

LA LOI SUR LE DROIT D'AUTEUR AU CANADA: LE TROISIÈME MILLÉNAIRE

David Vaver [\[1\]](#)

Dans toute activité humaine, prévoir est un exercice dangereux, et la *Loi sur le droit d'auteur* ne fait pas exception. Quand en 1957, la Commission royale présidée par le juge Ilsley a recommandé une réforme du droit d'auteur, certains esprits avisés ont prédit que celle-ci était imminente. Or l'imminence est une notion à géométrie variable!... Une nouvelle génération a eu le temps de parvenir à l'âge adulte et de donner naissance à ses propres enfants avant que la première phase de la réforme n'ait porté ses fruits en 1988.

Les prédictions dans le domaine du droit d'auteur donnent des résultats qui sont au mieux à moitié justes ou à moitié faux, dépendant des dispositions et de la perspective de celui qui les examine. Si certaines choses sont parfois prévisibles, d'autres le sont moins, et le cours des événements est finalement entre les mains des dieux ou de leurs émissaires terrestres, les satrapes de la communication et de l'industrie du spectacle.

Les prévisions suivantes sont donc faites en se rappelant à chaque instant que la seule certitude dans un tel domaine est l'incertitude.

Le droit d'auteur et les droits voisins seront d'actualité au Canada dans un futur proche, au moins pour le reste des jours de l'auteur de cet article, plus cinquante (ou peut-être soixante-dix) ans. Les droits deviendront plus forts, plus intégrés et plus contraignants. Leurs détenteurs obtiendront plus de droits exclusifs sur des activités plus nombreuses. Les utilisateurs verront leur liberté diminuer et devront mettre la main au portefeuille pour satisfaire à l'idéologie dominante de l'*utilisateur payeur +. Le domaine public va se réduire parallèlement, et, avec lui, la palette des tropes disponibles comme la parodie ou la citation.

Des niveaux de protection jamais atteints vont se trouver gérés sur un plan international. La tendance a pris forme avec l'ALÉNA, l'OMC et son accord sur les ADPIC, et la moisson actuelle des traités du BIRPI continuera au même rythme. La marge de manoeuvre du Canada pour créer et maintenir des politiques qui protègent ses intérêts nationaux diminuera jusqu'à n'être plus qu'inconséquente. Les politiciens parleront toujours à la fois de jouer dans la cour des grands au même titre qu'eux et de protéger les cultures locales, sans réaliser leur inconsistance fondamentale.

Les entreprises qui distribuent du matériel assujetti au droit d'auteur vont devenir plus importantes et plus concentrées, et de moins en moins de mains détiendront les droits sur la matière créative. Ce courant est déjà engagé en ce qui concerne les médias du spectacle et les industries informatiques qui sont fortement intéressées par l'Internet et les autres formes de diffusion électronique. Ces industries ont un puissant droit acquis à une solide protection de la propriété intellectuelle, et elles continueront d'utiliser les médias qu'elles contrôlent pour propager leurs points de vue protectionnistes.

Les auteurs, les artistes et les institutions parleront toujours de l'importance du droit moral, mais ce droit aura une valeur plus symbolique que pratique. Les distributeurs obtiendront des renoncements au droit moral ou inventeront des moyens pour faire valoir ce droit à leur avantage.

Ces mouvements ne se feront pas sans heurts. Ils s'intègrent à la lutte internationale intense et sans répit menée pour le contrôle de la culture et des moyens de communication. D'un côté, on trouve les propriétaires de médias et les distributeurs, souvent rassemblés dans des entreprises multinationales intégrées verticalement, qui revendiquent une protection et des revenus accrus pour leurs produits. S'associent à eux le plus souvent les auteurs et les artistes, qui espèrent

désespérément qu'une protection supplémentaire engendrera des revenus supplémentaires. Qu'historiquement la plupart des auteurs et des artistes bénéficient peu de telles augmentations, dans l'absolu, ou par comparaison avec les bénéfices reçus par les distributeurs, sera ignoré le plus commodément du monde [2]. De l'autre côté on trouve les utilisateurs et les institutions, qui préfèrent profiter de larges droits d'accès. Ils revendiquent un domaine public vaste et un accès aux produits culturels à un prix qui garantisse une production continue, mais qui ne rapportera pas un revenu excessif, tel une manne tombée du ciel.

