

Réforme législative, droits acquis et éviction en droit d'auteur canadien

Jean-Arpad Français*

| | |
|---|-----|
| 1. INTRODUCTION | 885 |
| 2. DROITS ACQUIS ET DROIT D'ÉVICTION HISTORIQUES | 887 |
| 3. INCERTITUDES ENTOURANT LE RÉGIME D'ÉVICTION | 904 |
| 3.1 Incertitudes structurelles | 904 |
| 3.1.1 Incertitudes quant à la titularité des droits acquis | 905 |
| 3.1.2 Incertitudes quant à l'étendue des droits acquis. | 906 |
| 3.2 Incertitudes conjoncturelles | 908 |

© Jean-Arpad Français, 2007.

* LL.B (U. de Montréal) ; LL.M (McGill) ; D.E.A. *Droit économique* (Nice Sophia-Antipolis). L'auteur est avocat chez Gowling Lafleur Henderson, s.e.n.c.r.l./s.r.l. (Montréal). Les propos qui suivent n'engagent que leur auteur. Le présent texte comprend un extrait adapté d'une étude réalisée pour le ministère du Patrimoine canadien intitulée « Éléments de protection canadienne de l'activité créatrice des artistes-interprètes du domaine sonore » (http://www.pch.gc.ca/progs/ac-ca/progs/pda-cpb/pubs/audio_performers/index_f.cfm).

| | | |
|-------|---|-----|
| 3.2.1 | Incertitudes quant à l'étendue des droits actuels | 908 |
| 3.2.2 | Incertitudes quant à la renonciation contractuelle au droit d'évincer | 910 |
| 3.3 | Guides d'interprétation | 914 |
| 3.3.1 | L'effet rétroactif se distingue de l'effet rétrospectif ou de l'effet immédiat de la loi | 914 |
| 3.3.2 | Le régime d'éviction est l'expression d'une certaine volonté du législateur mais reste une volonté certaine | 917 |
| 4. | SOLUTIONS TRANSITOIRES COMPARÉES | 918 |
| 4.1 | La solution australienne | 918 |
| 4.2 | La solution états-unienne | 920 |
| 5. | CONCLUSION | 921 |

1. INTRODUCTION

Le Canada a signé en 1997 les traités de l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (« OMPI ») sur le droit d'auteur (« WCT ») et sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes (« WPPT »)¹. Dans le but de ratifier ces traités, le gouvernement du Canada avait présenté, en première lecture à la Chambre des communes, le projet de loi C-60 (« C-60 »)². Ce projet de loi est passé à la postérité comme un projet mort-né suite à la dissolution de la Chambre des communes le 29 novembre 2005.

La modification de la *Loi sur le droit d'auteur* (« LDA ») visant à la rendre conforme aux traités OMPI devait en principe générer l'apparition de nouveaux droits dans le but de permettre un meilleur encadrement juridique de nouvelles utilisations des œuvres et objets du droit d'auteur, notamment dans les environnements numériques, et d'offrir, à certaines catégories de titulaires de droits, une protection juridique améliorée.

Dans le contexte d'une modification de la loi, il est un paradoxe que l'on retrouve avec constance au fil de l'histoire législative et auquel est confronté le législateur. Ce paradoxe est nourri par la difficulté à concilier deux objectifs opposés : d'une part, remettre en cause le *statu quo ante* et, d'autre part, préserver la sécurité juridique au titre, notamment, de la stabilité des relations contractuelles³.

-
1. Traité OMPI sur le droit d'auteur, conclu à Genève le 20 décembre 1996, entré en vigueur le 6 mars 2002 à la suite de sa ratification par 30 pays ; 56 États membres au 15 octobre 2005 ; Traité OMPI sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes, conclu à Genève le 20 décembre 1996, entré en vigueur le 20 mai 2002 à la suite de sa ratification par 30 pays ; 55 États membres au 15 octobre 2005, <www.ompi.int/copyright/fr/treaties.htm>.
 2. Projet de loi C-60, *Loi modifiant la Loi sur le droit d'auteur*, première lecture le 20 juin 2005 en Chambre des communes, Première session, trente huitième législature 53-54 Elizabeth II, 2004-2005. <www.parl.gc.ca/38/1/parlbus/chambus/house/bills/government/C-60/C-60_1/C-60_cover-F.html>.
 3. Voir R. SULLIVAN, *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes*, 4^e éd. (Markham, Butterworths, 2002), aux p. 544-545 :
The most compelling concern underlying transitional law is the rule of law and the values served by the rule of law – certainty, predictability, stability, rationality

En matière d'œuvres musicales et d'interprétations de ces œuvres – domaine auquel nous nous limitons – une personne ayant commencé leur exploitation d'une manière qui était conforme à l'état du droit à un moment donné peut, suite à un changement législatif, se retrouver en situation d'infraction. Ainsi, le geste qui ne nécessitait pas, à l'origine, l'autorisation de l'auteur ou de l'artiste-interprète ou du producteur ou de l'organisme de radiodiffusion ou de tout autre ayant droit, devient, par l'effet de la nouvelle loi, assujéti à une telle autorisation. On remarque que le législateur canadien a eu tendance à recourir, au cours de l'histoire de la LDA, à un régime particulier permettant d'aménager les effets du changement législatif.

Ce régime s'articule essentiellement autour de deux mesures : la première prévoit un principe de sauvegarde des droits et intérêts légitimes acquis sous le régime de la loi ancienne ; la seconde permet un recouvrement du plein exercice des nouveaux droits à l'encontre du bénéficiaire du régime de sauvegarde (*i.e.* le titulaire de droits acquis), moyennant le paiement d'une juste indemnité fixée, à défaut d'entente entre les parties, par arbitrage.

Ce régime était incarné par le paragraphe 42(3) lors de la réforme de la loi canadienne sur le droit d'auteur en 1924, par l'article 32.4 lors des modifications de la LDA en 1994, par l'article 32.5 lors de la réforme de la LDA en 1997 et par le projet d'article 32.6 prévu dans C-60 en 2005.

L'étude historique de ces dispositions (2) n'est pas dénuée d'intérêt dans l'optique d'une éventuelle réforme, compte tenu notamment du mystère entourant leur possible application. En effet, il ressort de la synopsis historique le fait que ce régime transitoire comporte certaines incertitudes (3). La comparaison avec certaines solutions adoptées dans d'autres pays peut fournir une échelle d'appréciation des qualités et défauts du régime canadien (4).

and formal equality. [...] Historically, common law courts have been preoccupied with ensuring a stable legal framework for the free exchange and enjoyment of private rights, particularly real property rights and rights arising under contracts. These are taken to be the basis of free enterprise and the market economy and legislative interference with such rights has been strongly resisted by the courts. More recently, the preoccupation with private rights has been tempered by acceptance of the legislature's mandate to pursue initiatives in the public interest. In some circumstances it is not only necessary but also fair to curtail private rights in order to achieve a public good.

2. DROITS ACQUIS ET DROIT D'ÉVICTION HISTORIQUES

Avant la date d'entrée en vigueur du *Copyright Act, 1921*⁴, le fait pour une personne de fabriquer des enregistrements sonores, tels des rouleaux perforés ou des phonogrammes, à partir d'une œuvre littéraire, dramatique ou musicale publiée, n'était pas, au Canada, un acte assujéti aux droits d'auteur⁵. La même situation prévalait au Royaume-Uni avant l'entrée en vigueur du *Copyright Act, 1911*⁶. Or, dès ces dates, un droit de reproduire mécaniquement une œuvre musicale, dramatique ou littéraire était introduit⁷. En raison du fait que le *Copyright Act, 1911* ne s'appliquait pas au

4. S.C. 1921, Chap. 24, 11-12 Geo. V, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1924.

5. Harold G. FOX, *Canadian Law of Copyright and Industrial Designs*, 2^e éd., (Toronto, Carswell, 1967) à la p. 186 : « In connection with works published before the coming into force of the Act of 1921 it is to be remembered that prior to the commencement of that Act, the making of records, perforated rolls and other mechanical contrivances was not an infringement of copyright ».

6. F.E. SKONE JAMES, *Copinger on the Law of Copyright*, 7^e éd. (Londres, Sweet & Maxwell, 1936), aux p. 18 et 210, citant *Boosey v. Whight*, [1900] 1 Ch. 122 ; et *Mabe c. Connor*, [1909] 1 K.B. 515.

7. Alinéa 3(1)(d) du *Copyright Act, 1921* :

For the purpose of this Act, « copyright » means the sole right to produce, or reproduce the work or any substantial part thereof in any material form whatsoever, to perform, or in the case of a lecture to deliver, the work or any substantial part thereof in public ; if the work is unpublished, to publish the work or any part thereof ; and includes the sole right, [...]

(d) in the case of a literary, dramatic, or musical work, to make any record, perforated roll, cinematograph film, or other contrivance by means of which the work may be mechanically performed or delivered ;

voir aussi l'article 18 :

It shall not be deemed to be an infringement of copyright in any musical, literary or dramatic work for any person to make within Canada records, perforated rolls or other contrivances [...], if such person proves

3. (1) Pour les fins de la présente loi, le « droit d'auteur » désigne le droit exclusif de produire ou de reproduire une œuvre sous une forme matérielle quelconque, d'exécuter ou de représenter ou, s'il s'agit d'une conférence, de débiter en public, et si l'œuvre n'est pas publiée, de publier l'œuvre ou une partie importante de celle-ci ; ce droit comprend, en outre, le droit exclusif : [...]

d) S'il s'agit d'une œuvre littéraire, dramatique ou musicale, de confectionner toute empreinte, tout rouleau perforé, film cinématographique ou autres organes quelconques, à l'aide desquels l'œuvre pourra être exécutée ou représentée ou débitée mécaniquement.

18. (1) Ne sera pas considéré comme une violation du droit d'auteur sur une œuvre musicale, littéraire ou dramatique, le fait de confectionner, au Canada, des empreintes, rouleaux perforés ou autres organes à l'aide desquels l'œuvre pourra être exécutée ou représentée mécaniquement, lorsque celui qui les confectionne prouve :

Canada⁸, il faut comprendre que ce n'est qu'en 1924, date d'entrée en vigueur du *Copyright Act, 1921*, qu'un tel droit y est introduit⁹.

L'absence de droits sur la confection d'instruments permettant la reproduction et l'exécution mécanique d'œuvres musicales s'expliquerait par l'état de la technique à la fin du 19^e siècle dont les rouleaux perforés et les boîtes à musiques n'étaient pas perçus comme un enjeu important par les titulaires de droits d'auteur sur les œuvres musicales¹⁰. Ainsi, les conférences diplomatiques de 1884 et 1885, préparatoires de la *Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques* (« Convention de Berne »), de même que cette dernière dans sa première version, visaient une disposition expresse déclarant que la fabrication et la vente d'instruments permettant l'exécution mécanique d'œuvres musicales n'étaient pas considérées comme étant des actes de violation du droit d'auteur¹¹. Néanmoins, très rapidement, l'évolution de la technique – l'invention du gramophone – et l'absence de restrictions juridiques ont favo-

(a) that such contrivances have previously been made by, or with the consent or acquiescence of, the owner of the copyright in the work ;
 Voir l'alinéa 1(2)(d) *Copyright Act, 1911*, ayant le même effet que l'alinéa 3(1)(d) *Copyright Act, 1921*.
 a) Que de tels organes ont été fabriqués antérieurement par le titulaire du droit d'auteur sur l'œuvre, ou avec son autorisation ou son consentement.

8. Paragraphe 25(1) du *Copyright Act, 1911* : « This Act, except such of the provisions thereof as are expressly restricted to the United Kingdom, shall extend throughout His Majesty's dominions : Provided that it shall not extend to a self-governing dominion unless declared by the Legislature of that dominion to be in force therein [...] » ; voir FOX, *op. cit.* à la p. 34, citant *Durand & Cie c. La Patrie Publishing Co. Ltd.* [1960] R.C.S. 649, 20 Fox Pat. C.85 at 91 ; voir aussi S. HANDA, *Copyright Law in Canada*, (Markham, Butterworths, 2002), aux p. 53 et s.

