

Vol. 13, n° 3

**Une copie privée pour le
nouveau millénaire?
Commentaire sur les obligations
internationales pertinentes et sur
la Partie VIII de la Loi canadienne
sur le droit d'auteur**

Luc André Vincent*

Introduction	715
Partie I: Un encadrement juridique international incertain.	723
A. La Convention de Berne, la Convention universelle sur le droit d'auteur et la Convention de Rome	723
1. L'étendue des droits de reproduction en cause	723
2. Les limitations conventionnelles aux droits de reproduction	732

© Luc André VINCENT, 2001.

* B.A., LL.B, DESS. L'auteur est avocat du Barreau du Québec et analyste des politiques à la Direction générale de la politique du droit d'auteur du ministère du Patrimoine canadien depuis 1994. Le présent mémoire a été présenté dans le cadre du DESS Droit informatique et technologies nouvelles de la Faculté Jean Monnet de l'Université Paris XI. Les vues exprimées sont celles de l'auteur et ne peuvent aucunement être assimilées à celles du ministère du Patrimoine canadien ou du gouvernement canadien. L'auteur tient à remercier Ghislain Roussel, Laurent Carrière, Pierre Sirinelli et Sylvain Metz pour leur encouragement et leurs précieux conseils.

3.	Les obligations dubitatives des États	735
B.	L'Accord relatif aux aspects de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ADPIC) et l'Accord de libre-échange nord-américain (ALÉNA)	739
1.	L'étendue des droits de reproduction en cause	740
2.	L'apparente harmonisation des limitations aux droits de reproduction	741
3.	Les nouvelles obligations dubitatives des États	742
C.	Les traités «WCT» et «WPPT» de l'OMPI	750
1.	La réaffirmation des droits de reproduction en cause	753
2.	L'apparente harmonisation des limitations aux droits de reproduction	755
3.	L'incertitude persistante des obligations des États	758
	Partie II: Une solution en dépit de l'encadrement juridique international	760
A.	Une solution sous forme de mécanisme de rémunération compensatoire	760
1.	L'unique solution au phénomène de la copie privée	760
2.	La création de «parcs nationaux» ou la solution traditionnelle comme abus de l'exception tolérée	762
3.	La remise en cause de la solution traditionnelle	765
B.	La partie VIII de la Loi sur le droit d'auteur du Canada: une solution à la fois traditionnelle et audacieuse	766
1.	Genèse de la solution canadienne	766
2.	Régime applicable	770

3.	Remise en cause d'une solution inachevée	773
a.	La nature juridique du mécanisme	774
b.	L'indétermination des «support audio» et «support audio vierge»	778
c.	La désignation des créateurs admissibles en dépit de l'encadrement normatif international	780
d.	L'économie générale des exemptions au mécanisme de rémunération	782
e.	Les propositions de tarifs, la décision et le tarif . . .	783
f.	Le rôle de la Commission du droit d'auteur.	788
C.	La recherche d'une solution adéquate pour un environnement numérique	788
1.	Le <i>statu quo</i> ou le <i>statu quo</i> amélioré	789
2.	L'abolition des limitations relatives à la copie privée numérique.	791
3.	L'impossible <i>jus conventionis</i> avalisant la solution traditionnelle	791

INTRODUCTION

Les organisations internationales et les auteurs de doctrine se préoccupant davantage des problématiques liées aux multimédias, aux technologies de l'information et à la numérisation¹, on ne semblait plus guère se soucier de copie privée ou des mécanismes de rémunération compensatoire ancillaires au droit de reproduction². Quelle place doit donc être celle de la copie privée dans un environnement numérique? Comment surtout devons-nous comprendre l'initiative du législateur canadien en matière de copie privée³ entreprise à l'aube du troisième millénaire?

On utilise généralement l'expression «copie privée» pour désigner le fait de reproduire à des fins non commerciales et personnelles des œuvres protégées ou non par le droit d'auteur et par les droits voisins, notamment des œuvres littéraires et artistiques, des photographies, des œuvres musicales, des prestations d'artistes interprètes, des enregistrements sonores, des œuvres cinématographiques ou des créations audiovisuelles. Le texte de la législation française se réfère aux copies ou reproductions strictement réservées à l'usage

1. Nous ne citerons parmi une littérature devenue gargantuesque que les titres suivants: J.-P. TRIAILLE, «Problématique de l'informatique et des nouvelles technologies de l'information», (1994) 4 *C.P.I.* 267; A. KEREVER, «Droit d'auteur et mondialisation», (1997) 10 *C.P.I.* 19; P. DEPREZ et V. FAUCHOUX, *Lois, contrats et usages du multimédia*, Éditions Dixit, Paris, 1997, 344 pages; P. TRUDEL et al., *Droit du Cyberspace*, Thémis, 1997. Nous pouvons mentionner au plan international l'absence de solution négociée dans le contexte des traités ADPIC et OMPI mais également dans le contexte de l'Union européenne, et ce, malgré ses efforts d'harmonisation depuis le *Livre vert sur le droit d'auteur et le défi technologique* du 7 juin 1988, COM(88).
2. Voir l'intérêt que semblait susciter la copie privée: P. MASOUYÉ, «La copie privée, un nouveau mode d'exploitation des œuvres», (1982) *Le droit d'auteur* 82; Y. GAUBIAC, «Les nouveaux moyens techniques de reproduction et le droit d'auteur», (1984) 122 *R.I.D.A.* 131; W. DILLENZ, «La rémunération pour copie privée et le principe de traitement national», (1990) *Le droit d'auteur* 196; T. COLLOVA, «De la rémunération pour la copie privée», (1991) 149 *R.I.D.A.* 34; G. DAVIES et M.E. HUNG, *Private Copying of Sound and Audio-visual Recordings, An International Survey of the Problem and the Law*, Sweet & Maxwell, 1993, 280 pages, et au Canada: S. MARTIN, «La copie privée», (1989) 2 *C.P.I.* 27.
3. *Loi portant modification à la Loi sur le droit d'auteur*, L.C. 1997, c. 24 du 25 avril 1997, donnant suite au projet de loi C-32, déposé à la Chambre des communes le 1^{er} avril 1996, ci-après L.R.C., c. C-42, *Loi sur le droit d'auteur* telle que modifiée ou *Loi*.

privé de copiste et non destinées à une utilisation collective, tandis que la législation canadienne se borne à énoncer le fait de reproduire pour usage privé l'intégralité ou toute partie importante d'un enregistrement sonore, d'une œuvre musicale ou d'une prestation de cette œuvre sur support audio⁴.

Sans faire état des autres actes de reproduction connexes ou assimilables desquels la copie privée phonogramme se distingue en général – la copie illicite ou pirate des œuvres à des fins de commercialisation, la copie servant des fins éducatives ou institutionnelles, la copie de sauvegarde de logiciel, la copie éphémère et la copie issue des techniques de reprographie, l'émergence problématique des actes de reproduction à des fins personnelles est concomitante à la commercialisation «grand public», vers le début des années 60, des nouveaux appareils de reproduction tels que les lecteurs enregistreurs, magnétophones et magnétoscopes.

L'ampleur du phénomène de la copie privée phonogramme est pourtant difficile à mesurer. Ainsi, dans la Communauté européenne, ce sont environ 470 millions de supports audio vierges de type analogique (cassettes et rubans magnétiques) qui auraient été vendus en 1991 plutôt que 282 millions en 1982⁵. Aux États-Unis, ce sont environ 388 millions de supports équivalents qui auraient été vendus en 1987⁶ et au Canada, entre 23 à 137 millions selon les nombreuses études effectuées depuis 1980 mais qui varient considérablement. La plus récente étude synthèse réalisée par le ministère d'Industrie Canada en novembre 1994⁷ établissait ce nombre à

4. *Code de la propriété intellectuelle*, Édition réalisée et commentée par M. VIVANT, Litec, Paris, 1996, 1020 pages, voir: II.2, Livre I, titre II, chapitre II, art. L. 122-5(2); II.4, L.III, Dispositions générales, titre 1, Rémunération pour copie privée, art. L. 311 et s. *Loi sur le droit d'auteur*, L.R.C., c. C-42, art. 80.
5. G. DAVIES et M.E. HUNG, *supra*, note 2, p. 11.
6. CONGRESS OF THE UNITED STATES – OFFICE OF TECHNOLOGY ASSESSMENT, *Copyright & Home Copying: Technology Challenges the Law*, OTA-CIT-422 (Washington DC: US Government Printing Office), octobre 1989, 293 pages. Malgré une documentation fort étayée quant à l'impact de la copie privée sur l'industrie et les consommateurs, les quantités de cassettes commercialisées ne font l'objet que d'une mention secondaire à la page 186 du rapport d'une source identifiée comme l'*International Tape/Disc Association*, alors que les lobbies «*Electronic Industries Association*» et «*Home Recording Rights Coalition*» participent à l'étude américaine sans produire de quantification plus précise. (voir p. 9). Il faut signaler au passage la critique que les auteurs Davies et Hung formulent à l'égard de cette étude qu'ils jugent erronée du fait de l'inclusion de certaines catégories de supports (dictaphones): G. DAVIES et M.E. HUNG, *supra*, note 2, p. 39 et s.
7. H. DÉRY et INDUSTRIE CANADA, Direction générale des conseils en gestion, *Calcul de l'ampleur de l'enregistrement sonore à domicile*, 1994, 19 pages. L'étude passe en revue les études et sondages canadiens FORCAST (1987), CROP (1989), DENTON (1992) et GALLUP (1994) ainsi que certaines données de STATISTIQUE CANADA de même que les études précitées OTA du Congrès américain (1989) et G. DAVIES et M.E. HUNG, (1993).

53 millions tandis qu'il est estimé à 44 millions par l'industrie canadienne du phonogramme dans *Le temps d'agir. Rapport du groupe de travail sur l'avenir de l'industrie canadienne de l'enregistrement sonore*⁸. Cette dernière étude de 1996 évaluait les pertes conséquentes de la seule industrie canadienne à environ 324,7 millions de dollars par année.

Si ces quantifications tendent à étayer l'émergence et l'importance relative du phénomène de la copie privée phonogramme, seuls les sondages d'opinion sont susceptibles d'indiquer l'utilisation réelle qui est faite de ces supports par les consommateurs. La copie privée de phonogrammes y serait confirmée dans une proportion de 90 % des cas, suivant les conclusions des auteurs Davies et Hung qui qualifient le phénomène de répandu⁹. Or, un support vierge vendu n'équivaut pas nécessairement à une vente perdue d'un phonogramme dans le commerce, si bien que l'incidence de la copie privée ne serait manifestement pas aussi simple à établir. Le taux de pénétration des appareils de reproduction dans les foyers, le nombre d'utilisations des supports vierges, la durée des supports, les utilisations précises de ces supports comme la nature des œuvres, des prestations ou des phonogrammes qui sont reproduits (protégés ou du ressort du domaine public) et leur provenance (phonogrammes dans le commerce, radio et télédiffusion, téléchargement) sont autant de facteurs de cette mesure incertaine dont traitent différemment les nombreuses études et sondages ayant été effectués de par le monde.

Si la mesure du phénomène de copie privée est incertaine, l'émergence de nouvelles technologies de reproduction ne contribue guère à faciliter quelque constat. La non-interchangeabilité du sup-

8. *Le temps d'agir. Rapport de l'industrie canadienne de l'enregistrement sonore*, 1996, 146 pages, voir les recommandations 8 et s., p. 117-119. Il faut ajouter aux études précitées, la proposition soumise par l'ASCE au Comité du patrimoine canadien dans le contexte du projet de loi C-32. L'ASCE (Association canadienne des supports d'enregistrement) affirme représenter les grands importateurs, fabricants et distributeurs de supports vendus au Canada tels BASF Canada, Fuji Photo Film Canada, Sony du Canada, Maxell Canada, Memorex Canada, AVS Technologies (TDK) soit plus de 90 % du marché canadien des supports analogiques. Sans quantifier le nombre des ventes de supports, l'ASCE évaluait le marché canadien des ventes de supports audio vierges à environ 38,3 millions de dollars pour 1995. Selon *AVS Technologies*, ce sont environ 25 millions de supports analogiques qui auraient été vendus au Canada en 1997 et 2,5 millions de supports numériques de format CD-R.

9. G. DAVIES et M.E. HUNG, *supra*, note 2, p. 28. Il faut aussi signaler au passage l'étude européenne éditée tous les ans par la société néerlandaise STICHTING DE THUISKOPIE, *Audio-Visual Private Copying. Law and Practice in Europe. A Survey. 11th Revision*, 1999, 26 pages, de même que deux études de l'IFPI: *Private Copying in the Member States of the European Union*, 5 mars 1996, 11 pages, et *Countries with Private Copying Legislation*, 3 octobre 1996, 4 pages.

port analogique pourrait certes conforter une certaine analyse, du moins pour un certain temps¹⁰. On pourrait citer à cet effet les succès mitigés ou marginaux des technologies de remplacement qu'ont été à ce jour les DCC et «MiniDisc», les CD-I¹¹, les supports magnétiques numériques DAT, ainsi que les DVD et les DIVX¹². Plus que tout autre exemple, l'expérience américaine de la copie privée numérique confirmerait cette non-interchangeabilité puisque les résultats de la mise en place d'un mécanisme de rémunération¹³, limité aux appareils et aux supports magnétiques numériques de reproduction DAT, s'avèrent, à ce jour, négligeables.

10. Dans sa *Proposition de Directive du Parlement européen et du Conseil sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information*, COM (97) 628 final, 97/0359 (COD), la Commission estime que la copie privée analogique demeurera un marché important au moins pendant les 5 à 15 années à venir, malgré le développement de l'environnement numérique. Certaines indications, comme le produit des redevances issu des mécanismes de rémunération compensatoire dans certains pays, pourraient indiquer la maturité, voire le déclin, du marché des ventes de supports audio vierges analogiques, confirmant du même fait la stagnation des ventes mise en preuve par l'ASCE devant le Comité du patrimoine canadien et le constat de la Commission européenne suivant lequel l'harmonisation des règles visant la copie privée analogique et numérique ne serait pas opportune dans un contexte de transition technologique. Voir ci-dessous, à la note 104, la nouvelle approche du Conseil et du Parlement européen vis-à-vis cette proposition de Directive.
11. G. FRAISSARD, «Les formats dans tous leurs états», *Le Monde informatique*, mercredi 5 mai 1999.
12. L. ARENT, «DIVX is Dead», *Wired Digital*, 16 juin 1999. Faute d'engouement commercial, les fabricants annoncent le retrait du marché de la technique du DIVX qui imposait un paiement à chaque diffusion audio-visuelle.
13. M. HENNESSY, «Collection and Distribution of Royalties in Continental Europe and the United States: An Analysis», (1998) 18 *Copyright World* 21-30, 25. La rémunération américaine y est décrite comme «*totally insignificant*», soit en 1995: 116 722 écus en comparaison avec les 37,9 millions d'écus du seul mécanisme français. Voir également: B. HOLLAND, «Digital Royalties for Artists, Labels Static in 1994», *Billboard*, 13 mai, 1995, p. 2 et 120. Un total d'environ 1,6 millions de dollars doit être réparti pour les 3 ans depuis la mise en vigueur en 1992. Selon l'état des perceptions obtenues directement du *Licensing Division, US Copyright Office* ce total depuis 1992 jusqu'à décembre 1998 se chiffre à 4 248 428,89 dollars. Malgré ces sommes dérisoires en proportion de mécanismes d'autres pays, ce mécanisme de rémunération compensatoire ne connaîtrait aucune modification importante. Le 8 mai 1998, la proposition de tarif du *Copyright Arbitration Royalty Panel (CARP)* aurait été rejetée par le *Copyright Office* au motif suivant: «CARP determination focused on a marketplace benchmark which improperly relied on preexisting licenses with record companies». D'une valeur proposée par la CARP à 5 % du prix de détail des supports et des appareils de reproduction, le *Copyright Office* recommandait et adoptait une redevance majorée à 6,5 % selon une dépêche du *BNA's Patent Trademark & Copyright Journal*, (1998) vol. 56, n° 1376, p. 41. Voir également le site Internet du *Copyright Office*. Faut-il préciser que la répartition ne serait toujours pas effectuée suivant le *BNA's Patent Trademark & Copyright Journal*, (1999) vol. 58, n° 1424, p. 15 qui fait état de l'insuffisance

Or, la récente pénétration sur les marchés du CD-R (audio et data)¹⁴, du DVD¹⁵ et du RIO¹⁶ bouleverse la donne traditionnelle.

des sommes perçues pour arbitrer tout différend visant la répartition éventuelle. «Section 251.45(a) of C.F.R. requires the Librarian of Congress through the copyright Office to publicly request claimants to the royalties to comment as to whether a controversy exists over the distribution of the royalty fund. If a controversy exists, there is a period of negotiation, followed by an arbitration should negotiation fail. Because there are insufficient funds available from the musical works Fund for any single year to cover the projected cost of an arbitration proceeding requiring oral testimony, the Copyright Office consolidated the distribution for the years 1995-1998 into a single proceeding.»

14. «Confusion en matière de copie privée», *Expertise*, janvier 1999. Le nombre de CD vierges vendus en France (CD-R enregistrable une seule fois ainsi que les CD-RW réenregistrable) se chiffrent à environ 10 millions d'unités pour 1997 contre 30 millions d'unités estimées pour 1998. Selon J.Y. Mirsky du Syndicat national des éditeurs phonographiques (SNEP) cité dans: S. DAVET, «L'industrie du disque confrontée à de nouvelles formes de piratage», *Le Monde*, vendredi 18 décembre 1998, ce sont 35 millions de CD-R vierges qui auraient été vendus en 1998. Suivant l'IFPI, les ventes de CD-R vierges au Japon étaient de 200 millions d'unités et de 90 millions d'unités mini-disks. Par ailleurs, la capacité mondiale de production vers la fin de 1998 pouvait être estimée à environ 14 milliards d'unités de disques optiques, tous formats confondus (CD, CDR et VCD), le double de la demande commerciale légitime. «Push for CD Plant Regulations», *Network IFPI*, Issue 3, May 1999, p. 2. En dépit de ces indications partielles ou imprécises qui témoignent d'une pénétration de marché sans précédent, il faut souligner l'absence de données fiables. Aucune information relative à la pénétration des différents formats déclinant la gamme de CD n'est disponible (suivant la nomenclature de l'industrie: CD-DA (*CD Audio Red Book*, 16 bit sound format IEC-908), CD-ROM (*Yellow Book ISO-10149*, High Sierra Application Format ECMA-119, ISO-9660, *Orange Book*, XA audio and video modes, *PhotoCD XA Bridge*), CD-I (*Green Book*), CD-R (*Frankfurt Group ECMA-168*), Video-CD (*White Book et al.*), SVCD, DVCD, Super DVCD (compatible avec tous les lecteurs informatiques ou électroniques dédiés), *Venus Project* (Microsoft)). L'organisme ITA précité à la note 6 colligerait l'ensemble des statistiques relatives aux ventes de l'ensemble des supports audio et data au monde. En revanche, la preuve soumise à la Commission du droit d'auteur du Canada durant les audiences relatives à la fixation du tarif sur la copie privée révèle que ces statistiques seraient peu fiables aux dires des représentants canadiens de l'industrie.
15. G. FRAISSARD, «Un marché à deux vitesses. Le DVD vidéo décolle. Le DVD-ROM rame mais plus pour très longtemps», *id.*, note 11. Si le DVD se décline sous les formats lisibles vidéo et audio mais également DVD-R (enregistrables) et DVD-RW ou RAM (réinscriptible), aucune information précise n'est disponible concernant les ventes des supports vierges. Seule la pénétration du marché par le DVD vidéo y est évaluée par les 100 000 unités de lecteurs vendus en 1998 contre 2 millions prévus en 1999. Également: O. ZILBERTIN, «Le DVD sonne le glas de la cassette vidéo», *Le Monde informatique*, mercredi 5 mai 1999. «Avec 700 000 disques vendus en 1998, on est encore loin des 43 millions de vidéocassettes écoulées dans le même temps, mais c'est déjà plus de deux fois le score du CD audio en 1982, l'année de son lancement», «L'observatoire européen de l'audiovisuel faisait remarquer que si le DVD présentait une touche enregistrement au lieu de n'être qu'un moyen de lecture, il aurait déjà tout soufflé sur son passage».
16. G. FRAISSARD, «Un baladeur sans CD ni cassette», *Le Monde*, lundi 7 décembre 1998. M. MacLACHLAN, CMPNet, «U.S. Recording Industry Loses Appeal

Loin de simplement soupçonner et d'anticiper l'inévitable remplacement de la technologie analogique, le constat alarmiste¹⁷ plus contemporain est d'appréhender l'ampleur inégalée du phénomène de la copie privée et surtout, la menace que fait planer le tout numérique sur les exploitations traditionnelles des phonogrammes.

En 1986, dans *Les nouveaux moyens de reproduction – Journées néerlandaises*, André Françon qualifiait le phénomène de copie privée de remise en cause de la maîtrise des créateurs vis-à-vis l'exploitation des prérogatives exclusives qui leur sont reconnues, voire de disparition pure et simple de leur protection¹⁸. Cette remise en cause s'explique par le caractère de la reproduction réalisée dans la sphère privée – impliquant le principe d'inviolabilité de la vie privée et du domicile – qui échappe à tout contrôle efficace par les ayants droit et ce, quand bien même ces utilisations sont susceptibles à tout le moins d'atteindre le droit de reproduction, de constituer un nouveau mode d'exploitation, de faire concurrence aux moyens classiques de diffusion¹⁹, sinon de carrément léser les titulaires de droits.

Against RIO MP3 Player», *The New York Times Company*, 15 juin 1999. En appel, la RIAA ne se voit pas reconnaître le droit d'empêcher la commercialisation du RIO. Le juge refuse de qualifier le RIO d'appareil de reproduction au sens de la loi américaine prétextant que les caractéristiques de l'appareil favorisant l'écoute empêchait toute reproduction ultérieure. Voir également: B. HOLLAND, «Court Rules Against RIAA in MP3 Case», *Billboard*, 26 juin 1999, p. 3 et 100. L'argument principal du tribunal veut que ces appareils ne seraient pas principalement destinés à la reproduction directe émanant de CD ou de la radiodiffusion, mais plutôt à la rediffusion de reproduction indirecte. R. CALLEJA, «MP3 Setback», (1999) 92 *Copyright World* 6-7.

17. S. DAVET, «L'industrie du disque confrontée à de nouvelles formes de piratage», *Le Monde*, vendredi 18 décembre 1998; A. McGEE, «Le disque va mal, l'Internet va l'achever», *Libération*, jeudi 9 juillet 1998; T. LEGOFF, «Un air de rîfî chez les majors», *Netsurf*, octobre 1998; N. GARNETT, *The Recording Industry and New Technology*, Fordham University School of Law, Sixth Annual Conference on International Intellectual Property Law & Policy, April 16 & 17, 1998, p. 7: «In the meantime, it (private copying in the digital on-line domain) will usually be the final stage of the electronic commerce value chain between producer and consumer. To argue that it does not interfere with normal exploitation, particularly where there is no technical obstacle to direct exercise of the reproduction right, is to argue an untenable proposition.»
18. A. FRANÇON, «Rapport général», *Travaux de l'association Henri Capitant. Les nouveaux moyens de reproduction papiers, sonores, audiovisuels et informatiques. Journées néerlandaises*, Economica, 1988, p. 246. À cet égard, Stéfan Martin cite à juste titre la crainte d'un auteur italien qui, dès 1927, appréhendait la mort du droit d'auteur advenant une banalisation des méthodes de reproduction: S. MARTIN, *supra*, note 2, p. 30. La CISAC est citée par Collova comme soucieuse, dès 1949, de la problématique émergente de la copie privée et des solutions à rechercher. T. COLLOVA, *supra*, note 2, p. 36.
19. *Ibid.*

P. Gulphe décrivait le contexte législatif français de 1985 pour qualifier la copie privée de «phénomène de société»²⁰. S. Martin, pour sa part, caractérisait la copie privée de «pratique institutionnelle, sans aucune limite ni de fait ni de droit»²¹. Plus récemment, Jane Ginsburg s'interrogeait sur le formidable essor du consumérisme et du soi-disant «droit des usagers» en disant du phénomène de la copie privée qu'il exacerberait cet essor mais, surtout, qu'il pourrait sceller à lui seul l'issue des droits des créateurs et des usagers à l'ère numérique²².

L'essor de nouvelles techniques de reproduction, analogique ou numérique, soulève donc la question de la nature juridique des actes qu'elles mettent en œuvre. Cet essor met à l'épreuve et, le cas échéant, fait évoluer les préceptes de droit d'auteur et des droits voisins, comme ce fut le cas pour la plupart des évolutions technologiques depuis l'invention de l'imprimerie par Gutenberg jusqu'à Internet – l'actuelle révolution des communications selon Sookman²³ – en passant par les procédés de radio et de télédiffusion. Ainsi, la remise en cause des niveaux de protection par le phénomène de la copie privée, tout comme l'évolution historique de la protection des créateurs, reflètent une problématique devenue traditionnelle et inhérente au droit d'auteur et aux droits voisins, ce que cristallisait déjà, en 1948, l'article 27 de la *Convention universelle des droits de l'Homme*, c'est-à-dire une tension fondamentale entre, d'une part, le droit universel à la culture et, d'autre part, les intérêts moraux et matériels des créateurs intellectuels²⁴.

20. P. GULPHE, *Dalloz Propriété littéraire et artistique. Exercice des droits des auteurs: Droit de reproduction. Rémunération pour copie privée*, Dalloz, Fascicule 335, p. 1-6, p. 2.

21. S. MARTIN, *supra*, note 2, p. 27.

22. J. GINSBURG, «Authors and Users in Copyright», (1997) 45, 1 *Journal of the Copyright Society of the USA* 1-20, p. 6. On qualifiait plus modestement la copie privée numérique de «remise en cause des équilibres existants» dans la foulée de la proposition de directive européenne; or, l'intitulé de la dépêche suggérerait un constat plus radical: «Les producteurs pour la suppression de la licence légale et de la copie privée», *Expertise des systèmes d'information*, n° 217, juillet 1998, p. 209.

23. B.B. SOOKMAN, «Copyright and the Information Superhighway: Some Issues to think About», (1997) 11, 2 *Intellectual Property Journal* 123-228, p. 125. Voir aussi J. GINSBURG, *supra*, note 22, p. 6. Cette auteure ajoute qu'historiquement les nouveaux moyens d'exploitation des œuvres échappent souvent aux droits des créateurs, comme ce fut le cas des rouleaux perforés, de la retransmission cablée et de la copie privée.

