

ÉLÉMENTS DE PROTECTION CANADIENNE DE L'ACTIVITÉ CRÉATRICE DES ARTISTES-INTERPRÈTES DU DOMAINE SONORE

Étude réalisée pour le ministère du Patrimoine canadien*

Par Jean-Arpad FRANÇAIS**



Avec la contribution de
Geneviève BARSALOU***



Joli-Cœur, Lacasse
Geoffrion, Jetté, St-Pierre
AVOCATS

Version finale 23 mars 2006

CH44-77/2006F-PDF
ISBN : 0-662-72306-6

* Financée par le ministère du Patrimoine canadien (PCH), cette étude ne représente pas les politiques ni les perspectives du ministère ou du Gouvernement du Canada.

**LL.B (U. de Montréal); LL.M (McGill); D.E.A. *Droit économique* (Nice Sophia-Antipolis). L'auteur est membre du Barreau du Québec et avocat chez Gowling Lafleur Henderson, s.r.l., au bureau de Montréal.

L'auteur exprime sa vive reconnaissance à Me Luc-André Vincent, Chef principal de projets à la Direction générale de la politique du droit d'auteur, PCH. Il remercie également Me Thierry Carrière, Mmes Linda Ramsay, Chantal Bélanger, Me Luana Ann Church et le Dr. Stéphane Pessina Dassonville.

*** LL.B (U. de Montréal); LL.M (McGill). L'auteure est membre du Barreau du Québec et avocate chez Jolicoeur, Lacasse, Geoffrion, Jetté, St-Pierre au bureau de Montréal.

TABLE DES MATIÈRES*

*Les parties 1, 2, 3 et 4 ont été rédigées par Jean-Arpad Français.
La partie 5 (Annexe) a été rédigée par Geneviève Barsalou.

1.	PROLÉGOMÈNES.....	1
2.	EFFETS DE LA RÉFORME SUR LES RAPPORTS INDIVIDUELS.....	19
2.1.	Les contrats de service sans cession de droits sur une prestation	20
2.1.1.	Historique du regime d'éviction.....	20
2.1.2.	Considérations.....	31
2.2.	Les contrats de service avec cession de droits sur une prestation	41
2.3.	Le contrat de travail	45
3.	EFFETS DE LA RÉFORME SUR LES RÉGIMES COLLECTIFS	46
3.1.	Les régimes collectifs encadrant les relations de travail	46
3.2.	La gestion collective et ses régimes	54
3.2.1.	La répartition des régimes de gestion collective en question	55
3.2.2.	Le recours à la gestion collective des droits en question.....	61
4.	OPTIONS COMPLÉMENTAIRES QUANT AUX EFFETS DE LA RÉFORME	63
4.1.	Les régimes d'encadrement de transfert des droits	65
4.1.1.	Les règles de forme.....	66
4.1.2.	Les règles d'interprétation favorable et d'ordre public	67
4.1.3.	Les règles limitatives de transfert	68
4.1.4.	Les règles de rattachement au droit du travail.....	70
4.1.5.	Le droit à rémunération général.....	71
4.2.	Les limites du régime d'encadrement de transfert de droits.....	74
5.	ANNEXE : ÉLÉMENTS DE PROTECTION COMPARÉS	80
	ARTICLE 1 - OBJET DU CONTRAT	80
	ARTICLE 2 - DURÉE DU CONTRAT	82
	ARTICLE 3 - EXCLUSIVITÉ	83
	ARTICLE 4 - ENREGISTREMENTS	84
	ARTICLE 5 - ENGAGEMENTS DU PRODUCTEUR	85
	ARTICLE 6 - BUDGET DE PRODUCTION	86
	ARTICLE 7 - PROMOTION	87
	ARTICLE 8 - PROPRIÉTÉ DES BANDES MAÎTRESSES ET DURÉE D'EXPLOITATION.....	89
	ARTICLE 9 - REDEVANCES	89
	ARTICLE 10 - AVANCES	92
	ARTICLE 11 - CALCUL ET PAIEMENT DES REDEVANCES	92
	ARTICLE 12 - VIDEOCLIPS.....	95
	ARTICLE 13 - REPRÉSENTATIONS ET GARANTIES.....	96
	ARTICLE 14 - FIN DU CONTRAT	96
	ARTICLE 15 - CESSIBILITÉ	97
	ARTICLE 16 - DROITS VOISINS / DROIT D'UTILISATIONS SECONDAIRES	97
	ARTICLE 17 - AUTRES DISPOSITIONS	99

ÉLÉMENTS DE PROTECTION CANADIENNE DE L'ACTIVITÉ CRÉATRICE DES ARTISTES-INTERPRÈTES DU DOMAINE SONORE

*Jean-Arpad Français**

« L'art et la créativité constituent l'essence de la diversité, et la diversité la source de l'harmonie. L'unisson absolu ne produit pas l'harmonie, mais l'harmonie a besoin de certaines lois, de règles, de proportions, de bon goût, qui règlent les dissonances et les consonances »¹

