

Essai sur le fractionnement du droit d'auteur

Daniel Gervais*

1. Introduction	503
2. Le fractionnement: modes, objets, effets.	506
2.1 Les types de fractionnement	507
2.1.1 Les fractionnements découlant de l'économie de la L.D.A..	507
2.1.2 Les fractionnements découlant de choix des titulaires ou de l'autorité réglementaire	509
2.2 Les effets du fractionnement	513
2.2.1 Pour le titulaire de droits	513
2.2.2 Pour l'usager	514
2.2.3 Pour l'autorité réglementaire	516

© Daniel Gervais, 2002.

* Daniel Gervais est professeur Oslers en droit de la technologie, Faculté de Droit (common law), université d'Ottawa. L'auteur tient tout particulièrement à remercier Mme Alana Maurushat (LL.M. Université d'Ottawa et professeure à la Faculté de droit de l'Université de Hong Kong) pour sa précieuse collaboration à la recherche et M^e Mario Bouchard pour ses nombreux commentaires et suggestions.

2.3	Gestion collective et exclusion: des notions incompatibles en droit canadien?	517
2.3.1	L'exécution publique et la communication d'œuvres musicales et d'enregistrements sonores d'œuvres musicales	518
2.3.2	Le régime général	519
2.3.3	Le régime dit des cas particuliers.	521
2.3.4	Le régime de la copie privée.	523
2.3.5	Les sociétés de gestion qui ne sont assujetties à aucun régime de la L.D.A.	523
2.4	La perte du droit d'exclure devrait-elle entraîner celle de la faculté de fractionner?	525
2.5	La Commission du droit d'auteur et le fractionnement des droits	526
2.5.1	Les aspects du fractionnement que la L.D.A. tranche	527
2.5.2	Les aspects du fractionnement qui relèvent de la Commission	528
2.5.3	Les fractionnements qui ne relèvent pas de la Commission	533
3.	Conclusion du premier volet	534

With the 1988 amendments to the Act, the focus switched from keeping collective societies in line to providing easy access to copyright material upon payment of fair compensation for the use. ... Fair access for users was guaranteed by setting up the Copyright Board ...

... [W]ith Bill C-32, collective administration of copyright is more than ever central to Canada's copyright regime. In 1988, Parliament legitimized collective administration and laid the foundations for its growth; in 1997, Parliament increased its relevance and its importance (and therefore the role of the Board) to a degree that many of us have yet to fully understand. This, in turn, should provide creators with better guarantees of a fair remuneration, and users with both greater access to works and better protection in their dealings with collective societies.

The challenge of the Copyright Board, among others, is therefore to see that the system, in its new, expanded form, will work properly and to the satisfaction of creators and users.¹

1. INTRODUCTION

Le droit d'auteur est un ensemble de droits distincts et exclusifs. Ces droits sont *distincts* parce que la loi les établit sous forme de démembrements. Ils sont *exclusifs* parce que seul le titulaire ou la personne qu'il autorise peuvent exploiter l'œuvre de façon légitime².

-
1. M. HÉTU, «Administrative Remedies Under the New Copyright Act: The Role of the Copyright Board and of Others», dans H. KNOPF (éd.), *The New Copyright Act: Managing the Impact*, Toronto, Insight Press, 1997, à la p. 252.
 2. Voir *Stimuler la culture et l'innovation: rapport sur les dispositions et l'application de la Loi sur le droit d'auteur*, Gouvernement du Canada, 2002, à la p. 5.

Les droits de l'auteur sont aussi *fractionnables*. Ce fractionnement, qu'on pratique en modulant le droit d'exclure, a pour but de permettre l'exploitation optimale de l'œuvre.

Souvent, on confie l'exploitation de diverses fractions du droit d'auteur à plus d'une personne. Le titulaire agit ainsi pour servir ses propres intérêts, mais aussi pour répondre aux besoins des marchés et donc, pour le «bénéfice» des utilisateurs et des exploitants. Ces derniers peuvent ainsi acquérir uniquement les fractions de droits dont ils ont besoin. Le titulaire reste libre d'exploiter l'œuvre dans d'autres créneaux et par d'autres mécanismes qui pourraient ne pas convenir au premier acheteur. Ses revenus s'en trouvent optimisés.

Les besoins des utilisateurs évoluent. Celui qui se contentait d'obtenir l'autorisation d'utiliser une certaine fraction de droits peut, suite à des changements technologiques ou pour d'autres motifs, avoir désormais besoin d'utiliser d'autres fractions dont il avait pu se passer jusque là. Tant et aussi longtemps que la gestion des diverses fractions intéressant l'utilisateur est intégrée, la situation ne soulève pas de difficultés particulières. Par contre, si chaque fraction est exploitée à travers des agents différents, l'utilisateur se voit alors obligé d'acquérir chacune d'entre elles dans des transactions séparées. Cela peut entraîner toutes sortes de conséquences, y compris l'octroi à chacun des agents d'un veto *de facto* sur les transactions dans un marché dont il est pourtant absent.

Tant et aussi longtemps que le titulaire de droits sur une fraction détient le droit d'exclure, la question de savoir si l'utilisateur devrait avoir à négocier avec une multitude d'ayants droit relève davantage du politique que du juridique ou de la logique. Les solutions qu'on retiendra dépendront donc en large partie de la philosophie du droit d'auteur dont on cherche à s'inspirer. Par contre, il existe déjà des situations où le titulaire de droits ne peut empêcher qu'on utilise son œuvre. C'est le cas notamment en matière de gestion collective.

Les titulaires qui, volontairement ou non, ont recours à la gestion collective renoncent au droit d'exclure³. On peut donc se poser la question de savoir si ces titulaires devraient conserver le pouvoir de décider seuls de la façon de fractionner l'exploitation de l'œuvre ou d'un ensemble d'objets du droit d'auteur inextricablement intégrés

3. Sous réserve d'une modeste exception à laquelle nous faisons allusion plus loin, sous §2.3.5.

dans un même bien ou service. L'utilisateur devrait aussi avoir voix au chapitre, ce qui suppose l'accès à un mécanisme d'arbitrage. Or, le législateur canadien a déjà fait des choix en matière de réglementation de la gestion collective; c'est donc à la Commission du droit d'auteur que devrait revenir ce rôle d'arbitre.

Le présent essai commence par un bref rappel de la nature du droit d'auteur ou, plutôt, des droits de l'auteur et de la façon dont le droit d'exclure sert à moduler le fractionnement de l'exploitation de l'œuvre protégée. Nous examinons ensuite la pratique du fractionnement, les avantages qu'il offre et les problèmes qu'il soulève, particulièrement en situation de gestion collective. Nous expliquons ensuite les motifs qui nous amènent à conclure, d'une part, que pratiquement toutes les formes de gestion collective au Canada supposent la renonciation au droit d'exclure et, d'autre part, que la perte du droit d'exclure semble entraîner le déplacement de la faculté de fractionner. Une dernière section décrit les outils dont la Commission du droit d'auteur dispose pour optimiser le fractionnement des marchés et répondre aux situations de fractionnement excessif, les façons dont elle s'en est servie ainsi que d'autres façons dont elle pourrait le faire en vertu de la loi actuelle.

Cela dit, la loi actuelle ne permet pas, selon nous, d'en arriver dans tous les cas à des fractionnements optimaux. En situation de gestion collective, il faudrait songer à octroyer à la Commission des pouvoirs additionnels ou à modifier les régimes juridiques pertinents. En ce qui concerne l'économie générale de la *Loi canadienne sur le droit d'auteur*⁴ (ci-après: la L.D.A.), il faudrait envisager une réforme fondamentale, impliquant l'élimination ou la réduction des démembrements des droits de l'auteur. Ces sujets seront l'objet du deuxième volet de cet essai.

Un essai est un ouvrage de facture très libre, traitant d'un sujet qu'il ne prétend pas épuiser. Nous sommes conscients d'en être à la première étape de ce qui pourrait être un long cheminement et de ne pas répondre à toutes les attentes, y compris les nôtres. Le lecteur averti, économiste, juriste ou autre, nous pardonnera d'avoir eu recours à certains raccourcis qui, nous l'espérons, ne faussent pas l'essence du raisonnement. L'intérêt qu'ont soulevé les échanges préliminaires que nous avons eus sur la question nous ont motivés à faire part de nos réflexions à ce stade préliminaire afin de susciter les commentaires du plus grand nombre.

4. L.R.C. (1985), c. C-42.

2. LE FRACTIONNEMENT: MODES, OBJETS, EFFETS

«Le» droit d'auteur n'existe pas. Dans l'ensemble⁵, les lois nationales sur le droit d'auteur ne créent pas un «droit d'auteur»; elles énumèrent une série de «droits» économiques et moraux⁶, qui sont en fait des prérogatives distinctes ou «démembrements»⁷. La L.D.A. ne fait pas exception à cette règle, bien que le paragraphe introductif de son article 3⁸ donne l'impression qu'il existe un droit cohérent, unique, autonome. De fait, la seule cohérence que présente cet ensemble de droits découle du fait qu'ils résultent en général de l'effort de création d'une seule et même personne, l'auteur⁹.

Le droit d'auteur comporte le droit d'exclure. D'aucuns, dont la Cour d'appel anglaise, y voient l'essence même du droit:

Despite ss. 2(1) and 16(2) copyright is essentially not a positive but a negative right. No provision of the Copyright Act confers in terms, upon the owner of a copyright in a literary work, the right to publish it. The Act gives the owner of the copyright the right to prevent others from doing that which the Act recognizes the owner alone has a right to do. [Copyright] prevents all, save the owner of the copyright, from expressing information in the form of the literary work protected by the copyright.¹⁰

5. On peut penser aux lois allemande, chinoise et suisse qui prévoient un droit d'auteur unique mais qui est en pratique composé de plusieurs «sous-droits» ou dont l'exploitation est fractionnée pour correspondre aux fractionnements en place dans d'autres pays.
6. Précisons que notre réflexion porte essentiellement sur les droits patrimoniaux ou économiques et non sur le droit moral.
7. Il peut aussi s'agir, comme dans la loi américaine (article 106), d'une série d'*actes* qui ne peuvent être accomplis sans l'autorisation du titulaire (parfois appelés «actes réservés»). Voir Daniel GERVAIS, «Le droit d'auteur au Canada: fragmentation des droits ou gestion fragmentaire?», dans Ysolde GENDREAU (éd.), *Institutions administratives du droit d'auteur*, Cowansville, Yvon Blais, 2002, à la p. 459.
8. «Le droit d'auteur sur l'œuvre comporte le droit exclusif de produire ou reproduire la totalité ou une partie importante de l'œuvre, sous une forme matérielle quelconque, d'en exécuter ou d'en représenter la totalité ou une partie importante en public et, si l'œuvre n'est pas publiée, d'en publier la totalité ou une partie importante [...]».
9. Fait exception à cette règle l'œuvre de collaboration. Il ne faut pas confondre titularité et paternité. Le premier titulaire de droits sur l'œuvre créée par un employé ou la photographie de commande a beau ne pas être l'auteur, ce dernier n'en demeure pas moins le créateur.
10. *Ashdown c. Telegraph Group Ltd.*, [2002] R.P.C. 5 (C.A.), par. 30. Cette déclaration est d'autant plus significative que les dispositions de la législation britannique auxquelles la Cour fait référence semblent bien conférer un droit positif.

