

CONFÉRENCE POUR L'HARMONISATION DES LOIS AU CANADA

SECTION DU DROIT CIVIL

COMMUNICATION PRÉLIMINAIRE :

LA RÉMUNÉRATION DES ARTISTES ET LE RÉGIME CANADIEN DE DROIT D'AUTEUR

**J.F. DEBEER¹
UNIVERSITÉ D'OTTAWA**

**St. John's (Terre-Neuve)
Du 21 au 25 août 2005**

¹ Professeur adjoint, faculté de Common Law, Université d'Ottawa. J'aimerais remercier Robert Tomkowicz et Maya Khakhamovitch de m'avoir aidé à faire la recherche.

I. Introduction

[1] Les industries culturelles canadiennes sont importantes, elles doivent recevoir le soutien dont elles ont besoin et auquel elles ont droit. La *Loi sur le droit d'auteur* constitue une façon traditionnelle de stimuler ces industries. De plus, la Loi comporte plusieurs mécanismes de rechange qui peuvent générer des récompenses pécuniaires et non pécuniaires pour les créateurs d'œuvres culturelles. Cette communication passe en revue et analyse ces mécanismes ainsi que d'autres instruments juridiques et moyens d'action qui peuvent être employés afin de favoriser la création et la diffusion des produits culturels canadiens.

[2] Le ciel n'est pas sur le point de nous tomber sur la tête. Ainsi, par exemple, les réseaux d'échange de fichiers ne sonnent pas inévitablement le glas des industries culturelles canadiennes. Par conséquent, entreprendre une révision de la *Loi sur le droit d'auteur* serait inutile et malavisé. Néanmoins, nous vivons actuellement des changements technologiques, sociaux et économiques profonds. Par rapport à de tels changements, il est tout à fait légitime que les industries culturelles canadiennes se préoccupent de leur pérennité. Pour cette raison, la prévoyance est justifiée. Il est temps de cesser les grands discours, il faut analyser le problème afin de trouver les solutions idoines. C'est tout un défi.

[3] L'argent est un aspect important et peut être même l'aspect le plus important de tout projet visant à promouvoir la culture canadienne. C'est évident. Par conséquent, cette communication porte sur les façons de créer les sources de revenus qui permettront de maintenir nos industries culturelles à flot. De façon générale, il existe au moins trois façons de soutenir financièrement la création de produits culturels canadiens.

[4] La première consiste à accorder des droits patrimoniaux, à savoir des droits d'auteur exclusifs, aux artistes et aux intermédiaires. Les revenus pourront provenir par la suite de la vente de biens et services aux consommateurs de produits culturels protégés en vertu de ces droits. La deuxième vise à instituer une rémunération qui ne fait pas partie des droits patrimoniaux. Dans certains cas, il est à peu près impossible d'obtenir une telle rémunération des consommateurs actuels de produits culturels. Donc, on peut plutôt générer des revenus en imposant des redevances à des tiers, par procuration, soit à des fabricants et à des fournisseurs de biens et services connexes, qui sont présumés capables de répartir ces coûts entre les consommateurs de culture. La troisième façon consiste à accorder un financement public aux créateurs de produits culturels. Dans ce contexte, les revenus proviennent essentiellement du public en général, ou idéalement de consommateurs de produits culturels, par le biais de mécanismes d'imposition directs ou indirects.

[5] À l'heure actuelle, tous ces mécanismes contribuent, jusqu'à un certain point, à stimuler les industries culturelles canadiennes. En général, cette situation est acceptable, mais plusieurs

mises en garde s'imposent. Les droits d'auteur exclusifs peuvent être une façon heureuse de soutenir la culture, mais leur application pose problème. De plus, comme c'est le cas pour tous les monopoles de propriétés, il y a des coûts et des bénéfices liés au droit d'auteur. Le plus grand inconvénient de cette méthode est qu'elle limite l'accès aux produits culturels ainsi que leur diffusion. On pourrait soutenir que dans certains contextes, l'imposition de redevances sur les biens et services par procuration peut être nécessaire. Mais de telles circonstances sont rares et actuellement, elles n'existent pas au Canada. Par conséquent, il n'est pas nécessaire de songer à instaurer une redevance sur l'accès Internet qui ressemblerait plus ou moins à ce qu'on appelle le « Tarif 22 »². De façon générale, les responsabilités qui incombent au fournisseur de services Internet (FSI) peuvent constituer une façon d'atteindre ce but, donc, les législateurs devraient agir avec circonspection. Là où l'imposition de redevances est nécessaire, il existe des difficultés importantes sur le plan de la mise en application sur lesquelles il faut se pencher. La principale lacune des lois sur le droit d'auteur et des redevances par procuration est qu'elles soutiennent d'abord et avant tout les industries culturelles étrangères et non les canadiennes. Par conséquent, le financement public est crucial. Certes, les programmes de financement publics sont tributaires de la conjoncture politique et requièrent des balises afin de protéger l'autonomie des créateurs. C'est pourtant précisément leur caractère conditionnel qui constitue un avantage; l'argent peut être attribué à ceux qui ont le plus besoin de soutien.

[6] Mon but n'est pas d'évaluer les nuances d'un mécanisme en particulier, mais d'examiner les répercussions conceptuelles et pragmatiques de ces différentes options, particulièrement du point de vue des politiques canadiennes. Cette communication présente une vue d'ensemble de l'évolution récente de la procédure, des initiatives stratégiques et des propositions générales visant à stimuler les industries culturelles canadiennes. Je tire la conclusion que nous n'avons pas besoin d'une réforme radicale du droit d'auteur ni de mécanismes ultramodernes d'imposition de redevances. Il est vrai que la *Loi sur le droit d'auteur* doit être mise au point et que les redevances sur copie pour usage privé constituent une source importante de préoccupation. Néanmoins, il faut cesser de se servir autant des droits d'auteur et des revenus générés par les redevances comme source principale de rémunération pour les artistes canadiens et pour stimuler la créativité des Canadiens sur le plan culturel.

II. Les produits et les acteurs

[7] L'expression « industries culturelles » est utilisée au sens large dans cette communication. Elle englobe à la fois la culture « populaire » ou « pop », c'est-à-dire les livres à grande diffusion, les enregistrements musicaux, les films, les émissions de télévision et autre chose de ce genre et la culture « noble », c'est-à-dire la peinture, la sculpture, la photographie et les arts de la scène, par exemple. Certaines choses attirent l'attention ici. Une dramatique ou une

² Voir la note 34 ci-après et le texte afférent.

représentation musicale devant public peuvent être considérées comme faisant partie de la culture populaire ou de la culture noble. C'est une question d'opinion personnelle. Pourtant, à la base, il y a une nuance difficile à définir. Si bien que la culture populaire se retrouve souvent dans la même catégorie que le sport et le jeu dans les industries du divertissement et du loisir, tandis que la culture noble est représentée par des arts de la scène plus ou moins élitistes tels que le ballet ou le concert symphonique³.

[8] On peut faire une autre distinction entre la culture « physique » et la culture « légère »⁴. La première comprend des produits tangibles tels que les disques compacts et la seconde des événements intangibles tels que les émissions de radio. Cela reflète parfois la distinction que l'on fait entre un bien et un service. J'emploie l'expression « produits culturels » pour désigner les deux types de culture.

[9] Il est important de bien comprendre la structure de marché des industries culturelles canadiennes afin de saisir les différents intérêts en jeu dans ce débat. La création de biens et services, particulièrement lorsqu'il s'agit de la culture *pop*, est vue comme un « sport d'équipe »⁵. De façon générale, il faut tenir compte de cinq groupes d'intérêts, soit, les auteurs, les artistes-interprètes, les producteurs, les distributeurs et les consommateurs. Les auteurs et les artistes-interprètes sont tous deux des artistes et les producteurs et les distributeurs sont tous deux des intermédiaires. Ces étiquettes ne sont pas associées à des définitions techniques. Même si elles concordent avec des catégories bien connues de détenteurs de droits dans la *Loi sur le droit d'auteur*, l'usage que j'en fais est plus élastique et plus intuitif. Essentiellement, un acteur donné peut jouer un, plusieurs ou tous les rôles suivants en ce qui a trait à un produit en particulier ou en ce qui concerne différents produits à un moment donné.

[10] Tout au long de cette communication, je donnerai des exemples afin d'illustrer quelques-unes de mes principales préoccupations et recommandations. La popularité et la vulnérabilité présumée de l'industrie de la musique, ou pour être plus exactement du secteur de l'enregistrement de l'industrie de la musique, en font un sujet idéal de discussion. On a dit de la musique qu'elle était [traduction] « en matière de propriété intellectuelle, la première victime sacrifiée à l'autel de la numérisation »⁶

³ Peter S. Grant & Chris Wood, *Blockbusters and Trade Wars: Popular Culture in a Globalized World* (Vancouver: Douglas & McIntyre Ltd., 2004) p. 2-3.

⁴ Rick Van der Ploeg, « In Art We Trust », *De Economist (Leiden)*, vol. 150, n° 4 (octobre 2002), p. 333.

⁵ Grant & Wood, *supra* note 3, p. 27

⁶ Committee on Intellectual Property Rights in the Emerging Information Infrastructure, National Research Council, *The Digital Dilemma: Intellectual Property in the Information Age* (National Academies Press, 2004) chap. 2, en ligne : <http://www.nap.edu/html/digital_dilemma/>.

[11] À l'origine de la créativité culturelle, il y a les personnes physiques que sont les auteurs⁷. En langage de profane, on dit qu'un auteur est associé à des livres ou à des histoires. Sur le plan technique, dans la *Loi sur le droit d'auteur*, une personne morale peut être un auteur⁸. Selon moi, la définition de ce terme se situe à mi-chemin de ces deux interprétations. Ainsi, les écrivains, les chansonniers, les scénaristes, les dramaturges, les auteurs dramatiques, les compositeurs, les dessinateurs, les peintres, les photographes, les programmeurs ou les autres créateurs de première ligne de produits culturels sont tous des auteurs. Les personnes morales ou autres entités juridiques ne le sont pas. Les auteurs constituent le premier et le plus important maillon de la chaîne de la créativité culturelle.

[12] Il existe une catégorie d'auteurs incluant les personnes qui traduisent les histoires dans une autre langue, qui adaptent les partitions de piano pour la guitare, ou qui écrivent des scénarios à partir de romans. Ces interprètes chevauchent deux catégories, celle des auteurs et celle des artistes-interprètes. Tout comme les auteurs, les artistes-interprètes sont des personnes physiques. Les chanteurs viennent immédiatement à l'esprit. Cependant, la catégorie des artistes-interprètes ne se limite pas aux musiciens, elle englobe également les artistes-interprètes d'œuvres dramatiques, par exemple. Les acteurs d'un film, d'une émission de télévision ou les comédiens d'une pièce de théâtre sont tous des artistes-interprètes. D'une certaine façon, il en va de même pour un directeur.

[13] La catégorie des producteurs est probablement la plus vaste. Les producteurs recrutent, subventionnent, réalisent des projets et font la promotion des produits culturels. Ils assument entièrement ou presque tous les risques financiers énormes associés aux productions culturelles d'envergure, telles que les films, par exemple⁹. Par conséquent, contrairement aux auteurs et aux artistes-interprètes, les producteurs peuvent être et sont presque toujours inévitablement des personnes morales et non des personnes civiles. Bien entendu, un grand nombre de personnes dirige ces sociétés ou travaillent pour elles,¹⁰ mais cela diffère d'une participation personnelle et directe à la création *ab initio* ou à la représentation de produits culturels. Cette distinction est tout à fait pertinente lorsqu'il s'agit d'évaluer les mécanismes visant à soutenir chaque partie. Cela deviendra encore plus apparent dans la section qui suit.

⁷ Voir de façon générale Jane C. Ginsburg, *The Concept of Authorship in Comparative Copyright Law* (2003), Columbia Law School, Pub. Law Research Paper numéro 03-51, en ligne : <<http://ssrn.com/abstract=368481>>.

⁸ En vertu de l'article 10(2) de la *Loi sur le droit d'auteur*, par exemple, une personne morale peut être considérée comme l'auteur d'une photographie. *Loi sur le droit d'auteur* L.R. (1985), ch.C-42.

⁹ Grant & Wood, *supra* note 3, chapitre 4.

¹⁰ Grant & Wood, *supra* note 3, p. 27-29.

[14] Dans la *Loi sur le droit d'auteur*, les producteurs de musique sont officiellement des producteurs d'enregistrements sonores.¹¹ Bien entendu, les éditeurs d'œuvres littéraires sont également des producteurs. Et puis, il y a aussi des producteurs de films. Ils exercent essentiellement les mêmes fonctions que les producteurs d'enregistrements sonores, c'est-à-dire qu'ils transforment des œuvres ou des représentations en produits commercialisables. Il convient de remarquer que d'ordinaire, les chansonniers et les compositeurs ont des éditeurs de musique, ce qui augmente le coefficient de difficulté de la discussion. La plupart des grandes maisons de disques sont des filiales d'entités encore plus importantes qui dirigent également une entreprise d'édition de musique (ces entités touchent souvent à la production de films et d'émissions de télévision également).

