

Vol. 22, n° 3

La Commission du droit d'auteur du Canada : vingt années à « faire » l'histoire juridique

Jeremy de Beer*

INTRODUCTION	595
1. Compétence légale	596
2. Contributions à d'importantes questions d'intérêt public	602
2.1 Le partage de fichiers poste à poste	602
2.2 Neutralité des réseaux de télécommunications	614
3. Domaines d'engagement actuels et futurs	620
3.1 L'utilisation équitable et les autres exceptions	620

© Jeremy de Beer, 2010.

* L'auteur est professeur agrégé à la Faculté de droit de l'Université d'Ottawa. Il tient à remercier la Fondation du droit de l'Ontario et la Commission du droit d'auteur pour le financement de la recherche qui a mené à cet article, ainsi que M^e Mario Bouchard, M^e Claude Majeau et les différents participants à la conférence du 2 décembre 2009, à Ottawa, marquant le vingtième anniversaire de la Commission du droit d'auteur pour leurs commentaires à propos de ses idées et les ébauches du présent article. Les opinions exprimées sont celles de l'auteur et elles ne reflètent pas nécessairement celles de la Commission du droit d'auteur ou du gouvernement du Canada.

3.2 Oeuvres orphelines et titulaires de droits introuvables	623
CONCLUSION	626

INTRODUCTION

La Commission du droit d'auteur ne fait sans doute pas partie des tribunaux administratifs les plus connus au Canada. Contrairement à la Commission des droits de la personne ou la Commission de l'immigration et du statut de réfugié, ses décisions ne visent pas des questions de premier plan comme les libertés fondamentales ou les menaces à la sécurité nationale. Elle a su éviter la couverture publicitaire dont d'autres organismes ont été la cible, comme la Commission de sûreté nucléaire. Son rôle d'« organisme de réglementation économique » chargé avant tout d'établir les redevances à être versées pour l'utilisation d'œuvres protégées par le droit d'auteur¹ peut sembler modeste et prêter peu à controverse comparativement à d'autres organismes gouvernementaux.

Le vingtième anniversaire de la Commission fournit l'occasion de se pencher de façon plus rigoureuse sur son histoire juridique. Même le fait d'aborder l'analyse dans une perspective historico-juridique minimise la contribution constante que la Commission apporte à la législation, aux politiques et aux pratiques sur le droit d'auteur contemporain. Il serait plus juste de dire que la Commission a *fait* l'histoire juridique, du moins dans le domaine qui lui est propre, par ses nombreuses contributions à l'évolution du droit d'auteur canadien au cours des deux dernières décennies.

Le présent article pose principalement comme thèse que la Commission du droit d'auteur joue un rôle à la fois crucial et sous-estimé dans l'élaboration de la politique canadienne en matière de droit d'auteur. Ses décisions ont une influence réelle sur des questions économiques, technologiques, culturelles et juridiques qui revêtent une importance et un intérêt particuliers pour tous les Canadiens.

J'expose ma thèse en trois volets. En premier lieu, le document se situe dans le prolongement des quelques publications érudites qui

1. <<http://www.cb-cda.gc.ca/about-apropos/mandate-mandat-f.html>>.

se penchent sur la compétence de la Commission². L'objectif n'est pas de fournir une description exhaustive de sa structure ou de ses pouvoirs, mais de faire ressortir les aspects les plus intéressants de la relation qui existe entre la Commission et les pouvoirs législatif et judiciaire. En deuxième lieu, j'offre un compte rendu descriptif de deux exemples précis où la Commission a exercé son influence sur d'importantes questions d'intérêt public, soit le partage de fichiers poste à poste et la réglementation des télécommunications, y compris la neutralité du réseau. L'exercice démontre les liens qui unissent les questions de droit que la Commission tranche à certaines des difficultés les plus importantes qui se présentent au chapitre de l'élaboration de politiques sur les plans culturel et technologique. En troisième lieu et en guise de conclusion, j'entrevois les domaines dans lesquels les activités quotidiennes des Canadiens pourront être influencées par les décisions de la Commission. J'arrive à la conclusion que vraisemblablement cette influence grandira avec les années.

1. COMPÉTENCE LÉGALE

C'est depuis 1936 qu'existe un tribunal administratif traitant de licences et redevances en matière de droit d'auteur. Cette année-là, le Parlement créait le Tribunal d'appel du droit d'auteur (renommé Commission lors de la refonte législative de 1952), disposant d'un pouvoir relativement limité par rapport aux sociétés de droits d'exécution³. Il faut attendre 1989 pour que la Commission du droit d'auteur du Canada que l'on connaît voie le jour⁴. Le nouvel organisme disposait d'un personnel permanent, de ses propres locaux et d'autres outils nécessaires à l'exercice de son mandat. On le chargeait non seulement d'établir de nouveaux tarifs, mais également de superviser de façon générale certains aspects de la gestion collective du droit d'auteur. Moins d'une décennie plus tard, soit en

2. Voir par exemple GERVAIS (Daniel), « A Uniquely Canadian Institution : The Copyright Board of Canada », dans GENDREAU (Ysolde), dir., *An Emerging Intellectual Property Paradigm : Perspectives from Canada* (Edward Elgar, 2008) ; KNOPF (Howard), « Canadian Copyright Collectives and the Copyright Board : A Snap Shot in 2008 », (Barreau du Haut-Canada, programme de formation juridique permanente, 28 février 2008), <http://www.moffatco.com/pages/publications/Knopf_Canadian_Copyright_Collectives_Copyright_Board_Feb2008.pdf> ; BOUCHARD (Mario), « Collective Management in Commonwealth Jurisdictions : Comparing Canada with Australia », dans GERVAIS (Daniel), dir., *Collective Management of Copyright and Related Rights*, 2^e éd. (La Haye : Kluwer, 2010).

3. *Loi modifiant la Loi modificative du droit d'auteur, 1931*, S.C. 1936, c. 28, par. 10A(2).

4. *Loi modifiant la Loi sur le droit d'auteur*, L.C. 1988, c. 15, art. 48.

1997, les pouvoirs de la Commission étaient élargis au bénéfice des artistes-interprètes, producteurs de disques et radiodiffuseurs, et un nouveau régime de rémunération était mis en place visant certaines activités de ces nouveaux titulaires de droits⁵. C'est à la Commission qu'incombait la tâche de superviser la gestion collective des nouveaux droits, et d'établir les redevances qui en découlent. Des réformes législatives ont été proposées à deux reprises (bien que non promulguées) au cours des cinq dernières années, mais ni l'un ni l'autre de ces projets de loi n'aurait nécessairement apporté de changements importants au travail de la Commission⁶.

Vu les modifications significatives apportées à la structure et au mandat de la Commission en 1989 et l'évolution de son rôle en 1997, de nombreuses décisions rendues au cours des vingt dernières années ont permis de définir ses pouvoirs juridiques. Bien que la Commission, au même titre que n'importe quel tribunal administratif, tire ses pouvoirs de la loi⁷, les tribunaux judiciaires ont joué un rôle primordial dans l'établissement du cadre juridique dans lequel la Commission exerce ses activités. En particulier, la Cour d'appel fédérale a souvent été appelée à se prononcer sur la question de savoir si la Commission avait exercé de façon légitime le mandat que la loi lui confère⁸. Les décisions de nombreux tribunaux fédéraux canadiens sont susceptibles d'appel ou de contrôle judiciaire devant la Cour fédérale de première instance, mais les décisions de la Commission du droit d'auteur sont uniquement assujetties au contrôle judiciaire devant la Cour d'appel⁹.

Il existe entre l'appel et le contrôle judiciaire d'une décision d'un tribunal administratif une distinction subtile qui peut se révéler importante. En pratique, cette distinction s'est souvent traduite par une retenue judiciaire à l'égard de la compétence spécialisée de la Commission, plus particulièrement sur des questions économiques complexes. Or, dans le seul contrôle judiciaire d'une décision de la Commission du droit d'auteur à se rendre devant la Cour suprême

5. *Loi modifiant la Loi sur le droit d'auteur*, L.C. 1997, c. 32.

6. Projet de loi C-60, *Loi modifiant la Loi sur le droit d'auteur*, (20 juin 2005, première lecture) ; Projet de loi C-61, *Loi modifiant la Loi sur le droit d'auteur*, (12 juin 2008, première lecture).

7. Voir la *Loi sur le droit d'auteur*, L.R.C. (1985), c. C-42, partie VII, <<http://laws.justice.gc.ca/fra/C-42/index.html>>.

8. Voir BLAIS (Marie-Hélène) *et al.*, *Standards of Review of Federal Administrative Tribunals*, Toronto, Lexis-Nexis, 2007, ch. 9.

9. *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), c. F-7, al. 28(1j).

du Canada¹⁰, le haut tribunal a statué que la plupart des analyses de la Commission sur des questions de droit ne peuvent être simplement raisonnables : elles doivent être correctes¹¹. Pour mieux comprendre comment distinguer les décisions de la Commission qui commandent la retenue judiciaire et celles qui ne le font pas, il pourrait être utile de réexaminer certaines des décisions clés ayant établi précisément ce que la Commission peut faire au regard des questions de droit qui lui sont soumises.

Au début des années 1990, soit peu de temps après que la Commission eut été créée et qu'elle eut commencé à siéger, s'est posée la question de savoir si elle pouvait même examiner les questions de droit par opposition aux questions économiques. Le juge Létourneau de la Cour d'appel fédérale a statué que la Commission pouvait en effet trancher des questions de droit : elle « possède les pouvoirs connexes qui sont nécessaires et inexorablement liés à l'exercice de sa fonction, qui consiste à établir les tarifs que les sociétés de droits d'exécution peuvent imposer. Cette fonction peut impliquer le règlement de questions préliminaires ou connexes et de questions de fait ou de droit »¹². Cette sage conclusion reflète le fait que la Commission aurait pratiquement pieds et mains liés si elle ne pouvait se pencher sur des questions de droit liées à l'exercice de sa compétence. Une question légèrement différente concerne la détermination des questions de droit précises sur lesquelles la Commission peut statuer. Dans le cadre d'une demande d'injonction visant à empêcher la Commission de tenir des audiences en vertu du régime de copie privée dont la constitutionnalité était en cause, le juge Rothstein (alors juge à la Cour d'appel fédérale) avait refusé de statuer de manière définitive sur l'étendue des pouvoirs permettant à la Commission de trancher des questions constitutionnelles, tout en laissant entendre que des raisons pratiques prêchent en faveur de l'existence de ce pouvoir concomitant¹³.

