

*Compte rendu*

## **(Re)Structuring Copyright\***

**Mario Bouchard\*\***

Daniel Gervais est l'auteur d'un important traité portant sur l'Accord sur les ADPIC ; il a édité des ouvrages sur la gestion collective, le droit international de la propriété intellectuelle et autres sujets ; il a également publié des dizaines de contributions dans des revues savantes et des ouvrages collectifs. Récemment, il s'est mis en frais de regrouper, de mettre à jour et d'organiser, dans une monographie, certaines réflexions qu'il a livrées depuis une quinzaine d'années sur l'état du droit d'auteur national et international et sur l'impact que l'environnement numérique a eu sur ce dernier. C'est ce qui fait l'objet de la présente recension.

La préface et l'introduction campent l'ouvrage. La toute première phrase semble énoncer l'objet de la monographie : [traduction] « participer au débat sur l'avenir du droit d'auteur et son effet sur la créativité humaine. » Sa véritable prémisse est plus ambitieuse : comment peut-on prétendre que le droit d'auteur soit mal structuré s'il ne l'a jamais vraiment été ? Gervais explore les déficiences structurelles du régime actuel puis examine les itérations de la Convention de Berne, avant d'expliquer de façon détaillée les motifs et principes qui sous-tendent une proposition de solution globale, qui s'inscrit dans l'ordre juridique international actuel.

D'entrée de jeu, Gervais énonce plusieurs des principes et conclusions qu'il étayera par la suite, ce qui facilite le parcours du lecteur. En voici quelques-uns :

---

© Mario Bouchard, 2017.

\* Daniel J. Gervais, *(Re)structuring Copyright: a Comprehensive Path to International Copyright Reform*, Elgar Monographs in Intellectual Property Law (Cheltenham, Glos, R-U, Edward Elgar, 2017) xvii-357 pp, ISBN : 978 1 78536 949 0.

\*\* Avocat, ancien avocat général de la Commission du droit d'auteur.

- Le droit d’auteur n’est ni mort, ni moribond. Il ne devrait pas mourir non plus. Le talent a besoin de soutien pour se développer, et le droit d’auteur peut aider en ce sens.
- Le droit d’auteur est d’intérêt public et donc, compatible avec ce dernier. C’est dans l’intérêt public qu’on accorde aux créateurs une protection juridique. L’intérêt public exige aussi l’imposition d’exceptions et de limites au profit des utilisateurs et des autres créateurs.
- Le régime actuel est détraqué avant tout parce qu’il n’a pas de structure. Toutes les itérations de Berne se contentent d’ajouter aux droits des titulaires; on a tout au plus permis les exceptions alors qu’il fallait parfois les imposer ; on n’a pas cherché à préciser l’objet même du droit d’auteur.
- Avant l’ère numérique, le régime pouvait fonctionner parce qu’il visait avant tout les transactions au sein d’un groupe restreint de professionnels en mesure d’en internaliser les arcanes et les coûts transactionnels et d’en amenuiser les difficultés par le truchement des contrats. Cela est désormais difficile ou impossible, à cause de la dématérialisation des contenus, du déplacement de la responsabilité du professionnel vers l’utilisateur final et de l’arrivée de puissants nouveaux intermédiaires.
- Il faut repenser le droit d’auteur en le recadrant, et pas simplement en changeant son contenu.
- Les créateurs ne forment pas un bloc homogène. Certains veulent simplement disséminer leurs créations, d’autres tiennent à leur paternité. Une minorité s’attend à une compensation financière ; même ces derniers cherchent rarement à contrôler la dissémination de leurs œuvres. Pourtant, qui dit droit d’auteur dit contrôle : on protège donc autre chose que ce que le créateur recherche. Par conséquent, les efforts visant à supprimer le contenu non autorisé sont dans l’ensemble mal dirigés.
- Les utilisateurs non plus ne forment pas un bloc homogène. Certains consomment l’œuvre. D’autres s’en servent pour exprimer leur propre créativité, en y ajoutant ou en la re-contextualisant. D’autres encore y voient une source d’information nécessaire pour l’accomplissement d’autres objets.
- Le débat public sur l’évolution du régime est dominé par deux types d’intermédiaires : les agrégateurs (distributeur, éditeur) qui cherchent à exercer un contrôle sur la dissémination des œuvres dont ils détiennent les droits ; et les plates-formes qui facilitent la

