

## Les œuvres « immorales ou licencieuses, séditionnelles ou entachées de trahison » et le droit d'auteur canadien

Mistrale Goudreau\*

Concernant les œuvres allant à l'encontre de l'ordre public, le législateur avait bien au départ indiqué son choix dans la première loi sur le droit d'auteur au Canada : « aucun livre immoral ou licencieux, séditionnel ou entaché de trahison ou autre semblable œuvre littéraire, scientifique ou artistique ne pourra être enregistré ou former l'objet d'un droit de propriété [littéraire ou artistique] »<sup>1</sup>. Mais la clarté de la solution législative n'allait pas durer ; le législateur abolit l'exclusion en 1921<sup>2</sup>. Depuis, les juristes se sont interrogés sur la signification de cette abolition. Fallait-il croire que ces œuvres immorales ou licencieuses, séditionnelles ou entachées de trahison, bref ces œuvres qui contreviennent à l'ordre public, bénéficiaient pleinement de la protection de la *Loi sur le droit d'auteur*<sup>3</sup> ou qu'au contraire, irrémédiablement entachées par leur violation des valeurs fondamentales de la société, elles ne méritaient plus le soutien du législateur<sup>4</sup> ? Par ailleurs, l'ordre public doit-il prohiber toute

---

© Mistrale Goudreau, 2008.

\* Professeure agrégée, Section de droit civil, Université d'Ottawa.

1. *Acte concernant la propriété littéraire et artistique*, L.C. 1868, c. 54, art. 3. Lors des codifications, les articles correspondants contiennent des prescriptions semblables, voir S.C. 1886, ch. 62, art. 5(2) et S.C. 1906, ch. 70, art. 7.

2. *Loi de 1921 concernant le droit d'auteur*, 11-12 Geo. V, c. 24, art. 48.

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

4. Robert G. Howell, « Copyright and Obscenity : Should Copyright Regulate Content ? », (1994) 8 *I.P.J.* 139, à la p. 151.

représentation obscène ou toute réflexion questionnant l'autorité établie ?

Mais en vérité, l'ordre public ne demande pas que l'on pose la question en termes si radicaux. L'ordre public n'intervient que dans la mesure nécessaire pour préserver ces règles essentielles au « bon fonctionnement des institutions indispensables à la collectivité »<sup>5</sup>, « établies pour sauvegarder des intérêts, même particuliers, considérés comme essentiels à la paix et à la prospérité du groupe ... »<sup>6</sup>, « the purpose of which is to protect and promote the basic values of the community »<sup>7</sup>. Il utilise toute une panoplie de moyens pour y parvenir : on pense bien sûr aux interdictions du droit criminel, et en droit privé, à la nullité des contrats qui violent l'ordre public, mais il y a aussi les fins de non-recevoir ou l'application de la doctrine des « clean hands »<sup>8</sup>, ou de l'adage « nemo auditur »<sup>9</sup>. Nul n'est besoin de prendre une position de principe, interdire toute représentation ou œuvre offensante, ou encore rendre inapplicable *in toto* la *Loi sur le droit d'auteur*<sup>10</sup> à ces œuvres ; il suffit d'ajuster selon les faits de l'affaire, par exemple en évaluant l'exploitation indue du thème défendu ou en refusant au titulaire certaines prérogatives du droit d'auteur.

Car le juge qui recourt à l'ordre public le fait avec parcimonie, reconnaissant qu'une intervention trop grande de sa part est susceptible de déstabiliser l'ordre juridique<sup>11</sup>. Interdire la production et la circulation du matériel jugé offensant restreint la liberté d'expression et peut priver l'auteur des moyens normalement réservés aux

5. Philippe MALAURIE, *L'ordre public et le contrat* (Étude de droit civil comparé – France, Angleterre, U.S.S.R.) (Reims, Matot-Braine, 1953), à la p. 69.
6. Marcel PLANIOL et Georges RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, 2<sup>e</sup> éd. (Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1952-1957), p. 226.
7. Voir la définition d'ordre public « public order », du Quebec Research Centre of Private and Comparative Law, *The Private Law Dictionary*, 2 éd. (Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1991), p. 148.
8. Robert HOWELL, *loc. cit.*, note 4, à la p. 154 questionne l'application de cette doctrine aux actions en contrefaçon d'œuvres obscènes, la jugeant applicable seulement aux actes frauduleux.
9. Philippe MALAURIE, *op. cit.*, note 5, aux pp. 208 et s. Les sanctions de l'ordre public sont aussi multiples en droit québécois, voir M. CUMYN, « Les sanctions des lois d'ordre public touchant à la justice contractuelle : leur finalités, leur efficacité », (2007) 41 *Revue juridique Thémis* 1.
10. *Supra*, note 3.
11. Voir *Re Millar Estate*, [1938] R.C.S. 1, à la p. 5, où le juge Duff rappelle les propos du juge Alderson, dans l'affaire *Egerton c. Brownlow et al.*, (1853) 4 H.L. Cas. 1, à la p. 106 : laisser le juge déterminer librement ce qui est mieux pour le bien public « would altogether destroy the sound and true distinction between judicial and legislative functions ».

autres créateurs. Les juges feront preuve de réserve, notamment lorsqu'ils détermineront ce qu'est une œuvre obscène et lorsqu'ils sanctionneront la violation des droits d'auteur sur une œuvre obscène ou séditeuse.

### Définition de l'œuvre obscène : l'obscénité et la défense du mérite artistique

Dans la section sur les « infractions tendant à corrompre les mœurs »<sup>12</sup>, deux dispositions du *Code criminel* traitent des infractions liées au matériel pornographique et obscène : l'article 163 qui porte sur la production, la distribution et la possession de matériel obscène et l'article 163.1 qui traite de la production, de la distribution et de la possession de pornographie juvénile, ou de l'accès à un tel matériel. Dans ces dispositions législatives, on crée des exceptions, notamment en faisant référence aux actes reliés aux arts. À l'égard des infractions relatives à la pornographie juvénile, le législateur crée un moyen de défense fondé sur la valeur artistique. Le paragraphe 163.1(6) prévoit que : « Nul ne peut être déclaré coupable d'une infraction au présent article si les actes qui constitueraient l'infraction ont un but légitime lié à l'administration de la justice, à la science, à la médecine, à l'éducation ou aux arts et ne posent pas de risque indu pour les personnes âgées de moins de dix-huit ans. ».