1. PROLÉGOMÈNES

Alors que certaines sociétés post-modernes s'organisent en fonction de logiques de masses qui visent des objectifs les plus consensuels possibles aux fins d'atteindre un bien-être généralisé convenu, l'on assiste, semble-t-il, à des effets d'uniformisation qui se manifestent à différents plans. Par exemple, on remarque dans certaines zones géographiques à forte densité de population, la présence invariable de grands ensembles architecturaux homogènes qui sont susceptibles de donner à celui qui les traverse, observateur contestataire ou non, le sentiment, paradoxal, de parcourir un désert². Cet « unisson » presque « absolu » paraît aux antipodes de l'harmonie, si l'on adhère à l'idée que la diversité est la source de l'harmonie. Dans cette optique, l'art et la créativité à l'origine de la diversité peuvent devenir des enjeux d'importance tant ils sont susceptibles de freiner l'expansion d'une certaine désertification culturelle³.

* Les propos qui suivent n'engagent que leur auteur et ne constituent d'aucune façon une opinion juridique ou la position de Gowling Lafleur Henderson, s.r.l. Questions et commentaires peuvent être adressés à jean-arpad.francais@gowlings.com. L'auteur exprime sa vive reconnaissance à Me Luc-André Vincent, Chef principal de projets à la Direction générale de la politique du droit d'auteur, PCH, qui est à l'origine de cette étude et dont les observations ont permis d'améliorer son contenu final. La contribution de Me Thierry Carrière, avocat chez Gowling Lafleur Henderson, vis-à-vis certains aspects du régime collectif des relations de travail doit être mentionnée. De sincères remerciements sont par ailleurs adressés au docteur Stéphane Pessina Dassonville, Maître de conférences à l'Université de Rouen, qui nous a aimablement accordé l'autorisation de consulter sa thèse de doctorat alors en voie de publication. Des remerciements non moins sincères sont adressés à Mmes Linda Ramsay et Chantal Bélanger ainsi qu'à Me Luana Ann Church pour leur aide à la recherche.

¹ Lord Yehudi Menuhin, « L'art et la créativité sont les sources de la diversité » dans *L'art et la société – Nouvelles technologies, financement et éducation artistique*, UNESCO, 1999.

² Voir R. Harris, *Creeping conformity: How Canada Became Suburban, 1900-1960*, Toronto, University of Toronto Press, 2004 (« The transformation of Canada into a suburban nation eventually led to a suppression of diversity »).

³ Voir aussi dans des termes similaires Déclaration finale, UNESCO, *Congrès Mondial sur l'application de la recommandation relative à la condition de l'artiste*, CLT/CONF/206/9, Paris 20 juin 1997 :

« Nous sommes conscients que la tendance à l'uniformisation des modes de pensée et des productions culturelles qui est souvent le fait de considérations de rentabilité maximale et immédiate, constitue un danger pour la diversité de la création », <http://unesdoc.unesco.org/images/0010/001090/109018fb.pdf>.

C'est peut-être à ce titre que l'on justifie le déploiement de politiques culturelles prenant en considération les créateurs, la création et le rôle qu'est susceptible de jouer le droit dans le concert des « dissonances et des consonances » auquel ces premiers participent⁴.

À l'aube de la ratification par le Canada des traités de l'OMPI sur le droit d'auteur (« WCT ») et sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes (« WPPT »)⁵, il s'agit de faire le point sur les éléments de protection de l'activité créatrice et la place des artistes-interprètes dans le contexte canadien. La *Loi sur le droit d'auteur* (« LDA »)⁶ a intégré des dispositions en faveur des artistes-interprètes en 1994⁷, en 1997⁸ et, aujourd'hui, à l'occasion de la réforme amorcée par le Projet de loi C-60⁹. Ces dispositions sont venues compléter un régime de protection fondé sur le droit commun¹⁰ et des lois particulières : la *Loi sur le statut professionnel et les conditions d'engagement des artistes de la scène, du disque et du cinéma* (« LSAQ »)¹¹ et la *Loi sur le statut de l'artiste* (« LSAVC »)¹², dont l'application relève de tribunaux spécialisés, soit la Commission de reconnaissance des associations d'artistes et des associations de producteurs (« CRAAAP ») et le Tribunal canadien des relations professionnelles artistes-producteurs (« TCRPAP »). Ces lois ont pour objectif d'encadrer les relations de travail non-

⁴ Pour un énoncé de principes de politique culturelle, voir Déclaration finale, *ibid.*; Au Canada, en matière de droit d'auteur, voir Gouvernement du Canada, *Déclaration gouvernementale sur les propositions pour la réforme du droit d'auteur*, www.pch.gc.ca/progs/ac-ca/progs/pda-cpb/reform/statement_f.cfm, précédée par *Stimuler la culture et l'innovation – Rapport sur les dispositions et l'application de la Loi sur le droit d'auteur*, 2002 (« Rapport art. 92 »), <http://strategis.ic.gc.ca/epic/internet/incrp-prda.nsf/fr/rp00863f.html>; *Une charte des droits des créateurs et créatrices*, Rapport du sous-comité sur la révision du droit d'auteur, Comité permanent des communications et de la culture, Chambre des communes, octobre 1985, 150 p. à la p. 53; Livre blanc sur le droit d'auteur, *De Gutenberg à Télidon*, Ministère des approvisionnements et services Canada, 1984, 113p. à la p. 11; AA. Keyes & C. Brunet, *Le droit d'auteur au Canada. Propositions en vue d'une révision de la loi*, Ministère des approvisionnements et services Canada, 1977, 245 p. à la p. 116; Rapport de la Commission Ilsley, Commission royale sur les brevets, le droit d'auteur, les marques de commerce et le dessin industriel, Ottawa, 1957.

