

ÉVOLUTION DU DROIT D'AUTEUR INTERNATIONAL : UN POINT DE VUE CANADIEN

Ysolde Gendreau

Special Issue, January 2022

Hommage à Daniel Turp : *Amicorum discipulorumque liber*

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1087969ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1087969ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Société québécoise de droit international

ISSN

0828-9999 (print)

2561-6994 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Gendreau, Y. (2022). ÉVOLUTION DU DROIT D'AUTEUR INTERNATIONAL : UN POINT DE VUE CANADIEN. *Revue québécoise de droit international / Quebec Journal of International Law / Revista quebequense de derecho internacional*, 269–289. <https://doi.org/10.7202/1087969ar>

Article abstract

This article describes the various international instruments on copyright and neighbouring rights to which Canada is bound. Through its historical approach, it also shows the evolution of these documents based on the circumstances surrounding their genesis, a process that does not depend on Canada but rather on the international conjunctures of each era. Thus, the first part of the paper concerns treaties that were concluded within the autonomous domain of copyright law, namely the *Berne Convention* and the *Rome Convention*. Canada's accession to the *Rome Convention* demonstrates an unexpected approach on behalf of a country whose copyright law originated in English law, as this Convention owes its existence to a conception of copyright law that clearly distinguishes between the protection of the work itself and the protection of the "auxiliaries of creation", namely the performers, producers of phonograms, and broadcasters. The second part of the paper is devoted to the more contemporary issue of the inclusion of intellectual property in international and regional trade agreements. For Canada, the focus is on the *North American Free Trade Agreement* (NAFTA) and the *Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights* (TRIPS), an annex to the *WTO Agreement*, which has become the international norm. However, it is the implementation of NAFTA that has resulted in the most changes to Canadian copyright law. The third and final part of this article is devoted to the various instruments — both copyright treaties and trade agreements — that have subsequently emerged and in which Canada has participated. They illustrate both an evolution, which has its own dynamics, and which applies to all countries, and a national positioning that corresponds to its political vision of the matter.

ÉVOLUTION DU DROIT D'AUTEUR INTERNATIONAL : UN POINT DE VUE CANADIEN

Ysolde Gendreau*

Cet article présente les différents instruments internationaux en matière de droit d'auteur et de droits voisins auxquels le Canada s'est lié. Par son approche historique, il permet de voir aussi l'évolution de ces textes en fonction des circonstances qui ont entouré leurs genèses, un processus qui ne dépend pas du Canada mais plutôt des conjonctures internationales de chaque époque. C'est ainsi que la première partie du texte vise des traités qui ont été conclus dans l'univers autarcique du droit d'auteur, à savoir principalement la *Convention de Berne* et la *Convention de Rome*. En particulier, l'adhésion du Canada à la *Convention de Rome* démontre une approche inattendue de la part d'un pays dont le droit d'auteur tire ses origines du droit anglais puisque cette convention doit son existence à une conception du droit d'auteur qui fait clairement la distinction entre la protection des œuvres et celle des « auxiliaires de la création » que sont les artistes-interprètes, les producteurs de phonogrammes, et les radiodiffuseurs. La deuxième partie est consacrée au phénomène plus contemporain de l'inclusion de la propriété intellectuelle dans les accords commerciaux internationaux et régionaux. Pour le Canada, il s'agit surtout de l'*Accord de libre-échange nord-américain* (ALÉNA) et de l'*Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce* (ADPIC), une annexe de l'*Accord de l'OMC*, ce dernier s'étant imposé comme norme internationale incontournable. C'est cependant la mise en œuvre de l'ALÉNA qui a provoqué le plus de modifications à la loi canadienne sur le droit d'auteur. La troisième et dernière partie de cet article est consacrée aux divers instruments – tant des traités de droit d'auteur que des accords commerciaux – qui ont vu le jour par la suite et à la négociation desquels le Canada a participé. Ils permettent de prendre acte à la fois d'une évolution, qui comporte sa propre dynamique et qui vaut pour tous les pays, et d'un positionnement national qui correspond à sa vision politique de la matière.

This article describes the various international instruments on copyright and neighbouring rights to which Canada is bound. Through its historical approach, it also shows the evolution of these documents based on the circumstances surrounding their genesis, a process that does not depend on Canada but rather on the international conjunctures of each era. Thus, the first part of the paper concerns treaties that were concluded within the autonomous domain of copyright law, namely the *Berne Convention* and the *Rome Convention*. Canada's accession to the *Rome Convention* demonstrates an unexpected approach on behalf of a country whose copyright law originated in English law, as this Convention owes its existence to a conception of copyright law that clearly distinguishes between the protection of the work itself and the protection of the "auxiliaries of creation", namely the performers, producers of phonograms, and broadcasters. The second part of the paper is devoted to the more contemporary issue of the inclusion of intellectual property in international and regional trade agreements. For Canada, the focus is on the *North American Free Trade Agreement* (NAFTA) and the *Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights* (TRIPS), an annex to the *WTO Agreement*, which has become the international norm. However, it is the implementation of NAFTA that has resulted in the most changes to Canadian copyright law. The third and final part of this article is devoted to the various instruments — both copyright treaties and trade agreements — that have subsequently emerged and in which Canada has participated. They illustrate both an evolution, which has its own dynamics, and which applies to all countries, and a national positioning that corresponds to its political vision of the matter.

Este artículo presenta los distintos instrumentos internacionales sobre derechos de autor y derechos conexos a los que está vinculado Canadá. A través de su enfoque histórico, el artículo también muestra la evolución de estos textos según las circunstancias que rodean su génesis, un proceso que no depende de Canadá sino de las circunstancias internacionales de cada periodo. La primera parte del texto trata de los tratados concluidos en el mundo de los derechos de autor, principalmente con respecto al *Convenio de Berna* y la *Convención de Roma*. En el caso concreto de Canadá, la adhesión a la *Convención de Roma* demuestra un enfoque inesperado

* Professeure titulaire, Faculté de droit, Université de Montréal.

por parte de un país cuyo derecho de autor se originó en la legislación inglesa, ya que esta *Convención* debe su existencia a una concepción del derecho de autor que distingue claramente entre la protección de las obras y la de los "auxiliares de la creación", como los artistas intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión. La segunda parte está dedicada al fenómeno más contemporáneo de la inclusión de la propiedad intelectual en los acuerdos comerciales internacionales y regionales. En el caso de Canadá, se trata principalmente del *Tratado de Libre Comercio de América del Norte* (TLCAN) y del *Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio* (ADPIC), anexo al *Acuerdo de la OMC*, este último convertido en una norma internacional indispensable. Sin embargo, es la aplicación del TLCAN la que ha provocado más cambios en la legislación canadiense sobre derechos de autor. La tercera y última parte de este artículo está dedicada a los diversos instrumentos — tanto tratados de derechos de autor como acuerdos comerciales — que han surgido posteriormente y en los que Canadá ha participado a negociar. Estos instrumentos permiten tomar acto de una evolución que se vale para todos los países, cada uno con sus propias dinámicas respectivas, al igual que un posicionamiento nacional que corresponde a sus visiones políticas del tema.

Le recours au droit international par les tribunaux canadiens est un phénomène plutôt rare compte tenu du fait que ce ne sont que les lois votées au Canada qui peuvent devenir les seules normes législatives du pays. Le rappel virulent de cette règle dans une de ses récentes décisions a conduit la Cour d'appel fédérale à annuler une décision de la Commission du droit d'auteur du Canada dans laquelle, selon elle, la Commission avait fait trop grand cas d'un traité international en la matière. En effet, dans *Entertainment Software Association c SOCAN*¹, la Cour était appelée à revoir l'interprétation du paragraphe 2.4 (1.1) de la *Loi sur le droit d'auteur*² qui avait été introduit en 2012 lors des amendements à la loi qui visaient, entre autres, la mise en œuvre des traités de l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI) de 1996³. Si, bien sûr, on en retient surtout son interprétation de la disposition en cause, cette décision démontre qu'une incursion dans l'univers des accords internationaux portant sur le droit d'auteur peut s'avérer utile pour comprendre l'évolution de la matière.

La dimension internationale du droit d'auteur a toujours joué un rôle important dans les développements législatifs de cette branche du droit au Canada. Qui plus est, l'utilisation accrue de l'Internet pour la diffusion des œuvres protégées par le droit d'auteur en accentue le caractère international. Le droit d'auteur canadien ne vit pas dans un vase clos, insensible à la mouvance internationale qui anime son évolution. Au contraire, des étapes marquantes de son histoire résultent des engagements internationaux du Canada. Ceux-ci se sont effectivement traduits par des modifications législatives. Rares sont les décisions jurisprudentielles où l'on intègre les instruments internationaux dans le raisonnement⁴. Pourtant, une connaissance de l'univers international de ce domaine du droit est susceptible de devenir de plus en plus pertinente pour en maîtriser les règles.

