

Le 2 novembre 2018

PAR COURRIEL

*Certifié comme spécialiste en
contentieux civil et en propriété
intellectuelle (droit d'auteur)*

Comité permanent de l'industrie, des sciences et de la technologie
131, rue Queen, 6^e étage
Chambre des communes
Ottawa (Ontario) K1A 0A6

Mesdames et Messieurs les membres du Comité,

Objet : Examen réglementaire de la *Loi sur le droit d'auteur*

Je tiens à remercier les membres du Comité de m'avoir invité à participer à cette très importante audience.

Vous trouverez en annexe mon bref exposé, mais je voudrais d'abord vous faire part de mon expérience et de mon point de vue sur les questions qui seront examinées au cours de cette audience.

Je pratique le droit en Ontario depuis 1984, je suis spécialiste agréé en contentieux depuis 1994 et spécialiste agréé en propriété intellectuelle (droit d'auteur) depuis 2005. J'ai représenté à un moment ou à un autre à peu près toutes les catégories de participants au droit d'auteur, y compris les artistes, les auteurs, les compositeurs, les photographes, les artistes musiciens, de cinéma et de télévision, les producteurs et réalisateurs de films et de télévision, les radiodiffuseurs et les télédiffuseurs, les cinémas, les salles de cinéma en direct, les maisons de disques, les producteurs de jeux vidéo, les fournisseurs Internet, les sociétés de télécommunication, les éditeurs de livres et de magazines, les éditeurs de logiciels pédagogiques, les développeurs, les utilisateurs de logiciel, les équipes sportives et les athlètes, les associations industrielles, plusieurs catégories d'usagers et des distributeurs des œuvres protégées, et bien d'autres. En plus de plaider des questions de droit d'auteur devant tous les tribunaux canadiens, y compris la Cour suprême du Canada, j'ai participé à diverses audiences de la Commission du droit d'auteur depuis 1992 et j'ai représenté un large éventail de clients devant la Commission au sujet des tarifs relatifs aux communications au public de mélomanes, aux reproductions d'enregistrements musicaux, à la retransmission de signaux de télévision éloignés, aux prestations en direct de musique dans divers endroits et aux demandes de permis pour l'utilisation des œuvres de titulaires introuvables. Je suis l'auteur de la section sur le droit d'auteur de « L'espace cybernétique n'est pas une terre sans loi », l'étude de référence commandée en 1997 par Industrie Canada sur la responsabilité des fournisseurs de services Internet, et j'ai donné de nombreuses présentations et discours sur les questions de droit d'auteur au fil des ans.

En termes simples, je m'y connais en droits d'auteur.

693, rue Queen Est
Toronto (Ontario) M4M 1G6 CANADA
Tél. : 416-966-3529 | Téléc. : 647-689-2748

J'espère que mes réflexions sur certaines des questions dont vous êtes saisis présentent un certain intérêt. Je n'ai consulté aucun de mes clients, anciens ou actuels, au sujet du contenu de mon exposé, et je ne prétends représenter aucun autre individu, société ou groupe.

J'ai examiné les exposés qui ont été présentés jusqu'à maintenant au Comité par d'autres personnes. J'ai choisi de faire des commentaires sur certaines questions distinctes qui ont été soulevées et que je trouve particulièrement intéressantes.

La seule question que je n'ai pas commentée est l'important différend concernant l'utilisation équitable à des fins éducatives, au sujet duquel le Comité a reçu un large éventail de points de vue et de nombreuses données. Je ne pense pas pouvoir ajouter d'autres renseignements utiles à la montagne de documents que le Comité a déjà reçus sur cette question, et je laisserai donc à d'autres le soin de le faire.

