les impressions de Daniel Gervais s'avèrent prémonitoires : « [...] à la lecture de la décision nous avons eu le sentiment que la Cour se sentait investie de la mission d'orienter le droit d'auteur »⁶⁷. Et cette orientation s'éloigne des modèles de pensée continentaux. Avec l'affaire *Kraft*, la Cour suprême dira encore non ; cette fois à la théorie civiliste de l'abus de droit.

63. *Id.*, point 43.

64. *Id.*, point 48.

65. P.-E. MOYSE, « La nature du droit d'auteur: droit de propriété ou monopole », préc., note 24, p. 560.

66. *Théberge*, préc., note 18, par. 62.

67. Voir D. GERVAIS, « L'affaire *Théberge* », préc., note 55, p. 228.

2. L'arrêt Kraft : l'estocade

En 2007, la Cour suprême entendait de nouveau, après la théorie du droit de destination de droit français dans l'arrêt *Théberge*, un argument proprement civiliste : l'abus de droit. Dans cette affaire, le défendeur, que nous représentions alors, était poursuivi en contrefaçon par la société Kraft Canada en application du recours en importation prévu à l'article 27(2)e) de la *Loi sur le droit d'auteur* visant la violation du droit d'auteur à une étape ultérieure. L'affaire oppose un distributeur autorisé et un importateur parallèle. Tout dans cette affaire laissait penser à un détournement des fins de la loi. La *stratégie* employée par la demanderesse Kraft Canada consistait simplement à identifier une œuvre sur le produit : la fameuse marque graphique de l'éléphant (Côte d'Or) ou l'ours dans la montagne (Toblerone). Il suffisait alors de lui faire suivre le traitement d'une œuvre traditionnelle, l'emballage devenant le support même si celui-ci était naturellement destiné aux rebuts. L'article 27(2)e) de la *Loi sur le droit d'auteur* a pour objet l'importation d'un exemplaire de l'œuvre⁶⁸. La tablette devient l'exemplaire, grâce à la présence d'un ornement, et tout l'appareil du droit d'auteur se met en branle. Faire entrer ainsi le droit d'auteur dans la gestion de litiges commerciaux pour des produits de consommation pouvait interpellé, même si l'on accepte, comme nous invite à le faire l'arrêt *Théberge*, que le droit d'auteur ne soit plus exclusivement au service de l'auteur.

On le sait, le rendez-vous de la Cour suprême avec la théorie de l'abus et, par le fait même, avec la tradition civiliste, fut manqué. Cet arrêt est la version judiciaire d'*En attendant Godot*⁶⁹ de l'abus en propriété intellectuelle. Il fut discuté, mais n'arriva jamais⁷⁰. Faudra-t-il

68. *Loi sur le droit d'auteur*, L.R.C. (1985), ch. C-42, art. 27(2) :

Violation à une étape ultérieure

(2) Constitue une violation du droit d'auteur l'accomplissement de tout acte ci-après en ce qui a trait à l'exemplaire d'une œuvre, d'une fixation d'une prestation, d'un enregistrement sonore ou d'une fixation d'un signal de communication alors que la personne qui accomplit l'acte sait ou devrait savoir que la production de l'exemplaire constitue une violation de ce droit, ou en constituerait une si l'exemplaire avait été produit au Canada par la personne qui l'a produit :

- a) la vente ou la location ;
- b) la mise en circulation de façon à porter préjudice au titulaire du droit d'auteur ;
- c) la mise en circulation, la mise ou l'offre en vente ou en location, ou l'exposition en public, dans un but commercial ;
- d) la possession en vue de l'un ou l'autre des actes visés aux alinéas a) à c) ;
- e) l'importation au Canada en vue de l'un ou l'autre des actes visés aux alinéas a) à c).

69. Voir Samuel BECKETT, *En attendant Godot*, Paris, Éditions de Minuit, 1952.

70. La théorie n'a pas pris son envol même si les juristes essayent encore de l'employer. Voir *Philip Morris Products S.A. c. Malboro Canada limitée*, 2010 CF 1099 ;

attendre docilement que la théorie du *misuse* soit largement reconnue en droit américain pour adhérer à un principe d'abus de droit en propriété intellectuelle au Canada ? La Cour suprême dans l'arrêt *Kraft* confirme encore la radicalisation du droit d'auteur et poursuit le mouvement entamé par l'affaire *Théberge*. Daniel Gervais avait vu juste. Dans un commentaire sur l'affaire *Théberge*, il écrit :

L'auteur de ces lignes était de ceux qui pensaient que le Parlement avait nettement marqué son désir de « canadianiser » le droit d'auteur, adoptant une loi et des principes inspirés à la fois de la *common law* et du droit civil, mais aussi des solutions qu'on pourrait qualifier de *sui generis*. Tout cela a maintenant été clairement et définitivement écarté, mis de côté. La décision majoritaire est claire : bien que le droit d'auteur au Canada soit purement statutaire, cela ne veut pas dire qu'il s'agisse d'un droit *sui generis* ou « mixte ». Cela veut assurément dire qu'il n'y a pas de *common law* antérieure résiduelle (non codifiée), contrairement à ce qu'on trouve aux États-Unis, mais il n'en demeure pas moins que le « statut » est bel et bien issu de la *common law* britannique.

[...]

Le droit canadien est donc un droit de *common law* à part entière.⁷¹

Malheureusement, dans notre matière, en tout cas en ce qui concernerait l'influence du modèle civiliste ou continental, on peut parler d'un recroquevillement plutôt que d'un étirement des modes de composition de la loi à travers le bilinguisme. Pour être clairs, l'effort d'harmonisation et la création de vignettes bilingues qui accompagnent la lecture de la loi sont pour l'essentiel cosmétiques. On peut encore citer la maigreur du droit moral canadien. La Cour, en 2003, l'aura remis à sa place dans l'arrêt *Desputeaux* :

Ces droits moraux sont certes déclarés incessibles, mais le législateur permet à leurs titulaires de renoncer à leur exercice. La

Habitations Danny Girard inc. c. Fafard, 2017 QCCQ 1182 ; *Nautilus Plus Inc. c. Centres Stop Inc.*, 2011 COMC 110. Cette lecture, je crois, est juste et atténuée considérablement la portée des observations de Daniel Jutras sur la mixité du droit. Dans l'article « Cartographie de la mixité : la *common law* et la complétude du droit civil au Québec », préc., note 30, il indique que le champ laissé au Parlement fédéral en droit privé, y inclus la compétence en matière de brevets et de droit d'auteur, a amené une domestication de la tradition de *common law* ou une atténuation de son caractère britannique en raison des efforts d'harmonisation.

71. D. GERVAIS, « L'affaire *Théberge* », préc., note 55, p. 228-229.

législation canadienne reconnaît ainsi l'imbrication des droits économiques et des droits moraux dans la définition du droit d'auteur. Notre Cour a d'ailleurs souligné l'importance attachée aux aspects économiques du droit d'auteur au Canada. En effet, la Loi sur le droit d'auteur traite d'abord celui-ci comme une institution destinée à organiser la gestion économique de la propriété intellectuelle. Elle y voit avant tout un mécanisme de protection et de transmission des valeurs économiques reliées à ce type de propriété et à son utilisation.⁷²

Faut-il en dire plus ?

L'arrêt *Kraft* est fragmenté. Les juges ne s'entendent pas au fond et la cause est décidée par une majorité reconstituée que seul un savant collage de décisions concordantes permet de distiller. La décision est prise sur un point technique qui concerne la nature des droits transportés par le contrat de licence. J'ai écrit ailleurs que ce point technique a évité à la Cour le débat sur l'abus et donc de revenir sur les objectifs de la Loi⁷³. En bref, le statut de concessionnaire de Kraft Canada ne permettait pas à la demanderesse d'agir en contrefaçon. Il aurait fallu que cette dernière agisse en vertu d'une cession et non pas d'une licence, même exclusive. Mais au fond, la Cour peine à tirer les conséquences logiques de sa retranscription des objectifs de la loi en intérêts individuels à la suite du prononcé de l'arrêt *Théberge*. L'idée de pondération des intérêts cherche à faire entrer une objectivité comptable dont on vante généralement, selon les cas, la flexibilité ou l'efficacité. C'est la pesée, la justice par désignation d'un champion. Mais cette pesée mène à la détermination difficile, voire impossible, de la valeur relative de ces mêmes intérêts.

Le juge Bastarache, je crois, saisit bien la difficulté et s'interroge sur la *légitimité* des intérêts en cause. L'intérêt (le droit ?) de Kraft Canada d'utiliser le droit d'auteur est bien existant ; mais est-il légitime ? La Cour est interpellée sur ce point et ne trouve pas de réponse. Rothstein répond à Bastarache en anticipant son objection. Car étrangement, ce sont les motifs de Rothstein qui se trouvent au début de l'arrêt alors que ce sont ceux de Bastarache qui semblent avoir amorcé la discussion. On a donc une discussion tout à la fois asynchrone et anachronique. Rothstein commence par un avertissement qui se lit comme une dissidence : « je crains que l'approche

72. *Desputeaux c. Éditions Chouette (1987) inc.*, 2003 CSC 17, par. 57.

73. Voir Pierre-Emmanuel MOYSE, « *Kraft Canada c. Euro-excellence* : l'insoutenable légèreté du droit », (2008) 53-4 *Rev. D. McGill* 741, 771.

du juge Bastarache en l'espèce soit incompatible avec la méthode d'interprétation législative adoptée par notre Cour »⁷⁴, puis s'explique :

Pour étayer son point de vue favorable à une interprétation de la législation sur le droit d'auteur fondée sur le caractère « accessoire », le juge Bastarache introduit la notion d'« intérêts économiques légitimes » pour atténuer la portée des droits expressément conférés par la Loi sur le droit d'auteur. Notre Cour a employé l'expression « intérêt économique légitime » dans l'arrêt *Théberge*, mais dans un contexte différent. L'intérêt économique légitime décrit dans l'arrêt *Théberge* était le droit du créateur d'une œuvre artistique d'être récompensé pour cette œuvre.⁷⁵

On a du mal à comprendre pourquoi le caractère légitime du créateur, dont la Cour prend acte dans l'arrêt *Théberge* avant de l'amputer pour favoriser le propriétaire d'affiches, ne devrait pas être vérifié pour le droit du créateur d'une marque graphique et opposé au propriétaire des tablettes. Ou peut-être le voit-on trop bien. L'insistance à vouloir poser le problème en termes d'intérêts nous précipite en avant dans l'étude des dispositions 27(2)(e) de la *Loi sur le droit d'auteur* et nous oblige à tenir pour acquise l'application de la loi au conflit (une querelle de distributeurs de chocolat). Sa pertinence dans le contexte de distribution de produits de consommation est clairement problématique. L'application de cet article, et donc de la Loi, avait également été prise pour acquise, avant l'affaire *Kraft*, dans une affaire *Volkswagen* où il était question d'une même stratégie pour des pièces de moteur importées marquées du logo de la célèbre marque⁷⁶. En d'autres termes, l'idée de chercher, dans l'équilibre des intérêts, des intérêts multiples et variés revendiqués en vertu d'une loi à l'application extrêmement large nous détourne justement de la possibilité d'en déterminer l'objectif⁷⁷.

