

PARTIES II ET VIII DE LA LOI SUR LE DROIT D'AUTEUR : LE CANADA RESPECTE-T-IL SES OBLIGATIONS INTERNATIONALES?

Benoît Clermont [1*]

INTRODUCTION

C'est maintenant un cliché que de le rappeler, mais nous vivons dans un monde où les distances semblent avoir de moins en moins d'importance. Particulièrement ces dernières années, nous avons assisté à l'éclosion de nouveaux moyens de communication qui font en sorte que les échanges entre les états semblent être devenus plus faciles que jamais. Il n'est donc pas surprenant, dans ce contexte, de voir apparaître de nouveaux accords internationaux ayant pour but de réglementer les échanges commerciaux de plus en plus nombreux.

Bien qu'Adam Smith considérait les artistes de la scène, les jongleurs, chanteurs, musiciens et autres amuseurs publics comme des travailleurs improductifs [1], nul ne peut mettre en doute aujourd'hui l'importance économique de l'industrie du disque, du spectacle, du divertissement et des communications. Dans ce contexte, il est évident que les grands accords commerciaux internationaux contiennent maintenant des dispositions relatives à la propriété intellectuelle, qui est d'une importance vitale pour les nouvelles économies occidentales.

C'est dans ce contexte que le Canada a adopté, en avril 1997, des modifications importantes à la *Loi sur le droit d'auteur* [2]. Nous nous intéresserons particulièrement, dans le cadre de cet article, à l'adoption de mesures, au Canada, accordant un droit d'auteur aux artistes -interprètes, aux producteurs d'enregistrements sonores et aux radiodiffuseurs (Partie II de la *Loi sur le droit d'auteur*) et aux mesures relatives à la copie privée (Partie VIII de la cette même loi). Bien que le législateur canadien ait décidé d'accorder un droit d'auteur sur les prestations des artistes-interprètes, sur les enregistrements sonores et sur les signaux de communications, la plupart des accords internationaux utilisent plutôt les termes “ droits voisins ” pour désigner les droits qui protègent ces objets. En conséquence, nous traiterons de “ droits voisins ” pour désigner les droits d'auteur des artistes-interprètes, des producteurs d'enregistrements sonores et des radiodiffuseurs sur leurs signaux de communications.

En adoptant ces mesures, le législateur canadien se devait de respecter certaines obligations internationales, soient d'une part celles qu'il s'est déjà imposé en signant certains accords internationaux, et d'autre part celle contenues à d'autres accords internationaux auxquels le Canada voulait devenir partie. Nous analyserons donc, dans une première partie, les obligations contenues à la Convention de Rome [3], dont le Canada est maintenant membre depuis le 4 juin 1998, à l'Accord de l'OMC (ADPIC) [4], à l'ALÉNA [5], à l'ALÉ [6] et à la Convention Phonogrammes [7], que le Canada s'est engagé à appliquer au profit des États-Unis et du Mexique dans le cadre de l'ALÉNA. Pour les fins de cet article, nous qualifierons la Convention de Rome, la Convention Phonogrammes et l'Accord de l'OMC d'accords “ internationaux ”, alors que l'ALÉNA et l'ALÉ seront qualifiés d'accords “ régionaux ”. Nous ferons ensuite, dans une deuxième partie, l'analyse des parties II et VIII de la *Loi sur le droit d'auteur* afin de déterminer si le Canada, par l'adoption de modifications à cette loi en 1997, s'est conformé à ses obligations internationales.

I.- LA PROTECTION OFFERTE PAR LES ACCORDS INTERNATIONAUX

Les différents accords internationaux relatifs aux droits voisins imposent certaines obligations matérielles au Canada : celui-ci doit prendre les mesures nécessaires afin que son droit accorde une protection minimale aux titulaires de droits voisins. Nous verrons dans une première section

quelles sont les obligations du Canada en vertu des accords internationaux et dans une seconde section celles issues d'accords régionaux. Nous traiterons, dans une troisième section, des obligations du Canada relatives à la protection des étrangers, tant en vertu des accords internationaux que des accords régionaux.

A) LE CONTENU DES ACCORDS INTERNATIONAUX

Qui

Les titulaires des droits voisins sont les artistes-interprètes ou exécutants, les producteurs de phonogrammes et les organismes de radiodiffusion. Cela étant précisé, encore faut-il s'entendre sur le sens et la portée que les accords internationaux donnent à ces termes.

C'est à l'article 3 de la Convention de Rome que nous retrouvons la définition des termes que cette Convention contient. La Convention Phonogrammes adopte, à son article 2, les définitions prévues à la Convention de Rome concernant les " phonogrammes " et les " producteurs de phonogrammes ", alors que l'Accord de l'OMC, à son article premier, paragraphe 3, s'en remet à la Convention de Rome. Nous étudierons donc les définitions des trois titulaires de droits voisins telles qu'elles sont prévues à la Convention de Rome, en gardant à l'esprit qu'elles s'appliquent également à l'Accord de l'OMC et à la Convention Phonogrammes en ce qui a trait aux " phonogrammes " et aux " producteurs de phonogrammes ".

L'artiste-interprète ou exécutant sera donc celui qui exécute une oeuvre littéraire ou artistique. La Convention de Rome énumère, à ce titre, les acteurs, les chanteurs, les musiciens, les danseurs ou toutes autres personnes. Les termes " oeuvre littéraire ou artistique " doivent être compris selon le sens donné par la Convention de Berne [8], c'est à dire toute production du domaine littéraire scientifique ou artistique, quels qu'en soient le mode ou la forme d'expression [9].

On remarquera que l'exécution n'a pas à être publique pour être protégée. L'exécution, par exemple, d'un artiste, dans un studio d'enregistrement, peut bénéficier de la protection de la Convention de Rome. La doctrine a souligné que les artistes qui peuvent être considérés comme artistes-interprètes au sens de cette Convention agissent d'une façon directement perceptible pour le spectateur ou apportent une influence personnelle qui s'exerce sur la réalisation de l'oeuvre.

" Les catégories d'artistes expressément citées dans la définition se caractérisent par le fait qu'ils agissent d'une façon directement perceptible: ils déclenchent immédiatement chez l'auditeur ou le spectateur des sensations auditives (chanteurs, musiciens), visuelles (danseurs) ou audiovisuelles (acteurs, mais éventuellement aussi chanteurs et musiciens). Mais cette énumération est loin d'être exhaustive. (...) Ce qui caractérise, en définitive, [les artistes-interprètes] et ce qui permet de distinguer leurs prestations de celles qui se situent hors du champ de l'exécution ou de la représentation artistique, c'est l'influence personnelle qu'ils exercent sur la réalisation de l'oeuvre "[10].

L'exécutant pourra donc être considéré ainsi au sens de la Convention de Rome s'il fait une interprétation personnelle de l'oeuvre qu'il doit rendre. Il faut noter que l'article 9 de la Convention de Rome permet aux législations nationales d'élargir la définition d'artistes-interprètes à ceux qui n'exécutent pas d'oeuvres littéraires ou artistiques, comme les artistes de variété ou de cirque.

Quant au phonogramme, il doit être entendu comme étant un support matériel sur lequel sont fixées des suites de sons qui peuvent être reproduites d'une façon sonore. La fixation doit avoir pour objet un programme sonore, et exclusivement sonore. Sont donc exclus les fixations d'images et de sons, les oeuvres télévisuelles ou cinématographiques, les vidéocassettes ou les vidéo-clips. Le phonogramme ne doit pas nécessairement être la fixation d'une oeuvre littéraire ou

artistique. La fixation de chants d'oiseaux ou de bruits divers constitue bien un phonogramme au sens de la Convention Phonogrammes et de la Convention de Rome. Le producteur de phonogrammes sera la personne physique ou morale qui effectue la première fixation de sons sur un support sonore. On a prévu expressément que seul celui qui effectue la première fixation puisse être considéré comme producteur de phonogrammes pour que celui qui copie l'enregistrement ne puisse pas bénéficier du même statut et, par conséquent, de la protection des conventions internationales.

L'entreprise de radiodiffusion n'est pas définie par la Convention de Rome, mais l'émission de radiodiffusion l'est, de la façon suivante: " toute diffusion de sons, ou d'images et de sons, par le moyen des ondes radioélectriques aux fins de réception par le public " (article 3f) de la Convention de Rome). Sont donc protégés autant les organismes de radiodiffusion que les organismes de télédiffusion, mais seulement ceux qui émettent par voie hertzienne. Selon la définition du mot " émission " que donne la Convention, seule la transmission au moyen des ondes hertziennes, ou d'un système sans fil, est une radiodiffusion. Les émissions transmises par câble ne sont pas des radiodiffusions protégées par la Convention.

Quand

Les ententes internationales prévoient une protection particulière pour les divers titulaires qui y sont mentionnés lorsque ces derniers sont placés dans une situation internationale . Les conventions internationales ne s'appliquent habituellement pas aux situations purement internes. On détermine l'existence d'une situation internationale grâce aux critères de rattachement prévus aux accords internationaux. Ces critères permettent donc de rattacher la Convention à une situation particulière qui contient des éléments d'extranéité.

Il convient d'abord de souligner que l'Accord de l'OMC transpose, à l'article premier, paragraphe 3, les critères de rattachement prévus à la Convention de Rome [11]. Il faut donc rechercher les critères de rattachement propres aux artistes-interprètes dans la Convention de Rome, en ayant à l'esprit qu'ils s'appliquent aussi à l'Accord de l'OMC. On retiendra que, selon l'article 4 de la Convention de Rome, l'artiste-interprète sera protégé dans trois types de situation : (a) si sa prestation a lieu dans un pays membre de cet accord, (b) si sa prestation est enregistrée sur un phonogramme protégé par cette convention, ou (c) si l'exécution non fixée de sa prestation est diffusée par une émission protégée par la Convention de Rome. Le critère de la nationalité n'a pas été retenu car il aurait été difficile à appliquer pour les exécutions de groupe; une chorale ou un orchestre peut avoir des membres de nationalités diverses.

Pour ce qui est des organismes de radiodiffusion, c'est l'article 6 de la Convention de Rome, transposable à l'Accord de l'OMC, qui détermine les critères de rattachement. Les organismes qui ont leur siège social dans un État contractant, ou les émissions qui sont diffusées par un émetteur situé sur le territoire d'un État partie à cette convention seront protégés par la Convention de Rome.

Les producteurs de phonogrammes pourront bénéficier de la Convention de Rome dans trois cas ; (1) le producteur sera protégé s'il est ressortissant d'un État contractant, (2) si la première fixation du son a eu lieu sur le territoire de l'un de ces États ou (3) si le phonogramme a été pour la première fois publié, c'est à dire mis à la disposition du public en quantité suffisante, dans un des États membre de cet accord. Les États, grâce aux mécanismes de réserves prévus à la Convention de Rome, pourront choisir de protéger soit les phonogrammes fixés dans un des États membres de la Convention, soit ceux publiés pour la première fois dans un État membre de la Convention de Rome.

La détermination de la nationalité du producteur de phonogrammes peut faire problème puisqu'il s'agira souvent d'une personne morale. La doctrine n'est pas unanime sur le critère à retenir pour déterminer de quelle nationalité sera une personne morale.

“ In private international law, the nationality of a company is to be defined according to one of two criteria: under continental European legal system it is the seat of the company's administration, headquarters or head office; under Anglo-Saxon legal system it is the country under the laws of which the company is organised. In the case of the nationality of a broadcasting organisation, the Kaminstein Report says that it was agreed that the Anglo-Saxon definition should be applied ”[\[12\]](#).