dissémination de ces œuvres, qui prétendent les transmettre sans exercer aucun contrôle et pour qui elles sont un contenu parmi tant d'autres. Leur intervention a évacué les auteurs et les utilisateurs finals du débat. Pourtant, les droits des premiers en la matière sont purement contingents par rapport à ceux des seconds.

- Pour recadrer le droit d'auteur, deux mesures s'imposent. Il faut d'abord abandonner la dichotomie auteur-utilisateur pour définir le droit d'auteur en fonction de ses objets. Cela veut dire reconnaître le droit à la paternité. Du point de vue économique, cela implique de redéfinir le droit comme étant celui de contrôler les utilisations qui portent atteinte à l'exploitation commerciale normale ou prévisible de l'œuvre sans égard à la nature technique de l'utilisation faite (reproduction, exécution) ; sinon, lorsque la compensation est justifiée, la rémunération devrait être la position de repli. Il faut ensuite cesser de croire qu'un seul bouquet de droits, d'exceptions et de limites permette d'atteindre un équilibre optimal entre les droits de tous. Il faut moduler les droits en fonction de quatre types de créateurs et de cinq ou six types d'utilisateurs. Cette approche devrait rendre inutile l'addition à la pièce de fragments de droit et d'exceptions.
- Dans la mesure du possible, les limites du droit d'auteur devraient être inhérentes à ce droit ou incluses dans sa définition (exécution *publique*).
- Il faut faire avec l'ordre juridique international existant. Cela dit, il est possible de recadrer le droit d'auteur en l'arrimant à ces normes. Il est préférable de procéder ainsi que de passer par des ententes commerciales bilatérales ou régionales ou des traités que peu de pays ratifient.
- La gestion collective et certaines de ses modalités (licence générale étendue) sont partie intégrante d'une restructuration du régime de droit d'auteur.

Le reste de l'ouvrage se présente en deux sections. Les chapitres 1 à 7 campent le propos. Les chapitres 8 à 13 articulent la réforme proposée.

Le premier chapitre esquisse d'abord l'évolution du droit d'auteur dans les ressorts de common law, remontant avant même le *Statute of Anne*. Il illustre la façon dont les éditeurs ont instrumentalisé les droits du créateur pour justifier le maintien de leur monopole sur les œuvres qu'ils publiaient. La partie traitant de l'évolution récente du droit d'auteur aborde la migration d'échanges entre

professionnels vers des contacts directs avec l'utilisateur final. Elle postule que ce n'est plus la rareté qui donne de la valeur à la création devenue information, mais bien le fait que celui qui lui accorde une telle valeur puisse la trouver (p. 22), ce qui explique pour partie l'échec des mesures de contrôle, l'émergence des modèles de dissémination rémunérée et le besoin d'occuper le terrain plutôt que d'en limiter l'accès. La dernière partie semble attaquer de front le fractionnement des droits et la façon dont celui-ci ne répondrait plus aux besoins du marché ; Gervais paraît conclure, à tort selon moi, que (tous ?) les fragments ont perdu leur sens.

Le chapitre 2 esquisse d'abord l'émergence de la notion d'auteur en Europe ; on accorde peut-être une importance exagérée au lien entre cette notion et l'existence de systèmes onomastiques (p. 32), importance qui semble tempérée par la suite (note 775, p. 195). La partie suivante porte sur l'émergence des droits des auteurs à l'international. Sans surprise, le traitement démontre une grande maîtrise sur les textes. L'analyse de l'interdiction de formalités offre une ouverture sur la façon dont Gervais entend arriver à ses fins sans bouleverser l'ordre juridique international.