⁵ Traité OMPI sur le droit d'auteur, conclu à Genève le 20 décembre 1996, entré en vigueur le 6 mars 2002 à la suite de sa ratification par 30 pays; 56 États membres au 15 octobre 2005; Traité OMPI sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes, conclu à Genève le 20 décembre 1996, entré en vigueur le 20 mai 2002 à la suite de sa ratification par 30 pays; 55 États membres au 15 octobre 2005, www.ompi.int/copyright/fr/treaties.htm.

⁶ L.R.C. 1985, ch. C-42. Voir E. Mackaay & Y. Gendreau (dir.), *Législation canadienne en propriété intellectuelle*, Toronto, Carswell, 2005.

⁷ *Loi de mise en œuvre de l'Accord sur l'Organisation mondiale du commerce*, L.C. 1994, ch. 47.

⁸ *Loi modifiant la Loi sur le droit d'auteur*, L.C. 1997, ch. 24. Voir not. Y. Gendreau, « La protection des droits voisins des artistes-interprètes au Canada à l'aune du traité OMPI de 1996 » dans Actes du Congrès de l'ALAI, *Les droits des créateurs dans la société de l'information*, Budapest, 14-17 sept. 2003, Budapest, KJK Kerszöv à la p. 801 (« ALAI Budapest »).

⁹ Projet de loi C-60, *Loi modifiant la Loi sur le droit d'auteur*, première lecture le 20 juin 2005 en Chambre des communes, Première session, trente huitième législature 53-54 Elizabeth II, 2004-2005. www.parl.gc.ca/38/1/parlbus/chambus/house/bills/government/C-60/C-60_1/C-60_cover-F.html. Le projet de loi C-60 est mort-né suite à la dissolution de la Chambre des communes le 29 novembre 2005.

¹⁰ Voir Y. Gendreau, *op. cit.*, citant le recours aux dispositions du droit civil, par exemple, « lorsque l'on utilisait leurs interprétations à mauvais escient » et la décision *Pagliari c. Avantis*, (1997) 84 C.P.R. (3d) 149 (C.A. Qué.); voir aussi S. Gilker, « Les artistes exécutants et interprètes et le nouveau Code civil du Québec » (1995) 8-1 C.P.I. 91.

¹¹ L.R.Q., ch. S-32.1. Voir Y. Gendreau, *op. cit.*

¹² L.C. 1992, ch. 33; L.R.C. 1985, ch. S-19.6. Voir Y. Gendreau, *op. cit.*

salarié et de « [...] répondre à une même préoccupation : établir et mettre en œuvre un régime particulier de relations de travail, adapté au contexte particulier des travailleurs culturels »¹³.

Le constat que les éléments de protection de l'activité des artistes-interprètes aient d'abord été articulés autour du droit du travail plutôt que du droit d'auteur tient peut-être au fait que l'interprétation est de l'essence du vivant¹⁴. C'est essentiellement sous l'impulsion de découvertes technologiques permettant l'enregistrement du son et sa restitution que les artistes-interprètes, « [c]oncurrencés par l'exploitation de leurs propres interprétations, [...] ont logiquement aspiré à gagner leur vie en ne limitant pas leur source de revenus aux seules prestations vivantes mais en recevant une rémunération toutes les fois que le produit de leur travail était utilisé »¹⁵. Étonnamment, dans certaines situations, l'existence d'un régime de protection sociale relevant du droit du travail a pu être la cause du retard dans la reconnaissance d'un droit de propriété intellectuelle sur l'interprétation¹⁶.

Il demeure que la notion d'interprétation, son objet, sa nature et son critère ont été peu étudiés¹⁷. Pourtant, ces aspects revêtent une importance qui ne doit pas être négligée. Ainsi, il

¹³ L.A. Léger, « Lois sur le statut de l'artiste – Une approche constitutionnelle ou l'art de l'ubiquité » (1993) 5 *C.P.I.* 7; voir Y. Gendreau, *op. cit.*

¹⁴ L'interprétation n'est pas définie dans le WPPT alors que celui-ci prévoit des droits aussi bien sur l'« interprétation » que l'« exécution » (voir art. 5 WPPT).