C- Un droit soumis aux intérêts

La formule de la Cour suprême dans l'arrêt *Théberge* selon laquelle l'objectif du droit d'auteur est de réaliser un équilibre des intérêts constitue un changement de paradigme significatif. D'abord, parce que c'est à travers des exemples particuliers, et non en amont

74. *Kraft*, préc., note 32, par. 3.

75. *Id.*, par. 7.

76. Voir *Volkswagen Canada c. Access International Automotive Ltd.*, 2001 CAF 79.

77. Et malheureusement, la méthode législative emprunte la même voie. Les processus de consultation deviennent des joutes oratoires sans fin.

ou conceptuellement, que l'objectif du droit d'auteur est recherché. Ensuite, parce qu'elle donne une fausse impression de sécurité. Quelques développements s'imposent. La méthode des intérêts est tendue vers la résolution dans l'instance, selon une casuistique, ce qui donne une facture plutôt mécanique, presque arithmétique et performatrice au droit. La recherche de la preuve, de la démonstration par les sciences statistiques devient pathologique. Je crois que l'idée de la balance des intérêts est une traduction subtile et probablement inconsciente des postulats utilitaristes. À partir d'ici, les généralités sont mauvaises conseillères, mais risquons-nous. Les notions d'équilibre, de pondération, sont axiomatiques à la common law. Dans cette tradition, le droit ne se conçoit pas pour son simple esthétisme conceptuel. La common law ne manque pas de sophistication naturellement, mais sa logique ne procède pas par amour du concept. Elle se déploie dans les mécanismes d'adjudication de cas particuliers qui sont les lieux de la *prépondérance des probabilités* (qui est reprise d'ailleurs par le droit civil québécois), du procès contradictoire. En dehors des tribunaux, le droit, c'est la liberté et les conventions.

Ce mécanisme d'adjudication fait croire à une justice quantifiable, à un processus de gestion d'informations. Le droit est surtout dans l'action de juger ; non dans sa prescription, dans la réalité, non dans une normalité idéale. Bref, le droit vivrait dans la résolution de différends, dans le compromis, dans la concurrence entre individus, dans le combat de la preuve et la validation de lois techniques écrites, dans le détail de la réalité. Ce portrait simpliste permet de mettre en relief, là aussi sur des postulats contestables, la position civiliste ou continentale.

Dans une vision classique qui ne correspond certainement plus vraiment à la réalité, le droit privé de tradition civiliste est un droit de coordination posé dans des principes larges. Cette coordination se fait selon les instructions de l'État, compris comme une institution démocratique représentant le tout⁷⁸. En d'autres termes, le droit, en droit civil, fait voir le rapport de l'individu en société et non pas l'individu en cour. Il est l'agencement des intérêts, mais dans un rapport de construction sociale sur le plan établi par la loi. Et cette loi, dans la tradition civiliste, établit une vision politique qui dépasse

78. Voir Paul ROUBIER, *Droits subjectifs et situations juridiques*, Paris, Dalloz, 1963 ; Madeleine CANTIN-CUMYN, « Le pouvoir juridique », (2007) 52-2 *R.D. McGill* 209 ; Paul ROUBIER, « Délimitation et intérêts pratiques de la catégorie des droits subjectifs », dans *Archives de philosophie du droit : Le droit subjectif en question*, t. 9, Paris, Sirey, 1964, 83 ; Louis JOSSERAND, *De l'esprit des droits et de leur relativité : Théorie dite de l'abus des droits*, 2^e éd., Paris, Dalloz, 2006.

les intérêts qu'elle aménage. Le social n'est pas dans l'arrangement des intérêts entre individus et au meilleur des arguments ; il est dans la loi. Et l'on s'attend à ce que l'État procède par traits appuyés. La *Loi sur le droit d'auteur*, dans la tradition continentale, protège l'auteur. C'est une question de croyance et non de calculs, car la vie sociale échappe aux calculs. Certes, la réalité des transactions et du marché peut être différente, mais cela ne remet pas en cause l'orientation générale de la loi. On parle de tolérance là où le droit canadien voit des droits des utilisateurs. Bien entendu, ici aussi, ces raccourcis sont dangereux et viennent avec un certain nombre d'idées préconçues. La fluidité, la flexibilité et la réactivité de la common law font place à la rigidité, la sécurité et la généralité du droit civil. Ces qualités sont souvent interprétées négativement comme empêchant l'évolution harmonieuse du droit civil qui est taxé de conservatisme. On se souvient du débat sur la supériorité présumée de la common law comme facteur de performance économique⁷⁹.

La raison pour laquelle j'amène le lecteur sur ce thème éculé de l'influence des traditions est que l'affaire *Kraft* illustre, je crois, des différences plus profondes, mais subtiles, qui existent entre les représentations du droit – et ici du droit d'auteur – que se font les juristes civilistes et les juristes de common law. La Cour boude l'abus de droit. Lot de consolation, on trouvera sous la plume du juge Bastarache une invitation timide à traiter du sujet : « il est préférable d'attendre une autre occasion pour trancher cette question ». Mais le juge Bastarache, peut-être à dessein, en avançant l'idée d'intérêt légitime, laisse planer la possibilité de l'existence d'un intérêt illégitime. Or, c'est exactement, à un mot près, la définition de l'abus de droit posé par Josserand, père de la théorie de la relativité des droits⁸⁰.

C'est que l'on peut être dans son droit, mais contre la loi. Pour le civiliste, toute loi contient la possibilité d'être mésusée. Le droit d'auteur, comme toute loi, est infusé d'une conscience sociale, d'un compas. Cette perspective pourrait nous ramener à Rousseau et à ses idées républicaines : le pouvoir, c'est la loi, mais la loi, c'est la collectivité (*res publica*). Le droit, chez les civilistes, c'est la rencontre de l'État et du citoyen dans la loi. La notion de droit est leur alliage. L'exercice asocial d'un droit lui enlève sa qualité de droit. Ironiquement, la division plus marquée du droit privé et du droit public dans les traditions continentales a pour conséquence de maintenir le droit

79. Voir Guy CANIVET, « Le débat *common law versus civil law* sur la performance économique du droit est-il pertinent ? », (2018), 1-129 *Revue d'économie Financière* 31.

80. L. JOSSERAND, préc., note 78, p. 359.

privé dans un mode qui s'écrit avec une conscience publique forte. Au contraire, le pragmatisme rationnel de la common law nous débarrasse peut-être de la nécessité de cette introspection et de l'idée de l'État qui demeure un concept vague et polymorphe. De fait, le mot « droit » n'a pas la même charge politique. Ce sont les *bundles of rights* qui font voir des prérogatives diverses et limitées. Hohfeld a démontré que les « droits » en common law sont relatifs et intersubjectifs, c'est-à-dire qu'ils mettent les individus en relation, créant ainsi des droits et obligations réciproques⁸¹. Il existe déjà dans l'idée de « droit », en common law, une idée d'échange, c'est-à-dire de marché. Ce droit est nécessairement relationnel, intersubjectif. À ce point d'ailleurs que l'abus de droit de propriété, qui suppose une définition forte du droit de propriété et qui ne fait voir que le titulaire et sa chose, ne se retrouve pas, ou se retrouve dans des formes très affaiblies, dans les pays de common law⁸².

Si l'on accentue cette différence, il y aurait, si l'on veut, d'un côté, une vision comptable du droit d'auteur et, de l'autre, une vision conceptuelle ou républicaine (ou à défaut, pieuse) de celui-ci. On pourra très bien comprendre que, pour nos amis de common law, cette présentation ne les amènera pas à la cause du droit civil. Il faut indiquer ici que le célèbre juriste allemand Heck, dont les travaux ont été ignorés et n'ont toujours pas été traduits, avait proposé une méthode de construction scientifique du droit en réaction au conceptualisme⁸³. Nous sommes en Allemagne au tournant du XIX^e siècle, à l'époque où l'affirmation de l'autosuffisance des sciences juridiques et l'ambition du droit pur commençaient à être sérieusement critiquées. Heck propose alors de substituer au droit des concepts le droit des intérêts, pour ramener la science juridique à la réalité changeante des sociétés⁸⁴. Finie donc la recherche de la règle d'or et d'un législateur expert en tout et qui décide pour tous. La place du juge devient également centrale. Le droit doit se contenter de rechercher et concilier des intérêts variés. Cette « jurisprudence des intérêts » n'aura pas le

81. Voir Hohfeld WESLEY NEWCOMB, « Fundamental Legal Conceptions Applied in Judicial Reasoning », dans Walter Wheeler COOK (dir.), *Fundamental Legal Conceptions Applied in Judicial Reasoning and Other Legal Essays*, New Haven, Yale University Press, 1923.

82. La théorie du *misuse* en droit américain, qui peine à être reconnue, en est un exemple. Voir Pierre-Emmanuel MOYSE, « L'Abus de droit : l'anténorme – Partie II », (2012) 58-1 *R.D. McGill* 1, 53-59.

83. Voir Aurore GAILLET, « Contre la jurisprudence des concepts : Philipp Heck et la jurisprudence des intérêts », dans Olivier JOUANJAN et Elizabeth ZOLLER (dir.), *Le « moment 1900 » Critique sociale et critique sociologique du droit en Europe et aux États-Unis*, Paris, Éditions Panthéon Assas, 2015, p. 195, à la p. 204.