Le droit d'auteur fait l'objet d'un entrelacs de normes internationales qui ne cesse de se complexifier. Jusqu'aux années quatre-vingts, les textes dont on devait tenir compte étaient élaborés dans les enceintes internationales spécialisées en la matière, créant ainsi un réseau de conventions internationales faciles à identifier (I). Cette pratique continue d'ailleurs d'avoir cours, même si elle doit prendre en compte une « nouvelle » réalité : l'inclusion de la propriété intellectuelle dans des accords commerciaux à la fin des années quatre-vingts et au début des années quatre-vingt-dix, un phénomène auquel le Canada a été parmi les premiers intéressés (II). Depuis cette époque, le mouvement s'est amplifié et a considérablement élargi les sources de normes internationales (III).

¹ *Entertainment Software Association c SOCAN*, 2020 CAF 100.

² *Loi sur le droit d'auteur*, LRC 1985, c C-42.

³ *Loi sur la modernisation du droit d'auteur*, LC 2012, c 20, art 3.

⁴ Un bel exemple est fourni dans l'affaire *Bishop c Stevens*, [1990] 2 RCS 467, où la Cour examine l'adhésion du Canada à différents Actes de la *Convention de Berne* pour déterminer l'impossibilité d'introduire une exception pour les enregistrements éphémères.

I. Les conventions classiques

Le grand âge – certes relatif – de la *Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques*⁵ (*Convention de Berne* ou *Convention*) de 1886 ne l'empêche pas de continuer à jouer un rôle fondamental dans le développement des relations internationales du droit d'auteur. D'une certaine manière, on peut dire que tous les autres textes qui l'ont suivie ont eu à se positionner en fonction d'elle. Sa structure de base a influencé les textes jusqu'à nos jours : on y trouve tant des règles de nature procédurale que des règles de fond.

« La » règle procédurale la plus importante de la *Convention de Berne* est celle du traitement national⁶. En effet, l'adhésion à la *Convention* représente l'engagement d'un État à traiter les ressortissants des autres pays membres de l'Union qu'elle a créée comme s'ils étaient des ressortissants de son propre pays. Cette assimilation des étrangers aux nationaux est acceptable dans la mesure où tous les membres de l'Union la pratiquent; et cette acceptabilité repose sur la reconnaissance d'un minimum de règles de fond que chaque pays s'engage à offrir à ces étrangers. Un tel engagement envers des auteurs étrangers est supposé signifier que les législateurs souhaiteront traiter leurs propres ressortissants au moins aussi bien que les ressortissants étrangers...

L'évolution de la *Convention* est surtout jalonnée de nouvelles règles de droit substantif qui apparaissent au fil du développement des technologies de création et de diffusion des œuvres. C'est ainsi que sa mise à jour s'est réalisée grâce à de nouveaux actes de la *Convention* qui ont été convenus dès 1896 à Paris jusqu'en 1971, encore à Paris, en passant par Berlin en 1908, Rome en 1928, et Bruxelles en 1948. L'adhésion à un acte subséquent n'est pas automatique, ce qui signifie que les membres de l'Union peuvent être liés par différentes versions de la *Convention*. C'est la situation qu'a connue le Canada qui a ratifié la *Convention* de son propre chef, et non plus en tant que colonie du Royaume-Uni, en 1931. La version de l'*Acte de Rome* de la *Convention* est demeurée le texte qui le liait jusqu'à ce qu'il adhère à l'*Acte de Paris* de 1971 en 1998⁷.

Pourquoi la *Convention de Berne* n'a-t-elle pas été révisée au-delà de sa version de 1971? La décolonisation qui s'est amorcée après la Seconde Guerre mondiale a fait augmenter de manière significative le nombre de pays membres de l'Union, car ces nouveaux pays, soucieux d'assumer les responsabilités qui viennent avec leur indépendance, n'ont pas beaucoup hésité à ratifier eux aussi les instruments internationaux qu'ils avaient connus pendant leur période coloniale. Cela leur a donné un poids considérable lors de la Conférence de Stockholm en 1967 qui a débouché sur la création de l'OMPI⁸ et sur l'*Acte de Paris* de 1971.

⁵ *Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques*, 9 septembre 1886, 828 RTNU 221 (dernière modification : 28 septembre 1979) [*Convention de Berne*].

⁶ *Ibid.*, arts 3-5.

⁷ Sur cette évolution, voir Sara Bannerman, *The Struggle for Canadian Copyright : Imperialism to Internationalism, 1848-1971*, Vancouver, UBC Press, 2013.

⁸ Sam Ricketson, dir., *Research Handbook on the World Intellectual Property Organization — The First 50 Years and Beyond*, Cheltenham, Edward Elgar, 2020.

L'opinion des pays sur la place du droit d'auteur, voire de l'ensemble de la propriété intellectuelle, dans leur économie est fonction de plusieurs facteurs. Lorsqu'il s'agit de pays en voie de développement, les obligations que leur créent les règles internationales sont souvent considérées comme trop onéreuses et mal adaptées à leur situation. S'il a fallu attendre quatre ans après les négociations de la Conférence de Stockholm pour convenir d'un nouvel acte de la *Convention* à Paris, c'est bien parce que ces pays en voie de développement ont fait bloc pour faire valoir leurs préoccupations.

Le délaissement de la *Convention de Berne* tient aussi au fait qu'elle manque de mordant à l'égard des pays membres qui ne respectent pas leurs obligations. Non seulement un différend qui n'est pas résolu par des négociations entre les États peut uniquement être porté devant la Cour internationale de justice, mais les pays qui signent, ratifient ou adhèrent à l'*Acte de Paris* peuvent déclarer qu'ils ne se considèrent pas liés par cette règle⁹. La mondialisation aidant, cette situation a été considérée comme de plus en plus problématique au point où d'autres mécanismes ont dû être envisagés¹⁰.

Outre ces aspects politiques, il y a aussi des questions de fond qui ont conduit des États à développer d'autres instruments internationaux touchant le droit d'auteur. Par exemple, l'interdiction de soumettre « [l]a jouissance et l'exercice » du droit d'auteur à de quelconques formalités¹¹ et l'obligation de protéger deux prérogatives du droit moral des auteurs¹² ont écarté de la *Convention de Berne*, jusqu'en 1989¹³, les États-Unis d'Amérique. Même si leurs auteurs pouvaient toujours être protégés dans l'Union de Berne grâce aux mécanismes de la publication simultanée¹⁴, l'incompatibilité philosophique de cette situation est à l'origine de la *Convention universelle sur le droit d'auteur*¹⁵ en 1952 qui a permis aux États-Unis d'établir des relations internationales sur la base de règles compatibles avec leur propre loi.

Autre motif pour élaborer une convention distincte : les droits voisins. Les pays qui adhèrent fortement au système de droit d'auteur tiennent à ce que la protection à prévoir pour les auxiliaires de la création que sont les artistes interprètes, les producteurs de phonogrammes et les radiodiffuseurs n'entre pas dans le champ de protection des auteurs¹⁶. Ces groupes d'intérêt se sont donc réunis en 1961 pour créer la *Convention internationale sur la protection des artistes interprètes ou exécutants*,

⁹ *Convention de Berne*, supra note 5, art 33 (1) et (2).

¹⁰ C'est ce qui fera l'objet de la deuxième partie de ce texte.

¹¹ *Convention de Berne*, supra note 5, art 5 (2).

¹² *Ibid*, art 6bis.

¹³ Sur ce sujet, voir Jane C Ginsburg et John M Kernochan, « One Hundred and Two Years Later : The U.S. Joins the Berne Convention » (juillet 1989) 141 RIDA 57.

¹⁴ *Convention de Berne*, supra note 5, art 3.

¹⁵ *Convention universelle sur le droit d'auteur*, 6 septembre 1952, 216 RTNU 133 (entrée en vigueur : 6 septembre 1955).

¹⁶ Sur ces questions d'ordre général, voir, entre autres, André Françon, *Le droit d'auteur – Aspects internationaux et comparatifs*, Cowansville, Yvon Blais, 1993; Alain Strowel, *Droit d'auteur et copyright – Divergences et convergences – Étude de droit comparé*, Bruxelles, Bruylant, 1993.

des producteurs de phonogrammes et des organismes de radiodiffusion¹⁷, dite *Convention de Rome*. L'adhésion du Canada à cette convention constitue un événement marquant dans l'évolution du droit d'auteur du pays. En effet, à cause de son autonomie par rapport à la *Convention de Berne*, cette convention est non seulement très fortement marquée de l'approche de droit d'auteur de la matière, mais elle en est la preuve « internationale ». Les origines et l'orientation de type copyright de la loi canadienne ne prédisposaient pas le pays à en devenir membre¹⁸. Pourtant, c'est ce qui s'est produit en 1998 quand le Canada y a adhéré¹⁹.

La question du statut international des droits voisins est d'ailleurs au cœur de deux conventions internationales qui ont été élaborées au début des années soixante-dix. La première, la *Convention pour la protection des producteurs de phonogrammes contre la reproduction non autorisée de leurs phonogrammes*²⁰, adoptée à Genève en 1971 et dite *Convention phonogrammes*, résulte de la volonté de l'industrie phonographique de trouver un texte international permettant d'assurer la protection des phonogrammes, quelle que soit la qualification juridique en cause. Le Canada en est un des pays signataires, mais n'y a pas donné suite. L'autre convention de droits voisins est la *Convention de Bruxelles concernant la distribution de signaux porteurs de programmes transmis par satellite*²¹, aussi appelée *Convention satellites*. Elle a été créée en 1974. Le Canada n'a pas participé à sa négociation et n'en est pas membre non plus.

