

Mémoire de l'Institut de la propriété intellectuelle du Canada (IPIC) sur l'examen législatif de la *Loi sur le droit d'auteur*

Mémoire présenté au
Comité permanent de l'industrie, des sciences et de la technologie de la Chambre
des communes

Le 9 novembre 2018

INTRODUCTION

L'Institut de la propriété intellectuelle du Canada est l'association professionnelle des agents de brevets, des agents de marques de commerce et des avocats en propriété intellectuelle. Comptant plus de 1 700 membres, notre association réunit des praticiens issus de cabinets d'avocats et d'organismes de toutes tailles, des praticiens indépendants, des professionnels de la propriété intellectuelle œuvrant dans des services internes d'entreprises et d'administrations publiques ainsi que des universitaires. Les clients de nos membres comprennent presque toutes les entreprises et universités canadiennes de même que les autres établissements du pays ayant un intérêt en propriété intellectuelle (p. ex., les brevets, les marques de commerce, les droits d'auteur et les dessins industriels) au Canada ou ailleurs, ainsi que des entreprises étrangères titulaires de droits de propriété intellectuelle au Canada.

L'IPIC est heureuse de prendre part à la consultation sur l'examen législatif de la *Loi sur le droit d'auteur*.

POLITIQUES FONDÉES SUR LES FAITS

Le préambule de la *Loi sur la modernisation du droit d'auteur* de 2012 décrivait l'un des objectifs de la modification de la *Loi sur le droit d'auteur* (la « *Loi* ») comme la promotion de « la culture et de l'innovation, de la concurrence et de l'investissement dans l'économie canadienne ». À ce jour, toutefois, la mesure dans laquelle l'un ou l'autre des objectifs souhaités a été atteint *grâce aux modifications apportées à la Loi* demeure inconnue. Il existe peu voire pas de données empiriques accessibles au public sur les effets de la réforme du droit d'auteur qui sont recueillies par le gouvernement ou l'Office de la propriété intellectuelle du Canada. Nous recommandons que les travaux commencent dès maintenant en prévision du prochain examen obligatoire de la *Loi* (prévu pour 2022) afin de s'assurer que la réforme du droit d'auteur repose sur des données rigoureuses, transparentes et valides concernant les résultats (le cas échéant) déjà obtenus par la réforme actuelle du droit d'auteur. Le Parlement doit répertorier ce qui constituerait une « réussite » dans la réforme du droit d'auteur et devrait octroyer le financement nécessaire à la collecte et à la diffusion de données qui correspondent aux critères de réussite répertoriés.

1,25 MILLION DE DOLLARS D'EXEMPTION TARIFAIRE POUR LES RADIODIFFUSEURS

Le sous-alinéa 68.1(1)a)(i) de la *Loi* exempte la première tranche de 1,25 million de dollars de revenus publicitaires générés par les radiodiffuseurs commerciaux des obligations de paiement en vertu des droits approuvés par la Commission du droit d'auteur à l'égard des prestations et des enregistrements sonores des artistes-interprètes (à l'exception d'un paiement nominal de 100 \$). Autrement dit, sur la première tranche de 1,25 million de dollars de revenus publicitaires générés par un radiodiffuseur commercial, seulement 100 \$ sont versés conformément aux droits pour lesquels les bénéficiaires ultimes sont les artistes-interprètes et les propriétaires d'enregistrements sonores. En revanche, les auteurs-compositeurs et les éditeurs de musique perçoivent des paiements pour chaque dollar gagné par le radiodiffuseur. Il s'agit d'une subvention inutile pour les radiodiffuseurs aux dépens des artistes-interprètes et des propriétaires d'enregistrements sonores¹. Il s'agit d'une exception unique dans la *Loi* et elle devrait être supprimée.

L'exemption devait être une disposition transitoire dans les modifications apportées à la *Loi* en 1997. L'exemption donne non seulement lieu à un traitement inégal des artistes-interprètes et des

¹ La Commission du droit d'auteur du Canada a déclaré que l'exemption « ne semble fondée sur aucune justification financière ou économique » (Commission du droit d'auteur du Canada, *Tarif des redevances à percevoir par la SOCAN et la SCGDV à l'égard de la radio commerciale pour les années 2003 à 2007* [14 octobre 2005]).

propriétaires d'enregistrements sonores par rapport aux autres titulaires de droits d'auteur, mais elle traite également de façon inégale les utilisateurs de droits d'auteur, c'est-à-dire les petites, moyennes et grandes entreprises, comme la radio par satellite, les services audio payants, les restaurants et les détaillants, qui paient les droits réglementaires, alors que seuls les radiodiffuseurs commerciaux perçoivent une subvention inscrite dans la loi comme indiqué à l'alinéa 68.1(1)a). On estime que la suppression de l'exemption procurerait une rémunération annuelle supplémentaire de 8 millions de dollars à l'industrie canadienne de la musique, sans que les consommateurs ou les contribuables canadiens aient à assumer des coûts supplémentaires².