10. Une décision antérieure abordait indirectement la question de la compétence légale de la Commission d'appel du droit d'auteur : *Maple Leaf Broadcasting c. Composers, Authors and Publishers Association of Canada Ltd.*, [1954] R.C.S. 624.

11. *Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c. Assoc. canadienne des fournisseurs Internet*, 2004 CSC 45, par. 48.

12. *Réseau de Télévision CTV Ltée c. Canada (Commission du droit d'auteur)*, [1993] 2 C.F. 115 (C.A.F.), p. 123-4.

13. *Alliance évangélique du Canada c. Agence canadienne des droits de reproduction musicaux*, [2000] 1 C.F. 586 (C.A.F.), par. 34.

Depuis ce temps, la Commission a examiné des douzaines de questions de droit très variées, dont les suivantes :

- Les services de radio par satellite autorisent-ils la reproduction réalisée par leurs abonnés¹⁴ ?
- Les photocopies faites pour des étudiants par leurs professeurs peuvent-elles se qualifier au titre de l'utilisation équitable à des fins de recherche ou d'étude privée¹⁵ ?
- Le fournisseur étranger de sonneries de téléphone cellulaire a-t-il un lien réel et important avec le Canada qui l'oblige à verser des redevances¹⁶ ?
- Un iPod est-il un « support audio »¹⁷ ?

Ces questions techniques peuvent parfois sembler sans importance dans le contexte du droit d'auteur canadien en général, mais certaines d'entre elles peuvent avoir de lourdes conséquences sur des pratiques répandues de l'industrie et soulever des problèmes épineux touchant à la législation et aux politiques sur le droit d'auteur.

Si la Commission peut trancher des questions de droit, les tribunaux ne sont pas tenus de retenir ses avis juridiques. Parallèlement, les juges reconnaissent que la Commission doit souvent analyser des éléments de preuve économiques compliqués ou contradictoires ; il ne serait donc pas justifié que les cours d'appel réexaminent cette preuve. Dans une affaire concernant des redevances pour la diffusion de musique à la télévision, le juge Robertson de la Cour d'appel fédérale a déclaré que les décisions de la Commission sur l'établissement de tarifs pouvaient être infirmées dans le cadre d'un contrôle judiciaire seulement si elles étaient manifestement déraisonnables¹⁸. Cette retenue extrême confirmait les décisions précédentes en la matière¹⁹.

14. *Services de radio satellitaire*, (Commission du droit d'auteur du Canada, 9 avril 2009), <<http://www.cb-cda.gc.ca/decisions/2009/20090408-m-b.pdf>>.

15. *Reprographie par des établissements scolaires*, (Commission du droit d'auteur du Canada, 26 juin 2009), <<http://www.cb-cda.gc.ca/decisions/2009/Access-Copy-right-2005-2009-Schools.pdf>>.

16. *Tarif n° 24 – Sonneries*, (Commission du droit d'auteur du Canada, 18 août 2006), <<http://www.cb-cda.gc.ca/decisions/2006/20060818-m-f.pdf>>.

17. *Copie privée 2003-2004*, (Commission du droit d'auteur du Canada, 12 décembre 2003), <<http://www.cb-cda.gc.ca/decisions/2003/20031212-c-b.pdf>>.

18. *Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada c. Canadian Assn. of Broadcasters*, 1999 CanLII 7720 (C.A.F.).

19. *Assoc. canadienne des radiodiffuseurs c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique*, (1994), 58 C.P.R. (3d) 190 (C.A.F.) ; *Les Réseaux*

La retenue judiciaire à l'égard de la Commission a atteint son apogée tout juste après qu'elle eut célébré son dixième anniversaire, dans le cadre d'un contrôle judiciaire de sa première décision de fond en matière de copie privée. Le juge Linden a décidé de ne pas modifier l'interprétation raisonnable mais censément erronée que la Commission avait donnée de certaines dispositions clés de la *Loi sur le droit d'auteur*, étant donné que la Commission « doit connaître l'industrie qu'elle régit mieux que la Cour »²⁰. En 2003, le juge Evans de la Cour d'appel fédérale faisait montre de la même retenue dans le cadre d'un contrôle judiciaire de la décision de fusionner deux tarifs proposés par différentes sociétés de gestion²¹. Même dans l'affaire concernant la télévision commerciale susmentionnée, où il faisait montre d'un degré élevé de retenue, le juge Robertson appliquait la norme de la décision correcte, et non seulement la norme de la décision raisonnable, aux décisions de la Commission concernant sa compétence en vertu de la *Loi*²².

Une certaine confusion entourant ce sujet a été écartée quelques années plus tard lorsque la question s'est rendue jusqu'au plus haut tribunal du pays. Appelée à décider si les fournisseurs de services doivent verser des redevances pour les œuvres musicales téléchargées au moyen d'Internet, la Cour suprême du Canada a tout d'abord dû se prononcer sur le degré de retenue qu'elle devait accorder à l'opinion de la Commission sur cette affaire. Le juge Binnie a confirmé la décision de la Cour d'appel fédérale, où le juge Evans avait conclu qu'il fallait appliquer à l'interprétation du droit par la Commission la norme de la décision correcte alors que son application commandait la raisonabilité²³. Selon le juge Evans (avec qui les juges Linden et Sharlow étaient d'accord sur ce point), le principal facteur déterminant de la norme de contrôle applicable aux décisions de la Commission sur des questions de droit n'est pas de savoir si la question relève de la compétence de la Commission, mais bien si la même question de droit peut également être soulevée devant un tribunal de droit commun, dans une instance en contrefaçon par exemple²⁴.

Premier Choix Inc. c. Assoc. canadienne de télévision par câble, [1997] A.C.F. n° 1723 (C.A.F.).

20. *AVS Technology Inc. c. Canadian Mechanical Reproduction Rights Agency*, 2000 CanLII 15571 (C.A.F.), par. 5.

21. *Société canadienne de gestion des droits voisins c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique*, 2003 CAF 302.

22. *Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada c. Canadian Assn. of Broadcasters*, *supra*, note 18, par. 10 et 12.

23. *SOCAN c. ACFI*, *supra*, note 11, par. 48-50, confirmant 2002 CAF 166, par. 36.

24. *SOCAN c. ACFI* (C.A.F.), *supra*, note 23, par. 104. Lorsqu'il en arrive à cette conclusion, le juge Evans rejette explicitement (par. 54, 59, 105) le raisonnement des

Il s'agit là d'un point important à faire ressortir. La Commission du droit d'auteur peut se prononcer sur des questions de droit à titre corollaire de son mandat de réglementation économique, mais ses décisions ne devraient pas être traitées comme des énoncés définitifs du droit. Cela dit, comme je le démontre dans la prochaine section, cette nuance juridique ne diminue en rien l'influence significative que la Commission exerce, sinon sur le fond de la législation canadienne sur le droit d'auteur, du moins sur la manière de la percevoir.

Mis à part son engagement direct ou indirect à l'égard des importantes questions d'intérêt public analysées ci-dessous, la Commission exerce également une influence plus subtile sur les pratiques juridiques liées au droit d'auteur. À vrai dire, les procédures applicables aux affaires instruites par la Commission pourraient être qualifiées de questions de droit à l'égard desquelles les tribunaux judiciaires ont le dernier mot. Or, il arrive parfois que la Commission ait à traiter de questions qui semblent être de forme, comme par exemple les « modalités » d'un tarif, qui ont des répercussions importantes sans que les instances révisionnelles interviennent. Citons comme exemple la décision de la Commission, susmentionnée, de fusionner en un seul deux tarifs proposés par différentes sociétés de gestion pour le compte de différents titulaires de droits, de façon à simplifier les obligations de paiement et de rapport incombant à l'utilisateur. La Cour d'appel fédérale s'en est remise au jugement de la Commission sur les avantages d'une telle approche²⁵. Dans une autre affaire, la Commission a été autorisée à établir des redevances plus élevées mais plus simplement structurées que ce qui avait été proposé par la société de gestion, sans enfreindre le principe *ultra petita* qui empêche normalement un décideur d'accorder une réparation qui va au-delà des conclusions recherchées par les parties²⁶.

La marge de manœuvre de la Commission à cet égard n'est pas sans limite. Dans une décision controversée de 2006, la Cour d'appel fédérale a fait droit à une demande de contrôle judiciaire de la décision de la Commission d'augmenter les redevances payables par les stations de radio commerciale, au motif que le raisonnement de la

juges Linden et Robertson dans les affaires *SOCAN c. CAB*, *supra*, note 18, et *AVS Technology*, *supra*, note 20.

25. *SCGDV c. SOCAN*, *supra*, note 21, par. 66.

26. *Société canadienne de perception de la copie privée c. Canadian Storage Media Alliance*, 2004 CAF 424, par. 179.

Commission était insuffisant²⁷. La Cour a statué qu'il n'était pas suffisant pour la Commission de dire (pour citer la Cour) : « Nous sommes les experts. Voici le chiffre : faites-nous confiance »²⁸. Fait intéressant à noter, les motifs que la Cour a jugés insuffisants pour augmenter les taux de redevances dans cette affaire n'étaient guère différents de ceux qu'avait acceptés la Cour lorsqu'elle a réexaminé la décision de 1999 de la Commission de diminuer les taux de redevances pour les stations de télévision²⁹. Dans une autre décision récente, la Cour d'appel fédérale a laconiquement rejeté une analyse juridique longue et nuancée de la Commission, sur l'applicabilité du régime canadien de copie privée aux enregistreurs audionumériques en la qualifiant essentiellement de sophisme juridique³⁰. Bien que la Cour n'ait pas utilisé ce terme précis – ses propos étaient beaucoup moins tranchants – le message sous-jacent était non ambigu pour les observateurs rompus à l'historique de ce dossier.

Les messages contradictoires des tribunaux ne sont pas sans rappeler le conte de *Boucle d'Or*. Lorsqu'elle motive ses décisions, la Commission doit en faire juste assez. Un raisonnement trop laconique ou, à l'inverse, trop sophistiqué peut tout mettre en péril. En outre, les tribunaux ne sont pas les seuls à lire les avis de la Commission avec une attention accrue. La Commission a, au cours des vingt dernières années, exercé une profonde influence sur la portée de la législation, des politiques et des pratiques en matière de droit d'auteur relativement à plusieurs importants dossiers d'intérêt public.

2. CONTRIBUTIONS À D'IMPORTANTES QUESTIONS D'INTÉRÊT PUBLIC

2.1 Le partage de fichiers poste à poste

Peu de questions d'intérêt public, s'il en est, où le droit, l'économie, la culture et la technologie se recourent ont attiré autant l'attention au Canada ces derniers temps que le partage de fichiers poste à poste de contenu protégé par le droit d'auteur. La réputation du Canada à titre de paradis du piratage provient en partie d'éditoriaux de la presse écrite et de débats publics qui critiquent la légis-

27. *Association canadienne des radiodiffuseurs c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique*, 2006 CAF 337.

