

Copyright Board
Canada



Commission du droit d'auteur
Canada

**Discours présenté par
le juge William J. Vancise,
président de la
Commission du droit d'auteur du Canada**

[Traduction de la version originale en anglais]

**Colloque parrainé conjointement par
l'Institut de la propriété intellectuelle du Canada
et
l'Université McGill**

**Montréal (Québec)
Le 15 août 2007**

Introduction

Je suis heureux d'être ici pour prendre la parole devant vous une fois de plus cette année. L'an dernier, j'ai parlé des changements qu'avait connus la Commission depuis l'adoption du projet de loi C-32, des enjeux découlant des nouvelles dispositions législatives et de la manière dont la Commission avait fait face à ces enjeux. À mon avis, la Commission a composé avec ces enjeux de façon remarquable, compte tenu de ses ressources limitées. (J'y reviendrai plus loin.)

L'an dernier, j'ai affirmé être très insatisfait du temps que mettait la Commission à rendre ses décisions et j'ai indiqué que nous allions devoir remédier à la situation.

Nous avons réussi en bonne partie, mais nous tentons toujours de nous améliorer. Par exemple, l'audience relative au tarif de CMRRA/SODRAC inc. (CSI) pour les services de musique en ligne a débuté le 6 septembre 2006 et elle a duré 10 jours. Le dossier d'instance a été complété le 29 septembre 2006, lorsque CSI et les opposants ont déposé leur argumentation écrite. Pendant que je rédigeais les motifs de la décision, l'avocat général de la Commission a rencontré les parties sur une période de trois mois dans le but de convenir du type de tarif à fixer (en fonction de plusieurs hypothèses) afin d'accélérer le processus décisionnel. C'est donc dire que la question du type de tarif à fixer (et non le contenu en tant que tel) a été examinée de long en large avant l'achèvement des motifs. La décision a été rendue dans les deux langues officielles le 16 mars 2007, c'est-à-dire cinq mois et demi plus tard. Il s'agit d'une amélioration nette par rapport au temps qu'il a fallu pour rendre les décisions sur les tarifs relatifs à la musique de fond (18 mois) et à la radio commerciale (15 mois).

En avril cette année, la Commission a tenu l'audience sur le Tarif 22 de la SOCAN pour la reproduction d'œuvres musicales sur Internet. Celle-ci a débuté le 17 avril et s'est terminée le 8 mai. J'ai bon espoir que la décision sera rendue dans un délai similaire à celui qu'il a fallu pour rendre la décision dans le dossier CSI.

Le 5 juin 2007, la Commission a entendu une requête présentée par le CCCD et la CSMA, laquelle avait pour but d'empêcher la Commission d'examiner le projet de tarif déposé par la SCPCP à l'égard des enregistreurs audionumériques. Il m'a fallu moins de deux semaines pour rédiger les motifs par lesquels la Commission rejetait la requête. La décision a été rendue en français et en anglais le 19 juillet 2007. (L'obligation de rendre nos décisions en français et en anglais accroît considérablement les délais nécessaires.) Cela dit, vous conviendrez avec moi que nous faisons des progrès. La Commission a été plus occupée que jamais au cours des 18 derniers mois. En 2006-2007, elle a rendu 11 décisions et délivré 21 licences pour l'utilisation d'œuvres dont les titulaires du droit d'auteur étaient introuvables.

Nous avons deux dossiers en instance à l'heure actuelle. La Cour d'appel fédérale a rendu une ordonnance enjoignant à la Commission de rouvrir le dossier sur l'augmentation des redevances pour l'utilisation de musique par les stations de radio commerciales et, par la même occasion, de fournir des motifs exhaustifs à l'appui de sa décision. L'audience a débuté le 25 juin 2007 et les plaidoiries ont eu lieu le 29 juin 2007. Nous travaillons actuellement sur les motifs de la décision et celle-ci sera rendue assez rapidement.

