

Vol. 25, n° 3

Un tournant pour le droit d'auteur canadien

Georges Azzaria*

Introduction	887
1. Un aperçu des modifications	889
2. Les auteurs en orbite	892
3. Une gouvernance incertaine	897
Conclusion	901

© Georges Azzaria, 2013.

* Professeur, Faculté de droit, Université Laval, Québec.

« Dans le discours du Trône de 2011, le gouvernement du Canada s'est engagé à déposer de nouveau le projet de loi pour moderniser la Loi sur le droit d'auteur et à l'adopter rapidement afin d'établir l'équilibre entre les besoins des créateurs et des consommateurs. Le présent projet de loi respecte cet engagement »¹

Introduction

L'entrée en vigueur en novembre 2012 de la *Loi sur la modernisation du droit d'auteur*² permet de mieux comprendre l'étendue des variantes que cautionne le séduisant qualificatif de « moderne ». La volonté d'être moderne a été affichée par le Gouvernement canadien dans le *Rapport sur les dispositions et l'application de la Loi sur le droit d'auteur* de 2002 où l'on peut lire : « Le gouvernement du Canada fera en sorte que le cadre du droit d'auteur demeure parmi les plus modernes et les plus progressifs du monde »³. Les modifications apportées à la *Loi sur le droit d'auteur* poursuivent également l'objectif d'être « équilibrées », comme l'annonçaient nombre de rapports depuis que l'Internet est un objet de politique publique⁴. Or, la recherche d'un équilibre au sein d'une loi comporte une part d'idéologie, le point d'équilibre pouvant être situé à plus d'un endroit.

1. GOUVERNEMENT DU CANADA, *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>.
2. L.C. 2012, ch. 20 (« Projet de Loi C-11 »).
3. GOUVERNEMENT DU CANADA, *Stimuler la culture et l'innovation : Rapport sur les dispositions et l'application de la Loi sur le droit d'auteur*, 2002, p. 47.
4. Voir notamment INDUSTRIE CANADA, *Contact, communauté, contenu : le défi de l'autoroute de l'information : Rapport final du Comité consultatif sur l'autoroute de l'information*, 1995, p. 131 : « Dans le contexte de la numérisation accélérée de l'information, le gouvernement fédéral devrait adopter des principes régissant le droit d'auteur, en se fondant sur ce qui suit : a) maintenir l'équilibre entre le droit des créateurs de bénéficier de l'usage de leurs œuvres et les besoins des usagers (y compris les milieux de l'enseignement et de la formation) d'avoir accès à ces œuvres et de les utiliser selon des modalités raisonnables [...] ».

Les modifications de 1997, les plus importantes avant celles qui viennent d'entrer en vigueur, procédaient aussi de ces impératifs de modernisation et d'équilibre⁵, adoptant un parti pris généralement favorable aux auteurs. Malgré la plus grande importance qu'occupe Internet dans la société actuelle, les enjeux juridiques de fond ne sont pas sensiblement différents aujourd'hui. Pourtant, l'approche a changé, démontrant à quel point la modernisation est un processus aléatoire et l'équilibre un concept à géométrie variable. Les modifications de 2012 au droit d'auteur font du Canada un pionnier, le chantre d'une loi que le législateur lui-même qualifie d'innovatrice⁶. Mais un pionnier de quoi au juste ? Un pionnier n'est pas nécessairement un modèle. Désormais plus complexes, les dispositions obéissent à des impératifs parfois contradictoires, elles semblent peu soucieuses des obligations internationales du Canada et posent les tribunaux comme passage obligé pour comprendre le sens de certains articles. Plus encore, la loi pousse les auteurs hors de son centre en proposant, comme nous le verrons, un modèle hésitant de gouvernance. Bien que les changements parviennent à satisfaire certains groupes d'intérêt qui deviennent partie prenante de la loi, elle cause un profond inconfort chez les auteurs⁷.

En 1998, les *Cahiers de propriété intellectuelle* publiaient un numéro spécial consacré aux modifications qu'avait subies la *Loi sur le droit d'auteur* l'année précédente. Si ces modifications s'avéraient importantes – apparition des droits voisins et de la copie privée notamment – l'ensemble ne marquait pas une rupture trop sévère avec le principe d'une loi protégeant les auteurs. Des mises en garde étaient pourtant exprimées quant au manque de cohérence de

5. « Lors de son introduction à la Chambre des Communes, les ministres responsables avaient identifié trois objectifs à leur démarche : « renforcer la protection législative offerte aux créateurs canadiens [pour promouvoir le secteur des arts et de la culture] », moderniser la loi afin de « la mettre au diapason des législations des principaux pays occidentaux » et assurer « un équilibre entre les droits de ceux qui créent les œuvres et les besoins de ceux qui les utilisent » » 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, 8.
6. Voir le discours tenu sur le site du Gouvernement du Canada : « Des produits et services novateurs changent la manière dont les Canadiens se servent du contenu. Le projet de loi prévoit des exceptions visant à donner aux consommateurs la souplesse nécessaire pour utiliser raisonnablement le contenu protégé par un droit d'auteur obtenu de manière légitime, reflétant ainsi une démarche canadienne innovatrice à l'égard des droits d'auteur à l'ère numérique. » GOUVERNEMENT DU CANADA, *Ce que la Loi sur la modernisation du droit d'auteur signifie pour les consommateurs*, <<http://www.ic.gc.ca/eic/site/crp-prda.nsf/fra/rp01186.html>>.
7. Voir notamment les associations et titulaires de droits regroupés au sein de Culture équitable : <<http://www.cultureequitable.org/>>.

la loi⁸ et quant à la conformité de certaines dispositions avec les obligations internationales du Canada⁹. On se questionnait aussi sur la place des utilisateurs dans le droit d'auteur¹⁰. Ces mêmes thématiques demeurent à l'ordre du jour.