28. *Ibid.*, par. 17.

29. *SOCAN c. CAB*, *supra*, note 18, par. 6.

30. *Apple Canada Inc. c. Société canadienne de perception de la copie privée et autres*, 2008 CAF 9.

lation canadienne sur le droit d'auteur³¹. Pire encore, diplomates et autres hauts fonctionnaires étrangers ont laissé entendre que notre législation est largement dépassée et qu'elle n'est pas en mesure de faire face aux problèmes contemporains que représente le piratage par Internet. On trouve par exemple, parmi les premières remarques publiques exprimées par le tout nouvel ambassadeur des États-Unis au Canada, David Jacobson, une réprimande sur le laxisme des lois au Canada³². De façon sans doute encore plus éloquente, le Canada a été inscrit en 2009 sur la « liste de surveillance prioritaire » du *United States Trade Representative* des pays dont les systèmes de propriété intellectuelle sont jugés inadéquats³³. À mon avis, ces critiques ne sont pas justifiées pour l'essentiel.

En quoi cela concerne-t-il la Commission du droit d'auteur ? Les raisons évoquées pour justifier l'inclusion du Canada sur la liste noire américaine étaient deux tentatives avortées du Canada en vue de mettre en œuvre dans le droit interne les traités Internet de l'OMPI de 1996, et l'incapacité des douaniers canadiens à saisir les contrefaçons sans ordonnance de la Cour³⁴. Bien que ces questions politiques et législatives ne relèvent pas de la compétence de la Commission du droit d'auteur, on ne peut nier que la réputation du Canada à titre de paradis du piratage a beaucoup à voir avec la couverture médiatique des décisions clés des tribunaux sur le téléchargement de musique au moyen d'Internet. En 2004, les titres des journaux aux quatre coins du Canada et partout dans le monde étaient pour le moins percutants : [TRADUCTION] « Un juge statue que le partage de fichiers est légal au Canada »³⁵, « Canada : nouveau paradis pour la musique gratuite »³⁶, « Le Canada deviendra-t-il le

31. Voir, par exemple, SOOKMAN (Barry) *et al.*, « What happens when copyright goes digital : Time to end Canada's piracy haven », [6 août 2009] *National Post*, <<http://www.nationalpost.com/todays-paper/story.html?id=1863819&p=1>> ; SOOKMAN (Barry) *et al.*, « Internet piracy : Copyright Law in Canada and the United States », présenté par le Woodrow Wilson International Center for Scholars [14 octobre 2009], <http://www.wilsoncenter.org/index.cfm?fuseaction=events.print&event_id=549898&stoplayout=true>.

32. PILIECI (Vito), « Canada in talks over copyright laws with bite », [5 novembre 2009] *Ottawa Citizen*, <<http://www2.canada.com/topics/technology/story.html?id=2189494>>.

33. United States Trade Representative, « 2009 Special 301 Report », (30 avril 2009), <<http://www.ustr.gov/sites/default/files/Full%20Version%20of%20the%202009%20SPECIAL%20301%20REPORT.pdf>>.

34. *Ibid.*, p. 17-18.

35. BORLAND (John), « Judge : File Sharing Legal in Canada », [31 mars 2004] *CNet News*, <http://news.cnet.com/2100-1027_3-5182641.html>.

36. ALEXANDER (Doug) *et al.*, « New haven for free music : Canada », [2 avril 2004] *Christian Science Monitor*, <<http://www.csmonitor.com/2004/0402/p06s01-woam.html>>.

Vanuatu du Nord ? »³⁷, « Le Canada devient le paradis des échangeurs de fichiers musicaux »³⁸, « C'est permis de télécharger la musique »³⁹, « Au Canada, télécharger n'est pas un "vol" »⁴⁰, « Le Canada pourrait devenir la capitale mondiale du réseau Kazaa »⁴¹. La Commission du droit d'auteur n'a jamais rien dit pour justifier ces grands titres mais on trouve néanmoins, à la base de ces reportages, l'une des décisions les plus importantes de la Commission au cours des vingt dernières années – une décision qui interprète la portée du régime canadien de copie privée.

L'un des nombreux articles écrits sur le partage de fichiers poste à poste en 2004 établissait un lien de la façon suivante : [TRADUCTION] « Le débat au Canada sur le partage de fichiers a éclaté en décembre dernier, lorsque la Commission du droit d'auteur de ce pays, qui régleme les questions de propriété intellectuelle, a statué que le téléchargement de chansons vers l'aval à partir d'un réseau poste à poste à des fins personnelles – et non nécessairement le téléchargement en amont – semblait légal »⁴². La décision de la Commission à laquelle renvoyait l'article avait été elle-même l'objet d'une intense couverture médiatique au moment de sa publication en 2003. Les titres à l'époque claironnaient (faussement, ou du moins, de façon trompeuse) : [TRADUCTION] « Le Canada considère le téléchargement poste à poste légal »⁴³ et « La Commission et l'Association de l'industrie canadienne de l'enregistrement ne s'entendent pas sur le téléchargement »⁴⁴. Les articles mêmes contenaient des analyses généralement superficielles et hyperboliques de certains aspects de la décision de la Commission. Selon le *National Post*, [TRADUCTION] « [...] la Commission du droit d'auteur du Canada a donné le feu vert au téléchargement de musique dans le cadre de sa décision la semaine dernière [...] Pour les utilisateurs de PC informés de cette décision, les portes sont apparemment grandes ouvertes

37. SIMCOE (Elliot) *et al.*, « Will Canada become the Vanuatu of the north ? », (juin 2004) *Managing Intellectual Property* 1.

38. MOORE (Charles), « Canada has taken flight as music swapper's paradise », (6 avril 2004) *St. John Telegraph Journal*.

39. SHAW (Gillian), « Music downloads OK », (1^{er} avril 2004) *Edmonton Journal* A1.

40. O'CONNOR (Kevin), « Downloading not 'stealing' in Canada », (20 août 2004) *The Vancouver Sun* D10.

41. EVANS (Mark), « Canada could become Kazaa capital of the world », (1^{er} avril 2004) *National Post* FP1.

42. BORLAND, *supra*, note 35.

43. BORLAND (John), « Canada Deems P2P Downloading Legal », [12 décembre 2003] *CNet News*, <http://news.cnet.com/Canada-deems-P2P-downloading-legal/2100-1025_3-5121479.html?tag=mncol;txt>.

44. EVANS (Mark), « The Music Industry Conundrum : Copyright Board, CRIA at Odds Over Downloading », (18 décembre 2003) *National Post* FP16.

pour télécharger tout leur soûl »⁴⁵. L'article du *National Post* ne prétendait pas, à son crédit, que la question était claire. Il y voyait de l'ambiguïté et de la controverse, déclarant :

[TRADUCTION]

Les nombreuses questions laissées sans réponse sur ce qui peut être fait ou non laissent entrevoir deux situations possibles : soit que la Commission du droit d'auteur et la SCPCP [Société canadienne de perception de la copie privée] devront faire des rajustements aux règlements ou aux politiques, soit que les tribunaux devront résoudre ces questions.

Si l'Association de l'industrie canadienne de l'enregistrement décide de poursuivre les personnes qui téléchargent de la musique en amont ou vers l'aval, les tribunaux seront forcés d'examiner la législation sur le droit d'auteur au regard du régime de redevances de la Commission. Il pourrait s'agir là d'un exercice odieux et coûteux pour toutes les parties.

Entre-temps, les règles du Canada qui concernent la protection des œuvres musicales et du droit d'auteur sont en suspens car il est difficile, voire impossible, de les interpréter.⁴⁶

D'autres médias d'information n'ont pas été aussi équivoques dans leur reportage. *CNet News*, un magazine en ligne largement lu, a repris une déclaration de l'ancien secrétaire général et maintenant vice-président de la Commission, M^e Claude Majeau : [TRADUCTION] « En ce qui concerne les disques durs, nous disons que pour l'instant, c'est encore légal »⁴⁷. Malheureusement, la citation est prise hors contexte, et rien ne précise à quoi se rapporte le « c'est ». *Qu'est-ce* qui était encore légal, selon la Commission ? L'article cite de nouveau M^e Majeau : [TRADUCTION] « En attendant, que la Commission rende une décision sur les disques durs, pour l'instant (nous nous prononçons) en faveur des consommateurs »⁴⁸. Là encore, il est difficile de déchiffrer ce que l'article supposait par ce passage. Il est loin d'être clair que ces remarques, à plus forte raison la décision de la Commission, appuient le message général véhiculé par l'article.

45. *Ibid.*

46. *Ibid.*

47. BORLAND, *supra*, note 43.

48. *Ibid.*

Peu importe, cette couverture médiatique a pris son envol, et l'attention publique frénétique qui en a découlé a conforté de nombreuses personnes dans leur fausse impression que le partage de fichiers poste à poste est légal en vertu du droit canadien actuel. Pour vraiment comprendre comment le mandat de la Commission est lié au téléchargement poste à poste (et il l'est certainement, mais pas tout à fait de la façon dont les médias l'ont décrit), il peut être utile d'établir la chronologie des événements qui ont marqué l'évolution de la législation canadienne sur le droit d'auteur sur cette question.

En 1996, soit cinq ans à peine après que la Commission eut été créée dans le cadre des modifications du droit d'auteur de la « Phase I », la réforme législative a une fois de plus été inscrite à l'ordre du jour du gouvernement. L'une des nombreuses questions abordées durant ce processus était la copie d'œuvres musicales à usage privé. Sheila Copps, alors vice-première ministre et ministre du Patrimoine canadien, a témoigné devant un comité parlementaire pour soutenir le projet de loi C-32, qui incluait une proposition visant à tenir compte du fait qu'il se vendait 44 millions de cassettes vierges au Canada chaque année, avant tout pour copier de la musique, sans qu'une indemnisation ne soit versée aux titulaires de droits⁴⁹. Malgré l'appui de groupes d'auteurs-compositeurs et d'éditeurs en faveur de redevances, Ken Thompson, alors vice-président de l'Association de l'industrie canadienne de l'enregistrement, a clairement annoncé la position de l'industrie du disque, et laissé présager l'évolution technologique à suivre : « [...] dans un proche avenir les consommateurs pourront se procurer des enregistrements sonores numériques interactifs, sur lecteur électronique, que l'on appelle aussi le juke-box ou la boutique de disques virtuelle », tout en faisant valoir que « les propriétaires de ces enregistrements et de cette musique ne pourraient être compensés adéquatement par un régime de copies privées »⁵⁰. De l'avis de l'industrie du disque à tout le moins, un régime de copie privée ne pouvait pas indemniser suffisamment pour le partage de fichiers.

