

Normes pour la réforme du droit d'auteur : Mémoire au Comité permanent de l'industrie, des sciences et de la technologie

Barry Sookman, le 10 décembre 2018

Je suis associé principal au sein du cabinet [McCarthy Tétrault](#), où je suis responsable du groupe sur le droit des technologies. À ce titre, je représente des membres des industries de la création, des intermédiaires et des utilisateurs. J'enseigne également le droit de la propriété intellectuelle à la Faculté de droit Osgoode Hall et j'ai publié divers ouvrages, notamment sur le droit d'auteur et le droit d'Internet¹. J'ai une connaissance à la fois pratique et théorique du droit d'auteur. Mon mémoire, tout comme mon témoignage, est présenté en mon nom personnel et non au nom de mes clients.

Le droit d'auteur sert d'abord et avant tout de cadre pour encourager les créateurs à créer des œuvres et à les rendre accessibles et pour leur assurer une rétribution adéquate en contrepartie de leur travail. Ainsi, le droit d'auteur existe non seulement parce qu'il est avantageux pour l'économie, mais également parce qu'il est conforme aux normes et aux valeurs généralement acceptées.

Certains des mémoires que vous avez reçus présentent des arguments contre des lois-cadres raisonnables et susceptibles de créer un milieu artistique dynamique et des marchés de produits créatifs qui fonctionnent bien. Leurs auteurs préconisent, par exemple, de maintenir ou d'élargir des exceptions générales et d'autoriser l'utilisation gratuite des œuvres. Ils s'opposent aux recours éprouvés et internationalement acceptés pour lutter contre le piratage en ligne.

Pour l'essentiel, ces mémoires soulèvent d'importantes questions touchant à l'économie et à des valeurs. Les auteurs devraient-ils avoir le droit fondamental d'autoriser l'utilisation de leurs œuvres par autrui et d'être rétribués en échange? Devraient-ils être forcés de financer l'utilisation de leurs œuvres par de grandes entreprises convaincues qu'il est juste de ne pas verser de redevances aux créateurs, mais qui n'hésitent pourtant pas à déboursier des sous pour d'autres produits? Quelles normes justifient l'opposition à des recours raisonnables contre le vol en ligne?

Selon moi, bon nombre des arguments contre les lois régissant le droit d'auteur s'appuient sur la tendance à l'« exceptionnalisme », des arguments mis en avant dans le discours sur les politiques du droit d'auteur pour miner les droits d'auteur et les recours efficaces, qui vont à l'encontre des normes et des valeurs habituellement défendues et qui seraient catégoriquement rejetés dans d'autres contextes politiques².

Dans mon mémoire, je me propose de décrypter pour vous certaines demandes fondées sur des normes et certains arguments trompeurs qui vous ont été présentés en opposition à des lois-cadres raisonnables que réclament les créateurs.

Utilisation équitable

Des demandes ont été faites en faveur d'exceptions au droit d'auteur s'appuyant sur la norme d'« équité ». Or, par « utilisation équitable », on entend ici « utilisation gratuite », laquelle devrait être comprise pour ce qu'elle est – « gratuite » n'est pas nécessairement synonyme d'« équitable » ni de « juste valeur marchande ».

Qu'une chose soit ou non équitable en droit ne permet pas de conclure qu'elle est ou non équitable en fait et qu'elle est ou non dans l'intérêt public. Les tribunaux canadiens ont élaboré un cadre unique et étendu pour déterminer ce qui constitue une utilisation équitable. Ce cadre permet sans doute une plus grande reproduction des œuvres sans versement de redevances et des torts financiers plus importants aux titulaires de droit d'auteur que le cadre d'utilisation équitable de tout autre pays, et ce, même si les fins prévues au Canada ne sont pas illimitées, contrairement aux États-Unis.