Pour Desbois, Françon et Kerever, il n'en va pas ainsi:

“ D'après l'article 2 de la convention [Phonogrammes], la nationalité des producteurs constitue le critère de la protection. On doit en déduire qu'à l'égard des personnes morales, le pays dont le producteur est ressortissant en général est le pays du siège de la société ”[\[13\]](#).

Quoi qu'il en soit, en pratique, le pays d'incorporation des compagnies productrices de phonogrammes correspondra bien souvent au pays où se trouve leur siège social.

Ce sont là les différents titulaires de droits voisins qui, placés dans une situation internationale, pourront bénéficier de la protection prévue aux divers accords internationaux.

Comment

La protection offerte par les accords internationaux relatifs à la protection des droits voisins est variable.

La Convention de Rome prévoit plusieurs règles conventionnelles visant à accorder une certaine protection aux trois titulaires de droits voisins. L'article 7 prévoit que l'artiste-interprète devra pouvoir “ mettre obstacle ” à la radiodiffusion, à la communication au public et à la fixation de leur prestation non fixée, et à la reproduction d'une fixation de leur exécution, si la première fixation de cette exécution a été faite sans le consentement de l'artiste-interprète. Il faut lire cet article en parallèle avec l'article 19 de la Convention, à l'effet que l'article 7 cessera d'être applicable lorsqu'un artiste-interprète aura accepté que son exécution soit incluse dans une fixation d'images, ou d'images et de son. Ainsi, la protection de la Convention de Rome cesse lorsque l'artiste-interprète a accepté de figurer dans une production cinématographique, une émission de télévision ou un vidéo-clip. Dès lors, il ne peut plus contrôler les utilisations secondaires qui seront faites de sa prestation.

Les droits garantis au producteur de phonogrammes sont d'une autre nature. Ainsi, ce dernier, tel que prévu à l'article 10 de la Convention, à un véritable droit d'autoriser ou d'interdire la reproduction directe ou indirecte de ses phonogrammes. Il s'agit donc ici d'un véritable droit subjectif.

Les droits des organismes de radiodiffusion sont également de cette nature. Ils sont prévus à l'article 13 de la Convention et accordent d'abord aux organismes de radiodiffusion le bénéfice d'autoriser ou d'interdire la réémission de leurs émissions. L'article 3g) définit la réémission comme étant “ l'émission simultanée par un organisme de radiodiffusion d'une émission d'un autre organisme de radiodiffusion ”. N'est donc pas comprise par cet article la réémission en différé, ni la réémission par le câble. L'article 13 prévoit aussi que l'organisme de radiodiffusion pourra autoriser ou interdire la fixation de ses émissions sur un support matériel, la reproduction des fixations non autorisées de ses émissions et la communication au public de ses émissions de

télévision lorsque cette communication a lieu dans un endroit accessible au public moyennant un prix d'entrée.

La durée des droits est prévue à l'article 14 de la Convention de Rome: elle sera de vingt ans à compter de la fin de l'année de la fixation des phonogrammes, de la fin de l'année de l'exécution de la prestation des artistes-interprètes ou de la fin de l'année de l'émission des organismes de radiodiffusion.

Des exceptions sont prévues à l'article 15. Ainsi, les législations nationales peuvent prévoir que les droits que nous avons vus ne s'appliqueront pas lorsqu'il s'agit d'une utilisation privée, lorsqu'il y a utilisation de courtes citations pour le compte rendu d'événements d'actualité, lorsqu'il y a fixation éphémère par un organisme de radiodiffusion pour ses propres émissions ou lorsque les prestations sont utilisées à des fins d'enseignement ou de recherche. Le deuxième paragraphe de l'article 15 prévoit que les États pourront également prévoir d'autres exceptions, si elles sont similaires à celles que prévoit déjà leur législation nationale en matière de droit d'auteur. L'article 12 stipule que les artistes-interprètes et les producteurs de phonogrammes ne pourront s'opposer à la radiodiffusion d'un disque (utilisation secondaire d'un phonogramme). Dans ce cas, une rémunération équitable devra être versée au producteur de phonogrammes, à l'artiste-interprète ou aux deux, selon ce qui sera prévu à la législation de chaque État.

La Convention Phonogrammes procède, de son côté, d'une manière très différente. Alors que la Convention de Rome, nous venons de le voir, régleme plusieurs points particuliers des droits voisins, la Convention Phonogrammes se caractérise par une absence quasi-totale de règles conventionnelles.

“ Il n'existe aucune protection “ conventionnelle ” [prévue à la Convention Phonogrammes], c'est-à-dire des droits minimums définis par la Convention elle-même et dont le respect s'imposerait aux États contractants. Il résulte de la grande liberté ainsi laissée à ces derniers que les niveaux concrets de protection peuvent être très inégaux d'un État à l'autre, puisque les Conventions ne contiennent en leur sein aucun facteur d'égalisation de ces niveaux de protection ”[\[14\]](#).

L'article 2 de la Convention Phonogrammes précise quand même quel est le but de l'accord. Les États s'engagent à protéger les producteurs de phonogrammes ressortissants des autres États contractants contre la production de copies non autorisées, contre l'importation de telles copies lorsque la production ou l'importation de ces copies est faite dans le but de les distribuer au public, et contre la distribution des copies illicites. Les copies seront illicites lorsqu'elles seront faites sans le consentement du producteur. La Convention laisse aux États contractants le soin de prévoir la durée de la protection, mais spécifie que lorsqu'une telle durée est prévue, elle ne doit pas être inférieure à vingt ans (article 4). L'article 6 de son côté, prévoit des exceptions à la protection prévue conventionnellement. D'abord, des exceptions de même nature que celles acceptées par le droit d'auteur peuvent être prévues par les États. Ensuite, aucun système de licence légale ne peut être mis sur pied, sauf si la reproduction est destinée à l'usage de l'enseignement et de la recherche, si la licence accordée n'est valable que pour le territoire de l'État qui l'a prévue et si un droit à rémunération équitable est établi pour compenser le producteur de phonogrammes. Les utilisations secondaires des phonogrammes ne sont pas concernées par cette convention puisque cette dernière ne vise que la production, la distribution, la reproduction et l'importation de phonogrammes.

Les droits prévus à la Convention de Rome et à la Convention Phonogrammes se complètent donc, au bénéfice du producteur de phonogrammes.

“ Ils [les droits accordés aux producteurs de phonogrammes dans la Convention Phonogrammes, par rapport à ceux accordés par la Convention de Rome] sont plus restreints, parce que les droits

d'exécution en matière de phonogrammes, ou droit d'utilisation secondaire, (...) ne font l'objet d'aucune disposition dans cette Convention-ci. Ils sont plus étendus, parce qu'on accorde au producteur un droit de distribution et le droit d'empêcher l'importation de phonogrammes fabriqués illicitement, alors que d'après la Convention de Rome, c'est simplement un droit de reproduction ”[15].

Quant aux droits prévus à l'Accord de l'OMC (article 14), ils sont forts semblables à ceux accordés par la Convention de Rome. D'abord, les artistes-interprètes auront “ la possibilité d'empêcher ” la fixation de leur exécution non fixée, la reproduction de cette fixation, la radiodiffusion par le moyen des ondes électriques de leur prestation non fixée et la communication au public de leur exécution directe. On pourrait croire de prime abord que l'exception prévue à l'article 19 de la Convention de Rome disparaît dans l'Accord de l'OMC et que les artistes-interprètes auront un droit de regard sur l'utilisation qui sera faite de leur prestation ou de leur exécution dans une fixation d'images ou de sons. Or, il est permis de douter de cette conclusion puisque le paragraphe 14(6) de l'Accord de l'OMC prévoit que les États contractants pourront prévoir les conditions, limitations, exceptions et réserves prévues à la Convention de Rome.

Les producteurs de phonogrammes se voient encore une fois accorder le droit d'autoriser ou d'interdire la reproduction directe ou indirecte de leurs phonogrammes. Ils obtiennent par contre un droit supplémentaire: celui d'autoriser ou d'interdire la location de leurs phonogrammes (paragraphe 14 (4) de l'Accord de l'OMC).

Les organismes de radiodiffusion se voient accorder les mêmes droits que ceux prévus par la Convention de Rome, à une exception près (paragraphe 14(3) de l'Accord de l'OMC). Ils obtiennent le droit d'autoriser ou d'interdire la fixation de leurs émissions, la reproduction de la fixation ou la réémission par le moyen des ondes radioélectriques et la communication au public de leurs émissions. Les membres peuvent par contre accorder une protection moindre, ou inexistante, pour les organismes de radiodiffusion. Les titulaires de droits d'auteur sur le contenu de l'émission devront par contre avoir la possibilité d'empêcher de tels actes. On a déjà vu que l'Accord prévoit les mêmes limitations, exceptions et réserves que la Convention de Rome. La durée des droits est augmentée à cinquante ans pour les artistes-interprètes et les producteurs de phonogrammes mais demeure à vingt ans pour les organismes de radiodiffusion (paragraphe 14(5) de l'Accord de l'OMC). On notera également que le droit à une rémunération équitable pour utilisation secondaire des phonogrammes, au profit des artistes-interprètes et des producteurs de disques n'est pas prévu à cet accord.

Les accords dits “ internationaux ” offrent donc une protection variable : les artistes-interprètes ne bénéficient pas d'un véritable droit subjectif, mais bien d'un simple droit de “ mettre obstacle ” à certaines utilisation de leurs prestations. Quant à eux, les producteurs de phonogrammes bénéficient de la protection de deux conventions internationales, qui se complètent à leur avantage. Quant aux organismes de radiodiffusion, ils bénéficient d'une protection plus large sous la Convention de Rome que sous l'Accord de l'OMC.

TABLEAU I

RÈGLES CONVENTIONNELLES

ACCORDS INTERNATIONAUX

| | Convention de Rom | Convention Phonogrammes | Accord de l'OMC |
|----------------------|-------------------|-----------------------------|--------------------------|
| Artistes-interprètes | | • Pas de protection prévue. | • Possibilité d'empêcher |

| | | | |
|------------------------------|--|---|---|
| | <ul style="list-style-type: none"> • Possibilité de mettre obstacle à la: <ul style="list-style-type: none"> - radiodiffusion et communication au public de la prestation non fixée; - fixation de l'exécution non fixée et reproduction d'une fixation non autorisée; • Rémunération équitable pour utilisation secondaire des phonogrammes. | | <ul style="list-style-type: none"> - la fixation des exécutions non fixées; - la reproduction de la fixation non autorisée; - la radiodiffusion et la communication au public des prestations non fixées; |
| Producteurs de Phonogrammes | <ul style="list-style-type: none"> • Droit exclusif d'autoriser ou d'interdire la reproduction directe ou indirecte des phonogrammes; • Rémunération équitable pour utilisation secondaire des phonogrammes. | <ul style="list-style-type: none"> • Protection des producteurs de phonogrammes contre la production, l'importation et la distribution de copies non autorisées. | <ul style="list-style-type: none"> • Droit exclusif d'autoriser ou d'interdire: <ul style="list-style-type: none"> - la reproduction directe ou indirecte des phonogrammes; - la location des phonogrammes. |
| Organismes de radiodiffusion | <ul style="list-style-type: none"> • Droit exclusif d'autoriser ou d'interdire: <ul style="list-style-type: none"> - la réémission des émissions; - la fixation des émissions; - la reproduction des fixations non autorisées; - la communication au public des | <ul style="list-style-type: none"> • Pas de protection prévue. | <ul style="list-style-type: none"> • Droit exclusif d'autoriser ou d'interdire: <ul style="list-style-type: none"> - la fixation des émissions; - la reproduction de la fixation; - réémission et communication publique des émissions <u>OU</u> - le titulaire du droit d'auteur sur |