En droit canadien, l'interprétation n'est pas non plus définie. La LDA (art. 2) fait référence à la « prestation », soit :

Selon le cas, que l'œuvre soit encore protégée ou non et qu'elle soit déjà fixée sous une forme matérielle quelconque ou non :

- a) l'exécution ou la représentation d'une oeuvre artistique, dramatique ou musicale par un artiste-interprète;*
- b) la récitation ou la lecture d'une oeuvre littéraire par celui-ci;*
- c) une improvisation dramatique, musicale ou littéraire par celui-ci, inspirée ou non d'une oeuvre préexistante.*

L'« exécution » ou la « représentation » est définie par la LDA (art. 2) dans les termes suivants :

Toute exécution sonore ou toute représentation visuelle d'une oeuvre, d'une prestation, d'un enregistrement sonore ou d'un signal de communication, selon le cas, y compris l'exécution ou la représentation à l'aide d'un instrument mécanique, d'un appareil récepteur de radio ou d'un appareil récepteur de télévision.

L'article 15 LDA confère un droit à l'artiste-interprète sur sa « prestation ». En droit français, le *Code de la propriété intellectuelle* fait aussi bien référence à l'« interprétation » (art. L. 211-4 : durée des droits, L. 212-2 : droit moral) qu'à la « prestation » (art. L. 212-3 : droit d'autoriser la fixation, la reproduction et la communication au public). Le lien évident entre la notion d'« artiste-interprète » et l'« interprétation » justifie que l'on utilise invariablement les deux expressions (« prestation » et « interprétation ») pour les fins de la présente étude.

¹⁵ S. Pessina Dassonville, *L'artiste-interprète salarié*, Presses universitaires d'Aix-Marseille (PUAM), 2006, préface Professeur Michel Vivant, avant-propos Professeur Alain Supiot, n°67; voir M. T. Sundara Rajan, « The "New Listener" and the Virtual Performer: The Need for a New Approach to Performers' Rights » dans *In the Public Interest – The Future of Canadian Copyright Law*, M. Geist (ed.), Toronto, ON, Irwin Law, 2005 aux pp. 309 et s.; voir aussi R. Khouzam, « L'évolution des droits voisins et le réalisateur de son (re)définition d'un statut juridique » (2000) 13-1 *C.P.I.* 95.

¹⁶ S. Pessina Dassonville, *ibid.*, étudiant la situation en France.

¹⁷ Ceci n'est pas seulement vrai dans le contexte canadien. Voir cependant É. Lefebvre, « Les droits des artistes-interprètes sur leur prestation : de la Convention de Rome au projet de loi C-32 » (1998) 11-1 *C.P.I.* 33; R. Khouzam, *op. cit.*

est important d'affirmer la différence entre l'interprétation et l'œuvre¹⁸. En effet, si l'interprétation peut être assimilée à une œuvre – « dérivée »¹⁹, le cas échéant²⁰ – il n'y aurait plus, en principe, de véritable justification à reconnaître des droits spécifiques aux artistes-interprètes²¹.

¹⁸ Voir S. Pessina Dassonville, *op. cit.* et la référence à F. Gotzen, *Le droit des artistes-interprètes et exécutants dans la CEE*, Étude élaborée à la demande de la Commission des communautés européennes.

¹⁹ L'emploi des guillemets s'explique par le fait que la notion d'œuvre dérivée n'est pas formellement reconnue dans la LDA. Cependant, il y a été fait référence à plusieurs occasions. Voir J.S. McKeown, *Fox Canadian Law of Copyright and Industrial Designs*, Scarborough, ON, 3^{ème} éd., 2000 aux pp. 63 à 66; voir *Théberge c. Galerie d'Art du Petit Champlain inc.*, [2002] 2 R.C.S. 336, au para. 73 :

Je dois souligner que, même si notre loi ne contient pas de notion explicite et distincte d'« œuvre dérivée », les mots « produire ou reproduire [. . .] l'œuvre, sous une forme matérielle quelconque » figurant au par. 3(1) confèrent aux artistes et aux auteurs le droit exclusif de contrôler la préparation des œuvres dérivées comme le prospectus du syndicat qui incorporait et multipliait le bonhomme Michelin dans l'affaire Michelin, précitée. Voir généralement McKeown, op. cit., p. 64. Dans King Features Syndicate, Inc. c. O. and M. Kleeman Ltd., [1941] A.C. 417 (H.L.), on a jugé, par application d'une disposition législative anglaise semblable au par. 3(1) de notre loi, qu'une poupée non autorisée du personnage de bande dessinée « Popeye le marin » violait le droit d'auteur de la partie demanderesse, c.-à-d. que le personnage en deux dimensions avait été reproduit sans autorisation sous une forme tridimensionnelle. Voir également W. J. Braithwaite, « Derivative Works in Canadian Copyright Law » (1982), 20 Osgoode Hall L.J. 191, p. 203. Néanmoins, dans la mesure où l'intimé veut étendre la portée de la protection accordée par le par. 3(1) en l'interprétant comme s'il contenait les mots « refaçonnée, transformée ou adaptée » comme source indépendante d'un droit, c'est le législateur et non la Cour qui peut répondre à sa demande.