84. *Id.*

succès escompté par son auteur pour diverses raisons. Mais dans des travaux récents, on trouve ces explications :

Le refus d'établir des assises philosophiques à la nouvelle méthode proposée sera maintes fois stigmatisé. Sans doute les valeurs trouvent-elles leur place dans la jurisprudence des intérêts – en tant que données posées par le législateur ou par le consensus social. La ferme revendication d'une théorie avant tout pratique, sans prétention axiologique et « libre de philosophie » (*Philosophiefreiheit*), interdit toutefois la détermination d'une « idée » du droit, à même notamment de dépasser les inévitables contradictions entre normes ou intérêts divergents. De telles positions ne peuvent qu'avoir contribué à la disqualification de la jurisprudence des intérêts, dès lors que la – redoutable – question de l'introduction des valeurs sera au cœur des nouvelles querelles méthodologiques du XX^e siècle et qu'une nouvelle « jurisprudence des valeurs » récusera avec vigueur la neutralité du droit.⁸⁵

Ne s'agit-il pas ici de la critique que nous adressions plus haut : l'équilibre des intérêts ne peut pas être une fin en soi. Ces réflexions peuvent, nous semble-t-il, nous aider à comprendre l'importance de principes posés par la Cour et leur réception par différents auditoires. L'interrogation subsiste sur l'effet réel de la « jurisprudence des intérêts » sur le droit d'auteur et le départ clair d'un droit d'auteur essentiellement centré sur l'auteur à partir de l'affaire *Théberge*. Il serait naturellement illusoire de voir dans la division, souvent superficielle, entre droit civil et common law la source des tensions au sujet de la politique du droit d'auteur, car le Québec n'a pas le monopole d'une vision proauteur. Et quand bien même le droit civil avait été source d'influence sur le droit fédéral, il est difficile de spéculer sur les colorations qu'il aurait apportées. Il reste que l'opposition perdure. Elle demeure sourde et se loge peut-être dans la solitude souvent soulignée entre les mondes francophones et anglophones. Ce n'est pas juste une question de langue et de traduction. Au Québec, la langue et le domaine des arts sont des domaines très politisés ; de là une attente particulière quand vient le temps d'interpréter le droit d'auteur.

85. *Id.*, p. 217.

II- CULTURE, DOCTRINE ET INSTITUTIONS : LES AUTRES FRONTS DE LA DIVISION

La première partie de notre analyse suggère un changement réel dans l'approche du Canada en matière de droit d'auteur. Il se peut que l'affaire *Théberge*, que nous avons identifiée comme premier révélateur de ce phénomène, ne soit que la partie visible et juridiciée de mouvements sociaux plus profonds. Les causes de l'évolution du droit d'auteur vers un droit de l'utilisateur, thème récurrent de cette section, peuvent très certainement être ailleurs que dans l'héritage de cette structure britannique de notre loi. L'idée du droit d'auteur compris comme *code complet* rend évidemment difficile le dialogue avec les droits provinciaux supplétifs, mais cela a un effet disproportionné à l'égard des solutions civilistes. Même si l'on dépasse le clivage entre droit civil et common law, dont on peut contester l'utilité, on ne peut s'empêcher d'observer une résurgence réelle de la pensée binaire. La polarisation s'observe d'abord dans les rapports de 2019 faisant le bilan de la loi de modernisation du droit d'auteur de 2012 (A). Elle s'observe ensuite dans la montée en puissance d'une certaine école de pensée constituée de productions universitaires qui ont été particulièrement influentes (B). Finalement, nous émettrons l'hypothèse selon laquelle la physionomie actuelle du droit d'auteur fait voir des conceptions divergentes des institutions du droit d'auteur (C).

A- Culture et économie

Pour qui s'intéresse à l'histoire de l'imprimé, le commerce du livre au Canada est étroitement lié à l'industrie du livre scolaire. Au Québec, la circulation de livres en français pour les écoles, on peut se l'imaginer, n'a pas été seulement une question d'instruction. Les rapports de 2019 sont une occasion de revenir sur le rôle du droit d'auteur dans l'éducation et peut-être d'illustrer plus concrètement les mouvements de fond que nous avons tenté d'identifier dans notre première partie et dont la réalité nous interpelle. Les rapports présentent des positions irréconciliables au sujet des exceptions, et notamment de l'utilisation équitable aux fins d'éducation.

Ici, la thèse de doctorat de Daniel Goldenbaum, soutenue en 2020, apporte une lumière indispensable sur ce que l'on pourrait appeler les mécanismes d'érosion de la modernité⁸⁶. Goldenbaum démontre que ce sont des pédagogues et éditeurs scolaires du Bas-

86. Voir Daniel GOLDENBAUM, *Droit d'auteur et encouragement de la connaissance*, thèse de doctorat, Faculté de droit, Université McGill, 2020 [non publiée].

Canada qui sont à l'origine des pétitions qui menèrent à la première législation au pays, adoptée par l'Assemblée du Bas-Canada en 1832. Une législation inspirée de la loi américaine, faut-il le préciser, mais portée par des motivations locales⁸⁷. Goldenbaum note d'abord que l'exception d'éducation est portée par la remise en cause du paradigme traditionnel du droit d'auteur :

L'exception supplante le droit exclusif pour encourager l'éducation. Ce changement reflète les priorités de notre société : l'impératif d'accès à la connaissance succède à la nécessité de la produire et de la diffuser.⁸⁸

Cet affranchissement de l'éducation (affranchissement dans la mesure de l'utilisation équitable naturellement) constitue un véritable revirement. L'éducation n'apparaît plus dans le droit d'auteur que dans l'exception alors que, note ensuite très justement Goldenbaum, le droit d'auteur originel semble être né de leur union. Mais retrouvons les acteurs de la première loi canadienne. Goldenbaum nous présente d'abord l'instituteur britannique Joseph Lancaster, connu pour ses méthodes d'instruction et qui, désireux de s'implanter à Montréal, fait jouer ses relations avec des députés locaux. Il fait parvenir une première requête au Comité permanent sur l'éducation et les écoles. Il adresse une pétition « demandant une aide pour l'École établie par lui à Montréal. Une autre pétition [...] demandant un Acte pour n'assurer la Propriété littéraire d'aucune de ses publications touchant l'Éducation ou pour l'usage des Écoles en cette Province »⁸⁹. La pétition est lue devant l'Assemblée par un personnage central de notre histoire, John Neilson. L'un des premiers imprimeurs au pays, francophile, arrivée d'Écosse à Québec en 1791, il est immortalisé par Tocqueville, qui l'interroge au sujet du système seigneurial alors en vigueur⁹⁰. Autre page de notre mixité, on retrouve aussi Joseph-François Perreault, portant avec ardeur l'ambition d'instruire le plus grand nombre. Il demande lui aussi l'intervention du législateur pour ses livres et méthodes :

Ladite Pétition [de Joseph-François Perrault] a été reçue et lue, exposant : que n'y ayant pas de livres dans le pays pour montrer méthodiquement la Langue française, il en a rédigé

87. *Id.*, p. 166.

88. *Id.*, p. 14.

89. *Id.*, p. 146.

90. Voir Richard BROWN, « Toqueville au Bas-Canada. Conversation with John Neilson », *Looking at history*, 13 décembre 2010, en ligne : <<https://richardjohnbr.blogspot.com/2010/12/de-tocqueville-in-canada-montreal-and.html>>.

plusieurs qu'il croit propres à introduire dans les écoles élémentaires [...]. Qu'il n'est pas assez riche pour faire imprimer une quantité suffisante d'exemplaires de ces ouvrages pour les réduire au prix modique d'un schelin chaque, afin que chacun pût s'en procurer : Pourquoi il conclut à ce que la législature veuille bien se charger de les faire imprimer à tel nombre d'exemplaires qu'elle jugera à propos, pour une fois seulement, et dont elle disposera, comme bon lui semblera ; avec la réserve et reconnaissance de la propriété de ces ouvrages dans votre Pétitionnaire, ses héritiers ou ayant cause ; et que défense sera faite à tous les autres de les imprimer ou vendre à l'avenir, sans son ou leur approbation sous peine de tous dépens dommages et intérêts et même de confiscation à son profit.⁹¹

Il est clair que nos premières lois, qu'elles soient de facture britannique ou non, portent un projet politique. Et ce projet politique associe à l'origine l'éditeur, l'imprimeur et l'éducateur⁹². Les travaux sur l'histoire du droit d'auteur, ceux de Goldenbaum, Myra Tawfik ou de Sara Banneman et nous ajoutons modestement les nôtres sur le droit colonial, montrent à quel point le droit d'auteur, pendant tout le 19^e siècle, a été le vecteur de l'émancipation culturelle et politique du Canada⁹³. En dépit de la facture souvent neutre de la loi, voire atone, et de l'absence de préambule ou de proclamation constitutionnelle, celle-ci porte néanmoins un projet social. L'intérêt commun originel, c'est ici l'éducation. Ce projet s'est certes complexifié avec le temps. Il ne s'agit plus seulement de livres. Mais des lignes fortes ont été déplacées et réorientées récemment. La lumière historique apportée par les travaux de Goldenbaum n'est pas sa seule contribution. Ce dernier, en effet, voit dans l'évolution actuelle du droit canadien un changement radical d'orientation. Alors que le droit d'auteur a été dès son origine associé à l'éducation, il est présenté par un collège de plus en plus nombreux d'universitaires comme un frein. Frein au

91. Assemblée du Bas-Canada, *Journaux de la Chambre d'Assemblée du Bas-Canada*, 22 janvier au 26 mars 1830, Québec, Neilson, 1830, p. 31.

92. Cela est également vrai en Angleterre. Faut-il rappeler l'intitulé de la loi d'Anne : « 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. »

93. Voir par exemple Myra TAWFIK, « Copyright History as Book History: the Law in Multidisciplinary Context », dans Paul Torremans (dir.), *Research Handbook on Copyright Law*, Cheltenham (UK), Edward Elgar, 2017, p. 31 ; Sara BANNERMAN, « Canadian Copyright: History, Change, and Potential », (2011) 36-1 *Can. J. Communication* 31 ; D. GOLDENBAUM, préc., note 86 ; Pierre-Emmanuel MOYSE, « Canadian Colonial Copyright: The Colony Strikes Back », dans Ysolde GENDREAU (dir.), *An Emerging Intellectual Property Paradigm: Perspectives From Canada*, Cheltenham (UK), Edward Edgar, 2008, p. 107.

partage de l'information, frein à la création et par extension, frein à l'innovation. L'arrêt *Théberge* devient un faire-valoir à l'accès à l'œuvre, à des utilités « supérieures ». Et le juge Binnie lâche le mot :

Un contrôle excessif de la part des titulaires du droit d'auteur et d'autres formes de propriété intellectuelle pourrait restreindre indûment la capacité du domaine public d'intégrer et d'embellir l'innovation créative dans l'intérêt à long terme de l'ensemble de la société, ou créer des obstacles d'ordre pratique à son utilisation légitime.⁹⁴

La notion de domaine public (dont la richesse existe parce qu'il y a des auteurs) deviendra une force additionnelle à l'interprétation de l'utilisation équitable comme d'un « droit des utilisateurs », mais aussi dans l'interprétation du critère d'originalité⁹⁵. C'est tout le droit d'auteur qui est recalibré. On retrouve, dans l'arrêt *CCH*, le nouveau couple : « droit de l'utilisateur » et le « domaine public solide »⁹⁶. La tendance semble irrésistible et se traduit par une aversion à l'égard de tout paiement pour le contenu. L'idée de gratuité est asymptotique à celle d'accès et suit l'axe porteur du domaine public⁹⁷.