| | | | |
|------------|--|--|--|
| | émissions diffusées dans un endroit accessible moyennant paiement. | | le contenu de l'émission doit avoir la possibilité d'empêcher ces actes. |
| Exceptions | | | |

| | | | |
|--|--|--|--|
| <ul style="list-style-type: none"> • Utilisation privée; • Utilisation de courtes citations pour le compte rendu d'un événement d'actualité; • Fixation éphémère par un organisme de radiodiffusion; • Utilisation à des fins d'enseignement et de recherche; • Exceptions par ailleurs prévues pour le droit d'auteur; • Artistes-interprètes: si leur exécution est incluse dans une fixation d'images ou d'images et de sons: pas de possibilité d'empêcher les utilisations ultérieures. | <ul style="list-style-type: none"> • Exceptions de même nature que celles du droit d'auteur; • Licence légale seulement si la reproduction est destinée à l'enseignement et à la recherche, valable pour le seul État l'ayant émise et moyennant rémunération équitable. | <ul style="list-style-type: none"> • Mêmes exceptions que celles prévues à la Convention de Rome. | |
| Réserves | <ul style="list-style-type: none"> • Non application du principe de la rémunération équitable; • Application du principe de la réciprocité pour la rémunération équitable; | <ul style="list-style-type: none"> • Aucune réserve permise. | <ul style="list-style-type: none"> • Mêmes réserves que celles prévues à la Convention de Rome. |

| | | | |
|------------------------|---|--|--|
| | <ul style="list-style-type: none"> • Rémunération équitable aux seuls producteurs de phonogrammes <u>ressortissants</u> d'un autre État contractant; • Soustraction de certaines activités de la rémunération équitable; • Retrait aux organismes de radiodiffusion du droit d'empêcher la présentation de leurs émissions dans un lieu où l'accès est payant. | | |
| Durée de la protection | Vingt ans à compter de la fin de l'année de l'exécution de l'artiste-interprète, de la fixation du phonogramme ou de l'émission de l'organisme de radiodiffusion | Laissée à la discrétion des États signataires. Si une durée est prévue, elle ne devra pas être inférieure à vingt ans. | Cinquante ans à compter de la fin de l'année civile de fixation ou d'exécution pour les artistes et les producteurs. Vingt ans à compter de la fin de l'année civile de l'émission pour les radiodiffuseurs. |
| | Convention de Rome | Convention Phonogrammes | Accord de l'OMC |

B) LE CONTENU DES ACCORDS RÉGIONAUX

Les accords régionaux auxquels le Canada a adhéré (ALÉ, ALÉNA) sont de véritables accords commerciaux. Ainsi, il devient vite évident que ces traités ne visent pas à établir un équilibre entre les titulaires de droits voisins, mais bien à réglementer certains aspects du commerce international.

Enregistrements sonores et émissions

L'absence de protection pour les artistes-interprètes est ce que l'on remarque de prime abord en ce qui concerne la protection accordée par les accords commerciaux nord-américains. Ils sont mentionnés uniquement à l'article qui définit le traitement national, pour préciser que ce traitement ne s'appliquera pas aux artistes-interprètes pour la rémunération équitable faisant suite à l'utilisation secondaire des phonogrammes, au profit du principe de la réciprocité.

“ La seule exception explicitement reconnue à ce principe du traitement national touche aux droits des artistes-interprètes et exécutants quant aux utilisations secondaires (c'est-à-dire par radiodiffusion ou communication au public) des enregistrements sonores. Dans ce cas, l'ALÉNA prône la réciprocité entre les parties ”[\[16\]](#).

Ce qui est particulièrement étonnant, c'est que la même solution n'est pas retenue pour les producteurs de phonogrammes. À leur égard, le principe du traitement national, et non celui de la réciprocité (nous verrons un peu plus loin la différence entre ces deux concepts), s'applique.

Il convient également de souligner que l'ALÉNA, à l'article 1701(2) prévoit que les États contractants devront donner effet, entre eux, à la Convention de Berne et à la Convention Phonogrammes. Aucune obligation n'est prévue en ce qui concerne la Convention de Rome. Autrement dit, les États contractants doivent assurer la protection des producteurs de phonogrammes et pas nécessairement celle des artistes-interprètes ou des organismes de radiodiffusion. De plus, l'annexe 1701.3 paragraphe 2 de l'accord spécifie que malgré toute disposition contraire, les États-Unis n'ont aucune obligation de se conformer à l'article 6 bis de la Convention de Berne. En d'autres termes, tout comme dans le cadre de l'Accord de l'OMC, rien n'oblige les États-Unis à reconnaître le concept de droit moral.

Rien dans l'ALÉNA, tout comme dans l'Accord de l'OMC, n'oblige les membres à accorder une rémunération équitable pour l'utilisation secondaire qui est faite des phonogrammes. On se rappelle qu'une disposition prévoyant ce droit au profit des artistes-interprètes et des producteurs de phonogrammes est facultative dans la Convention de Rome.

Les producteurs de phonogrammes, pour leur part, s'en tirent avec une protection plus complète que celle prévue à la Convention de Rome, en excluant le droit à la rémunération pour utilisation secondaire des phonogrammes, et qui ressemble à la protection déjà offerte par l'Accord de l'OMC et la Convention Phonogrammes.

L'article 1706 de l'ALÉNA précise que les producteurs d'enregistrements sonores devront bénéficier d'un droit d'autoriser ou d'interdire la reproduction directe ou indirecte de leurs phonogrammes, l'importation sur le territoire d'un État de copies non autorisées, la première distribution de l'original et des exemplaires d'un phonogramme et la location commerciale de l'original ou des exemplaires de l'enregistrement. Le producteur de phonogrammes peut renoncer, par disposition contractuelle, à ce droit d'autoriser ou d'interdire la location commerciale au profit de l'auteur des oeuvres qui sont fixées sur le phonogramme.

Le droit de location était une nouveauté pour le Canada, au moment de l'adoption de l'ALÉNA, alors que ses deux autres partenaires commerciaux, soient les États-Unis et le Mexique reconnaissaient déjà ce droit. On sait que la possibilité d'autoriser ou d'interdire la location d'un phonogramme apparaît maintenant également à l'Accord de l'OMC. On remarquera que rien n'oblige les États parties à l'ALÉNA de reconnaître un droit d'autoriser ou d'interdire la communication au public des phonogrammes. Un tel droit aurait sans doute entraîné l'octroi d'une licence obligatoire au profit des organismes de radiodiffusion, en échange d'un droit à rémunération équitable au profit des artistes-interprètes et des producteurs de phonogrammes, ce que ne veulent absolument pas faire les États-Unis.

La durée de protection des droits devra être d'au moins cinquante ans, comptabilisés à partir de la fin de l'année de fixation du phonogramme. Des exceptions sont prévues, à l'article 1706(3), dans un langage fort peu éclairant. Cet alinéa spécifie que " chacune des parties restreindra les limitations et les exceptions aux droits prévus dans le présent article pour les enregistrements sonores à certains cas spéciaux qui n'entrent pas en conflit avec l'exploitation normale des enregistrements et ne portent pas préjudice aux intérêts légitimes des détenteurs des droits ". Rien n'indique à quels " cas spéciaux " fait référence l'ALÉNA. Il est permis de penser que les exceptions prévues à la Convention de Rome, à la Convention Phonogrammes et à l'Accord de l'OMC sont probablement des " cas spéciaux " au sens de l'ALÉNA.

Ces dispositions sont soumises à la clause d'exception culturelle. Si le Canada le désire, il pourrait refuser d'appliquer le traitement national aux producteurs de phonogrammes américains tout en respectant l'ALÉNA. Il devra par contre être prêt à faire face aux représailles qui s'en suivraient.

Quant à la protection des émissions, l'article 2006 de l'ALÉ prévoit que les législations respectives des États-Unis et du Canada devront prévoir une rémunération équitable pour la retransmission, par un diffuseur, d'un programme d'un autre diffuseur, au profit du titulaire d'un droit d'auteur, si la transmission originale était effectuée au moyen de signaux éloignés pouvant être captés directement et gratuitement par le public. Si la retransmission n'était pas destinée à être captée directement et gratuitement par le public, la permission du diffuseur original sera requise. La retransmission de façon modifiée ou non simultanée nécessitera toujours la permission du diffuseur original.

L'introduction dans le droit canadien, par les obligations prévues à l'ALÉ, d'un droit de retransmission vient donc profiter aux organismes de télédiffusion, dans certains cas, et aux auteurs en général, et permet au Canada de se conformer à la Convention de Berne, qui prévoit, à l'article 11 bis, un droit de retransmission. Le Canada s'est conformé à cette exigence en 1989 [17]. L'ALÉ prévoit expressément que l'exception culturelle ne s'applique pas au droit de retransmission [18].

L'ALÉNA prévoit également une disposition concernant les organismes de radiodiffusion. L'article 1707 de cet accord prévoit une protection pour les distributeurs de signaux satellite encodés porteurs de programmes. Cette fois-ci, l'accord prévoit que les États contractants pourront avoir recours au droit pénal pour interdire la fabrication, l'importation, la vente, la location ou la mise à la disposition du public de systèmes de décodage de signaux satellite encodés porteurs de programmes, sans l'autorisation du distributeur légitime. Des recours civils devront également être possibles pour ce distributeur à l'encontre de ceux qui feraient la distribution de tels signaux décodés sans autorisation, ou qui les capteraient dans le cadre d'activités commerciales. Ces recours civils devraient aussi être disponibles contre les fabricants, les importateurs ou les vendeurs de décodeurs.

Les accords qui unissent le Canada, les États-Unis et le Mexique sont simplement de nature commerciale. Le Canada souhaite exclure tout aspect culturel des accords d'intégration. Dans un contexte où la culture devient de plus en plus une industrie, il est clair que cette exigence peut être équivoque.

L'exception culturelle

Pour parer aux craintes émises par les milieux culturels, à l'effet que les accords de libre-échange menaçaient la culture canadienne, l'ALÉ prévoit, à l'article 2005, la disposition suivante:

“ Les industries culturelles sont exemptées des dispositions du présent accord, sauf stipulation expresse à l'article 401 [élimination des droits de douane], au paragraphe 4 de l'article 1607 [cession forcée d'une acquisition indirecte] et aux articles 2006 [droits de retransmission] et 2007 [prescription d'impression au Canada] du présent chapitre ”.

L'ALÉNA est entré en vigueur 1er janvier 1994. Le Canada a émis les mêmes exigences que lors de la négociation de l'ALÉ, relatives à l'exemption culturelle. C'est l'article 2106 et l'annexe 2106 qui excluent du champ d'application de l'ALÉNA les industries culturelles. Cet article prévoit que toute mesure concernant ces industries sera régie de la manière prévue à l'ALÉ. On remarquera que cette exception culturelle n'est valide qu'au bénéfice du Canada et qu'elle s'étend à tout membre éventuel de l'accord. Le Mexique n'a pas réussi (ou n'a pas voulu?) se ménager une telle clause. Il s'est contenté de préserver les mesures existantes relatives à l'utilisation de l'espagnol à la radio, à la participation limitée des canadiens et des américains dans des entreprises

de cablôdistribution mexicaine et à la distribution minimale de 30% de films mexicains dans les salles de cinéma (annexe 1 de l'ALÉNA).

On constate donc que cette clause permettra au Canada d'invoquer l'exception culturelle pour soustraire les entreprises de ce secteur aux obligations de l'ALÉNA. Cette mesure risque malgré tout d'avoir peu d'impact au niveau des droits voisins. L'ALÉ ignore presque totalement le domaine de la propriété intellectuelle, sauf en ce qui concerne le droit de retransmission. Pour sa part, l'ALÉNA contient tout un chapitre relatif à la propriété intellectuelle, et quelques articles concernant les droits voisins.