Ceux qui sont à la fois propriétaires et utilisateurs butinent d'un côté et de l'autre, en essayant de résoudre leur schizophrénie de manière à se garantir des profits maximaux de part et d'autre. Entre ces deux camps, les autorités gouvernementales essaient de négocier des ententes de la manière qui semble le mieux promouvoir les intérêts nationaux relatifs à la culture et la compétitivité.

Explorons en détail les pistes évoquées précédemment.

1. Le droit d'auteur existera toujours

Puisque la numérisation et la livraison électronique deviennent des moyens de plus en plus courants d'exploitation des oeuvres protégées par le droit d'auteur, celui-ci pourra-t-il survivre à cet environnement? Enfant de l'ère de l'imprimerie, le droit d'auteur repose sur la création d'une oeuvre tangible, qui est alors exploitée à travers une commercialisation massive de copies, de représentations en public ou de diffusions sur les ondes. Les accords non autorisés sont d'habitude facilement sanctionnés devant les juridictions civiles ou pénales. Avec la numérisation et l'électronique, il est plus difficile de maîtriser les manipulations non désirées et les transferts instantanés de données à l'échelle mondiale. La détection des fraudes et l'application de la loi deviennent plus difficiles, parfois même impossibles. Les droits spécifiés dans les codes peuvent bien être oubliés en pratique.

Le droit d'auteur disparaîtra-t-il ou, comme certains l'affirment, est-il déjà mort? L'avis de décès semble prématuré. Le droit d'auteur n'est ni mort ni agonisant, principalement parce que personne, excepté les incroyables occasionnels, ne peut accepter une telle possibilité. Les droits d'auteur sont toujours protégés par les tribunaux; les gouvernements donnent toujours plus de pouvoirs à leurs titulaires; des milliards de dollars changent de mains chaque année au gré des ventes, achats ou émissions de droits d'auteur; les moyens de communication traditionnels, qu'il s'agisse des médias audiovisuels ou de la presse écrite, continuent de prospérer et de s'enrichir de nouveaux contenus, ou alors d'anciens, recyclés et remis à la mode du jour. En bref, Elvis n'est pas mort, ne peut pas être mort!

La plupart des titulaires de droits d'auteur perçoivent les nouveaux médias comme leur offrant de nouvelles opportunités, plutôt que comme de nouveaux ennemis. Toutes les nouvelles technologies ont entraîné à leur suite un éventail de possibilités sur lesquelles ils préféreraient avoir un contrôle absolu. Cependant, en redescendant sur terre, ils sont prêts à transiger pour beaucoup moins. Tant que les nouvelles technologies engendrent des profits supérieurs aux pertes encourues par le remplacement des anciennes, les titulaires de droits d'auteur mènent la danse. Ils adaptent simplement leurs stratégies pour (1) maîtriser et exploiter les nouvelles technologies, (2) persuader les personnes influentes, le législateur, les administrateurs, les tribunaux et les faiseurs d'opinion afin de leur fournir les moyens efficaces de parvenir à leurs fins, et (3) essayer de convaincre le monde entier de la pertinence de leur comportement et la bêtise de ceux qui voudraient les contredire.

