

HOWARD P. KNOPF
COMITÉ PERMANENT DE L'INDUSTRIE, DES SCIENCES ET DE LA TECHNOLOGIE (INDU)
DE LA CHAMBRE DES COMMUNES

Examen de la *Loi sur le droit d'auteur* prévu à l'article 92 de ladite loi
MÉMOIRE

Le 10 décembre 2018

1. Introduction

Le présent mémoire est fondé sur ma présentation¹ faite le 28 novembre 2018 devant le Comité permanent de l'industrie, des sciences et de la technologie (INDU) de la Chambre des communes dans le cadre de l'examen de la *Loi sur le droit d'auteur* prévu à l'article 92 de ladite loi. Au cours des prochaines semaines ou des prochains mois, je tenterai d'apporter d'autres détails, modifications ou précisions sur certains aspects plus techniques du présent mémoire.

2. Nous devons préciser que les tarifs de la Commission du droit d'auteur ne sont pas obligatoires pour les utilisateurs.

Ce qui saute aux yeux, c'est la question de savoir si les tarifs de la Commission du droit d'auteur sont obligatoires. Ce n'est pas le cas. J'ai plaidé avec succès cette cause devant la Cour suprême du Canada (CSC) il y a trois ans² – mais la majorité des instances du droit d'auteur refusent de reconnaître cette décision ou s'y opposent activement. Un tarif qui établit le maximum à payer pour un billet de train d'Ottawa à Toronto ne cause aucun problème. Nous avons ce genre de tarifs avant la déréglementation, mais les passagers étaient toujours libres de prendre l'avion, l'autobus, leur propre voiture, une limousine, leur vélo ou tout autre moyen légal et probablement non réglementé.

Le litige qui oppose actuellement Access Copyright et l'Université York est intense et se trouve actuellement à l'étape de l'appel, et la Cour fédérale doit trancher un autre litige impliquant des commissions scolaires. Malheureusement, au tribunal de première instance, l'Université York n'a pas réussi à régler la question de savoir si les tarifs approuvés définitifs sont obligatoires³.

Espérons que la Cour d'appel fédérale et, au besoin, la Cour suprême feront les choses correctement le moment venu, mais nous ne pouvons pas en être certains. La partie adverse exerce d'énormes pressions sur vous dans ce dossier, notamment au moyen de propositions sournoises et malhonnêtes comme l'imposition d'un régime de dommages-intérêts minimaux d'origine législative qui prévoit de 3 à 10 fois le montant, en faisant valoir de façon totalement inappropriée une symétrie avec le régime de la SOCAN, qui est ainsi pour de bonnes raisons qui remontent à plus de 80 années, mais qui serait tout à fait inapproprié pour des tarifs autres que ceux du régime de droit d'exécution.

Je vous exhorte à codifier et à clarifier ce que la CSC a statué en 2015, ce qui correspond aussi à d'autres décisions de la Cour suprême et d'autres instances qui remontent à des dizaines d'années, à

¹ À titre personnel et non pour le compte d'un client.

² [Société Radio-Canada c. SODRAC 2003 Inc.](#), [2015] 3 RCS 615, 2015 CSC 57. Voir par. 101-113. Le mémoire présenté à la CSC, tel que préparé par moi-même, M. Ariel Katz et M. David Lametti, tel qu'il était à l'époque, est disponible [ici](#).

³ Voir Ariel Katz, [Access Copyright v. York University: An Anatomy of a Predictable But Avoidable Loss](#), 26 juillet 2017, blogue.

savoir que les tarifs de la Commission du droit d'auteur sont obligatoires pour les sociétés de gestion, mais pas pour les utilisateurs, qui demeurent libres de choisir la meilleure façon pour eux de satisfaire en toute légalité leurs besoins en la matière.