Il faudra attendre une vingtaine d'années avant que l'élaboration de nouveaux instruments internationaux portant exclusivement sur le droit d'auteur et les droits voisins ne reprenne. Pendant cette période, un autre phénomène a pris les devants de la scène et a réorienté la diplomatie internationale de la propriété intellectuelle : les accords commerciaux internationaux.

II. La transition vers les accords commerciaux

On a l'habitude de considérer que l'*Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce*²² (ADPIC), qui constitue l'Annexe 1C de l'*Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce* (*Accord de Marrakech* ou *Accord de l'OMC*) du 14 avril 1994, est le point

¹⁷ *Convention de Rome pour la protection des artistes interprètes ou exécutants, des producteurs de phonogrammes et des organismes de radiodiffusion*, 25 octobre 1961, OMPI Doc TRT/ROME/001, art 1 (entrée en vigueur : 17 mai 1964) [*Convention de Rome*].

¹⁸ Ysolde Gendreau, « La civilisation du droit d'auteur canadien » (2000) 52:1 RIDC 101 à la p 112.

¹⁹ Les modifications de la loi qui découlent de ce positionnement ont été apportées en 1997 lors des amendements dits de la « Phase II » de la réforme de la *Loi sur le droit d'auteur : Loi modifiant la Loi sur le droit d'auteur*, LC 1997, c 24.

²⁰ *Convention pour la protection des producteurs de phonogramme contre la reproduction non autorisée de leurs phonogrammes*, 28 octobre 1971, 866 RTNU 67 (entrée en vigueur : 17 avril 1973).

²¹ *Convention concernant la distribution de signaux porteurs de programmes transmis par satellite*, 20 mai 1974, 1144 RTNU 3 (entrée en vigueur : 24 août 1979) [*Convention satellites*].

²² *Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce, Annexe 1C de l'Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce*, 15 avril 1994, 1869 RTNU 332 (entrée en vigueur : 1er janvier 1995) [ADPIC].

de bascule qui a fait intégrer la propriété intellectuelle dans les accords commerciaux internationaux. Pour le Canada, en réalité, ce moment est venu beaucoup plus tôt.

Les négociations en vue d'un accord de libre-échange entre le Canada et les États-Unis ont débuté en 1986. La propriété intellectuelle y a joué un rôle déterminant. En effet, les négociations ne pouvaient s'amorcer qu'à la condition que le Canada élimine son régime de licences obligatoires pour les brevets portant sur les médicaments, un régime qui permettait à toute entreprise pharmaceutique « générique » de fabriquer des médicaments brevetés dès l'octroi du brevet moyennant une redevance jugée faible²³. L'accord a été signé en octobre 1987 et est entré en vigueur le 1^{er} janvier 1989²⁴. Dans le chapitre 20, qui constitue à lui seul la partie VII « Autres dispositions », on trouve l'article 2006 qui oblige le Canada à introduire le droit de retransmission dans sa loi sur le droit d'auteur, ce qui fut fait avec le vote de la *Loi de mise en œuvre du libre-échange Canada-États-Unis*²⁵. C'est la seule disposition de cet accord concernant le fond de la propriété intellectuelle.

On doit noter qu'une autre disposition, de nature beaucoup plus générale, vise la propriété intellectuelle dans cet accord de 1987. Son article 2004 stipule que « [I]es Parties coopéreront aux négociations commerciales multilatérales de l'Uruguay Round et aux travaux de toute autre instance internationale afin d'améliorer la protection de la propriété intellectuelle »²⁶. Ces négociations avaient débuté en septembre 1986 avec la *Déclaration de Punta del Este* en Uruguay et ont abouti sur l'*Accord de Marrakech* de 1994.

Entretemps, cependant, d'autres négociations impliquant le Canada et les États-Unis sont menées. Il s'agit de celles qui ont donné naissance à l'*Accord de libre-échange nord-américain*²⁷ (*ALÉNA*) en 1992. Puisqu'elles ont eu lieu en parallèle avec celles de l'*Accord de Marrakech*, il n'est pas surprenant que le texte de l'*ALÉNA* soit fortement inspiré de celui-ci. Il y a donc un chapitre entier consacré à la propriété intellectuelle qui impose au Canada des obligations plus nombreuses que ce qu'il avait connu lors de l'accord de libre-échange avec les États-Unis quelques années auparavant.

Le chapitre 17 de l'*ALÉNA* porte déjà la marque de la technique rédactionnelle sur laquelle les normes de l'*ADPIC* sont bâties – et qui sera largement reprise par la suite – à savoir la construction des obligations sur la base de certains traités en vigueur. En ce qui concerne le droit d'auteur, cela signifie surtout « donner effet [...] aux

²³ Sur ce sujet, voir Mélanie Bourassa Forcier et Jean-Frédéric Morin, « Canadian Pharmaceutical Patent Policy: International Constraints and Domestic Priorities » dans Ysolde Gendreau, dir, *An Emerging Intellectual Property Paradigm — Perspectives from Canada*, Cheltenham, Edward Elgar, 2008, 81 à la p 81.

²⁴ *Accord de libre-échange entre le Canada et les États-Unis*, 3 octobre 1987 (entrée en vigueur : 1^{er} janvier 1989), en ligne : *Gouvernement du Canada* <www.international.gc.ca/trade-commerce/assets/pdfs/agreements-accords/cusfta-f.pdf>.

²⁵ *Loi de mise en œuvre du libre-échange Canada-États-Unis*, LC 1988, c 65.

²⁶ *Accord de libre-échange entre le Canada et les États-Unis*, supra note 24, art 2004.

²⁷ *Accord de libre-échange nord-américain*, 17 décembre 1992, RT Can 1994 no 2 (entrée en vigueur : 1^{er} janvier 1994) [*ALÉNA*].

dispositions de fond » de l'*Acte de Paris* de la *Convention de Berne*²⁸, le Canada n'étant toujours lié à cette époque que par l'*Acte de Rome* de 1928, car l'autre obligation de même nature, c'est-à-dire celle de donner effet à la *Convention phonogrammes*²⁹, ne semblait pas poser de difficulté. Puis viennent des règles spécifiques qui correspondent à une mise à jour de la version de 1971 de la *Convention de Berne* selon les intérêts en présence à l'époque. En particulier, on confirme la protection des logiciels en tant qu'œuvres littéraires – une sorte d'officialisation de la jurisprudence mondiale³⁰ – et celle des compilations de données – un enjeu dont l'importance future était pressentie – en plus de prévoir un droit de location pour les logiciels et les phonogrammes.

La mise en œuvre des obligations de droit auteur contractées en vertu de l'*ALÉNA* a donc provoqué des changements importants dans la loi canadienne³¹. De par son ampleur et sa place dans la chronologie des événements, elle a fait en sorte que les modifications liées à la mise en œuvre de l'*ADPIC* au Canada ont pu sembler plus modestes³². En effet, la loi modificatrice provenant de l'engagement du Canada envers l'*ALÉNA* est intervenue seulement une année avant la conclusion de l'*Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce*.

Si les conséquences juridiques nationales de l'*ALÉNA* ont été plus importantes que celles de l'*ADPIC*, il n'en demeure pas moins que, à l'échelle internationale, c'est l'*ADPIC* qui constitue le moment décisif de l'évolution internationale de la propriété intellectuelle. Du point de vue du droit d'auteur, il fait siennes les règles de fond de la *Convention de Berne* en exigeant des parties de se conformer « aux articles premier à 21 de la *Convention de Berne* (1971) et à l'Annexe de ladite Convention »³³. Tout comme dans l'*ALÉNA*, on prévoit la protection des logiciels et compilations de données³⁴. On remarque cependant quelques divergences entre les deux accords qui ne peuvent s'expliquer que par les différences dans les pouvoirs de négociations des parties, l'*ADPIC* réunissant beaucoup plus de pays que le trio de l'*ALÉNA*.

Il y a d'abord le traitement réservé au droit moral. Dans les deux accords, l'article 6bis de la *Convention de Berne* est soigneusement écarté; mais la technique a quelque peu évolué. Dans l'*ALÉNA*, seuls les États-Unis sont visés par son exclusion de l'accord grâce à une annexe selon laquelle l'Accord « ne confère aucun droit et n'impose aucune obligation aux États-Unis en ce qui concerne l'article 6bis de la *Convention de Berne*, ou les droits découlant dudit article »³⁵. Dans l'*ADPIC*,

²⁸ *Ibid*, art 1701 (2) (b).

²⁹ *Ibid*, art 1701 (2) (a).

³⁰ Au Canada, la Cour suprême avait qualifié les logiciels d'œuvres littéraires dans *Apple Computer Inc. c Mackintosh Computer Ltd.*, [1990] 2 RCS 209.

³¹ *Loi de mise en œuvre de l'Accord de libre-échange nord-américain*, LC 1993, c 44; Victor Nabhan, « L'Accord de libre-échange nord-américain et sa mise en œuvre en matière de droits d'auteur » (1993) 6:1 CPI 9.