C'est sur ce dernier point que la *Loi sur le droit d'auteur* est la plus vulnérable parce que, pour sa survie, elle doit attirer et conserver le soutien et la confiance du public. Le droit d'auteur ne peut pas se maintenir malgré la désapprobation du public, comme un médicament rebutant administré à un malade imaginaire. La façon dont est actuellement utilisée la *Loi sur le droit d'auteur* est

confuse même pour l'initié, ne parlons pas alors du profane. La loi a un impérieux besoin d'un noyau moral solide que le grand public peut apprécier et accepter. Celles et ceux qui souhaitent que la loi survive feraient mieux de se concentrer sur ce but, plutôt que de revendiquer, par principe et avec mauvaise foi, une protection qui interdit au public un accès libre à son bassin culturel.

2. La loi va s'internationaliser et se standardiser

Une des caractéristiques de la loi canadienne sur le droit d'auteur au prochain millénaire sera qu'elle ne sera plus *canadienne*. Cette affirmation n'a aucun rapport avec les débats sur l'avenir du Québec, et je ne prétends pas non plus que la loi va purement et simplement disparaître. La loi canadienne va plutôt ressembler de plus en plus aux lois des autres pays.

Une volonté d'harmonisation existe déjà afin d'aboutir à une seule loi globale pour tous les pays. Cela est déjà en partie réalisé par la ratification quasi universelle de la *Convention de Berne* et l'accord de l'OMC, ainsi que par les progrès faits pour adopter les nouveaux traités chapeautés par l'OMPI. Mais ces traités permettent encore de larges initiatives locales, tant sur le fond que du point de vue de la procédure. L'avenir montrera certainement de grandes tentatives d'uniformisation, comme celles imposées à l'Union européenne par les directives de la Commission de Bruxelles. Que l'élan vienne de l'ALÉNA ou d'ailleurs n'a aucune importance. Ce qui importe c'est que l'élan vienne de quelque part.

Les raisons sont suffisamment claires. Les entreprises multinationales, qui sont aujourd'hui les grands bénéficiaires du droit d'auteur, trouvent les différences entre les législations irritantes et coûteuses. Des conventions de cession de droits d'auteur ou des renonciations qui sont valides dans un pays peuvent s'avérer ne pas l'être dans d'autres. La règle du court terme peut conduire à l'élimination de la protection dans un État et à sa garantie dans un autre; des exceptions nationales sont encore permises sous la coupe du droit international. Payer de lourds honoraires d'avocats dans beaucoup de pays pour se frayer un chemin entre les législations locales impose des coûts administratifs trop lourds que les propriétaires de droits d'auteur voudraient bien éviter.

Les pressions pour créer des règles harmonisées en matière de titres de propriété, de contrat, de terme, et tout ce que l'on voudra, peut-être même une langue harmonisée, vont sans doute devenir irrésistibles. En y succombant, le Canada finira par avoir peu de marge de manoeuvre pour maintenir ses différentes cultures sous le couperet de la *Loi sur le droit d'auteur*. Une ingéniosité considérable sera nécessaire pour trouver de nouveaux moyens d'encourager l'expression des cultures locales - si, d'ailleurs, de telles politiques sont encore possibles au regard des traités toujours plus contraignants au sujet du commerce et de l'investissement que le Canada s'acharne à ratifier.

3. Les droits vont augmenter et durer plus longtemps

Les prochaines décennies vont sans doute voir le droit d'auteur compter plus de droits et de bénéficiaires. Les utilisateurs ne pourront pas faire grand chose sans rechercher l'autorisation des titulaires de droits d'auteur. Le domaine public va se réduire comme peau de chagrin et le droit d'auteur va s'introduire encore plus dans la vie de tous les jours.

