

Réforme du droit d'auteur et interprétation judiciaire

Mistrale Goudreau

ABSTRACT

For many years Canada has pursued a broad copyright reform process. Several proposals to amend the *Copyright Act* have been brought before Parliament, some of which have resulted in important legislative modifications while other bills have died on the Order Paper. These legislative efforts received wide public attention but may have obscured the fact that the courts have greatly contributed to the design of the Canadian copyright regime. Key legislative concepts such as the criteria of “originality”, the “substantial part” test, and the “fair dealing” exception have relied on caselaw for their definition. On the other hand, legislative reforms have been ad hoc, with very detailed and narrow provisions. Because of this approach to drafting, the courts have been presented with difficult statutory interpretation challenges and to some extent have adopted unconventional solutions. Bill C-32, if enacted, will also involve issues of interpretation which will require the courts’ productive intervention.

La *Loi sur le droit d'auteur* du Canada, sanctionnée en 1921¹ et mise en vigueur en 1924, a plus d'une fois été qualifiée de dépassée, désuète, d'où l'affirmation répétée à outrance du besoin de moderniser la législation.

© Mistrale Goudreau 2010

1 *Loi sur le droit d'auteur*, S.R.C 1985, ch. C-30, <http://laws.justice.gc.ca/fr/C-42/> [la *Loi*].

Pourtant la question de cette modernisation de la loi n'a cessé d'être étudiée par l'État canadien et un nombre impressionnant d'études et de rapports ont été au fil des ans classés sur les rayons². En 1988, la Phase I de la réforme fut finalement adoptée³. En 1997, on réussit à faire passer le cap à la Phase II⁴. Si on fait abstraction de certaines modifications législatives restreintes, il faut convenir que depuis, le processus de réforme stagne. Certes, le gouvernement s'est engagé dans un vaste processus de consultation, notamment en 2001⁵ et en 2009⁶, a établi un cadre de révision de la *Loi sur le droit d'auteur*⁷, puis un programme de réforme continu, classant les enjeux en catégories pour lesquelles on prévoyait des interventions législatives à court, moyen et long termes⁸, abandonnant, ce faisant, toute numérotation des phases de réforme. Mais les deux projets de loi déposés à la Chambre des communes, l'un en 2005, l'autre en 2008, devant adapter

- 2 Les rapports les plus importants sont : *Rapport de la Commission Ilsley*, Commission royale sur les brevets, le droit d'auteur, les marques de commerce et le dessin industriel, Ottawa, 1957; AA. Keyes & C. Brunet, *Le droit d'auteur au Canada. Propositions en vue d'une révision de la loi*, Ministère des approvisionnements et services Canada, 1977; *Livre blanc sur le droit d'auteur, De Gutenberg à Téléidon*, Ministère des approvisionnements et services Canada, 1984; En 1985 un sous-comité de la Chambre des communes produisit son propre rapport : *Une charte des droits des créateurs et créatrices, Rapport du sous-comité sur la révision du droit d'auteur*, Comité permanent des communications et de la culture, Chambre des communes, octobre 1985, auquel le gouvernement fournit une réponse : *Réponse du gouvernement au rapport du sous-comité sur la révision de la Loi sur le droit d'auteur* (1986).
- 3 *Loi modifiant la Loi sur le droit d'auteur et apportant des modifications connexes et corrélatives*, L.C. 1988, c. 15, traitant des programmes d'ordinateur, des dessins industriels, du droit moral, des sociétés de gestion et de la Commission du droit d'auteur.
- 4 *Loi modifiant la Loi sur le droit d'auteur*, L.C. 1997, c. 24, traitant notamment des droits voisins, du régime de la copie privée et créant une série d'exceptions aux droits des titulaires de droit d'auteur. Voir sur cette phase II notre commentaire « Et si nous discussions de rédaction législative... Commentaire sur la Loi de 1997 modifiant la *Loi sur le droit d'auteur* », (1998) 11 *Cahiers de propriété intellectuelle* 7.
- 5 Direction de la politique de la propriété intellectuelle, Industrie Canada, et la Direction de la politique du droit d'auteur, Patrimoine canadien, *Document de consultation sur les questions de droit d'auteur à l'ère numérique*, le 22 juin 2001, www.ic.gc.ca/eic/site/crp-prda.nsf/fra/h_rpo1102.html.
- 6 Pour un compte rendu, voir le site de Industrie Canada : www.ic.gc.ca/eic/site/oo8.nsf/fra/accueil.
- 7 Industrie Canada et Patrimoine canadien, *Cadre de révision du droit d'auteur*, Ottawa, Industrie Canada et Patrimoine canadien, 2001, www.ic.gc.ca/eic/site/crp-prda.nsf/fra/rpo1101.html.
- 8 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 l'article 92), Industrie Canada, Octobre 2002, <http://strategis.ic.gc.ca/eic/site/crp-prda.nsf/fra/rpoo863.html>.

la loi à l'environnement numérique, sont morts au feuilleton⁹ et on peut s'interroger sur les chances de survie du dernier rejeton, le projet de loi C-32 introduit à la Chambre des communes le 2 juin 2010¹⁰.

Dans ce contexte bouillonnant de consultation et d'activités parlementaires, on se serait attendu à ce que les tribunaux aient peu à dire en matière de droit d'auteur, la retenue judiciaire étant de mise lorsque l'action législative est imminente. Au contraire, les juges au cours des dernières années, ont rendu des décisions majeures et dans les faits, le régime canadien du droit d'auteur tient autant à l'intervention judiciaire qu'à l'activité législative. Pourtant, la plus grande attention a été apportée par les médias aux projets de réforme législative alors qu'en comparaison, les apports des tribunaux ont été moins mis en lumière. Le présent commentaire veut analyser l'interaction entre réforme législative et construction judiciaire, en montrant l'importance de l'apport des tribunaux au droit d'auteur canadien et en soulignant combien le dernier projet de loi à l'étude, le projet de loi C-32, laisse aussi une large place à l'activité créatrice des juges.

Pour faire cette démonstration, nous procéderons en exposant les particularités de la *Loi* qui suscitent l'interprétation judiciaire. En second lieu, nous analyserons le projet de loi C-32 et identifieront certains secteurs où les tribunaux auront probablement à intervenir pour clarifier l'état du droit si le projet de loi C-32 est adopté.

Voyons la première question : pourquoi les tribunaux ont-ils été si sollicités dans l'interprétation des lois sur le droit d'auteur ? La raison est d'abord historique. Les lois sur le droit d'auteur sont tirées de textes législatifs réputés pour leur caractère obscur et complexe; déjà en 1878 le rapport des commissaires anglais¹¹ décrivait les lois applicables, notamment celle de

9 *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, www2.parl.gc.ca/HousePublications/Publication.aspx?pub=bill&doc=c-60&parl=38&ses=1&language=E&File=14 (mort au feuilleton); *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, www2.parl.gc.ca/HousePublications/Publication.aspx?Docid=3570473&file=4 (mort au feuilleton).

10 *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, première lecture le 2 juin 2010, www2.parl.gc.ca/HousePublications/Publication.aspx?Docid=4580265&file=4.

11 *Royal Commissioners' Report*, 1878, Primary Sources on Copyright (1450–1900), eds L. Bently & M. Kretschmer, www.copyrighthistory.org.

1842¹², comme « wholly destitute of any sort of arrangement, incomplete, often obscure and even when it is intelligible upon long study, it is in many parts so ill expressed that no one who does not give such study to it can expect to understand it. »¹³ La loi canadienne¹⁴ a hérité des structures de la loi anglaise de 1911 et mérite à bien des niveaux des commentaires semblables. Le gouvernement l'a reconnu, insérant dans son programme de réforme à long terme la « clarification et simplification de la *Loi* »¹⁵. Notre propos portera donc en premier lieu sur une étude de l'économie de la *Loi sur le droit d'auteur*.

A. L'ÉCONOMIE DE LA LOI SUR LE DROIT D'AUTEUR SUSCITE L'INTERPRÉTATION JUDICIAIRE

Deux caractéristiques de la loi canadienne en font un cas spécial d'interprétation : c'est une loi qui ébauche à certains égards une armature sommaire laissant au judiciaire le fardeau de fabriquer les pièces maîtresses de la structure, alors qu'à d'autres égards, elle tombe dans le pointillisme exagéré, forçant une interprétation peu orthodoxe de ses dispositions.