[15] Jusqu'à un certain point, les producteurs sont généralement des distributeurs. Fondamentalement, les distributeurs font découvrir des produits culturels aux consommateurs. De plus, les distributeurs sont presque toujours des personnes morales, par opposition aux personnes physiques. Les radiodiffuseurs constituent un type de distributeurs. Ils transmettent des signaux « par radio ». Cependant, le même procédé de transmission de contenu peut se faire par le biais du câble, du satellite ou de l'Internet. Une autre catégorie de distributeurs se compose de détaillants traditionnels tels que le point de vente canadien Sam the Record Man et Wal-Mart, le magasin maintenant très répandu. Tous distribuent la culture physique. Ces entreprises font face à un nouveau concurrent, le secteur de commerce du détail de musique en ligne. Celui-ci compte des noms de renom tels que iTunes Music Store de Apple, la société canadienne Puretracks.com et l'entreprise québécoise Archambault.ca. Ces firmes en direct distribuent de la culture légère sans emballage matériel.

[16] De façon générale, plus l'entreprise est ambitieuse, plus le rôle joué par les intermédiaires est important. Par exemple, la plupart des films d'action et d'aventure n'auraient jamais été réalisés sans l'appui de studios importants qui ont accepté les risques financiers que comportent la production et la distribution. De même, la production de disques nécessite un important investissement de capitaux. De plus, la culture physique est plus coûteuse à produire et à distribuer que la culture légère, exception faite peut-être de la radiodiffusion.

[17] Les consommateurs constituent l'élément moteur des industries culturelles. Sans eux, les artistes et les intermédiaires n'auraient personne *pour qui* écrire, donner des représentations, produire, ou *à qui* distribuer leurs produits. Il se peut que les consommateurs soient des créateurs eux-mêmes et s'occupent parfois de la production et de la distribution de leurs œuvres. Tout comme les réseaux d'échange de fichiers (ou réseau point-à-point) par exemple, les technologies permettent aux consommateurs de créer, d'échanger, d'adapter, d'améliorer et de ré-échanger

¹¹ Voir la *Loi sur le droit d'auteur*, *supra* note 8, art. 2 (définition de « producteur »).

des produits culturels. L'emprise que détiennent les consommateurs à cet égard peut potentiellement provoquer le plus important bouleversement jamais vu dans l'histoire moderne des industries culturelles. Lorsque ce potentiel sera entièrement réalisé, les a priori traditionnels au sujet du développement des produits culturels, de l'appui à accorder aux acteurs du monde culturel et sur la façon d'y parvenir s'en trouveront ébranlés. En ce moment, nous sommes dans une période de transition, le temps est à l'évolution et non à la révolution.

[18] Cette discussion au sujet des acteurs du monde culturel est directement liée au fait de savoir à qui s'adressent la loi et les politiques canadiennes et par conséquent, parmi les options disponibles, quelles sont celles qui sont préférables. Cela donne également une idée de la variété des intérêts en jeu. Dans l'immédiat, la leçon à tirer est qu'il n'y a pas de projectile d'argent, ni de pilule magique, ni de Saint-Graal. Les solutions qui seront abordées plus loin ne sont pas toutes de mise pour soutenir tous les types de biens et services culturels, ni pour stimuler toutes les personnes et les entreprises qui participent à leur création. Il peut être dangereux de généraliser et il est aussi difficile de trouver des solutions globales.

III. Les objectifs

[19] Avant d'aborder la façon dont la loi peut stimuler les industries culturelles canadiennes, une question mérite l'attention : pourquoi est-ce nécessaire ou souhaitable? À ce sujet, la documentation ne manque pas. Par conséquent, je n'en ferai qu'un résumé concis.¹² Les arguments pour le soutien des industries culturelles se divisent plus ou moins en deux catégories. D'une part, on croit que la protection juridique des droits des créateurs est une façon de permettre une plus grande créativité au bénéfice de la société en général. D'autre part, la protection des œuvres de création est perçue comme un droit naturel tout simplement officialisé par une reconnaissance juridique.

[20] Le fait de considérer les droits des créateurs comme un moyen d'atteindre un but s'enracine dans l'utilitarisme. On l'aborde souvent sur le plan économique. Selon les économistes, les droits de propriété exclusifs permettent d'atteindre deux objectifs connexes en ce qui a trait à une ressource donnée : inciter à investir dans cette ressource et dissuader

¹² Voir J. Hughes, « The Philosophy of Intellectual Property », *Georgetown L. J.*, vol. 77 (1988), p. 287; E.C. Hettinger, « Justifying Intellectual Property », *Philosophy & Public Affairs*, vol. 18 (1989), p. 31; W.J. Gordon, « An Inquiry into the Merits of Copyright: The Challenges of Consistency, Consent and Encouragement Theory », *Stanford L. Rev.*, vol. 41 (1989), p. 1343; T.G. Palmer, « Are Patents and Copyrights Morally Justified? The Philosophy of Property Rights and Ideal Objects », *Harvard J. L. & Public Policy*, vol. 13 (1990), p. 817; W.J. Gordon, « On Owning Information: Intellectual Property and the Restitutionary Impulse », *Virginia L. Rev.*, vol. 78 (1992), p. 149; W.J. Gordon, « A Property Right in Self Expression: Equality and Individualism in the Natural Law of Intellectual Property », *Yale L. J.*, vol. 102 (1993), p. 1533; P. Drahos, *The Philosophy of Intellectual Property* (Aldershot: Dartmouth Publishing Company, 1996); et C. Craig, « Locke, Labour and Limiting the Author's Right: A Warning against a Lockean Approach to Copyright Law », *Queen's L. J.*, vol. 28 (2002), p. 1. Voir également les articles publiés par les éditeurs W.J. Gordon & K.L. Port, dans « Symposium on Intellectual Property Law Theory », *Chi.-Kent L. Rev.*, vol.68 (1993), 583.

d'exploiter ladite ressource. Sans les droits de propriété exclusifs, ceux qui investissent du temps, des efforts, de l'argent, etc. assument tous les frais sans tirer profit de leur investissement.¹³ De même, sans droits de propriété exclusifs, tous ceux qui ont accès à une ressource en feraient une surutilisation, ce qui mènerait à une mauvaise utilisation de la ressource en question ou à son épuisement prématuré.¹⁴ Bien que ces deux raisonnements peuvent s'appliquer à la propriété au sens « classique » du terme¹⁵, c'est-à-dire aux gadgets, aux réserves de pétrole, aux terres cultivées, etc., il n'en va de même pour les produits culturels. Contrairement à l'enveloppe physique qui les incarne, les produits culturels ne sont pas nuisibles à autrui et sont des produits d'usage collectif. Ils sont ce que les économistes appellent des « biens publics », tout comme la défense nationale ou l'éclairage des rues. Les produits culturels sont des « ressources idéationnelles »¹⁶ qui ne peuvent pas être surutilisées comme les ressources tangibles. Par conséquent, il n'y a pas de raison d'user d'artifices pour empêcher d'autres personnes d'utiliser ces produits culturels *sauf si* cela entraîne l'élimination de mesures incitatives irremplaçables en faveur de l'investissement initial (d'efforts ou d'argent) dans la création de ces produits culturels. Je soulignerai plus loin que ces mesures incitatives peuvent prendre la forme de droits de propriété exclusifs vendables. Mais, il n'est pas nécessaire que cela soit le cas.

[21] Le deuxième aperçu général de ce sujet donne à penser que les créateurs détiennent des droits naturels et innés sur leurs créations. Là encore, il y a au moins deux façons (en fait, il y en a davantage) de voir les choses dans cette rubrique. L'une pose comme postulat que les créateurs méritent d'être récompensés pour leur travail ou de devenir les propriétaires du projet dans lequel ils ont investi leur labeur¹⁷. L'autre donne à penser que les œuvres des créateurs sont le reflet de leur essence ou de leur identité individuelle et qu'en reconnaissant la maîtrise que ces créateurs ont sur leur travail, on leur donne liberté et autonomie.¹⁸

¹³ Les coûts et les bénéfices sont considérés comme des choses « externes » que la propriété privée « internalise » pour les propriétaires. Voir H. Demsetz, « Toward a Theory of Property Rights », *The American Economic Review*, vol. 57 (1967), n° 2, p. 347.

¹⁴ On appelle ce phénomène la « tragédie du patrimoine naturel » [traduction] que la propriété privée empêche en permettant à un propriétaire d'exclure tous les autres qui aspirent à exploiter ce patrimoine naturel. Voir G. Hardin, « The Tragedy of the Commons », *Science*, vol 162 (1968), p. 1243.

¹⁵ J'emploie ce terme pour évoquer des objets tangibles, physiques et les droits associés à ces objets. Voir J.F. deBeer, « Reconciling Property Rights in Plants », *Journal of World Intellectual Property*, [à paraître en 2005], p. 8

¹⁶ Un terme inventé par James Harris dans *Property and Justice* (Oxford: OUP, 1996).

¹⁷ Voir, par exemple, J. Locke, *Second Treatise of Government*, publié par G.W. Gough (Oxford: Basil Blackwell, 1976) au chapitre. V et L.C. Becker, *Property Rights: Philosophic Foundations* (London: Routledge and Kegan Paul, 1977) p. 45-46.

¹⁸ Voir, par exemple, G.W.F. Hegel, *Principes de la philosophie du droit*, publié par A.W. Wood, traduit par H.B. Nisbet (Cambridge: CUP, 1991) et M.J. Radin, *Reinterpreting Property* (Chicago: University of Chicago Press, 1993).

LA RÉMUNÉRATION DES ARTISTES ET LE RÉGIME CANADIEN DE DROIT D'AUTEUR

[22] Il y a un parallèle à faire entre la thèse qui veut que les droits de propriété servent simplement de mesures incitatives pour la création et celle qui avance que les droits de propriété constituent la récompense nécessaire pour l'œuvre créée. Bien entendu, il y a des différences fondamentales entre les deux postulats : la prémisse de départ de chacun est différente. Le point de départ du raisonnement sur l'incitatif est le bien-être social. Les créateurs ont des droits pour autant que la société en bénéficie. Ils n'ont d'autre choix que de collaborer ou cesser de créer complètement. La prémisse de départ du raisonnement sur la récompense est diamétralement opposée. Les créateurs peuvent décider de partager les bénéfices de leur créativité avec la société ou non. Mais lorsqu'on y regarde de plus près, les thèses des mesures incitatives utilitaires et de la récompense naturelle ont un dénominateur commun : toutes deux génèrent un flux économique pour les créateurs. Bien que ce soit d'un point de vue *ex ante* pour la première thèse et *ex post* pour la seconde.

[23] À ce stade, il est tout à fait pertinent de faire des distinctions entre les acteurs du monde culturel canadien. Les artistes, soit les auteurs et les artistes-interprètes, sont des personnes en chair et en os qui sont censées pouvoir réclamer des droits naturels de propriété sur leurs œuvres. Que cette revendication soit convaincante ou non est sujet à débat. Cependant, à première vue du moins, elle est crédible. Il n'en va de même pour les intermédiaires qui sont des personnes morales, soit, les producteurs et les distributeurs, qui ne sont pas des entités juridiques naturelles et qui ne peuvent donc pas déclarer qu'ils ont droit à des droits de propriété naturels. S'ils veulent exercer des pressions afin d'obtenir des droits juridiques supplémentaires, comme un contrôle privatif étendu sur ce qu'ils produisent et distribuent, leurs prétentions doivent reposer sur des motifs utilitaires. De façon plus précise, les producteurs et les distributeurs doivent faire valoir que des droits de propriété sont nécessaires afin de les inciter à investir dans les produits culturels. L'argument voulant que ces personnes morales représentent le travail d'un grand nombre de personnes qui travaillent pour elles ne tient pas la route, parce que ce ne sont pas les employés qui tirent profit des droits revendiqués, mais plutôt les actionnaires de l'entreprise.

[24] La dichotomie frappante qui existe entre les êtres humains que sont les artistes et les entités morales que sont les intermédiaires a des répercussions sur le type de mécanisme de soutien judiciaire et extrajudiciaire que les décideurs canadiens peuvent décider d'offrir. D'abord, il faut faire preuve d'ouverture d'esprit et cesser de croire que les droits de propriété exclusifs ou toute autre forme de rémunération *ex post* en fait constituent la seule façon efficace, ou même la façon la plus efficace de stimuler la productivité culturelle.

IV. Le gain

[25] On peut se servir de moyens pécuniaires et non pécuniaires pour favoriser le développement des industries culturelles canadiennes. La mesure non pécuniaire est particulièrement importante pour les artistes. C'est le contraire pour les intermédiaires. La

stimulation par les mesures non pécuniaires peut avoir sa raison d'être dans le cas d'incitatifs et de récompenses et elle peut également s'inscrire dans le cadre d'aspirations basées sur la personnalité et sur l'autonomie. La reconnaissance juridique des droits moraux en vertu de la *Loi sur le droit d'auteur* est la première mesure de soutien non pécuniaire et la plus évidente.¹⁹ Parmi les autres moyens, on compte une formation et une sensibilisation plus poussées dans tous les secteurs abordés dans cette communication. De plus, la reconnaissance officielle par le biais de prix et de récompenses, ou officieuse par le truchement du respect et du prestige, peut aussi jouer un rôle important lorsqu'il s'agit de stimuler la création de produits culturels.

