

Le 10 décembre 2018

**Mémoire soumis au Comité permanent de l'industrie, des sciences et de la technologie
au sujet de l'examen prévu par la loi de la *Loi sur le droit d'auteur*
par les professeurs Ariel Katz et Guy Rub**

Monsieur le président,
Membres du comité,

Nous vous soumettons, à titre de professeurs de droit spécialistes de la législation sur le droit d'auteur, le présent mémoire dans le contexte de l'examen prévu par la loi de la *Loi sur le droit d'auteur*, L.R.C., 1985, ch. C-42. Ce mémoire recommande que le Comité rejette toute suggestion visant l'établissement d'un droit de suite de l'artiste (DSA) dans la législation. Un DSA entre en jeu au moment de la revente d'un objet tangible représentant une œuvre d'art et il ne constitue pas un droit sur un bien incorporel; ainsi, on peut se demander si l'édiction d'un régime de ce type concerne la législation sur le « droit d'auteur » ou plutôt la législation sur la « propriété et les droits civils », laquelle relève exclusivement de la compétence provinciale et non fédérale. Même si le Comité est d'avis que le DSA pourrait être considéré comme relevant de la compétence législative du Parlement, il devrait tout de même le rejeter en tant que mesure inefficace, inefficace et inéquitable. Tant la logique que l'expérience d'autres pays indiquent que les principaux bénéficiaires d'un tel régime, s'il est établi dans la loi, seront les artistes riches et connus et, surtout, leurs héritiers, ainsi que la ou les sociétés de gestion collective qui seront chargées de son administration. Qui plus est, le DSA peut faire fléchir les prix dans les marchés de l'art primaires, ce qui nuira à la plupart des artistes, peut rediriger les activités de revente vers d'autres pays, portant atteinte au marché de l'art canadien et à l'économie canadienne, et engendrera d'importants coûts d'administration.

Le droit de suite de l'artiste est un droit de propriété sur un objet tangible et non un droit d'auteur

Fondamentalement, le droit d'auteur est un droit sur un bien incorporel : l'œuvre exprimée. Comme il s'agit d'un droit sur un bien incorporel, le titulaire du droit d'auteur peut contrôler certains aspects de l'œuvre, peu importe le média sur lequel l'œuvre est exprimée et la partie qui l'exprime. Aux termes de la *Loi sur le droit d'auteur*, s'il s'agit d'une œuvre sous forme d'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'auteur »¹. Une fois que la propriété de l'objet tangible a été transférée avec l'autorisation du titulaire du droit d'auteur, ce dernier n'a plus le pouvoir de contrôler les 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. » Bien sûr, l'acheteur de l'objet tangible est propriétaire de cet objet et non du droit d'auteur sur l'œuvre. Ainsi, les droits

¹ *Loi sur le droit d'auteur*, L.R.C. 1985, ch. C-42. Sur Internet : <https://www.canlii.org/fr/ca/legis/lois/lrc-1985-c-c-42/derniere/lrc-1985-c-c-42.html>, alinéa 3(1j) (non souligné dans l'original).

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

relatifs aux objets tangibles de ce type s'inscrivent dans la législation sur les biens personnels et sont déterminés par la législation provinciale applicable.

Le droit de suite de l'artiste est un droit qui concerne ces objets tangibles. Il n'influe pas sur la portée du droit d'auteur intangible sur l'œuvre, mais crée plutôt un droit équivalant à une servitude à l'égard de chaque objet tangible représentant l'œuvre après la vente de celle-ci et longtemps après l'expiration du droit d'auteur sur celle-ci. Par conséquent, à l'instar des autres grèvements sur des chatels, il s'agit d'un droit de propriété, qui relève de la compétence exclusive des provinces.

Enfin, au regard de l'interprétation législative, il est inconcevable que le rédacteur de la *Loi constitutionnelle de 1867* ait prévu que le terme « droits d'auteur », tel qu'il est utilisé au paragraphe 91(23), soit interprété d'une manière si large, au point de viser aussi ce type de droit sur les copies tangibles d'œuvres d'art. De fait, *aucun* pays ne comptait un droit de suite de l'artiste dans sa législation avant 1920 – plus de cinquante ans après l'adoption de la *Loi constitutionnelle*.

Le droit de suite de l'artiste profitera principalement aux héritiers des artistes riches et connus et aux sociétés de gestion collective

Même si le Comité est d'avis que le DSA pourrait être considéré comme relevant de la compétence fédérale, il devrait tout de même rejeter toute tentative d'établir un tel droit puisqu'il s'agit d'une mesure inefficace, inefficace et inéquitable.