Passons en revue ces deux aspects.

1) L'armature sommaire de la *Loi sur le droit d'auteur*

Voyons une définition succincte du droit d'auteur canadien proposée par l'Office de la propriété intellectuelle du Canada : « Dans sa plus simple expression, le « droit d'auteur » signifie le « droit de reproduire ». En règle générale, le droit d'auteur désigne le droit exclusif de produire ou de reproduire une œuvre (ou une partie importante de cette œuvre) sous une forme quelconque. »¹⁶ « Le droit d'auteur s'applique à toutes les œuvres originales de nature littéraire, dramatique, musicale et artistique. »¹⁷

12 *Copyright Law Amendment Act*, 1842, 5 & 6 Vict., c. 45, *Primary Sources on Copyright (1450-1900)*, eds L. Bently & M. Kretschmer, www.copyrighthistory.org [*Copyright Act 1842*].

13 Un autre estime que la *Loi* de 1842 serait « a notorious and flagrant example of bad drafting », F.P. Notes, (1900) 16 L.Q.R. 1, p. 6.

14 *Supra* note 1.

15 *Supra* note 8, p. 51.

16 Office de la propriété intellectuelle du Canada, *Le guide des droits d'auteur*, Gatineau (Québec) (2008), [www.ic.gc.ca/eic/site/cipointernet-internetopic.nsf/vwapj/2010guidedroitsdauteur-2010guidecopyrights-fra.pdf/\\$file/2010guidedroitsdauteur-2010guidecopyrights-fra.pdf](http://www.ic.gc.ca/eic/site/cipointernet-internetopic.nsf/vwapj/2010guidedroitsdauteur-2010guidecopyrights-fra.pdf/$file/2010guidedroitsdauteur-2010guidecopyrights-fra.pdf), à la page 3.

17 *Ibid.*, p. 4.

« Qu'est-ce que vous ne pouvez pas protéger par droit d'auteur?

- les titres et les courtes combinaisons de mots;
- les idées : le droit d'auteur porte uniquement sur l'expression fixe (p. ex. texte, enregistrement, dessin, etc.) d'une idée et non sur l'idée elle-même; . . .
- les données factuelles : les faits, les idées et les nouvelles font partie du domaine public. Autrement dit, ils appartiennent à tout le monde et personne ne peut détenir un droit d'auteur sur ces objets; cependant, la disposition, l'adaptation et la traduction des données factuelles peuvent être protégées par droit d'auteur. Par exemple, dans le cas d'un article de magazine rapportant des faits, la façon dont l'information est formulée peut être protégée par le droit d'auteur mais pas les faits qui sont relatés. »¹⁸

Ce simple énoncé suit dans les grandes lignes la terminologie de la loi¹⁹ et déjà soulève de graves questions d'interprétation. Qu'est-ce ce qu'une œuvre, ou une de nature littéraire, ou une œuvre originale, ou une partie importante d'une œuvre, ou une reproduction sous une forme matérielle quelconque, ou encore en quoi réside la distinction entre l'idée et son expression ? Ces questions ont toutes fait l'objet de nombreuses décisions judiciaires, dont plusieurs de la Cour suprême, dans les deux dernières décennies²⁰.

18 *Ibid.*, p.4.

19 Voir les articles 3 et 5 de la *Loi*:

3. (1) Le droit d'auteur sur l'œuvre comporte le droit exclusif de produire ou reproduire la totalité ou une partie importante de l'œuvre, sous une forme matérielle quelconque. . . .

5. (1) Sous réserve des autres dispositions de la présente loi, le droit d'auteur existe au Canada, pendant la durée mentionnée ci-après, sur toute œuvre littéraire, dramatique, musicale ou artistique originale. . .

20 Voir notamment *Apple Computer, Inc. c. Mackintosh Computers Ltd.*, <http://csc.lexum.umontreal.ca/en/1990/1990scr2-209/1990scr2-209.html>, [1990] 2 R.C.S. 209 [*Apple Computer, Inc. c. Mackintosh Computers Ltd.*]; *Euro-Excellence Inc. c. Kraft Canada Inc.*, 2007 CSC 37, <http://csc.lexum.umontreal.ca/en/2007/2007scc37/2007scc37.html>, [2007] 3 R.C.S. 21 [*Euro-Excellence Inc. c. Kraft Canada Inc.*]; *Théberge c. Galerie d'Art du Petit Champlain inc.*, 2002 CSC 34, <http://csc.lexum.umontreal.ca/en/2002/2002scc34/2002scc34.html>, [2002] 2 R.C.S. 336 [*Théberge c. Galerie d'Art du Petit Champlain inc.*]; *CCH Canadienne Ltée c. Barreau du Haut-Canada*, 2004 CSC 13, <http://csc.lexum.umontreal.ca/fr/2004/2004csc13/2004csc13.html>, [2004] 1 R.C.S. 339 [*CCH Canadienne Ltée c. Barreau du Haut-Canada*]; *Despu-teaux c. Éditions Chouette (1987) inc.*, 2003 CSC 17, <http://csc.lexum.umontreal.ca/en/2003/2003scc17/2003scc17.html>, [2003] 1 R.C.S. 178; *Robertson c. Thomson Corp.*,

En fait, le législateur emploie souvent dans la loi de concepts fondamentaux flous, dont le sens doit être dégagé par la jurisprudence. Le fait est très connu et a été commenté à moult reprises. Moins connue est la raison de l'incorporation de ces notions. En certains cas, la vérité est simple : ces concepts ont été initialement le fruit de décisions jurisprudentielles et ont été par la suite enchâssés dans la loi. La construction est donc judiciaire. Examinons quelques exemples : la notion d'originalité, le concept de « partie importante », la notion d'utilisation équitable.

a) La notion d'originalité

Sans doute la condition d'originalité, nommée la « pierre angulaire du droit d'auteur »²¹, est la plus illustrative des ambiguïtés persistantes des lois anglaises et canadiennes²². Cette exigence est devenue applicable aux œuvres littéraires, musicales, artistiques et dramatiques de par la loi anglaise de 1911²³.

Les lois antérieures formaient un tableau disparate²⁴ et celles relatives à la propriété littéraire ne mentionnaient pas l'exigence d'originalité. Le *Sta-*

2006 CSC 43, <http://csc.lexum.umontreal.ca/fr/2006/2006csc43/2006csc43.html>, [2006] 2 R.C.S. 363 [*Robertson c. Thomson Corp.*]; *Boutin c. Distributions C.L.B. Inc.*, [1994] 2 R.C.S. 7 <http://csc.lexum.umontreal.ca/fr/1994/1994rcs2-7/1994rcs2-7.html>.

21 *Robertson c. Thomson Corp.*, *supra* note 20, au par. 35.

22 Sur les raisons de l'ambiguïté du concept, voir Abraham Drassinower, « Sweat of the Brow, Creativity, and Authorship: On Originality in Canadian Copyright Law », (2003-2004) 1 U.O.L.T.J. 105, www.uoltj.ca/articles/vol1.1-2/2003-2004.1.1-2.uoltj.Drassinower.105-123.pdf, et sur son évolution, Carys J. Craig, « The Evolution of Originality in Canadian Copyright Law: Authorship, Reward and the Public Interest », (2005) 2.2 U.O.L.T.J. 425, www.uoltj.ca/articles/vol2.2/2005.2.2.uoltj.Craig.425-445.pdf.

23 Article 1 du *Copyright Act 1911*, (1911) 1 & 2 Geo. V, c. 46, repris à l'article 4 de la Loi canadienne de 1921, *supra* note 1.