[26] Dans cette communication cependant, je compte me pencher sur les mesures incitatives pécuniaires et sur les récompenses qui sont le moteur des industries culturelles canadiennes dans l'ensemble. Les mécanismes de soutien pécuniaire intéressent à la fois les artistes et les intermédiaires. De façon générale, il existe au moins trois façons de générer les sources de revenus qui assurent la subsistance de ce secteur : les droits de propriété exclusifs, les obligations contractuelles d'un tiers par procuration et les programmes de financement public.

A. Les droits de propriété exclusifs

[27] Tout comme les ressources idéationnelles, les produits culturels ne sont pas rares de nature. Tous les Canadiens peuvent chanter en même temps une chanson donnée sans véritablement lui causer du tort. Un enregistrement sonore peut être copié des millions de fois à peu de frais et sans trop d'effort. Il peut même être copié gratuitement et sans aucun effort, tout cela, sans que l'enregistrement original en pâtisse. Tous les Canadiens ne peuvent pas porter mes chaussettes en même temps. De plus, il faudrait beaucoup d'effort et d'argent pour fabriquer un million de paires de chaussettes. Alors, le marché des chaussettes fonctionne de la façon suivante : la rareté nécessite des droits de propriété exclusifs (pour éviter une surutilisation déplorable), les droits de propriété exclusifs facilitent les transactions commerciales et les échanges commerciaux entraînent des profits (ce qui encourage les investissements supplémentaires). La *Loi sur le droit d'auteur* fonctionne de façon diamétralement opposée, lorsqu'il s'agit des produits culturels : elle suscite l'investissement, les profits sont réalisables dans un marché axé sur des droits de propriété qui créent une rareté artificielle. En d'autres mots, les Canadiens qui désirent avoir accès à des produits culturels doivent négocier dans un marché soutenu par une rareté artificielle. Cela permet aux créateurs et aux distributeurs de fixer un prix pour ces produits, de les vendre, d'obtenir un rendement des investissements et de financer le développement d'autres produits.

[28] Cependant, il y a des obstacles qui empêchent ce marché de fonctionner à la perfection. Les lois qui créent une rareté artificielle sont parfois pratiquement inexécutables. Le phénomène

¹⁹ *Loi sur le droit d'auteur*, *supra* note 8, articles 14.1, 14.2, 28.1, 28.2.

connu sous le nom de « copie privée » en est un exemple. Les consommateurs de musique ont l'habitude de changer de format (en enregistrant un disque compact (CD) sur une cassette audio ou sur un « iPod » ou sur un ordinateur personnel, par exemple), afin de faire des copies de secours ou des doubles (ils procèdent à l'archivage d'une collection sur un ordinateur personnel ou enregistrent un CD afin de l'écouter en voiture, par exemple), ou pour faire des compilations (en faisant des mélanges et en gravant un CD personnalisé). Pour le moment, laissons de côté la question suivante : est-ce que ces pratiques *devraient* être maîtrisées? Il est permis de penser que cela serait difficile. De façon générale, on croit que des problèmes pragmatiques d'octroi de licences surgiraient. Mais ce qui est plus important encore c'est que sur le plan du respect de la vie privée, les mécanismes de surveillance et d'application pourraient être tout à fait inadmissibles.

[29] Par conséquent, les législateurs et les décideurs ont sanctionné cette pratique et lui ont associé une redevance sur les supports audio vierges. Ce procédé, alliant exonération et redevance, est le modèle de référence du type de mécanisme de soutien abordé en détail dans la section suivante. Pour le moment, il suffit de dire qu'il se peut que cette approche ne soit pas nécessaire, et ce, pour deux raisons. Le cliché voulant qu'elle soit difficile à mettre en pratique ou qu'elle ne soit pas efficace lorsqu'il s'agit de mettre des droits légaux en application contre ceux qui font des copies privées est suspect. Le postulat selon lequel les copies privées ne peuvent être contrôlées par la technologie est également sujet à caution.

[30] La difficulté que posent les mécanismes légaux et techniques qui stimulent les marchés de produits culturels ne tient pas au fait qu'ils sont inefficaces, mais au contraire au fait qu'ils sont *trop* efficaces. Comme toutes les législations sur la propriété, un droit d'auteur renforcé par une protection technique crée un monopole sur un produit particulier. Les monopoles peuvent entraîner une hausse des coûts qui constituent un poids mort pour la société. L'accès restreint à un produit et des prix gonflés en sont des exemples. Bref, le fait d'accorder des droits de propriété sur une ressource culturelle peut nuire à une diffusion efficace de cette ressource. Donc, ce modèle du droit de propriété pose tout un défi, à savoir de trouver le point optimal où les protections juridiques et techniques sont suffisantes pour stimuler la production sans entraver la distribution plus que cela n'est absolument nécessaire.

[31] Actuellement, les lois sur le droit d'auteur s'efforcent d'atteindre cet idéal par le biais de la notion d'« équilibre ». Comme le stipule le juge Binnie :

30 La loi est généralement présentée comme établissant un équilibre entre, d'une part, la promotion, dans l'intérêt du public, de la création et de la diffusion des œuvres artistiques et intellectuelles et, d'autre part, l'obtention d'une juste récompense pour le créateur (ou, plus précisément, l'assurance que personne d'autre que le créateur ne pourra s'appropriier les bénéfices qui pourraient être générés). ...

31 On atteint le juste équilibre entre les objectifs de politique générale, dont ceux qui précèdent, non seulement en reconnaissant les droits du créateur, mais aussi en accordant

CONFÉRENCE POUR L'HARMONISATION DES LOIS AU CANADA

l'importance qu'il convient à la nature limitée de ces droits. D'un point de vue grossièrement économique, il serait tout aussi inefficace de trop rétribuer les artistes et les auteurs pour le droit de reproduction qu'il serait nuisible de ne pas les rétribuer suffisamment.

32 Un contrôle excessif de la part des titulaires du droit d'auteur et d'autres formes de propriété intellectuelle pourrait restreindre indûment la capacité du domaine public d'intégrer et d'embellir l'innovation créative dans l'intérêt à long terme de l'ensemble de la société, ou créer des obstacles d'ordre pratique à son utilisation légitime²⁰.

Tant et aussi longtemps que l'on respectera cette notion d'équilibre et qu'on en fera la valeur suprême de la *Loi sur le droit d'auteur* on pourra plus ou moins maîtriser les coûts d'un monopole de contrôle juridique sur les produits culturels.

[32] Actuellement cependant, il n'y a pas de contrôle des coûts d'un monopole de mesures de protection technique (MPT) qui peuvent être utilisées pour « bloquer l'accès » à des produits culturels. Le Canada a signé, mais n'a pas encore ratifié deux traités exigeant le dépôt de lois visant à prévenir le contournement des MPT²¹. Cependant, les commentateurs qui ont examiné cette question attentivement, ont confirmé que les Canadiens ont besoin de protection *contre* les MPT et non *pour* les MPT²². Sans balises (pour protéger les activités équitables et les produits qui appartiennent au domaine public, par exemple), les MPT enlèveront sa raison d'être à l'équilibre juridique. Donc, comme on le verra de façon encore plus évidente dans la section suivante, la question n'est pas de savoir si la loi et la technologie *peuvent* protéger les produits culturels, mais plutôt si elles *devraient* les protéger et jusqu'à quel point elles *devraient* le faire.

[33] Pour créer un marché qui fonctionne bien, il faut non seulement se concentrer sur les vendeurs de produits culturels, mais sur les acheteurs également. Les marchés efficaces dépendent de transactions qui se font sans heurt²³. Les obstacles et par conséquent les coûts de transaction, peuvent être réduits si les lois sur le droit d'auteur sont relativement claires et si elles sont faciles à utiliser. On a déjà laissé entendre que les motifs de défense qui reposent la notion d'utilisation équitable, par exemple, empêchent les transactions volontaires parce que leur application est incertaine²⁴. Cependant, ce manque d'efficacité est peut-être une caractéristique nécessaire de l'équilibre juridique qui est une composante fondamentale du droit d'auteur. En

²⁰ *Théberge c. Galerie d'Art du Petit Champlain Inc.*, [2002] 2 R.C.S. 336.

²¹ Les États-Unis ont promulgué une telle loi par le biais de la *Digital Millennium Copyright Act of 1998*, Pub. L. numéro 105-304, 112 statut 2860. Les dispositions de la loi contre le contournement se trouvent dans l'article 1201.

²² Ian R. Kerr, Alana Maurushat & Christian S. Tacit, « Technological Protection Measures: Tilting at Copyright's Windmill », *Ottawa Law Review*, 34 (2002-2003), 7. La *Digital Millennium Copyright Act* a été condamnée de façon générale par les universitaires. Pour avoir un aperçu des raisons qui motivent cette condamnation, voir, par exemple Dan. L. Burk, « Anticircumvention Misuse », *UCLA L. Rev.*, vol. 50, p. 1095.

²³ R. Coase, « The Problem of Social Cost », *J. of L. and Econ.*, vol 3 (1960), p. 1; R.A. Posner, *Economic Analysis of Law*, 5^{ième} ed (New York: Aspen Law & Business, 1998), p. 8.

²⁴ Norman Siebrasse, « A Property Rights Theory of the Limits of Copyright », *Univ. of Toronto L.J.*, vol. 1 (2001), p. 51.

revanche, la fragmentation du droit d'auteur en une variété de droits différents, détenus par des entités différentes, constitue un obstacle inacceptable aux échanges commerciaux.

[34] Actuellement, la *Loi sur le droit d'auteur* est conçue de façon telle qu'il est difficile pour les utilisateurs de produits culturels de négocier les droits dont ils ont besoin et qu'ils désirent, à savoir, la capacité d'utiliser la « musique », au lieu d'utiliser séparément une œuvre, une représentation, un enregistrement et une diffusion, par exemple. De même, il leur est difficile d'obtenir les droits séparés de reproduire et de transmettre ces produits culturels. Du point de vue des acheteurs, le regroupement des droits dans le marché est crucial²⁵.

[35] Dans certains cas, il existe des sociétés de gestion des droits d'auteur ou des organismes de délivrance de licences qui simplifient un peu le processus en éliminant la nécessité de négocier avec une partie en particulier. Cependant, les sociétés canadiennes de gestion des droits d'auteur sont exceptionnellement nombreuses et ne coopèrent pas encore suffisamment bien les unes avec les autres pour faciliter l'acquisition de façon convenable de plusieurs droits d'entités multiples²⁶. Résultat, les permissions à obtenir se succèdent sans fin et il est peu possible, voire carrément impossible de savoir s'il faut obtenir une permission et à qui il faut la demander. De façon pragmatique, le fait qu'il est impossible d'obtenir ces droits peut mener à une impasse et empêcher l'utilisation pure et simple du produit²⁷.

[36] Somme toute, un modèle de droit d'auteur qui se base sur la propriété n'est pas nécessairement irrémédiablement voué à l'échec. Le professeur Mergers propose par conséquent de s'en tenir aux « trois vieilles vedettes », soit les droits de propriété, le contrat et les marchés, afin de susciter la créativité culturelle.²⁸ Comme il le dit lui-même [traduction] : « le maintien de l'association traditionnelle entre les droits de propriété et les contrats, qui en général mène à la formation du marché, semble être une voie plus sûre que des mandats ou de nouvelles interventions dans le marché qui visent à corriger d'anciennes interventions. »²⁹ La critique suivante s'applique à ce postulat : un modèle de marché axé sur les droits de propriété est trop efficace et entraîne, par conséquent, des coûts de monopole injustifiés. Cependant, on peut

²⁵ Les détenteurs de droits ont tendance à résister à cette idée afin de sauvegarder le contrôle dont ils disposent sur des sources de revenu nombreuses et indépendantes, cela n'est pas surprenant. Voir, par exemple, « The Digital Rights Bundle: Real Progress for Songwriters and Publishers? », *Billboard Magazine* (11 décembre 2004).

²⁶ Voir Daniel J. Gervais et Alana Maurushat, « Fragmented Copyright, Fragmented Management: Proposals to Defrag Copyright Management », *Canadian Journal of Law & Technology*, vol.2 (2003) n° 1, p. 18-20.

²⁷ On fait allusion à la *tragedy of the anticommons*. Voir M. Heller, « The Tragedy of the Anticommons: Property in Transition from Marx to Markets », *Harv. L. Rev.*, vol. 111 (1997-1998), p. 621.

²⁸ Robert P. Merges, « *Compulsory Licensing vs. the Three "Golden Oldies" Property, Contract Rights and Markets* » (2004) Policy Analysis No. 508, CATO Institute, en direct : <<http://www.cato.org/pubs/pas/pa508.pdf>>.