49. Comité permanent du patrimoine canadien, Chambre des communes, 35^e Parlement, 2^e session, témoignage de Sheila Copps (3 octobre 1996). <http://www.parl.gc.ca/35/archives/committees352/heri/evidence/21_96-10-03/heri21_blk201.html#0.1.HERI21.000001.AA1105.A>.

50. Comité permanent du patrimoine canadien, Chambre des communes, 35^e Parlement, 2^e session, témoignage de Ken Thompson (22 octobre 1996), <http://www.parl.gc.ca/35/Archives/committees352/heri/evidence/26_96-10-22/heri26_blk201.html#0.1.HERI26.000001.AA1255.A>.

Au cours de l'année suivante, soit en 1997, des modifications furent adoptées qui ajoutaient, entre autres, la partie VIII de la *Loi sur le droit d'auteur*. L'article 80 est la disposition clé qui allait soulever plus tard la controverse sur le statut légal du partage de fichiers poste à poste :

80. (1) Sous réserve du paragraphe (2), ne constitue pas une violation du droit d'auteur protégeant tant l'enregistrement sonore que l'œuvre musicale ou la prestation d'une œuvre musicale qui le constituent, le fait de reproduire pour usage privé l'intégralité ou toute partie importante de cet enregistrement sonore, de cette œuvre ou de cette prestation sur un support audio.

(2) Le paragraphe (1) ne s'applique pas à la reproduction de l'intégralité ou de toute partie importante d'un enregistrement sonore, ou de l'œuvre musicale ou de la prestation d'une œuvre musicale qui le constituent, sur un support audio pour les usages suivants :

- a) vente ou location, ou exposition commerciale ;
- b) distribution dans un but commercial ou non ;
- c) communication au public par télécommunication ;
- d) exécution ou représentation en public.⁵¹

Cette disposition signifie essentiellement que le fait de reproduire pour usage privé une prestation enregistrée d'une œuvre musicale n'est pas illégal. Cela dit, la disposition s'applique uniquement si certaines conditions essentielles sont respectées. La reproduction doit être faite *sur un support audio*, expression que définit la *Loi*. La reproduction doit également être faite à des fins *personnelles*, et non pour les membres de la famille ou des amis. En plus, la copie ne peut pas être commercialisée, distribuée, communiquée ou exécutée, ce qui, en réalité, non seulement interdit la diffusion subséquente de la copie à usage privé mais la rend en soi illégale si elle est faite à de telles fins. Vue de manière globale, la licence obligatoire est plutôt étroite et limitée.

51. *Loi sur le droit d'auteur, supra*, note 7, art. 80.

La portée de cette disposition a été légèrement élargie par l'interprétation qu'en a faite la Commission du droit d'auteur dans une série de décisions rendues entre 1999 et 2003. Le premier indice sur l'interprétation que la Commission donne de l'article 80 a été révélé lorsqu'elle a été appelée à homologuer une redevance sur les disques compacts vierges. Pour être assujettis à une redevance, ces disques devaient relever de la définition de « support audio ». L'article 79 définit le « support audio » de la façon suivante : « Tout support audio habituellement utilisé par les consommateurs pour reproduire des enregistrements sonores, à l'exception toutefois de ceux exclus par règlement »⁵². La Commission a adopté une interprétation téléologique et libérale de l'expression « habituellement utilisé » pour englober les supports sur lesquels se fait une quantité « non négligeable » de copies d'œuvres musicales⁵³. À la fin des années 1990, la plupart des consommateurs copiaient de la musique sur des cassettes audio plutôt que sur des disques compacts, et la plupart de ceux-ci étaient utilisés par des entreprises, notamment pour le stockage de données. Mais il n'était pas inhabituel (et, aux yeux de la Commission, est habituel ce qui n'est pas inhabituel) pour certains consommateurs d'utiliser des disques compacts, et pour ces utilisateurs d'utiliser ces disques pour copier des œuvres musicales. Selon la Commission, cela faisait en sorte que les disques compacts étaient des supports audio assujettis à une redevance. La Cour d'appel fédérale a conclu que l'interprétation et l'application du droit par la Commission n'étaient « pas manifestement déraisonnables »⁵⁴.

Une autre expression clé de la version anglaise de l'article 79 est « regardless of its material form », que la version française rend par l'utilisation du mot « tout » dans l'expression « tout support audio ». La Commission a estimé, à raison, que cette disposition démontre que le législateur entendait rendre la redevance aussi neutre que possible sur le plan technologique. Par conséquent, en 2003, elle a convenu d'homologuer un tarif sur la mémoire incorporée à un enregistreur audionumérique, tel un iPod ou autre appareil du genre⁵⁵. Cet aspect de l'interprétation de la loi par la Commission a eu des répercussions importantes sur le débat concernant le partage des fichiers poste à poste.

52. *Ibid.*, art. 79.

53. *Copie privée 1999-2000* (Commission du droit d'auteur du Canada, 17 décembre 1999), p. 32, <<http://www.cb-cda.gc.ca/decisions/1999/19991217-c-b.pdf>>.

54. *AVS Technology*, *supra*, note 20, par. 9-13.

55. *Copie privée 2003-2004*, *supra*, note 17.

La Commission n'a pas prétendu aborder la question de la légalité ou de l'illégalité du partage de fichiers. Elle a même expressément renoncé à le faire : « La présente instance *ne porte pas* sur la question de la responsabilité des personnes qui téléchargent, distribuent ou communiquent de la musique par le biais de ces services [...] Le régime *ne traite pas* comme tel de distribution entre pairs »⁵⁶. Cela dit, il restait possible pour d'autres de se livrer à des conjectures sur les conséquences juridiques de l'approbation par la Commission d'une redevance sur les dispositifs mémoire incorporés à des appareils numériques. Plusieurs ont saisi l'occasion au vol.

Dans le cadre d'un article antérieur sur le sujet, j'ai décrit une conséquence logique (à cette époque) du raisonnement de la Commission :

[TRADUCTION]

La Commission du droit d'auteur a en effet fixé une série d'énoncés qui, s'ils sont exacts, *auraient pu* la conduire à la conclusion que le téléchargement vers l'aval est légal au Canada : a) les dispositifs mémoire (carte, disque dur) peuvent être assujettis à une redevance tout autant que les supports « traditionnels » comme les disques compacts et les cassettes ; b) la mémoire sur disque dur d'un ordinateur personnel est en principe identique à d'autres dispositifs mémoire sur disques durs, c) la « légitimité » d'une activité comme la copie à usage privé ne dépend pas de la présence d'un tarif sur un type de support ou une unité de ce support en particulier, mais plutôt de savoir si le type de support visé est habituellement utilisé par les consommateurs pour copier de la musique, et d) les ordinateurs personnels sont largement utilisés par les consommateurs pour copier de la musique. [...] [Par conséquent,] on *aurait pu* conclure qu'il est légal de faire des copies privées au moyen d'ordinateurs personnels.⁵⁷

Je tiens à préciser que je ne prétendais pas que le partage de fichiers était ou devrait être légal ; j'élaborais simplement un raisonnement logique pouvant servir à tirer cette conclusion. La légitimité de la conclusion dépendait de l'exactitude de l'ensemble des énoncés susmentionnés, dont la plupart avaient été faits par la Commission à titre incident.

56. *Ibid.*, p. 20 (les italiques sont nôtres).

57. BEER (Jeremy de), « Locks and Levies », (2006), 84:1 *Denver University Law Review* 1, p. 8 (les italiques sont nôtres) ; notes de bas de page omises.

Fait encore plus important, ces énoncés ne pouvaient porter que sur la légalité de la copie finale faite par le consommateur pour son usage strictement personnel. Toute intention de diffuser la copie numérique fait en sorte que l'article 80 ne s'applique pas. Le terme « *téléchargement vers l'aval* » peut prêter à confusion car, en langage ordinaire, plusieurs l'assimilent à l'ensemble des activités liées au partage de fichiers, alors que peu de gens se soucient de faire ressortir les nuances au-delà d'un gros titre qui déclare que le téléchargement est légal. Fonctionnellement, la distinction entre le téléchargement vers l'aval et le téléchargement en amont peut ne pas être pertinente. Un logiciel de partage de fichiers est généralement configuré pour autoriser les deux par défaut et de nombreux consommateurs, sinon la plupart d'entre eux, ne désactivent pas manuellement cette fonction. En effet, si personne ne mettait de contenu à disposition, les réseaux de partage poste à poste cesseraient de fonctionner. D'un point de vue pratique et téléologique, l'analyse de la Commission aurait pu porter à croire que les activités liées au partage de fichiers ne relèvent pas du régime actuel de copie privée.

Le juge de la Cour fédérale, Konrad von Finkenstein, a cependant émis une tout autre opinion sur la question avant d'être nommé président du CRTC. Vers 2003, les filiales canadiennes des quatre principales maisons de disques ont cherché à poursuivre plusieurs présumés échangeurs de fichiers pour violation du droit d'auteur⁵⁸. La première étape consistait à obtenir l'identité de ces personnes inconnues auprès de leurs fournisseurs de services Internet. Sur le plan procédural, les plaignants ont demandé aux fournisseurs de services Internet ce qu'il est convenu d'appeler « la production et l'examen de renseignements de tiers » en ce qui a trait à l'identité réelle des défendeurs⁵⁹. À cette fin, le juge von Finkenstein a obligé les plaignants à établir, entre autres, une preuve *prima facie* de violation du droit d'auteur. « Le fait de télédécharger une chanson pour usage privé », écrit-il, en citant la décision de la Commission du droit d'auteur sur la copie privée, « ne constitue pas une violation du droit d'auteur »⁶⁰. Cet énoncé a constitué l'élément déterminant dans le tollé entourant le laxisme du régime canadien de droit d'auteur. Malheureusement, trop peu de gens ont évalué d'un œil critique les fondements de cette conclusion.

58. *BMG Canada Inc. c. John Doe*, 2004 CF 488.

59. *Règles des Cours fédérales*, 1998, art. 233 et 238.

60. *BMG c. Doe*, *supra*, note 58, par. 25. Le téléchargement vers l'amont d'une chanson n'était pas illégal non plus, selon le juge von Finkenstein, mais pour d'autres motifs non liés à la décision de la Commission.