1. Un aperçu des modifications

Les changements à la loi sont considérables et nous n'en présentons ici qu'un bref compte rendu. D'abord, de nouveaux droits font leur apparition. Du côté des droits liés à l'essor des technologies, un droit de mise à disposition vient préciser que la diffusion d'une œuvre sur Internet a lieu dès que l'œuvre est disponible au public¹¹. D'autres droits, qui ne sont pas à proprement parler liés aux technologies, sont également inclus : se trouvent ainsi ajoutés un droit de première vente pour les œuvres sous formes tangibles¹² et des droits moraux aux artistes interprètes¹³. Enfin, par l'abrogation de l'article 10 et du paragraphe 13(2), la propriété initiale est reconnue aux auteurs de photographies, gravures et portraits commandés contre rémunération, sauf pour des fins non commerciales ou privées de la personne qui a passé la commande¹⁴.

Les exceptions sont, pour leur part, plus abondantes. La première consiste en l'élargissement – aux fins d'éducation, de parodie et de satire – de la notion d'utilisation équitable inscrite à l'article 29. Viennent ensuite des exceptions plus spécifiques, dont les conditions d'application sont souvent pointues. Ces exceptions, tout comme celle d'utilisation équitable, ne sont pas assorties d'un méca-

8. 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.

9. Benoît CLERMONT, « Parties II et VIII de la Loi sur le droit d'auteur : le Canada respecte-t-il ses obligations internationales ? », (1998) 11:1 *Cahiers de propriété intellectuelle* 287-326.

10. Marcel DUBÉ, « Modifications aux exceptions ou limitations qui existaient avant la réforme de la Loi sur le droit d'auteur de 1997 : cosmétique législative ou nouveau parti pris en faveur des utilisateurs ? », (1998) 1:1 *Cahiers de propriété intellectuelle* 157-173.

11. *Loi sur le droit d'auteur*, L.R.C. (1985), ch. C-42, par. 2.4(1.1) : « Pour l'application de la présente loi, constitue notamment une communication au public par télécommunication le fait de mettre à la disposition du public par télécommunication une œuvre ou un autre objet du droit d'auteur de manière que chacun puisse y avoir accès de l'endroit et au moment qu'il choisit individuellement. »

12. Al. 3(1j).

13. Par. 17.1 et 17.2.

14. Voir l'alinéa 32.2(1f).

nisme de rémunération pour les titulaires de droits. La première de ces exceptions, laquelle à notre connaissance n'a pas d'équivalent ailleurs au monde, autorise la création et la diffusion de *mash-up*, c'est-à-dire d'œuvres créées à partir d'œuvres existantes et conçues à des fins non commerciales afin d'être diffusées sur des sites Internet tels YouTube¹⁵. D'autres exceptions permettent aux consommateurs de faire une reproduction d'une œuvre à des fins privées¹⁶, de reproduire une œuvre pour la visionner en différé¹⁷ ou pour constituer une copie de sauvegarde¹⁸. Tel que souligné plus haut, bien que la titularité des droits sur une photographie ou un portrait appartienne à l'auteur, la personne qui a commandé contre rémunération la photographie ou le portrait peut l'utiliser à des fins non commerciales ou privées.

D'autres exceptions visent spécifiquement les établissements d'enseignement. La loi permet à ces établissements de numériser les œuvres pour lesquelles ils détiennent une licence négociée avec une société de gestion¹⁹. Ces établissements sont également autorisés à diffuser en salle de classe une œuvre qui se retrouve sur Internet²⁰ ou une œuvre cinématographique²¹. De plus, ils peuvent transmettre aux étudiants une « leçon » qui contient des œuvres protégées²². De leur côté, les bibliothèques, musées et services d'archives peuvent transmettre une copie numérique lors des prêts entre les établissements²³. À ces nouvelles exceptions s'en ajoutent d'autres, destinées au public en général, pour des finalités techniques : une exception de reproduction pour rendre des programmes d'ordinateur interopérables²⁴, pour faire une recherche sur le chiffrement²⁵, pour évaluer la sécurité d'un ordinateur ou d'un système informatique²⁶ ou dans le cadre d'un processus technique²⁷.

Parmi les ajouts importants, on retrouve l'instauration des mesures techniques de protection, permettant au Canada de se

15. Art. 29.21.

16. Art. 29.22.

17. Art. 29.23.

18. Art. 29.24.

19. Art. 30.02.

20. Art. 30.04.

21. Al. 29.5d).

22. Voir l'article 30.01. Cette exception vise notamment l'enseignement à distance.

23. Par. 30.2(5.02).

24. Art. 30.61.

25. Art. 30.62.

26. Art. 30.63.

27. Art. 30.71.

conformer aux obligations internationales provenant de deux traités de l'OMPI²⁸. Une mesure technique de protection consiste en un mécanisme qui empêche ou limite l'accès à une œuvre ou la possibilité de reproduire ou de communiquer l'œuvre²⁹. La loi dispose qu'il est interdit de briser le cadenas numérique, c'est-à-dire de « contourner » la mesure technique de protection³⁰. Dans l'esprit des traités de l'OMPI, ce mécanisme constitue une mesure supplémentaire qui renforce la protection accordée par le droit d'auteur. Or, comme nous le verrons plus loin, la *Loi sur le droit d'auteur* introduit ces mesures dans un objectif tout autre, les posant comme un passage obligé pour qu'une exception ne s'applique pas à une œuvre.