³² *Loi de mise en œuvre de l'Accord sur l'Organisation mondiale du commerce*, LC 1994, c 47; Laurent Carrière, « OMC – Propriété intellectuelle – Canada – L'adhésion du Canada à l'Accord instituant l'Organisation mondiale du commerce et les modifications conséquentes aux lois canadiennes de propriété intellectuelle » (1995) 7 CPI 439 aux pp 444-45.

³³ *ADPIC*, *supra* note 22.

³⁴ *Ibid*, art 10.

³⁵ *ALÉNA*, *supra* note 27, annexe 1701.3 (2).

ce sont toutes les parties qui n'ont aucune obligation à son égard dans la foulée du même texte qui impose aux parties de se conformer aux dispositions de fond de la Convention³⁶.

Là où la situation a manifestement été plus délicate est dans le cas des droits voisins. Alors que l'*ALÉNA* demandait de donner effet à la *Convention phonogrammes*, l'*ADPIC* n'impose aucune obligation semblable dans le cas des droits voisins. Cependant, le texte de l'*ADPIC* trahit bien que la *Convention de Rome* était dans tous les esprits. On ne saurait expliquer autrement les références à cette convention dans un texte qui, à première vue, et contrairement à ce qui concerne les œuvres, semble partir de zéro pour élaborer un régime international de protection pour les artistes interprètes, les producteurs d'enregistrements sonores et les organismes de radiodiffusion³⁷. À l'époque, quelque 45 pays étaient membres de la *Convention de Rome*, alors que, dans le contexte nord-américain, seul le Mexique en faisait partie.

La plus grande portée de l'*ADPIC* fait oublier le rôle qu'ont joué les accords commerciaux antérieurs entre le Canada et les États-Unis dans le développement des normes internationales de droit d'auteur; mais, du point de vue canadien, ces accords ont davantage infléchi le cours de l'évolution de la loi canadienne, une loi qui, même aujourd'hui, n'a pas encore connu de révision de fond en comble depuis 1921 à cause d'une décision de diviser ce processus en plusieurs « phases » pour le rendre plus facile à gérer. La première phase de la révision a eu lieu en 1987³⁸. L'ampleur de la tâche a fait reporter sa suite à « quelques années plus tard », un moment qui, dans les faits, est survenu en 1997³⁹, c'est-à-dire après avoir mis en œuvre les trois accords commerciaux dont il vient d'être question et qui réglaient certaines des questions demeurées en suspens. On remarquera que, signe de souveraineté nationale (?), l'adhésion du Canada à l'*Acte de Paris* de la *Convention de Berne* et à la *Convention de Rome* ne s'est réalisée qu'en 1998, soit après la phase II de sa révision et non à la suite de la mise en œuvre de l'*ADPIC*⁴⁰.

Le succès de l'*ADPIC* tient au fait qu'il est lié aux mesures de rétorsion que prévoit l'*Accord de l'OMC*. En effet, l'intérêt de faire évoluer les normes internationales de propriété intellectuelle en dehors des traités spécialisés traditionnels repose sur la possibilité qu'offre l'Organisation mondiale du commerce (OMC) d'avoir recours à un mode de résolution de conflits qui est beaucoup plus susceptible de discipliner les pays en défaut que la plainte déposée à la Cour internationale de justice. Le Canada a d'ailleurs fait l'objet de deux recours devant

³⁶ *ADPIC*, *supra* note 22, art 9 (1).

³⁷ *Ibid*, art 14.

³⁸ *Loi modifiant la Loi sur le droit d'auteur et apportant des modifications connexes et corrélatives*, LRC 1985, c 10 (4^e suppl.).

³⁹ *Loi sur le droit d'auteur : Loi modifiant la Loi sur le droit d'auteur*, *supra* note 19.

⁴⁰ David Vaver, « Copyright in Foreign Works : Canada's International Obligations » (1987) 66:1 R du B can 76.

les instances de l'OMC en matière de propriété intellectuelle⁴¹, ce qui l'a immédiatement conduit à modifier sa loi en fonction des conclusions des panels⁴².

L'arrivée de la propriété intellectuelle dans l'univers des accords commerciaux a aussi modifié la dynamique des négociations autour des normes à établir. Au lieu de rechercher un équilibre au sein de la matière, le nouvel environnement permet de troquer la propriété intellectuelle contre du coton ou du riz. Pour faciliter le processus, la décision de ne pas faire table rase, mais plutôt de construire sur la base de traités existants, aide à cibler les questions de l'heure au lieu de rouvrir d'anciens pactes. Ce n'est pas sans raison que l'*ADPIC* est parfois surnommé « Berne+ »...

L'existence même de l'*ADPIC* a rapidement provoqué une réaction de la part de l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle qui, en voyant l'arrivée d'une nouvelle instance internationale dans l'univers de la propriété intellectuelle, a voulu rappeler à la communauté internationale sa pertinence et son leadership dans le développement de normes.

III. La conversation entre l'OMPI et les accords commerciaux

Si l'on compare avec ce qui se passait avant l'*Accord de l'OMC*, la période post-*ADPIC* est marquée par la multiplication d'accords intéressant le droit d'auteur. On voit tant des traités spécifiques émanant de l'OMPI que des chapitres de propriété intellectuelle dans des accords commerciaux. Cette période est toutefois légèrement différente de ce que l'*ADPIC* laissait pressentir : au lieu d'un dialogue entre l'OMPI et l'OMC, une conversation se développe plutôt entre l'OMPI et diverses alliances régionales. En effet, l'impossibilité de réviser l'*ADPIC* au sein de l'OMC⁴³ a fait en sorte que les États se sont tournés vers des accords commerciaux bilatéraux et régionaux pour négocier l'évolution de la propriété intellectuelle. On assiste donc à une multiplication d'accords à travers lesquels on peut mesurer l'évolution du consensus autour de nouvelles normes. La position géographique du Canada fait en sorte qu'un nombre important d'accords bilatéraux et régionaux retient son intérêt. Le jeu des vases communicants qui s'y développe s'avère instructif pour déceler la ligne directrice de ses négociations dans le domaine du droit d'auteur.

Le coup de barre est donné dès 1996, soit deux ans après l'*Accord de l'OMC*. Depuis quelques années déjà, le milieu du droit d'auteur était confronté à l'arrivée d'Internet dans la diffusion des œuvres protégées. Ce phénomène technologique a

⁴¹ Ces affaires visaient toutefois le droit des brevets : OMC, *Canada — Durée de la protection conférée par un brevet (plainte des États-Unis)* OMC Doc WT/DS170/AB/R (2000); OMC, *Canada — Protection conférée par un brevet pour les produits pharmaceutiques (Plainte des Communautés européennes et de leurs États membres)*, OMC Doc WT/DS114/R (2000).

⁴² *Loi modifiant la Loi sur les brevets*, LC 2001, c. 10.

⁴³ Le seul événement d'envergure a été la *Déclaration ministérielle de Doha* adoptée le 14 novembre 2001, qui a déclenché une série de démarches : OMC, *Déclaration ministérielle*, OMC Doc WT/MIN(01)/DEC/1 (2001). Sur ce sujet, voir Daniel Gervais, *L'Accord sur les ADPIC*, Bruxelles, Larcier, 2010 aux pp 65-150.

fouetté les velléités de mise à jour des normes internationales, d'autant que la question ne figure pas dans l'*ADPIC*. L'OMPI saisit l'occasion et produit deux traités qui répondent à un double objectif : mettre à jour le droit d'auteur international traditionnel en demeurant dans la lignée des instruments spécialisés en la matière et s'attaquer au problème de l'heure en l'intégrant dans cet univers spécialisé. Le *Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur*⁴⁴ et le *Traité de l'OMPI sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes*⁴⁵, signés en décembre 1996 et tous deux surtout connus sous leurs acronymes anglais *WCT* et *WPPT*, représentent ainsi le retour de l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle, siège de la *Convention de Berne*, sur la scène normative internationale.

Ces deux traités suivent la structure qui avait été adoptée par les rédacteurs de l'*ADPIC*, à savoir des références à des instruments antérieurs comme points de départ pour ensuite ajouter des nouveautés. Il y a toutefois une différence notable entre le traité qui vise le droit d'auteur et celui qui concerne les droits voisins. Le *WCT* s'inscrit clairement dans la lignée de la *Convention de Berne* lorsqu'il prévoit que « [l]es Parties contractantes doivent se conformer aux articles 1er à 21 et à l'annexe de la Convention de Berne »⁴⁶. Ensuite, il incorpore les règles de droit d'auteur qui constituaient des nouveautés dans l'*ADPIC* avant d'ajouter les innovations qui lui sont propres. Dans le cas du *WPPT*, cependant, les divergences idéologiques quant à la protection des objets des droits voisins empêchent l'utilisation de la *Convention de Rome* comme norme de référence. Certes, le *WPPT* la mentionne et deux fois plutôt qu'une. Il ne se contente pas de déclarer que ses dispositions n'emportent aucune

dérogation aux obligations qu'ont les Parties contractantes les unes à l'égard des autres en vertu de la Convention internationale sur la protection des artistes interprètes ou exécutants, des producteurs de phonogrammes et des organismes de radiodiffusion, faite à Rome le 26 octobre 1961⁴⁷.