Le chapitre m'a semblé particulièrement intéressant sous quatre aspects. L'importance de la notion d'équilibre en droit d'auteur est abordée de front : Gervais la fait remonter aux débuts de l'ALAI et à Victor Hugo. Il y en a suffisamment sur ce sujet pour que certains se réconcilient avec l'arrêt *Théberge* et, même, avec la notion de droits des utilisateurs introduite dans l'arrêt *CCH*. À cet égard, le chapitre fait bien ressortir la façon dont Berne a évolué au fil des ajouts obligatoires sans qu'on s'attarde suffisamment aux exceptions nécessaires à maintenir l'équilibre dont je viens de parler. On mentionne l'importance exagérée accordée aux représentations des titulaires de droits qui ne sont pas des auteurs. Enfin, j'ai beaucoup appris de l'analyse de l'annexe de 1971 à la Convention de Berne.

Le chapitre 3 offre une excellente introduction au test des trois étapes et à son application dans la législation régionale et nationale et dans certains contextes (recherche, éducation). Il sert un avertissement non voilé à ceux qui voudraient importer le « fair use » américain en droit canadien (p. 65). Dans le même ordre d'idée, l'analyse de la notion de mort à petit feu (« death by 1,000 cuts », p. 69) permet de penser que certaines interprétations judiciaires canadiennes de la notion d'utilisation équitable pourraient violer le test des trois étapes.

Le chapitre 4 traite de l'originalité et de la fixation, de façon étouffée pour la première, de façon superficielle pour la seconde. Le

tout dernier paragraphe semble confondre les notions de fixation sur un support et de fixation dans le temps (éditions multiples) sans que le lecteur puisse comprendre pourquoi.

Le chapitre 5 porte sur la créativité « indirecte et participative ». J'y ai vu avant tout un effort d'arrimer à la notion d'originalité celle de contenu généré par l'utilisateur. Les sujets abordés incluent l'émergence de l'utilisateur amateur ; l'interface entre droit d'auteur et vie privée ; les divers types de contenu généré par l'utilisateur ; la notion d'œuvre dérivée, son évolution en droit international et la distinction entre celle-ci et la simple copie ; et l'importance de l'appropriation pour certaines formes contemporaines d'expression artistique. Gervais propose qu'on aborde la notion d'œuvre dérivée en se demandant d'abord si on s'approprie ce qui rend l'œuvre première originale sans en changer la nature, pour ensuite examiner la nature de ce qui a été ajouté ou transformé, par recontextualisation ou autrement.

Les chapitres 6 et 7 discutent respectivement de la place de l'auteur et de l'utilisateur dans un environnement transformé par le numérique.

La première partie du chapitre 6 examine l'impact de ce nouvel environnement sur le traitement des œuvres de l'esprit : passage d'intermédiaires (éditeurs) titulaires de droits, qui monétisent des contenus à des intermédiaires (plates-formes de recherche) qui ne sont pas (encore ?) titulaires et qui monétisent des rapports ; disparition de la notion de rareté ; importance de la connectivité (« 'like' scarcity ») ; rôle des effets de réseau dans la création de valeur ajoutée et des filtres dans la gestion de l'accès à une information trop abondante. Sans aucun doute, Gervais croit que le droit d'auteur demeure pertinent : [traduction] « le capitalisme cognitif [...] a beaucoup nui financièrement aux créateurs qui cherchent à gagner leur vie. [...] aucun modèle d'affaire n'a le droit de survivre et, par conséquent, l'objet d'une politique fondée sur l'innovation ne devrait pas être d'entraver la « destruction créatrice » Schumpétérienne. Cela dit, lorsque la réglementation est structurellement inefficace et obsolète, faisant en sorte qu'il devient quasi impossible aux auteurs de recevoir leur juste part, on fait face à un problème structurel qui peut et doit être résolu. »