9. Jusqu'en 1924, ce sont les dispositions des lois fédérales canadiennes (*Acte concernant la propriété littéraire et artistique*, S.C. 1868, c. 54, tel que modifié par l'*Acte concernant la propriété littéraire et artistique, 1875*, S.C. 1875, c. 88, l'*Acte concernant les droits d'auteur, 1886*, S.R.C. 1886, c. 62 et la *Loi sur les droits d'auteur, 1906*, S.R.C. 1906, c. 70) et les dispositions impériales antérieures à 1911 qui s'appliquaient au Canada ; voir F.E. SKONE JAMES, *op. cit.*, aux p. 307 et s. ; voir S. HANDA, *op. cit.*, aux p. 53-54 ; voir N. TAMARO, *Loi sur le droit d'auteur – Texte annoté*, 6^e éd. (Toronto, Carswell/Thomson, 2003), aux p. 9 et s.

10. Voir F.E. SKONE JAMES, *op. cit.*, aux p. 18 et 210.

11. Voir paragraphe 2 du Protocole de clôture de la Conférence de 1884 et de 1885 et le paragraphe 3 du Protocole de clôture de 1886 entourant la Convention de Berne :

It is understood that the manufacture and sale of instruments for the mechanical reproduction of musical airs in which copyright subsists shall not be considered as constituting an infringement of musical copyright.

Voir S. RICKETSON, *The Berne Convention for the protection of literary and artistic works : 1886-1986* (London, Centre for Commercial Law Studies – Kluwer, 1987), aux p. 69, 77, 94 et 375.

risé l'émergence, dans le sillage de la Convention de Berne, d'une industrie du disque florissante.

En 1908, lors de la conférence de Berlin, les membres de l'Union de Berne s'entendirent sur une solution médiane permettant de concilier les intérêts de cette industrie et ceux, réévalués, des auteurs en leur reconnaissant des droits de reproduction mécanique tout en permettant aux pays membres d'édicter des réserves et des conditions quant à ces droits, celles-ci étant comprises comme la faculté d'instaurer un régime de licences obligatoires¹². Le Royaume-Uni s'est prévalu de cette faculté, étant par ailleurs active-

12. Ce régime était défini à l'article 13 de l'Acte de Berlin :

(1) The authors of musical works shall have the exclusive right of authorising (1) the adaptation of those works to instruments which can reproduce them mechanically ; (2) the public performance of the said works by means of these instruments. Les auteurs d'œuvres musicales ont le droit exclusif d'autoriser : (1) l'adaptation de ces œuvres à des instruments servant à les reproduire mécaniquement ; (2) l'exécution publique des mêmes œuvres au moyen de ces instruments.

(2) Reservations and conditions relating to the application of this Article may be determined by the domestic legislation of each country in so far as it is concerned ; but the effect of any such reservations and conditions will be strictly limited to the country which has put them into force. Des réserves et conditions relatives à l'application de cet article pourront être déterminées par la législation intérieure de chaque pays, en ce qui le concerne ; mais toutes réserves et conditions de cette nature n'auront qu'un effet strictement limité au pays qui les aurait établies.

(3) The provisions of paragraph 1 shall not be retroactive, and consequently shall not be applicable in any country of the Union to works which have been lawfully adapted in that country to mechanically instruments before the coming into force of the Convention signed at Berlin on the 13th of November, 1908, and in the case of a country which has acceded to the Union since that date or accedes in the future, before the date of its accession. La disposition de l'alinéa 1^{er} n'a pas d'effet rétroactif et, par suite, n'est pas applicable, dans un pays de l'Union, aux œuvres qui, dans ce pays, auront été adaptées licitement aux instruments mécaniques avant la mise en vigueur de la présente Convention.

(4) Adaptations made in virtue of paragraphs 2 and 3 of the present article, and imported without the authority of the interested parties into a country where they would not be lawful, shall be liable to seizure in that country. Les adaptations faites en vertu des alinéas 2 et 3 du présent Article et importées, sans autorisation des parties intéressées, dans un pays où elles ne seraient pas licites, pourront y être saisies.

La référence à « l'adaptation » s'explique par le fait qu'il n'y avait pas de droit de reproduction général dans la Convention de Berne à l'époque et que le sens de cette expression n'était pas encore arrêté à ce moment. Voir S. Ricketson, *ibid.* aux p. 377-378 et 513 et s. ; voir aussi S. Plante, « The Compulsory Mechanical Reproduction Licence in Canada » (1987) 3 *I.P.J.* 161 à la p. 163.

ment à son origine, en adoptant l'article 19 du *Copyright Act, 1911* qui prévoyait, en substance, que l'auteur qui avait autorisé une première fois l'utilisation d'une œuvre musicale par voie d'instruments de reproduction mécanique, devait accorder à toute autre personne, en échange du paiement par celle-ci d'une redevance, une licence de reproduction mécanique de l'œuvre concernée¹³.

Au Canada, le *Copyright Act, 1921*, abrogeant toute source de droits d'auteur antérieure, britannique et canadienne ou relevant du *common law*, adoptait le même principe¹⁴.

13. F.E. Skone James, *op. cit.* à la p. 212.

14. Article 19 (anciennement 18, telle que modifiée dans sa version révisée de 1927, S.R.C. 1927, Chap. 32) :

1) It shall not be deemed to be an infringement copyright in any musical, literary or dramatic work for any person to make within Canada records, perforated rolls, or other contrivances, by means of which sounds may be reproduced and by means of which the work may be mechanically performed, if such person proves,—

(a) that such contrivances have previously been made by, or with the consent or acquiescence of, the owner of the copyright in the work ; and,

(b) that he has given the prescribed notice of his intention to make the contrivances, and that there has been paid in the prescribed manner to, or for the benefit of, the owner of the copyright in the work royalties in respect of all such contrivances sold by him, as hereinafter mentioned :

Provided that,—

(i) nothing in this provision shall authorize any alterations in, or omissions from, the work reproduced, unless contrivances reproducing the work subject to similar alterations and omissions have been previously made by, or with the consent or acquiescence of, the owner of the copyright, or unless such alterations or omissions are reasonably necessary for the adaptation of the work to the contrivances in question ; and,

(ii) for the purposes of this provision, a musical, literary or dramatic work shall not be deemed to include a contrivance by means of which sounds may be mechanically reproduced ; and,

19. Ne sera pas considéré comme une violation du droit d'auteur sur une œuvre musicale, littéraire ou dramatique le fait de confectionner, au Canada, des empreintes rouleaux perforés ou autres organes à l'aide desquels l'œuvre pourra être exécutée ou représentée mécaniquement, lorsque celui qui les confectionne prouve :

a) Que de tels organes ont été fabriqués antérieurement par le titulaire du droit d'auteur sur l'œuvre, ou avec son autorisation ou son consentement ; et

b) Qu'il a fait la notification prescrite de son intention de confectionner les organes et qu'il a été payé au titulaire du droit d'auteur sur l'œuvre, ou pour son compte, d'après les prescriptions établies, des tantièmes par rapport à tous ces organes vendus par lui, tels que mentionnés ci-après.

Toutefois :

(i) la présente disposition n'implique pas l'autorisation d'apporter à l'œuvre reproduite des modifications ou suppressions, à moins que le titulaire du droit d'auteur n'ait confectionné ou permis de confectionner précédemment des organes reproduisant l'œuvre avec des modifications ou suppressions similaires, ou que celles-ci soient normalement nécessaires pour l'adaptation de l'œuvre aux organes en question ; et

(ii) pour les fins de la présente disposition, l'œuvre musicale, littéraire ou dramatique ne sera pas censée comprendre un organe à l'aide duquel des sons pourront être reproduits mécaniquement ; et

(iii) the making of the necessary manuscript arrangement and instrumentations of the copyrighted work, for the sole purpose of the adaptation of the work to the contrivances in question, shall not be deemed an infringement of copyright.

(2) The royalty as aforesaid shall be two cents for each playing surface of each such record and two cents for each such perforated roll or other contrivance.

(3) If any such contrivance is made reproducing on the same playing surface two or more different works in which copyright subsists, and the owners of the copyright therein are different persons, the sums payable by way of royalties under this section shall be apportioned amongst the several owners of the copyright equally

(4) When any such contrivances by means of which a literary, dramatic or musical work may be mechanically performed have been made, then for the purposes of this section, the owner of the copyright in the work shall, in relation to any person who makes the prescribed enquiries, be deemed to have given his consent to the making of such contrivances if he fails to reply to such enquiries within the prescribed time.

(5) For the purposes of this section, the Governor in Council may make regulations prescribing anything which under this section is to be prescribed, and prescribing the mode in which notices are to be given and the particulars to be given in such notices, and the mode, time, and frequency of the payment of royalties ; and any such regulations may, if the Governor in Council thinks fit, include regulations requiring payment in advance or otherwise securing the payment of royalties.

(6) In the case of musical, literary or dramatic works published before the first day of January, one thousand nine hundred and twenty-four, the foregoing provisions shall have effect, subject to the following modifications and additions :-

(iii) la fabrication de l'arrangement manuscrit et des orchestrations manuscrites nécessaires de l'œuvre protégée, dans l'unique but d'adapter l'œuvre aux organes dont il s'agit ne sera pas considérée comme une violation de droit d'auteur.

2. Le tantième précité sera de deux cents pour chaque surface de reproduction de chaque empreinte, et de deux cents pour chaque rouleau perforé ou autre organe.

3. Lorsqu'un tel organe reproduit, sur la même surface de reproduction, deux ou plusieurs œuvres différentes encore protégées, et à l'égard desquelles le droit d'auteur appartient à diverses personnes, la somme payable à titre de tantièmes, dus en vertu du présent article, sera répartie en parts égales entre les divers titulaires du droit d'auteur.

4. Lorsque des organes servant à l'exécution mécanique d'une œuvre littéraire, dramatique ou musicale, auront été confectionnés, le titulaire du droit d'auteur sur l'œuvre sera, pour les fins du présent article et par rapport à quiconque lui adressera les requêtes prescrites, censé avoir donné l'autorisation de confectionner lesdits organes, s'il ne répond pas à ces requêtes dans le délai prévu.

5. Le gouverneur en son conseil peut édicter, pour les fins du présent article, les règlements nécessaires pour l'exécution de cet article et relatifs aux modalités et aux détails des notifications, ainsi qu'aux modes, délais et périodes du paiement des tantièmes ; ces règlements pourront comprendre, si le gouverneur en son conseil le juge à propos, des prescriptions concernant le paiement anticipé des tantièmes ou autres garanties assurant ce paiement.

6. Les dispositions ci-dessus seront applicables aux œuvres musicales, littéraires ou dramatiques, publiées avant le premier jour de janvier mil neuf cent vingt-quatre, sous réserve, toutefois, des modifications et adjonctions que voici :

(a) The conditions as to the previous making by, or with the consent or acquiescence of, the owner of the copyright in the work, and the restrictions as to alterations in or omissions from the work, shall not apply ;

(b) No royalties shall be payable in respect of contrivances lawfully made and sold by the manufacturer before the first day of January, on thousand nine hundred and twenty-four ;

(c) Notwithstanding any assignment made before the fourth day of June, one thousand nine hundred and twenty-one, of the copyright in a literary or dramatic or musical work, any rights conferred by this Act in respect of the making, or authorizing the making, of contrivances by means of which the work may be mechanically performed, shall belong to the author or his legal representatives and not to the assignee, and the royalties aforesaid shall be payable to, and for the benefit of, the author of the work or his legal representatives.

(7) Notwithstanding anything in this Act, where a record, perforated roll, or other contrivance by means of which sounds may be mechanically reproduced has been made before the first day of January, one thousand nine hundred and twenty-four, copyright shall, as from the said date, subsist therein in like manner and for the like term as if this Act had been in force at the date of the making of the original plate from which the contrivance was directly or indirectly derived :

Provided that, –

(i) the person who, on the first day of January, one thousand nine hundred and twenty-four, is the owner of such original plate shall be the first owner of such copyright ; and,

(ii) Nothing in this provision shall be construed as conferring copyright in any such contrivance if the making thereof would have infringed copyright

a) Ne seront applicables ni les conditions concernant la confection préalable des organes par le titulaire du droit d'auteur sur l'œuvre ou leur confection faite avec son consentement ou son autorisation, ni les restrictions relatives aux modifications ou suppressions de l'œuvre ;

b) Aucun tantième ne sera payable par rapport aux organes licitement fabriqués et vendus par le fabricant avant le premier jour de janvier mil neuf cent vingt-quatre ;

c) Quand bien même le droit d'auteur sur une œuvre littéraire, dramatique ou musicale, aurait été cédé avant le quatrième jour de juin mil neuf cent vingt et un, tout droit, conféré par la présente loi, de confectionner ou de faire confectionner des organes servant à l'exécution mécanique de l'œuvre, appartiendra, non pas au cessionnaire, mais à l'auteur ou à ses représentants légaux à qui les tantièmes précités devront être payés, soit directement, soit pour leur compte.