Enfin, nous avons commencé à entendre la demande d'Access Copyright concernant le tarif applicable aux œuvres copiées par les établissements d'enseignement dans l'ensemble du pays. L'audience a été ajournée en raison d'un empêchement pour cause de maladie de la part d'un témoin expert. Nous prévoyons être en mesure d'entendre le reste des témoignages au cours du dernier trimestre cette année.

En novembre, la Commission entendra la demande de la SOCAN, de la SCGDV et de CSI concernant les tarifs relatifs à la radio par satellite. Il s'agit de « nouveaux » tarifs que nous fixons pour les droits de communication au public et de reproduction, et cela accroît notre charge de travail.

Alors, maintenant que je vous ai donné un aperçu des travaux de la Commission, je voudrais aborder un sujet qui est plutôt mal compris, soit celui de la délivrance de licences, en vertu de l'article 77 de la *Loi*, à des personnes qui souhaitent utiliser des œuvres protégées dont les titulaires du droit d'auteur sont introuvables.

Les titulaires de droits d'auteur introuvables

La Commission du droit d'auteur a le pouvoir, en vertu de l'article 77 de la *Loi*, de délivrer des licences non exclusives pour l'utilisation d'œuvres ou d'autres objets protégés par le droit d'auteur lorsque le titulaire du droit d'auteur est introuvable. Il s'agit d'un pouvoir exceptionnel qui existe, sous une forme ou une autre, dans très peu de pays, par exemple au Japon et en Corée du Sud. Au cours des dernières années, les enjeux entourant l'utilisation d'œuvres dont les titulaires du droit d'auteur sont introuvables (que certains appellent « œuvres orphelines ») n'ont cessé de s'accroître, notamment en raison des nombreuses sociétés qui, comme Google, se chargent de numériser l'ensemble du savoir mondial. En 2006, le Copyright Office aux États-Unis a publié un rapport d'envergure sur le sujet. Récemment, un comité d'experts de la Commission européenne s'est penché sur la question des titulaires introuvables dans le cadre d'un projet de création d'une bibliothèque numérique paneuropéenne, et le comité Gowers sur la réforme de la propriété intellectuelle au Royaume-Uni en a fait de même.

Au cours des 18 dernières années, la Commission du droit d'auteur a traité des centaines de demandes de licences en règle et au moins autant de demandes informelles. Durant la dernière décennie seulement, elle a reçu 381 demandes de licences et leur nombre a augmenté d'année en année. Par exemple, la Commission a reçu seulement 5 demandes de licences en 1990, mais ce nombre est passé à 43 en 2005. En 2006, nous avons reçu 37 demandes de licences.

La Commission est appelée à examiner un éventail d'œuvres est assez impressionnant. En effet, les demandes de licences visent l'utilisation d'objets très divers : des plans architecturaux (un problème récurrent); un tableau d'Emily Carr; des poèmes mis en musique par Harry Somers; une adaptation du *Lac des cygnes* de Tchaïkovski pour la série télévisée pour enfants *Les Calinours*; la réédition d'une biographie de l'inventeur de la radio (Fessenden, et non Marconi); une pléthore d'œuvres musicales allant d'enregistrements de compositeurs peu connus aux grands succès de Bobby Curtola et des Shirelles; des lettres adressées à des éditeurs; des dessins animés; un des

premiers films de Cliff Robertson; des photos de premiers ministres fédéraux et provinciaux; des manuels de formation de mécaniciens; des nouvelles littéraires; la prière de la sérénité (récitée par les membres des AA en début de réunion); etc.

La liste des titulaires du droit d'auteur visés par les demandes de licences ressemble à un véritable annuaire de personnalités : elle comprend des sénateurs canadiens, des personnalités comme Joey Smallwood et Édouard Montpetit, F. R. Scott (éminent constitutionnaliste et poète), l'architecte de la cathédrale orthodoxe grecque d'Ottawa, les frères Dubois (anciens membres de la mafia québécoise), le scénariste de la série télévisée *Horatio Hornblower*, et même une « belle du Sud » qui a écrit des contes pour enfants, dont le père avait été général dans l'armée des États confédérés pendant la guerre de Sécession et dont le seul héritier vivait à environ 25 milles de la plantation où elle était née en 1880.