Dans la deuxième partie du chapitre 6, Gervais nous présente quatre types d'auteurs : le dilettante, qui veut diffuser ses créations sans compter en tirer un revenu ; l'érudit, rémunéré pour autre chose que la diffusion de ses œuvres ; l'aspirant, qui croit qu'il « y arrivera »

un jour ; et le professionnel, qui a besoin de monnayer l'utilisation de ses œuvres. Or, notre modèle de droit d'auteur semble fait avant tout pour ce dernier groupe, sans doute le moins nombreux. Gervais pose directement *la* question : est-il d'intérêt public que continue d'exister cette dernière catégorie ? Il répond oui : l'apport du professionnel reste important ; il a besoin de temps et de ressources pour créer. Gervais passe en revue, pour les rejeter, les critiques visant l'existence même du droit d'auteur. Il souligne l'importance du rôle que l'éditeur ou le producteur peut jouer dans l'émergence du talent et, donc, de son besoin de pouvoir monétiser les œuvres des créateurs qu'il a accompagnés.

Dans le chapitre 7, Gervais condamne les excès rhétoriques tant des prétendus porte-parole des titulaires que des supposés défenseurs des utilisateurs. Il voit les exceptions et limites non pas simplement en tant que droits des utilisateurs, mais comme élément inhérent à la définition du droit d'auteur même. Il décrit la façon dont le Code européen du droit d'auteur et le Copyright Principles Project états-unien abordent la question. Enfin, dans un simple paragraphe, il énumère les trois options qui s'offrent en la matière (« fair use », utilisation équitable à des fins précises, exceptions spécifiques) en insistant sur la nécessité d'arrimer les exceptions et limites, peu importe leur forme, au test des trois étapes. La table est mise.

Les chapitres suivants articulent le modèle que Gervais propose.

Le chapitre 8 introduit la notion de « quadrants de paternité » (« quadrants of authorship »), qui reprend la nomenclature du chapitre 6, tout en accordant une attention spéciale aux journalistes. Gervais fait ressortir à quel point l'importance de la dissémination, de l'attribution, de la rémunération et du contrôle varie pour chacun des quadrants. Il propose de moduler les droits (cession au domaine public, paternité, rémunération, contrôle) en fonction des besoins de chacun. Il fustige les intermédiaires-dépositaires (« custodians ») agissant pour le bénéfice des créateurs professionnels, qu'il accuse d'avoir cherché à entraîner l'utilisateur final dans un débat qui aurait dû relever des professionnels. L'œuvre orpheline reçoit tout juste une mention.

Le chapitre 9 traite de la (re)structuration des droits. Il faut : reconnaître que le contrôle est devenu difficile ou impossible (et donc, qu'il faut pouvoir y avoir recours uniquement lorsqu'il se justifie) ; permettre le fractionnement uniquement par voie contractuelle ; définir le volet économique du droit d'auteur comme étant celui de

contrôler l'utilisation portant atteinte à l'exploitation commerciale normale ou prévisible de l'œuvre sans égard à la nature technique de l'utilisation faite. Ce qui fait la beauté de la proposition, c'est qu'elle n'est pas simplement compatible avec les ADPIC : à la façon d'un judoka, Gervais en utilise les principes mêmes pour structurer le droit d'auteur [traduction] « sur une base téléologique plutôt que technologique » (p. 214). Ainsi, en invoquant l'exploitation « normale », il propose que le droit économique s'amenuise avec le temps, compte tenu de la durée de vie limitée de chaque marché pour la plupart des œuvres de l'esprit. La question du droit moral n'est pas négligée.