L'octroi de droits exclusifs, et donc le droit d'interdire, est inhérent à toute forme de propriété: être propriétaire d'un bien, c'est d'abord être en mesure d'empêcher les autres d'en jouir¹¹. Par conséquent, rien de bien surprenant qu'on ait eu recours au droit d'exclure pour permettre au titulaire d'exploiter son œuvre.

Les droits que la loi confère à l'auteur sont eux-mêmes fractionnables. Au Canada, le paragraphe 13(4) de la L.D.A. ne laisse aucun doute à ce sujet:

Le titulaire du droit d'auteur sur une œuvre peut céder ce droit, en totalité ou en partie, d'une façon générale ou avec des restrictions relatives au territoire, au support matériel, au secteur du marché ou à la portée de la cession, pour la durée complète ou partielle de la protection; il peut également concéder, par une licence, un intérêt quelconque dans ce droit [...]

Le fractionnement prend différentes formes. Certaines sont plutôt familières; d'autres peuvent surprendre. Il peut être bon de tenter d'en dresser un certain inventaire, si partiel soit-il, avant de se pencher sur les effets, positifs et autres, que le fractionnement peut avoir sur les opérations de divers marchés.

2.1 Les types de fractionnement

On peut distinguer deux types de fractionnement, selon qu'ils découlent de l'économie de la L.D.A. ou de choix faits soit par les titulaires, soit par l'autorité réglementaire.

2.1.1 Les fractionnements découlant de l'économie de la L.D.A.

Les fractionnements découlant de l'économie de la L.D.A. sont de quatre types.

Dans un premier temps, la L.D.A. consacre l'existence de plusieurs objets du droit d'auteur: l'œuvre (et ses quatre types), la prestation, l'enregistrement sonore et le signal de radiodiffusion. Chacun de ces objets possède son intégrité propre, son autonomie. Il peut donc paraître curieux de parler de fractionnement quand on dis-

11. En common law, on pourrait soutenir qu'il s'agit en fait de la définition même du droit de propriété: P.-E. MOYSE, «La nature du droit d'auteur: droit de propriété ou monopole?», (1998) 43 *R.D. McGill* 507.

tingue, par exemple, l'œuvre musicale et l'enregistrement sonore qui l'incorpore. Il arrive pourtant que plusieurs objets soient intégrés dans un tout indivisible pour l'utilisateur. La station de radio qui diffuse l'enregistrement sonore d'une œuvre musicale ne peut l'exploiter séparément de l'œuvre¹² ou des prestations qui le constituent. Il est tout aussi impensable d'exploiter une œuvre cinématographique sans en exploiter le script. Dès lors, il est tout à fait juste pour l'utilisateur de parler de fractionnement, dans la mesure où l'impossibilité de se servir de l'un ou l'autre des objets entraînerait l'impossibilité de se servir du tout¹³.

Dans un deuxième temps, la L.D.A. octroie, à l'égard de chacun des objets auquel elle accorde une protection, un ensemble de prérogatives qui varient en fonction de la nature de l'objet¹⁴. Si ces démembrements existent, c'est le plus souvent en réponse à l'évolution des technologies et des marchés¹⁵. Il est prévisible et naturel que l'exploitation de l'œuvre ou de l'objet se fractionne en fonction de ses démembrements. Cela devient presque inévitable lorsque la L.D.A. impose la façon dont on doit se prévaloir des droits en question, comme elle le fait pour la communication de l'enregistrement sonore d'une œuvre musicale¹⁶ ou la retransmission à la radio ou à la télévision¹⁷.

Dans un troisième temps, la L.D.A. exige que l'utilisateur obtienne l'autorisation des co-auteurs, lorsque la paternité de l'œuvre revient à plus d'une personne¹⁸. Le scénario le plus courant est sans doute celui de la chanson, où l'identité du compositeur et du parolier est souvent différente¹⁹. Mais d'autres scénarios peuvent se

12. Ou des œuvres, puisque les paroles et la musique constituent parfois des œuvres distinctes: *ATV Music Publishing of Canada Ltd. c. Rogers Radio Broadcasting Ltd.*, (1982) 65 C.P.R. (2d) 109 (H.C.J. Ont.).

13. À cet égard, il peut être utile de relire les propos de l'honorable juge Binnie portant sur les œuvres dérivées dans l'arrêt *Théberge c. Galerie d'Art du Petit Champlain inc.*, 2002 CSC 34, par. 70-73.

14. Ces droits ne comportent pas toujours le droit d'interdire: on songe aux droits à rémunération du producteur et de l'artiste-interprète lorsque l'enregistrement sonore incorporant une telle prestation est communiqué au public: L.D.A., art. 19.

15. Nous traiterons plus en profondeur de cette question dans la seconde partie du présent essai.

16. L.D.A., par. 19(2), art. 67 et s.

17. L.D.A., art. 31, 71 et s.

18. *Massie & Renwick Ltd. c. Underwriters' Survey Bureau Ltd.*, [1940] R.C.S. 218, aux p. 232-234.

19. Sur ce point, les questions que soulève le fractionnement sont à certains égards plus théoriques que pratiques dans la mesure où les co-auteurs (auteur, compositeur) ont recours au même agent (la SOCAN) pour faire valoir leurs droits.

présenter, par exemple si un article de magazine a été rédigé par un pigiste, que les œuvres graphiques qu'on y incorpore aient été créées par un employé de l'éditeur et que les photographies qui l'accompagnent proviennent d'une banque d'images.

Enfin, la L.D.A., de par sa structure, tend à encourager les fractionnements en fonction des régimes applicables en situation de gestion collective. On peut dire sans risquer de se tromper que depuis 1989, la L.D.A. voit d'un bon œil la gestion collective. Depuis la réforme de 1997²⁰, cette gestion est désormais encadrée dans quatre régimes distincts²¹, tous assujettis au pouvoir de surveillance de la Commission du droit d'auteur, à savoir:

- a) un régime visant l'exécution publique et la communication d'œuvres musicales et d'enregistrements sonores d'œuvres musicales;
- b) un régime qu'on peut qualifier de «général»;
- c) un régime particulier visant la retransmission de signaux éloignés de radio et de télévision et certaines utilisations par des institutions d'enseignement; et enfin
- d) un régime pour la «copie à usage privé».

Chacun de ces régimes présente certaines caractéristiques propres sur lesquelles nous reviendrons plus loin. Ce qu'il est important de retenir pour l'instant est que, comme chacun des régimes comporte de telles caractéristiques, il est normal²² que l'exploitation des droits se fractionne en fonction de ces différents régimes.

2.1.2 Les fractionnements découlant de choix des titulaires ou de l'autorité réglementaire

D'autres fractionnements sont possibles. Ces derniers, qui sont les plus nombreux, sont le résultat de décisions des titulaires ou de

20. Cette réforme dite de «phase II» découle du projet de loi C-32, devenu le chapitre 24 des Lois du Canada de 1997.

21. En pratique, les régimes applicables à l'exécution publique des œuvres musicales et à la retransmission ont été étendus à d'autres secteurs, et au régime dit général s'est greffée l'option tarifaire. Enfin, on a ajouté le régime de la copie privée.

22. Mais certainement pas inévitable: par exemple, la SOCAN est une société de gestion aux fins des articles 67 et s. L.D.A. (exécution publique d'œuvres musicales), des articles 71 et s. L.D.A. (communication d'œuvres musicales par le

l'autorité réglementaire compétente. En procédant à ces fractionnements, on cherche certes à optimiser l'exploitation de l'œuvre du point de vue du titulaire. On vise aussi à répondre aux exigences des différents marchés. Ce faisant, on voudra tenir compte des besoins des acheteurs éventuels en leur permettant, par exemple, d'acquérir uniquement la ou les fractions de droits dont ils ont besoin: la personne qui veut imprimer un extrait d'une pièce de théâtre dans une anthologie n'a pas besoin du droit d'adaptation, de traduction ou d'exécution publique.

Le droit de fractionner, tout comme le droit d'exclure, ont un seul objectif: permettre l'exploitation optimale de l'œuvre²³. De fait, c'est en modulant le droit d'exclure qu'on fractionne l'exploitation de l'œuvre, ce qui permet de l'offrir dans les marchés visés selon l'échéancier que détermine le titulaire de droits²⁴.

Ainsi, dans un marché donné, on fractionnera l'exploitation de l'œuvre en interdisant l'utilisation de certains démembrements du droit d'auteur soit parce que leur exploitation n'est pas rentable, soit parce qu'elle nuit à l'exploitation optimale d'un autre créneau. On cherchera donc à empêcher un mode d'exploitation qui encourage la création ou la diffusion d'exemplaires non autorisés au détriment du créneau retenu. L'exemple de la location de programmes d'ordinateurs est pertinent dans ce contexte²⁵.

Dans un autre marché, on modulera le droit d'exclure pour étaler dans le temps divers modes d'exploitation de l'œuvre ou encore, pour faire en sorte que l'accès à l'œuvre dans certains créneaux

biais de la retransmission de signaux éloignés de télévision ou de radio) et des articles 79 et s. L.D.A. (copie à usage privé).

23. C'est d'abord et avant tout en ce sens que le droit d'auteur s'apparente au droit de propriété.

24. Il est possible de se servir du droit d'exclure pour fractionner l'exploitation d'un bien réel. L'exploitation d'une propriété à temps partagé exige qu'on accorde à certains le droit d'exclure à certains moments, et qu'on l'accorde à d'autres par la suite.

25. L.D.A., al. 3(1)h. Le lien entre le droit de location et la mise à disposition ou fabrication d'exemplaires non autorisés est expressément reconnu dans l'Accord sur les ADPIC (Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce, annexe 1C de l'Accord instituant l'Organisation mondiale du commerce (OMC) du 15 avril 1994), dont l'article 11 stipule qu'un droit de location sur les œuvres audiovisuelles doit être mis en place par chaque pays membre de l'OMC seulement si «cette location [a] conduit à la réalisation largement répandue de copies de ces œuvres qui compromettent de façon importante le droit exclusif de reproduction conféré aux auteurs et à leurs ayants droit».

s'ouvre et se referme selon le bon vouloir du titulaire. La façon dont on commercialise les œuvres cinématographiques le démontre bien. Le plus souvent, on passe de la présentation en salle à la vente et la location sur support vidéo, à la télévision payante puis à télévision non cryptée, avant de se retrouver sur les ondes de la télévision câblée. Mais il n'en est pas toujours ainsi.

Disney a connu un vif succès en vendant sur support vidéo, pour des périodes de temps limitées, un répertoire d'œuvres remontant jusqu'aux années 30. On vend même sur support vidéo des œuvres qui ne seront jamais diffusées en salle ou sur le petit écran. Dans tous ces scénarios, il revient au titulaire des droits sur l'œuvre ou à son agent (par exemple, le distributeur) de juger du moment opportun pour lancer chaque phase d'exploitation ou de décider si certaines d'entre elles se chevaucheront dans le temps. Ce faisant, on cherche à optimiser les revenus totaux, qui sont ensuite partagés entre ceux à qui revient une quote part, soit en vertu d'ententes contractuelles (les acteurs), soit en vertu des lois applicables²⁶.