²⁹ *Ibid.*

atténuer cet inconvénient par le biais de lois bien équilibrées qui présentent les droits d'auteur de façon conviviale et par le truchement de balises contre l'utilisation de moyens techniques pour supprimer cet équilibre juridique.

B. Obligations contractuelles d'un tiers par procuration

[37] Comme je l'ai déjà mentionné, il y a une perception qui veut que la loi et la technique ne puissent toujours créer de façon efficace la rareté artificielle qui est nécessaire aux marchés des produits culturels. À la fin des années 90, par exemple, on croyait qu'il ne pouvait y avoir de marché fonctionnel pour la copie de musique pour usage privé au Canada. La partie VIII de la *Loi sur le droit d'auteur* a donc été promulguée pour traiter de cette question. Elle établit tout bonnement un régime qui régularise juridiquement la copie pour usage privé sur support vierge. De plus, de façon corollaire, elle permet aux détenteurs de droits de proposer que les importateurs et les fabricants de supports vierges paient une redevance sur ces produits³⁰.

[38] L'idée n'est pas nouvelle. Des mécanismes comme celui-ci existent dans de nombreux pays. La portée de tels mécanismes varie beaucoup³¹. Le raisonnement qui sous-tend l'imposition de redevances pour la copie privée diffère également d'un pays à l'autre et dépend fondamentalement du fait qu'il s'agisse d'un régime de droit coutumier ou de droit civil³². Dans les régimes de droit civil, on croyait à l'origine que les créateurs n'avaient pas *légalement le droit* de contrôler la copie pour usage privé. Un mécanisme d'exonération et de redevance a été instauré pour pallier ce manque de contrôle. Dans les pays régis par le droit coutumier, on croyait à l'origine que les créateurs n'étaient pas *capables de façon pratique* de contrôler la copie pour usage privé. Un mécanisme d'exonération et de redevance a été institué pour régler ce problème. Bien entendu, la question de savoir si les créateurs canadiens ont déjà eu ou auraient dû avoir le droit légal de contrôler la copie pour usage privé est en fait sujet à discussion. Quoi qu'il en soit, actuellement, la question n'a pas sa raison d'être, seul le droit de recevoir une rémunération existe maintenant.

[39] De nombreuses suggestions mises de l'avant récemment militent en faveur d'un rôle accru du modèle d'exonération et de redevance pour contrer l'échec apparent du marché ou

³⁰ *Société canadienne de perception de la copie privée c. Canadian Storage Media Alliance*, 2004 FCA 424; *Copie privée 1999-2000*, (Commission du droit d'auteur du Canada) en direct : <<http://www.cb-cda.gc.ca/decisions/c17121999-b.pdf>>; *Copie privée 2001-2002*, (Commission du droit d'auteur du Canada) en direct : <<http://www.cb-cda.gc.ca/decisions/c22012001reasons-b.pdf>>; *Copie privée 2003-2004*, (Commission du droit d'auteur du Canada) en direct : <<http://www.cb-cda.gc.ca/decisions/c12122003-b.pdf>>.

³¹ Voir P.B. Hugenholtz, L.M.C.R. Guibault et S.M. van Geffen, *The Future of Levies in a Digital Environment*, (2003) Institute for Information Law, en direct : <<http://www.ivir.nl/publications/other/DRM&levies-report.pdf>>.

³² A.F. Christie, *Private Copying Licence and Levy Schemes: Resolving the Paradox of Civilian and Common Law Approaches* (2004) Occasional Paper N° 2/04, Intellectual Property Research Institute of Australia, p. 3-7, en ligne : <<http://www.law.unimelb.edu.au/ipria/publications/workingpapers/Occasional%20paper%202.04.pdf>>.

d'autres objections fondamentales au contrôle privatif sur les produits culturels. La décision de la Cour suprême dans la cause de *SOCAN c. CAIP 33* est parfois vue ainsi. L'affaire, mieux connue sous le nom de « Tarif 22 », découle d'une proposition de la société collective qui gère les droits d'interprétation et de communication des auteurs canadiens visant à percevoir des redevances de quiconque communique une œuvre musicale au public sur l'Internet. La question fondamentale est la responsabilité des fournisseurs de services Internet (FSI) en matière de droit d'auteur.

[40] La croyance populaire veut que le *Tariff 22* vise à tenir les FSI responsables des violations du droit d'auteur par leurs consommateurs. En d'autres mots, vu qu'on a l'impression d'être incapable de veiller à ce que les personnes qui transmettent de la musique sur l'Internet applique la *Loi sur le droit d'auteur*, on se sert du *Tariff 22* afin de percevoir une redevance à un passage obligé bien choisi. Cette impression est quelque peu erronée. En réalité, le *Tariff 22* établit des frais d'utilisation. Les détenteurs de droits ne disent pas que les FSI sont responsables (de façon secondaire, accessoire ou par procuration) des activités de leurs consommateurs, ou que les FSI devraient jouer le rôle d'agent de recouvrement. On a prétendu que les FSI « autorisent » les communications de leurs clients. Cependant, au Canada, le concept d'autorisation se base toujours sur les activités de la « personne qui autorise » et non sur celles de la « personne autorisée ».³⁴ Essentiellement, les détenteurs de droits affirment que les FSI font partie d'une chaîne de communication et sont ceux qui communiquent la musique. Ils sont par conséquent directement responsables des paiements de droits d'auteur. Tel qu'il a été conçu, le *Tariff 22* vise à la fois les FSI et ceux qui téléchargent et pas nécessairement les FSI au lieu de ceux qui téléchargent.

[41] On peut prétendre qu'il y a peu de différence sur le plan *pratique*, néanmoins, sur le plan *juridique*, la différence est importante. Toutefois, on a proposé récemment que cette différence juridique soit restreinte ou éliminée. Dans la cause *SOCAN C. CAIP*, la Cour suprême a décidé qu'en général, les FSI ne devaient pas être tenus responsables de la communication ou de l'autorisation de communiquer un contenu protégé par le droit d'auteur.³⁵ Voilà qui a confirmé l'avis de la Commission du droit d'auteur.³⁶ Cependant, le Comité permanent du patrimoine canadien a recommandé que cette position par défaut soit annulée en disant [traduction] : « qu'en général les FSI ne devraient bénéficier d'aucune exemption, qu'ils devraient être tenus responsables des violations des règles du droit d'auteur, au moyen de leurs installations, dans le

³³ *Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c. Association canadienne des fournisseurs Internet*, 2004 CSC 45.

³⁴ *CCH Canadienne Limitée c. Le Barreau du Haut-Canada*, [2004] 1 R.C.S. 339 alinéas 37-38; *SOCAN c. CAIP*, *ibid.* alinéas 120-29.

³⁵ *SOCAN v. CAIP*, *ibid.*; *Loi sur le droit d'auteur*, *supra* note 8, art. 2.4(1)(b).

³⁶ « Statement of royalties to be collected by SOCAN for the performance or communication by telecommunication, in Canada, of musical or dramatico-musical works - Tarif 22 [Phase I: Legal Issues] », *C.P.R.*, vol. 1(1999), 4e, p. 417.

cas de matériel protégé »³⁷ Le fond du problème est le suivant : est-ce qu'un FSI qui est avisé d'une violation présumée d'un contenu protégé dans son système devrait être obligé de retirer ce contenu ou simplement de faire part à son client des faits allégués. Bien que cette dernière obligation soit davantage admissible, le Comité recommande plutôt « l'avertissement, suivi du retrait ».

[42] En fait, il existe une gamme d'options lorsqu'il s'agit de la responsabilité du FSI. L'une d'elles consiste à demander aux FSI de collaborer à l'application du droit d'auteur en exigeant que les consommateurs divulguent leur identité, par exemple.³⁸ Les FSI ne seraient pas tenus directement responsables, mais aideraient à veiller au respect de la loi. Une autre option serait de tenir les FSI responsables de leur propre participation à la communication de contenus protégés par Internet. De plus, les FSI pourraient être tenus responsables d'avoir autorisé leurs consommateurs à violer la loi ou d'y avoir contribué. Pour finir, les FSI pourraient être contraints de payer une redevance devant servir de rémunération aux détenteurs de droits pour les activités des consommateurs en ligne. Cette quatrième option devrait être vue comme une solution qui s'inscrit dans le cadre d'une tendance plus large en vertu de laquelle les détenteurs de droits ne cherchent pas à obtenir une compensation des consommateurs de contenu culturel eux-mêmes, mais d'un tiers, par procuration.

[43] Le *Tariff 22* se base, semble-t-il sur une combinaison des options deux et trois. Pour autant qu'il reflète l'option deux, le *Tariff 22* équivaut de toute évidence à des frais d'utilisation directs. Cependant, si la responsabilité du FSI a pour prémisse l'autorisation, alors la démarcation entre les solutions deux et trois devient floue. On ne sait pas précisément ce que le Comité permanent a recommandé, ni pourquoi il l'a fait. Par conséquent, il est difficile de critiquer sa décision. Dans son dernier rapport, le comité ne s'est penché sur aucune politique ou sur aucun principe pour justifier sa recommandation. La conclusion, tout comme le raisonnement, a été énoncée carrément.³⁹ On peut avancer trois raisons : la causalité, l'enrichissement ou la commodité. Mais, en général, il ne s'agit pas là des principes d'organisation de la *Loi sur les droits d'auteur*. De plus, une explication est nécessaire si l'on veut faire des changements en ce qui a trait à la responsabilité des FSI. Puis, on ne sait pas si la recommandation soutient que les FSI sont responsables de *leurs propres* activités ou de *celles de leurs consommateurs*. Est-ce que le consommateur *et* le FSI seraient tous deux tenus responsables pour le rôle qu'ils jouent dans la communication? Si tel est le cas, est-ce que des balises veilleraient à ce que les détenteurs de droits ne soient pas rémunérés deux fois pour la

³⁷ Comité permanent du Patrimoine canadien, *Rapport d'étude sur la réforme du droit d'auteur*, (2004) p. 10, en direct : <http://www.pch.gc.ca/progs/ac-ca/progs/pda-cpb/reform/status_f.cfm>.

³⁸ Voir *BMG Canada Inc. c. John Doe*, [2004] F.C.J. 525 (QL).

³⁹ Comité permanent du Patrimoine canadien, *supra* note 37 p. 10-11.

même activité? Cependant, si la recommandation visait à tenir les FSI responsables *plutôt que* leurs consommateurs, nous serions sur la voie d'un régime d'exonération et de redevance élargi. Dans ce cas, comment résoudre-t-on les problèmes qui affligent l'actuel régime canadien de redevance? On ne semble pas avoir suffisamment songé à ces questions.

[44] Au moins un universitaire a proposé de façon spécifique que les FSI canadiens soient tenus responsables, aux yeux de la loi, de la rémunération à fournir pour les activités sur l'Internet des *autres parties* en ce qui a trait aux produits culturels protégés.⁴⁰ Il s'agit au fond de promulguer une loi similaire à la partie VIII de la *Loi sur le droit d'auteur*, pour les activités sur l'Internet. Des modifications de la loi permettraient des communications et des reproductions à des fins non commerciales illimitées et l'imposition d'une redevance corrélative aux FSI qui transfèreraient probablement les coûts aux abonnés. En retour, ces derniers bénéficieraient de cette nouvelle immunité en matière de droit d'auteur. Ce régime s'appliquerait à la musique et probablement également aux films et peut-être même à d'autres produits culturels.⁴¹

[45] L'adoption proposée d'un modèle basé sur l'exonération et sur la redevance pour les transmissions sur l'Internet ressemble à ces projets plus ambitieux qui ont été proposés récemment par plusieurs commentateurs américains. Le professeur Netanel, par exemple, présente un modèle complet qui permettrait la copie pour usage privé, la création de nouvelles versions, les adaptations, les modifications et la diffusion de toutes sortes de modes de communication en format numérique et non numérique.⁴² Une redevance serait imposée sur une grande variété de biens et services dont la valeur augmenterait de façon importante grâce à l'échange des fichiers. Cela permettrait d'accorder une rémunération adéquate aux créateurs. Le professeur Ku est également un défenseur de l'imposition de redevances sur la vente de services Internet et d'équipement électronique. Mais son modèle ne s'appliquerait qu'aux produits culturels numériques.⁴³ Le professeur Fisher propose de permettre différents usages d'enregistrement audio et vidéo en échange d'un régime public de récompense subventionné par le biais d'une taxe sur les appareils servant à enregistrer et à stocker du matériel numérique.⁴⁴ Le modèle préconisé par le professeur Lessig est semblable, mais cet universitaire estime qu'il n'est

⁴⁰ John Davidson, *Rethinking Private Copying in the Digital Age: An Analysis of the Canadian Approach to Music*, (LL.M. Thesis, University of Toronto Faculty of Law, 2001) [non publié].

⁴¹ *Ibid.*

⁴² Neil Netanel, « Impose a Noncommercial Use Levy to Allow Free Peer-to-Peer File Sharing », *Harv. J. L. & Tech.*, vol. 17 (2003), p. 1.