24 Voir notamment *An Act for the Encouragement of Learning, by Vesting the Copies of Printed Books in the Authors or Purchasers of such Copies, During the Times therein mentioned*, 1710, 8 Anne, c.19 (*Primary Sources on Copyright (1450-1900)*, eds L. Bently & M. Kretschmer, www.copyrighthistory.org) [*Statute of Anne*]; *Engraving Copyright Act 1735*, 8 Geo II, c. 13 (*Primary Sources on Copyright (1450-1900)*, eds L. Bently & M. Kretschmer, www.copyrighthistory.org) [*Copyright Act 1735*]; *Engraving Copyright Act 1767*, 7 Geo III, c. 38 (*Primary Sources on Copyright (1450-1900)*, eds L. Bently & M. Kretschmer, www.copyrighthistory.org) [*Engraving Copyright Act 1767*]; *Models and Busts Act 1798*, 38 Geo.III, c.71 (*Primary Sources on Copyright (1450-1900)*, eds L. Bently & M. Kretschmer, www.copyrighthistory.org) [*Models and Busts Act 1798*]; *Copyright Act 1814*, 54 Geo III, c. 156 (*Primary Sources on Copyright (1450-1900)*, eds L. Bently & M. Kretschmer, www.copyrighthistory.org) [*Copyright Act 1814*]; *Dramatic Literary Property Act 1833*, 3 & 4 Wm IV, c. 15 (*Primary Sources on Copyright (1450-1900)*, eds L. Bently & M. Kretschmer, www.copyrighthistory.org); *Publication of Lectures Act*

tute of Anne accordait une protection à « any book »²⁵, l'expression « book » n'étant pas définie. La *Loi* de 1814 visait, elle, les « books » mais aussi les « maps and prints »²⁶. En 1842, la *Loi* précisait que « in the construction of this act, the word « book » shall be construed to mean and include every Volume, Part or Division of a Volume, Pamphlet, Sheet of Letter-press, Sheet of Music, Map, Chart, or Plan separately published »²⁷. Aucune loi n'exigeait expressément un apport spécial de l'auteur.

Seules les lois plus axées sur les arts plastiques visaient des œuvres ayant un élément de créativité. La loi sur les gravures de 1735²⁸, dans son préambule, faisait mention des personnes qui « have by their own genius, industry, pains, and expence, invented and engraved or worked » et celle des modèles et bustes de 1798²⁹ des personnes qui « have by their own genius, industry, pains, and expence, improved and brought the art of making new models . . . ». On emploie des mots tels que « invent », « from his own work and invention »³⁰, ou « new model »³¹, alors qu'une telle terminologie est absente dans les lois sur la propriété littéraire.

Pourtant, même en l'absence de mention dans ces textes législatifs antérieurs à 1911, les tribunaux anglais avaient déduit du concept d'auteur cette notion d'originalité³². Certes il n'y avait pas unanimité : ainsi tous ne

1835, 5 & 6 Wm IV, c 65 (*Primary Sources on Copyright (1450–1900)*, eds L. Bently & M. Kretschmer, www.copyrighthistory.org); *Copyright Act 1842*, *supra* note 12.

25 *Supra* note 24, a. I.

26 *Copyright Act 1814*, *supra* note 24, a. II.

27 *Copyright Act 1842*, *supra* note 12, a. II.

28 *Copyright Act 1735*, *supra* note 24. Au Canada, la première loi sur le droit d'auteur fera l'amalgame des lois de propriété littéraire et propriété artistique en protégeant « toute personne . . . qui sera ou seront les auteurs de quelques livre ou livres, carte, plan ou œuvre de musique . . . ou qui inventera, dessinera, gravera à l'eau forte, ou au burin, ou qui fera graver à l'eau forte ou au burin, ou faire d'après son propre dessein, aucune estampe ou gravure » *Acte pour protéger la propriété littéraire*, (1832) 2 Will. IV, c. 5, a. I. Un effort créatif n'était mentionné que dans la partie de la disposition visant les arts plastiques. Un libellé semblable est utilisé dans les lois subséquentes: voir *An Act for the protection of Copy Rights in this Province*, (1841) 4-5 Vict., c. 61, a. I; *An Act respecting Copyrights*, (1868) 31 Vict., c. 54, a. 3; *Copyright Act*, (1875) 38 Vict., c. 88, a. 4. Ces deux dernières lois n'ont exigé une condition d'originalité que pour les « painting, drawing, statuary/statue, sculpture or photograph ».

29 *Models and Busts Act 1798*, *supra* note 24.

30 *Copyright Act 1735*, *supra* note 24, a. I.

31 *Models and Busts Act 1798*, *supra* note 24, a. I et II.

32 Voir l'analyse de Nigel P. Gravells, « Authorship and Originality: the Persistent Influence of *Walter v Lane* », (2007) *Intellectual Property Quarterly* 267, p. 268. Au même effet, *Sawkins v Hyperion Records Ltd*, [2005] EWCA Civ 565, www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2005/565.html, au para. 33. Le copyright de common law aurait aussi exigé

s'entendaient pas pour en faire une exigence pour la protection de la *Loi* de 1842³³, mais la notion était clairement connue des tribunaux. Certains³⁴ voient dans la décision *Matthewson v Stockdale* de 1806³⁵ le germe de la notion, le tribunal reconnaissant au demandeur un « *copyright in that particular work, which has cost him considerable expense and labour* ». Dans *Dicks v Yates*³⁶, en 1881, la Division de la Chancellerie estime qu'il est établi en droit « *that to be the subject of copyright the matter must be original, it must be a composition of the author, something which has grown up in his mind* ». De même manière, la Chambre des Lords apporte cette précision à l'égard des compilations en 1894 :

« *The real truth is, that although it is not to be disputed that there may be copyright in a compilation or abstract involving independent labour, yet when you come to such a subject-matter as that with which we are dealing, it ought to be clearly established that, looking at these tables as a whole, there has been a substantial appropriation by the one party of the independent labour of the other, before any proceeding on the ground of copyright can be justified. . . It appears to me the only part to the work which can be said to indicate any considerable amount of independent labour, and be entitled to be regarded as an original work. I refer to the part on pages 63, 65, 67 and 69 containing the information with regard to excursions.* »³⁷

Pourtant lorsque le concept fut introduit dans le projet de loi en 1911, une proposition fut faite à la Chambre des communes de le retirer³⁸, au motif que son incorporation au texte législatif pourrait conduire à l'exclusion de la

une originalité de l'oeuvre : *Drone on Copyright* (1879), (*Primary Sources on Copyright* (1450–1900), eds L. Bently & M. Kretschmer, www.copyrighthistory.org), p. 110.

33 Voir les motifs des juges Halsbury, Davey et Brampton dans la décision *Walter v.*

Lane, [1900] AC 539 et la discussion de Nigel P. Gravells, *supra* note 32, p. 271.

34 *Telstra Corporation Limited v Desktop Marketing Systems Pty Ltd*, [2001] FCA 612, www.austlii.edu.au/au/cases/cth/federal_ct/2001/612.html, au para. 55, inf. sur le fond *Telstra Corporation Limited v Phone Directories Company Pty Ltd*, [2010] FCA 44, www.austlii.edu.au/au/cases/cth/FCA/2010/44.html.

35 (1806), 12 Ves Jun 270 (Ch.); 33 ER 103.

36 (1881), 18 Ch.D. 76, p. 92.

37 *Leslie v. Young & Sons*, [1894] A.C. 335 (H.L.), p. 341–342 [*Leslie v. Young & Sons*]. La même année, la High Court de l'Ontario reconnut un droit d'auteur dans des formulaires, indiquant que « *the purely commercial or business character of the composition or compilation does not oust the right to protection if time, labour, and experience have been devoted to its production* » *Church v. Linton* (1894), 25 O.R. 131 (Ont. H.C.), p. 135.

38 HC Deb 28 July 1911 vol 28 cc1911-45 http://hansard.millbanksystems.com/commons/1911/jul/28/clause-1-copyright#S5CV0028Po_19110728_HOC_138; E.J.

protection les traductions et les gravures. Malgré les interventions de ses opposants, l'expression fut adoptée, mais cet épisode montre bien que les parlementaires étaient conscients de son caractère ambigu.

b) La notion de « partie importante » d'une œuvre

De même, le concept de violation par appropriation d'une « partie importante » d'une œuvre (« substantial part ») est en grande partie d'origine jurisprudentielle³⁹. Les premières lois anglaises sur la propriété littéraire visaient simplement le « sole right and liberty of printing such Book » ou exigeaient que le contrefacteur se dessaisisse des « sheets being part of such Book or Books »⁴⁰. Par contraste, la loi sur les gravures de 1735⁴¹ protégeait les images « in the whole or in part, by varying, adding to, or diminishing from the main design », tout comme celle sur les moules et bustes de 1798⁴², bien que cette précision n'ait pas été apportée aux cas de vente ou importation des moules et bustes⁴³. Craignant une interprétation restrictive de leurs droits, les libraires tentèrent de faire élargir le libellé de la loi de 1710. Jane Gainsburg explique :

« The booksellers themselves seem to have appreciated the potential consequences of the absence from the *Statute of Anne* of “or any parts thereof” language. They petitioned parliament in 1735 for amendments extending the prohibition to unauthorised publication “in parcels at different times and in different publications”, apparently in response to the growing practice of magazine serialisation. This

Macgillivray, *The Copyright Act, 1911, Annotated*, London, Stevens And Sons, Limited, 1912, www.archive.org/details/copyrightact191100gearich, p. 3.

