

10 décembre 2018

**Mémoire présenté au Comité permanent du patrimoine canadien
pour l'étude sur les modèles de rémunération des artistes et des créateurs
par les professeurs Ariel Katz et Guy Rub**

Monsieur le Président,
Mesdames et messieurs les membres du Comité,

Nous, professeurs de droit spécialisés dans le droit d'auteur, soumettons le présent mémoire dans le contexte de l'examen législatif de la *Loi sur le droit d'auteur*, L.R.C., 1985, ch. C-42. Dans ce mémoire, nous recommandons que le Comité rejette toute suggestion visant à introduire les droits de revente des artistes (DRA) dans la loi. Les DRA s'appliquent à la revente d'objets tangibles incarnant des œuvres d'art, et non pas aux actifs incorporels. À ce titre, le fait de les intégrer dans un régime qui concerne le « droit d'auteur », ou plutôt « la propriété et les droits civils », relevant exclusivement de la compétence provinciale, et non fédérale, peut être contesté. Même si le Comité estime que les DRA pourraient être considérés comme une mesure législative relevant du Parlement, ce dernier devrait les rejeter puisqu'ils ne sont ni efficaces, ni justes. La logique et l'expérience d'autres pays indiquent que les principaux bénéficiaires d'un tel régime, s'il est mis en œuvre, seront les artistes prospères et riches, et, plus encore, leurs héritiers, ainsi que la société ou les sociétés de gestion des droits d'auteur qui l'administreront. De plus, les DRA peuvent entraîner une baisse des prix sur les marchés primaires de l'art, ce qui nuirait à la plupart des artistes, canaliser les activités de revente vers d'autres pays, ce qui nuirait ensuite au marché de l'art canadien et à l'économie canadienne, et entraîner des coûts administratifs importants.

Les droits de revente des artistes sont des droits de propriété personnelle d'objets tangibles et non des droits d'auteur

Le droit d'auteur, à la base, est un droit visant un actif incorporel, à savoir l'œuvre exprimée. Comme c'est un actif incorporel qui est visé, le titulaire du droit d'auteur peut contrôler certains aspects de l'œuvre, peu importe le support et peu importe qui l'exprime. En vertu de la *Loi sur le droit d'auteur*, dans le cas d'une œuvre qui est un objet tangible, le titulaire du droit d'auteur a seulement le droit « d'effectuer le transfert de propriété, notamment par vente, de l'objet, dans la mesure où la propriété de celui-ci n'a jamais été transférée au Canada ou à l'étranger avec l'autorisation du titulaire du droit d'auteur¹. » Une fois que la propriété de l'objet tangible a été transférée avec l'autorisation du titulaire du droit d'auteur, elle n'est plus associée à un pouvoir de contrôle des ventes subséquentes. « Une fois qu'une copie autorisée d'une œuvre est vendue à un membre du public, il appartient généralement à l'acheteur, et non à l'auteur, de décider du sort de celle-ci². » L'acheteur de l'objet tangible, bien sûr, possède cet objet, mais non le droit

¹ Loi sur le droit d'auteur, LRC 1985, c C-42 : <http://www.canlii.org/fr/ca/laws/stat/rsc-1985-c-42/latest/rsc-1985-c-42.html>, al. 3(1j) [soulignement ajouté].

² *Théberge c. Galerie d'Art du Petit Champlain inc.*, [2002] 2 RCS 336 (CSC) : <http://canlii.ca/t/51tn>, par. 31.

d'auteur de l'œuvre. Les droits relatifs à de tels objets tangibles font donc partie du régime de droit des biens personnels et sont déterminés par la législation provinciale applicable.

Les droits de revente des artistes sont des droits visant ces objets tangibles. Ils n'affectent pas la portée du droit d'auteur visant les actifs incorporels, mais constituent plutôt des droits équivalant à des servitudes à l'égard de chaque objet tangible incarnant l'œuvre après sa vente et longtemps après la fin de la période pendant laquelle le droit d'auteur s'applique. À ce titre, comme d'autres droits applicables aux objets tangibles, il s'agit d'un droit de propriété, qui relève de la compétence exclusive des provinces.