En fait, tel qu'énoncé ci-haut, la Commission n'a pas statué que le téléchargement était légal, et elle a expressément évité toute question sur le partage de fichiers sur les réseaux poste à poste d'une façon générale. Ainsi, la décision de la Commission n'appuie probablement pas l'énoncé à l'égard duquel elle a été citée. Mais avant tout, la décision de la Commission sur l'interprétation de « support audio » et de son application aux appareils numériques, y compris les disques durs, a été infirmée dans le cadre d'un contrôle judiciaire⁶¹.

Moins de neuf mois après que le juge von Finkenstein eut interprété la décision de la Commission comme légalisant le téléchargement vers l'aval de poste à poste, la Cour d'appel fédérale, dans le cadre d'un contrôle judiciaire de la décision de la Commission sur la copie privée, a rejeté la plupart des énoncés clés qui auraient permis de conclure qu'il est possible de se livrer à la copie privée sur un ordinateur personnel. Selon la Cour d'appel, la Commission avait eu tort d'homologuer une redevance sur la mémoire intégrée dans un enregistreur audionumérique, car il y a bel et bien une différence entre une mémoire numérique intégrée et un support amovible traditionnel. Cet aspect du raisonnement de la Cour d'appel est quelque peu difficile à suivre et généralement peu convaincant, mais la préoccupation globale de la Cour est clairement ressortie dans cette déclaration : « [C]'est au législateur fédéral qu'il appartient de décider si les enregistreurs audionumériques comme les lecteurs MP3 doivent faire partie de la catégorie d'articles assujettis à une redevance »⁶². Bien entendu, on pourrait répliquer en faisant valoir que le législateur *avait déjà* décidé que « toute » mémoire est assujettie à une redevance. En bout de piste, cependant, il ressort clairement que les tribunaux ont interprété la loi de façon à exiger davantage de spécificité si elle doit s'appliquer à la mémoire intégrée ou aux appareils numériques, y compris la mémoire intégrée dans les baladeurs ou les ordinateurs personnels.

Par suite de ce contrôle judiciaire, il semblait peu probable que le téléchargement vers l'aval de musique dans le disque dur d'un ordinateur allait constituer une copie à usage privé en vertu de la partie VIII de la *Loi*. La Cour d'appel fédérale a éliminé toute indication contraire en 2005, en annulant toutes les conclusions du juge von Finkenstein relatives au droit d'auteur⁶³. Le juge Sexton, s'exprimant pour une cour unanime, déclara dans l'affaire *BMG c.*

61. *SCPCP c. CSMA*, *supra*, note 26.

62. *Ibid.*, par. 164.

63. *BMG Canada Inc. c. Doe*, 2005 CAF 193.

Doe : « [S]i l'on poursuit la présente cause, on devrait le faire à partir du principe qu'aucune conclusion n'a été tirée jusqu'à maintenant quant à la question de la violation »⁶⁴. « L'utilisation de ces appareils [enregistreurs audionumériques et ordinateurs personnels] pour faire de la copie privée risque de violer le droit d'auteur »⁶⁵. Malheureusement, les médias d'information qui avaient proclamé haut et fort en 2003 et en 2004 que le téléchargement vers l'aval était légal au Canada n'ont pas jugé bon de diffuser la nouvelle moins percussante que les affaires ayant mené à ces gros titres avaient été infirmées en appel.

Pendant une courte période de temps en 2007, l'argument voulant que le téléchargement vers l'aval soit possiblement légalisé dans le système canadien de copie à usage privé a refait surface. La Commission du droit d'auteur a rendu une autre décision visant une demande d'homologation de tarif pour les baladeurs⁶⁶. Cette fois, les titulaires de droits cherchaient à assujettir les appareils, plutôt que la mémoire qui y était intégrée, à une redevance, faisant valoir que la Commission et la Cour d'appel n'avaient antérieurement abordé que la question de la mémoire. La Commission accepta cette distinction, écartant les remarques de la Cour d'appel qu'elle qualifiait d'incidentes et décida d'instruire l'affaire sur la redevance proposée sur les appareils. Par la suite, il était possible à tout le moins de faire valoir à nouveau que le fait de télécharger de la musique sur un ordinateur personnel était légal en vertu de l'article 80.

Cette fois-ci, une partie de la couverture médiatique fut moins sensationnaliste que ce qu'elle avait été plusieurs années auparavant. Un article de la Presse canadienne soulignait par exemple : [TRADUCTION] « Le tribunal quasi judiciaire a dit dans le passé qu'il ne voulait pas s'immiscer dans le débat sur la question de savoir si le téléchargement vers l'aval sur des réseaux poste à poste devrait être interprété comme étant légal au Canada. » L'article rapportait les propos de M^e Majeau, [TRADUCTION] « la copie de CD qui est faite par l'utilisateur final est une copie légale », peu importe s'il contient de la musique téléchargée illégalement, mais on a limité la portée de ces propos en indiquant que la question du téléchargement et du partage de fichiers musicaux ne relevait pas, en principe, de la compétence de la Commission⁶⁷.

64. *Ibid.*, par. 54.

65. *Ibid.*, par. 147.

66. *Copie privée 2008-2009*, (Commission du droit d'auteur du Canada, 7 juillet 2007), <<http://www.cb-cda.gc.ca/decisions/2007/20070719-c-b.pdf>>.

67. OLIVEIRA (Michael), « Levy allows for legal copies of music goes up », (11 décembre 2008) *Brantford Expositor* C4.

Cependant, le droit applicable à la copie à usage privé et de poste à poste était loin d'être établi lorsque la Cour d'appel fédérale a infirmé la décision de la Commission dans le cadre d'un contrôle judiciaire. La juge Sharlow, dans une décision déjà mentionnée⁶⁸, a statué que la décision de la Cour d'appel fédérale en 2004⁶⁹ avait disposé de ces questions. Ni l'appareil ni la mémoire qui y est intégrée ne sont assujettis à la redevance pour copie à usage privé. Par conséquent, le fait de copier sur un baladeur, un ordinateur personnel ou autre appareil du genre n'est pas légalisé par l'article 80 de la *Loi sur le droit d'auteur*.

Cela ne signifie pas pour autant que la Commission n'a plus de rôle à jouer dans ce domaine du droit d'auteur. Au contraire, la Commission demeure un organe central dans le débat sur le partage de fichiers poste à poste, et, plus généralement, dans la réforme du droit d'auteur. Les projets de loi déposés en 2005 et en 2008⁷⁰, prétendument dans le but de moderniser la législation canadienne en la matière, comportaient d'importantes lacunes et laissaient de nombreuses questions en suspens. Par exemple, rien dans les projets de loi ou dans le débat connexe n'indique la façon d'aborder l'importante interface entre les mesures de protection technologique et le régime de copie privée⁷¹. Autre exemple, certains intervenants ont plaidé en faveur d'une licence générale obligatoire, supervisée par la Commission, comme moyen de compenser les titulaires pour le partage de fichiers poste à poste⁷². D'autres questions sont également soulevées : si les traités Internet de l'OMPI sont mis en œuvre pour explicitement inclure la mise à disposition en droit canadien, comment ces mesures seront-elles prises en compte dans l'établissement des tarifs de la Commission ? De quelle façon ces droits seront-ils appliqués aux réseaux ou aux utilisateurs poste à poste ?

Dans le présent compte rendu descriptif sur le rôle dynamique de la Commission dans le débat sur le partage poste à poste au cours de la dernière décennie, et même des deux dernières, le message le plus important à retenir est que la pertinence et l'influence de la Commission ne peuvent pas être ignorées. Pour illustrer davantage

68. *Apple c. SCPCP*, *supra*, note 30.

69. *SCPCP c. CSMA*, *supra*, note 26.

70. Projet de loi C-60 et projet de loi C-61, *supra*, note 6.

71. de BEER, « Locks and Levies », *supra*, note 57.

72. Songwriters Association of Canada, « Proposition des auteurs et interprètes d'enregistrements sonores canadiens pour un modèle de monétisation des partages de fichiers musicaux numériques », (mars 2009), <<http://www.songwriters.ca/proposal/detailed.aspx>>.

ce point, il s'avère utile de présenter un compte rendu distinct sur une autre importante question d'intérêt public à l'égard de laquelle la Commission joue un rôle significatif mais sous-estimé : la neutralité des réseaux de télécommunications.

2.2 Neutralité des réseaux de télécommunications

De nombreux spécialistes de la politique en matière de technologie ainsi que de simples observateurs estiment que le débat sur la neutralité du réseau relève essentiellement de la compétence du Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes (CRTC). En réalité cependant, certaines questions dont est saisie la Commission du droit d'auteur sont étroitement liées à ce débat et à d'autres importantes considérations de principe en matière de télécommunications. La relation complexe qui existe entre le droit d'auteur et les télécommunications a commencé à être explorée dans les ouvrages de doctrine⁷³, mais elle s'explique probablement plus facilement au moyen d'exemples concrets.

En janvier 1989, la *Loi sur le droit d'auteur* était modifiée pour inclure un droit de retransmission, ainsi que l'avait recommandé un sous-comité de la Chambre des communes et conformément à l'Accord de libre-échange entre le Canada et les États-Unis⁷⁴. Auparavant, les câblodistributeurs pouvaient retransmettre gratuitement à leurs abonnés les signaux hertziens de radio et de télévision contenant une programmation protégée par le droit d'auteur. Lorsque le droit de « radiocommunication » a été remplacé par le droit plus large de « télécommunication », le gouvernement a également mis en place un régime de licence obligatoire, assujéti à des tarifs que doit homologuer la Commission du droit d'auteur. En partie pour éviter les pratiques d'octroi de licences exclusives et pour s'assurer d'une certaine concurrence au sein des industries de la télé-distribution, la nouvelle loi permettait à quiconque payait les redevances exigibles approuvées par la Commission de retransmettre entièrement des signaux éloignés de radio et de télévision. Une

73. WU (Tim), « Copyright's Communications Policy », (2005) 103 *Michigan Law Review* 278 ; de BEER (Jeremy) *et al.*, « Global Trends in Online Enforcement : A Non-neutral Role for Network Intermediaries », (2009) 49 *Jurimetrics* 375-409.

74. Sous-comité sur la révision du droit d'auteur du Comité permanent des communications et de la culture de la Chambre des communes, « Une charte des droits des créateurs et des créatrices », (Ottawa : Approvisionnement et Services Canada, 1985) ; *Accord de libre-échange entre le Canada et les États-Unis*, <<http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/assets/pdfs/cusfta-f.pdf>>, art. 2006.

importante mise en garde voulait que la retransmission soit légale en vertu de la *Loi sur la radiodiffusion*⁷⁵.