7. Lorsqu'une empreinte, un rouleau perforé ou autre organe à l'aide desquels des sons pourront être reproduits mécaniquement, auront été confectionnés avant le premier jour de janvier mil neuf cent vingt-quatre, le droit d'auteur existera à leur égard, à partir de cette mise en vigueur, et nonobstant les dispositions de la présente loi, dans les mêmes conditions et pour la même durée que si cette loi avait été déjà en vigueur au moment où la planche originale dont l'organe a été tiré, directement ou indirectement, a été fabriquée.

Toutefois :

(i) la personne qui, le premier jour de janvier mil neuf cent vingt-quatre, est le possesseur de la planche originale, sera le premier titulaire dudit droit d'auteur ;

L'abrogation du droit antérieur à 1924 s'accompagnant de la substitution concomitante de droits nouveaux¹⁵, le paragraphe 42(3) du *Copyright Act, 1921*¹⁶ venait régler la question de la licéité d'actes qui, nonobstant le changement de régime, auraient été irrépochables. Cet article prévoyait que :

Where any person has, before the first day of January, one thousand nine hundred and twenty-four, taken any action whereby he has incurred any expenditure or liability in connection with the reproduction or performance of any work in a manner which at the time was lawful, or for the purpose of or with the view to the reproduction or performance would, but for the passing of this Act, have been lawful, nothing in this section shall diminish or prejudice any rights or interests arising from or in connection with such action which are subsisting and valuable at the said date, unless the person who by virtue of this section becomes entitled to restrain such reproduction or performance agrees to pay such compensation as, failing agreement, may be determined by arbitration.

42. Lorsque, avant le premier jour de janvier mil neuf cent vingt-quatre, quelqu'un se sera engagé dans une entreprise entraînant pour lui des dépenses ou responsabilités, relativement à la reproduction, à l'exécution ou à la représentation alors licite d'une œuvre ou dans le but ou en vue de la reproduction, exécution ou représentation à organiser à une époque où elles auraient été permises en dehors de l'adoption de la présente loi, rien dans le présent article ne viendra apporter diminution ni préjudice aux droits ou intérêts nés ou résultant d'une telle entreprise, lesquels, à cette date, subsisteraient ou seraient reconnus comme valables, à moins que l'acquéreur, en vertu du présent article, du droit de défendre une telle reproduction, exécution ou reproduction semblable, ne consente à payer la compensation qui, à défaut d'entente, sera déterminée par arbitrage.

in some other such contrivance, if this provision had been in force at the time of the making of the first mentioned contrivance.

(ii) la présente disposition ne devra pas être interprétée comme si elle assurait le droit d'auteur à l'égard d'un organe quelconque, dont la confection aurait porté atteinte au droit d'auteur sur un autre organe, si cette disposition avait déjà été en vigueur au moment où l'organe mentionné en premier lieu a été fabriqué.

15. Art. 42 *Copyright Act, 1921*. Voir FOX, *op. cit.*, à la p. 219.

16. Anciennement numéroté 41(1), tel que modifié dans la version révisée de 1927, S.R.C. 1927, Chap. 32. Pour les fins des présentes, toute référence suivante au *Copyright Act, 1921* vise la version révisée de 1927. [Note de la rédaction : le texte cité est celui des R.S.C. 1927.]

Le paragraphe 42(3) du *Copyright Act, 1921* avait un homologue britannique dans le *Copyright Act, 1911* dont l'alinéa 24(1)(b) disposait que

Where any person has, before the twenty-sixth day of July nineteen hundred and ten, taken any action whereby he has incurred any expenditure or liability in connexion with the reproduction or performance of any work in a manner which at the time was lawful, or for the purpose of or with a view to the reproduction or performance of a work at a time when such reproduction or performance would, but for the passing of this Act, have been lawful, nothing in this section shall diminish or prejudice any rights or interests arising from or in connexion with such action which are subsisting and valuable at the said date, unless the person who by virtue of this section becomes entitled to restrain such reproduction or performance agrees to pay such compensation as, failing agreement, may be determined by arbitration.

Une disposition similaire aux deux précédentes existait dans le *International Copyright Act, 1886*¹⁷. Cette loi avait été adoptée afin de permettre au Royaume-Uni de donner effet à la Convention de Berne dans sa version de 1886, alors dans son enfance¹⁸. L'article 6 du *International Copyright Act, 1886* disposait que l'auteur ou l'éditeur de toute œuvre littéraire ou artistique produite pour la première fois dans un pays étranger, antérieurement à tout *Ordre en conseil* relatif à ce pays, devait bénéficier des mêmes droits et recours, de façon à ce que les dispositions des lois sur le droit d'auteur s'appliquent à ces œuvres à la date de leur production. Une réserve était cependant prévue dans les termes suivants :

Provided that, where any person has, before the date of the publication of an Order in Council, lawfully produced any work in the United Kingdom, nothing in this section shall diminish or prejudice any rights or interests arising from or in connection with such production which are subsisting and valuable at the said date.¹⁹

17. 49 & 50 Vict. c. 33. Fox a indiqué que le *Copyright Act, 1886* s'appliquait au Canada, FOX, *op. cit.*, aux p. 204, 29 et 34-35.

18. F.E. SKONE JAMES, *op. cit.*, à la p. 256.

19. *Ibid.*, à la p. 243.

Le *Copyright Act, 1911* présentait certaines différences par rapport au *International Copyright Act, 1886*, notamment dans la mesure où il introduisait un droit particulier qui a été présenté comme « [...] the right to compulsorily buy up the rights and interests which are preserved »²⁰. Ce droit, par ailleurs imité dans la loi canadienne sur le droit d'auteur, dans la forme qu'il a acquise au cours de l'évolution législative, a aussi été qualifié de « restoration right »²¹. On pourrait également l'assimiler à un droit d'éviction dès lors qu'il permet au titulaire des nouveaux droits d'évincer l'investisseur-entrepreneur de l'exploitation de l'œuvre ou l'objet de droit d'auteur (ci-après le « régime d'éviction »).

Une partie de l'origine du principe de ces dispositions remonte à la Convention de Berne. Un des effets principaux de cette convention était de faire rétroactivement sortir du domaine public d'un pays une œuvre étrangère encore protégée dans son pays d'origine²². Cet effet n'était pas sans présenter certaines difficultés ainsi dépeintes :

However, a problem may arise in the case of existing works which previously only entitled to protection in one country but not in the other. One of the main objects of the new agreement will usually have been the gaining of protection for those works in the second country, but difficulties may occur with respect to the position of persons in that country who have been exploiting the works in absence of any legal protection. Although the moral position of these users may not be strong, they have nonetheless acted in good faith in reliance on a given state of affairs, namely that these works were in the public domain and could be used freely. In pursuance of this reliance, they may also have invested capital and labour in the furtherance of these activities, for instance, in the preparation of a new edition for printing, the making of a translation or other adaptation, or the production and public of the works in question. Are these people suddenly to find themselves in the position of infringers and dealers in infringing copies if the new convention applies to these works, as well as to works that are created or published after its entry into force ? In an absolute sense, they have little in their favour, as they have been freely exploiting works which

20. *Ibid.*

21. L. CARRIÈRE et H. RICHARD, éd., *Canadian Copyright Annotated*, (Toronto, Carswell, 2007) feuilles mob. sous l'article 32.4.

22. Voir S. RICKETSON, *op. cit.*, aux p. 665 et s. ; voir K. S. DETERS, « Retroactivity and Reliance Rights Under Article 18 of the Berne Copyright Convention » (1991) 24 *Vanderbilt J. Transnt'l L.* 971.

do not belong to them. Nonetheless, where they have made substantial outlays in the carrying out of these activities, it would be unfair for the fruits of these undertakings to be forfeited to the foreign copyright owner. In addition, if the new convention is made completely retroactive, this may have a drastic effect on any local industry which has been built up in the previous legal vacuum. On the other hand, to exclude retroactivity altogether will work harshly against the foreign author, and deprive the new convention of much of its *raison d'être*. Accordingly, it is necessary to strike some balance between these « acquired rights » and the newly recognised rights of the foreign author. By definition, such provisions should only be temporary in nature, as all that is needed is sufficient time to allow the prior user to recoup his investment, following which time the foreign author's rights should be entitled to full protection in accordance with the terms of the new Convention. This problem, of course, is not one that is peculiar to international copyright agreements : it arises also in many areas of domestic law where a new regulation is made that renders unlawful activities previously carried on without restriction. *However, while there may be agreement in principle on the need for some kind of transitional arrangement in these cases, there are various ways in which this may be done and there is room for argument over which is the most equitable and efficacious.*²³

Face au défi de concilier le besoin de donner à la Convention un certain effet rétroactif, afin de tendre vers l'objectif d'une protection de droits d'auteur universelle, et le principe de sécurité juridique, les participants aux conférences préparant la Convention de Berne s'entendirent sur un principe médian selon lequel chaque pays pourrait déterminer les conditions de la rétroactivité en fonction de ses propres lois ou conventions²⁴. La version finale de l'article 14 de la Convention de Berne édictait le principe de rétroactivité tout en prévoyant certaines réserves et conditions, dans les termes suivants :

Under the reserves and conditions to be determined by common agreement, the present convention shall apply to all works which at the moment of coming into force have not yet fallen into the public domain in the country of origin.

Par ailleurs, le Protocole de clôture précisait la possibilité d'« aménager » ledit principe en déclarant que

23. S. RICKETSON, *op. cit.*, aux p. 665-666. [nos soulignés]

24. *Ibid.*

The application of the Convention to works which have not yet fallen in the public domain at the time when it comes into force shall take effect according to the relevant stipulations contained in special Conventions existing, or to be concluded, to that effect. In the absence of such stipulations between any countries of the Union, the respective countries shall regulate, each in so far as it is concerned, by its domestic legislation, the manner in which the principle contained in Article 14 is to be applied.²⁵

Plusieurs congrès de l'Association littéraire et artistique internationale (« ALAI ») donnèrent lieu à des résolutions visant à abroger le régime de réserves et conditions précité. Lors de la Conférence de Paris de 1896, la France émit la proposition d'abolir ce régime. D'aucuns ont rapporté que

[a]lthough some member states approved the French proposal, several other key states, including Britain, rejected the proposed revisions on the ground that, « despite the lapse of time, absolute retroactivity might still injure 'legitimate interest' ». The continued concern about the reliance interests of domestic exploiters of foreign works caused the reserves and conditions provision of article 14 to remain in place. [...] Despite continued efforts by the ALAI to abolish the reserves and conditions provision, *the lack of substantial change in article 14 afforded the Berne member states considerable leeway in protecting the reliance interests of their nationals* at the expense of foreign authors and copyright owners. At the Berlin conference of 1908, article 14 was consolidated into the new article 18.²⁶

Les révisions de la Convention de Berne, postérieures à la Conférence de Berlin, ont maintenu le principe édicté à l'ancien article 14, devenu aujourd'hui l'article 18²⁷. Le Canada a adhéré à la

25. Voir S. RICKETSON, *op. cit.*, aux p. 668-669. Le texte en anglais de la Convention de Berne dans sa version de 1887 est aussi disponible dans W. Nordemann et al., *op. cit.*

26. K. S. DETERS, *op. cit.*, aux p. 980-981. [nos soulignés]

27. *Ibid.* ; l'article 18 Convention de Berne dans sa version actuelle prévoit que
(1) La présente Convention s'applique à toutes les œuvres qui, au moment de son entrée en vigueur, ne sont pas encore tombées dans le domaine public de leur pays d'origine par l'expiration de la durée de la protection.
(2) Cependant, si une œuvre, par l'expiration de la durée de la protection qui lui était antérieurement reconnue, est tombée dans le domaine public du pays où la protection est réclamée, cette œuvre n'y sera pas protégée à nouveau.
(3) L'application de ce principe aura lieu conformément aux stipulations contenues dans les conventions spéciales existantes ou à conclure à cet effet entre

Convention de Berne dans sa version révisée suite à la Conférence de Berlin en 1908 et au Protocole additionnel de Berne en 1914, par *Ordre en conseil* adopté le 27 juillet 1923²⁸.