Cette menace traduit bien le contexte dans lequel les revendications des titulaires sont accueillies. Avec le recul, la séquence était difficilement réversible. En 2012, dans l'arrêt *ESA*⁹⁸, la Cour met en garde contre les titulaires qui voudraient faire jouer le cumul des droits et demanderaient une « double rémunération ». Dans les affaires *Alberta et Bell*, elle martèle une nouvelle fois que l'utilisation équitable est un « droit des utilisateurs ». Clairement, les espoirs de progrès sont placés dans le « taxi technologique » qu'est Internet⁹⁹. Et Goldenbaum de conclure sur l'introduction en 2012 de l'exception d'éducation :

La loi de 2012 constitue sans aucun doute un moment charnière de la relation entre droit d'auteur et savoir. La législation canadienne érige le domaine public en outil de politique publique destiné à promouvoir l'éducation. Elle consacre un mouvement

94. *Théberge*, préc., note 18, par. 33.

95. *CCH*, préc., note 52, par. 23.

96. Voir D. GOLDENBAUM, préc., note 86, p. 219 et 291.

97. De surcroît, la crainte de la mise sous séquestre du savoir par l'usage d'un verrou numérique (dont on sait aujourd'hui qu'elle était exagérée) obsède les experts en droit des technologies. Les controverses autour du projet global de numérisation des livres par Google et, plus récemment, l'acquisition par Elsevier de SSRN participent à ce climat de méfiance envers l'industrie de l'édition.

98. *ESA*, préc., note 47.

99. *Id.*, par. 55.

qui voit l'ère numérique modifier progressivement la perception des priorités. [...] Les utilisateurs, forces nouvelles, n'hésitent plus à opposer leurs opinions aux industries traditionnelles. Dans cet environnement en mutation, le domaine public de l'éducation semble subvertir les circuits de distribution du matériel pédagogique, sans que nous puissions en déterminer la résonance exacte.¹⁰⁰

Répondant à l'argument selon lequel nous manquerions de données ou de statistiques pour aider la direction politique de notre droit, il affirme :

Le manque de preuve est-il réellement un problème ? Le système repose sur des facteurs par nature difficilement chiffrables. La complexité du dialogue entre droit d'auteur et connaissance, mêlée à l'influence de facteurs externes, rend délicate toute analyse centrée exclusivement sur les effets du droit d'auteur. Un changement de régime doit composer avec tout l'écosystème du savoir, notamment les modèles d'exploitation du contenu, la politique de financement de la recherche, le contrôle des informations disponibles sur Internet, les préférences de consommation ou encore les capacités technologiques, et la manière dont cet environnement interagit avec le droit d'auteur. Le choix d'un véhicule juridique plutôt qu'un autre reste par conséquent toujours empreint d'une certaine philosophie de pensée laquelle renvoie au débat sur la nature du droit d'auteur ? Faut-il se concentrer sur le lien entre l'auteur et son œuvre, ce qui justifierait une protection élevée, ou bien porter son attention sur la relation entre l'œuvre et le public, ce qui légitimerait le recours au droit à part entière de l'utilisateur ? Apparaît en filigrane le dilemme entre l'individualisme et le collectivisme. [...] Au Canada, la figure de l'utilisateur extirpe le droit d'auteur du modèle propriétaire dans lequel il s'était installé au 20^e siècle. En Europe, le modèle de l'exclusivité, un temps questionné, conserve sa prédominance.¹⁰¹

Ces développements prennent un sens particulier lorsqu'on examine les recommandations proposées dans les rapports mentionnés de 2019. On retrouve d'une part, dans le rapport produit par le Comité permanent de l'industrie, des sciences et de la technologie

100. D. GOLDENBAUM, préc., note 86, p. 335 et 336.

101. *Id.*, p. 336 et 337.

(ci-après « Comité ISDE »)¹⁰², un florilège d'allégations apportées par les différents témoins qui se sont fait entendre. La facture même du rapport et la longueur de ses notes de bas de page plébiscitent la quantité et surtout la diversité : on est dans l'équilibre des intérêts. Il est vrai que l'objectif de l'exercice était annoncé : recueillir le plus grand nombre de perspectives différentes. Il reste que la posture est comptable et très insatisfaisante. Au lieu d'examiner les ressorts mêmes des nouvelles dispositions, leurs effets et leurs répercussions, le Comité ISDE procède à une large collecte de preuve par opinion. D'ailleurs, de nombreuses recommandations invitent à plus de recherche empirique¹⁰³. C'est encore une vénération des nombres et d'un empirisme court. Le Comité ISDE se défausse et ne prend pas position. D'autre part, sur le sujet de l'éducation, le rapport du Comité ISDE prend ainsi acte, notamment, des pertes de profits de l'industrie de l'édition à la suite du retrait des établissements d'enseignement des régimes de gestion collective, de l'augmentation corrélative de la prise de licence pour l'accès au contenu numérique et du problème structurel de la gestion collective, dont les mécanismes de redistribution ne récompensent pas forcément les éditeurs canadiens, en autres griefs. Le Comité ISDE rejette l'invitation qui lui avait été faite de proposer de limiter l'exception équitable et soutient la position du gouvernement dans les motifs qui l'avait incité à inclure l'éducation au sein de l'article 29 de la *Loi sur le droit d'auteur* :

Le Comité ne peut souscrire à la proposition de limiter l'utilisation équitable à des fins d'éducation aux cas où les œuvres ne sont pas « accessibles sur le marché », tel que ce terme est défini dans la Loi. L'octroi de licences devrait bel et bien être encouragé, mais cette proposition risque de réduire la flexibilité du marché de l'éducation en privilégiant les licences générales aux licences ponctuelles.¹⁰⁴

Les recommandations 16 et 17, qui concernent ce sujet, n'aboutissent à aucune solution concrète. Le Comité ISDE suggère seulement au gouvernement d'envisager une façon d'aider les négociations entre parties prenantes et propose que l'examen des effets de l'application de la nouvelle exception lui soit confié. Autrement dit, sauf

102. Voir COMITÉ PERMANENT DE L'INDUSTRIE, DES SCIENCES ET DE LA TECHNOLOGIE, *Examen prévu par la Loi de la loi sur le droit d'auteur*, Rapport de juin 2019, Ottawa, Chambre des communes, 42^e légis., 1^{re} sess., 2019 (ci-après « Rapport ISDE »).

103. *Id.*, voir notamment les recommandations 3, 4, 5, 15 et 33 du rapport ISDE.

104. *Id.*, voir les observations et les recommandations du comité à l'égard des exceptions de la *Loi sur le droit d'auteur* relatives à l'utilisation équitable à des fins d'éducation aux p. 70 et 71.

un revirement improbable, il ne se passera rien sur ce front dans les arènes du Parlement. Cependant, le sujet sera prochainement débattu sur le terrain judiciaire. L'affaire *York University*¹⁰⁵, qui concerne directement la capacité d'une université de déterminer unilatéralement ce qui est équitable ou non en matière de reproduction, sera entendue par la Cour suprême¹⁰⁶. En revanche, il est fort peu probable que l'appel porte sur la validité même de l'exception équitable en matière d'éducation. Au contraire, le Comité permanent du patrimoine canadien (ci-après « Comité CHPC »)¹⁰⁷ est très revendicateur et propose de museler l'article 29 afin de l'assujettir à la condition que l'œuvre ne soit pas accessible sur le marché. Le rapport du Comité ISDE avait écarté la solution ; le rapport du Comité CHPC y adhère et plébiscite du même coup le renforcement de la gestion collective :

Recommandation

18 Que le gouvernement du Canada modifie la *Loi sur le droit d'auteur* pour préciser que les dispositions relatives à l'utilisation équitable ne s'appliquent pas aux établissements d'enseignement si l'œuvre est accessible sur le marché.

Recommandation

19 Que le gouvernement du Canada fasse la promotion d'un retour aux licences par l'entremise des sociétés de gestion.¹⁰⁸

Nous terminons ici sur l'impression, qui est la nôtre, que d'autres divisions que celle des traditions sont à l'action dans ces rapports. Le droit d'auteur est désormais opposé au savoir et au progrès ou, en tout cas, à la charge de la preuve quant à ses bienfaits. Ici, l'étudiant, mais aussi potentiellement l'enseignant et l'institution, est un utilisateur en puissance qui est dans une posture de défiance, voire d'opposition avec les éditeurs. La négociation ne se fait plus sur les bases du droit de l'auteur, mais, dans une posture très consumériste, sur les droits revendiqués par les utilisateurs, étudiants, plateformes de diffusion, etc. Ceux à qui profite le crime. Ce renversement est édifiant.

105. *Université York c. Canadian Copyright Licensing Agency*, préc., note 12.

106. L'autorisation d'appel a été accordée le 15 octobre 2020 : voir *Université York c. Canadian Copyright Licensing Agency*, préc., note 12.

107. Voir COMITÉ PERMANENT DU PATRIMOINE CANADIEN, *Paradigmes Changeants*, Rapport de mai 2019, Ottawa, Chambre des communes, 42^e légis., 1^{re} sess. (ci-après « Rapport Patrimoine »).

108. *Id.*, p. 45.

Naturellement, cette lecture doit être nuancée, car il est vrai que s'opère devant nous un transfert de pouvoir des producteurs de contenu aux agrégateurs, outils de recherche et autres services intelligents. L'économie de plateforme et des communications supplante l'économie traditionnelle. Le contraste entre les rapports rappelle la paire culture et économie et la structure bicéphale des politiques en matière du droit d'auteur. Les ministères en cause, ISDE et Patrimoine, ont leur propre agenda, ne serait-ce que pour justifier leur existence distincte. Les rapports de 2019 ont été rédigés à la suite de consultations menées de manière non partisane et sans interférence du gouvernement, mais on ne peut que s'étonner de la position très contrastée des deux rapports, qui, finalement, s'accordent assez bien avec les objectifs respectifs des ministères. Personne ne semble en être particulièrement surpris. À quand le ministère du droit moral et de la personne et celui des droits économiques ? Difficile, comme les rapports le démontrent, d'avoir un point de vue cohérent sur une direction unique lorsque les deux ministères se voient accorder au sein du même gouvernement des missions différentes. Le rapport *ISDE* propose de réaliser des études, de colliger des preuves et de collecter des données ; le rapport *Patrimoine* se pose sur un autre plan, celui des principes. Ne rejoignons-nous pas ici les distinctions que nous faisons plus haut et que nous pourrions présenter comme la différence entre la jurisprudence des intérêts et la jurisprudence des valeurs ? Finalement, les divergences quant aux visions économiques et culturelles du droit d'auteur qui apparaissent ici à la lumière des exceptions peuvent, sous d'autres thèmes, se doubler d'une problématique constitutionnelle et peuvent donc exacerber les divisions explorées. C'est le cas notamment pour le droit de suite dont il est question dans le rapport *Patrimoine*¹⁰⁹. Cette danse aux limites du droit fédéral montre que le sujet des traditions juridiques, sujet qui doit nécessairement inclure les cultures autochtones, est bel et bien actuel.