²⁰ Il est permis d'imaginer qu'une œuvre « dérivée » existe en pratique dans la mesure où l'apport de l'interprète est suffisamment original et où l'existence d'une licence (implicite et non exclusive ou générale volontaire) portant sur l'œuvre « dérivée » serait constatée. En effet, l'interprétation de l'œuvre est nécessaire pour que celle-ci s'exprime totalement et produise un effet qui dépasse celui qui caractérise l'existence passive d'une partition écrite (cf. *infra*). À cet égard on relèvera une particularité dans la LDA : à son art. 2, il est indiqué qu'une « prestation » s'entend d'« une improvisation dramatique, musicale ou littéraire [...], inspirée ou non d'une œuvre préexistante » alors qu'en anglais « 'performer's performance' means any of the following when done by a performer : ...c) an improvisation of a dramatic work, musical work or literary work, whether or not the improvised work is based on a pre-existing work ». En logique, on comprend qu'une prestation improvisée est une œuvre et ce, même si l'improvisation est inspirée d'une œuvre préexistante. Par conséquent, si l'improvisation est inspirée d'une œuvre préexistante, on pourrait conclure qu'il s'agit d'une « interprétation » mais aussi d'une œuvre. La question n'est pas nouvelle et d'aucuns ont écrit qu'entre l'œuvre et l'interprétation, « la frontière reste poreuse », notamment si on a recours à l'originalité comme critère de l'interprétation, A. & H.-J. Lucas, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, Paris, Litec, 2^{ème} éd., 2001 à la p. 628. En droit canadien, l'originalité n'est pas un critère de la protection de la prestation. Le professeur Vaver, tout en écrivant que « [e]ven though performers are like authors, and indeed, when spontaneously improvising, can be authors [...] », rappelle néanmoins que les justifications en dehors de ce cas sont différentes; voir D. Vaver, *Intellectual Property Law*, Concord, ON, Irwin Law, 1997 à la p. 23. Pourtant, la reconnaissance de droits moraux aux artistes-interprètes est susceptible de renforcer l'idée de « porosité » de la frontière entre l'œuvre et l'interprétation, entre l'auteur et l'interprète. En ce sens, voir M. T. Sundara Rajan, *op. cit.* à la p. 327 :

Like the improvement in term of protection for performances, the introduction of moral rights for performers signifies an attempt to bring greater recognition and status to their creative work. If term represents a quiet revolution, however, moral rights are a noisy explosion of festivities. No aspect of copyright law is more expressive of the special, and somewhat mystical, nature of creative authorship; no aspect is more closely guarded as the exclusive preserve of authors. [...] The decision to extend these rights to performers

Par ailleurs, c'est seulement lorsque l'interprétation acquiert une autonomie juridique, en intégrant une catégorie telle celle des biens, qu'elle peut entrer dans le commerce juridique, c'est-à-dire faire l'objet de réservation et de transfert au titre d'un droit de propriété sur un bien, en l'occurrence, meuble incorporel²².

En outre, il est utile d'identifier le critère de l'interprétation afin de déterminer celle qui sera éligible à la protection par un droit de propriété intellectuelle. À ce propos, d'aucuns considèrent que l'interprétation nécessite un apport créatif et artistique marqué de l'empreinte de l'artiste-interprète²³. L'étendue de cette empreinte serait de nature à lui conférer une certaine originalité²⁴. Inversement, certaines catégories de participants au processus artistique remplissant des fonctions par nature dénuées de dimension créatrice ne seraient pas éligibles à des droits d'auteur sur leur contribution²⁵.

means that, if only at a "spiritual" level, they have attained a degree of equality with authors.

²¹ Pourtant, le cumul, indépendamment de tout transfert, par un même sujet, de droits relevant de la Partie I LDA (Droit d'auteur et droits moraux sur les œuvres) et de droits relevant de la Partie II LDA (Droit d'auteur sur les prestations, enregistrements sonores ou signaux de communication) n'est pas inattendu en droit canadien. Par exemple, les organismes de radiodiffusion, bénéficiant de l'inclusion de la compilation dans la définition d'œuvre, tirent parti de droits de la Partie I (cf. droit sur le programme ou « journée de radiodiffusion ») alors qu'ils bénéficient par ailleurs de droits de la Partie II (cf. droits sur les signaux de radiodiffusion, etc.); à ce sujet, voir Jean-Arpad Français, « De l'adaptabilité des droits des organismes de radiodiffusion à l'adaptation du droit d'auteur » (2004) 16-3 *C.P.I.* 659.

²² Voir S. Pessina Dassonville, *op. cit.*; voir aussi D.-C. Lamontagne, *Biens et propriété*, Cowansville, Yvon Blais, 2^{ème} éd., 1995, N°108 à la p.47; voir aussi *Bishop c. Stevens*, [1990] 2 R.C.S. 467 à la p.479 : "[d]ès qu'une oeuvre a été enregistrée, son enregistrement acquiert une sorte d'autonomie".