Les Canadiens ont donc pu croire, de prime abord, que la clause d'exemption culturelle accordait aux industries de ce secteur une protection imperméable face à l'expansionnisme culturel des voisins du sud. Cette clause devait également s'appliquer au domaine de la propriété intellectuelle. En effet, le chapitre 17 de l'ALÉNA traite de la propriété intellectuelle, autant au niveau du droit d'auteur, des enregistrements sonores, des marques de commerce que des brevets et des dessins industriels. Cette protection doit s'effectuer selon le respect du traitement national. L'article 1703 mentionne clairement que le Canada, les États-Unis et le Mexique accorderont un traitement aussi favorable aux ressortissants des deux autres pays qu'à ses propres nationaux, et ce pour tous les droits de propriété intellectuelle. Le traitement national est donc beaucoup plus large que celui prévu à l'Accord de l'OMC et doit s'appliquer à l'ensemble des dispositions nationales concernant la propriété intellectuelle, et non seulement à celles prévues à l'ALÉNA ou l'ALÉ.

“ L'étendue de cette protection est très vaste. En clair, elle signifie que la règle du traitement national s'applique non seulement à ce qui, dans la législation nationale d'un pays signataire, traduit le seuil minimal de protection requis par l'ALÉNA, mais aussi à la protection qui va au-delà de ce seuil ”[\[19\]](#).

Les “ ressortissants ” d'un État membre de l'ALÉNA comprennent également tous ceux qui peuvent y bénéficier d'une protection. Dans le secteur des droits voisins, il faut se rapporter à la Convention de Rome, tel que prévu par l'article 1721 de l'ALÉNA, et y appliquer les mêmes critères de rattachement. Par exemple, un producteur de phonogramme de nationalité américaine ou qui a fixé pour la première fois une exécution aux États-Unis, ou encore qui a publié son phonogramme pour la première fois dans ce pays devra recevoir au Canada une protection égale aux producteurs de phonogrammes dans la même situation au Canada.

Les Canadiens misaient donc beaucoup sur la clause d'exemption culturelle pour encadrer les effets du libre-échange nord-américain sur la culture canadienne. Or, comme nous le verrons, cette clause pourrait avoir une portée plus limitée que l'on pourrait d'abord le croire.

D'abord, les termes “ industries culturelles ” sont définis à l'article 2012 de l'ALÉ. Cet article nous indique que les secteurs suivants doivent être considérés comme des industries culturelles: la publication, la distribution ou la vente de livres, de revues de périodiques ou de journaux; la production, la distribution, la vente ou la présentation de films et d'enregistrements vidéo; la production, la distribution, la vente ou la présentation d'enregistrements de musique audio ou vidéo; l'édition, la distribution ou la vente de compositions musicales; la radiocommunication, la radiodiffusion, la télédiffusion et la cablôdistribution de même que les services de programmation et de diffusion par satellite. On peut d'abord constater qu'il pourrait être difficile, à l'avenir, de trancher entre les activités de télécommunication et celles relevant des industries culturelles. Il faut aussi noter que l'énumération est apparemment exhaustive. Il faut en conclure que les arts de la scène, les arts plastiques et les arts visuels ne font pas partie du secteur culturel (ce qui est en soi une conclusion assez étonnante) et qu'ils sont donc, en conséquence, soumis au libre-échange sans que le gouvernement canadien puisse les en exclure en invoquant l'exception culturelle.

C'est le deuxième alinéa de la clause d'exemption culturelle qui pourrait donner d'importants maux de tête au gouvernement canadien. L'article 2005 de l'ALÉ, deuxième alinéa, se lit ainsi:

“ Malgré les autres dispositions du présent accord, chaque partie pourra prendre des mesures ayant un effet commercial équivalent en réaction à des interventions qui seraient incompatibles avec le présent accord, si ce n'était du paragraphe 1 ”.

Cette disposition a été reportée, par référence, au texte de l'ALÉNA qui mentionne que “ toute mesure adoptée ou maintenue en ce qui a trait aux industries culturelles, (...) et toute mesure d'effet équivalent adoptée en réaction, seront régies en vertu du présent accord exclusivement par les dispositions de l'Accord de libre-échange entre le Canada et les États-Unis (...) ”. Ce deuxième alinéa est très important. Il signifie que toutes les fois où le Canada invoquera l'exception culturelle afin d'adopter une mesure contraire au libre-échange, il devra s'attendre à subir des représailles commerciales ayant un effet équivalent.

La rédaction de cette clause est ambiguë. Quelles mesures au juste risquent de donner lieu à des représailles? Celles contraires à l'ALÉ ou celle contraire à l'ALÉNA? La rédaction de la clause n'est pas d'une grande clarté et prévoit que les mesures prises dans le secteur culturel, et les représailles qui s'en suivront, devront être régies par l'ALÉ. Cela veut-il dire qu'une mesure contraire à l'ALÉNA, mais permise par l'ALÉ ne pourrait donner lieu à des sanctions commerciales? Cette question est d'une grande importance au niveau de la propriété intellectuelle. Le traitement national de l'ALÉNA, au chapitre 17, impose au Canada de traiter les Américains de la même façon que les Canadiens en ce qui concerne les droits de propriété intellectuelle. Le traitement national de l'ALÉ, prévu à l'article 105, prévoit que le traitement national ne doit concerner que l'investissement et le commerce des produits et services. Une loi de propriété intellectuelle qui accorde des avantages aux producteurs de phonogrammes canadiens par exemple, et qui ne les accorde pas aux producteurs américains, est contraire à l'ALÉNA, mais conforme à l'ALÉ. Dans ce cas, le Canada peut-il se voir imposer des sanctions commerciales? Doit-il invoquer la clause d'exemption culturelle? La doctrine est divisée, les auteurs canadiens plaident que seules les obligations contraires à l'ALÉ peuvent entraîner des sanctions alors que les auteurs américains y incluent les obligations de l'ALÉNA.

Une incertitude tout aussi grande existe quant au secteur pouvant être touché par les représailles économiques. S'agit-il du seul secteur culturel, ou n'importe quel secteur visé par les accords de libre-échange risque-t-il de souffrir des répercussions américaines ou mexicaines? Le texte, encore une fois, n'est pas d'une clarté exemplaire.

Sous réserve des deux incertitudes que nous venons de soulever, le Canada doit s'attendre à voir les Américains répliquer à toutes les fois où la clause d'exemption culturelle sera invoquée. De plus, les mesures de représailles risquent d'être prises sans qu'un contrôle soit possible.

“ Si une partie adopte ou maintient une mesure portant sur une industrie culturelle couverte par l'article 2012, qui serait incompatible avec les exigences de l'ALÉ, si ce n'était de l'exemption de l'article 2005(1), alors il devient loisible à la discrétion de la partie plaignante, et sans autre forme d'enquête, de recourir à des mesures commerciales compensatoires. Et ce qui est plus grave encore, la possibilité qu'une action engagée en vertu de l'article 2005(2) soit contestée apparaît assez douteuse lorsqu'on considère la rédaction de l'article 2011(2) [de l'ALÉ], qui soustrait les mesures prises sous l'article 2005 des dispositions du chapitre 18 en matière de règlement des différends ”[\[20\]](#).

Si le Canada invoque la clause d'exemption culturelle, les Américains peuvent choisir unilatéralement et à leur discrétion les mesures commerciales à adopter en représailles sans que ces mesures puissent faire l'objet d'un litige entre les deux États membres. L'utilisation de cette clause pourrait ressembler à l'ouverture d'une boîte de Pandore.

TABLEAU II

OBLIGATIONS RÉGIONALES DU CANADA

| | ALÉNA | ALÉ |
|---------------------------------|--|--|
| Artistes- interprètes | <ul style="list-style-type: none"> • Aucune protection. | <ul style="list-style-type: none"> • Aucune protection. |
| Producteurs de phonogrammes | <ul style="list-style-type: none"> • Application de la Convention Phonogrammes entre les parties. • Droit exclusif d'autoriser ou d'interdire: <ul style="list-style-type: none"> - la reproduction directe ou indirecte des phonogrammes; - l'importation de copies non autorisées; - la première distribution de l'original et des copies des phonogrammes; - la location commerciale de l'original ou des copies des phonogrammes. | <ul style="list-style-type: none"> • Aucune protection. |
| Organismes de radiodiffusion | <ul style="list-style-type: none"> • Établissement de recours civils et pénaux pour interdire la fabrication, l'importation, la vente, la location ou la mise à la disposition du public de systèmes de décodage de signaux satellite encodés porteurs de programmes sans l'autorisation du distributeur légitime. | <ul style="list-style-type: none"> • Droit de retransmission doit être prévu: pourra profiter aux radiodiffuseurs qui ont un droit d'auteur sur leurs émissions. |
| Exceptions et réserves | <ul style="list-style-type: none"> • Concernant les enregistrements sonores: " Cas spéciaux " qui n'entrent pas en conflit avec l'exploitation normale des enregistrements et ne portent pas atteinte aux intérêts légitimes des détenteurs de droits. • Exception culturelle. | <ul style="list-style-type: none"> • En ce qui concerne le droit de retransmission: <ul style="list-style-type: none"> • maintien des normes en vigueur le 4 octobre 1987 concernant l'obligation des cablôdistributeurs de substituer un signal de priorité plus élevé à un signal simultané de priorité moins élevé |

| | | |
|--------------------------|--|---|
| | <ul style="list-style-type: none"> • Application du principe de la réciprocité (plutôt que du traitement national) aux artistes-interprètes, si une rémunération est prévue pour l'utilisation secondaire des phonogrammes. | <p>lorsque ce dernier est porteur d'une programmation semblable au premier signal;</p> <ul style="list-style-type: none"> • Pas d'exception culturelle. <p>• Exceptions d'ordre public: contrôle de l'obscénité, de la publicité, des messages électoraux et d'intérêt public.</p> |
| Mode de protection | <ul style="list-style-type: none"> • Traitement national pour <u>tous</u> les droits relatifs à la propriété intellectuelle (sauf quant à la rémunération équitable pour l'utilisation des phonogrammes pour les artistes-interprètes). | <ul style="list-style-type: none"> • Traitement national uniquement en ce qui concerne l'investissement et le commerce des produits et des services. |
| Facteurs de rattachement | <ul style="list-style-type: none"> • Protection accordée aux ressortissants des autres membres, c'est à dire les titulaires de droits voisins selon les critères de rattachement de la Convention de Rome. | <ul style="list-style-type: none"> • Sans objet. |
| Durée de la protection | <ul style="list-style-type: none"> • Producteurs de phonogrammes: cinquante ans à partir de la fin de l'année de fixation du phonogramme. | <ul style="list-style-type: none"> • Pas de durée prévue. |

LA PROTECTION DES ÉTRANGERS

Un des buts visés par la conclusion d'accords internationaux en matière de droits voisins est de s'assurer que les titulaires de droits voisins soient protégés sans discrimination basée sur la nationalité. Par contre, afin d'éviter des disparités entre les états, un pays voudra protéger des ressortissants étrangers d'un pays donné uniquement si ses propres ressortissants bénéficient d'une protection réciproque. Afin d'atteindre ces buts parfois contradictoires, les accords internationaux emploient les concepts de traitement national, de réciprocité et de traitement de la nation la plus favorisée.

Le principe du traitement national est à la base de la Convention de Rome (article 2) et de la Convention de Berne. En bref, cela signifie qu'un État doit accorder aux artistes-interprètes, aux producteurs de phonogrammes ou aux organismes de radiodiffusion étrangers qui peuvent bénéficier de la Convention en vertu des critères de rattachement, la même protection que celle qu'il accorde aux trois titulaires de droits voisins qui sont ses ressortissants.