Je suggère que le Parlement utilise la technique bien connue de rédaction législative qui consiste à dire « il demeure entendu ». Cette expression figure déjà 14 fois dans la *Loi sur le droit d'auteur*, y compris, par exemple, à l'article 13(7), qui se lit comme suit :

(7) Il est entendu que la concession d'une licence exclusive sur un droit d'auteur est réputée toujours avoir valu concession par licence d'un intérêt dans ce droit d'auteur.

L.R., 1985, ch. C-42, art. 13; 1997, ch. 24, art. 10; 2012, ch. 20, art. 7. [SURLIGNAGE AJOUTÉ]

Je suggère que le Parlement déclare maintenant :

Il est entendu que, lorsque la Commission du droit d'auteur approuve ou homologue un tarif, qu'il soit provisoire ou définitif, la société de gestion à laquelle ce tarif s'applique ne peut exiger des redevances plus élevées ou des conditions connexes plus onéreuses que celles approuvées par la Commission, mais l'obligation de payer ces redevances et de respecter les conditions connexes s'applique uniquement à un utilisateur qui a payé ou offert de payer ces redevances aux termes dudit tarif. L'utilisateur qui n'a pas proposé de payer de telles redevances peut néanmoins être tenu responsable de la violation du droit d'auteur.

[SURLIGNAGE AJOUTÉ]

3. Nous devons conserver l'objet actuel de l'utilisation équitable à l'art. 29 et inclure les mots « telles que ».

La CSC avait déjà inclus le concept d'éducation dans l'utilisation équitable avant l'entrée en vigueur de la modification de 2012. Depuis 42 ans, les États-Unis autorisent l'utilisation équitable « à des fins **telles que** la critique, le commentaire, le reportage, l'enseignement (y compris les copies multiples pour usage en classe) » [SOULIGNEMENT ET SURLIGNAGE AJOUTÉS]. Je vous demande d'ignorer les appels vous exhortant à supprimer le mot « éducation » de l'article 29 et à ajouter les deux petits mots « telles que ». Cela fonctionne aux États-Unis et fonctionnera ici aussi.

4. Nous devons nous assurer que les droits d'utilisation équitable ne peuvent être annulés par contrat.

Dans l'affaire Trust Royal contre Potash, [1986] 2 RCS 351, 1986 CanLII 34 (CSC), la CSC a déclaré que les consommateurs ne peuvent pas perdre leurs droits statutaires en concluant un contrat ou en y renonçant lorsque, par exemple, on en vient au droit de chaque personne de rembourser son hypothèque après cinq ans. Nous devons préciser et codifier un principe similaire voulant que les droits relatifs à l'utilisation équitable et d'autres exceptions et droits importants des utilisateurs ne puissent être perdus en signant un contrat ou en y renonçant.

5. Nous devons assujettir explicitement les dispositions relatives aux mesures techniques de protection (MTP) à l'utilisation équitable.

Nous devons préciser « il est entendu » que les droits d'utilisation équitable des utilisateurs s'appliquent au contournement des mesures techniques de protection, au moins pour ce qui est des fins prévues à l'article 29 pour l'utilisation équitable, et d'un grand nombre, voire la totalité des autres exceptions prévues dans la loi s'il y a lieu. Pour ce faire, il suffirait d'insérer un nouvel article 41.1(5) (fondé sur la numérotation actuelle) qui pourrait se lire comme suit :

Il est entendu que le paragraphe 41.1(1) ne s'applique pas aux actes permis par les articles 29, 29.1 et 29.2⁴.

6. Nous avons besoin de mesures d'atténuation pour la nation.

Nous devons atténuer les dommages causés par la prolongation de la durée du droit d'auteur sous le gouvernement Harper (profondément enfouie dans un projet de loi omnibus sur le budget) et par le présent gouvernement dans le cadre de l'Accord États-Unis-Mexique-Canada. Ces concessions pourraient coûter au Canada des centaines de millions de dollars par année - et doivent être accordées dès maintenant à l'UE et à tous nos autres partenaires des traités sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ADPIC) de l'Organisation mondiale du commerce (OMC) en raison des principes de la nation la plus favorisée et du traitement national auxquels le Canada est lié. Une mesure d'atténuation modeste mais utile pourrait être l'imposition d'exigences et de droits de renouvellement pour les années supplémentaires de protection qui ne sont PAS requises par la Convention de Berne⁵.