B- Les écoles de pensée et la fracture numérique

L'émergence du droit des utilisateurs, qui s'accompagne d'un remaniement de l'intérêt public et d'un regain pour le domaine public, façonne à travers ce nouveau langage notre compréhension du

109. Voir la recommandation 11 du Rapport *Patrimoine* : « Que le gouvernement du Canada consulte les gouvernements provinciaux et territoriaux, les groupes autochtones et d'autres intervenants afin d'explorer les coûts et avantages associés à la mise en œuvre d'un droit de suite à l'échelle nationale, et fasse rapport sur la question d'ici trois ans au Comité permanent de l'industrie, des sciences et de la technologie de la Chambre des communes. »

droit d'auteur et sa perception dans les communautés. On peut dire, toujours en travaillant sur nos oppositions, que ces idées, sans être complètement nouvelles, ont acquis une plus grande clarté dans la langue des experts. Pour comprendre le droit, il faut aussi étudier le juriste¹¹⁰. Ce point est, à mon avis, fondamental. Un certain nombre d'universitaires, par leur engagement, ont réussi à fournir le langage dans lequel la conversion des 20 dernières années allait être tenue. Ici, notre attention ne se portera pas sur une tentative de distiller les traits marquants des traditions d'influence dans leurs manifestations réelles ou fantasmées. Elle se déplacera sur la doctrine, c'est-à-dire sur le chercheur et son rôle dans la société. On se rappellera que les années de révisions législatives avec les projets de loi avortés ont donné lieu, sous l'impulsion de Michael Geist, à une production scientifique rarement égalée en quantité. Plusieurs ouvrages collectifs ont eu une influence considérable sur les sujets importants du moment et leur traitement. Ils ont été publiés à des moments clefs de la réforme de la loi de 1997. Il y eut d'abord *In the Public Interest: The Future of Canadian Copyright Law*¹¹¹. L'ouvrage est produit en un temps record et est publié, pour la première fois peut-être dans l'histoire de l'édition scientifique spécialisée en propriété intellectuelle, sous une licence Creative Commons (licence ouverte)¹¹². Le mode de publication est cohérent avec le message général qui prône une réexamination du modèle propriétaire. Tout le Canada se joint à cette chorale d'opinions sur un même thème, de Lametti à McGill (désormais ministre de la Justice) à Cameron et Rajan, représentant l'Ouest canadien. Les articles présentent peut-être des points de vue nuancés, mais ils sont toutefois regroupés sous un même titre explicite qui fait valoir l'intérêt du public. Il ne peut y avoir d'ambiguïté sur le programme de l'ouvrage. Sa portée est d'ailleurs considérable et, sans préjuger de son contenu, donne un ton engagé à la doctrine. Nous sommes en 2005. Les affaires *Théberge*, *CCH* et *Desputeaux* et leur nouveau vocabulaire avaient donné la matière et l'élan. Et le fait d'armes de notre collègue est répété. En 2010 d'abord, c'est la publication de *From « Radical Extremism » to « Balanced Copyright »: Canadian Copyright and the*

110. Voir Bruno LATOUR, *La fabrique du droit : Une ethnographie du Conseil d'État*, Paris, Éditions La Découverte, 2002.

111. Michael GEIST, *In the Public Interest: The Future of Canadian Copyright Law*, Toronto, Irwin Law, 2005.

112. La théorie des communs en général est un autre thème récurrent dans les discussions sur le domaine public. On renverra plus généralement aux contributions à l'ouvrage de Peter K. YU, *Intellectual Property And Information Wealth*, Westport, Praeger Publisher, 2007 et en particulier, à l'article de Michael W. CARROLL, « Creative Commons as Conversational Copyright », p. 445.

*Digital Agenda*¹¹³, un titre évocateur, puis avec une célérité qui défait tous les préjugés sur l'inaction pathologique des intellectuels, c'est, en 2012, celle de *The Copyright Pentalogy: How the Supreme Court of Canada Shook the Foundation of Canadian Law*¹¹⁴. Ce dernier effort collectif ramasse son lot de médailles rapidement. Ses contributeurs sont cités par la Cour suprême dans les arrêts *Sodrac* et *Teranet*¹¹⁵. Ici, le fait que la Cour endosse ou non la position des auteurs importe peu. Ce qui importe, c'est que la formation des jugements emprunte nécessairement les voies dégagées par eux. Une fois lues, les idées suivent leur cours. Il existe, en dehors de la validité des opinions, un déterminisme de l'expression intellectuelle qui porte nécessairement les intérêts d'un groupe. Les ouvrages précités, ne serait-ce que par le choix des sujets et la proximité de l'actualité dont aucun de nous ne peut véritablement mesurer les conséquences, provoquent l'unisson. Le bruit de cette doctrine couvre le crépitement de l'autre doctrine, celle à qui l'on pourrait reprocher de ne pas être assez militante. On se demandera peut-être où sont, où ont été les juristes francophones. Ils brillent par ce que l'on appellerait une certaine forme de réserve. *Les Cahiers de propriété intellectuelle*, vénérable institution, remarquable véhicule de la francophonie, n'ont peut-être pas eu le même impact. Ils n'exhibent pas la même unité. Il ne s'agit pas d'un projet commun¹¹⁶. L'audience n'est pas la même. En 2005, aux écrits orchestrés par Geist, répond le solo d'Ysolde Gendreau sur la propriété¹¹⁷. Le ton, le style, la méthode ne sont pas les mêmes. Leader d'opinion, elle aussi

-
113. Michael GEIST, *From « Radical Extremism » to « Balanced Copyright: Canadian Copyright and the Digital Agenda »*, Toronto, Irwin Law, 2010.
114. Michael GEIST, *The Copyright Pentalogy: How the Supreme Court of Canada Shook the Foundation of Canadian Law*, Ottawa, Presses de l'Université d'Ottawa, 2013.
115. Dans *Société Radio-Canada c. SODRAC 2003 Inc.*, 2015 CSC 57, la Cour cite Carys J. CRAIG, « Technological Neutrality: (Pre)Serving the Purposes of 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. 271 et Gregory R. HAGEN, « Technological 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 ; Dans l'arrêt *Keatley Surveying Ltd. c. Teranet Inc.*, 2019 CSC 43, la Cour cite Michael GEIST, « Introduction », 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. iii.
116. On mentionnera toutefois le numéro thématique des *Cahiers de propriété intellectuelle* consacré principalement à la *Loi sur la modernisation du droit d'auteur*, (2013) 3 *C.P.I.* 25, avec une introduction de Georges Azzaria.
117. Ysolde GENDREAU, « À la recherche d'une propriété perdue », (2005) 17-3 *C.P.I.* 551.

s'interroge, mais sur les axes linguistiques qui nous ramènent aux traditions.

Cette même année, donc, marque peut-être une certaine euphorie d'une part et un début de retraite réflexive d'autre part. L'article d'Ysolde Gendreau contenait déjà les termes d'une question fondamentale irrésolue :

Si l'on veut simplifier la question, l'acceptation de la qualification de propriété se fait au détriment de celle de simple monopole, monopole dont les contours sont déterminés par la loi au gré de politiques diverses. C'est l'idée même du droit d'auteur qui est en cause puisque le recours à l'une ou l'autre des conceptions aurait un impact sur la portée du droit : un droit de propriété facilite l'expansion des prérogatives et, par le fait même, limite les possibilités d'exceptions tandis que le monopole fait du droit d'auteur un instrument plus malléable. En ces temps où le droit d'auteur est sollicité par des acteurs sociaux de tous côtés, la caractérisation du droit d'auteur selon cette alternative prend une importance renouvelée.¹¹⁸

Prophétique : la professeure convient dans ce même article que la conception du droit d'auteur comme un monopole (ce que certains n'hésitaient pas à taxer de *municipal law*) gagne du terrain.

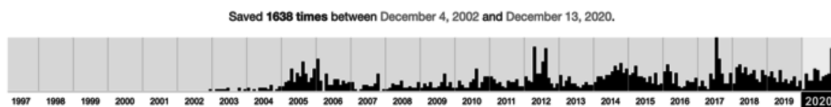
À cette période, la doctrine, ou au moins une importante section de celle-ci, s'investit de plus en plus dans une forme d'activisme. Finie l'ère des rapports d'expert (le rapport *Brunet Keyes* a marqué son temps)¹¹⁹, la mode est à la chose politique. La faculté de droit de l'Université d'Ottawa, section de common law, faut-il le préciser, inaugure en 2003 sa Clinique d'intérêt public et de politique d'Internet du Canada (ci-après « CIPPIC ») et l'Université McGill crée, sur l'initiative de Gold et Lametti, son Centre des politiques en propriété intellectuelle (ci-après « CIPP »). Ces centres seront des intervenants dans de nombreuses causes portées en Cour suprême¹²⁰.

118. *Id.*, 562.

119. Cette époque est marquée par la publication de deux rapports dans le contexte du projet de révision de la *Loi sur le droit d'auteur* : le premier sous un gouvernement libéral (Andrew A. KEYES et Claude BRUNET, *Le droit d'auteur au Canada : Propositions en vue d'une révision de la Loi*, Ottawa, Consommation et Corporations Canada, 1977) et le second sous un gouvernement conservateur (MINISTÈRE DES COMMUNICATIONS, *De Gutenberg à Télidon : Livre blanc sur le droit d'auteur*, Ottawa, Approvisionnement et Services Canada, 1984).