Les amendements de 1997 à la *Loi sur le droit d'auteur* sont les annonciateurs de cette tendance. On accorde aux artistes et aux studios d'enregistrement et de diffusion des droits nouveaux et plus étendus. Les exceptions décrites dans la loi ont à peine plus d'effet que les pratiques existantes et consacrées par l'habitude, ou obligent les utilisateurs à payer pour avoir le privilège de s'adonner à des activités qu'ils avaient jusqu'alors l'habitude de faire gratuitement. Ces tendances vont s'étendre. La distinction entre le droit d'auteur et les droits voisins va s'estomper encore plus: la différence entre un artiste-interprète et un auteur est déjà souvent floue, par exemple, dans le

domaine de l'improvisation. Les artistes-interprètes et les studios d'enregistrement et de diffusion, vont sans aucun doute demander la parité avec les auteurs et les titulaires du droit d'auteur en ce qui concerne les droits et de la durée de la protection. Les distributeurs exclusifs vont également demander le droit d'interdire, sous la coupe de la *Loi sur le droit d'auteur*, les importations parallèles et la distribution non autorisée de produits, tout comme les distributeurs exclusifs de livres viennent de s'en voir donner le droit dans les modifications de 1997. Les distributeurs non exclusifs vont aussi réclamer le droit à l'action en justice, s'appuyant sur les précédents d'autres lois de propriété intellectuelle.

Les propriétaires de banques de données électroniques vont demander une protection pour l'accès à leurs compilations. Les auteurs étrangers encourageront leurs congénères canadiens à demander un droit de suite pour leurs maquettes, et ils feront pression pour que le droit de prêt public évolue, d'un lourd processus administratif profitant seulement aux auteurs canadiens, vers un droit d'auteur avec des traitements nationaux pour les auteurs étrangers. De nouveaux pays adhéreront aux conventions internationales et bénéficieront ainsi des droits d'auteur et des droits voisins canadiens. Ceux qui n'y adhéreront pas, pour des raisons qui leur sont propres, requerront néanmoins la protection du Canada pour leurs ressortissants nationaux et, autant que possible, le menaceront de représailles commerciales si le pays n'est pas assez prompt à s'y plier.

Le Canada trouvera ces demandes presque irrésistibles parce qu'elles viendront non seulement de l'étranger, mais aussi de ses propres auteurs et titulaires de droits d'auteur. Déjà aujourd'hui, ces derniers n'hésitent pas à réclamer un droit d'auteur plus long, voire même perpétuel, dans une loi qui ne souffrirait aucune exception. Pour eux, le seul domaine public est un *domaine public payant*, et le seul contractant sympathique est celui qui demande d'abord et qui paie ensuite. Même celles et ceux qui aujourd'hui utilisent des oeuvres pour en faire des comptes rendus, ou des critiques, faire des recherches ou même étudier de manière complètement privée sont condamnés comme plagiaires et usurpateurs par les groupes d'auteurs ou de propriétaires de droits.

L'idée ne semble pas avoir effleuré ces individualistes de la nouvelle génération que cette stratégie absolutiste pourrait se retourner contre eux à long terme, qu'elle pourrait bénéficier davantage aux titulaires de droits qu'aux auteurs, qu'elle pourrait encourager la censure privée d'oeuvres que les auteurs ou les propriétaires souhaiteraient voir supprimer, ou même de façon plus radicale que la *Loi sur le droit d'auteur* pourrait avoir un dessein social plus grand que de simplement remplir les poches des propriétaires d'oeuvres et des auteurs.

Il est à peu près inconcevable qu'une telle tendance connaisse un franc succès dès son introduction partout dans le monde, sauf au Canada. Mais, bien sûr, si cela s'avère un succès ici, cela fournira des armes supplémentaires aux partisans d'approches similaires ailleurs. En effet dans la loi sur la propriété intellectuelle, il n'y a pas d'idée si stupide qu'elle soit qui ne trouve un sol fertile et réceptif quelque part.