Deux sociétés canadiennes potentiellement révolutionnaires, iCraveTV et JumpTV, ont cherché à faire établir l'applicabilité du régime de retransmission dans le contexte d'Internet. Utilisant des technologies de pointe, ces sociétés prenaient les signaux hertziens de télévision de nombreuses stations canadiennes et américaines, les convertissaient et les acheminaient par Internet. À titre de pionnière, iCraveTV a été presque immédiatement la cible de menaces de poursuites judiciaires par le gratin de l'industrie du divertissement⁷⁶. La pression juridique ne s'est pas relâchée, et ce, même après qu'une injonction provisoire eut été accordée par un tribunal américain, et iCraveTV a cessé de retransmettre des signaux par Internet. Avant que JumpTV ne suive les traces de son prédécesseur quelques mois plus tard, la Commission du droit d'auteur était appelée à établir un nouveau tarif permettant aux retransmetteurs par Internet de tirer avantage du régime de licence obligatoire prévu par la *Loi sur le droit d'auteur*.

Dans le cadre d'une entrevue, l'avocat général de la Commission, M^e Mario Bouchard, a indiqué qu'il fallait se poser l'importante question de savoir si ces sociétés étaient des retransmetteurs au sens de la *Loi sur le droit d'auteur*. [TRADUCTION] « ICraveTV peut être ou ne pas être un retransmetteur, nous n'en savons rien. » Il expliqua ensuite qui serait appelé à examiner la question : [TRADUCTION] « Éventuellement, la Commission, puis en dernier ressort, une cour de justice »⁷⁷. En fait, ce ne fut ni l'une ni l'autre, puisque les audiences de la Commission ont été interrompues par des mesures législatives adoptées à toute vapeur⁷⁸.

Si la Commission avait tenu des audiences sur cette question, il est possible que la télévision par Internet au Canada et ailleurs dans le monde aurait évolué davantage, ou aurait à tout le moins été

75. L.C. 1991, ch. 11.

76. BICKNELL (Craig), « They Crave Suits v. iCraveTV », [16 décembre 1999] *Wired*, <<http://www.wired.com/techbiz/media/news/1999/12/33093>>.

77. « iCraveTV Controversy », *The Canadian Encyclopedia*, <<http://www.thecanadianencyclopedia.com/index.cfm?PgNm=TCE&Params=M1ARTM0012073#SEC675963>>.

78. *Loi modifiant la Loi sur le droit d'auteur*, L.C. 2002, c. 26, <<http://www2.parl.gc.ca/HousePublications/Publication.aspx?DocId=2331342&Mode=1&File=16&Language=F>> ; Historique du projet de loi, <http://www2.parl.gc.ca/Sites/LOP/LegislativeSummaries/Bills_ls.asp?Parl=37&Ses=2&ls=c11#1>.

considérablement différente de ce qu'elle est aujourd'hui. Dans les faits, le gouvernement a publié un document de consultation, sollicité des commentaires et, au bout de quelques mois, présenté au Parlement un projet de loi traitant de la question. Les modifications initialement proposées auraient permis la retransmission par Internet, mais les audiences du comité de la Chambre des communes tenues au milieu de l'année 2002 ont entraîné des changements qui ont tenu les « retransmetteurs de nouveaux médias » à l'écart du régime de licence obligatoire. Un retransmetteur de nouveaux médias, selon la définition prévue au projet de loi C-11, était essentiellement une personne exemptée de la réglementation ordinaire du CRTC en vertu de son *Ordonnance d'exemption relative aux entreprises de radiodiffusion de nouveaux médias*⁷⁹. Cette définition renforce la relation entre les mandats de la Commission et du Conseil. En effet, le gouvernement a remis entre les mains du CRTC le pouvoir de décider si le régime de retransmission s'applique à l'Internet.

Plus récemment, le CRTC s'est penché sur la politique du droit d'auteur en général et même sur des questions internes de la Commission. Fait inhabituel, lorsque le gouvernement a mené de vastes consultations publiques sur la réforme du droit d'auteur en 2009⁸⁰, le CRTC a présenté un mémoire portant sur plusieurs questions de fond et de procédure alors en instance devant un autre organisme administratif fédéral, la Commission du droit d'auteur⁸¹. Plus précisément, le CRTC a affirmé que la Commission devrait homologuer un seul tarif visant l'ensemble des droits et titulaires dans le contexte de la radiodiffusion. Il a également laissé entendre que « des obligations et des pouvoirs » devaient être imposés à la Commission afin de simplifier ses processus, ajoutant que la Commission mettait trop de temps à rendre ses décisions. Le troisième point du Conseil portait sur les dispositions canadiennes liées à l'utilisation équitable et les conséquences possibles qui peuvent en découler, encore là une question pertinente à de nombreux différends soumis à la Commission du droit d'auteur. Le Conseil a manifestement et étrangement écarté de son exposé les questions évidentes où il y a véritablement chevauchement de compétences entre la Commission et le Conseil –

79. Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes, Avis public CRTC 1999-197, « Ordonnance d'exemption relative aux entreprises de radiodiffusion de nouveaux médias », <<http://www.crtc.gc.ca/fra/archive/1999/pb99-197.htm>>.

80. <<http://www.ic.gc.ca/eic/site/008.nsf/fra/accueil>>.

81. Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes, « Mémoire dans le cadre des consultations publiques sur la réforme du droit d'auteur », (11 septembre 2009), <<http://www.crtc.gc.ca/fra/publications/reports/pccr.htm>>.

dont la retransmission par Internet de programmation protégée par le droit d'auteur et la neutralité des réseaux de télécommunications.

Ayant déjà expliqué ci-dessus comment la Webdiffusion et le droit d'auteur se croisent, il importe de consacrer du temps à explorer les liens plus subtils entre le droit d'auteur et la neutralité du réseau. Le CRTC est certainement le champ de bataille principal où se jouent les débats sur la neutralité du réseau au Canada, bien que d'importants développements se soient également produits au niveau des pouvoirs législatif et judiciaire, qu'il s'agisse de propositions de lois ou de recours collectifs⁸². En octobre 2009, après avoir tenu une audience largement diffusée et essentiellement participative, le CRTC a publié sa Politique réglementaire de télécom portant sur l'« examen des pratiques de gestion du trafic Internet des fournisseurs de services Internet »⁸³. La décision a établi un ensemble assez détaillé de règles sur la neutralité du réseau.

Pourtant, le CRTC n'est pas le seul organisme de réglementation compétent qui exerce une influence sur la question, et le droit des télécommunications n'est pas le seul cadre réglementaire qui la régit. Environ une décennie plus tôt, la Commission du droit d'auteur avait déjà commencé à traiter de questions relatives au rôle que jouent les fournisseurs de services dans les télécommunications par Internet⁸⁴. Le but de la Commission n'était pas d'établir un cadre réglementaire pour cette conduite, mais plutôt une base factuelle pour l'application des principes juridiques régissant le droit d'auteur. Ses audiences et la décision qui en a découlé traitent abondamment de la neutralité ou du manque de neutralité des fournisseurs de services Internet au Canada lorsqu'ils offrent aux utilisateurs finaux une connexion, entre autres, à de la musique en ligne protégée par le droit d'auteur. L'affaire s'est ultérieurement rendue devant la Cour suprême du Canada⁸⁵.

82. de BEER (Jeremy), « Network Neutrality in the Great White North (And Its Impact on Canadian Culture) », (2009) 59 :2 *Telecommunications Journal of Australia* 24.

83. Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes, « Examen des pratiques de gestion du trafic Internet des fournisseurs de services Internet » Politique réglementaire de télécom CRTC 2009-657, (21 octobre 2009), <<http://www.crtc.gc.ca/fra/archive/2009/2009-657.htm>>.

84. Certaines parties de la discussion faisant l'objet de la présente section sont tirées de l'article BEER (Jeremy de), « Network Neutrality », *supra*, note 82, p. 24.9-24.10.

85. *SOCAN c. ACFI*, *supra*, note 11.

En effet, l'examen des principes relatifs à la neutralité du réseau au Canada par le plus haut tribunal du pays a eu lieu dans le cadre du contrôle judiciaire de la décision de la Commission du droit d'auteur. En proposant le tarif 22, la SOCAN avait fait valoir que les fournisseurs de services Internet étaient des parties actives, et non neutres, dans la télécommunication d'œuvres musicales en ligne. Les fournisseurs prétendaient quant à eux qu'ils n'étaient que des agents passifs. La *Loi sur le droit d'auteur* du Canada contient une disposition d'exonération, l'alinéa 2.4(1)b), laquelle, dans les faits, dispense les entreprises passives d'être assujetties aux obligations imposées par le droit d'auteur pour le contenu qu'elles transmettent :

[N]’effectue pas une communication au public la personne qui ne fait que fournir à un tiers les moyens de télécommunication nécessaires pour que celui-ci l’effectue.

L'une des nombreuses questions soumises à la Commission était de savoir si les fournisseurs de services Internet font autre chose que de fournir des moyens de télécommunication aux autres pour communiquer par la voie d'Internet. Elle a statué que, dans le rôle qu'ils jouent en tant que fournisseurs de connectivité, ce n'est pas le cas. La Cour suprême a ultérieurement confirmé cette décision.

L'arrêt de la Cour suprême contenait de nombreuses références (sept, pour être plus précis) à la neutralité comme étant une exigence pour jouir de l'immunité conférée par la *Loi sur le droit d'auteur*. Par exemple, au paragraphe 92, la Cour a expliqué qu'un intermédiaire échappe à l'application des dispositions sur le droit d'auteur s'il « ne se livre pas à une activité touchant au contenu de la communication, dont la participation n'a aucune incidence sur celui-ci et qui se contente d'être 'un agent' permettant à autrui de communiquer ». Cette conclusion était fondée en partie sur « l'impossibilité (tant sur le plan technique que financier) de surveiller la quantité énorme, voire prodigieuse, de fichiers circulant sur l'Internet »⁸⁶.

Il est facile d'imaginer comment la décision de la Commission et le jugement ultérieur de la Cour suprême dans cette affaire pourraient être appliqués pour inciter indirectement les fournisseurs de services à se comporter de façon neutre. Les fournisseurs dont la participation dans les télécommunications n'est pas neutre quant au contenu pourraient être appelés à verser des dommages importants

86. *Ibid.*, par. 101.

pour contrefaçon. Si, comme le prétendent certains spécialistes⁸⁷, il est désormais possible sur les plans technique et financier de surveiller et de lisser certains types de trafic, les faits qui sous-tendent la décision d'absoudre les fournisseurs de services Internet de toute responsabilité n'existeraient plus.