⁴ Le Comité voudra peut-être recommander l'inclusion dans la disposition proposée de certaines ou de toutes les dispositions supplémentaires sur les « droits des utilisateurs » prévues aux paragraphes 29.21 à 30.04 de la loi actuelle.

⁵ Dev S. Gangjee, *Copyright Formalities: A Return to Registration?*, 30 juillet 2016. R. Giblin et K. Weatherall (éds), *What if We Could Reimagine Copyright?* (ANU Press, 2017) 213: <https://ssrn.com/abstract=2923897>.

7. Nous devons examiner attentivement les questions d'application de la loi.

Je sais que vous subissez d'énormes pressions de la part de lobbyistes et d'avocats bien financés et puissants en ce qui concerne le blocage de sites Web. Je ne suis pas convaincu que nous ayons besoin d'une nouvelle législation sur cette question, mais j'examine la question de près et je vais peut-être écrire davantage à ce sujet dans un autre forum et, le cas échéant, vous fournir une copie de ce que je pourrais publier. Entre-temps, vous devriez examiner les dispositions actuelles, pas les dispositions controversées proposées à l'article 115A de la loi australienne sur le droit d'auteur, ainsi que la jurisprudence britannique.

La disposition actuelle de [l'article 115A de la loi australienne sur le droit d'auteur](#) a été examinée par la Cour fédérale d'Australie dans l'affaire *Television Broadcasts Limited v Telstra Corporation Limited* [2018] FCA 1434⁶.

Le Comité voudra peut-être aussi examiner la jurisprudence britannique récente concernant le blocage de sites Web, qui se fonde sur l'article 97A de la *Copyright, Designs and Patents Act 1988 (Loi de 1988 sur le droit d'auteur, les dessins et modèles et les brevets)* du Royaume-Uni⁷.

La jurisprudence australienne et britannique est un point de référence important parce qu'elle fait intervenir des juges de common law des cours supérieures qui utilisent des lois qui, en fin de compte, dérivent du même ADN législatif que la *Loi sur le droit d'auteur* du Canada, à savoir la *Loi sur le droit d'auteur* de 1911 du Royaume-Uni. Cette jurisprudence montre une préoccupation évidente pour la primauté du droit et la justice naturelle, qui faisait clairement défaut dans la proposition de Franc-Jeu au Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes (CRTC) qui a été rejetée à juste titre pour des motifs de compétence. La portée et la durée des injonctions sont limitées. Elles manifestent de l'intérêt pour des questions telles que le « but premier » du ou des sites Web en question.

Il est loin d'être clair que le Canada a besoin d'une loi spéciale pour lutter contre le blocage des sites Web. La décision controversée de la CSC dans l'affaire [Google Inc. contre Equustek Solutions Inc.](#) [2017] 1 RCS 824, 2017 CSC 34 si quelque chose va déjà plus loin que nécessaire pour protéger les titulaires de propriété intellectuelle, notamment les titulaires de droits d'auteur et confirme la compétence des cours supérieures pour publier des ordonnances mondiales de désindexation. Cette affaire a été lancée par une entreprise relativement petite. Les plaideurs qui cherchent à obtenir des ordonnances de blocage de sites Web à l'échelle mondiale et les défenseurs de Franc-Jeu sont dans de nombreux cas de très grandes sociétés verticalement intégrées qui peuvent se permettre de plaider normalement, dans le plein respect des règles de droit et de la procédure. Les injonctions radicales - en particulier celles qui ont une portée extraterritoriale - sont très exceptionnelles et ne doivent pas être exécutées systématiquement et certainement jamais par un tribunal administratif (y compris la Commission du droit d'auteur) ni par quiconque autre qu'un juge de la Cour supérieure.