L'article 2 de la Convention de Rome spécifie qu'un " traitement national minimum " doit être prévu. Il s'agit ici de préciser qu'un État contractant doit accorder le minimum conventionnel aux

titulaires de droits voisins étrangers même si ses propres artistes-interprètes, producteurs de phonogrammes ou organismes de radiodiffusion ne bénéficient pas de tant d'avantages. Par contre, si un État prévoit une protection supérieure au minimum conventionnel pour ses propres ressortissants, il devra également l'accorder aux titulaires de droits voisins étrangers. On peut se demander si cette précision était vraiment nécessaire puisque l'article 26(2) de la Convention précise que la législation interne d'un État doit être conforme à la Convention avant que celui-ci puisse adhérer ou ratifier l'accord. Quoi qu'il en soit, ces deux dispositions ont pour effet d'élargir la portée de la Convention de Rome; bien qu'elle ne s'applique directement que dans un cas de situation internationale, la législation d'un pays devra y être conforme avant que cet État ne puisse adhérer à cette convention.

“ Appliquer le traitement national aux étrangers qui demandent protection dans un État donné, c'est faire bénéficier ceux-ci, le cas échéant, d'une protection supérieure à celle que leur accorde la Convention. Par ailleurs, un État contractant étant tenu d'assurer sur son territoire, aux étrangers qui s'en prévalent, le minimum conventionnel, il est à prévoir que les États contractants protégeront leurs propres nationaux au moins aussi bien que les étrangers ”[\[21\]](#).

Une exception existe à ce principe du traitement national. Un membre de la Convention de Rome peut appliquer, en ce qui concerne la rémunération équitable pour l'utilisation secondaire des phonogrammes, le principe de la réciprocité. Dans ce cas, la rémunération sera versée aux artistes-interprètes et aux producteurs de phonogrammes d'un pays membre de la Convention de Rome si leur propre pays verse également une telle rémunération aux autres membres de la Convention.

Le mécanisme de protection de la Convention Phonogrammes est tout autre. Contrairement aux dispositions des Conventions de Berne et de Rome, le principe du traitement national ne figure nulle part. L'État signataire de la Convention Phonogrammes s'engage simplement à protéger les producteurs de phonogrammes des autres États contractants contre la production, la reproduction, l'importation et la distribution de copies non autorisées (article 2). Aucune référence n'est faite au traitement national ou à l'assimilation des étrangers aux nationaux. Dans ces conditions, rien n'empêche un État d'accorder une protection moindre aux producteurs de phonogrammes étrangers, s'il assure au moins le minimum conventionnel.

“ Ce silence doit être interprété comme autorisant les États parties à ces deux conventions [Convention Phonogrammes et Convention Satellite] à octroyer à leurs nationaux une protection plus forte que celle consentie aux non-nationaux ressortissants des autres États contractants. Il n'existe en effet aucun principe général de droit international privé permettant, en l'absence de disposition expresse, de limiter sur ce point la liberté d'action des États contractants ” [\[22\]](#).

Les producteurs de phonogrammes ne bénéficient donc pas du traitement national en ce qui concerne les dispositions touchant à la distribution et à l'importation de copies non autorisées. Ils bénéficient par contre de ce traitement pour la production de copies illicites, grâce à la Convention de Rome, et en ce qui concerne leur possibilité d'autoriser ou d'interdire la location de leurs phonogrammes grâce à l'Accord de l'OMC.

Afin d'assurer la protection des titulaires de droits voisins, l'Accord de l'OMC combine deux modes de protection: le traitement national et le traitement de la nation la plus favorisée.

L'article 3 de l'Accord de l'OMC dispose que “ chaque pays accordera aux ressortissants des autres Parties un traitement non moins favorable que celui qu'il accorde à ses propres ressortissants, en ce qui concerne la protection de la propriété intellectuelle ”. Telle que rédigée, cette clause aurait présenté un avantage certain pour les titulaires de droits voisins et aurait étendu la portée de la Convention de Rome aux pays membres de l'Accord de l'OMC. L'Accord précise par contre qu' “ en ce qui concerne les artistes-interprètes ou exécutants, les producteurs de

phonogrammes et les organismes de radiodiffusion, cette obligation ne s'applique que pour ce qui est des droits visés par le présent accord ”.

L'impact peut être de taille en ce qui concerne le droit d'auteur. Les pays membres de l'OMC devront accorder aux ressortissants des autres pays membres les mêmes droits, en matière de droits d'auteur, que ceux accordés à leurs propres ressortissants. Pour les droits voisins, la situation est différente. Le “ traitement national ” ne s'applique que pour les droits prévus à l'Accord de l'OMC. Les pays membres de l'OMC sont donc tenus au traitement national seulement en ce qui concerne les droits des artistes-interprètes ou exécutants d'empêcher la fixation de leur exécution, la reproduction de cette fixation et la radiodiffusion ou la communication au public de leur exécution directe; en ce qui concerne les droits des producteurs de phonogrammes, d'autoriser ou d'interdire la reproduction et la location de leurs phonogrammes et en ce qui concerne les organismes de radiodiffusion, d'interdire la fixation, la réémission et la communication au public de leurs émissions. Le traitement national est donc beaucoup plus réduit pour les droits voisins que pour les droits d'auteur. Cette situation s'explique par le fait que l'Accord de l'OMC intègre en quelque sorte la Convention de Berne, à l'article 9, alors qu'il prend toutes les précautions voulues pour ne pas faire de même avec la Convention de Rome. Le texte de l'Accord de l'OMC est fortement inspiré par la Convention de Rome, mais prend les moyens nécessaires pour garder son autonomie en créant un système de protection des droits voisins différent de celui de la Convention de Rome.

Bien que le traitement national en matière de droits voisins soit plus restreint que celui prévu pour les droits d'auteur, il existe bel et bien. Un pays membre de l'OMC devra donc accorder aux ressortissants des autres membres le même traitement que celui qu'il accorde à ses nationaux en ce qui concerne les droits voisins prévus à l'Accord.

L'Accord de l'OMC prévoit également une clause de la nation la plus favorisée. Comme le faisait remarquer Yves Gaubiac [23], cette clause est plus fréquente dans les accords commerciaux bilatéraux que dans les accords internationaux relatifs à la protection de la propriété littéraire et artistique. Cette clause a pour effet d'étendre à tous les pays membres de l'OMC les avantages qu'un autre membre accorde aux ressortissants d'un État tiers. Quatre exceptions existent à ce principe: d'abord, pour les avantages qui découlent d'accords internationaux concernant l'entraide judiciaire ou l'exécution des lois, sans liens particuliers à la propriété intellectuelle; ensuite, si l'avantage est accordé en dérogation au principe du traitement national (comme prévu à l'article 16 de la Convention de Rome sur la rémunération équitable pour l'utilisation secondaire des phonogrammes), également en ce qui concerne les droits voisins, pour les aspects qui ne touchent pas aux droits directement prévus à l'Accord de l'OMC, et enfin pour les avantages accordés par accords bilatéraux antérieurs à la conclusion de l'Accord de l'OMC si ces accords sont enregistrés au Conseil des ADPIC.

On constate donc que la clause de la nation la plus favorisée permet l'internationalisation des droits voisins puisque les avantages accordés à une nation, par un membre de l'OMC, devront également s'appliquer à tous les autres signataires de l'Accord de l'OMC. Par contre, encore une fois, on peut constater que l'Accord fixe ses propres règles en matière de droits voisins: la clause de la nation la plus favorisée ne s'appliquera qu'en ce qui concerne les aspects prévus à l'Accord de l'OMC. On évite encore une fois d'étendre la portée de la Convention de Rome, comme on l'a fait pour la Convention de Berne, en créant un nouveau texte de protection des droits voisins.

Les conventions internationales se basent donc principalement sur ces trois principes (traitement national, réciprocité et traitement de la nation la plus favorisée) pour garantir une protection efficace des étrangers en matière de droits voisins.

TABLEAU III

FACTEURS DE RATTACHEMENT

ACCORDS INTERNATIONAUX

| | Convention de Rome | Convention Phonogrammes | Accord de l'OMC |
|------------------------------------|--|--|---|
| Artistes- interprètes | <ul style="list-style-type: none"> • L'exécution a lieu dans un pays membre de la Convention; ou • L'exécution est fixée sur un phonogramme protégé par la Convention; ou • L'exécution est diffusée par une émission protégée par la Convention. | <ul style="list-style-type: none"> • Sans objet. | <ul style="list-style-type: none"> • Mêmes critères que ceux vus pour la Convention de Rome. |
| Producteurs de phonogrammes | <ul style="list-style-type: none"> • Ressortissant d'un autre État contractant; ou • Première fixation a eu lieu sur le territoire d'un État contractant; ou • Première publication a eu lieu sur le territoire d'un État contractant. | <ul style="list-style-type: none"> • Critère de la nationalité: la protection est due aux producteurs de phonogrammes ressortissants des autres États contractants. | <ul style="list-style-type: none"> • Mêmes critères que ceux vus pour la Convention de Rome. |
| Organismes de radiodiffusion | <ul style="list-style-type: none"> • Siège social de l'organisme est situé sur le territoire d'un État contractant; ou • Émissions ont lieu sur le territoire d'un État contractant. | <ul style="list-style-type: none"> • Sans objet. | <ul style="list-style-type: none"> • Mêmes critères que ceux vus pour la Convention de Rome. |
| Réserves | | | |

| | | |
|--|--|--|
| <ul style="list-style-type: none"> • Producteurs de phonogrammes: non application soit du critère de la fixation, soit du critère de la publication; • Organismes de radiodiffusion: | <ul style="list-style-type: none"> • Les États qui utilisaient le critère de la première fixation pour accorder une protection aux producteurs de phonogrammes avant l'entrée en vigueur de | <ul style="list-style-type: none"> • Mêmes réserves que celles vues pour la Convention de Rome. |
|--|--|--|

| | | |
|--|--|--|
| l'émission doit se faire de l'État où se trouve le siège social et cet État doit être membre de la Convention. | la Convention peuvent continuer d'agir de cette façon. | |
|--|--|--|

II.- LE RESPECT DES OBLIGATIONS INTERNATIONALES DU CANADA

Il ne fait aucun doute que le gouvernement du Canada, en déposant le Projet de loi C-32 [24], qui deviendra plus tard le chapitre 24 des lois de 1997 [25], visait à permettre au Canada d'adhérer à la Convention de Rome et avait pour but de respecter les obligations internationales du Canada. Le communiqué officiel du Ministère du Patrimoine canadien, accompagnant le dépôt du Projet de loi C-32 est d'ailleurs clair à cet égard.

“ L'adoption des amendements proposés permettra au Canada, à l'instar de 50 autres pays, d'adhérer à la Convention internationale de 1961 sur la protection des artistes-interprètes ou exécutants, des producteurs d'enregistrements sonores et des organismes de radiodiffusion, dite Convention de Rome ” [26].

Nous verrons donc maintenant si le Canada a atteint ses objectifs en modifiant la Loi sur le droit d'auteur en 1997.

A) LA PROTECTION DES TITULAIRES NATIONAUX

Il convient d'abord de noter que le législateur canadien a accordé un “ droit d'auteur ” sur les prestations des artistes-interprètes, sur les enregistrements sonores et sur les signaux de communication, et non un véritable “ droit voisin ”. La même technique avait été adoptée par le législateur anglais, dans le cadre de la loi britannique de 1956 [27]. Tout comme le Professeur Gendreau, nous ne croyons pas que cette différence sémantique soit importante; elle démontre simplement le souci du législateur canadien d'éviter tout problème constitutionnel relatif à la reconnaissance au Canada des droits voisins [28] :

“ Certes, l'appellation “ droit d'auteur ”, plutôt que celle de “ droits voisins ” a de quoi choquer les tenants de la conception continentale de droit d'auteur; il faut toutefois comprendre qu'elle a été choisie pour consolider l'appartenance de ce régime à la propriété littéraire et artistique et aplanir les difficultés d'ordre constitutionnel au Canada. Si l'on met de côté ces problèmes sémantiques, on constate que ces droits voisins sont à la fois autonomes et intégrés dans la loi (...) [29].