DONNÉES ET BASES DE DONNÉES

L'augmentation de la valeur commerciale est attribuée aux données et aux bases de données; des investissements importants sont souvent réalisés pour obtenir et traiter des données, ainsi que pour sélectionner, organiser, tenir à jour et présenter le contenu des bases de données. Bien que cet investissement puisse justifier une protection juridique, le fondement juridique actuel d'octroi de protection du droit d'auteur des données et des bases de données est incertain. Le refus récent de la Cour suprême du Canada d'accorder l'autorisation d'interjeter appel dans l'affaire *Toronto Real Estate Board c. Commissaire de la concurrence* a soulevé des incertitudes quant à ce qui constitue un « original » suffisant, et par conséquent, un « choix ou arrangement de données » pouvant bénéficier d'une protection. Des modifications à la *Loi* devraient être envisagées afin d'équilibrer les investissements importants réalisés dans la création de bases de données qui ont conduit involontairement à des monopoles des données individuelles contenues dans ces bases de données ou à un découragement de la concurrence dans les marchés fondés sur les données. Une approche à cet égard est la directive 96/9/CE de l'Union européenne, qui impose une forme *sui generis* de protection législative sur 15 ans pour les bases de données qui ne satisfont pas à la norme d'originalité requise pour que le droit d'auteur subsiste.

INTELLIGENCE ARTIFICIELLE ET EXPLORATION DE DONNÉES

L'interface entre le droit d'auteur et l'intelligence artificielle (IA) demeure incertaine. Le développement de l'apprentissage automatique et du traitement du langage naturel repose souvent sur de grandes quantités de données pour « former » les systèmes d'IA, un processus souvent appelé « exploration de données ». De telles techniques d'exploration de données exigent généralement la copie d'œuvres protégées par le droit d'auteur, mais peuvent également

² Témoignage de Ian MacKay, président, Ré:sonne Société de gestion de la musique, devant le Comité permanent de l'industrie, des sciences et de la technologie (INDU), audience sur l'examen législatif de la *Loi sur le droit d'auteur*, 14 juin 2018.

nécessiter l'accès à de grands ensembles de données qui pourraient eux-mêmes faire l'objet de réclamations pour droits d'auteur. En 2014, le Royaume-Uni a ajouté l'article 29A à sa *Copyright, Designs and Patents Act 1988* (la « *Loi du R.-U.* »), qui permet de copier une œuvre à des fins d'analyse informatique. La disposition contient des restrictions visant à garantir que le chercheur qui effectue l'exploration de données a un accès légal au contenu (p. ex., au moyen d'une licence) et à empêcher les propriétaires de contenu de porter atteinte au droit d'effectuer des activités d'exploration de données au moyen de dérogations contractuelles. Nous recommandons que le Comité examine les exigences relatives à l'accès aux textes et aux données ainsi qu'à leur exploration (y compris en ce qui concerne les conditions de permis et les mesures techniques de protection) dans le contexte de l'IA.

De plus, la question de savoir si les œuvres créées au moyen de l'intelligence artificielle sont protégées par le droit d'auteur est ambiguë étant donné l'exigence de la paternité humaine et de l'exercice humain de compétence et de jugement pour qu'une œuvre soit « originale ». Les questions de protection, de paternité et de propriété des œuvres créées sans effort humain direct doivent être examinées attentivement. Une solution possible consisterait à modifier la *Loi* afin de protéger le droit d'auteur des œuvres créées sans auteur humain dans certaines circonstances, comme le prévoit le paragraphe 9(3) de la *Loi du R.-U.*, qui stipule que l'auteur des œuvres produites par ordinateur est « la personne par qui sont entreprises les dispositions nécessaires à la création de l'œuvre ».

DÉFINITION D'« ENREGISTREMENT SONORE »

Les artistes-interprètes et les propriétaires d'enregistrements sonores ont droit à une « rémunération équitable » lorsque les enregistrements sonores sont diffusés par les radiodiffuseurs. Cependant, ils n'ont pas droit à une telle rémunération équitable lorsque leurs enregistrements sonores sont contenus dans la « bande sonore » d'une émission de télévision ou d'un film qui est diffusée par un télédiffuseur, dans une salle de cinéma ou en continu sur Internet. Cette différence de traitement découle du fait que la définition actuelle d'« enregistrement sonore » dans la *Loi* « exclut toute bande sonore d'une œuvre cinématographique lorsqu'elle accompagne l'œuvre cinématographique ». Cela signifie que, pour la même activité, les compositeurs de chansons et les propriétaires des droits d'édition reçoivent une source de revenus, ce qui n'est pas le cas pour les artistes-interprètes et les propriétaires d'enregistrements sonores.