Le fractionnement découlant de décisions des titulaires ou de l'autorité réglementaire peut prendre un nombre infini de formes. Pour les fins de notre analyse, il suffira d'en mentionner quelques-uns.

On fractionne presque toujours l'exploitation des droits en fonction du territoire. L'auteur, titulaire de droits dans presque tous les pays, en confie la gestion à différents agents dans chacun d'entre eux, et même parfois à plus d'un agent dans un même pays (par exemple, sur une base linguistique).

On fractionne l'exploitation de l'œuvre lorsque celle-ci exige la participation d'intermédiaires différents selon les marchés. L'auteur d'un roman ne s'adressera pas nécessairement au même éditeur selon qu'il s'agit de la version originale ou de la version «poche».

On fractionne aussi l'exploitation de l'œuvre en fonction des types de clientèle. On invente d'ailleurs souvent une terminologie

26. Qu'il s'agisse ou non de législation sur le droit d'auteur: voir «Chronologie des médias», article du Syndicat (français) de l'édition vidéo, disponible en ligne à l'adresse <http://www.sev-video.org/guide_6.htm>. Il arrive d'ailleurs que les clés de partage, de même que les fenêtres de commercialisation de chaque phase soient réglementées. Voir Olivier CACHARD, «Chronologie des médias: Réduction à six mois du délai de commercialisation des DVD Rom d'œuvres cinématographiques», article publié sur CEJEM.com en janvier 2001, disponible à l'adresse <http://www.cejem.com/article.php?id_article'39>.

qui, tout en reflétant les réalités des divers marchés, n'a pas de signification précise du point de vue de la L.D.A.: le droit dit mécanique (le fait d'endiscquer une chanson) et le droit de synchronisation (le fait d'incorporer une œuvre musicale à une œuvre audiovisuelle) ne sont que des manifestations du droit de reproduction.

Les fractionnements ne découlant pas de l'économie de la L.D.A. sont le résultat de décisions des titulaires de droits, mais aussi, le cas échéant, de décisions de l'autorité réglementaire compétente. Les tarifs de la SOCAN l'illustrent fort bien. Le projet de tarif pour l'année 2003 compte 24 intitulés, qu'on peut souvent eux-mêmes sous-diviser. Certaines distinctions semblent s'imposer d'elles-mêmes: elles découlent entre autres des besoins desservis (la musique ne sert pas aux mêmes fins selon qu'on la joue dans un ascenseur ou une discothèque ou sur les ondes d'une station de radio) ou des modèles d'affaires (choix de l'assiette tarifaire). D'autres semblent résulter davantage de facteurs historiques pouvant ou non avoir perdu leur raison d'être avec le temps (par exemple, les tarifs distincts applicables à la télévision commerciale, selon qu'elle est conventionnelle ou câblée).

D'autres, enfin, répondent à des réalités pratiques. C'est ainsi que la Commission a adopté le tarif 3.C, applicable aux établissements de danse «exotique», de façon entre autres à pallier les difficultés auxquelles la SOCAN était confrontée en matière de vérification²⁷. Quant au tarif 21, applicable aux installations récréatives publiques, il a été mis au point à la demande des utilisateurs de façon à réduire pour ces derniers le fardeau administratif découlant du tarif²⁸.

L'objet des fractionnements qui résultent de choix des titulaires ou de l'autorité publique est avant tout de répondre aux besoins des marchés. En ce sens il serait tentant (et dans certains cas, exact) de parler de fractionnement de l'*exploitation* ou de la *gestion* des droits de l'auteur, plutôt que de fractionnement de ces droits comme tels. Et pourtant, cette façon de s'exprimer pourrait occulter une partie importante de la question. Lorsque l'auteur cède souvent une fraction de droit à un gestionnaire, pour en conserver le reste ou le

27. SOCAN *Statement of Royalties 1994-1997 (Re)*, (1996) 71 C.P.R. (3d) 196.

28. *Statement of Royalties to be collected for Performance or Communication in Canada of dramatico-musical works in 1992, 1993 and 1994 (Re)*, (1994) 58 C.P.R. (3d) 79.

confier à un autre gestionnaire²⁹, c'est véritablement le droit comme tel qui est fractionné: le gestionnaire habilité à émettre une licence pour une fraction n'est pas en mesure de répondre aux demandes des utilisateurs qui ont besoin d'une fraction.

2.2 Les effets du fractionnement

Le fractionnement, faut-il le répéter, est un outil essentiel à l'exploitation optimale de l'œuvre ou autre objet du droit d'auteur. Le fractionnement de la gestion est tout particulièrement utile lorsque le titulaire et l'utilisateur sont facilement identifiables, que les sommes en jeu sont suffisamment importantes pour justifier les coûts transactionnels, et que les sanctions éventuelles envers ceux qui ne se conforment pas à la loi sont suffisamment lourdes (à cause précisément des sommes en jeu) pour encourager le titulaire à prendre des mesures répressives et pour inciter les utilisateurs à y réfléchir à deux fois avant d'utiliser sans permission les droits d'un tiers. L'éditeur d'un livre qui risque la confiscation sans compensation de toutes les copies ou la remise de tous les profits de la vente est un exemple. Par contre, lorsque les usages sont multiples, ponctuels et difficiles à répertorier, que les utilisateurs sont très nombreux et que les sommes en jeu sont relativement peu importantes, le fractionnement peut nuire à l'exploitation optimale des répertoires.

Lorsqu'on se penche sur les conséquences néfastes du fractionnement, on s'attarde surtout sur celles qu'il entraîne pour l'utilisateur. On néglige souvent de traiter de ce qu'il implique pour le titulaire de droits, ou encore pour l'autorité réglementaire.

2.2.1 Pour le titulaire de droits

De prime abord, il peut paraître surprenant d'évoquer la possibilité que le fractionnement des droits de l'auteur puisse avoir un impact négatif pour ce dernier. Après tout, comme c'est à lui que revient avant tout de déterminer comment se fera l'exploitation de ses droits, n'est-il pas prétentieux, voire paternaliste, de tenir pour

29. Les producteurs d'émissions télévisées cèdent à une société de gestion le droit de retransmission des œuvres dont ils sont titulaires, mais pas les autres formes d'exploitation du droit de communication par télécommunication de ces œuvres. Certains titulaires du droit de reproduction sur une œuvre musicale confient à la CMRRA le droit de percevoir des redevances pour les copies faites dans le cadre de l'exploitation d'une station de radio, tout en conservant les droits dits de reproduction mécanique et de synchronisation.

acquis qu'il ne puisse prendre les bonnes décisions à cet égard? Pourtant, le titulaire peut devoir composer avec certains effets plus ou moins désirables lorsque des agents recrutés pour certaines fins précises cherchent à s'adapter aux nouvelles réalités du marché. Ainsi, si on ajoute un démembrement à un type d'œuvre pré-existant et que la gestion de divers démembrements de cette œuvre est déjà confiée à des personnes ou sociétés différentes, on peut s'attendre à ce que chacune de ces personnes cherche à obtenir du même titulaire le mandat de gérer le nouveau démembrement. Les sociétés de gestion du droit d'exécution et celles administrant le droit de reproduction se partagent ainsi la gestion du droit à rémunération pour la copie privée des œuvres musicales³⁰. Plusieurs des organisations qui représentent les artistes interprètes à divers titres se sont constituées en sociétés de gestion de leurs droits «voisins»; or, il arrive fréquemment qu'un même artiste soit membre de plus d'une de ces organisations. Entre autres conséquences, une telle situation peut entraîner des ambiguïtés (parfois coûteuses) lorsque vient le temps de procéder à la distribution de redevances.

Par ailleurs, si on insiste souvent sur les coûts transactionnels que le fractionnement impose à l'utilisateur, on oublie de mentionner qu'il en est de même pour l'auteur et les autres titulaires de droits, dont les revenus nets s'en trouvent diminués.

2.2.2 Pour l'utilisateur

Le fractionnement complique la tâche de l'utilisateur à plusieurs égards.

L'utilisateur se doit d'identifier celui ou celle (qu'il s'agisse ou non d'une société de gestion) qui est en mesure de lui accorder l'autorisation dont il ou elle a besoin. Cela peut s'avérer difficile si le découpage des rôles respectifs ne se fait pas de façon transparente ou si les sociétés ne s'entendent pas sur l'interprétation à donner aux diverses cessions qui ont pu être obtenues³¹. L'utilisateur qui croit avoir

30. Ce scénario a été anticipé par A.A. KEYES et C. BRUNET, *Le droit d'auteur au Canada: Propositions pour la révision de la loi*, Ottawa, Consommation et Corporations, 1977, à la p. 237, qui recommandaient de songer à accorder des monopoles.

31. En particulier lorsqu'il faut interpréter un contrat passé avant l'invention ou l'utilisation à grande échelle de certaines technologies. Les difficultés de cet ordre peuvent aussi se soulever dans les rapports entre titulaires de droits: en matière de droits voisins, le législateur a tenu à donner l'assurance que les artistes-interprètes ne seraient considérés avoir cédé leur droits à rémunération dans une entente conclue avant le dépôt du projet de loi pertinent que si

obtenu la licence dont il avait besoin peut se trouver sollicité par un autre agent du même titulaire de droits³². D'autre part, il peut arriver que des agents se fassent concurrence par rapport au même démembrement, comme c'est le cas en matière de reproduction des œuvres musicales. Cela peut rendre l'obtention des droits nécessaires difficiles, particulièrement si le titre sur l'œuvre provient de personnes qui ne sont pas toutes membres de la même société de gestion.

Le fractionnement des droits de l'auteur peut aussi entraîner des dédoublements, voire des contradictions, entre autres par rapport aux obligations non monétaires qui incombent à l'utilisateur (par exemple, les obligations de rapport et la gestion de données). Une station de radio pourrait se voir obligée de fournir des échantillons d'utilisation du répertoire à des dates différentes pour l'utilisation des œuvres musicales d'une part, et des enregistrements sonores de ces œuvres d'autre part, alors qu'il pourrait suffire de fournir le même rapport aux deux sociétés de gestion³³.

Des difficultés peuvent aussi se soulever si l'utilisateur a besoin de plus d'un démembrement (par exemple, reproduction et communication) pour se livrer à une seule activité (radiodiffusion). La transmission numérique d'enregistrements sonores met en cause une multitude de droits³⁴; chaque titulaire ou gestionnaire détient dans les faits un droit de veto sur l'utilisation de l'enregistrement et peut donc en empêcher la diffusion auprès du public. L'utilisateur peut avoir l'impression de payer plusieurs fois la même (d'un point de vue économique) autorisation, ce qui ajoute aux arguments de ceux qui prétendent que le droit d'auteur ne fonctionne pas ou plus, en particulier aux États-Unis³⁵.

l'entente faisait mention expresse de ce droit à rémunération: *Loi modifiant la Loi sur le droit d'auteur*, L.C. 1997, c. 24, art. 58.1.