Ce moyen de défense n'est pas mentionné dans la disposition sur les actes relatifs au matériel obscène. Cependant, dans les affaires *Brodie*<sup>13</sup> et *Butler*<sup>14</sup>, la Cour suprême y a fait référence. La Cour devait interpréter le paragraphe 163(8) du Code qui dispose que : « [...] est réputée obscène toute publication dont une caractéristique dominante est l'exploitation induue des choses sexuelles [...] ». Elle estima que pour déterminer si l'exploitation des choses sexuelles était induue, elle devait entre autres<sup>15</sup> vérifier le critère des « besoins

12. Voir les articles 163 à 173 du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, et le titre de la section les concernant.

13. *Brodie c. The Queen*, [1962] R.C.S. 681.

14. *R. c. Butler*, [1992] 1 R.C.S. 452.

15. À la suite de l'adoption du paragraphe 163(8), on ne suit plus le critère énoncé dans l'arrêt *R. c. Hicklin*, (1868) L.R. 3 Q.B. 360. Le juge en chef Cockburn y avait affirmé à la p. 371 : [TRADUCTION] « ... le critère de l'obscénité est celui de savoir si l'objet qu'on prétend obscène a tendance à dépraver et à corrompre les personnes susceptibles de subir ces influences immorales et d'avoir en leur possession une publication de ce genre ». Désormais la norme applicable en matière de matériel obscène est « l'exploitation induue des choses sexuelles ». La Cour suprême utilise trois critères appliqués d'une manière objective, pour établir ce « caractère indu » : la « norme sociale de tolérance », le « traitement dégradant ou déshumanisant » et les « besoins internes » de l'œuvre. Voir *Brodie c. The Queen*,

internes », c'est-à-dire le moyen de défense fondée sur la valeur artistique.

Elle explique ainsi son raisonnement :

Même le matériel qui contrevient en soi aux normes sociales ne sera pas considéré comme « indu », s'il est requis pour traiter un thème [artistique] sérieusement.<sup>16</sup>

Elle précise :

[traduction] [j]e ne crois [pas] qu'il y ait exploitation indue si on ne met pas plus l'accent sur ce thème que ce qui est requis pour traiter le thème d'un roman de façon sérieuse, honnête et intègre. Je ne mets pas en doute que l'œuvre attaquée est un ouvrage sérieux de fiction. Elle ne possède aucune des caractéristiques souvent décrites dans les décisions en matière d'obscénité – l'obscénité pour l'obscénité, la concupiscence du sensualiste, la dépravation dans l'esprit d'un auteur obsédé par l'obscénité, la pornographie, l'appel à un intérêt lascif, etc. L'article reconnaît qu'un auteur sérieux doit jouir d'une certaine liberté pour produire une œuvre ayant une valeur artistique et littéraire réelle et la qualité de cette œuvre, comme l'ont souligné les témoins et comme l'indique le bon sens, doit vraiment permettre d'établir non seulement une caractéristique dominante, mais également s'il y a exploitation indue.<sup>17</sup>

Mais comment reconnaître une exploitation indue des choses sexuelles ? Pour le faire, dit la Cour, on tient compte par exemple de « l'objectif artistique de l'auteur, la façon dont il a présenté l'histoire, la représentation et l'interaction des personnages et la création des

[1962] R.C.S. 681, p. 704 à 706 ; *Towne Cinema Theatres Ltd. c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 494 ; *R. c. Butler*, [1992] 1 R.C.S. 452 ; *Little Sisters Book and Art Emporium c. Canada (Ministre de la Justice)*, [2000] 2 R.C.S. 1120. On reconnaît trois catégories de pornographie : « la représentation des choses sexuelles accompagnées de violence constitue presque toujours une exploitation indue des choses sexuelles. Les choses sexuelles explicites qui constituent un traitement dégradant ou déshumanisant peuvent constituer une exploitation indue si le risque de préjudice est important. Enfin, les choses sexuelles explicites qui ne comportent pas de violence et qui ne sont ni dégradantes ni déshumanisantes sont généralement tolérées dans notre société et ne constituent pas une exploitation indue des choses sexuelles, sauf si leur production comporte la participation d'enfants » : *R. c. Butler*, [1992] 1 R.C.S. 452 ; *R. c. Jorgensen*, [1995] 4 R.C.S. 55 ; *Little Sisters Book and Art Emporium c. Canada (Ministre de la Justice)*, [2000] 2 R.C.S. 1120.

16. *R. c. Butler*, [1992] 1 R.C.S. 452, p. 482.

17. *Brodie c. The Queen*, [1962] R.C.S. 681, p. 704,705, tel que cité dans *R. c. Butler*, [1992] 1 R.C.S. 452, p. 482-483.

effets visuels au moyen de jeux habiles de caméra [...], le témoignage d'experts, le fait que le film a reçu la cote « Réservé aux adultes » et qu'il ne peut ainsi être présenté aux personnes de moins de 18 ans, et le fait que les organismes de censure de plusieurs provinces ont permis la présentation du film en question<sup>18</sup> ». On examine aussi « si l'exploitation des choses sexuelles joue un rôle justifiable dans le développement de l'intrigue ou du thème et si, d'après l'ensemble de l'œuvre, elle ne représente pas simplement de l'obscénité pour de l'obscénité, mais joue un rôle légitime lorsqu'on l'évalue en fonction des besoins internes de l'œuvre elle-même<sup>19</sup> ». À partir de ces critères, on comprend que, pour les tribunaux, les œuvres dotées de valeur artistique sont les œuvres qui sont exploitées dans le milieu artistique (la Cour examine alors le mode de distribution de l'œuvre), ou les œuvres dont les auteurs jouissent déjà du statut social d'artiste<sup>20</sup> (la Cour l'établit par les témoignages d'experts), ou encore les œuvres qui correspondent à la norme sociale d'œuvre d'art (la Cour examine la structure de l'œuvre). Les critères sont donc plutôt objectifs, l'intention de l'auteur est prise en considération mais n'est qu'un indice parmi beaucoup d'autres. La défense joue lorsque la caractéristique déterminante du matériel en cause est l'expression esthétique et représente ainsi une « tentative d'épanouissement personnel de la part de l'artiste<sup>21</sup> », le tout jugé selon les normes sociales.