²³ Voir S. Pessina Dassonville, *op. cit.*; voir É. Lefebvre, *op. cit.*; voir R. Khouzam, *op. cit.*, qui pose la question de savoir si l'apport du réalisateur de son justifie une protection; voir J.S. McKeown, *Fox Canadian Law of Copyright and Industrial Designs*, Scarborough, ON, 3^{ème} éd., 2000 à la p. 255 : « it appears that in most cases the performer will be distinguished by putting the stamp of their [sic] personality on their performance of the work » et l'auteur de faire référence au *Guide de la Convention de Rome*, Genève, OMPI, 1981 à la p. 21 : « [f]inally, if the convention includes, in a single group, a wide category of persons who communicate works to public, this does not mean that in practice their situations are identical. Some artists put the stamp of their personality on their performance of a work [...]. But it is clear that he must « perform » ... extras of theatre or cinema and those who assume a mere mechanical role (stagehands for example) [are excluded] since their part in the show bears no personal stamp and is marginal or secondary ». Ajoutons que la reconnaissance de droits moraux à l'artiste-interprète est susceptible de consolider cette approche (le droit moral de l'artiste-interprète est prévu à l'art. 5 WPPT) dans la mesure où la théorie du droit moral est fondée sur la reconnaissance de l'expression d'une personnalité. On notera par ailleurs que le Canada n'a pas mis en œuvre le dispositif de l'article 8 de la Convention de Rome qui prévoit qu'un État peut déterminer des modalités en ce qui concerne l'exercice des droits lorsque plusieurs participent à une même exécution. On pourrait ainsi en déduire une volonté de non-immixtion dans les relations entre membres d'un groupe.

²⁴ L'Hon. Sheila Copps, lors de la 3^{ème} lecture du projet de loi C-32 s'adressait à la Chambre dans les termes suivants : « when Shania Twain sings the voice of Shania Twain is what makes that song unique. Up until the passage of this bill Shania Twain was never recognized as the creator of the record or the CD that bore her name. Historically, because of copyright reform almost a decade ago, we paid the person who writes the Shania Twain song but we never paid the singer. Bill C-32 will change that. », 35^{ème} légis., 2^{ème} sess., 20 mars 1997, Hans. 9283 [allocution originale en anglais].

²⁵ Voir J.S. McKeown, *op. cit.* à la p. 255.

Enfin, une métaphysique de l'interprétation favorise une bonne appréciation des possibles justifications théoriques d'un droit sur celle-ci²⁶. La réflexion suivante a été proposée :

L'interprétation doit se définir notamment par rapport à l'œuvre. Or, l'œuvre a ceci de spécifique que son expression s'arrête à sa forme. Il lui faut, pour recevoir protection, revêtir une forme originale, mais cela suffit. Intrinsèquement, un scénario, une composition musicale ou encore la retranscription d'enchaînements de pas de danse sont animés, mais non pas incarnés. Pour toucher le public, être perçus par le public, il faut qu'un artiste-interprète les incarne et exprime ainsi leur âme avec sa propre sensibilité. Or, c'est précisément l'artiste-interprète qui va imprimer à la forme son mouvement par le son et/ou le geste et donner corps à l'œuvre. Ainsi, l'œuvre porte en elle une âme qui en pratique n'est révélée que par l'artiste-interprète. Autrement dit, l'interprétation c'est l'œuvre incarnée, c'est une expression de l'âme de l'œuvre.

Pour le Grand dictionnaire encyclopédique Larousse, outre le fait que l'interprétation est tout autant l'action d'interpréter que le résultat de cette action, c'est spécialement à propos de la musique que ce mot est explicité : « Acte par lequel un exécutant, un groupe d'exécutants ou leur chef, rend sensible au public ce qui n'existe qu'à l'état virtuel dans la partition écrite ».

Et ce dictionnaire de compléter : « Partant des données de l'œuvre musicale notée, l'interprète recrée celle-ci à travers sa pensée propre; cette « re-création » repose donc sur un ensemble de facteurs objectifs ou subjectifs. En dehors de la notation musicale proprement dite et des signes qui s'y rapportent, les indications relatives au dynamisme (intensité, nuances) et à l'agogique (tempo) constituent la base objective essentielle de toute interprétation. La structure de l'œuvre (forme et langage) et son climat historique sont à l'origine du phrasé et du style, par-delà ces cadres primordiaux qui maintiennent le respect de la lettre, intervient la personnalité de l'interprète ».

Quelle est la fonction objective de l'artiste-interprète si ce n'est d'interpréter une œuvre, c'est-à-dire de la recréer à partir de sa formalisation passive, par exemple sous la forme d'une partition ? L'artiste-interprète est le médium actif qui par sa prestation rend l'œuvre sensible au public.

Nous pouvons déjà faire deux constats. D'une part, il n'est pas totalement hérétique d'employer le terme de « création » à l'endroit de la prestation réalisée par un artiste-interprète. D'autre part, l'accent est mis sur l'importance que joue la personnalité de l'artiste-interprète dans le domaine même de la création, concomitamment à la création originelle.

