

Vol. 25, n° 3

**Rédaction législative
et droit d'auteur :
à la recherche du fil d'Ariane**

Mistrale Goudreau*

Introduction	863
1. La mise en œuvre pointilleuse des conventions internationales	865
2. L'organisation aléatoire des droits économiques	872
3. L'enchevêtrement des exceptions législatives	876
Conclusion	882

© Mistrale Goudreau, 2013.

* Professeur titulaire, Section de droit civil, Université d'Ottawa.

Introduction

Le 29 juin 2012, la *Loi sur la modernisation du droit d'auteur* a reçu la sanction royale, mettant fin à une suite de projets morts au feuilleton¹. C'est la dernière d'une série de modifications apportées au régime canadien de droit d'auteur, modifications qui furent un temps introduites par phases², la première en 1988³, la seconde en 1997⁴. Parfois des changements plus ponctuels ont été faits, pour mettre en œuvre en droit interne des conventions internationales ou moderniser la loi⁵. Finalement un programme de réforme continu a été annoncé, classant les enjeux en catégories pour lesquelles on prévoyait des interventions législatives à court, moyen et long termes⁶. La loi modificatrice de 2012 correspond à l'un de ces projets à court terme.

1. Trois projets de loi déposés à la Chambre des communes, l'un en 2005, le suivant en 2008, le dernier en 2010 sont morts au feuilleton : *Loi modifiant la Loi sur le droit d'auteur*, Chambre des communes du Canada, projet de loi C-60, Première session, trente-huitième législature, 53-54 Elizabeth II, 2004-2005, première lecture le 20 juin 2005, <<http://www.parl.gc.ca/LegisInfo/BillDetails.aspx?Language=F&Mode=1&billId=1951404>> ; *Loi modifiant la Loi sur le droit d'auteur*, Chambre des communes du Canada, projet de loi C-61, Deuxième session, trente-neuvième législature, 56-57 Elizabeth II, 2007-2008, première lecture le 12 juin 2008, <<http://www.parl.gc.ca/LegisInfo/BillDetails.aspx?Language=F&Mode=1&billId=3188787>>, *Loi modifiant la Loi sur le droit d'auteur*, Chambre des communes du Canada, projet de loi C-32, Troisième session, quarantième législature, 59 Elizabeth II, 2010, dernière étape franchie, deuxième lecture et renvoi à un comité à la Chambre des communes (2010-11-05), <<http://www.parl.gc.ca/LegisInfo/BillDetails.aspx?Mode=1&billId=4567265&Language=F>>.
2. Gouvernement du Canada, Droit d'auteur équilibré, *Cadre de révision du droit d'auteur (2002)*, <<http://www.ic.gc.ca/eic/site/crp-prda.nsf/fra/rp01101.html>>.
3. *Loi modifiant la Loi sur le droit d'auteur et apportant des modifications connexes et corrélatives*, L.C. 1988, ch. 15.
4. *Loi modifiant la Loi sur le droit d'auteur*, L.C. 1997, ch. 24.
5. Parmi les plus importantes, on trouve la *Loi de mise en œuvre de l'Accord de libre-échange Canada – États-Unis*, L.C. 1988, ch. 65 ; en 1993, la *Loi de mise en œuvre de l'Accord de libre-échange nord-américain*, L.C. 1993, ch. 44 ; et en 1994, la *Loi de mise en œuvre de l'Accord sur l'Organisation mondiale du commerce*, L.C. 1994, ch. 47 ; la *Loi d'actualisation du droit de la propriété intellectuelle*, L.C. 1993, c. 15 ; la *Loi modifiant la Loi sur le droit d'auteur*, L.C. 1993, c. 23 ; *Loi modifiant la Loi sur le droit d'auteur*, L.C. 2002, ch. 26.
6. Industrie Canada, *Stimuler la culture et l'innovation : Rapport sur les dispositions et l'application de la Loi sur le droit d'auteur* (Loi sur le droit d'auteur – Rapport sur

Le gouvernement a ainsi formulé les objectifs de son intervention en 2012 : « [m]oderniser la *Loi sur le droit d'auteur* pour qu'elle tienne compte des progrès technologiques et des normes internationales ; [p]rotéger les intérêts des Canadiens, tant ceux des créateurs que des consommateurs ; [é]tablir un cadre souple et tourné vers l'avenir, qui aidera à protéger les emplois et à en créer, à stimuler l'économie et à attirer de nouveaux investissements au Canada ; [é]tablir des règles neutres sur le plan technologique afin qu'elles puissent s'adapter constamment aux progrès technologiques tout en assurant une protection adéquate aux créateurs et aux consommateurs »⁷. Bref, le gouvernement était animé par un souci de stimuler un essor économique et une volonté de modernisation. Il affirmait aussi que sa réforme prendrait en compte les activités quotidiennes des Canadiens : « Le projet de loi offre une approche équilibrée qui tient compte des activités quotidiennes des Canadiens.⁸ ». « Cette nouvelle version de la loi permettra aux Canadiens et Canadiennes d'aborder plus facilement les difficultés et les possibilités de l'ère numérique.⁹ »

Nous entendons ici nous concentrer sur ce dernier objectif. Facilité pour l'entreprise ou individu ordinaire, prise en compte des activités quotidiennes de la population, le gouvernement a-t-il tenu parole ? Les modifications de la loi modificatrice de 2012 ont-elles rendu le droit d'auteur plus compréhensible, ses règles plus commodes à observer, le défi technologique plus facile à relever ? La rédaction de cette loi aide-t-elle le consommateur moyen à comprendre ses obligations et ses droits en matière de propriété littéraire et artistique ? Déjà, en 1998, nous avons publié un commentaire sur la forme de rédaction législative adoptée lors des modifications de 1997¹⁰. Notre conclusion était que le langage hermétique et le style prolixe, pointilleux, de la loi, ainsi que le découpage à outrance des

l'article 92), INDUSTRIE CANADA, Octobre 2002, <<http://strategis.ic.gc.ca/eic/site/crp-prda.nsf/fra/rp00863.html>>.

7. GOUVERNEMENT DU CANADA, Droit d'auteur équilibré, *Loi sur la modernisation du droit d'auteur – Fiche d'information*, <http://www.ic.gc.ca/eic/site/crp-prda.nsf/fra/h_rp01237.html>, consulté le 21 juin 2013.
8. GOUVERNEMENT DU CANADA, Centre des nouvelles du Canada, *Les ministres Paradis et Moore se réjouissent de l'adoption de la Loi sur la modernisation du droit d'auteur par la Chambre des communes*, <<http://news.gc.ca/web/article-fra.do?mthd=tp&crtr.page=1&nid=681139&crtr.tp1D=1>>.
9. GOUVERNEMENT DU CANADA, Droit d'auteur équilibré, *Questions et réponses – La Loi sur la modernisation du droit d'auteur*, <http://droitdauteurequilibre.gc.ca/eic/site/crp-prda.nsf/fra/h_rp01153.html#amend>.
10. Mistrale GOUDREAU, « Et si nous discussions de rédaction législative... Commentaire sur la Loi de 1997 modifiant la Loi sur le droit d'auteur », (1998) 11:1 *Cahiers de propriété intellectuelle* 7-32.

droits et des exceptions, étaient des preuves que toutes les leçons de la légistique n'avaient pas été retenues. Une quinzaine d'années plus tard, nous nous permettons une récidive en nous penchant sur les modifications de 2012, et notre conclusion n'est guère plus enthousiaste. En fait, une image s'impose à notre esprit : nous sommes devant le labyrinthe de Dédale à la recherche du fil d'Ariane¹¹.