Nous recommandons de modifier la définition d'« enregistrement sonore » afin de permettre aux artistes-interprètes et aux propriétaires d'enregistrements sonores de recevoir une rémunération équitable lorsque les enregistrements sonores intégrés dans des productions audiovisuelles sont

communiqués au public par télécommunication. Cette approche est conforme aux lois sur le droit d’auteur de pays comme l’Australie et le Royaume-Uni.

MESURE INJONCTIVE CONTRE LES INTERMÉDIAIRES

Les intermédiaires sur Internet qui facilitent l’accès à des documents en violation du droit d’auteur sont les mieux placés pour réduire le préjudice causé par la distribution en ligne non autorisée d’œuvres protégées par le droit d’auteur. Ce principe est reconnu depuis longtemps dans toute l’Europe, où l’article 8.3 de la *Directive européenne sur le droit d’auteur* a jeté les bases permettant aux titulaires de droits d’auteur d’obtenir une mesure injonctive contre les intermédiaires dont les services sont utilisés par des tiers pour enfreindre le droit d’auteur.

En s’appuyant sur les précédents existants, la *Loi* devrait être modifiée pour permettre expressément aux titulaires de droits d’auteur d’obtenir des injonctions, y compris des ordonnances de blocage et de désindexation de sites, contre des intermédiaires dont les services sont utilisés pour enfreindre le droit d’auteur. Cette recommandation est appuyée par un large éventail d’intervenants canadiens (y compris par les fournisseurs de services Internet; FSI). En outre, plus d’une décennie d’expérience dans plus de 40 pays démontre que le blocage de sites est un outil important, éprouvé et efficace pour contribuer à réduire l’accès aux documents en ligne qui enfreignent le droit d’auteur.

Le CRTC a refusé la demande de Franc-Jeu Canada d’établir un régime de blocage de sites Web, car il n’a pas la compétence requise aux termes de la *Loi sur les télécommunications*. Par conséquent, le CRTC n’a pas examiné le bien-fondé de la proposition, même s’il reconnaît les préjudices causés par le piratage en ligne au système canadien de radiodiffusion et à l’économie du pays. Le CRTC croit toutefois que d’autres approches sont plus convenables pour traiter ces questions, notamment l’examen en cours par le législateur de la *Loi sur le droit d’auteur*³.

DISPOSITIONS D’EXONÉRATION

Les dispositions actuelles de la *Loi* relatives au système d’avis et à la facilitation visent les utilisateurs et les services qui permettent ouvertement l’accès aux copies en violation. Toutefois, aucune de ces mesures n’exige que des intermédiaires, qui sont particulièrement bien placés pour restreindre efficacement l’accès au contenu en violation, mettent en place de telles restrictions. Nous recommandons que le Comité étudie plus à fond des solutions telles que l’obligation de retirer le contenu illicite et d’empêcher sa réapparition pour les intermédiaires.

³ Consulter la *Décision de télécom CRTC 2018-384*.

L'article 31.1 de la *Loi* contient ce que l'on appelle communément les dispositions « d'exonération » qui protègent les fournisseurs de services Internet et d'hébergement contre la responsabilité en cas de violation, même dans les situations où les fournisseurs de services Internet savent que leurs services sont utilisés pour se livrer à des activités en violation de la loi ou pour les favoriser. En conséquence, nous recommandons les modifications suivantes à la *Loi* :

- stipulant que les dispositions d'exonération ne sont offertes qu'aux intermédiaires véritablement passifs, *c'est-à-dire* ceux qui fonctionnent de façon automatisée de sorte qu'ils n'ont aucune connaissance des allégations de violation ni des circonstances qui leur donneraient un avis implicite; cela ne doit pas empêcher le filtrage automatisé du contenu pour les propos haineux, la pornographie juvénile ou la cyberintimidation, *etc.*
- stipulant que les dispositions d'exonération ne sont offertes qu'aux intermédiaires qui disposent d'une politique visant les récidivistes et qui se conforment à leurs obligations en vertu du système d'avis
- modifiant l'exigence relative aux connaissances au paragraphe 31.1(5), de la connaissance d'une ordonnance du tribunal à la connaissance de la violation

DROIT RÉVERSIF

La durée de la protection du droit d'auteur et des droits connexes sera abordée dans les modifications à la *Loi* exigées par l'*Accord États-Unis–Canada–Mexique*. Toutefois, le droit réversif prévu à l'article 14 de la *Loi* mérite une attention particulière. Dans sa forme actuelle, son fonctionnement est problématique et engendre de l'incertitude chez les titulaires de droits comme chez les utilisateurs. Nous recommandons que la question soit étudiée plus en profondeur, notamment si la disposition devait être complètement abrogée ou si l'on devait envisager de réexaminer le droit réversif de manière à mettre en œuvre des exigences formelles d'avis pour les héritiers et que la *Loi* clarifie l'effet de toute réversion sur les œuvres dites « en aval » fondées sur une œuvre pour laquelle les droits ont été retournés.