24. *Déclaration universelle des droits de l'Homme* du 10 décembre 1948, article 27: «1. Toute personne a le droit de prendre part librement à la vie culturelle de la communauté, de jouir des arts, et de participer au progrès scientifique et aux bienfaits qui en résultent. 2. Chacun a droit à la protection de ses intérêts moraux et matériels découlant de toute production scientifique, littéraire ou artistique dont il est l'auteur», cité par S. MARTIN, *supra*, note 2, p. 38.

La problématique traditionnelle que soulève le phénomène de la copie privée en droit d'auteur et en droits voisins, tant sur un plan international que national, confronte les notions classiques de droit de reproduction et de limitations. Ainsi, si l'émergence de technologies analogiques ou numériques facilitant la reproduction met à l'épreuve ces notions, il conviendra d'analyser, dans un premier temps, l'évolution de l'encadrement juridique international afin d'y constater ou non l'existence de règles applicables en matière de copie privée. Quelle est la nature juridique de la copie privée en droit international? Comment la souveraineté des États est-elle contrainte par les principaux instruments internationaux que sont les conventions de Berne et de Rome? Pourquoi ces instruments internationaux semblent-ils caractérisés par l'absence de solution tranchée en matière de copie privée? Doivent-ils pour autant être qualifiés d'inadaptés parce qu'ils ne permettent pas de mieux circonscrire le droit de reproduction des créateurs des limitations en faveur des usagers ou des consommateurs? L'ADPIC et les traités OMPI modifient-ils ce qui apparaît être un constat d'incertitude?

En dépit de l'incertitude persistante de l'encadrement juridique international, la solution traditionnelle au phénomène de la copie privée réside dans l'intervention législative des États et dans la mise en œuvre d'un mécanisme de rémunération compensatoire. Il importera ainsi dans un deuxième temps de décrire et de critiquer l'une des plus récentes de ces solutions qui nous est proposée par la Partie VIII de la *Loi sur le droit d'auteur* du Canada. La solution canadienne ne se distingue pas des autres solutions édictées par d'autres pays à bien des égards. En revanche, elle constitue une interprétation contemporaine de l'encadrement juridique international resté incertain et elle répond, avec une certaine audace, à l'environnement numérique foisonnant. Peut-on alors valablement prétendre que la solution canadienne, voire quelque mécanisme de rémunération compensatoire pour la copie privée, puisse constituer un complément patrimonial utile aux droits de reproduction pour le nouveau millénaire? Quelle pourra être une solution adéquate pour un environnement numérique?

La solution canadienne ne s'appliquant qu'aux enregistrements sonores et non à l'univers audiovisuel ou à quelque autre activité créatrice protégée par une protection privative, nous nous référerons ci-après à la copie privée, à la copie privée phonogramme ou aux phonogrammes pour désigner les œuvres musicales, les prestations d'artistes interprètes ainsi que des enregistrements sonores de producteurs les incorporant. Notre propos ne portera donc pas, sauf exception, sur le phénomène de la copie privée audiovisuelle.

**PARTIE I: UN ENCADREMENT JURIDIQUE
INTERNATIONAL INCERTAIN**

Partant de la division classique en droit d'auteur entre les droits patrimoniaux de représentation et de reproduction, l'essentiel, pour reprendre les auteurs Lucas²⁵, est que, dans tous les cas où une création protégée est le siège d'une exploitation économique, son auteur ou son titulaire puisse maîtriser les utilisations. La copie privée constitue-t-elle une utilisation soumise à l'autorisation des auteurs et des bénéficiaires de droits voisins? Quel est le dispositif international mis en œuvre par la Convention de Berne, la Convention universelle sur le droit d'auteur et la Convention de Rome, par les traités multilatéraux de l'ADPIC et de l'ALÉNA ainsi que par les traités OMPI²⁶? La copie privée est-elle donc, selon cet encadrement, une reproduction, une prérogative patrimoniale émanant des droits exclusifs des créateurs ou, plutôt, un cas spécial d'exception en faveur d'usagers échappant au champ d'application des droits d'auteur et des droits voisins? Quelles sont, en conséquence, les obligations internationales des États?

**A. La Convention de Berne, la Convention universelle
sur le droit d'auteur et la Convention de Rome****1. L'étendue des droits de reproduction en cause**

Les conventions précitées contiennent des dispositions visant ce qui est communément assimilé au droit de reproduction mais qui se présente sous des contours variables.

Le droit de reproduction fait l'objet d'une reconnaissance formelle dans la Convention de Berne dans sa révision de Stockholm, en

25. A. LUCAS et H.-J. LUCAS, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, Litec, Paris, 1994, 1104 pages, p. 216.

26. *Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques* du 9 septembre 1886, complétée à Paris le 4 mai 1896, révisée à Berlin le 13 novembre 1908, complétée à Berne le 20 mars 1914, révisée à Rome le 2 juin 1928, à Bruxelles le 26 juin 1948, à Stockholm le 14 juillet 1967 et à Paris le 24 juillet 1971 (ci-après Convention de Berne ou Berne); *Convention universelle du 24 juillet 1971 sur le droit d'auteur* signée à Genève le 6 septembre 1952 et révisée à Paris le 24 juillet 1971 (ci-après Convention universelle ou CUDA); *Convention sur la protection des artistes interprètes ou exécutants, des producteurs de phonogrammes et des organismes de radiodiffusion*, dite Convention de Rome, du 26 octobre 1961 (ci-après Convention de Rome ou Rome); *Accord relatif aux aspects du droit de propriété intellectuelle qui touchent au commerce* du 15 décembre 1993, *Annexe 1C du Traité de Marrakech* du 15 avril 1994 ayant créé l'Organisation mondiale du commerce (ci-après OMC) ou *Trade*

1967. L'intérêt de cette reconnaissance est d'avoir trouvé une formule suffisamment généreuse, assortie d'une limite pouvant pallier les nombreux cas d'exception d'intérêt public, sans pour autant annuler son attribution et son exercice. Les articles 9(1) et (2) se lisent comme suit²⁷:

9. (1) Les auteurs d'œuvres littéraires et artistiques protégés par la présente Convention jouissent du droit exclusif d'autoriser la reproduction de ces œuvres de quelque manière et sous quelque forme que ce soit.

(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.

Le guide de la Convention de Berne de l'OMPI précise que, bien que le droit de reproduction constitue l'un des aspects fondamentaux du droit d'auteur ou le type d'exploitation le plus ancien²⁸, voire la prérogative patrimoniale la plus importante, c'est curieusement tardivement qu'il intègre la Convention. Nordemann, Vinck et Hertin signalent que ce droit peut être révélé ou englobé dans l'interprétation des versions antérieures de la Convention. Stewart prétend pour sa part que la révision de Stockholm:

[...] does not alter everything [...] but does alter an essential point: The Union author can invoke the right of reproduction as a minimum right of and to the extent that the Berne Convention does not expressly prescribe or permit limitations. Such limitations are therefore to be interpreted narrowly, as an exception to the basic principle of par. 1. Accordingly, the Union author must accept prescribed limitations in the country of

related Aspects of Intellectual Property Rights (ci-après ADPIC, OMC-ADPIC ou TRIPS); *Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur*, adopté par la Conférence diplomatique le 20 décembre 1996 (ci-après Traité WCT); *Traité de l'OMPI sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes*, adopté par la Conférence diplomatique le 20 décembre 1996 (ci-après Traité WPPT).

27. Convention de Berne, *supra*, note 26, art. 9.

28. W. NORDEMANN, K. VINCK, P. HERTIN (G. MEYER), *International Copyright and Neighbouring Rights Law*, VCH Publishers, 1990, 344 pages, p. 189. *A contrario*: S. RICKETSON, *The Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works: 1886-1986*, Kluwer, 1996, p. 479: «Although it has been argued that there was an implicit requirement under earlier Acts to provide such protection, the better view is that no such obligation existed.»

protection as long as the domestic law of the country of protection does not contain a provision more advantageous for the author...²⁹

Le droit exclusif de reproduction est donc érigé au rang de principe, de droit matériel conventionnel ou de *jus conventionis*, dont l'objet est de garantir une protection minimum et uniforme des auteurs entre les pays unionistes. Le droit exclusif constitue l'un des piliers de cette protection minimale obligatoire qui porte sur les dispositifs des articles 2 bis (3), 6 bis, 8, 9, 11, 11 bis, 11 ter, 12, 13, 14 et 5(2), 7 et 7 bis.

Il serait trop ambitieux de fournir ici toutes les précisions indispensables à la délimitation du droit de reproduction dans ce contexte³⁰. Or, la copie privée peut-elle constituer un acte de reproduction qui serait objet de la réservation privative au sens de la Convention de Berne et est-elle, en définitive, le siège d'une exploitation économique caractéristique de cette protection minimum?

Il suffit d'une seule lecture de l'article 9(1) pour se convaincre de la portée exhaustive de la définition du droit de reproduction qui «subordonne à l'autorisation de l'auteur toutes les reproductions de quelque manière et sous quelque forme que ce soit»³¹. Comme le texte de la Convention de Berne ne contient aucune mention précise de la copie privée et se borne à définir l'enregistrement sonore de reproduction³², la Convention n'offre aucun autre dispositif au secours d'une interprétation littérale. Ainsi, pouvons-nous affirmer que la copie privée peut être une reproduction puisqu'elle est réalisée de plusieurs manières et sous plusieurs formes.

29. S.M. STEWART, *International Copyright and Neighbouring Rights, Second Edition*, Butterworths, 1989, 1033 pages, p. 189.

30. A. LUCAS et H.-J. LUCAS, *supra*, note 25, p. 847 et s. H. DESBOIS, A. FRANÇON et A. KEREVER, *Les conventions internationales du droit d'auteur et des droits voisins*, Dalloz, Paris, 1976, 452 pages. Convention de Berne: p. 130 et s., Convention de Rome: p. 263 et s.

31. Convention de Berne, *supra*, note 26.

32. OMPI, *Guide de la Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques (Acte de Paris, 1971)*, Genève, 1978, 258 pages, p. 65. Si le Guide affirme que «[...] naturellement, la fabrication d'exemplaires de l'enregistrement constitue aussi une reproduction», il ne va pas jusqu'à qualifier la copie privée en tant que tel. Le commentaire de l'article 9(1) traite de certains procédés de reproduction connus ou à découvrir et précise qu'il s'agit en général de fixation d'œuvre sur un support matériel par l'emploi de méthodes inventées à cet effet et renvoie à l'article 9(3).

Par ailleurs, la Convention prévoit la faculté pour les États de faire échec au minimum conventionnel dans certains cas de réserves. Les auteurs Lucas rangent l'article 9(2) parmi ces réserves, qui imposent un seuil de protection de second rang par le truchement peu contraignant d'une «directive générale laissant le choix des moyens au pays réservataire»³³. Nous reviendrons un peu plus loin sur ces réserves.

Sur le plan des principes, la copie privée nous apparaît clairement comme une reproduction. Cependant, l'analyse s'avère plus délicate dès lors que la copie privée implique, au-delà du simple acte de reproduction qu'elle vise, la recherche de l'étendue et du niveau de protection conféré par telle limitation ou par tel mécanisme de rémunération compensatoire. La difficulté réside donc moins au plan de la qualification de la copie privée en tant que telle, que dans la qualification de l'éventuelle protection offerte ou non par un État, à savoir comment cette protection entre dans le champ d'application du *jus conventionis* sous Berne. Cette protection, voire l'absence de protection, relève-t-elle donc du droit matériel conventionnel, d'une protection supérieure à ce minimum ou échappe-t-elle simplement à l'obligation de protection minimale?

Si cette protection relevait clairement du droit matériel conventionnel, l'obligation des États de donner acte à un dispositif juridique visant la copie privée et à un mécanisme de rémunération compensatoire se refléterait dans toutes les lois des pays membres. Or, nous le verrons ci-après, ceux-ci sont largement minoritaires.

Selon Gunnar Karnell³⁴, il manque «dans le texte actuel de la Convention «un point d'appui direct» permettant de lier le droit de reproduction aux régimes de redevances»³⁵ qui ont été créés dans certains pays. Les règles fondant l'attribution des redevances «ne concernent pas des utilisations d'œuvres, caractéristiques des droits d'auteur, mais la confection et la distribution de supports préalables à toute utilisation d'œuvres»³⁶. Ainsi, suivant cette thèse, la copie privée échapperait au *jus conventionis* et laisserait les États libres de toute contrainte conventionnelle. Toute tentative de qualification

33. *Id.*, p. 902.

34. G. KARNELL, «Traitement national, copie privée sonore ou audiovisuelle et interprétation de la Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques», *Mélanges en l'honneur de André Françon*, Dalloz, Paris, 1995, 384 pages, p. 267-283.

35. *Id.*, p. 277.

36. *Ibid.*

juridique ne peut dès lors que refléter des vœux politiques (notamment les arguments du Bureau international en forme d'interprétation de la Convention), voire ne peut que sortir de l'analyse juridique tant et aussi longtemps que des critères formels ne se trouvent pas édictés dans la Convention même³⁷.

Si, dans l'hypothèse contraire, la protection offerte au chapitre de la copie privée par un État membre n'échappe pas au *jus conventionis*, c'est qu'elle constitue un niveau de protection dont l'étendue dépasse le minimum conventionnel. Selon les auteurs Lucas, la Convention de Berne prévoit deux possibilités permettant d'aller au-delà de son propre minimum de protection.

La première possibilité est liée à ce que décrivaient Nordemann, Vinck et Hertin, cités ci-haut. Elle concerne un niveau de protection prévu dans la Convention dans la mesure où cette dernière prévoit la faculté pour les auteurs unionistes de revendiquer le bénéfice d'une protection supérieure accordée par un État. Nous nous bornons à signaler les considérations plus subtiles de conflits de loi qui sont susceptibles d'application à l'encontre d'un tel avantage que la Convention aménage. Le bénéfice d'une protection supérieure au minimum conventionnel pourrait donc faire l'objet d'une revendication conventionnelle telle qu'habilitée par l'article 19.

La deuxième possibilité vise la faculté des États de conclure des arrangements conférant des droits plus étendus ou des stipulations non contraires à la Convention de Berne. Nous analysons ci-dessous le cas du traité WCT.

Dans les deux cas, la Convention se charge ainsi de favoriser et d'encourager entre les États une protection qui dépasserait le seuil minimum qu'elle énonce.

La référence à la copie privée ou à l'utilisation d'œuvres protégées à des fins personnelles ne se retrouve donc pas dans la Convention de Berne, pas plus qu'on ne la retrouve dans la Convention universelle. En vertu de l'Article IV bis, cette dernière oblige les États membres à reconnaître, en faveur des auteurs, un droit exclusif d'autoriser la reproduction par n'importe quel moyen. En revanche, elle affirme d'un même souffle la faculté pour les législations nationales d'apporter des exceptions non contraires à l'esprit et

37. *Id.*, p. 275 et 277.

aux dispositions de la convention, en accordant à chacun des droits auxquels il serait fait exception, un niveau raisonnable de protection effective. Compte tenu de l'accession des États-Unis à la Convention de Berne en 1989, de l'ADPIC et des traités OMPI plus récents, un commentaire plus approfondi de la Convention universelle ne nous apparaît pas opportun.

Les articles 7 et 10 de la Convention de Rome s'énoncent comme suit:

7. (1) La protection prévue à la présente Convention en faveur des artistes interprètes ou exécutants devra permettre de mettre obstacle:

a) [...]

b) à la fixation sans leur consentement sur un support matériel de leur exécution non fixée;

c) à la reproduction sans leur consentement d'une fixation de leur exécution;

i) lorsque la première fixation a elle-même été faite sans leur consentement;

ii) lorsque la reproduction est faite à des fins autres que celles pour lesquelles ils ont donné leur consentement;

iii) lorsque la première fixation a été faite en vertu des dispositions de l'article 15 et a été reproduite à des fins autres que celles visées par ces dispositions [...]

10. Les producteurs de phonogrammes jouissent du droit d'autoriser ou d'interdire la reproduction directe ou indirecte de leurs phonogrammes.

Le libellé de l'article 10 ne reprend pas *verbatim* «le droit exclusif d'autoriser la reproduction» de l'article 9 de Berne. Or, selon le Guide de la Convention de Rome de l'OMPI³⁸, le producteur se voit conférer «au titre du minimum de protection, [...] un droit exclusif d'autorisation ou d'interdiction portant sur la reproduction faite

38. OMPI, *Guide de la Convention de Rome et de la Convention phonogramme*, Genève, 1981, 190 pages.

de façon directe ou indirecte, de leurs phonogrammes»³⁹. Ce droit s'étendrait à toutes les reproductions effectuées à partir d'une matrice ou à partir de tout pressage subséquent, soit des reproductions «par enregistrements des sons produits en faisant tourner un phonogramme déjà existant [...], par enregistrement des sons produits par un appareil récepteur captant l'émission radiophonique d'un phonogramme»⁴⁰.

La copie privée peut alors être qualifiée de reproduction au sens de l'article 10, encore que cette protection soit tout le contraire d'être «expressément garantie» par la Convention, comme nous le verrons ci-dessous. La question de la qualification des mécanismes de rémunération compensatoire sous l'angle de droit matériel conventionnel, de protection supérieure à ce minimum ou de protection lui échappant se pose avec autant d'intérêt que pour le droit d'auteur. Par ailleurs, si l'argument de Karnell trouve quelque mérite à être défendu en droit d'auteur, *a fortiori* doit-il être confirmé pour la Convention de Rome, qui s'inspire de la Convention de Berne sans atteindre un même niveau d'homogénéité et d'harmonisation.

Le cas des artistes interprètes est fort différent. Comme le souligne le Guide de la Convention de Rome, «les artistes, à la différence des deux autres catégories d'intéressés, ne sont pas investis selon le minimum conventionnel d'un droit exclusif d'autorisation ou d'interdiction»⁴¹. Le droit de faire obstacle confère donc des prérogatives qui seraient en deçà des droits de reproduction des auteurs et des producteurs. Il est le résultat d'une volonté de permettre aux législations nationales d'effectuer une mise en œuvre de ces droits avec une quasi parfaite latitude quant à l'encadrement de certains intérêts qu'elle cherche à atteindre⁴².

39. *Id.*, p. 56.

40. *Ibid.*

41. *Id.*, p. 41.

42. Ces intérêts concernent les droits ci-dessous décrits qui sont importants pour mettre en perspective l'étendue des droits de fixation et l'exception de copie privée: la fixation des prestations en studio ou en concert (art. 7(1)b)), la reproduction d'exécution par un producteur de phonogramme d'une prestation fixée pour la première fois à l'insu de l'artiste interprète, par exemple la réalisation d'une fixation de prestation de concert («bootlegg») (art. 7(1)c)(i)), la reproduction non autorisée pour des fins autres que celles convenues contractuellement, le cas fréquemment cité étant celui de l'incorporation ou l'utilisation de la prestation destinée à la commercialisation phonogramme dans une œuvre cinématographique (art. 7(1)c)(ii) et art. 19) ou, enfin, l'exploitation ultérieure d'une fixation autorisée par une législation nationale en conformité avec l'une des dispositions prévues à l'article 15 soit: l'usage privé, les courts fragments, les enregistrements éphémères, les reproductions effectuées à des fins d'enseignement ou de recherche (art. 7(1)c)(iii)).

Contrairement à la Convention de Berne, Rome définit expressément le phonogramme et la reproduction⁴³. Ces définitions dicteraient une interprétation restrictive des prérogatives reconnues aux artistes interprètes. En effet, si le phonogramme correspond à «toute fixation exclusivement sonore des sons provenant d'une exécution ou d'autres sons», la reproduction y est définie comme «réalisation d'un exemplaire ou de plusieurs exemplaires d'une fixation», se bornant, selon l'interprétation de Desbois, Françon et Kerever⁴⁴, aux seuls phonogrammes et non à toutes les fixations.

La précarité qui résulte aux artistes interprètes⁴⁵ est plus amplement illustrée par l'article 19, qui épuise les droits sur toute utilisation subséquente à une autorisation d'inclure une exécution dans une fixation d'images ou d'images et de son. Bien qu'une simple autorisation contractuelle donnée au producteur puisse ne pas suffire pour que «ne cesse d'être applicable l'article 7», la portée de l'article serait sans équivoque. La littérature aborde cette limitation sous l'angle du «ré-enregistrement d'un enregistrement phonographique sur la piste sonore d'un film» pour décrire le fait de «procurer le phonogramme à un producteur de film», de la «reproduction de son exécution sur une colonne sonore de film»⁴⁶, de «droit sur la reproduction – par phonogramme ou vidéogramme (Comp. p. 148 pour les scopitones)»⁴⁷ pour parler du droit de reproduction pour une nouvelle destination de l'exécution autorisée et, enfin, de «l'absence de protections, sous forme de vidéogrammes ou d'utilisations secondaires de films ou de programmes de télévision enregistrés»⁴⁸. D'aucuns semblent y constater une limitation de portée générale dépassant la sphère audiovisuelle qualifiée par le Guide de sensible du point de vue du minimum conventionnel bouleversé par des moyens modernes d'exploitation.

La précarité résultant aux artistes est enfin constatée par la littérature spécialisée qui évoque fréquemment l'esprit analytique de Rome par opposition à la facture plus synthétique de Berne pour ne pas citer plus spécifiquement l'article 2 de la Convention de Rome, où il est exclusivement question de «protection expressément garantie». Selon Stewart: «The performer has no general reproduction

43. Convention de Rome, *supra*, note 26, *id.*, art. 3.

44. H. DESBOIS, A. FRANÇON et A. KEREVER, *supra*, note 30, p. 324.

45. *Id.*, p. 331.

46. *Ibid.*

47. A. LUCAS et H.-J. LUCAS, *supra*, note 25, p. 958.

48. OMPI, *Guide de la Convention de Rome*, *supra*, note 38, p. 94.

right in his fixed performance, that right lies solely with the right owner in that fixation, that is, a phonogram producer»⁴⁹. Norde-
man, Vinck et Hertin précisent: «art. 7 therefore fails to grant a right
of prohibition under private law in favor of the performing artist,
that is, it guarantees no minimum right. The Contracting States
are merely charged with the task of providing legal rights for the
performing artists to aid them in preventing the unauthorized
exploitation of their performances»⁵⁰.

Les prérogatives de fixation et de reproduction contenues à
l'article 7 ne pourraient donc pas s'étendre à la copie privée puisque
cette dernière ne vise ni une première fixation, ni une réalisation
d'exemplaire au sens de la définition de la reproduction précitée ni,
enfin, une reproduction faite sans consentement et expressément
visée par l'un des autres cas énoncés par l'article 7.

Une seule hypothèse permet d'écarter l'interprétation restric-
tive des prérogatives des artistes interprètes. Pourquoi, en effet,
l'article 7(1)c(ii) n'offrirait-il pas une assise juridique aux prérogati-
ves exclusives conférées aux artistes sur la copie privée qui serait
alors appréhendée comme reproduction non autorisée pour des
fins autres que convenues contractuellement? Peut-on valablement
opposer à cette hypothèse la nature de la copie privée comme échap-
pant aux exploitations traditionnellement objets des contrats avec
les producteurs? Si le libellé de l'article 7(1) peut fonder une telle
assise, les modifications proposées lors de la Conférence diploma-
tique conduisant à la Convention de Rome circonscrivent la portée
des droits reconnus aux artistes interprètes⁵¹.

Les États-Unis ont ainsi proposé d'étendre le consentement
visé à l'article 7(1) à tous les cas de reproduction plutôt qu'aux seuls
trois cas de l'alinéa c), à défaut d'ajouter un quatrième cas, lorsqu'un
phonogramme est reproduit par une personne autre que celle qui a
obtenu une licence à cet effet du producteur autorisé. Or, «cette pro-

49. *Id.*, p. 232.

50. W. NORDEMANN, K. VINCK et P. HERTIN, *supra*, note 28, p. 383 et s., p. 384.

51. *Actes de la Conférence de la Convention de Rome de l'OMPI*. Compte rendu ana-
lytique et Rapports des groupes de travail numéro II (p. 196, 244 et 288). Voir
notamment la proposition de la Suisse qui visait le retrait de l'alinéa (1)a) de
l'article 15 (rejeté par un vote de 11 contre 6 en faveur du maintien) tandis que
la République fédérale allemande suggérait une exception générale davantage
assimilable à l'actuel article 9(2) de Berne. Inversement, l'élaboration de
l'article 9(2) de la Convention de Berne révélerait une volonté du Comité
d'experts gouvernementaux de favoriser une rédaction moins générale en affir-
mant explicitement la faculté pour les États de permettre la reproduction pour
l'usage privé. Voir KEREVER, *supra*, note 1, p. 203.

position n'a pas été acceptée par la Conférence, la majorité estimant qu'en pareil cas, il suffisait de donner le droit de reproduction au producteur de phonogramme, dont on pouvait attendre qu'il fasse respecter son droit si des reproductions étaient faites sans autorisation. La suggestion suivant laquelle les cas où, pour une raison quelconque, le producteur n'aurait pas la volonté ou la possibilité de défendre son droit a été écartée puisqu'ils seraient probablement si peu nombreux qu'il n'était pas nécessaire de les prévoir [...]». En revanche, «une proposition du Royaume-Uni aurait limité l'application de ces dispositions (article 7(1)c)(ii)) aux cas où la fixation est faite à d'autres fins que la réalisation de phonogrammes destinés au commerce, mais elle n'a pas été adoptée».

Le rejet de la proposition des États-Unis témoigne de la volonté des États de limiter considérablement les droits des artistes interprètes et de s'en remettre à la technique contractuelle et aux intérêts des producteurs pour assurer une protection en l'occurrence, mais ces considérations font fi des cas nombreux de reproduction qu'implique la copie privée et de l'impuissance insoupçonnée du producteur à pallier les pertes qu'elle engendre. Le rejet de la proposition du Royaume-Uni pourrait, à la rigueur, laisser sous-entendre qu'il y a subsistance de droits de reproduction qui n'auraient pas été consentis lorsque la fixation originale est faite aux fins de réalisation de phonogrammes destinés au commerce. Le rejet de ces deux propositions n'emporte pas en définitive une clarification de l'étendue du droit de fixation lorsqu'une tierce partie reproduit toute prestation d'artiste interprète à des fins privées.

Outre l'exception de copie privée dont nous discuterons ci-après, ni la lettre, pas plus que l'esprit de la Convention de Rome ne contiennent en principe un dispositif s'opposant catégoriquement à notre hypothèse. En fait, l'encadrement des droits touchant l'audiovisuel, dont nous avons déjà parlé, démontrerait que tous les secteurs que la Convention cherchait à écarter ou exclure y sont exprimés. *A contrario*, la protection offerte au chapitre de la fixation ne pourrait écarter aussi facilement la copie privée du seul fait de l'absence de dispositions expresses.