Nous donnerons trois exemples des embrouillaminis ou obscurcissements auxquels nous soumet la loi sous étude : la mise en œuvre pointilleuse des conventions internationales, l'organisation aléatoire des droits économiques et l'enchevêtrement des exceptions législatives. Le premier exemple est technique, mais a été choisi parce qu'il explique en partie les raisons de la complexification à outrance de la loi canadienne. Il concerne la mise en œuvre des conventions internationales, notamment les traités communément appelés « Traités Internet de l'OMPI »¹².

1. La mise en œuvre pointilleuse des conventions internationales

Le sommaire de la loi de 2012 nous indique que le texte modifie la *Loi sur le droit d'auteur* pour « mettre à jour les droits et les mesures de protection dont bénéficient les titulaires du droit d'auteur, en conformité avec les normes internationales, afin de mieux tenir compte des défis et des possibilités créés par Internet ». En particulier, la loi modificatrice de 2012 vise à permettre la ratification et la mise en œuvre de deux traités, signés par le Canada en 1997, soit le *Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur (TODA)* et le *Traité de l'OMPI sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes (TOIEP)*. L'un de ces traités élargit les droits économiques reconnus aux

11. Pour ceux qui n'auraient qu'un vague souvenir de la mythologie grecque, rappelons que Minos, roi de Crète, ayant fait défaut de sacrifier le taureau que le Dieu Poséidon lui avait donné pour holocauste, fut puni. Poséidon rendit sa femme amoureuse du taureau et de leur union naquit le Minotaure, monstre mi-taureau, mi-homme. Minos demanda à Dédale de lui construire une enceinte pour enfermer le Minotaure et celui-ci construisit le Labyrinthe dont la sortie était introuvable. Chaque année, quatorze jeunes Athéniens étaient jetés dans le labyrinthe pour servir de pâture au Minotaure. Thésée, un héros athénien, se porta volontaire pour aller tuer le Minotaure et Ariane, fille de Minos et tombée amoureuse du héros, lui remit un peloton de fil dont Thésée devait attacher l'extrémité à la porte du Labyrinthe et qu'il devait dévider le long de son trajet. Grâce à cette astuce, Thésée et les jeunes Athéniens retrouvèrent la sortie du Labyrinthe et furent sauvés. Edith HAMILTON, *La mythologie*, Éd. Marabout, Verviers (Belgique), 1978, p. 182-184.

12. Ainsi désignés par l'OMPI elle-même : voir <http://www.wipo.int/copyright/fr/activities/wct_wppt/wct_wppt.html>.

artistes-interprètes, par rapport à ceux reconnus aux bénéficiaires de la Convention de Rome ou de l'OMC, conventions déjà mises en œuvre en droit canadien.

Nous nous retrouvons donc dans la même loi avec trois régimes de protection économique pour les artistes-interprètes, décrits aux paragraphes 15(1) et 15(1.1) et à l'article 26, dans les sections intitulées *Droits de l'artiste-interprète Droit d'auteur* et *Droits des artistes-interprètes – pays OMC*. L'article 26 indique d'emblée son champ d'application à l'artiste-interprète « dont la prestation a lieu après le 31 décembre 1995 dans un pays membre de l'OMC », mais les paragraphes 15(1) et 15(1.1) contiennent ce qui est désigné dans le jargon des légistes comme des « connecteurs modulant la portée d'une règle »¹³. La disposition commencera par l'expression « sous réserve du paragraphe ... ». Voyons l'un de ces connecteurs, le paragraphe 15(2) concernant la Convention de Rome :

(2) La prestation visée au paragraphe (1) doit être, selon le cas :

a) exécutée au Canada ou dans un pays partie à la Convention de Rome ;

b) fixée au moyen d'un enregistrement sonore dont le producteur, lors de la première fixation, soit est un citoyen canadien ou un résident permanent au sens du paragraphe 2(1) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* ou un citoyen ou un résident permanent d'un pays partie à la Convention de Rome, soit, s'il s'agit d'une personne morale, a son siège social au Canada ou dans un tel pays, ou fixée au moyen d'un enregistrement sonore publié pour la première fois au Canada ou dans un pays partie à la Convention de Rome en quantité suffisante pour satisfaire la demande raisonnable du public ;

c) transmise en direct par signal de communication émis à partir du Canada ou d'un pays partie à la Convention de Rome par un radiodiffuseur dont le siège social est situé dans le pays d'émission.

La loi modificatrice de 2012, voulant régler le cas de l'OIEP, ajoute au paragraphe 2.1 :

13. Jacques LAGACÉ, « Phraséologie des renvois et connecteurs modulant la portée de la règle », dans Richard TREMBLAY (dir), *Éléments de légistique : comment rédiger les lois et les règlements* (Cowansville, Blais, 2010), à la p. 518.

(2.2) Le paragraphe (1.1) s'applique également lorsque la prestation, selon le cas :

a) est exécutée dans un pays partie au traité de l'OIEP ;

b) est fixée au moyen d'un enregistrement sonore dont le producteur, lors de la première fixation, soit est un citoyen ou un résident permanent d'un pays partie au traité de l'OIEP, soit, s'il s'agit d'une personne morale, a son siège social dans un tel pays, ou est fixée au moyen d'un enregistrement sonore dont la première publication en quantité suffisante pour satisfaire la demande raisonnable du public a eu lieu dans un pays partie au traité de l'OIEP ;

c) est transmise en direct par signal de communication émis à partir d'un pays partie au traité de l'OIEP par un radiodiffuseur dont le siège social est situé dans le pays d'émission.

Pour les pays non membres de ces conventions internationales, on adopte la règle de la réciprocité, ce qui donne, dans sa version adoptée en 2012 et non encore en vigueur, cet article 22 :

Réciprocité

22. (1) Lorsqu'il est d'avis qu'un pays, autre qu'un pays partie à la Convention de Rome ou au traité de l'OIEP, accorde ou s'est engagé à accorder, par traité, convention, contrat ou loi, aux artistes-interprètes et aux producteurs d'enregistrements sonores, ou aux radiodiffuseurs, qui, selon le cas, sont des citoyens canadiens ou des résidents permanents au sens du paragraphe 2(1) de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés ou, s'il s'agit de personnes morales, ont leur siège social au Canada, essentiellement les mêmes avantages que ceux conférés par la présente partie, le ministre peut, en publiant une déclaration dans la Gazette du Canada, à la fois :

a) accorder les avantages conférés par la présente partie respectivement aux artistes-interprètes et aux producteurs d'enregistrements sonores, ou aux radiodiffuseurs, sujets, citoyens ou résidents permanents de ce pays ou, s'il s'agit de personnes morales, ayant leur siège social dans ce pays ;

b) énoncer que ce pays est traité, à l'égard de ces avantages, comme s'il était un pays visé par l'application de la présente partie.

Réciprocité

(2) Lorsqu'il est d'avis qu'un pays, autre qu'un pays partie à la Convention de Rome, n'accorde pas ni ne s'est engagé à accorder, par traité, convention, contrat ou loi, aux artistes-interprètes et aux producteurs d'enregistrements sonores, ou aux radiodiffuseurs, qui sont des citoyens canadiens ou des résidents permanents au sens du paragraphe 2(1) de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, ou, s'il s'agit de personnes morales, ayant leur siège social au Canada, essentiellement les mêmes avantages que ceux conférés par la présente partie, le ministre peut, en publiant une déclaration dans la Gazette du Canada, à la fois :

a) accorder les avantages conférés par la présente partie aux artistes-interprètes, producteurs d'enregistrements sonores ou radiodiffuseurs sujets, citoyens ou résidents permanents de ce pays ou, s'il s'agit de personnes morales, ayant leur siège social dans ce pays, dans la mesure où ces avantages y sont accordés aux artistes-interprètes, producteurs ou radiodiffuseurs qui sont des citoyens canadiens ou de tels résidents permanents ou, s'il s'agit de personnes morales, ayant leur siège social au Canada ;

b) énoncer que ce pays est traité, à l'égard de ces avantages, comme s'il était un pays visé par l'application de la présente partie.

