

Le droit de mise à disposition

Claude Brunet*

Introduction	905
1. La « mise à disposition » d'après les traités de 1996	908
2. Le droit de mise à disposition dans la loi canadienne	912
2.1 La jurisprudence canadienne avant la ratification des Traités	912
2.2 Une rédaction hésitante.	917
2.3 Analyse détaillée des nouveaux articles de la LDA . .	920
2.3.1 La ratification du WPPT.	921
2.3.2 La ratification du WTC	922
2.3.3 Pour une prochaine révision.	925
Conclusion	928
Épilogue	929

© Claude Brunet, 2013.

* Associé principal, Norton Rose Fulbright ; l'auteur remercie Roxane Loiseau, avocate chez Norton Rose Fulbright, qui l'a grandement aidé dans ses recherches et qui a eu la patience de l'écouter et de l'aider à préciser sa pensée autour de ce sujet nouveau et difficile. Bien que cet article soit le développement d'un court mémoire déposé le 23 août 2013 à la Commission du droit d'auteur pour le compte de la Société des Auteurs et Compositeurs Dramatiques et de la Société Civile des Auteurs Multimédia, son contenu ne représente pas nécessairement les positions de ces deux sociétés et n'engage que l'auteur.

Introduction

La *Loi sur le droit d'auteur*¹ (ci-après la « LDA ») a été profondément amendée le 7 novembre 2012 par la *Loi sur la modernisation du droit d'auteur*² (aussi connue sous le nom de Projet de loi C-11, ci-après « C-11 »). Dans l'énorme catalogue d'exceptions au droit d'auteur apportées par C-11, l'un des rares amendements qui avantage les créateurs est l'ajout d'un droit de mettre à la disposition du public une œuvre, une prestation ou un enregistrement sonore de manière que chacun puisse y avoir accès de l'endroit et au moment qu'il choisit individuellement.

C-11³ était la quatrième tentative d'amender la LDA depuis 1997. Les projets C-60⁴, C-61⁵ et C-32⁶ étaient morts au feuilletton au fur et à mesure du déclenchement des élections fédérales qui ramenaient constamment des gouvernements minoritaires ayant une courte durée de vie.

Entre-temps, l'évolution de l'Internet avait apporté un phénomène nouveau, celui du partage de fichiers, et en particulier le

-
1. L.R.C. (1985), ch. C-42.
 2. L.C. 2012, ch. 20 (sanction : 29 juin 2012).
 3. Projet de loi C-11 : déposé en première lecture le 29 septembre 2011 par le ministre de l'Industrie, Christian Paradis, lors de la première session du 41^e Parlement. Il a reçu la sanction royale le 29 juin 2012 et est entré en vigueur le 7 novembre 2012 en tant que *Loi sur la modernisation du droit d'auteur*, L.C. 2012, ch. 20.
 4. Projet de loi C-60 : déposé en première lecture le 20 juin 2005 par la ministre du Patrimoine Canadien, Liza Frulla, lors de la première session du 38^e Parlement. Le projet est mort au feuilletton avec la dissolution du Parlement (gouvernement Martin) après un vote de défiance le 29 novembre 2005, qui a conduit aux élections fédérales du 23 janvier 2006.
 5. Projet de loi C-61 : inscrit au feuilletton dès le 7 décembre 2007, il n'a été formellement déposé en Chambre par le ministre de l'Industrie, Jim Prentice, et n'a reçu sa première lecture que le 12 juin 2008, lors de la deuxième session du 39^e Parlement. Il est mort au feuilletton à la dissolution du Parlement le 7 septembre 2008 en vue de la tenue d'élections en octobre 2008.
 6. Projet de loi C-32 : déposé en première lecture le 2 juin 2010 par le ministre de l'Industrie, Tony Clement, lors de la troisième session du 40^e Parlement. Il a reçu sa deuxième lecture le 5 novembre 2010 mais est mort au feuilletton à la dissolution du Parlement le 26 mai 2011.

partage de fichiers de musique, que l'industrie du disque n'arrivait pas à endiguer, entre autres à cause d'une faiblesse perçue du droit d'auteur.

En matière de musique, il y a trois catégories d'ayants droit : les auteurs d'œuvres musicales, les artistes-interprètes en ce qui concerne leurs prestations et les producteurs en ce qui concerne leurs enregistrements sonores. Alors que les premiers disposent d'un droit d'autoriser ou d'interdire la communication de leurs œuvres au public par télécommunication, les artistes-interprètes et les producteurs ne disposent que d'un simple droit à rémunération lorsque leurs prestations et leurs enregistrements sonores sont communiqués. Et même si tous ces ayants droit étaient investis d'un véritable droit exclusif de communiquer leurs œuvres, leurs prestations et leurs enregistrements au public, pour faire valoir ce droit et vraiment contrôler l'épidémie de partage des fichiers, ils auraient à faire la preuve qu'une communication a effectivement eu lieu, ce qui soulève une difficulté de preuve importante.

Par ailleurs, le droit d'autoriser n'est pas ici d'un grand secours. En effet, la jurisprudence anglo-canadienne a au fil des ans vidé ce droit de son contenu. Là où les États-Unis d'Amérique ont développé des recours efficaces pour les ayants droit en reconnaissant le « contributory infringement » et le concept de « vicarious liability », le Canada, de *Vigneux*⁷ à *CCH*⁸, a considérablement restreint la portée du droit d'autoriser.

Les ayants droit canadiens, à la fin des années 1990, sentent donc le besoin pressant d'un nouveau droit qui permettrait un contrôle efficace de l'offre sur l'Internet de contenus piratés. Ce besoin n'était pas propre au Canada et, sous la pression des États-Unis d'Amérique, l'Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle allait à la même époque proposer un nouvel outil qui permettrait aux ayants droit de contrôler cette offre pirate.

Deux traités ont été adoptés à Genève le 20 décembre 1996 et soumis à la signature des États : le Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur (WIPO Copyright Treaty » ou « WCT »⁹) et le Traité de

7. *Vigneux c. Canadian Performing Right Society* (1945), 4 C.P.R. 65 (C.J.C.P.).

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

9. L'auteur est conscient que le respect de la langue française devrait lui suggérer d'employer l'acronyme TODA pour « Traité OMPI Droit d'Auteur », mais il accepte malgré lui que cet acronyme n'est pas usité en Amérique du Nord et qu'on lui préfère l'acronyme anglais.

l'OMPI sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes (« WIPO Performances and Phonograms Treaty » ou « WPPT »¹⁰). Le Canada les a signés le 22 décembre 1997. Ce sont ces Traités que le gouvernement Harper a voulu ratifier en déposant son projet de *Loi sur la modernisation du droit d'auteur*.

La nécessité de ratifier les Traités de 1996 est d'ailleurs la première explication donnée dans C-11, lequel commence par un préambule curieusement nommé « Sommaire » et qui ne fait qu'énumérer les raisons pour lesquelles on apporte des modifications à la Loi. La toute première de ces raisons est la suivante :

Le texte modifie la *Loi sur le droit d'auteur* pour :

a) mettre à jour les droits et les mesures de protection dont bénéficient les titulaires de droit d'auteur, *en conformité avec les normes internationales*, afin de mieux tenir compte des défis et des possibilités créés par Internet ;
[Les italiques sont nôtres.]

De fait, les normes internationales en droit d'auteur avaient évolué en 1996 vers un niveau de protection accrue des œuvres, des prestations des artistes-interprètes et des enregistrements sonores. Cela est du reste conforme à l'historique de l'évolution des conventions internationales en droit d'auteur : chaque nouvelle révision de la Convention de Berne a toujours apporté un accroissement de la protection minimale accordée aux auteurs. Les Traités de 1996 s'inscrivent eux aussi dans cette tendance. Ils augmentent encore d'un cran la protection minimale que les États signataires doivent accorder à leurs ressortissants et à ceux des autres États signataires.