Le législateur a aussi revu le calcul des dommages, essentiellement en abaissant le seuil des dommages préétablis³¹. Par ailleurs, les fournisseurs de services Internet font leur entrée dans la loi, afin de prendre part à un système les obligeant à relayer à la personne à qui appartient un site Internet un avis de violation de droits qu'un titulaire leur fait parvenir³². Comparativement à d'autres juridictions – aux États-Unis et en Europe notamment – où les fournisseurs de services Internet peuvent retirer des sites Internet des œuvres qui contreviennent au droit d'auteur, la position canadienne est moins interventionniste. Notons enfin que le législateur a supprimé la rémunération pour l'enregistrement éphémère³³, laquelle faisait en sorte qu'une redevance était perçue des radiodiffuseurs lorsqu'ils effectuaient une copie temporaire d'une œuvre musicale.

28. Il s'agit des deux traités suivants : *Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur* (TODA) et *Traité de l'OMPI sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes* (TOIEP).

29. Art. 41 : « « mesure technique de protection » Toute technologie ou tout dispositif ou composant qui, dans le cadre normal de son fonctionnement : a) soit contrôle efficacement l'accès à une œuvre, à une prestation fixée au moyen d'un enregistrement sonore ou à un enregistrement sonore et est autorisé par le titulaire du droit d'auteur ; b) soit restreint efficacement l'accomplissement, à l'égard d'une œuvre, d'une prestation fixée au moyen d'un enregistrement sonore ou d'un enregistrement sonore, d'un acte visé aux articles 3, 15 ou 18 ou pour lequel l'article 19 prévoit le versement d'une rémunération. »

30. Voir l'article 41.1.

31. Sans entrer dans les détails, mentionnons que les dommages préétablis sont réduits lors d'une violation à des fins non commerciales (par. 38.1(1)) ou dans des cas où le défendeur ne savait pas qu'il commettait une violation (par. 38.1(2) et art. 41.19).

32. Système appelé « avis et avis ». Voir les articles 41.25 et 41.26. Ces dispositions ne sont toutefois pas entrées en vigueur en novembre 2012.

33. Le paragraphe 30.9(6) a été abrogé.

2. Les auteurs en orbite

L'un des constats qui s'imposent à la lecture des modifications à la *Loi sur le droit d'auteur* est l'éviction des auteurs de la place centrale qu'ils occupaient. Jusqu'à la fin du XX^e siècle, il demeurait possible d'affirmer, sans trop se tromper, que la loi canadienne était une loi conçue pour permettre aux auteurs de tirer des revenus des diverses formes d'exploitation de leurs œuvres. Pour s'en convaincre, la Cour suprême rappelait en 1990 que cette loi « a un but unique et a été adoptée au seul profit des auteurs de toutes sortes »³⁴. De même, lors des modifications législatives de 1997, le législateur instaurait deux mesures favorables aux titulaires : les exceptions de copie pour usage privé sur support audio, un régime qui compense les auteurs pour les reproductions faites sans leur consentement et les droits voisins en faveur des interprètes, des producteurs d'enregistrements sonores et des radiodiffuseurs. Cela ne signifie pas que l'ensemble de la loi de 1997 prenait le parti pris des auteurs, car la présence d'exceptions dans les modifications de 1988 et 1997 pouvait s'interpréter comme un affaiblissement de leur loi. Toutefois, ces exceptions confirmaient la règle, alors que dorénavant l'exception constitue la règle.

Les modifications de 2012 représentent ainsi un point de bascule dans l'histoire du droit d'auteur canadien et deux facteurs semblent avoir contribué plus particulièrement à ce phénomène.

D'abord, un facteur jurisprudentiel. Depuis 1997, la Cour suprême du Canada a porté deux coups importants à la conception d'un droit d'auteur où trône l'auteur. Dans l'affaire *Théberge* en 2002, la Cour affirme, sans études à l'appui et comme si elle était omnisciente :

On atteint le juste équilibre entre les objectifs de politique générale, dont ceux qui précèdent [d'une part, la promotion, dans l'intérêt du public, de la création et de la diffusion des œuvres artistiques et intellectuelles et, d'autre part, l'obtention d'une juste récompense pour le créateur³⁵], non seulement en reconnaissant les droits du créateur, mais aussi en accordant l'importance qu'il convient à la nature limitée de ces droits. D'un point de vue grossièrement économique, il serait tout aussi inefficace de trop rétribuer les artistes et les auteurs pour

34. *Bishop c. Stevens*, [1990] 2 R.C.S. 467.

35. *Théberge c. Galerie d'Art du Petit Champlain inc.*, [2002] 2 R.C.S. 336, par. 30.

le droit de reproduction qu'il serait nuisible de ne pas les rétribuer suffisamment.

Un contrôle excessif de la part des titulaires du droit d'auteur et d'autres formes de propriété intellectuelle pourrait restreindre indûment la capacité du domaine public d'intégrer et d'embellir l'innovation créative dans l'intérêt à long terme de l'ensemble de la société, ou créer des obstacles d'ordre pratique à son utilisation légitime.³⁶

En décrétant « la nature limitée de ces droits », la voie était ouverte pour que le plus haut tribunal du pays refoule les auteurs. C'est d'ailleurs ce que la cour fera dans la décision *CCH*, où est introduit un « droit des utilisateurs »³⁷, un pôle qui s'installe à demeure dans le territoire du droit d'auteur.