Le chapitre 10 aborde la façon de structurer les exceptions et limites. Gervais y voit une partie intégrante, essentielle du régime de droit d'auteur. Il reprend les trois modèles énoncés au chapitre 7 (« fair use », utilisation équitable à des fins précises, exceptions spécifiques), décrit six (ou cinq ?) types d'utilisateurs, puis énumère les droits dont ils devraient jouir. S'agissant d'exceptions spécifiques, il énonce certains principes dont l'inviolabilité de la sphère privée, l'accès (rémunéré en principe) aux fins d'éducation, l'accès aux fins de préservation du patrimoine culturel et l'intérêt public dans la dissémination de la culture et de l'information. Le chapitre clôt avec un traitement détaillé de la façon dont les principes avancés pourraient s'appliquer en matière d'éducation : exception pour l'utilisation occasionnelle et spontanée à des fins d'illustration, mais rémunération pour l'utilisation planifiée et systématique.

Le chapitre 11 esquisse le rôle de la gestion collective et de la licence générale étendue dans le modèle proposé : historique; façon dont opèrent les sociétés de gestion; les sociétés en tant que vecteurs culturels ; leur place dans l'environnement numérique ; le rôle qu'elles pourraient jouer dans le dé-fractionnement de la gestion pour certains utilisateurs ; et la place de la licence étendue. La dernière partie, fort intéressante, traite de la place des sociétés nationales. Le chapitre n'engage pas le débat sur l'abolition pure et simple de la gestion collective. On en dit peu sur la façon dont elle pourrait être mieux encadrée, en particulier sur l'interface entre la gestion collective et sa réglementation.

Le chapitre 12 traite des formalités, du rôle qu'elles ont joué et jouent encore et de leur place dans le modèle proposé. On explique en quoi certaines critiques traditionnelles ne sont plus aussi (ou plus du tout) pertinentes dans l'environnement numérique ; on insiste sur l'importance de bien cerner l'objet des formalités (limiter le nombre d'œuvres protégées ? Atténuer les difficultés créées par l'interdiction d'en imposer ?) avant de les concevoir. Gervais propose deux principes

(ne pas lier l'existence du droit d'auteur à une formalité, limiter les recours de celui qui ne s'y conforme pas) et sept modalités, ces dernières me semblant viser avant tout les intermédiaires titulaires de droits. Les questions soulevées par les dommages préétablis sont abordées.

Le chapitre 13 porte sur le droit d'auteur et le développement international. Gervais insiste sur l'importance de maintenir un équilibre de droits tout en permettant l'épanouissement de la créativité, de l'innovation et de l'éducation.

L'épilogue présente les changements que Gervais voudrait apporter à la Convention de Berne et les obstacles que pourrait soulever leur mise en application. Le texte révisé, qui reflète ces propositions, gagnerait à identifier plus clairement les changements apportés, pour le bénéfice de ceux qui, comme moi, ne maîtrisent pas la convention aussi bien que l'auteur.

Deux annexes offrent une introduction aux notions de « fair use » et d'utilisation équitable ainsi qu'une courte analyse de l'annexe de 1971 à la convention de Berne.

Il est inévitable qu'un ouvrage aussi ambitieux présente certaines faiblesses. En voici six.

- 1) Je ne crois pas que le traitement de la gestion collective au pays de l'Oncle Sam soit tout à fait au point. Certes, la disproportion entre les redevances numériques des maisons de disques et des compositeurs est évidente et injuste. Je doute que le régime réglementaire en soit la cause principale (notes 679 et 714 et le texte qui les accompagne). Il me semble plutôt que le gros du dommage a été causé par les ententes intervenues au début du siècle entre les maisons de disques et les éditeurs musicaux qu'elles contrôlent.
- 2) Je ne saisis pas pleinement comment le modèle proposé s'appliquerait à l'œuvre artistique classique plutôt qu'à l'enregistrement sonore moderne. La question mériterait d'être davantage fouillée.
- 3) Le traitement de l'importance et de l'impact du fractionnement en droit d'auteur me laisse perplexe. Le droit d'auteur est fractionné : a) par la loi, en fonction de son objet (œuvre, prestation) ; b) par la loi, en fonction du sous-type d'objet (œuvre *artistique* ; enregistrement sonore *d'œuvre musicale*) ; c) par la loi, en fonction des droits rattachés à l'objet (œuvre artistique : reproduction versus exposition) ; d) dans les contrats (reproduction : synchronisation versus droits mécaniques). Gervais semble mettre tous ces types