Le seul commentaire général que je voudrais faire est que toutes les parties au différend sur l'utilisation équitable à des fins éducatives (ainsi que celles qui commentent de nombreuses autres questions dont le Comité est saisi) semblent se fonder sur la notion d'équilibre en matière de droit d'auteur, une notion que je partage entièrement et que la Cour suprême du Canada a soutenue à plusieurs reprises. Cependant, comme pour l'art, l'équilibre en matière de droit d'auteur est quelque chose de subjectif. Mon seul commentaire est que le côté de la question de l'équilibre qui est souvent directement opposé aux intérêts des créateurs et des titulaires de droits d'auteur est l'intérêt du public, et l'intérêt public dans les questions de droit d'auteur est trop souvent diffus et difficile à identifier, à rationaliser et à évaluer. J'exhorte le Comité à ne jamais perdre de vue les intérêts du public lorsqu'il réfléchit à la manière de créer et de maintenir l'équilibre en matière de droit d'auteur.

Cordialement,

A handwritten signature in blue ink, appearing to read 'Mark Hayes', with a stylized flourish at the end.

Mark Hayes

Le 2 novembre 2018

Destinataire : Comité permanent de l'industrie, des sciences et de la technologie

Expéditeur : Mark S. Hayes, Hayes eLaw LLP

Objet : Examen obligatoire de la *Loi sur le droit d'auteur*

Mesdames et Messieurs les membres du Comité,

Vous trouverez ci-dessous quelques brefs commentaires sur certaines questions qui feront l'objet d'un examen par les membres du Comité et dont certaines sont passablement connues tandis que d'autres restent davantage dans l'ombre (tout en conservant leur importance). Je serai ravi de répondre à toutes les questions du Comité sur ces questions ou d'autres questions quand je comparaitrai le 7 novembre 2018.

Commission du droit d'auteur et mise à exécution du tarif

Comme l'ont énoncé les ministres Bain et Rodriguez dans leur lettre récente au Comité, certains intervenants ont recommandé au gouvernement qu'il apporte des éclaircissements à savoir à quel moment il fallait payer les tarifs établis par la Commission, et qu'il fournisse aux organisations de gestion des droits d'auteur des outils plus solides pour l'exécution de ces droits. Même si je comprends que cette question a été soulevée par rapport aux tarifs éducatifs très contestés (et sur lesquels je ne ferai pas de commentaires), je souhaite soulever deux questions entourant l'application du tarif et du droit d'auteur.

Premièrement, de façon générale, il est important de prendre note que le rôle de la Commission du droit d'auteur et des organismes qui l'ont précédé a toujours été d'établir les tarifs et non d'exécuter la loi. Le Comité n'a pas les outils pour essayer d'exécuter l'application des tarifs ou des accords approuvés puisque cela relève des tribunaux, ce qui est confirmé par la Loi actuelle et les nouveaux articles 73 et 73.1 proposés.

Deuxièmement, je recommande que le Comité examine les dispositions punitives de l'article 38.1(4) de la Loi, lesquelles sont proposées pour clarifier les nouveaux articles 38.1(4) et (4.1). Ces dispositions visent à fournir aux utilisateurs un incitatif pour qu'ils paient les droits dus en vertu d'un tarif approuvé, en s'assurant qu'il en coûtera plus cher aux utilisateurs s'ils omettent de payer jusqu'à ce qu'une société de gestion des droits d'auteur soit forcée d'entamer des procédures légales contre eux.

Toutefois, concrètement, les sociétés de gestion des droits d'auteur utilisent aussi cette disposition comme une menace pour forcer les utilisateurs à accepter les demandes de droits en se fondant sur une interprétation agressive et souvent douteuse de la Loi et des tarifs concernés. Mentionnons par exemple le conflit, il y a de cela plusieurs années, entre les stations de radio et les sociétés de gestion des droits d'auteur concernant l'interprétation de la réglementation définissant les mots « recettes

publicitaires ». Les stations de radio payaient depuis quelques années les droits que de l'avis de leurs responsables, elles devaient payer en s'appuyant sur leur lecture du Règlement. Certaines sociétés de gestion des droits d'auteur ont fini par contester cette interprétation et par menacer les stations de poursuites pour une différence égalant 10 fois le montant que les stations avaient payé, différence que les sociétés de gestion leur réclamaient. Les radiodiffuseurs ont alors dû porter l'affaire devant la Cour fédérale pour obtenir une interprétation du Règlement. À mon avis, ces types de menaces constituent une interprétation abusive de cet article de la Loi. Je recommanderais que l'article 38.1(4) proposé soit modifié comme suit :

