

Inflation législative et droit d'auteur au Canada

Mistrale Goudreau¹

1

Mistrale Goudreau

¹ Professeur titulaire, Section de droit civil, Université d'Ottawa (texte mis à jour au 9 septembre 2016).

Résumé

Ce texte porte sur le phénomène de l'inflation législative dans le domaine particulier du droit d'auteur canadien. Il identifie certaines des causes de l'inflation normative, en discutant du problème de conceptualisation de notions de droit d'auteur et de l'approche casuistique du législateur au Canada. Il offre ensuite quelques réflexions pouvant aider à l'élaboration d'un régime législatif plus optimal.

Abstract

This paper deals with the issue of legislative inflation in the particular field of Canadian copyright law. The author identifies some of the causes of normative inflation, discussing the problem of conceptualisation of the copyright notions and the casuistry approach adopted by the Canadian legislator. She then offers some thoughts that may help in the development of a more optimal legislative scheme.

Introduction

Ce texte portera sur le phénomène de l'inflation législative dans le domaine particulier du droit d'auteur. Son propos se veut donc une illustration du diagnostic qui a été posé par bien d'autres juristes par le passé. Car nombreux sont ceux qui ont dénoncé ce « péché »² de l'inflation législative. Ce texte se propose d'abord de mettre en lumière, à l'aide du cas particulier du droit d'auteur canadien, certaines des causes de l'inflation normative et ensuite d'offrir quelques réflexions pouvant aider à l'élaboration d'un régime législatif plus optimal.

Mais avant d'entrer dans le cœur du sujet, nous ferons quelques remarques sur le phénomène de l'inflation législative et nous proposerons un bref rappel de certains principes de base de rédaction législative. Comme bien des commentateurs l'ont, avant nous, souligné, l'inflation législative n'est nullement un phénomène récent. Le professeur Mackaay dans une conférence récente, fournissait une liste des plus éclairantes des déclarations d'éminents auteurs qui en ont fait l'objet de leurs lamentations³. On a même à l'occasion associé des néologismes au phénomène, parlant notamment de l'effet *assiduis*⁴. Bref, l'analyse des

² Ainsi s'exprimait Jean CARBONNIER, *Essais sur les lois*, Paris, Répertoire du notariat Defrénois, 1979, aux pages 275-276, affirmant que, « [...] de l'inflation législative, nous portons tous un peu le péché ».

³ Conférence de Ejan MACKAAY, *L'inflation normative*, publiée dans le présent numéro spécial, citant notamment Tacite, Montaigne et Montesquieu : voir le texte accompagnant les notes 21 à 24. Voir aussi le texte de Alain-François BISSON, "Sur quelques pages de Montaigne : surabondance et imperfection des lois", dans Jean-Claude GEMAR, *Langage du droit et traduction*, Québec, Éditeur officiel du Québec, 1982.

⁴ Carbonnier parlait ainsi de l'effet *assiduis* : « On appelle ainsi, en sociologie de la législation, du mot sur lequel s'ouvre une célèbre constitution de Justinien (C. 8, 18, 12), le phénomène par lequel le législateur est porté à légiférer sous l'aiguillon des réclamations dont les catégories intéressées l'assaillent. Parce que les épouses que leurs maris avaient ruinées inondaient de requêtes la chancellerie impériale (*Assiduis aditionibus mulierum inquietati sumus*), on institua en faveur de toutes les femmes mariées une hypothèque privilégiée. [...] L'effet *Assiduis* donne visiblement une prime aux tendances réformistes, ceux qui se plaignent du droit positif faisant beaucoup plus de bruit que la masse qui le trouve bon. [...] » : Jean CARBONNIER, « *Vis Famille, Législation et quelques autres* », dans *Mélanges René Savatier*, Paris, Dalloz, 1965, aux pages 135-136.

causes, des effets prévisibles de cette inflation et des remèdes à y apporter ont déjà fait l'attention des spécialistes.

Les États, conscients des effets néfastes de l'inflation normative, notamment au niveau de la compétitivité de leur économie⁵, ont bien tenté de corriger le tir, en se donnant notamment mission de lutter contre l'inflation législative dans les activités gouvernementales⁶. Au Canada et au Québec, on note des efforts semblables pour prévenir l'inflation législative, par l'adoption de directives⁷ ou de procédures⁸ dans le cadre du processus d'élaboration et d'adoption des lois ou des règlements. Le professeur Michel Morin en fait un exposé fort instructif dans son article «Réflexions sur la qualité de la loi au Québec et au Canada – ou ce qui est bon pour les francophones du Canada ne l'est pas pour les anglophones du Québec »⁹. En matière de droit d'auteur, le

⁵ « Et notre pays, pendant ce temps, demeure en queue de pelotons pour ce qui concerne le critère du « poids de la réglementation », dans le rapport annuel sur la compétitivité des économies nationales publié par le forum économique mondial, jusqu'à atteindre la 126e place en 2012. » : Didier MARTIN, « Choc de simplification. - Nouvelle incantation ou réelle révolution ? », (17 juin 2003) 25 La Semaine Juridique, Edition Générale 722.

⁶ Voir par exemple les travaux du Conseil national d'évaluation des normes (CNEN), créé en France par la loi du 17 octobre 2013 : Loi n°2013-921 du 17 octobre 2013 portant création d'un Conseil national d'évaluation des normes applicables aux collectivités territoriales et à leurs établissements publics.

⁷ Comme la Directive du Cabinet sur l'activité législative : GOUVERNEMENT DU CANADA, Lois et règlements : l'essentiel - Directive du Cabinet sur l'activité législative Bureau du Conseil privé, disponible en ligne : <http://www.pco-bcp.gc.ca/index.asp?lang=fra&page=information&sub=publications&doc=legislation/cabdir-dircab-fra.htm>, qui énonce : « La voie législative devrait être strictement réservée aux cas où elle constitue la meilleure solution possible. Il appartient au ministre responsable de démontrer au Cabinet que ce principe a été respecté et qu'il y va de la réalisation des objectifs du gouvernement. ».

⁸ Comme le recours aux études d'impact de la réglementation, imposé au niveau fédéral : Pierre ISSALYS, « L'analyse d'impact des lois et règlements : impératif d'efficacité ou condition de légitimité ? », dans Stéphane BEAULAC et Mathieu DEVINAT (dir.), *Interpretatio non cessat : Mélanges en l'honneur de Pierre-André Côté*, Québec, Éditions Yvon Blais, 2011, p. 133.

⁹ Michel MORIN, « Réflexions sur la qualité de la loi au Québec et au Canada – ou ce qui est bon pour les francophones du Canada ne l'est pas pour les anglophones du Québec » (2014) 48 RJT 247, 247 et 256.

gouvernement a d'ailleurs pris note de la nécessité de simplifier et clarifier la loi¹⁰.

Mais le processus de simplification et clarification implique-t-il une réduction des textes de loi ? Le texte concis est-il de meilleure qualité ? Ou au contraire le texte détaillé est-il plus clair ? En fait,

« [L]a précision est, en théorie, une condition de la clarté, qui est l'une des vertus cardinales d'un texte. En pratique, particulièrement en législation, les choses ne sont pas si simples : l'imprécision n'est pas toujours un défaut et il est tout à fait possible de pécher par excès de précision. »¹¹

Sur cette question, les auteurs s'accordent généralement pour dire que l'art de rédiger demande justement de bien choisir entre généralité et règle détaillée. Ainsi certains enseignent que les

« concepts devront être aussi généraux que le permet la réalité qu'ils servent à représenter, car il en résultera une meilleure compréhension du message à communiquer. D'une part, les idées essentielles ou principes exprimés par le texte seront mieux mis en évidence. D'autre part, le texte sera plus concis. »¹²

De plus, il faut éviter les mots et les dispositions inutiles, ainsi que garder une cohérence textuelle, notamment en maintenant « la continuité dans le texte »¹³.