On peut noter ici que la valeur artistique exigée pour cette défense à l'infraction est différente de celle nécessaire pour satisfaire à la *Loi sur le droit d'auteur*<sup>22</sup>. En matière de droit d'auteur, une œuvre, pour être protégée, ne demande pas un mérite artistique<sup>23</sup>, et

18. *R. c. Butler*, [1992] 1 R.C.S. 452, p. 482 se référant à la décision *R. c. Odeon Morton Theatres Ltd.*, (1974) 16 C.C.C. (2d) 185 (C.A. Manitoba).

19. *R. c. Butler*, [1992] 1 R.C.S. 452, p. 483.

20. Ce fut une des critiques de la Cour suprême à l'égard de l'Agence de douanes qui, pour juger de l'obscénité des œuvres, ne se renseignait pas sur la réputation de l'auteur : *Little Sisters Book and Art Emporium c. Canada (Ministre de la Justice)*, [2000] 2 R.C.S. 1120, aux par. 184-185.

21. *R. c. Butler*, [1992] 1 R.C.S. 452, p. 505.

22. *Supra*, note 3.

23. Même l'expression « œuvre artistique » employée dans la *Loi sur le droit d'auteur* n'est utilisée qu'à titre de description générale des œuvres qui acquièrent un sens par un moyen visuel et il n'est pas nécessaire d'évaluer le caractère « artistique » de ces créations. Par conséquent, des étiquettes dans un système de classement sont des œuvres artistiques : voir *DRG Inc. c. Datafile Ltd.*, [1988] 2 C.F. 243 (C.F.P.I.), p. 253, conf. sur d'autres points (1991) 35 C.P.R. 243 (C.F.A.). Dans l'affaire *Cuisinaire c. South West Imports Ltd.*, [1968] 1 R.C.É. 493, p. 514, par. 69-71, conf. sur d'autres points [1969] R.C.S. 208, le tribunal a jugé que, pour déterminer si une chose est une œuvre artistique, le mérite artistique est sans importance, mais que l'objet doit, à tout le moins, faire appel à un sens esthétique.

une œuvre littéraire n'a pas à appartenir à la littérature<sup>24</sup>. Au contraire, en matière d'obscénité et pornographie juvénile, la conception sociale de l'artiste, de l'œuvre d'art, sera la norme applicable.

La Cour, dans l'affaire *Sharpe*<sup>25</sup>, s'éloignera un peu de cette conception axée sur la reconnaissance sociale. La Cour, devant analyser le contenu du moyen de défense fondée sur la valeur artistique, prévu au paragraphe 163.1(6), s'exprime ainsi :

[62] La première question est de savoir ce que vise le moyen de défense. Il semble clair qu'il doit être établi de manière objective, étant donné que le législateur n'a pu vouloir que le simple fait d'invoquer la valeur artistique constitue un moyen de défense. Deux possibilités s'offrent donc. Premièrement, la « valeur artistique » peut s'entendre de la qualité de l'œuvre selon l'observateur objectif. Il n'est pas rare, dans la vie de tous les jours, qu'on dise d'une œuvre d'art que, même si elle constitue véritablement de l'art, elle n'a aucune « valeur artistique » ou en a très peu. Si l'expression « valeur artistique » est utilisée dans ce sens, il incombe alors au tribunal d'évaluer la qualité de l'œuvre d'art. L'étudiant qui fait l'apprentissage d'un art, l'artiste inepte ou l'artiste qui rompt avec les conventions pour établir un nouveau mode d'expression pourrait se faire dire que son œuvre manque de « valeur artistique » et donc être incapable de se prévaloir du moyen de défense. En tenant pour acquis que tel était le sens de l'expression « valeur artistique », on a fait valoir que le moyen de défense est trop restreint et arbitraire pour protéger adéquatement l'expression artistique.

[63] Le deuxième sens qui peut être donné à l'expression « valeur artistique » est « qui possède la qualité reconnue à l'art » ou « qui participe de l'art ». Selon ce sens, tout créateur d'art quel qu'il soit est protégé même si ses efforts produisent une œuvre grossière ou immature selon l'observateur objectif. Cette interprétation paraît davantage compatible avec l'intention du législateur, car on imagine difficilement qu'il a voulu assujettir la responsabilité criminelle à la valeur de l'art de l'accusé. Il serait discriminatoire et irrationnel de permettre à

24. Voir *Ladbroke Ltd. c. William Hill, Ltd.*, [1964] 1 All E.R. 465 (H.L.), à la p. 472, où la Chambre des Lords déclare, concernant un coupon de pari de football ; « True it is that no award of literary taste or quality is involved that would give to the coupon the award of literature as normally understood ; but [...] that cannot be a decisive factor... ».

25. *R. c. Sharpe*, [2001] 1 R.C.S. 45.

un bon artiste d'échapper à la responsabilité criminelle mais d'incriminer un artiste plus marginal, moins talentueux ou moins conformiste. Une telle interprétation irait à l'encontre de la nécessité d'interpréter le moyen de défense d'une manière large et libérale. Je conclus que les mots « valeur artistique » doivent s'entendre de toute forme d'expression pouvant raisonnablement être considérée comme de l'art. Toute valeur artistique objectivement établie, si minime soit-elle, suffit à fonder le moyen de défense. Tant qu'il produit de l'art, l'artiste ne devrait tout simplement pas craindre d'être poursuivi en vertu du par. 163.1(4).