Les titulaires traditionnels de droits voisins bénéficient donc, au Canada, d'une protection nouvelle, accordée sous la forme d'un droit d'auteur.

Les artistes-interprètes

La *Loi sur le droit d'auteur*, à son article 2, définit d'une façon sibylline l'artiste interprète comme étant “ tout artiste-interprète ou exécutant ”. Il faut plutôt consulter la définition de “ prestation ” pour déterminer à quelles occasions un artistes-interprète verra son travail protégé. Une prestation est donc, “ selon le cas, que l'œuvre soit encore protégée ou non et qu'elle soit déjà fixée sous une forme matérielle quelconque ou non, a) l'exécution ou la représentation d'une œuvre artistique, dramatique ou musicale par un artiste-interprète; ou b) la récitation ou la lecture d'une œuvre littéraire par celui-ci; ou c) une improvisation dramatique, musicale ou littéraire par celui-ci, inspirée ou non d'une œuvre préexistante ”.

Cette définition rejoint les exigences de la Convention de Rome, qui définit l'artiste-interprète comme étant celui qui exécute une œuvre littéraire ou artistique. La définition canadienne ajoute d'ailleurs que l'œuvre exécutée sera une prestation de l'artiste-interprète même si cette œuvre n'est plus protégée par droit d'auteur.

En ce qui concerne les droits accordés aux artistes-interprètes, il faut se référer à l'article 15 de la *Loi sur le droit d'auteur*. Cet article accorde aux artistes-interprètes le droit d'autoriser ou d'interdire les actes suivants : a) la communication au public par télécommunication d'une prestation non fixée; b) l'exécution en public d'une prestation non fixée; c) la fixation d'une prestation non fixée. L'artiste-interprète pourra également autoriser ou interdire la reproduction des fixations faites sans son autorisation, ou la reproduction d'une fixation autorisée si cette reproduction est faite à des fins autres que celles visées par cette autorisation. Finalement, l'artiste-interprète pourra autoriser ou interdire la location de l'enregistrement sonore ayant fixé sa prestation.

On constate donc que la protection accordée aux artistes-interprètes canadiens correspond aux exigences des accords internationaux et régionaux auxquels le Canada est partie. Le Canada va même plus loin que ne l'exige la Convention de Rome en accordant à l'artiste-interprète un droit d'autoriser ou d'interdire la location de l'enregistrement sonore fixant sa prestation. On peut également souligner que la durée de la protection des droits d'auteur des artistes-interprètes est de cinquante ans [30] alors que la Convention de Rome ne prévoit une durée de protection que de vingt ans. C'est plutôt l'Accord de l'OMC qui exigeait que le Canada accorde aux artistes-interprètes une protection de cinquante ans.

Il faut souligner que les artistes-interprètes oeuvrant dans le secteur cinématographique et audiovisuel bénéficient d'une protection restreinte. Le paragraphe 17(1) de la *Loi sur le droit d'auteur* prévoit en effet que :

Dès lors qu'il autorise l'incorporation de sa prestation dans une œuvre cinématographique, l'artiste-interprète ne peut plus exercer, à l'égard de la prestation ainsi incorporée, le droit d'auteur visé au paragraphe 15(1).

Cette disposition n'est contraire à aucune obligation internationale du Canada : elle reprend plutôt les termes de l'article 19 de la Convention de Rome.

Finalement, le paragraphe 19(1) de la *Loi sur le droit d'auteur* accorde à l'artiste-interprète un droit à rémunération équitable pour l'utilisation secondaire (exécution publique ou communication au public par télécommunication) de l'enregistrement sonore publié de sa prestation. Bien que la Convention de Rome prévoie un tel droit pour l'artiste-interprète, il aurait été possible pour le Canada de devenir membre de cette Convention sans pour autant accorder ce droit aux artistes-interprètes, en vertu du mécanisme de réserve de la Convention de Rome.

On constate donc que le Canada respecte, au bénéfice des artistes-interprètes canadiens, les exigences des accords internationaux auxquels il est partie, et même qu'il va au-delà du minimum conventionnel. Nous verrons maintenant que c'est également le cas pour les producteurs d'enregistrements sonores.

Les producteurs d'enregistrements sonores

Un enregistrement sonore est défini à l'article 2 de la *Loi sur le droit d'auteur* comme étant un " enregistrement constitué de sons provenant ou non de l'exécution d'une œuvre et fixés sur un support matériel quelconque; est exclue de la présente définition la bande sonore d'une œuvre cinématographique lorsqu'elle accompagne celle-ci ". Le producteur d'un enregistrement sonore, toujours selon l'article 2 de la loi, est celui qui effectue les opérations nécessaires à la première

fixation des sons. On remarque donc qu'un enregistrement sonore sera protégé même s'il ne constitue pas l'enregistrement d'une œuvre par ailleurs protégée. La loi canadienne respecte donc les exigences des accords internationaux à cet égard. Les enregistrements de sons et d'images, lorsque la bande sonore n'est pas utilisée séparément de la bande vidéo, ne sont pas considérés comme étant des " enregistrements sonores ".

En ce qui a trait aux droits accordés aux producteurs d'enregistrements sonores canadiens, ces derniers pourront, en vertu de l'article 18 de la *Loi sur le droit d'auteur*, autoriser ou interdire la première publication au Canada, la reproduction et la location de leurs enregistrements sonores. En vertu du paragraphe 19(1) de la *Loi sur le droit d'auteur*, les producteurs d'enregistrements sonores bénéficient du droit à rémunération équitable pour l'utilisation secondaire de leurs phonogrammes, aux même titre que les artistes-interprètes. Ces dispositions sont donc conformes à la Convention de Rome, à la Convention Phonogrammes, à l'Accord de l'OMC et à l'ALÉNA. La durée de la protection (cinquante ans) [31] correspond au minimum prévu à l'Accord de l'OMC. Le Canada respecte donc, à l'égard des producteurs canadiens d'enregistrements sonores, les obligations que lui imposent les accords internationaux.

Les radiodiffuseurs

Les radiodiffuseurs se sont vus accorder de nouveaux droits lors de l'adoption du Projet de loi C-32. Ces nouveaux droits portent sur les signaux de communication, un nouvel objet du droit d'auteur. Ces signaux de communication sont définis, à l'article 2 de la *Loi sur le droit d'auteur*, comme étant des " ondes radioélectriques diffusées dans l'espace sans guide artificiel, aux fins de réception par le public ". Tant les organismes de radiodiffusion au sens propre du terme que les organismes de télédiffusion sont donc protégés, mais seulement ceux qui diffusent par voie hertzienne. Encore une fois, le Canada respecte les exigences des accords internationaux à cet égard.

Les radiodiffuseurs ont maintenant les droits d'auteur suivants relativement à leurs signaux de communication : le droit d'autoriser ou d'interdire a) la fixation de ce signal; b) la reproduction de toute fixation faite sans l'autorisation du radiodiffuseur; et c) d'exécuter en public un signal de communication télévisuel en un lieu accessible au public moyennant un prix d'entrée. Le radiodiffuseur a également le droit d'autoriser un autre radiodiffuseur à retransmettre simultanément son émission. [32] S'il semble que les activités des retransmetteurs par câble sont régies par les dispositions de l'article 31 de la *Loi sur le droit d'auteur* et celles des retransmetteurs hertziens par l'alinéa 21(1) c) de la *Loi sur le droit d'auteur*, il sera intéressant de noter comment les tribunaux qualifieront les activités des retransmetteurs par satellite.

Encore une fois, le Canada respecte les obligations auxquels il est lié en vertu d'accords internationaux, que ce soit la Convention de Rome ou l'Accord de l'OMC. Le gouvernement canadien avait déjà modifié la *Loi sur le droit d'auteur* afin de se conformer aux obligations de l'ALÉ [33] et de l'ALÉNA [34].

S'il paraît donc assez clair que le Canada respecte ses obligations internationales relatives aux titulaires de droits voisins canadiens, la situation est moins claire en ce qui concerne les titulaires de droits voisins étrangers.

B) LA PROTECTION DES ÉTRANGERS

La protection prévue à la loi

Le Projet de loi C-32 offrait au gouvernement canadien un défi nouveau en ce qui concerne la protection des étrangers. Comme nous l'avons vu, les accords internationaux et régionaux sont principalement fondés sur le principe du traitement national des étrangers. Or, les Américains ne

reconnaissent pas les droits voisins sur leur territoire : l'octroi de droits voisins aux Américains pourrait très bien résulter en un important flux de redevances vers les États-Unis, sans compensation similaire pour les Canadiens.

Tout d'abord, en ce qui concerne les droits exclusifs d'autoriser ou d'interdire accordés aux producteurs de phonogrammes et aux organismes de radiodiffusion, le gouvernement canadien fixe les critères de rattachement aux paragraphes 18(2) et 21(2) de la *Loi sur le droit d'auteur*. Le producteur de phonogrammes pourra bénéficier de ces droits s'il est citoyen ou résident permanent du Canada, d'un pays signataire de la Convention de Berne ou de Rome, ou de l'Accord de l'OMC, ou encore si le phonogramme a été publié pour la première fois dans un de ces pays. Les organismes de radiodiffusion bénéficieront de leurs droits d'autoriser ou d'interdire si le siège social du radiodiffuseur se trouve au Canada, dans un pays membre de la Convention de Rome ou de l'Accord de l'OMC et si l'émission se fait à partir de ce pays.

Il est clair que ces critères de rattachement sont conformes aux obligations internationales du Canada. La Convention de Rome est respectée, dans la mesure où le Canada fera des réserves concernant d'abord l'exclusion du critère de la première fixation comme facteur de rattachement pour les producteurs de phonogrammes (article 5 de la Convention de Rome), et ensuite concernant le cumul des critères de rattachement prévus à l'article 6 de la même Convention. Dans la mesure où les ressortissants des pays membres de l'OMC sont aussi bénéficiaires de ce droit exclusif d'autoriser ou d'interdire, ce qui regroupe la majorité des pays du globe, la protection accordée concerne alors presque tous les étrangers. Le choix du critère de la première publication comme facteur de rattachement perd alors de son importance. D'autre part, puisque les États-Unis et le Mexique sont membres de l'Accord de l'OMC, et que leurs ressortissants bénéficieront de la même protection que les Canadiens, l'ALÉNA est également respecté.

Le régime applicable aux artistes-interprètes est différent. D'une part, l'article 15 de la *Loi sur le droit d'auteur* prévoit une protection " large " des artistes-interprètes et leur accorde un droit d'autoriser ou d'interdire l'utilisation de leur prestation exécutées au Canada ou dans un pays membre de la Convention de Rome, à celles enregistrées sur un phonogramme d'un producteur canadien ou ressortissant d'un État membre de la Convention de Rome, ou publié dans un tel État, et aux prestations transmises en direct par un organisme de radiodiffusion ayant son siège social au Canada ou dans un État membre de la Convention de Rome et diffusant de cet État. Un droit d'auteur plus restreint est prévu à l'article 26 de la *Loi sur le droit d'auteur* pour les artistes ayant réalisé leur prestation dans un pays signataire de l'Accord de l'OMC. Ce droit restreint ne protège que le minimum prévu à l'Accord de l'OMC.