Or si ces consignes semblent à première vue fort acceptables, leur application dans le domaine du droit d'auteur n'est pas sans soulever

¹⁰ Voir 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, en ligne : <<http://publications.gc.ca/site/eng/9.631099/publication.html>>, p. 51, classant l'objectif dans la catégorie des enjeux à long terme.

¹¹ Daniel JACOBY, « Doit-on légiférer par généralités ou doit-on tout dire ? » (1983) 13 R.D.U.S. 257, 259.

¹² Richard TREMBLAY (dir.), Éléments de légistique : comment rédiger les lois et les règlements, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2010, p. 320.

¹³ Id., p. 243.

d'importantes difficultés. Ces difficultés peuvent se classer en deux thèmes : le problème de conceptualisation et le problème du législateur casuistique. Abordons le premier thème de la conceptualisation.

I. Le problème de conceptualisation

Le droit d'auteur repose sur une série de concepts-clé, concepts qui ont été développés au fil du temps : on pense par exemple, aux notions d'œuvre, de reproduction, de représentation ou d'utilisation équitable. À première vue, il est tout à fait légitime d'utiliser ces concepts dans la rédaction de la loi. Pourtant, l'expérience démontre qu'il n'en découle pas nécessairement une meilleure compréhension de la volonté du législateur. En effet, ces concepts sont protéiformes, donnant lieu à une multitude d'interprétations, selon les pays et les conventions internationales. Prenons l'exemple des droits patrimoniaux de l'auteur.

Dans certains systèmes législatifs, ces droits sont regroupés selon une *summa divisio* de deux catégories : le droit de représentation et le droit de reproduction. C'est le cas du droit français, comme l'exprime l'article L122-1 du Code de propriété intellectuelle : « Le droit d'exploitation appartenant à l'auteur comprend le droit de représentation et le droit de reproduction. » Cela signifie que ces deux concepts seront conçus de façon englobante, incorporant tout procédé qui comporte un élément de reproduction ou de représentation. Cela signifie-t-il que la reproduction comprend les fabrications de copies modifiées, aussi appelées les « appropriations indirectes »¹⁴ comme l'adaptation, la traduction ? Englobe-t-elle la destination des exemplaires, c'est-à-dire par exemple, leur vente et leur louage ? Les auteurs français concluent en ce sens :

« 1. – Structure – Le Code de la propriété intellectuelle donne aux auteurs un monopole d'exploitation essentiellement divisé en deux prérogatives, le droit de représentation et le droit de reproduction (CPI, art. L. 111-1, art. L. 122-1 et art. L. 123-1). Cette "summa divisio" implique une conception large ou synthétique de chacune de ces

¹⁴ Comme le désignait la Convention de Berne dans son texte de 1886, à son article 10.

prérogatives, permettant de faire face à toute forme d'exploitation de l'oeuvre. [...] C'est en vertu de cette conception synthétique du droit de reproduction que la théorie du droit de destination a été développée (F. Pollaud-Dulian, *Le droit de destination* : LGDJ 1989, coll. *Bibl. dr. privé*, t. 205). »

« 37. – Structure – Contrairement à la plupart des autres législations nationales, le droit d'auteur français n'érige pas l'adaptation et la traduction en prérogatives distinctes. Ces derniers actes sont inclus dans l'orbite de la reproduction par l'article L. 122-4 du Code de la propriété intellectuelle. Ils se présentent comme des corollaires du droit de reproduction (en ce sens, A. Françon, *Cours de propriété littéraire, artistique et industrielle* : Litec 1999, coll. *Les Cours de droit*, p. 234. – A. Lucas et H.-J. Lucas, *op. cit.*, n° 242). »¹⁵

Pourtant dans certains des textes internationaux auxquels le Canada et la France sont liés, les droits sont maintenant traités de façon distincte. Prenons l'exemple de la Convention de Berne, la première et la plus importante des ententes multilatérales sur le droit d'auteur¹⁶. Dès la première version de Convention de Berne, le droit de traduction est protégé par une disposition séparée¹⁷ de celles couvrant le droit de reproduction¹⁸ ; on le considère comme un 'self-standing right which is juxtaposed with the other minimum right'¹⁹. Par contre, le droit d'adaptation a d'abord été conçu comme une sorte de reproduction illégale²⁰, puis présenté comme un droit indépendant après la Conférence de Bruxelles de 1948²¹.

¹⁵ Audrey LÉBOIS, Fasc. 1246 : Droits des auteurs – Droits patrimoniaux. – Droit de reproduction (CPI, art. L. 122-3), 2015, numéros 1 et 37.

¹⁶ Sam RICKETSON et Jane GINSBURG, *International Copyright and Neighbouring Rights: The Berne Convention and Beyond*, 2e éd, Oxford, Toronto, Oxford University Press, 2006, p. 42.

¹⁷ Article 5 de la Convention de Berne.

¹⁸ À l'origine, la Convention de Berne ne couvrait que certains aspects du droit de reproduction, concernant les journaux ou les « appropriations indirectes » (voir les articles 7 et 10 de la version de 1886).

¹⁹ Silke VON LEWINSKI, *International Copyright Law and Policy*, Oxford, Oxford University Press, 2008, p. 142.

²⁰ Voir l'article 10 du texte de 1886.

²¹ Article 12 de la Convention dans sa dernière version de 1979.

Pour les États qui ont adhéré aux révisions de la Convention de Berne, la question se pose : le droit de reproduction couvre-t-il le droit de traduction et le droit d'adaptation ? Et si certaines législations, comme la loi française, donnent des indices plus consistants²², d'autres donnent une réponse ambiguë à la question. À cet égard, le Canada n'a pas adopté une solution cohérente dans les deux versions, française et anglaise, de la *Loi sur le droit d'auteur*²³. La version anglaise de l'article 3, qui suit le libellé de la loi britannique sur le droit d'auteur de 1911²⁴, donne d'abord une définition du terme « copyright » : « For the purposes of this Act, "copyright", in relation to a work, means the sole right to produce or reproduce[...] », puis rajoute « and includes the sole right » notamment de traduction, d'adaptation, de location (pour certaines catégories d'œuvres) et de premier transfert de propriété d'un exemplaire de l'œuvre²⁵. Le libellé appuie une interprétation large du concept de reproduction. C'est ce que les auteurs ont compris du texte anglais de 1911 :

"The enumeration at the end of the subsection of certain forms of reproduction are for the purpose of making clear that such things were in the mind of the Legislature, and to prevent the generality of the first part of the subsection being cut down by reference to previously decided cases, and by any possible suggestion that the definition of copyright was intended to be merely declaratory. It is conceived that the specific enumeration does not in any way restrict the meaning of the general words, but has, in effect, a contrary tendency showing that the general words must be construed with

²² Toutefois, le concept de reproduction apparaît différent en matière de droit voisin. Selon l'article L213-1, « L'autorisation du producteur de phonogrammes est requise avant toute reproduction, mise à la disposition du public par la vente, l'échange ou le louage, ou communication au public de son phonogramme autres que celles mentionnées à l'article. » et selon l'article L215-1, « L'autorisation du producteur de vidéogrammes est requise avant toute reproduction, mise à la disposition du public par la vente, l'échange ou le louage, ou communication au public de son vidéogramme. » Ce droit de reproduction ne semble donc pas inclure les droits sur la destination des exemplaires. C'est la conclusion à laquelle arrivent les commentateurs : « L'application de la théorie du droit de destination est donc exclue en matière de droits voisins. », A. LEBOIS, Fasc. 1246 : Droits des auteurs – Droits patrimoniaux. – Droit de reproduction (CPI, art. L. 122-3), 2015, numéro 68.