Contrairement au Royaume-Uni³, l'utilisation équitable à des fins de recherche peut poursuivre un objectif commercial. Reproduire une œuvre pour autrui en sachant que des copies du même contenu seront distribuées à plus d'une personne au même moment et dans le même but constituerait une infraction au Royaume-Uni, mais peut-être pas au Canada. Par ailleurs, contrairement à d'autres pays du Commonwealth, les auteurs d'œuvres largement reproduites risquent de ne pas être rétribués si la personne faisant les photocopies peut démontrer qu'elle a établi une pratique ou un système équitable. Et même si le *test en trois étapes de la Convention de Berne* interdit les exceptions « portant atteinte à l'exploitation normale » d'une

œuvre, une utilisation peut être considérée comme « équitable » même si elle ne sert pas l'œuvre dans le marché⁴.

Le virage profond pris par les tribunaux canadiens – qui ont cessé d'encourager le versement de redevances en contrepartie de l'utilisation d'œuvres protégées par le droit d'auteur pour étendre les utilisations équitables permises – combiné à l'ajout des fins éducatives aux fins autorisées en 2012 a aggravé la situation. Et celle-ci s'est encore plus détériorée à la suite des modifications apportées la même année aux dispositions concernant les dommages-intérêts préétablis – qui ont eu pour effet de retirer la reproduction à des fins non commerciales du haut de l'échelle des dommages-intérêts préétablis – et du défaut d'harmoniser ces derniers pour tous les groupes de titulaires de droits d'auteur, deux choses qui ont fait diminuer les risques liés au non-versement de tarifs homologués, particulièrement dans le domaine de l'éducation.

Il ne faut pas croire qu'en ajoutant « comme » – suivi d'exemples – dans l'exception relative à l'utilisation équitable ne fait qu'assouplir la loi, sans plus. L'appel à la norme de l'« assouplissement » reflète l'idée voulant que les utilisations obligatoirement gratuites doivent être étendues à certaines utilisations que le Parlement n'a pas encore explicitement autorisées ni même imaginées et que les utilisateurs, qui paient pourtant tous les autres produits qu'ils consomment, devraient pouvoir discriminer les titulaires de droit d'auteur et ne pas les rétribuer pour utiliser leurs œuvres. Cette proposition a été rejetée en 2012 après que le secteur de la création s'y est opposé⁵.

L'argument selon lequel l'adoption par le Canada de l'utilisation équitable permettrait *simplement* d'harmoniser les choses avec les États-Unis fait fi des torts causés aux titulaires de droit d'auteur. Cette idée ne tient pas compte du fait que l'utilisation équitable est la doctrine la plus dérangeante qui soit dans le droit d'auteur américain⁶. Elle comporte beaucoup d'incertitudes et est, et serait, utilisée dans l'intérêt de grandes plateformes comme Google, qui se tournent activement vers les tribunaux pour utiliser les œuvres protégées par droit d'auteur plutôt que d'obtenir l'autorisation des créateurs⁷. L'adoption de fins ouvertes ne tient pas compte non plus du fait que le cadre d'évaluation de l'équité au Canada est beaucoup plus préjudiciable pour les détenteurs de droit d'auteur dans notre pays⁸.

Équilibre en matière de droit d'auteur

On appelle aux exceptions au nom de l'« équilibre ». Lorsque des défenseurs de l'exceptionnalisme comme Michael Geist parlent d'équilibre, les titulaires de droit d'auteur savent bien qu'ils préconisent habituellement l'élimination d'un droit exclusif, qu'ils s'opposent à un droit ou à un nouveau recours ou encore qu'ils défendent une nouvelle exception d'une large portée, des recours plus faibles ou l'utilisation gratuite de contenu protégé par le droit d'auteur⁹. Or, le concept d'équilibre ne fournit pas de balises pour la réforme du droit d'auteur, pas plus qu'il ne fournit un cadre utile et raisonné pour les réformes des lois fiscales ou autres. Il faut prendre garde aux **appels à des réformes fondées sur des normes** comme la norme d'équilibre et non pas sur des justifications fondées sur des principes.