Ensuite, un facteur social. Les technologies numériques créent une importante pression sur la circulation des œuvres. Dès l'apparition d'Internet, dans le discours et dans les pratiques des internautes, les œuvres ont commencé à changer de statut pour s'apparenter davantage à une information, à un contenu destiné à circuler³⁸. Les adeptes d'une extension du domaine public abondent³⁹. On retrouve leur argumentaire dans le film canadien *RiP ! : A Remix Manifesto*⁴⁰, qui dénonce l'emprise du droit d'auteur sur la culture. Le film comporte plusieurs raccourcis intellectuels et entretient la confusion entre téléchargement illégal, utilisation équitable et accès. Le contenu juridique est approximatif, mais, pour le pro-

36. *Ibid.*, par. 32.

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

38. Ce thème a été évoqué dès la fin des années 1990. Voir Alain STROWEL, « Droit d'auteur et accès à l'information : de quelques malentendus et vrais problèmes à travers l'histoire des développements récents », (1999) 12:1 *Cahiers de propriété intellectuelle* 185, aux p. 192-193. Voir aussi : Marie CORNU et Nathalie MALLET-POUJOL, « Le droit d'auteur à l'épreuve du droit à la culture », dans Jean-Michel BRUGUIÈRE (dir.), *Droit d'auteur et culture* (Paris, Dalloz, 2007), p. 129-146. Voir également le texte suivant : Martin TÉTU, « Des vertus culturelles du piratage à l'ère numérique : ou comment le Peer-to-Peer peut contribuer à la circulation du patrimoine québécois et à la diversité culturelle », (2012) 14:2 *Éthique publique* 125-140.

39. Parmi d'autres : Joost SMIERS et Marieke VAN SCHIJNDEL, *Un monde sans copyright ... et sans monopole* (s.l., Framabok, 2010) et Michele BOLDRIN et David K. LEVINE, *Against Intellectual Monopoly* (Cambridge University Press, 2008). Voir aussi la *Washington Declaration on Intellectual Property and the Public Interest* de 2011 : <<http://infojustice.org/washington-declaration.html>>.

40. *RiP ! : A remix manifesto*, un film de Brett Gaylor produit en 2008 par l'Office National du film du Canada. Voir <http://www.onf.ca/film/rip_remix_manifesto/>.

fane, il en ressort le sentiment que le droit d'auteur est un frein à la culture. Ce film participe d'une lame de fond qui, à tort ou à raison, incite à considérer comme passéiste la trop grande protection des titulaires de droits et comme progressiste l'idée d'un accès élargi aux œuvres. La monopolisation des droits, détenus par les géants de l'industrie du divertissement, a sans doute aussi contribué à rendre moins impérieuse la protection des droits et à discréditer le fonctionnement actuel du droit d'auteur. Cette dynamique n'a donc pas échappé aux rédacteurs de la loi canadienne et ce qui en ressort est une forme de convergence, entre l'arrêt *CCH* qui invente un droit des utilisateurs et une pression sociale qui fait la part belle à la libre circulation du contenu.

Derrière ces deux facteurs – juridique et social – lesquels n'expliquent évidemment pas l'entièreté des enjeux, se profile un clivage entre deux visions du droit d'auteur. En un mot, le droit canadien passe définitivement d'un modèle basé sur la prééminence de l'auteur à un modèle où la circulation de l'œuvre devient un enjeu central. Du coup, s'estompe le fondement d'un droit d'auteur pensé comme un droit naturel, c'est-à-dire comme un droit qui revient, par essence, à la personne de l'auteur⁴¹. Il n'est pas dit que le droit canadien ait déjà été un droit totalement centré sur l'auteur comme peuvent l'être plusieurs législations européennes. Néanmoins, les empreintes de ce type de droit ont jadis été assez fortes pour en faire un droit de filiation anglo-saxonne dans lequel le civiliste québécois pouvait se retrouver⁴².

La nouvelle manière d'appréhender le droit d'auteur, laquelle pousse les auteurs en périphérie, emporte deux conséquences.

La première est d'ouvrir la loi à une pléthore d'acteurs sociaux intéressés par le droit d'auteur : parmi d'autres, les utilisateurs, les établissements d'enseignement et les fournisseurs de services Internet font désormais partie de l'équation. Un des aspects qui singularise la loi canadienne est ainsi la diversité des intérêts qu'elle chapeaute. Cette diversité se fait au détriment de la cohérence de

41. Sur cette question, voir Mireille BUYDENS, *La propriété intellectuelle : évolution historique et philosophique* (Bruxelles, Bruylant, 2012). Voir également Pierre-Emmanuel MOYSE, « La nature du droit d'auteur : droit de propriété ou monopole », (1998) 43 *Revue de droit de l'Université McGill* 507, 558.

42. Notons toutefois que le clivage canadien est manifeste dans l'affaire *Théberge* où une lecture « politique » de la décision met en évidence l'adéquation de la position des juges avec leur provenance géographique.

l'ensemble, car elle se déploie à partir d'une mosaïque de groupe d'intérêts⁴³. La tendance avait été décriée dès les changements de 1997 alors qu'on parlait d'un « amoncellement de droits particuliers au profit des titulaires multiples, dans une logique toute vacillante »⁴⁴. Force est de constater que la logique est maintenant plus éclatée. En évacuant l'auteur du centre de la loi et en l'absence d'un principe directeur clair, le législateur ouvre la voie aux interprétations les plus diverses⁴⁵. Interpréter c'est d'abord choisir, consciemment ou non, un angle pour décider, l'acte d'interpréter n'étant pas neutre. Quel point de vue adopteront les juges chargés de trancher un litige portant sur le droit d'auteur : épouseront-ils soit le point de vue de l'auteur ou celui de l'utilisateur ou d'autres acteurs sociaux ?