Dans son mémoire, la Canadian Artists Representation Copyright Collective (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 trouvons cet argument fallacieux. Même si le Comité est d'avis que le revenu moyen d'un artiste en arts visuels est trop faible, le DSA n'est pas un bon outil pour régler ce problème. Plutôt, le DSA est susceptible d'empirer la situation des artistes en arts visuels en difficulté.

En général, les principaux bénéficiaires de la mise en place d'un DSA sont les héritiers d'artistes en arts visuels riches et bien connus. Dans les administrations qui ont établi un DSA, l'obligation de payer des redevances tirées de la revente se limitait aux œuvres revendues pour un montant dépassant un certain seuil. Par exemple, dans son mémoire, CARFAC (Canadian Artists' Representation/Le Front des artistes canadiens) recommande que le droit de suite soit limité

³ *L'artiste visuel canadien et sa rémunération en lien avec la révision de la Loi sur le droit d'auteur.* Mémoire de la CARCC – Droits d'auteur Arts visuels à l'intention du Comité permanent du patrimoine canadien au sujet de l'examen prévu par la loi de la *Loi sur le droit d'auteur*, 6 novembre 2018. Sur Internet : <https://www.ourcommons.ca/Content/Committee/421/CHPC/Brief/BR10154898/br-external/CopyrightVisualArts-f.pdf>.

aux reventes d'une valeur supérieure à 1 000 \$⁴. Similairement, le projet de loi C-516, qui a été déposé en 2013 par Scott Simms et appuyé par la CARCC et CARFAC et qui proposait l'instauration d'un régime de DSA, limitait le droit aux reventes d'une valeur supérieure à 500 \$. Or, ces seuils excluent d'emblée la plupart des artistes, particulièrement les artistes dont le revenu est moyen ou inférieur à la moyenne⁵. Qui plus est, la grande majorité des régimes de redevances provenant de reventes établis à l'échelle mondiale, et la proposition de CARFAC, limitent le droit de revente à des entités professionnelles : les maisons de vente aux enchères et, parfois, les galeries. La plupart des artistes dont les œuvres sont revendues dans une maison de vente aux enchères ou même dans une galerie sont, évidemment, bien établis et bien connus. Ainsi, seul un petit groupe d'artistes très populaires voient leurs œuvres revendues par des professionnels, particulièrement une maison de vente aux enchères, pour une somme considérable.

L'expérience d'autres pays corrobore cette simple logique. Une étude menée en 2008 au Royaume-Uni a révélé que les 100 artistes les plus populaires se partageaient 80 % des redevances perçues⁶. En France, un rapport de 1999 a conclu que seulement 2 000 artistes avaient profité du droit de suite implanté par le pays au cours d'une période de trois ans. Les 50 artistes les plus populaires ont reçu 43 % des redevances perçues. Les 1 950 autres artistes ont reçu en moyenne moins de 400 euros par année. Selon un autre rapport, 70 % des redevances recueillies en France en 1996 ont été versées à la famille de six ou sept artistes. La même année, en Allemagne, moins de 500 artistes ont touché des redevances tirées de reventes. Au total, 88 % de ces redevances ont été versées à la famille d'artistes décédés et non aux artistes eux-mêmes. Une réalité similaire prévaut au Danemark, où, en 1996, 86 % des redevances ont été payées à la succession d'un artiste et seulement 14 % aux artistes eux-mêmes⁷. Une étude menée récemment par l'un d'entre nous sur une période de deux mois et qui visait le marché de l'art des États-Unis (le plus important au monde) donnait à penser que si un DSA avait été prévu dans la législation des États-Unis, les héritiers d'un seul artiste, Andy Warhol, auraient touché plus de 13 % de toutes les redevances provenant de reventes⁸.

⁴ *Mémoire de CARFAC soumis au Comité permanent de l'industrie, des sciences et de la technologie du gouvernement fédéral concernant l'examen prévu par la Loi sur le droit d'auteur*, 11 octobre 2018. Sur Internet : <http://www.noscommunes.ca/Content/Committee/421/INDU/Brief/BR10093096/br-external/CanadianArtistsRepresentation-9921549-f.pdf>.