⁴³ Raymond Shih Ray Ku, « The Creative Destruction of Copyright: Napster and the New Economics of Digital Technology », *U. Chi. L. Rev.*, vol. 69 (2002), p. 263

⁴⁴ William W. Fisher III, *Promises to Keep: Technology, Law, and the Future of Entertainment* (San Francisco: Stanford University Press, August 2004), en direct : <<http://cyber.law.harvard.edu/people/tfisher/PTKChapter6.pdf>> c. 6.

nécessaire que le temps d'une période de transition. Soit, jusqu'à ce que l'enregistrement et la lecture en continu des œuvres musicales sur l'Internet rendent l'échange des fichiers caduc⁴⁵.

[46] Même si tous les modèles susmentionnés diffèrent sur des questions de détail, sur le fond ils ont le même principe de base à savoir qu'il faudrait favoriser la diffusion des produits culturels et que le système actuel de droit d'auteur y met un frein. Par conséquent, il faut un nouveau régime pour préserver les incitatifs financiers instaurés pour les créateurs. Cette solution est une variante de la licence obligatoire. Cependant, ce ne sont pas les consommateurs de produits culturels qui paient les droits de licence, mais les tiers, par procuration.

[47] Il est important de faire une distinction entre ces propositions et d'autres idées soi-disant semblables qui ont été abordées par les professeurs Gervais⁴⁶ et Litman⁴⁷ et par la *Electronic Frontier Foundation*.⁴⁸ D'une part, ces dernières propositions sont volontaires et non obligatoires.⁴⁹ On a dit de cette distinction qu'elle était davantage « formelle que fondamentale ».⁵⁰ Cependant, les initiatives volontaires sont sans nul doute conformes aux obligations du Canada qui découlent des traités internationaux, tandis que dans le cas de régimes trop généraux alliant l'exonération et la redevance, c'est peu sûr.⁵¹

[48] De plus, la Constitution empêche le Parlement d'adopter toutes les politiques culturelles qu'il désire sous les auspices de la *Loi sur le droit d'auteur*. Le Parlement peut promulguer des lois en matière de « droit d'auteur », mais « la propriété et les droits civils » sont de juridiction provinciale. Bien entendu, le Parlement peut également imposer des taxes, en suivant les procédures adéquates. Mais il ne peut pas se contenter d'imposer une taxe sur l'accès à l'Internet ou sur les ordinateurs personnels, appeler cette taxe « droit d'auteur » et croire que c'est le cas. Ce problème n'est pas nécessairement insurmontable aux États-Unis où la Cour suprême semble avoir donné beaucoup de latitude au Congrès afin de promouvoir la science et les techniques

⁴⁵ Lawrence Lessig, *Free Culture*, (New York: The Penguin Press, 2004), en direct : < <http://www.free-culture.cc/freeculture.pdf>>, 296-304.

⁴⁶ Daniel J. Gervais, « The Price of Social Norms: Towards a Liability Regime for File-Sharing », *Journal of Intellectual Property Law*, vol. 12 (2004), n° 1, p. 39.

⁴⁷ Jessica Litman, « Sharing & Stealing », *Hastings Comm/Ent LJ*, vol. 27 (2004), p. 1.

⁴⁸ Electronic Frontier Foundation, *A Better Way Forward: Voluntary Collective Licensing of Music File Sharing* (2004), en direct : < www.eff.org/share/collective_lic_wp.pdf>. David Kusek et Gerd Leonhard propose apparemment un projet similaire, mais les détails sont flous. Voir David Kusek, « Music Like Water » dans *Forbes* (31 janvier 2005) en direct : < http://www.forbes.com/columnists/free_forbes/2005/0131/042.html>.

⁴⁹ Le professeur Fisher préfère un régime obligatoire, mais il serait prêt à accepter un mécanisme volontaire qui ne soit pas du ressort du gouvernement; voir *supra* note 45 p. 46-52.

⁵⁰ Litman, *supra* note 48 p. 33.

⁵¹ *Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques*, 1886, 828 U.N.T.S. 221 art. 9(2); *Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce* 1994, 1869 U.N.T.S. 299 art. 13. Voir aussi Gervais, *supra* note 46 p. 71-73.

utiles.⁵² Toutefois, en Australie, le régime d'exonération et de redevance a été annulé parce qu'il enfreignait la constitution de ce pays.⁵³ Au Canada, contrairement aux droits d'auteurs exclusifs, les redevances sont vulnérables (pour le moment)⁵⁴ aux attaques, pour des motifs semblables.

[49] Tout cela parce que les droits d'auteur exclusifs sont au cœur des propositions en vue d'établir une licence volontaire. Le professeur Gervais, par exemple, préconise un régime qui permet de se servir du droit d'auteur comme cadre normatif afin de forcer les consommateurs à payer des droits de licence. Cependant, en réalité, cette pratique n'est que rarement sinon jamais mise en litige. Voilà qui diffère d'un régime en vertu duquel les créateurs n'ont qu'un droit, c'est-à-dire celui de recueillir des revenus de tiers spécifiques. Dans un cas, l'application exclusive demeure une option, bien qu'elle ne soit pas conseillée. Dans l'autre cas, il n'y a d'autre choix que d'encaisser une rémunération.

[50] Les personnes qui paient l'imposition proposée constituent une autre différence importante. Le professeur Litman fait remarquer qu'il y a deux façons de percevoir les droits que l'on répartit entre les créateurs : par le biais de droits ou de redevances directs pour la concession d'une licence générale d'exploitation ou alors par une taxe sur la vente de biens ou de services.⁵⁵ Le modèle préconisé par le professeur Gervais, par exemple, consiste essentiellement en l'instauration de frais d'utilisation qui sont tout simplement négociés par des intermédiaires et dont l'application est exclusive. Le plan du professeur Netanel, par exemple, mène à l'imposition de frais pour les biens et services offerts par des tiers par procuration. Selon moi, cette dernière proposition est plus acceptable.

[51] Il faut tenir compte de plusieurs préoccupations avant d'instaurer un régime d'exonération et de redevance plus étendu au Canada. Tout d'abord, ce modèle n'intéresse guère tous ceux qui croient que les créateurs ont des droits de propriété naturels sur leurs œuvres. On ne parle pas du tout d'enlever leurs droits aux intermédiaires qui sont des personnes morales, mais lorsqu'il s'agit d'artistes qui sont des êtres humains, les choses peuvent être différentes. En général, les défenseurs des droits naturels de propriété des artistes sont minoritaires. Cependant, la jurisprudence récente est ambiguë et la discussion n'est pas close.⁵⁶ À défaut d'autre chose, les

⁵² Voir, par exemple, *Eldred v. Ashcroft*, 537 U.S. 186 (2003), 123 S.Ct. 769, qui se penche sur le pouvoir que confère l'article 1, section 8 de la constitution des États-Unis au Congrès, de prolonger la durée de la protection en vertu du droit d'auteur.

⁵³ *Australian Tape Manufacturers Assn. Ltd. v. Australia* (1993), 176 C.L.R. 480, 112 A.L.R. 53 (Aus. H.C.).

⁵⁴ La Société canadienne de gestion des droits d'auteur a fait part de son intention de demander à la Cour suprême du Canada de revoir la décision de la Cour d'appel fédérale dans la cause de la *Société canadienne de perception de la copie privée c. Canadian Storage Media Alliance*, *supra* note 30. Ces questions d'ordre constitutionnel y sont abordées. Voir J.F. deBeer & G. Régimbald, *The Constitutional Implications of Private Copying and (Il)legal Downloading* (2005) [non publié, déposé par l'auteur].

⁵⁵ Voir Litman, *Sharing or Stealing*, *supra* note 47 p. 42.

⁵⁶ Voir C. Craig, *supra* note 12.

arguments au sujet des droits naturels permettent de comprendre les droits moraux inscrits dans la *Loi canadienne sur le droit d'auteur*. Les régimes d'exonération et de redevance doivent, par conséquent, surmonter cet obstacle philosophique.

[52] Même si les intermédiaires ne peuvent soulever l'objection que l'on vient d'aborder, un modèle alliant exonération et redevance demeure difficile à accepter. Les redevances sont perçues comme étant un compromis visant à calmer ceux qui renoncent à leur droit de propriété. Mais, en toute honnêteté, pourquoi est-ce qu'un détenteur de droits rationnel accepterait de se priver du contrôle qu'il a sur des sources de revenus actuelles pour s'aventurer sur un terrain inconnu? Une redevance convient aux détenteurs de droits dans la mesure où elle représente une nouvelle source de revenus, et non si elle remplace une source de revenus existante (ou potentielle). Le développement de régimes ayant trait à la copie pour usage privé confirme cela.

[53] Mis à part cela, on n'a pas encore démontré de façon probante la nécessité de recourir à un mécanisme d'exonération et de redevance. Sur le plan de la technologie, l'une des études les plus complètes sur le sujet à ce jour conclut que les redevances devraient être éliminées progressivement à mesure que les outils pour contrôler les copies pour usage privé deviennent disponibles.⁵⁷ Cela veut dire tout simplement que les mesures de protection technique (MPT) et les systèmes de gestion des droits numériques (SGDN) ont affaibli le postulat de base sous-jacent aux redevances, à savoir que l'on ne peut pas empêcher certaines activités ou fixer pour elles une rémunération adéquate. Il est vrai qu'aucun SGDN ou MPT n'est tout à fait à l'abri des critiques, mais cela ne veut pas dire pour autant qu'ils sont généralement inefficaces.

[54] Des poursuites récentes un peu partout dans le monde donnent à penser que les régimes alliant exonération et redevance sont peut-être inutiles sur le plan juridique. De toute évidence, il est impossible d'intenter des poursuites contre tout le monde. En général, ce n'est pas le but de la loi. Les lois n'existent pas pour être contestées. Elles sont plus efficaces lorsqu'elles agissent en coulisse, lorsqu'elles influencent les normes sociales et facilitent l'échange volontaire de droits et d'obligations. Il n'est pas toujours nécessaire de mettre les lois en application pour que les normes juridiques à elles seules soient utiles. Il suffit qu'il y ait une menace crédible de mise en application de la loi pour forcer le respect de celle-ci. C'est ce que font, le plus possible, les lois sur le droit d'auteur existantes, sans compromettre indûment d'autres valeurs telles que la vie privée, la liberté d'expression et la diffusion de la culture et de l'information. Comme le souligne le professeur Gervais, si l'industrie phonographique a du mal à gérer les réseaux d'échange de fichiers, ce n'est pas parce qu'il y a une impossibilité pratique d'accorder une licence pour de

⁵⁷ P.B. Hugenholtz, *supra note 30*. Voir aussi N. Helberger « It's not a right, silly! The private copying exception in practice », *INDICARE Monitor* (7 octobre 2004).

telles activités, mais plutôt parce qu'il est difficile d'imprimer sa marque sur les normes sociales qui régissent cette technologie.⁵⁸ L'industrie phonographique aurait pu toucher 12 milliards de dollars si elle avait octroyé une licence à Napster et à ses utilisateurs au lieu d'intenter une poursuite contre eux.⁵⁹

[55] De plus, les mécanismes de franchise et de redevance entraînent un inconvénient : l'interfinancement. Cela pose deux problèmes. Le premier est l'interfinancement interne. Plus le nombre et la diversité d'anciens détenteurs de droit d'auteur qui ont maintenant droit à une rémunération sont grands, plus il est difficile de leur distribuer de façon équitable les revenus qui proviennent des redevances.⁶⁰ Les revenus que génèrent certaines œuvres finissent pas subventionner d'autres œuvres parce qu'il est impossible de mettre en corrélation la perception et la distribution des fonds aux détenteurs de droits méritants (quel que soit le critère choisi). La plupart des propositions préconisent un système de repérage quelconque afin de régler ce problème. C'est peut-être faisable à long terme, mais l'application uniforme de tels systèmes nécessitera d'énormes efforts de coordination et un engagement sans faille.

[56] L'interfinancement externe est le deuxième problème et le plus important. D'ordinaire, dans le cas de régimes alliant exonération et redevance, on compte plutôt sur les entreprises novatrices dans les domaines de la technologie et des communications pour subventionner les créateurs d'œuvres culturelles. On suppose qu'elles finissent par transférer les coûts aux consommateurs de produits culturels eux-mêmes. Cependant, les répercussions sur ces industries sont réelles.

[57] On a déjà laissé entendre que les importateurs de supports vierges tirent profit de la régularisation juridique de la copie pour usage privé, par le biais de l'augmentation des ventes, par exemple.⁶¹ Il est difficile de réfuter ou de vérifier une telle affirmation qui repose sur une série d'hypothèses. La première est que la régularisation d'une activité (la copie d'œuvre musicale, par exemple) entraîne une augmentation de sa fréquence. Cela n'est pas sûr. Les réseaux d'échange de fichiers, par exemple, réagissent davantage aux normes sociales qu'aux lois.⁶² Deuxièmement, on présume, par exemple, que la copie d'œuvres musicales et les supports vierges vont de pair. Par conséquent, si le prix de la copie (sur le plan des risques juridiques et de

⁵⁸ Gervais, *supra* note 46.