Parmi les éléments qui, en 1996, bonifient la protection des ayants droit, on trouve au premier chef ce droit de « mise à disposition » du public des œuvres, des prestations et des enregistrements sonores, « de manière que chacun puisse y avoir accès de l'endroit et au moment qu'il choisit de manière individualisée »¹¹.

Donc, ce que C-11 veut accomplir c'est d'inscrire dans la loi nationale les nouveaux minima de protection accrue que l'on

10. Pour les mêmes raisons que décrites dans la note 9 ci-dessus, l'auteur est conduit malgré lui à ne pas utiliser l'acronyme français qui serait TOIEP.

11. Art. 8 du WCT ; art. 10 et 14 du WPPT.

retrouve dans les Traités de 1996 et que le Canada s'est engagé à accorder en devenant signataire des Traités le 22 décembre 1997. En ce sens, la loi canadienne est entièrement tributaire des engagements internationaux pris par le Canada ; ce sont les Traités de 1996 qui déterminent le droit que le Canada doit reconnaître en modifiant sa loi. Par voie de conséquence, c'est dans les Traités de 1996 qu'on doit rechercher la nature du nouveau droit de « mise à disposition ».

1. La « mise à disposition » d'après les Traités de 1996

Vers 1990, alors que les négociations autour du GATT¹² et des ADPIC¹³ étaient relancées, l'OMPI a convoqué un Comité d'experts chargé d'examiner la possibilité d'ajouter un nouveau Protocole à la Convention de Berne pour clarifier certaines de ses dispositions. Ce n'est qu'en septembre 1995, après l'adoption des ADPIC, que le Comité s'est saisi de questions relatives à l'exploitation des œuvres dans un monde numérisé. Ces questions étaient regroupées dans ce que l'on a nommé le « Digital Agenda ». Les auteurs Reinbothe et von Lewinski résument ainsi la genèse du droit de mise à disposition :

For the Fifth Session of the Committee, the USA submitted a comment according to which the recognition of a “digital transmission” right should be considered because of its implications for the effectiveness of the reproduction right under Article 9 Berne Convention. The comment was entitled “reproduction by transmission”.

[...]

Discussions in the Fifth and Sixth Sessions showed broad agreement only on the fact that digital transmission should be covered by an exclusive right of authors of all kinds of works. Broad agreement could also be observed on the appropriateness of technology-neutral provisions, and on the applicability of the reproduction right in addition to any other rights which might apply to digital transmission. However, concerning the question of what right (apart from the reproduction right) should cover digital transmission, a whole range of different

12. *General Agreement on Trade and Tariffs*, négociation qui a mené à l'Accord de Marrakech instituant l'Organisation Mondiale du Commerce (15 avril 1994).

13. « Accord sur les Aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce », incorporé comme Annexe 1 C à l'Accord de Marrakech instituant l'OMC.

options were suggested, including a distribution right by transmission, a right of communication to the public, the right of display as one relevant aspect of digital transmission and a particular, new right of transmission. In addition, the possibility of a so-called “umbrella solution” was mentioned, through which the countries could choose the applicable right, if subject only to the condition that they would cover the act of transmission to the public by an exclusive right.¹⁴

En mai 1996, lors de la septième réunion du Comité, la délégation de la Commission de la Communauté européenne proposa une formulation qui allait devenir celle de l'article 8 du WCT. Dans les mots de Reinbothe et von Lewinski, le rapport officiel de cette septième réunion indique que :

The European Commission explained that the right covered the “making available” of works to the public for subsequent transmission and that it did not require that the actual transmission took place. Overall this proposal was received positively by most delegations.¹⁵

Quelques mois plus tard, lors de la Conférence diplomatique elle-même, la délégation des États-Unis d'Amérique :

[...] expressed its understanding that the right of making available as contained in Article 10 Basic Proposal¹⁶ could be implemented into national law by any exclusive right, hence not necessarily by the right of communication to the public. This understanding was not opposed by other delegations.¹⁷

Cette position selon laquelle le droit de mise à disposition ne devait pas nécessairement être un droit de « communiquer au public » faisait l'affaire de plusieurs États, et notamment du Canada, pour qui, en matière de communication au public par télécommunication, les artistes-interprètes et les producteurs d'enregistrements sonores ne disposent pas d'un droit exclusif d'autoriser ou d'interdire la communication de leurs prestations et de leurs enregistrements, mais seulement d'un droit à rémunération.

14. Jorg REINBOTHE et Silke von LEWINSKI, *The WIPO Treaties 1996 – Commentary and Legal Analysis* (Londres, Butterworths/LexisNexis, 2002), aux p. 100-101.

15. *Ibid.*, p. 101.

16. L'article 10 de la Proposition est devenu sans modification de fond l'article 8 du WCT.

17. REINBOTHE et von LEWINSKI, *op. cit.*, note 14, p. 102.

Dans leur analyse de la portée du nouveau droit de « mise à disposition », Reinbothe et von Lewinski insistent sur le fait que le droit est un droit « exclusif »¹⁸, c'est-à-dire un droit d'*exclure* ou, selon l'expression consacrée en droit d'auteur, un droit d'autoriser ou d'interdire. Il s'agit donc d'un contrôle absolu de l'acte et non seulement d'un simple droit à obtenir une rémunération lorsque l'acte est accompli.

Ils notent aussi la neutralité technologique de la formulation, rappelant que le moyen technique par lequel l'œuvre est mise à disposition n'a aucune pertinence et que le droit doit pouvoir couvrir dans l'avenir tout moyen d'accéder à une œuvre en ligne, que ce soit par câble, par satellite ou par quelque moyen non encore découvert¹⁹.

Mais surtout, ils établissent que l'élément fondamental du droit est l'*accès* et non la *communication* subséquente, même si l'accès suppose bien sûr la possibilité d'une éventuelle transmission²⁰. Bien que le droit de mise à disposition ne nécessite pas qu'il y ait effectivement une transmission, si cette transmission a effectivement lieu, elle sera couverte par le même droit de mise à disposition et non par un autre droit :

First of all, the act of “making available” to the public for access covers the *offering* of works for access and extends to the entire transmission to the user, *if such transmission takes place*. Accordingly, the mere establishment of a server which may be accessed individually by members of the public and at their choice regarding time and place constitutes the act of making available under Article WCT 8. *If a work is actually accessed, the whole act of communication is covered by the exclusive right, including the offering of the work in a server and its*

18. *Ibid.*, p. 107.

19. *Ibid.*

20. On n'hésitera pas à voir un parallèle intéressant dans la Convention pour la protection des producteurs de phonogrammes contre la reproduction non autorisée de leurs phonogrammes (29 octobre 1971 – le Canada a signé cette convention mais ne l'a pas ratifiée) : l'article 2 de la Convention prévoit que « Chaque État contractant s'engage à protéger les producteurs de phonogrammes qui sont ressortissants des autres États contractants contre la production de copies faites sans le consentement du producteur et contre l'importation de telles copies, lorsque la production ou l'importation est faite en vue d'une distribution au public, ainsi que contre la *distribution* de ces copies au public. » À l'article 1b) de la Convention, on définit ainsi « distribution au public » : « tout acte dont l'objet est *d'offrir* des copies, directement ou indirectement, au public en général ou à toute partie de celui-ci. »

entire transmission up to the terminal from which the member of the public gets access to the work.²¹

[Les italiques sont nôtres.]