39 Evan James Macgillivray, *A Treatise upon the Law of Copyright*, John Murray (publ.), London, 1902, www.archive.org/details/treatiseuponlawoomacgrich, p. 99 [Macgillivray (1902)].

40 Ainsi le *Statute of Anne*, *supra* note 24, énonçait : « [the] Author of any Book or Books already composed and not printed and published [. . .] shall have the sole liberty of printing and reprinting such Book and Books. . . Then such offender or offenders shall forfeit such Book or Books and all and every sheet or sheets being part of such Book or Books. . . That then he and they so making default in not delivering the said printed Copies as aforesaid shall forfeit besides the value of the said printed Copies the sum of five pounds for every Copy not so delivered ».

41 *Copyright Act 1735*, *supra* note 24.

42 *Models and Busts Act 1798*, *supra* note 24.

43 C'est ainsi que Lord Ellenborough dans l'affaire *Gahagan v. Cooper*, (1811) 3 Camp. 111 arriva à la conclusion que la prohibition de manufacture s'étendait à la copie modifiée, mais que la prohibition de vente ou d'importation ne visait que les copies exactes, commentant : « [t]he statute seems to have been framed with a view to defeat its own object ».

bill having failed, the booksellers petitioned two years later, also unsuccessfully, for a three-year embargo on unauthorised translations and abridgements. [On the 1735 and 1737 bills, see generally, Ronan Deazley, *On the Origin of the Right to Copy: Charting the Movement of Copyright Law in Eighteenth-Century Britain (1695–1775)* (Oxford 1994), pp. 94–108.] The legislative record thus seems to favour narrow construction of the scope of the reproduction right in books.»⁴⁴

En 1842, le législateur anglais précisa finalement qu'un livre inclut « every volume, part or division of a volume »⁴⁵, sans expliquer quelle proportion devait être reprise pour constituer une violation du droit conféré. Une lecture stricte de la loi aurait pu mener à la conclusion que le droit conféré inclut le droit exclusif de faire une copie de n'importe quelle partie du livre. Mais comme l'explique Evan James Macgillivray⁴⁶, animés par la maxime *de minimis non curat praetor*, les tribunaux conclurent que la violation ne se produisait que si on prenait une partie importante du livre. Dès 1829, on décidait que l'appropriation d'une partie non significative ne donnait pas un droit d'action⁴⁷. En 1894, la Chambre des Lords jugeait qu'il fallait « a substantial appropriation by one party of the independent labour of the other » pour donner ouverture à une action en violation de droit d'auteur⁴⁸.

c) La notion d'utilisation équitable

Les tribunaux décideront aussi qu'un usage juste, équitable, d'une œuvre à des fins comme la critique, la recherche et la dissémination des connaissances ne donne pas un droit d'action⁴⁹. Ce sera la naissance de la notion d'utilisation équitable. Ainsi en 1802, dans l'affaire *Cary v. Kearsley*⁵⁰, Lord

44 Jane C. Ginsburg, « “Une chose publique” ? The Author's Domain and the Public Domain in Early British, French and US Copyright Law », (2006) 65(3) Cambridge Law Journal 636, p. 647

45 *Copyright Act 1842*, *supra* note 12, a. II. La première loi canadienne donnait le droit d'imprimer, ré-imprimer, publier et vendre « tel livre ou livres, carte, plan ou oeuvre de musique, estampe, figue en talle douce ou gravure, soit le tout ou partie d'iceux » : *Acte pour protéger la propriété littéraire*, *supra* note 28, a. I.

46 Macgillivray (1902), *supra* note 39, p. 97-99, citant plusieurs décisions, dont *Sweet v. Benning*, (1855) 16 C. B. 459, 139 Eng. Rep. 838 (Common Pleas); *Chatterton v. Cave*, (1875) LR (10 CP) 572; *Leslie v. Young & Sons*, *supra* note 37.

47 *Baily v. Taylor*, (1829) 1 R & M 73, 48 E.R. 118 (Rolls CT).

48 *Leslie v. Young & Sons*, *supra* note 37, p. 341.

49 Hugh Laddie et al., *The Modern Law of Copyright and Designs*, (London: Butterworths, 2000) p. 146, §3.133.

50 *Cary v. Kearsley* (1802), 4 Esp. 168, 170 Eng. Rep. 679 (K.B.).

Ellenborough affirma : « a man may fairly adopt part of the work of another. . . for the promotion of science and the benefit of the public . . . ». La reproduction de parties pour des fins de critique fut elle aussi acceptée relativement rapidement⁵¹.

Par contre, la notion d'utilisation équitable a eu au début peu de succès auprès des parlementaires. Les efforts de Thomas Noon Talfourd pour faire accepter l'exception pour « the publication of any extracts fairly and bona fide made from any Book for the purpose of criticism, observation or argument, or to any translation into another language, or abridgment fairly made of any book » dans la *Loi* de 1842 se sont soldés par un échec⁵². Ce ne sera que dans la loi anglaise de 1911⁵³, et celle de 1921⁵⁴ au Canada que l'exception sera intégrée. Ce seront les tribunaux qui détermineront les critères applicables pour évaluer le caractère équitable d'une utilisation, l'affaire *CCH Canadienne Ltée c. Barreau du Haut-Canada*⁵⁵ étant la décision la plus marquante au Canada.

Ces trois exemples montrent bien que les tribunaux ont grandement influencé le régime canadien du droit d'auteur en lui fournissant plusieurs notions clés, lesquelles furent incorporées dans la loi anglaise de 1911 et dans la loi canadienne de 1921. Mais là ne s'arrêtent pas les particularités des lois sur le droit d'auteur.

À compter de 1911, la forme des textes législatifs commence à changer. S'agissant de faire une synthèse des différentes lois s'appliquant aux différents types de productions (littéraires, dramatiques, musicales et artistiques), la loi de 1911 certes essaie d'établir un régime commun, mais malgré tout, entre dans de multiples détails et prévoit des exceptions en fonction des particularités de chaque discipline. Ce souci du détail, de la

51 *Whittingham v. Wooler* (1817) 2 Swanst. 428, 36 Eng. Rep. 679; *Bell v. Whitehead* (1839), 8 LJ Ch. 141; voir l'analyse de ces décisions dans Melissa De Zwart, « A Historical Analysis of the Birth of Fair dealing and Fair Use: Lessons for the Digital Age », 2007 (no. 1) *Intellectual Property Quarterly* 60, p. 80 et suivantes et une étude plus poussée de la jurisprudence dans William Patry, *The Fair Use Privilege in Copyright Law*, (Washington: The Bureau of National Affairs, 1985) p. 3-18.

52 Catherine Seville, *Literary Copyright Reform in Early Victorian England : the Framing of the 1842 Copyright Act*, (Cambridge : Cambridge University Press, 1999) [C. Seville], p. 240.

53 *Supra* note 23, article 2.

54 *Supra* note 1, article 17(2)a).