32. À cet égard, l'obligation qui incombe désormais aux sociétés de gestion assujetties au régime applicable à l'exécution ou la communication d'œuvres musicales et au régime général de répondre aux demandes de renseignements raisonnables du public concernant leur répertoire pourrait s'avérer fort utile: L.D.A., art. 67 et 70.11.
33. Voir entre autres la décision de la Commission portant sur le tarif de droits voisins pour la radio commerciale, <<http://www.cb-cda.gc.ca/decisions/m13081999-b.pdf>>, p. 44, (1999) 3 C.P.R. (4d) 350 (exigences de rapport).
34. Aux États-Unis, on parle de quatre: voir, entre autres, Mark A. LEMLEY, «Dealing with Overlapping Copyrights on the Internet», (1997) 22 *U. Dayton L. Rev.* 548, 565-566.
35. Sur ce dernier point, pensons aux propos de John Perry Barlow de la *Electronic Frontier Foundation* (www.eff.org), au mouvement baptisé «copyleft», ou aux critiques plus ciblées des professeurs Cohen, Lessig, Litman et Samuelson par exemple.

L'obligation d'obtenir la permission d'utiliser plusieurs fractions de droits à l'égard d'un même intrant entraîne un dédoublement des coûts de réglementation et de négociation, et donc une augmentation des coûts d'administration pour tous les intéressés. Elle peut aussi entraîner une incertitude du point de vue financier. L'exemple des stations de radio est sans doute le plus connu. Ces dernières sont désormais sollicitées à plusieurs titres, dont les droits de communication et de reproduction de l'œuvre musicale *et* de l'enregistrement sonore³⁶. Le cas des services de télévision à haute teneur musicale (ex. MusiquePlus) est aussi pertinent, puisque s'y ajoute la nécessité de libérer les droits sur l'œuvre cinématographique que constitue le vidéoclip.

Pour les utilisateurs, il ne s'agit pas là de problèmes d'ordre théorique. Ces derniers s'en sont plaints à plus d'une reprise dans le cadre des audiences devant la Commission du droit d'auteur et dans le cadre de consultations sur la L.D.A.³⁷.

2.2.3 Pour l'autorité réglementaire

Le fractionnement peut aussi rendre plus difficile le travail de l'organisme de réglementation chargé d'établir les tarifs et leurs modalités afférentes. Plus la gestion des droits est fractionnée, plus il est difficile de prendre une décision qui tienne compte de tous les aspects pertinents d'un dossier. L'information dont on dispose est inévitablement fragmentaire. Rarement est-on en présence de tous ceux et celles dont les intérêts seront éventuellement affectés. L'alternative est le fusionnement des audiences portant sur divers tarifs, ce qui ne s'avère pas toujours facile (par exemple, s'il s'agit de tarifs expirant à des dates différentes). C'est ainsi que dans sa récente décision homologuant le tarif applicable aux services sonores payants, la Commission du droit d'auteur a dit vouloir «laisser la place à d'autres éléments du droit d'auteur» dans l'établissement du prix à payer:

36. Dans les pays où les producteurs ne disposaient pas d'un droit de communication au public de leurs enregistrements sonores, mais uniquement d'un droit de reproduction, cette insistance sur la reproduction pouvait se comprendre. Pour les ayants droit disposant des deux droits, il pouvait s'agir à leurs yeux d'une façon d'augmenter les revenus. On a même tenté dans certains pays d'obtenir le paiement triple pour certaines utilisations, dont la projection de films en salle, qui mettrait en œuvre un droit de reproduction (des copies du film), d'exécution ou représentation publique et du droit de location (car les salles de cinéma ne sont en général pas propriétaires des copies). À notre connaissance, on n'a toutefois pas réussi à mettre ce principe en application.

37. Voir, entre autres, le communiqué de l'Association canadienne des radiodiffuseurs intitulé «La radio demande un régime du droit d'auteur simplifié et fondé sur l'essentiel», <http://www.cab-acr.ca/french/pdf/media/02/nr1_oct2202.pdf>.

Vu la nature du droit d'auteur, la Commission ne peut pas, dans le cadre de ces audiences, fixer un prix unique pour tout ce dont les [services sonores payants numériques] ont besoin pour utiliser les enregistrements sonores musicaux. La Commission doit supposer que ces éléments, dont il reste à déterminer le prix, notamment les droits de reproduction, ont une valeur.³⁸

L'adoption de tarifs distincts augmente aussi les risques de dédoublements, voire de contradictions. Il s'écoulera un délai, parfois long, avant que les changements à un tarif donné soient reflétés (pour autant qu'ils soient pertinents) dans les tarifs qui s'y apparentent³⁹. Si la Commission a décidé de faire en sorte que le premier tarif de droits voisins applicable à la radio commerciale expire en même temps que le tarif de la SOCAN applicable à cette industrie, c'est vraisemblablement avec l'intention d'examiner ensemble ces deux tarifs.

2.3 Gestion collective et exclusion: des notions incompatibles en droit canadien?

Parfois, la L.D.A. retire aux titulaires de droits le pouvoir d'exclure. Entre autres, ce pouvoir disparaît dès qu'une fraction de droit relève d'une société de gestion assujettie à l'un des quatre régimes établis par la L.D.A., mais pas à l'égard d'éventuelles sociétés de gestion qui ne seraient assujetties à aucun de ces régimes. Pour en venir à cette conclusion, il suffit d'un survol rapide des dispositions pertinentes.

38. *Tarif des redevances à percevoir par la SOCAN et par la SCGDV pour les services sonores payants* (décision du 15 mars 2002) disponible à: <<http://www.cb-cda.gc.ca/decisions/m15032002-b.pdf>>.

39. C'est ce qui s'est produit avec les tarifs SOCAN visant la télévision commerciale conventionnelle, et la télévision câblée, et c'est bien que la Commission ait établi dès le début un étroit rapport entre ces tarifs. Voir *Tarif des droits à percevoir par la SOCAN pour l'exécution ou la communication par télécommunication au Canada d'œuvres musicales ou dramatico-musicales pour le tarif 17 pour les années 1990 à 1995* (décision du 16 avril 1996), *Tarif des droits à percevoir par la SOCAN pour l'exécution ou la communication par télécommunication au Canada d'œuvres musicales ou dramatico-musicales pour le tarif 2.A (Stations de télévision commerciale) pour les années 1994 à 1997* (décision du 30 janvier 1997), et *Tarif des droits à percevoir par la SOCAN pour l'exécution en public ou la communication au public par télécommunication, au Canada, d'œuvres musicales ou dramatico-musicales – Tarif 17.A (Transmission de services par des entreprises de distribution de radiodiffusion, y compris les services de télévision payante et les services spécialisés – télévision)* (décision du 16 février 2001), toutes disponibles à <<http://www.cb-cda.gc.ca/decisions/music-f.html>>.

2.3.1 L'exécution publique et la communication d'œuvres musicales et d'enregistrements sonores d'œuvres musicales

Les articles 67 à 69 de la L.D.A. régissent deux types de sociétés de gestion.

Les premières administrent le droit d'exécution ou de communication d'œuvres musicales ou dramatico-musicales. La SOCAN est la seule société agissant à ce chapitre au Canada. Les auteurs, compositeurs et éditeurs canadiens lui cèdent leurs droits à titre exclusif. S'ajoutent à ces cessions des ententes avec les sociétés étrangères administrant le même type de droits. En théorie, le titulaire reste libre de gérer ses droits à titre individuel; ce faisant, il échapperait à l'application du régime. En pratique, toutefois, tous les titulaires canadiens de droits sur des œuvres musicales⁴⁰ adhèrent à la SOCAN.

Les secondes⁴¹ administrent les droits à rémunération de l'artiste-interprète et du producteur pour l'exécution ou la communication de l'enregistrement sonore publié d'une œuvre musicale. Ces droits, que d'aucuns qualifient de «droits voisins», sont entrés en vigueur en 1998. Deux sociétés de gestion ont été mises sur pied dans ce secteur, soit la Société canadienne de gestion des droits voisins (SCGDV)⁴² et la Société de gestion des droits des artistes-musiciens (SOGEDAM). En pratique toutefois, seule la SCGDV a fait homologuer des tarifs. L'alinéa 19(2)(a) de la L.D.A. ne laisse pas le choix des moyens au titulaire de droits: il impose que le droit à rémunération sur ce type d'enregistrements sonores soit versé à une société de gestion.

La perte du droit d'exclure est claire dans un cas comme dans l'autre. Seuls les tarifs homologués par la Commission du droit

40. Certains titulaires québécois faisaient exception à cette règle il y a une dizaine d'années, mais il ne nous a pas été possible d'établir si cela est encore vrai aujourd'hui.

41. Car il y en a bien deux: le libellé de l'article 23 de la L.D.A. ne laisse aucun doute à ce sujet.

42. Une liste complète des sociétés de gestion canadiennes se trouve sur le site Internet de la Commission du droit d'auteur, à l'adresse <<http://www.cb-cda.gc.ca/societies/index-f.html>>. La SCGDV compte cinq sociétés membres: l'Agence pour les licences de reproduction audiovisuelle (AVLA), l'American Federation of Musicians (AFM), ArtistI, la Société collective de gestion des droits des producteurs de phonogrammes et vidéogrammes du Québec (SOPROQ) et l'Alliance of Canadian Cinema, Television and Radio Artists Performers' Rights Society (ACTRA PRS).

d'auteur ont force de loi. Règle générale, ces tarifs s'appliquent de façon prospective à tous les utilisateurs éventuels visés par leurs dispositions⁴³. L'utilisateur n'a pas besoin d'autorisation pour se livrer à un usage visé dans un tarif: il lui suffit d'offrir de payer les redevances figurant au tarif homologué pour se prémunir contre tout recours⁴⁴. La boucle est bouclée au paragraphe 67(4) de la L.D.A. qui interdit, sauf autorisation écrite du Ministre, l'exercice de quelque recours que ce soit en cas de non-dépôt d'un tarif.

2.3.2 Le régime général

Nous entendons par «régime général» celui qu'établissent les articles 70.1 et suivants de la L.D.A. et qui s'applique à pratiquement⁴⁵ toutes les formes de gestion collective volontaire autres que celles visées à l'article 67⁴⁶. Y sont donc assujettis la gestion collective du droit de reproduction, d'adaptation, de location, de publication et d'exécution publique (art. 3), les droits des artistes interprètes concernant la fixation, la communication ou la reproduction de leurs prestations (art. 15), les droits des producteurs d'enregistrements sonores (art.18) et ceux des radiodiffuseurs (art. 21).

Cette gestion se pratique pour l'instant dans un nombre limité de domaines. Deux sociétés de gestion se partagent le marché de la reprographie, soit *Access Copyright*⁴⁷ et la Société québécoise de gestion collective des droits de reproduction (COPIBEC)⁴⁸. Il en est de

43. La Commission est allée jusqu'à qualifier ses tarifs de textes réglementaires; voir *Tarifs des droits à payer pour la retransmission de signaux éloignés de radio et de télévision en 1990 et 1991*, (1990-1994) D.C.D.A 65, (1990) 32 C.P.R. (3d) 97, 148h-149a.

44. L.D.A., par. 68.2 (2).

45. Certains domaines pouvant faire l'objet de gestion collective échappent aux régimes prévus dans la L.D.A.: voir *infra*.

46. Cela dit, sur le plan pratique, cependant, les sociétés de gestion dont les activités sont régies par les articles 67 à 69 de la L.D.A. génèrent plus de perceptions que l'ensemble des sociétés assujetties au régime général.