Il indique aussi qu'il « n'a aucun lien avec d'autres traités et s'applique sans préjudice des droits et obligations découlant de tout autre traité »⁴⁸. Il faut également comprendre que ces « autres traités » incluent non seulement la *Convention de Rome*, mais aussi l'*ADPIC* lui-même. Cela n'empêchera pas toutefois ses rédacteurs d'en reprendre les règles idoines, à l'instar du *WCT*, avant de compléter le tout par une mise en miroir des nouvelles règles concernant la diffusion sur Internet qui font du *WCT* et du *WPPT* des traités frères en cette matière. Cette autonomie relative du *WPPT*, comparativement au *WCT*, en fait l'instrument international de droits voisins ayant le plus de succès : non seulement il compte légèrement plus de membres que la *Convention de Rome* (109 contre 96), mais, contrairement à ce dernier, ses pays membres comprennent la Chine, les États-Unis, et l'Inde.

⁴⁴ *Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur*, 19 décembre 1996, 2186 RTNU 121 (entrée en vigueur : 6 mars 2002) [*WCT*].

⁴⁵ *Traité de l'OMPI sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes*, 19 décembre 1996, 2186 RTNU 203 (entrée en vigueur : 20 mai 2002) [*WPPT*].

⁴⁶ *WCT*, *supra* note 44, art 1(4).

⁴⁷ *WPPT*, *supra* note 45, art 1(1).

⁴⁸ *Ibid.*, art 1(3).

Quelque quinze années plus tard, deux nouveaux traités sont adoptés à l'OMPI. Le positionnement du Canada à leur égard semble être en phase avec celui des autres membres de la communauté internationale.

Les droits des artistes interprètes de la *Convention de Rome* et du *WPPT* visent essentiellement des prestations en direct ou captées sur des phonogrammes. Le secteur de l'audiovisuel en a été tenu à l'écart à cause des différences fondamentales qu'entretiennent les pays de copyright et les pays de droit d'auteur quant au régime juridique approprié pour les œuvres cinématographiques. Le *Traité de Beijing sur les interprétations et exécutions audiovisuelles*⁴⁹ (*Traité de Beijing*) de 2012 cherche à combler ce manque. Il est clairement campé dans les univers de la *Convention de Rome* et du *WPPT* auxquels il fait référence; toutefois, des deux instruments internationaux précédents, c'est manifestement le *WPPT* qui fait office de traité de référence. En effet, il est déclaré d'emblée qu'il « n'a aucun lien avec d'autres traités que le *WPPT* et s'applique sans préjudice des droits et obligations découlant de tout autre traité »⁵⁰. Le *WPPT* acquiert ainsi en seize ans un statut qui a échappé à la *Convention de Rome*, vieille de plus de cinquante ans. Il constitue alors un acquis qui permet aux rédacteurs du *Traité de Beijing* de greffer des dispositions qui reflètent les particularités du contexte audiovisuel.

Le *Traité de Beijing* est entré en vigueur en avril 2020, soit un peu moins de huit ans après sa conclusion. Il compte quarante-deux pays membres, dont la Chine, évidemment, et la Fédération de Russie, mais non l'Inde. Les États-Unis l'ont signé, mais n'y ont pas donné suite. Des pays européens, seules la République slovaque, la Moldavie et la Suisse y participent. Le Canada en est totalement absent. Ce manque d'empressement offre un contraste saisissant avec l'autre traité de droit d'auteur qui est né l'année suivante.

Le *Traité de Marrakech visant à faciliter l'accès des aveugles, des déficients visuels et des personnes ayant d'autres difficultés de lecture des textes imprimés aux œuvres publiées*⁵¹ (*Traité de Marrakech*), à ne pas confondre avec l'*Accord de Marrakech instituant l'OMC*, a été mis sur pied en juin 2013. Il est entré en vigueur à la fin septembre 2016 grâce à l'adhésion du Canada⁵² et compte actuellement quatre-vingts parties. C'est un traité particulièrement novateur parce que, au lieu de reconnaître des droits comme l'ont toujours fait les autres accords internationaux de propriété intellectuelle jusqu'alors, son objectif premier est de garantir des exceptions. Même si ce changement de point de vue requiert une structure et une formulation générale différentes de celles des autres textes, on trouve quand même un ancrage dans certains traités internationaux de droit d'auteur.

⁴⁹ *Traité de Beijing sur les interprétations et exécutions audiovisuelles*, 23 juin 2012, OMPI Doc TRT/BEIJING/001 (entrée en vigueur : 28 avril 2020).

⁵⁰ *Ibid.*, art 1 (3).

⁵¹ *Traité de Marrakech visant à faciliter l'accès des aveugles, des déficients visuels et des personnes ayant d'autres difficultés de lecture des textes imprimés aux œuvres publiées*, 27 juin 2013, OMPI Doc TRT/MARRAKESH/001 (entrée en vigueur : 29 septembre 2016) [*Traité de Marrakech*].

⁵² Le Canada a été le vingtième pays à déposer un instrument de ratification ou d'adhésion et a ainsi déclenché l'article 18 du *Traité* qui posait cette condition pour son entrée en vigueur.

En effet, le *Traité de Marrakech* de 2013 peut être appréhendé comme une modalité particulière du triple test assurant la validité des exceptions au droit d'auteur, triple test qui est apparu en premier dans la *Convention de Berne*⁵³ – où il ne vise que le droit de reproduction – et qui a ensuite été repris et étendu aux autres droits dans l'*ADPIC*⁵⁴ et les traités de l'OMPI de 1996⁵⁵. Les références à des traités antérieurs sont donc surtout à la *Convention de Berne* et au *WCT*, celui-ci représentant la dernière occasion de mise à jour internationale du droit d'auteur et les deux étant des textes administrés par l'OMPI. Néanmoins, par souci d'exhaustivité, le traité renvoie aussi à l'*ADPIC* lorsqu'il déclare sa filiation avec le triple test⁵⁶.

La rapidité avec laquelle le Canada a adhéré au *Traité de Marrakech* s'explique en partie par le fait que sa législation sur le droit d'auteur contenait déjà des modalités pour faire valoir une exception en faveur de « personnes ayant des déficiences perceptuelles » depuis la phase II de sa réforme en 1997⁵⁷, réforme dont l'un des grands objectifs avait été de revoir les exceptions qui figuraient dans la loi. Puisque ce fut aussi un des objectifs de la réforme de 2012, de légères modifications sont apportées à ce moment⁵⁸; mais l'adhésion au *Traité de Marrakech* en a nécessité d'autres⁵⁹. La réforme de 2012 au Canada reflète très clairement une propension du législateur à valoriser les exceptions au droit d'auteur⁶⁰ et, ainsi, l'adhésion trois ans plus tard à un traité qui ne porte que sur un tel objet ne doit pas tellement surprendre. Le positionnement du Canada n'est pas unique. Le *Traité de Marrakech* est entré en vigueur trois ans après sa création et compte actuellement quatre-vingts parties, alors que le *Traité de Beijing*, conclu l'année précédente, n'est entré en vigueur que huit ans après sa mise sur pied et réunit quarante-deux parties, soit un peu plus que la moitié des membres du *Traité de Marrakech*. Il est manifestement plus facile de trouver un consensus sur des aménagements à mettre en œuvre en faveur des personnes non voyantes que sur la protection d'artistes interprètes qui travaillent dans un secteur dont le régime juridique est loin d'être harmonisé à l'échelle internationale.

Après le *Traité de Marrakech*, aucun autre traité en droit d'auteur n'a été conclu sous la gouverne de l'OMPI. Cela coïncide, pour le Canada, avec une intensification de négociations d'accords commerciaux comprenant des chapitres sur la propriété intellectuelle. Entre 2016 et 2018, pas moins de quatre accords sont conclus avec des partenaires de presque tous les côtés de ses frontières. Ils permettent de voir que les enjeux de droit d'auteur varient selon les interlocuteurs.

⁵³ *Convention de Berne*, supra note 5, art 9 (2).

⁵⁴ *ADPIC*, supra note 22, art 13.

⁵⁵ *WCT*, supra note 44, art 10; *WPPT*, supra note 45, art 16.

⁵⁶ *Traité de Marrakech*, supra note 51, art 11 (b).

⁵⁷ *Loi sur le droit d'auteur : Loi modifiant la Loi sur le droit d'auteur*, supra note 19, art 19, introduisant l'article 32 dans la *Loi sur le droit d'auteur*, supra note 2.

⁵⁸ *Loi sur la modernisation du droit d'auteur*, supra note 3, art 36.

⁵⁹ *Loi modifiant la Loi sur le droit d'auteur (accès des personnes ayant des déficiences perceptuelles aux œuvres ou autres objets du droit d'auteur protégés)*, LC 2016, c 4.

⁶⁰ L'exemple le plus emblématique est celui de l'exception pour le « contenu non commercial généré par l'utilisateur » (connu sous son acronyme anglais « exception UGC ») que le Canada est le seul pays à avoir : *Loi sur le droit d'auteur*, supra note 2, art 29.21.

Le premier de ces accords est celui qui a été conclu avec l'Union européenne en 2016. Selon la formule convenue, l'*Accord économique et commercial global (AECG)* contient un chapitre consacré à la propriété intellectuelle⁶¹ qui inclut, en fonction de chaque droit en cause, des listes d'accords internationaux auxquels les parties doivent se conformer en plus de dispositions sur des questions plus précises. Une partie importante de ce chapitre est également consacrée aux moyens de faire respecter les droits de propriété intellectuelle ainsi qu'aux mesures à la frontière.