120. Le Centre des politiques en propriété intellectuelle est intervenu dans trois affaires entendues à la Cour suprême : *Keatley Surveying Ltd. c. Teranet Inc.*, 2019 CSC 43 ; *AstraZeneca Canada Inc. c. Apotex Inc.*, 2017 CSC 36 ; *Société*

Même si notre collègue Michael Geist représente un cas singulier, l'année 2005 marque à la fois le début d'une carrière publique pour celui-ci et d'une mobilisation croissante des citoyens sur les questions du droit et du Numérique. Une rapide visite du site d'archivage *Way Back Machine* donne le profil de sa présence en ligne¹²¹. Il y aurait un audimat de la pensée savante :



La propagation de l'esprit de l'intérêt (du) public, porté par un mouvement mondial dont la filiation pourrait être retracée chez Lessig et sa théorie du remploi¹²², chez Stallman et sa campagne pour le logiciel libre¹²³ ou encore chez John Perry Barlow et son manifeste

Radio-Canada c. SODRAC 2003 Inc., 2015 CSC 57. La Clinique d'intérêt public et de politiques d'Internet du Canada Samuelson-Glushko a quant à elle obtenu le statut d'intervenant dans 26 affaires à la Cour suprême : *A.B. v. Bragg Communications Inc.*, 2012 CSC 46 ; *Rogers Communications Inc. c. Voltage Pictures, LLC*, 2018 CSC 38 ; *Colombie-Britannique c. Philip Morris International Inc.*, 2018 CSC 36 ; *R. c. Chehil*, 2013 CSC 49 ; *Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c. Bell Canada*, 2012 CSC 36 ; *Bell Canada c. Canada (Procureur général)*, 2019 CSC 66 ; *Rogers Communications Inc. c. Voltage Pictures, LLC*, 2018 CSC 38 ; *Alberta (Éducation) c. Canadian Copyright Licensing Agency (Access Copyright)*, 2012 CSC 37 ; *Rogers Communications Inc. c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique*, 2012 CSC 35 ; *Douez c. Facebook Inc.*, 2017 CSC 33 ; *Crookes c. Newton*, 2011 CSC 47 ; *Keatley Surveying Ltd. c. Teranet Inc.*, 2019 CSC 43 ; *R. c. Jones*, 2017 CSC 60 ; *Entertainment Software Association c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique*, 2012 CSC 34 ; *Ré:Sonne c. Fédération des associations de propriétaires de cinémas du Canada*, 2012 CSC 38 ; *R. c. MacKenzie*, 2013 CSC 50 ; *R. c. Mills*, 2019 CSC 22 ; *R. c. Reeves*, 2018 CSC 56 ; *TELUS Communications Inc. c. Wellman*, 2019 CSC 19 ; *R. c. Marakah*, 2017 CSC 59 ; *Société Radio-Canada c. SODRAC 2003 Inc.*, 2015 CSC 57 ; *R. c. Société TELUS Communications*, 2013 CSC 16 ; *R. c. Jarvis*, 2019 CSC 10 ; *R. c. Fearon*, 2014 CSC 77 ; *Uber Technologies Inc. c. Heller*, 2020 CSC 16 ; *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Vavilov*, 2019 CSC 65 ; *Haaretz.com c. Goldhar*, 2018 CSC 28. On mentionnera encore le nom d'Ariel Katz, lui aussi professeur d'université fort actif auprès de la Cour suprême. Il vient de signer sa quatrième demande d'intervention dans l'affaire *Université York c. Canadian Copyright Licensing Agency*, préc., note 12.

121. Voir : <https://web.archive.org/web/*/michaelgeist.ca>. Le site Internet *Wayback Machine* permet de retrouver des images instantanées de pages Web, archivées dans une base de données gérée par l'organisme à but non lucratif *Internet Archive*. Le site donne également accès à un aperçu de l'historique de publication des auteurs.

122. Lawrence LESSIG, *Remix*, New York, The Penguin Press, 2008.

123. Richard Stallman est un programmeur américain et militant à l'origine du mouvement pour les logiciels libres. Il est le créateur de la *Free Software Foundation*

pour l'indépendance du cyberspace¹²⁴. L'universitaire est engagé dans le débat public : il met les mots polis par son érudition et son éloquence au service des revendications publiques. C'est ici le danger et la raison pour laquelle tous ne suivront pas. Mais ceux qui n'entrent pas sur la scène publique resteront inévitablement dans l'ombre. De toute évidence, l'usage des médias sociaux, les contributions dans la presse et la publication des deux premiers ouvrages cités ici sont opportuns. Ils sont contemporains des projets de loi C-32, puis C-60. L'impression demeure, à tort ou à raison, que ces travaux orchestrés par Geist, dont les positions sont clairement affichées et qui sont publiés sous des titres évocateurs, portent une certaine vision du droit d'auteur.

Que restera-t-il de ces écrits et de cette tendance contre la *radicalisation* du droit d'auteur ? Elle a apporté une marée d'idées nouvelles et assouvi la soif de centaines d'étudiants en propriété intellectuelle, dont certains sont devenus clerks auprès des cours canadiennes. Ces derniers ont transporté avec eux les idées qui leur ont été servies.

Car le constat est fait par les deux rapports de 2019 ; que l'on prenne l'affiche du droit d'auteur ou du *copyright*, de la propriété ou du monopole, de l'économie ou de la culture, le constat est le même : le créateur s'appauvrit. Il y a une terrible injustice que nos systèmes n'ont pas su réparer. L'intérêt de l'auteur a été le prétexte et le faire-valoir de l'intérêt des autres. C'est déjà sur de nouveaux terrains que sera testé, avec les méthodes que cette nouvelle école aura elle-même produites, l'effet du droit des utilisateurs, la fascination pour le domaine public et l'équilibre d'intérêts qui jusqu'à présent, et depuis presque 20 ans maintenant, mettent au défi la capacité du droit d'auteur de récompenser adéquatement les créateurs :

Les témoignages des artistes canadiens ont permis de faire ressortir plusieurs grands thèmes. Ces thèmes, étayés par les propos des témoins tout au long de l'étude, portent sur : l'augmentation de l'écart de valeur, le déclin de la classe moyenne artistique, l'incidence de la technologie sur les industries de la création, les changements dans la culture de consommation et la perspective autochtone sur le droit d'auteur.¹²⁵

du *Projet GNU*, un système d'exploitation libre né en 1983. Voir GNU.org, en ligne : <<https://www.gnu.org/>>.

124. Voir John Perry BARLOW, « A Declaration of the Independence of Cyberspace », (2019) 18 *Duke Law & Technology Review* 5 (originellement publié en 1996).

125. Rapport *Patrimoine*, préc., note 107, p. 6.

À la tragédie des communs¹²⁶ répond la tragédie des exceptions. Quelle culture voulons-nous ?

C- Gestion collective ou collecteur, royautés ou surtaxes

Enfin, et c'est la destination finale de cet essai, la jurisprudence et la doctrine s'animent autour de la gestion collective et du rôle de la Commission du droit d'auteur. Il fut un temps, et plus précisément en 1999, où cette institution était auréolée d'un respect qui dépassait nos frontières. Les lauriers ont fané. Ses positions, autrefois saluées, sont aujourd'hui critiquées. Dans un arrêt récent, la Cour d'appel fédérale a donné à la Commission un camouflet en rejetant son interprétation des amendements de 2012 élargissant la définition du droit de communication au public pour y inclure des actes de mises à disposition¹²⁷. L'article 2.4(1.1) de la *Loi sur le droit d'auteur* modifie la définition de « communication au public par télécommunication » pour préciser :

Pour l'application de la présente loi, constitue notamment une communication au public par télécommunication le fait de mettre à la disposition du public par télécommunication une œuvre ou un autre objet du droit d'auteur de manière que chacun puisse y avoir accès de l'endroit et au moment qu'il choisit individuellement.¹²⁸

La Cour est sévère à l'endroit de la Commission qui, dans ses mots, se livre à une interprétation libre de la loi canadienne pour arriver à sa propre lecture de la mesure des engagements internationaux du Canada dans la transposition nécessaire du droit de mise à disposition. Dans l'esprit du juge Stratas, la gestion collective et le travail de la Commission semblent être le fait d'un complot monopoliste de grande ampleur usurpant les droits des utilisateurs, multipliant les

126. Pour reprendre la célèbre théorie de Garette Hardin dans son article au titre éponyme « The Tragedy of the Commons », publié en 1968. Le modèle proposé par Hardin expose les conséquences de la poursuite des intérêts individuels sur l'exploitation des ressources communes gratuites. Dans ce jeu à somme nulle, tous sont perdants (voir Garette HARDIN, « The Tragedy of the Commons », (1968) 162-3859 *Science* 1243). Cette hypothèse sur la gestion des biens communs sera reprise par la récipiendaire du prix Nobel d'économie Elinor Ostrom (voir Elinor OSTROM, *Governing the Commons: The Evolution of Institutions for Collective Action*, Cambridge, Cambridge University Press, 1990).

127. Voir *Entertainment Software Assoc. c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique*, préc., note 12.

128. *Loi sur le droit d'auteur*, préc., note 689, art. 2.4(1.1).

outils de perceptions et brimant la liberté de l'utilisateur par des taxes à la jouissance insupportables :

L'interprétation de la Commission contrevient également aux contraintes imposées par les arrêts antérieurs de la Cour suprême. La Cour suprême a mis en garde contre la duplication des niveaux de règlements et de frais qui seraient source d'inefficacité et de coûts inutiles. Dans l'arrêt *Théberge c. Galerie d'Art du Petit Champlain inc.*, 2002 CSC 34, [2002] 2 R.C.S. 336, au paragraphe 31, la Cour suprême a conclu qu'un juste équilibre entre les titulaires de droits d'auteur et les utilisateurs exige qu'on tienne compte de l'efficacité réglementaire. Elle a ajouté à cette ligne de pensée dans l'arrêt *Entertainment Software Association* lorsqu'elle a estimé que la loi devait être interprétée « de manière à ne pas créer un palier supplémentaire de protection et d'exigibilité d'une redevance qui soit uniquement fondé sur le mode de livraison de l'œuvre à l'utilisateur ». Sinon, on « imposerait en fait un coût injustifié pour l'utilisation de technologies Internet plus efficaces » (par. 9).¹²⁹

Et la Commission est mise au pilori : elle ignore, se trompe, trébuche sur l'erreur ou s'y complaît. Elle dénature le droit international et donne une mauvaise interprétation de l'article 2.4(1.1) de la *Loi sur le droit d'auteur* :

En l'espèce, en fait, la Commission s'est penchée sur l'article 8 du Traité, a fait valoir son point de vue sur le sens de cet article sans aucune justification, puis a rendu le paragraphe 2.4(1.1) conforme à son point de vue. Ce n'est pas une méthode juridique acceptable. Il s'agit d'un mauvais usage du droit international. La Commission a accordé un statut supérieur au droit international par rapport au droit national. Ce faisant, elle a contrevenu aux règles imposées par la jurisprudence contraignante et les principes fondamentaux.¹³⁰

Que s'est-il passé depuis 1999 ? L'existence de la Commission est consubstantielle à une certaine acceptation de la gestion collective vue comme un moindre mal. Cette gestion collective est elle-même assise sur l'idée d'un droit exclusif dont on présume qu'il

129. *Entertainment Software Assoc. c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique*, préc., note 12, par. 67.

130. *Id.*, par. 93.

sera nécessairement utilisé par le titulaire de droit pour exploiter l'œuvre. Sans exploitation, et donc sans utilisateur, pas de revenus. Le droit est une invitation à négocier. Mais l'exception au droit d'auteur est la véritable exclusion : celui-là même par qui l'œuvre existe est tenu au silence¹³¹.