« 38.1 (4) La société de gestion collective ou le titulaire du droit d'auteur qui a habilité une société de gestion à agir à son profit ne peut, relativement à un acte mentionné au paragraphe (4.1), se prévaloir du présent article que si les redevances applicables en l'espèce figurent dans un tarif homologué ou sont fixées conformément au paragraphe 71(2) et que le défendeur ne les a pas payées et n'a pas soulevé de différend légitime concernant le montant payable ou l'exécution du tarif du défendeur. S'ils se prévalent du présent article, la société ou le titulaire ne peut, en lieu et place de tout autre redressement pécuniaire prévu par la présente Loi, que recouvrer des dommages-intérêts préétablis relatifs à ces actes dont le montant, de trois à dix fois le montant de ces redevances, est déterminé selon ce que le tribunal estime équitable en l'occurrence. »

Exemption à des fins caritatives

Dans sa présentation au Comité, la SOCAN a fait valoir que l'exemption à des fins caritatives à l'article 32.2(3) de la Loi devrait être modifiée pour ne s'appliquer que si l'œuvre charitable n'a payé aucun des artistes ou n'a fait aucun profit découlant du spectacle. J'ai représenté plusieurs organisations qui ont demandé l'application de l'exemption à des fins caritatives et je peux attester que la définition que la SOCAN donne du problème est erronée et que la solution qu'elle propose n'est pas viable. Qui plus est, de nombreuses organisations ont demandé à la SOCAN de coopérer en présentant un cas type aux tribunaux pour résoudre la question, mais la SOCAN a refusé.

Selon la SOCAN, les organismes de charité souhaitent se prévaloir de l'avantage de l'exemption en adoptant la position selon laquelle leur statut d'organisme de charité leur a été accordé par l'Agence du revenu du Canada en vertu de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. À ma connaissance, aucun organisme de charité qui offre des spectacles n'a soutenu cette position. Plutôt, comme le savent les gens de la SOCAN, la plupart des organismes qui présentent des spectacles artistiques demandent cette exemption en s'appuyant sur le fait que conformément à leur statut d'organisme de charité, ils doivent offrir des spectacles musicaux, car cela fait partie intégrante de leurs activités à titre d'organisme caritatif. En outre, même s'il est possible que les artistes et d'autres employés aux événements soient rémunérés, la totalité des bénéfices nets des spectacles en question est utilisée en totalité aux fins caritatives de l'organisation, et cela se fait sous la surveillance de Revenu Canada.

La modification proposée par la SOCAN aurait pour effet de vider de leur contenu les vastes programmes musicaux présentés par les organismes de charité, par exemple les symphonies et les programmes dans les églises et les écoles, ainsi que des programmes éducatifs et musicaux comme ceux des nombreux festivals de jazz, de musique populaire et autres à l'échelle du pays, ou des établissements comme le Conservatoire royal de musique de Toronto.

Réversibilité des droits d'auteur

Mon collègue Bob Tarantino a fait valoir devant le Comité qu'on devrait abroger le droit de réversibilité établi à l'article 14 de la Loi. Malgré tout le respect que je lui dois, je ne suis pas d'accord.

Selon M. Tarantino, le maintien du droit de réversibilité crée de l'incertitude étant donné qu'il se déploie 25 ans après le décès de l'auteur d'une œuvre, et qu'il est impossible de savoir à quel moment cela se produit. En fait, toute incertitude ici est attribuable à la règle qui veut que le droit d'auteur subsiste pendant la vie de l'auteur, puis jusqu'à la fin de la cinquantième année suivant celle de son décès, règle qui existe depuis de nombreuses années dans la plupart des systèmes de droits d'auteur dans le monde et qui constitue le fondement des concepts de la Convention de Berne. Ce n'est pas en éliminant le droit de réversibilité que cette incertitude disparaîtra.