2. Les limitations conventionnelles aux droits de reproduction

Alors que les conventions de Berne et de Rome sont modifiées ou édictées à peu près au même moment⁵², il est pour le moins

52. Voir note 26, Rome (1961) et Berne (révision de Stockholm 1967).

curieux de constater les contours variables des droits de reproduction en cause⁵³. Il suffit pourtant de constater que les droits de reproduction en cause sont susceptibles de s'étendre à la copie privée, pour faire porter notre analyse sur les réserves et les limitations prévues aux conventions internationales. La copie privée constitue-t-elle une utilisation soumise à l'autorisation des auteurs et des titulaires de droits voisins mais leur échappant par l'effet de limitations conventionnelles?

Comme nous l'avons déjà vu, la Convention de Berne prévoit la faculté pour les États de pallier certaines difficultés d'usages spéciaux en imposant des conditions à cette discrétion⁵⁴. Ces conditions assujettissent la prérogative législative des États lorsqu'il s'agit de reproductions qui constituent des cas spéciaux, qui ne portent pas atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre et qui ne causent pas un préjudice injustifié aux intérêts légitimes de l'auteur. Ces conditions de l'article 9 sont communément qualifiées dans la littérature juridique de test à deux ou trois étapes.

Le guide de la Convention de Berne précise qu'il s'agit d'une formule dont l'élaboration fut largement débattue et dont l'interprétation est de nature à susciter les plus grandes divergences d'opinions. Dans son guide portant sur la «Gestion collective du droit d'auteur et des droits voisins», l'OMPI est plus catégorique lorsqu'il est question de copie privée puisque aucune reproduction qui cause un tel préjudice ne peut être permise par la législation d'un pays partie à la Convention de Berne, à moins que le préjudice ne soit éliminé ou du moins atténué et rendu ainsi plus acceptable, grâce à une rémunération appropriée⁵⁵.

La Convention universelle ne contient aucune disposition précise relative à la copie privée. Elle impose toutefois une obligation aux États, qui se prévaudraient de la faculté de faire exception au droit exclusif de reproduction qu'elle énonce, d'offrir, selon une for-

53. Incluant toute comparaison avec le droit exclusif de reproduction contenu dans Berne de même que les droits reconnus dans le contexte de la *Convention de Genève du 29 octobre 1971 pour la protection des producteurs de phonogrammes contre la reproduction non autorisée de leurs phonogrammes*, convention à laquelle le Canada n'est pas partie, mais à laquelle il serait tenu de se conformer en vertu de l'article 1701 de l'ALÉNA.

54. *Actes de la Conférence de Stockholm*, 11 juin au 14 juillet 1967, cité dans DAVIES-HUNG, *supra*, note 2, p. 69.

55. OMPI, *Gestion collective du droit d'auteur et des droits voisins*, Genève, 1990, 103 pages, p. 52.

mule porteuse mais guère plus limpide que l'article 9 de Berne, un «niveau raisonnable de protection effective». Selon l'interprétation dominante, cette discrétion ne saurait s'interpréter différemment de l'article 9(2) de Berne⁵⁶.

Malgré la référence aux usages privés dans les textes préparatoires de la Conférence de Stockholm⁵⁷, de même que dans la loi type de Tunis et dans certaines législations nationales⁵⁸, l'exception de copie privée n'est citée expressément qu'à l'article 15 de la Convention de Rome. Cet article énonce la faculté pour les États d'édicter des exceptions à la protection garantie par la Convention dans certains cas, notamment lorsqu'il s'agit d'une utilisation privée. Elle ajoute, sans préciser, que ces limites doivent être de même nature que celles qui sont prévues aux termes de la protection du droit d'auteur, des licences obligatoires ne pouvant être instituées que dans la mesure où elles sont compatibles aux dispositions de la Convention de Rome. Si un régime de licence obligatoire est qualifié par le Guide de la Convention de Rome d'incompatible avec la Convention lorsque l'exception a pour effet d'annuler les prérogatives du premier paragraphe de l'article 7, il ne le serait pas lorsqu'une exception vise les «droits ultérieurs»⁵⁹, soit ceux du deuxième paragraphe de l'article 7, sous réserve que «ce régime fonctionne comme une limite au droit d'auteur»⁶⁰. Or, le Guide précise que «ce n'est jamais qu'une faculté laissée au législateur national, et non une

56. *Report of the Working Group on the Legal Problems Arising from the Use of Videocassettes and Audiovisual Discs*, Genève, 21 au 25 février 1977, de même que *Report of the Committee of Governmental Experts on the Evaluation and Synthesis of Principles on Various Categories of Works*, Genève, 27 juin au 1^{er} juillet 1988, cités dans DAVIES-HUNG, *ibid.*, *supra*, note 2, p. 70 et s. À propos de l'interprétation du droit de reproduction et des exceptions des conventions ci-dessus mentionnées, ces derniers auteurs résument (p. 74-115) les recommandations, propositions et développements depuis 1977 jusqu'à 1992, largement favorables à une reconnaissance et à une confirmation du droit de reproduction en matière de copie privée, sans toutefois pouvoir y constater d'issue normative ou conventionnelle émanant de l'OMPI, de l'UNESCO, du Conseil de l'Europe ou de la Commission européenne et ce, malgré les nombreuses recommandations des principaux organismes comme l'ALAI, la CISAC et le GESAC.

57. S. RICKETSON, *supra*, note 28, p. 480 et 485.

58. C. COLOMBET, *Grands principes du droit d'auteur et des droits voisins dans le monde. Approche de droit comparé*, Litec, Paris, 1997, 312 pages, p. 54 et 56: «La plupart des législations du monde sauf – celles des pays anglo-saxons – prévoient une première exception au droit de reproduction résultant de copies d'œuvres simples ou complexes, absolument ou relativement originales, destinées à l'usage privé du copiste. [...] Dans les pays anglo-saxons, c'est la notion d'usage loyal qui peut servir à légitimer certaines reproductions.»

59. A. LUCAS et H. LUCAS, *supra*, note 25, p. 953.

60. OMPI, *Guide de la Convention de Rome*, *supra*, note 33, p. 80.

obligation de mettre en parallèle la loi interne sur les droits voisins et celle sur le droit d'auteur»⁶¹.

Le Guide ajoute que la disposition est de portée générale, s'appliquant aux trois catégories de bénéficiaires. Les solutions dans les cas d'utilisation privée demeurent, aux termes de la Convention, du ressort de la loi interne. Dans la *Gestion collective du droit d'auteur et des droits voisins*, l'OMPI affirme néanmoins que la Convention de Rome n'énonce pas d'obligations analogues à la Convention de Berne mais qu'il est généralement considéré justifié d'étendre le bénéfice d'un droit à rémunération aux artistes interprètes et aux producteurs.

3. Les obligations dubitatives des États

La copie privée nous apparaît donc moins comme une «pratique institutionnelle, sans aucune limite ni de fait ni de droit», pour citer à nouveau S. Martin, mais davantage comme une pratique pouvant donner lieu à des qualifications contradictoires de reproduction et de limitation. Peut-on néanmoins affirmer en faveur des auteurs un droit de reproduction dont l'étendue ne peut souffrir aussi facilement la prérogative d'exception de copie privée qui est accordée expressément aux législateurs nationaux dans le cas des droits voisins? Quelles sont, en définitive, les obligations des États?

L'article 5 de la Convention de Berne affirme que les auteurs jouissent des droits que les lois respectives accordent actuellement et accorderont par la suite aux nationaux ainsi que des droits spécialement accordés par la présente Convention. L'article 5 prévoit également que la jouissance et l'exercice des droits ne sont soumis à aucune formalité et sont indépendants de l'existence de la protection du pays d'origine, laissant en dehors des stipulations de la Convention l'étendue de la protection, voire l'exercice ainsi que les moyens de recours garantis à l'auteur pour sauvegarder ses droits, à la compétence exclusive de la législation du pays où la protection est réclamée.

La Convention ajoute à son article 19 la faculté pour les auteurs de revendiquer l'application de dispositions plus larges qui seraient édictées par la législation d'un pays de l'Union. Tout auteur unio-

61. OMPI, *Gestion collective du droit d'auteur et des droits voisins*, supra, note 55, p. 79.

niste devrait donc pouvoir bénéficier, dans chaque pays membre, de la protection accordée au national (la règle du traitement national) et devrait même pouvoir se prévaloir des dispositions conventionnelles en cas de besoin⁶².

Ainsi, comme le prétend Dillenz, si les dispositions prises par les pays de l'Union, qui privent les auteurs étrangers d'une participation à la rémunération pour copie privée, sont considérées dans le cadre de la Convention de Berne, il semble que tant ces dispositions que les ripostes éventuelles à celles-ci sont incompatibles avec l'esprit, voire, dans une certaine mesure, la lettre de la Convention de Berne⁶³.

Or, comme nous l'avons déjà souligné, le droit de reproduction constitue un droit spécialement accordé par la Convention, alors que la copie privée n'y est pas expressément énoncée. Si la copie privée ne peut être qualifiée de *jus conventionis*, est-elle pour autant du plein ressort de la législation nationale qui a compétence exclusive pour déterminer l'étendue de la protection en dehors des stipulations de la Convention?

L'article 9(2) accorde une latitude plus ou moins grande aux États de mettre en échec le bénéfice de la protection conventionnelle, sous réserve du test qu'il énonce. Or, cette latitude ne permet pas de qualifier la copie privée *stricto sensu* «en dehors des stipulations de la Convention» au sens de l'article 5 puisque cette limitation détermine des critères d'application qui sont d'interprétation restrictive. Les auteurs Lucas utilisaient l'expression de protection de second rang mais de directives peu contraignantes. La copie privée pourrait alors être qualifiée d'utilisation qui ne serait pas soumise au monopole de l'auteur et dont la protection offerte par un État dépasserait le minimum conventionnel au sens des articles 19 ou 20. Cependant, dans ce cas, la règle du traitement national semblerait devoir s'affirmer.

En revanche, la copie privée pourrait aussi être qualifiée d'utilisation échappant tout simplement à la Convention et à la maîtrise des auteurs, auquel cas le bénéfice du traitement national ne serait pas obligatoire.

62. *Code de la propriété intellectuelle, Droit international. Convention de Berne du 9 septembre 1886*, Édition réalisée et commentée par M. VIVANT, Litec, Paris, 1996, 1020 pages, p. 144.

63. W. DILLENZ, *supra*, note 2, p. 211.

Cette dernière interprétation répondrait davantage aux préoccupations de Karnell, qui semble favoriser l'effort des États qui auraient cherché ou cherchent à améliorer la situation économique des auteurs en se soustrayant à la règle de traitement national, peu opportune en regard du nombre de pays ayant mis en œuvre des mécanismes de rémunération compensatoire, qui plus est, du peu de «pays payants», voire «altruistes», inscrivant la redevance au chapitre du droit d'auteur. Ainsi, «le simple fait qu'une rémunération équitable puisse satisfaire le besoin d'atténuer le préjudice causé par l'impossibilité d'exercer un droit exclusif dans la sphère privée ne justifie pas la conclusion suivant laquelle tout droit ayant pour but d'établir une telle rémunération serait nécessairement soumis à l'application de la règle de traitement national de la Convention de Berne»⁶⁴.

En tout état de cause, les deux cas feraient de la copie privée une exception qui serait tolérée par la Convention⁶⁵. Le niveau de tolérance ne varie pourtant pas en fonction de l'interprétation et de l'application qu'en font les États selon le cas, puisque la Convention est impuissante à sanctionner ou à offrir davantage de certitude.

Ainsi, la violation par un État d'une obligation de protection qui constituerait un minimum conventionnel ou une protection dépassant ce minimum mais discriminatoire au sens de l'article 19 est laissée, selon l'article 33 de la Convention, à la compétence de la Cour internationale de justice. Cette dernière peut entendre tout différend entre deux ou plusieurs pays concernant l'interprétation ou l'application de la Convention; cependant, cette compétence n'a jamais été sollicitée. Aussi, aucune solution sous forme de révision des dispositions de fond – soumise à l'unanimité des pays membres de l'Union, n'a été édictée depuis 1971.

Nous serions d'avis que la copie privée peut valablement être qualifiée de reproduction au sens de l'article 9 mais que tout mécanisme de rémunération compensatoire ne saurait être qualifié de protection relevant soit du *jus conventionis*, soit d'un cas spécial pouvant à la rigueur échapper à la protection. Les États devraient, en principe, être contraints par la Convention de Berne à ne pas édicter d'exception à la copie privée ou, à défaut, à prévoir un mécanisme permettant de pallier les atteintes à l'exploitation normale de l'œuvre ou, pour reprendre l'expression de la CUD,

64. G. KARNELL, *supra*, note 34, p. 281.

65. S. MARTIN, *supra*, note 2, p. 38.

offrir un niveau raisonnable de protection effective à tous les auteurs unionistes. Nous demeurons sceptique quant à l'opportunité de la solution suggérée par Karnell, compte tenu de l'érosion du droit de reproduction et du principe fondamental de traitement national qu'elle appelle et compte tenu de l'abus de l'exception tolérée qu'elle encourage.

Quant aux obligations découlant de la Convention de Rome, l'interprétation majoritaire consiste à reconnaître aux États membres de Rome la faculté d'édicter une exception de copie privée, sans l'assujettir à quelque obligation, que ce soit celle d'assurer aux artistes interprètes ou aux producteurs de phonogrammes un minimum de protection ou encore, celle de garantir le traitement national dans l'éventualité où un mécanisme de rémunération compensatoire est mis en œuvre.

Sans parler à nouveau des articles 7 et 10, des conditions spécifiques à chaque catégorie de bénéficiaires donnant ouverture à l'obligation de traitement national aux termes des articles 2, 4, 5, et 6 ou, encore, à la procédure de règlement des différends, assimilable à l'article 33 de Berne telle que prévue à l'article 30 de Rome, nous serions d'avis que la prérogative étatique de faire exception ne saurait constituer une interprétation valable des minima de protection devant être garantis par la Convention de Rome. Au-delà d'une simple interprétation textuelle de l'exception à la copie privée et de l'interprétation minimaliste des droits découlant de certaines dispositions de la Convention de Rome, notamment les droits des artistes interprètes⁶⁶, l'évolution de la copie privée dont nous avons fait état sommairement devrait plutôt mettre en exergue l'esprit du deuxième alinéa de l'article 15 de la Convention de Rome qui assimilerait les limitations aux droits de reproduction des artistes interprètes et des producteurs à celles qui sont prévues dans toute législation nationale en ce qui concerne la protection du droit d'auteur. En somme, le parallélisme devrait être de mise dès lors qu'un État souscrit aux préceptes de la Convention de Berne. Le non-parallélisme constitue, à nos yeux, un abus de l'exception tolérée qui n'était justifiable qu'au moment de l'adoption de Rome.

En tout état de cause, force est de reconnaître que l'absence d'exception précise ou de mécanisme de rémunération compensatoire dans une législation nationale, comme c'était le cas du Canada

66. Convention de Rome, *supra*, note 26. L'article 2, à titre d'exemple, limite l'obligation de traitement national «compte tenu de la protection expressément garantie et des limitations expressément prévues».

avant les modifications à la *Loi sur le droit d'auteur* du 25 avril 1997 et comme c'est toujours le cas de nombreux autres États, ne répugnerait pas nécessairement à l'encadrement juridique international qui précède l'ADPIC. Cet encadrement ne permet pas de conclure à une violation d'une obligation de protection, dès lors qu'un législateur national reste muet sur le sujet de la copie privée ou qu'il ne reconnaît pas le traitement national lorsqu'il fait exception à la copie privée et met en œuvre un mécanisme de rémunération compensatoire. L'incertitude des conventions précitées aurait-elle en définitive le mérite et l'avantage d'une souplesse n'écartant aucune des qualifications qui ont été discutées?

B. L'Accord relatif aux aspects de propriétés intellectuelles qui touchent au commerce (ADPIC) et l'Accord de libre-échange nord-américain (ALÉNA)

Les instruments multilatéraux ADPIC et ALÉNA modifient-ils le constat qu'il nous a été permis de faire ci-dessus? La souveraineté des États y est-elle autrement contrainte? Ces instruments dissiment-ils l'absence de solution tranchée en matière de copie privée?

Les ententes internationales précitées ne modifieraient pas à court terme l'objet, la nature et l'étendue du droit de reproduction ainsi que des limitations prévues dans les conventions de Berne et de Rome. Les préceptes régissant la copie privée demeureraient inchangés en principe, contrairement à l'imputabilité des États relative à leur conformité aux obligations découlant de ces conventions ainsi qu'aux nouveaux droits spécifiquement prévus à l'ADPIC et à l'ALÉNA.

La nature de ces traités mérite les quelques remarques liminaires suivantes. Si les conventions de Berne et de Rome sont, avant tout, des instruments de droit international privé, l'ALÉNA et l'ADPIC concernent le droit international public et l'encadrement des relations entre les États en matière de propriété intellectuelle mais ils concernent également un dispositif élaboré permettant d'assurer le respect efficace des droits et des recours visés. Ce dernier instrument offre notamment des solutions institutionnelles à la mise en œuvre déficiente – voire vaine – de droits, que ce soit au niveau du Conseil ADPIC, qui veille à la transposition et l'éventuelle mise à jour des accords existants, mais également au niveau des autres instances susceptibles d'encadrement normatif (Conférence ministérielle de l'OMC, Conseil Général OMC ainsi que le Conseil sous

forme de panel d'arbitrage (*General Council Meeting as Dispute Settlement or Appellate Body*)).

Au préambule de l'ADPIC, les États affirment leur volonté d'inscrire les droits de propriété intellectuelle dans un nouvel ensemble de règles, de disciplines, de normes et de principes adéquats concernant l'existence, la portée et l'exercice de ces droits qui touchent au commerce de même qu'au commerce de marchandises de contrefaçon. La volonté de «réduire les distorsions et les entraves [...] au commerce légitime» fournirait conséquemment un point de départ de toute analyse relative à la portée réelle de l'assimilation et de la soumission de la protection de droit d'auteur et de droits voisins. Or, pareil point de départ ne résoudrait pas précisément la question plus délicate de l'insertion de la propriété intellectuelle dans semblable traité commercial et l'interprétation appropriée qui s'impose désormais.

L'ADPIC offre-t-il donc un encadrement disciplinaire qui remédie à certaines carences des conventions de Berne et de Rome (les articles 33 et 30 respectivement soulevés ci-dessus) ou, au contraire, propose-t-il uniquement un mécanisme éprouvé de résolution de différends restreints aux seules matières touchant au commerce? Nous pensons que l'ADPIC offre un nouvel encadrement à la discipline du droit d'auteur et des droits voisins alors que l'alinéa c) de son préambule énonce «la nécessité d'élaborer de nouvelles règles et disciplines concernant: l'élaboration de moyens efficaces et appropriés pour faire respecter les droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce, compte tenu des différences entre les systèmes juridiques nationaux».

L'ALÉNA proposerait un encadrement normatif équivalent entre les États-Unis, le Mexique et le Canada.

1. L'étendue des droits de reproduction en cause

Les traités ADPIC et ALÉNA ne modifient pas ce que nous avons identifié comme contours variables des droits de reproduction en cause. L'article 9 de l'ADPIC oblige les États membres à se conformer aux articles 1 à 21, exception faite de 6 bis, ainsi qu'à l'annexe de la Convention de Berne (version de 1971). L'article 1701 de l'ALÉNA énonce l'obligation de donner effet à cette dernière convention. Sous réserve de ce que nous avons soutenu précédemment, l'ADPIC et l'ALÉNA ne font qu'incorporer le droit de reproduction de l'article 9 de la Convention de Berne.

En revanche, l'ADPIC et l'ALÉNA n'imposent pas aux États de se conformer en bloc à la Convention de Rome mais imposent plutôt le respect de certains droits qu'ils énoncent spécifiquement.

D'une part, l'article 14 de l'ADPIC prévoit que les artistes interprètes ou exécutants auront, pour ce qui est d'une fixation de leur exécution sur un phonogramme, la possibilité d'empêcher les actes ci-après lorsqu'ils seront entrepris sans leur autorisation, notamment la fixation de leur exécution non fixée et la reproduction de cette fixation. Bien que l'article 14⁶⁷ ne reprenne pas l'article 7 de Rome *verbatim*, on peut assimiler certaines prérogatives à celles qui sont énoncées aux alinéas b) et c) de l'article 7. Conséquemment, la copie privée ne pouvant être qualifiée de fixation d'exécution non fixée ou de reproduction de cette première fixation, elle ne donnerait emprise à aucune qualification sous l'article 14. La précarité résultant aux artistes interprètes serait dans ce contexte sans équivoque.

D'autre part, l'article 14 reprend, en faveur du producteur de phonogramme, le texte de l'article 10 de Rome. La copie privée peut dès lors constituer une reproduction directe ou indirecte mais non autorisée de phonogramme.

2. L'apparente harmonisation des limitations aux droits de reproduction

Outre la substitution de la dénomination d'auteur en faveur de la désignation générique de détenteur de droit, l'article 13 de l'ADPIC a pour effet d'étendre les conditions d'exception assimilables à l'article 9(2) de Berne applicable au seul droit de reproduction à tous les droits exclusifs d'exploitation que cet accord contient ou incorpore en faveur des auteurs. Comme le libellé de l'article 13 consacre le test de l'article 9(2) de Berne, la qualification de la copie privée en matière d'exception tolérée ne serait pas altérée⁶⁸.

L'article 14(6) de l'ADPIC permet aux États membres, en rapport aux droits décrits ci-dessus, de prévoir des conditions, limi-

67. Les artistes interprètes se voyant reconnaître un droit limité d'empêcher une fixation non autorisée de leur exécution non fixée et la reproduction de cette fixation en vertu de l'article 14 ADPIC, ce qui ne s'étendrait pas à la copie privée ou la reproduction de ces fixations autorisées.

68. Un nouvel équilibre doit néanmoins être trouvé dans l'interprétation qui doit être faite du test étendu dans l'ADPIC et dans les nouveaux traités OMPI: T. HEIDE, «The Berne Three-Step Test and the Proposed Copyright Directive», (1999) 21 *European Intellectual Property Review* 105-109. Voir ci-dessous note 74.

tations, exceptions et réserves dans la mesure autorisée par la Convention de Rome. C'est dire que l'ADPIC importerait les réserves que cette dernière convention autorise, notamment l'exception d'utilisation privée de l'article 15 de Rome. La faculté pour un État de faire échec à toute protection ou obligation autrement conférée par Rome et par l'ADPIC se trouverait ainsi confirmée. Or, l'analyse ne saurait se confiner à cette apparente harmonisation davantage assimilable à une simple transposition des limitations de Berne et de Rome.

3. *Les nouvelles obligations dubitatives des États*

L'ADPIC n'innove donc pas sur le plan de l'étendue des droits de reproduction en cause ou des limitations conventionnelles touchant la copie privée. En revanche, l'applicabilité des principes fondamentaux du GATT de 1994 et des procédures multilatérales de résolution de différends à la propriété intellectuelle modifierait le régime disciplinaire des règles, des normes et des principes visant l'existence, la portée et l'exercice des droits. Plus spécifiquement, l'ADPIC pourrait servir à renverser ou, à tout le moins, dissiper l'incertitude concernant ce que nous qualifions ci-dessus d'abus de l'exception tolérée.

Si l'article 1 de l'ADPIC impose aux États membres de donner effet aux dispositions de fond de l'accord et d'accorder en principe soit le traitement national défini à l'article 3, soit le traitement de la nation la plus favorisée prévu à l'article 4, le champ d'application de ces dernières dispositions pourrait apparaître anéanti par la place qui est faite aux conventions et aux législations nationales existantes. Qu'en est-il?

L'obligation de traitement national est érigée en principe «pour ce qui est des droits visés par le présent accord». Tout État membre doit donc accorder aux ressortissants des autres membres un traitement non moins favorable que celui qu'il accorde à ses propres ressortissants. Est-ce à dire que le droit de reproduction qu'implique la copie privée pourrait assujettir les États à l'obligation de traitement national dès lors qu'un mécanisme de rémunération compensatoire est mis en œuvre?

Pas tout à fait. L'obligation de traitement national comporte un certain nombre de règles d'exceptions, dont la non-dérogation aux obligations que les membres peuvent avoir les uns à l'égard des autres en vertu de Berne et de Rome (art. 2(2)), l'exclusion des

procédures prévues par les accords multilatéraux conclus sous les auspices de l'OMPI pour l'acquisition ou le maintien de droits de propriété intellectuelle (art. 5), la faculté laissée aux États d'adopter des mesures nécessaires pour faire prévaloir certains intérêts dans des secteurs d'une importance vitale sous condition de compatibilité définie par l'accord (art. 8), la liberté de transposition en droit national des dispositions de l'accord, sans toutefois limiter la faculté des Membres de mettre en œuvre une protection plus large que l'accord ne prescrit (art. 1) et, enfin, en rapport avec les droits conférés en matière de protection des artistes interprètes et des producteurs, la faculté pour les États de prévoir des conditions limitations, exceptions et réserves dans la mesure autorisée par la Convention de Rome (art. 14(6)).

Les États membres de l'OMC pourraient donc prévoir, en rapport avec les droits conférés en vertu des articles 1 à 3 de l'Article 14, une exception de copie privée ainsi qu'assurer une protection supplémentaire à l'ADPIC pourvu qu'elle soit en conformité avec cette dernière, sous réserve du respect des conditions d'admissibilité des autres traités et sous réserve de notification dans certains cas de limitations. L'obligation de traitement national ne toucherait donc pas directement la copie privée et les niveaux de protection offerts par certains États qui pourraient mettre en œuvre un mécanisme de rémunération compensatoire sans égard au traitement national. Or, la tolérance plus (Rome, art. 15) ou moins (Berne, art. 9) grande de l'exception de copie privée nous impose des réserves à l'égard de cette conclusion. L'ADPIC pourrait confirmer une tolérance vis-à-vis des acquis conventionnels mais pourrait également donner emprise à une interprétation restrictive de ces acquis dans le temps et donc limiter d'autant toute telle latitude dans la promulgation future de mécanismes de rémunération compensatoire. Cette latitude serait autrement contrainte par le dispositif suivant.