Ainsi, lorsque l'activité soumise au contrôle de l'ayant droit est « complétée » et que l'accès a effectivement eu lieu, c'est le droit de « mise à disposition » et seulement le droit de « mise à disposition » qui couvre l'ensemble de la chaîne. Dans cette perspective, subordonner au droit de mise à disposition la transmission qui complète l'activité d'accès – lorsque cette transmission a lieu – n'a pour but que d'empêcher le cumul de l'exercice de plusieurs droits pour des actes qui sont intimement liés. Mais il reste que l'activité visée par les Traités de 1996 est fondamentalement la « mise à disposition » elle-même, c'est-à-dire l'*offre* et non la *transmission* de contenu protégé.

Tout l'exposé qui précède est élaboré à partir de l'article 8 du Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur. Mais les passages cités ici de Reinbothe et von Lewinski se retrouvent à *l'identique* dans leur ouvrage lorsqu'il est question du droit de mise à disposition des prestations d'artistes-interprètes ou du droit de mise à disposition des enregistrements sonores²².

En résumé, les États signataires des Traités de 1996 se sont engagés à assurer, dans leur loi nationale sur le droit d'auteur, aux auteurs, aux artistes-interprètes et aux producteurs d'enregistrements sonores :

- un droit « exclusif », c'est-à-dire un droit d'autoriser ou d'interdire ;
- la « mise à disposition », c'est-à-dire l'*offre*, de contenu protégé ;
- lorsque chacun peut avoir accès au contenu de l'endroit et au moment qu'il choisit individuellement ;
- qu'il y ait ou non transmission effective du contenu à l'individu ;

21. *Ibid.*, p. 108.

22. En ce qui concerne les prestations des artistes-interprètes, voir REINBOTHE et von LEWINSKI, *op. cit.*, note 14, p. 333 à 341 incl. ; en ce qui concerne les enregistrements sonores, voir REINBOTHE et von LEWINSKI, *op. cit.*, note 14, aux p. 364 à 373 incl.

- étant entendu que, s'il y a effectivement transmission du contenu à l'individu, ce droit de « mise à disposition » couvrira à la fois l'offre de contenu et sa transmission subséquente à l'individu.

Voyons maintenant comment le Canada, signataire des Traités de 1996, s'acquitte de cette obligation.

2. Le droit de mise à disposition dans la loi canadienne

2.1 La jurisprudence canadienne avant la ratification des Traités

Pour comprendre par quels moyens le Canada a choisi d'inscrire le droit de mise à disposition dans sa loi domestique, il convient de remonter un peu dans l'histoire et de voir comment les cours canadiennes interprétaient les droits existants en vertu de la LDA et qui auraient pu offrir aux ayants droit une mesure de contrôle de ce qui était mis à disposition sur l'Internet.

C'est la Commission du droit d'auteur qui, la première, s'est penchée sur le phénomène de l'Internet au regard du droit d'auteur. Elle le fait à la suite du dépôt de projets de tarifs des redevances que la SOCAN se proposait de percevoir pour l'exécution publique ou la communication au public par télécommunication des œuvres de son répertoire. Ces projets de tarifs contenaient un nouveau Tarif 22 visant la communication d'œuvres au moyen d'ordinateurs connectés à un réseau de télécommunications, de manière que chacun puisse accéder à ces œuvres indépendamment de toute autre personne. Le premier de ces projets de tarifs a été déposé en 1995 et visait l'année 1996. Il y eut deux autres projets visant respectivement les années 1997 et 1998.

Comme il s'agissait de la première tentative de percevoir des redevances pour des activités sur l'Internet, la Commission a voulu d'abord se pencher sur des questions juridiques soulevées par la nature de l'Internet. L'une de ces questions était la suivante : « Y a-t-il communication au public par télécommunication lorsqu'une œuvre musicale est transmise, rendue disponible, téléchargée en amont ou en aval, ou est parcourue par voie électronique ?²³ ». La question, telle que posée, est évidemment fonction de la loi de

23. *Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada c. Canadian Association of Internet Providers* (1999), 1 C.P.R. (4th) 417 (Comm. du droit d'auteur ; 1999-10-27), à la p. 419.

l'époque, qui connaît le droit de communication au public par télécommunication, mais loi dans laquelle il n'y a aucune référence à un droit de mise à disposition. Pour réussir à faire homologuer son projet de tarif, la SOCAN devait donc satisfaire la Commission que les œuvres de son répertoire étaient « communiquées au public par télécommunication » sur l'Internet.

Après une longue analyse technique, la Commission conclut qu'une œuvre est « communiquée » non pas au moment où elle est rendue disponible, mais au moment où elle est transmise²⁴. La Commission reconnaît ainsi une distinction de nature entre le fait de « communiquer » et le fait de « mettre à disposition ». C'est ce qui la conduit à ne pas se laisser influencer par le WCT qu'elle connaît pourtant :

Ceux qui soutiennent qu'une œuvre est communiquée au moment où elle est mise à disposition ou rendue disponible, par exemple, au moment où elle est enregistrée sur un serveur hôte où les personnes du public peuvent y avoir accès, s'appuient tant sur un traité international que sur la jurisprudence canadienne.

Ils citent l'article 8 du Traité de L'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI) sur le droit d'auteur adopté en décembre 1996. Cet article dispose que les auteurs d'œuvres littéraires et artistiques jouissent du droit exclusif d'autoriser toute communication au public de leurs œuvres par fil ou sans fil, y compris la mise à disposition du public de leurs œuvres de manière que chacun puisse y avoir accès de l'endroit et au moment qu'il choisit de manière individualisée. Toutefois, le Traité ne lie pas le Canada car le gouvernement canadien l'a signé mais ne l'a pas ratifié.²⁵

Selon la Commission, la personne qui rend l'œuvre disponible « autorise » (au sens du droit d'auteur) la communication :

L'« autorisation » constitue une utilisation protégée distincte sous le régime de la *Loi*. Autoriser, c'est sanctionner, appuyer et soutenir. La personne qui rend disponible une œuvre musicale sur un site accessible par l'Internet en autorise la communication. Elle le fait uniquement afin que celle-ci puisse être

24. *Ibid.*, p. 34.

25. *Ibid.*

communiquée, en sachant fort bien et en espérant qu'une telle communication aura lieu. La personne qui rend l'œuvre disponible ne fait pas que fournir les moyens d'assurer la communication de l'œuvre ; elle contrôle ou prétend contrôler le droit de la communiquer.²⁶

Enfin, la Commission conclut qu'une communication est « autorisée » dès que l'œuvre est rendue disponible :

Les fournisseurs de contenu ne fournissent pas des outils pour qu'il puisse y avoir utilisation ; ils fournissent l'œuvre. Ils déterminent le contenu. Ils décident si le site comprendra des œuvres musicales. Ils choisissent ces œuvres, qu'elles soient protégées ou non. Ils savent et prévoient que les fichiers qu'ils rendent disponibles serviront à permettre une utilisation qui est protégée si l'œuvre n'est pas tombée dans le domaine public, renseignement qu'il leur incombe de vérifier [...] En fait, dès qu'elle est rendue disponible, la musique, en supposant qu'elle est protégée, ne peut être utilisée sans violation du droit d'auteur.

De plus, c'est l'acte même de rendre disponible qui constitue un autorisation. En agissant de la sorte, la personne se trouve à offrir à ceux qui ont accès à l'Internet de leur communiquer l'œuvre.²⁷

En Cour d'appel fédérale, le juge Evans écrira qu'il a du mal à suivre l'analyse que la Commission a faite de la question de l'autorisation. Dans un passage qui en dit long sur le refus anglo-canadien de voir un droit utile dans le droit d'autoriser, le juge Evans écrit :

La Commission a d'abord statué qu'en rendant des données disponibles sur Internet, le fournisseur de contenu en autorise la communication à l'utilisateur final qui les a demandées. Cette conclusion n'a pas été contestée. Néanmoins, comme il a été jugé que le fournisseur de contenu communique les données lorsque celles-ci sont demandées et reçues par l'utilisateur final, il est sans intérêt de savoir si, en rendant les données disponibles sur l'Internet, le fournisseur de contenu est également tenu d'en autoriser la communication.²⁸

26. *Ibid.*, p. 44.