55 *Supra* note 20. Sur l'analyse de la décision, voir entre autres Daniel J. Gervais, « Canadian Copyright Law Post-CCH », (2004) 18 *Intellectual Property Journal* 131; Teresa Scassa, « Recalibrating Copyright Law?: A Comment on the Supreme Court of Canada's Decision in *CCH Canadian Limited et al. v. Law Society of Upper Canada* », (2004) 3 *Canadian Journal of Law and Technology* 89.

législation au cas par cas, va non seulement persister mais s'accroître avec les années. Macgillivray explique le début du phénomène :

Taking it as a whole, the *Copyright Act*, 1911, is a valuable measure in the interests of literature and art. It may be said that the Government has made too many concessions, both to the socialistic demands of the members of the Labour Party, who believe that there should be no copyright, and to the demands of the makers of mechanical instruments, who appealed to the Government to save a great industry from possible bankruptcy. It was obvious, however, after the first few days in Committee, that it had become a question of passing the Bill with these concessions or abandoning it altogether.⁵⁶

Le texte de loi de 1911 est aussi rédigé avec l'idée de ratifier les versions plus récentes de la *Convention de Berne*⁵⁷ et la loi canadienne de 1921 est forgée sur le modèle de la loi anglaise⁵⁸. La loi canadienne sera plus tard modifiée pour accéder aux versions de 1931 et de 1971 de la *Convention de Berne*⁵⁹. Cette convention internationale et d'autres auxquelles le Canada a adhéré ont donc eu un impact certain sur le libellé de ces lois⁶⁰, ce qui explique aussi la longueur du texte législatif. C'est bien la deuxième caractéristique de la loi canadienne, cette abondance de dispositions, souvent très détaillées, qui crée des problèmes particuliers d'interprétation. Voyons ce second aspect.

56 Macgillivray (1912), *supra* note 38, p. vi.

57 *Ibid.* Le titre officiel est la *Convention de Berne pour la protection des oeuvres littéraires et artistiques* du 9 septembre 1886, complétée à Paris le 4 mai 1896, révisée à Berlin le 13 novembre 1908, complétée à Berne le 20 mars 1914 et révisée à Rome le 2 juin 1928, à Bruxelles le 26 juin 1948, à Stockholm le 14 juillet 1967 et à Paris le 24 juillet 1971 et modifiée le 28 septembre 1979, www.wipo.int/treaties/fr/ip/berne/trtdocs_wo001.html#P19_188.

58 John S. McKeown, *Fox Canadian Law of Copyright and Industrial Designs*, 3 ed., (Scarborough : Carswell, 2000) p. 38.

59 M. Goudreau, *International Encyclopaedia of Laws: Intellectual Property — Canada*, (Alphen aan den Rijn (Pays-Bas) : Kluwer Law International, 2009) p. 26, §19.

60 En certains cas on reproduira quasi verbatim le texte international. Ainsi les définitions de l'article 2 de la canadienne sont inspirées de l'article 2 de la *Convention de Berne*. La disposition sur le droit moral (l'ancien a. 12(7)) introduite au Canada en 1931 (*Loi modifiant la Loi sur le droit d'auteur*, (1931) 21-22 Geo.V, c. 8, a. 5) était largement copiée de l'article 6(bis) de la *Convention de Berne*, *supra* note 57.

2) Un texte de loi embrouillé

Alors que, comme nous l'avons vu, la *Loi* consacre quelques grands principes, (protection réservée à l'œuvre originale, interdiction en principe de reprendre une partie importante, exception en cas d'utilisation équitable), elle renferme aussi des dispositions pointues, farcies de conditions et de termes eux-mêmes définis par la loi. Évidemment, il y aura superposition de dispositions, recoupement, chevauchement, ce qui, en interprétation des lois, cause des problèmes particuliers. Les tribunaux sont habituellement réfractaires à voir la même situation de faits visée par deux dispositions de la même loi. Le législateur n'étant pas censé parler pour ne rien dire⁶¹, le juge tentera normalement de trouver une application propre à chaque disposition.

En matière de droit d'auteur, la règle d'interprétation sera souvent délaissée. Prenons deux exemples : l'article 2 qui introduit bon nombre de définitions et l'article 3(1) qui traite des droits exclusifs de l'auteur.

L'article 5 prévoit que le droit d'auteur existe au Canada à certaines conditions sur toute œuvre littéraire, dramatique, musicale ou artistique originale. Les notions d'œuvre littéraire, d'œuvre musicale, d'œuvre dramatique et d'œuvre artistique sont, elles, définies à l'article 2. Mais voilà que l'article rajoute que « toute œuvre littéraire, dramatique, musicale ou artistique originale » « s'entend de toute production originale du domaine littéraire, scientifique ou artistique quels qu'en soient le mode ou la forme d'expression, tels les compilations, livres, brochures et autres écrits, les conférences, les œuvres dramatiques ou dramatico-musicales, les œuvres musicales, les traductions, les illustrations, les croquis et les ouvrages plastiques relatifs à la géographie, à la topographie, à l'architecture ou aux sciences. »⁶² Les plaideurs ont tenté de donner un sens à cette dernière définition en prétendant qu'une œuvre est protégée par la *Loi* pour autant qu'elle se qualifie soit selon les définitions particulières, soit en vertu de la définition générale. L'argument fut refusé par les cours⁶³, l'une d'elle sou-

61 P.-A. Côté, *Interprétation des lois*, 4e éd., (Montréal : Éditions Thémis, 2009) p. 318, § 1047-1050.

62 La définition est semblable à celle de l'article 2 de la *Convention de Berne*, *supra* note 57.

63 *Cuisenaire v. South West Imports Ltd.*, 54 C.P.R. 1, [1968] 1 Ex. C.R. 493 (C. Échiq.), [*Cuisenaire v. South West Imports Ltd.*], conf. *Cuisenaire v. South West Imports Ltd.*, [1969] R.C.S. 208, <http://csc.lexum.umontreal.ca/en/1968/1969scro-208/1969scro-208.html>; *Réseau de Télévision CTV Ltée c. Canada*, [1993] 2 C.F. 115 (C.A.F.), <http://reports.fja.gc.ca/fra/1993/1993cfa0399.html/1993cfa0399.html.html>.

lignant que la définition générale n'a pas vraiment élargi la portée de la Loi⁶⁴.

L'article 3 est un autre exemple de redondance. Au paragraphe (1), l'auteur est protégé contre la reproduction d'une partie importante d'une oeuvre sous une forme matérielle quelconque. Ce paragraphe doit-il être distingué de l'alinéa 3(1)(a) qui donne un droit sur les traductions ou de l'alinéa 3(1)d) qui concerne la confection d'un support, à l'aide duquel l'oeuvre peut être reproduite, représentée ou exécutée mécaniquement; ou de l'alinéa 3(1)(c) qui traite de la transformation d'un roman en oeuvre dramatique, par voie de représentation publique ou autrement; ou encore de l'alinéa 3(1)(e) qui envisage l'adaptation cinématographique ? Ne pourrait-on pas dire que tous ces actes sont des reproductions sous une forme matérielle quelconque ? Confrontée à la question, la Cour suprême considèrera que les circuits de la microplaquette électronique incorporant un programme informatique sont une reproduction, mais laissera en suspens la question de savoir s'ils sont aussi une traduction et la confection d'un moyen de reproduire l'oeuvre⁶⁵.

En fait, souvent un même geste se trouve visé par plusieurs dispositions et les juges passeront en revue chaque droit exclusif pour évaluer s'il y a violation. Ainsi l'entreprise de câblodistribution qui transmet des signaux de télévision aux abonnés, de nos jours, fait une télécommunication au public des oeuvres (al. 3(1)(f)), mais avait aussi été considérée comme faisant une représentation publique des oeuvres et autorisant une représentation publique de ces oeuvres⁶⁶, forçant le législateur à préciser que telle n'était pas le cas⁶⁷.

La règle est donc de considérer chaque droit exclusif de l'auteur comme un droit légal distinct. Un usager peut être tenu de payer séparément pour deux ou plusieurs droits. Ainsi les entreprises de télécommunications sans fil qui vendent des sonneries de téléphone cellulaire aux propriétaires de téléphones devront payer pour la reproduction des sonneries et aussi pour l'acte accessoire de télécommunication de la sonnerie choisie à l'abonné⁶⁸.

64 *Cuisenaire v. South West Imports Ltd.*, supra note 63.

65 *Apple Computer, inc. c. Mackintosh Computers ltd.*, supra note 20.

66 *Assoc. Canadienne de Télévision par Câble c. Canada*, [1993] 2 C.F. 138 (C.A.F.), <http://reports.fja.gc.ca/fra/1993/1993cfao403.html/1993cfao403.html.html>.