Les arrêts de la Cour suprême sur le droit d'auteur font souvent référence à l'équilibre, mais il ne s'agit pas de quelque équilibre mythique. Ce que la cour nous enseigne, c'est que les objectifs complémentaires du droit d'auteur sont, d'une part, d'encourager la création et la diffusion d'œuvres, et, d'autre part, d'assurer « une juste récompense pour le créateur »¹⁰. La tradition du droit civil dans le domaine du droit d'auteur reconnaît également le droit naturel des auteurs à la propriété des fruits de leur travail qui leur permet de déterminer les conditions d'utilisation de leurs œuvres par autrui¹¹. Voilà les objectifs sur lesquels le Comité devrait se concentrer.

Mais les défenseurs de l'exceptionnalisme font souvent valoir que ces objectifs donneraient lieu à une situation gagnant-perdant – c'est-à-dire que si les titulaires de droit obtiennent des droits supplémentaires, les utilisateurs en perdent invariablement, et un certain « rééquilibrage » ou « recentrage » d'autres droits ou exceptions s'imposent donc. Or, cette idée occulte le fait que les objectifs du droit d'auteur – qui sont d'encourager la création et la diffusion des œuvres et d'assurer une juste rétribution aux créateurs – sont complémentaires et que l'octroi de droits supplémentaires, dont des protections juridiques comme des mesures de protection technologiques (le Canada s'étant doté de l'un des régimes les plus flexibles qui soient pour créer des exceptions)¹², et la prolongation de la durée du droit d'auteur¹³, est avantageux à la fois pour les utilisateurs et les créateurs.

Exceptions et écart de valeur

Les exceptions seraient nécessaires, selon certains, pour faciliter l'accès aux œuvres. Les créateurs appuient sans réserve un cadre qui favorise un vaste accès aux œuvres. Or, en faisant de l'« accès gratuit » une norme directrice, on n'encourage pas les nouveaux investissements des créateurs et on ne paie pas les créateurs comme il se doit.

Les vastes exceptions entraînent également des écarts de valeur¹⁴, c'est-à-dire que les créateurs ne peuvent plus vendre leurs œuvres au prix courant et qu'ils ne sont pas suffisamment rétribués, si du moins ils le sont¹⁵.

Des exceptions seraient nécessaires pour promouvoir l'« innovation ». Or, les appels à des réformes fondées sur la norme de l'innovation sont souvent des exhortations en faveur de l'utilisation non autorisée d'œuvres qui serait profitable à tous, sauf aux créateurs. Il y a une grande différence entre l'innovation où les créateurs sont rétribués et celle où les innovateurs trouvent de nouvelles façons de voler du contenu, comme les fournisseurs de boîtes Kodi entièrement chargées et de services de diffusion en continu de contenu piraté¹⁶.

Les créateurs sont totalement favorables à l'innovation. Tout ce qu'ils veulent, c'est ce que d'autres détenteurs de droits de propriété intellectuelle veulent : le droit à une licence et à une rétribution¹⁷. Le droit d'auteur n'est pas un frein à l'innovation. Dans la mesure où il assure des droits et des recours efficaces contre les violations, il crée même les marchés propices à l'innovation¹⁸.

Tendance à l'exceptionnalisme

Les opposants aux droits des créateurs justifient souvent le piratage en ligne en soutenant qu'il s'agit au fond d'un modèle d'affaires, que les créateurs devraient vendre leurs contenus à des prix concurrentiels par rapport à ceux qui volent et distribuent ces contenus et qu'ils n'ont qu'à être les « premiers sur le marché ». Or, ce prétendu « modèle d'affaires » va à l'encontre des principes économiques élémentaires¹⁹.