27. *Ibid.*, p. 46.

28. *SOCAN c. Association canadienne des fournisseurs Internet*, 2002 CAF 166 (ci-après « SOCAN – CAF »), par. 152.

Cela dit, la difficulté qu'exprime le juge Evans à suivre l'analyse de la Commission est compréhensible. Pour reprendre l'expression utilisée à l'époque tant par la Commission que par la Cour d'appel fédérale, il s'agit de savoir par quel « bout de la lorgnette » on doit analyser les activités des parties à une transaction Internet. Qui communique ? Qui autorise ? Qui est autorisé ?

La Commission s'était penchée, elle, sur l'activité du fournisseur de *contenu* et avait conclu que c'est lui qui autorise la communication en mettant l'œuvre à disposition. La Commission avait aussi conclu que le fournisseur de *services* ne faisait que fournir à un tiers les moyens de télécommunication nécessaires pour que ce tiers effectue une communication et que, conséquemment, il ne violait pas le droit de communiquer, à cause de l'exception particulière à ce sujet dans la LDA²⁹. Cela conduit la Commission à conclure que c'est le fournisseur de *contenu* qui communique ; et, pour boucler la boucle, lorsque la communication n'a pas effectivement lieu, la Commission conclut que le fournisseur de contenu, en mettant l'œuvre à disposition, est au moins responsable d'autoriser la communication. Ainsi, pour la Commission, le droit d'autoriser est un droit distinct, complètement indépendant de l'activité qui est autorisée. Mais une difficulté demeure : celle de savoir qui, selon la Commission, a été autorisé à communiquer. D'autant que, dans le cas en l'espèce, la SOCAN cherche à percevoir des redevances des fournisseurs de *services* et non des fournisseurs de *contenu*. Il semblerait que, selon la Commission, le fournisseur de contenu, en mettant l'œuvre à disposition, autorise le fournisseur de services à la communiquer mais que, comme le fournisseur de services n'est qu'un simple fournisseur de moyens de communiquer, il n'est pas responsable de la communication et que l'on revienne alors au fournisseur de contenu, responsable de la communication parce qu'ayant rendu l'œuvre disponible ! On peut comprendre le malaise du juge Evans.

De leur côté, la Cour d'appel fédérale et, plus tard, la Cour suprême, examineront donc plutôt l'activité des fournisseurs de *services* et se demanderont si ces fournisseurs de services « autorisent » les fournisseurs de *contenu* « parce que les intermédiaires Internet savent que les utilisateurs finaux consulteront les fichiers (y compris ceux protégés par le droit d'auteur) des fournisseurs de contenu³⁰ ». Au final, sans être d'accord avec le raisonnement de la Commission,

29. LDA, al. 2.4(1)b).

30. *SOCAN c. Assoc. Canadienne des fournisseurs Internet* 2004 CSC 45 (ci-après « *SOCAN – Cour suprême* »), juge Binnie, par. 121.

la Cour suprême se dira d'accord³¹ avec la conclusion suivante de la Commission :

Au bout du compte, il faut prendre chaque transmission isolément afin de décider si, en l'occurrence, un intermédiaire donné est un simple agent permettant à autrui de communiquer ou s'il agit à un autre titre. D'une façon générale cependant, on peut dire à coup sûr, en ce qui a trait à la plupart des transmissions, que seule la personne qui rend disponible une œuvre musicale communique celle-ci.³²

Malheureusement, ni le juge Evans, ni le juge Binnie n'auront saisi l'occasion de confirmer les autres conclusions importantes (parce que prémonitoires) de la Commission en ce qui concerne le droit d'autoriser, savoir que 1) c'est la personne qui « met à disposition » qui « autorise » une communication au public par télécommunication d'une œuvre et 2) que le simple fait de « mettre à disposition » constitue l'« autorisation » de communiquer l'œuvre au public par télécommunication.

Au passage, le juge Binnie aura quand même pris la peine de rappeler que le droit d'« autoriser » est, au Canada, un droit sans contenu : « Notre Cour a toutefois statué qu'il n'est pas facile d'établir l'acte d'« autoriser » au sens de la Loi sur le droit d'auteur³³ ». Et le juge de citer sa juge en chef, puis de rappeler les affaires *Vigneux*³⁴ et *Muzak*³⁵.

Quoiqu'il en soit de ce glissement – du fournisseur de *contenu* au fournisseur de *services* – qui s'est opéré entre la décision de la Commission et le contrôle judiciaire de cette décision par la Cour d'appel fédérale et, ensuite, par la Cour suprême, il faut noter que les deux conclusions de la Commission quant au droit d'autoriser qui est engagé par la simple mise à disposition n'ont pas été infirmées par les cours de révision.

D'ailleurs, la Commission récidiva en 2006 en homologuant le Tarif 24 de la SOCAN sur les sonneries musicales. Jugeant que sa

31. *Ibid.*, par. 111.

32. SOCAN – Commission, à la p. 40.

33. *Ibid.*, par. 122.

34. Voir précitée, note 7.

35. *Muzak Corp. c. Composers, Authors and Publishers Assoc. (Canada)*, [1953] 2 R.C.S. 182.

décision sur le Tarif 22 était mal interprétée par les entreprises de télécommunications sans fil, elle écrira en effet :

La Commission n'a pas conclu que les droits établis dans le Traité de l'OMPI avaient été ajoutés à la *Loi* d'une manière quelconque. Elle a même précisé que le Traité ne s'appliquait pas au Canada. Ce que la Commission a décidé est que la personne qui affiche une œuvre sur un serveur, en autorise la communication au public. En d'autres termes, en ce qui concerne les œuvres, le droit d'autoriser comprend déjà le droit de mise à disposition prévu au Traité.³⁶

Au moment où le Canada dépose des projets de loi pour ratifier les Traités de 1996, il était donc permis de croire que le droit de mise à disposition existait déjà au Canada sous la forme du droit d'autoriser une communication au public par télécommunication³⁷. Cela explique en bonne partie le flottement dans la formulation choisie par le Canada pour inscrire dans sa Loi le droit de mise à disposition exigé par les Traités de 1996.

2.2 Une rédaction hésitante

Les Traités de 1996 exigent clairement que le droit de mise à disposition soit un droit *exclusif*, c'est-à-dire un droit de contrôler la mise à disposition en l'autorisant ou en l'interdisant, et non un simple droit à obtenir une rémunération lorsqu'une œuvre, une prestation ou un enregistrement sonore a été mis à disposition. Cela, du reste, correspond exactement aux demandes des ayants droit canadiens qui réclamaient une façon efficace de contrôler l'*offre* pirate de contenus numériques en ligne.

36. *Public Performance of Musical Works (Ringtones), Re*, 52 C.P.R. (4th) 375 (Comm. droit d'auteur ; 2006-08-18), au par. 62.

37. Certains, plutôt que de se fonder sur les conclusions de la Commission du droit d'auteur, s'appuieront sur la dissidence du juge LeBel dans l'affaire *SOCAN*. Dans sa dissidence, le juge LeBel écrivait ce qui suit : « Le Parlement est présumé légiférer sans porter atteinte à un traité, à la courtoisie entre les États ou aux principes du droit international. Il s'agit d'une règle d'interprétation bien établie [...] Même si la Loi sur le droit d'auteur n'a pas encore été modifiée pour tenir compte de la signature du Traité sur le droit d'auteur, je crois que cette règle d'interprétation s'applique également en l'espèce. », 2004 CSC 45, par. 150. L'Union des consommateurs, sous la plume d'Anthony Hémond, dira que « Concernant ce droit de mise à disposition, le juge LeBel, bien que dissident, souligne que la Loi canadienne comporte déjà ce droit de mise à disposition. [...] Suivant cette interprétation, force est de conclure qu'il n'est pas nécessaire de créer ce droit de mise à disposition, puisqu'il est déjà inclus dans le droit de communication au public. » (Mémoire de l'Union des consommateurs, septembre 2009, p. 8).