Voilà des textes de lecture indigeste, qui ne sont certainement pas à la portée de la personne ordinaire, ni même peut-être du juriste non spécialiste. On trouve 23 de ces paragraphes alambiqués, truffés de « sujets » « citoyens », « résidents permanents », de « ressortissants » dans la loi canadienne. Et la question se pose : comment en est-on arrivé à cet état de choses ?

Bien sûr, il y a d'abord le fait d'une volonté politique, qui voit le droit d'auteur ou le droit voisin comme un pion sur un échiquier économique, pion qui se sculpte au fur et à mesure de l'adhésion à des conventions internationales. Ainsi le Canada a choisi de transcrire en droit interne, en régimes distincts, les différents droits et protections de droits voisins prévus par chaque convention. Il aurait été possible de ne concevoir qu'un seul et même régime sans distinguer entre les protections accordées par chaque texte international. La

Belgique¹⁴, comme la France depuis 1964¹⁵, a suivi ce modèle en adoptant le principe de la réciprocité sous réserve des conventions internationales. Le tout est réglé en une disposition législative de trois ou quatre paragraphes¹⁶. Par exemple, en droit belge, le ressortissant d'un pays signataire d'une convention jouit de l'assimilation de l'étranger au national et reçoit la protection du droit interne. C'est le juge qui évalue au cas par cas la portée de la convention internationale¹⁷. Pour les autres auteurs, le juge doit comparer ligne par ligne les législations et ne reconnaît que la protection commune aux deux lois¹⁸.

Bien sûr, en France et en Belgique, de régime moniste, les conventions internationales ont force de loi en droit interne, mais le Canada a, à plusieurs reprises, donné force de loi directement en droit interne à des conventions internationales¹⁹. Il aurait pu faire de même en droit d'auteur. Certains objecteront que la loi de mise en œuvre qui adapte dans le détail en droit interne les obligations internationales offre plus de clarté et prévisibilité ; pas nécessairement

14. Art. 79 de la *Loi du 30 juin 1994 relative au droit d'auteur et aux droits voisins* (MB. 27.07.1994), disponible en ligne <<http://just.fgov.be/>>.

15. Voir l'article L. 111-4 du *Code de la propriété intellectuelle*, disponible en ligne <Legifrance.gouv.fr>, reprenant l'article 1 de la Loi 64-689 1964-07-08.

16. L'article 79 de la loi du 30 juin 1994 se lit comme suit :

« Sans préjudice des dispositions des conventions internationales, les auteurs et les titulaires de droits voisins étrangers jouissent en Belgique des droits garantis par la présente loi sans que la durée de ceux-ci puisse excéder la durée fixée par la loi belge ;

Toutefois, si ces droits viennent à expirer plus tôt dans leur pays, ils cesseront au même moment d'avoir effet en Belgique.

En outre, s'il est constaté que les auteurs belges et les titulaires des droits voisins jouissent dans un pays étranger d'une protection moins étendue, les ressortissants de ce pays ne pourront bénéficier que dans la même mesure des dispositions de la présente loi.

Nonobstant, l'alinéa 1^{er}, la réciprocité s'applique aux droits à rémunération des éditeurs, des artistes-interprètes ou exécutants et des producteurs de phonogrammes ou des premières fixations de films visés aux articles 55, 59 et 61 bis, sans préjudice du Traité sur l'Union Européenne. » <http://www.ejustice.just.fgov.be/cgi_loi/loi_a.pl?language=fr&caller=list&cn=1994063035&la=f&from-tab=loi&sql=dt='loi'&tri=dd+as+rank&rech=1&numero=1>.

L'article L. 111-4 du *Code de la propriété intellectuelle*, est rédigé de façon différente, mais tout aussi succincte.

17. Alain STROWEL et Estelle DERCLAYE, *Droit d'auteur et numérique* (Bruxelles, Bruylant, 2001), aux p. 152-153.

18. *Ibid.* Pour un exposé du régime de réciprocité différent en droit français, voir André LUCAS et Henri-Jacques LUCAS, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, 3^e éd. (Paris, Litec, 2006), aux p. 798 et s.

19. Voir, par exemple, la *Loi sur la Convention relative aux contrats de vente internationale de marchandises*, L.C. 1991, ch. 13.

pourtant. On confond alors précision et clarté²⁰. À légiférer dans le détail, on invite au raisonnement a contrario, qui peut limiter indûment une interprétation²¹.

Dans le cas du droit d'auteur canadien, le législateur nous offre ce jeu complexe de régimes distincts de protection, avec des facteurs de rattachement précis. Devant ce foisonnement de règles, il aurait été préférable que le législateur, à tout le moins, nous annonce son plan pour nous aider à nous y retrouver. C'est d'ailleurs ce qu'il fait à l'occasion, par exemple en insérant l'article 26 dans une section intitulée : *Droits des artistes-interprètes – pays OMC*. Il aurait été sage de faire de même pour la *Convention de Rome* et le *Traité de l'OIEP*.

Chaque idée maîtresse des dispositions servant de « connecteur modulant la portée d'une règle » aurait dû de même être annoncée. C'est ce que le législateur anglais a d'ailleurs fait dans sa réforme de 1988. L'article 153 de la loi de 1988²² énumère les critères de rattachement exigés pour la protection de la loi anglaise :

(1) Copyright does not subsist in a work unless the qualification requirements of this Chapter are satisfied as regards (a) the author (see section 154), or (b) the country in which the work was first published (see section 155), or (c) in the case of a broadcast or cable programme, the country from which the broadcast was made or the cable programme was sent (see section 156).

Il aurait été possible de formuler toutes ces dispositions suivant ce modèle²³, ce qui aurait, à notre avis rendu la loi beaucoup plus

20. « La précision est, en théorie, une condition de la clarté, qui est l'une des vertus cardinales d'un texte. En pratique, particulièrement en législation, les choses ne sont pas si simples : l'imprécision n'est pas toujours un défaut et il est tout à fait possible de pécher par excès de précision ». Daniel JACOBY, « Doit-on légiférer par généralités ou doit-on tout dire ? », (1983) 13 *Revue de droit de l'Université de Sherbrooke* 257 à la p. 259.

21. Par exemple, si l'article 2 du *Règlement sur les règles d'origine (ALÉNA)*, DORS/94-14, pris en application de la *Loi sur les douanes*, LRC 1985, ch. 1 (2^e suppl), détermine qui sont les ressortissants d'un pays ALÉNA, pourquoi ne l'a-t-on pas aussi précisé pour les ressortissants visés par les paragraphes 17(4), 20(3) et 20(4) de la *Loi sur le droit d'auteur* ? Faut-il y voir une volonté de ne pas adopter ces définitions particulières ?

22. *Copyright, Designs and Patents Act 1988*, 1988, c. 48 (Ang.).