[64] La question de savoir ce qui peut raisonnablement être considéré comme de l'art est certes difficile et fait depuis toujours réfléchir les philosophes. Bien qu'il soit généralement admis que l'« art » s'entend notamment de la production, selon des principes esthétiques, d'œuvres émanant de l'imagination, imitées ou originales (New Shorter Oxford English Dictionary on Historical Principles (1993), vol. 1, p. 120), la question de savoir si un dessin, un film ou un texte en particulier est de l'art doit être tranchée par le juge du procès, compte tenu de toute une gamme de facteurs. L'intention subjective du créateur sera pertinente, mais probablement non concluante. La forme et la teneur de l'œuvre peuvent permettre de déterminer s'il s'agit d'art. Ses liens avec des conventions, traditions ou styles artistiques peuvent également être un facteur à considérer. L'avis d'un expert sur le sujet peut être utile. D'autres facteurs comme le mode de production, de présentation et de distribution peuvent aider à déterminer si l'écrit ou la représentation a une valeur artistique. Il se peut qu'avec l'évolution de la jurisprudence l'identité des facteurs à considérer se précise.

La Cour se déclare donc prête à reconnaître la défense basée sur la valeur artistique à l'auteur moins talentueux, à l'enfant qui fait l'apprentissage d'un art, au novice qui produit des œuvres immatures, au créateur marginal qui rompt avec les normes artistiques. Pourtant, la Cour, pour reconnaître la constitutionnalité de l'infraction de possession de pornographie juvénile, exclura, par le biais de l'interprétation des infractions relatives à la pornographie, deux applications problématiques : « (1) les écrits ou représentations que l'accusé seul a créés et conserve exclusivement pour son usage personnel ; (2) les enregistrements visuels créés par l'accusé ou dans lesquels il est représenté, qui ne dépeignent aucune activité sexuelle illégale et que l'accusé conserve exclusivement pour son usage per-

sonnel<sup>26</sup> ». Ces cas ne seraient pas couverts par les infractions du *Code criminel*. Il y a donc des circonstances où celui qui dessine, écrit ou photographie pour son usage personnel, crée du matériel sans valeur artistique nécessitant que la Cour intervienne pour rendre les infractions inapplicables à son endroit. Dans l'esprit de la Cour, il y aurait une différence entre celui-là qui crée (pour son intérêt personnel), sans produire de l'art, et l'apprenti qui s'exerce, dont la création est empreinte d'une valeur artistique, peut-être minime mais objectivement déterminable. La différence nous semble ténue dans la réalité. Néanmoins, munis des critères fournis par la Cour suprême, les tribunaux ont jugé que certains vidéos ou photos étaient dépourvus de mérite artistique<sup>27</sup>.

On voit donc ici que le législateur, par l'adoption du paragraphe 163.1(6), et la Cour, par la reconnaissance de la défense basée sur la valeur artistique en matière d'obscénité, cherchent à préserver l'expression artistique, qui est « au cœur des valeurs relatives à la liberté d'expression [...], tout doute à cet égard [devant] être tranché en faveur de la liberté d'expression<sup>28</sup> ». Mais, la tentative, si louable est-elle, nous semble problématique : ce n'est point, à notre avis, la valeur artistique qui en fait accorde à l'œuvre un statut plus acceptable. C'est plutôt que dans son ensemble l'œuvre n'exploite pas indûment les choses sexuelles, qu'elle ne vise pas à valoriser ou promouvoir le comportement violent, déshumanisant ou dégradant<sup>29</sup>,

26. *R. c. Sharpe*, [2001] 1 R.C.S. 45, au par. 110. Ces exceptions ne s'appliqueront pas si l'accusé a fait des menaces de divulguer les enregistrements vidéo : voir *R. c. Dabrowski*, 2007 ONCA 619.

27. Voir par exemple *R. c. L.W.*, (2006) 206 C.C.C. (3d) 543 (Ont. C.A.) où l'accusé avait pris des photos de ses activités sexuelles avec une mineure puis, à la suite de leur rupture, avait fait un simple collage des photos et l'avait transmis à des tiers par courriel. La Cour déclare à la p. 545 : « there was no air of reality to any possible defence of artistic merit, as there was nothing in the collage that could reasonably be viewed as art ». Voir aussi *R. c. Randy Price*, [2004] B.C.J. 814 où la Cour déclare au par. 84 : « I agree with the Crown that the Eleven Videos are devoid of any artistic or literary purpose. There is no plot, it is an understatement to describe the dialogue as marginal and the filming is at best amateur. ».

28. *R. c. Butler*, [1992] 1 R.C.S. 452, p. 486.

29. La Cour suprême, dans de nombreux passages, donne une idée de ce qu'elle estime être dégradant ou déshumanisant : « [D]ans *R. c. Ramsingh*, (1984), 14 C.C.C. (3d) 230 (B.R. Man.), le juge Ferg a expliqué en détail le genre de matériel visé par cette description. Il mentionne, à la p. 239 : [traduction] Elles sont exploitées, représentées comme si elles désiraient retirer du plaisir de la douleur, en étant humiliées et traitées seulement comme un objet de domination sexuelle masculine, ou dans des scènes d'asservissement cruelles ou violentes. [...] le matériel dégradant ou déshumanisant place des femmes (et parfois des hommes) en état de subordination, de soumission avilissante ou d'humiliation. Il est contraire aux principes d'égalité et de dignité de tous les êtres humains » : *R. c. Butler*, [1992] 1 R.C.S. 452, p. 478-479. « Le juge Shannon dans la décision *R. c.*



même si elle dépeint des scènes obscènes ou présente des parties obscènes. On comprend mieux alors l'impératif donné par la Cour suprême de lire l'œuvre dans son ensemble pour la déclarer obscène : « Pour déterminer si une chose est obscène, il faut l'examiner au complet, en accordant une grande attention au contexte, au ton et à l'objet. Une œuvre peut paraître obscène mais être en réalité une satire ou critique politique mordante<sup>30</sup> ». Tant que le message qui ressort de l'ensemble de l'œuvre n'est pas de présenter sous un aspect favorable, ou de préconiser des actes sexuels impliquant des enfants, ou, pour reprendre les critères de la jurisprudence, des scènes sexuelles accompagnées de violence ou qui sont déshumanisantes ou dégradantes<sup>31</sup> et susceptibles de causer un préjudice<sup>32</sup>

---

*Wagner*, (1985), 43 C.R. (3d) 318 (B.R. Alb.), décrit plus justement le matériel lorsqu'il fait observer, à la p. 331 : [traduction] Les femmes, en particulier, sont privées d'une identité humaine unique et sont représentées comme des jouets sexuels, qui répondent hystériquement et instantanément aux demandes de faveurs sexuelles des hommes. Elles vénèrent les organes génitaux des hommes et leur valeur personnelle dépend de l'apparence esthétique de leurs organes génitaux et de leurs seins » : *R. c. Butler*, [1992] 1 R.C.S. 452, p. 500.