Par ailleurs, il faut se demander si la réflexion menée par Nietzsche sur l'interprétation lato sensu peut trouver un écho dans la présente étude. « Nietzsche a constamment insisté sur deux caractéristiques de l'activité interprétative, à ses yeux essentielles : l'interprétation est toujours créative; (...) il n'y a pas une seule interprétation possible, ce qui signifie que l'être lui-même est foncièrement équivoque ».

Nous ferons nôtre ces deux idées. En outre, il nous faut signaler qu'une partie de la doctrine semble reconnaître que les artistes-interprètes participent à la création intellectuelle, certes sans en être les auteurs mais en jouant un rôle important, car sans eux de nombreuses œuvres (musicales, de théâtre, de cinéma, de danse...) ne

²⁶ « La métaphysique de (qqch.): réflexion systématique sur les fondements d'une activité humaine. La métaphysique du droit », selon le Petit Robert.

*prendraient pas tout leur éclat. De plus, cette idée de re-création est mise en avant pour expliquer que si les auteurs créent, les artistes-interprètes, par le geste, recréent.*²⁷

De cette nécessité d'incarnation de l'œuvre se dégage une dimension humaine qui survit à l'enregistrement sonore et qui continue d'imprégner l'interprétation postérieurement à sa fixation²⁸.

Cette approche qui privilégie l'humain²⁹ contraste avec les logiques d'ordre utilitariste qui ont pu guider les choix de reconnaître des droits aux artistes-interprètes en fonction d'une analyse économique déterminée par le rapport entre les coûts de l'instauration d'un régime de protection et les bénéfices sociaux qui s'ensuivraient³⁰.

Sans exclure ces deux approches, il semble que l'adoption de tels droits par le Canada s'explique surtout par des raisons transcendantales liées aux relations internationales et aux ententes multilatérales auxquelles le Canada est partie, telles que l'*Accord sur les aspects des*

²⁷ S. Pessina Dassonville, *op. cit.* (références omises). Rendant hommage à l'enregistrement sonore de l'interprétation par Anne Gastinel, violoncelliste, de certaines œuvres de Schubert, D. Van Cauwelaert, romancier, a écrit :

De l'impatiente mélancolie de certains Lieder à l'humour névrotique de La Truite, Anne alterne l'énergie du désespoir et l'allégresse maîtrisée, la jubilation à l'emporte-pièce et la tristesse en fusion, bousculant parfois les canons de l'exécution pour laisser, par l'alchimie des caractères et des sensibilités, le compositeur créer à travers elle – c'est-à-dire mettre en relief un aspect délaissé, réveiller une intention, faire remonter à la surface une émotion enfouie. Anne Gastinel n'est pas une exécutante, mais une interprète, comme on le dit pour les traducteurs, illustrant la généreuse sentence dont Verdi gratifia un jour un musicien : « Je n'aurais jamais joué mon œuvre de cette façon, mais c'est vous qui avez raison ».

Anne Gastinel et Claire Désert, *Schubert Arpeggione*, Naïve, 2005 (Disque Compact).

²⁸ Ce principe a été implicitement reconnu à travers le problème de la distinction entre l'œuvre musicale et l'interprétation, lequel avait conduit les tribunaux canadiens à refuser une protection à l'œuvre musicale lorsque celle-ci était retransmise par radiodiffusion. Selon les tribunaux, ce n'était pas l'œuvre sous forme de partition qui était retransmise mais son interprétation. Ceci avait provoqué des modifications législatives de façon à ne pas limiter la définition d'œuvre à une fixation écrite. Voir Y. Gendreau, « Exporting Copyright Models: The Canadian Retransmission Regime and the Internet » (2003) 16 *I.P.J.* 547 aux pp. 551-552. Cet épisode historique semble mettre en relief l'idée que l'œuvre musicale n'existe en dehors de la partition que par l'interprétation.

²⁹ Ni entièrement naturaliste ou personnaliste, cette approche semble davantage d'ordre humaniste, voire ontologique. Pour une justification des droits d'auteur fondée sur les droits de l'homme et les libertés fondamentales, voir F. Dessemontet, « Copyright and Human Rights » in *Intellectual Property and Information Law*, J.J.C. Kabel (ed.), The Hague, Kluwer Academic Publishers, 1998 à la p.113; C. Geiger, *Droit d'auteur et droit du public à l'information – Approche de droit comparé* (préface de Michel Vivant), collection Le droit des affaires – Propriété intellectuelle (Paris, Litec / IRPI, 2004), 442p.; voir aussi du même auteur, « Fundamental Rights, a Safeguard for the Coherence of Intellectual Property Law » (2004) 35 *I.I.C.* 268; « Right to Copy v. Three-Step Test – The Future of the Private Copy Exception in the Digital Environment » (2005) 1 *CRi* 7; voir aussi J. Boncompain, « Droit d'auteur – Droit de l'homme (Droit d'auteur ou prétention?) » (1982) 2.1 *R.C.D.A.* 6.