47. Qui a succédé à la *Canadian Copyright Licensing Agency* (CANCOPY). Access Copyright «représente des auteurs, éditeurs et autres créateurs aux fins de l'administration des droits d'auteur dans toutes les provinces, sauf le Québec. Cette société de perception vise à faciliter l'accès à des documents visés par des droits d'auteur en négociant l'émission de licences générales à des groupes d'usagers tels les écoles, les collèges, les universités, les administrations publiques et les entreprises autorisant à faire des copies des œuvres publiées inscrites dans son répertoire». Voir <<http://www.cb-cda.gc.ca/societies/index-f.html>>.

48. COPIBEC est la société de gestion collective qui autorise, au Québec, la reproduction des œuvres des titulaires de droits québécois, canadiens (par le biais d'une entente de réciprocité avec *Access Copyright*) et étrangers. COPIBEC a

même en matière de droits de reproduction mécanique, avec la Société du droit de reproduction des auteurs, compositeurs et éditeurs au Canada (SODRAC) et l'Agence canadienne des droits de reproduction musicaux (ACDRM)⁴⁹. Dans le domaine des arts visuels, plusieurs sociétés, dont certaines ont été créées très récemment, sont présentes, soit: la *Canadian Artists' Representation Copyright Collective* (CARCC)⁵⁰; la *Masterfile Corporation*⁵¹; la Société de droits d'auteur en arts visuels (SODART)⁵², fondée par le Regroupement des artistes en arts visuels du Québec (RAAV); et le Service des arts visuels et métiers d'art de la SODRAC susnommée.

Le régime général s'applique à une société de gestion dès lors qu'elle octroie des licences établissant à l'égard d'un répertoire de plusieurs ayants droit, les catégories d'utilisation à l'égard desquelles l'accomplissement de tout acte protégé par le droit d'auteur est autorisé ainsi que les redevances à verser et les modalités à respecter pour obtenir une licence. Le régime s'articule autour de deux axes complémentaires: les ententes de gré à gré et le dépôt de tarifs.

La société et l'utilisateur sont toujours en mesure de conclure une entente de gré à gré. S'ils ne peuvent y arriver, l'un ou l'autre peut demander à la Commission du droit d'auteur de trancher⁵³. Par ailleurs, le dépôt auprès de la Commission de l'entente de gré à gré protège les signataires contre certains recours⁵⁴ en vertu de la *Loi sur la concurrence*⁵⁵, mais permet au Commissaire chargé de l'application de cette loi de demander à la Commission du droit d'auteur de décider si l'entente est contraire à l'intérêt public⁵⁶.

La société de gestion assujettie au régime général a par ailleurs l'option de procéder en déposant des projets de tarifs qui, une fois homologués, sont opposables à tous les utilisateurs, à l'exception de ceux qui ont conclu une entente de gré à gré⁵⁷. Pour le reste, le régime tarifaire est calqué sur les articles 67 et suivants de la L.D.A.

été fondée en 1997 par l'Union des écrivaines et écrivains québécois (UNEQ) et l'Association nationale des éditeurs de livres (ANEL). Voir <www.copibec.qc.ca>.

49. Mieux connue sous son sigle anglais CMRRA.

50. Voir <www.carfac.ca>.

51. Voir <www.masterfile.com>.

52. Voir <www.raav.org/sodart>.

53. À moins qu'une entente, qui dessaisirait la Commission, ne soit conclue avant que cette dernière ne dispose de l'affaire.

54. L.D.A., par. 70.5(2) et (3).

55. L.R.C. (1985), c. C-34.

56. L.D.A., par. 70.5(5) et art. 70.6.

57. L.D.A., al. 70.12(a).

L'analyse des dispositions pertinentes nous amène à conclure qu'ici encore, une société de gestion renonce au droit d'exclure dès qu'elle décide d'exploiter un régime de licences dans un marché donné.

La réponse ne fait pas de doute si la société a déposé un projet de tarif. L'article 70.17 de la L.D.A. interdit d'intenter des recours contre quiconque a payé ou offert de payer les redevances figurant au tarif homologué.

La réponse est la même si la société, plutôt que de déposer un tarif, décide de procéder par voie d'ententes de gré à gré. Dès lors que la société administre un système d'octroi de licences⁵⁸, l'utilisateur qui n'arrive pas à s'entendre avec la société a le droit de demander à la Commission du droit d'auteur de fixer les prix et conditions d'une licence. Comme seule l'entente entre la société et l'utilisateur dessaisit la Commission⁵⁹, il irait à l'encontre de l'économie de la L.D.A. que la société puisse, par son action unilatérale, opérer ce dessaisissement. Il est donc logique de conclure que si une société de gestion exploite un régime de licences dans un marché donné, elle ne peut refuser d'émettre des licences à certains utilisateurs dans ce marché; elle peut en revanche décider de se retirer du marché en question⁶⁰.

Le cas des copies éphémères ou de transfert effectuées par les radiodiffuseurs est également pertinent dans ce contexte. La L.D.A. crée une exception franche qui s'estompe dès lors qu'il est possible d'obtenir une licence d'une société de gestion⁶¹. Ces sociétés sont assujetties au régime général; la gestion collective entraîne la perte de la faculté d'exclure. L'alternative à la gestion collective est ni plus ni moins que la perte du droit. Le droit d'exclure n'a donc plus sa place lorsque ces dispositions s'appliquent.

2.3.3 Le régime dit des cas particuliers

La L.D.A. impose un régime de licence obligatoire en matière de retransmission (notamment par câble) et à l'égard de la copie et de l'exécution publique, par des établissements d'enseignements,

58. En anglais «operates a licensing scheme».

59. Art. 70.3(2).

60. La proposition mérite une analyse plus détaillée, puisqu'elle soulève un très grand nombre de questions, par exemple ce qui constitue un système d'octroi de licences, ce qui constitue un marché, ou la possibilité que les titulaires contournent le régime en octroyant des cessions assujetties de conditions minimales pour l'octroi de licences.

61. L.D.A., art. 30.8 et 30.9.

d'œuvres radio- ou télédiffusées. Il existe huit sociétés dans le marché de la retransmission et une qui traite avec les établissements d'enseignement.

Le régime est incompatible avec l'existence d'un droit d'exclure. Seule une société de gestion peut déposer un projet de tarif⁶². Une fois le tarif homologué, la société de gestion peut percevoir les redevances qui y figurent⁶³. L'utilisateur qui ne se conforme pas au tarif viole le droit d'auteur⁶⁴; par contre, celui qui s'en prévaut n'a pas à obtenir l'aval de quiconque⁶⁵.

Le titulaire qui n'a pas habilité une société de gestion à agir à son profit se retrouve encore plus dépourvu. Le seul recours dont il dispose est de réclamer auprès de la société de gestion désignée par la Commission le paiement de redevances aux mêmes conditions qu'une personne qui a habilité la société de gestion à cette fin⁶⁶. L'exclusion de tout autre recours⁶⁷ laisse même à penser que le titulaire dit «orphelin» ne pourrait même pas poursuivre le retransmetteur qui retransmettrait l'œuvre en ne se conformant pas au tarif et qui, ce faisant, violerait le droit d'auteur.

Le régime va même plus loin. Le titulaire orphelin n'a de recours que si un tarif homologué s'applique au type d'œuvres auquel appartient l'œuvre du titulaire⁶⁸. Autrement dit, l'orphelin titulaire de droits sur une œuvre musicale n'aurait vraisemblablement droit à aucun paiement pour la retransmission de son œuvre si, au moment de cette retransmission, le tarif ne visait pas (entre autres) certaines œuvres musicales⁶⁹.

62. L.D.A., par. 71(1).

63. L.D.A., art. 75.

64. L.D.A., art. 29.6, 29.7 et 31.

65. *Ibid.*

66. L.D.A., art. 76; voir aussi la décision de la Commission dans l'affaire *SARDEC*, publiée sur le site Web de la Commission (www.cb-cda.gc.ca) et à (1998) 86 C.P.R. (3d) 481.

67. L.D.A., par. 76(3).

68. L.D.A., par. 76(1) et (2).

69. C'est apparemment ce qu'il adviendrait si la SOCAN ne déposait pas à temps un projet de tarif. C'est aussi ce qui explique pourquoi dans sa récente décision sur les droits éducatifs, la Commission a pris le soin de préciser que le répertoire de la SCGDE «inclut tous les types d'œuvres ou autres objets de droit d'auteur que les établissements d'enseignement sont susceptibles de reproduire»: *Tarif des redevances à percevoir par la SCGDE des établissements d'enseignement au Canada pour la reproduction et l'exécution d'œuvres ou autres objets du droit d'auteur communiqués au public par télécommunication pour les années 1999 à 2002*, voir: <<http://www.cb-cda.gc.ca/decisions/educational-f.html>>, à la page 3.

2.3.4 Le régime de la copie privée

Le régime de copie privée se retrouve aux articles 79 à 88 de la L.D.A. La Société canadienne de perception de la copie privée (SCPCP), organisme parapluie mis sur pied pour gérer les redevances fixées par la Commission, assure la répartition par le biais de ses sociétés membres. Il ne s'agit pas d'un régime d'autorisation mais plutôt d'un régime de compensation des ayants droit pour certaines utilisations de leurs œuvres, prestations ou enregistrements, désormais autorisées en vertu de l'article 80 de la L.D.A. La faculté d'exclure est donc incompatible avec l'essence même du régime.

2.3.5 Les sociétés de gestion qui ne sont assujetties à aucun régime de la L.D.A.

La L.D.A. semble permettre les activités de gestionnaires de portefeuilles d'œuvres qui ne sont assujettis ni au régime général, ni à aucun des régimes particuliers. Pour constituer une «société de gestion», une entité doit administrer un «système d'octroi de licences». Cette expression n'a jamais été interprétée à notre connaissance, mais au moins un auteur a offert la réflexion suivante:

A company that licensed the use of the works of multiple authors to users can avoid the application of the general licensing body regime by declining to operate a licensing scheme. In particular, if that company does not deal with users on a general tariff basis but negotiates each use individually, then it may not necessarily qualify as a licensing body under Section 70.1 of the Act.⁷⁰

Ces gestionnaires de portefeuilles ne seraient pas des «sociétés de gestion». À strictement parler, donc, ils ne sont pas l'objet de notre propos.

Cela dit, il existe au moins un domaine dans lequel une société de gestion pourrait opérer en dehors du cadre de tous les régimes établis par la L.D.A. Aucun de ces régimes, y compris le régime général, ne fait référence aux droits à rémunération des artistes-interprètes et producteurs pour la communication ou l'exécution d'enregistre-

70. Peter GRANT, «Competition and the Collectives in Canada: New Developments in the Relationship between Copyright and Antitrust Law», (1990-91) 1 *M.C.L.R.* 191, à la p. 199.

ments sonores d'œuvres dramatiques ou littéraires⁷¹. Par contre, la définition de «société de gestion» vise les sociétés se livrant à la gestion collective de tous les droits à rémunération conférés par l'article 19, y compris les enregistrements sonores d'œuvres dramatiques ou littéraires. Force est donc de conclure qu'il peut exister au moins un type de gestion collective que la L.D.A. n'assujettit aucunement au pouvoir de surveillance de la Commission du droit d'auteur. Dans cette situation, le droit d'exclure continue de jouer pleinement.