RÈGLES DE PROPRIÉTÉ POUR DES ŒUVRES COMMANDÉES ET DES ŒUVRES FUTURES

En pratique commerciale, de nombreuses œuvres protégées par le droit d'auteur (comme les logos, les graphiques numériques pour les sites Web et les applications, le marketing et le matériel publicitaire) sont créées par des entrepreneurs non employés ou des pigistes embauchés avec l'attente que les œuvres qu'ils créent appartiennent à la partie qui les commande. Toutefois, à

moins que les parties n'aient conclu une entente en bonne et due forme pour le transfert des droits d'auteur sur les œuvres, l'entrepreneur sera propriétaire des droits d'auteur sur les œuvres, ce qui est contraire aux attentes et aux pratiques habituelles de la partie ayant passé la commande. Aux États-Unis, certaines œuvres créées en vertu d'ententes qui désignent les œuvres commandées comme des « œuvres à louer » appartiennent à la partie qui les a commandées, et non aux auteurs de ces œuvres. Nous recommandons que le Comité envisage des réformes de la *Loi* qui accroissent la certitude concernant la propriété pour les parties contractantes.

De même, de nombreuses œuvres protégées par le droit d'auteur créées sur une base commerciale et contractuelle sont créées en vertu d'ententes négociées et signées avant la création des œuvres en question. La *Loi canadienne sur le droit d'auteur* ne reconnaît pas expressément l'attribution éventuelle de droits pour une œuvre, ce qui crée une incertitude quant à l'efficacité du transfert de droits de l'œuvre à venir. Nous recommandons que le Comité réfléchisse à une indemnité expresse pour l'attribution par écrit d'œuvres qui n'ont pas encore été créées au moment de la signature de l'entente.

DROITS DES COAUTEURS ET COPROPRIÉTAIRES

De nombreuses œuvres protégées par le droit d'auteur sont créées par deux coauteurs ou plus, pour lesquelles les contributions individuelles des auteurs sont indissociables. Les coauteurs sont habituellement les premiers titulaires du droit d'auteur de l'œuvre créée conjointement. Dans l'idéal, une entente écrite entre eux énonçant leurs droits d'exploiter l'œuvre, ou du moins une entente écrite entre eux et une tierce partie, par exemple un producteur ou un éditeur, précisant leurs droits d'exploiter leur œuvre créée conjointement, ensemble ou individuellement existera. L'absence d'un tel accord est susceptible de créer une incertitude tant pour les auteurs que pour les titulaires subséquents du droit d'auteur et pour leurs éventuels titulaires de licence ou cessionnaires. Nous recommandons que le Comité envisage de modifier la *Loi* afin de clarifier les droits des coauteurs ou des détenteurs subséquents de droits d'auteur pour une œuvre créée conjointement, notamment si le consentement de tous les titulaires de droits d'auteur est nécessaire pour faire respecter les droits d'auteur, exploiter l'œuvre ou autoriser son exploitation.

FRONTIÈRE ENTRE LE DROIT D'AUTEUR ET LA PROTECTION DES DESSINS INDUSTRIELS

La frontière entre le droit d'auteur et la protection des dessins industriels a été difficile à établir pour les « œuvres artistiques ». L'article 64 de la *Loi* tente de fournir une solution, mais l'article et les exceptions qu'il contient peuvent être difficiles à appliquer. Les restrictions générales prévues à

l'article 64 et la limite d'un an prévue dans la *Loi sur les dessins industriels* réduisent considérablement les droits des créateurs d'œuvres artistiques au Canada⁴. En revanche, l'Union européenne et le Royaume-Uni offrent chacun un droit sur les dessins non enregistré. Nous estimons que ce problème devrait être étudié plus en profondeur afin qu'une solution appropriée, qui comprendrait une période de protection relativement courte, puisse être trouvée relativement à la *Loi* et à la *Loi sur les dessins industriels*.

⁴ Voir par exemple *Corocord Raumnetz GmbH c. Dynamo Industries Inc.*, 2016 CF 1369.