Il existe, cependant, un paradoxe étroitement lié aux questions relatives au partage de fichiers poste à poste discutées précédemment. Le lissage de trafic sert à retarder l'accès aux transmissions qui ont recours à des applications poste à poste. Les titulaires de droits sont fortement susceptibles d'appuyer ce lissage (*traffic shaping*) par les fournisseurs de services Internet s'ils croient qu'il vise principalement le contenu attentatoire. Il serait étrange que le fait de ralentir des transmissions potentiellement illicites puisse accroître le risque que les fournisseurs violent le droit d'auteur, d'autant plus que les titulaires de droits dans le monde entier s'emploient à encourager ou même à exiger ce type de gestion de réseau⁸⁸. Peut-être qu'un tel résultat contre-intuitif serait utilisé pour justifier l'adoption de politiques de rechange en matière de violation du droit d'auteur et de neutralité du réseau.

Les analyses de la Commission du droit d'auteur et de la Cour suprême sur la responsabilité éventuelle pour les activités de mise en antémémoire sont pertinentes dans le cadre de la présente analyse. La Commission avait conclu que la mise en antémémoire était nécessaire pour la transmission efficace du contenu et que, par conséquent, les fournisseurs de services pouvaient se prévaloir des dispositions d'exonération. La Cour d'appel fédérale avait infirmé cette décision, mais la Cour suprême a rétabli le jugement de la Commission. La Cour suprême a repris à son compte la conclusion de la Commission selon laquelle le recours à Internet était initialement limité par l'absence d'une largeur de bande nécessaire pour transmettre des fichiers audio⁸⁹. Elle a également approuvé la qualification juridique et factuelle de la mise en antémémoire comme étant « un moyen nécessaire qui s'impose » afin de « maximiser les économies et la rentabilité de l'agent Internet », et qui, par conséquent, ne devrait pas emporter violation du droit d'auteur⁹⁰. Il est possible qu'un tribunal judiciaire (ou la Commission) saisi d'une question

87. FINNIE (Graham), « Technologies de gestion du trafic des FSI : État des connaissances » (Heavy Reading, 2009), <<http://www.crtc.gc.ca/partvii/fra/2008/8646/fsi-isp.htm>>.

88. de BEER *et al.*, *supra*, note 73.

89. SOCAN c. ACFI, *supra*, note 11, par. 114.

90. *Ibid.*, par. 115-116.

semblable conclue que le lissage de trafic, comme la mise en antémémoire, est un moyen nécessaire pour assurer des transmissions par Internet efficaces.

Comme le premier compte rendu offert dans le présent document, ce second récit portant sur le rôle que joue la Commission dans le domaine des télécommunications montre les répercussions profondes que son interprétation et son application des principes juridiques ont sur d'importantes questions d'intérêt public. Aussi important que ce rôle a été dans le passé, il y a lieu de croire qu'il n'est destiné qu'à croître au fil du temps.

3. DOMAINES D'ENGAGEMENT ACTUELS ET FUTURS

La Commission a examiné très récemment au moins deux questions importantes, probablement appelées à occuper à l'avenir une place encore plus importante dans la législation, les politiques et les pratiques canadiennes sur le droit d'auteur. L'une a trait aux dispositions de la *Loi sur le droit d'auteur* régissant l'utilisation équitable, l'autre vise le problème grandissant des œuvres orphelines. Les commentaires qui suivent n'ont pas pour but de présenter une analyse exhaustive, ni même particulièrement détaillée, de ces questions. Au contraire, cette dernière section a l'objectif plus modeste d'offrir une introduction générale à ce qui, je crois, constitue deux questions fondamentales sur lesquelles la Commission exercera une forte influence au cours des deux *prochaines* décennies de son existence.

3.1 L'utilisation équitable et les autres exceptions

La *Loi sur le droit d'auteur* du Canada renferme sous le titre « Exceptions » certaines dispositions se rapportant à des catégories d'activités circonscrites qui ne constituent pas une violation du droit d'auteur⁹¹. Le groupe de dispositions le plus important régit l'« utilisation équitable » (*fair dealing*) et comprend notamment des dispositions distinctes qui traitent de l'utilisation équitable d'une œuvre ou de tout autre objet du droit d'auteur aux fins d'étude privée ou de recherche, aux fins de critique ou de compte rendu ou aux fins de communication des nouvelles⁹². Des dispositions connexes visent plus précisément les établissements d'enseignement, les bibliothèques, musées ou services d'archives, les copies de sauvegarde de programme d'ordinateur, les enregistrements éphémères, l'incorpora-

91. *Supra*, note 7, art. 29 à 32.3.

92. *Ibid.*, art. 29 à 29.2.

tion incidente, les personnes ayant des déficiences perceptuelles, etc. C'est aussi dans cette partie de la Loi qu'on retrouve les dispositions se rapportant à la retransmission de signaux de radiodiffusion. Aucune de ces dispositions n'est à première vue aussi large que la disposition générale américaine régissant l'« usage loyal » (*fair use*), qui établit une liste indicative mais non exhaustive d'exceptions au droit exclusif du titulaire⁹³.

Cela dit, ni la loi canadienne ni la loi américaine ne s'interprètent d'elles-mêmes. Les tribunaux et, au Canada au moins, la Commission du droit d'auteur jouent un rôle important dans la délimitation des activités qu'autorisent ces dispositions législatives. Je souligne ce point parce que l'utilisation équitable est à l'heure actuelle au centre des préoccupations de la réforme du droit d'auteur au Canada. Un grand débat théorique et public s'est engagé au Canada sur, précisément, ce que devrait être l'utilisation équitable⁹⁴.

La question de savoir si une disposition plus ouverte serait moins prévisible ou litigieuse que le *statu quo* est l'une des nombreuses questions pertinentes dans ce contexte. Certains auteurs avancent qu'une disposition inspirée du modèle américain [TRA-DUCTION] « engendrerait de l'incertitude, des litiges coûteux et la prise d'importantes décisions d'intérêt public par les tribunaux au lieu du législateur »⁹⁵, mais mon point de vue est différent. Premièrement, le peu de recherche empirique faite sur ce sujet donne à penser qu'une disposition non limitative peut fonctionner assez bien en pratique⁹⁶, particulièrement si elle est combinée à des initiatives concertées visant à établir des pratiques exemplaires⁹⁷. Deuxièmement, et

93. 17 U.S.C. § 107.

94. Voir, par exemple, CRAIG (Carys), « The Changing Face of Fair Dealing in Canadian Copyright Law : A Proposal for Legislative Reform », dans GEIST (Michael) (dir.), *In the Public Interest : The Future of Canadian Copyright Law* (Toronto : Irwin Law, 2005) ; D'AGOSTINO (Giuseppina), « Healing Fair Dealing », (2008), 53:2 *Revue de droit de McGill* 309 ; KNOPF (Howard), « Why Canada Needs Parody Parity and Comedy Comity : Copyright Control of Canadian Humour », (2008), 20:3 *Les Cahiers de propriété intellectuelle* 717 ; SOOKMAN (Barry) *et al.*, « Why Canada Should Not Adopt Fair Use », (2009) 2 *Osgoode Hall Review of Law and Policy* 139.

95. SOOKMAN *et al.*, *supra*, note 94, p. 2.

96. BEEBE (Barton), « An Empirical Study of U.S. Copyright Fair Use Opinions, 1978-2005 », (2008), 153:6 *University of Pennsylvania Law Review* 549.

97. Par exemple, l'organisme Centre for Social Media de l'American University a facilité l'élaboration d'énoncés de meilleures pratiques par les parties intéressées à l'égard de l'« usage loyal » d'objets protégés par le droit d'auteur dans les films documentaires, dans les vidéos créés par un utilisateur à des fins éducatives

fait plus important encore dans le contexte de l'argument que je propose, l'incertitude, les litiges et l'interprétation judiciaire sont inévitables quel que soit le régime. En d'autres termes, les tribunaux et même la Commission du droit d'auteur sont déjà saisis de litiges portant sur l'interprétation des lois canadiennes actuelles. Rien ne permet de conclure, et il existe peu de raisons de supposer, que cette réalité serait nettement différente quel que soit le genre de réforme qui sera adoptée au bout du compte. Peu importe la voie empruntée par le législateur, la Commission traitera, le cas échéant, de questions d'utilisation équitable pour encore un bon moment.

Deux affaires constituent des exemples concrets du genre de questions liées à l'utilisation équitable que la Commission continuera vraisemblablement d'examiner au fil du temps. L'une a trait à l'usage par les détaillants de musique en ligne de clips musicaux pour l'écoute préalable⁹⁸, tandis que l'autre concerne la photocopie de livres et autres œuvres dans les écoles primaires et secondaires⁹⁹.

Dans la première affaire, la Commission a appliqué l'arrêt de principe de la Cour suprême du Canada dans *CCH Canadienne Ltée c. Barreau du Haut-Canada*¹⁰⁰, qui exige une interprétation « large » des fins énumérées au titre de l'utilisation équitable¹⁰¹, de manière à inclure les extraits en écoute préalable transmis en continu aux consommateurs qui font une « recherche » en vue de prendre une décision d'achat. La Commission a indiqué que les différences entre la recherche juridique dans le contexte de l'affaire *CCH* et la recherche faite par un consommateur dans le contexte de l'affaire dont la Commission était saisie consistaient, pour reprendre les termes qu'elle a employés, en des « différences de degré et non de nature »¹⁰². Compte tenu du fait que l'utilisation d'extraits en écoute préalable par les consommateurs aux fins de recherche est généralement « équitable », aucune redevance n'est payable par les services facilitant cette recherche¹⁰³.

et dans plusieurs autres activités. Voir <http://www.centerforsocialmedia.org/resources/fair_use/>.

98. *Tarif n° 22.A (Internet – Services de musique en ligne) 1996-2006*, (Commission du droit d'auteur du Canada, 18 octobre 2007), <<http://www.cb-cda.gc.ca/decisions/2007/20071018-m-e.pdf>>.

99. *Établissements d'enseignement – 2005-2009*, (Commission du droit d'auteur du Canada, 26 juin 2010, à venir), <<http://cb-cda.gc.ca/decisions/2009/20090626-b.pdf>>.

100. *CCH Canadienne Ltée c. Barreau du Haut-Canada*, 2004 CSC 13.

101. *Ibid.*, par. 51.

102. *Tarif n° 22.A*, *supra*, note 98, par. 109.

103. *Ibid.*, par. 116.