Enfin, pour ce qui est de l'interprétation des lois, il est inconcevable que le rédacteur de la *Loi constitutionnelle de 1867* ait cru que le terme « droit d'auteur », tel qu'il est utilisé au paragraphe 91(23), serait interprété de façon si large qu'il engloberait ce type de droit relatif aux copies matérielles d'œuvres d'art. En fait, les droits de revente des artistes ne faisaient partie de la loi dans *aucun* pays avant 1920, plus de cinquante ans après l'adoption de la *Loi constitutionnelle*.

Les droits de revente des artistes profiteront principalement aux héritiers d'artistes et aux sociétés de gestion des droits d'auteurs prospères et riches

Même si le Comité estime que les DRA pourraient être considérés comme une mesure législative relevant du Parlement, ce dernier devrait les rejeter puisqu'ils ne sont ni efficaces, ni justes.

Dans son mémoire, Droits d'auteur Arts visuels (CARCC) affirme ce qui suit : « En 2010, le revenu moyen d'un artiste en arts visuels s'élevait à 24 672 \$, soit environ la moitié de celui d'un ouvrier canadien normal (48 100 \$), et il était inférieur à celui de tous les autres artistes (32 770 \$). Les redevances du droit de suite offrent donc un potentiel de revenu important pour aider les artistes visuels canadiens à gagner un revenu de subsistance durable [...] ³. »

Nous estimons que cet argument est trompeur. Même si le Comité estime que le revenu moyen des artistes en arts visuels est trop faible, les DRA ne constituent pas un outil approprié pour répondre à ce problème. En fait, ils risquent d'aggraver la situation des artistes visuels en difficulté.

Les principaux bénéficiaires de l'adoption de DRA sont généralement les héritiers d'artistes visuels bien connus et prospères. Au sein des administrations ayant adopté un régime de DRA, l'obligation de payer des redevances de revente s'est limitée aux ouvrages revendus à un montant supérieur à un certain seuil. Par exemple, dans son mémoire, l'organisme Canadian Artists' Representation/Le Front des artistes canadiens (CARFAC) suggère que les droits de revente soient limités à des reventes de plus de 1 000 \$⁴. De même, le projet de loi C-516, qui a

³ *L'artiste visuel canadien et sa rémunération en lien avec la révision de la Loi sur le droit d'auteur*, mémoire présenté par Droits d'auteur Arts visuels (CARCC) au Comité permanent de Patrimoine canadien pour la révision statutaire de la *Loi sur le droit d'auteur*, 6 novembre 2018 : <http://www.ourcommons.ca/Content/Committee/421/CHPC/Brief/BR10154898/br-external/CopyrightVisualArts-f.pdf>.

⁴ CARFAC's Submission to the Federal Government's Standing Committee on Industry, Science and Technology for the Statutory Review of the Copyright Act, 11 octobre 2018 : <https://www.ourcommons.ca/Content/Committee/421/INDU/Brief/BR10093096/br-external/CanadianArtistsRepresentation-e.pdf>.

été présenté en 2013 par Scott Simms et appuyé par le CARCC et le CARFAC, et qui proposait l'adoption d'un régime de DRA, limitait le droit aux reventes de plus de 500 \$. Ces seuils excluent déjà la plupart des artistes, en particulier les artistes dont le revenu est moyen ou inférieur à la moyenne⁵. De plus, la grande majorité des régimes de droits de revente dans le monde, ainsi que la proposition du CARFAC, limitent le droit de revente par des professionnels, soit des maisons de vente aux enchères et, dans certains cas, des galeries. La plupart des artistes dont les œuvres sont revendues dans les maisons de vente aux enchères et même dans les galeries sont, naturellement, bien établis et bien connus. Il n'y a qu'un petit groupe d'artistes très prospères dont les œuvres sont revendues par des professionnels, notamment des maisons de vente aux enchères, pour une somme importante.