2.4 La perte du droit d'exclure devrait-elle entraîner celle de la faculté de fractionner?

En matière de droit d'auteur, le droit d'exclure sert avant tout à opérer les fractionnements qui conviennent aux titulaires de droits (et aux marchés). Le droit d'exclure et la faculté de fractionner vont donc de pair. De là à dire que la seconde perd son sens là où le premier n'existe pas, il y a un pas qu'il ne faut pas franchir, du moins pas totalement.

Lorsque la L.D.A. retire au titulaire le droit d'exclure, elle a pour effet d'accorder à l'utilisateur un «droit» d'accès au répertoire à des conditions raisonnables et non discriminatoires. La faculté de fractionner l'exploitation du répertoire peut nuire à l'exercice de ce «droit».

Il se peut que l'utilisateur désire utiliser plus d'un élément du droit d'auteur et que le droit d'exclure existe toujours à l'égard d'un de ces éléments. Dans ce cas, la faculté de fractionner demeure pertinente à l'égard de cet élément. La question de savoir s'il faudrait ou non défragmenter le marché dans une telle situation est avant tout une question de politique publique dont nous ne voulons pas traiter pour l'instant.

Par contre, nous avons démontré que les titulaires qui, volontairement ou non, ont recours à l'un des régimes de gestion collective établis par la L.D.A. renoncent au droit d'exclure⁷². À toutes fins utiles, les droits du titulaire se résument au versement d'une rémunération, à l'établissement de procédures permettant de s'assurer que les utilisateurs se conforment au tarif et (sans doute) à l'obtention de

71. Par opposition aux enregistrements d'œuvres musicales, assujettis aux articles 67 à 69 de la L.D.A.

72. Sous réserve des précisions apportées dans la partie C) 5.

données nécessaires à la répartition des redevances⁷³. Dès lors, il convient de se demander si le recours à la gestion collective est pleinement compatible avec l'octroi au titulaire de la faculté de fractionner l'exploitation du droit d'auteur, ou celle d'un ensemble d'objets du droit d'auteur se combinant en un tout homogène (par exemple, l'enregistrement sonore d'une œuvre musicale) du point de vue des rapports entre titulaires et utilisateurs.

Cela ne veut pas dire que la faculté de fractionner doit disparaître en situation de gestion collective. Cette faculté permet alors entre autres la mise au point de licences ou de tarifs qui répondent aux besoins du marché. C'est le fractionnement qui permet à l'utilisateur d'acquiescer uniquement les droits dont il a besoin, ou à la Commission du droit d'auteur d'établir des tarifs différents dans des marchés différents. Il ne faut donc pas éliminer la faculté de fractionner; il faut plutôt la revisiter et peut-être la déplacer dans certains cas. Non seulement les titulaires, mais aussi les utilisateurs devraient avoir l'occasion de faire valoir les motifs qui les amènent à vouloir que certaines fractions de droits soient regroupées, ou encore, que de nouvelles fractions soient mises au point⁷⁴.

En outre, la perte du droit d'exclure entraîne aussi celle de la faculté de mettre fin au débat. Il faut donc un mécanisme qui permette de trancher. À plusieurs égards, cette faculté de trancher est déjà l'apanage d'une autorité externe, la Commission du droit d'auteur. Par ailleurs, la L.D.A. reflète des choix législatifs clairs en matière de réglementation de la gestion collective: de façon systématique depuis la réforme de 1988, le législateur a confié de plus en plus de pouvoirs à la Commission dans ce domaine. Si le titulaire de droits ne dispose plus du droit d'exclure en situation de gestion collective, c'est précisément parce que la L.D.A. confie désormais ce rôle d'arbitre à la Commission. Rien de plus naturel, dans de telles circonstances, que la faculté de fractionner s'exerce au moins en partie par cette même Commission.

La faculté de fractionner le répertoire pour les fins des rapports entre titulaires conserve par ailleurs une importance capitale. Par exemple, un groupe de titulaires de droits de retransmission devrait toujours conserver la faculté de former une nouvelle société de gestion spécialisée si elle est d'avis qu'elle ne reçoit pas sa juste part de

73. Selon que l'on est d'accord ou non avec la proposition que la fourniture de ces données relève des «modalités» d'un tarif.

74. Comme cela s'est produit, par exemple, avec le tarif 21 de la SOCAN.

redevances; pour cette dernière, il s'agit du seul recours dont elle dispose pour forcer un débat sur la valeur relative des diverses composantes du répertoire utilisé en matière de retransmission⁷⁵. Il faut donc laisser aux ayants droit le soin de se regrouper au sein de sociétés distinctes selon leur analyse de leurs besoins. Il restera à s'assurer que la Commission dispose des moyens nécessaires pour s'assurer que la façon dont les sociétés de gestion se partagent un marché ne mène pas à des dysfonctions nuisibles aux utilisateurs (les titulaires demeurant à cet égard responsables de leur sort).

La proposition n'a rien de nouveau ou de révolutionnaire. La Commission exerce la faculté de fractionnement dès lors qu'elle module la nature des utilisations que permet un tarif, qu'elle permet l'établissement de tarifs distincts pour des utilisations jusque là assujetties à une même formule, ou encore qu'elle décide les utilisations d'un répertoire donné qui seront visées dans une licence et celles qui en seront exclues (et par conséquent qui feront l'objet de négociations subséquentes)⁷⁶.

Si notre proposition ne change rien dans les faits à la *nature* des fonctions que la Commission remplit en tant qu'agent de régulation de la gestion collective au Canada, elle risque d'entraîner des changements significatifs quant à la *portée* des pouvoirs dont elle devrait, selon nous, disposer pour que le transfert de la faculté de fractionner soit pleinement accompli. Pour en décider, il faut d'abord établir les moyens dont la Commission dispose déjà à cet égard.

2.5 La Commission du droit d'auteur et le fractionnement des droits

La L.D.A. impose parfois la nature des fractionnements que la Commission du droit d'auteur doit établir (ou éviter) en matière de gestion collective. Cette dernière dispose par ailleurs d'outils lui permettant d'optimiser le fractionnement des droits assujettis à son pouvoir de surveillance. Cela dit, la marge de manœuvre dont elle dispose n'est pas illimitée: comme tout autre organisme administratif, la Commission n'a que les pouvoirs exprès que lui octroie la L.D.A. et les pouvoirs implicites nécessaires à l'accomplissement de

75. Référence aux scripts.

76. Voir *Demande de fixation des droits et modalités d'une licence (SODRAC c. MusiquePlus inc.)*, (2000) 10 C.P.R. (4th) 242, <<http://www.cb-cda.gc.ca/decisions/arbitration-f.html>> et aussi le texte plus haut portant sur les modes de fractionnement déjà pratiqués par la Commission.

ses objets⁷⁷, il se peut donc que la Commission ne dispose pas de tous les outils dont elle aurait besoin pour faire en sorte que les régimes de licences et de tarifs qu'on lui demande de superviser servent l'intérêt public tout autant que ceux des titulaires ou des utilisateurs.

2.5.1 Les aspects du fractionnement que la L.D.A. tranche

Les régimes de gestion collective dictent la conduite de la Commission à l'égard du fractionnement de certains aspects de cette gestion.

En matière d'exécution ou de communication d'enregistrements sonores, obligation est faite à la Commission de veiller à ce que le paiement des redevances visées soit fait en un versement unique⁷⁸. La Commission a d'ailleurs interprété cette disposition comme l'obligeant à confier la perception de toutes les redevances à une seule société de gestion⁷⁹. S'agissant de la communication d'œuvres musicales ou d'enregistrements sonores, la L.D.A. exige qu'on accorde un traitement de faveur aux petits systèmes de transmission par fil, ce qui impose de moduler le tarif en conséquence⁸⁰.

Dans le régime général, la L.D.A. donne préséance aux ententes, même dans les marchés assujettis à un tarif⁸¹. Ce faisant, elle permet aux sociétés et aux utilisateurs de fractionner comme bon leur semble l'exploitation des droits tant et aussi longtemps qu'ils parviennent à s'entendre⁸². Les décisions de marché prévalent donc sur les décisions réglementaires. En matière de retransmission, la L.D.A. exige qu'on accorde un traitement de faveur aux petits

77. D'aucuns pourront tenter de soutenir qu'à cet égard, la Commission se distingue des autres organismes administratifs et dispose uniquement des pouvoirs «inexorablement liés à l'exercice de sa fonction»: *CTV Television Network c. Canada (Commission du droit d'auteur)* (C.A.), [1993] 2 F.C. 115, 123j. Nous pensons plutôt que la Commission jouit de toute la souplesse habituelle dont disposent les décideurs administratifs à cet égard.

78. L.D.A., al. 68(2)a)(iii).

79. Décision de la Commission portant sur le tarif de droits voisins pour la radio commerciale, <<http://www.cb-cda.gc.ca/decisions/m13081999-b.pdf>>, p. 35-36, (1999) 3 C.P.R. (4d) 350. Cette façon de voir, que nous ne partageons pas nécessairement, soulève des problèmes importants sur lesquels nous reviendrons dans la deuxième partie du présent essai.

80. L.D.A., art. 68.1(4).

81. L.D.A. art. 70.191 et 70.3(1).

82. Sous réserve du pouvoir du Commissaire à la concurrence de provoquer l'examen d'une entente déposée auprès de la Commission: L.D.A., art. 70.5(5).

retransmetteurs⁸³. Enfin, le régime de copie privée impose que le versement des redevances se fasse à un seul organisme de perception⁸⁴, tout en laissant à la Commission le soin d'établir non seulement la redevance, mais aussi les quotes-parts revenant à chaque collègue d'ayants droit⁸⁵.

2.5.2 Les aspects du fractionnement qui relèvent de la Commission

Le facteur potentiel de convergence le plus important en matière de gestion collective est sans doute l'existence d'un seul et même organe de contrôle, la Commission du droit d'auteur⁸⁶. La source de sa faculté d'optimiser le fractionnement des droits en situation de gestion collective, c'est son pouvoir d'homologuer des tarifs et leurs modalités⁸⁷.

La Commission est d'abord en mesure de moduler le fractionnement des droits en déterminant le champ d'application des tarifs et sous-tarifs qu'elle homologue. Ce faisant, elle est en mesure d'établir des distinctions (ou des regroupements) fondées sur un grand nombre de facteurs.

L'établissement de modalités est perçu avant tout comme permettant d'élaborer les éléments accessoires d'un tarif: dates de paiement, obligations de rapport, droits de vérification⁸⁸. On pourrait néanmoins soutenir que l'établissement de modalités peut aussi servir à moduler les tarifs comme tels. Cela dit, la question de savoir ce qui constitue une «modalité» a fait l'objet de nombreux débats judiciaires⁸⁹. Certains types de modalités semblent généralement acceptés. D'autres pourraient soulever davantage de controverses, ou en

83. L.D.A., art. 74(1).

84. L.D.A., art. 83(8)(d).

85. À l'intérieur de chacun des «collèges», on laisse le partage à la régie interne des sociétés de gestion.

86. Le fait que la L.D.A. comporte désormais une seule définition de «société de gestion» pourrait être un autre facteur de convergence. Pour l'instant, nous y voyons tout au plus un élément additionnel permettant à la Commission de justifier sa recherche de convergence entre les différents régimes tarifaires.