Le Canada deviendra membre de l'Union en tant qu'État autonome de l'Empire britannique à partir de 1928²⁹. Il adhérera à la version révisée de la Conférence de Rome dès 1931 après avoir amendé le *Copyright Act, 1921*³⁰. Le Canada a donc toujours théoriquement adhéré au principe de l'article 18 de la Convention de Berne, inchangé depuis son origine. Cependant, il semble que certaines difficultés puissent être soulevées au sujet de la façon dont le Canada a mis en œuvre le principe de l'article 18 de la Convention de Berne et s'est prévalu de la faculté d'aménager la rétroactivité, notamment en instaurant différents régimes transitoires et d'éviction.

On notera, en outre, que dans l'histoire de la Convention de Berne, le principe de rétroactivité a pu ne pas s'appliquer à certains droits reconnus par celle-ci. Ainsi, le paragraphe 3 de l'article 13 introduisant le droit de reproduction mécanique d'œuvres musicales, en 1908 lors de la Conférence de Berlin, prévoyait expressément l'absence de rétroactivité et son inapplicabilité, dans tout pays de l'Union, aux œuvres musicales qui avaient été licitement « adaptées » dans ce pays, avant qu'il n'y mette en œuvre la Convention. Conformément à cette disposition, les lois anglaise et canadienne, prévoyaient que l'« adaptation » sans autorisation de l'œuvre musicale publiée avant 1911 et 1924, par voie d'instruments de reproduc-

pays de l'Union. À défaut de semblables stipulations, les pays respectifs régleront, chacun pour ce qui le concerne, les modalités relatives à cette application. (4) Les dispositions qui précèdent s'appliquent également en cas de nouvelles accessions à l'Union et dans le cas où la protection serait étendue par application de l'article 7 ou par abandon de réserves.

Il faut noter que si le principe de rétroactivité est demeuré dans la Convention de Berne, celle-ci a cependant par ailleurs évolué en étendant le minima conventionnel, en consacrant en 1971 un droit de reproduction exclusif et en instaurant des limites aux cas d'exceptions par le biais du test dit « en trois étapes » (art. 9.2 : « Est réservée aux législations des pays de l'Union la faculté de permettre la reproduction desdites œuvres dans certains cas spéciaux, pourvu qu'une telle reproduction ne porte pas atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre ni ne cause un préjudice injustifié aux intérêts légitimes de l'auteur »).

28. FOX, *op. cit.*, à la p. 38 ; N. TAMARO, *op. cit.*, aux p. 23 et s.

29. *Ibid.*

30. S.C. 1931, c. 8, section 12 :

The governor in Council may take such action as be deemed necessary to secure the adherence of Canada to the revised Convention [...]

Le gouverneur en son conseil peut prendre les mesures nécessaires pour assurer l'adhésion du Canada à la Convention révisée, pour la protection des œuvres littéraires et artistiques [...]

tion mécanique, n'était pas un acte soumis à l'effet rétroactif de la loi, tel qu'il appert des alinéas 19(7)(a) du *Copyright Act, 1911* et 19(6)(a) *Copyright Act, 1921* qui disposaient dans des termes quasi identiques que

In the case of musical works published before the commencement of this Act [before the first day of January, one thousand nine hundred and twenty-four], the foregoing provisions shall have effect, subject to the following modifications and additions :

(a) The conditions as to the previous making by, or with the consent or acquiescence of, the owner of the copyright in the work, and the restrictions as to alterations in or omissions from the work, shall not apply.

Cette disposition a vraisemblablement contribué à limiter dans les faits les cas d'application du régime transitoire.

La première réforme du *Copyright Act, 1921* a eu lieu en 1988. Dans le cadre de la *Loi modifiant la Loi sur le droit d'auteur et apportant des modifications connexes et corrélatives*³¹, le législateur canadien procédait, notamment, à l'abolition du régime de « licences mécaniques obligatoires » applicable aux œuvres musicales³². On constatera qu'aucun régime d'éviction du type de celui de l'article 42(3) du *Copyright Act, 1921* n'a été édicté à cette occasion³³, le régime transitoire consistant en une période de transition de six mois, suivant l'entrée en vigueur du nouveau droit, à l'issue de laquelle les fabricants d'enregistrements sonores devaient négocier l'autorisation de reproduire mécaniquement les œuvres musicales³⁴.

En 1994, dans le cadre de la mise en œuvre au Canada des *Accords internationaux sur la protection des droits intellectuels* (« ADPIC ») conclus dans le cadre de l'Organisation mondiale du commerce (« OMC »), des dispositions similaires au paragraphe 42(3) du *Copyright Act, 1921* ont été introduites par la *Loi de mise en*

31. L.C. 1988, c. 15.

32. Voir S. GILKER, « Une nouvelle loi sur les droits d'auteur : 19504 jours et 19 études plus tard » (1988) 1-1 *C.P.I.* 31 aux p. 39-40 ; D. VAVER, « The Canadian Copyright Amendments of 1988 » (1988) 4-2 *I.P.J.* 121.

33. On notera que le paragraphe 42(3) n'a jamais été ni abrogé ni consolidé, probablement en raison du fait qu'il avait une application marginale ou qu'il était inapplicable *de facto* en 1988.

34. Sur les raisons de ce choix de régime, voir S. GILKER et D. VAVER, *op. cit.*

*œuvre de l'Accord sur l'Organisation mondiale du commerce*³⁵, soit les articles alors numérotés 28.03 et 29 (articles 32.4 et 33 LDA dans sa version de 1997). On notera que cette loi ajoutait aussi l'article 70.8 LDA, lequel permet de saisir la Commission du droit d'auteur aux fins de faire fixer par celle-ci le montant de l'indemnité visant à compenser l'exercice du droit d'éviction. On se rappellera que l'Accord ADPIC introduisait un régime restreint de droits d'auteur en faveur des artistes-interprètes (article 14(1)), des producteurs de phonogrammes (article 14(2)) et des organismes de radiodiffusion (article 14(3)) :

14 (1) Pour ce qui est d'une fixation de leur exécution sur un phonogramme, les artistes interprètes ou exécutants auront la possibilité d'empêcher les actes ci-après lorsqu'ils seront entrepris sans leur autorisation : la fixation de leur exécution non fixée et la reproduction de cette fixation. Les artistes interprètes ou exécutants auront aussi la possibilité d'empêcher les actes ci-après lorsqu'ils seront entrepris sans leur autorisation : la radiodiffusion par le moyen des ondes radioélectriques et la communication au public de leur exécution directe.

14 (2) Les producteurs de phonogrammes jouiront du droit d'autoriser ou d'interdire la reproduction directe ou indirecte de leurs phonogrammes.

14 (3) Les organismes de radiodiffusion auront le droit d'interdire les actes ci-après lorsqu'ils seront entrepris sans leur autorisation : la fixation, la reproduction de fixations et la rémission par le moyen des ondes radioélectriques d'émissions ainsi que la communication au public de leurs émissions de télévision. Dans les cas où les Membres n'accorderont pas de tels droits à des organismes de radiodiffusion, ils donneront aux titulaires du droit d'auteur sur le contenu d'émissions la possibilité d'empêcher les actes susmentionnés, sous réserve des dispositions de la Convention de Berne (1971).³⁶

L'article 14(6) ADPIC adoptait le principe de l'article 18 de la Convention de Berne en y renvoyant expressément :

Tout Membre pourra, en rapport avec les droits conférés en vertu des paragraphes 1, 2 et 3, prévoir des conditions, limita-

35. L.C. 1994, c. 47.

36. Art. 14 ADPIC, <www.wto.org/french/docs_f/legal_f/legal_f.htm>.

tions, exceptions et réserves dans la mesure autorisée par la Convention de Rome. Toutefois, les dispositions de l'article 18 de la Convention de Berne (1971) s'appliqueront aussi, mutatis mutandis, aux droits des artistes interprètes ou exécutants et des producteurs de phonogrammes sur les phonogrammes.

Dans l'ordre interne, le législateur canadien a donc pu mettre en place un régime transitoire spécifique, tel qu'il appert à l'article 26 LDA, tout en prévoyant un régime d'éviction.

En 1997, dans le cadre de la seconde réforme d'importance de la LDA, la *Loi modifiant la Loi sur le droit d'auteur*³⁷ introduisait un régime de droits d'auteur en faveur des artistes-interprètes, des producteurs de phonogramme et des organismes de radiodiffusion, distinct de celui instauré par l'Accord ADPIC³⁸ et conforme à la protection minimum de la *Convention internationale sur la protection des artistes interprètes, des producteurs de phonogrammes et des organismes de radiodiffusion*, conclue à Rome en 1961 (« Convention de Rome »)³⁹.

L'article 32.5 était aussi ajouté dans une logique apparemment identique à celle de l'article 32.4 LDA, anciennement numéroté 28.03. Cependant, il ne semble pas *a priori* permis de pouvoir expliquer cet ajout par l'article 18 de la Convention de Berne puisque la Convention de Rome, au contraire, ne déploie aucune obligation quant à l'application dans le temps de ses dispositions, particulièrement en ce qui concerne la rétroactivité⁴⁰. Ainsi, l'adoption, en 1997, d'un régime d'éviction est une indication que l'introduction des nouveaux droits ne s'effectue pas de façon strictement prospective.

En 2005, C-60, tout en modifiant l'article 33, ajoutait à la LDA les articles 32.6 et 33.1 qui reprennent à première vue le même principe établi par ses prédécesseurs, soit les articles 42(3), 32.4 et 32.5. On rappellera que l'article 22 WPPT régit l'application dans le temps

37. L.C. 1997, c. 24.

38. Cf. art. 26 LDA.

39. Cf. art. 15, 18, 19 et 21 LDA.

40. Voir art. 20 Convention de Rome, <www.wipo.int/treaties/fr/ip/rome/trtdocs_wo024.html#P153_19889> ; voir OMPI, *Guide de la Convention de Rome et de la Convention des Phonogrammes*, Publication OMPI, 1981, 190 pages ; voir W. Nordemann et al., *International Copyright and Neighboring Rights*, New-York, VCH, 1990 à la p. 419. Voir aussi aux R-U, le paragraphe 26(2) *The Copyright and Related Rights Regulations 1996* S.I. 1996/2967, entrée en vigueur le 1^{er} décembre 1996, <www.legislation.hmso.gov.uk/si/si1996/Uksi_19962967_en_1.htm#end>.

des dispositions du Traité par renvoi à l'article 18 de la Convention de Berne, incluant son paragraphe 3. On notera toutefois que l'article 22(2) WPPT prévoit qu'exceptionnellement un pays membre peut limiter l'application dans le temps de la protection prévue à l'article 5 (droit moral des artistes-interprètes) aux prestations qui seraient postérieures à l'entrée en vigueur du WPPT pour un pays donné.