23. Suivant le modèle de la loi britannique, le paragraphe 15(2) se serait lu comme suit :

« La prestation visée au paragraphe (1) doit satisfaire l'un des critères de rattachement concernant son exécution (a), le producteur responsable de sa première fixation (b) le lieu de sa première publication (c) ou sa transmission en direct (d).

intelligible. D'ailleurs cela aurait peut-être même mis en lumière certains paradoxes. Par exemple, l'artiste-interprète canadien qui fait un enregistrement dans un pays non partie au *Traité de l'OIEP* avec un producteur de ce pays ne bénéficie d'aucune protection de son droit moral au Canada, même si sa prestation est déformée sur l'enregistrement qui est ensuite mis en circulation au Canada (après la première publication). En effet le paragraphe 17.1(1), qui lui reconnaît ses droits moraux, ne renvoie qu'aux « cas visés aux paragraphes 15(2.1) et (2.2) », lesquels, lorsqu'ils traitent du critère de rattachement relatif à la personne, ne s'intéressent qu'au statut du producteur. Heureusement, un grand nombre de pays ont adhéré au *Traité de l'OIEP*²⁴.

Mais il ne faut pas se surprendre que les légistes n'aient pas opté pour des solutions semblables à celles proposées ci-dessus. Une telle formulation des articles de la loi de 2012 n'aurait pu se faire isolément. Les quelques 20 autres paragraphes connecteurs auraient aussi dû être réécrits. C'est à l'ensemble de la loi qu'il aurait fallu s'attaquer, suivant un mouvement semblable à celui de la rédaction en langage simple²⁵.

Ce qui nous mène peut-être au nœud du problème. De réformes en lois d'actualisation, le gouvernement a joué au rapiécage, n'a jamais remis sur la planche de travail le texte de base, c'est-à-dire la loi de 1921. Les ajouts ont été faits, au gré des circonstances, sans s'interroger sur la structure de base qui souffre aujourd'hui de scoliose aiguë. Nous abordons maintenant les deux thèmes les plus importants, soit l'organisation de la loi aux niveaux des droits économiques et des exceptions.

a) La prestation est exécutée au Canada ou dans un pays partie à la Convention de Rome ;

b) Le producteur de la première fixation de la prestation est un citoyen canadien ou un résident permanent au sens du paragraphe 2(1) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* ou un citoyen ou un résident permanent d'un pays partie à la Convention de Rome, soit, s'il s'agit d'une personne morale, a son siège social au Canada ou dans un tel pays.

c) La prestation est fixée au moyen d'un enregistrement sonore publié pour la première fois au Canada ou dans un pays partie à la Convention de Rome en quantité suffisante pour satisfaire la demande raisonnable du public.

d) La prestation a été transmise en direct par signal de communication émis à partir du Canada ou d'un pays partie à la Convention de Rome par un radiodiffuseur dont le siège social est situé dans le pays d'émission. »

24. <<http://www.wipo.int/treaties/fr/ShowResults.jsp> country_id=ALL&start_year=ANY&end_year=ANY&search_what=C&treaty_id=20le Traité de l'OIEP>.

25. Ruth SULLIVAN, « The Promise of Plain Language Drafting », (2001) 47:1 *McGill Law Journal* 97.

2. L'organisation aléatoire des droits économiques

On le sait, la loi présentement en vigueur a été rédigée en 1921 et mise en vigueur en 1924. Cette loi comprenait plusieurs divisions²⁶, dont certaines plus pertinentes pour les droits économiques, soit les divisions : Droit d'auteur ; Ouvrages susceptibles de faire l'objet d'un droit d'auteur ; Violation du droit d'auteur ; Recours civils ; Recours sommaires ; Importation d'exemplaires.

La loi, dès l'origine, inscrivait donc dans des parties distinctes les droits des auteurs, la violation des droits et les recours, réclamant à notre avis implicitement son appartenance au système de common law. Comme l'expliquent encore les auteurs au sujet du système juridique anglais : « The basic principle underpinning the early development of the common law was that a right only existed if there was a procedure for enforcing it (*ubi remedium ibi ius*) and for this reason substantive law became inextricably bound up with procedure. »²⁷ Ce fut à tel point vrai qu'avant 1988, date de l'introduction du recours pour violation de droit moral, l'action en violation du droit à l'intégrité d'une œuvre fut refusée au Québec, vu l'absence de droit d'action dans la loi fédérale²⁸.

Cette division a été le point de départ d'une anomalie : les recours pouvaient être exercés contre des personnes autres que les contrefacteurs de droit d'auteur. Dès 1921, les recours criminels pouvaient être intentés contre la personne qui, bien que n'étant pas coupable de violation, sciemment faisait une opération commerciale portant sur des exemplaires contrefaits. Avec le temps, la loi a prévu la possibilité de recours civils contre ces personnes, introduisant le concept que la Cour suprême appelle une « violation à une étape ultérieure » (*secondary infringement*)²⁹, la distinguant d'une « violation initiale » (*primary infringement*) du droit d'auteur³⁰.

26. Les divisions étaient : *Titre ; Définitions ; Droit d'auteur ; Ouvrages susceptibles de faire l'objet d'un droit d'auteur ; Durée du droit d'auteur ; Possession du droit d'auteur ; Licences obligatoires ; Licences ; Licences de série ; Violation du droit d'auteur ; Recours civils ; Recours sommaires ; Importation d'exemplaires ; Administration ; Enregistrement ; Taxes ; Erreurs d'écriture ; Règlements ; Abrogation des lois, Convention de Berne ; Mise en vigueur ; Annexe.*

27. Richard WARD et Amanda AKHTAR, *English Legal System* (Oxford, Oxford University Press, 2011), aux p. 1-2.

28. *Gnass c. Cité d'Alma*, C.A. Québec, n° 200-09-000032-745, 30 juin 1977, non rapporté.

29. *CCH Canadienne ltée c. Barreau du Haut-Canada*, 2004 CSC 13, [2004] 1 R.C.S. 339, par. 80 [CCH].

30. Voir *Euro-Excellence Inc. c. Kraft Canada Inc.*, 2007 CSC 37, [2007] 3 R.C.S. 20, par. 17 ; *Gahel c. Corporation Xprima.com*, 2008 QCCA 1264, par. 31.

Une division logique pouvait quand même être faite entre les deux concepts de violation. Le droit d'auteur était défini comme désignant en premier lieu les droits exclusifs de reproduire, de représenter en public et de publier les œuvres. La personne qui accomplissait ces actes sans le consentement de l'auteur commettait une violation initiale même si elle agissait dans l'ignorance du droit d'auteur³¹. Par contre, dans le cas de la « violation à une étape ultérieure », on visait principalement celui qui faisait des transactions commerciales portant sur des copies contrefaites et la poursuite devait alors prouver que le défendeur avait eu connaissance ou aurait dû se douter de l'existence des droits du titulaire et de la violation initiale.

Mais au gré des accords internationaux, la logique du système n'a pas tenu. D'abord, on a inséré dans la notion de droit d'auteur (et donc parmi les actes de violation initiale) des droits sur des transactions touchant des exemplaires. Ainsi, se conformant aux articles 1705-1706 de l'ALÉNA et aux articles 11-14 de l'ADPIC, on reconnut parmi les droits d'auteur le droit de location commerciale, d'abord pour les seuls programmes d'ordinateurs, puis pour les enregistrements sonores, comme le précisent maintenant les alinéas 3(1)h), 3(1)i), 15(1)c) et 18(1)c) de la loi. La loi modificatrice de 2012 continue dans la même veine en insérant l'alinéa 3(1)j), qui correspond au paragraphe 6(1) du TODA et aux articles 8 et 12 du TOIEP. Celui-ci donne, concernant les œuvres sous forme d'un objet tangible, le droit exclusif, « d'effectuer le transfert de propriété, notamment par vente, de l'objet, dans la mesure où la propriété de celui-ci n'a jamais été transférée au Canada ou à l'étranger avec l'autorisation du titulaire du droit d'auteur. » Il ne faut pas oublier qu'en plus, il y a des dispositions particulières concernant l'importation des œuvres³².