67 Voir l'article 2.3 de la Loi, supra note 1.

68 *Assoc. canadienne des télécommunications sans fil c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique* (C.A.F.), 2008 CAF 6, <http://reports.fja.gc.ca/fra/2008/2008caf6/2008caf6.html>, [2008] 3 R.C.F. 539 [A.C.T.S.F. v. SOCAN]. Les tribunaux suivent ici le raisonnement de la Cour suprême dans l'affaire *Bishop v.*

Au niveau des exceptions, le dédoublement se produit aussi. L'exemple le plus frappant a été fourni par la décision de la Cour suprême dans l'affaire *CCH Canadienne Ltée c. Barreau du Haut-Canada*⁶⁹. La Bibliothèque du Barreau offre un service de photocopie sur demande à ses membres. La Cour estime qu'en l'espèce, la reproduction des œuvres et l'envoi des copies par fax par le Barreau, dans le cadre du service de photocopie, sont couverts par l'exception d'utilisation équitable pour fin de recherche, quand bien même une autre exception plus pointue y serait éventuellement applicable⁷⁰.

La Cour déclare :

48 Avant d'examiner la portée de l'exception au titre de l'utilisation équitable que prévoit la *Loi sur le droit d'auteur*, il importe de clarifier

Stevens, [1990] 2 R.C.S. 467, <http://scc.lexum.umontreal.ca/en/1990/1990scr2-467/1990scr2-467.html>. Pourtant en général, les contrats de licence de droit d'auteur définissent l'usage permis, sans nécessairement préciser quel droit exclusif de l'auteur est impliqué. Voir Daniel J. Gervais, « Canadian Copyright Law Post-CCH », (2004) 18 I.P.J. 131, p. 147. En traitant, dans l'analyse des contrats de licence, les droits exclusifs des auteurs comme de droits légaux distincts, les tribunaux s'écartent des règles d'interprétation usuelles en matières contractuelles. Normalement un contrat oblige non seulement à ce qui est exprimé, mais aussi à « tout ce qui en découle d'après sa nature, et suivant les usages, l'équité ou la loi » (article 1434 du Code civil du Québec, www2.publicationsduquebec.gouv.qc.ca/dynamicSearch/telecharge.php?type=2&file=/CCQ/CCQ.html). Domat explique : « toutes ces suites des conventions sont comme des pactes tacites et sous-entendus, qui en font partie; car les contractants consentent à tout ce qui est essentiel à leurs engagements. » (Jean Domat, *Oeuvres complètes*, nouvelle édition revue et corrigée par Joseph Remy (Paris : Alex-Gobelet, 1835), p. 134. Pareillement, la Common Law estime que des obligations implicites peuvent être reconnues lorsque « necessary to give efficacy to the contract » : *G. Ford Homes Ltd. v. Draft Masonry (York) Co. Ltd.* (1983), 43 O.R. (2d) 401, 1 D.L.R. (4th) 262 (C.A. Ont.); *Zeitler v. Zeitler Estate*, 2010 BCCA 216, www.courts.gov.bc.ca/jdb-txt/CA/10/02/2010BCCA0216.htm. Ce genre d'argument ne sera, ni plaidé, ni retenu dans l'analyse de la *Loi sur le droit d'auteur*, puisque « le droit de reproduire une œuvre musicale et le droit de la communiquer au public par télécommunication constituent des droits légaux distincts [et] force est alors de constater que le tarif 24 [qui porte sur la communication au public par télécommunication] prévoit une rémunération pour un droit qui n'est pas visé par les ententes portant sur les droits de reproduction. » Voir *A.C.T.S.F. v. SOCAN*, aux para. 13-15.

69 *Supra* note 20.

70 Il s'agit de l'article 30.2, qui est entré en vigueur après que les audiences en première instance dans l'affaire *CCH* eurent lieu. La Cour d'appel décide d'examiner les nouvelles dispositions, soulignant que « les parties cherchent maintenant à se faire aider pour l'avenir, et non pas à obtenir des réparations pour leurs comportements antérieurs » : *CCH Canadienne Ltée c. Barreau du Haut-Canada*, <http://decisions.fca-cf.gc.ca/fr/2002/2002caf187/2002caf187.html>, [2002] 4 C.F. 213 (C.A.F.), para. 136. La Cour suprême fera de même, voir *supra* note 20, aux para. 83-84.

certaines considérations générales relatives aux exceptions à la violation du droit d'auteur. Sur le plan procédural, le défendeur doit prouver que son utilisation de l'œuvre était équitable; cependant, il est peut-être plus juste de considérer cette exception comme une partie intégrante de la *Loi sur le droit d'auteur* plutôt que comme un simple moyen de défense. Un acte visé par l'exception relative à l'utilisation équitable ne viole pas le droit d'auteur. À l'instar des autres exceptions que prévoit la *Loi sur le droit d'auteur*, cette exception correspond à un droit des utilisateurs. Pour maintenir un juste équilibre entre les droits des titulaires du droit d'auteur et les intérêts des utilisateurs, il ne faut pas l'interpréter restrictivement. Comme le professeur Vaver, [David Vaver, *Copyright Law*, Toronto : Irwin Law, 2000] l'a expliqué, à la p. 171, [traduction] « [L]es droits des utilisateurs ne sont pas de simples échappatoires. Les droits du titulaire et ceux de l'utilisateur doivent donc recevoir l'interprétation juste et équilibrée que commande une mesure législative visant à remédier à un état de fait. »

49 À titre de partie intégrante du régime de droit d'auteur, l'exception relative à l'utilisation équitable créée par l'art. 29 peut toujours être invoquée. Ainsi, une bibliothèque peut toujours tenter d'établir que son utilisation d'une œuvre protégée est équitable suivant l'art. 29 de la *Loi sur le droit d'auteur*. C'est seulement dans le cas où elle n'est pas en mesure de prouver l'application de cette exception qu'il lui faut s'en remettre à celle que prévoit l'art. 30.2 au bénéfice des bibliothèques. . . .

Bref l'exception générale ne cède pas le pas devant l'exception particulière. Les différentes autres exceptions sont toutes des alternatives, mêmes si redondantes.

Dans la même affaire, la Cour va aussi décider que le Barreau n'a pas autorisé la violation du droit d'auteur en mettant des photocopieuses libre-service ainsi que des exemplaires des œuvres à la disposition des usagers de la bibliothèque, rendant en bien des cas inutile l'exception de l'article 30.3(1), qui vise les reproductions au moyen d'une machine à reprographier libre-service.

Qu'en est-il maintenant du projet de loi C-32 ?

B. LES CARACTÉRISTIQUES DU PROJET DE LOI C-32 ET LA PLACE QU'IL LAISSE À L'ARBITRAGE DES JUGES

Au point de vue de la structure, le projet de loi C-32 s'inscrit parfaitement dans la tradition des lois antérieures. On crée des règles particulières pour

certaines secteurs ou activités définis. On maintient, ou élargit, ou même renforce certains des apports jurisprudentiels, par exemple en traitant de la non-responsabilité des fournisseurs de services réseau neutres et en élargissant la notion d'utilisation équitable. On enlève le libellé de la loi canadienne sur les textes internationaux.

1) Les règles particulières

On introduit une série d'exceptions qui, par contre, ne peuvent en général pas être appliquées aux œuvres protégées par des serrures numériques⁷¹. Voyons les principales exceptions. D'abord on instaure une exemption pour l'utilisateur qui crée un contenu non commercial⁷². L'exception demeure toutefois floue dans la mesure où il faut démontrer que l'utilisation de la nouvelle œuvre ou l'autorisation de la diffuser n'a aucun effet négatif important, pécuniaire ou autre, sur l'exploitation de l'œuvre originale.

On permet aussi la reproduction dans plusieurs circonstances de la vie quotidienne. La personne physique peut reproduire à des fins privées toute œuvre si elle a obtenu la copie originale de façon licite⁷³, sauf pour les œuvres musicales que le consommateur reproduit sur un support audio, qui demeurent assujetties au régime compensatoire assorti d'une exception pour copie privée régi par les articles 79 et suivants de la *Loi*. La personne physique pourra aussi reproduire une seule fois une émission radiodiffusée dans le but de regarder l'œuvre en différé à des fins privées, à condition que le signal soit reçu de façon licite⁷⁴.