M. Tarantino avance également que l'incertitude causée par le droit de réversibilité énoncé à l'article 14 nuit à l'attribution de licences d'œuvres protégées par le droit d'auteur au Canada. En fait, l'article 203 de la US Copyright Act (Loi sur le droit d'auteur aux États-Unis) comporte un droit de réversibilité (le fait de rendre à l'auteur les droits 35 ans après la concession du droit) encore plus généreux, et personne ne peut soutenir qu'il n'existe pas de solide marché d'attribution des licences aux États-Unis.

Le droit de réversibilité a été créé pour que les familles des auteurs puissent jouir d'une partie des profits d'un très petit nombre d'œuvres qui continuent d'avoir une valeur commerciale 25 ans après le décès de l'auteur, valeur que les auteurs ou leurs héritiers n'auraient pas pu réaliser du vivant de l'auteur en raison des modalités inéquitables d'attribution des licences établies avant que l'œuvre n'ait une valeur commerciale. Il n'y a pas de raison convaincante de modifier cette disposition.

Définition d'« enregistrement sonore »

Certaines sociétés de gestion des droits d'auteur ont demandé que la définition d'« enregistrement sonore » qui figure dans la Loi soit changée de façon à inclure les trames sonores des œuvres audiovisuelles. Cette question a fait l'objet d'un débat il y a de nombreuses années quand les enregistrements sonores ont été ajoutés à la Loi, et je représentais les diffuseurs qui, avec d'autres, ont porté cette affaire jusqu'en Cour suprême et ont gagné leur cause à tous les paliers. Les œuvres audiovisuelles sont exclues de la définition d'« enregistrement sonore » étant donné que l'inclusion des œuvres musicales et d'autres sons dans les œuvres audiovisuelles font l'objet d'une négociation au moment de la création de l'œuvre et, comme l'ont maintes fois démontré les législateurs et les tribunaux, les titulaires de droits d'auteur sont pleinement rémunérés dès l'amorce du processus au moyen de ces ententes. J'opterais respectueusement pour les présentations effectuées devant ce Comité par l'Association des cinémas au Canada.

Paternité des œuvres audiovisuelles

La Guilde des réalisateurs du Canada et la Writers Guild sont toutes deux d'avis qu'on devrait résoudre l'incertitude actuelle entourant l'identité des auteurs d'une œuvre à laquelle ont participé plusieurs créateurs (en particulier les films et les émissions de télévision) en déclarant que le réalisateur et le

scénariste d'une œuvre audiovisuelle en sont tous deux les auteurs. À mon avis, cette proposition crée plus de problèmes que de solutions.

Il ne fait aucun doute qu'il existe une incertitude au Canada concernant la paternité de films et d'émissions de télévision. Au Canada, on n'a pas de dispositions sur les « œuvres réalisées contre rémunération » comme on en trouve dans la loi des États-Unis, dispositions qui permettent au producteur d'une œuvre en collaboration, notamment un film, d'en être l'auteur. Même si la plupart des problèmes à court terme concernant la paternité des œuvres audiovisuelles sont réglés dans le cadre de modalités complexes d'attribution de licences, modalités au moyen desquelles toutes les personnes qui ont contribué à la création audiovisuelle attribuent leurs droits d'auteur au producteur et renoncent à tous leurs droits moraux, l'identité des auteurs originaux constitue un problème à long terme, car la durée du droit d'auteur dépend de la durée de la vie de l'auteur et que le droit de réversibilité est disponible 25 ans après le décès de celui-ci. Ces dernières années, par exemple, on a constaté beaucoup d'incertitude à savoir si certains vieux films qui font désormais partie du domaine public aux États-Unis et dans d'autres pays continuent d'être couverts par le droit d'auteur au Canada, étant donné qu'il est difficile de déterminer qui était l'auteur du film et à quel moment cette personne est morte.