30. *Little Sisters Book and Art Emporium c. Canada (Ministre de la Justice)*, [2000] 2 R.C.S. 1120, au par. 238.

31. Sur la notion de traitement dégradant et déshumanisant, voir notre note 29. La Cour donne en exemple la représentation de pratiques sado-masochistes ; *Little Sisters Book and Art Emporium c. Canada (Ministre de la Justice)*, [2000] 2 R.C.S. 1120, au par. 60. Le caractère préjudiciable de ces pratiques est contesté, ce qui amène des auteurs à estimer que la cour se rallie à une conception traditionnelle de la morale pour juger de l'obscénité : voir C.F. STYCHIN, *Law's Desire : Sexuality and the Limits of Justice* (London, Routledge, 1995), p. 71 à 75 ; Becki L. ROSS « It's Merely Designed for Sexual Arousal : Interrogating the Indefensibility of Lesbian Smut » dans B. Cossman et al., *Bad Attitude / s on Trial : Pornography, Feminism, and the Butler Decision* (Toronto, University of Toronto Press, 1997, 151), p. 153.

32. Pour expliquer ce préjudice, la Cour indique : « l'obscénité risque de causer un préjudice social en ce qu'une partie importante de la population est humiliée par les présentations grossièrement déformées qu'elle véhicule [...] si l'on veut parvenir à une véritable égalité entre les hommes et les femmes, on ne peut ignorer la menace que présente pour l'égalité le fait d'exposer le public à certains types de matériel violent et dégradant. Le matériel qui représente les femmes comme une catégorie d'objets d'exploitation et d'abus sexuels a une incidence négative sur [traduction] "la valorisation personnelle et l'acceptation de soi" » *R. c. Butler*, [1992] 1 R.C.S. 452, p. 497 et 501. La Cour suprême fait entre autres référence au Rapport sur la pornographie du Comité permanent de la justice et des affaires juridiques (rapport MacGuigan) (1978), à la p. 18 : 4 : « Le danger évident et incontestable de ce genre de matériel est qu'il encourage certaines tendances malsaines au sein de notre société canadienne. Il met l'accent sur les stéréotypes masculins et féminins au détriment des deux sexes. La dégradation, l'humiliation, la soumission et à l'en croire, la violence dans les relations humaines seraient tout à fait normales et acceptables. ». La Cour reconnaît toutefois qu'un lien de causalité entre pornographie et perpétration de crimes violents n'a pas été prouvé. *R. c. Butler*, [1992] 1 R.C.S. 452, p. 493 et 501. Sur les difficultés de cerner cette notion très floue de préjudice à la société, voir Arnie HERSCHORN, « Cau-

excédant les normes de tolérance de la société, l'objectif des dispositions législatives est respecté et là doivent s'arrêter les interdictions. À notre avis, la valeur artistique n'est qu'un aspect secondaire de la question<sup>33</sup> et ne doit pas jouer de rôle dans l'évaluation des tribunaux, puisqu'il s'agit de protéger la liberté d'expression des citoyens, présumément même de ceux sans talent<sup>34</sup>. Nous croyons qu'en fait la défense de valeur artistique ne joue un rôle utile<sup>35</sup> que parce que l'État ou les tribunaux appliquent erronément le test de l'exploitation indue des choses sexuelles<sup>36</sup>, la défense pouvant alors protéger ceux dont la liberté ne devrait pas être brimée. Cependant ce critère risque de conduire à une iniquité dans le traitement des accusés de ces infractions.

Néanmoins, il faut noter l'attitude conciliante du législateur et des tribunaux qui ont tenté d'harmoniser la protection du public contre l'obscénité et la liberté artistique. Par contre, c'est sans surprise que nous n'avons trouvé aucun effort d'accommodement entre liberté artistique et ouvrage séditieux. La sédition ou trahison et autres infractions contre l'autorité et la personne de la reine sont des infractions prévues au *Code criminel*<sup>37</sup> et elles ne connaissent pas d'exception pour les œuvres de valeur artistique. En règle générale, elles requièrent la preuve d'une intention d'inciter à la violence, au désordre public ou à la conduite illégale contre l'État<sup>38</sup>. Les articles 59(4) et 60 combinés précisent qu'est présumé avoir une intention séditieuse, quiconque fait la promotion de la force pour opérer un changement de gouvernement au Canada et ils nient l'intention séditieuse de celui qui entend uniquement, de bonne foi, démontrer que les autorités ont été induites en erreur ou se sont trompées,

---

sation of Harm and the Charter Guarantee of Freedom of Expression », (2003) 14 *Nat'l J. Const. L.* 217 ; Aleardo ZANGHELLINI, « Is Little Sisters Just Butler's Little Sister ? », (2004) 37 *U.B.C. L. Rev.* 407.