²³ Loi sur le droit d'auteur, L.R.C. 1985, c. C-42.

²⁴ 1 & 2 Geo. 5, c. 46 [Copyright Act, 1911].

²⁵ Voir les alinéas a) b) c) e) h) i) et j).

sufficient liberality to include the matters specified as well matters ejusdem generis.”²⁶

Par contre, en français, l'article 3 de la loi canadienne commence par une définition en indiquant que le droit d'auteur « désigne le seul droit de produire ou de reproduire une œuvre » et continue en prescrivant que « ce droit comprend, en outre, le droit » notamment de traduction, d'adaptation, de location (pour certaines catégories d'œuvres) et de premier transfert de propriété d'un exemplaire de l'œuvre²⁷. L'expression « en outre » indique clairement que les droits énumérés sont des droits additionnels, ce qui laisse entendre que les concepts de reproduction et de représentation sont conçus stricto sensu et ne comprennent pas les modes dérivés ou indirects.

Ces lectures différentes de l'article 3 se retrouveront dans la jurisprudence de la Cour suprême, les juges se divisant sur la question. Ainsi dans la décision *Entertainment Software Association c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique*²⁸, les juges majoritaires formuleront l'opinion suivante au sujet de l'article 3 :

« [42] [...] Il s'agit d'une définition exhaustive, car dans sa version anglaise, le terme “means” en circonscrit la portée. Le texte introductif précise à la fin que le droit d'auteur “comporte, en outre” plusieurs autres droits, qui sont énumérés aux al. a) à i). Partant, les droits énoncés dans la partie introductive constituent l'assise fondamentale du droit d'auteur. Ceux qui font l'objet des alinéas suivants ne sont que des exemples : Sunny Handa, *Copyright Law in Canada* (2002), p. 195; voir également *Apple Computer Inc. c. Mackintosh Computers Ltd.*, [1987] 1 C.F. 173 (1re inst.), p. 197. Par exemple, le droit de location prévu à l'al. 3(1) i) et auquel renvoie le juge Rothstein entre aisément dans la catégorie générale des droits de reproduction. »

²⁶ Evan James MACGILLIVRAY, *The Copyright Act, 1911, Annotated*, London, Stevens And Sons, Limited, 1912, en ligne : <<http://www.archive.org/details/copyrightact191100gearich>>, p. 3.

²⁷ Voir les alinéas a), b), c), e), h), i) et j).

²⁸ 2012 CSC 34, [2012] 2 R.C.S. 231.

Les quatre juges dissidents épouseront l'opinion contraire :

« [91] Certes, l'emploi du mot “includes” pourrait être l'indice que les droits énumérés aux al. a) à i) constituent des exemples de l'un ou l'autre des droits conférés au début du par. 3(1), mais le contexte va dans le sens contraire. Plusieurs des droits énumérés sont clairement distincts du droit de produire ou de reproduire, d'exécuter, de représenter ou de publier. Par exemple, l'al. 3(1) i) prévoit le droit de louer l'enregistrement sonore d'une œuvre musicale. On voit mal comment ce droit pourrait s'insérer dans le droit de produire ou de reproduire, d'exécuter, de représenter ou de publier l'œuvre. Ce serait effectivement contraire à la conclusion des juges majoritaires de la Cour dans l'arrêt *Théberge* selon laquelle, pour les besoins de la Loi, la “reproduction” implique la *multiplication* des copies (voir en particulier les par. 42 et 45). Il convient donc de considérer l'ensemble des prérogatives que le par. 3(1) reconnaît au titulaire du droit d'auteur comme des droits distincts les uns des autres (*Bishop c. Stevens*, p. 477, la juge McLachlin; *Compo Co. c. Blue Crest Music Inc.*, p. 373, le juge Estey).

[92] Cette interprétation de la version anglaise du par. 3(1) est conforme au texte de la version française : “[l]e droit d'auteur sur l'œuvre comporte le droit exclusif de produire ou reproduire [. . .] l'œuvre, [de la représenter ou de la publier]; ce droit comporte, en outre, [les droits énumérés aux al. a) à i)]”. L'utilisation du terme « en outre » confirme que les droits énumérés aux al. a) à i) s'ajoutent à ceux qui sont énoncés au début de la disposition ».

Cette interprétation *stricto sensu* des concepts a aussi mené la Cour suprême à nier l'existence d'un droit de destination en droit canadien²⁹.

²⁹ *Théberge c. Galerie d'Art du Petit Champlain inc.*, [2002] 2 R.C.S. 336, 2002 CSC 34 :

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

L'ambiguïté n'a pas été réservée au seul droit de reproduction ; le droit de représentation a aussi fait l'objet de tergiversations. Par exemple, ce droit inclut-il la transmission par télédiffusion ? C'est la position du droit français qui, à l'article L. 122-2 de son Code français de la propriété intellectuelle, inclut la télécommunication dans la représentation³⁰. Ce fut aussi la conclusion retenue par la Cour d'appel fédérale dans les années 1990, qui opérait la fusion entre radiocommunication et représentation (aussi appelée exécution dans la Loi³¹) :

« [...] Lorsque l'abonné allume son téléviseur et qu'il écoute la musique radiodiffusée ou transmise par l'appelante, il a droit à la reproduction sonore d'une mélodie ; il s'agit donc de l'exécution d'une œuvre musicale comme le prévoit la Loi.

[...] L'appelante soutient par ailleurs, dans le cas où la Cour conclurait que ses activités de transmission équivalent à une exécution, que celle-ci n'est pas publique puisque, au Canada, quatre-vingt-dix-sept pour cent des abonnements au service de télévision par câble sont résidentiels et que la transmission est acheminée à la résidence privée de chacun des abonnés.

25 J'aurais été enclin à croire, à partir du simple bon sens, que lorsque, à partir de sa résidence ou de son bureau, le premier ministre du Canada s'adresse aux citoyens, lesquels se trouvent dans leurs demeures, au moyen de la radio ou de la télévision, son allocution est publique et est exécutée en public. [...] »³²

Mais le législateur ne trouva pas la solution heureuse et il renversa ce courant en 1997 en adoptant l'article 2.3 : « Quiconque communique au public par télécommunication une œuvre ou un autre objet du droit

³⁰ L'article L. 122-2 du Code français de la propriété intellectuelle édicte :

« La représentation consiste dans la communication de l'œuvre au public par un procédé quelconque, et notamment :

1° Par récitation publique, exécution lyrique, représentation dramatique, présentation publique, projection publique et transmission dans un lieu public de l'œuvre télédiffusée ;

2° Par télédiffusion.

La télédiffusion s'entend de la diffusion par tout procédé de télécommunication de sons, d'images, de documents, de données et de messages de toute nature ».

³¹ Voir la définition de représentation ou exécution à l'article 2 de la Loi.