De même, pour s'opposer aux droits et aux recours dont les créateurs ont besoin, on argue que ces derniers réussissent bien malgré le piratage et l'absence de rémunération ou qu'ils ont d'autres sources de revenus.

L'argument selon lequel les créateurs « se débrouillent bien » est un jugement normatif selon lequel les créateurs ne doivent pas disposer d'un cadre de droit d'auteur leur permettant de réaliser leur plein potentiel – tout ce qu'ils pourraient produire et gagner s'il n'y avait pas de piratage et d'utilisations non rémunérées.

L'argument selon lequel les créateurs « ont d'autres sources de revenus » est un autre jugement normatif voulant que les créateurs ne doivent pas être rétribués pour l'utilisation de leurs œuvres, une utilisation qui n'est pas sans valeur, par exemple lorsqu'ils font preuve d'innovation en mettant de nouveaux produits sur le marché – même si les nouveaux revenus ainsi générés ne compensent pas les pertes liées aux produits antérieurs.

En fin de compte, les arguments trompeurs – le « modèle d'affaires » et le fait que les créateurs « se débrouillent bien » et qu'ils « ont d'autres sources de revenus » – sont fondés sur le jugement normatif selon lequel l'acquisition et la consommation gratuites d'un produit ou d'un service sont justifiables. Ce sont les arguments de gens comme Michael Geist, par exemple, qui s'est opposé à l'idée de bloquer le site Web FairPlay et qui, dans sa dernière série d'articles, s'attaque à Access Copyright. Ces arguments des défenseurs de l'exceptionnalisme seraient catégoriquement rejetés dans un contexte autre que celui du droit d'auteur²⁰.

Blocage des sites

On vous dit que les lois qui permettraient de lutter contre le piratage en ligne, comme le blocage des sites Web, ne devraient pas être adoptées.

Pourtant, des recours administratifs ou judiciaires pour bloquer des sites Web existent dans plus d'une quarantaine de pays. Ce n'est pas une démarche expérimentale, contrairement à ce qu'a dit un témoin. Ces recours assurent le bon fonctionnement des marchés, qui autrement sont minés par le piratage. Selon de nombreuses études et des tribunaux du monde entier, le blocage des sites Web permet de lutter efficacement contre le piratage et de promouvoir l'utilisation de sites Web légitimes en plus d'être en parfaite cohérence avec les principes de la liberté d'expression²¹.

Nous pouvons tirer des leçons de l'expérience internationale. Le Royaume-Uni, par exemple, qui fait appel depuis plus d'une décennie aux tribunaux pour ordonner le blocage de sites Web, étudie actuellement la

possibilité d'élargir son régime pour inclure le blocage par voie administrative²². L'Australie, qui ordonne également le blocage de sites Web, vient de moderniser sa loi pour étendre le blocage des sites au délistage des sites dans les moteurs de recherche. Un comité du Sénat australien a conclu que, « vu le rôle important que pourraient jouer les fournisseurs tant en ce qui concerne les violations du droit d'auteur que l'application de la loi sur le droit d'auteur [...], les mesures sont adéquates »²³ [TRADUCTION].

On dit que légiférer pour s'attaquer au piratage en ligne, notamment par le blocage des sites Web, ce serait « faire de la censure » ou porter atteinte à la liberté d'expression. Or, des tribunaux de partout dans le monde, y compris du Canada, ont confirmé que la législation protégeant le droit d'auteur respecte pleinement la liberté d'expression, et même qu'elle l'encourage²⁴. Ces principes qui suscitent les passions, invoqués pour défendre le piratage et le vol en ligne, valent ce qu'ils valent.

Conclusions

Lorsque des gens ne reculent devant rien pour empêcher les créateurs de disposer d'une loi-cadre leur permettant de contrôler l'utilisation de leurs œuvres et d'être rétribués à une juste valeur marchande pour cette utilisation, notamment en s'opposant à des droits et à des recours raisonnables contre ce qui constitue manifestement un vol en ligne, il y a tout lieu de se demander pourquoi. Le débat sur le droit d'auteur touche à la fois à l'économie et à des valeurs. Pourtant, la tendance à l'exceptionnalisme est très répandue chez ceux qui s'opposent à ce qu'on accorde des droits et des recours efficaces pour les créateurs.