Le rôle des mesures techniques de protection représente la seconde conséquence de cette manière de rendre compte du décentrement de l'auteur. La position du législateur est la suivante : afin que certaines exceptions ne s'appliquent pas, les auteurs doivent poser un cadenas numérique sur l'œuvre. Dans les nouvelles dispositions de la loi, on relève quatre mentions de l'emploi de mesures techniques de protection pour faire obstacle à une exception : la reproduction à des fins privées⁴⁶, l'enregistrement d'une émission pour l'écoute ou le visionnement en différé⁴⁷, la copie de sauvegarde⁴⁸ et le visionnement d'œuvres sur Internet à des fins pédagogiques⁴⁹. Les auteurs doivent poser ces verrous afin de conserver le droit que cette exception leur retire. On peut penser que les institutions d'enseignement doivent également utiliser des mesures techniques de protection lors de la communication d'une leçon⁵⁰, tout comme les

43. Voir sur cette question Daniel J. GERVAIS, « A Canadian Copyright Narrative », (2009) 21 *International Property Journal* 269 ; Vanderbilt Public Law Research Paper No. 10-06 : <<http://ssrn.com/abstract=1551313>>.

44. 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, 29.

45. Voir sur cette question le développement proposé par Mistrale Goudreau dans ce numéro.

46. Art. 29.22. Cela dit, comment un auteur d'une œuvre artistique peut-il empêcher la copie à des fins privées d'une œuvre exposée ? Sa mesure technique de protection est-elle un agent de sécurité ?

47. Art. 29.23.

48. Art. 29.24.

49. Al. 30.04(4)a). En plus d'une mesure technique de protection, l'exception peut être contrecarrée par « un avis bien visible – et non le seul symbole du droit d'auteur – stipulant qu'il est interdit d'accomplir cet acte figure sur le site Internet, l'œuvre ou l'objet. ». Art. 30.04(4)b).

50. Par. 30.01(6) : « L'établissement d'enseignement et la personne agissant sous son autorité, à l'exclusion de l'élève, sont tenus :
[...]

bibliothèques lors des prêts entre institutions⁵¹. Dans sa volonté de modernisation, le législateur n'a sans doute pas remarqué que ces verrous, aussi nommés Digital Rights Managements (DRM), sont abandonnés depuis quelques années par l'industrie de la musique⁵². Cela dit, l'obligation de poser ces verrous n'est pas anecdotique, car elle contribue au changement de perspective opéré par la loi, ouvrant la porte au formalisme : l'auteur est en effet dans l'obligation de poser un verrou pour obtenir le bénéfice du droit d'auteur. Or, plus le droit d'auteur exige des formalités pour s'exercer, moins son fondement en est un de droit naturel, le formalisme représentant un rejet du droit d'auteur comme d'un droit revenant naturellement à l'auteur. De plus, ce formalisme semble contrevenir à l'une des assises de

b) de prendre des mesures dont il est raisonnable de croire qu'elles auront pour effet de limiter aux personnes visées à l'alinéa (3)a) la communication par télécommunication de la leçon ;

c) s'agissant de la communication par télécommunication de la leçon sous forme numérique, de prendre des mesures dont il est raisonnable de croire qu'elles auront pour effet d'empêcher les élèves de la fixer, de la reproduire ou de la communiquer en contravention avec le présent article. »

51. Par. 30.2(5.02) : « La bibliothèque, le musée ou le service d'archives, ou toute personne agissant sous l'autorité de ceux-ci, peuvent, au titre du paragraphe (5), fournir une copie numérique à une personne en ayant fait la demande par l'intermédiaire d'une autre bibliothèque, d'un autre musée ou d'un autre service d'archives s'ils prennent, ce faisant, des mesures en vue d'empêcher la personne qui la reçoit de la reproduire, sauf pour une seule impression, de la communiquer à une autre personne ou de l'utiliser pendant une période de plus de cinq jours ouvrables après la date de la première utilisation. »
52. « L'absence de standardisation des systèmes de DRM, les risques qu'ils engendrent, la réticence des consommateurs à acheter des œuvres musicales dotées d'une [t]elle protection, la possibilité de la surmonter et son inefficience n'ont laissé d'autres choix à l'industrie musicale que de vendre ses fichiers musicaux sans DRM. Ainsi, Amazon a été la première boutique en ligne, en 2008, à offrir ses fichiers musicaux libres de DRM [référence omise]. Peu à peu, tous les dispositifs de vente en ligne lui ont emboîté le pas. Le 20 mai 2008, Napster a annoncé que tous les contenus offerts pour téléchargements, soit plus de six millions de fichiers, seraient libres de DRM [référence omise]. iTunes a quant à elle rapidement commencé à offrir des pièces musicales sans DRM, en les vendant toutefois 0,70 \$ de plus que les fichiers protégés par DRM. Cet incitatif à l'achat de pièces protégées n'a guère duré et iTunes 8, la plus récente version de iTunes, offre maintenant la totalité de ses pièces musicales avec un encodage de qualité supérieure (256 kbps AAC), libres de DRM et sans aucune limite de reproduction. La technologie des systèmes DRM se révèle ainsi un échec en matière de protection des œuvres musicales en ligne, notamment en ce qui a trait à la facturation des droits d'auteur et à la rémunération des ayants droits. » Voir Joëlle BISSONNETTE et Marc MÉNARD (dir.), « L'industrie du disque à l'ère du numérique : l'évolution des droits d'auteur et l'édition musicale », École des médias, UQAM, 2009, p. 21, en ligne : <<http://www.chairerenemalo.uqam.ca/upload/files/Strategies/industriedudisque.pdf>>.

la *Convention de Berne*, à savoir que « la jouissance et l'exercice de ces droits ne sont subordonnés à aucune formalité »⁵³.