³² Association canadienne de télévision par câble c. Commission du droit d'auteur, [1993] 2 C.F. 138 (CAF) ; voir aussi S.D.E. c. Réseau de Télévision CTV Ltée et Commission du droit d'auteur, [1993] 2 C.F. 115 (CAF).

d'auteur ne les exécute ni ne les représente en public de ce fait, ni n'est réputé, du seul fait de cette communication, autoriser une telle exécution ou représentation en public. »

Voilà bien un autre exemple d'inflation législative causée par le recours à ces concepts protéiformes, que le législateur veut à l'occasion ré-encapsuler, apportant ici une nuance, ou là une précision, enfermant le lecteur dans un texte de plus en plus touffu. Parfois même, pour mettre en œuvre une convention internationale, le Parlement adoptera une disposition³³, alors qu'une décision de la Cour suprême avait pourtant affirmé que le droit canadien interne « n'est en décalage » ni avec le texte international³⁴ ni avec les vues internationales sur le sujet³⁵. L'insertion de l'article était donc superflue, créant une entorse à la présomption d'effet utile des lois, ce qui peut provoquer un problème interprétatif³⁶. Bref, le recours aux concepts généraux n'a pas mené, en droit d'auteur canadien, à un texte plus concis ou plus clair.

³³ Article 2.4 (1.1) de la Loi : 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. ».

³⁴ Article 8 du Traité de l'OMPI.

³⁵ Rogers Communications Inc. c. Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada, 2012 CSC 35, [2012] A.C.S. no 35, 2012 CSC 35, [2012] 2 R.C.S. 283, au par 49. Cette opinion est partagée par la doctrine : voir John S. MCKEOWN, *Fox on Canadian Law of Copyright and Industrial Designs*, 4th ed., Toronto, Carswell, (feuilles mobiles, 2016-1), p. 21-93.

³⁶ Un commentateur y voit un renversement d'une décision de la Cour suprême de 2012, qui affirmait que la transmission d'une copie d'une œuvre musicale pour fournir à un internaute un exemplaire numérique ne constituait pas une télécommunication : voir Barry SOOKMAN, « YouTube, Facebook, Netflix liable to pay for music in Canada rules Copyright Board », en ligne : <<http://www.barrysookman.com/2014/07/21/youtube-facebook-netflix-liable-to-pay-for-music-in-canada-rules-copyright-board/>> et Barry Sookman, « Copyright Board to construe the making available right », en ligne : <<http://www.barrysookman.com/2012/12/07/copyright-board-to-construe-the-making-available-right/>>.

La jurisprudence récente de la cour d'appel fédérale maintient que la transmission d'une copie d'une œuvre musicale pour fournir à un internaute un exemplaire numérique ne constitue pas une télécommunication : voir *Rogers Communications Partnership v. Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada* (SOCAN), 2016 FCA 28.

Est-ce que la rédaction plus en détail est préférable ? Cela apporte-t-il plus de certitude aux parties prenantes, une plus grande sécurité juridique ? Là-encore, le droit canadien fournit des exemples de promesses non tenues. Prenons l'exemple du droit exclusif d' « autoriser » l'accomplissement d'un droit patrimonial. La reconnaissance du droit dans la loi est faite de façon laconique. La fin du paragraphe 1 de l'article 3 indique simplement : « Est inclus dans la présente définition le droit exclusif d'autoriser ces actes. » Au départ, les commentateurs du texte anglais de 1911 se sont même demandé si cette précision était vraiment utile ou nécessaire³⁷. Mais la prédiction était fautive. Aux dires de la doctrine moderne, l'ajout de ces quelques mots « resulted in a significant change in the law »³⁸. En effet, le concept a permis de tenir responsable de contrefaçon non seulement ceux qui accomplissaient des actes de reproduction ou faisaient des représentations, mais aussi les « complices » des contrefacteurs. On ouvrit ainsi la porte à des recours contre les personnes qui bien qu'associées aux activités de contrefaçon n'avaient pas comme tel accompli un des actes exclusifs réservés aux titulaires des droits d'auteur. Comment reconnaître ces complices ? La jurisprudence se construisit lentement, mais au Canada deux arrêts récents de la Cour suprême ont fait le point sur la question. Dans la *décision CCH Canadienne Ltée c. Barreau du Haut-Canada*³⁹, la cour jugeant que la bibliothèque du Barreau du Haut-Canada qui fournit des machines reproductrices aux usagers n'est pas de ce seul fait considérée avoir autorisé les contrefaçons des usagers. Il faut démontrer que l'intéressé a « approuv[é], sanctionn[é], perm[is], favoris[é], encourag[é] » le comportement illicite et

« [...] ce n'est pas autoriser la violation du droit d'auteur que de permettre la simple utilisation d'un appareil susceptible d'être utilisé à cette fin. Les tribunaux doivent présumer que celui qui autorise

³⁷ E. J. MACGILLIVRAY, *The Copyright Act, 1911, Annotated*, London, Stevens And Sons, Limited, 1912, <http://www.archive.org/details/copyrightact191100gearich>, p. 22 : "The last words in subsect. 1(2) appear to be superfluous. It is clear that if a person has the sole right to do certain acts, no other person has the sole right to authorize such acts."

³⁸ J. S. MCKEOWN, *Fox on Canadian Law of Copyright and Industrial Designs*, 3rd ed., Toronto, Carswell, 2000, p. 508.

³⁹ *CCH Canadienne Ltée c. Barreau du Haut-Canada*, [2004] 1 R.C.S. 339.

une activité ne l'autorise que dans les limites de la légalité : Muzak, précité. Cette présomption peut être réfutée par la preuve qu'il existait une certaine relation ou un certain degré de contrôle entre l'auteur allégué de l'autorisation et les personnes qui ont violé le droit d'auteur. »⁴⁰

La Cour suprême a aussi analysé le concept dans le contexte de l'internet⁴¹. En effet, le fournisseur de services Internet souvent sait que les utilisateurs finaux de ses services consulteront des fichiers protégés par le droit d'auteur mis en ligne par des fournisseurs de contenu. Du fait de certaines mises en ligne illégales, ce fournisseur de services viole-t-il le droit d'auteur en « autorisant l'activité » ? La Cour, reprenant le raisonnement énoncé dans l'affaire CCH, décide que non :

« [127] Le fait de savoir que quelqu'un pourrait violer le droit d'auteur grâce à une technologie sans incidence sur le contenu (par ex. un photocopieur, comme dans CCH) n'équivaut pas nécessairement à autoriser cette violation, car il faut démontrer que l'intéressé a "approuv[é], sanctionn[é], perm[is], favoris[é], encourag[é]" (CCH, par. 38) le comportement illicite. Je conviens que l'omission de "retirer" un contenu illicite après avoir été avisé de sa présence peut, dans certains cas, être considérée comme une "autorisation". Toutefois, ce n'est pas le cas en l'espèce. Tout dépend en grande partie des circonstances. Conclure hâtivement à une "autorisation" placerait le fournisseur de services Internet dans une situation difficile. Il devrait alors déterminer si l'allégation de violation du droit d'auteur est fondée et décider soit de contester l'action pour violation du droit d'auteur, soit de manquer éventuellement à ses obligations contractuelles envers le fournisseur de contenu. *La meilleure solution serait que le législateur adopte une procédure "d'avis et de retrait" à l'instar de la Communauté européenne et des États-Unis*»⁴². [Nos italiques]

⁴⁰ *Id.*, para. 38.

⁴¹ Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c. Association canadienne des fournisseurs Internet, [2004] 2 S.C.R. 427.

⁴² *Id.*, para. 127.

La cour conclut donc que l'application du concept général était peu satisfaisante puisque chaque cas doit être analysé séparément et l'issue dépend des circonstances. Compte tenu de l'incertitude devant laquelle est placé le fournisseur de services, la cour lance un appel au législateur, lui demandant de clarifier la situation. Le législateur a obtempéré en 2012 en adoptant une cascade de dispositions. L'un des articles de loi, constitué de 6 paragraphes et de plus de 400 mots, adopte un principe de non-

responsabilité des fournisseurs de services sur réseau numérique⁴³. Deux autres paragraphes, d'environ 225 mots, traitent de la responsabilité des fournisseurs d'accès, s'ils adoptent certains comportements, en énonçant

⁴³ À titre illustratif de la voluminosité du texte de loi, nous reproduisons in extenso, en notes de bas de page, les dispositions concernées.