La sous-section portant sur le droit d'auteur et les droits « connexes », terminologie retenue pour les droits voisins, identifie comme fondements clés les dispositions normatives de l'*Acte de Paris* de la *Convention de Berne*, du *Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur*, du *Traité de l'OMPI sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes*, et de la *Convention de Rome*. Suivent ensuite des obligations concernant la radiodiffusion et la communication au public, la protection des mesures techniques, la protection de l'information sur le régime des droits, la responsabilité des fournisseurs de services intermédiaires et l'enregistrement par caméscope. On doit également signaler une obligation de coopération spécifique en matière de droit d'auteur : sont envisagés des « échanges d'informations ou d'expériences sur [...] la mise en place d'arrangements entre les sociétés de gestion collective respectives des Parties »⁶².

Il est remarquable de constater que la loi de mise en œuvre de cet accord n'a nécessité aucune modification à la loi sur le droit d'auteur canadienne⁶³. Les points forts de droit substantif de l'accord sont les indications géographiques et les brevets concernant les produits pharmaceutiques⁶⁴. Serait-ce le signe qu'il n'existe aucun contentieux de droit d'auteur entre les deux parties? Pourtant, contrairement à ce qui a cours dans l'Union européenne depuis l'entrée en vigueur d'une directive de 1993 qui a harmonisé la durée de protection de base dans ce territoire à « vie de l'auteur + 70 ans »⁶⁵, la durée de protection de base en droit d'auteur canadien demeure à « vie de l'auteur + 50 ans »⁶⁶. Les priorités de négociations apparaissent ici clairement. Ce sera plutôt à l'occasion de pourparlers différents que des points de droit d'auteur qui remettent en question le *statu quo* du droit canadien seront abordés.

⁶¹ *Accord économique et commercial global*, 30 octobre 2016 au chapitre 20 (entrée en vigueur provisoire: 21 septembre 2017), en ligne : *Gouvernement du Canada* <www.international.gc.ca/trade-commerce/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/ceta-accg/text-texte/toc-tdm.aspx?lang=fra> [AECG].

⁶² *Ibid.*, art 20.50.

⁶³ *Loi de mise en œuvre de l'Accord économique et commercial global entre le Canada et l'Union européenne*, LC 2017, c 6.

⁶⁴ Voir Alexandra Mendoza-Caminade, « L'Accord économique et commercial global entre le Canada et l'Union européenne : les apports d'un accord de libre-échange bilatéral au droit de la propriété intellectuelle » (2016) 28:1 CPI 203 à la p 207. On doit d'ailleurs souligner que le secteur des indications géographiques faisait déjà l'objet d'un traité entre le Canada et la Communauté européenne qui lui était entièrement consacré. Voir l'*Accord entre le Canada et la Communauté européenne relatif au commerce des vins et boissons spiritueuses*, 16 septembre 2003, n° F104976, en ligne : *Gouvernement du Canada* <www.treaty-accord.gc.ca/text-texte.aspx?id=104976&Lang=fra>.

⁶⁵ Conseil de l'Europe, *Directive 93/98/CEE du Conseil, du 29 octobre 1993, relative à l'harmonisation de la durée de protection du droit d'auteur et de certains droits voisins*, [1993] JO, L 290 à la p 9.

⁶⁶ *Loi sur le droit d'auteur*, supra note 2, art 6.

En effet, en même temps qu'il négociait l'accord commercial avec l'Union européenne, le Canada participait aussi à des négociations qui réunissaient des pays ayant en partage un autre océan important de la planète, l'océan Pacifique. Le Canada était en cela cohérent avec sa devise « *A mari usque ad mare* (D'un océan à l'autre) ». L'*Accord de Partenariat transpacifique*⁶⁷, plus connu sous son acronyme anglais *TPP*, réunit douze pays dont une des frontières donne sur cet océan : Australie, Brunei, Canada, Chili, États-Unis, Japon, Malaisie, Mexique, Nouvelle-Zélande, Pérou, Singapour, Vietnam. L'accord a été signé au début de 2016, mais les États-Unis s'en sont toutefois retirés au début de 2017, ce qui a obligé les autres parties à revoir leurs positions à son égard. Au lieu de le laisser sombrer, elles ont plutôt choisi de le maintenir entre elles sous le nom d'*Accord de partenariat transpacifique global et progressiste*⁶⁸. Depuis 2018, c'est donc un *TPP* révisé qui unit les onze pays qui y sont demeurés après le retrait des États-Unis. Cette décision s'est toutefois accompagnée de certaines négociations qui, en ce qui concerne le Canada, ont eu un impact sur le chapitre de la propriété intellectuelle et, plus particulièrement, sur le droit d'auteur. La grande majorité des obligations auxquelles les pays avaient accepté de se conformer sont demeurées telles quelles, mais il y a lieu de mentionner certaines différences entre les deux textes. Pour des fins de commodité, les deux accords seront ici examinés ensemble.

Comme tous les autres accords de ce genre, on y trouve des dispositions d'ordre général et d'autres qui sont plus ciblées.

En ce qui a trait aux dispositions générales, on peut constater qu'elles sont plus étoffées que celles de l'*AECG*. Certes, on y trouve la nécessité d'être membre de la *Convention de Berne*, du *Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur*, et du *Traité de l'OMPI sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes*⁶⁹, mais pas de la *Convention de Rome*. On remarque surtout, cependant, deux nouvelles préoccupations qui figurent dans une section très étoffée sur la coopération entre les parties. La première a trait au domaine public :

1. Les Parties reconnaissent l'importance d'un domaine public riche et accessible.
2. Les Parties reconnaissent également l'importance des supports d'information, tels que les bases de données publiques relatives aux droits de propriété intellectuelle enregistrés qui facilitent l'identification des objets tombés dans le domaine public⁷⁰.

L'autre vise la coopération en matière de savoirs traditionnels, une coopération qui s'inscrit toutefois uniquement dans le domaine des ressources génétiques pouvant

⁶⁷ *Accord de partenariat transpacifique*, 4 février 2016, en ligne : *Gouvernement du Canada* <www.international.gc.ca/trade-commerce/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/tpptp/text-texte/toc-tdm.aspx?lang=fra> [*TPP*].

⁶⁸ *Accord de Partenariat transpacifique global et progressiste*, 8 mars 2018 (entrée en vigueur : 30 décembre 2018), en ligne : *Gouvernement du Canada* <www.international.gc.ca/trade-commerce/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/cptpp-ptpp/view_timeline-consultez_chronologie.aspx?lang=fra> [*CPTPP*].

⁶⁹ *TPP*, *supra* note 67, art 18.7.

⁷⁰ *Ibid*, art 18.15.

être associées à des systèmes de propriété intellectuelle⁷¹. Les expressions culturelles traditionnelles qui relèveraient du droit d'auteur, *a priori*, n'en font pas partie. N'empêche, cette mention mérite d'être soulignée, car elle participe des débuts de la présence de ces enjeux dans l'univers des accords commerciaux internationaux.

Si la loi qui met en œuvre l'*Accord de Partenariat transpacifique global et progressiste* ne modifie pas la *Loi sur le droit d'auteur*⁷², c'est parce que les dispositions idoines du texte du *TPP* antérieur n'imposaient aucune obligation nouvelle au Canada ou ont été retranchées lors des négociations de l'accord modifié. Dans les deux cas, il s'agit de victoires diplomatiques importantes pour le pays⁷³.

Le Canada tient beaucoup au régime « avis et avis » de sa loi sur le droit d'auteur, régime qui est une version édulcorée du régime « avis et retrait » que les États-Unis avaient mis sur pied pour identifier les situations qui mèneraient au retrait d'œuvres contrefaisantes apparaissant sur des sites web. Le régime canadien tient son surnom du fait que la seule obligation qui soit imposée aux fournisseurs de services Internet, lorsque des titulaires de droit d'auteur leur signalent la présence d'œuvres contrefaisantes dans leurs activités, est de transmettre aux personnes qui ont mis en ligne ces œuvres sans l'autorisation des titulaires de droit les avis que ces titulaires leur avaient transmis à cet effet⁷⁴. Les fournisseurs de services n'agissent ici qu'à titre d'intermédiaires entre les titulaires de droits et les utilisateurs. Le Canada tient tant à ce système qu'il a obtenu, dès les négociations du premier accord, le maintien de son système alors que les autres pays doivent s'assurer de suivre le « modèle » américain⁷⁵. En effet, une annexe de l'accord *TPP* prévoit qu'un pays qui a déjà un système comme celui du Canada peut le maintenir⁷⁶. Étant donné que le Canada est le seul pays à connaître un tel régime, l'annexe en question constitue une mesure d'exception uniquement à son égard et la conversion du *TPP* en *Accord de Partenariat transpacifique global et progressiste* n'a pas modifié ce point.