Les États étant laissés libres de mettre en œuvre le droit de mise à disposition par l'un quelconque des droits se trouvant dans leur loi nationale, la question se posait au Canada si le droit de communiquer au public par télécommunication n'embrassait pas déjà le nouveau droit de mise à disposition. En ce qui concerne les prestations des artistes-interprètes et les enregistrements sonores des producteurs, cela ne pouvait pas être le cas puisque le droit de communication au public, pour ces objets protégés par le droit d'auteur, n'est qu'un simple droit à rémunération et non un droit exclusif d'autoriser ou d'interdire ainsi que l'exige le WPPT. Par contre, en ce qui concerne les œuvres traditionnelles, le droit de communiquer au public est effectivement un droit exclusif. Le Canada a donc d'abord pensé qu'aucune modification n'était requise à la LDA pour reconnaître le nouveau droit de mise à disposition en ce qui concerne ces œuvres.

Toutefois, dès lors que le nouveau droit devait être nommément ajouté à la protection des prestations et des enregistrements sonores, on s'est inquiété que le fait de le nommer pour ces objets de protection et de ne pas le nommer pour les œuvres pourrait conduire à une interprétation *a contrario* selon laquelle le droit n'existerait que pour les prestations et les enregistrements sonores. On voit cette hésitation en comparant les divers projets de loi qui ont été déposés pour ratifier les Traités de 1996 : ainsi, l'article 2 du projet de loi C-60 inclut un amendement à l'alinéa 2.4(1)a) de la LDA ; en vertu de cet amendement, « effectue une communication au public par télécommunication la personne qui met *une œuvre* ou tout autre objet du droit d'auteur à la disposition du public de manière que chacun puisse y avoir accès par télécommunication individuellement de l'endroit et au moment qu'il choisit ». Son successeur, le projet de loi C-61 ne contient pas de tel amendement. Puis, en 2010, avec le projet de loi C-32, on réintroduit l'amendement³⁸.

Au terme de cette valse-hésitation, le droit de mise à disposition sera nommé spécifiquement en ce qui concerne les prestations des artistes-interprètes et les enregistrements sonores des producteurs et il sera l'objet d'une référence très indirecte en ce qui

38. L'article 3 du projet de loi C-32 propose de modifier l'article 2.4 de la LDA en y ajoutant, après le paragraphe (1), un paragraphe (1.1) qui se lirait comme suit : « Pour l'application de la présente loi, constitue notamment une communication au public par télécommunication le fait de mettre à la disposition du public par télécommunication *une œuvre* ou un autre objet du droit d'auteur de manière que chacun puisse y avoir accès de l'endroit et au moment qu'il choisit individuellement ».

concerne les œuvres. Comme on le verra plus loin, cela ne va pas sans créer des difficultés d'interprétation.

Quoi qu'il en soit, tant pour les œuvres traditionnelles que pour les prestations et les enregistrements sonores, le nouveau droit sera perçu par les justiciables canadiens et annoncé comme tel par le gouvernement comme étant un droit de contrôler l'offre numérique en ligne, en l'autorisant ou en l'interdisant.

Une telle compréhension est claire dès le dépôt du premier projet de loi, le projet de loi C-60. Dans la note explicative préparée à l'intention des parlementaires par les fonctionnaires du Parlement, on explique ainsi pourquoi il faut modifier l'alinéa 2.4(1)a :

Clause 2 of the bill changes the definition of communication to the public found in section 2.4(1)(a) of the Act to include making the work available in a way that allows members of the public to access it on demand. The change is necessary for Canadian ratification of the WCT and WPPT, and also serves to reverse the *BMG* decision³⁹ of the Federal Court of Canada, which held that merely making a file available in a shared folder on a computer does not constitute communication to the public.⁴⁰

Le même résumé, plus loin, ajoute :

Although the government reserved the issue of private copying for the medium-term study, the related issue of file-sharing is directly addressed in the so-called “making available” right that is among the centrepieces of the proposed amendments to the *Copyright Act*. This provision means that the sound recording makers and performers have the right to control the

39. Dans l'affaire *BMG Canada Inc. c. John Doe*, 32 C.P.R. (4th) 64 (C.F. ; 2004-03-31), le juge von Finkenstein déclarait, au paragraphe 28 de la décision : « The mere fact of placing a copy on a shared directory in a computer where that copy can be accessed via a P2P service does not amount to distribution. Before it constitutes distribution, there must be a positive act by the owner of the shared directory, such as sending out the copies or advertising that they are available for copying. [...] The exclusive right to make available is included in the World Intellectual Property Organization *WIPO Performances and Phonograms Treaty*, Geneva, December 20, 1996, however that treaty has not yet been implemented in Canada and therefore does not form part of Canadian copyright law. »

40. Parliament of Canada : *Bill C-60: An Act to amend the Copyright Act* ; Sam N.K. BANKS et Andrew KITCHING ; Law and Government Division, 20 September 2005 ; p. 4 ; LS-512E ; <www.parl.gc.ca/About/Parliament/LegislativeSummaries/bills>.

making available of their material on the Internet. The bill makes it illegal for anyone other than the copyright holder to place a music file in a shared folder on a computer to which other users of a file-sharing program have access. Thus it will be illegal to *upload* music files onto on-line shared directories, as is the case when using KaZaa (*sic*) or BitTorrent, unless the person uploading the material is the rights holder of that material.⁴¹

2.3 Analyse détaillée des nouveaux articles de la LDA

Rappelons d'abord les éléments qui, selon les Traités de 1996, doivent se retrouver dans la loi nationale. Il faut un droit exclusif (d'autoriser ou d'interdire) portant sur la mise à disposition (c'est-à-dire, sur l'*offre*) lorsque chacun peut avoir accès au contenu de l'endroit et au moment qu'il choisit, qu'il y ait ou non transmission effective du contenu, étant entendu que, s'il y a transmission, le droit de mise à disposition couvrira à la fois l'offre de contenu et sa transmission subséquente.

2.3.1 La ratification du WPPT

En ce qui concerne les prestations des artistes-interprètes et les enregistrements sonores, tous et chacun des éléments requis par le WPPT se retrouvent dans la LDA.

Pour les prestations, le nouvel article 15(1.1) de la LDA prévoit ce qui suit :

15. Droit d'auteur sur la prestation

(1.1) Sous réserve des paragraphes (2.1) et (2.2), l'artiste-interprète a un droit d'auteur qui comporte le droit *exclusif*, à l'égard de sa prestation ou de toute partie importante de celle-ci :

[...]

d) d'en mettre l'enregistrement sonore à la disposition du public et de le lui communiquer par télécommunication, de manière que chacun puisse y avoir accès de l'endroit et au moment qu'il choisit individuellement ; [Les italiques sont nôtres.]

41. *Ibid.*, p. 8.

Pour les enregistrements sonores, le nouvel article 18 (1.1) de la LDA prévoit ce qui suit :

18. Droit d'auteur sur l'enregistrement sonore

(1.1) Sous réserve des paragraphes (2.1) et (2.2), le droit d'auteur du producteur d'un enregistrement sonore comporte également le droit *exclusif*, à l'égard de la totalité ou de toute partie importante de celui-ci :

a) de le mettre à la disposition du public et de le lui communiquer par télécommunication, de manière que chacun puisse y avoir accès de l'endroit et au moment qu'il choisit individuellement ;

[Les italiques sont nôtres.]