Services réseau

« 31.1 (1) La personne qui, dans le cadre de la prestation de services liés à l'exploitation d'Internet ou d'un autre réseau numérique, fournit des moyens permettant la télécommunication ou la reproduction d'une œuvre ou de tout autre objet du droit d'auteur par l'intermédiaire d'Internet ou d'un autre réseau ne viole pas le droit d'auteur sur l'œuvre ou l'autre objet du seul fait qu'elle fournit ces moyens.

Acte lié

(2) Sous réserve du paragraphe (3), si la personne met l'œuvre ou l'autre objet du droit d'auteur en antémémoire ou effectue toute autre opération similaire à leur égard en vue de rendre la télécommunication plus efficace, elle ne viole pas le droit d'auteur sur l'œuvre ou l'autre objet du seul fait qu'elle accomplit un tel acte.

Conditions d'application

(3) Le paragraphe (2) ne s'applique que si la personne respecte les conditions ci-après en ce qui a trait à l'œuvre ou à l'autre objet du droit d'auteur :

- a) elle ne les modifie pas, sauf pour des raisons techniques ;
- b) elle veille à ce que les directives relatives à leur mise en antémémoire ou à l'exécution à leur égard d'une opération similaire, selon le cas, qui ont été formulées, suivant les pratiques de l'industrie, par quiconque les a mis à disposition pour télécommunication par l'intermédiaire d'Internet ou d'un autre réseau numérique soient lues et exécutées automatiquement si elles s'y prêtent;
- c) elle n'entrave pas l'usage, à la fois licite et conforme aux pratiques de l'industrie, de la technologie pour l'obtention de données sur leur utilisation.

Stockage

(4) Sous réserve du paragraphe (5), quiconque fournit à une personne une mémoire numérique pour qu'elle y stocke une œuvre ou tout autre objet du droit d'auteur en vue de permettre leur télécommunication par l'intermédiaire d'Internet ou d'un autre réseau numérique ne viole pas le droit d'auteur sur l'œuvre ou l'autre objet du seul fait qu'il fournit cette mémoire.

Conditions d'application

(5) Le paragraphe (4) ne s'applique pas à l'égard d'une œuvre ou de tout autre objet du droit d'auteur si la personne qui fournit la mémoire numérique sait qu'un tribunal compétent a rendu une décision portant que la personne qui y a stocké l'œuvre ou l'autre objet viole le droit d'auteur du fait de leur reproduction ou en raison de la manière dont elle les utilise.

Exception

(6) Les paragraphes (1), (2) et (4) ne s'appliquent pas à l'égard des actes qui constituent une violation du droit d'auteur prévue au paragraphe 27(2.3). »

six critères à pondérer dans l'évaluation de leur conduite⁴⁴. Enfin, la loi établit, en trois articles représentant treize paragraphes de plus de mille mots, une procédure « d'avis et d'avis », qui met à la charge du fournisseur de services des obligations de notification et de conservation de données⁴⁵. L'opération a certainement contribué à l'inflation législative en matière de droit d'auteur. Pourtant il n'est pas évident que la loi ait gagné en clarté puisque la responsabilité des fournisseurs de services dépend maintenant de l'application de six critères essentiellement axés sur les faits⁴⁶.

II. Le problème du législateur casuistique

Mais le caractère protéiforme des concepts fondamentaux du droit d'auteur n'est pas la seule raison de la prolifération législative dans ce secteur de propriété intellectuelle. L'approche casuistique du législateur est aussi à blâmer. Les spécialistes ont d'ailleurs déjà dénoncé cette recherche de la solution au cas par cas ; le professeur André Lucas déclarait en 2003 :

⁴⁴ 27 « [...] (2.3) Constitue une violation du droit d'auteur le fait pour une personne de fournir un service sur Internet ou tout autre réseau numérique principalement en vue de faciliter l'accomplissement d'actes qui constituent une violation du droit d'auteur, si une autre personne commet une telle violation sur Internet ou tout autre réseau numérique en utilisant ce service.

Facteurs

(2.4) Lorsqu'il s'agit de décider si une personne a commis une violation du droit d'auteur prévue au paragraphe (2.3), le tribunal peut prendre en compte les facteurs suivants :

- a) le fait que la personne a fait valoir, même implicitement, dans le cadre de la commercialisation du service ou de la publicité relative à celui-ci, qu'il pouvait faciliter l'accomplissement d'actes qui constituent une violation du droit d'auteur ;
- b) le fait que la personne savait que le service était utilisé pour faciliter l'accomplissement d'un nombre important de ces actes ;
- c) le fait que le service a des utilisations importantes, autres que celle de faciliter l'accomplissement de ces actes ;
- d) la capacité de la personne, dans le cadre de la fourniture du service, de limiter la possibilité d'accomplir ces actes et les mesures qu'elle a prises à cette fin ;
- e) les avantages que la personne a tirés en facilitant l'accomplissement de ces actes ;
- f) la viabilité économique de la fourniture du service si celui-ci n'était pas utilisé pour faciliter l'accomplissement de ces actes. »

⁴⁵ Avis de prétendue violation, voir la fin de l'article pour lire cette note de bas de page

⁴⁶ Voir le paragraphe 27 (2.4).

« Décisif est, hélas, le triomphe du “lobbying”, parfois dissimulé sous le manteau séduisant de l'autorégulation. La loi n'est plus le résultat de la recherche de l'intérêt général, qui transcende les intérêts particuliers, mais celui d'un compromis entre les intérêts des différents groupes de pression identifiés comme tels. Ceux-ci se moquent bien des grands principes et veulent des solutions toutes faites, d'où la casuistique législative. C'est vrai tout particulièrement dans le domaine de l'adaptation du droit d'auteur à l'environnement numérique. »⁴⁷

Cette casuistique se produit notamment lors de la mise en œuvre des conventions internationales et dans l'élaboration des exceptions législatives. Voyons successivement ces deux problématiques, à l'aide de certains exemples révélateurs.

La protection des droits voisins constitue un cas clair de l'approche au cas par cas de la mise en œuvre du droit international. Parmi les traités auquel le Canada a adhéré, trois traitent expressément des droits des artistes interprètes : le Traité de l'OMPI sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes (TOIEP), la Convention de Rome et la Convention de l'OMC. Or pour les artistes-interprètes des pays liés à ces conventions, le législateur a créé trois régimes de protection différents et y attache des critères de rattachement différents. En vertu d'un texte législatif de plus de mille mots, l'artiste-interprète, selon qu'il satisfait ou non aux critères énoncés au paragraphe 15 (2), ou au paragraphe 15 (2.1), ou aux paragraphes 26 (1), (2), (3), (4) de la Loi, possède des droits économiques différents énumérés au paragraphe 15(1), ou au paragraphe 15(2), ou au paragraphe 26 (1) de la Loi. Comme nous l'avons souligné dans un article précédent, d'autres législateurs sont parvenus à des mises en œuvre plus laconiques des conventions internationales⁴⁸. Ainsi le législateur belge qui a incorporé le droit d'auteur dans son *Code de*

⁴⁷ André LUCAS, « La réception des nouvelles techniques dans la loi : l'exemple de la propriété intellectuelle », dans Ysolde GENDREAU (dir.), *Le lisible et l'illisible*, Montréal, Thémis, 2003, p. 125.