La dilution de l'auteur et le formalisme naissant sont les indices d'un tournant en droit canadien et ce constat remet en question la raison d'être du droit d'auteur. Refusant de faire du droit d'auteur un droit de la personne⁵⁴, le législateur s'éloigne aussi d'une valorisation économique du métier d'auteur, dont les enquêtes démontrent pourtant combien les revenus sont faméliques⁵⁵.

3. Une gouvernance incertaine

Les modifications à la *Loi sur le droit d'auteur* laissent présager deux tendances lourdes dans la gouvernance du droit d'auteur : des recours aux tribunaux et une perte d'importance des sociétés de gestion collective. Si ces deux tendances se concrétisent, les modifications incarneraient alors une politique publique dont le destin est incertain.

L'hypothèse d'un recours plus important aux tribunaux se vérifie difficilement au moment même où la loi vient d'entrer en vigueur. Jouer au devin en matière juridique est un pari à la fois tentant et risqué. Cependant, certains indicateurs permettent de poser comme inéluctable un passage par le prétoire. En matière de droit d'auteur, comme dans bien d'autres domaines, les tribunaux ont généralement pour tâche de régler des litiges entre des parties, litiges qui confrontent des faits et la norme inscrite par le droit. Les modifications à la *Loi sur le droit d'auteur* pourraient donner lieu à des recours poursuivant un objectif différent, des recours qui chercheraient, d'une part, à déterminer si certaines dispositions peuvent effectivement se retrouver dans la loi et, d'autre part, à délimiter la portée de certaines autres dispositions. Se dessine peut-être à l'horizon une période de clarification, voire de réécriture législative.

53. Art. 5(2) *Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques*, 9 septembre 1886, en ligne : <http://www.wipo.int/treaties/fr/ip/berne/trt_docs_wo001.html>.

54. Voir, sur cette question, la discussion menée par Michel VIVANT, « Le droit d'auteur, un droit de l'homme ? », (1997) 174 *Revue internationale du droit d'auteur* 61-122.

55. Voir les trois enquêtes menées par l'Observatoire de la culture et des communications du Québec en 2010 et sondant les écrivains, les artistes en arts visuels ainsi que les danseurs et chorégraphes : <http://www.stat.gouv.qc.ca/observatoire/publicat_obs/index.htm>.

La trop grande importance des exceptions risque d'ouvrir la voie à des contestations sur le bien-fondé de certaines dispositions. L'éducation comme motif d'utilisation équitable, l'exception de reproduction à des fins privées tout comme celle de *mashup* pourraient être mise en doute sur la base de l'article 9.2 de la *Convention de Berne* ou de l'article 13 de l'*Accord sur les ADPIC*, lesquels instaurent ce que l'on nomme le test en trois étapes⁵⁶. À première vue, ces ajouts semblent en contradiction avec les engagements du Canada et ils exposent le gouvernement canadien à défendre ses choix devant les tribunaux. Parce que des contestations judiciaires sont tout à fait plausibles, on peut se questionner sur l'intention qui habite le législateur lorsqu'il adopte des dispositions aussi incertaines sur le plan juridique.

Ensuite, les contresens apparents de certaines nouvelles dispositions avec d'autres dispositions nécessiteront sans doute l'assistance des tribunaux pour clarifier la loi et dénouer les contradictions. Parmi les conflits interprétatifs possibles, notons les suivants :

- Comment distinguer les fins d'éducation prévues comme motifs d'utilisation équitable à l'article 29 et les fins pédagogiques dont la loi fait référence à plusieurs reprises⁵⁷ ? Quels liens ces notions entretiennent-elles avec la leçon⁵⁸ et les établissements d'enseignement⁵⁹ ? Est-ce que l'étude privée contenue à l'article 29 a encore sa raison d'être dans ce contexte ?⁶⁰

56. Les deux articles prescrivent sensiblement la même chose. L'article 9.2 de la *Convention de Berne* indique ceci : « Est réservée aux législations des pays de l'Union la faculté de permettre la reproduction desdites œuvres dans certains cas spéciaux, pourvu qu'une telle reproduction ne porte pas atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre ni ne cause un préjudice injustifié aux intérêts légitimes de l'auteur ». Pour sa part, l'article 13 de l'*Accord sur les ADPIC* prévoit que « Les Membres restreindront les limitations des droits exclusifs ou exceptions à ces droits à certains cas spéciaux qui ne portent pas atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre ni ne causent un préjudice injustifié aux intérêts légitimes du détenteur du droit ».

57. Voir les articles 29.4, 29.5, 29.6, 29.7, 30.04, 30.01, 30.02, 30.04 et 41.21.

58. Art. 30.01.

59. Voir notamment la définition à l'article 2.

60. Faut-il se référer à la version anglaise, laquelle comporte moins de notions ?

- Comment distinguer la notion de fins non commerciales⁶¹ de l'utilisation à des fins privées⁶², et ce, considérant que la loi incluait déjà la notion d'usage privé⁶³ et d'étude privée⁶⁴ ?