Dans les deux articles, la référence aux réserves des paragraphes (2.1) et (2.2) est simplement une référence aux critères d'admissibilité des prestations et enregistrements sonores, critères qui dépendent de la résidence des ayants droit et du lieu de première publication de l'enregistrement sonore.

Dans les deux articles, il s'agit d'un droit exclusif et non d'un simple droit à rémunération. Dans les deux articles, le droit permet d'autoriser ou d'interdire la mise à disposition, c'est-à-dire « l'offre ».

Dans les deux articles, et selon le sens ordinaire des mots, la transmission du contenu, si elle a lieu, est une activité distincte et subséquente à l'offre ; en effet, une distinction très nette est établie entre le fait de mettre à disposition et le fait de communiquer. L'offre n'est donc pas la transmission. Ce sont là deux activités distinctes. Mais si l'emploi de la conjonction « et » entre « mettre à disposition » et « communiquer » a pour premier effet de bien montrer la distinction entre ces deux activités, cela a aussi pour effet de joindre les deux activités lorsqu'elles se sont toutes deux produites. Et donc, dans les deux articles, c'est le même et seul droit de « mise à disposition » qui couvre à la fois l'offre et la transmission éventuelle, si transmission il y a.

Finalement, dans les deux articles, la protection ne s'applique que lorsque l'accès est possible de l'endroit et au moment choisi individuellement par le membre du public.

Ces deux articles sont clairs. On n’y trouve aucune ambiguïté. Sous réserve de commentaires importants que nous ferons plus loin, ils sont à première vue en accord avec les exigences du WPPT et reflètent les obligations souscrites par le Canada.

2.3.2 La ratification du WCT

On s’attendrait à trouver la même formulation claire et complète reflétant l’obligation souscrite par le Canada relativement au droit de mise à disposition des œuvres littéraires, dramatiques, musicales et artistiques. Hélas, non. En ce qui concerne les œuvres, la LDA adopte une structure curieusement alambiquée qui engendre la confusion.

D’abord, le droit de mise à disposition n’est pas inséré, comme on s’y serait attendu, à l’article 3(1), c’est-à-dire à l’article qui énumère tous les droits patrimoniaux⁴² qui composent le droit d’auteur sur les œuvres. C’est plutôt l’action (et non le droit) de mise à disposition qui est référencée à l’article 2.4, dans un nouveau paragraphe (1.1) qui se lit comme suit :

2.4 Communication au public par télécommunication

(1.1) Pour l’application de la présente loi, constitue notamment une communication au public par télécommunication *le fait de mettre à la disposition du public par télécommunication une œuvre ou un autre objet du droit d’auteur de manière que chacun puisse y avoir accès de l’endroit et au moment qu’il choisit individuellement.*

[Les italiques sont nôtres.]

Comme on l’a dit plus haut, même cette référence à la mise à disposition dans une définition de ce qu’est une communication au public par télécommunication a bien failli ne pas avoir lieu. D’abord incluse dans le projet de loi C-60, elle n’a pas été reprise dans le projet de loi C-61, pour finir par réapparaître dans le projet de loi C-32 et être maintenue dans le projet de loi C-11.

À dire vrai, les rédacteurs de l’époque pouvaient penser que, en ce qui concerne les œuvres, la combinaison du droit de communiquer

42. Droits « patrimoniaux », par opposition aux droits qui composent le « droit *moral* » de l’auteur.

au public par télécommunication et du droit d'autoriser cette communication pouvait donner le contrôle exigé par le WCT sur l'offre de contenus numériques dans l'Internet et qu'il n'était pas nécessaire de nommer un nouveau droit comme on avait dû le faire pour les prestations et les enregistrements sonores parce que, en ces cas, le droit de communiquer au public par télécommunication n'est qu'un droit à rémunération, contrairement à l'exigence du WPPT qui impose un droit exclusif.

Quelles que soient les raisons qui ont mené les rédacteurs à nommer l'activité de mise à disposition plutôt que le droit de mettre à disposition, on notera que l'article 2.4 n'est qu'une série de règles d'interprétation, ainsi qu'il ressort des mots introductifs de l'article dans sa version française : « Les *règles* qui suivent s'appliquent dans les cas de communication au public par télécommunication ».

On notera aussi l'incohérence apparente créée par les mots introductifs du paragraphe 2.4(1.1) : « Pour l'application de la présente loi... ». Si, dans toute la loi, et donc aux articles 15 et 18, une mise à disposition constitue une communication au public par télécommunication, l'emploi du diptyque « mettre à disposition et communiquer » devient, à ces articles 15 et 18, d'une redondance fâcheuse. La solution logique – à défaut de redonner de l'élégance à une rédaction particulièrement bancal – est de voir ici l'intention du Législateur de faire en sorte que, lorsque l'offre se concrétise par une transmission effective de contenu, c'est l'ensemble des activités (mettre à disposition *et* transmission) qui est considéré comme activité unique et donc assujettie à un seul droit, empêchant – conformément au WCT et au WPPT – l'exercice de plusieurs droits exclusifs qui auraient vocation à régler chacun une partie de la chaîne.

Mais si l'on revient au droit de mise à disposition en ce qui concerne les œuvres, on doit nécessairement y trouver le même contenu que celui qui protège les prestations et les enregistrements sonores. Il serait en effet inconcevable que les œuvres soient moins protégées que les autres objets du droit d'auteur. On doit donc interpréter la LDA comme reconnaissant aux auteurs un droit exclusif (c'est-à-dire un droit d'autoriser ou d'interdire) la « mise à disposition », c'est-à-dire *l'offre*, de contenu protégé lorsque chacun peut avoir accès au contenu de l'endroit et au moment qu'il choisit individuellement, qu'il y ait ou non transmission effective du contenu à l'individu, étant entendu que, s'il y a effectivement transmission du contenu à l'individu, ce droit de « mise à disposition » couvrira à la fois l'offre de contenu et sa transmission subséquente à l'individu.

C'est ce qu'exige le WCT ; c'est ce qui a été reconnu aux prestations et aux enregistrements sonores, conformément au WPPT, aux articles 15 et 18 respectivement.

Conformément aux Traités de 1996, ce droit peut prendre n'importe quelle forme, depuis un droit de reproduire, un droit de distribuer, un droit de communiquer au public, jusqu'à un droit d'afficher, un droit de transmettre ou n'importe quelle combinaison de ces droits⁴³. On ajoutera que rien n'empêcherait de rattacher le droit de mise à disposition à un droit de « publier » lorsque la mise à disposition a pour effet de faire passer l'œuvre de la sphère privée de l'auteur à la sphère publique. En d'autres mots, le droit de mise à disposition peut facilement, selon les circonstances, être vu comme l'illustration de l'un ou l'autre des trois droits du paragraphe introductif du paragraphe 3(1) de la Loi, droits que la Cour suprême a qualifiés « d'assise fondamentale du droit d'auteur » en précisant que l'énumération des autres droits qui suit ce paragraphe introductif n'est qu'une série d'exemples des trois droits du paragraphe introductif⁴⁴.

Si, en vertu du paragraphe 2.4(1.1), une « communication au public par télécommunication » inclut notamment une « mise à disposition », cela n'empêche pas, selon les enseignements de la Cour suprême, que le *droit* de contrôler cette mise à disposition puisse être vu, lui, comme un exemple d'un droit autre que le droit de communiquer au public par télécommunication ; ainsi, le droit de contrôler la mise à disposition pourrait bien parfois être vu comme un exemple du droit de reproduire l'œuvre, ou parfois être vu comme un exemple du droit de la représenter en public ou encore, en d'autres circonstances, comme un exemple du droit de la publier si elle n'était pas encore publiée. Les droits sur les œuvres, y compris le droit de mise à disposition, doivent en effet, selon la Cour suprême, être rattachés à l'un des trois droits de l'*assise fondamentale du droit d'auteur*.