Le tableau dressé ci-après permet de comparer le texte de chacune des dispositions constitutives d'un régime d'éviction :

| art. 42(3) (1924) | art. 32.4 (1994) | art. 32.5 (1997) | art. 32.6 (2005) |
|---|--|---|---|
| Lorsque, avant le premier jour de janvier mil neuf cent vingt-quatre, quelqu'un se sera engagé dans une entreprise entraînant pour lui des dépenses ou responsabilités, relativement à la reproduction, à l'exécution ou à la représentation alors licite d'une œuvre ou dans le but ou en vue de la reproduction, exécution ou représentation à organiser à une époque où elles auraient été permises en dehors de l'adoption de la présente loi, rien dans le présent article ne viendra apporter diminution ni préjudice aux droits ou intérêts nés ou résultant d'une telle entreprise, lesquels, à cette date, subsisteraient ou seraient reconnus comme valables... | (1) Par dérogation à l'article 27, lorsque, avant le 1 ^{er} janvier 1996 ou, si elle est postérieure, la date où un pays devient membre de l'OMC, une personne a fait des dépenses ou contracté d'autres obligations relatives à l'exécution d'un acte qui, accompli après cette date, violerait le droit d'auteur conféré par l'article 26, le seul fait que ce pays soit devenu membre de l'OMC ne porte pas atteinte aux droits ou intérêts de cette personne, qui, d'une part, sont nés ou résultent de l'exécution de cet acte et, d'autre part, sont appréciables en argent à cette date, sauf dans la mesure prévue par une ordonnance de la Commission rendue en application du paragraphe 78(3). | (1) Par dérogation à l'article 27, lorsque, avant la date d'entrée en vigueur de la partie II ou, si elle est postérieure, la date où un pays devient partie à la Convention de Rome, une personne a fait des dépenses ou contracté d'autres obligations relatives à l'exécution d'un acte qui, s'il était accompli après cette date, violerait le droit d'auteur conféré par les articles 15 ou 21, le seul fait que la partie II soit entrée en vigueur ou que le pays soit devenu partie à la Convention de Rome ne porte pas atteinte aux droits ou intérêts de cette personne, qui, d'une part, sont nés ou résultent de l'exécution de cet acte et, d'autre part, sont appréciables en argent à | (1) Par dérogation aux articles 27, 28.1 et 28.2, si, avant la date à laquelle les droits visés aux paragraphes 15(1.1), 17.1(1) et 18(1.1) s'appliquent à la prestation ou à l'enregistrement sonore relativement à un pays donné, une personne a fait des dépenses ou contracté d'autres obligations relatives à l'exécution d'un acte qui, accompli après cette date, violerait les droits visés à ces paragraphes, le seul fait que ces dispositions s'appliquent à ce pays ne porte pas atteinte aux droits ou intérêts de cette personne qui, d'une part, sont nés ou résultent de l'exécution de |

| art. 42(3) (1924) (suite) | art. 32.4 (1994) | art. 32.5 (1997) | art. 32.6 (2005) |
|--|--|--|---|
| | | cette date, sauf dans la mesure prévue par une ordonnance de la Commission rendue en application du paragraphe 78(3). | cet acte et, d'autre part, sont appréciables en argent à cette date, sauf dans la mesure prévue par une ordonnance de la Commission rendue en application du paragraphe 78(3). |
| ...à moins que l'acquéreur, en vertu du présent article, du droit de défendre une telle reproduction, exécution ou reproduction semblable, ne consente à payer la compensation qui, à défaut d'entente, sera déterminée par arbitrage. | (2) Toutefois, les droits ou intérêts protégés en application du paragraphe (1) s'éteignent lorsque le titulaire du droit d'auteur verse à cette personne une indemnité convenue par les deux parties, laquelle, à défaut d'entente, est déterminée par la Commission conformément à l'article 78. | (2) Toutefois, les droits ou intérêts protégés en application du paragraphe (1) s'éteignent lorsque le titulaire du droit d'auteur verse à cette personne une indemnité convenue par les deux parties, laquelle, à défaut d'entente, est déterminée par la Commission conformément à l'article 78. | (2) Toutefois, les droits ou intérêts protégés en application du paragraphe (1) s'éteignent à l'égard du titulaire du droit d'auteur ou des droits moraux lorsque celui-ci verse à la personne visée à ce paragraphe une indemnité convenue par les deux parties, laquelle, à défaut d'entente, est déterminée par la Commission conformément à l'article 78. |
| | (3) Les paragraphes (1) et (2) ne portent pas atteinte aux droits dont dispose l'artiste-interprète en droit ou en equity. | (3) Les paragraphes (1) et (2) ne portent pas atteinte aux droits dont dispose l'artiste-interprète en droit ou en equity. | (3) Les paragraphes (1) et (2) ne portent pas atteinte aux droits dont dispose l'artiste-interprète en droit ou en equity. |

3. INCERTITUDES ENTOURANT LE RÉGIME D'ÉVICTION

Dans le prolongement de la perspective historique, un constat à l'égard de l'économie des régimes d'éviction peut être dressé : celle-ci comporte certaines incertitudes.

Ces incertitudes semblent pouvoir être classées en deux ordres : 3.1) les incertitudes structurelles, c'est-à-dire liées au fonctionnement du régime lui-même et 3.2) les incertitudes conjoncturelles, c'est-à-dire liées au contexte dans lequel serait appliqué le régime d'éviction. Quelques guides d'interprétation sont proposés en retour (3.3).

3.1 Incertitudes structurelles

Le mécanisme du régime d'éviction est constitué des trois éléments suivants : i) des droits acquis ii) auxquels il peut être mis fin iii) moyennant compensation. Le point de départ nécessite par conséquent de poser la question de savoir de quels droits acquis il s'agit (3.1.2) et qui en sont les titulaires (3.1.1). Le corollaire de l'absence de droits acquis ou de titularité de droits acquis est sans doute l'inapplicabilité du régime d'éviction et, par conséquent, l'application immédiate des droits nouveaux par le biais des recours de droit commun. Or certaines incertitudes entourent la réponse à chacun de ces deux problèmes⁴¹.

De façon liminaire, il est utile de noter que les rares décisions qui ont eu à traiter de ces questions datent de la fin du 19^e siècle, soit une époque différente du point de vue de la technologie et de l'économie, et concernaient l'interprétation de l'article 6 du *International Copyright Act, 1886*⁴².

41. D'autres incertitudes existent sûrement : par exemple quels sont les critères qui permettent d'évaluer la compensation à verser au titulaire de droits acquis (art. 78 LDA) ? Quels sont les critères qui permettent de déterminer si les droits et intérêts sont appréciables en argent ? Quelle est la juridiction compétente aux fins de l'application du régime d'éviction et la reconnaissance des droits acquis ainsi que leur étendue (Commission du droit d'auteur ou les cours de justice) ?

42. Voir FOX, *op. cit.*, aux p. 228 et s. ; voir F.E. SKONE JAMES, *op. cit.*, aux p. 242 et s. et les décisions citées et commentées : *Moul & Mayeur v. Groenings*, [1891] 2 Q.B. 443, *Schauer v. J.C. & J. Field Ltd.*, [1893] 1 Ch. 35, *Hanfstaengl Art Publishing Co. v. Holloway*, [1893] 2 Q.B. 1 et *Cranz v. Sheard*, [1913] Macg. Cop. Cas. 86 (K.B.D.).

3.1.1 Incertitudes quant à la titularité des droits acquis

En ce qui concerne la question de savoir qui peut bénéficier de droits acquis, il est à remarquer que les régimes d'éviction postérieurs à 1921 font tous référence à « une personne » qui « a fait des dépenses ou contracté d'autres obligations relatives à l'exécution d'un acte » ou, dans la version anglaise, à « a person [who] has incurred an expenditure or liabilities ».

La décision dans l'affaire *Moul c. Groenings*⁴³ pourrait avoir une portée limitée dans la mesure où la disposition interprétée était l'article 6 du *International Copyright Act, 1886*, lequel faisait référence à « any person ». Cette décision reste cependant pertinente aux fins d'illustrer le problème de la titularité des droits acquis et de leur transférabilité. Ainsi, dans cette affaire, il a été indiqué que les droits et intérêts protégés en tant que droits acquis étaient ceux de l'éditeur de musique mais aussi de toute personne qui avait acheté une copie de l'œuvre musicale intitulée « Caprice Polka », en l'occurrence un chef d'orchestre, même si cette acquisition intervenait après l'entrée en vigueur du droit d'auteur sur l'œuvre musicale⁴⁴.

Fort de l'identité des termes de ladite disposition avec le régime d'éviction du *Copyright Act, 1911*, un auteur notait : « It is to be remarked that the proviso to section 24 applies to a case where « any person » has incurred expenditure or liability, so that the rights and interests of the person who actually incurred the expenditure or liability are safeguarded, *but also the rights and interests of all persons deriving title under such person* »⁴⁵. Le cessionnaire de l'œuvre ou de l'interprétation enregistrée pourrait ainsi bénéficier des droits acquis dont ils seraient l'accessoire⁴⁶. Cependant, si on appliquait le régime de droit commun concernant les droits acquis, le cessionnaire

43. *Op. cit.*

44. F.E. SKONE JAMES, *op. cit.*, aux p. 248-249.

45. *Ibid.* [Nos soulignés]

46. Voir par analogie les critères des droits acquis en droit municipal tels qu'énoncés par la Cour d'appel du Québec dans l'affaire *Huot c. L'Ange-Gardien*, [1992] R.J.Q. 2404 :

- a) Les droits acquis n'existent que lorsque l'usage dérogatoire antérieur à l'entrée en vigueur des dispositions prohibant un tel usage était légal.
- b) L'usage existait en réalité puisque la seule intention du propriétaire ou de l'utilisateur ne suffit pas.
- c) Le même usage existe toujours ayant été continué sans interruption significative.
- d) Les droits acquis avantagent l'immeuble qui en tire profit. De tels droits ne sont pas personnels mais cessibles, suivant l'immeuble dont ils sont l'accessoire.

devrait en principe, pour pouvoir en bénéficier, continuer, sans interruption significative, l'utilisation dérogatoire qui était mise en œuvre par le cédant⁴⁷.

3.1.2 Incertitudes quant à l'étendue des droits acquis

En ce qui concerne l'étendue des droits acquis, l'interprétation de la notion d'« intérêts » devrait obéir à certaines règles. L'exemple suivant a été donné :

[...] it is submitted that, although prior to the Act of 1911 it was no infringement of copyright to dramatise a novel, the effect of the proviso to section 24 is not to give to purchasers of books purchased from a stock in existence before the above-mentioned date any right to dramatise the same after that date. Novels are not usually purchased with the object of dramatising them, and to deprive the publisher of his power to sell a novel with a right to dramatise the same could hardly restrict his market or operate to the prejudice of any right or interest of his which was subsisting or valuable on the date in question. On the other hand, if a person had before July 26, 1910, incurred expenditure or liability in actually dramatising a novel, then his rights or interests would be protected under the proviso to section 24.⁴⁸

Ce type d'analyse, bien que datant d'une autre époque, demeurerait pertinent dans le contexte juridique et technologique actuel. Il augure des types de questionnement et de problèmes que l'application du régime d'éviction risque de provoquer. Par exemple, on se demanderait si les droits acquis du propriétaire d'une bande maître lui permettent de produire de nouvelles copies ou ne lui permettent que d'écouler les stocks existants⁴⁹. De même, on se demanderait si ces droits acquis permettent au propriétaire de la

e) Ils ne peuvent être modifiés quant à leur nature et parfois quant à leur étendue bien que les activités dérogatoires peuvent être intensifiées en certains cas.

f) La seule qualité de propriétaire ne suffit pas quant aux droits acquis.

47. *Ibid.*

48. F.E. SKONE JAMES, *op. cit.*, note 44, à la p. 249.

49. FOX, *op. cit.*, commentant le paragraphe 42(3) du *Copyright Act, 1921*, écrivait :
It is obvious that records and other contrivances cannot be made without incurring expenditure or liability. The making of records was lawful prior to the passing of the Act of 1921 and the right of the manufacturer to deal in and to sell such records and contrivances for private use, therefore, remains undiminished and unprejudiced after the commencement of the Act. And it would seem a true

bande maîtresse de l'exploiter dans le domaine numérique en vendant ses phonogrammes sous forme de fichiers sur des sites de distribution de musique en ligne.

Dans le but d'établir certains critères, si l'on se tournait vers le droit commun des droits acquis en matière municipale, on s'apercevrait que les droits acquis sont délimités quant à leur étendue et, dans une certaine mesure, quant à leur intensité⁵⁰. Ce faisant, on s'apercevrait de la complexité de ce régime commun qui emporte la nécessité, notamment, de répondre à des questions telles que :

- Quelles sont les fins générales auxquelles l'œuvre ou l'interprétation est utilisée avant l'entrée en vigueur du nouveau droit (quelle est la nature des utilisations réellement exercées) ?
- L'utilisation peut-elle être modifiée de manière à ce que de nouvelles utilisations puissent être ajoutées, soustraites ou modifiées sans pour autant modifier le type d'utilisation originelle (les nouvelles utilisations sont-elles à ce point éloignées des anciennes qu'il y aura perte des droits acquis) ?
- Quelles sont les catégories d'utilisation en matière d'œuvres musicales et d'interprétation (la nouvelle utilisation appartient-elle à une catégorie distincte au point où elle n'est pas protégée par droits acquis) ?
- La nouvelle utilisation est-elle une composante ou l'accessoire de l'utilisation antérieure (à défaut de quoi, la nouvelle utilisation n'est pas protégée par droits acquis) ?
- Jusqu'à quel point une utilisation peut-elle être intensifiée (l'intensification d'une utilisation est permise en droit commun sous réserve de certaines limites) ?⁵¹

interpretation of s. 42(3) that the right exists not only to sell records and contrivances already manufactured and having a physical existence before the commencement of the Act, but also to continue to press records and make additional copies of contrivances from a plate or a matrix as defined in s. 2(r). The terms of s. 42(3) would seem to be broad enough and the intention appears plain enough to ensure to a person who has « incurred any expenditure or liability » that his rights shall not be diminished or prejudiced by the passing of the Act. Those rights contained the right to continue to manufacture as well as sell.