L'expérience d'autres pays s'inscrit dans cette logique simple. Une étude réalisée en 2008 au Royaume-Uni a montré que les 100 artistes les plus prospères partageaient 80 % de toutes les redevances perçues⁶. En France, un rapport de 1999 a conclu que seuls quelque 2 000 artistes avaient bénéficié des droits de revente du pays (appelés Droit de Suite) sur une période de trois ans. Les 50 premiers ont reçu, à eux seuls, 43 % des redevances perçues. Les 1 950 artistes restants ont reçu en moyenne moins de 400 euros par année. Un autre rapport a conclu que 70 p. 100 des redevances perçues en France en 1996 ont été versées aux familles de six ou sept artistes. La même année, en Allemagne, moins de 500 artistes ont reçu des redevances de revente. De ces redevances, 88 p. 100 ont été versées aux familles des artistes décédés et non aux artistes eux-mêmes. Une réalité semblable existe au Danemark, où en 1996, 86 % des redevances ont été versées aux successions d'artistes et seulement 14 % aux artistes eux-mêmes⁷. Une étude récente que l'un d'entre nous a menée sur plus de deux mois sur le marché de l'art aux États-Unis (qui est le plus grand marché au monde) a indiqué que si les DRA avaient eu force de loi aux États-Unis, les héritiers d'un seul artiste, Andy Warhol, auraient perçu plus de 13 % de tous les droits de revente⁸.

En effet, les droits de revente des artistes sont de nature régressive. Ils assurent surtout un transfert d'argent à ceux qui sont déjà riches. La situation au Canada sera probablement semblable, la plupart des droits étant distribués à un petit groupe qui comprend les artistes les plus connus et les plus riches ou, plus souvent, leurs héritiers. Même l'exemple que le CARCC et le CARFAC utilisent dans leurs mémoires, celui de Kenojuak Ashevak, ne fait pas exception. Il est vrai que la *Chouette enchantée* d'Ashevak a été vendue 24 \$ en 1960 et revendue près de 60 000 \$ en 2001. Mais au début des années 2000, à l'époque de la revente, Ashevak était déjà une femme riche. Elle a continué de produire des œuvres vendues des milliers ou des dizaines de

⁵Cette exclusion est inévitable et partagée par tous les régimes de DRA. Comme il est expliqué plus en détail ci-dessous, les DRA entraînent des coûts administratifs importants. Afin d'éviter que ces coûts, déjà élevés, montent en flèche et détruisent le monde de l'art, les régimes de DRA prévoient un seuil de revente en deçà duquel aucun paiement n'est requis. Ce faisant, ils rendent les DRA encore plus régressifs parce que seuls les artistes les plus prospères dont les œuvres sont vendues à des prix élevés peuvent en bénéficier. Ce conflit, ou paradoxe, est une caractéristique de tous les systèmes de DRA, et il est insoluble.

Katy Graddy, Noah Horowitz & Stefan Szymanski, « A study into the effect on the UK art market of the introduction of the Artist's resale right » (2008) :

<https://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20140603122011/http://www.ipso.gov.uk/study-droitdesuite.pdf>, p. 2.

⁷Ces études sont résumées à Clare McAndrew et Lorna Dallas-Conte, « Implementing Droit de Suite (artists' resale right) in England » (2002), The Art Council of England :

http://www.academia.edu/7553610/Implementing_Droit_de_Suite_artists_resale_right_in_England, p. 31-38.

⁸Christopher J. Sprigman et Guy A. Rub, « Resale Royalties Would Hurt Emerging Artists » (2018), artsy : <https://www.artsy.net/article/artsy-editorial-resale-royalties-hurt-emerging-artists>.

milliers de dollars, et sa richesse lui a permis de subvenir aux besoins de ses enfants et de ses petits-enfants⁹. En fait, même dans le cas de la *Chouette enchantée*, le revenu d'Ashevak ne s'est pas limité au prix de vente obtenu en 1960. Elle a créé d'autres exemplaires et a accordé à Postes Canada des droits d'utilisation de l'image sur un timbre en 1970. De nos jours, des reproductions imprimées de la *Chouette enchantée* sont vendues en ligne et des redevances sont probablement versées au titulaire du droit d'auteur de l'œuvre¹⁰. Kenojuak Ashevak est effectivement l'une des plus grandes artistes du Canada et peut-être la plus célèbre artiste inuite au monde, mais son cas ne montre pas que la loi actuelle est imparfaite ni que les droits de revente sont nécessaires. Son cas démontre plutôt un point général important : même lorsque les artistes ne bénéficient pas directement de l'augmentation de la valeur des objets tangibles qui incarnent leur œuvre d'art, l'augmentation de la valeur augmente la demande de reproductions de cette œuvre et de leurs autres œuvres et les avantage ainsi indirectement.

Les droits de revente des artistes nuiront au monde de l'art et à l'économie canadienne

Les droits de revente des artistes ne sont pas seulement inefficaces pour contrer le problème de faible revenu des artistes visuels. Ils sont nuisibles. Ils nuiront probablement aux artistes, surtout aux plus faibles, au monde de l'art et à l'économie canadienne.