Ainsi donc, la personne qui importe des œuvres au Canada fait face à des recours potentiellement basés, tant sur l'alinéa 3(1)j) (jumelé au paragraphe 27(1)) que sur le paragraphe 27(2) et l'article 27.1 ou sur les articles 44.1-44.2. Et à chaque fois, la formulation du type d'importation visée est différente³³, de même que l'exigence ou non d'une mauvaise foi du défendeur.

31. Même la protection de l'article 39, qui ne permet que l'injonction contre le défendeur de bonne foi, ne joue dans les faits que lorsque ce dernier avait des motifs de croire que l'œuvre utilisée n'était pas protégée par le droit d'auteur. Voir notre explication *Mistrale* GOUDREAU, « Les droits patrimoniaux de l'auteur », dans *JurisClasseur Québec – Propriété intellectuelle*, Fasc. 6 (Montréal, LexisNexis Canada, 2013), par. 3.

32. Voir les articles 44 à 45.

33. Les articles visent non seulement les cas où l'exemplaire a été contrefait au Canada mais aussi les cas où la production aurait été une contrefaçon si elle avait

Ce genre d'application de dispositions éparses pour une même situation de faits se répète dans la loi modificatrice de 2012. Le fournisseur de services Internet, dont la Cour suprême, dans l'affaire *SOCAN*³⁴, avait grandement limité la responsabilité potentielle en vertu de l'article 3 (notamment par le jeu de l'alinéa 2.4(1)b)), écope, dans la Partie *Violation du droit d'auteur*, d'un nouveau chef de responsabilité aux paragraphes 27(2.3) et 27(2.4), bien qu'il jouisse d'une exception de principe pour ses activités en vertu de l'article 31.3, tout en étant astreint, dans la section *Recours*, à suivre strictement une procédure en cas d'avis de prétendue violation, sous peine d'encourir à nouveau une responsabilité.

En fait, depuis 1921, le Canada greffe de nouveaux droits dans la liste des droits patrimoniaux de l'auteur, mais il n'a jamais répondu clairement à la question : quelle est la relation entre ces nouveaux droits et les droits principaux de reproduction, représentation au public et publication, reconnus comme l'assise fondamentale du droit d'auteur³⁵ ? Il a simplement rajouté à l'article 3, alinéa après alinéa, alors que certains droits étaient clairement des sous-catégories des droits principaux (comme les adaptations, qui sont vraisemblablement des reproductions « sous une forme matérielle quelconque »³⁶) et d'autres probablement pas. C'est ce qui a divisé la

été faite au Canada. Les articles 27.1 et 44.2 envisage l'hypothèse où l'exemplaire aurait été produit au Canada *par l'importateur* et visent expressément les cas où « l'importation se fait sans le consentement du titulaire du droit au Canada ». Par contre, le paragraphe 27(2) vise le cas où l'exemplaire aurait été produit au Canada *par la personne qui l'a produit* ». Déjà les juges de la Cour suprême ont rendu une décision très partagée sur la portée du paragraphe 27(2) en cas d'importation parallèle d'une œuvre mise sur le marché par le titulaire international du droit d'auteur qui a accordé des exclusivités territoriales. La loi précise aussi au paragraphe 27(3) que « lorsqu'il s'agit de décider si les actes [de production de l'exemplaire], dans les cas où ils se rapportent à un exemplaire [importé], constituent des violations du droit d'auteur, le fait que l'importateur savait ou aurait dû savoir que l'importation de l'exemplaire constituait une violation n'est pas pertinent ». Enfin, l'alinéa 3(1j) qui exige un premier transfert autorisé de l'exemplaire, n'est pas non plus nécessairement clair, puisqu'on ne sait quel sera le traitement d'une autorisation conditionnelle à une mise en marché dans un territoire seulement.

34. *Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c. Assoc. canadienne des fournisseurs Internet*, [2004] 2 R.C.S. 427, 2004 CSC 45.
35. *Entertainment Software Association c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique*, 2012 CSC 34, [2012] 2 R.C.S. 231, par. 42 [*Entertainment*].
36. Voir la partie introductive de l'article 3. C'est ainsi que les auteurs estiment que l'adaptation musicale, non prévue aux alinéas 3(1b) et c), est tout de même un droit exclusif de l'auteur : John S. MCKEOWN, *Fox Canadian Law of Copyright and Industrial Designs*, 3^e éd. (Scarborough, Carswell, 2000), p. 468.

Cour suprême en 2012 dans l'affaire *Entertainment*³⁷. La version anglaise indiquant que le droit d'auteur « means » les droits généraux et « includes » les différents alinéas, la majorité a conclu que les alinéas de l'article 3 sont de simples illustrations des droits principaux. La version française de l'article 3 indique plutôt que le droit d'auteur « comporte, en outre » ces différents droits. Les juges minoritaires ont donc estimé que chacun de ces droits énumérés était un droit distinct, différent des autres, et donc que chacun mène à une rémunération additionnelle pour l'auteur. Le législateur n'a jamais éclairci la question.

La loi de 2012 introduit une autre anomalie dans le régime canadien du droit d'auteur. Poursuivant sa lancée de recours contre ceux qui n'auraient pas violé le droit d'auteur, le législateur instaure un régime d'interdictions concernant le contournement de mesure de protection technique (MPT) ou l'atteinte à l'information sur le régime des droits. Par exemple, l'alinéa 41.1(1)a interdit de contourner une MPT qui contrôle efficacement l'accès à une œuvre protégée, même si l'utilisateur le fait dans le but d'utiliser l'œuvre en vertu de l'une des exceptions prévues par la loi. La loi interdit aussi de fournir un service de contournement ou mettre sur le marché un dispositif de contournement³⁸. Ce sont des interdictions en vue de freiner les « gestes préparatoires » aux éventuelles violations de droit d'auteur, avant même toute violation³⁹.

Où doit-on placer ces interdictions ? Bien sûr dans la section *Recours*, en précisant bien, dans la disposition qui crée le droit d'action, que le titulaire « est admis, ... à exercer contre le contrevenant tous les recours ... que la loi prévoit ou peut prévoir pour la violation d'un droit d'auteur »⁴⁰. C'est le recours miroir du recours en violation de droit d'auteur. Et bien sûr, ce recours miroir est lui-même assujéti à des exceptions qui ne sont pas les mêmes que les exceptions aux violations de droit d'auteur⁴¹.

37. *Supra* note 35.

38. Par. 41.1(1).

39. Mihály FICSOR, *Legends and reality about the 1996 WIPO Treaties in the light of certain comments on Bill C-32*, disponible en ligne sur le site IP Osgoode, <<http://iposgoode.ca/wp-content/uploads/2010/Ficsor-Legends-and-Reality-about-the-1996-WIPO-Treaties-C-32-and-TPMs.pdf>>.