Ce que reflète réellement cette rapide dépréciation du rôle de la Commission, faire-valoir du système de la gestion collective, c'est une crise de légitimité. Et ici encore, la division de traditions y est pour quelque chose. L'idée d'institution est, je crois, perçue dans la tradition civiliste comme un lieu d'unité. Ces lieux sont multiples. Le civiliste parle du droit de propriété – dont le caractère unitaire n'a pas d'équivalent en common law – comme d'une institution. La notion centrale de droit subjectif – et le droit d'auteur en est un dans la lecture continentale – est inconnue de la common law, car elle traduit en droit l'idée plus ou moins républicaine d'un protectorat des libertés individuelles (droits) par l'État ; l'État représentant ici concrètement et non sans ambiguïté l'intérêt de la collectivité. Cette vision institutionnelle de la société va de pair avec une certaine tolérance vis-à-vis de la bureaucratie. Nous croyons que la common law, dans sa philosophie de l'efficacité, cherche au contraire à isoler le pouvoir de l'État, à le réduire. Voilà pourquoi on y parle plus aisément de libertés plutôt que de droit. En droit privé, les constructions juridiques sont politiques. Même monté sur la structure procédurale de l'administration britannique, le droit civil québécois présente par sa technique une certaine idée des figures sociales unifiantes que véhicule l'idée d'institution. Nous n'avons pas fait de sondages ni d'études empiriques sur le sentiment que pouvaient bien générer les travaux de la Commission du droit d'auteur, mais il nous semble qu'elle est perçue favorablement au Québec. Ses décisions y sont reconnues comme une source de droit. Non pas directement au sens de précédent (que le droit civil ne connaît pas en principe), bien évidemment, mais dans la fabrique communautaire du droit, elle est un acteur écouté. Et il y

131. En 2012, Daniel Gervais concluait son analyse des cinq arrêts de la Cour suprême de la manière suivante : « To quote Francis Gurry, Director-General of WIPO: "Collective management is the best option that we know for returning value to creators." Yes, there is undoubtedly room for greater transparency and efficiency in the operation of some CMOs, and greater international coordination of rights information, but that is not a reason to reject the entire model, nor a reason to impose an unwarranted separation of rights in the copyright bundle. It is throwing the baby – indeed, the entire nursery – out with the bathwater. » Voir Daniel GERVAIS, « The Internet Taxi: Collective Management of Copyright and the Making Available Right, after the Pentalogy », dans Michael GEIST (dir.), *How the Supreme Court of Canada Shook the Foundations of Canadian Copyright Law*, Ottawa, Presses de l'Université d'Ottawa, 2013.

a de bonnes raisons pour cela. La Commission regroupe une somme d'expertise et d'expérience colossale. Certes, sa position est ambiguë. Organe administratif, son pouvoir est limité et sa position en droit est en tension constante avec la jurisprudence de la Cour fédérale et de la Cour suprême et avec les actes législatifs. Cela résulte du fait que le processus d'homologation de tarif implique que des positions en droit soient testées devant la Commission. Le droit d'auteur canadien n'a pas encore pris réellement la mesure des conséquences de ce corpus d'opinions rendues par une autorité administrative.

En 1999, se prononçant justement sur les questions préjudicielles de l'application en ligne de la musique, la décision *Tarif 22*¹³² est saluée. Le contexte est moins à la critique qu'au débat sur la modernisation de la loi. Le droit canadien avait déjà connu la radiodiffusion, puis la câblodistribution et, ici et là, l'ordre international l'avait invité, voire obligé, à réformer ses concepts. En 1988 est apparu, à côté de la retransmission et du droit de représentation, le droit de communication au public par télécommunication. À chacun d'eux correspond un mode d'exploitation distinct et sophistiqué qui empêche leur réunion. C'est le sens de la distinction opérée sous l'article 2.3 de la *Loi sur le droit d'auteur* entre la représentation et la communication : « Quiconque communique au public par télécommunication une œuvre ou un autre objet du droit d'auteur ne les exécute ni ne les représente en public de ce fait [...] ». ¹³³

La Commission rend donc sa décision sur le Tarif 22. Elle traite dans un langage déjà suranné des liens : « De façon générale, l'information transmise sur Internet est livrée en mode d'extraction monodestinataire : selon ce mode, l'utilisateur demande ou "extrait" l'information lorsqu'il le désire et les paquets ne parviennent qu'à un seul destinataire »¹³⁴. Et plus loin :

Un fichier audio peut être téléchargé de l'ordinateur central vers le support d'enregistrement, à partir duquel on peut l'exécuter à l'aide d'un logiciel qui l'interprète. On peut toutefois, à l'aide d'un programme d'enregistrement et de lecture en continu, tel que Real Audio, accéder aux fichiers audio qui sont

132. COMMISSION DU DROIT D'AUTEUR DU CANADA, *SOCAN – Tarif 22 (Transmission d'œuvres musicales à des abonnés d'un service de télécommunications non visé par le tarif 16 ou le tarif 17)*, 1999 (ci-après « *Tarif 22* »).

133. *Loi sur le droit d'auteur*, préc., note 68, art. 2.3.

134. *Tarif 22*, préc., note 132, p. 17.

codés et enregistrés sur un serveur, pour vivre ce qui semble être une expérience en temps réel.¹³⁵

Nous sommes, vous l'aurez compris, aux prémices de la réflexion sur l'exploitation des œuvres en ligne. À cette époque, on a accès aux œuvres, principalement des photos et du texte, en y accédant par liens hypertextes ou Netscape, puis en déchargeant des fichiers MP3. La transmission continue n'existe pas. On parle alors de la distribution numérique des œuvres. Cette date est marquante, car la Commission produit un travail remarquable. Pour la première fois, elle doit se lancer dans une opération pour laquelle ni la loi, ni la jurisprudence, ni la doctrine n'ont été d'une grande aide. Elle explique que pour asseoir un tarif, en l'occurrence celui pour la transmission des œuvres par Internet, il lui faut procéder à une analyse au fond.

Notre droit n'a pas été très loyal ou clair quant à ce rôle forcé d'un tribunal administratif. Mais il est incontestable, selon nous, que la Commission a été au cours des 20 dernières années une voix essentielle dans la production du droit. À l'époque de la décision *Tarif 22*, de nouveaux services émergent. L'industrie musicale fait face à Napster et aux modèles de partage *peer-to-peer*. Sur le plan conceptuel, tous les efforts se portent sur la réinvention des droits principaux. L'outillage est un peu désuet. Les Traités de l'OMPI cherchent à le mettre à jour¹³⁶. Pour le droit de reproduction, soit il est omniprésent et ingérable (toute transmission implique de multiples copies, notamment en antémémoire), soit il est neutralisé dans la sphère privée. Les lois applicables alors tolèrent en effet que l'utilisateur fasse des copies¹³⁷. Le régime de la copie privée assure alors une forme de compensation en prélevant une redevance à même les supports d'enregistrement vierges. On sait qu'elle est aujourd'hui réduite et qu'elle exclut les supports d'enregistrement numérique¹³⁸. Le modèle de rémunération du droit de reproduction est celui de la distribution de l'exemplaire tangible qu'il permet de produire, pas de la copie numérique. Percevoir les royalties directement auprès de l'utilisateur final pour toutes les reproductions dont il est potentiellement

135. *Id.*, p. 18.

136. OMPI, *Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur (WCT)*, Genève, 10 décembre 1996 ; OMPI, *Traité de l'OMPI sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes (WPPT)*, Genève, 20 décembre 1996.

137. Voir *ESA*, préc., note 47, par. 153 : « Notre Cour doit opter pour une interprétation de l'al. 3(1)f qui respecte le droit à la vie privée de l'utilisateur final et écarter toute interprétation qui favoriserait le contrôle ou la collecte de données personnelles lors d'une utilisation de l'Internet à domicile. »

138. *Apple Canada Inc. c. St-Germain*, 2010 QCCA 1376.

capable est anachronique et difficilement réalisable. Quant au droit de communication par télécommunication, sa principale limitation est l'exigence que la transmission soit faite au public. Tout le monde s'accorde alors pour dire que la distribution numérique doit être réglementée, mais il semble que ces deux droits principaux posent problème. Et c'est la Commission qui accompagnera le rôle de la doctrine. Toutes les décisions de la Cour suprême concernant la distribution numérique des œuvres concernent des appels en révision d'une décision de la Commission dont les bases principales sont énoncées en grande partie dans la décision *Tarif 22*. La Commission donne le pas. Il nous suffit de rapporter ses deux premières conclusions :

- 1) Une œuvre musicale n'est pas communiquée au moment où elle est rendue disponible sur un serveur.
- 2) Une œuvre musicale est communiquée par télécommunication au moment où un serveur contenant l'œuvre répond à une demande et qu'il y a transmission de paquets sur l'Internet, permettant au destinataire d'écouter, de voir ou de copier l'œuvre.
- 3) Le caractère public ou privé d'une communication sur l'Internet découle de principes juridiques établis.
- 4) Il n'est pas nécessaire qu'une communication soit instantanée ou simultanée pour être une communication au public.¹³⁹

Les décisions *ESA* et *Rogers* de 2012 remettent en cause non seulement la portée du droit de communication, mais aussi la légitimité de la Commission à se prononcer en droit dans l'exercice de l'homologation de tarif. L'affaire *ESA* et, dans une moindre mesure peut-être, l'affaire *SODRAC* atteignent en son cœur la pertinence des opinions de principe de la Commission. Si la décision *Tarif 22* avait alimenté de manière productive le débat au sein des communautés du droit canadien, sa dernière décision sur le droit de mise à disposition risque fort d'être déclarée hors sujet¹⁴⁰. Il restera à voir si la

139. *Tarif 22*, préc., note 132, p. 26. Les principes du second et du quatrième énoncés seront confirmés dans l'arrêt *Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c. Assoc. canadienne des fournisseurs Internet*, 2004 CSC 45. Voir également, *Rogers Communications Inc. c. Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada*, 2012 CSC 35, par. 6, où la Cour rappelle que ce point « n'est plus contesté ».

140. Décision CB-CDA 2017-085. Après avoir reconnu son existence indépendamment du droit de communication au public par télécommunication, la Commission du

Cour suprême, en acceptant l'appel de la décision de la Cour fédérale, clarifiera son rôle et la portée de ses jugements. Avec d'autres, nous sommes d'opinion que la décision *ESA* et sa lecture par la Cour fédérale sont hautement problématiques¹⁴¹. En refusant de scinder les droits de reproduction et de communication par télécommunication et en imposant un droit unique aux activités numériques sous la forme d'un droit de communication dans l'affaire *Rogers* ou de droit de reproduction limité dans l'affaire *ESA*, la Cour rejette le principe d'indépendance des droits exclusifs. Or, c'est justement en raison du défaut de consensus international autour d'un droit de distribution numérique que les États, dont le Canada, ont plutôt préféré maintenir l'application concomitante, le cas échéant, des droits de communication et de reproduction. Une activité pouvant, selon les circonstances, impliquer plusieurs droits. Le calcul des royautés prend en compte cette multiplicité. Certes, le système est lourd et requiert un effort considérable pour déterminer la valeur de ces multiples droits¹⁴². La Commission n'a pas créé ce système ; elle est impliquée malgré elle dans les luttes sur des questions qui auraient dû être réglées devant le Parlement, et non pas devant la Cour suprême. C'est sa représentation d'elle-même et celle que l'on s'en est faite dans les milieux intellectuels, son rôle dans notre conception sociale du droit d'auteur, en tant qu'institution, qui vacillent. Contre cette idée, une vue hayékienne de notre société, atomisée, organisée d'intérêts sans réelle vision d'ensemble autre que celle produite par un collage de ceux-ci nous est proposée¹⁴³.

droit d'auteur du Canada rejette une demande de tarif, soulevant la difficulté d'attribuer une quelconque valeur à ce nouveau droit : « Comme il n'y a pas suffisamment d'éléments de preuve de nature économique permettant d'établir le prix de la mise à disposition de manière distincte de celle de la communication par télécommunication, ou l'ajustement nécessaire au prix de la communication par télécommunication, pour tenir compte de sa portée plus large, nous sommes incapables de le faire en l'instance », CB-CDA 2017-086, conf. par 2020 CAF 101.