Une personne propriétaire d'une copie d'un programme d'ordinateur ou détentrice d'une licence peut aussi se faire des copies de sauvegarde. Des exceptions sont également applicables pour la reproduction d'un programme d'ordinateur à des fins d'interopérabilité, de chiffrement, de recherche et de correction de problèmes de sécurité⁷⁵.

On modifie aussi le régime applicable aux enregistrements éphémères faits par les radiodiffuseurs⁷⁶. Présentement, l'exception ne s'applique pas aux cas où le radiodiffuseur peut obtenir une licence d'une société de ges-

71 Voir les articles 29.22, 29.23, 29.24 et 30.04 que les articles 22 et 27 du projet de loi C-32, *supra* note 10 proposent d'intégrer dans la *Loi*.

72 Article 22 du projet de loi C-32, *supra* note 10, introduisant l'article 29.21.

73 Article 22 du projet de loi C-32, *supra* note 10, introduisant l'article 29.22.

74 Article 22 du projet de loi C-32, *supra* note 10, introduisant l'article 29.23.

75 Article 31 du projet de loi C-32, *supra* note 10, introduisant l'article 30.6.

76 Article 34 du projet de loi C-32, *supra* note 10.

tion⁷⁷. Le projet de loi fait disparaître cette condition et, de ce fait, élimine l'obligation actuelle des radiodiffuseurs de payer des redevances. Cet avantage ne s'applique pas aux autres entreprises commerciales qui reproduisent et de façon accessoire diffusent des œuvres comme les entreprises de téléphone cellulaire qui enregistrent des sonneries pour les distribuer à leurs abonnés et qui doivent payer des redevances conformément à deux tarifs⁷⁸.

On le voit, les exceptions sont conçues pour des circonstances précises sans portée générale et leur traitement ne semble pas répondre à une logique certaine. Parfois certaines exceptions tombent si des copies sont disponibles sur le marché⁷⁹, d'autres si une licence peut être obtenue d'une société de gestion⁸⁰. Certaines exceptions s'accompagnent de redevances pour copie privée, d'autres non⁸¹. Et un bon nombre des exceptions sont inutilisables si l'œuvre est protégée par une serrure numérique : à quoi bon une exception qui dépend du bon vouloir du titulaire du droit d'auteur, qui peut mettre le verrou à son choix ?

Or, en parallèle à ces dispositions, on maintient le recours à des notions générales, en renforçant ou élargissant le recours aux tribunaux.

2) Le renforcement des apports jurisprudentiels

a) La responsabilité des fournisseurs de services réseau

Déjà on le sait, la Cour suprême avait exempté de responsabilité le fournisseur de services Internet (autre qu'un fournisseur de contenu) sur la base de l'al. 2.4(1)b), même celui qui crée une « antémémoire » pour des raisons purement techniques⁸². La Cour avait toutefois laissé la porte ouverte à une responsabilité pour avoir omis de « retirer » un contenu illicite après

77 Article 30.9 de la *Loi*, *supra* note 1.

78 *A.C.T.S.F. v. SOCAN*, *supra* note 68.

79 Comparez l'exception proposée par l'article 22 (introduisant l'article 29.23) avec les exceptions pour les établissements d'enseignement proposées par l'article 27 du projet de loi C-32, *supra* note 10.

80 Comparez le régime pour les établissements d'enseignement (article 30.02(4) introduit par l'article 25 du projet de loi et l'article 30.3 de la *Loi*) avec le nouveau régime pour les entreprises de radiodiffusion (article 34 du projet de loi C-32, *supra* note 10).

81 Voir l'al. 29.22 (3) introduit par l'article 22 du projet de loi C-32, *supra* note 10.

82 *Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c. Assoc. canadienne des fournisseurs Internet*, 2004 CSC 45, <http://csc.lexum.umontreal.ca/fr/2004/2004csc45/2004csc45.html>, [2004] 2 R.C.S. 427, [*SOCAN v. Assoc. canadienne des fournisseurs Internet*]. Le projet de loi crée aussi une exception concernant la mise en antémémoire : voir les al. 31.1(3) à (6), introduits par l'article 35 du projet de loi C-32, *supra* note 10.

avoir été avisé de sa présence, ce qui équivaudrait à une « autorisation » en vertu de l'article 3(1). Le projet maintient le principe de la non-responsabilité du fournisseur de service neutre⁸³. La question sera de déterminer ce que sont les activités neutres d'un fournisseur de service. De plus, le projet de loi impose des obligations en cas de réception d'un avis de prétendue violation : c'est l'instauration du système de « notice and notice »⁸⁴. Également, le projet de loi crée à l'article 27 (2.3) et (2.4), un nouveau cas de violation du droit d'auteur lorsqu'un fournisseur de service sait ou devrait savoir que son service est principalement destiné à faciliter l'accomplissement d'actes qui constituent une violation du droit d'auteur. Les facteurs pour déterminer la violation sont énumérés dans la loi et toutes ces dispositions laissent une large marge d'appréciation au tribunal.

b) L'utilisation équitable.

L'article 21 du projet de loi élargit la notion d'utilisation équitable d'une œuvre en la rendant applicable aux activités à des fins d'éducation, de parodie ou de satire, mettant fin à la jurisprudence restrictive qui avait refusé d'appliquer l'exception aux parodies⁸⁵. La notion pourra donc être utilisée pour compléter les exceptions particulières applicables aux établissements d'enseignement, suivant la démarche établie par la Cour suprême dans l'affaire *CCH Canadienne Ltée c. Barreau du Haut-Canada*⁸⁶. Et c'est bien là que l'on reconnaît la structure particulière de la loi canadienne qui permet aux tribunaux, en marge des dispositions détaillées, de continuer à reconnaître aux usagers un droit à l'utilisation équitable des œuvres. En certains cas, comme par le passé, les tribunaux pourraient valider certaines pratiques en imposant des conditions moins lourdes que celles prévues dans le texte législatif. Prenons un exemple : l'article 30 permet la publication d'extraits d'œuvres littéraires dans un recueil qui est composé principalement de matières non protégées, qui est préparé pour être utilisé exclusivement dans les établissements d'enseignement et qui est désigné

83 Article 31.1 introduit par l'article 35 du projet de loi C-32, *supra* note 10.

84 Article 41.25 introduit par l'article 47 du projet de loi C-32, *supra* note 10.

85 *Compagnie Générale des Établissements Michelin-Michelin & Cie v. National Automobile, Aerospace, Transportation and General Workers Union of Canada (CAW-Canada)*, [1997] 2 C.F. 306 (C.F. 1^{ière} inst.) <http://reports.fja.gc.ca/eng/1996/1997fc19917.html/1997fc19917.html.html> ; *Rôtisseries St-Hubert Ltée c. Syndicat des travailleurs(euses) de la Rôtisserie St-Hubert de Drummondville (C.S.N.)*, [1987] R.J.Q. 443; (1986), 17 C.P.R. (3d) 461 (C.S.); *Canwest v. Horizon*, 2008 BCSC 1609, www.courts.gov.bc.ca/jdb-txt/SC/08/16/2008BCSC1609.htm.

86 *CCH Canadienne Ltée c. Barreau du Haut-Canada*, *supra* note 20.

comme tel dans le titre et dans les annonces faites par l'éditeur. On doit de plus indiquer la source de l'emprunt de même que le nom de l'auteur et on ne peut pas faire, en cinq ans, plus de deux emprunts au même auteur. Un tribunal pourrait décider qu'une utilisation équitable pour fins d'éducation permet de faire plus de deux emprunts au même auteur au cours des cinq dernières années, façonnant une exception plus large que celle offerte par le texte de loi.

Est-ce que l'utilisation équitable pourrait exempter de façon générale l'institution d'enseignement qui reproduit des portions d'œuvres pour ses élèves ? Le 23 juillet 2010, la Cour d'appel fédérale⁸⁷ approuvait la décision de la Commission du droit d'auteur⁸⁸, selon laquelle tend à être inéquitable la reproduction d'extraits d'œuvres faites à l'initiative de l'enseignant pour ses classes ou à la demande de l'étudiant qui a reçu de son professeur instruction de lire. Le motif déterminant de ces décisions semble avoir été qu'en la circonstance, la fin réelle ou principale de la reproduction est l'enseignement ou l'étude « non privée »⁸⁹. Il faudrait donc voir si l'élargissement de l'exception « aux fins d'éducation » changerait l'interprétation judiciaire du caractère équitable des reproductions aux bénéfices des élèves⁹⁰.