⁴⁸ Mistrale GOUDREAU, « Rédaction législative et droit d'auteur : à la recherche du fil d'Ariane », (octobre 2013) 25 - 3 Cahiers de propriété intellectuelle 863, 869.

*droit économique*⁴⁹ en 2014, règle le tout en deux articles de loi⁵⁰. Le législateur canadien, soucieux de s'enligner sur les différentes solutions internationales, préfère multiplier les régimes de protection, ce qui contribue nécessairement à l'extension du corpus législatif.

Mais c'est au niveau des exceptions législatives qu'à notre avis, le législateur se révèle véritablement indûment bavard. Au-delà de dix mille mots seront nécessaires pour énoncer ces exceptions⁵¹, regroupées en catégories dont la liste s'allonge immodérément. La lecture des titres des sections de cette sous-partie de la loi suffit à s'en convaincre :

Utilisation équitable ; Contenu non commercial généré par l'utilisateur; Reproduction à des fins privées; Fixation d'un signal et enregistrement d'une émission pour écoute ou visionnement en différé; Copies de sauvegarde; Actes à but non lucratif; Établissements d'enseignement; Bibliothèques, musées ou services d'archives; Disposition commune aux établissements d'enseignement, bibliothèques, musées ou services d'archives; Bibliothèques, musées ou services d'archives faisant partie d'un établissement d'enseignement; Bibliothèque et Archives du Canada; Programmes d'ordinateur; Recherche sur le chiffrement; Sécurité; Incorporation incidente; Reproductions temporaires pour processus technologiques; Enregistrements éphémères; Retransmission; Services réseau; Personnes ayant des déficiences perceptuelles; Obligations découlant de la loi; Autres cas de non-violation.

La loi britannique de 1911⁵², qui servit de modèle à la loi canadienne, contenait déjà bon nombre d'exceptions liées à des pressions politiques, comme l'a souligné un commentateur de l'époque :

"It may be said that the Government has made too many concessions, both to the socialistic demands of the members of the

⁴⁹ Code de droit économique, en ligne : <http://www.ejustice.just.fgov.be/cgi_loi/change_lg.pl?language=fr&la=F&cn=2013022819&table_name=loi>.

⁵⁰ Voir les articles XI.289 et XI.290.

⁵¹ Les exceptions se retrouvent aux articles 29 à 32.2.

⁵² 1 & 2 Geo. 5, c. 46 [Copyright Act, 1911].

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.”⁵³

La pratique se poursuit au Canada. Pensons à l'exception concernant le droit de faire jouer la radio en public⁵⁴, ou celle relative aux exécutions publiques lors d'une

« exposition ou foire agricole ou industrielle et agricole, qui reçoit une subvention fédérale, provinciale ou municipale »⁵⁵ introduites dans les années 1930. Au cours des réformes législatives des deux dernières décennies, les exceptions ont aussi occupé une place d'importance⁵⁶.

Dans ce foisonnement législatif, deux aspects attirent l'attention : le pointillisme des dispositions et le chevauchement des exceptions, ce qui bien sûr contribue à l'inflation et à la complexité du texte de loi. La plupart des exemptions concernent des cas très particuliers et sont assujetties à une liste de conditions variées dont voici des exemples parmi les plus fréquents : parfois l'acte autorisé par la loi doit porter sur une copie licite⁵⁷, sans comporter de contournement de mesure de protection technique⁵⁸; parfois il faut se limiter à un nombre limité de reproductions⁵⁹, et des exemplaires ne doivent pas déjà être

⁵³ E. J. MACGILLIVRAY, *The Copyright Act, 1911, Annotated*, London, Stevens And Sons, Limited, 1912, en ligne, <<http://www.archive.org/details/copyrightact191100gearich>>, p. VI.

⁵⁴ Para 69 (2). Sur l'origine de l'exception et les modifications qui y furent apportées, voir René PEPIN, « Le droit de faire jouer la radio en public, ou la petite histoire d'une drôle d'exemption », (2002) 1 *Can. J of L & Tech* 51.

⁵⁵ Art. 32.2. Voir Victor NABHAN et Dennis MAGNUSSON, *Les exceptions à la protection du droit d'auteur au Canada*, Ottawa, Direction générale de l'analyse des politiques, de la recherche et de la liaison, Consommation et corporations Canada, 1982, p. 95 et s.

⁵⁶ Voir en particulier la Loi modifiant la Loi sur le droit d'auteur, L.C. 1997, c. 24, aux art. 18 et 19 ainsi que la Loi sur la modernisation du droit d'auteur, L.C. 2012, ch. 20, aux art. 21 à 41.

⁵⁷ Para 29.22 (1)a) ou provenir d'une réception licite, para 29.8, 29.23(1)a) et 31.1b). Voir aussi 30.04 (5).

⁵⁸ Para 29.22 (1)c), 29.23 (1)b), 29.24(1)c) et 30.04(3).

⁵⁹ Para 29.23(1)c), 30.2(4)a) et 30.21 (3.1) a).

accessibles dans ce format sur le marché⁶⁰; parfois les copies ne doivent pas être partagées avec autrui⁶¹, ou devront être détruites dans un certain délai⁶²; parfois l'utilisation doit mentionner certains éléments (notamment le nom de l'auteur)⁶³, servir uniquement à des fins non commerciales ou purement privées⁶⁴. En certains cas, la condition que l'activité soit exercée sans « intention de gain »⁶⁵ rendra l'article « dépourvu de toute application pratique »⁶⁶. Ce qui frappe bien sûr, c'est la diversité des conditions, et leur distribution bien arbitraire dans le libellé des exceptions. Pourquoi assujettir certaines exceptions à la non-accessibilité d'exemplaires sur le marché⁶⁷, et non les autres ?

Mais, à notre avis, c'est le chevauchement des exceptions souvent assorties de modalités différentes, qui est le plus susceptible de miner la confiance du public. Envisageons le cas fréquent de la fabrication d'une copie d'une œuvre (ou partie d'une œuvre) à domicile. La technologie numérique et la diffusion massive des œuvres par les nouveaux médias ont accru de façon exponentielle la facilité de reproduction, désormais à la portée du consommateur ordinaire. Le législateur a réagi en adoptant au moins cinq exceptions : l'exception en vertu du régime de la copie privée⁶⁸, la reproduction à des fins privées⁶⁹, la fixation d'un signal et enregistrement d'une émission pour écoute ou visionnement en différé⁷⁰,

⁶⁰ Art. 29.4, 30.1 et 32.

⁶¹ Para 29.22 (1)d), 29.23(1) e), 29.24 (1)d), et 80(2).

⁶² Para 29.22 (4), 29.23 (1)d), 29.24 (3), 29.27 (2), 29.7 (2), 30.01 (5) et 30.08 (4).

⁶³ Para 29.1 9a), 29.2 (a), 29.21 (1)b), 30 (b) et 30.04 (2)a).

⁶⁴ Para 29.21 (1)a), 32.2(1)f), 29.22 (1)e), 29.23 (1)f) et 80 (1).

⁶⁵ Para 29.3 (1) et 32.2 (2).

⁶⁶ Ainsi concluaient les professeurs Nabhan et Magnusson concernant les exécutions lors de foires ou expositions : « Comme il est habituel que les musiciens interprètes perçoivent des cachets, l'article se trouve en réalité dépourvu de toute application pratique [...] » : V. NABHAN et D. MAGNUSSON, Les exceptions à la protection du droit d'auteur au Canada, Ottawa, Direction générale de l'analyse des politiques, de la recherche et de la liaison, Consommation et corporations Canada, 1982, p. 95.