50. *Saint-Romuald (Ville de) c. Olivier*, [2001] 2 R.C.S. 898.

51. Voir F. MARCHAND, « Modifications, changements et extension des droits acquis à la suite de la décision de la Cour suprême dans l'affaire de *Ville de Saint-Romuald* » dans *Développements récents en droit municipal (2002)* (Cowansville, Blais, 2002), à la page 253.

À ces incertitudes structurelles se greffent certaines incertitudes liées au contexte, notamment contractuel, dans lequel intervendrait le droit d'évincer.

3.2 Incertitudes conjoncturelles

Il existe deux types d'incertitudes conjoncturelles. Le premier type est lié à l'étendue actuelle de certains droits et il pose la question suivante : certains gestes qui seraient autrement protégés par le droit issu du WPPT échappent-ils à l'emprise du régime actuel (ou l'ancien en cas de réforme) (3.2.1) ? Le deuxième type est lié à l'effet de contrats préexistants sur le droit d'évincer et il pose la question suivante : le droit d'éviction peut-il remettre en cause les droits et obligations issus du contrat (3.2.2) ?

3.2.1 Incertitudes quant à l'étendue des droits actuels

Le régime d'éviction s'applique, notamment, i) lorsqu'un geste était *licite* avant la réforme de la loi et ii) est devenu *illicite* depuis la réforme. Or, en pratique, l'appréciation de la *licéité* dudit geste nécessitera d'interpréter certaines dispositions de la LDA, particulièrement le sous-alinéa 15(1)b)(ii) LDA qui confère à l'artiste-interprète, à l'égard de sa prestation, le droit exclusif d'en reproduire « lorsqu'il a autorisé la fixation, toute reproduction de celle-ci faite à des fins autres que celles visées par cette autorisation ».

La question sera alors de savoir si ce droit permet déjà de contrôler les utilisations visées par les nouveaux droits. Par exemple, l'article 7 WPPT prévoit clairement et simplement que « les artistes interprètes jouissent du droit exclusif d'autoriser la reproduction directe ou indirecte de leurs interprétations ou exécutions fixées sur phonogrammes, de quelque manière et sous quelque forme que ce soit ». De même, l'article 10 WPPT prévoit que « les artistes interprètes ou exécutants jouissent du droit exclusif d'autoriser la mise à la disposition du public, par fil ou sans fil, de leurs interprétations ou exécutions fixées sur phonogrammes, de manière que chacun puisse y avoir accès de l'endroit et au moment qu'il choisit individuellement » (droit de mise à disposition). Si la réponse est positive, il faudra considérer le fait que le geste posé avant l'introduction du nouveau droit est *illicite* et, par voie de conséquence, ne confère aucun droit acquis.

Or, certains doutes existent en ce qui concerne l'étendue du droit actuel des artistes-interprètes. Il est donc possible que cer-

tains actes ne soient pas protégés. Par exemple, il n'est absolument pas clair que les artistes-interprètes disposent d'un droit de reproduction « plein et entier ». D'aucuns ont expliqué le sous-alinéa 15(1)b)(ii) LDA comme étant le « droit opposable à tous touchant à toute reproduction non autorisée d'une fixation autorisée »⁵². Ce droit de l'artiste-interprète s'apprécierait vraisemblablement en fonction des termes du contrat le liant à un producteur et en fonction de l'autorisation qu'il aura donnée⁵³. Ainsi, l'appréciation de la *licéité* du geste devra passer par une interprétation de l'autorisation contractuelle, explicite ou implicite⁵⁴.

Par ailleurs, il est permis de penser que le droit visé au sous-alinéa 15(1)b)(ii) LDA ne porte que sur la fixation initiale (*i.e.* la bande maîtresse) et qu'il ne permet donc pas de contrôler les reproductions subséquentes de celles-ci (*i.e.* les phonogrammes ou les exemplaires). D'autres indices vont dans ce sens.

Ainsi, le sous-alinéa 15(1)b)(iii) LDA prévoit que le droit exclusif est reconnu à l'artiste-interprète relativement à *toute fixation* permise par les Parties III LDA (« Cas d'exception ») et VIII LDA (« Copie pour usage privé ») lorsque la reproduction de la fixation ainsi permise est faite à des fins autres que celles que ces parties permettent. Par conséquent, le droit de poursuivre une personne en contrevention de l'article 80 LDA (Copie pour usage privé) se ferait sur la base de l'autorisation initiale de fixer la prestation sur une bande maîtresse qui serait réputée comporter l'autorisation d'en faire des copies privées et non pas sur la base d'un droit de reproduction portant sur les phonogrammes créés à partir de la bande maîtresse.

De plus, bien que le paragraphe 30.9(1) LDA (« Enregistrements éphémères : entreprises de radiodiffusion ») permette, au profit d'une entreprise de radiodiffusion, en l'absence de gestion collective, que la prestation fixée au moyen d'un enregistrement sonore soit reproduite aux fins de transposer la prestation sur un autre sup-

52. S. GILKER, « La commande d'œuvres musicales et d'enregistrements sonores musicaux dans le secteur du cinéma et de la télévision au Québec » dans Service de la formation permanente du Barreau du Québec, *Développements récents en droit du divertissement*, vol. 183, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2004, à la p. 215.

53. Voir W. NORDEMANN et al., *op. cit.*, à la p. 387.

54. Voir la problématique des licences implicites dans le domaine numérique : G. D'AGOSTINO, « En attendant *Robertson* : Définir la possession du droit d'auteur sur les œuvres des pigistes dans les nouveaux médias » (2006) 18-1 *C.P.I.* 163 ; *Robertson c. Thomson Corp.*, [2006] 2 R.C.S. 363 ; M. F. RADCLIFFE, « On-Line Rights : How to Interpret Pre-Existing Agreements » (1996) 9 *E.I.P.R.* 494.

port en vue de sa radiodiffusion, on s'aperçoit qu'une des conditions pour accomplir cet acte est qu'elle soit propriétaire de l'exemplaire de l'enregistrement sonore et qu'il s'agisse « d'exemplaires *autorisés* par le titulaire du droit d'auteur » [nous soulignons] (paragraphe 30.9(1)(a) LDA). Or, le régime du sous-alinéa 15(1)b(iii) fait en sorte qu'un exemplaire sera réputé autorisé aux fins de l'article 30.9 LDA.

En ce qui concerne l'acte de mise à disposition en matière de prestation enregistrée, il n'est pas clair, en l'état actuel du droit, tel que décrit précédemment, qu'il s'agisse d'un acte protégé⁵⁵.

Ces interprétations confirmeraient ainsi le fait que le droit des artistes-interprètes est bel et bien limité à un droit d'autoriser la fixation, laissant ouverte la question de savoir si certains gestes posés sont couverts par ce droit ou si, au contraire, ne peuvent l'être vu l'essence même des nouveaux droits prévus par le WPPT.

La réalité et les termes contractuels sont également susceptibles d'influer sur la disponibilité du régime d'éviction.

3.2.2 Incertitudes quant à la renonciation contractuelle au droit d'évincer

On n'omettra pas de relever le fait que chaque régime d'éviction concernant les artistes-interprètes incluait une mesure qui préservait, nonobstant toute disposition, les droits dont dispose l'artiste-interprète en droit ou en *equity*⁵⁶. Cette mesure a été expliquée dans les termes suivants :

[s]ubsection 32.4 [ou 5] (3) simply states that the right of a performer in law or in equity are in no way limited by what is set out in the preceding two subsections. The wording of subsection 32.4 [ou 5] (3) resembles that found at section 89 in fine of the Copyright Act.

32.4(3) Nothing in subsections (1) and (2) affects any right of a performer available in law or equity.

89. [...] but nothing in this section shall be construed as abrogating any right or jurisdiction in respect of a breach of trust or confidence.

55. Voir cependant l'affaire *BMG Canada Inc. c. John Doe (C.A.F.)*, [2005] 4 C.F. 81 où la Cour d'appel suggérait que certains actes pouvaient être couverts par d'autres droits que le droit de mise en disposition qui n'existait pas formellement au Canada lors des faits.

56. Art. 32.4/5/6(3) LDA.

Subsection 32.4 [ou 5] (3) leaves open the possibility of instituting proceedings otherwise than under the Copyright Act, as would be the case, for instance, for a breach of trust or an abuse of confidence, *a breach of contract*, interference with publicity or privacy rights, the appropriation of someone's personality or image, passing off and the like.⁵⁷

[Nos soulignés]

L'explication relative à l'existence de relations contractuelles, notamment entre artistes-interprètes et diffuseurs, mérite ainsi d'être considérée puisqu'il est notoire que bien avant l'introduction de droits d'auteur au profit des artistes-interprètes, ces derniers organisaient contractuellement leur relation avec des diffuseurs, individuellement ou collectivement⁵⁸. La portée à attribuer à cette disposition demeure cependant incertaine. À première vue, elle vise à n'exclure aucun des recours dont pourrait se prévaloir un artiste-interprète en dehors de la LDA et du régime d'éviction. Son texte semble indiquer que seul l'artiste-interprète pourrait l'invoquer. Son esprit semble être celui d'une mesure favorable à l'artiste-interprète.

Une autre interprétation consisterait à néanmoins affirmer que, si le contrat peut être invoqué par l'artiste-interprète, il peut également être invoqué par son cocontractant dès lors que les termes de l'entente permettent de régir la situation en cause. Il s'agit de la situation où le nouveau droit concerne un acte déjà visé par le contrat existant.

D'aucuns ont par ailleurs signalé que le principe du respect des relations contractuelles antérieures à l'adoption de droits couvrant leur objet a été déjà formellement consacré dans la *Loi sur le droit*

57. CARRIÈRE et RICHARD, *op. cit.*, sous 32.4 et 32.5 LDA ; voir Y. GENDREAU & D. VAVER, « Canada » dans M.B. NIMMER & P.E. GELLER, *International Copyright Law and Practice*, (New York, Matthew Bender, 2007), au par. 9[1](a).

58. Sur les ententes individuelles artiste-producteur avant 1997, voir l'affaire *Lapointe c. Disques Gamma Québec Ltée* (1996), J.E. 96-834 (C.S. Qué.) ; voir en G-B., *Schroeder Music Publishing Co. Ltd. c. Macaulay* ; [1974] 3 All E.R. 616 (H.L.) ; *Clifford Davis Management Ltd. c. W.E.A. Records Ltd.*, [1975] 1 All E.R. 237 (C.A.) ; *O'Sullivan c. Management Agency and Music Ltd.*, [1985] 3 All E.R. 351 (C.A.). Sur les ententes collectives, voir M. ADLER, « Historique, typologie, objet et importance des rapports collectifs de travail impliquant des associations ou syndicats d'auteurs et d'artistes au Québec », Rapport canadien dans Congrès de l'ALAI internationale de Montebello, *Protection des auteurs et artistes interprètes par contrat*, (« ALAI Montebello »), Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998, aux p. 891 et 894.

d'auteur dont l'article 16 prévoit que « l'article 15 n'a pas pour effet d'empêcher l'artiste-interprète de prévoir, par contrat, les modalités d'utilisation de sa prestation aux fins de radiodiffusion, de fixation ou de retransmission »⁵⁹. Ainsi, « [e]n pratique, il n'y [aurait] rien de changé, sinon que la reconnaissance des droits négociés auparavant sur une base purement contractuelle [serait] aujourd'hui reconnue expressément par la loi »⁶⁰. On doit cependant préciser que l'article 16 LDA précité semble plutôt simplement destiné à permettre la conformité de la LDA avec l'article 7, paragraphe 2 « Relations des artistes avec les organismes de radiodiffusion » de la Convention de Rome. L'article 16 n'aurait donc aucun lien avec les situations visées par le régime WPPT.

Néanmoins, la question qui se pose – et qui demeure ouverte – est celle de savoir si le bénéficiaire du nouveau droit est privé du droit d'évincer parce qu'il y aurait nécessairement implicitement renoncé avant l'introduction des nouveaux droits en s'obligeant par voie contractuelle et en permettant, dans l'avenir, à son cocontractant de poser des gestes par la suite régis par un nouveau droit d'auteur⁶¹. On signalera d'ores et déjà une nuance, savoir que le contractant aurait posé des gestes permis en raison du contrat et non pas en raison de droits acquis.