Ainsi, le traitement sur la base de la nation la plus favorisée de l'Article 4 a lieu de s'appliquer indépendamment des dispositions précitées en ce qui a trait aux «avantages, faveurs, privilèges ou immunité accordé par un Membre aux ressortissants de tout autre pays membre» et ce, de manière immédiate et sans condition, hormis notamment les exemptions en faveur des mêmes avantages, faveurs, privilèges ou immunités accordés par un Membre découlant des conventions de Berne et de Rome lorsque la règle édictée est régie par un traitement sur la base de la réciprocité (art. 4b)), ou pour ce qui est des droits des artistes interprètes ou exécutants et des producteurs de phonogrammes qui ne sont pas visés par le présent accord (art. 4c)).

Nous sommes d'avis que l'Article 4 a tout lieu de s'appliquer dès lors que certaines conditions sont satisfaites. Ainsi, l'empire de l'Article 4 serait-il plausible en ce qui a trait au phénomène de la copie privée et de certains mécanismes de rémunération compensatoire si l'extension d'un bénéfice à un État membre de l'OMC vise une matière qui est régie par Berne ou Rome et objet des considérations ci-dessus mais qui ne serait pas assujettie au traitement sur la base de la réciprocité tout en constituant une matière visée par l'ADPIC (bénéfice ou avantage), si pareille matière ne découle pas d'accords qui ont pris effet avant l'entrée en vigueur de l'Accord instituant l'OMC et ne constitue pas de discrimination arbitraire ou injustifiée à l'égard des ressortissants d'autres Membres.

Le niveau de protection offert par la mise en œuvre d'un mécanisme de rémunération compensatoire ou son contraire soulève donc à nouveau la question que nous posions dans l'analyse des conventions de Berne et de Rome. Ainsi, doit-on qualifier la copie privée de protection prévue par la convention, de protection échappant à cette protection minimale ou encore de protection plus large?

Nous avons déjà amplement décrit l'incertitude entourant toute tentative de qualification définitive de la copie privée au chapitre des droits de reproduction et des limitations pertinentes. Or, nul ne saurait affirmer que Berne édicte en matière de copie privée une règle imposant le traitement sur une base de réciprocité comme elle le fait dans le cas du droit de suite. En revanche, cette difficulté de qualification ne saurait conduire à rendre tout mécanisme de rémunération compensatoire de copie privée parfaitement étranger soit aux obligations de traitement national telles que décrites ci-dessus, soit aux avantages et aux privilèges visés par l'article 4 de l'ADPIC. En effet, bien que la copie privée ne fasse l'objet d'aucun dispositif spécifique, l'étendue de la protection relevant du droit de reproduction se trouve affirmée par l'ADPIC.

En vertu de Rome, le droit de reproduction et l'exception de copie privée ne comportent pas davantage de précisions visant l'obligation de traitement sur une base de réciprocité lorsqu'un mécanisme de rémunération compensatoire est mis en œuvre. Ainsi, comme ci-dessus, la copie privée ne saurait être qualifiée d'étrangère aux avantages et privilèges qui sont visés par l'ADPIC, à tout le moins en ce qui a trait aux droits des producteurs. En dépit de l'absence de dispositif spécifique visant la copie privée, l'ADPIC embrasse l'étendue de la protection découlant des droits de fixation et de reproduction pouvant se distinguer de ceux que Rome prévoit.

En conséquence, il y a tout lieu de croire que l'obligation de traitement de la nation la plus favorisée aurait lieu de s'appliquer dans les cas de mécanisme de rémunération compensatoire offert aux créateurs de quelque pays membre de l'OMC, à l'exclusion de certains. Seule l'exemption prévue à l'article 4d) pourrait concourir à la défense des États membres cherchant à échapper à cette obligation, c'est-à-dire les États qui voudraient préserver de l'ADPIC les dispositifs pouvant, comme nous l'avons déjà dit, relever des accords internationaux ayant pris effet avant 1994 – sous réserve, d'une part, que l'État porte notification à cet effet auprès du Conseil des ADPIC et, d'autre part, conformément à l'article 4, que pareilles exemptions ne «constituent pas une discrimination arbitraire ou injustifiée à l'égard des ressortissants d'autres Membres».

L'absence de reconnaissance des ressortissants des États membres de l'OMC, voire la reconnaissance sur une base de réciprocité, nous apparaît à tout le moins arbitraire ou injustifiée, voire contraire au dispositif normatif de l'ADPIC, qui favorise davantage le principe général d'un traitement non discriminatoire.

Soulignons au passage qu'en plus des dispositions relatives au traitement national et au traitement de la nation la plus favorisée qui sont déjà soumises au régime disciplinaire de l'ADPIC, un dispositif normatif permet de garantir la reconnaissance et le respect des droits de propriété intellectuelle au-delà des obligations expressément énoncées par l'ADPIC. Ce dispositif pourrait inclure une éventuelle clarification du cas de la copie privée puisque l'article 64 de l'ADPIC rend applicable le recours dit NVNI («*Non Violation, Nullification or Impairment*») et donne emprise à la juridiction d'un panel arbitral ADPIC contre toute mesure ayant pour effet d'annuler ou de diminuer les bénéfices escomptés par l'ADPIC. D. Gervais précise cependant à ce sujet:

In summary therefore, during the first 5 years, a WTO Member may not rely on non violation nullification or impairment and unavailability of benefits based on reasonable expectations. This might be the case where, in spite of the apparent conformity of a Member's laws and regulations with the TRIPS Agreement, or systematic refusal to apply certain provisions of such laws and regulations may nullify or impair any benefits accruing directly or indirectly under TRIPS.⁶⁹

69. D. GERVAIS, *The TRIPS Agreement. Drafting History and Analysis*, Sweet & Maxwell, Londres, 1998, 444 pages, p. 50. Il est important de signaler que plusieurs pays s'opposaient à l'entrée en vigueur d'un tel dispositif en matière de

Sans poursuivre plus en détail notre analyse de l'ADPIC, nous pouvons conclure que l'obligation serait faite aux États membres de se conformer à la Convention de Berne et aux autres droits reconnus sous peine de poursuite éventuelle dans le contexte du mécanisme de règlement de différends prévu sous l'égide de l'Organisation mondiale du commerce (OMC)⁷⁰. En principe, la non-conformité d'un État aux obligations textuelles ou non textuelles découlant de l'ADPIC constitue, dans l'esprit du libéralisme encouragé par cet accord, une violation donnant ouverture à des sanctions commerciales. Si le droit de reproduction et l'exception de copie privée – aussi peu clairement énoncés dans les instruments internationaux qu'ils soient – donnent emprise à la compétence de l'OMC, beaucoup d'incertitude plane quant à l'interprétation exacte qui pourrait éventuellement être faite de ces droits et de ces exceptions et, conséquemment, des obligations contraignant les États⁷¹.

propriété intellectuelle prévu pour le 1^{er} janvier 2000. Plusieurs pays proposaient l'extension du moratoire de 5 ans dans le contexte de l'ouverture des nouvelles négociations prévue pour Seattle le 30 novembre 1999. Néanmoins, à défaut de résolution formelle, le dispositif entré en vigueur à compter du 1^{er} janvier 2000. Signalons également au passage l'interprétation restrictive du NVNI (article XXIII: 1(b)) dans l'un des rares cas (8 au total sous l'égide du GATT depuis 50 ans, p. 381) à avoir été soulevés devant un panel OMC – *Japan Measures Affecting Consumer Photographic Film and Paper, WTO, WT/DS44/R, March 31, 1998*. Dans cette affaire, le panel rejette les prétentions des États-Unis voulant que certains bénéfices escomptés résultant directement ou indirectement de l'accord GATTs sont diminués ou inhibés (*nullified or impaired*) par un dispositif ne contredisant pas nécessairement la lettre même ou le texte de l'accord GATTs. Suivant l'interprétation du recours extraordinaire par ce panel, le constat d'une violation au chapitre du NVNI se fonde sur une analyse des attentes légitimes d'un État au moment de la conclusion de l'accord. Le recours ne saurait être caractérisé par une exhaustivité mettant en péril l'objet, la sécurité et la prévisibilité des accords multilatéraux (p. 365). Voir également dans un autre contexte d'interprétation que le NVNI: *India – Patent Protection for Pharmaceutical and Agricultural Chemical Products, AB-1997-5, WT/DS50/AB/R, December 19, 1997*. Dans cette affaire en appel d'une décision d'un panel, l'interprétation restrictive de l'article 13 ADPIC est favorisée en rejetant l'argument des États-Unis suivant lequel l'ADPIC devait protéger les attentes légitimes des États membres et de leurs ayants droit. Voir l'interprétation plus récente de l'article 13 sous les notes 72 et 104.

70. ADPIC, *supra*, note 26, art. 64 rendant applicables les dispositions des articles XXII et XXIII du GATT. Voir les Parties VI et VII.

71. N.A. NETANEL, *Perspective on Interpretation: TRIPS, the WIPO Copyright Treaties, and Freedom of Expression, Fordham University School of Law, Sixth Annual Conference on International Intellectual Property Law & Policy, April 16 & 17, 1998*, 5 pages, L'approche maximaliste de l'incorporation de Berne à l'ADPIC est discutée mais *a contrario* l'hypothèse minimaliste selon laquelle l'ADPIC serait davantage normatif que coercitif; conséquemment, constatant qu'il y a peu de probabilité de voir un panel sanctionner l'exercice d'une souveraineté résiduelle, exception faite des contradictions flagrantes des législa-

Tout laisse cependant croire que cette compétence pourrait être mise en œuvre dans les cas de mécanismes de rémunération compen-

tions nationales aux termes des dispositions de l'ADPIC, particulièrement en cas de pratiques étatiques divergentes ou d'absence de consensus ou d'harmonisation. J.H. REICHMAN et D. LANGE, *Bargaining Around the TRIPS Agreement: The Case for Ongoing Public-Private Initiatives to Facilitate Worldwide Intellectual Property Transactions*. Fordham University School of Law, *id.*, p. 1-33; A.N. DIXON et L.M. PEETS, *TRIPS Case Law Developments in the WTO: A Review and Analysis*, Fordham University School of Law, *Seventh Annual Conference on International Intellectual Property Law & Policy, April 8 & 9, 1999*, 21 pages: selon ces auteurs, l'une des tendances pouvant être dégagées concerne l'interprétation restrictive ou littérale du dispositif mis en œuvre par l'ADPIC. Devant l'incertitude des interprétations de l'ADPIC, L.R. Helfer suggère de s'inspirer de l'exemple des droits fondamentaux et des libertés (*Human Rights*) en Europe pour éclairer les conflits relatifs à l'étendue des droits (ex.: la qualification des programmes ordinateurs au chapitre de la PLA), à de nouveaux droits dépassant ou échappant aux minima de Berne-ADPIC de même que relatifs aux pratiques étatiques ou aux instruments internationaux postérieurs à l'ADPIC. Le méthodologie dérivée de l'exemple européen, «*ECHR's autonomous interpretive method*» et «*ECHR's margin of appreciation*» caractérisent une analyse comparative du droit et des interprétations données par les États des nouveaux droits devant ou non être assujettis aux obligations de traitement national. Suivant cette analyse, le constat de pratiques étatiques divergentes ne saurait permettre l'imposition d'une solution unique à défaut de consensus. «As a result, if state practice evolves over time towards a clear international consensus on higher standards of protection, TRIPS jurists can recognize that consensus and use it to interpret or elevate the global minimum baseline of protection, much as the ECHR has relied on rights-enhancing national law reform trends to interpret the European Convention's protected rights in a manner favourable to individuals.» (p. 13) «Over time however, if panels are given the authority to hear non-violation complaints and if the political treaty amendment process does not address the protection of IPRs in new technological environments, TRIPS jurists may find it necessary to invoke evolving but not yet uniformly accepted legal developments when interpreting TRIPS to provide effective protection of IPRs.» (p. 14); L.R. HELFER, «A European Human Rights Analogy for Adjudicating Copyright Claims Under TRIPS», (1999) 21 *European Intellectual Property Review* 8-16. Voir également A. KÉRÉVER, «Droit d'auteur et mondialisation», (1997) 10 *C.P.I.* 19, 23, concernant l'incertitude des obligations de traitement national lorsqu'un mécanisme de rémunération compensatoire est institué par une loi nationale. L'article 13 de l'ADPIC ne paraphrasant que l'article 9(2) de Berne, l'accord ne tranche donc pas des problèmes d'interprétations de Berne comme il le fait dans le cas des programmes ordinateurs et des bases de données. L'auteur affirme à la page 36, «qu'il semble en tout cas exister un consensus pour estimer que l'obligation de traitement national dans le cadre de l'ADPIC ne s'applique pas aux redevances de copie privée sonore et audiovisuelle». Voir également les commentaires des articles 3, 4, 9, 64, notamment en ce qui a trait à l'échec de la proposition américaine visant l'ajout d'un libellé plus tranchant: «Protected works shall enjoy in respect of private or personal copying accorded under the domestic law of a Party to works of national origin», dans D. GERVAIS, *The TRIPS Agreement. Drafting History and Analysis*, Sweet & Maxwell, London, 1998, 444 pages, p. 50. Aussi, B. CLERMONT, «Parties II et VIII de la Loi sur le droit d'auteur: Le Canada respecte-t-il ses obligations internationales?», (1999) 11 *C.P.I.* 287.

satoire, notamment en ce qui a trait à leur conformité à l'obligation de traitement de la nation la plus favorisée, sinon en vertu de la procédure plus générale de garantie dite de «*Non Violation, Nullification or Impairment*» et ce, dans le cas des auteurs, des producteurs et, de manière moins certaine, dans le cas des artistes interprètes. Curieusement, cette compétence semblerait lui échapper en l'absence de limitations, voire de limitations nationales exemptes de dispositions prévoyant un tel mécanisme au bénéfice de tous les ayants droit issus de tous les États membres de l'OMC.

Une procédure récente de l'Union européenne à l'égard des États-Unis devant le panel ADPIC constitue une première saisine d'un panel en droit d'auteur. Elle suggérerait une interprétation de la portée précise de l'article 13 ADPIC⁷² et des limitations contenues et intégrées à l'ADPIC.

Par ailleurs, l'ALÉNA⁷³ modifie ce constat de manière significative, bien qu'offrant un niveau d'harmonisation régional qui ressemble à bien des égards à l'ADPIC⁷⁴. Nous ne mentionnerons que l'obligation générale d'accorder un traitement aussi favorable aux ressortissants des pays membres que celui réservé aux nationaux et ce, pour tous les droits de propriété intellectuelle. «Le traitement national est donc beaucoup plus large que celui prévu à l'Accord de

72. R.H. REIMER, «Storm Warnings for Copyright», (1999) 19 *Copyright World* 10. La loi américaine intitulée *The Fairness in Music Licensing Act of 1998* édicte, en matière de droits d'exécution publique des limitations accrues en faveur notamment des établissements hôteliers et des restaurants dits de petite surface. Ces exemptions sont condamnées par l'Union européenne qui prétend à la violation des obligations sous Berne et ADPIC. Le panel ADPIC a rendu une décision depuis les audiences vers le mois de novembre 1999. La décision *WT/DS160/R (United States – Section 110(5) of the US Copyright Act)* du 15 juin 2000 a été adoptée le 15 août suivant.

73. ALÉNA, *supra*, note 26. Voir également la *Loi portant mise en œuvre de l'Accord du libre-échange nord-américain*, L.C. 1993, ch. 44.

74. L'ALÉNA oblige les États membres à se conformer à la Convention de Berne, reconnaît le droit de reproduction directe et indirecte en faveur des producteurs d'enregistrements sonores mais assortit pour ces droits une limitation «à certains cas qui n'entrent pas en conflit avec l'exploitation normale [...] et qui ne portent pas indûment préjudice aux intérêts légitimes du détenteur de droit» (art. 1705(5) et 1706(3)). Le Canada figure parmi les pays sous observation du *United States Trade Representative (USTR) Watch List* depuis le mois d'avril 1997 et ce, en ce qui a trait à la reconnaissance des artistes interprètes et des producteurs américains de phonogrammes dans le contexte des dispositions visant les droits voisins et la copie privée. «U.S. Still Urked over Ottawa Trade, Cultural Policies», *The Financial Post*, 1^{er} avril 1998, L. HERMAN, «Canada Can Make a Good Case to Defend Copyright Act. Treaties Don't Necessarily Back U.S. Tough Talk», *The Globe and Mail*, 21 mai 1997.

l'OMC et doit s'appliquer à l'ensemble des dispositions nationales concernant la propriété intellectuelle, et non seulement à celles prévues à l'ALÉNA ou l'ALÉ»⁷⁵.

L'inclusion d'une reconnaissance additionnelle de la protection des phonogrammes, par opposition à celle qui est prévue pour les artistes interprètes, précise la norme applicable aux seules utilisations secondaires qui devient, en vertu des articles 1702 et 1703(1), le traitement sur la base de la réciprocité:

Granted, Article 1702, which allows the states to grant greater protection than what is required by the Agreement, and Article 1705(5) and 1706(3), which provide a rather loose framework for determining exceptions to the rights in works and in sound recordings, institutionalise national differences. However, these rules are mere repetitions of Berne convention principles which the NAFTA incorporates.⁷⁶

Si un mécanisme de rémunération compensatoire visant la copie privée doit être interprété comme protection distincte des utilisations secondaires, voire de niveau de protection dépassant le minimum conventionnel, l'ALÉNA intègre des recours spécifiques de résolution de différends⁷⁷ ayant pour objet, au besoin, de contraindre les États à se conformer aux obligations de traitement national.

En revanche, la clause d'exemption culturelle⁷⁸ constitue un cas d'espèce dans l'encadrement juridique international en énonçant la faculté pour les États de faire échec aux obligations y prévues en

75. B. CLERMONT, *supra*, note 71.

76. Y. GENDREAU, «Copyright Harmonization in the European Union and in North America», (1995) 10 *European Intellectual Property Review* 488-496, 492 (en référence à l'article 1703(1)).

77. Chapitre XX (incluant l'Annexe 2004, «nullification and impairment») et les articles 1115 à 1138 visant la mise en œuvre d'un mécanisme de résolution de différends entre États, mais également, la procédure d'arbitrage prévue en vertu du chapitre XI en faveur des titulaires de propriété intellectuelle assimilables aux investisseurs.

78. L'annexe 2106 de l'ALÉNA prévoit que les droits et obligations prévus à l'article 2005 de l'ALÉ dans le domaine des industries culturelles continuent de s'appliquer entre le Canada et les États-Unis. L'article 2005 prévoit que les industries culturelles définies à l'article 2012 sont exemptées, sauf stipulation expresse contraire, des dispositions de l'ALÉ. I. BERNIER et A. MALÉPART, «Les dispositions de l'Accord de libre-échange nord-américain relatives à la propriété intellectuelle et la clause d'exemption culturelle», dans ALÉNA, *Droit d'auteur et droits voisins: impact de l'ALÉNA sur le droit d'auteur, les droits voisins et les industries culturelles, Actes de la journée d'étude de l'ALAI Canada*, Montréal, 15 juin 1994, p. 17-40.

assurant que les mesures adoptées ou maintenues en ce qui a trait aux industries culturelles soient régies exclusivement par les dispositions de l'Accord de libre-échange (ALÉ)⁷⁹ entre le Canada et les États-Unis. En conséquence, selon une thèse canadienne, toute mesure d'effet équivalent qui peut être infligée à l'encontre d'engagements prévus exclusivement sous l'ALÉ ne saurait être valablement exercée sous l'ALÉNA, qui est seule à prévoir les droits de propriété intellectuelle en outre du droit de retransmission. Ainsi, la mise en échec des obligations de traitement national du chapitre 17 en ayant recours à l'exemption culturelle concerne des droits qui ne sont pas prévus à l'ALÉ. Le refus de reconnaître le traitement national au chapitre d'un mécanisme de rémunération compensatoire constituerait donc une entrave possible à cette obligation.

Force est de constater toutefois que la menace de mesures d'effets équivalents entreprises par les États-Unis, qui ne partageraient pas cette interprétation pointilleuse de l'annexe 2106, est probable. Le Canada aurait dans ce contexte le fardeau de faire valoir son interprétation⁸⁰ tout en supportant les effets de telles mesures qui pourraient viser des secteurs économiques autres que culturels.

C. Les traités WCT et WPPT de l'OMPI

Les nouveaux traités WCT et WPPT de l'OMPI ne modifient pas pour le moment l'incertitude constatée au plan international. L'ajout de ces nouveaux instruments à l'encadrement international soulève pourtant plusieurs interrogations.

Sans en faire une analyse détaillée, il faut constater que les deux traités partagent une volonté «d'instituer de nouvelles règles internationales et de préciser l'interprétation de certaines règles existantes pour apporter des réponses appropriées aux questions soulevées par l'évolution constatée dans les domaines économique, social, culturel et technique»⁸¹ tout en «reconnaissant la nécessité de maintenir un équilibre entre les droits des auteurs (et des artistes interprètes et des producteurs) et l'intérêt public général»⁸². Rien

79. ALÉ et *Loi de mise en œuvre de l'Accord de libre-échange*, Canada-États-Unis, L.C., 1988, ch. 65.

80. I. BERNIER, A. MALÉPART, *supra*, note 42; R.G. ATKKEY, «The Canadian Cultural Industries Exemption from NAFTA – It's Parameters», (1997) 23 *Canada-United-States Law Journal* 177-200.

81. WCT et WPPT, préambule, alinéa 2.

82. WCT préambule, alinéa 4 et WPPT, préambule, alinéa 5.

pourtant des préambules ne porterait à conclure à une application *stricto sensu* des traités à une matière exclusivement numérique.

Ainsi, s'il y a un constat d'incidence considérable de l'évolution et de la convergence des techniques de l'information et de la communication sur la création et l'utilisation des œuvres littéraires et artistiques⁸³, des prestations et des phonogrammes, le préambule ne limite pas le constat d'évolution à une donnée technologique mais incorpore plus largement les phénomènes sociaux et culturels. De plus, la notion de convergence qui y est soulevée ne peut viser seulement les techniques numériques puisque le nouvel équilibre précité qui serait recherché ne peut être assimilé autrement qu'à une certaine harmonie normative à travers l'ensemble des techniques et des moyens d'exploitation des œuvres. Conséquemment, les traités renvoient à une volonté des États de «développer et d'assurer la protection des droits des (créateurs) d'une manière aussi efficace et uniforme que possible»⁸⁴ sans préciser plus avant un champ d'application spécifiquement numérique.

Un certain constat de continuité et d'uniformité peut aisément se concevoir du traité WCT qui est qualifié d'«arrangement particulier au sens de l'article 20 de la Convention de Berne»⁸⁵. Le traité WCT précise n'avoir «aucun lien avec d'autres traités que la Convention de Berne et s'appliquer sans préjudice des droits et obligations découlant de tout autre traité»⁸⁶ et ce, «sans emporter dérogation aux obligations qu'ont les Parties contractantes les unes à l'égard des autres en vertu de la Convention de Berne»⁸⁷ auxquelles elles sont tenues de se conformer⁸⁸.

L'analyse est moins aisée en ce qui a trait au traité WPPT. En effet, le traité WPPT ne peut avoir la qualité d'arrangement mais de révision partielle et il ne fait que spécifier, sans rendre obligatoire, la conformité des États membres à la Convention de Rome, en précisant par ailleurs qu'aucune disposition n'emporte dérogation aux obligations qu'ont les Parties contractantes les unes à l'égard des autres en vertu de cette dernière⁸⁹, en plus de spécifier que le WPPT n'a aucun lien avec d'autres traités⁹⁰ et qu'il est censé s'appliquer,

83. WCT et WPPT, alinéas 3.

84. WCT et WPPT, alinéas 1.

85. WCT, art. 1(1).

86. WCT, art. 1(1).

87. WCT, art. 1(2).

88. WCT, art. 1(4.).

89. WPPT, art. 1(1).

90. WPPT, art. 1(3).

sans préjudice des droits et obligations découlant de tout autre traité⁹¹.

Le renvoi à la Convention de Rome de l'article 3 WPPT a pour effet d'incorporer les critères de rattachement des artistes interprètes et des producteurs ressortissants d'autres Parties contractantes, c'est-à-dire «qui répondraient aux critères requis pour bénéficier de la protection prévue par la Convention de Rome comme si toutes les Parties contractantes dans le cadre du présent traité étaient des États contractants au sens de cette convention»⁹².

C'est donc dire qu'il rend admissibles à sa protection, d'une part⁹³, les artistes interprètes dont soit l'exécution a lieu dans un autre État contractant, soit l'exécution est enregistrée sur un phonogramme protégé en vertu de l'article 5 ou l'exécution non fixée sur phonogramme est diffusée par une émission protégée en vertu de l'article 6 et, d'autre part, soit les producteurs ressortissants d'un État contractant ou un national, soit les producteurs dont la première fixation du son a été réalisée dans un État contractant ou a été publiée pour la première fois dans un autre État contractant (la faculté étant laissée à ces États de ne pas appliquer soit le critère de publication soit le critère de fixation).

Le WPPT précise toutefois que les Parties contractantes accordent la protection prévue par le traité WPPT⁹⁴ et que les critères de protection sont ceux de l'article 2 WPPT⁹⁵. Ces renvois n'incorporent nullement un niveau de protection pouvant y assimiler l'exception relative à la copie privée, sauf si l'article 2 peut éventuellement être interprété pour préserver les droits et les obligations de la Convention de Rome, y compris la faculté d'offrir ou non une protection en matière de copie privée.

L'indépendance⁹⁶ du traité WPPT doit être constatée mais ne saurait être affirmée sans nécessaire mise en rapport à la Convention de Rome et à l'ADPIC.

91. WPPT, art. 1(3).

92. WPPT, art. 3(2).

93. Convention de Rome, art. 4 et 5.

94. WPPT, art. 3(1).

95. WPPT, art. 3(2).

96. D. NIMMER, «A Tale of Two Treaties. Dateline: Geneva – December 1996», (1997) 22,1, *Columbia VLA Journal of Law and the Arts* 1-24, p. 20. «[...] this new performances treaty stands utterly alone.» Il faut surtout souligner que moins de pays souscrivent à la Convention de Rome qu'à la Convention de Berne ralliant, au 15 avril 1999, 138 États membres contre 57 États membres dans le cas de Rome. Source: site Internet OMPI.

1. *La réaffirmation des droits de reproduction en cause*

Le traité WCT évite de réitérer le droit de reproduction contenu dans la Convention de Berne. Les Déclarations communes⁹⁷ se bornent à confirmer le champ d'application du droit de reproduction de Berne à l'univers numérique et à étendre de manière analogue à l'ADPIC l'exception de l'article 9(2) de Berne aux autres protections qu'il reconnaît comme suit:

Article 1.4) Le droit de reproduction énoncé à l'article 9 de la Convention de Berne et les exceptions dont il peut être assorti s'appliquent pleinement dans l'environnement numérique, en particulier à l'utilisation des œuvres sous forme numérique. Il est entendu que le stockage d'une œuvre protégée sous forme numérique sur un support électronique constitue une reproduction au sens de l'article 9 de la Convention de Berne.