33. Certains ont même une opinion plus tranchée : « The inclusion of an artistic merit defence for these two types of material was a blinding stupidity in the first place. » Bruce RYDER, « The Harms of Child Pornography Law », (2003) 36 *U.B.C. L. Rev.* 101, au par 19.
34. Sinon on risque d'accorder un statut privilégié aux célébrités alors que les auteurs moins fortunés sont traités avec plus de sévérité ; voir l'exemple du traitement privilégié du livre *Sex* de Madonna fourni par Becki L. ROSS, *op. cit.*, note 31, p. 171-172.
35. Certains ont analysé les décisions de la Cour suprême comme affirmant que la valeur artistique est inconciliable avec l'obscénité, rendant la défense en réalité complètement stérile. Aleardo ZANGHELLINI, *loc. cit.*, note 32, aux par. 112 à 118.
36. La cause *Little Sisters Book and Art Emporium c. Canada (Ministre de la Justice)*, [2000] 2 R.C.S. 1120 en fournit un exemple probant.
37. Art. 46 et 59 du *Code criminel*, *supra*, note 12.
38. *Boucher c. R.*, (1951) 99 C.C.C. 1 (C.S.C.).

signaler des erreurs ou défauts des autorités ou amener, par des moyens légaux, des modifications de quelque matière de gouvernement au Canada. Cela semble avoir suffi au législateur pour assurer une protection adéquate de la liberté de s'exprimer, celle-ci n'étant permise que si le discours n'incite pas à la violence subversive. L'œuvre artistique, même du plus haut niveau, ne mérite plus de défense si elle fait la promotion de l'emploi de la force contre l'État.

Reste à voir comment l'ordre public envisage la protection des droits des auteurs sur les œuvres contraires à l'ordre public. Là encore, la réserve des juges s'observe, notamment lorsqu'ils doivent déterminer les sanctions de la violation du droit d'auteur portant sur des œuvres obscènes ou séditieuses.

### **La sanction de la violation du droit d'auteur sur les œuvres obscènes ou séditieuses**

Au Canada, la doctrine a déjà traité de la question<sup>39</sup> : on cite généralement les causes *Pasickniak c. Dojacek*<sup>40</sup> et *Aldrich c. One Stop Video*<sup>41</sup> comme établissant que les œuvres obscènes sont protégées par le droit d'auteur bien que le juge puisse refuser certaines sanctions de la violation du droit d'auteur en raison de la nature de l'œuvre<sup>42</sup>. Cette solution a été approuvée, puisqu'elle est conforme à une certaine jurisprudence de common law<sup>43</sup> et parce que, comme nous le verrons, l'ordre public ne demande pas de refuser entièrement les recours des titulaires de droit d'auteur.

Une violation du droit d'auteur donne généralement droit de réclamer une injonction, des dommages-intérêts, une reddition de compte ou une remise des exemplaires contrefaits et des planches ayant servi à leur fabrication<sup>44</sup>. Comme le démontre l'affaire *Aldrich*, plusieurs des revendications de l'auteur sont souvent parfaitement compatibles avec les impératifs de l'ordre public. En ce qui concerne l'octroi de l'injonction, les deux objectifs du droit d'auteur et de l'ordre public coïncident généralement : il s'agit dans les deux cas d'arrêter la diffusion de l'œuvre contrefaisante et contraire à l'ordre public. Le juge peut parfaitement rendre l'ordonnance.

39. R. HOWELL, *loc. cit.*, note 4.

40. *Pasickniak c. Dojacek*, [1928] 2 D.L.R. 545.

41. *Aldrich c. One Stop Video*, (1987) 17 C.P.R. (3d) 27 (C.S. C.-B.).

42. La décision *Aldrich* a été suivie dans *R. c. Ghnaim*, (1988) 28 C.P.R. (3d) 463 (C. prov. Alberta), au par. 3. inf. en partie sur d'autres motifs 32 C.P.R. (3d) 487 (C.A. Alberta).

43. R. HOWELL, *loc. cit.*, note 4, p. 147 à 151.

44. Art. 34 de la *Loi sur le droit d'auteur*, *supra*, note 3.

Par contre, la demande de dommages-intérêts ou de reddition de compte crée un conflit avec les principes d'ordre public : comme le souligne la décision *Aldrich*, il ne peut y avoir de perte de gain si la vente ou la location de l'œuvre était illégale<sup>45</sup>. En l'espèce, la demande de dommages-intérêts fut refusée, faute de possibilité de ventes légales d'exemplaires, et la reddition de compte fut aussi refusée pour les mêmes raisons<sup>46</sup>. D'ailleurs, ces profits seraient des produits de la criminalité dont le juge pourrait ordonner la confiscation au profit de Sa Majesté lors de l'imposition de la peine à un accusé reconnu coupable<sup>47</sup>.

La remise des exemplaires contrefaits et des planches qui ont servi ou sont destinées à servir à la confection<sup>48</sup> demande un examen plus approfondi de la question. La possession de matériel obscène n'est pas illégale en soi ; seule la possession aux fins de publication, distribution, mise en circulation, vente ou exposition est une infraction<sup>49</sup>. En matière de pornographie juvénile, l'article 163.1 est plus englobant mais nous l'avons vu, dans l'affaire *Sharpe*<sup>50</sup> la Cour y a inséré des droits légitimes de posséder à un usage personnel, des photos ou dessins exécutés de la main de l'accusé. Selon que l'acte de possession sera illégal ou non, le juge pourra remettre les exemplaires ou planches servant à la contrefaçon au titulaire du droit d'auteur. Dans l'affaire *Aldrich*, la possession étant légale, le juge ordonna, avec raison, à notre avis, la remise au demandeur de ces objets<sup>51</sup>.

Mais si la question de l'œuvre obscène semble réglée, le cas des œuvres séditieuses ou subversives nous semble plus incertain. C'est que, contrairement aux œuvres obscènes, dont il vaut toujours mieux restreindre la diffusion dans l'intérêt public, les œuvres qui jettent le discrédit sur des figures d'autorités n'ont pas nécessairement avan-

45. *Aldrich*, *supra*, note 41, p. 61.

46. *Aldrich*, *supra*, note 41, p. 62.