L'autre « victoire » canadienne résulte, toutefois, des négociations qui ont mené à l'*Accord de Partenariat transpacifique global et progressiste*. Dans la version *TPP* de l'accord, tous les pays s'étaient engagés à ce que la durée de base du droit d'auteur s'élève à « vie de l'auteur + 70 ans »⁷⁷. La durée de base au Canada étant de « vie de l'auteur + 50 ans »⁷⁸, il devenait clair que ce qui n'avait pas fait l'objet d'obligation en vertu de l'*AECEG* s'imposait dorénavant. C'était sans compter avec la réouverture de l'accord lorsque les États-Unis s'en sont retirés : à cette occasion, le *TPP* « global et progressif » a suspendu plusieurs dispositions de propriété intellectuelle,

⁷¹ *Ibid*, art 18.16.

⁷² *Loi de mise en œuvre de l'Accord de partenariat transpacifique global et progressiste*, LC 2018, c 23.

⁷³ Cette qualification de « victoire » ne concerne que le processus de négociations et n'emporte pas nécessairement adhésion aux règles de fond qu'elles représentent.

⁷⁴ *Loi sur le droit d'auteur*, *supra* note 2, art 41.25-41.27.

⁷⁵ *TPP*, *supra* note 67, art 18.82.

⁷⁶ *Ibid*, annexe 18-E.

⁷⁷ *Ibid*, art 18.63.

⁷⁸ *Loi sur le droit d'auteur*, *supra* note 2, art 6.

dont des dispositions de droit d'auteur incluant celle sur la durée de protection⁷⁹. Pas plus qu'avec l'Union européenne, ce n'est donc pas un accord avec des partenaires bordant l'océan Pacifique qui allait obliger le Canada à allonger sa durée de protection des œuvres par le droit d'auteur.

C'est plutôt à l'accord qui redéfinit les relations entre le Canada, les États-Unis et le Mexique, plus de vingt-cinq ans après l'*ALÉNA*, que l'on doit l'impact le plus important d'un instrument international sur la loi sur le droit d'auteur canadienne depuis la mise en œuvre du *Traité de Marrakech* en 2016. Alors que ni l'*AECG* – avec l'Union européenne – ni le *TPP* – original ou modifié – n'avaient mené à des modifications de cette loi, l'*Accord Canada – États-Unis – Mexique (ACEUM)* devient l'accord commercial des dernières années qui a nécessité l'introduction de nouvelles règles.

Lors de la négociation du *TPP*, le Canada avait dû accepter de prolonger la durée de base du droit d'auteur à « vie de l'auteur + 70 ans ». Il aurait été illusoire de croire que de nouvelles négociations impliquant les États-Unis auraient permis au Canada d'insister sur le maintien de sa durée de « vie de l'auteur + 50 ans ». La concession existait déjà. Voilà pourquoi il n'est pas surprenant que l'*ACEUM* revienne à la charge sur cette question. Non seulement la durée de base doit devenir conforme à celle qui a cours aux États-Unis et dans l'Union européenne⁸⁰, mais cette modification provoque, comme pratiquement toujours, des allongements de durée dans les cas où celle-ci ne repose pas sur la vie d'une personne physique⁸¹. C'est ainsi que la durée de protection des œuvres anonymes et pseudonymes⁸², des œuvres cinématographiques⁸³ et des objets dont la protection relève des droits voisins⁸⁴ a été prolongée. Fait à noter : la durée du droit d'auteur de la Couronne, qui est de cinquante ans après la publication de l'œuvre⁸⁵, n'a cependant pas été modifiée.

Une réserve importante, pour l'immédiat, doit être apportée à cette nouvelle obligation quant à la durée de protection de base : le Canada peut attendre deux ans et demi avant de la mettre en œuvre⁸⁶. Ainsi, alors que les autres dispositions concernant le droit d'auteur ont été mises en œuvre le 1er juillet 2020, la règle de la « vie de l'auteur + 70 ans » ne deviendra obligatoire au pays que le 1er janvier 2023. Ce sursis n'est pas le seul en matière de droit d'auteur pour le Canada. L'obligation d'adhérer à certains textes internationaux inclut les textes les plus courants jusqu'ici, soit la *Convention de Berne*, le *Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur*, et le *Traité de l'OMPI sur les*

⁷⁹ *CPTPP*, *supra* note 68, art 2. Sont également suspendus les articles concernant les mesures techniques de protection, l'information sur le régime des droits, la protection des signaux par satellite et par câble encodés. La suspension des mesures concernant la responsabilité des fournisseurs de services internet, si elle s'applique autant au Canada qu'aux autres parties, ne change rien au fait que le Canada avait obtenu dès le *TPP* le maintien de son régime « avis et avis ».

⁸⁰ *Accord Canada-États-Unis-Mexique*, 30 novembre 2018, RT Can 2020 n° 5, art 20.62 a) (entrée en vigueur : 1er juillet 2020) [*ACEUM*].

⁸¹ *Ibid*, art 20.62 b). Il est en effet d'usage de répercuter la prolongation de vingt ans dans toutes les autres règles de durée de protection.

⁸² *Loi sur le droit d'auteur*, *supra* note 2, arts 6.1 et 6.2.

⁸³ *Ibid*, art 11.1.

⁸⁴ *Ibid*, art 23.

⁸⁵ *Ibid*, art 12.

⁸⁶ *ACEUM*, *supra* note 80, art 20.89 al 4 c).

*interprétations et exécutions et les phonogrammes*⁸⁷. Elle prévoit cependant, en plus, l'obligation d'adhérer à un instrument auquel le Canada n'est pas encore partie, à savoir la *Convention de Bruxelles concernant la distribution de signaux porteurs de programmes transmis par satellite* de 1974⁸⁸. Le Canada bénéficie ici d'un délai de quatre ans pour ce faire⁸⁹, c'est-à-dire jusqu'au 1er juillet 2024.

Ce bref survol des textes internationaux en matière de droit d'auteur et de droits voisins qui interpellent le Canada pourrait fournir l'occasion d'examiner encore plusieurs questions qui découlent des obligations qu'ils imposent. En particulier, on pourrait s'intéresser à l'apparition de certains sujets ou à l'expansion que certains autres y prennent au fil du temps. On peut déjà prédire, à cause des développements politiques et juridiques actuels, que la protection des données et, peut-être dans une moindre mesure, les rapports entre les divers intervenants du milieu journalistique sont appelés à prendre plus de place. Et c'est sans compter les sujets qui sont déjà au programme du Comité permanent sur le droit d'auteur et les droits connexes de l'OMPI depuis plus ou moins longtemps⁹⁰. Néanmoins, on peut toujours faire quelques observations sur cette évolution qui fait ressortir des tendances permettant d'apprécier les forces en présence qui agissent tant sur le positionnement international du Canada que sur l'évolution des instruments internationaux.

Tout d'abord, il est indéniable que les instruments internationaux dans lesquels il est question du droit d'auteur et de droits voisins dialoguent entre eux. L'arrivée de la *Convention de Rome* en 1961, d'ailleurs, nécessitait dès ce moment une mise au point avec le droit d'auteur de la *Convention de Berne*⁹¹. Ce à quoi l'on assiste depuis le début des années quatre-vingt, cependant, est d'un autre ordre : on bâtit sur les textes précédents. Il est révélateur, à ce sujet, de comparer la construction du droit d'auteur avec celle des droits voisins.

⁸⁷ *Ibid.*, art 20.7 al 1 c) — e).

⁸⁸ Les États-Unis et le Mexique en sont membres depuis respectivement 1985 et 1979 : *Convention satellites*, *supra* note 21.

⁸⁹ *ACEUM*, *supra* note 80, art 20.89 al. 4 a).

⁹⁰ Les sujets qui sont étudiés par ce Comité depuis un certain temps sont les exceptions et limitations ainsi que les droits des radiodiffuseurs. Plus récemment, il est aussi question du droit de suite, des droits des metteurs en scène et du droit de prêt public : « Comité permanent du droit d'auteur et des droits connexes », en ligne : *Organisation mondiale de la propriété intellectuelle* <www.wipo.int/policy/fr/scctr/>.

⁹¹ « La protection prévue par la présente *Convention* laisse intacte et n'affecte en aucune façon la protection du droit d'auteur sur les œuvres littéraires et artistiques. En conséquence, aucune disposition de la présente *Convention* ne pourra être interprétée comme portant atteinte à cette protection » : *Convention de Rome*, *supra* note 17, art 1. Déjà en 1952, l'existence de la *Convention universelle sur le droit d'auteur*, en parallèle avec la *Convention de Berne*, impliquait la création d'une règle de conflit entre les deux textes : *Convention universelle sur le droit d'auteur*, *supra* note 15, art XVII et sa déclaration annexe.

Pour le droit d'auteur, l'*Acte de Paris* de la *Convention de Berne* est l'étalon essentiel qui figure dans tous les accords. Il est automatiquement suppléé par le *Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur* dans les accords qui lui sont postérieurs et les nouveaux textes s'inscrivent dans leur continuité. L'*ADPIC* est parfois mentionné, mais pas comme texte fondateur des nouvelles obligations qui sont créées.