Article 10. Il est entendu que les dispositions de l'article 10 permettent aux Parties contractantes de maintenir et d'étendre de manière adéquate dans l'environnement numérique les limitations et exceptions prévues dans leurs législations nationales qui ont été considérées comme acceptables en vertu de la Convention de Berne. De même, ces dispositions doivent être interprétées comme permettant aux Parties contractantes de concevoir de nouvelles exceptions et limitations qui soient appropriées dans l'environnement des réseaux numériques. Il est aussi entendu que l'article 10.2) ne réduit ni n'étend le champ d'application des limitations et exceptions permises par la Convention de Berne.

Le traité WPPT innove en énonçant un droit de reproduction exclusif en faveur des artistes interprètes⁹⁸ tout en répétant celui des producteurs⁹⁹ mais également innove en incorporant les conditions de l'exception de Berne 9(2) et, de manière plus générale, l'exception générale de l'ADPIC comme suit:

97. *Déclarations communes concernant le Traité OMPI sur le droit d'auteur*, adoptées par la Conférence diplomatique le 20 décembre 1996.

98. WPPT, art. 7. Les artistes interprètes ou exécutants 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. Voir également le droit exclusif de fixation des prestations non fixées de l'art. 6.

99. WPPT, art. 11. Les producteurs de phonogrammes jouissent du droit exclusif d'autoriser la reproduction directe ou indirecte de leurs phonogrammes, de quelque manière et sous quelque forme que ce soit.

Article 16.1) Les Parties contractantes ont la faculté de prévoir dans leur législation nationale, en ce qui concerne la protection des artistes interprètes ou exécutants et des producteurs de phonogrammes, des limitations ou exceptions de même nature que celles qui y sont prévues en ce qui concerne la protection du droit d'auteur sur les œuvres littéraires et artistiques.

Article 16.2) Les Parties contractantes doivent restreindre toutes les limitations ou exceptions dont elles assortissent les droits prévus dans le présent traité à certains cas spéciaux où il n'est pas porté atteinte à l'exploitation normale de l'interprétation ou exécution ou du phonogramme ni causé de préjudice injustifié aux intérêts légitimes de l'artiste interprète ou exécutant ou du producteur du phonogramme.

Les Déclarations communes¹⁰⁰ précisent:

Articles 7, 11 et 16. Le droit de reproduction énoncé aux articles 7 et 11 et les exceptions dont il peut être assorti en vertu de l'article 16 s'appliquent pleinement dans l'environnement numérique, en particulier à l'utilisation des interprétations et exécutions et des phonogrammes sous forme numérique. Il est entendu que le stockage d'une interprétation ou exécution protégée ou d'un phonogramme protégé, sous forme numérique, sur un support électronique constitue une reproduction au sens de ces articles.

Article 16. La déclaration commune concernant l'article 10 (relatif aux limitations et exceptions) du Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur est applicable *mutatis mutandis* à l'article 16 (relatif aux limitations et exceptions) du Traité de l'OMPI sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes.

Malgré les difficultés d'interprétation qu'imposeront les contours variables des droits de fixation et de reproduction des artistes interprètes depuis Rome, en passant par l'ADPIC, et malgré une latitude considérable laissée aux États pour transposer en droit interne ce droit, il appert évident désormais que l'étendue de ce droit ne souffrirait plus la précarité résultant aux artistes que nous avons tenté de mettre en exergue. La copie privée qualifiée de reproduction tant

100. *Déclarations communes concernant le Traité de l'OMPI sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes*, adoptées par la Conférence diplomatique le 20 décembre 1996.

pour les auteurs et les producteurs le serait également pour les artistes interprètes qui seraient dorénavant disposés à exercer leur prérogative patrimoniale à défaut d'exception spécifique.

2. *L'apparente harmonisation des limitations aux droits de reproduction*

Au-delà de l'affirmation du droit de reproduction des artistes interprètes, les nouveaux dispositifs conventionnels se distinguent par la généralisation de l'exception de Berne 9(2) et de l'ADPIC 13 à l'ensemble des droits décrits par le traité WPPT qui, nous l'avons déjà dit, dépasse la question numérique. Ainsi, le dispositif ne serait pas pour ainsi dire limpide puisqu'il se trouverait à heurter, voire abroger à toutes fins utiles, l'exception de copie privée contenue dans Rome.

La difficulté réside donc dans l'interprétation qui doit être faite des droits de reproduction contenus dans la Convention de Rome, de l'ADPIC et dans le traité WPPT, respectivement les articles 7 et 10, 14 et 7 et 11 d'une part et, d'autre part, l'interprétation qui peut être faite des limitations y contenues, l'article 15 de Rome, le jeu des articles 1 à 4, et 14 de l'ADPIC et enfin, l'article 16 du traité WPPT, surtout s'il nous est permis de conclure que la portée de ce dernier traité ne se limite pas au seul univers numérique, c'est-à-dire, pouvant englober un droit de reproduction complet tant pour l'analogique que pour le numérique.

L'absence d'une mention formelle d'exception de copie privée ainsi que l'adoption de l'exception tirée du texte de l'ADPIC (inspirée de Berne) dans le traité WPPT limiteraient considérablement la faculté des États de légiférer en matière de copie privée sans devoir offrir, sur la base du traitement national, un mécanisme de rémunération compensatoire.

L'intervention canadienne lors de la conférence diplomatique mérite d'être citée à ce propos puisque sa proposition de modification à l'article 4 offrait une réponse sans équivoque quant à l'obligation avérée de traitement national. Le Bureau international fait ainsi état, dans ses comptes rendus analytiques de la Commission principale I, de la préoccupation canadienne émanant de la combinaison des articles 4, 7 et 14 du projet de traité 2 pouvant «conduire à l'interprétation suivant laquelle les dispositions du traité imposent une obligation de traitement national semblable à celle que l'on

retrouve dans la Convention de Berne, ce qui obligerait son pays à offrir le régime de copie privée [...] à tous les producteurs et les artistes étrangers»¹⁰¹.

Si le revers qu'a subi cette proposition suggère une interprétation favorable à une obligation de traitement national accrue entre les Parties, l'article 2 du traité WPPT énonce toutefois que son application est sans préjudice des droits et des obligations découlant de tout autre traité¹⁰². Conséquemment, si l'exception de copie privée peut s'analyser comme l'un de ces droits ou l'une de ces obligations – ce qui nous apparaîtrait incongru, considérant la nature conflictuelle de la prérogative des États de nier le droit de reproduction que tendent à affirmer les instruments internationaux, considérant aussi les Déclarations communes précitées mais surtout la volonté d'harmonisation et d'uniformité exprimée aux préambules – cette prérogative octroyée aux États membres de la Convention de Rome en matière de copie privée pourrait être sauvegardée entre les États membres de cette dernière convention et les Parties au traité WPPT. En revanche, entre les Parties au traité WPPT mais non membres de Rome, cette sauvegarde ne pourrait être mise en œuvre.

Néanmoins, l'étendue des droits de reproduction et la facture de l'exception contenues au traité WPPT pourraient offrir à ces pays Parties à ce traité mais non membres de Rome, un fondement juridique suffisant à une prétention d'obligation de reconnaissance sur la base du traitement national en conformité avec l'article 4 du traité WPPT contre un État membre de Rome et ce, tant pour le numérique que l'analogique. Cette hypothèse serait envisagée advenant une interprétation restrictive de l'article 2 n'admettant pas que l'exception de la copie privée puisse être assimilée aux droits et obligations qu'il vise et n'admettant pas que l'exception ne puisse être affirmée au mépris des droits des artistes interprètes et des producteurs d'un pays n'ayant pas souscrit à Rome. Cette hypothèse conduirait pourtant à une situation pour le moins paradoxale puis-

101. OMPI, Bureau international, *Comptes rendus analytiques* (Commission principale I), Conférence diplomatique sur certaines questions de droit d'auteur et de droits voisins, Genève, 2-20 décembre 1996, chap. 610. La proposition d'amendement des articles 4, 6, 12, 19 et 26 du projet de traité N° 2 présentée par la délégation du Canada incluait notamment les mentions suivantes: «Article 4: L'alinéa ci-après devrait être ajouté après l'alinéa 2): 3) L'alinéa 1) ne s'applique pas dans les cas où une Partie contractante prévoit une rémunération des artistes interprètes ou exécutants ou des producteurs de phonogrammes pour la copie privée des phonogrammes ou des interprétations ou exécutions qui y sont incorporées». Voir site Internet OMPI.

102. WPPT, art. 1(3).

que les États non membres de Rome, mais membres du traité WPPT pourraient exiger des États membres de Rome ce que les États membres de Rome ne pourraient exiger entre eux.

Le corollaire de cette première situation paradoxale ne l'est pas moins. En effet, notre analyse du traitement de la nation la plus favorisée sous l'ADPIC pourrait-elle trouver application en théorie dès lors qu'un tel avantage ou bénéfice serait réclamé et reconnu par pareil pays? Ainsi, l'exigence d'étendre le bénéfice d'un mécanisme de rémunération compensatoire par un seul pays partie au traité WPPT pourrait-il emporter la reconnaissance de tous les pays OMC?

En tout état de cause, il nous semblerait davantage incongru de souscrire à la thèse selon laquelle l'article 4 WPPT limiterait l'obligation de traitement national aux seuls droits exclusifs spécifiquement reconnus par le traité WPPT et donc exclurait les mécanismes nationaux de rémunération compensatoire¹⁰³ du fait que ces derniers ne seraient pas spécifiés en tant que tels dans le traité WPPT. Si, à notre connaissance, aucune doctrine ne se serait prononcée plus avant sur cette question, seule la Commission européenne se livre à une interprétation somme toute énigmatique lorsqu'elle énonce sa politique relative à la copie privée dans le contexte de sa proposition de Directive du 10 décembre 1997:

Il est par conséquent proposé de laisser aux États membres la possibilité de maintenir ou d'introduire des exceptions pour la copie privée numérique, pour autant qu'elles soient conformes aux obligations internationales applicables en la matière (notamment le test des trois étapes susmentionnées). Cette approche est également suggérée dans le domaine de la copie privée analogique, bien que ce soit pour des raisons différentes. [...] La question de savoir si la législation dans le domaine du droit d'auteur et des droits voisins pourrait se fonder sur une

103. J. REINBOTHE, M. MARTIN-PRAT, S. VON LEWINSKI, «The new WIPO Treaties: A First Résumé», (1997) 4 *European Intellectual Property Review* 171-181, p. 171: Les auteurs précisent que les droits à rémunération seraient davantage exclus du traité WPPT qu'ils ne le sont par l'ADPIC compte tenu de l'absence de mention spécifique à la copie privée ou aux droits à rémunération en conformité à l'art. 14(6) de l'ADPIC et compte tenu de l'esprit des textes inspirés de la Convention de Rome. En revanche, ces auteurs précisent que les tractations diplomatiques n'ont pu déboucher sur un langage précis visant la reproduction numérique et conséquemment, mais à notre avis, paradoxalement: «[...] the provision on the right of reproduction in the WPPT was "reduced" to a general clause [...]».

différenciation technique entre copie analogique et copie numérique mérite une réflexion approfondie. En fait, seul un État membre prévoit une telle différenciation à l'heure actuelle.¹⁰⁴

3. *L'incertitude persistante des obligations des États*

L'incertitude persistante des obligations étatiques se révèle également par la place exacte qui sera réservée aux traités OMPI dans le contexte des prochaines négociations OMC. La doctrine s'accorderait pour affirmer que l'incorporation des nouveaux traités au dispositif ADPIC ainsi que l'assujettissement des nouvelles obligations au mécanisme de résolution des conflits ne seraient pourtant pas acquis¹⁰⁵.

Entre une vision idyllique de l'avenir qu'auraient pu offrir les traités et les résultats confinés à une «réalité moins ambitieuse», Nimmer souligne à juste titre que les traités ne sont pas de droit positif sauf ratification par 30 pays¹⁰⁶ et leur signature mais hormis,

104. *Proposition de Directive du Parlement européen et du Conseil sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information*, supra, note 1, p. 34 et 35, ainsi que les préambules 22 et s. et l'article 5 proposé octroyant aux États membres la faculté de prévoir des limitations au droit de reproduction exclusif lorsqu'il s'agit de reproductions effectuées sur un support d'enregistrement sonore, visuel ou audiovisuel, par une personne physique pour un usage privé et à des fins non commerciales. Dans la version plus récente de cette directive émanant du Conseil et du Parlement européen en date du 8 juin 2000, le paragraphe 26 distingue avec précision l'analogique du numérique, le premier n'étant pas pressenti comme ayant un impact significatif sur l'évolution de la société de l'information par opposition à la seconde, qui serait étendue et qui requiert des États membres la prise en considération des développements techniques et économiques lorsque des techniques de protections sont disponibles: «Such exceptions should not inhibit the use of technological measures or their enforcement against circumvention». À noter que la transposition des traités OMPI en droit américain ne donnait lieu à aucune modification au chapitre de la copie privée. V. ESPINEL, «The U.S. Recording Industry and Copyright Law: An Overview, Recent Developments and the Impact of Digital Technology»; J. BAND, «The Digital Millennium Copyright Act: A Balanced Result», (1999) 21 *European Intellectual Property Review* 53-62, p. 92-94; J.E. COHEN, «WIPO Copyright Treaty Implementation in the United States: Will Fair Use Survive?», 21 *European Intellectual Property Review* 236-247.

105. P. VANDOREN, *The EU Perspectives on IPR in the New Round and Under the Transatlantic Economic Partnership*, Fordham University School of Law, Seventh Annual Conference on International Intellectual Property Law & Policy, April 8 & 9, 1999, 11 pages.

106. Ce plancher serait atteint puisque, au 15 avril 1999, 51 pays ont signé le traité OMPI-WCT et 7 l'ont ratifié (dont les États-Unis et le Japon) tandis que 50 pays ont signé le traité OMPI-WPPT et 5 l'ont ratifié (dont les États-Unis). Source: site Internet OMPI.

surtout, leur éventuelle transposition dans les droits nationaux. Aussi, faudrait-il s'interroger sur la portée de l'article 1 de l'ADPIC qui n'empêche pas les Membres de mettre en œuvre dans leur législation intérieure, sans que cela soit une obligation, une protection plus large qu'il ne le prescrit mais à condition de ne pas contrevénir à ses dispositions¹⁰⁷. Or, l'application de l'exception de l'Article 13 aux droits des artistes interprètes et des producteurs ne constitue-t-elle pas un niveau de protection plus large mais qui contredirait directement l'Article 16 ADPIC?

Plus généralement, peut-on mettre à l'épreuve les mécanismes de rémunération compensatoire qui ne reconnaissent pas les auteurs, les artistes interprètes et les producteurs¹⁰⁸ par le truchement de l'Article 1 ADPIC? Une réponse positive dans ce contexte pourrait-elle conduire à la conséquence fâcheuse d'un retour à la situation normative précédant l'ADPIC, voire la quasi non-imputabilité de la discrétion des États à transposer dans leurs législations les traités OMPI ou d'autres niveaux de protection dépassant les minima? Voire, en matière de copie privée, conduire à un imperturbable et incontestable abus d'exception?

Il nous serait loisible de conclure à ce stade en affirmant que le phénomène de la copie privée conserve à peu près les mêmes assises normatives internationales depuis son émergence. Contrairement aux travaux remontant à Stockholm en 1967, l'intérêt de la reconnaissance du droit de reproduction, alors assorti d'une exception n'annulant pas son affirmation et son application, donne lieu, au gré de l'évolution des traités (ADPIC et WPPT), à une généralisation à tous les droits et les ayants droits mais se heurte néanmoins, avec

107. Si les articles 1 à 4 et 14 des ADPIC prévoient des mesures de concordance avec d'autres accords, dont la faculté pour les États de présenter une notification au Conseil concernant des exemptions franches en conformité avec Berne ou Rome, notamment dans ce dernier cas «pour ce qui est des droits des artistes interprètes, des producteurs de phonogrammes [...] qui ne sont pas visés par l'ADPIC, ou d'autres cas découlant d'accords internationaux se reportant à la propriété intellectuelle qui ont pris effet avant l'entrée en vigueur de l'Accord instituant l'OMC mais sujet à notification au Conseil et surtout ne constituant pas une discrimination arbitraire ou injustifiée à l'égard des ressortissants d'autres Membres», le Canada ne se serait curieusement pas prévalu à ce jour de ces dispositions, contrairement à d'autres pays.

108. B. LEHMAN, «Intellectual Property and the National and Global Information Infrastructures», dans P.B. HUGENHOLTZ, *The Future of Copyright in a Digital Environment, Processions of the Royal Académie Colloque, Amsterdam, July 6-7, 1995*, Information Law Studios 4, Cluwer, 1996, 248 pages, p. 103-109 concernant les diverses considérations et préoccupations devant être soulevées en matière de recours dans les démarches normatives de l'OMPI en relation avec les dispositions ADPIC.

l'essor des techniques de reproduction, à une remise en cause de cette formule et de l'équilibre qui avait pu être trouvé satisfaisant pour l'époque.

Si la réglementation internationale relative à la copie privée peut sembler incertaine et inchangée, voire décevante par son inertie, l'ALÉNA et l'ADPIC assujettissent la protection des créateurs à des mécanismes internationaux de règlement de différends plus efficaces qui pourraient avoir pour effet d'obliger les États à offrir le traitement national ou le traitement de la nation la plus favorisée à tous les créateurs ressortissants des pays OMC dès lors qu'un mécanisme de rémunération compensatoire est mis en œuvre.

Contrairement à ce que Dillenz préconisait comme solution normative internationale inspirée du droit de suite – l'insertion à l'article 9 d'un alinéa 4 permettant la réciprocité matérielle en matière de copie privée, solution indirectement préconisée par le Canada lors de la Conférence diplomatique de décembre 1996 – il nous semble que cette solution est peu satisfaisante eu égard aux conditions de limitations ayant été uniformisées mais confirmées limitativement dans ces deux derniers traités, tout au moins en faveur du droit de reproduction des créateurs phonogrammes mais surtout à la lumière de l'esprit et de la lettre des nouveaux traités OMPI affirmant les droits exclusifs de reproduction des artistes interprètes et des producteurs. Semblable interprétation des obligations internationales peut apparaître conforme à celle qu'en ferait Lehman¹⁰⁹; en revanche, nous nous devons de constater que le seul constat possible à ce stade en demeure un d'incertitude.

PARTIE II: UNE SOLUTION EN DÉPIT DE L'ENCADREMENT JURIDIQUE INTERNATIONAL

A. Une solution sous forme de mécanisme de rémunération compensatoire

1. L'unique solution au phénomène de la copie privée

La solution au phénomène de la copie privée est trouvée par l'Allemagne qui est le premier État à proposer la mise en œuvre d'un mécanisme de rémunération compensatoire. Au terme d'une lutte

109. *Id.*, p. 107.

judiciaire menée par la société de gestion GEMA¹¹⁰ notamment contre le fabricant d'appareil de reproduction Grundig entre les années 1955 et 1965, l'Allemagne légifère pour modifier sa loi sur le droit d'auteur afin de rendre licite la copie privée en contrepartie d'y prévoir un mécanisme de rémunération compensatoire imposant une redevance sur les appareils de reproduction, modifié peu de temps après par l'ajout des supports de reproduction.

Cette solution ne rallie pourtant pas tous les pays, comme l'Angleterre qui, en 1988, légiférait une exception de copie privée en abandonnant tardivement son corollaire lors des modifications à sa loi sur le droit d'auteur, c'est-à-dire la mise en œuvre d'un mécanisme de rémunération compensatoire¹¹¹ et, surtout, comme les États-Unis, nous l'avons déjà mentionné, qui décidaient en 1992 de légiférer sur la seule copie privée phonogramme numérique DAT afin de donner suite à la décision de la Cour suprême dans l'affaire *Betamax*.

Contrairement aux développements judiciaires en Allemagne, suivis peu de temps après par la Cour suprême d'Autriche¹¹², l'affaire *Betamax* aux États-Unis concluait que la copie privée vidéo-gramme constituait une utilisation équitable au sens de la loi sur le droit d'auteur, soit un simple moyen de déplacement dans le temps («*time shifting*») ou encore un simple recours technique servant à la plus grande jouissance des œuvres par les consommateurs, ne pouvant conséquemment préjudicier ou concurrencer l'exploitation traditionnelle de ces œuvres. Or, selon Nimmer, les phénomènes de

-
110. S. MARTIN, *supra*, note 2, p. 43. Décision de la Cour suprême du 18 mai 1955, BGHZ 15, également cité par DILLENZ, *supra*, note 2, p. 196 et D.J.G. VISSER, «Copyright Exemptions Old and New: Learning from Old Media Experiences», dans P.B. HUGENHOLTZ, *supra*, note 71, p. 49. Cette lutte judiciaire se solde par l'affirmation d'une interprétation restrictive de l'exception de copie privée formellement énoncée dans la loi: «There is no general principle in copyright law that maintains that the claim of the copyright holder shall stop short of the private sphere of the individual.» En revanche, les décisions qui auraient suivi en 1960 et 1963, notamment les Décisions du 22 juin 1960 I ZR 41/58 et du 12 juin 1963 IB ZR 23/62 BGHZ 107, confirment le caractère intrusif dans la sphère privée des tentatives de la GEMA d'exercer ce droit de reproduction, rendant son application, à toutes fins utiles, impossible.
111. D.J.G. VISSER, *supra*, note 73, p. 50 et OTA, *supra*, note 6, p. 81 qui rappelle l'article 56 de la loi anglaise (*Copyright, Designs and Patent Act (1988)*), ch. 48) soit l'étendue de l'exception de copie privée qui comprendrait, en plus des logiciels que l'on retrouve dans la plupart des législations, la copie privée de toutes les catégories d'œuvres sous forme électronique et qui ne serait pas prohibée à l'achat ou lors de «transferts» subséquents.
112. S. MARTIN, *supra*, note 2, p. 48. Cour suprême autrichienne, *Austro-Mechana*, 28 novembre 1967, (1969) UFITA.

copie privée audio et audiovisuelle ne devraient pas être confondus dans la décision de la Cour suprême¹¹³. Selon Ginsburg, c'est moins la confusion des deux phénomènes de cette décision qu'il faut signaler que l'analyse de la doctrine de l'utilisation équitable qu'il faut remettre en perspective. Ainsi:

Fair use analysis, whether applied to transformative or consumptive uses, tends to concentrate on the potential market impact of the copying. This approach is consistent with the international copyright norm of the Berne Convention [...] the question should not have been whether the video tape recorder harmed old markets for the works; it should have been whether the device created a new market for reproductions of the works, a new market that normally would come within the right's owners' control. [...] In the past, transaction costs and relatively modest economic harm underlay that tolerance. Today and tomorrow, those justifications do not apply, or do not suffice.¹¹⁴

Visser recentre l'enjeu du débat de manière opportune en précisant comme suit:

Whether the case against home taping was initially won in the courts, lost or never even tried as in the Netherlands, sooner or later a levy system turned out to be the only option.¹¹⁵

2. La création de «parcs nationaux» ou la solution traditionnelle comme abus de l'exception tolérée

Entre la solution unique au phénomène de la copie privée et la mise en œuvre effective de mécanismes de rémunération compensatoire par les États, il y a pourtant un écart. Ce n'est que durant la dernière décennie que la plupart des États européens, notamment l'Autriche (1981), la Finlande (1984), la France (1985) et, plus récem-

113. La cour concluait à l'opportunité d'un examen supplémentaire de la copie privée par l'autorité législative mais les fondements de sa décision ne reposeraient pas exclusivement sur une analyse du «*fair use*» mais également sur une notion de responsabilité civile («*vicarious liability*») relevant de la concurrence déloyale de la copie privée à l'égard des marchés d'exploitation traditionnels. Néanmoins, «[...] the Court determined that under certain circumstances, the taping of a video work in its entirety for time-shifting purposes would be allowable under the fair use doctrine [...] Despite their differing views, both the majority and the dissent inferred that Congress may wish to examine the home recording under the fair use doctrine of current copyright law scheme», tel que cité dans OTA, *supra*, note 6, p. 72.

114. J. GINSBURG, *supra*, note 15, p. 13.

115. D.J.G. VISSER, *supra*, note 71, p. 50.

ment, la Hollande (1990) emboîtaient le pas en proposant des mécanismes équivalents.

La nature et la portée de ces mécanismes varient considérablement. Ces variations sont moindres en ce qui a trait à l'exercice de la prérogative des législateurs de légiférer une exception ou de rendre la copie privée licite qu'en ce qui a trait surtout à la destination nationalisée des redevances perçues par le truchement du choix de fondement juridique du mécanisme (législation fiscale ou taxes administrées par le trésor public comme en Norvège, en Suède et, suivant la qualification judiciaire fiscale anti-constitutionnelle du mécanisme issu du droit d'auteur, en Australie – ces derniers étant néanmoins marginaux par opposition aux mécanismes issus ou connexes au droit d'auteur), de la création de fonds culturels ou d'une détermination aléatoire ou tout au moins variable de pays en pays des répartitions aux créateurs préjudiciés par la copie privée¹¹⁶, pour ne pas parler des écarts considérables entre les niveaux de rémunération caractérisant ses mécanismes¹¹⁷.

Dillenz reprend l'expression de Nordemann, Vinck et Hertin, pour qualifier ces variations antagonistes entre les dispositions en matière de copie privée et l'obligation de traitement national, de création de «parcs nationaux en faveur des auteurs indigènes»¹¹⁸.