Même si la proposition de la Guilde des réalisateurs et la Writers Guild était de nature à éliminer en partie cette incertitude, il est loin d'être certain qu'il s'agit de la bonne solution, et ce, pour plusieurs raisons :

- En plus du réalisateur et du scénariste, d'autres personnes participent à la création d'un film ou d'une émission de télévision et ces personnes peuvent revendiquer en partie la paternité d'une œuvre, y compris le directeur photo et le compositeur de la trame sonore (dans les deux cas, ils sont considérés comme des auteurs à certaines fins dans certaines lois européennes sur le droit d'auteur).
- Étant donné que la tendance dans de nombreuses séries télévisées consiste à recourir à différents auteurs et réalisateurs pour chaque épisode, selon la règle proposée, chaque épisode d'une série télévisée correspondrait à une période de protection d'une durée différente, ce qui pourrait rendre l'octroi des licences et la syndication plus difficiles dans l'avenir.
- Même si les réalisateurs et les scénaristes ont des rôles assez bien définis dans les productions de films et d'émissions de télévision pour le grand public, les rôles joués par les personnes dans la création d'œuvres audiovisuelles indépendantes de moindre envergure pourraient ne pas s'inscrire aussi facilement dans ces catégories ou ne pas porter les mêmes droits. Des préoccupations similaires toucheraient d'autres types d'œuvres audiovisuelles comme les jeux vidéo et les médias interactifs qui, de façon générale, ne comportent ni « réalisateur » ni « scénariste ».
- Enfin, et peut-être est-ce là le point le plus important, étant donné qu'en raison de modifications de ce type, les règles canadiennes du droit d'auteur pour les œuvres audiovisuelles seraient franchement différentes des règles touchant les « œuvres réalisées contre rémunération » qui existent aux États-Unis, il serait nécessaire d'examiner à fond les répercussions potentielles sur la

production d'œuvres cinématographiques et télévisuelles au Canada avant d'envisager l'adoption de ces modifications.

Intelligence artificielle et « exemption touchant l'apprentissage machine »

Microsoft Canada, BSA et Element AI ont proposé une exemption particulière pour l'« apprentissage machine » par des logiciels d'intelligence artificielle, de sorte que les reproductions accessoires nécessaires pour que ces programmes d'IA puissent « lire » des documents protégés par des droits d'auteur et apprendre de ce matériel ne feraient pas naître une obligation sur le plan du droit d'auteur. Dans leur témoignage oral, Element AI et BSA ont semblé d'avis que cela pourrait relever d'une nouvelle exception basée sur l'utilisation équitable en ce qui a trait à l'apprentissage machine.

Même si je suis d'accord avec l'idée que ce concept devrait faire l'objet d'une étude plus approfondie, je pense que cette préoccupation concernant l'apprentissage machine est un sous-ensemble d'une question beaucoup plus vaste touchant la « copie accessoire » qui constitue une caractéristique des réseaux numériques de façon générale. On visait à corriger en partie ces problèmes par l'adoption de l'article 30.71 sur l'exception pour « reproductions temporaires pour processus technologiques ». Malheureusement, en 2016, la Commission du droit d'auteur, dans une décision portant sur les reproductions temporaires effectuées par les diffuseurs qui devaient modifier le format des enregistrements sonores pour qu'on puisse les diffuser, ont opté pour une interprétation extrêmement étroite de l'article 30.71, ce qui a gravement nui à l'utilité de l'article de loi pour de nombreuses applications, y compris l'apprentissage machine de l'IA.

À mon avis, au lieu de créer une nouvelle exception basée sur l'utilisation équitable, pour l'apprentissage machine, l'article 30.71 devrait être modifié de façon à clarifier ce qui suit :

- Les processus technologiques peuvent comporter une intervention humaine;
- Les processus technologiques ne se limitent pas aux processus automatiques ou aux processus instantanés;
- L'apprentissage machine est un processus technologique;
- Un processus technologique peut avoir pour objectif des changements de format pour faciliter l'accès ou l'utilisation de données ou de contenu;
- La « violation du droit d'auteur » mentionnée à l'article 30.71 b) ne renvoie pas à la fabrication de reproductions qui font elles-mêmes partie intégrante du processus technologique.