40. Par. 41.1(2).

41. Les exceptions sont prévues aux articles 41.11 à 41.18 et visent les enquêtes et les activités de protection de la sécurité nationale (art. 41.11) ; l'interopérabilité des programmes d'ordinateur (art. 41.12) ; la recherche sur le chiffrement (art. 41.13) ; la protection des renseignements personnels (art. 41.14) ; la sécurité des systèmes informatiques (art. 41.15) ; les personnes atteintes de déficiences

Voilà qu'il faut maintenant expliquer au public que la *Loi sur le droit d'auteur* comporte des droits d'auteur (des droits exclusifs que seul l'auteur ou titulaire peut exercer), des violations de droit d'auteur, qui visent le fait d'accomplir un acte réservé à l'auteur sans son autorisation, mais aussi d'autres actes que ceux exclusifs aux auteurs, et finalement, des interdictions qui ne supposent plus de violation de droit d'auteur. Est particulièrement révélatrice la modification apportée en 2012 à l'article 34.1 qui traitait des présomptions dans le cadre d'une « procédure pour violation du droit d'auteur », et qui maintenant vise « toute procédure civile engagée en vertu de la présente loi ».

Mais c'est au chapitre des exceptions aux droits d'auteur que la situation est la plus acrobatique, d'autant que c'est la partie que le public voudra le plus connaître et invoquer.

3. L'enchevêtrement des exceptions législatives

Première difficulté, la loi prévoit une liste interminable d'exceptions particulières dans les domaines les plus variés. La liste des titres des divisions de la section *Exceptions* fournit un bon portrait de la situation : *Utilisation équitable ; Contenu non commercial généré par l'utilisateur ; Reproduction à des fins privées ; Fixation d'un signal et enregistrement d'une émission pour écoute ou visionnement en différé ; Copies de sauvegarde ; Actes à but non lucratif ; Établissements d'enseignement ; Bibliothèques, musées ou services d'archives ; Disposition commune aux établissements d'enseignement, bibliothèques, musées ou services d'archives ; Bibliothèques, musées ou services d'archives faisant partie d'un établissement d'enseignement ; Bibliothèque et Archives du Canada ; Programmes d'ordinateur ; Recherche sur le chiffrement ; Sécurité ; Incorporation incidente ; Reproductions temporaires pour processus technologiques ; Enregistrements éphémères ; Retransmission ; Services réseau ; Personnes ayant des déficiences perceptuelles ; Obligations découlant de la loi ; Autres cas de non-violation*. Dans cette dernière subdivision, le législateur, sans doute à bout d'organisation des idées, a regroupé une série d'exceptions introduites à des époques antérieures, telles que utilisations de moules, conférences, allocutions politiques, lectures ou récitations d'un extrait raisonnable, exécutions

perceptuelles (art. 41.16) ; les enregistrements temporaires faites pour des raisons techniques par les radiodiffuseurs (art. 41.17) ; le déverrouillage des téléphones cellulaires et l'accès à un service de télécommunication au moyen d'un appareil radio (art. 41.18).

musicales lors de foires, expositions, dans l'intérêt d'organismes religieux, charitables, ou établissements d'enseignement. A été ajouté en 2012 le droit pour une personne physique d'utiliser à des fins non commerciales ou privées la photographie ou le portrait qu'elle a commandé à des fins personnelles.

D'autres exceptions ont trouvé domicile dans d'autres titres de la loi : représentation à l'aide d'un appareil radiophonique récepteur, exception classée dans la partie *Commission du droit d'auteur et gestion collective* (puisque des redevances doivent être payées par d'autres personnes, selon le tarif fixé par la commission)⁴², et copie privée⁴³ qui a, elle, sa propre partie – *Partie VIII Copie pour usage privé*.

On comprendra que le public soit dérouté, ne serait-ce que par la multitude des exceptions. Mais le problème vient surtout de la proximité de certaines exceptions, qui visent des situations similaires, mais qui attachent la légalité des utilisations à des conditions pourtant différentes.

Prenons le cas banal de l'enregistrement à domicile. Un consommateur ordinaire veut pour ses fins personnelles (et bien sûr celles de sa famille), reproduire une œuvre musicale ou un film. Plusieurs exceptions sont susceptibles de s'appliquer : l'exception en vertu du régime de la copie privée, la reproduction à des fins privées, la fixation d'un signal et enregistrement d'une émission pour écoute ou visionnement en différé, le contenu non commercial généré par l'utilisateur et l'utilisation équitable.

Voyons le régime de la copie privée : le consommateur peut faire une reproduction pour usage privé sur un support audio (ce qui, selon la Cour d'appel fédérale, ne couvre pas la mémoire des ordinateurs ni les enregistreurs audionumériques⁴⁴, comme les MP3) et en contrepartie pour cette exception législative, une rémunération est versée aux représentants des auteurs par le fabricant ou importateur de supports audio vierges⁴⁵. Il est clair de la définition législative⁴⁶, que cela exclut les enregistrements vidéo – et donc la

42. Par. 69(2).

43. Art. 80.

44. *Société canadienne de perception de la copie privée c. Canadian Storage Media Alliance*, [2005] 2 R.C.F. 654, par. 159-160-164.

45. Art. 81.

46. « support audio » « Tout support audio habituellement utilisé par les consommateurs pour reproduire des enregistrements sonores, à l'exception toutefois de

reproduction de film. On ne s'intéresse pas à la source de la reproduction. C'est du moins l'interprétation donnée par la Commission du droit d'auteur, selon laquelle :

Le régime ne traite pas de la source du matériel copié. La partie VIII n'exige pas que la copie d'origine soit une copie légale. Il n'est donc pas nécessaire de savoir si la source de la pièce copiée est une piste appartenant au copiste, un CD emprunté, ou encore une piste téléchargée d'Internet – peu importe la source de la copie.⁴⁷

On peut donc supposer que le consommateur pourrait, en vertu de cette exception, faire une copie à partir d'un exemplaire sur lequel on aurait contourné une MPT de reproduction. De plus, selon le paragraphe 80(2), le consommateur ne doit en aucun cas faire cette copie pour distribution, dans un but commercial ou non. Bref le cadeau à un ami, ou même un membre de la famille, est exclu. Lorsqu'il voudra s'en débarrasser, le consommateur pourra-t-il le donner à un organisme charitable ? Peut-être que la destruction est la seule issue légale.

La loi de 2012 a introduit une autre exception, cette fois sans contrepartie pour les auteurs : la *Reproduction à des fins privées*, comme l'indique l'intitulé de cette partie. Mais, en fait, on vise le transfert d'une œuvre d'un médium à un autre, lorsque, nous dit l'article 29.22, « la personne a obtenu la copie légalement, autrement que par emprunt ou location, et soit est propriétaire du support ou de l'appareil sur lequel elle est reproduite, soit est autorisée à l'utiliser ». Une illustration serait le consommateur qui veut mettre la musique du CD qu'il a acheté sur son enregistreur audionumérique (par exemple un Ipod)⁴⁸. Mais, selon les termes de la loi, cela ne vise pas l'œuvre tirée de la radio, télévision ou réseau internet. Plusieurs conditions s'appliquent, (qui ne sont pas exigées pour l'autre

ceux exclus par règlement. » Autre source de confusion ; la définition ne se trouve pas dans la section *Définition et dispositions interprétatives* de la Loi mais dans la section *Définitions* de la Partie VIII. COPIE POUR USAGE PRIVÉ, ce qui oblige le législateur à faire dans l'énoncé de l'article 29.22 (1) un renvoi à l'article 79, alors que les mots « support audio » ne sont pas utilisés ailleurs dans la loi. Dans ce cas, ne serait-il pas plus simple de définir 'support audio' dans la section générale des *Définitions* ?

47. *Copie privée 2003-2004*, [2003] DCDA 8, p. 20, infirmé [2005] 2 R.C.F. 654, sur d'autres points.