4. Plus de droits seront administrés collectivement

Jusqu'en 1988, la gestion collective du droit d'auteur au Canada était une exception. Les éditeurs musicaux, les compositeurs et les paroliers recevaient autrefois des cachets pour leurs représentations en public et les diffusions sur les ondes, mais les lois sanctionnant les pratiques contraires à la loi du marché en découragèrent un usage plus généralisé. Tout a changé en 1988 quand les amendements votés encouragèrent la formation de droits d'auteur collectifs, les modifications de 1997 n'ont fait que renforcer cette tendance. La gestion collective est maintenant vue comme le moyen le plus sûr de faire respecter le principe général évoqué précédemment d'un droit de péage généralisé pour l'utilisateur et de restreindre l'éventail d'exceptions autorisées.

Le mouvement vers une gestion collective ne fait que s'amorcer. Peu de personnes physiques individuelles peuvent aujourd'hui se permettre de porter des litiges concernant les droits d'auteur

devant la justice et, quand bien même elles le peuvent, les dommages et intérêts perçus peuvent bien ne pas couvrir leurs coûts. Une aide juridique est de plus rarement disponible. Les actions collectives sont bien une solution, et peuvent même connaître un certain engouement. En témoigne l'affaire actuelle des écrivains à la pige qui s'insurgent devant les tribunaux contre les éditeurs de la presse écrite au sujet de la diffusion électronique des articles. L'initiative de telles actions devrait montrer aux plaignants qu'effectivement ils ont un intérêt commun et qu'il serait peut-être opportun de se structurer dans une société de gestion collective qui pourrait même bénéficier du régime de la *Loi sur le statut de l'artiste*. Des litiges qui serviront de test vont sans aucun doute être portés devant la Commission du droit d'auteur ou les tribunaux pour délimiter les pouvoirs éventuels du collectif.

Ces regroupements préfèrent souvent avoir affaire à des utilisateurs institutionnels plutôt qu'à des personnes privées. Non seulement ils réalisent des économies d'échelle, mais le fardeau financier est aussi plus largement réparti et peut même passer inaperçu de la part du consommateur final grand public. Les taxes cachées sont par définition invisibles et ainsi créent peu d'opposition. La croissance des collectifs pourra donc éventuellement se déplacer vers une imposition plus en amont des redevances de droit d'auteur aux établissements aux reins plus solides - les écoles plutôt que les étudiants, les cabinets d'avocats plutôt que les avocats pris individuellement - et pourra même conduire les utilisateurs eux-mêmes à s'associer dans des *associations d'utilisateurs + pour être plus efficaces face aux groupes des titulaires de droits d'auteur.

5. Conclusion

Le tableau dépeint ici peut décourager celles et ceux qui croient que le droit d'auteur tient déjà une place trop grande. Il y a bien sûr un scénario inverse tout à fait plausible. Les tentatives de création d'une protection accrue et d'élimination du domaine public seront vraisemblablement fortement contestées, et l'issue de la lutte qui s'ensuivra est loin d'être certaine. On en a déjà une petite idée avec ce qui se passe à propos d'Internet. Les tentatives de restriction du contenu et de l'utilisation du réseau ont rencontré une farouche résistance de la part des partisans de la liberté d'expression, du libre-échange et de la liberté d'association.

Certains tribunaux et responsables politiques ont répondu en développant un point de vue sur le droit d'auteur qui soit cohérent et complémentaire avec de telles valeurs. Une des branches de cette stratégie implique la création d'un domaine public solide, sorte de vivier intellectuel symbolisé par un régime d'accès souple et libéral, comme un attribut essentiel à tout système de droit d'auteur.

Au Canada, ce débat n'est pas encore engagé. Le gouvernement fédéral y a contribué timidement au début de 1997 en accordant au public un usage libre des législations fédérales et des décisions de justice; mais les gouvernements provinciaux ne lui ont pas encore emboîté le pas en ce qui concerne leurs propres lois et jugements. Les tribunaux ont, pour leur part, assez peu contribué au débat, se contentant de la routine et d'une application mécanique de la loi.