⁶⁷ Art. 29.4, 30.1 et 32.

⁶⁸ Art. 80 à 86.

⁶⁹ Art. 29.22.

⁷⁰ Art. 29.23.

le contenu non commercial généré par l'utilisateur⁷¹ et l'utilisation équitable⁷². Parfois deux exceptions sont potentiellement applicables à la même activité, comme le montre le cas de la parodie⁷³. Mais chacune de ces exceptions comporte son propre set de limitations auxquelles le citoyen doit se plier. Certaines ne visent que les enregistrements sur support audio⁷⁴. Une seule exception permet l'utilisation par des personnes qui résident habituellement avec le créateur du contenu incorporant l'œuvre⁷⁵. Pour une des exceptions, l'œuvre copiée doit déjà avoir été publiée ou mise à la disposition du public⁷⁶. Il faut en certains cas détruire la copie dans un certain laps de temps, en d'autres circonstances non⁷⁷. Dans la forêt législative, les feuilles de route se multiplient, vraisemblablement au grand désarroi des usagers. Comme nous l'avons soutenu dans une publication antérieure : « [m]ême le citoyen le plus consciencieux aurait peine à s'y retrouver, et surtout à garder en mémoire les conditions précises qu'il doit satisfaire dans chaque cas »⁷⁸.

C'est ici que le législateur est à notre avis le plus à blâmer car, du fait de sa logorrhée, il invite au non-respect de la loi. En effet, les juristes savent de longue date que l'accroissement des règles complexes favorise l'indiscipline. Déjà en 1977, René Savatier, référant notamment à l'inflation législative en matière fiscale, déclarait :

« Il est pareillement certain [que le législateur] ne peut exiger de ses contribuables une rigoureuse fidélité fiscale à des textes trop

⁷¹ Art. 29.21.

⁷² Art. 29.

⁷³ Voir l'analyse de Victor NABHAN, « L'exception de contenu non commercial généré par l'utilisateur en droit canadien », (2015) 27 CPI 1315 à ce sujet.

⁷⁴ Art. 79 et 80.

⁷⁵ Art. 29.21.

⁷⁶ Para 29.21 (1).

⁷⁷ Comparez les para. 29.22 (4), 29.23 (1)d), 29.24 (3) et les art 29 et 80 qui ne requièrent pas la destruction des copies.

⁷⁸ M. GOUDREAU, « Rédaction législative et droit d'auteur : à la recherche du fil d'Ariane », (octobre 2013) 25 - 3 Cahiers de propriété intellectuelle 863, 869.

nombreux et trop compliqués pour que ceux-ci puissent les connaître et les comprendre ! Pire encore, ce nombre et cette complication entraînent, chez les contribuables, des réflexes rebelles à leurs devoirs fiscaux élémentaires.

Et ces [...] exemples ne sont que les manifestations les plus voyantes du climat d'incivisme qu'engendre le dépassement de la mesure de l'exercice du pouvoir législatif. »⁷⁹

Pour les titulaires de droit d'auteur, la situation semble d'autant plus arbitraire que pour certaines exceptions, ils reçoivent une compensation, mais non pour d'autres⁸⁰.

Conclusion

En conclusion, il faut reconnaître que le gonflement de la loi canadienne du droit d'auteur n'est pas uniquement dû à la négligence d'un Parlement qui cèderait trop facilement aux demandes des groupes de pression. En matière de droit d'auteur, la matière même pousse au surpoids législatif. Les concepts fondamentaux sont protéiformes, mouvants, souvent mis à mal par les changements technologiques, et ils appellent constamment à la clarification par le législateur. L'influence profonde du droit international, lui-même en évolution, participe à la complexification des normes⁸¹. Mais à certains égards, le législateur canadien n'a pas su résister à l'approche casuistique, notamment en insérant dans le régime canadien une kyrielle d'exceptions qui ne suivent ni principe de base, ni logique structurelle. Une réforme globale, pour un texte plus cohérent et plus concis, serait la bienvenue.

⁷⁹ René SAVATIER, « L'inflation législative et l'ingestion du corps social » (1977) D.S. chron. 43, p. 48.

⁸⁰ Est particulièrement frappante la comparaison entre le régime de copie pour usage privé sur support audio (qui accorde une compensation aux auteurs à l'art. 81) et l'exception pour les autres reproductions à des fins privées de l'art. 29.22 (qui n'en prévoit pas) ; voir le para. 29.22 (3) qui délimite l'application des deux exceptions.

⁸¹ En fait, en certains cas, les normes internationales ou supranationales se substituent aux législations nationales : Jane C. GINSBURG, La place de la législation nationale en droit d'auteur dans l'ère des règles internationales de droit d'auteur : Le rôle de la législation nationale en droit d'auteur, ALAI, 1999, p. 231.

C'est, à notre avis, la piste de solution à explorer. Les législateurs, tant nationaux qu'internationaux, doivent prendre conscience du défi devant lequel ils sont placés : ceux qui édictent le droit ont un devoir de langage⁸², soit celui de le rendre le plus accessible possible aux destinataires, aux citoyens, qui eux, n'ont la connaissance ni du langage du droit ni du système du droit⁸³. Le pointillisme, notamment celui adopté par le législateur canadien au chapitre des exceptions législatives au droit d'auteur, ne répond pas à ce devoir de langage, particulièrement lorsqu'il force le particulier, un profane, qui souhaite se conformer à la loi, à parcourir un labyrinthe de règles trop techniques et complexes pour son entendement.

Dans le processus d'établissement des politiques publiques, il faut donc inscrire une volonté réelle d'améliorer la rédaction des lois. Selon nous, cette volonté va parfois mener les décideurs politiques à s'astreindre à une nécessaire autodiscipline⁸⁴, en refusant de répondre d'emblée aux demandes particulières de certains groupes, « par touches répétées, qui non seulement peuvent provoquer des enchevêtrements et des contradictions, mais laissent subsister des zones vides, lesquelles appelleront à leur tour d'autres interventions »⁸⁵. Car les inconstances ou illogismes du texte de loi ne peuvent qu'accroître l'hostilité entre les parties prenantes et nuire au fonctionnement de la société, le législateur étant alors jugé « incapable de poursuivre une ligne de conduite constante zigzaguant comme un rouleau compresseur conduit par un ivrogne »⁸⁶. Il faut plutôt tenter de régler l'ensemble, ou comme l'a dit Portalis, « trouver dans chaque matière, les principes les plus favorables

⁸² Gérard CORNU, *Linguistique juridique*, 2e éd, Paris, Montchrestien, 2000, p. 25.

⁸³ *Id.*, p. 234.

⁸⁴ R. SAVATIER, « L'inflation législative et l'ingestion du corps social » (1977) *D.S. chron.* 43, p. 48.

⁸⁵ Céline WIENER, "Crise et science de la législation en France", dans Z. BANKOWSKI et al., *La science de la législation*, Paris, PUF, 1988, p. 90.

⁸⁶ Friedrich A. VON HAYEK, *L'ordre politique d'un peuple libre*, Paris, Presses universitaires de France, 1983, traduit de l'anglais par Raoul Audouin, *The Political Order of a Free People*, London, Routledge & Kegan Paul, 1979, p. 13.

au bien commun »⁸⁷. Ces principes devraient permettre de concevoir un cadre rationnel, capable de servir de fondement aux diverses règles de droit, dont le degré de généralité devra être déterminé en fonction de l'objet de chacune de ces règles⁸⁸. Nous faisons le pari qu'une telle approche permettrait, à tout le moins en matière de droit d'auteur au Canada, d'observer pour une fois une certaine déflation législative.