L'enjeu de cette rédaction polysémique est double : il faut non seulement tenter de comparer le sens des mots entre eux, mais il faut de plus les interpréter en fonction d'un principe directeur. Or, tel qu'indiqué plus haut, ce principe est ardu à saisir, entre l'auteur et les autres acteurs sociaux qui cohabitent dans la loi. La mise en garde avait pourtant été servie après les modifications de 1997 : « [...] le législateur a développé cette fâcheuse habitude de traiter chaque cas comme un cas d'espèce, sans souci de cohérence »⁶⁵. Probablement conscient de son penchant pour les textes abscons, le gouvernement canadien proposait en 2002 de modifier la *Loi sur le droit d'auteur* en relavant le défi de « clarifier la législation là où cela peut réduire le risque de litiges inutiles »⁶⁶. À l'évidence, l'objectif n'a pas été atteint.

Il existe une autre conséquence du style de rédaction confus. Les modifications opèrent dans le menu détail, accroissent de beaucoup la complexité de la loi et, du coup, rendent celle-ci plus opaque et parfois laborieuse à déchiffrer, tellement le principe est alambiqué et les exceptions pointues. C'est l'obéissance de la loi qui est mise en cause lorsqu'on rédige avec un scalpel aussi affûté et les titulaires de droits peuvent craindre de faire les frais d'une législation trop difficile à comprendre. Un exemple : la reproduction à des fins privées est permise⁶⁷, à moins que l'œuvre contienne une mesure technique de protection et si, par ailleurs, la copie est effectuée pour un visionnement en différé, il faut éventuellement la détruire⁶⁸ et, enfin, lorsque la copie est effectuée sur un support audio vierge, les titulaires sont compensés⁶⁹. Les titulaires devront-ils recourir aux tribunaux pour s'assurer que ces règles sont bien comprises par le public ?

61. Voir l'article 29.21, l'alinéa 32.2(1)f) et le paragraphe 38.1(1).

62. Voir les articles 29.22 et 29.23, les alinéas 32.2(1)f) et 38.1(5)d) et le paragraphe 41.1(3).

63. Voir les articles 79 et suivants.

64. Voir les articles 29, 30.2 et 30.21.

65. 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, 29.

66. GOUVERNEMENT DU CANADA, *Stimuler la culture et l'innovation : Rapport sur les dispositions et l'application de la Loi sur le droit d'auteur*, 2002, p. 39.

67. Art. 29.22.

68. Art. 29.23.

69. Voir le régime de la copie privée aux articles 79 et suivants.

Derrière ces recours aux tribunaux pour définir le droit se cache une curieuse manière de pratiquer la common law. Il s'agit en effet non pas de codifier les décisions des tribunaux en mettant en place des règles dont le détail peut surprendre, mais plutôt de codifier d'emblée des règles alambiquées qui imposeront un passage par les tribunaux pour y trouver une logique.

Le second défi de gouvernance occasionné par les modifications concerne le maintien de sociétés de gestion collective fortes. La gestion collective se veut une manière de rendre le droit d'auteur fonctionnel, en permettant au public d'avoir accès aux œuvres et aux auteurs d'être rémunérés⁷⁰. En anticipant des pertes de revenus⁷¹, parce que des droits sont transformés en exceptions non rémunérées, les sociétés de gestion seront inévitablement affaiblies. Les nouvelles exceptions dans le milieu de l'éducation, la nouvelle exception de reproduction à des fins privées – laquelle pourrait tranquillement faire disparaître le régime de 1997 de la copie privée – et le retrait de la copie éphémère constituent des exemples d'utilisation pour lesquels les sociétés de gestion ne participent pas à la rémunération des titulaires. Il en va de même pour l'exception dite de « contenu non commercial généré par l'utilisateur »⁷², qui ne passe pas par les sociétés de gestion collective, même si dans d'autres pays ce type d'utilisation a donné lieu à des ententes entre les sociétés de gestion collective et des diffuseurs tels YouTube. Il y a là quelque chose qui ressemble à un désaveu de la gestion collective.

70. Pour une approche générale de la question, voir Mario BOUCHARD, « La gestion collective au Canada », dans Service de la formation continue, Barreau du Québec, *Développements récents en droit du divertissement* (Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2011), p. 187-218 et Daniel J. GERVAIS, *Gestion collective du droit d'auteur et des droits voisins au Canada : perspective internationale* (Ottawa, Ministère du Patrimoine canadien, 2002), p. 71-93.

71. Il est difficile de prédire l'impact économique des changements apportés à la loi. La Conférence canadienne des arts prévoit ceci : « Nous avons estimé de façon conservatrice l'an dernier que s'il n'est pas amendé, ce projet de loi peut entraîner pour nos artistes et nos créateurs une perte d'au moins 126 millions de dollars par année, et cela par le biais de leurs sociétés de gestion collective uniquement. » Voir CONFÉRENCE CANADIENNE DES ARTS, « Projet de loi C-11 : Loi sur la modernisation du droit d'auteur : Présentation au Comité sénatorial permanent sur les banques et le commerce », 22 juin 2012 : <[http://ccarts.ca/wp-content/uploads/2012/06/C-11-Presentation-CCA-au-S %C3 %A9nat-FR-22-06-12.pdf](http://ccarts.ca/wp-content/uploads/2012/06/C-11-Presentation-CCA-au-S%C3%A9nat-FR-22-06-12.pdf)>. De son côté, la Société du droit de reproduction des auteurs, compositeurs et éditeurs au Canada (SODRAC) calcule à 40 % des perceptions l'impact des nouvelles exceptions (voir leur mémoire : <http://www.sodrac.ca/Telechargement/SODRAC_MÉMOIRE_C-11.pdf>).