⁵ Cette exclusion est inévitable et fait partie intégrante de tout régime de DSA. Comme il sera expliqué ci-après, le DSA engendre d'importants coûts d'administration. Pour éviter que ces coûts déjà élevés montent en flèche et détruisent le monde de l'art, les régimes de DSA fixent un seuil de revente en dessous duquel un paiement n'est pas requis. Ce faisant, ce type de régime rend le DSA encore plus régressif puisque seuls les artistes les plus connus dont les œuvres sont vendues à des prix élevés peuvent en profiter. Ce conflit ou paradoxe figure dans tous les régimes de DSA et ne peut être résolu.

⁶ Katy Graddy, Noah Horowitz et Stefan Szymanski, *A study into the effect on the UK art market of the introduction of the artist's resale right*, 2008, p. 2. Sur Internet : <https://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20140603122011/http://www.ipo.gov.uk/study-droitdesuite.pdf> [EN ANGLAIS SEULEMENT].

⁷ Ces études sont résumées dans Clare McAndrew et Lorna Dallas-Conte, *Implementing Droit de Suite (artists' resale right) in England*, The Art Council of England, p. 31 à 38, 2002. Sur Internet : http://www.academia.edu/7553610/Implementing_Droit_de_Suite_artists_resale_right_in_England [EN ANGLAIS SEULEMENT].

⁸ Christopher J. Sprigman et Guy A. Rub, *Resale Royalties Would Hurt Emerging Artists*, Artsy, 2018. Sur Internet : <https://www.artsy.net/article/artsy-editorial-resale-royalties-hurt-emerging-artists> [EN ANGLAIS SEULEMENT].

Ainsi, le droit de suite de l'artiste est de nature régressive. Il sert à transférer de l'argent surtout à ceux et celles qui sont déjà riches. La situation qui prévaudra au Canada sera probablement similaire : la majeure partie des redevances sera remise à un petit groupe composé des artistes les plus populaires et les plus riches ou, plus souvent, de leurs héritiers. Même l'exemple que donnent la CARCC et CARFAC dans leur mémoire respectif – soit le cas de Kenojuak Ashevak – ne fait pas exception. Certes, l'œuvre intitulée *The Enchanted Owl* (Le hibou enchanté) de M^{me} Ashevak a été vendue pour 24 \$ en 1960 et revendue en 2001 pour près de 60 000 \$. Cela dit, au moment de la revente, au début des années 2000, M^{me} Ashevak était déjà une femme bien nantie. Elle a continué de produire des œuvres qui se sont vendues des milliers, voire des dizaines de milliers de dollars, et sa prospérité lui a permis de soutenir ses enfants et petits-enfants⁹. En fait, même dans le cas du célèbre *Hibou enchanté*, les recettes de M^{me} Ashevak ne se limitaient pas au prix de vente obtenu en 1960. Elle a créé des copies de l'œuvre et autorisé son utilisation sous licence par Postes Canada, qui l'a affichée sur ses timbres en 1970. De nos jours, on peut se procurer une reproduction imprimée du *Hibou enchanté* sur Internet, et des redevances sont présumément versées au titulaire du droit d'auteur à l'égard de l'œuvre¹⁰. Kenojuak Ashevak était effectivement l'une des plus grandes artistes canadiennes et possiblement l'artiste inuite la plus connue au monde, mais son cas ne montre pas que la législation actuelle est lacunaire ni que l'établissement d'un droit de suite est nécessaire. Plutôt, son cas fait foi d'un point général important : même lorsqu'un artiste ne profite pas directement de la hausse de la valeur des objets tangibles représentant l'une de ses œuvres d'art, cette hausse de la valeur fait augmenter la demande de reproductions de cette œuvre et la demande pour ses autres œuvres; il en profite donc indirectement¹¹.

Le droit de suite de l'artiste nuira au monde de l'art et à l'économie canadienne

Le droit de suite de l'artiste n'est pas qu'inefficace pour régler la question du faible revenu des artistes en arts visuels, il est nuisible. Il nuira probablement aux artistes, particulièrement ceux moins connus, au monde de l'art et à l'économie canadienne.

Premièrement, la mise en place d'un DSA peut donner lieu à une réduction des prix sur le marché primaire des œuvres d'art, soit la principale source de revenus pour la plupart des artistes en arts visuels. La raison étant que certains acheteurs sur le marché primaire seront moins disposés à payer sachant que les futures reventes seront assujetties à des redevances¹².

⁹ Voir <https://www.theglobeandmail.com/arts/art-is-my-job-and-my-love/article1168077> [EN ANGLAIS SEULEMENT].

¹⁰ Voir par exemple <https://shop.ago.ca/74057/Kenojuak-Ashevak%3A-The-Enchanted-Owl-11%22-x-14%22/> [EN ANGLAIS SEULEMENT].