Cette façon de procéder est conforme à l'Accord de l'OMC. Il est vrai que cet accord est fondé sur le principe du traitement national; par contre, comme nous l'avons vu, ce traitement national est réduit, et ne vise que les droits expressément prévus à l'Accord de l'OMC. De la même façon, le principe de la nation la plus favorisée ne s'applique pas pour ce qui est des droits voisins non prévus à l'Accord de l'OMC. En conséquence, la façon de procéder du Canada respecte les exigences minimales de cet Accord.

La conformité de ce système avec l'ALÉNA nous semble par contre douteuse. Cet accord commercial prévoit que les ressortissants d'une partie doivent être traités comme les ressortissants nationaux des autres parties, en ce qui concerne la protection de tous les droits de propriété intellectuelle. Une exception est prévue pour les artistes-interprètes, relative uniquement à la rémunération équitable pour l'utilisation secondaire des phonogrammes. Pourtant, en vertu de la *Loi sur le droit d'auteur*, les artistes-interprètes américains bénéficieront d'une protection réduite par rapport aux Canadiens en ce qui a trait à leurs droits exclusifs. Nous ne voyons pas comment cette situation pourrait être conforme à l'ALÉNA, à moins que le Canada ne se retranche derrière l'exception culturelle.

D'autre part, comme nous l'avons souligné, un droit à une rémunération équitable est prévu à l'article 19 de la *Loi sur le droit d'auteur* pour l'utilisation secondaire des enregistrements sonores. Cette rémunération s'appliquera aux citoyens et résidents permanents du Canada ou d'un pays signataire de la Convention de Rome, de même qu'aux fixations réalisées pour la première fois dans ces pays. Le paragraphe 20(2) prévoit par contre que, si un pays membre de la Convention de Rome ne prévoit pas un tel droit à rémunération, le Canada pourra ne pas appliquer ce droit à l'égard de ses ressortissants suite à une déclaration publiée à la *Gazette officielle du Canada*.

Ces dispositions sont tout à fait conformes à la Convention de Rome. Le Canada devra déposer une réserve, prévue à l'article 16 de la Convention de Rome, à l'effet que, pour le droit à rémunération équitable, il n'utilisera pas le critère de la première publication, et qu'il appliquera la réciprocité plutôt que le traitement national. L'exclusion du critère de la première publication est fort judicieuse et elle permet d'éviter que les producteurs de phonogrammes américains ne bénéficient de ce droit en publiant leurs phonogrammes simultanément aux États-Unis et dans un pays membre de la Convention de Rome, comme en Grande-Bretagne par exemple.

Par contre, la conformité de cette disposition aux obligations de l'ALÉNA nous semble douteuse. Nous rappelons que l'ALÉNA exige le traitement national pour tous les droits de propriété intellectuelle accordés par une partie, sauf pour les artistes-interprètes en ce qui concerne de droit à une rémunération équitable pour l'utilisation secondaire des phonogrammes. Le paragraphe 20 (3) de la *Loi sur le droit d'auteur* prévoit que, sur demande d'une partie à l'ALÉNA, le ministre peut étendre le droit à rémunération équitable aux artistes-interprètes et producteurs de phonogrammes ressortissants de ce pays, en ce qui concerne les enregistrements sonores d'oeuvres dramatiques ou littéraires. Nous imaginons mal comment le ministre pourrait refuser d'étendre ce droit aux producteurs américains puisqu'il s'agit là d'une des obligations de l'ALÉNA. Les producteurs et artistes-interprètes mexicains en bénéficient déjà par la Convention de Rome.

Nous notons également que cette disposition ne concerne que les enregistrements d'oeuvres dramatiques et littéraires, et non d'oeuvres musicales, qui risquent de constituer la partie la plus importante de la rémunération équitable dont bénéficieront les producteurs de phonogrammes. Il faut en conclure que le ministre n'aura pas le pouvoir d'étendre la rémunération aux producteurs américains en ce qui concerne leurs oeuvres musicales. Cette situation nous semble tout à fait contraire à l'ALÉNA. La doctrine avait déjà prévu le coup, et avertissait, dès 1994, le gouvernement canadien.

“ S'il veut reconnaître l'intégralité des droits voisins sur son territoire et, en même temps, ne pas avoir à rembourser aux producteurs américains des droits qui ne leur sont même pas reconnus aux États-Unis, le Canada n'aurait guère d'autres choix que de recourir à la clause d'exemption culturelle de l'annexe 2106. Mais encore une fois, il lui faudrait s'attendre à une vive réaction de la part des États-Unis ” [35].

Il nous semble que, afin de se conformer à l'ALÉNA, le Canada devra invoquer l'exception culturelle en cas de conflit avec les États-Unis pour maintenir en place les dispositions de la *Loi sur le droit d'auteur* relatives aux droits d'auteur des artistes-interprètes et au droit à rémunération équitable des producteurs d'enregistrements sonores. Le gouvernement canadien devra également assumer les risques de représailles inhérents à l'exception culturelle. [36]. Nous ne voyons pas comment les dispositions relatives à la réciprocité, prévues à l'article 22 de la *Loi sur le droit d'auteur* pourrait permettre au Canada de se conformer à l'ALÉNA.

La protection de facto

Il faut également noter que deux dispositions de la *Loi sur le droit d'auteur* relatives à l'établissement des tarifs par la Commission du droit d'auteur risquent de provoquer un déséquilibre dans le montant des redevances que les étrangers recevront pour l'utilisation secondaire des phonogrammes au Canada par rapport aux redevances que les Canadiens reçoivent à l'étranger pour cette même utilisation des enregistrements sonores.

Tout d'abord, l'article 68.1 prévoit des mesures transitoires permettant aux radiodiffuseurs d'obtenir un répit financier suite à l'établissement de nouvelles redevances de droits voisins. Ainsi, les radiodiffuseurs dont les recettes publicitaires annuelles ne dépassent pas 1,25 million de dollars paieront un montant forfaitaire de 100\$ annuellement à titre de redevances de droits voisins [37]. Selon les diverses sources consultées, entre les deux tiers et les trois quarts des stations de radio au Canada paieront ce montant forfaitaire à titre de redevances de droits voisins.

D'autre part, le sous-alinéa 68.1(1)a)ii) prévoit que le tarif homologué par la Commission du droit d'auteur s'appliquera graduellement aux diffuseurs, pour la partie de leurs revenus publicitaires qui dépasse 1,25 million de dollars. Ces derniers paieront 33 1/3% du tarif homologué la première année, et 66 2/3% la deuxième année. Le tarif ne commencera à s'appliquer pleinement qu'à la troisième année. Il y a donc fort à parier que les montants qui seront divisés entre les artistes-interprètes et les producteurs d'enregistrements sonores canadiens et étrangers au cours des prochaines années seront de peu d'importance.

Il faut également souligner que le paragraphe 68(2) de la *Loi sur le droit d'auteur* risque d'avoir une influence sur les montants que recevront les étrangers pour l'exploitation des enregistrements sonores au Canada. Le sous-alinéa 68(2)a)i) impose à la Commission du droit d'auteur, lorsque viendra le moment de fixer les tarifs de droits voisins, l'obligation de veiller à ce que les radiodiffuseurs ne paient que pour les enregistrements sonores et les prestations donnant droit à rémunération en vertu de la loi. Autrement dit, puisque les enregistrements sonores américains ne sont pas protégés en vertu de la loi canadienne, les diffuseurs auront tout intérêt à favoriser la diffusion d'enregistrements sonores américains au détriment de disques canadiens [38] ou en provenance de pays membres de la Convention de Rome, tels la France ou la Grande-Bretagne. [39]

Le résultat de ces dispositions est que les titulaires de droits voisins étrangers risquent d'obtenir des montants minimes pour l'utilisation de leurs enregistrements sonores au Canada, alors que certains artistes-interprètes et producteurs canadiens pourraient recevoir des montants intéressants de l'étranger, particulièrement des pays où les systèmes de perception fonctionnent depuis plusieurs années (notamment la France et la Grande-Bretagne).

C) LA COPIE PRIVÉE

La *Loi sur le droit d'auteur* prévoit maintenant, à sa partie VIII, des règles relatives à la copie pour usage privé d'enregistrements sonores. L'article 80 de la loi prévoit que la reproduction, en tout ou en partie, d'un enregistrement sonore sur un support audio ne constitue pas une violation des droits d'auteur de l'auteur de l'œuvre copiée, ainsi que de l'artiste-interprète qui exécute cette œuvre et du producteur de l'enregistrement sonore. Cette copie doit être pour usage privé du copiste, dans un but autre que la vente, la location, l'exposition ou la distribution commerciale, la communication au public par télécommunication, l'exécution ou la représentation en public

Afin de compenser les auteurs, artistes-interprètes et producteurs d'enregistrements sonores pour cette exception à leurs droits d'autoriser ou d'interdire la reproduction de leurs œuvres, prestations ou enregistrements sonores, la *Loi sur le droit d'auteur* prévoit un droit à rémunération. [40] Cette rémunération sera payable par les fabricants ou les importateurs de supports audio vierges au Canada (article 82 de la loi). Ces fabricants et importateurs devront payer une "taxe", qui sera incluse dans le prix de vente du support audio vierge, et dont le montant sera déterminé par la

Commission du droit d'auteur. Le produit de cette "taxe" sera redistribué aux auteurs, artistes-interprètes et producteurs d'enregistrements sonores, à titre de redevance.

Ce ne sont par contre pas tous les artistes-interprètes et producteurs d'enregistrements sonores qui pourront bénéficier de cette rémunération. Les définitions de l'article 79 de la *Loi sur le droit d'auteur* précisent qui sont les artistes-interprètes et producteurs d'enregistrements sonores admissibles. L'artiste-interprète sera rémunéré uniquement pour ses prestations d'œuvres musicales fixées par un enregistrement sonore s'il était citoyen canadien au moment de la fixation de sa prestation et si sa prestation est toujours protégée par le droit d'auteur canadien. Le producteur d'enregistrements sonores d'œuvres musicales, de son côté, aura droit à rémunération s'il est citoyen canadien (ou a son siège social au Canada) et si l'enregistrement sonore est protégé par le droit d'auteur au Canada. L'article 85 de la loi permet au ministre d'étendre cette protection aux ressortissants des pays qui offrent aux artistes-interprètes et aux producteurs d'enregistrements sonores canadiens une protection semblable. Les étrangers ne bénéficieront donc généralement pas du régime de rémunération pour copie privée de la partie VIII de la *Loi sur le droit d'auteur*.

La conformité de ce régime à la Convention de Rome nous semble douteuse. Selon la Convention de Rome, le traitement national doit être accordé aux titulaires de droits voisins ressortissants des autres États membres de la Convention. Bien que le droit à rémunération pour copie privée ne soit pas un droit conventionnel, il est possible de soutenir qu'il fait partie des "droits voisins" du Canada, et doit en conséquence être appliqué aux ressortissants des pays membres de la Convention de Rome. L'exception pour copie privée, prévue à l'article 80 de la *Loi sur le droit d'auteur*, est une exception autorisée par la Convention de Rome aux droits des artistes-interprètes et des producteurs d'enregistrements sonores. Puisque le régime de rémunération pour copie privée vient compenser cette exception au droit voisin, il est possible d'argumenter que le législateur canadien doit en faire bénéficier tous les nationaux des autres pays de la Convention de Rome.

" Certes, le statut conventionnel de ces droits [droits à rémunération pour copie privée] est légèrement différent de celui de la rémunération équitable, qui figure parmi les droits conventionnels de la Convention de Rome dont le délaissement est subordonné à la formulation de réserves expresses. Mais qu'il s'agisse d'une exception ou d'une possibilité de réserve, peu importe: des droits accordés par une législation nationale en dehors de toute obligation conventionnelle n'en constituent pas moins un attribut du traitement national dès lors que la nature de droit d'auteur ou de droit voisin est établie " [41].