87 *Alberta (Education) v. Access Copyright* [English], 2010 FCA 198, <http://decisions.fca-caf.gc.ca/en/2010/2010fca198/2010fca198.html>, [*Alberta (Education) v. Access Copyright*].

88 *Décision Tarif des redevances à percevoir par Access copyright pour la Reproduction par reprographie, au Canada, d'œuvres de son répertoire (Établissements d'enseignement — 2005-2009)*, [2009] C.B.C. No. 6 www.cb-cda.gc.ca/decisions/2009/Access-Copyright-2005-2009-Schools.pdf, [*Décision Établissements d'enseignement — 2005-2009*]

89 Voir les para. 98 de la *Décision Établissements d'enseignement — 2005-2009*, *supra* note 87, 88 et para. 46 du jugement *Alberta (Education) v. Access Copyright*, *supra* note 87.

90 Il est vrai que la Cour d'appel fédérale déclare au para. 21 que : « this amendment serves only to create additional allowable purposes; it does not affect the fairness analysis. As the parties agree that the dealing in this case was for an allowable purpose, the proposed amendments to the Act do not affect the outcome of this case and no more will be said about Bill C-32. » *Ibid.* Néanmoins, il nous semble que la commission et la cour ont trop insisté sur le but véritable de la reproduction (soit l'enseignement ou l'étude « non privée ») dans leur analyse du caractère inéquitable des reproductions, pour qu'on puisse nier l'impact possible du projet de loi C-32. Une utilisation à des fins d'enseignement ne peut être *ipso facto* considérée déraisonnable si on permet, de par la loi, les utilisations équitables à des fins d'éducation.

3) Une harmonisation avec les textes internationaux

Le projet de loi vise à transposer en droit interne les dispositions du *Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur* (le « *Traité de l'ODA* »)⁹¹ et du *Traité de l'OMPI sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes* (le « *Traité de l'OIEP* »)⁹².

En fait, il s'agit essentiellement de compléter le régime de protection des droits patrimoniaux des artistes interprètes ou exécutants et des producteurs de phonogrammes⁹³ et d'ajouter nommément à la liste des droits exclusifs le droit de distribution⁹⁴ et le droit de mise à disposition⁹⁵. Le projet de loi C-32 propose aussi de prohiber le contournement des mesures techniques de protection⁹⁶, suivant l'article 11 du *Traité de l'ODA* et l'article 18 du *Traité de l'OIEP*, avec une série d'exceptions très limitées. Enfin le projet de loi, comme le *Traité de l'OIEP*, accorde à l'artiste interprète ou exécutant des droits moraux⁹⁷.

Il est à noter qu'à l'égard des deux nouveaux droits, le projet de loi rejoint en partie la jurisprudence. L'affaire *Socan* avait déjà établi que la communication via Internet était une télécommunication⁹⁸. En ce qui concerne le droit de distribution, le projet de loi adopte un principe d'épuisement des droits à l'échelle internationale. En pratique, les titulaires ne conservent à ce titre que le contrôle du premier transfert de la propriété de l'objet tangible qui contient l'œuvre. Le nouveau droit de distribution est donc bien limité.

En pratique, les titulaires ont peut-être encore un droit sur les transactions futures, par le jeu des dispositions sur les violations à des étapes ultérieures. En effet dans l'affaire *Euro-Excellence Inc. c. Kraft Canada Inc.*⁹⁹, cinq juges sur neuf avaient estimé que les articles 2.7, 13(7) et 27 (2) de la *Loi* permettraient à un licencié exclusif (donc détenteur d'un intérêt) de

91 *Traité relatif aux droits d'auteur de l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle* (OMPI), 20 déc. 1996, www.wipo.int/treaties/fr/ip/wct/trtdocs_woo33.html, 36 I.L.M. 65.

92 *Traité de l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes*, 20 déc. 1996, www.wipo.int/treaties/fr/ip/wppt/trtdocs_woo34.html, 36 I.L.M. 76.

93 Voir les articles 8 et suivants du projet de loi C-32, *supra* note 10.

94 Voir l'article 4 du projet de loi C-32, *supra* note 10, ajoutant l'al. 3(1j) à la *Loi*.

95 Voir l'article 3 du projet de loi C-32, *supra* note 10, ajoutant l'al. 1.1 à l'article 2.4 de la *Loi*.

96 Voir l'article 47 du projet de loi C-32, *supra* note 10.

97 Voir l'article 10 du projet de loi C-32, *supra* note 10.

98 *SOCAN v. Assoc. canadienne des fournisseurs Internet*, *supra* note 82, au par. 42.

99 *Supra* note 20.

poursuivre un importateur qui vendrait des exemplaires dans le marché réservé au licencié. Ces dispositions ne sont pas modifiées par le projet de loi¹⁰⁰ et on peut présumer que les opinions émises dans la décision *Euro-Excellence* sont encore valables. Un quasi droit de distribution existerait donc sous le couvert des recours contre les « violations à des étapes ultérieures ».

En résumé, le projet de loi C-32 instaure de nouvelles règles, notamment à l'égard des exceptions, des droits voisins et du contournement des mesures de protection techniques. En même temps, il maintient ou élargit plusieurs des solutions dégagées par les tribunaux et en cela, confirme le rôle crucial que doit jouer la jurisprudence dans le régime canadien du droit d'auteur.

C. CONCLUSION

Dans ce bref commentaire, nous avons voulu montrer le poids considérable de la jurisprudence dans l'élaboration du droit d'auteur au Canada. Plusieurs des concepts clés sont d'origine jurisprudentielle et leur contenu laissé à l'arbitrage des juges. Leur intégration au texte de loi fut souvent d'abord rejetée par les parlementaires, puis acceptée lorsque la jurisprudence fut suffisamment développée pour en montrer la sagesse¹⁰¹.

Le projet de loi C-32, et la *Loi sur le droit d'auteur* dans son entier, restent chargés de dispositions particulières — et quelquefois redondantes, modèles de législation au cas par cas. Ces dispositions sont parfois difficiles à harmoniser avec les principes fondamentaux de la *Loi*, fondés sur des concepts larges laissés à l'appréciation des tribunaux et cet ordre des choses demande des efforts particuliers au niveau de l'interprétation de la *Loi sur le droit d'auteur*. Un survol de l'histoire des législations de droit d'auteur nous amène à penser que c'est peut-être à dessein que le législateur procède ainsi, choisissant de reprendre ou de laisser se développer les solutions jurisprudentielles, tout en posant des règles précises pour certaines situations déterminées qui préoccupent davantage l'opinion publique du moment. On connaît déjà en matière constitutionnelle la métaphore du dialogue entre le législateur et les tribunaux qui censurent les

100 On ajoute simplement l'al. 2.1 pour préciser que la production d'un exemplaire couvert par une exception au Canada ne peut mener à une violation à des étapes ultérieures.

101 Voir notamment l'analyse de C. Seville, *supra* note 52, p. 247.

textes sur le fondement des chartes¹⁰². Peut-être assiste-t-on en matière de droit d'auteur à une autre sorte de dialogue entre les pouvoirs législatif et judiciaire, le législatif sollicitant l'aide des tribunaux dans l'élaboration des règles de droit. Le projet de loi C-32, qui, à bien des égards, laisse des questions en suspens, ou encore introduit des nouvelles règles qui feront appel à la sagesse des tribunaux, nous semble, lui aussi, faire appel à une forme d'échange entre ces pouvoirs de l'État. Il faudra bien sûr attendre de connaître le sort du projet de loi C-32 avant de dire qu'il fait partie du dialogue.

102 P. W. Hogg et A. A. Bushell, « The Charter Dialogue between Courts and Legislatures (Or Perhaps the *Charter of Rights* Isn't such a Bad Thing After All) », (1997) 35 *Osgoode Hall Law Journal* 75.