87. L.D.A., art. 68(3), 70.15(1), 70.2, 70.6(1), 73(1) et 83(8)(a)(ii).

88. À cet égard, il est intéressant de noter à quel point la Commission actuelle cherche à préciser les modalités des tarifs, alors que l'ancienne Commission d'appel, plus laconique, ne semblait pas chercher à en traiter.

89. Voir, entre autres, *Maple Leaf Broadcasting Company Limited c. CAPAC*, [1954] R.C.S. 624, 21 C.P.R. 45; [1953] R.C.E. 130; *Association canadienne de télévision par câble c. American College Sports Collective of Canada Inc.*, [1991] 3 C.F. 626, 81 D.L.R. (4th) 376 (C.A.).

soulèvent déjà; la portée de la faculté dont la Commission dispose dépendra donc de l'interprétation que la Cour d'appel fédérale donnera éventuellement à la notion de modalité.

Pour les fins de notre propos, il n'est pas important d'établir ce sur quoi la Commission se fonde (tarif ou modalités) dans l'exercice de sa discrétion. Nous chercherons plutôt à illustrer les types de distinctions ou de regroupements que la Commission a établis par le passé ainsi que ceux qui n'ont pas été faits jusqu'à maintenant mais qui pourraient, selon nous, être établis en vertu des pouvoirs dont la Commission dispose en ce moment.

Nous avons déjà énuméré certains types de distinctions que la Commission a établis par le passé⁹⁰. Ajoutons-en deux autres. Les premières sont fondées sur le profil linguistique: les retransmetteurs en marché francophone paient moins cher leurs droits de retransmission que les retransmetteurs en marché anglophone. Les secondes sont fonction de la capacité de payer des utilisateurs: la radio communautaire est assujettie à un taux inférieur à celui qui s'applique à la radio commerciale, et les retransmetteurs qui desservent moins d'abonnés paient moins cher que ceux qui en desservent davantage.

Ce qui nous importe davantage sont les recoupements ou regroupements auxquels la Commission a pu procéder par le passé ou pourrait procéder à l'avenir. Ces regroupements peuvent s'opérer en intégrant ou en harmonisant des structures tarifaires autonomes, ou encore en fusionnant carrément les tarifs.

Les premiers efforts d'harmonisation des tarifs ne sont pas le fait de l'actuelle Commission, mais de la Commission d'appel du droit d'auteur. Au départ, la CAPAC et la SDE exploitaient, chacune à titre quasi-exclusif⁹¹, une partie du répertoire mondial du droit d'exécution des œuvres musicales. La Commission d'appel a longtemps permis aux deux sociétés d'avoir des pratiques tarifaires différentes dans un même marché⁹². Par la suite, soit à la demande des

90. Voir §2.5.1.

91. Il arrivait parfois que les co-auteurs d'une œuvre musicale n'appartiennent pas tous à la même société de gestion.

92. Voir, par exemple, l'évolution des structures tarifaires utilisées en matière de concerts: Tarif des droits à percevoir par la SOCAN pour l'exécution ou la communication par télécommunication au Canada d'œuvres musicales ou dramatico-musicales pour les tarifs 4, 5.B, 9 et 11 (en 1992 à 1994), 1.B, 7, 8 et 19 (en 1993 et 1994) et 3, 5.A, 10, 12, 13.A, 14, 15.B, 18, 20 et 21 (en 1994) [1990-1994] D.C.D.A. 386, 402-404; (1994) 58 C.P.R. (3d) 79.

sociétés⁹³, soit malgré leur opposition⁹⁴, la Commission a harmonisé progressivement les tarifs des deux sociétés. À la fin des années 80, chacune déposait un tarif distinct, les audiences se tenaient conjointement, le débat entre sociétés et utilisateurs était à toutes fins pratiques fusionné et entraînait à l'égard de ces derniers l'établissement d'un seul prix. Quant aux tarifs, leur libellé était identique sauf quant au montant, qui découlait de l'application au prix unique d'une clé de répartition découlant soit d'une entente entre elles, soit d'une décision de la Commission. Cette façon de procéder est un des facteurs qui a mené à la création de la SOCAN en 1991⁹⁵.

L'harmonisation des tarifs peut aussi être partielle. On peut, par exemple, maintenir des tarifs distincts à l'égard d'un utilisateur, mais chercher à harmoniser les obligations de rapport qui lui incombent⁹⁶.

Le regroupement des tarifs peut aussi entraîner leur fusion. À cet égard, plusieurs scénarios sont envisageables. On peut envisager de fusionner les sous-tarifs proposés par une même société. C'est ce que semble envisager de faire la Commission à l'égard des tarifs applicables à la télévision commerciale conventionnelle et câblée⁹⁷. On peut ensuite homologuer un tarif unique, portant sur l'ensemble des objets de droit d'auteur à l'égard d'une utilisation particulière de droits assujettis à un même régime. À notre connaissance, la Commission a procédé de cette façon dans trois marchés.

Le premier est celui de la retransmission de signaux éloignés de radio et de télévision⁹⁸. Dans cette affaire, les sociétés avaient procédé à une série de formules différentes, quand elles n'étaient pas carrément divergentes. De sa propre initiative, la Commission a

93. Par exemple, en ce qui concerne la radio commerciale: Éric LEFEBVRE, «La gestion collective du droit d'exécution publique: historique du tarif de la radio de 1935 à 1977», (2002) 15(1) *C.P.I.* 95.

94. *PROCAN c. Canadian Broadcasting Corporation*, (1986) 7 C.P.R. (3d) 433, 64 N.R. 330 (C.A.F.).

95. MATEJCEK, *History of BMI Canada Ltd. and PROCAN: their role in Canadian music and in the promotion of SOCAN (1940-1990)*, Toronto, 1995, p. 95-124.

96. *Supra*, note 32.

97. *Tarif des droits à percevoir par la SOCAN pour l'exécution en public ou la communication au public par télécommunication, au Canada, d'œuvres musicales ou dramatico-musicales – Tarif 17.A (Transmission de services par des entreprises de distribution de radiodiffusion, y compris les services de télévision payante et les services spécialisés – télévision)* (2001), [2001] D.C.D.A. 1, p. 5-8; 15 C.P.R. (4th) 370.

98. *Tarifs des droits à payer pour la retransmission de signaux éloignés de radio et de télévision en 1990 et 1991*, [1990-1994] D.C.D.A 3; (1990) 32 C.P.R. (3d) 97.

homologué un seul et même tarif tout en exigeant que les utilisateurs versent des redevances à chacune des sociétés visées dans le tarif⁹⁹. Cette intégration n'a jamais été remise en question.

Le second est celui de la musique de fond acquise de grossistes en la matière. La Commission a refusé de moduler le tarif selon que le commerçant obtenait cette musique sous forme enregistrée (impliquant une utilisation unique du répertoire de la SOCAN) ou par le biais d'un signal de télécommunication (ce qui aurait pu impliquer deux utilisations de ce répertoire). La décision va jusqu'à préciser que «le tarif vise à la fois l'exécution à laquelle se livre l'acheteur du service et, le cas échéant, la télécommunication effectuée par ce dernier»¹⁰⁰.

Le troisième est celui de la radio numérique. Dans cette affaire, la Commission a établi dans un seul et même tarif les redevances que les services sonores payants numériques doivent verser pour leur communication des œuvres musicales et des enregistrements sonores incorporant ces œuvres. La Commission n'a pas semblé inquiétée outre mesure du fait qu'elle fusionne dans un même tarif la perception de redevances à l'égard d'objets de droit d'auteur différents:

S'occuper des deux ensembles de droits en un seul tarif ne pose pas de difficulté particulière sur le plan pratique ou juridique. Les deux tarifs proposés sont assujettis au même cadre juridique. Les dispositions pertinentes sont identiques en tout point au régime de la retransmission, où la Commission, qui avait été confrontée à l'origine par plusieurs projets de tarifs, a fini par en homologuer un seul. Le tarif de la retransmission traite en un seul document des droits à rémunération pour un type d'utilisation (retransmission) quel que soit le type d'œuvre. En l'occurrence, un tarif unique traitera des droits à rémunération pour un type d'utilisation (télécommunication publique de musique) à l'égard de deux types d'objets de droits.¹⁰¹

99. L'intégration était à ce point complète que tous les retransmetteurs devaient verser la même quote-part de redevances et ce, sans égard à la composition du portefeuille de signaux offert par un retransmetteur donné. Certains retransmetteurs ont donc pu verser des redevances à des sociétés de gestion dont ils n'utilisaient absolument pas le répertoire.

100. *Le tarif 16 de la SOCAN: Exécution publique de la musique 1994 à 1997*, <<http://www.cb-cda.gc.ca/decisions/m20091996-b.pdf>>, 26, 27, 29: (1996) 71 C.P.R. (3d) 196.

101. Exécution publique d'œuvres musicales 1997, 1998, 1999, 2000, 2001, 2002. Exécution publique d'enregistrements sonores 1998-2002 à: <<http://www.cb-cda.gc.ca/decisions/m15032002-b.pdf>>, p. 26: (2002) 19 C.P.R. (4th) 67. La décision fait présentement l'objet d'une demande de révision judiciaire devant la Cour d'appel fédérale.

Jusqu'à maintenant, la Commission s'est abstenue d'imposer le paiement de redevances auprès d'un seul agent de perception, qui verserait ensuite à chacune des sociétés concernées sa quote-part en fonction d'une clé de répartition elle-même établie dans le tarif¹⁰². La Commission elle-même a fait allusion à certaines difficultés d'ordre juridique que cette façon de procéder pourrait soulever, du moins lorsque le paiement des redevances peut être exigé auprès de plus d'un débiteur¹⁰³. Cela dit, dans la mesure où la Commission est en mesure d'imposer la fusion des tarifs, l'imposition du versement unique semble être une modalité envisageable.

Il existe d'autres regroupements que la Commission serait en mesure d'établir à l'avenir en se servant des pouvoirs dont elle dispose en ce moment mais dont l'opportunité est controversée. Ce genre de solutions peut prendre une importance particulière lorsqu'une même utilisation (en tant qu'opération économique) requiert plusieurs autorisations et que les sociétés concernées n'arrivent pas à s'entendre. On peut songer ici à deux cas de figure¹⁰⁴. Le premier est celui où certains des démembrements visés sont assujettis à un régime obligatoire alors que d'autres sont assujettis au régime général¹⁰⁵. Le second est celui où tous les démembrements visés sont assujettis au régime général¹⁰⁶. L'un comme l'autre soulèvent des problèmes similaires.

Si le gestionnaire du démembrement assujetti au régime général opte pour un tarif, alors toutes les avenues de solution semblent ouvertes. Par contre, si ce gestionnaire opte pour la signature d'ententes, une solution passant par la Commission est beaucoup moins

102. Ce qui reviendrait ni plus, ni moins, à ce qui s'impose à l'égard des collègues de droits d'auteurs en matière de copie privée: L.D.A., art. 84 et 88.

103. «Si une société de gestion traitant avec des débiteurs solidaires ne peut être obligée de s'adresser à l'un d'eux, alors il se peut qu'aucune ne puisse en obliger une autre du fait de son propre choix»: *supra*, note 98, p. 27.