Les conflits entre le droit d'auteur et la liberté d'expression et la liberté d'association tendent à être résolus en faveur du droit d'auteur, et l'autorisation de la parodie et de la critique a été supprimée [3]. Mais on n'en est encore qu'aux préparatifs de ces grands bouleversements, et ces décisions sont loin d'en être le point final. En effet, au départ, elles reflètent une notion dépassée qui confond le droit d'auteur avec la propriété et tend alors à traiter toute incursion comme un empiètement sur le droit inaliénable d'autrui à la propriété privée. L'équivalence entre la propriété et le droit d'auteur pose la question de savoir quels devraient être les contours de cette *propriété+. En effet, comparer les droits qu'une personne possède vis-à-vis d'une voiture ou d'un terrain avec ceux qu'il a en vertu d'un droit d'auteur est un exercice périlleux qui met en exergue un contraste des plus frappants [4].

Fondamentalement, ce genre d'approche est essentiellement antisocial. Il sépare la loi des personnes auxquelles elle s'applique. De ce point de vue, le grand public est davantage composé de spectateurs passifs que d'intervenants actifs dans le processus législatif et l'application des lois.

Cette approche est résumée dans une maxime d'abord britannique appliquée ensuite au Canada. L'affaire dans laquelle elle est apparue impliquait une fabrique d'alcootests qui essaya d'empêcher un journal de publier une note interne de l'un des membres de son personnel suggérant que les produits donnaient lieu à des allégations inexactes dans la presse. La cour conclut, dans un souci de voir la justice suivre son cours, que l'on se trouvait dans l'un des rares cas où l'intérêt général l'emportait sur la propriété intellectuelle, parce que des innocents pourraient être condamnés sur la base d'un instrument défectueux. Mais le tribunal spécifia qu'il n'était pas question de créer une charte des droits pour les oiseaux de mauvais augure. D'après l'un des juges *il y a un monde entre l'intérêt public et ce pour quoi le public a de l'intérêt +[5].

La propriété intellectuelle dans son ensemble, y compris le droit d'auteur, a besoin d'un plus grand cri de ralliement. Il y a sans doute quelque différence entre ce qui intéresse le public et ce qu'il devrait être autorisé à savoir ou à pouvoir influencer mais, dans une démocratie moderne, ce fossé devrait être aussi petit que possible. Sinon la *Loi sur le droit d'auteur* est sur le point de se transformer en une loi avec un faible contenu moral apparent, qui ignore les habitudes des citoyens qui se targuent, par ailleurs, d'être respectueux de la loi. Une loi qui donc ne peut espérer gagner le respect de l'ensemble de celles et ceux qu'elle est censée protéger!

[1] 81997 David Vaver

Professeur de droit, Osgoode Hall Law School, York University, Toronto; rédacteur en chef du *Intellectual Property Journal* ; traduction française d'Elisabeth Guéry, LÉGER ROBIC RICHARD / ROBIC

[2] Peut-être qu'en fin de compte auteurs et artistes n'attendent d'une nouvelle protection qu'une plus grande reconnaissance sociale. Dans ce cas, la société ferait mieux de leur remettre des médailles plutôt que des droits d'auteur.

[3] *Cie Générale des Établissements Michelin-Michelin & Cie c. C.A.W.-Canada* (1996), 71 C.P.R. (3d) 348 (C.F.), dans le quel il été jugé qu'un syndicat qui parodiait le *Bibendum Michelin* durant un conflit du travail, qui est la marque de commerce des pneus de cette société, violait le droit d'auteur de Michelin, nonobstant la *Charte canadienne des droits et libertés* .

[4] Voir D. Vaver, *Intellectual Property Law: Copyright, Patents, Trade-marks*, Irwin Law, Concord, Ont., 1997 p.3-6.

[5] *Lion Laboratories Ltd. c. Evans* [1985] Q.B. 526, 553 (C.A); à comparer avec *B.W. International Inc. c. Thomson Canada Ltd.* (1996), 68 C.P.R. (3d) 289, 298-300 (C.Ont. div.gén.)