La deuxième affaire, encore plus récente, est relative à la photocopie d'œuvres dans les écoles. La décision de la Commission comporte 20 pages de description, d'analyse et d'application du droit en matière d'utilisation équitable (à l'exclusion des références et des tableaux)¹⁰⁴. Toutes les parties au litige étaient d'accord pour dire que certaines des activités des étudiants et des éducateurs constituent de l'utilisation équitable, mais elles ne s'entendaient pas du tout sur la façon de distinguer ce que l'utilisation équitable autorise et ce pour quoi une licence est nécessaire. La Commission a dû se prononcer sur certaines nuances juridiques prêtant à controverse et s'appuyer sur une preuve complexe d'enquête et d'autres éléments pour répondre à ces questions.

La Cour d'appel fédérale a maintenu les deux décisions de la Commission¹⁰⁵. Cela importe peu puisque l'issue commandera vraisemblablement des recherches juridiques encore plus poussées sur les questions d'utilisation équitable dans ces dossiers comme dans d'autres. Considérant le mandat de la Commission dans son ensemble, il semble que ces récentes affaires ne représentent que la pointe de l'iceberg. Il a été fait allusion à cette question dans le contexte des tarifs applicables aux services de veille médiatique et de coupures de presse¹⁰⁶, ainsi qu'à la copie privée¹⁰⁷, et elle pourrait se révéler pertinente dans bon nombre d'autres questions qui sont régulièrement débattues devant la Commission.

3.2 Oeuvres orphelines et titulaires de droits introuvables

Le problème des œuvres orphelines a éclaté au grand jour dans la politique du droit d'auteur à l'échelle mondiale il y a déjà longtemps. Un problème potentiel était observé depuis nombre d'années, mais on a seulement commencé à s'y intéresser au moment de la récente publication de rapports importants aux États-Unis¹⁰⁸, en Grande-Bretagne¹⁰⁹ et dans l'Union européenne¹¹⁰. L'élément qui a

104. *Établissements d'enseignement – 2005-2009*, supra, note 99, p. 16 à 36.

105. *Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada c. Bell Canada*, 2010 CAF 123 ; *Alberta (Education) c. Access Copyright*, 2010 FCA 198.

106. *Veille médiatique 2000-2005*, (Commission du droit d'auteur du Canada, 29 mars 2005), p. 9-10, <<http://www.cb-cda.gc.ca/decisions/2005/20050329-mv-b.pdf>>.

107. *Copie privée 2003-2004*, supra, note 55, p. 21 et 22.

108. Registrar of Copyrights, *Report on Orphan Works* (Washington : United States Copyright Office, 2006).

109. British Screen Advisory Council, *Copyright and Orphan Works : A Paper Prepared for the Gowers Review by the British Screen Advisory Council* (2006).

110. i2010 : Digital Libraries High Level Expert Group – Copyright Subgroup, *Final Report on Digital Preservation, Orphan Works, and Out-of-Print Works* (2008) ;

le plus retenu l'attention du public et suscité de commentaires est peut-être le projet Google Books, qui vise à numériser et télécharger tout le répertoire mondial des livres. Nombre de ces livres appartiennent au domaine public, mais beaucoup d'autres n'y appartiennent pas. Parmi les dizaines de millions de livres protégés par le droit d'auteur, bon nombre sont des œuvres dites « orphelines », le titulaire du droit d'auteur étant introuvable.

En 2006, des auteurs et des éditeurs ont intenté aux États-Unis un recours collectif contre Google ; un règlement a été approuvé de façon préliminaire par le tribunal à la fin de 2009¹¹¹. Il est impossible de prévoir si un règlement définitif sera conclu, ni à quel moment. Cette poursuite est loin d'être terminée et l'une des questions en suspens (et qui pourrait revenir constamment) est celle de savoir ce qu'il convient de faire dans le cas des œuvres orphelines. Au Canada, toutefois, la solution au problème des œuvres orphelines serait assez claire : la Commission du droit d'auteur serait en mesure de trancher.

En vertu de l'article 77 de la *Loi sur le droit d'auteur*¹¹², la Commission peut, à la demande de tout intéressé, délivrer des licences non exclusives pour l'utilisation au Canada d'œuvres dont le titulaire du droit d'auteur est introuvable. Bien qu'il s'agisse de l'une des réponses législatives les plus audacieuses à la question des œuvres orphelines à l'échelle mondiale, ce régime s'est vu accorder relativement peu d'attention. Toutefois, l'avocat général de la Commission, M^e Mario Bouchard, et moi avons fait une étude juridique et empirique approfondie sur le fonctionnement du régime depuis son adoption en 1989, soit au même moment où la Commission du droit d'auteur a vu le jour¹¹³. Les questions juridiques sont liées à des sujets tels :

- les types d'œuvres et d'autres objets dont l'utilisation peut être autorisée par licence ;

HUGENHOLTZ (Bernt) *et al.*, *The Recasting of Copyright & Related Rights for the Knowledge Economy* (Amsterdam : Institute for Information Law, 2006), ch. 5.

111. *The Authors Guild, Inc., Association of American Publishers, Inc. v. Google, Inc.*, dossier n° CV 8139 (United States District Court, SDNY).

112. *Supra*, note 7.

113. de BEER (Jeremy) *et al.*, « Le régime canadien des 'œuvres orphelines' : titulaires de droit d'auteur introuvables et Commission du droit d'auteur » (Ottawa : Commission du droit d'auteur du Canada, 2009).

- les critères permettant d'obtenir une licence, notamment le statut de l'œuvre orpheline et les mesures prises par l'intéressé pour trouver le titulaire de droits ;
- le pouvoir discrétionnaire résiduel de la Commission d'accepter ou de refuser de délivrer une licence ;
- les modalités des licences pouvant être délivrées.

Notre étude a révélé des statistiques intéressantes concernant la nature et les résultats des demandes de licence présentées à la Commission, le traitement de ces demandes et la valeur des redevances versées pour les licences qui ont été délivrées.

Le fait suivant présente peut-être le plus d'intérêt dans le cadre du présent article : nous avons analysé des données concernant la fréquence de plus en plus élevée des demandes de licence présentées sous le régime de l'article 77. La preuve démontre que la charge de travail de la Commission augmente de façon constante parce que, année après année, ces demandes sont plus nombreuses. Rien n'indique que cette tendance s'inversera. Au contraire, il y a lieu de prévoir que la demande à cet égard augmentera considérablement dans les années à venir, que la nature des demandes et les questions correspondantes deviendront plus complexes et que la Commission jouera un rôle plus important dans la délivrance de licences relatives à des œuvres orphelines.

Outre l'augmentation statistique observée dans le nombre brut de demandes présentées à la Commission, on pourrait s'attendre à ce que les demandes visant l'utilisation d'un grand nombre d'œuvres soient plus fréquentes dans l'avenir que par le passé. Pendant une période de quatre ans au milieu des années 1990, la Commission a délivré à un même demandeur onze licences autorisant la reproduction de 6675 œuvres canadiennes publiées entre 1900 et 1920¹¹⁴. La procédure pour ce faire n'était pas à l'origine clairement définie. Des questions difficiles, dont bon nombre demeurent encore sans réponse, ont été soulevées. Pour répondre aux demandes des différents intéressés se trouvant dans une situation différente mais semblable, il faudra mettre en place un protocole efficace devant reposer

114. *Institut canadien de microreproductions historiques* (18 septembre 1996), dossier 1993-UO/TI-5, en ligne : Commission du droit d'auteur Canada <<http://www.cb-cda.gc.ca/unlocatable-introuvables/licences/27-b.pdf>> et les décisions subséquentes concernant le même demandeur.

sur une profonde réflexion et sur une planification et une coordination minutieuses.

Il est aussi probable que l'on demande des licences en série visant un très grand nombre d'œuvres dont les titulaires sont introuvables si les recours collectifs pour violation du droit d'auteur se multiplient. Une action actuellement en instance pourrait servir de modèle pour le rôle que la Commission sera appelée à jouer dans le cadre de telles affaires. En 2008, une poursuite a été intentée au nom des héritiers du célèbre musicien de jazz Chet Baker contre les filiales canadiennes de quatre grandes maisons de disque¹¹⁵. Les représentants du groupe alléguaient que ces sociétés se livraient à des violations généralisées et systématiques du droit d'auteur en omettant d'obtenir les licences requises et de verser des redevances avant de reproduire des œuvres musicales sur CD. Le fait que les titulaires de droits soient parfois introuvables constitue l'une des nombreuses raisons expliquant le défaut des maisons de disque d'acquitter les droits avant de produire les enregistrements. Au-delà de la question de savoir si la Commission est en mesure de délivrer des licences rétroactives pour remédier à des violations antérieures, la nature même du recours collectif fait en sorte qu'il est peu probable qu'on demande à la Commission de le faire. Par contre, il ne serait pas surprenant de voir la Commission jouer un rôle dans la gestion de questions comme celle-ci pour l'avenir. Ajoutons à cela les possibilités soulevées par d'autres affaires – le litige Google Books n'est toujours pas réglé aux États-Unis et n'a pas encore retenu l'attention des décideurs canadiens –, et on peut facilement envisager que la Commission jouera un rôle central non seulement à l'égard d'importantes questions d'intérêt public mais aussi dans un nombre croissant de litiges privés.

CONCLUSION

La Commission du droit d'auteur rend relativement peu de décisions comparativement à certains autres tribunaux administratifs et les décisions qu'elle rend sont apparemment de nature réglementaire et économique. En examinant plus à fond ses décisions des vingt dernières années, il apparaît toutefois clairement que la Commission a joué un rôle important dans le façonnement de la législation, des politiques et des pratiques canadiennes en matière de droit d'auteur. La Commission a eu et continuera d'avoir une incidence

115. *The Estate of Chesney Henry « Chet » Baker Sony v. BMG Music (Canada) et al.*, (Cour supérieure de justice de l'Ontario, CV 0800360651 00CP).

considérable sur d'importantes questions d'intérêt public. Le partage de fichiers poste à poste au moyen d'Internet et la neutralité des réseaux de télécommunications et les politiques connexes en sont deux exemples. La Commission exercera vraisemblablement une influence encore plus accrue au cours des vingt prochaines années. L'utilisation équitable et les œuvres orphelines sont deux questions à l'égard desquelles son influence commence seulement à se faire sentir. En se fondant sur l'analyse précédente, il y a lieu de conclure que se pencher sur les travaux de la Commission implique non pas simplement de retracer l'histoire juridique, mais aussi de comprendre comment cette institution fait l'histoire juridique, ce qui dénote à juste titre une importance qui mérite d'être soulignée.