Lorsque vous rédigerez votre rapport, je vous invite à vous demander, d'une part, quel sens moral et quelles valeurs sous-tendent les arguments contre des droits et des recours raisonnables pour les créateurs et, d'autre part, s'ils sont conformes aux normes que le Comité est prêt à accepter dans le contexte du droit d'auteur ou dans tout autre contexte. J'invite le Comité à rejeter cette tendance comme norme dans le cadre de la réforme du droit d'auteur.

¹ Ma biographie en ligne : <https://www.mccarthy.ca/en/people/barry-sookman>.

² Ailleurs, l'absence de réflexion sensée et fondée sur des arguments économiques rationnels lorsqu'il s'agit des privilèges dont disposent les fournisseurs de services Internet est qualifiée d'« exceptionnalisme », mais ce genre de réflexion et l'écart marqué par rapport aux normes et aux valeurs défendues hors du contexte du droit d'auteur lorsqu'il s'agit de s'en prendre aux droits des créateurs peut également être qualifié « d'exceptionnalisme » puisque ceux qui défendent un tel point de vue s'attaquent souvent aux droits d'auteur.

³ *Copyright, Designs and Patents Act 1988*, art. 29.

⁴ *CCH Canadienne Ltée c. Barreau du Haut-Canada*, 2004 CSC 13; *Alberta (Éducation) c. Canadian Copyright Licensing Agency (Access Copyright)*, [2012] 2 RCS 345; *Rogers Communications Inc. c. Société Canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique*, [2012] 2 RCS 283; *Canadian Copyright Licensing Agency (Access Copyright) c. Canada*, 2018 CAF 58.

⁵ Barry Sookman et Dan Glover, "Why Canada Should Not Adopt Fair Use: A Joint Submission to the Copyright Consultations", *Osgoode Hall Review and Policy*, n° 2, vol. 2 (novembre 2009) :

<https://digitalcommons.osgoode.yorku.ca/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.ca/&httpsredir=1&article=1024&context=ohrlp>.

⁶ Barry Sookman, "Fair Use in Australia?", 23 août 2012 : <http://www.barrysookman.com/2012/08/23/fair-use-for-australia/>.

⁷ *Authors Guild v. Google, Inc.*, 804 F. 3d 202 (2nd.Cir.2015); Barry Sookman, "The Google Book project: is it fair use?", 5 janvier 2014 : <http://www.barrysookman.com/2014/01/05/the-google-book-project-is-it-fair-use/>. *Oracle America, Inc. v. GOOGLE LLC*, 886 F. 3d 1179 (Fed.Cir.2018).

⁸ Voir Dan Glover, "A Response to Professor Michael Geist's Clearing Up the Copyright Confusion",

9 janvier 2011 : <http://www.barrysookman.com/2011/01/09/a-response-to-professor-michael-geist%E2%80%99s-clearing-up-the-copyright-confusion/>.

⁹ Barry Sookman, "Canadian government response to copyright and digital policy issues", 24 avril 2018 : <http://www.barrysookman.com/2018/04/24/canadian-government-response-to-copyright-and-digital-policy-issues/>.