Les demandeurs de licences sont également très différents. Il peut s'agir, entre autres, de commissions scolaires, d'éditeurs de livres, de l'Office national du film, du ministère de la Défense nationale, de la CBC, du festival Juste pour rire, de Bibliothèque et Archives Canada, d'auteurs d'articles scientifiques, des producteurs de la série télévisée *Riverdale* et des producteurs d'un documentaire sur la Deuxième Guerre mondiale.

La Commission procède actuellement à un examen systématique de ses décisions antérieures concernant les titulaires introuvables. Je ne dispose pas d'assez de temps pour vous fournir des détails au sujet des résultats attendus, mais nous avons récemment établi (la semaine dernière) une politique pour le traitement des demandes de licences concernant l'utilisation de plans architecturaux, laquelle sera publiée sur notre site Internet sous peu. Je tiens cependant à prendre un moment pour vous donner un aperçu du contexte et des types d'enjeux entourant les demandes de licences visant les titulaires introuvables.

L'article 77 de la *Loi* confère à la Commission le pouvoir de délivrer des licences pour l'utilisation d'une œuvre ou de tout autre objet du droit d'auteur. Cependant, mes observations ne porteront que sur les œuvres en tant que telles, au sens de la *Loi*, étant donné que la Commission à ce jour a eu presque exclusivement affaire à des demandes de licences visant des œuvres, plutôt que des prestations, des enregistrements sonores ou des signaux de communication.

L'article 77 confère à la Commission le pouvoir de délivrer une licence non exclusive pour l'accomplissement d'un acte mentionné à l'article 3 de la *Loi*, à l'égard d'une œuvre publiée et protégée par le droit d'auteur, lorsque le titulaire du droit est introuvable et que l'intéressé a fait son possible, dans les circonstances, pour le retrouver. La Commission peut établir les modalités selon lesquelles elle délivre une licence. Lorsque celle-ci expire, le titulaire du droit d'auteur dispose de cinq ans pour percevoir les redevances fixées par la Commission. Je traiterai brièvement des dispositions et des conditions applicables.

Premièrement, l'œuvre doit avoir été publiée avec le consentement du titulaire du droit d'auteur. Il n'est pas toujours facile d'établir si une œuvre a été publiée ou si l'auteur a consenti à sa publication. Si la photo est tirée d'un journal, la Commission en déduira que le photographe a

consenti à la publication, surtout si la photo n'est pas numérique et qu'elle représente un fait d'actualité récent, puisque c'est le photographe qui a fourni la photo au journal en fin de compte. Cependant, si la photo est tirée d'un livre, elle pourrait avoir été publiée sans le consentement du photographe, car les auteurs utilisent souvent des photos d'archives sans obtenir le consentement nécessaire à leur utilisation. Les tableaux sont réputés avoir été publiés s'ils se trouvent dans un catalogue préparé par la galerie d'art qui agit vraisemblablement à titre d'agent de l'artiste; par contre, si ces mêmes tableaux se trouvent dans un catalogue préparé pour une exposition dans un musée, la preuve de consentement sera probablement requise.

Qu'en est-il en ce qui concerne les œuvres audiovisuelles? Dans le passé, la Commission a conclu que la distribution de copies d'un dessin animé de Popeye dans les cinémas constituait la publication de celui-ci, du moins si la distribution avait lieu à une époque où il n'existait pas de marché pour le cinéma à domicile, comme dans les années 1940.

Deuxièmement, les œuvres en question doivent être protégées par le droit d'auteur. En d'autres mots, si l'œuvre appartient au domaine public, la Commission n'a pas le pouvoir de délivrer une licence, puisque celle-ci n'est pas nécessaire.