59. N. TAMARO, *op. cit.*, à la p. 422 :

Des sociétés qui représentent des artistes-interprètes négociaient dans ces conventions collectives des droits des artistes-interprètes bien avant l'adoption des dispositions prévoyant des droits d'auteur en leur faveur. Ces droits déjà négociés par conventions collectives ne sont pas nécessairement affectés depuis les modifications apportées à la loi en 1997.

En pratique, il n'y a rien de changé, sinon que la reconnaissance des droits négociés auparavant sur une base purement contractuelle est aujourd'hui reconnue expressément par la loi. En ce sens, la loi précise qu'elle n'affecte pas les droits de l'artiste-interprète de négocier « par contrat, les modalités d'utilisation de sa prestation aux fins de radiodiffusion, de fixation ou de retransmission ». Les droits négociés auparavant à ces égards continuent tous leurs effets et peuvent continuer d'être négociés.

La nature des droits reconnus par la loi aux artistes-interprètes n'a donc pas d'influence sur les pratiques qui étaient établies de négocier « des droits de suite », même si pour certains de ces droits il faut dorénavant parler de « droits d'auteur » depuis 1997. Nous pourrions dire que la loi se contente de rendre formels des droits qui étaient auparavant négociés sans le support de la loi, et cette dernière reconnaît un pouvoir de négociation de l'artiste-interprète pour d'autres utilisations de ses prestations qui ne seraient pas expressément prévues à la loi.

60. *Ibid.*

61. On trouve communément dans les contrats des clauses accordant le droit d'exploiter une prestation enregistrée « sur tout support connu ou à être inventé, présent ou futur ».

En admettant que le régime d'éviction puisse être utilisé par le titulaire des nouveaux droits contre son cocontractant, sous réserve de considérations d'ordre public⁶², un marché de l'éviction pourrait apparaître, dans lequel un concurrent du cocontractant du titulaire de droits aurait avantage à acquérir les droits de ce dernier aux fins d'évincer son concurrent. De la même façon, un titulaire de droits pourrait théoriquement céder ses nouveaux droits, dont le droit d'éviction, à une société de gestion collective⁶³. Finalement, en admettant que le régime d'éviction puisse être utilisé par un titulaire de droits contre son cocontractant, on admettrait qu'il puisse aussi être invoqué contre un tiers qui aurait contracté avec le cocontractant en question et ainsi de suite.

Ces cas de figure seraient d'autant moins freinés qu'un dispositif semblable à celui de l'article 58.1 de la *Loi modifiant la Loi sur le droit d'auteur* en 1997 serait écarté du régime transitoire (C-60 ne comportait aucune disposition semblable). Cet article disposait que

Les ententes en matière de cession d'un droit qui, en vertu de la présente loi, constitue un droit d'auteur ou à rémunération, ou en matière de licence concédant un intérêt dans un tel droit, conclues avant le 25 avril 1996 ne valent pas cession ou concession d'un droit conféré à l'origine par la présente loi, sauf mention expresse du droit à cet effet.

Ainsi, en l'absence d'une telle disposition, on avancerait la thèse selon laquelle le législateur, *a contrario*, lorsqu'il souhaite intervenir dans une relation contractuelle, procède de façon explicite et univoque. On invoquerait également dans ce sens le régime transitoire prévu en 1921 où des dispositions spécifiques et distinctes du paragraphe 42(3), ancêtre des articles 32.4, 32.5 et 32.6, étaient prévues en matière d'intervention dans la relation contractuelle. Tel que mentionné, à l'époque, le législateur procédait à une substitution de droits, les bénéficiaires des nouveaux droits d'auteur étant

62. En common law, le principe de *maintenance* ou *champerty* pourrait faire obstacle à un tel marché, voir Y. GENDREAU & D. VAVER, « Canada », *op. cit.*, au par. 4[3](c). En droit civil, la bonne foi et l'abus de droit joueraient un tel rôle.

63. Possiblement dans ce sens, Y. GENDREAU & D. VAVER, « Canada », *op. cit.*, au par. 4[3](c), affirmant que

Courts have recently held that an assignment of even a bare cause of action, whether contractual, tortious, or equitable, is valid if the assignee has a genuine pre-existing commercial or financial interest in acquiring the right that is at issue in the action. Under this theory, there seems to be no reason why a collecting society cannot have a cause of action for copyright infringement validly assigned to it by a member.

ceux qui étaient les « titulaires » des anciens, suite à une cession, notamment. La loi de 1921 prévoyait que dans certains cas, la substitution ne s'effectuerait pas au profit du « titulaire-cessionnaire » des droits anciens mais était réservée à l'auteur, malgré toute cession, pour des raisons de justice⁶⁴. En résumé, en l'absence d'interventionnisme contractuel, l'entente entre les parties devrait être respectée.

Enfin, on soulèverait la question de savoir si en permettant au titulaire des nouveaux droits de recourir au régime d'éviction contre son cocontractant, cela ne revient pas à donner un effet purement rétroactif à la loi, en remettant en cause le passé et l'intention initiale des parties.

3.3 Guides d'interprétation

L'application du régime d'éviction comporte sans doute des difficultés qui restent cependant à découvrir dans la pratique. Dans l'éventualité où elles seraient réelles, certaines propositions sont susceptibles de guider l'interprète du droit. Bien qu'il ne s'agisse pas d'un exercice exhaustif ou bien qu'il s'agisse de principes connus, on rappellera la distinction entre l'effet rétroactif et l'effet rétrospectif, voire immédiat, de la loi (3.3.1) avant de tenter de donner un sens à la présence d'un régime d'éviction dans le dispositif encadrant une réforme (3.3.2).

3.3.1 *L'effet rétroactif se distingue de l'effet rétrospectif ou de l'effet immédiat de la loi*

Les régimes d'éviction semblent tous être associés à un même principe de rétroactivité dans la mesure où leurs textes présentent de grandes similitudes alors que certains découlent directement de la mise en œuvre de l'article 18 de la Convention de Berne.

Il conviendrait cependant de refouler la tentation d'associer automatiquement le régime d'éviction à un effet rétroactif. La doctrine a consacré certaines nuances quant aux effets de l'application de la loi dans le temps en distinguant, par exemple, l'effet rétroactif d'une loi et son effet rétrospectif ou, par exemple, l'effet rétroactif et

64. Voir la section suivante.

l'effet immédiat de la loi⁶⁵. Toutefois, comme l'écrit le professeur Côté,

l'intérêt de distinguer l'effet rétrospectif de l'effet rétroactif est pratiquement nul lorsque le législateur a énoncé clairement la portée qu'il a entendu donner à la loi nouvelle. S'il a manifesté une volonté nette que la loi nouvelle soit appliquée de telle ou telle façon, il importe peu de savoir si l'application décidée implique un effet rétroactif ou un effet rétrospectif.

Par contre la distinction prend tout son intérêt lorsque le législateur n'a pas expressément réglé la question de l'application temporelle de la loi nouvelle. Pour suppléer à ce silence, l'interprète fait appel à deux principes, d'inégale autorité : le principe de la non-rétroactivité de la loi et le principe du maintien des droits acquis.⁶⁶

Il a été signalé que le *Copyright Act, 1911* n'avait d'effet rétroactif qu'en ce qui concerne la durée de protection, tel qu'il appert à son article 24(1) disposant que

Where any person is immediately before the commencement of this Act entitled to any such right in any work as is specified in the first column of the First Schedule to this Act, or to any interest in such a right, he shall, as from that date, be entitled to the substituted right set forth in the second column of that

65. Voir P.-A. CÔTÉ, *Interprétation des lois*, 3^e éd., (Montréal, Thémis, 1999), à la p. 167 :

Il y a effet rétroactif lorsque la loi nouvelle modifie les conséquences juridiques de faits accomplis avant son entrée en vigueur. L'effet rétroactif normal modifie toutes les conséquences juridiques des faits en questions, à quelques moments qu'ils se produisent. Le législateur peut cependant ne modifier que les conséquences futures de faits accomplis, en respectant les conséquences qui se sont réalisées antérieurement à l'entrée en vigueur : c'est ce que l'on appelle l'effet rétrospectif.

Et à la p. 191 :

Il y a effet immédiat de la loi nouvelle lorsque celle-ci s'applique à l'égard d'une situation juridique en cours au moment où elle prend effet : la loi nouvelle gouvernera alors le déroulement futur de cette situation.

Voir R. Sullivan, *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes*, 4^e éd. (Markham, Butterworths, 2002), aux pp. 542 et s. et not. à la p. 546 :

Retroactive applications are generally considered to be the most objectionable since they involve changing the past. Retrospective and immediate applications are less objectionable because they involve changes for the future only. Any of these three categories of application may, in a given case, turn out to interfere with vested rights. Such interference is considered objectionable because it amounts to expropriation of a form of property without compensation.

66. P.-A. CÔTÉ, *ibid.*, à la p. 169.

schedule, or to the same interest in such a substituted right, and to no other right or interest, and such substituted right shall subsist for the term for which it would have subsisted if this Act had been in force at the date when the work was made and the work had been one entitled to copyright there-under. [nos soulignés]

Et l'auteur d'affirmer au sujet de la loi britannique :

It is clear that the owner of the substituted right conferred by section 24 cannot sue in respect of any act committed prior to the commencement of the Act of 1911 which was not an infringement of copyright at the date when the act was committed.⁶⁷

On remarquera qu'au Canada, le paragraphe 42(1) du *Copyright Act, 1921* reproduisait le même principe et les remarques précédentes s'y appliqueraient *mutatis mutandis*.

Mis à part cette disposition précise issue de la réforme de 1924, les dispositions rétroactives « pures », contenues ailleurs dans la loi de 1924 ou adoptées lors des réformes ou modifications législatives de la LDA en 1988, 1994 et 1997 sont peu nombreuses. En l'absence de dispositions expresses, on appliquerait la présomption de non-rétroactivité de la loi⁶⁸. En l'absence de dispositions, tels l'article 42(3) et ses successeurs, on se serait posé la question de savoir si la présomption de maintien des droits acquis s'appliquait⁶⁹.

Ces articles semblent permettre de régler la question du maintien des droits acquis en instaurant un régime double qui, d'une part,

67. F.E. SKONE JAMES, *op. cit.*, à la p. 242.

68. Voir *Lauri v. Renad*, [1892] 3 Ch. 402, à la p. 421 : « It is a fundamental rule of English law that no statute shall be construed so as to have a retrospective operation unless its language is such as plainly to require such a construction : and the same rule involves another and subordinate rule to the effect that a statute is not to be construed so as to give a greater retrospective operation than its language renders necessary », citée par F.E. Skone James, *op. cit.* à la p. 249. On notera que le terme « retrospective » était utilisé à l'époque de façon interchangeable avec le terme « retroactive ».

69. Comparer le titre du paragraphe 62(2) LDA : « Sauvegarde des droits acquis » et son texte : « Toutefois, aucun décret pris en vertu du présent article ne porte atteinte ou préjudice aux droits ou intérêts acquis ou nés au moment de la mise à exécution de ce décret, ces droits et intérêts devant y trouver protection ». La similitude de langage avec le régime d'éviction suggère qu'il s'agit du même concept de droits acquis. Sur la présomption de maintien des droits acquis, voir P.-A. CÔTÉ, *op. cit.*, aux p. 197-199 et 212-219.

définit ce qui peut constituer des droits acquis et, d'autre part, établit qu'il peut être mis fin à ces droits acquis moyennant paiement d'une compensation. Cette disposition vise vraisemblablement à exprimer la volonté du législateur de ce qui est « juste et raisonnable » et de choisir une solution « qui, dans les circonstances, paraît la moins onéreuse, celle qui réalise le meilleur compromis possible entre l'intérêt individuel qui appelle la survie de la loi ancienne et l'intérêt social qui justifie l'application immédiate de la loi nouvelle »⁷⁰.

3.3.2 *Le régime d'éviction est l'expression d'une certaine volonté du législateur mais reste une volonté certaine*

La présence ou l'absence d'un régime d'éviction parmi les mesures transitoires accompagnant une réforme de la LDA résulte d'un choix du législateur, par ailleurs conforme à un traité international. Il doit ainsi être donné un sens à l'expression particulière de cette volonté associée à la présence d'un régime d'éviction. Cette volonté se comprend plus aisément lorsque l'on compare les différentes solutions transitoires qui s'offrent au législateur.