⁵⁹ *Ibid.* Sony BMG et Grokster vont peut-être suivre la même voie. Jon Healey, « Sony BMG Grokster Join Forces », *Los Angeles Times* (29 octobre 2004) C1.

⁶⁰ Le fait de déterminer ce qui constitue une base juste est problématique en soi. Mais, la popularité est probablement une mesure qui en vaut une autre.

⁶¹ *Société canadienne de perception de la copie privée c. CSMA*, *supra* note 30 paragraphes. 68-70; *Copie privée 1999-2000*, *supra* note 30 p. 16. Voir aussi Fisher, *supra* note 44 p. 4, 41.

⁶² Gervais, *supra* note 46.

la tare sociale) baisse, la demande en support vierge va croître. Cela est probablement vrai, mais il faut davantage de renseignements afin de savoir si cette croissance suffira pour compenser la baisse de la demande attribuable à une hausse des prix qui comportent une nouvelle redevance. On dit couramment que la demande en support vierge n'entraîne pas de grands changements sur le plan des prix. Donc, une redevance ne changerait pas grand-chose.⁶³ Mais, quand il s'agit des différents produits qui pourraient être sujets à redevance, les CD vierges, les ordinateurs personnels, l'accès à l'Internet, etc., il ne faut pas généraliser.

[58] Quoi qu'il en soit cependant, même si on pouvait tirer un avantage financier net d'entreprises tierces, cela ne justifie pas qu'on leur impose une redevance. D'une part, il est permis de croire qu'il est injuste de transférer aux entreprises technologiques et de communications la lourde tâche de gérer les redevances. La perception, l'enregistrement et le versement des redevances, ce n'est pas leur affaire.

[59] Se servir de la notion du « bénéficiaire » pour justifier le fait que l'on cible les tiers ressemble à un argument auquel on s'est bien opposé dans le contexte de causes sur la responsabilité contributive qui ont retenu l'attention du public.⁶⁴ Cela va l'encontre des principes fondamentaux de la cause *Sony-Betamax*⁶⁵ aux États-Unis et de celle de la *CCH Canadienne Limitée c. Barreau du Haut-Canada*⁶⁶, au Canada, à savoir que le fait de fournir les moyens de faciliter une violation du droit d'auteur, ou le fait d'en profiter ne sont pas en soi inacceptables. Comme l'ont dit les professeurs Lemley et Reese récemment [traduction] : « Tenir quiconque, de quelque façon que ce soit, entièrement responsable d'une telle violation du droit d'auteur n'est pas une bonne idée ».⁶⁷ Les redevances imposées aux tiers par procuration amènent ce principe au point de rupture.

[60] De plus, plus on gravit les échelons de la « chaîne alimentaire », moins la redevance est pertinente. Le nombre de payeurs (indirects) de la redevance qui sont effectivement des consommateurs des produits culturels qui sont à l'origine du mécanisme est moins grand. Plus la redevance s'éloigne du consommateur ultime, plus le problème devient important. Le régime de copie pour usage privé a permis au Canada d'acquérir de l'expérience en la matière

⁶³ Voir *Copie privée 1999-2000 supra* note 30 p. 37-38; *Copie privée 2001-2002, supra* note 30 p. 4-6; *Copie privée 2003-2004, supra* note 30 p. 58-59.

⁶⁴ Voir, par exemple, *Metro-Godwyn-Mayer Studios, Inc. v. Grokster, Ltd.*, 380 F.3d 1154 (9^{ième} Cir. 2004).

⁶⁵ *Sony Corp. of America v. Universal Studios, Inc.*, 464 U.S. 417 (1984).

⁶⁶ *Supra* note 34.

⁶⁷ Mark A. Lemley and R. Anthony Reese, « Reducing Copyright Infringement Without Restricting Innovation », *Stanford L. Rev.*, vol. 56 (2004), p1345-1349.

[61] Tous les CD vierges fabriqués au Canada ou importés sont sujets à une redevance pour compenser l'utilisation de certains d'entre eux pour la copie de musique pour usage privé. Cependant, on estime qu'environ un tiers, tout au plus, des CD vierges achetés au Canada sont utilisés par les consommateurs pour faire des copies d'œuvres musicales (comparé à ceux qui sont utilisés par les entreprises, ou pour copier des données ou des photos, par exemple).⁶⁸ Le pourcentage de la redevance tient compte de cela. Néanmoins, il n'en demeure pas moins que les acheteurs des deux tiers des CD vierges subventionnent les consommateurs qui emploient beaucoup ce support pour faire des copies d'œuvres musicales.

[62] Cela constitue bien plus qu'un effet secondaire négatif pour un groupe précis de maniaques de la technologie. Il s'agit d'un problème extrêmement important pour des milliers d'entreprises canadiennes, soit pour des fabricants, des détaillants et pour des acheteurs commerciaux de biens et services qui doivent ou devraient payer des redevances. Même si une redevance sur l'accès à l'Internet permettrait certainement de prendre ceux qui téléchargent de la musique en flagrant délit, elle pourrait des effets néfastes sur le commerce électronique ou sur les établissements d'enseignement, par exemple. Une telle chose ne devrait pas être acceptée comme simple dommage collatéral d'une guerre contre le piratage putatif.

[63] Et puis, certains consommateurs paient deux fois. Par exemple, une personne qui achète une chanson du iTunes Music Store de Apple négocie par contrat afin d'avoir le droit d'effectuer certaines copies de la chanson pour usage privé⁶⁹. Pourtant, elle paie de nouveau pour la même activité parce qu'il y a une redevance sur l'utilisation de CD vierges pour la copie pour usage privé. Est-ce qu'elle devrait payer encore une redevance sur l'accès à l'Internet ou pour l'utilisation des iPod.⁷⁰

[64] On pourrait éliminer cette injustice en concevant des exceptions sur mesure qui, en théorie, transformeraient les redevances en instruments précis. Cependant, il n'est pas facile de séparer le bon grain de l'ivraie. Si l'on se fie au régime canadien actuel sur la copie pour usage privé, la situation n'est pas de bon augure pour l'instauration potentielle d'une redevance sur l'utilisation des ordinateurs personnels ou sur l'accès à l'Internet. La Cour d'appel fédérale a entériné le point de vue de la Commission du droit d'auteur Canada à ce sujet, en faisant récemment remarquer que la partie VIII de la *Loi canadienne sur le droit d'auteur* ne comporte pas d'exception légitime pour le vaste nombre de consommateurs et surtout d'entreprises qui

⁶⁸ Les données sont confuses et rendent fou parce qu'il faut analyser différents pourcentages (parmi eux ceux qui portent sur les consommateurs par rapport aux acheteurs pour entreprises et les pourcentages qui concernent l'utilisation pour la musique par rapport à l'utilisation à d'autres fins) et les différentes statistiques pour différents les formats. Ça, c'est sans tenir compte des données contradictoires sur l'exactitude des différents chiffres soumis par les différentes parties.

⁶⁹ *Copie privée 2003-2004, supra note 30.*

⁷⁰ Voir *SCPCP c. CSMA, supra note 30.*

achètent des supports vierges à des fins autres que la copie pour usage privé.⁷¹ La Cour a semblé approuver la lucidité de la Commission qui croit que le programme d'exemption *ad hoc* – qui a été développé et qui est géré de façon unilatérale par les bénéficiaires de la redevance – comporte des problèmes fondamentaux.⁷²

[65] On a déjà dit ceci au sujet du régime canadien de copie pour usage privé : « Ce régime ne peut être parfait; il s'agit d'un calcul approximatif, qui suppose que certains seront surtaxés et d'autres pas assez ». ⁷³ Par analogie, nous payons tous des taxes pour subventionner l'éducation, peu importe que nous ayons des enfants d'âge scolaire ou non. Cela est vrai. Cependant, il faut remarquer que le fardeau éducatif est, par conséquent, réparti sur l'ensemble de la population. Les redevances pour subventionner la culture ne sont le lot que d'un groupe particulier, soit les entreprises de technologie et de communication et leurs consommateurs, plutôt que du public en général. Essentiellement, elles sont à mi-chemin entre les frais d'utilisation et le financement public, ce qui est peu commode sur les plans conceptuel et pragmatique.

[66] Pour autant qu'une redevance est nécessaire ou souhaitable, il serait plus juste de l'imposer à la source des copies de produits culturels plutôt qu'à la personne à laquelle ces copies sont destinées. Prenons la musique par exemple, une solution consiste à imposer une redevance sur les CD préenregistrés et sur les téléchargements payés à partir desquels émane toute copie de toute façon. La valeur de la copie pour usage privé pour les créateurs et pour les consommateurs serait incorporée dans la source même. Une redevance sur les CD et sur les téléchargements prendrait en compte toutes les copies qui résulteraient de la source d'origine. Certains pourraient dire qu'en fait, le prix de la musique tient déjà compte de la copie pour usage privé. On reconnaît cela de façon explicite dans le cas des téléchargements autorisés qui comportent le droit de faire des copies. Une redevance mettrait cela hors de tout doute.

[67] Subventionner l'industrie de la musique par le biais d'une taxe sur les CD préenregistrés ou sur les téléchargements numériques plutôt qu'à l'aide d'une redevance sur les CD vierges équivaut à subventionner les autoroutes par le truchement de routes à péage ou de taxes sur l'essence. En principe, une telle méthode serait plus précise, car elle permettrait d'imposer le fardeau des redevances sur les activités qui justifient leur existence. En premier lieu, les groupes de bénéficiaires visés pourraient percevoir les redevances directement. On pourrait ainsi réduire ou éliminer les coûts administratifs, de renonciation ou de toute autre transaction que l'on impose actuellement aux fabricants, aux importateurs, aux distributeurs et aux détaillants des

⁷¹ *Ibid.* paragraphes 118-126.

⁷² *Copie privée 2003-2004, supra note 30.*

⁷³ Le régime canadien sur la copie pour usage privé a été décrit ainsi par la Cour d'appel fédérale dans la cause *AVS Technologies Inc. c. Agence canadienne des droits de reproduction musicaux* (2000), 7 C.P.R. (4^{ième}) 68 (F.C.A.) paragraphe 7.

produits pour lesquels une redevance est exigée. Deuxièmement, cela permettrait de mettre ceux qui ne font pas de copie à l'abri des répercussions des redevances. Ces répercussions seraient plutôt le lot des consommateurs de musique. Cette proposition n'est pas nouvelle, il y a un précédent. Ainsi, l'industrie française du cinéma est subventionnée en partie par une redevance sur les billets de cinéma.

[68] Bref, un régime alliant exonération et redevance est une approche coercitive qui fait rejaillir la responsabilité sur tous dans l'espoir d'atteindre certaines des cibles voulues. Il n'existe aucune raison qui justifie que l'on impose aux entreprises techniques et de communication et à leurs clients le fardeau financier et administratif que constitue une redevance. La causalité, l'enrichissement et la commodité n'ont jamais été les principes fondamentaux traditionnels de la *Loi sur le droit d'auteur*. La responsabilité, si elle est de mise, devrait continuer à être basée sur l'usage volontaire d'un produit culturel en échange de frais d'utilisation payés autant que possible par le consommateur du produit directement à son créateur. Selon le professeur Merger [traduction] : « Si nous parvenons à nous abstenir de modifier de façon brusque notre régime de la propriété intellectuelle (PI) en remplaçant par le partage forcé ce qui était offert de plein gré, on dira de nous que nous avons été sages. »⁷⁴ Il se peut que cela soit nécessaire dans certains cas. Malgré tout, il n'est pas dit qu'à ce stade-ci nous ne pouvons créer au Canada un marché fonctionnel dans un environnement en ligne, à plus forte raison si ce marché a échoué hors ligne.

[69] Par conséquent, lorsqu'on inscrit la responsabilité des FSI dans le cadre plus grand des redevances exigées des tiers pour rémunérer les artistes en ligne et hors-ligne, une telle option perd de son intérêt. Cela ne veut pas dire que les FSI ne devraient pas être tenus responsables de leur utilisation directe et de leur plein gré de contenus culturels. Cependant, il est inopportun de les tenir responsables des activités de leurs clients. De même, une redevance sur l'utilisation des ordinateurs personnels est injustifiée pour le moment. Au lieu de cela, le marché peut donner aux consommateurs qui désirent payer afin d'avoir accès à des produits culturels la possibilité de le faire en fixant des modalités claires et raisonnables. Ainsi, par exemple, on peut acheter de la musique à la carte (du iTunes Music Store, par exemple), par le biais d'un assortiment de licences pour échange de fichiers (que laissait présager la récente collaboration entre Sony BMG et Grokster) et chez les détaillants classiques.⁷⁵

[70] Aux yeux de nombreux défenseurs des régimes alliant exonération et redevance, ce qui fait l'attrait de ces mesures c'est principalement la dispense que l'on offre en contrepartie. Il existe des arguments convaincants contre les marchés culturels qui se basent sur la rareté artificielle et qui reproduisent les défauts du système actuel dans le nouvel environnement en

⁷⁴ R. Merges, *supra* note 28 p. 2.