48. Ce qui n'est pas couvert par l'exception prévue au régime de la copie privée. Voir supra note 44. La loi précise d'ailleurs que l'exception ne s'applique pas si une reproduction est faite sur un support audio (par. 29.22(3)).

copie privée) : « a) la copie de l'œuvre ou de l'autre objet du droit d'auteur reproduite n'est pas contrefaite – peu importe que l'acheteur ait eu ou non des raisons de croire que l'exemplaire était une copie légitime ; c) le consommateur ne contourne pas une MPT contrôlant la reproduction ; d) il ne donne la reproduction à personne ; e) il n'utilise la reproduction qu'à des fins privées. Si un particulier copie son CD sur son Ipod, la conséquence est peut-être qu'il ne peut plus donner son Ipod, puisque l'enregistreur contient dans sa mémoire une copie du CD. Peut-il même prêter cet enregistreur audionumérique⁴⁹ ? Et s'il veut se débarrasser de l'enregistrement, cette fois-ci, la loi est claire : si la personne donne, loue ou vend la copie initiale, elle doit détruire « toutes les reproductions faites au titre de ce paragraphe ».

La loi prévoit une autre exception de copie privée, encore sans rémunération pour les auteurs : c'est la *Fixation ou reproduction pour écoute ou visionnement en différé*. Le paragraphe 29.23(1) permet de fixer ou de reproduire une œuvre à partir d'une radiodiffusion (la loi semble ici faire une différence entre radiodiffusion et télécommunication) pour l'écouter ou la regarder en différé, à des conditions strictes : a) la personne reçoit l'émission de façon licite ; b) elle ne contourne pas de MPT de contrôle d'accès ou de reproduction ; c) elle ne fait pas plus d'un enregistrement de l'émission (contrairement à l'exception précédente) ; d) elle ne conserve l'enregistrement que le temps vraisemblablement nécessaire pour écouter ou regarder l'émission à un moment plus opportun ; e) elle ne donne l'enregistrement à personne ; f) elle n'utilise l'enregistrement qu'à des fins privées. L'exception ne joue pas si la copie est reçue dans le cadre de la fourniture d'un service sur demande⁵⁰. Bref on peut regarder l'émission en famille, mais surtout il faut s'abstenir de donner la copie, peut-être s'abstenir de la prêter⁵¹ et il faut détruire assez promptement⁵².

49. Alors que l'article 80 interdit la « distribution » de la copie faite à des fins privées, l'article 29.22 interdit de « donner » la copie. On peut s'interroger sur la raison de cette terminologie différente. Il est probable que le législateur ne vise pas ici le don au sens juridique, mais plutôt le don au sens populaire du terme, qui est de « faire en sorte que quelqu'un ait quelque chose » (CRNS, <<http://www.cnrtl.fr/definition/don>>). Interprété de cette façon, le paragraphe pourrait même interdire le prêt à longue durée.

50. Par. 29.23(2).

51. Voir notre commentaire, *supra*, note 49.

52. Ce n'est pas le seul cas où l'exception ne joue que pour un laps de temps. L'étudiant qui a reçu une copie d'une œuvre dans le cadre de l'exception relative aux leçons, doit détruire cette copie « dans les trente jours suivant la date à laquelle les élèves inscrits au cours auquel la leçon se rapporte ont reçu leur évaluation

Il apparaît de l'exposé de ces exceptions que nous avons un législateur passablement déconnecté de la réalité. Le public en général traite volontiers sur le même pied les œuvres musicales et audiovisuelles et ne comprendra pas pourquoi il peut copier les unes mais pas les autres. Le consommateur se soucie peu de la source de ses enregistrements (puisés de la radio, ou de la télévision ou copiés d'enregistrements analogiques ou numériques, ou fournis dans le cadre d'un service sur demande). Faire dépendre la légalité d'un acte de la nature du support copié, ou du support de la copie, ne peut susciter qu'incompréhension et incrédulité chez le public. Enfin l'obligation de détruire des copies dans des délais précis nous semble en contradiction flagrante avec le peu d'aptitude de l'être humain à gérer minutieusement ses affaires... D'ailleurs, certains soulignent que de plus en plus le public consomme les œuvres en temps réel, en « streaming », ce qui pourrait rendre plusieurs de ces exceptions en fin de compte désuètes⁵³.

Mais là ne s'arrête pas la liste des exceptions potentiellement applicables à l'enregistrement à domicile. Le législateur a introduit en 2012 une nouvelle exception, celle relative au *Contenu non commercial généré par l'utilisateur*. Cette exception, qui elle non plus ne s'accompagne pas d'un mécanisme de compensation pour les auteurs, est de portée beaucoup plus vaste : elle permet à la personne physique d'utiliser une œuvre – déjà publiée ou mise à la disposition du public – pour en créer une autre, et de diffuser cette nouvelle œuvre sur un réseau social. Les conditions d'application de cette exception sont passablement différentes : a) si possible, il faut mentionner la source de l'œuvre copiée, b) la personne doit croire, pour des motifs raisonnables, que la copie qui a servi à la création n'était pas contrefaite (au contraire des certaines autres exceptions qui exigeaient strictement l'emploi d'une copie légitime ou qui, au contraire, ne l'exigeaient aucunement) ; la nouvelle œuvre (ou l'autorisation de la diffuser) ne doit être utilisée qu'à des fins non commerciales, (ce qui est différent de fins purement privées exigées pour les autres exceptions) et d) l'utilisation de la nouvelle œuvre ou

finale » (voir art. 30.01). Il est évident ici que le législateur ne connaît pas le concept d'examen différé (pour cause de maladie de certains étudiants), qui peut repousser de plusieurs mois et parfois de plus d'une année, la date de la réception de la note finale par tous les étudiants. Cette remise plus tardive des notes à certains étudiants est d'ailleurs faite à l'insu des autres étudiants, les plaçant dans l'impossibilité de savoir quand « les élèves inscrits au cours auquel la leçon se rapporte ont reçu leur évaluation finale ».

53. Georges AZZARIA, « Loi sur le droit d'auteur – Les auteurs mis sur la touche », *Le devoir*, 15 juin 2010 <<http://www.ledevoir.com/politique/canada/290862/loi-sur-le-droit-d-auteur-les-auteurs-mis-sur-la-touche>>.

l'autorisation de diffuser, ne doit avoir aucun effet négatif important, pécuniaire ou autre, sur l'exploitation – actuelle ou éventuelle – de l'œuvre copiée (condition que, selon nous, le consommateur moyen aura peine à évaluer). Enfin, au contraire des autres exceptions qui ne visaient que l'utilisateur personnellement, celle-ci bénéficie aux personnes qui résident avec l'utilisateur et rien ne semble interdire que l'utilisateur contourne une MPT de reproduction pour générer sa nouvelle œuvre.

Cette exception pourrait avoir une grande importance en pratique, puisqu'elle semble légaliser les utilisations privées (qui normalement devraient avoir peu d'impact négatif sur l'exploitation de l'œuvre initiale) pour autant que l'utilisateur crée une œuvre. Or la création d'une œuvre n'exige qu'un « exercice non négligeable du talent et du jugement »⁵⁴ et la loi reconnaît clairement que les compilations peuvent être des œuvres. Aussi la doctrine n'exclut pas que l'exception s'applique au « mix tape », la bande personnelle de morceaux choisis par une personne pour une occasion⁵⁵. Une telle interprétation entérinée par les tribunaux permettrait facilement à un utilisateur de contourner plusieurs des exigences des autres exceptions pour copie privée ; il lui suffirait d'incorporer les reproductions dans des compilations personnelles, en usant de suffisamment de talent et jugement dans la sélection et l'organisation des morceaux.