de fractionnement sur le même plan, et rejette toute forme de fractionnement non contractuelle. Or, il me semble que certains fractionnements sont inévitables dans la mesure où le législateur attribue le statut d'objet du droit d'auteur à des créations (œuvre, prestation) dont les premiers titulaires (compositeur, interprète) sont souvent des personnes différentes, qui entrent en concurrence pour les mêmes droits de licence et ce, peu importe que le marché amalgame ces objets en un seul bien. Par ailleurs, la plupart des fractionnements créés par voie de contrat le sont à la demande des utilisateurs, pour répondre à leurs besoins. Certes, les besoins du marché ont changé, ce qui amène certains utilisateurs à vouloir dé-fractionner certains droits par n'importe quel moyen : *SRC c SODRAC* [2015] 3 RCS 615. J'aurais aimé que Gervais s'inspire davantage de son *Essai sur le fractionnement du droit d'auteur* (2003) 15:2 *Cahiers de propriété intellectuelle* 501-536.

- 4) Gervais semble faire équivaloir l'utilisation équitable canadienne et le « fair use » états-unien. La Cour suprême du Canada a-t-elle tant fait pour les rapprocher qu'on ne puisse plus les différencier ?
- 5) On sent peut-être un peu trop l'influence américaine. On peut dire que leur Constitution est un « guide utile » (p. xii) sans en faire « the Constitution » (p. 181) comme si on s'adressait uniquement à un lectorat états-unien.
- 6) Le texte contient (une ou deux) comparaisons boiteuses, dont celle qui cherche à établir une équivalence entre la redevance par copie de disque et celle par écoute sur Internet (p. 191) : à combien d'écoutes sert le CD favori d'un enfant en bas âge, d'un ado ou d'un mélomane endurci ?

Quant à la forme, le style plaît, la lecture est agréable. Ceux qui s'intéressent à la question sans être spécialistes y trouveront leur compte. Cela dit, le travail d'édition laisse à désirer. On aurait pu être moins prodigue dans l'usage de métaphores. Le fait que l'ouvrage regroupe des écrits antérieurs explique (et même justifie) certaines redites, mais pas la répétition mot pour mot d'un passage de six lignes aux pages 2-3 et 7 de l'introduction. Je ne vois pas l'intérêt de citer Montaigne dans une traduction en vieil anglais (p. 31) ou de citer la version originale d'une disposition de la loi espagnole (p. 83) si on n'en fait pas autant pour les lois belge, croate ou française (p. 78). La Cour d'appel fédérale australienne (p. 106) n'existe pas. Les coquilles sont nombreuses, et l'omission d'un mot rend certaines phrases quasi illisibles.

La monographie est pertinente en droit canadien davantage qu'on pourrait le croire. Certaines conclusions (nécessité de déclarations de principe), certains principes (définition plus neutre de la notion de droit d'auteur, primauté de la sphère privée) et le constat voulant qu'on ne peut étendre les exceptions au-delà de ce que permet le test des trois étapes, que ce soit par voie législative ou par voie judiciaire, sont autant de sujets, parmi d'autres, qui pourraient retenir l'attention des parlementaires lors de la revue de la *Loi sur le droit d'auteur* prévue pour l'hiver 2017-2018.

*(Re)structuring Copyright* est l'œuvre d'un spécialiste en pleine possession de ses moyens, qui maîtrise dans le moindre détail la plupart des éléments du débat et qui se veut à la fois visionnaire et pragmatique. Le tour de force est de suggérer comment recadrer la façon même dont on aborde le droit d'auteur, non seulement en respectant les normes internationales, mais aussi en s'en servant à son avantage. Gervais disait vouloir sortir des sentiers battus, au point non pas de chercher à changer ce que contient la boîte du droit d'auteur, mais de carrément repenser la boîte elle-même (p. 1). Il me semble avoir relevé le défi.