Premièrement, les DRA peuvent réduire les prix sur le marché primaire des œuvres d'art, qui est la principale source de revenus pour la plupart des artistes visuels. La raison en est que certains acheteurs du marché primaire seront moins enclins à payer, sachant que les reventes futures seront assujetties à des droits de revente¹¹.

Deuxièmement, les DRA déplacent habituellement certaines activités de revente vers d'autres administrations au sein desquelles les droits de revente ne sont pas nécessaires. Les DRA constituent sans doute l'une des raisons pour lesquelles le centre mondial du marché de l'art a déménagé de Paris à Londres et à New York au cours du XX^e siècle. Au Royaume-Uni, l'adoption des DRA, qui a été imposée par une directive de l'Union européenne, aurait également pu être attribuée à la domination des marchés de l'art en dehors de l'UE¹². Il est vrai que beaucoup de revendeurs ne considéreront pas qu'il vaut la peine de faire une vente dans un autre pays simplement pour éviter de payer des droits de revente, mais certains le feront, d'autant plus que le plus grand marché d'art au monde, celui des États-Unis, est si proche.

L'activité de revente crée des externalités positives (retombées) pour les autres. Elle soutient non seulement l'acheteur et le vendeur, mais aussi le secteur artistique lui-même. Par exemple, certaines galeries qui tirent un revenu de la revente d'œuvres d'art réinvestissent ces fonds dans l'achat d'œuvres d'art sur le marché primaire, y compris auprès d'artistes en difficulté. De plus, l'activité de revente, comme toute autre activité économique, soutient d'autres secteurs de l'économie, ce qui la bonifie. Il n'est donc pas souhaitable de la transférer à d'autres pays.

Troisièmement, l'administration des DRA coûte cher. Elle exige habituellement une gestion par des sociétés de gestion des droits d'auteur, qui perçoivent de 10 à 20 % des redevances

⁹Voir <https://www.theglobeandmail.com/arts/is-my-job-and-my-love/article1168077>.

¹⁰P. ex. <https://shop.ago.ca/74057/Kenojuak-Ashevak%3A-The-enchanted-Owl-11%22-x-14%22>.

¹¹Guy A. Rub, « The unconvincing Case for Resale Royalties » (2014), 124 Yale Law Journal Forum 1 : https://www.yalelawjournal.org/pdf/Rub_Final_4.27.14_4rcwvqvz.pdf, p. 6–7.

¹²Clare McAndrew, Why Brexit Is a Golden Opportunity for the UK Art Market (2018) : <https://www.artsy.net/article/artsy-editorial-Brexit-golden-opportunity-uk-art-market>.

distribuées sous forme de droits. Autrement dit, cet argent sert à financer des travaux administratifs non artistiques. De cette façon, les fonds provenant des DRA sont transférés à l'extérieur du monde de l'art. De plus, les revendeurs et leurs agents (p. ex. les galeries) doivent assumer leurs propres frais administratifs lorsqu'ils se conforment aux lois sur les DRA. Les régimes de DRA qui s'appliquent aux ventes à l'extérieur des grandes maisons de vente aux enchères, et en particulier ceux qui s'appliquent à toutes les reventes, comme le propose le Projet de loi C-516, sont particulièrement dommageables à cet égard.

En effet, nous ne sommes pas surpris que les sociétés de gestion des droits d'auteur favorisent les régimes de droits de revente. Nous pouvons imaginer qu'elles en bénéficient. De même, nous comprenons pourquoi certains artistes prospères, ou leurs héritiers, appuient les droits de revente. Ils contribueront à les enrichir davantage. Cependant, tous les autres, y compris ceux qui se soucient du monde de l'art en général, devraient s'opposer à une telle initiative.

Nous recommandons que le Comité rejette toute suggestion visant à ajouter les droits de revente des artistes à la *Loi sur le droit d'auteur*.

Guy A. Rub, professeur de droit, The Ohio State University Moritz College of Law
<https://moritzlaw.osu.edu/faculty/guy-a-rub>

Ariel Katz, professeur agrégé, titulaire de la Chaire d'innovation – Commerce électronique,
Faculté de droit, Université de Toronto
<https://www.law.utoronto.ca/faculty-staff/full-time-faculty/ariel-katz>