141. Voir notamment D. GERVAIS, « The Internet Taxi: Collective Management of Copyright and the Making Available Right, after the Pentalogy », préc., note 131, p. 378 ; Mario BOUCHARD, « L'examen parlementaire du droit d'auteur de 2017 : ce qui aurait pu être au programme et qui ne le sera pas », (2017) 29-3 *C.P.I.* 497.
142. La preuve a souvent été faite que les longs délais et les coûts procéduraux pour rendre les décisions sur les tarifs examinés par la Commission sont problématiques, surtout à l'ère de l'exploitation en ligne des œuvres. La récente loi de modernisation répond en partie à ces préoccupations : *Loi n° 2 portant exécution de certaines dispositions du budget déposé au Parlement le 27 février 2018 et mettant en œuvre d'autres mesures*, L.C. 2018, c. 86.
143. Faire référence à Bonaparte ici est hautement problématique, car on ne peut dissocier sa pensée de ses actions. Mais la difficulté du sujet me pousse à le citer pour tenter d'expliquer ce que serait cette vue institutionnelle du droit. Elle est présentée à l'extrême ici, mais nourrit nos réflexions sur les méthodes

CONCLUSION

L'impossibilité de saisir par l'esprit l'ensemble des facteurs qui justifient les tendances dont nous avons parlé nous ramène irrémédiablement à des réductions. Elles sont pétries de préjugés, mais aussi, probablement, de certaines vérités. Il y aurait une conception du droit d'auteur centrée sur la personne de l'auteur. Ici, c'est le mythe du créateur et la définition d'originalité qui exigent des ajustements. L'autre, plus agnostique, voit à travers l'auteur des intérêts commerciaux fort variés que le marché doit agencer avec l'aide du législateur. L'intérêt de l'auteur est alors noyé dans la multitude des revendications et des opportunités des nouvelles industries. Le *copyright* est distributif dans les avantages qu'il produit, permettant ainsi des émulations sectorielles : les intermédiaires techniques, les établissements d'enseignement, les artistes-interprètes, etc.

Cette division est trop facile pour ne pas être caricaturale. Il est bien impossible, pour l'un ou pour l'autre des modèles, de prévoir comment le droit doit évoluer. Mais il leur est également impossible de démontrer la portée normative de leurs prétentions. On demande plus d'études, plus de données, comme si le droit était mécanique et que l'on pouvait prévoir ses effets. Les conclusions de l'économiste Machlup sont encore justes aujourd'hui. Appelé dans les années 1950 à évaluer l'efficacité du système des brevets américains dans un contexte de forte innovation et de sentiments négatifs envers les grandes entreprises, il écrit :

No economist, on the basis of present knowledge, could possibly state with certainty that the patent system, as it now operates, confers a net benefit or a net loss upon society. [...] If one does not know whether a system "as a whole" (in contrast to certain features of it) is good or bad, the safest "policy conclusion" is

de consultation dans l'effort vain de produire la meilleure politique possible, la plus équilibrée : « On a tout détruit ; il s'agit de recréer. Il y a un gouvernement, des pouvoirs ; mais tout le reste de la nation, qu'est-ce que ? Des grains de sable. Nous avons au milieu de nous les anciens privilégiés, organisés de principes et d'intérêts, et qui savent bien ce qu'ils veulent. Je peux compter nos ennemis ; mais nous sommes épars, sans système, sans réunion, sans contact. Tant que j'y serai, je répons bien de la République ; mais il faut prévoir l'avenir. Croyez-vous que la République soit définitivement assise ? Vous vous tromperiez fort. Nous sommes maîtres de la faire ; mais nous ne l'avons pas oui, ils ne l'auront pas, si nous ne jetons pas sur le sol de la France quelques masses de granit. » (N. BONAPARTE, préc., note 3).

to “muddle through” – either with it, if one has long lived with it, or without it, if one has lived without it.¹⁴⁴

Il y avait certes des corrections à faire dans l’emploi du droit d’auteur. L’industrie du disque, par exemple, devait se réinventer. L’auteur était – et est toujours – peu protégé dans ses relations avec ceux qui exploitent, en son nom, ses œuvres. C’est pour cela qu’il existe les lois sur le statut de l’artiste¹⁴⁵. Un système robuste de droits exclusifs n’est pas la garantie non plus de l’adéquation de l’offre à la demande. Le contrôle de la distribution des produits culturels que suppose ce système est nécessairement contingent aux exigences de vente des mêmes producteurs et éditeurs et génère sans nul doute une certaine culture. Il est difficile, enfin, comme le démontre l’affaire *Kraft*, d’envisager à l’avance à quelles fins le droit d’auteur sera utilisé.

Inversement, le droit des intérêts, celui que l’on associe à la common law, préfère s’en remettre à la dextérité du marché et accepte l’intervention du législateur avec méfiance. C’est le droit des utilisateurs, des chiffres et des lettres (de l’interprétation souvent restrictive des textes). Et ils sont nombreux, ces utilisateurs : propriétaire d’exemplaire, consommateur procédant à de la « recherche » par pré-écoute, enseignant, élèves, etc. Ce sont les croisades contre la Commission du droit d’auteur, symbole d’une intermédiation étatique et de rente collective. Ce sont les attaques contre le droit des mesures de protection, etc. C’est la montée en puissance des mythes de l’innovation¹⁴⁶ et du progrès par une circulation libre des idées. Les œuvres elles aussi devraient être vues comme de l’information. D’ailleurs, il ne serait pas surprenant que notre Parlement adopte une exception pour l’utilisation des œuvres pour l’intelligence artificielle¹⁴⁷.

144. Fritz MACHLUP, *An Economic Review of the Patent System*, study commission by the Subcommittee on Patents, Trademarks, and Copyrights of the Committee on the Judiciary, U.S. Senate, 85th Congress, second session, Washington, D.C., 1958, p. 79-80.

145. Voir : *Loi sur le statut professionnel et les conditions d’engagement des artistes de la scène, du disque et du cinéma*, RLRQ, c. S-32.1 ; *Loi sur le statut professionnel des artistes des arts visuels, des métiers d’art et de la littérature et sur leurs contrats avec les diffuseurs*, RLRQ, c. S-32.01.

146. De nombreux auteurs sont d’avis que l’existence et la forme de protection des droits intellectuels sont indifférentes au regard de l’acte créatif. L’idée d’une récompense est donc étrangère à l’acte de création. Voir notamment Nicolas BINCTIN, *Droit de la propriété intellectuelle*, 5^e éd., Paris, L.G.D.J., 2018, p. 29 et 30.

147. Voir la recommandation 23 du Rapport *ISDE*, préc., note 102, p. 91-96, sur les exceptions technologiques.

Les divisions dont nous avons exposé certaines manifestations s'organisent sur des systèmes de valeurs, sur des convictions dont les vérités nous semblent bien impossibles à démontrer pour l'un comme pour l'autre. L'évolution des technologies efface, dépasse ou supplante parfois les solutions législatives. Mais la complaisance avec laquelle on traite l'utilisateur, sous prétexte d'innovation, de partage, de coûts, de qualité de vie ou même de liberté d'expression, devient irritante quand on connaît les profits générés par ceux qui prônent et récupèrent cette liberté affranchie de droits d'auteur¹⁴⁸. Depuis l'arrêt *Théberge*, cette complaisance est à la base de la crise que nous vivons. La presse se meurt et l'on se prend soudainement à réinventer un droit *sui generis*. Les artistes se meurent et l'on se réveille avec le goût amer d'une culture algorithmique dont le contenu est pré-choisi et recommandé en fonction de son profil Facebook. On promet d'y remédier.

Et c'est ici finalement que la déception est la plus grande. On nous avait promis un droit canadien. Ce qui aurait pu permettre de mieux attester des divergences de vues, celle des civilistes, utilitaristes ou conformistes confondus, par exemple. Cela n'a pas été le cas. Et sur le plan des symboles, on pourrait dire que la vision du droit d'auteur à la *continentale* porte une certaine idée de la culture. Notre regard est au moins porté non sur une masse diffuse de consommateurs ou d'utilisateurs en tout genre, mais sur la main du créateur, dut-il utiliser un clavier. À regarder la copie actuelle de notre législation, on a bien du mal à lui trouver une identité plaisante. C'est un bottin fiscal dont seul un décodage approximatif permet de comprendre la direction. Il faut déjà enlever toutes les dispositions adoptées à contrecœur ou par économie, c'est-à-dire reproduites d'autres législations (la loi britannique de 1911 par exemple, mais désormais passablement *canadianisée*) ou dictée par les traités qui nous obligent. Abstraction, filtration, comparaison. Que reste-t-il ? Quel est ce droit d'auteur *proprement* canadien : celui qui apparaît des inutiles avis et des nouvelles dispositions réglementant leur contenu afin d'éviter aux utilisateurs destinataires de tels avis de se sentir agressés dans leur habitude d'accéder librement à du contenu protégé ? Celui du contenu généré par l'utilisateur ? Celui de l'exception équitable de

148. Nicolas Binctin, dans l'avant-propos de la cinquième édition de son traité, écrit ceci : « Pour le moment, la propriété intellectuelle survit. Elle doit lutter, non seulement contre ses contestataires traditionnels qui voient en elle, soit une atteinte à la liberté d'expression (confondant propriété et censure !), soit une limite à leur liberté de commercer [...] tout en exploitant les biens intellectuels d'autrui) et souhaiteraient la réduire à un "contenu" devant circuler en ligne sans contrainte [...] » (N. BINCTIN, préc., note 147, p. 13).

l'éducation qui range ce pan fondamental de notre société au même titre que la parodie et la satire et qui opte pour l'éducation Wikipédia ? Celui d'un droit moral amorphe et sans âme ?

Le génie du droit d'auteur semble avoir quitté le droit canadien. Mais a-t-il jamais existé ?