Troisièmement, la licence doit se rapporter à une utilisation mentionnée à l'article 3 de la *Loi*. Permettez-moi vous lire la partie essentielle du libellé de la disposition :

3. (1) Le droit d'auteur sur l'œuvre comporte le droit exclusif de produire ou reproduire la totalité ou une partie importante de l'œuvre, sous une forme matérielle quelconque, d'en exécuter ou d'en représenter la totalité ou une partie importante en public et, si l'œuvre n'est pas publiée, d'en publier la totalité ou une partie importante; ...

La disposition énonce ensuite une liste d'actes constituant des droits, dont celui d'autoriser les actes mentionnés.

Ainsi, en principe, la Commission ne délivre pas de licence pour les utilisations qui sont permises par la *Loi* et pour lesquelles une licence n'est pas nécessaire. Par conséquent, aucune licence n'est délivrée lorsque l'utilisation envisagée constitue une utilisation équitable, lorsqu'elle ne vise pas une partie substantielle de l'œuvre ou lorsqu'une exception prévue par la *Loi* s'applique (pour des explications en détail à ce sujet, voir la décision de la Commission dans *Breakthrough Films and Television*, dossier n° 2004-UO/TI-33). Cet aspect du pouvoir de la Commission est celui qui soulève les questions les plus complexes.

Par exemple, ce qui constitue une utilisation équitable s'avère difficile à établir, même dans les circonstances idéales, et la Commission sait très bien que les tribunaux de droit commun ne sont pas liés par les décisions qu'elle rend à cet égard. Cela fait en sorte que les utilisateurs sont exposés à des risques de poursuites pour violation du droit d'auteur.

Quatrièmement, le titulaire du droit d'auteur doit demeurer introuvable malgré les recherches qui ont été faites en fonction des circonstances. La personne recherchée est le titulaire du droit d'auteur,

qui n'est pas toujours l'auteur lui-même. Aussi, les fictions juridiques créent parfois des situations pouvant s'avérer difficiles à gérer. Par exemple, les droits d'auteur sur de vieilles photographies commandées pour des pochettes de microsillons appartiennent probablement à la maison de disques qui les a produits, tandis que les droits d'auteur sur une photographie commandée et distribuée au fan-club d'un chanteur appartiennent probablement au gérant de l'artiste.

La *Loi* précise que l'intéressé doit avoir fait son possible, dans les circonstances, pour retrouver le titulaire du droit d'auteur. À cet égard, la Commission a toujours appliqué la méthode du critère variable. Selon cette méthode, la nature de l'utilisation envisagée, les connaissances de l'intéressé ainsi que la notoriété du titulaire du droit d'auteur recherché sont des facteurs qui déterminent dans quelle mesure la Commission exige que des recherches supplémentaires soient effectuées, le cas échéant. La Commission effectue aussi ses propres recherches pour savoir si le titulaire du droit d'auteur est bel et bien introuvable. Dans 21 % des cas, nos recherches permettent de retrouver le titulaire du droit d'auteur, de sorte qu'il n'est pas nécessaire de délivrer la licence. À noter que ce pourcentage ne concerne que les dossiers ouverts. Dans de nombreux cas, nous aidons à retrouver les titulaires avant l'ouverture d'un dossier.

Je note au passage que la Commission fait une distinction entre les titulaires introuvables et ceux qui sont injoignables. Il arrive parfois que la Commission ou le demandeur sache précisément qui est le titulaire du droit d'auteur et où le trouver. Toutefois, si la personne refuse carrément de répondre aux appels téléphoniques ou aux courriels, la Commission ne peut rien faire. Un bon exemple est celui de J. D. Salinger, qui vit reclus et demeure injoignable, mais qui n'est pas introuvable pour autant; il y a aussi celui de Robert Campeau, qui, on le sait, se trouve à Ottawa, mais demeure injoignable.