47. Voir l'article 462.37(1) du *Code criminel*, *supra*, note 12 : « Sur demande du procureur général, le tribunal qui détermine la peine à infliger à un accusé coupable d'une infraction désignée – ou absous en vertu de l'article 730 à l'égard de cette infraction – est tenu, sous réserve des autres dispositions du présent article et des articles 462.39 à 462.41, d'ordonner la confiscation au profit de Sa Majesté des biens dont il est convaincu, selon la prépondérance des probabilités, qu'ils constituent des produits de la criminalité obtenus en rapport avec cette infraction désignée ; l'ordonnance prévoit qu'il est disposé de ces biens selon les instructions du procureur général ou autrement en conformité avec la loi. ».

48. Art. 38 de la *Loi sur le droit d'auteur*, *supra*, note 3.

49. Art. 163(1) et 163(2) *Code criminel*, *supra*, note 12.

50. *R. c. Sharpe*, [2001] 1 R.C.S. 45.

51. *Aldrich*, *supra*, note 41, p. 62-63.

tage à être censurées. Il peut être à l'avantage du public au contraire de largement les diffuser. L'ordre public demande alors de reconnaître une défense d'intérêt public à l'action en contrefaçon.

La doctrine a identifié certains cas de jurisprudence où l'intérêt public avait commandé de diffuser des œuvres à l'encontre de la volonté des auteurs. Dans l'affaire *Lion Laboratories Ltd. c. Evans*<sup>52</sup>, des employés d'un manufacturier d'alcootest utilisé par les forces policières avaient remis à un journal des documents mettant en doute l'exactitude des appareils, ce qui avait mené à une demande en injonction interlocutoire pour bris de confiance et violation de droit d'auteur. La Cour d'appel britannique refusa la demande en admettant une défense d'intérêt public, applicable tant en matière de droit d'auteur que de bris de confiance. Dans d'autres décisions, les tribunaux anglais ont accepté l'existence de la défense d'intérêt public bien que la jugeant inapplicable aux faits soumis<sup>53</sup>. Selon certains juges, la défense est réservée aux circonstances les plus graves. Dans l'affaire *Beloff c. Pressdram Ltd.*<sup>54</sup>, le juge Ungood-Thomas indique que seuls sont visés les « misdeeds of a serious nature and importance to the country », les « matters carried out or contemplated, in breach of the country's security, or in breach of law, including statutory duty, fraud, or otherwise destructive of the country or its people, including matters medically dangerous to the public and doubtless other misdeeds of similar gravity »<sup>55</sup>. Des tests moins sévères semblent avoir été acceptés dans d'autres affaires, mais n'ont pas été approuvés par la suite<sup>56</sup>. Le principe de la défense d'intérêt public

52. [1985] Q.B. 526.

53. Voir entre autres *Beloff c. Pressdram Ltd et al.*, [1973] 1 All E.R. 241 (Ch. D.) ; *Attorney General c. Guardian Newspapers (No. 2)*, [1990] 1 A.C. 109 (en obiter aux p. 275H-276A) ; *Express Newspapers c. News (UK)*, [1990] 3 All E.R. 376 (Ch.D.), p. 382 ; *Hyde Park Residence Ltd. c. Yelland*, [2001] Ch. 143 (C.A. (Angleterre)) ; *Ashdown c. Telegraph Group Ltd.*, [2001] EWCA Civ 1142 ; [2002] Ch. 149 (C.A. (Angleterre)).

54. *Beloff c. Pressdram Ltd. et al.*, [1973] 1 All E.R. 241 (Ch. D.).

55. *Id.*, p. 260.

56. Dans l'affaire *Lion Laboratories Ltd. c. Evans*, [1985] Q.B. 526, la Cour d'appel précise que l'[iniquity] is merely an instance of just cause or excuse for breaking confidence". [voir p. 536 F] Il s'agit, selon elle, de trouver la juste balance entre le droit du public d'être informé et le droit de garder des informations confidentielles (voir p. 536G-H). Selon la décision *Hyde Park Residence Ltd. c. Yelland*, [2001] Ch. 143 (C.A. (Angleterre)), l'intérêt public serait plutôt restreint au cas où l'œuvre est : "(i) immoral, scandalous or contrary to family life ; (ii) injurious to public life, public health and safety or the administration of justice ; (iii) incites or encourages others to act in a way referred to in (ii) (voir le par. 66). Ces catégories n'ont pas été retenues dans la décision *Ashdown c. Telegraph Group Ltd.*, [2001] EWCA Civ 1142 ; [2002] Ch. 149 (CA (Angleterre)), au par. 58 : "we do not consider that Aldous L.J. was justified in circumscribing the public interest defence to

sera aussi accepté au Canada par la Cour d'appel fédérale dans l'affaire *R. c. James Lorimer & Co.*, sans discussion de son étendue<sup>57</sup>.

On voit ici apparaître les faiblesses fondamentales de la défense, dont deux nous semblent mériter d'être commentées. En premier lieu, le droit d'auteur en principe ne protège pas les idées, uniquement l'expression de ces idées dans l'œuvre, la façon dont elles sont articulées, les différents moyens et formes par lesquels elles sont communiquées<sup>58</sup>. Or, pour satisfaire les besoins de l'intérêt public, il suffira souvent de divulguer l'information pertinente sans utiliser le texte même de l'auteur, sa formulation ou son mode d'expression<sup>59</sup>. L'ordre public ne commande pas alors de s'appropriier l'expression d'autrui. La reproduction ou la publication de l'œuvre sera donc une contrefaçon même s'il était d'intérêt public de divulguer l'information ou les idées que l'œuvre contenait.

Cependant ce n'est pas toujours le cas : comme le souligne la Cour d'appel britannique dans l'affaire *Ashton*<sup>60</sup>, en citant l'affaire *Fressoz et Roire* du 21 janvier 1999<sup>61</sup>, « [t]here will be occasions when it is in the public interest not merely that information should be

---

breach of copyright as tightly as he did. We prefer the conclusion of Mance L.J. that the circumstances in which public interest may override copyright are not capable of precise categorisation or definition." Sur l'incertitude ainsi créée sur l'étendue de la défense, voir Phillip JOHNSON, « The Public Interest : Is It Still a Defence to Copyright », (2005) 16-1 *Ent. L.R.* 1, p. 5-6.