⁷⁵ Voir Healy *supra* note 59; et Gervais, *supra* note 46.

ligne. La croyance voulant que les protagonistes du milieu culturel ne doivent pas avoir de contrôle exclusif sur les produits culturels est au cœur de cette animosité. Ne vous y trompez pas, la *Loi sur le droit d'auteur* actuelle comporte de sérieux problèmes. Cependant, les régimes d'exonération et de redevance ne font que détourner l'attention et empêchent de voir des options plus modérées et plus réalistes sur les plans politique, économique et juridique.

[71] Cela dit, dans la mesure où nous comptons sérieusement réévaluer le régime actuel, nous devrions abandonner complètement l'idée d'instaurer une rémunération *ex post* basée sur la demande du consommateur. Les marchés s'en chargent déjà et y excellent. Commençons par la base : l'étiquette « rémunération » est trompeuse et inutile.

[72] Elle est trompeuse parce que toute rétribution à venir est davantage liée au fait que l'on a enlevé aux détenteurs de droits la capacité de contrôler l'utilisation d'une œuvre spécifique qu'à un paiement pour l'utilisation de cette œuvre. Comme nous l'avons déjà dit, la plupart des propositions comportent un mécanisme quelconque visant à faire une corrélation entre la distribution des revenus provenant des redevances et la popularité d'une œuvre en particulier. Mais, en général, la rémunération n'est une compensation qu'à l'échelon macroéconomique.

[73] L'étiquette « rémunération » est inutile parce que le but de l'exercice n'est pas de compenser, mais d'inciter les artistes à créer. La compensation est une façon d'y parvenir, certes. Mais, de toute évidence, ce n'est pas la seule. Il s'agit là d'un point important de cette analyse qui nous pousse à revenir aux objectifs de la *Loi sur le droit d'auteur*. Il faut se rappeler que la protection offerte par le droit d'auteur, pour les intermédiaires certainement sinon également pour les artistes, n'est nécessaire que si elle constitue le moyen le plus efficace et le plus efficient de pousser à investir dans la création et dans la diffusion de produits culturels. Il n'y a aucune raison fondée pour laquelle des mesures économiques visant à susciter la création de produits culturels deviennent des droits de propriété qui doivent être exploités une fois le produit créé. Nous devons plutôt nous demander ce qui a nécessité la création de stimulants pour créer des produits qui ont une valeur sociale.⁷⁶ En fait, l'important est de créer des « stimulants » et non une « compensation ». Les deux concepts se recoupent, mais ne sont pas synonymes.

[74] Ayant établi que notre objectif premier est de stimuler la créativité plutôt que de la compenser, nous devrions nous poser une question connexe : quels protagonistes du processus de création est-ce qu'il vaut mieux viser? En fait, il y a trois options. On pourrait polariser les efforts afin de stimuler les artistes (les auteurs et les artistes-interprètes), les intermédiaires (les producteurs et les distributeurs) ou les consommateurs. À mon avis, ces trois groupes ont besoin

⁷⁶ Steven Shavell et Tanguy van Ypersele, par exemple, ont fourni une analyse complète sur la façon dont les rétributions autres que celles qui découlent des droits de propriété intellectuelle ont peut-être été calculées. Voir « Rewards Versus Intellectual Property Rights », *Journal of Law and Economics*, XLIV (Octobre 2001), p. 525- 529.

LA RÉMUNÉRATION DES ARTISTES ET LE RÉGIME CANADIEN DE DROIT D'AUTEUR

de soutien. Cependant, en général, les intermédiaires sont bien protégés et il faudrait faire davantage pour les derniers maillons de la chaîne de l'offre et de la demande, soit les artistes et les consommateurs. Ni la réforme du droit d'auteur, ni les régimes d'exonération et de redevance ne constituent une réponse adéquate. Il faut plutôt cesser de miser autant sur les redevances concernant les droits d'auteur ou sur la rémunération provenant des redevances comme moyen principal de stimuler les industries culturelles canadiennes.

C. Les programmes de financement publics

[75] Ni les droits d'auteur exclusifs, ni les redevances versées par les tiers ne peuvent suffire à elles seules à soutenir les industries culturelles canadiennes de façon adéquate. L'une des raisons réside dans le fait qu'en pratique, une partie importante des revenus provenant des droits d'auteur et des redevances vont aux intermédiaires ou passent par eux. Il y a plusieurs façons d'expliquer cela. Parmi elles, il y a le fait que les industries culturelles ont des pratiques et une structure qui font en sorte que les artistes font souvent cession de leurs droits à des intermédiaires, tels que les éditeurs de musique et de livres.⁷⁷ En d'autres mots, les intermédiaires qui sont des personnes morales servent de gardiens et les droits d'auteur des artistes sont souvent le prix à payer pour être admis au marché.

[76] En théorie, un revenu plus important pour les intermédiaires signifie un plus grand investissement dans le développement de produits. Donc, les bénéfices que peuvent en tirer les artistes à la base sont indirects, mais néanmoins réels. Cela est vrai, jusqu'à un certain point. Mais, il y a des difficultés auxquelles il faut faire face. Une politique qui consiste à confier le développement des produits culturels entièrement à des entités privées est discutable. « Il en résultera un secteur culturel plus voué au commerce qui offrira une foire plutôt homogène au grand public et des créneaux sélects et de qualité à une élite riche »⁷⁸ [traduction]. Une industrie culturelle pleine de vitalité contribue au succès de valeurs qui ne sont pas économiques⁷⁹ et qui peuvent être négligées par un marché de masse contrôlé par des gardiens mondiaux.

[77] De plus, la majeure partie des revenus générés au Canada par les droits d'auteurs et par les redevances est destinée à l'exportation. Récemment, dans une série de chroniques, le professeur Geist s'est prononcé sur le « déficit culturel » canadien⁸⁰. Soyons clairs, il s'agit du

⁷⁷ Dans le contexte de la musique, voir, en général David L.P. Garson *et al.*, *Musicians and the law in Canada : A Guide to the Law, Contracts, and Practice in the Canadian Music Business* 3^{ième} édition fait par Paul Sanderson (Scarborough: Carswell, 2000).

⁷⁸ Van der Ploeg, *supra* note 4.

⁷⁹ Van der Ploeg fait mention des « valeurs esthétiques, décoratives, spirituelles, sociales, identitaires, historiques, symboliques et d'authenticité, qui se distinguent des valeurs économiques telles que l'utilité, l'échange, le magasin, le statut, l'option et les legs ». *Ibid.*

⁸⁰ Michael Geist, « Why Canada should follow U.K., not U.S., on copyright », *Toronto Star*, 4 octobre 2004; M. Geist, « Advancing Technology Threatens Cultural Policy », *Toronto Star* (8 novembre 2004) : « Pour chaque dollar que gagnent les artistes canadiens dans le domaine de l'enregistrement sonore dans les marchés étrangers, le Canada

déficit qu'accuse le Canada dans ces échanges avec les États-Unis. Le déficit canadien dans le commerce de services de la culture par rapport aux États-Unis s'est élevé à près de 1,2 milliard de dollars en 2002. Par ailleurs, le Canada affichait un surplus d'environ 250 millions de dollars dans ses échanges commerciaux avec le reste du monde.⁸¹ Un examen rapide de l'importance des paiements de redevances concernant les droits d'auteur dans le déficit culturel canadien par rapport aux États-Unis permet de déceler une tendance inquiétante. Il se peut que ce soit également une bonne indication des répercussions de réformes récentes du droit d'auteur. Entre 1996 et 2002, le déficit du Canada par rapport aux États-Unis en matière de paiement de redevances concernant les droits d'auteur a plus que doublé.⁸² De plus, alors qu'en 1996, ces paiements représentaient seulement 19 p. 100 du déficit, ils sont passés à 31 p. 100 en 2002. Au même moment, notre déficit en matière de paiement de redevances pour les marques de commerce a augmenté du quart,⁸³ et leur proportion dans le déficit du Canada par rapport aux États-Unis a baissé, passant de 45 p. 100 à 41 p. 100. Si le Canada modifie encore sa loi pour se conformer aux accords internationaux, les changements apportés à la redevance sur la copie pour usage privé, pour ne donner qu'un exemple, permettront [traduction] « d'augmenter de façon importante les sommes que les consommateurs versent aux artistes-interprètes et aux producteurs étrangers ». Résultat, les sorties de fonds pourraient atteindre des dizaines de millions de dollars.⁸⁴

[78] L'état de l'industrie cinématographique canadienne est également révélateur.⁸⁵ Dans les pays où l'industrie cinématographique est forte, la part de marché intérieure des recettes dépasse rarement 10 à 20 p. 100 et ce, même si les films français prennent plus de 30 p. 100 du marché national français.⁸⁶ Cependant, la part des recettes des films nationaux canadiens est de 4 p. 100.⁸⁷

débourse cinq dollars pour rétribuer les artistes étrangers. Les Canadiens importent presque trois fois plus de livres qu'ils n'en exportent (évalué en dollar) et l'industrie canadienne de la radiodiffusion ne génère que 33,8 millions de dollars dans les marchés étrangers alors que les Canadiens dépensent plus de 500 millions de dollars pour des émissions étrangères. »

⁸¹ Les chiffres exacts sont 1 181 610 000 \$ et 262 907 000 \$. En 2002, les importations canadiennes en matière de services culturels ont dépassé les exportations de 918 703 000 \$. De cette somme, les redevances pour droits d'auteur représentaient 360 548 000 \$. Voir Statistique Canada : *enquête sur le commerce de la culture, tableaux de données, septembre 2004*, catalogue numéro 87-213-XWE, en ligne : <<http://www.statcan.ca/english/freepub/87-213-XIE/87-213-XIE.xls>>.

⁸² De 160 563 000 \$ à 365 471 000 \$.

⁸³ De 372 986 000 \$ à 490 418 000 \$.

⁸⁴ M. Rushton, *Economic Impact of Canadian WIPO Ratification on Private Copying Regime: An Update*, (2003) p. 6.

⁸⁵ Voir, par exemple, George Melnyk, *One Hundred Years of Canadian Cinema* (Toronto: University of Toronto Press, 2004).

⁸⁶ Jean-Marie Le Breton, *The Film Industry in Britain and France –Strategies for Success* (2000), Conseil franco-britannique, en direct : <<http://www.francobritishcouncil.org.uk/filmindustry.htm>>; D'autres croient que le pourcentage pour la France est plus élevé et le fixe à 42 p. 100 en 2001. Voir Grant & Wood, *supra* note 3 p. 295.

⁸⁷ Denis Seguin, "Role Reversal" (2004) 77:18 *Canadian Business* 33.

LA RÉMUNÉRATION DES ARTISTES ET LE RÉGIME CANADIEN DE DROIT D'AUTEUR

De toute évidence, notre proximité avec Hollywood est à blâmer. À preuve, les films anglophones canadiens représentent 1 p. 100 de nos recettes alors que les films canadiens francophones (qui n'ont pratiquement pas de concurrents aux États-Unis) représentent 20,8 p. 100 des recettes.⁸⁸

[79] De façon plus générale, Peter S. Grant et Chris Wood ont remarqué une tendance alarmante dans le marché des biens et services culturels [traduction] :

Cinq très grandes compagnies discographiques contrôlent plus de 70 p. 100 de la valeur en dollars dans le domaine des enregistrements sonores. Hollywood domine les projections cinématographiques et inonde les postes de télévision locaux de dramatiques télévisées auxquelles il est difficile de résister. Dans le monde entier, la concentration des médias gagne en rapidité. Que ce soit aux États-Unis ou dans n'importe quel pays où cette croissance augmente, les producteurs indépendants ont de plus en plus de mal à survivre. La distribution des produits culturels repose entre les mains de gardiens qui réduisent les choix plutôt que de les augmenter. Dans le domaine des livres, une durée de conservation en stock plus courte et des marges de fournisseurs plus restreintes des grands magasins de détail ont entraîné une hausse des ventes des livres à succès, des fusions dans le monde de l'édition et causé du tort aux livres moins populaires.⁸⁹

Cet extrait suggère quelles sont les personnes qui ont le plus besoin de soutien, il s'agit des artistes canadiens faits de chair et d'os et non des intermédiaires qui sont des personnes morales étrangères. Pourtant, des lois sur le droit d'auteur plus fortes et des redevances exigées des tiers contribuent de façon importante à une sortie de fonds canadiens au profit de producteurs et de distributeurs étrangers de produits culturels étrangers qui sont principalement à Hollywood et dans la ville de New York.