¹⁰ *Cinar Corporation c. Robinson*, [2013] 3 RCS 1168, 2013 CSC 73; *Théberge c. Galerie d'Art du Petit Champlain inc.*, 2002 CSC 34 (*CanLII*); *Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c. Bell Canada*, 2012 CSC 36; *Entertainment Software Association c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique*, 2012 CSC 34; *Rogers Communications Inc. c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique*, [2012] 2 RCS 283. Voir aussi le jugement rendu aux États-Unis dans l'affaire *Eldred v. Ashcroft*, 537 U.S. 186 (2003), par le juge Ginsburg : « La philosophie économique qui sous-tend la disposition sur le droit d'auteur repose sur la conviction que le fait d'encourager les efforts individuels par un gain personnel est la meilleure façon de promouvoir l'intérêt public grâce aux talents des auteurs et créateurs. [...] Récompenser les auteurs pour leurs œuvres de création et promouvoir le progrès vont donc de pair. » [TRADUCTION]

¹¹ *Théberge* par le juge Gonthier (quatre dissidences sur cinq des motifs).

¹² Barry Sookman, "An FAQ on TPMs, Copyright and Bill C-32", 10 décembre 2010 :

<http://www.barrysookman.com/2010/12/14/an-faq-on-tpms-copyright-and-bill-c-32/>.

¹³ Barry Sookman, "Term extension and respect for artists: a reply to Michael Geist", 23 avril 2015 :

<http://www.barrysookman.com/2015/04/23/term-extension-and-respect-for-artists-a-reply-to-michael-geist/>;

Barry Sookman, "Economic effects of term extension for sound recordings", 30 avril 2015 :

<http://www.barrysookman.com/2015/04/30/economic-effects-of-term-extension-for-sound-recordings/>.

¹⁴ Music Canada, "The Value Gap: Its Origins, Impacts and a Made-in-Canada Approach" :

<https://musiccanada.com/resources/research/the-value-gap-report/>.

¹⁵ George Barker, "More Unfair Claims About Fair Use in Australia", 24 mai 2018 :

https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3184614;

George Barker, "Claims to Expand Copyright Exceptions Driven by 'Bad Science'", 14 juin 2016 :

https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2795498.

¹⁶ Barry Sookman, "Why crackdown on pirate set-top boxes is good for innovation: a reply to Michael Geist", 29 juin 2016 : <http://www.barrysookman.com/2016/06/29/why-crackdown-on-pirate-set-top-boxes-is-good-for-innovation-a-reply-to-michael-geist/>.

¹⁷ Barry Sookman, "Law and Innovation: Is Intellectual Property a Path to Progress", 13 avril 2014 :

<http://www.barrysookman.com/2014/04/13/law-and-innovation-is-intellectual-property-a-path-to-progress/>.

¹⁸ George Barker, *Ibid.*

¹⁹ Barry sookman, “Why the CRTC should endorse FairPlay’s website-blocking plan: a reply to Michael Geist”, 18 février 2018 : <http://www.barrysookman.com/2018/02/12/why-the-crtc-should-endorse-fairplays-website-blocking-plan-a-reply-to-michael-geist/>.

²⁰ Voir Barry sookman, “Why the CRTC should endorse FairPlay’s website-blocking plan”; voir également la récente série d’articles sur l’utilisation équitable dans l’éducation par Michael Geist : www.michaelgeist.ca.

²¹ Barry Sookman, “Fact checking Michael Geist’s criticisms of the FairPlay site blocking proposal” : <http://www.barrysookman.com/2018/03/29/fact-checking-michael-geists-criticisms-of-the-fairplay-site-blocking-proposal/>.

²² Intellectual Property Office, “UK Government response to the call for views regarding illicit IPTV streaming devices”, 2018 : https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/750177/Gov-Response-call-for-views-Illicit-IPTV.pdf.

²³ Copyright Amendment (Online Infringement) Bill 2018, novembre 2018 : <file:///Users/barrysookman/Downloads/report.pdf>; Fiona Phillips, “Copyright Amendment (Online Infringement) Act 2018 extends Australia’s site blocking regime to Google”, 28 novembre 2018 : <http://fionaphillipslaw.com.au/copyright-amendment-online-infringement-act-2018-extends-australias-site-blocking-regime-to-google/>.

²⁴ Barry Sookman, voir note 21.