Il est par contre également possible de soutenir que la Convention de Rome a prévu qu'un État signataire pouvait appliquer le principe de la réciprocité, au lieu du principe du traitement national, pour la rémunération équitable pour l'utilisation secondaire des phonogrammes qui est versée aux artistes-interprètes et aux producteurs de phonogrammes (c'est d'ailleurs la formule retenue par le Canada). Dans ces circonstances, et *a fortiori* puisque le droit à rémunération pour copie privée n'est pas un droit conventionnel, on pourrait également soutenir que le principe de la réciprocité dans le traitement des étrangers pour la rémunération faisant suite à la copie privée d'enregistrements sonores, est également acceptable.

Il convient également de souligner que la conformité de ce système aux obligations de l'ALÉNA est douteuse. Nous savons déjà que les producteurs d'enregistrements sonores et les artistes-interprètes américains doivent bénéficier au Canada du traitement national, sauf en ce qui concerne la rémunération équitable pour l'utilisation secondaire des phonogrammes, et ce, uniquement au détriment des artistes-interprètes. Toutes les remarques que nous avons faites relativement au traitement des producteurs d'enregistrements sonores américains au regard de la rémunération pour l'utilisation secondaire de leurs phonogrammes s'appliquent également ici. Le

Canada devrait encore une fois invoquer l'exception culturelle pour se conformer aux obligations de l'ALÉNA.

CONCLUSION

Les obligations internationales du Canada relatives aux droits voisins se trouvent maintenant dans plusieurs accords internationaux, tant relatifs à la protection de la propriété littéraire et artistique qu'au commerce international.

Les modifications apportées par le gouvernement canadien à la *Loi sur le droit d'auteur* en 1997 ont permis aux artistes-interprètes, aux producteurs d'enregistrements sonores et aux radiodiffuseurs canadiens de bénéficier de la protection à laquelle ils avaient droit en vertu des différents accords internationaux signés par le Canada. Il n'est par contre pas évident que les artistes-interprètes et les producteurs d'enregistrements sonores américains bénéficient, eux, de la protection à laquelle ils auraient pu s'attendre en vertu de l'ALÉNA. Il nous semble qu'afin de respecter cet accord, le Canada devra invoquer l'exception culturelle, également prévue à cet accord. Il ressort, tant de la façon dont la loi prévoit la protection des titulaires de droits voisins étrangers que de la façon dont les redevances seront distribuées *de facto*, que le Canada a choisi de prendre tous les moyens nécessaires pour respecter ses obligations internationales en matière de droit voisins, sans provoquer une fuite vers l'étranger des redevances dues à ces titulaires de droits.

La conclusion d'un nouvel accord international en matière de droits voisins, le *Traité de l'OMPI sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes*, conclu à Genève le 20 décembre 1996, risque également d'entraîner de nouvelles modifications à la *Loi sur le droit d'auteur*. Le Canada ayant signé ce traité le 22 décembre 1997, il devra, dans un avenir plus ou moins rapproché, modifier sa loi nationale en conséquence. Ce nouveau traité prévoit, notamment, l'octroi de droits moraux aux artistes-interprètes et d'un droit de mise à la disposition du public de l'original et des copies des prestations des artistes-interprètes et des phonogrammes. Il sera donc intéressant de constater comment le Canada se conformera aux obligations résultant de ce nouveau traité, tout en respectant les politiques qu'il semble vouloir se donner relativement au traitement des titulaires étrangers de droits voisins.

[] © Benoît Clermont, 1998. * LL.B., D.É.A. (Droit de la communication – Paris II), avocat au cabinet Ogilvy Renault à Montréal. Le présent texte est inspiré du mémoire de D.É.A. de l'auteur, soutenu publiquement le 27 juin 1996 à l'Université Paris II. L'auteur remercie Me Claude Brunet, associé au cabinet Ogilvy Renault pour les conseils promulgués durant toute la durée de la rédaction de cet article. L'auteur demeure cependant seul responsable de toute lacune ou inexactitude du texte

[1] SMITH, Adam, *La Richesse des Nations*, cité dans Edward THOMPSON, "La Convention de Rome a vingt ans : quelques réflexions personnelles", [1981] *D.A.* 211, 215.

[2] L.R.C., c. C-42, telle que modifiée. Sera appelée simplement *Loi sur le droit d'auteur* dans le texte.

[3] *Convention internationale sur la protection des artistes-interprètes ou exécutants, des producteurs de phonogrammes et des organismes de radiodiffusion*, adoptée lors de la Conférence diplomatique sur la protection des artistes-interprètes ou exécutants, des producteurs de phonogrammes et des organismes de radiodiffusion, qui s'est tenue à Rome du 10 au 26 octobre 1961. Sera simplement appelée "Convention de Rome" dans le texte.

[4] *Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce* (Annexe 1C aux accords de Marrakech instituant l'Organisation Mondiale du Commerce) conclu à Marrakech le 15 avril 1994. Sera simplement appelé " Accord de l'OMC " dans le texte.

[5] *Accord de libre-échange nord-américain* , conclu le 17 décembre 1992 à Ottawa, Washington et Mexico. L'accord est entré en vigueur le 1^{er} janvier 1994. Sera simplement appelé " ALÉNA " dans le texte.

[6] *Accord de libre-échange entre le Canada et les États-Unis* , conclu à Washington le 10 décembre 1987 et entré en vigueur le 1^{er} janvier 1990. Sera simplement appelé " ALÉ " dans le texte.

[7] *Convention pour la protection des producteurs de phonogrammes contre la reproduction non autorisée de leurs phonogrammes* , adoptée à la Conférence internationale d'États sur la protection des phonogrammes, qui s'est tenue à Genève du 18 au 29 octobre 1971. Sera simplement appelée " Convention Phonogrammes " dans le texte.

[8] *Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques* du 9 septembre 1886, complétée à Paris le 4 mai 1896, révisée à Berlin le 13 novembre 1908, complétée à Berne le 20 mars 1914, révisée à Rome le 2 juin 1928, à Bruxelles le 28 juin 1948, à Stockholm le 14 juillet 1967 et à Paris le 24 juillet 1971. Sera simplement appelée " Convention de Berne " dans le texte.

[9] *Convention de Berne* , précitée, note 8, article 2, paragraphe 1.

[10] NORDEMANN, Wilhelm, VINCK, Kay, WERTIN, Paul Wolfgang, *Droit d'auteur international et droits voisins*, Bruylant, Bruxelles, 1983, p. 332-333.

[11] KEREVER, André, " Le niveau de protection des droits d'auteur et voisins dans l'accord de Marrakech ", (1994) 28 *Bulletin du droit d'auteur* 3, 8.

[12] STEWART, Stephen M., *International Copyright and Neighboring Rights* , 2^e éd. Butterworths, Londres, 1989, p. 228

[13] DESBOIS, Henri, FRANÇON, André, KEREVER, André, *Les Conventions internationales du droit d'auteur et des droits voisins* , Dalloz, Paris, 1976, p. 358.

[14] *Id.*, 349.

[15] FRANÇON, André, " La protection internationale des droits voisins ", (1974) 79 *R.I.D.A.* 407, 457.

[16] BERNIER, Ivan et MALÉPART, Anne, *Les dispositions de l'Accord de libre-échange nord-américain relatives à la propriété intellectuelle et la clause d'exemption culturelle* , (1994) 6 *C.P.I.* 139, 161.

[17] *Loi de mise en œuvre de l'Accord de libre-échange Canada-Etats-Unis* , L.C. 1988, c. 65.

[18] Les articles suivants dressent un excellent portrait de la situation: BRUNET, Claude, " Le projet de loi C-130: vers un nouveau droit de retransmission ", (1988) 1 *C.P.I.* 241 et GENDREAU, Ysolde, " A Canadian Retransmission Right: A Reality at Last ", (1989) 4 *I.P.J.* 397.

[19] NABHAN, Victor, “ L’Accord de libre-échange nord-américain et sa mise en oeuvre en matière de droit d’auteur ”, (1994) 6 *C.P.I.* 9, 15.

[20] BERNIER, I. et MALÉPART, A., *loc. cit.* , note 16, p.149.

[21] DESJEUX, Xavier, *La convention de Rome* , Thèse de doctorat, Université de Paris, Faculté de droit et de sciences économiques, LGDJ, 1964, p. 85.

[22] DESBOIS, H., FRANÇON, A., KEREVER, A., *op. cit.*, note 13, p. 349.

[23] GAUBIAC, Yves, “ De l’amélioration du dispositif normatif de la convention de Berne ”, (1995) 5 *Les petites affiches* 10, 14.

[24] *Loi modifiant la Loi sur le droit d’auteur* , Projet de loi C-32 (1^{ère} lecture), 2^e session, 35^e législature (Can.). Sera simplement appelé “ Projet de loi C-32 ” dans le texte.

[25] L.C. 1997, c. 24.

[26] MINISTÈRE DU PATRIMOINE CANADIEN, *Points saillants de la Loi sur le droit d’auteur, fiche documentaire*, Communiqué de presse officiel, Ottawa, 25 avril 1996, p.1.

[27] *Copyright Act* , 1956, 4 & 5 Eliz. 2, ch. 74.

[28] Au sujet des difficultés constitutionnelles relatives à la reconnaissance des droits voisins au Canada, on consultera avec intérêt l’article suivant : LÉGER, Jacques A., “ Protection des artistes – Droit d’auteur – Droit voisin- Une approche constitutionnelle ”, (1992) 5 *C.P.I.* 7.

[29] GENDREAU, Ysolde, “ Nouveau visage pour la Loi canadienne sur le droit d’auteur ”, (1997) 76 *R. du B. can* 384, 388.

[30] Alinéa 23(1)a) de la *Loi sur le droit d’auteur* .

[31] Alinéa 23(1)b) de la *Loi sur le droit d’auteur* .

[32] Paragraphe 21(1) de la *Loi sur le droit d’auteur* .

[33] *Loi de mise en œuvre de l’Accord de libre-échange Canada-Etats-Unis* , précitée, note 17.

[34] *Loi de mise en œuvre de l’Accord de libre-échange nord-américain* , L.C. 1993, c. 44.

[35] BERNIER, I. et MALÉPART, A., *loc. cit.* , note 58, p. 170.

[36] On notera que des groupes de pression américains commencent d’ailleurs à souligner que le gouvernement canadien n’a pas respecté l’ALÉNA en adoptant le Projet de loi C-32 : voir MORTON, Peter, “ Canada’s copyright law violates NAFTA, U.S. group says ”, *Financial Post*, 12 mars 1998.

[37] Sous-alinéa 68.1(1)a)i) de la *Loi sur le droit d’auteur* .

[38] L’importance de la diffusion d’enregistrements sonores canadiens est néanmoins toujours protégée par le Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes, qui maintient des quotas de diffusions d’œuvres canadiennes et francophones (voir Décision CRTC 1998-41 – Politique de 1998 concernant la radio commerciale).

[39] On notera à cet égard que la France a adopté une position différente. Les diffuseurs paient pour l'utilisation de tous les phonogrammes, protégés ou non. Les sommes relatives aux enregistrements sonores non protégés (principalement américains) ne sont pas distribuées et servent à financer des activités de développement de l'industrie musicale française.

[40] Paragraphe 81(1) de la *Loi sur le droit d'auteur* .

[41] KEREVER, André, “ La loi du 3 juillet 1985 et la protection des étrangers ”, (1987) 133 *R.I.D.A.* 3, 33.