116. G. DAVIES et M.E. HUNG, *supra*, note 2, p. 259-269. Voir aussi les comparaisons détaillées plus récentes citées sous la note 9. À titre indicatif, il faut souligner le cas extrême de la Finlande, prévoyant un mécanisme de droit d'auteur assorti d'un fonds culturel national composé de 60 % des redevances phonogrammes perçues; l'Autriche se démarque à 51 % contre 15 à 25 % pour la plupart des autres pays tels que la France (25 %). À ces affectations culturelles ou sociales s'ajouteraient 10 % pour des motifs similaires mais résultant des ententes CISAC régissant les sociétés de gestion entre elles. Voir note 136 ci-dessous: A. SCOTT et M. HILTY RETO. En ce qui a trait à la répartition entre les créateurs des phonogrammes, la France et la Hongrie adoptent une répartition 50 % auteurs, 25 % artistes interprètes et 25 % producteurs, en revanche les écarts varient considérablement malgré la référence dans de nombreux pays d'une répartition égalitaire de 33 1/3 pour chacun comme en Autriche, au Danemark et aux États-Unis, mais de 42 % pour les auteurs compositeurs d'œuvres musicales, 16 % d'auteurs d'œuvres littéraires, 27 % pour les artistes interprètes et de 15 % pour les producteurs en Allemagne.
117. Voir note 9. Une analyse de ces différentes études permet de conclure à une moyenne mondiale pour les supports analogiques d'environ 40 cents par 60 minutes de support audio vierge avec des écarts considérables entre les pays: la Norvège à 74 cents, le Danemark à 65 cents, les Pays-Bas à 53 cents, la France à 40 cents et la Hongrie à 7 cents, l'Allemagne à 10 cents et l'Espagne à 33 cents en précisant néanmoins que les mécanismes de rémunération compensatoire de ces derniers pays incorporent, en plus des supports, des redevances imputables sur les ventes d'appareils de reproduction.
118. W. DILLENZ, *supra*, note 2, p. 204. Il faut signaler au passage que la Cour suprême d'Autriche (OGH 14 juillet 1987, JBI 1987, *Medien und Recht*, 1987,

Compte tenu de notre analyse de l'absence d'encadrement normatif international contraignant et du peu de précisions disponibles quant au traitement effectif des ressortissants étrangers dans les mécanismes existants, nous ajoutions à cette expression déjà forte la notion d'abus d'exemption tolérée.

La faculté laissée aux législations nationales de légiférer en matière de copie privée donne ainsi lieu à une multitude de variantes qui demeurent à ce jour incontestées¹¹⁹ mais, somme toute, marginales parmi les 138 États membres de l'OMC et de la Convention de Berne ou parmi les 57 États membres de la Convention de Rome¹²⁰.

Selon nos sources, l'exception de copie privée faisait l'objet de dispositions législatives dans plus de 36 pays¹²¹, 13 de ceux-ci étant des pays européens; 9 de ces 36 pays n'ayant toutefois pas édicté de mesures législatives prévoyant un mécanisme ou ne disposant pas dans les faits de mécanismes en vigueur notamment la Suède, l'Australie et la Russie¹²². On notera également qu'environ 21 des 36 pays ayant légiféré en la matière proposent des dispositions applicables tant pour la copie privée phonogramme que vidéogramme et que

212) serait le seul tribunal d'un pays Membre de Berne à s'être prononcé en matière d'utilisation des redevances de copie privée à des fins collectives. Ainsi, l'obligation de percevoir 51 % de la rémunération par la société autrichienne Austro-Mechana équivalait à une discrimination arbitraire contre les ressortissants étrangers (notamment la société demanderesse GEMA de l'Allemagne) et non conforme au principe de traitement national d'une partie de la rémunération en matière de copie privée (p. 211 et 212).

119. D. GERVAIS, *supra*, note 69. Les États-Unis n'étant pas un pays membre de la Convention de Rome, ses artistes et ses producteurs sont déclarés frustrés du bénéfice de ces mécanismes.
120. État des ratifications et des signatures au 15 avril 1999 selon le site Internet de l'OMPI.
121. Outre le Canada: Allemagne, Australie, Autriche, Belgique, Bulgarie, Cameroun, Congo, Danemark, Espagne, Estonie, États-Unis, Finlande, France, Gabon, Grèce, Hongrie, Islande, Israël, Italie, Japon, Kenya, Latvia, Niger, Norvège, Pays-Bas, Pologne, Portugal, République tchèque, Roumanie, Russie, Slovaquie, Slovénie, Suède, Suisse, Turquie, Ukraine. Source: G. DAVIES, M.E. HUNG, STICHTING DE THUISKOPIE, IFPI, *supra*, note 9, ainsi que: Conseil européen de l'industrie de la bande magnétique (ETIC), *Study of the Impact of Existing Levy Schemes in the EU on Distortions of Competition and Trade in the European Blank Recording Media Market: A Call for the Need for Harmonisation at European level to Improve the Laws Relating to Levies on Blank Recording Media*, 1995, 32 pages.
122. L'amendement à la loi de 1993 sur le droit d'auteur et les droits voisins introduisant la copie privée à compter du 1^{er} février 1999 aurait été mis en vigueur sans qu'un organisme de perception ne soit désigné. *Music & Copyright*, 27 janvier 1999.

9 des 36 pays prévoient des mécanismes de perception applicables tant aux appareils de reproduction qu'aux supports servant à la reproduction.

3. La remise en cause de la solution traditionnelle

Si les variations dans les mécanismes de rémunération compensatoire sont nombreuses, le numérique impose une fracture dans la solution traditionnelle.

Au plan normatif international, cette fracture est constatée par la difficulté d'arrimage appréhendée entre les traités ADPIC et OMPI, mais surtout par l'éventualité plausible d'une remise en cause de la solution traditionnelle par un panel ADPIC qui pourrait renverser l'état de tolérance envers ce que nous avons qualifié d'abus d'exception. Cette remise en cause passerait soit par la voie d'un recours en violation d'une obligation expresse ou non textuelle (NVNI), soit par l'entrée en vigueur des traités OMPI qui imposeraient des niveaux de protection supérieurs à l'ADPIC qui pourraient emporter l'obligation de traitement sur la base de la nation la plus favorisée.

Au plan moins théorique, nous avons déjà évoqué la prise de conscience alarmiste de la menace appréhendée du numérique. Or, la solution traditionnelle pourrait ne pas constituer une solution opportune dans cet univers où l'exercice du droit exclusif de reproduction paraît indispensable à toute mise à disposition du public. Le fait que les États-Unis et le Japon aient confiné leurs mécanismes de rémunération compensatoire aux appareils et aux supports numériques contredirait cette dernière hypothèse. Par ailleurs, il importe de souligner qu'une proportion importante des mécanismes de rémunération compensatoire en vigueur ne prévoit pas de mesures pouvant s'adapter aux technologies de reproduction numérique sans modifications législatives. La question de l'opportunité de leur adaptation au numérique est donc d'actualité. La pertinence même de la solution de copie privée se pose ainsi dès lors que les caractéristiques fondamentales du tout numérique affirment de nouvelles réalités de convergence, de commercialisation et de consommation.

À la différence du logiciel et des bases de données qui ont donné lieu dans certaines législations à une copie de sauvegarde ou une copie temporaire, l'abolition pure et simple de l'exception de copie privée phonogramme pourrait constituer la seule option réaliste ayant pour conséquence de condamner la solution traditionnelle.

Extension des mécanismes de rémunération compensatoire ou abolition de l'exception? La question ne semblerait pas se poser dans le cas particulier du Canada.

B. La Partie VIII de la Loi sur le droit d'auteur du Canada: une solution à la fois traditionnelle et audacieuse

Le phénomène de la copie privée au Canada ne se distingue pas des enjeux traditionnels qu'il impose à la protection des créations. Ainsi, le mécanisme de rémunération compensatoire proposé par le législateur canadien offre une solution classique en réponse au phénomène de la copie privée. Cette solution a l'intérêt de refléter une interprétation contemporaine des obligations internationales, mais aussi de proposer un mécanisme neutre d'un point de vue technologique.

1. Genèse de la solution canadienne

La problématique de la copie privée n'est pas nouvelle au Canada. Tandis que la documentation l'étayant y est nombreuse¹²³, la réforme du droit d'auteur canadien tarde néanmoins à l'adopter et à y reconnaître un mécanisme de rémunération compensatoire.

Le rapport Keyes-Brunet de 1977 «Le droit d'auteur au Canada» ne contient curieusement aucune recommandation relative à la copie privée malgré une vague mention du phénomène qui préoccupait déjà le Conseil économique¹²⁴ dans un rapport publié en 1971. Parmi les nombreuses études du ministère de Consommation et Corporations du début des années 80, Jim Keon concluait favorablement à la création d'une «taxe applicable aux supports de reproduction» en ajoutant toutefois une réserve importante relative à la preuve de revenus dépassant les coûts de la gestion collective d'un tel mécanisme¹²⁵.

Le rapport «De Gutenberg à Télidon – Livre Blanc sur le droit d'auteur» de 1984 est suivi de la Charte des droits des créateurs et

123. Voir notes 7 et 8.

124. A.A. KEYES et C. BRUNET, *Le droit d'auteur au Canada. Propositions pour la révision de la Loi*, Consommation et Corporations Canada, ministère des Approvisionnements et Services Canada, avril 1977, 269 pages, p. 163. CONSEIL ÉCONOMIQUE DU CANADA, *Rapport sur la propriété intellectuelle et industrielle*, Information Canada, Ottawa, cat. EC22-1370, janvier 1971.

125. J. KEON, *Copie privée audio et vidéo: Les conséquences de l'enregistrement à domicile d'œuvres audiovisuelles sur le paiement de droits d'auteurs*. Consommation et Corporations Canada, 1982, 176 pages.

créatrices – Rapport du sous-comité sur la révision du droit d’auteur – Comité permanent des communications et de la culture en 1985, qui contient des recommandations favorables à un mécanisme de rémunération compensatoire applicable tant sur les appareils que sur les supports.

Plus récemment, le Rapport du sous-comité sur le droit d’auteur publié dans la foulée des travaux du Comité consultatif sur l’autoroute de l’information institué en mars 1994, ne comportait délibérément aucune réflexion spécifique sur la problématique de la copie privée et concluait à la souplesse relative du droit d’auteur canadien à appréhender les réalités numériques mais, également, à la nécessité pour le gouvernement de faire le point régulièrement sur la pertinence des dispositions relatives à l’exception d’utilisation équitable. En définitive, aucun de ces rapports ou de ces recommandations ne donne lieu à la reconnaissance d’une solution au phénomène de la copie privée parmi les quelque huit modifications qui ont été apportées à la loi sur le droit d’auteur entre 1987 et 1996¹²⁶.

Si la situation particulière du Canada, pays majoritairement importateur de produits culturels, peut expliquer l’intervention tardive du gouvernement, voire sa réserve affichée quant à la création d’un mécanisme de rémunération compensatoire en matière de copie privée, la solution canadienne est néanmoins proposée dans le contexte du projet de loi C-32 déposé en Chambre des communes le 25 avril 1996 et adopté le 25 avril 1997. Le mécanisme de rémunération compensatoire y est décrit aux articles 79 à 88¹²⁷ de la partie VIII de la Loi.

Qu’une telle solution puisse encore soulever l’émoi et l’ire de certains auteurs¹²⁸ peut toutefois surprendre. En revanche, nous

126. C. BRUNET, «Le droit d’auteur au Canada de 1987 à 1997. Petit article sous forme de prise d’inventaire», (1997) 10 *C.P.I.* 79, 86.

127. Les articles 50 (les articles 79 à 88 de la loi), 53 (la prise d’effet du tarif) et 58.1 (clause interprétative des ententes en matière de cession ou de concession de droits précédant le 25 avril 1996) du projet de loi ayant été mis en vigueur à compter du 15 mars 1998 en vertu du décret du 25 février 1998.

128. A.A. KEYES, «Do Proposed Copyright Amendments Bolster Canadian Culture?», (1996) 10, 3 *Intellectual Property Journal* 353-361, p. 359. L’auteur doute de l’efficacité du mécanisme de rémunération compensatoire, tout au moins à rémunérer les auteurs et créateurs canadiens plutôt qu’étrangers et ajoute: «To what extent are Canadian performers and record-makers being gored?» Voir également: J.L. POTTS, «Tape Levy Invalid? Hearing to be Stayed? Stay Tuned!», *Canadian Society of Copyright Consumers Newsletter*, July 1999; H. KNOPF, discutant des modifications dans le cadre de: *Copyright Reform. The Package, the Policy and the Politics*, Insight Conferences, May 30, 31, 1996,

nous gardons évidemment d'assimiler toutes telles réactions à ce que Ginsburg affirmait de l'essor du consumérisme contemporain et selon lequel, «[...] infringers have long found eloquent if somewhat cynical, ways to justify piracy in the name of progress»¹²⁹.

Ainsi, si la notion d'utilisation équitable qui précède les modifications à la loi ne prévoyait pas d'exception de copie pour usage privé et se bornait à énoncer des limitations relatives à des contextes spécifiques, notamment de recherche et d'étude privée¹³⁰, force est de constater, comme le faisait V. Nabhan dès 1976, que cette notion serait toujours demeurée étrangère par nature à la «majeure partie des enregistrements privés [...] axés sur le délasserement ou le divertissement de la personne qui s'y adonne»¹³¹.

En effet, les droits de reproduction exclusifs reconnus aux auteurs et aux producteurs en droit d'auteur canadien – les artistes interprètes jouissant probablement de droits équivalents en vertu

Toronto. «Consumers of ordinary blank audio tape will have to pay royalties which they will inevitably if necessarily see as taxes for the privilege of making a copy of a CD that they own to use in their car or Walkman. The major beneficiaries of this system will include multinationals...».

129. J. GINSBURG, *supra*, note 14, p. 1.

130. L'article 27(1) de la loi précédant les dernières modifications prévoyait une défense d'utilisation équitable dans les cas de violation du monopole de l'auteur comme suit: «Est considéré comme ayant porté atteinte au droit d'auteur sur une œuvre quiconque, sans le consentement du titulaire de ce droit, exécute un acte qu'en vertu de la présente loi, seul ce titulaire a la faculté d'exécuter» et «(2) Ne constituent aucune violation du droit d'auteur: a) l'utilisation équitable d'une œuvre à des fins d'étude privée ou de recherche, a.1) de compte rendu ou de préparation d'un résumé destiné à des journaux» tandis que l'ancien article 3(1) prévoyait les actes réservés en exclusivité notamment de produire ou de reproduire une œuvre ou une partie importante (art. 3(1)) 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 (art. 3(1)d) et d'autoriser ces actes (art. 3(1) *in fine*) et, enfin, l'ancien article 2 définissait les œuvres musicales. En ce qui a trait à l'inclusion des phonogrammes et des producteurs de phonogramme, cette reconnaissance était acquise avant la transposition de l'ALÉNA en droit canadien, voir la définition de l'article 2(17.1), mais également les articles 2(23), («plate») soit les articles 5(3) visant les empreintes et 11 aménageant une présomption d'auteur. Voir également: H. RICHARD et L. CARRIÈRE, *ROBIC, LÉGER Canadian Copyright Act Annotated*, Carswell, édition en trois volumes mise à jour périodiquement. Les auteurs affirment que la portée de l'exception d'utilisation équitable s'étend à toutes les catégories d'œuvres, y compris les «mechanical contrivances» (sous S.27, 5.4.2, 27-14).

131. V. NABHAN, «Rapport canadien», *Travaux de l'Association Henri Capitant, Les nouveaux moyens de reproduction. Papier, sonors, audiovisuels et informatiques. Journées néerlandaises*, Economica, 1988, p. 275-308, p. 289.

des dernières modifications à la loi – peuvent aussi s’appréhender de manière exhaustive à la lumière de l’article 27, qui prévoit que constitue une violation du droit d’auteur l’accomplissement, sans le consentement du titulaire de ce droit, d’un acte qu’en vertu de la présente loi seul ce titulaire a la faculté d’accomplir ou d’autoriser.

L’interprétation restrictive des exceptions aux droits conférés en exclusivité aux créateurs paraît acquise en droit d’auteur canadien¹³², si bien que la reproduction par quiconque effectuée une copie de partie importante d’enregistrement sonore sur quelque support matériel que ce soit, c’est-à-dire tout support audio tel que les rubans ou cassettes magnétiques de technologie analogique ou numérique (DAT), les supports optiques tels que les CD enregistrables, mini-disques de même que les techniques de stockage d’information binaire généralement utilisées dans l’univers informatique, soit les disques durs ou les disquettes, constituerait une violation des droits d’auteur.

Conséquemment, le phénomène de la copie privée au Canada n’aurait cessé de constituer une violation des droits de reproduction des auteurs d’œuvres musicales et des producteurs de phonogrammes. Cette violation serait cependant restée tolérée du seul fait de l’impuissance de ces créateurs à exercer efficacement leurs monopoles dans le cadre précis de ces nouvelles utilisations.

Toutefois, comme le rappelle Sookman:

Copyright in Canada is entirely a creature of statute. It simply creates rights and obligations upon the terms and in the circumstances set out in the statute... Accordingly, however great the desire to protect the labours of creators, the Act cannot be construed to provide a remedy for all matters which appear to be a new form of piracy or unfair trading.¹³³

L’intervention du législateur canadien en matière de copie privée se justifiait donc par la nécessité de pallier classiquement un phénomène portant atteinte à l’exploitation normale des phonogrammes et portant préjudice de manière injustifiée aux intérêts

132. N. TAMARO, *La Loi sur le droit d’auteur commentée et annotée*, Thémis, 1990, 650 pages; *Zamacois c. Douville*, [1944] R.C. de l’É. 208, mais plus spécifiquement en ce qui a trait à la reproduction de copies pour usage personnel d’une œuvre licitement achetée; *Tom Hopkins International, Inc. c. Wall & Redekop Realty Ltd.*, (1985) 20 D.L.R. (4d) 407 (C.A.C.-B.).

133. B.B. SOOKMAN, *supra*, note 18, p. 137.

légitimes des créateurs¹³⁴, en leur assurant de nouvelles sources de revenus¹³⁵ de même que par la volonté de mettre en œuvre plus généralement les engagements du gouvernement envers les industries culturelles canadiennes¹³⁶.

2. Régime applicable

Le mécanisme de rémunération compensatoire canadien se résume ainsi à l'instauration d'une rémunération compensatoire expressément prévue en faveur de créateurs individualisés¹³⁷ en contrepartie d'une exception franche¹³⁸ au droit exclusif de reproduction des créateurs de phonogrammes et comprenant, notamment, une redevance qui est rendue exigible¹³⁹ des importateurs et des manufacturiers de «supports audio vierges»¹⁴⁰ analogiques ou numériques.

Si le législateur renouvelle la confiance qu'il a fondée dans la gestion collective à l'occasion des modifications de 1988 en habilitant

134. Voir notes 7 et 8 sur les approximations de l'ampleur du phénomène de la copie privée au Canada.

135. D. VAVER, «The Copyright Amendments of 1997: An Overview», (1997) 12 *Intellectual Property Journal* 53-74, p. 56. L'auteur décrit les nouveaux droits à rémunération dans son titre comme suit: «Record Producers & Performers: Party Time!».

136. Voir *Livre rouge* du Parti libéral du Canada et les communiqués de presse émis durant le processus législatif. Pour un rappel des événements, voir J.P. McILROY, «Canada's Proposed Private Copying Levy on Blank Audio Recording Media: The Case of the Copyright Tortoise Attempting to Keep Pace with the Technological Hare.», (1996) XXX *The Canadian Law Newsletter* 47-57 ou A.A. KEYES, précité en note 128.

137. *Ibid.*, art. 81 et s. Il faut également souligner que le législateur n'intervient pas dans la détermination des proportions relatives devant être imparties par la Commission, mais qu'il cherche à garantir la destination de la rémunération en faveur de chacun des collèges de créateurs admissibles en affirmant à l'article 58.1 (de nature interprétative) que les cessions et concessions précédant le dépôt du projet de loi C-32 ne valent pas cession ou concession de droits conférés à l'origine par la Loi, sauf mention expresse du droit à cet effet.

138. L.R.C., c. C-24, art. 80. L'étendue de l'exception franche soulève un débat de fond qui ne devrait pas s'écarter de l'économie générale du droit d'auteur qui édicte le droit de reproduction en y assortissant des exceptions d'interprétation restrictive. En l'occurrence, l'exception ne saurait valablement s'étendre au-delà des supports visés par la Partie VIII de la loi, c'est-à-dire ces supports habituellement utilisés par les consommateurs pour les fins de la copie privée (à distinguer des supports visés par les articles 1 et 3 de la Partie I). Présenter une thèse contraire aurait vraisemblablement l'effet de vider le droit de reproduction de sa substance, pire, exposerait l'exception à la discipline de la réglementation internationale.

139. *Id.*, art. 82.

140. *Id.*, art. 79, les définitions de support audio et de support audio vierge.

exclusivement ces sociétés à agir en la matière¹⁴¹, il s'en remet largement aux compétences de la Commission du droit d'auteur pour garantir la pérennité de son application en lui confiant le soin de déterminer de nombreux aspects du mécanisme qui demeurent inconnus dans la loi.

Parmi ces aspects inconnus, citons ceux qui consistent à :

- établir une formule tarifaire qui permette de distinguer les supports audio vierges des supports audio habituellement utilisés par les consommateurs pour la copie privée afin de déterminer le montant des redevances¹⁴² et les modalités afférentes¹⁴³ en s'assurant de leur caractère juste et équitable¹⁴⁴;
- désigner, à défaut d'entente, la société de gestion ou autre entité la mieux en mesure de s'acquitter des responsabilités de perception et de répartition des redevances à titre d'organisme de perception¹⁴⁵;
- déterminer la répartition la plus opportune¹⁴⁶ entre les créateurs admissibles en fonction des «répertoires» de créateurs reconnus par la loi¹⁴⁷ ou par la voie d'une désignation formelle par le ministre d'Industrie Canada¹⁴⁸;
- régir, le cas échéant, toute réclamation des créateurs admissibles non représentés par une société de gestion¹⁴⁹;

141. *Id.*, art. 83.

142. *Id.*, art. 82(8)a(i), notamment la proportion impartie pour chacun des groupes de créateurs admissibles suivant les articles 84 et 85.

143. *Id.*, art. 82(8)a(ii).

144. *Id.*, art. 82(9).

145. *Id.*, art. 82(8)d).

146. *Id.*, art. 84.

147. *Id.*, art. 79: la définition d'auteur admissible ne serait pas assujettie à la discrétion ministérielle des articles 84 et 85 comme c'est le cas des artistes interprètes et des producteurs, à moins que les articles 85(4) et 85(3)b ne soient interprétés pour viser les auteurs des pays dont les créateurs voisins sont désignés ou ainsi interprétés indépendamment de ces derniers (l'article 85(4) énonçant une réserve générale en faveur du ministre). Par ailleurs, la loi peut aussi être interprétée comme incluant les auteurs d'œuvres fixées et protégées par le droit d'auteur au Canada» et de renvoyer aux définitions générales d'œuvre musicale», de «membre de l'OMC», de «pays partie à la Convention de Berne» de l'article 2, ainsi qu'aux articles 5(1), (1.01) et (1.02).

148. *Id.*, art. 85 en ce qui a trait à la reconnaissance du traitement des artistes interprètes et des producteurs de pays donnés, sur la base de la réciprocité formelle (art. 85(1)), ou de la réciprocité matérielle (art. 85(2)).

149. *Id.*, art. 82(11) à (13).

- répondre plus généralement aux évolutions importantes ou aux circonstances imprévisibles¹⁵⁰;
- assurer dans sa procédure d'homologation de tarif la prévisibilité et la transparence du mécanisme par voie de publication d'avis, des projets de tarifs et des tarifs homologués et par la prise en compte des oppositions, voire la tenue d'audiences publiques¹⁵¹.

On peut aussi affirmer que le législateur s'en remet aux forces libres du marché en ce qui a trait à la mise en œuvre du mécanisme en prévoyant que des solutions préconisées par les sociétés de gestion puissent lier dans une certaine mesure la Commission – la proposition de la société de perception dans un projet de tarif¹⁵² et toute désignation subséquente¹⁵³, la durée du tarif¹⁵⁴, le dépôt unique de projet de tarif¹⁵⁵ – mais également en ce qui a trait aux différents aspects de fonctionnement du mécanisme – la tenue et le contrôle des états de compte relatifs aux ventes et autres formes d'aliénations des supports vierges par les fabricants et importateurs¹⁵⁶, la répartition aux créateurs admissibles¹⁵⁷, l'administration des exemptions prévues en faveur des sociétés, associations ou personnes morales représentant les personnes ayant des déficiences perceptuelles¹⁵⁸ mais surtout les recours en recouvrement reconnus à la société de perception, indépendamment de tout autre recours, y compris les dommages préétablis fixés au quintuple du montant de redevances dues¹⁵⁹.

150. *Id.*, art. 66.52.

151. *Id.*, art. 83(3), (6), (7) et (10) mais également: art. 66.71 concernant le pouvoir d'ordonner l'envoi ou la publication de tout avis, renseignements ou documents ou d'y procéder elle-même, à charge d'imputer discrétionnairement les coûts d'une telle démarche. De même, devons-nous citer l'art. 66.9 en ce qui a trait à l'obligation de présenter un rapport annuel. Voir également l'art. 66.6a), la Commission demeurerait libre de sa procédure, la Partie VIII ne lui imposant pas formellement une procédure d'audience publique.

152. *Id.*, art. 83(2).

153. *Id.*, art. 83(8)d) *in fine*.

154. *Id.*, art. 83(5). Il faut toutefois souligner que le premier tarif est assujéti par l'article 53 de la loi L.C. 1997, ch. 24 à une durée de deux ans.

155. *Id.*, art. 83(14).

156. *Id.*, art. 82 et art. 83(8).

157. *Id.*, art. 84.

158. *Id.*, art. 86.

159. *Id.*, art. 88. L'importance de recours dissuasifs ne saurait mieux être mise en exergue que par les expériences récentes du mécanisme français telles que reportées dans la RIDA. Ainsi, 13 ans après sa création, le mécanisme ne cesse de devoir se justifier devant une résistance dotée d'imaginaire fertile: *J.J. Hamet c. Copie France*, C. appel de Paris, 14^e Ch., 15 octobre 1993, le motif du grief concernant la qualification de la rémunération comme contraire à la Convention européenne des droits de l'Homme. Aussi: *Techni Import c. Sorecop*

Cette confiance dans les forces libres du marché est également constatée par un pouvoir réglementaire du gouverneur en conseil qui peut sembler exorbitant au premier abord puisqu'il se retrouve pratiquement sous tous les aspects du mécanisme¹⁶⁰, mais qui demeure en quelque sorte facultatif et normatif puisqu'il ne serait édicté que pour répondre des seules situations de défaillances du marché. Ainsi, le législateur ne se réserverait qu'une faculté d'intervenir, par exemple pour définir les supports audio vierges, pour guider la Commission lorsqu'elle établit une formule tarifaire ou pour faciliter l'administration d'exemptions ou des cas de remboursement. Ce pouvoir facultatif d'intervention pourrait enfin se confirmer par l'article 92 de la loi qui impose au ministre responsable de la loi de présenter au Sénat et à la Chambre des communes un rapport portant sur les conséquences de l'application de la loi ainsi que des modifications souhaitées et ce, dans les 5 ans suivant la date de l'entrée en vigueur de la loi.