Enfin, reste encore à considérer l'exception pour utilisation équitable en vertu de l'article 29. En effet, il n'est pas exclu qu'un consommateur puisse justifier qu'une reproduction faite à la maison constitue une utilisation équitable de l'œuvre, notamment pour étude privée ou recherche. La loi de 2012 a d'ailleurs rajouté d'autres buts légitimes d'utilisation équitable, soit l'éducation, la parodie ou la satire, dont la portée reste à établir. Dans l'affaire *SOCAN c. Bell Canada*⁵⁶ la Cour suprême a expressément reconnu qu'une recherche peut très bien n'être entreprise « pour aucun autre motif que l'intérêt personnel »⁵⁷, ce qui semble annoncer une interprétation fort large de ces notions. Le consommateur devrait certes satisfaire

54. *CCH*, *supra*, note 29, par. 28.

55. Teresa SCASSA, « Acknowledging Copyright's Illegitimate Offspring: User-Generated Content and Canadian Copyright Law », dans Michael GEIST (éd.), *The Copyright Pentalogy : How the Supreme Court of Canada Shook the Foundations of Canadian Copyright Law* (Ottawa, University of Ottawa Press, 2013), 431, à la p. 440.

56. *Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c. Bell Canada*, 2012 CSC 36, [2012] 2 R.C.S. 326 [*SOCAN c. Bell Canada*].

57. *Ibid.*, par. 22.

les six critères permettant de déterminer si une utilisation est « équitable »⁵⁸, mais certains usages, même pour des reproductions d'une œuvre entière, pourraient être jugés acceptables⁵⁹.

Enfin il est bon de noter que selon la jurisprudence actuelle, les exceptions législatives sont cumulatives. Si un usager ne peut satisfaire les conditions attachées à une exception, il peut toujours s'en remettre à une autre exception⁶⁰.

Voici donc les explications qu'un bon juriste devrait fournir à son client, particulier ordinaire, qui lui demanderait s'il peut enregistrer des œuvres musicales ou des films à la maison. Même le citoyen le plus consciencieux aurait peine à s'y retrouver, et surtout à garder en mémoire les conditions précises qu'il doit satisfaire dans chaque cas.

De plus, le domaine de l'enregistrement à domicile n'est pas le seul cas de multiplication à outrance d'exceptions pointilleuses ; le domaine de l'éducation a été tout aussi, sinon plus, accablé⁶¹.

Le juriste plus averti sera lui peut-être frappé par le manque de constance du législateur qui a parfois accompagné une exception d'un régime de compensation pour les auteurs et parfois non. Dans un dossier où les oppositions des parties prenantes étaient déjà connues⁶², l'inconstance de l'arbitre ne peut être que source d'une plus grande mésentente.

Conclusion

La rédaction d'une loi est nécessairement tributaire des politiques législatives que l'on veut mettre en place. Dans le domaine du

58. Soit le but, la nature et l'ampleur de l'utilisation, l'existence de solutions de rechange à l'utilisation, la nature de l'œuvre et l'effet de l'utilisation sur l'œuvre. Voir *CCH*, *supra*, note 29, par. 53 et *SOCAN c. Bell Canada*, *supra*, note 56, par. 14.

59. Dans *CCH*, *supra*, note 29, par. 56, la Cour souligne expressément qu'aux fins de recherche ou d'étude privée, il peut être essentiel de reproduire en entier une œuvre, telle un exposé universitaire.

60. *CCH*, *supra*, note 29, par. 49.

61. Voir les articles 29.4 à 30.04 et 30.3 à 30.4, exceptions particulières de plus de 3500 mots, qui s'appliquent en concurrence avec la nouvelle exception d'utilisation équitable aux fins d'éducation prévue par l'article 29 modifié en 2012.

62. Plusieurs sites ont recensé les réactions divergentes des parties prenantes. Voir entre autres : <<http://www.sodrac.ca/ProjetLoiC11.aspx>> ; <<http://www.cultureequitable.org/documentation/>> ; <<http://www.iposgoode.ca/2010/06/bill-c-32-a-sampling-of-commentary-on-technological-protection-measures/>>.

droit d'auteur, les parlementaires responsables des réformes et actualisations successives de la loi semblent s'être alignés sur les textes des conventions internationales à mettre en œuvre ou s'être concentrés sur les points chauds de l'actualité. Mais il n'y a pas eu de réflexion en profondeur, de mise en place de principes fondamentaux qui ait présidé à l'élaboration des lois modificatrices.

La nature des droits économiques a été et est encore fortement influencée par les conventions internationales que le Canada a signées et ratifiées. Mais les droits ont été superposés les uns aux autres sans logique apparente. De plus, la formulation différente des droits exclusifs ou des violations, pour des situations présentant des analogies, est éminemment déconcertante.

Également, en créant des interdictions – miroirs des actions en violation – concernant les MPT, le législateur n'est-il pas en train de créer un droit exclusif d'accès aux œuvres, contrôlé par le titulaire ? Et s'il y a un droit d'accès aux œuvres, n'est-ce pas ce droit qui est de l'essence du droit d'auteur ? Pourquoi a-t-on reconnu les droits de reproduction et de représentation au public si ce n'est que par ces moyens, l'auteur permettait au public de prendre connaissance de son œuvre, d'y avoir accès ? La production et la publication du livre donnaient la possibilité de se saisir de l'œuvre à loisir, au lieu et temps choisis pour tourner les pages. Le fait d'assister à une représentation permettait au public de connaître l'œuvre, mais dans un mode plus éphémère. On a permis à l'auteur de contrôler ces actes précisément pour lui permettre de se faire rémunérer lorsqu'il donnait accès à son œuvre. Et si ce droit d'accès est véritablement un droit d'auteur, pourquoi ce régime connaît-il une gamme particulière d'exceptions, beaucoup plus restreinte que les exceptions aux violations de droit d'auteur ?

Mais c'est lorsqu'on dresse le tableau des exceptions législatives que le manque de cohérence du législateur est particulièrement frappant. En quelles circonstances une exception est-elle justifiée⁶³ ? Quand et pourquoi une exception doit-elle être accompagnée d'un mécanisme de compensation pour les auteurs ? Une exception joue-t-elle lorsqu'on utilise une copie contrefaite ou, à tout le moins, lorsqu'on a des raisons de croire qu'elle est contrefaite ? Quand peut-on partager une copie faite dans le cadre d'une exception ?

63. On peut citer en exemple d'un effort pour donner une base rationnelle aux exceptions au droit d'auteur, le *European Copyright Code*, produit de la collaboration de plusieurs universitaires européens et disponible en ligne : <<http://www.copyrightcode.eu/index.php?websiteid=1>>.

Cette difficulté à identifier les principes de base de la loi, cette absence de fils conducteurs qui auraient permis de s'orienter dans le dédale législatif, est, à notre humble avis, le principal défaut de rédaction de cette loi, nullement adaptée aux activités quotidiennes des Canadiens. Mais le blâme ne doit pas nécessairement être jeté sur les légistes. À notre avis, le reproche doit être surtout adressé aux décideurs étatiques, qui, au lieu de poursuivre un tant soit peu un idéal de clarté et simplicité des lois, nous invitent, de par leurs circonvolutions politiques, à valser sans relâche dans les sinuosités d'un labyrinthe législatif, sans fil d'Ariane.