Il n'est pas inexact de dire, comme le fait le paragraphe 2.4(1.1), qu'une « communication au public par télécommunication » est « notamment » constituée de la mise à disposition d'une œuvre par télécommunication. Cela est conforme aux Traités de 1996 qui visent entre autres à empêcher l'exercice d'un cumul de droits différents lorsque la mise à disposition a effectivement résulté en une transmission de l'œuvre au membre du public qui y avait accès. En ce cas,

43. Voir *supra*, note 6.

44. *ESA c. SOCAN*, 2012 CSC 34, par. 42.

toute la chaîne d'activités, depuis la mise à disposition jusqu'à la réception de l'œuvre par celui qui y avait accès, forme un seul ensemble couvert par un seul droit. C'est en ce sens seulement que la mise à disposition de l'œuvre et sa communication (si elle a lieu) ne font qu'un.

Mais c'est aller trop loin que de déroger au sens ordinaire des mots et d'affirmer que, en tout temps, *offrir* une œuvre est l'équivalent de la *communiquer*. Bien que la communication au public par télécommunication ait vocation à englober la mise à disposition lorsque cette mise à disposition s'est effectivement traduite par une communication, il n'en reste pas moins qu'il faut assurer que l'un des droits de l'*assise fondamentale* du droit d'auteur permette de contrôler (en l'autorisant ou en l'interdisant) cette mise à disposition, surtout lorsqu'elle n'est qu'une « offre » et qu'elle n'est pas complétée par une transmission subséquente de l'œuvre à l'utilisateur qui y a accès.

Car il ne faut pas oublier que le droit imposé par les Traités de 1996, s'il couvre la mise à disposition qui se traduit par une transmission de l'œuvre, couvre surtout la mise à disposition qui reste du domaine de la seule « offre » et qui ne se traduit pas par une transmission de l'œuvre.

Citons encore Reinbothe et von Lewinski :

The act of making available to the public, including the actual transmission (*if it takes place*), has to be looked upon in its entirety. Accordingly, even if the actual transmission, when looked upon as an isolated act, is not considered to be made “to the public” (meaning that members of the public would have to receive the transmission simultaneously), *it is sufficient for the application of the right of making available that the initial part of this kind of communication (the “making available”) is made to the public.*⁴⁵

[Les italiques sont nôtres.]

2.3.3 Pour une prochaine révision

Malgré la rédaction malheureuse du paragraphe 2.4(1.1), une interprétation prudente permet de trouver dans la LDA le contrôle que le Canada s'est engagé à assurer aux auteurs, aux artistes-

45. REINBOTHE et VON LEWINSKI, *op. cit.*, note 14, p. 373.

interprètes et aux producteurs sur l'offre en ligne de leurs œuvres, de leurs prestations et de leurs enregistrements sonores. Pour cela, il faut voir dans le paragraphe 2.4(1.1) la consignation du principe que, lorsqu'il y a effectivement transmission du contenu protégé subséquentement à sa mise à disposition, les deux activités ne deviennent qu'une et sont donc assujetties à un seul droit. Par ailleurs, le droit de mise à disposition est engagé dès lors qu'il y a une offre, que cette offre résulte ou non en une transmission. Et, enfin, ce droit de mise à disposition peut être, selon le contexte, rattaché directement à l'un ou l'autre des trois droits de l'*assise fondamentale du droit d'auteur* conformément à la hiérarchie nouvellement imposée par la Cour suprême.

Les Traités de 1996 laissant libre cours aux États signataires pour rattacher le droit de mise à disposition à un droit d'auteur quelconque, jusqu'à ce qu'une jurisprudence s'établisse en la matière, ce droit de mise à disposition peut indifféremment être considéré au Canada comme un exemple du droit de reproduire, du droit de représenter ou du droit de publier (lorsque l'œuvre n'a pas déjà été publiée), lesquels sont les trois droits qui forment l'*assise fondamentale* du droit d'auteur. Nul n'est besoin d'assimiler le droit de mise à disposition au droit de communiquer par télécommunication pour procéder à un tel rattachement. Le droit de mise à disposition et le droit de communiquer au public par télécommunication ne sont d'ailleurs chacun qu'un « exemple » de l'un ou l'autre des droits du paragraphe introductif du paragraphe 3(1).

En fait, dans la mesure où le droit de communiquer au public par télécommunication sous-entend que le public a effectivement obtenu communication du contenu protégé, assimiler le droit de mise à disposition au seul droit de communiquer au public par télécommunication dénature et restreint la portée du droit de mise à disposition qui doit permettre aux ayants droit d'autoriser ou d'interdire l'*offre* au public d'une œuvre, d'une prestation ou d'un enregistrement sonore, que cette offre se traduise ou non par une transmission du contenu. C'est donc en rattachant le droit de mise à disposition directement à l'un ou l'autre des trois droits de l'*assise fondamentale* qu'on réussit à lui donner son plein effet tout en reconnaissant le principe décrit au paragraphe 2.4(1.1) qu'un seul droit couvrira et la mise à disposition et la transmission subséquente du contenu le cas échéant.

Il serait quand même souhaitable que, lors d'une prochaine révision de la LDA, on vienne nettoyer les ambiguïtés soulevées par le paragraphe 2.4(1.1).

Toutefois, le problème le plus urgent ne se trouve pas au paragraphe 2.4(1.1).

En effet, le nouveau paragraphe 67.1(4) de la Loi prévoit que, sauf autorisation expresse du ministre, les ayants droit ne peuvent intenter aucun recours pour la violation du droit de mise à disposition des prestations ou des enregistrements sonores si un projet de tarif n'a pas été déposé auprès de la Commission du droit d'auteur. Or, en vertu du nouveau paragraphe 68.2(2), il ne peut être intenté aucun recours contre quiconque a payé ou offert de payer les redevances figurant à un tarif homologué. Donc, par le jeu combiné des paragraphes 67.1(4) et 68.2(2), ce qui, en vertu du WPPT, devait être un droit exclusif d'autoriser ou d'interdire et qui est annoncé comme tel aux alinéas 15(1.1)d) et 18(1.1)a) se transforme en pratique en un simple droit à rémunération.

Cela va clairement à l'encontre du WPPT. En ce qui concerne le droit de mise à disposition des prestations, Reinbothe et von Lewinski écrivent :

The right of making available under Article 10 WPPT has to be an exclusive right which includes the right not only to authorise the relevant act, but also to prohibit it.⁴⁶

Un commentaire équivalent est fait au sujet du droit de mise à disposition des enregistrements sonores :

Article 14 WPPT grants the exclusive right of making available to producers of phonograms. This right has to be an exclusive right which includes the right not only to authorise the relevant act, but also to prohibit it.⁴⁷

Curieusement, l'industrie canadienne du disque ne semble pas avoir vu que la LDA ne lui donnait pas la pleine mesure des droits que le Canada s'était engagé à accorder en signant le WPPT. À l'heure actuelle, il semble bien que les artistes-interprètes et les producteurs ne peuvent que monnayer la mise à disposition en ligne de

46. *Ibid.*, p. 338.

47. *Ibid.*, p. 369.

leurs prestations et de leurs enregistrements sonores et qu'ils ne pourraient pas interdire cette mise à disposition. Il sera intéressant de voir comment ces ayants droit chercheront à organiser de façon ordonnée de telles mises à disposition en l'absence d'un droit exclusif mais il est certain qu'une prochaine révision de la LDA devra corriger ce manquement flagrant aux obligations contractées par le Canada sur la scène internationale⁴⁸.

Conclusion

Les États signataires des Traités de l'OMPI de 1996 doivent absolument accorder aux auteurs, aux artistes-interprètes et aux producteurs d'enregistrements sonores un droit d'autoriser ou d'interdire la mise à disposition par télécommunication d'œuvres, de prestations ou d'enregistrements sonores.