Cinquièmement, la Commission fixe les modalités selon lesquelles elle délivre les licences. En général, les licences contiennent des dispositions prévoyant l'utilisation permise, le prix à payer pour cette utilisation, les crédits applicables ainsi que la date d'expiration de la licence, comme pour toute licence en matière de propriété intellectuelle. Une licence type pourrait, par exemple, autoriser la reproduction non exclusive d'un nombre précis d'exemplaires au Canada seulement.

Sixièmement, la *Loi* prévoit que la Commission *peut* délivrer une licence lorsque les conditions énoncées à l'article 77 sont respectées. En d'autres mots, la Commission n'a pas l'obligation stricte de le faire, même lorsque toutes les conditions sont respectées. En général, lorsque la demande parvient ce stade, la Commission se met à la place du titulaire du droit d'auteur introuvable et se demande s'il s'agit d'une utilisation à laquelle il aurait naturellement consenti par licence, ou à laquelle il se serait au contraire opposé en raison de la nature commerciale de l'utilisation, du caractère rétroactif de la licence ou de considérations concernant les droits moraux sur l'œuvre. Par exemple, la Commission devrait-elle délivrer à une association d'éleveurs de bétail en l'Alberta une licence pour l'utilisation d'une chanson qui a été composée par un végétarien pur et dur? Pour s'assurer de prendre des décisions judicieuses, la Commission s'appuie en bonne partie sur les pratiques ayant cours dans le secteur d'activité visé.

Comment la Commission fixe-t-elle le prix d'une licence? Elle utilise normalement le taux du marché pour l'utilisation prévue. Ce taux du marché peut facilement être établi à partir d'un marché reconnu (ex. : la publication de romans) ou de redevances généralement perçues par une société de gestion (ex. : SODRAC et CMRRA pour les licences de reproduction mécanique).

Parmi les moyens pris par la Commission pour composer avec les enjeux liés à l'octroi des licences, il en a qui ont soulevé une certaine controverse. L'un d'entre eux est la participation de sociétés de gestion au processus d'octroi des licences, en particulier en ce qui a trait aux redevances qu'elles perçoivent.

Depuis le début, la Commission a toujours eu l'intention de faire participer les sociétés de gestion au processus visant à établir si le demandeur a fait son possible, dans les circonstances, pour retrouver le titulaire du droit d'auteur. L'hypothèse était – et demeure – que les sociétés de gestion sont probablement les mieux placées pour déterminer le lieu où se trouve le titulaire du droit d'auteur. D'ailleurs, cette hypothèse s'est avérée dans bon nombre de cas. Par exemple, Access Copyright est souvent en mesure d'aider un intéressé à retrouver un titulaire de droit d'auteur avant même qu'une demande en règle ne soit déposée. La Commission a signé deux protocoles d'entente, l'un avec Access Copyright et l'autre avec COPIBEC, lesquels définissent l'appui que fournissent les sociétés de gestion à la Commission. Bien entendu, la Commission conserve son pouvoir discrétionnaire de suivre ou non les recommandations formulées par ces dernières.

L'aspect le plus controversé des rapports entre la Commission et les sociétés de gestion concerne le paiement des redevances aux termes des licences. Celles-ci traitent du paiement des redevances d'une des deux façons suivantes. Dans certains cas, le demandeur n'est tenu de payer des redevances que si le titulaire du droit d'auteur les réclame. Si ce n'est pas le cas, la licence est par conséquent gratuite. Dans la plupart des cas, il s'agit d'utilisations relativement limitées ou d'œuvres susceptibles d'appartenir au domaine public.

Dans d'autres cas, la Commission exige, comme condition d'octroi d'une licence, que les redevances fixées par la Commission soient versées à une société de gestion (qui gère habituellement le type d'utilisation visé par la licence). La société de gestion peut alors utiliser les redevances comme bon lui semble, pourvu qu'elle s'engage à les verser au titulaire du droit d'auteur si celui-ci en fait la demande dans les cinq années suivant l'expiration de la licence.