⁶<http://www.judgments.fedcourt.gov.au/judgments/Judgments/fca/single/2018/2018fca1434>.

⁷ [The Football Association Premier League Ltd v British Telecommunications Plc & Ors \[2017\] EWHC 480 \(Ch\) \(13 mars 2017\)](#); [Union Des Associations Européennes De Football v British Telecommunications Plc & Ors \[2017\] EWHC 3414 \(Ch\) 9 \(21 décembre 2017\)](#); [The Football Association Premier League Ltd v British Telecommunications Plc & Ors \[2018\] EWHC 1828 \(Ch\) \(18 juillet 2018\)](#); [Matchroom Boxing Ltd & Anor v British Telecommunications Plc & Ors \[2018\] EWHC 2443 \(Ch\) \(20 septembre 2018\)](#).

Le Parlement devra peut-être se pencher sur la question des litiges de masse contre des milliers de Canadiens ordinaires qui sont « associés à une adresse IP qui fait l'objet d'un avis en vertu de l'alinéa 41.26(1)a » et qui sont accusés d'avoir violé le droit d'auteur d'un film qui aurait pu être diffusé en continu ou téléchargé pour quelques dollars⁸. Cette infraction ne « s'apparente pas à une contravention de stationnement⁹ ». Ce sont des efforts systématiques pour soutirer des milliers de dollars au moyen de prétendues ententes avec des détenteurs de compte Internet terrifiés qui n'avaient peut-être jamais entendu parler de BitTorrent avant de recevoir par la poste une lettre recommandée redoutée. Ces efforts pourraient porter des fruits dans bien des cas puisque l'accès à la justice est difficile dans ces circonstances. Si le gouvernement pouvait seulement faire son travail en ce qui a trait aux avis et à la réglementation connexe, ce serait un bon début.

8. Nous devons abroger le régime de redevances sur les supports vierges.

Nous devons nous débarrasser du régime fantôme de redevances à la partie VIII de la *Loi sur le droit d'auteur* et ne plus écouter les trois grandes maisons de disques multinationales qui imaginent de nouvelles sortes de taxes visant les appareils numériques, les fournisseurs de services Internet, les internautes, le nuage et tout ce qui paraît lucratif. Même les États-Unis ne s'adonnent pas à des élucubrations fantaisistes du genre.

9. Nous devons mettre fin au rituel de l'examen quinquennal.

Nous avons effectué deux grandes et deux moyennes révisions de la loi canadienne au cours des 100 dernières années, et nous en avons fait quelques-unes qui étaient plus ciblées pendant la même période. Il est inutile d'examiner périodiquement la politique sur le droit d'auteur. C'est lucratif pour les lobbyistes et les avocats, mais une perte de temps pour les autres, y compris le Parlement. Il est habituellement dangereux de réagir automatiquement et prématurément à une nouvelle technologie. Si nous avons écouté les pleurnichages de l'industrie cinématographique au début des années 1980, le magnétoscope à cassettes serait devenu illégal, et le Hollywood que nous connaissons aurait commis un suicide économique. Qui d'entre nous, d'un certain âge, peut oublier les [paroles de Jack Valenti](#), le célèbre lobbyiste hollywoodien, qui a dit au Congrès : « Je vous dis que le magnétoscope est pour le producteur de films américain et le public américain ce que l'étrangleur de Boston est pour la femme seule au foyer ».

On peut traiter des questions particulières au besoin, comme le font la plupart des autres pays dans le domaine du droit d'auteur.

⁸ Voir [Rogers Communications Inc. c. Voltage Pictures](#), LLC, 2018 CSC 38, par. 35-41.

⁹ Voir aussi Howard Knopf, *Voltage Pictures and the Massive Mass Litigation Mess in Canada*, 19 octobre 2018, blogue: <http://excesscopyright.blogspot.com/2018/10/voltage-pictures-and-mass-litigation.html>.