¹¹ Voir aussi John Henry Merryman, « The Wrath of Robert Rauschenberg », *The American Journal of Comparative Law*, vol. 41, p. 103, à la page 111, 1992 (portant sur un incident bien connu où Robert Rauschenberg s'est plaint de ne pas avoir reçu une partie des recettes réalisées lors de la vente, par le marchand Robert Scull, de l'une de ses premières œuvres, et expliquant que « certes, M. Rauschenberg n'a pas touché une partie du prix payé [...] mais il serait erroné de supposer qu'il n'a pas profité de cette affaire. Au contraire, la vente a augmenté substantiellement la valeur de ses autres œuvres [...] cette vente de M. Scull a fait de M. Rauschenberg un millionnaire. » [TRADUCTION])

¹² Guy A. Rub, « The Unconvincing Case for Resale Royalties », *Yale Law Journal Forum* 1, vol. 124, aux pages 6 et 7, 2014. Sur Internet : https://www.yalelawjournal.org/pdf/Rub_Final_4.27.14_4rcwvqzv.pdf [EN ANGLAIS SEULEMENT].

Deuxièmement, la présence d'un DSA entraîne habituellement un certain déplacement des reventes dans d'autres pays où le versement de redevances n'est pas exigé. On pourrait soutenir que le DSA est l'une des raisons pour lesquelles le centre mondial du marché de l'art est passé de Paris à Londres et à New York au cours du 20^e siècle. L'adoption d'un DSA au Royaume-Uni, à laquelle le pays a été astreint à procéder en vertu d'une directive de l'Union européenne, a également peut-être contribué à la dominance des marchés de l'art à l'extérieur de l'Union européenne¹³. Il est vrai que bon nombre de revendeurs ne trouveront pas qu'il est rentable d'effectuer une vente dans un autre pays dans le seul but d'éviter de verser des redevances, mais ce sera le cas pour certains, particulièrement en raison de la proximité du plus grand marché de l'art au monde aux États-Unis.

Les activités de revente créent des externalités positives (retombées) pour autrui. Elles appuient non seulement l'acheteur et le vendeur, mais l'industrie de l'art en soi. Par exemple, certaines galeries qui gagnent des revenus en revendant des œuvres d'art réinvestissent ces fonds dans l'achat d'œuvres d'art sur le marché primaire, y compris des œuvres d'artistes en difficulté. En outre, les activités de revente, à l'instar de toute activité économique, soutiennent d'autres secteurs de l'économie, ce qui complémente ces activités. Il est donc indésirable de perdre ces activités au profit d'autres pays.

Troisièmement, l'administration du DSA est onéreuse. Habituellement, des sociétés de gestion collective, qui exigent des frais représentant 10 % à 20 % des redevances remises, doivent en assurer la gestion. Autrement dit, cet argent sert à soutenir du travail administratif non artistique. Ainsi, le DSA retire des fonds du monde de l'art. Par surcroît, les revendeurs et leurs agents (p. ex. les galeries) doivent engager leurs propres coûts d'administration pour se conformer aux dispositions sur le DSA. Les régimes de DSA qui s'appliquent aux ventes externes aux grandes maisons de vente aux enchères, spécialement ceux s'appliquant à toute revente, comme ce que proposait le projet de loi C-516, sont particulièrement nuisibles à cet égard.

Par conséquent, nous ne sommes pas surpris que les sociétés de gestion collective fassent la promotion des régimes de redevances provenant de reventes; elles ne peuvent qu'en tirer profit. De même, nous comprenons pourquoi certains artistes populaires, ou leurs héritiers, appuient le droit de suite; leur fortune s'en trouvera augmentée. Cependant, n'importe qui d'autre, notamment les personnes qui se préoccupent du monde de l'art en général, devrait s'opposer à une telle initiative.

Nous recommandons que le Comité rejette toute suggestion visant l'ajout d'un droit de suite de l'artiste dans la *Loi sur le droit d'auteur*.

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

¹³ Clare McAndrew, *Why Brexit Is a Golden Opportunity for the U.K. Art Market*, Artsy, 2018. Sur Internet : <https://www.artsy.net/article/artsy-editorial-brexit-golden-opportunity-uk-art-market> [EN ANGLAIS SEULEMENT].

Ariel Katz, professeur agrégé, chaire de l'innovation en commerce électronique, Université de Toronto, faculté de droit

<https://www.law.utoronto.ca/faculty-staff/full-time-faculty/ariel-katz> [EN ANGLAIS SEULEMENT].