104. Le scénario selon lequel tous les démembrements visés sont assujettis au même régime obligatoire n'est pas un cas de figure, comme on a pu le voir précédemment. En théorie, il existe un troisième scénario possible, impliquant deux démembrements sujets à deux régimes obligatoires différents. En pratique, il est fort peu probable que la situation se soulève dans le cadre de la loi actuelle, et ce parce que chaque régime obligatoire vise des marchés différents. Le tarif visant la communication d'œuvres musicales à la télévision s'adresse aux stations elles-mêmes alors que le tarif traitant de la retransmission de ces œuvres par le biais des mêmes signaux de télévision vise le retransmetteur.

105. Ce qui serait le cas si on tentait de traiter dans un même tarif des redevances que la radio commerciale doit verser à la SOCAN, à la SCGDV et à la SODRAC.

106. Ce qui serait le cas si on tentait de traiter dans un même tarif des redevances que MusiquePlus doit verser à la SODRAC (droit de reproduction sur les œuvres musicales) et à l'*Audio-Visual Licensing Agency* (droit de reproduction des vidéoclips).

évidente. Dans le cadre du régime général, la décision de procéder par voie de tarifs ou par voie d'ententes relève de la société de gestion¹⁰⁷. Qui plus est, les ententes ont préséance sur les tarifs¹⁰⁸. Cela dit, la Commission pourrait par hypothèse fixer, pour le démembrement assujetti au régime obligatoire, un tarif qui donne à l'utilisateur un rabais équivalant à ce qu'il doit payer pour obtenir le démembrement assujetti au régime optionnel. On est toutefois en droit de se demander s'il est réaliste ou même souhaitable de penser qu'on puisse ainsi amener les sociétés assujetties au régime général à se sentir obligées d'opter pour la voie tarifaire.

2.5.3 Les fractionnements qui ne relèvent pas de la Commission

Sous au moins deux aspects, le fractionnement des droits de l'auteur ne relève pas de la compétence de la Commission. Premièrement, il ne lui revient pas de décider quelles sociétés de gestion ont droit au chapitre. À ce titre, les ayants droit disposent d'une liberté à peu près totale, du moins en théorie. Même lorsque la gestion collective est le passage obligé de l'exercice d'un droit à rémunération (retransmission, droits éducatifs, copie privée), l'ayant droit conserve le droit de ne pas adhérer¹⁰⁹. Deuxièmement, la Commission, si tant est qu'elle soit en mesure d'influer sur le fractionnement de la gestion des objets du droit d'auteur, ne peut pas défractionner le droit d'auteur en tant que tel. Ces deux questions seront abordées dans la deuxième partie du présent essai.

Cela dit, nous sommes déjà en mesure de conclure qu'à tout le moins la Commission pourrait théoriquement défractionner la gestion des droits de l'auteur de toutes les façons (mises à part la fusion pure et simple) que pratiquent de façon volontaire les sociétés de gestion dans leurs rapports entre elles. Ainsi, les sociétés de gestion européennes ont mis sur pied des organismes de liaison leur permettant entre autres de traiter plus aisément avec les méga-clients, qu'il s'agisse de titulaires de portefeuilles ou d'utilisateurs de contenu. Il n'est pas tant question ici d'intégration géographique¹¹⁰, mais plutôt des «guichets uniques», ces regroupements des sociétés de gestion au sein d'un organisme parapluie capable soit d'octroyer des licences

107. L.D.A., art. 70.12. Par conséquent, la société assujettie au régime général qui aurait déposé un projet de tarif qu'on aurait fusionné à un autre contre son gré.

108. L.D.A., art. 70.191.

109. L.D.A., art. 76 et 83(11).

110. Le Bureau européen des licences (BEL) en matière de droits mécaniques; après tout, l'Union européenne est un marché unique.

pour plusieurs types d'utilisation de plusieurs catégories d'œuvres, soit d'aiguiller le requérant vers la bonne société de gestion¹¹¹. Ces façons de procéder, qu'elles soient structurantes (comme dans ce qui précède), ponctuelles¹¹² ou virtuelles¹¹³, permettent de réduire le fardeau administratif des usagers et même le nombre de paiements à effectuer¹¹⁴.

3. CONCLUSION DU PREMIER VOLET

On décrit parfois le droit d'auteur comme un faisceau de droits dont l'amplitude augmente au fur et à mesure de l'évolution technologique. Au fil du temps, on a ajouté de nouveaux droits à ce faisceau, soit pour accorder un droit relatif à de nouvelles formes d'utilisation de l'œuvre, soit pour protéger de nouvelles formes de création. Ces démembrements font eux-mêmes l'objet de fractionnements entre exploitants agissant dans des marchés ou sur des territoires distincts.

Le fractionnement du droit d'auteur se comprend d'un point de vue historique. Le temps aidant, toutefois, les motifs qui avaient entraîné la création de démembrements ou le fractionnement de leur exploitation changent ou disparaissent. Lorsque les modes d'exploitation des objets de droits ne correspondent plus aux réalités du marché, ces objets risquent d'être exploités de façon sous-optimale ce qui nuit aux auteurs et aux utilisateurs de leur œuvres. Le fait de fractionner l'exploitation de l'œuvre ou d'un ensemble d'objets du droit d'auteur inextricablement intégrés dans un même bien ou service perd ainsi son sens. Le phénomène n'est pas nouveau. L'arrivée

111. On songe, entre autres, au CMMV allemand, au SESAM français et au CEDAR néerlandais. Voir <www.cmmv.de>, <www.sesam.fr>, <www.cedar.nl>.

112. Par exemple, des réseaux *ad hoc* constitués en fonction des besoins précis de certains usagers, permettant d'obtenir les autorisations nécessaires pour certains types d'utilisations relativement courantes et fréquentes.

113. Un guichet pourrait n'être qu'un point de contact, un site Internet par exemple, destiné à certaines catégories d'utilisateurs et offrant le bouquet d'autorisations nécessaire. Le travail relatif au développement de systèmes électroniques de gestion du droit d'auteur (SEGDA) par les sociétés de gestion au Canada n'a peut-être pas suffisamment progressé, quoique *Access Copyright* ait récemment annoncé une avancée importante. Il faut se demander s'il est logique que chaque société développe son système, tant d'un point de vue financier que d'un point de vue d'efficacité du mécanisme d'autorisation.

114. Cela dit, le concept de guichet unique a d'abord été mis en avant lorsque la création de CD-ROMs et autres œuvres «multimédia» devait devenir l'une des principales formes d'exploitation des œuvres. Tel ne semble pas être le cas, même si Internet facilite assurément la localisation et la réutilisation d'œuvres et de fractions d'œuvres.

d'Internet ne fait qu'exacerber la situation. Lorsque de telles situations se soulèvent, il faut peut-être repenser la façon dont l'exploitation des droits est fractionnée.

Nous croyons avoir démontré qu'en situation de gestion collective, les titulaires ne disposent plus de l'outil servant à mettre en œuvre les fractionnements, soit le droit d'exclure. Nous avons aussi cherché à démontrer ce pourquoi la faculté de fractionner devrait alors passer par la Commission du droit d'auteur. Nous avons examiné la façon dont elle s'est servie de cette faculté pour répondre aux besoins des différents marchés.

La prémisse du présent essai est essentiellement pragmatique: le droit d'auteur doit fonctionner, en particulier au niveau de sa gestion. L'utilisateur désirant utiliser l'objet de droit dont le titulaire est prêt à autoriser l'utilisation (ou à l'égard duquel il a renoncé au droit d'exclure) devrait pouvoir le faire à des conditions satisfaisantes pour les deux parties, en encourageant un coût transactionnel raisonnable (encore une fois, pour les deux parties).

Les créateurs ont intérêt à ce que le droit d'auteur «fonctionne». D'aucuns soutiendront qu'il revient uniquement aux titulaires de droits de décider de ces questions. On dira que le droit d'auteur est un droit exclusif; que le «droit» d'utiliser l'œuvre n'existe pas; que le droit d'auteur n'a donc pas à fonctionner; que les obstacles à l'utilisation de l'œuvre découlant des structures de gestion, pour insurmontables qu'ils soient, sont le prix à payer pour que l'intégrité du droit d'auteur soit préservée. Pourtant, nous croyons que la plupart des titulaires de droits souhaitent que le système du droit d'auteur «fonctionne». En outre, lorsque le droit d'auteur a pour résultat, recherché ou non, de bloquer l'accès aux répertoires dont les auteurs souhaitent autoriser l'utilisation plutôt que d'optimiser cet accès, on risque, à terme, d'affaiblir le droit d'auteur et, au-delà, la place même de la règle de droit dans ce domaine.

Les utilisateurs partagent ce même intérêt. Règle générale, le discours dominant des utilisateurs se concentre sur les situations qui semblent exiger qu'on défractionne la gestion des droits. Or, le défractionnement, tout comme le fractionnement, est une arme à deux tranchants. De la consolidation des tarifs peuvent résulter des concentrations qui à leur tour risquent d'entraîner des abus de pouvoir tant contre les titulaires que pour les usagers. Il faut aussi éviter

de regrouper des intérêts trop disparates¹¹⁵. Il faut donc trouver des façons de permettre à la différence de s'affirmer. Il faut aussi sans doute se méfier des solutions trop «propres» et, partant, songer à des approches qui permettent aux usagers de s'y retrouver tout en laissant aux titulaires la possibilité de faire des choix. Peut-être faut-il même songer à harmoniser les tarifs, les fusionner ou imposer le paiement unique tout en permettant la concurrence entre sociétés dans leurs marchés avec les ayants droit.

C'est pourquoi tout au long de cet essai, nous avons parlé d'optimiser le fractionnement et non de l'éliminer. C'est pourquoi aussi notre réflexion a porté uniquement sur les rapports entre ayants droit et utilisateurs (et non sur les rapports entre utilisateurs). Nous reconnaissons d'emblée que, dans la plupart des cas, le titulaire de droits (qu'il s'agisse ou non d'une société de gestion) et les utilisateurs sont les mieux placés pour décider de la meilleure façon d'en arriver à des solutions qui satisfassent tant l'un que l'autre. Les sociétés de gestion ont démontré par le passé qu'elles sont en mesure de mettre au point de nouvelles méthodes de travail leur permettant de répondre aux besoins de marchés en constante évolution. L'incapacité des sociétés à s'entendre sur la façon de traiter avec un même utilisateur peut appeler l'intervention de la Commission: cela dit, en principe, l'entente demeure préférable à l'intervention de l'autorité.

Le pouvoir de trancher est déplacé. On demande à une autorité externe de voir au respect de l'intérêt des ayants droit, des utilisateurs et du public en général. Cette autorité dispose de certains des pouvoirs dont elle a besoin pour s'acquitter de sa tâche. La marge de manœuvre dont cette autorité dispose est incomplète; selon nous, à certains égards, elle devrait le demeurer. Par ailleurs, tant la Commission que les ayants droit sont confrontés à des formes de fractionnement inhérentes à l'économie de la L.D.A. et sur lesquelles il est peut-être temps de se questionner.

C'est ce que nous entendons faire, entre autres choses, dans le prochain volet de notre réflexion.

115. À cet égard, l'expérience australienne en matière de retransmission pourrait offrir un bon exemple de ce qu'il ne faut pas faire. Nous y reviendrons.