Il est plus intéressant d'observer ce qui se passe du côté des droits voisins. À ce sujet, la situation canadienne est susceptible de s'avérer peut-être plus révélatrice que celle d'autres pays à cause de la façon dont le législateur canadien a choisi de les protéger. En tant que pays dont la législation est directement issue du droit britannique, on aurait pu s'attendre à une approche copyright de la protection des artistes interprètes, des producteurs de phonogrammes, et des organismes de radiodiffusion. Pourtant, c'est un régime inspiré sans ambages de la *Convention de Rome* qui a été introduit en 1997 dans la *Loi sur le droit d'auteur*⁹², un régime qui reflète une vision « droit d'auteur » de la matière. Cette possibilité de naviguer dans les deux univers transparait dans l'identification des instruments de droits voisins sur lesquels reposent les nouvelles obligations dans ce domaine. L'accord avec l'Union européenne est le seul accord du Canada dans lequel la conformité avec les dispositions de fond de la *Convention de Rome* est exigée; dans les autres, c'est-à-dire les deux versions du Partenariat transpacifique et l'*ACEUM*, c'est le *Traité de l'OMPI sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes* qui sert de référence⁹³. D'ailleurs, la référence à la *Convention de Rome* dans ce dernier traité et dans le *Traité de Beijing* sur les interprétations et exécutions audiovisuelles est toujours formulée de manière à indiquer que ces traités plus récents en sont bel et bien indépendants. On serait donc en train d'assister à un transfert d'autorité internationale de la *Convention de Rome* vers le *Traité de l'OMPI sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes*.

Toujours dans le domaine de droits voisins, deux autres points méritent d'être mentionnés. Les deux concernent les accords nord-américains. Dans l'*ALÉNA*, chacune des parties s'engageait à faire « tout en son pouvoir » pour « donner effet [...] aux dispositions de fond » de divers accords, dont la *Convention phonogrammes* de 1971⁹⁴. Malgré cet engagement, le Canada n'a jamais ratifié cette convention. Il est vrai que « donner effet » à des dispositions n'exige pas une telle confirmation formelle. Dans l'*ACEUM*, cependant, l'obligation de se conformer à la *Convention de Bruxelles* pèse plus lourd : c'est l'adhésion qui est recherchée et pas seulement la transposition en droit national des règles qu'elle crée⁹⁵. Étant donné le rôle des États-

⁹² L'essentiel du régime se trouve aux articles 15-26 de la *Loi sur le droit d'auteur* qui forment une partie distincte de la loi. Le fait que certains aspects de la protection soient régis par des dispositions communes avec le droit d'auteur n'enlève rien à cette qualification. Tout aussi important : même si le vocable pour désigner la protection dans la loi est celui de « droit d'auteur », cette terminologie n'affecte pas le fond des règles établies. Voir Gendreau, *supra* note 18 à la p 119.

⁹³ Ce traité est aussi mentionné dans l'*AECG*, *supra* note 61, en plus de la *Convention de Rome*, *supra* note 17.

⁹⁴ *ALÉNA*, *supra* note 27, art 1701 (2) a).

⁹⁵ *ACEUM*, *supra* note 80, art 20.7 (2) f). Le Canada bénéficie cependant d'un délai de quatre ans pour ce faire.

Unis dans cet accord, doit-on voir poindre dans cette mention l'identification d'un nouvel enjeu international de propriété intellectuelle?

Chose certaine, un enjeu qui a déjà commencé à prendre de l'ampleur est celui des exceptions au droit d'auteur. Les prémisses ont été posées quand l'*ADPIC* a repris et étendu à l'ensemble du droit d'auteur le « triple test » de l'article 9(2) de la *Convention de Berne* qui jusqu'alors ne s'appliquait qu'au droit de reproduction⁹⁶. Par la suite, chaque traité reprend la formule. Cependant, l'importance grandissante des exceptions au droit d'auteur se manifeste maintenant de deux autres manières. La première – et peut-être la plus spectaculaire – est incarnée dans le *Traité de Marrakech*, un traité qui est entièrement consacré à l'existence d'exceptions dans un domaine certes restreint, mais qui emporte facilement l'adhésion. Ce traité innove dans le domaine de la propriété intellectuelle par son objet qui, contrairement à tous ses prédécesseurs, prive les titulaires de droits plutôt que de leur en reconnaître d'autres. L'autre élément qui souligne le développement de l'intérêt pour les exceptions provient du Partenariat transpacifique. Non seulement un domaine public « riche et accessible » fait partie de son accord⁹⁷, mais la reprise du triple test est accompagnée de précisions :

Chacune des Parties s'efforce d'établir un juste équilibre dans son régime de droit d'auteur et de droits connexes, entre autres au moyen de limitations ou exceptions qui sont compatibles avec l'article 18.65 (Limites et exceptions), y compris dans l'environnement numérique, tout en tenant compte des utilisations à fins légitimes, y compris, sans toutefois s'y limiter, la critique, le commentaire, la communication de nouvelles, l'enseignement, l'étude, la recherche, et autres fins semblables; et en facilitant l'accès aux œuvres publiées aux aveugles, aux déficients visuels et aux personnes ayant d'autres difficultés de lecture de textes imprimés⁹⁸.

L'*Accord de Partenariat transpacifique global et progressif* a maintenu ces dispositions. Cette expansion de la place des exceptions touchant le droit d'auteur dans les instruments internationaux est susceptible de devenir une tendance lourde à surveiller, surtout si on y ajoute les travaux actuels de l'OMPI en matière d'exceptions.

Quel est le positionnement du Canada dans cet ensemble normatif international? À la lumière des engagements que représentent ces instruments, on peut considérer que le Canada n'est pas un pays proactif en matière de droit d'auteur, mais, au contraire, en est un qui cherche plutôt à limiter le plus possible ses obligations⁹⁹. Si l'on se fie au temps qu'il prend pour devenir membre des divers traités qui ne portent que sur le droit d'auteur ou les droits voisins, le manque d'empressement est plutôt flagrant. L'adhésion à l'*Acte de Paris* de la *Convention de Berne*, la base des règles de droit d'auteur de l'*ADPIC*, n'est survenue en 1998 qu'à la suite de la phase II des amendements à la *Loi sur le droit d'auteur*, en même temps que celle à la *Convention de Rome*. Les traités de l'OMPI de 1996 ont été ratifiés en 2014, soit dix-huit ans après

⁹⁶ L'*ADPIC* a aussi étendu ce test qui valide les exceptions aux droits économiques aux autres droits de propriété intellectuelle.

⁹⁷ Voir le texte qui accompagne, *supra* note 70.

⁹⁸ *TPP*, *supra* note 67, art 18.66.

⁹⁹ Pour une démonstration d'une telle approche, voir Vaver, *supra* note 40.

leur signature. L'adhésion au *Traité de Marrakech*, cependant, s'est effectuée à peine trois ans après sa conclusion... Si l'on ajoute à ces éléments son insistance sur le maintien du régime « avis et avis » dans le *TPP* et l'*ACEUM*, ainsi que sa résistance à la prolongation de la durée de base du droit d'auteur jusque dans l'*ACEUM*, on ne peut pas dire que le pays est un champion du droit d'auteur international. Il faut néanmoins reconnaître que sa position internationale va de pair avec ses interventions législatives internes¹⁰⁰.

De tous ces instruments internationaux, il en reste un qui n'a pas encore été évoqué et que l'on pourrait presque qualifier d'accord fantôme : l'*Anti-Counterfeiting Trade Agreement*¹⁰¹ (*ACTA*). Conclu en 2011 par un groupe restreint de pays, dont le Canada, l'*ACTA* est demeuré un texte très controversé non seulement à cause des règles qu'il contient, mais aussi – sinon surtout – à cause de sa négociation à huis clos¹⁰². Le Parlement européen l'a d'ailleurs rejeté en 2012 alors que l'Union européenne avait participé à sa négociation. Autant dire que peu de pays se risqueraient à en incorporer nommément les règles. Pourtant, en 2014, le Parlement canadien votait la *Loi visant à combattre la contrefaçon de produits*¹⁰³, une loi qui, sans faire explicitement référence à l'*ACTA*, introduit des mesures modifiant la *Loi sur le droit d'auteur* et la *Loi sur les marques de commerce*¹⁰⁴ dérivées de cet accord. Comme quoi les normes internationales de droit d'auteur ne sont pas toujours intégrées au droit canadien avec tambours et trompettes.

¹⁰⁰ Les dernières grandes modifications de la loi y ont en effet élargi la place des exceptions : *Loi sur la modernisation du droit d'auteur*, *supra* note 3.

¹⁰¹ *Accord commercial anti-contrefaçon*, 1er octobre 2011, en ligne : *Affaires mondiales Canada* <www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/topics-domaines/ip-pi/acta-text-acrc.aspx?lang=fra>.

¹⁰² Les publications à son sujet sont très explicites. Voir, par exemple, les textes réunis dans Pedro Roffé et Xavier Seuba, dir, *The ACTA and the Plurilateral Enforcement Agenda : Genesis and Aftermath*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014; Elizabeth F Judge et Saleh Al-Sharieh, «Join the Club: The Implications of the *Anti-Counterfeiting Trade Agreement's* Enforcement Measures for Canadian Copyright Law» (2012) 49:3 Alb L Rev 677.

¹⁰³ *Loi visant à combattre la contrefaçon de produits*, LC 2014, c 32.

¹⁰⁴ *Loi sur les marques de commerce*, LRC 1985, c T-13.