Entre 1990 et 2006, la valeur totale des licences délivrées par la Commission était d'environ 50 000 \$ (CAN). Ce montant ne tenait pas compte des licences exigeant des taux de redevances à tant de cents par exemplaire.

Or, cette démarche ne fait pas l'unanimité. D'aucuns, comme le spécialiste David Vaver, ont soutenu que la Commission n'a pas le pouvoir d'exiger que des redevances soient versées à une personne qui n'y a pas clairement droit. Lorsque le titulaire du droit d'auteur ne se manifeste pas, aucune redevance ne devrait être exigée. La Commission a cependant choisi d'aborder la situation différemment. À notre avis, les demandeurs ne devraient pas pouvoir profiter des avantages que confère une licence sans devoir payer pour l'obtenir. Nous partons de l'hypothèse selon laquelle,

s'ils avaient le choix, les titulaires du droit d'auteur en général préféreraient que les droits de licence soient payés à des auteurs se trouvant dans une situation similaire à la leur, plutôt que de rester dans les poches des personnes qui utilisent leurs œuvres. Par ailleurs, si les utilisateurs sont susceptibles de devenir introuvables, comme les titulaires du droit d'auteur, les sociétés de gestion, elles, le deviennent rarement.

Je dois dire, au passage, qu'il arrive que les titulaires introuvables se manifestent après qu'une licence a été délivrée. Les sociétés de gestion publient régulièrement des avis de recherche pour obtenir des renseignements sur les titulaires introuvables. Récemment, la fille d'un auteur décédé, seule héritière, a demandé le paiement des redevances fixées par la Commission après avoir appris par hasard qu'une licence avait été délivrée pour l'utilisation d'une de « ses » œuvres.

Le régime de l'article 77 est-il vraiment utile? Difficile de le dire. Le traitement des demandes de licence visant des utilisations limitées prend certes beaucoup de temps. Comme je l'ai mentionné, la somme des redevances payables aux termes des licences délivrées par la Commission au fil des ans est bien en deçà de 75 000 \$. Cependant, le régime de l'article 77 a été particulièrement efficace pour le traitement des demandes visant un grand nombre d'œuvres. Par exemple, la Commission a eu l'occasion de délivrer une série de licences visant des milliers de titres d'œuvres sur une période donnée. Ces licences permettaient à un institut affilié à la Bibliothèque nationale de créer des microfiches pour tout le patrimoine documentaire connu pour la période allant des années 1900 à 1920, sans enfreindre le droit d'auteur. Cette façon de faire pourrait en fait devenir la norme. Des employés de la Commission et de Bibliothèque et Archives Canada ont d'ailleurs eu l'occasion de discuter de la possibilité de délivrer une série de licences pour faciliter la création de la plus grande bibliothèque numérique au Canada.

En outre, certaines personnes soutiennent qu'il est souhaitable qu'un mécanisme quelconque puisse permettre aux utilisateurs éventuels de se conformer à la loi lorsqu'il est impossible de communiquer avec le titulaire du droit d'auteur, car un tel mécanisme, de par sa nature, permet d'accroître le respect du droit d'auteur.

Bien entendu, il demeure à vous d'en discuter et de vous faire votre propre idée.

Avant de terminer mon allocution, je me dois de mentionner que c'est grâce au dévouement et au travail acharné de nos professionnels et de notre personnel de soutien que la Commission arrive à faire son travail. Cela dit, notre effectif est tout de même insuffisant. Il nous faudrait embaucher d'autres avocats, d'autres économistes ainsi que du personnel de soutien supplémentaire au secrétariat et au greffe de la Commission. J'ai fait connaître mon point de vue à ce sujet, mais la situation demeure inchangée à ce jour.

Comme les fois précédentes, je me réjouis d'avoir été des vôtres et j'espère que mon bref exposé aura été utile.