Le mécanisme de rémunération compensatoire ainsi proposé par le législateur canadien comporte donc plusieurs caractéristiques susceptibles d'offrir des conditions optimales d'équilibre entre les intérêts des créateurs et les bénéficiaires de l'exception de copie privée. En revanche, le mécanisme ne serait pas exempt de toute interrogation et de toute critique.

3. Remise en cause d'une solution inachevée

Au-delà des écarts considérables constatés entre les mécanismes de par le monde – du fait de la perception sur les appareils, sur les supports ou sur les deux à la fois, de l'applicabilité aux technologies analogiques et numériques, et de l'ampleur variable de la rémunération – certaines questions relatives à la nature juridique du mécanisme, à l'indétermination des supports, à la reconnaissance par le ministre d'Industrie des créateurs admissibles en conformité avec les obligations internationales, à l'économie générale des exemptions de la rémunération et, enfin, à la crédibilité des propositions de tarifs et au rôle de la Commission du droit d'auteur

et Copie France, C. Cass. (Ch. comm.) 4 janvier 1994, reporté dans 160 RIDA (1994), p. 220; le motif du grief concernait cette fois-ci la qualification de la rémunération pour copie privée d'aide incompatible au marché commun et faussant le jeu de la concurrence.

160. *Id.*, art. 87, qui prévoit notamment la faculté de prendre toute autre mesure d'application de la présente partie mais également les art. 66.91 (instructions sur des questions d'orientation, critères à suivre en matière de fixation de redevances et le prononcé des décisions), mais également aux articles 79, 83(9), 86(3).

nécessitent chacune quelques réflexions dans la mesure où la réponse à ces questions serait déterminante dans l'appréciation globale qui pourra en définitive être faite du régime canadien et, d'une certaine façon, du sort qui doit être réservé à la copie privée dans un univers numérique. Or, si nous pouvons affirmer remettre en cause la solution canadienne, ce ne serait en définitive que parce qu'elle est toute récente dans sa mise en œuvre et loin d'être éprouvée par les questions plus épineuses encore de l'Internet.

a. La nature juridique du mécanisme

La Partie VIII de la loi a pour objet, nous l'avons déjà dit, de proposer un mécanisme de rémunération compensatoire en faveur des auteurs, artistes interprètes et producteurs de phonogrammes. Dans la plupart des législations en la matière, l'exception de copie privée constitue le corollaire nécessaire de ce mécanisme en rendant licites certains actes qui, autrement, demeurent la prérogative exclusive des créateurs intéressés. Or, cette technique n'est pas utilisée dans tous les cas et son étendue varie considérablement.

La loi française énonce le droit exclusif de reproduction¹⁶¹ mais retire aux auteurs d'œuvres musicales et aux artistes interprètes de prestations ainsi qu'aux producteurs de phonogrammes divulgués ou publiés à des fins de commerce¹⁶² la prérogative d'interdire les copies ou reproductions strictement réservées à l'usage privé du copiste et non destinées à une utilisation collective. Si le droit à rémunération proposé en contrepartie est qualifié de forfaitaire (qui est par ailleurs définie à l'Article L.131-4 comme palliatif au calcul de participation proportionnelle et surtout, comme rémunération dont les moyens de contrôler l'application de la participation font défaut et les frais des opérations de calcul et de contrôle seraient hors de proportion avec les résultats à atteindre) et spécifié plus avant dans les articles L.311 et suivant, il faut souligner que l'exception de copie privée ne fait que retirer l'une des prérogatives du droit exclusif de reproduction sans l'anéantir. Il n'a pas pour effet de rendre directement l'acte de reproduction licite, sinon de rendre parfaitement inefficace l'exercice du droit exclusif des créateurs dans le cas précis de la copie privée.

La loi suisse, pour sa part, utilise une autre technique rédactionnelle en rendant licite l'usage privé, mais en limitant le droit à rémunération au seul cas prévu à l'alinéa 3 de l'article 20. Ainsi:

161. L.122-1, L.212-3, L.213-1.

162. L.122-5, L.211-3(2).

«L'usage privé d'une œuvre divulguée est autorisé. [...] L'utilisation de l'œuvre à des fins personnelles au sens de l'article 19, 1^{er} alinéa, lettre a, ne donne pas droit à rémunération, sous réserve du 3^e alinéa», qui prévoit que «les producteurs et importateurs de cassettes vierges ainsi que d'autres phonogrammes ou vidéogrammes propres à l'enregistrement d'œuvres, sont tenus de verser une rémunération à l'auteur pour l'utilisation de l'œuvre au sens de l'article 19». La loi suisse ne se contente donc pas de réserver la reproduction des œuvres musicales et phonogrammes mais étend cette limitation à l'ensemble des utilisations.

La loi allemande utilise une technique similaire à celle de la Suisse en spécifiant à l'article 54 de sa loi:

Where the nature of a work makes it probable that it will be reproduced by the recording of broadcasts on video or audio recording mediums or by the transfer from one video or audio recording medium to another in accordance with section 53(1) or (2), the author of the work shall be entitled to payment of equitable remuneration from the manufacturers 1. Of appliances 2. Of video or audio recording mediums that are obviously intended for the making of such reproductions.

Il n'y a donc pour ainsi dire aucune exception de copie privée assortissant le droit de reproduction de l'article 16, mais plutôt la mise en place législative d'un droit à rémunération. Les lois autrichienne¹⁶³, espagnole¹⁶⁴ et japonaise¹⁶⁵ semblent également suivre ce modèle.

En plus de l'exception générale d'utilisation équitable («*fair use*») de l'article 107 de la loi américaine qui prévoit que ne constitue pas une atteinte au droit d'auteur l'usage loyal des œuvres protégées

163. *The Copyright Law BGBl.No.111/1936 amended by Federal Law BGBl.No.93/1993 and Federal Law BGBl.No.151/1996. In: WIPO Industrial Property and Copyright, Copyright and Neighboring Rights Laws and Treaties*, sept. 1997, art. 42(1), 42b(1) et (3) et s.

164. *Décret royal n° 1/1996 du 12 avril 1996*, dans *OMPI La propriété industrielle et le droit d'auteur, Lois et traités de droit d'auteur et de droits voisins*, Nov. 1996, art. 31 «[...] les œuvres déjà divulguées peuvent être reproduites sans l'autorisation de l'auteur [...] pour l'usage privé du copiste sans préjudice des dispositions 25 et 99a) de la présente loi, et à condition que la copie ne fasse pas l'objet d'une utilisation collective ou lucrative.»

165. *Loi n° 48 du 6 mai 1970* telle qu'amendée, notamment par la *Loi n° 106 du 16 décembre 1992* et en dernier lieu par la *Loi n° 91 du 12 mai 1995*, art. 30, 104 bis et s., dans *WIPO, Copyright and Neighboring Rights Laws and Treaties, Industrial Property and Copyright*, Sept. 1996.

gées, y compris par reproduction sous forme d'exemplaire ou de phonogrammes par tous les autres moyens prévus, la loi spécifie à l'article 1008 qu'aucune procédure ne peut être intentée pour atteinte au droit d'auteur dans le cas précis de la copie privée numérique.

L'exception australienne stipulait à l'article 135ZZM de la loi sur le droit d'auteur¹⁶⁶ comme suit: «Copyright subsisting in a published sound recording, or in any work included in a published sound recording, is not infringed by making on private premises a copy of the sound recording if the copy is made on or after the proclaimed day on a blank tape for the private and domestic use of the person who made it.»

Ainsi, contrairement aux législations continentales, les législations d'inspiration anglo-saxonne comme celles des États-Unis, de l'Angleterre et de l'Australie pourraient sembler anéantir le droit de reproduction lorsqu'ils légifèrent en matière de copie privée. Or, ce n'est pas tout à fait le cas puisque chacune anéantit le droit de reproduction en relation avec un support spécifiquement énoncé dans la législation.

La difficulté du mécanisme canadien est d'utiliser une technique similaire dans un contexte de neutralité technique. En ne spécifiant pas de support auquel l'exception de copie privée peut s'appliquer et en énonçant que «ne constitue pas une violation du droit d'auteur, le fait de reproduire pour usage privé sur un support audio»¹⁶⁷, l'étendue de l'article 80 pourrait être qualifiée de franche et exhaustive pour ne pas dire d'exorbitante.

166. *The Copyright Act 1968*, tel que modifié par la *Loi du 29 janvier 1990*, partie VC, art. 135ZZJ à ZZZB. La partie VC a été abrogée suivant la décision de la *High Court of Australia* qui rejetait la constitutionnalité du dispositif de droit d'auteur assimilé à une taxe affectant l'acquisition de propriété.

167. Voir notre commentaire à la note 137 concernant la limite aux droits exclusifs de reproduction reconnus aux auteurs et aux producteurs de phonogrammes aux articles 3 et 18(1)b respectivement. En revanche, cette limite est moins claire dans le cas des artistes interprètes, qui ne se voient pas reconnaître un droit exclusif de reproduction, à moins d'interpréter généreusement l'article 15(1)b(ii) «lorsqu'il en a autorisé la fixation, toute reproduction de celle-ci faite à des fins autres que celles visées par cette autorisation», auquel cas on peut se demander pourquoi le législateur n'a pas énoncé directement le droit exclusif de même manière. Par ailleurs, il faut souligner que si l'article 82 rend le paiement de la redevance obligatoire en faveur d'une société de perception mais que seules les sociétés de gestion agissant au nom des créateurs admissibles définis à l'article 79 peuvent déposer une proposition de tarifs, ce dernier article ne définit que la société de perception. Seule la définition contenue à l'article 2 de la loi peut servir à habilitier ces sociétés de gestion dépourvues des autorisations traditionnelles par voie de cession ou de concessions.

La technique rédactionnelle canadienne utilisée à l'article 80 s'inspire davantage de l'exception édictée dans le contexte du droit de retransmission de l'article 28.01(2) que des exceptions prévues aux actes présumés portant une atteinte au droit d'auteur auxquels une défense d'utilisation équitable est jointe (article 27(1) et (2)). Si l'exception peut être qualifiée de franche, elle conférerait au mécanisme de la partie VIII de la loi un caractère *sui generis* qui relèverait d'un droit économique en marge du droit d'auteur.

Sans soulever la question de la compétence constitutionnelle du législateur dans un pareil contexte, la nature juridique du mécanisme emporterait des conséquences au plan des obligations internationales. Si nous concluons à l'incertitude des obligations internationales, notre analyse de l'ADPIC et des traités OMPI permettrait de conclure à une tolérance plus ou moins grande envers la création de mécanisme de rémunération compensatoire constitué sous forme de «parc national» suivant l'expression de Dillenz. Force est de constater que la nature *sui generis* d'un tel régime pourrait contribuer à un argumentaire soutenant l'inapplicabilité de certaines obligations internationales, dont le traitement national et l'applicabilité de l'exception des industries culturelles de l'ALENA, donc à l'illustration éloquente de l'expression de Dillenz.

Au-delà des principes et des disciplines qui devraient pourtant animer la conduite des États en matière de copie privée, la volonté d'édicter une exception franche comporterait des difficultés supplémentaires¹⁶⁸ tant pour la Commission dans la détermination d'une formule tarifaire que pour les sociétés de gestion dans la répartition des redevances perçues par le truchement du mécanisme.

L'hypothèse d'une exception franche demeure néanmoins défendable même si, comme nous l'avons déjà affirmé, pareille interprétation littérale du dispositif d'exception ne pourrait se faire qu'au mépris de l'économie générale de la loi et de son but, du droit international comparé et de l'encadrement international.

168. D. VAVER, *supra*, note 93, p. 60. Rejetant l'argument constitutionnel en référence au cas de l'Australie, l'auteur précise: «But other dangers lurk for a measure that loses its copyright connexion: e.g., it may have to pass muster under the general non-copyright obligations of international agreements like the WTO Agreement or the proposed MAI. This may include an obligation to provide national treatment, something the blank tape levy scheme currently lacks.»

b. *L'indétermination des «support audio» et «support audio vierge»*

Les définitions de «support audio vierge» et de «support audio» permettent d'étendre le bénéfice de l'exception de copie privée à tous les supports susceptibles de servir à la copie privée de phonogrammes, qu'il soit vierge ou non, tout en restreignant l'assujettissement de la redevance à ces seuls supports audio qui sont vierges¹⁶⁹.

Ces définitions ont le mérite de ne pas différencier les technologies analogiques et numériques et donc de permettre une certaine adaptabilité du mécanisme aux évolutions techniques. L'indifférenciation technique permet en quelque sorte de refléter les préceptes énoncés aux préambules des traités OMPI, notamment d'assurer une protection aussi efficace et uniforme que possible entre ces technologies en apportant des réponses appropriées aux questions soulevées par l'évolution technique¹⁷⁰.

En revanche, les définitions souffrent d'indétermination, c'est-à-dire de ne pas clairement écarter certains cas de «supports audio vierges» ne pouvant vraisemblablement être assimilés à des supports audio vierges «habituellement utilisés par les consommateurs pour reproduire des phonogrammes» comme l'énonce la loi. Ainsi, contrairement à plusieurs législations¹⁷¹, le Canada laisse aux soins des sociétés de gestion, de la société de perception et en dernier ressort de la Commission, la tâche de déterminer ce qui aurait pu aisément être exclu, tels les microcassettes servant dans les dictaphones ou les répondeurs téléphoniques, les bobines de ruban magnétique et les rubans magnétiques d'une largeur de 12,7 millimètres ou 1/2" utilisés dans les studios d'enregistrement.

Par ailleurs, si l'indifférenciation des supports a l'avantage de rendre le mécanisme neutre d'un point de vue technologique et donc d'éviter la nécessité d'intervention législative future, le législateur

169. Il serait raisonnable de se demander si cette exception n'aurait pas pour effet d'exclure toute preuve relative aux utilisations multiples pouvant être faites des supports vierges et, conséquemment, d'annuler toute prétention à des pertes potentielles pour des supports réutilisés mais ne pouvant légalement supporter de redevance après une première aliénation.

170. Une telle souplesse devrait se traduire par la faculté d'interpréter l'expression «habituellement utilisé» généreusement ou non pour inclure tout support vierge par opposition aux supports principalement utilisés en tant que tels, voire pour inclure une formule tarifaire uniforme (ou son contraire) sur l'ensemble des supports de reproduction, nonobstant leurs stades respectifs d'exploitation, de démarrage, de maturité ou de déclin.

171. Voir note 9 concernant les études récentes.

canadien ne semble pas faire état des dispositions conséquentes habituellement applicables dans un univers numérique, soit à l'image du mécanisme américain¹⁷² et, plus récemment, en conformité avec les mesures techniques préconisées dans les traités OMPI, encourager pareilles mesures de protection et d'identification des œuvres telles que le *Serial Copy Management System*¹⁷³.

Plus fondamentalement, le législateur ne semble pas avoir fait état de l'interrogation plus pointue que devrait susciter l'environnement numérique, comme ce fut le cas pour la reconnaissance des logiciels au bénéfice de la protection du droit d'auteur (assortie d'une exception de copie unique de sauvegarde). Conséquemment, la compatibilité de la prérogative de copie privée, alors que la reproduction peut en principe être à l'identique et le contrôle parfaitement impossible, soulèverait l'opportunité de l'abolir tout simplement¹⁷⁴. La lacune ci-dessus pourrait-elle faire l'objet de corrections par voie

172. *Loi de 1976 sur le droit d'auteur*, modifiée en dernier lieu par la loi sur les enregistrements sonores à domicile, n° 102563 du 28 octobre 1992, chapitre 10.
173. J. COLETTA, «BMI's Solution to Quantify Music on the Web», (1998) 80 *Copyright World* 18-19; J. BLAIR et M. BAMFORD, «Sounds Unlimited: Music and Copyright in Cyberspace», (1998) 80 *Copyright World* 20-26, concernant les dernières percées technologiques en la matière: Cyberus «...digital juke box», *Liquid Audio*, *Intervid-Itirated Systems*, *Internet Music Shop*, *A2B Music*, mais aussi concernant l'opposition de «Webcasters» à toute forme de redevance mécanique ou incidente dans le contexte de la régulation de la vente/distribution de phonogrammes sur Internet aux États-Unis. Voir également l'initiative de la CISAC sous T. ANDERSON, «CISAC Common Information System Symposium. Conference Report – Paris, April 21-23, 1997», (1997) 71 *Copyright World* 14-16; de même pouvons-nous citer l'initiative canadienne «*IVY-Digital Intellectual Property Management*» entreprise par le *Cultech Research Centre* de l'Université York ainsi que les avancées de la société américaine de gestion *Copyright Clearance Center Inc.* Aussi faut-il citer les travaux du regroupement des sociétés IBM, Intel, Matsushita et Toshiba visant à choisir une norme de marquage des œuvres dans le contexte du support DVD entre deux techniques concurrentes soit *Slue Spike Inc.* et *Aris Technologies*. «Digital Watermarking Showdown. Meeting on June 11, 1999», *CMP Media Inc – The New York Times Company*, 4 juin 1999. Voir également J. A. NICKELL, «The MP3 Killer Gathers Steam», *CMP Media Inc. – Wired Digital*, 7 juin 1999 en ce qui a trait à l'initiative des producteurs de phonogrammes, de logiciels et de l'industrie électronique visant la recherche d'une norme de compression et de cryptologie dénommée *Secure Digital Music Initiative-SDMI*. Voir également: P. JESSOP, «SDMI: Moving Music Online», *Network IFPI*, Issue 3, May 1999, p. 9.
174. L. TELLIER-LONIESWSKI, C. ROJINSKY et L. MASSON, «Contrefaçon sur Internet (2^e partie): Vers un nouveau droit des utilisateurs», *Gazette du Palais*, dimanche 18 au mardi 20 janvier 1998, p. 25-29. Inversement, peut-on suivre un même raisonnement favorisant l'abandon de la prérogative de copie privée alors que le contrôle serait parfait. Voir note 121 concernant les méthodes de contrôle rendant hypothétiquement la copie privée sans objet. Également: A. CHRISTIE, «Reconceptualising Copyright in the Digital Era», (1995) 11 *European Intellectual Property Review* 522-530, p. 526.

de modifications conséquentes lors d'une future transposition en droit canadien des traités OMPI? L'abandon de la prérogative de copie privée numérique, objet d'études par le Japon notamment, pourrait-il constituer une option à une neutralité technologique préconisée de manière téméraire par le Canada?

L'indétermination des supports comporte en définitive le désavantage d'exposer inutilement la mise en vigueur du mécanisme de rémunération compensatoire au contentieux d'appel de la Cour fédérale d'appel découlant nécessairement du pouvoir décisionnel de la Commission à qui le législateur a confié le mandat d'interpréter l'expression «support habituellement utilisé». Et ce, en dépit du fait que cette matière semble du plein ressort exclusif de la Commission¹⁷⁵. L'indétermination laisserait-elle en définitive à la Commission un pouvoir susceptible d'être assimilé à un pouvoir réglementaire inconstitutionnel?

c. La désignation des créateurs admissibles en dépit de l'encadrement normatif international

Si nous pouvons résumer les obligations internationales incombant au Canada en matière de copie privée et ce, en dépit de l'incertitude constatée et malgré la difficulté supplémentaire évoquée ci-haut concernant la nature juridique du mécanisme, nous affirmerions que le traitement national serait la règle pour tous les créateurs. En revanche, en tenant compte de l'encadrement normatif précité, les auteurs étrangers devraient se voir reconnaître sur la base du traitement national en vertu de Berne, UCC, ALÉNA, ADPIC et WCT; les artistes interprètes étrangers et les producteurs ne devraient se voir reconnaître aucun traitement, sinon de façon discrétionnaire sur la base de la réciprocité matérielle ou formelle, en vertu de Rome et dans une certaine mesure en vertu de l'ALÉNA, ADPIC et WPPT, mais sur la base du traitement national dans une autre mesure suivant l'ALÉNA, l'ADPIC et le WPPT.

Force est de constater que le législateur canadien fait siennes les obligations de traitement national à l'égard des auteurs mais se réserve un pouvoir discrétionnaire absolu en ce qui a trait aux artistes interprètes et aux producteurs qui ne seraient pas sujets,

175. S. BLAKE, *Administrative Law in Canada*, 2^e éd., Butterworths, Toronto, 1997, 200 pages, p. 164: le niveau élevé de spécialisation ou d'expertise du tribunal administratif dont la décision est contestée limiterait d'autant le pouvoir de révision des tribunaux supérieurs. Voir ci-dessous les contestations judiciaires.

citoyens ou résidents permanents du Canada ou s'il s'agit d'une personne morale, qui n'aurait pas son siège social au Canada. La reconnaissance ministérielle est donc requise pour permettre aux artistes interprètes et aux producteurs des pays Membres de Rome d'accéder au bénéfice du mécanisme de rémunération compensatoire. Le processus de désignation en conformité avec l'article 85(1) accorde la latitude au ministre d'Industrie Canada pour offrir sur la base du traitement national ou sur la base de la réciprocité, selon le cas, s'il constate qu'un pays n'accorderait pas, ni ne se serait engagé à accorder par quelque moyen que ce soit, «essentiellement les mêmes avantages que ceux conférés» par le Canada, ainsi le ministre peut-il alors accorder les avantages conférés par la partie VIII «dans la mesure où ces avantages y sont accordés» aux créateurs ressortissants canadiens.

On peut donc s'interroger sur l'étendue de la discrétion ministérielle et surtout son utilité relative. En effet, la reconnaissance sur la base de la réciprocité matérielle postule l'existence de conditions de rémunération et autres modalités aussi généreuses au Canada que dans les pays que le ministre a la charge éventuelle de désigner. Un pareil comportement scrupuleux serait-il susceptible d'éveiller une réaction équivalente en chaîne de la part de pays comportant des régimes plus avantageux pour les Canadiens que pour leurs ressortissants sous la Partie VIII de la loi? Un pareil mécanisme serait-il en définitive inefficace et inopportun à défaut pour le ministre de l'utiliser négativement comme outil de protection contre les pratiques abusives constatées après le fait d'une désignation de tous les pays offrant un mécanisme de rémunération compensatoire de copie privée et ce, sur la base du traitement national?

Ensuite, le processus de désignation discriminant le traitement sur la base du traitement national ou autrement postule sa conformité aux obligations internationales. Or, le constat d'incertitude des obligations internationales était beaucoup moins incertain pour un mécanisme promulgué après 1994, si bien qu'il ne serait pas impossible d'affirmer que le mécanisme de désignation pourrait s'avérer contraire au texte de l'ADPIC, voire à une obligation non écrite qui pourrait être soulevée par le biais du recours en NVNI. Enfin, notre constat d'incertitude avait mis en exergue l'hypothèse d'obligation de traitement sur la base de la nation la plus favorisée sous l'ADPIC. Cette hypothèse viendrait-elle diminuer d'autant la faculté du Canada de reconnaître le bénéfice de son mécanisme sans devoir l'offrir à l'ensemble des pays membres de l'OMC, et ainsi annuler l'effet escompté de la technique discrétionnaire?

d. *L'économie générale des exemptions au mécanisme de rémunération*

Si les exemptions prévues en matière d'exportation¹⁷⁶ et d'aliénation en faveur de société, association ou personne morale représentant des personnes ayant une déficience perceptuelle¹⁷⁷ sont de facture plutôt classique¹⁷⁸ en regard des mécanismes de rémunération compensatoire dans d'autres pays, l'article 80(2) n'est pas sans soulever certaines difficultés d'interprétation. Ainsi, si cette exception à l'exception peut sembler répondre à certaines utilisations professionnelles qui sont toutes indiquées comme échappant aux utilisations habituelles par les consommateurs de supports audio vierges et, conséquemment, ne devraient pas subir l'imposition d'une redevance, elle ne semble pas formellement prévoir une exemption conséquente de l'imputation de la redevance prévue à l'article 82.

En effet, ce dernier article ne prévoit qu'une réserve en faveur des seuls articles 82(2) et 86(2) en précisant que l'obligation de payer incombe à l'importateur ou au fabricant «sur la vente ou toute autre forme d'aliénation de ces supports au Canada». Ainsi, les utilisations suivantes ne sembleraient pas échapper à l'emprise de la redevance: la vente ou la location ou l'exposition commerciale, la distribution dans un but commercial ou non, la communication au public par télécommunication et l'exécution ou la représentation en public. Ces utilisations pourraient être caractéristiques notamment des utilisations des producteurs lorsqu'ils importent des supports audio vierges pour les fins de reproduction et de commercialisation licites de phonogrammes ou encore des utilisations licites de tels supports par les organismes de radiodiffusion dans le cadre de leurs activités par ailleurs faisant l'objet d'autres mesures de droit d'auteur. Est-ce à dire que le remboursement pouvant être exigé par les usagers corporatifs visés par l'article 86 pourrait être étendu à d'autres catégories d'usagers sur une base contractuelle et conséquemment être laissé à la parfaite discrétion de la société de perception comme c'est le cas en France?

176. L.R.C., c. C-24, art. 82(2).

177. *Id.*, art. 86.

178. À peu près tous les mécanismes prévoient des exemptions similaires; en revanche, plusieurs prévoient des mesures supplémentaires en faveur des entreprises de communication et des producteurs de phonogrammes ou les personnes assurant pour ces derniers une activité de reproduction. Par exemple, la France prévoit le droit au remboursement à l'article L.311-8.

Qui plus est, faut-il déduire de ces dispositions que l'importateur peut, comme dans le cas des exportations, aliéner des supports libres de redevances? Pourquoi dans ces cas, le législateur n'a-t-il pas prévu à l'article 87a) un pouvoir réglementaire facultatif permettant au gouverneur en conseil de régir ces autres cas d'exemption? Le pouvoir réglementaire général de l'article 87c) offre-t-il une mesure complémentaire à cette solution contractuelle? Enfin, pourquoi le législateur ne s'est-il pas davantage assuré de l'applicabilité de mesures de surveillance comptable qu'il prévoit dans le cas des activités d'exportations des importateurs?

e. Les propositions de tarifs, la décision et le tarif

Conformément à la mise en vigueur de la partie VIII, les sociétés de gestion concernées devaient déposer des propositions de tarifs le 31 mars 1998. Publiés dans le supplément de la Gazette, partie I du 13 juin 1998¹⁷⁹, 5 projets de tarifs ont été déposés pour les années 1999 et 2000 par les sociétés suivantes: *Canadian Musical Reproduction Rights Agency* (CMRRA), Société canadienne de gestion des droits voisins (SCGDV), Société de gestion des droits des artistes musiciens (SOGEDAM), Société du droit de reproduction des auteurs, compositeurs et éditeurs au Canada (SODRAC) et Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique (SOCAN).