Par exemple, les droits moraux du Projet de loi C-60 ou les droits économiques OMC en 1994 avaient un effet essentiellement prospectif. En revanche, le régime de protection des droits pécuniaires dans le Projet de loi C-60 ou la loi de 1997 avait un effet rétroactif. Le choix d'une telle mesure devrait aussi s'inscrire dans le cadre de l'objectif général de Réforme de la loi, en tenant pour acquis qu'il s'agit d'un tel objectif. Dans un tel cas, toute ambiguïté du texte d'une disposition devrait s'interpréter dans le sens qui convient à l'objectif⁷¹. Or, le régime d'éviction ne se caractérise pas par une clarté absolue, notamment en ce qui concerne l'étendue des droits acquis qu'il vise. L'objectif de la réforme pourrait alors permettre d'en limiter le champ.

70. P.-A. CÔTÉ, *op. cit.*, à la p. 217 ; voir aussi les commentaires précités dans R. Sullivan, *op. cit.*, concernant les effets négatifs d'une loi rétroactive ou rétrospective : « Such interference is considered objectionable because it amounts to expropriation of a form of property without compensation ».

71. Voir P.-A. CÔTÉ, *op. cit.*, à la p. 491, référant à la méthode téléologique d'interprétation des lois, telle que par ailleurs codifiée à l'article 12 de la *Loi d'interprétation*, L.R.C. (1985), c. I-21 : « Tout texte est censé apporter une solution de droit et s'interprète de la manière la plus équitable et la plus large qui soit compatible avec la réalisation de son objet ».

De même, l'esprit et le texte de l'article 89 LDA pourraient intervenir dans l'orientation de la méthode interprétative : il favoriserait une interprétation restrictive de ce champ car un champ élargi, voire des droits acquis illimités dans l'espace et dans le temps, pourraient affaiblir le principe de l'article 89. En effet, ces droits acquis restreindraient, *de facto* mais aussi juridiquement par le biais d'une pratique contractuelle possiblement érigée au rang d'usage, un domaine d'utilisations qui, par définition, ne pourrait être restreint qu'au titre de la LDA⁷².

4. SOLUTIONS TRANSITOIRES COMPARÉES

La marge de manœuvre que confère aux États signataires l'article 18 Berne est illustrée par les solutions adoptées par l'Australie lors de la mise en œuvre du WPPT (4.1) et par les États-Unis lors de la mise en œuvre des ADPICs (4.2). Ces solutions respectives sembleraient placer la canadienne à mi-chemin entre les deux.

4.1 La solution australienne

L'Australie a amendé sa loi sur le droit d'auteur (*Copyright Act 1968*⁷³) en janvier 2005 afin de ratifier le WPPT, soit quelque huit années après avoir signé le traité, et à l'occasion de la mise en œuvre de l'accord de libre échange avec les États-Unis⁷⁴. L'Australie a choisi, en ce qui concerne les artistes-interprètes, comme solution de faire de ceux-ci des co-titulaires des droits dans l'enregistrement sonore⁷⁵, sans créer par conséquent une nouvelle catégorie de titulaires de droits qui serait celle des droits d'auteur des artistes-interprètes, ces derniers étant assimilés à des « makers » (*i.e.* des producteurs)⁷⁶. Les amendements comprenaient également des dispositions spécifiques pour tenir compte des articles 18 Berne et 22

72. Art. 89 LDA : « Nul ne peut revendiquer un droit d'auteur autrement qu'en application de la présente loi ou de toute autre loi fédérale ».

73. <www.austlii.edu.au/au/legis/cth/consol_act/ca1968133.txt/cgi-bin/download.cgi/download/au/legis/cth/consol_act/ca1968133.txt>.

74. Voir K. WEATHERALL, « 'Pretend-Y Rights' On the Insanely Complicated New Regime for Performers' Rights in Australia, and How Australian Performers Got Gyped », dans *New Directions in Copyright Law*, Volume 2, (Cheltenham, Edward Elgar Press, 2006).

75. Art. 97 2A *Copyright Act 1968* (ci-après « CA 1968 ») : « ... the owners own the copyright as tenants in common in equal shares ».

76. Voir K. WEATHERALL, *op. cit.*

WPPT et de la situation propre à l'Australie en raison de son droit constitutionnel⁷⁷. Le régime transitoire ainsi adopté a été présenté de la façon suivante⁷⁸ :

- le titulaire des droits dans l'enregistrement sonore immédiatement avant le 1^{er} janvier 2005 a le droit de poser tout geste permis par la loi comme si le nouveau titulaire des droits (*i.e.* les artistes-interprètes) dans l'enregistrement sonore lui avait accordé une licence ou lui avait donné sa permission⁷⁹ ;
- les artistes-interprètes peuvent poursuivre les tiers pour violation du droit d'auteur mais n'ont droit qu'à des « dommages additionnels » et à l'obtention d'une injonction, à l'exclusion de dommages compensatoires⁸⁰ ;
- les nouveaux titulaires de droits (*i.e.* les artistes-interprètes) sont exclus de la définition de « titulaire de droit » (« owner ») pour les fins des différents droits à rémunération et licences légales⁸¹.

En somme, il a été indiqué et commenté que

[...] the only real right that performers obtain in relation to pre-1 January 2005 sound recordings is a right to bring an action against an infringer for an injunction (and possibly additional damages). They cannot seek money from a 'former owner', and they cannot seek a share of future money received

77. Voir *Explanatory Memorandum to the US Free Trade Agreement Implementation Bill 2004* (www.austlii.edu.au/au/legis/cth/bill_em/uftaib2004373/memo1.html) (ci-après le « Mémoire ») ; *Subdivision B – Specific provisions relating to the ownership of copyright in pre-commencement sound recordings of live performances* et les articles 100AA à 100AH CA 1968 ; voir aussi l'article 116AA CA 1968.

78. K. WEATHERALL, *op. cit.*

79. Selon le Mémoire :

New s100AF provides that the owner can, subject to any agreement between the former owner and the new owner, do any act comprised in the copyright, or any other act in relation to the copyright as if each new owner had granted a licence or permission to the former owner to do the act. This provision does not remove the necessity to obtain the consent of other former owners to do the act. New sub-s100AF(2) provides that subsection (1) applies to the former owner's licensees and successors in title, persons authorised by the former owner, and persons authorised by the former owner's licensees or successors in title in the same way as it applies to the former owner. New subsection 100AF(3) provides that subsections (1) and (2) may be excluded or modified by agreement, whether made before or after the section commences, between a former owner and a new owner.

80. Voir art. 100 AG CA 1968.

81. Voir art. 100 AH CA 1968.

by a former owner. The former owners may continue to act as if they are the sole owners of copyright in the sound recording. These provisions respond to a constitutional concern. However, one must query whether it was necessary to reduce the rights of performers to almost nothing in order to avoid a constitutional challenge. Certainly steps this drastic do not appear to have been taken in other jurisdictions, even those with constitutional rights to quiet enjoyment of property [le Canada est cité].⁸²

La solution australienne contraste avec celle retenue aux États-Unis lorsqu'il a été question de donner un effet « rétroactif » à des dispositions en raison de la référence à l'article 18 Berne dans le cadre des ADPIC.

4.2 La solution états-unienne

Ayant eu à appliquer l'article 18 de la Convention de Berne via les Accords de l'*Organisation mondiale du commerce*⁸³, les États-Unis ont semblé avoir choisi de donner un effet immédiat à la loi en prévoyant que le droit d'auteur sur une œuvre ou un phonogramme qui était dans le domaine public états-unien serait automatiquement restauré. Le régime prévoyait cependant de la part des titulaires de droits qu'ils donnent aux tiers un préavis de l'intention d'exercer leurs nouveaux droits. Ce préavis était opposable à tous s'il était déposé auprès du *Copyright Office* dans le délai prescrit (deux ans à compter de la date à laquelle l'œuvre étrangère devient éligible à la protection aux États-Unis). Après ce délai prescrit, les titulaires de droits restaurés devaient signifier leur préavis d'exercice des droits directement aux tiers concernés.

Dans les deux cas de figure, les tiers bénéficiaient alors d'une période de douze mois à compter du préavis d'exercice des droits pour achever d'exploiter l'œuvre ou le phonogramme sous forme de représentations publiques et/ou écouler les stocks de copies, selon le cas. À l'issue de cette période, ils avaient l'obligation de cesser toute exploitation de l'œuvre à moins de parvenir à un accord de licence avec le titulaire des droits restaurés⁸⁴.

82. K. WEATHERALL, *op. cit.* (références omises).

83. L'article 9(1) ADPIC dispose que « Les Membres se conformeront aux articles premier à 21 de la Convention de Berne (1971) et à l'Annexe de ladite Convention. [...] » ; l'article 14(6) renvoie à 18 Berne en ce qui concerne les phonogrammes (cf. *supra* partie I).

84. Copyright Office, Library of Congress, *Restoration of Certain Berne and WTO Works*, Final Regulations, 37 CFR Parts 201 and 202, <www.copyright.gov/fedreg/1995/60fr50414.html>.

Là encore, il appert que des considérations d'ordre constitutionnel ont présidé à l'instauration d'un principe d'un préavis d'exercice des droits d'auteur restaurés :

The Copyright Office again emphasizes that the restoration of copyright in certain foreign works considered in the public domain in the United States creates a conflict between reliance parties' and copyright owners' legitimate concerns. Reliance parties have invested capital and labor in the lawful exploitation of public domain property ; the sudden restoration of copyright divests them of these investments. Without some provision addressing this potential loss, there could be challenges based on the « taking » clause of the Fifth Amendment of the U.S. Constitution. On the other hand, it is important that the United States restore copyright protection in certain foreign works. The United States arguably failed to conform its law fully to the Berne Convention in 1989 when it declined to interpret Article 18(1) on restoration as being mandatory. The U.S. Justice Department in its review of the URAA legislation concluded that under existing precedents interpreting the Fifth Amendment, the Notice of Intent to Enforce the Restored Copyright avoided an unconstitutional « taking. » Thus, the Justice Department considered these provisions as critical.⁸⁵

5. CONCLUSION

Le Canada a quasiment systématiquement recouru au régime d'éviction au cours de l'évolution de la LDA. Pourtant aucun cas d'application de ce régime n'existe dans l'histoire judiciaire du Canada. La perspective de la ratification des traités OMPI, destinés à répondre aux besoins de l'ère numérique, semble justifier que l'on s'interroge sur le sort des activités économiques en cours, dans cette éventualité. Or, certaines incertitudes entourant les critères du régime censé encadrer la conciliation des différents intérêts liés à ces activités sont apparues lors de l'étude du régime d'éviction et du contexte dans lequel il s'appliquerait.

La comparaison de certaines solutions étrangères permet d'illustrer les divers degrés de reconnaissance par le législateur des intérêts des artistes et des parties ayant investi de façon licite dans l'exploitation d'œuvres ou d'objets de droit d'auteur. On signalera cependant qu'aucune obligation internationale ne contraint un pays

85. *Ibid.*

à aménager l'effet rétroactif ou immédiat de la loi. Le Canada n'est par conséquent aucunement tenu de reproduire le schéma historique qui semble se répéter au fil des modifications législatives. Un choix politique peut en effet privilégier une application immédiate de la loi sans pour autant assujettir l'exercice des nouveaux droits à un processus qui apparaît incertain et par conséquent litigieux et coûteux pour tous les intérêts en cause.

Il est opportun de rappeler que le Gouvernement du Canada, dans « Stimuler la culture et l'innovation – Rapport sur les dispositions et l'application de la *Loi sur le droit d'auteur* », rédigé en vertu de l'article 92 LDA et publié en l'an 2002, avait mis en avant certains principes lui permettant de « relever les défis en ce qui a trait aux politiques culturelle et économique au Canada, soit :

- assurer des gains nets à la population canadienne ;
- préserver la capacité d'adaptation de la Loi à l'innovation technologique et aux nouveaux modèles commerciaux ;
- clarifier la législation là où cela peut réduire le risque de litiges inutiles ;
- assurer au processus de réforme une orientation qui tienne compte des tendances internationales et qui contribue à les influencer ».

Dans cette optique, il semble qu'une adéquation doive être réalisée entre une véritable politique culturelle, une véritable réforme de la loi et un véritable accès aux bénéfices des nouveaux droits.