[80] Les lois modernes du droit d'auteur affichent les signes de l'effet de l'apôtre Matthieu : « Car on donnera à celui qui a, quel qu'il soit, et il y aura (pour lui) surabondance; mais à celui qui n'a pas, on lui ôtera même ce qu'il a ».⁹⁰ Au cas où l'industrie de la musique aurait des doutes, on a rebaptisé la parole de Saint Matthieu « l'effet Brittany ».⁹¹ Je ne porte pas de jugement de valeur sur les mérites ou sur les mauvais points des pressions qu'exercent les Américains sur les industries culturelles canadiennes. Cependant, je fais remarquer que ni les droits d'auteur exclusifs, ni les régimes d'exonération et de redevance ne sont en mesure d'atteindre l'objectif qui est de soutenir les artistes canadiens de façon spécifique.

⁸⁸ *Ibid.*

⁸⁹ Grant & Wood, *supra* note 3 p. 1.

⁹⁰ Matthieu 25:29.

⁹¹ Voir James Love, *Artists Want to be Paid: The Blur/Banff Proposal*, en direct : <http://www.nsu.newschool.edu/blur/blur02/user_love.html>.

[81] Bien entendu, les intérêts corporatifs américains ne sont pas les seuls à tirer profit de redevances concernant les droits d'auteur et d'imposition plus élevées, les artistes et les intermédiaires canadiens également. Mais il est important de comprendre que c'est le public canadien qui paie tous les profits que peuvent en tirer les créateurs canadiens et de Hollywood. Étant donné que ce sont les consommateurs canadiens de produits culturels ou pire encore, les entreprises de technologie et de communication canadiennes et leurs clients qui paient la note, il faudrait que ce soient les créateurs canadiens qui en bénéficient le plus possible.

[82] Grant et Wood décrivent un « coffre à outils » que les gouvernements peuvent utiliser afin de soutenir les produits culturels populaires. Parmi ces outils, on compte le soutien de la radiodiffusion publique, de la programmation, les besoins de fonds des diffuseurs privés, les subventions ou les incitatifs fiscaux, les règles qui régissent les intérêts étrangers et les mesures touchant la politique de la concurrence.⁹² Les droits moraux constituent un autre outil important. Mais étant donné que cette communication porte sur le soutien économique, je me contenterai d'aborder brièvement les subventions ou les mesures incitatives que recèlent les programmes de financement public.

[83] Actuellement, il existe un éventail de programmes de financement public conçus afin de stimuler les industries culturelles canadiennes.⁹³ Les programmes d'incitation fiscale sont largement répandus et utilisés au Canada.⁹⁴ Mais les subventions automatiques et discrétionnaires sont également disponibles. Ainsi, le Fonds de la musique du Canada vient en aide à l'industrie canadienne de la musique par le biais d'initiatives qui stimulent l'écriture, la composition, les nouvelles œuvres musicales, la musique spécialisée, le développement du marché, l'entrepreneuriat en matière d'enregistrement sonore et la préservation des collections de musique canadienne. Présentation des arts Canada soutien les festivals d'arts professionnels, les représentations ainsi que d'autres expériences artistiques. Le Programme d'aide au développement de l'industrie de l'édition a pour but de permettre aux Canadiens d'avoir accès à un plus grand choix de livres qui reflètent la diversité culturelle et la dualité linguistique canadiennes. Le Fonds du Canada pour les magazines résulte d'une politique gouvernementale qui vise à appuyer l'industrie canadienne des périodiques. On peut également compter sur le Fonds canadien de télévision pour la création et la diffusion aux heures de grande écoute d'émissions de télévision canadiennes dans les deux langues officielles. Il ne s'agit là que de quelques exemples des nombreux programmes de soutien public destinés aux industries culturelles canadiennes.

⁹² Grant & Wood, *supra* note 3 p. 5.

⁹³ *Ibid.* chapitre 13.

⁹⁴ Patrimoine canadien, Affaires culturelles, Financement des PME culturelles, http://www.pch.gc.ca/progs/ac-ca/pubs/profile/5_f.cfm.

[84] Il n'est pas nécessaire qu'un programme de financement public se concentre exclusivement sur la création de produits culturels. Il devrait également soutenir la diffusion de ces produits.⁹⁵ Ou alors, si l'on regarde les choses sous un autre angle, les subventions à la culture devraient mettre l'accent sur l'offre *et* sur la demande. Rick van der Ploeg aborde la question du soutien aux industries culturelles aux Pays-Bas, un pays qui comme le Canada, est en bute à des voisins dominateurs qui le rendent vulnérable [traduction] :

Aux Pays-Bas, on a instauré un nouveau fonds qui récompensera les entreprises qui se doteront d'un programme culturel audacieux et de qualité. À la base, on croit qu'il faut du temps pour cultiver un auditoire et que les productions qui ont du succès méritent une plus longue diffusion. [...] Ces mesures incitatives qui visent la demande pourraient faire une réclame de qualité pour une programmation qui autrement ne serait pas rentable. On pourrait apporter une aide supplémentaire en ajoutant une prime pour remplir les salles au financement global de plusieurs arts de la scène. Cela les inciterait davantage à attirer un auditoire plus grand et cela permettrait de générer des revenus du marché.⁹⁶

Il existe des preuves empiriques que le financement public des industries culturelles régionales est rentable, car il encourage une communauté culturelle à prospérer et parce qu'il en résulte des activités économiques.⁹⁷

[85] Des données laissent également croire que les programmes de financement public sont en soi plus efficaces qu'une société de gestion collective lorsqu'il s'agit de générer des revenus et de les distribuer aux créateurs d'œuvres culturelles.⁹⁸ Bien entendu, le Fonds de la musique du Canada est entièrement subventionné par le gouvernement tandis que les sociétés de gestion collective dépendent de différentes sources de revenue. Par conséquent, je ne dis pas qu'un régime de gestion collective des droits d'auteur devrait ou ne devrait pas être remplacé par le Fonds de la musique du Canada. Étant donné que les régimes ne sont pas en concurrence l'un

⁹⁵ Voir Allan Gregg, « Art for Everyone: Stop funding elitist culture and support ventures that unite us », *Maclean's* 116:21 (26 mai 2003) p. 40.

⁹⁶ Van der Ploeg, *supra* note 4.

⁹⁷ « En 2001-2002, les dépenses faites par les trois niveaux de gouvernement dans les provinces de l'Atlantique en matière de culture ont atteint 446,2 millions de dollars; 49 p. 100 de cette somme provenait d'Ottawa. Mais l'auteur de l'étude, Nicole Barrieau, une chercheuse de l'Université de Moncton a déclaré que l'industrie a généré 2,1 milliards de dollars pour ce qui des activités économiques – soit 3,1 p. 100 du PIB de la région – et créé plus de 34 000 emplois. » Voir Stephen Bomais, « Culture industry gives more than it gets, study finds », *Daily News Halifax* (20 novembre 2004), p. 21.

⁹⁸ En moyenne, le ratio entre les dépenses et les revenus du Fonds de la musique du Canada est d'environ 11 p. 100. Voir le Rapport annuel du Fonds de la musique du Canada pour 2002-2003, en ligne : <http://www.canadamusiccouncil.ca/en/about/pdf/Annual_Report_CMF.pdf>. En 2002, le ratio entre les dépenses et les revenus de SOCAN, par exemple, était de 20 p. 100. Voir le tableau des résultats d'exploitation [Traduction] de SOCAN, en ligne : <https://www.socan.ca/jsp/en/word_music/FinRep03.jsp#s1>. La SCPCP, un organisme cadre qui regroupe de nombreuses sociétés collectives de gestions des droits d'auteur a récemment rapporté un ratio de 15 p. 100. Voir Aspects financiers importants, Société canadienne de perception de la copie privée, en ligne : <<http://cpcc.ca/francais/aspectsFin.htm>>.

avec l'autre pour subvenir aux besoins des créateurs canadiens, ils peuvent et devraient co-exister.

[86] Le financement des programmes de soutien public destinés aux industries culturelles est quelques fois difficile et il prête à la controverse.⁹⁹ À cet égard, les incitatifs fiscaux sont plus commodes que les subventions directes. Lorsqu'il s'agit de rétributions pécuniaires néanmoins, il y a sûrement de bonnes raisons d'opter pour la « redevance à la source » dont nous avons parlé précédemment. L'industrie cinématographique française constitue un exemple d'une utilisation fructueuse de ce mécanisme.¹⁰⁰ Les films français sont subventionnés à la fois par une redevance sur les supports vierges et sur l'équipement pour copie pour usage privé et par une taxe sur les billets de cinéma. Cette dernière méthode fait en sorte que ce sont les personnes les plus susceptibles de tirer profit du produit culturel subventionné qui paient. Il s'agit là d'une façon de faire plus exacte et donc plus juste.

[87] L'établissement de critères de sélection permettant d'accorder un financement public aux œuvres culturelles constitue une autre source de difficulté. Le financement peut être lié au potentiel ou aux antécédents, à la notion subjective qu'est le mérite ou à d'autres critères quelconques. Il se peut également que les programmes de financement public restreignent la liberté d'expression et mènent au contrôle étatique de la culture. Cependant, cette dernière possibilité est largement illusoire [traduction]

« Le « réalisme social » guindé de l'Union soviétique et de la République populaire de Chine ou les prétentions wagnériennes de l'Allemagne nazie étaient des tentatives réelles, de « commander et de contrôler » la culture. Mais depuis le milieu du XX^e siècle, toutes les grandes démocraties ont à un moment donné subventionné à la fois la culture noble et la culture populaire. En général, elles n'ont presque pas ou pas du tout lié leur aide à des engagements ouvertement politiques ou idéologiques. »¹⁰¹

Par conséquent, je ne préconise pas un régime d'assistance sociale culturel centralisé pour les artistes et pour les entrepreneurs du milieu culturel. Le ministère du Patrimoine canadien ne devrait pas devenir notre soupe populaire culturelle. De façon générale, les programmes de financement et le régime de droits de propriété exclusifs peuvent coexister.

[88] Cependant, le financement public donne lieu à une double rémunération. En d'autres mots, on utilise des fonds publics afin de créer des produits culturels qui sont par la suite protégés par des monopoles de droit et revendus aux Canadiens qui doivent y mettre un prix. Aux États-Unis, cela a provoqué le dépôt du *Public Access to Science Act* qui fait en sorte que

⁹⁹ Grant & Wood, *supra* note 3 p. 304-306.

¹⁰⁰ Voir, en général, Jean-Marie Le Breton, *supra* note 86; et Grant & Wood, *ibid.* p. 298-99 et les sources citées dans cette œuvre.

les œuvres qui résultent de la recherche scientifique, qui est considérablement financée par le gouvernement fédéral, ne sont pas également protégées par une loi sur le droit d'auteur.¹⁰²

[89] On pourrait obtenir un résultat semblable avec les produits culturels subventionnés par les contribuables canadiens sans modifications législatives. Une politique gouvernementale qui rend le financement public conditionnel à l'utilisation de licences justes et raisonnables pourrait atténuer le dilemme. Les administrateurs de programmes de financement publics pourraient, par contrat, exiger des récipiendaires de subvention qu'ils se servent d'une licence qui permet au public de copier une œuvre, de la distribuer, de l'exposer ou d'en faire la représentation, par exemple. Cela, à condition que les utilisateurs de l'œuvre en attribuent le mérite à l'auteur original, qu'ils n'utilisent pas l'œuvre à des fins commerciales, qu'ils ne la modifient pas, ne la transforment pas ou ne s'en servent pas pour créer autre chose. Il n'est pas nécessaire qu'une telle licence s'applique dans le monde entier. Ainsi, si les contribuables ou les payeurs de redevance canadiens subventionnaient un produit culturel, le public canadien devrait pouvoir utiliser cette œuvre. Cependant, le créateur de l'œuvre pourrait continuer à l'exploiter à l'étranger. L'instauration d'une politique de licence obligatoire comme condition pour recevoir un financement public ne nécessiterait pas beaucoup de travail de la part des administrateurs des programmes canadiens de subvention à la culture.

[90] En faisant cela, on aurait le meilleur de tous les mondes. Les créateurs qui désirent faire cavalier seul pourraient se servir du droit d'auteur pour protéger des produits culturels qui pourraient être mis à la disposition des consommateurs sous une forme accessible dans des conditions sensées et raisonnables. Ceux qui dépendent des subventions pour créer des produits culturels renonceraient d'une certaine façon à leur capacité d'exploiter leurs œuvres par rapport au public qui aurait payé d'avance.

VI. Conclusion

[91] La *Loi canadienne sur le droit d'auteur* n'a pas besoin d'une réforme radicale, même si l'utilisation efficace des produits culturels se bute à des obstacles injustifiables. Il n'y a aucune raison d'imposer des redevances aux tiers par procuration, qu'il s'agisse des fournisseurs de services Internet ou des fabricants d'équipements numériques, par exemple, pour gérer ce qui passe pour des échecs du marché. Ce qu'il faut, c'est cesser de dépendre autant des redevances concernant les droits d'auteur et des revenus générés par les redevances comme manière principale de stimuler le milieu culturel canadien, ses protagonistes et ses produits.

¹⁰¹ Grant & Wood, *supra* note 3, p. 293.

¹⁰² Voir HR 2613, 108th CONGRESS, 1st Session, June 26, 2003.