57. *R. c. James Lorimer & Co.*, [1984] 1 C.F. 1065 (C.A.F.), p. 1078. La Cour précise que ce moyen de défense d'intérêt public reste ouvert « dans des circonstances appropriées à l'encontre d'un droit d'auteur que l'État peut faire valoir ».
58. *CCH Canadienne Ltée c. Barreau du Haut-Canada*, [2004] 1 R.C.S. 339, au par. 8.
59. Pour l'exposé d'un argument semblable en matière de droit constitutionnel de liberté d'expression, voir David FEWER. « Constitutionalizing Copyright : Freedom of Expression and the Limits of Copyright in Canada », (1997) 55 *U.T. Fac. L. Rev* 175, au par. 102.
60. *Ashdown c. Telegraph Group Ltd.*, [2001] EWCA Civ 1142.
61. CEDH, 21 janvier 1999, *Fressoz et Roire c. France*. Le directeur d'un journal, le Canard enchaîné, et un journaliste, ont publié un article concernant le directeur d'une entreprise qui venait de refuser d'augmenter les salaires de son personnel et ils ont reproduit des extraits des feuilles d'impôt de celui-ci, montrant les fortes augmentations de salaire qu'il avait reçues. Le directeur a porté plainte pour détournements d'actes ou de titres par fonctionnaire public, violation du secret professionnel, vol de documents et recel à la suite d'une infraction. La condamnation des défendeurs par la Cour d'appel de Paris valut à l'État français d'être sanctionné par la Cour européenne des Droits de l'Homme qui estima qu'il avait agi en violation de l'article 10 de la Convention européenne des Droits de l'Homme de 1950. La Cour a jugé qu'il fallait laisser « aux journalistes le soin de décider s'il est nécessaire ou non de reproduire le support de leurs informations pour en asseoir la crédibilité ».

published, but that the public should be told the very words used by a person, notwithstanding that the author enjoys copyright in them », mais la Cour reconnaît qu'il sera « very rare for the public interest to justify the copying of the form of a work to which copyright attaches<sup>62</sup> ».

En second lieu, c'est le contenu incertain de l'ordre public qui peut miner son efficacité. Si l'on convient certes avec les tribunaux que l'ordre public ne doit jouer que rarement, il demeure cependant qu'on peut s'étonner parfois du refus des juges de l'invoquer. Une des œuvres qui montrent le mieux les mouvances de l'ordre public est l'ouvrage *Mein Kampf* d'Adolf Hitler. Rédigé par celui-ci lors de son emprisonnement en 1923 et 1924, le livre est en partie autobiographique et expose la doctrine raciale que Hitler a mise en place après sa prise de pouvoir en Allemagne et qui mènera à la mort de millions de personnes. L'ouvrage présente clairement la France comme une nation à abattre – un extrait suffit à s'en convaincre : « C'est pour cette raison que la France est, et reste, l'ennemi que nous avons le plus à craindre. Ce peuple, qui tombe de plus en plus au niveau des nègres, met sourdement en danger, par l'appui qu'il prête aux Juifs pour atteindre leur but de domination universelle, l'existence de la race blanche en Europe »<sup>63</sup>.

L'histoire prouve irréfutablement que la menace était sérieuse. Or, si *Mein Kampf* était largement et gratuitement diffusé en Allemagne, l'autorisation de publier une traduction sur le territoire français était refusée<sup>64</sup>, ce qui poussa les Nouvelles éditions latines à passer outre en publiant une traduction non autorisée en 1934<sup>65</sup>. Saisie d'une action par l'éditeur de Hitler, la première Chambre du Tribunal de commerce de Paris, « se référant à la loi qui protège les écrits de tout genre, sans prendre en considération la personne de l'auteur ni la nature ni le caractère de la publication » interdira à l'éditeur français de continuer à imprimer ou à vendre la traduction<sup>66</sup>. Une autre traduction d'extraits de l'ouvrage de Hitler, assor-

62. *Ashdown c. Telegraph Group Ltd.*, [2001] EWCA Civ 1142, par 42 et 59.

63. A. HITLER, *Mein Kampf Mon Combat* (Paris, Nouvelles Éditions Latines, 1934), p. 621.

64. Une version autorisée, mais tronquée, passant sous silence les passages les plus inquiétants pour les Français, aurait été publiée en 1938 (Adolf HITLER, *Ma Doctrine*, Arthème Fayard, Paris, 1938, tel que rapporté dans Wikipedia [http://fr.wikipedia.org/wiki/Mein\\_Kampf#\\_note-2](http://fr.wikipedia.org/wiki/Mein_Kampf#_note-2) (dernière consultation 31 janv. 2008).

65. A. HITLER, *supra*, note 63.

66. *Hitler et sa doctrine*, Éditions de l'Ère nouvelle, Paris, 1934, p. 5. En fait, la doctrine estime que la défense d'intérêt public ne peut être soulevée dans le système de droit civil, la notion d'abus de droit étant à même de limiter l'usage des droits

ties de critiques, sera publiée quelque mois plus tard par les Éditions de l'ère nouvelle<sup>67</sup>. En 1980, les Nouvelles éditions latines republieront leur traduction mais seront forcées par arrêt de la Cour d'appel de Paris de joindre un texte de huit pages relatant les crimes du troisième Reich. Le contenu du texte sera adopté par les juges de la Cour d'appel de Paris par décision du 30 janvier 1980<sup>68</sup>. Que, à la suite de la prise du pouvoir en Allemagne par Hitler, quelques années avant l'invasion de la France par l'armée commandée par le Führer et l'extermination systématique de plusieurs segments de la société, les juges n'aient pas jugé bon de permettre au peuple français de prendre connaissance, dans tous ses détails, de la doctrine raciale et des desseins du dirigeant du pays voisin, montre bien la force toute relative de l'ordre public judiciaire...

---

d'auteur. Alain STROWEL, *Droit d'auteur et copyright : divergences et convergences : étude de droit comparé* (Bruxelles, Établissements Émile Bruylant, 1993), p. 270.

67. *Hitler et sa doctrine*, *supra*, note 66.

68. No JurisData : 1980-762147.