72. Art. 29.21.

Or, à qui va réellement profiter cette situation ? Depuis la première technologie de diffusion de masse qu'a constituée la radio, la gestion collective a été partie prenante de la gouvernance du droit d'auteur. Certes, ces mécanismes sont imparfaits, mais le principe même de la gestion collective aurait, par exemple, fort bien pu être associé à la « modernisation » du droit d'auteur. Avec les modifications apportées à la loi, le législateur minimise l'importance de l'intermédiaire qui assure le lien entre l'utilisation et la rémunération. On mesure alors toute la distance qui sépare la loi actuelle du discours tenu dans le *Livre blanc sur le droit d'auteur* de 1984 :

Certaines dispositions existantes seront modifiées, mais les principes qui les sous-tendent ne seront pas pour autant remis en question. Ainsi, l'expérience a démontré l'utilité des sociétés de gestion des droits des auteurs, notamment lorsqu'il est impossible pour les auteurs de traiter directement avec les utilisateurs. C'est le cas, par exemple, de la musique diffusée par les stations de radio. On pourrait citer d'autres situations où, de toute évidence, les créateurs pourraient bénéficier de telles sociétés. Il faut donc favoriser l'essor de ces organismes.⁷³

Ce qui étonne à l'analyse des modifications est le fait que la fragilisation de la gestion collective s'opère sans que d'autres modèles soient proposés, comme si le marché allait se réinventer dans un environnement où l'ensemble des titulaires de droits exerce moins d'influence. La gestion collective est pourtant un partenaire tout désigné – et probablement le seul – dans le contexte de la circulation numérique des œuvres. Or, il semble que pour ces nouveaux secteurs, la loi se substitue à la négociation entre titulaires et usagers. Sans vouloir une fois de plus jouer au devin, il est possible d'anticiper, avec la perte d'importance de la gestion collective, un déclin de l'institution même du droit d'auteur.

Conclusion

Le droit d'auteur canadien est en quête d'identité. Certes, il n'existe pas une seule manière de rédiger une loi portant sur le droit d'auteur et les législations de partout au monde démontrent bien la diversité des modèles, alors que les approches anglo-saxonnes et

73. MINISTÈRE DES COMMUNICATIONS, *De Gutenberg à Télidon : livre blanc sur le droit d'auteur* (Ottawa, Ministère des Approvisionnements et Services, 1984), p. 2.

continentales font office de repères⁷⁴. Il est donc vraisemblable qu'une loi délaisse l'auteur pour y préférer d'autres pôles. Ce qui est toutefois frappant au Canada est l'incertitude et la confusion générées par le décentrement de l'auteur.

Quel type de modernité le législateur a-t-il privilégié ? Les modifications consacrent beaucoup de soin à traiter de reproduction, alors que le *streaming* prend de plus en plus de place et devance maintenant les téléchargements dans certains secteurs⁷⁵. La notion de copie pourrait devenir désuète, tout comme le fait de mettre l'accent sur les mesures techniques de protection, alors que celles-ci semblent en perte de vitesse. Plus encore, dans les ajouts à la loi, les technologies sont prises en compte essentiellement pour créer des exceptions en faveur des usagers ou des institutions d'enseignement. Le principal élément technologique en soutien aux auteurs est l'arrivée d'un droit de mise à disposition, lequel recoupe en partie une protection déjà offerte aux auteurs depuis une décision de la Cour suprême de 2004⁷⁶. Il est difficile de soutenir la thèse voulant que les mesures techniques de protection ou le rôle des fournisseurs de services Internet constituent des gains pour les auteurs. Le versant technologique des modifications, sa modernité, joue donc essentiellement contre les auteurs.

Dans la transformation du droit d'auteur canadien auquel on assiste depuis le début du XXI^e siècle, le rôle des auteurs se trouve minimisé dans la seule loi conçue pour reconnaître la valeur économique de leur travail. Le législateur déplace ainsi le point d'équilibre, au nom de l'équilibre, démontrant s'il le fallait la haute teneur rhétorique de la notion. Toute œuvre législative peut prétendre être moderne et équilibrée. S'agissant du droit d'auteur canadien, c'est en combinant ces deux termes que se dévoile l'intention du législateur : sa modernité consiste à éloigner les auteurs du point d'équilibre.

74. Voir Alain STROWEL, *Droit d'auteur et Copyright : divergences et convergences* (Bruxelles, Bruylant, 1993).

75. Voir l'étude sur le sujet de juin 2013 préparée en France par la Haute Autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur Internet (HADOPI) : <<http://www.hadopi.fr/actualites/actualites/carnets-de-consommation>> et à propos de la Norvège et de la Suède : Sophian FANEN, « Le streaming, passion nordique au long cours », *Libération*, 21 février 2012 : <<http://next.liberation.fr/musique/01012391151-le-streaming-passion-nordique-au-long-cours>>.

76. *Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c. Assoc. canadienne des fournisseurs Internet*, [2004] 2 R.C.S. 427. La décision indique que la communication a lieu « lors de la transmission de l'œuvre musicale du serveur hôte à l'utilisateur final ».