Complément à la note de bas de page 45

Avis de prétendue violation

« 41.25 (1) Le titulaire d'un droit d'auteur sur une œuvre ou tout autre objet du droit d'auteur peut envoyer un avis de prétendue violation à la personne qui fournit, selon le cas :

- a) dans le cadre de la prestation de services liés à l'exploitation d'Internet ou d'un autre réseau numérique, les moyens de télécommunication par lesquels l'emplacement électronique qui fait l'objet de la prétendue violation est connecté à Internet ou à tout autre réseau numérique ;
- b) en vue du stockage visé au paragraphe 31.1(4), la mémoire numérique qui est utilisée pour l'emplacement électronique en cause ;
- c) un outil de repérage au sens du paragraphe 41.27(5).

Forme de l'avis

(2) L'avis de prétendue violation est établi par écrit, en la forme éventuellement prévue par règlement, et, en outre :

- a) précise les nom et adresse du demandeur et contient tout autre renseignement prévu par règlement qui permet la communication avec lui ;
- b) identifie l'œuvre ou l'autre objet du droit d'auteur auquel la prétendue violation se rapporte ;

⁸⁷ Jean-Étienne-Marie PORTALIS, Discours préliminaire du premier projet de Code civil, Discours prononcé le 21 janvier 1801, Bordeaux, Éditions Confluences, 2004, p. 23, en ligne : <http://classiques.uqac.ca/collection_documents/portalis/discours_1er_code_civil/discours_1er_code_civil.pdf>.

⁸⁸ En tenant compte par exemple des facteurs identifiés par Daniel Jacoby dans son texte « Doit-on légiférer par généralités ou doit-on tout dire ? » (1983) 13 R.D.U.S. 257.

- c) déclare les intérêts ou droits du demandeur à l'égard de l'œuvre ou de l'autre objet visé ;
- d) précise les données de localisation de l'emplacement électronique qui fait l'objet de la prétendue violation ;
- e) précise la prétendue violation ;
- f) précise la date et l'heure de la commission de la prétendue violation ;
- g) contient, le cas échéant, tout autre renseignement prévu par règlement.

Obligations

41.26 (1) La personne visée aux alinéas 41.25(1)a) ou b) qui reçoit un avis conforme au paragraphe 41.25(2) a l'obligation d'accomplir les actes ci-après, moyennant paiement des droits qu'elle peut exiger :

- a) transmettre dès que possible par voie électronique une copie de l'avis à la personne à qui appartient l'emplacement électronique identifié par les données de localisation qui sont précisées dans l'avis et informer dès que possible le demandeur de cette transmission ou, le cas échéant, des raisons pour lesquelles elle n'a pas pu l'effectuer;
- b) conserver, pour une période de six mois à compter de la date de réception de l'avis de prétendue violation, un registre permettant d'identifier la personne à qui appartient l'emplacement électronique et, dans le cas où, avant la fin de cette période, une procédure est engagée par le titulaire du droit d'auteur à l'égard de la prétendue violation et qu'elle en a reçu avis, conserver le registre pour une période d'un an suivant la date de la réception de l'avis de prétendue violation.

Droits

(2) Le ministre peut, par règlement, fixer le montant maximal des droits qui peuvent être exigés pour les actes prévus au paragraphe (1). À défaut de règlement à cet effet, le montant de ces droits est nul.

Domages-intérêts

(3) Le seul recours dont dispose le demandeur contre la personne qui n'exécute pas les obligations que lui impose le paragraphe (1) est le recouvrement des dommages-intérêts préétablis dont le montant est,

selon ce que le tribunal estime équitable en l'occurrence, d'au moins 5 000 \$ et d'au plus 10 000 \$.

Règlement

(4) Le gouverneur en conseil peut, par règlement, changer les montants minimal et maximal des dommages-intérêts préétablis visés au paragraphe (3).

Injonction : fournisseurs d'outils de repérage

41.27 (1) Dans les procédures pour violation du droit d'auteur, le titulaire du droit d'auteur ne peut obtenir qu'une injonction comme recours contre le fournisseur d'un outil de repérage en cas de détermination de responsabilité pour violation du droit d'auteur découlant de la reproduction de l'œuvre ou de l'autre objet du droit d'auteur ou de la communication de la reproduction au public par télécommunication.

Conditions d'application

(2) Le paragraphe (1) ne s'applique que si le fournisseur respecte les conditions ci-après en ce qui a trait à l'œuvre ou à l'autre objet du droit d'auteur :

- a) il reproduit l'œuvre ou l'objet et met cette reproduction en antémémoire ou effectue à son égard toute autre opération similaire, de façon automatique, et ce en vue de fournir l'outil de repérage ;
- b) il communique cette reproduction au public par télécommunication, et ce en vue de fournir l'information repérée par l'outil de repérage ;
- c) il ne modifie pas la reproduction, sauf pour des raisons techniques ;
- d) il se conforme aux conditions relatives à la reproduction, à la mise en antémémoire de cette reproduction ou à l'exécution à son égard de toute autre opération similaire, ou à la communication au public par télécommunication de la reproduction, qui ont été formulées, suivant les pratiques de l'industrie, par la personne ayant rendu l'œuvre ou l'objet accessibles sur Internet ou un autre réseau numérique et qui se prêtent à une lecture ou à une exécution automatique;

e) il n'entrave pas l'usage, à la fois licite et conforme aux pratiques de l'industrie, de la technologie pour l'obtention de données sur l'utilisation de l'œuvre ou de l'objet.

Réserve

(3) Dans le cas où le fournisseur reçoit un avis de prétendue violation conforme au paragraphe 41.25(2) à l'égard d'une œuvre ou d'un autre objet du droit d'auteur après le retrait de celui-ci de l'emplacement électronique mentionné dans l'avis, le paragraphe (1) ne s'applique, à l'égard des reproductions faites à partir de cet emplacement, qu'aux violations commises avant l'expiration de trente jours — ou toute autre période prévue par règlement — suivant la réception de l'avis.

Exception

(4) Le paragraphe (1) ne s'applique pas à l'égard de la fourniture de l'outil de repérage si celle-ci constitue une violation du droit d'auteur prévue au paragraphe 27(2.3).

Facteurs : portée de l'injonction

(4.1) S'il accorde l'injonction mentionnée au paragraphe (1), le tribunal tient compte lorsqu'il en établit les termes, en plus de tout autre facteur pertinent, de ce qui suit :

- a) l'ampleur des dommages que subirait vraisemblablement le titulaire du droit d'auteur si aucune mesure n'était prise pour prévenir ou restreindre la violation ;
- b) le fardeau imposé au fournisseur de l'outil de repérage ainsi que sur l'exploitation de l'outil de repérage, notamment :
 - (i) l'effet cumulatif de cette injonction eu égard aux injonctions déjà accordées dans d'autres instances,
 - (ii) le fait que l'exécution de l'injonction constituerait une solution techniquement réalisable et efficace à l'encontre de la violation,
 - (iii) la possibilité que l'exécution de l'injonction entrave l'utilisation licite de l'outil de repérage,
 - (iv) l'existence de moyens aussi efficaces et moins contraignants de prévenir ou restreindre la violation.

Limite

(4.2) Le tribunal ne peut accorder l'injonction visée à l'article 39.1 si le fournisseur est déjà visé par une injonction au titre du paragraphe (1).

Définition de outil de repérage

(5) Au présent article, outil de repérage s'entend de tout outil permettant de repérer l'information qui est accessible sur l'Internet ou tout autre réseau numérique. »