La « mise à disposition » existe dès lors qu'il est possible d'avoir accès par télécommunication à l'œuvre, à la prestation ou à l'enregistrement sonore. Il n'est pas nécessaire que l'œuvre, la prestation ou l'enregistrement sonore soit transmis au public qui y a accès pour que le droit de mettre à disposition soit engagé. Mais si l'œuvre, la prestation ou l'enregistrement sonore fait effectivement l'objet d'une transmission subséquente à l'offre, c'est le droit de « mise à disposition », et lui seul, qui couvrira toute la chaîne d'activités en ligne ; il ne doit pas y avoir cumul de l'exercice de plusieurs droits.

C'est en ce sens qu'il faut interpréter le paragraphe 2.4(1.1) LDA qui ne « crée » pas le droit de mise à disposition en ce qui concerne les œuvres mais qui est une règle d'interprétation rappelant que la communication (si elle a lieu – et qui sera nécessairement subséquente à la « mise à disposition ») et la mise à disposition ne font qu'un.

Une interprétation du paragraphe 2.4(1.1) qui conduirait à dire que le droit de mise à disposition est nécessairement inclus dans le droit de communiquer au public par télécommunication mènerait à des incohérences irréconciliables aux articles 15 et 18 LDA, lesquels

48. Il s'en trouvera pour faire remarquer que ce n'est que lorsque le droit est géré collectivement qu'il se transforme en un simple droit à rémunération et qu'il est toujours possible pour un ayant droit de choisir de gérer ce droit lui-même, individuellement, afin de conserver sa capacité d'autoriser ou d'interdire la mise à disposition. Mais ce serait refuser de voir que la gestion individuelle, à l'heure de l'Internet et de la mondialisation des exploitations, n'a aucune chance d'être efficace et serait en fait l'équivalent d'un abandon de droits.

font une nette distinction entre le fait de mettre à disposition et le fait de communiquer une prestation ou un enregistrement sonore. De plus, l'assimilation du droit de mise à disposition au droit de communiquer au public par télécommunication crée le risque que le droit ne trouve pas application lorsqu'il n'y a pas eu transmission effective du contenu, alors que le WCT et le WPPT n'exigent pas qu'une telle transmission ait lieu pour que le droit de mise à disposition s'applique.

Pour ces raisons, il serait judicieux de réviser le paragraphe 2.4(1.1) qui est source d'ambiguïtés inutiles.

Mais, de façon plus urgente, il faut constater que le droit de mise à disposition des prestations et des enregistrements sonores n'est pas, dans la loi canadienne, le droit exclusif qu'il est censé être aux termes du WPPT. Loin d'être un droit d'autoriser ou d'interdire, il n'est qu'un droit à obtenir une rémunération par le biais de l'homologation par la Commission du droit d'auteur d'un tarif de redevances à percevoir lorsqu'il y a eu mise à disposition, tous autres recours étant exclus sauf permission expresse du ministre.

En l'état, le Canada ne respecte pas les engagements qu'il a souscrits en signant le WPPT.

Épilogue

Au moment de la rédaction de cet article, la Commission du droit d'auteur était saisie d'une demande de la SOCAN alléguant que la décision de la Cour suprême dans l'affaire *ESA*⁴⁹ et selon laquelle un téléchargement n'engageait pas l'exercice du droit de communiquer au public par télécommunication, n'était plus applicable à partir du moment où la LDA était modifiée pour inclure un nouveau droit de mise à disposition⁵⁰. La Commission demanda à toutes les parties intéressées et non seulement à celles qui pourraient revendiquer un droit de communiquer ou qui pourraient être affectées par l'exercice d'un tel droit de commenter la question de savoir si le droit de mise à disposition rendait caduque la décision de la Cour suprême.

L'échéancier établi par la Commission pour organiser le débat menait au dépôt le 16 août 2013 (cette échéance a été reportée au

49. *ESA c. SOCAN*, précitée, note 44.

50. Avis de la Commission, 7 décembre 2012.

23 août) d'importants mémoires en réponse aux prétentions de la SOCAN. Au moment d'écrire cet article, les mémoires en réplique devaient être déposés le 30 août mais une demande a été formulée par Apple, ESA, Cinéplex, Microsoft et une coalition composée de Bell Canada, Google, Rogers Communications, Shaw Communications, Yahoo ! et Quebecor Media, pour reporter cette échéance au 18 octobre.

Parmi les mémoires du 23 août, il s'en trouve d'importants qui sont appuyés par des rapports d'experts, signés notamment par Silke von Levinski⁵¹, par Sam Ricketson⁵² et par Jeremy DeBeer⁵³. La SOCAN avait déjà, elle, accompagné son mémoire d'un rapport d'expert signé par Mihaly Ficsor, directeur général adjoint de l'OMPI au moment de la négociation et de l'adoption des Traités de 1996 et à qui on attribue la formulation du droit de mise à disposition dans les Traités, formulation connue sous l'expression « *umbrella solution* » parce qu'elle visait à permettre aux États toute latitude pour déterminer dans leur loi nationale par quel moyen le droit serait mis en œuvre.

Aucun de ces rapports d'experts, et en particulier celui souscrit par Silke von Levinski ne contredit ou change ce qui est dit dans le présent article au sujet de la genèse à l'OMPI du droit de mise à disposition.

De façon générale, les opposants à la SOCAN affirment dans leurs mémoires que le droit de mise à disposition est clairement au Canada un sous-ensemble du droit de communiquer au public par télécommunication et que, en vertu de *ESA*, ce droit n'est pas en cause lors d'un téléchargement. Ceux qui soutiennent la position de la SOCAN voient, comme elle, dans le droit de mise à disposition, la résurrection du droit de communiquer que la Cour suprême avait anéanti dans *ESA*.

L'auteur de cet article s'en tient à son analyse qui le conduit à conclure que, selon la directive de la Cour suprême dans *ESA* – selon laquelle un droit, quel qu'il soit, doit être rattaché à l'assise fondamentale du droit d'auteur, c'est-à-dire à l'un des trois droits du paragraphe introductif de l'article 3(1) de la LDA –, le droit de mise à

51. Mémoire de Music Canada (la ci-devant Canadian Recording Industry Association, regroupement des majors du disque).

52. Mémoire des réseaux (Bell, Rogers, Shaw, Quebecor, Google et Yahoo) ; Sam Ricketson est professeur à la Melbourne Law School.

53. *Ibid.* ; Jeremy de Beer enseigne à la Faculté de droit de l'Université d'Ottawa.

disposition peut être considéré comme une illustration de l'un ou l'autre du droit de reproduire, du droit de représenter ou du droit de publier l'œuvre. Il maintient aussi que ce droit est essentiellement un droit d'*offrir* l'œuvre et qu'il n'est pas nécessaire que l'offre soit accompagnée d'une transmission effective. Il maintient enfin que, pour empêcher de graves incohérences avec les paragraphes 15(1.1) et 18(1.1) qui créent le droit de mise à disposition pour les prestations et les enregistrements sonores, la règle d'interprétation donnée au paragraphe 2.4(1.1) doit être lue comme consacrant le principe voulu par les Traités de 1996 que, lorsqu'une mise à disposition a été suivie par une transmission de l'œuvre, la mise à disposition et la transmission forment un tout qui ne donne prise qu'à un seul droit exclusif.

Mais il va sans dire que le débat n'est pas terminé et que quiconque veut comprendre la nature du droit de mise à disposition tel qu'il est inscrit dans la loi canadienne devra lire avec attention les répliques qui auront été déposées auprès de la Commission du droit d'auteur après que cet article fut envoyé à l'éditeur⁵⁴.

54. 2 septembre 2013.