Les cinq propositions de tarifs étaient unanimes en ce qui a trait au montant des redevances demandées: 25 cents par tranche ou partie de tranche de 15 minutes d'un support audio vierge analogique vendu ou importé, et 50 cents par tranche de durée identique pour les supports audio vierges numériques, aux conditions générales de perception mensuelle (exception faite de la SCGDV qui propose une base trimestrielle et de la SOGEDAM qui reste muet sur le sujet), de contrôle par voie de rapport de ventes et de registres devant être conservés par les vendeurs et importateurs, notamment en ce qui a trait à l'écart de 5 % constaté suivant vérification (exception faite de la CMRRA qui s'en tient à 10 % et la SOGEDAM qui reste muette), ainsi qu'aux conditions de remboursement des créances impayées portant intérêt de 1 % par jour de retard en deçà du taux de la Banque du Canada (exception faite de la CMRRA qui y préférerait 2 % et de la SOGEDAM qui ne se prononçait pas).

179. *Supplément Gazette du Canada*, Partie I, le 13 juin 1998, Projet de tarifs des redevances à percevoir pour la vente, au Canada, des supports audio vierges pour les années 1999 et 2000, 14 pages.

En revanche, la question de la répartition entre les sociétés de gestion¹⁸⁰ témoignait des écarts considérables qui reflètent les tendances précitées dans les mécanismes de rémunération compensatoire des autres pays. Ainsi, la CMRRA réclamait 50 % de tout argent perçu (net des coûts d'opération) pour le collège des auteurs, dont la portion relative de sa part des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique était laissée aux résultats d'une entente à intervenir entre sociétés ou le cas échéant, en conformité avec la décision de la Commission, tandis que la SODRAC réclamait 12,5 % des redevances totales perçues et la SOCAN ne précisait pas cette proportion, préférant s'en remettre à une part «à laquelle la SOCAN juge avoir droit sur la redevance totale approuvée par la Commission du droit d'auteur».

La SCGDV pour sa part réclamait «la moitié des 2/3 ou 33 % de l'ensemble des redevances qui seraient payables si tous les enregistrements sonores, les œuvres musicales et les prestations d'œuvres musicales qui les constituent se qualifiaient aux fins des redevances payables en vertu de la partie VIII» présumant par ailleurs que la discrétion ministérielle ne serait pas exercée préalablement.

La SOGEDAM réclamait une portion de la part de 33 % du total perçu soit la part que cette société déterminait comme payable au collège des artistes interprètes sans faire de distinction quant aux proportions relatives des «répertoires» nationaux et mondiaux. Conséquemment, les sociétés ne semblaient pas s'être entendues sur la portion relative des auteurs, artistes interprètes et producteurs, ces deux derniers s'opposant à une répartition préconisée plus classiquement par les auteurs des mécanismes continentaux et reflétée par la proposition de la CMRRA (50 % du total versus 33 % suivant les prétentions de la SCGVD et de la SOGEDAM).

180. Voir les ouvrages récents visant la gestion collective dans le contexte européen: I.A. STAMATOUDI, «The European Court's Love-Hate Relationships with Collecting Societies», (1997) 6 *European Intellectual Property Review* 289-297, de même que: «British Academy of Songwriters, Composers and Authors, The Unlawful Deduction Levied Upon UK Composers Performing Right Income», (1996) 64 *Copyright World* 15-18 (notamment la retenue conventionnelle entre les sociétés de gestion de 10 % des répartitions, plus amplement commentée par A. SCOTT, «Tournier Playing Hardball», (1997) 12 *MBI* 15-17 et par F. MELICHAR, «Avis du 19 juin 1989 sur le projet fédéral pour une nouvelle loi sur le droit d'auteur», dans M. HILTY RETO, *La gestion collective du droit d'auteur en Europe*, Helbing & Lichtenhahn, Bruylant, Carl Heymanns Verlag, 1995, 148 pages, p. 115) et, dans le contexte américain, J.C. KELLY, «The U.S. Antitrust Division and the Copyright Industries», (1997) 71 *Copyright World* 22-27.

Au moment de la proposition de tarifs, aucune des propositions ne faisait état de la question spécifique des supports audio vierges devant être déterminés comme habituellement utilisés par les consommateurs pour les fins de copie privée. Aucune de celles-ci ne précisait les supports précis devant subir une redevance comme si les sociétés de gestion ne s'étaient pas souciées des conséquences d'une telle indétermination pour les usagers autres que les consommateurs effectuant des copies à des fins privées, voire des conséquences relatives à la mise en place et à la pérennité du mécanisme. Une réaction publique et médiatique était-elle prévisible en l'absence de précisions rassurantes ou d'exclusions claires dans les propositions?

Concernant le montant des redevances demandées, il paraissait étonnant de retrouver une rémunération compensatoire dépassant largement les moyennes mondiales déduites des mécanismes équivalents, soit environ 40 cents par 60 minutes de support audio analogique. À corps défendant, faut-il reconnaître que les montants visant les supports numériques étaient sans précédent dans le monde, le cas des États-Unis mis à part, étant peu utile pour les fins de comparaison¹⁸¹?

En ce qui a trait à la reconnaissance des artistes interprètes et des producteurs objets de la désignation ministérielle, les propositions de tarifs ne contenaient aucune entente ou explication relative aux proportions des «répertoires» respectifs entre chacune des sociétés.

Concernant les exemptions et leur administration, les propositions de tarifs se bornaient à répéter les obligations législatives relatives aux exportations sans davantage spécifier les modalités de remboursement en faveur des personnes ayant des déficiences perceptuelles ou de manière plus prospective, aménager des solutions contractuelles aux circonstances laissées sans réponses dans la loi. Comme pour l'indétermination des supports audio vierges imputables, l'absence de dispositions relatives aux exemptions minerait la mise en place et la pérennité du mécanisme.

Enfin, si la SCGDV était seule à réclamer formellement dans sa proposition de tarif le statut de société de perception, aucune autre ne semblait confirmer cette dernière en tant que telle. On peut se

181. LIBRARY OF CONGRESS, «Copyright Office Notice on Determining Controversy in DART Royalty Distribution», (1998) 49 *BNA's Patent, Trademark & Copyright Journal* 540.

demander pourquoi la SOCAN, qui présentait à ce chapitre une structure établie, n'était pas «la mieux en mesure de s'acquitter des responsabilités ou fonctions» de société de perception.

La suite des nombreux rebondissements est connue. Le tollé médiatique suivait tandis que les cinq sociétés précitées se mettaient d'accord pour constituer un collectif confédéral nommé Société canadienne de perception de copie privée (SCPCP, et «*Canadian Private Copying Collective*») qui, par voie de communiqué de presse en date du 18 janvier 1999¹⁸², annonçait le report de la perception de la redevance à la date à laquelle la Commission rendrait sa décision ou, au plus tard, le 31 décembre 1999. Ce report était motivé principalement par l'incertitude du montant applicable et des supports devant subir une redevance mais aussi par les craintes formulées par certains usagers (institutions religieuses et établissements scolaires) qui se plaignaient de l'absence de dispositions les exemptant du mécanisme de rémunération compensatoire.

Les audiences de la Commission prévues à compter du 25 mai ont été reportées au 24 août 1999. Temporairement mises en péril le 17 juin par une procédure extraordinaire d'injonction instruite d'urgence par la Cour fédérale d'appel¹⁸³, les audiences ont néan-

182. Canada News Wire, www.newswire.ca, voir sous SCPCP.

183. *Evangelical Fellowship of Canada, Precision Sound Corporation, Western Imperial Magnetics Ltd. v. Canadian Musical Reproduction Rights Agency et al.*, dossier de la Cour fédérale d'appel A: 371-99. La procédure a été signifiée le 17 juin 1999 et entendue d'urgence par la Cour fédérale d'appel le mardi 29 juin 1999. Jugement a été rendu le 18 août 1999. Il s'agissait d'une procédure d'injonction interlocutoire visant à interdire à la Commission du droit d'auteur de procéder à la tenue d'une audience prévue pour le 24 août 1999. Cette procédure d'injonction (*Writ of Prohibition*) était fondée sur des arguments constitutionnels (la Partie VII de la loi alléguée comme *ultra vires* des pouvoirs du gouvernement fédéral en matière de droit d'auteur), fiscaux (la Partie VIII alléguée comme mécanisme de taxation édicté en violation des pouvoirs constitutionnels et parlementaires), de droits fondamentaux (La Partie VIII de la loi y est alléguée contraire au dispositif des articles 2 et 15 de la Charte canadienne des droits et libertés). L'argument central de la partie plaignante était que le mécanisme de rémunération compensatoire était discriminatoire à l'égard d'usagers qui ne pouvaient subir une taxation universelle arbitraire, alors qu'ils n'effectuaient aucune copie privée telle que définie par la loi (la reproduction et la distribution de sermons, la vente de supports vierges à des sociétés de production audiovisuelle). Bien qu'ayant conclu à un enjeu sérieux (*not frivolous or vexatious*), la cour a rejeté la procédure extraordinaire d'injonction interlocutoire au motif du défaut de preuve d'un dommage irréparable alors que la Commission n'avait pas encore procédé aux audiences: «I am not satisfied that the applicant have made out a case of irreparable harm with respect to the imposition of levies if no stay of prohibition is granted» (par. 23), «In the case at bar, I have little difficulty concluding that the balance of inconvenience involving the

moins procédé le 24 août. La décision de la Commission était enfin rendue le 17 décembre 1999¹⁸⁴ et la demande de révision judiciaire en date du 14 janvier 2000 connaissait un dénouement défavorable à la partie plaignante dans une décision de la Cour fédérale d'appel rendue sur le banc le 14 juin 2000¹⁸⁵. Ajoutons que les audiences visant la procédure de fixation des tarifs pour l'année 2001 et 2002 sont prévues partant le 24 octobre 2000¹⁸⁶.

weighing of irreparable harm on both sides favours the Attorney General. While I recognize that the applicants may incur unrecoverable costs in proceedings before the Copyright Board, I do not think this consideration is sufficient to place this case in that small minority of cases in which the suspension of the operation of legislation can be justified.» (par. 32).

184. Tarif des redevances à percevoir par la SCPCP [Société canadienne de perception de la copie privée], en 1999 et 2000, pour la vente de supports audio vierges, au Canada, pour la copie pour usage privé d'enregistrements sonores, ou d'œuvres musicales ou de prestations d'œuvres musicales qui les constituent. Décision de la Commission du 17 décembre 1999, (1999) 4 C.P.R. (4th) 15 ou voir site Internet de la Commission: www.cb-cda.gc.ca. Dans sa décision, la Commission répond aux questions de droit préliminaires qui lui ont été soumises et pour lesquelles la Cour fédérale lui reconnaissait une compétence. Elle précise certaines interprétations, dont l'expression «support habituellement utilisé par les consommateurs pour reproduire des enregistrements sonores», pour lui donner un sens exhaustif: «Par conséquent, il convient d'interpréter l'utilisation habituelle visée par la définition de «support audio» comme une utilisation qui comprend tous les emplois non négligeables» (p. 30). Elle fixe par ailleurs l'ensemble des modalités du régime en fonction du répertoire admissible (limité aux auteurs OMC et aux artistes interprètes et producteurs canadiens en conformité avec la loi), la formule tarifaire appropriée (applicable aux supports analogiques (de plus de 40 minutes et à l'exclusion de formats particuliers) et numériques (CD-R et CD-RW et bis audio, *Mini Disc*) et déclinant plusieurs facteurs de pondération et de rajustements, partant la valeur relative d'une rémunération au détail, la valeur du répertoire non admissible ainsi que le caractère secondaire des utilisations privées et la nature des supports) et enfin fixe le tarif des redevances (23,3¢ par cassette audio d'une durée de 40 minutes ou plus; 5,2¢ par CD-R ou CD-RW et 60,8¢ par CD-R Audio, CD-RW Audio ou *MiniDisc*).

185. Dossier de la Cour fédérale A-19-00, *AVS Technologies Inc. et al. et Canadian Mechanical Reproduction Rights Agency (CMRRA) et al.*, jugement rendu séance tenante le 14 juin 2000. Voir site Internet de la Cour fédérale d'appel: www.fct-cf.gc.ca. Les plaignants prétendaient que l'interprétation de l'expression «support audio habituellement utilisé par les consommateurs pour reproduire» par la Commission était erronée et qu'elle devait se lire plus limitativement pour n'inclure que les supports audio principalement ou majoritairement utilisés aux fins spécifiées par la Partie VIII. La cour rejette la demande de révision judiciaire au motif que l'interprétation de la Commission est une question de droit du plein ressort de sa compétence: «In our view, this issue is mainly a question of law, that is, the interpretation of legislation that the Board administers. Such a determination falls squarely within the jurisdiction of the Board. The issue is a polycentric one dealing with the interests of artists, manufacturers, importers, consumers who record sound, consumers who do not record sound and others. The purpose of Part VIII is mainly an economic one – that is fairly compensate artists and the other creative people for their work by establishing fair and equitable levies.» (par. 5).

186. Voir site Internet de la Commission: www.cb-cda.gc.ca.

f. Le rôle de la Commission du droit d'auteur

Le rôle de la Commission du droit d'auteur est, nous l'avons déjà vu, déterminant à bien des égards dans le contexte de la mise en place du mécanisme de rémunération compensatoire. Son ex vice-président, Michel Héту, rappelait plus généralement que «la nature même des droits en cause impose une certaine réserve. La Commission s'occupe de droits de propriétés privées non des ondes publiques (comme le CRTC); cela détermine son fonctionnement [...] la Commission est un forum public, accessible, il tient compte des politiques publiques»¹⁸⁷.

Ainsi, est-il nécessaire de rappeler que la Commission constitue un outil utile à l'encadrement juridique du mécanisme de rémunération compensatoire mais qu'il n'est pas exempt de toute critique et de difficultés? En dépit des avantages à disposer d'un pareil encadrement permettant de faciliter l'exercice des droits et des redevances, son coût d'accès ne serait pas négligeable. Peut-on craindre que son processus vienne à constituer une formalité contraire à l'encadrement juridique international?

C. La recherche d'une solution adéquate pour un environnement numérique

Au terme de notre analyse de la partie VIII de la loi canadienne, nous pouvons résumer l'initiative du législateur canadien comme réponse classique, mais tardive, à la copie privée – phénomène caractérisé par l'exploitation nouvelle des œuvres musicales, des prestations et des phonogrammes, mais surtout par l'atteinte injustifiée des intérêts légitimes de ces créateurs en faveur des consommateurs.

Si la copie privée peut illustrer les enjeux traditionnels du droit d'auteur et des droits voisins, c'est qu'elle remet en cause les exploitations traditionnelles et l'efficacité de l'édifice de la protection privée en lui imposant de s'adapter à défaut de voir se vider de son contenu l'une de ses fondations: le droit de reproduction. Ce constat ne saurait être modifié, qu'il s'agisse de copie privée analogique ou de copie privée numérique.

187. M. HÉTU, «La Commission du droit d'auteur et les régimes de tarification: le présent et l'Avenir», dans *La gestion collective du droit d'auteur, Actes du Colloque de l'ALAI*, Montréal le 18 mars, 1994, HEC, Montréal, 218 pages, p. 119-129.

1. *Le statu quo ou le statu quo amélioré*

L'analyse de l'encadrement juridique international ne permettait pas de constater une quelconque volonté internationale d'adaptation au phénomène de la copie privée. Ainsi, si la copie privée demeure principalement régie par les conventions de Berne et de Rome, l'évolution récente au plan normatif international sous l'ADPIC et les traités de l'OMPI n'aurait donc pas su dégager de solution permettant de dissiper l'incertitude persistante entre le droit de reproduction et les limitations l'assortissant et ce, en dépit des gains apparents réalisés par l'affirmation des droits de reproduction des artistes interprètes et des producteurs de phonogrammes, par la généralisation de la rigueur de l'exception inspirée de l'article 9(2) de Berne et enfin par la mise en place d'un mécanisme de règlement de différends sous l'égide de l'OMC.

L'incertitude ayant laissé aux États une certaine liberté de créer des «parcs nationaux» en faveur des créateurs indigènes permettrait par ailleurs que ces mécanismes traditionnels étendent avec plus ou moins de succès leur empire aux supports numériques.

Ainsi, certains mécanismes de rémunération compensatoire perçoivent depuis peu de temps une rémunération sur les supports numériques destinés à l'audio (CD-R audio et *MiniDiscs*)¹⁸⁸. En revanche, la solution serait moins aisée en ce qui a trait aux supports non destinés spécifiquement à la reproduction des phonogrammes (CD-RW). Les difficultés caractérisant la technologie numérique – parfaite qualité de la copie, multiplicité des œuvres pouvant faire l'objet de reproduction sur même support, dématérialisation des utilisations, réutilisation possible ou non des supports de reproduction, efficacité des mécanismes de cryptologie et de marquage des œuvres – rendraient moins aisée la détermination d'une redevance appropriée¹⁸⁹.

188. Selon nos indications: l'Allemagne, l'Autriche, le Danemark, l'Espagne, la Finlande, la France, la Hongrie, les Pays-Bas et la Suisse. Le *MiniDisc* serait imputé d'une redevance équivalente à celle des supports traditionnels analogiques; la redevance CD-R audio, au contraire, témoigne de variations considérables. Le cas de la France demeure incertain compte tenu des déclarations contradictoires de la ministre Trautman, du Rapport du Conseil d'État ainsi que du sénateur chargé de mission auprès de la Commission européenne concernant l'opportunité de l'abolition de l'exception de copie privée, de l'harmonisation européenne visant la copie privée et de la pérennité des mécanismes de rémunération compensatoire: «Confusion en matière de copie privée», *Expertise*, janvier 1999, p. 27.

189. Dans tous les pays cités dans la précédente note hormis l'Autriche et les Pays-Bas (R. TILLI et M. SOLOMONS, «Dutch Music Biz Scores Added Blank-

Demeure le constat d'un *statu quo* amélioré dans la mesure où la solution traditionnelle à la copie privée puisse constituer une solution opportune dans l'univers numérique. Comme le suggère Lucas, tant que les outils techniques ne permettront pas de maîtriser complètement le phénomène (le permettront-ils un jour?), c'est dans cette voie qu'il faut s'engager ou persister¹⁹⁰.

Disc Tax», *Billboard*, June 26, 1999, faisant état de la décision de la Commission de la copie privée désignée par le ministère de la Justice d'étendre la redevance aux supports CD-RW à un taux d'environ 20 % de la redevance audio), l'application d'une redevance sur les CD-RW ferait l'objet de négociations entre les sociétés de perception et les fabricants-importateurs, mais l'opposition caractéristique de cette dernière industrie réside dans la difficulté à établir les utilisations précises des supports numériques. Selon nos indications, la redevance en négociation ne correspondrait qu'à une fraction de la redevance audio (10 % à 50 %) établie en fonction de l'utilisation partielle de ces supports pour la reproduction de phonogrammes mais aussi de la réutilisation possible ou non des supports, selon le cas. Signalons au passage la décision du TGI de Bruxelles n° 97/6126/A du 6 novembre 1997 entre Auvibel et Hewlett Packard Belgium, écartant l'imputation de la redevance sur les supports numériques en vertu du dispositif de l'arrêté-royal du 28 mars 1996 les excluant expressément. Signalons également l'absence de données statistiques précises concernant l'utilisation réelle des supports numériques. La SACEM est réputée disposer de l'une des seules études permettant d'étayer ces utilisations chez les consommateurs professionnels et privés, notamment la portion congrue de la musique dans ces utilisations.

190. A. LUCAS, *Droit d'auteur et numérique*, Éditions Litec, Paris, 1998, 349 pages, p. 201. Voir également une jurisprudence récente concernant la protection des méthodes de cryptologie par la PLA et le refus de condamner l'ingénierie inversée dans ce cas: *Mars (UK) c. Tekwledge High Court, Chancery Division, June 11, 1999*, dans (1999) 21 *European Intellectual Property Review* N-158. L. BRASELL, «Electronic Security: Encryption in the Real World», (1999) 21 *European Intellectual Property Review* 17-27. Voir également: T. VINJE, «Copyright imperilled?» et S. LAI, «Digital Copyright and Watermarking», (1999) 21 *European Intellectual Property Review* 192-206 et 171-175, p. 171 concernant les défis soulevés par la protection légiférée des mesures techniques et du tatouage. «The answer to the machine may well lie within the machine, but it still has to be found and structured within a coherent legal environment». S. Dusollier suggère que l'encadrement juridique approprié pour certaines techniques de protection serait davantage le crime informatique que la PLA. S. DUSOLLIER, «Electrifying the Fence: The Legal Protection of Technological Measures for Protecting Copyright», 21 *European Intellectual Property Review* 285-297. Par ailleurs, si le SDMI constitue une solution technique promulguée par les producteurs en réponse au phénomène MP3, rien ne permet de conclure au succès de sa stratégie de pénétration du marché. Le *Portable Device Working Group* qui regroupe en son sein les industries électroniques, informatiques et télématiques (ISP) mais qui serait dominé par les cinq «majors», ambitionne de supplanter le MP3 en proposant, en deux temps, une version libre de la norme SDMI, MP3 compatible mais qui serait convertie dans un proche avenir pour ne plus tolérer les fichiers ne suivant pas la norme SDMI ou illicites. «SDMI Plans Gradually to Phase Out Illegal Online Music Files», (1999) 160 *Music & Copyright* 2. Voir également: «It's Playback Time! A Wired Special Report on Downloadable Music, Video, and More», *Wired*, August 1999, p. 122-144. Suivant les chiffres rapportés, 14 millions de fichiers MP3 seraient téléchargés sur une base quotidienne mondiale.

Est-il, dans ce contexte d'adaptation technique, toujours raisonnable d'anticiper, voire de souhaiter, que l'ADPIC ne vienne pallier l'absence de solution normative conventionnelle? Est-il au contraire plus opportun de maintenir cette incertitude normative devant l'incertitude des enjeux indéterminés à ce stade¹⁹¹ du tout numérique?

2. L'abolition des limitations en matière de copie privée numérique

La solution classique au phénomène de la copie privée qui consistait à édicter un mécanisme de rémunération compensatoire pourrait en revanche s'avérer inopportune dans le contexte du numérique. Bon nombre se plaisent à le répéter, notamment les membres producteurs de l'IFPI, la nécessité d'un droit de reproduction dans l'univers numérique est impérative et doit s'affirmer par l'abolition pure et simple de l'exception à la copie privée. La suppression de l'exception condamnerait ainsi les mécanismes de rémunération compensatoire; au mieux, cette suppression pourrait-elle se confiner à l'univers numérique. Le *statu quo* et le *statu quo* amélioré ne sauraient donc être jugés satisfaisants.

3. L'impossible jus conventionis en matière de copie privée

La solution canadienne tout comme la position de la Commission européenne semblent converger en faveur d'une solution dite de compromis. Nous serions davantage d'avis que cette solution de compromis dépasse la simple solution de transition déjà évoquée. Ainsi, la copie privée ne serait pas un phénomène qui serait près de disparaître quand bien même les solutions techniques au service du droit et, réciproquement, le droit au service de la technique sont susceptibles d'apporter un niveau accru de protection, voire sont susceptibles de supprimer la copie. La solution traditionnelle aurait tout lieu de perdurer dans un équilibre redéfini entre le droit de reproduction et les limitations relatives à la copie privée.

L'essor des technologies numériques ne changerait pas les données du phénomène de la copie privée ni la nécessité des mécanismes de rémunération compensatoire. Aussi, si la substitution des

191. «E-Com Survey: When Companies Connect, How the Internet Will Change Business», *The Economist*, June 26th-July 2nd, 1999, 44 pages. J. RIFKIN, *The Age of Access. The New Culture Of Hypercapitalism. Where All Of Life Is A Paid-For Experience*, Tarcher-Putnam Publishers, New York, 2000, 312 pages.

technologies de reproduction analogiques par le «tout numérique» semble inévitable, la convergence et la cohabitation décriraient mieux une réalité qui ne serait pas susceptible de bouleversement dans un avenir trop immédiat¹⁹². Nous ne pouvons donc souscrire aux seules solutions techniques de protection et de contrôle des créations dans un environnement numérique, pas plus que ne pouvons croire que le phénomène de la copie privée puisse totalement disparaître dans ce contexte. La solution canadienne neutre, d'un point de vue technologique, se présenterait donc en principe comme moins audacieuse qu'équilibrée. L'extension des mécanismes existants de rémunération compensatoire se présenterait également comme solution équilibrée et complémentaire aux droits de reproduction réaffirmés.

Est-il trop tôt pour se prononcer aussi favorablement à l'égard du mécanisme de rémunération compensatoire canadien? La solution canadienne prêtait le flanc à certaines critiques mais du moins soulevait-elle plusieurs interrogations quant à la mise en œuvre des grands principes devant guider et régir la protection internationale du droit d'auteur et des droits voisins et davantage en ce qui a trait à la pérennité de la solution pratique qu'elle est censée offrir. En revanche, si un certain consumérisme du tout numérique peut ébranler l'édifice du droit d'auteur et, de surcroît, les solutions législatives au phénomène de copie privée, ce n'est pas pour autant que ces dernières ne puissent être réaffirmées comme prolongement logique du droit de reproduction et comme protection complémentaire nécessaire aux droits patrimoniaux des créateurs.

192. P. GRONOW, I. SAUNIO et C. MOSELEY, *An International History of The Recording Industry*, Londres, 1999, 230 pages, p. 210. L'impact des révolutions technologiques sur l'industrie du phonogramme révèle une formidable capacité d'adaptation de l'industrie qui vivrait sa quatrième révolution après le gramophone 78 RPM vers 1888, le vinyle 33 RPM en 1948 et le CD proposé en 1979. Comme le suggèrent les auteurs de cet ouvrage, la mort du gramophone par l'entremise du «*celestial juke box*» s'inscrirait dans un phénomène plus général d'une dématérialisation numérique de tous les contenus d'information. Or, comme l'histoire de cette industrie en témoigne, la cohabitation des technologies durant une plus ou moins longue période de transition serait une projection réaliste. Nous estimons que les technologies de reproduction incitant à la copie privée n'échappent pas à un pareil constat. À titre d'illustration (le DVD-R, DVD-RW et DVD-RAM versus le CD-R et CD-RW), le *Santa Clara Consulting Group* affirme que la retraite d'une technologie en faveur d'une autre serait de moins de 5 ans. SANTA CLARA CONSULTING GROUP, «CD Tracker. Trends for CD-R/RW Writer and Media Markets – Year End Review», *January 1999*, 145 pages, p. 115.