³⁰ Voir R. Khouzam, *op. cit.*; Conseil économique du Canada, *Rapport sur la propriété intellectuelle et industrielle*, Ottawa, Information Canada, 1971, 252p.; S. Globerman & P.M. Rothman, *Analyse économique du droit d'artiste-interprète, Étude en vue de la révision de la Loi sur le droit d'auteur*, Direction de la recherche et des affaires internationales, Ottawa, Consommation et Corporations Canada, 1981, 137p.; voir aussi Australian Federal Bureau of Transport and Communications, *Economic Effects of Extended Performers' Rights - Paper prepared for the Department of Communications and the Arts*, Canberra, Department of Communications and the Arts, 1996.

droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (« ADPIC ») relié à l'Organisation mondiale du commerce (« OMC ») et l'Accord de libre échange nord-américain (« ALÉNA »)³¹.

En 1997, le Projet de loi C-32 a intégré en droit interne le régime de protection de la *Convention internationale sur la protection des artistes interprètes ou exécutants, des producteurs de phonogrammes et des organismes de radiodiffusion*, conclue à Rome en 1961 (« Convention de Rome »)³². Alors que cette modification législative instituait un régime propre aux ressortissants des pays membres de l'OMC³³ et un régime propre aux ressortissants des pays membres de la Convention de Rome³⁴, les fondements de ce dernier étaient présentés lors de

³¹ Sur le déterminisme opéré par ces accords, voir Y. Gendreau, « La protection des droits voisins des artistes-interprètes au Canada à l'aune du traité OMPI de 1996 » dans ALAI Budapest; Y. Gendreau, « Nouveau visage pour la loi canadienne sur le droit d'auteur » (1997) 76 *Rev. Bar. Can.* 384; voir aussi I. Bernier & A. Malépart, « Les dispositions de l'Accord de libre-échange nord-américain relatives à la propriété intellectuelle et la clause d'exemption culturelle » (1994) 6-2 *C.P.I.* 139; sur l'ALÉNA et le droit d'auteur, voir V. Nabhan « L'Accord de libre-échange nord-américain et sa mise en œuvre en matière de droit d'auteur » (1993) 6-1 *C.P.I.* 9; V. Nabhan, « L'Accord de libre-échange et le droit d'auteur – Perspective canadienne » (1994) 161 *R.I.D.A.* 99.

³² http://www.wipo.int/treaties/fr/ip/rome/trtdocs_wo024.html.

³³ Art. 26 LDA :

(1) *L'artiste-interprète dont la prestation a lieu après le 31 décembre 1995 dans un pays membre de l'OMC a, à compter de la date de la prestation, un droit d'auteur qui comporte le droit exclusif, à l'égard de sa prestation ou de toute partie importante de celle-ci :*

a) si elle n'est pas déjà fixée, de la communiquer au public par télécommunication et de la fixer par enregistrement sonore;

b) si elle est fixée au moyen d'un enregistrement sonore sans son autorisation, de reproduire la totalité ou toute partie importante de la fixation.

Il a aussi le droit d'autoriser ces actes.

(2) *Toutefois, si la prestation a lieu après le 31 décembre 1995 dans un pays qui devient membre de l'OMC après la date de la prestation, l'artiste-interprète a le droit d'auteur visé au paragraphe (1) à compter de la date d'adhésion.*

(3) *L'artiste-interprète dont la prestation a lieu avant le 1^{er} janvier 1996 dans un pays membre de l'OMC a, à compter de cette date, le droit exclusif d'exécuter et d'autoriser l'acte visé à l'alinéa (1)b).*

(4) *Toutefois, si la prestation a lieu avant le 1^{er} janvier 1996 dans un pays qui devient membre de l'OMC après le 31 décembre 1995, l'artiste-interprète a le droit visé au paragraphe (3) à compter de la date d'adhésion.*

(5) *Les droits accordés par le présent article subsistent jusqu'à la fin de la cinquantième année suivant celle où la prestation de l'artiste-interprète a eu lieu.*

(6) *Les paragraphes 13(4) à (7) s'appliquent, avec les adaptations nécessaires, aux droits de l'artiste-interprète conférés par le présent article.*

(7) *Malgré la cession d'un droit qui lui est conféré par le présent article, l'artiste-interprète peut, tout comme le cessionnaire, empêcher :*

a) la reproduction de la totalité ou d'une partie importante de toute fixation de sa prestation faite sans son autorisation ou celle du cessionnaire;

b) lorsque l'importateur sait ou devrait savoir qu'une fixation de la prestation de l'artiste-interprète a été faite sans l'autorisation de celui-ci ou du cessionnaire l'importation d'une telle fixation ou d'une reproduction de celle-ci.

³⁴ Arts. 15, 16, 17, 19, 20, 30.9, 67 et s. et 79 et s. LDA. Voir Y. Gendreau, ALAI Budapest, *op. cit.* On citera notamment les arts. 15, 19, 30.9 et 81 LDA :

15.(1) *Sous réserve du paragraphe (2), l'artiste-interprète a un droit d'auteur qui comporte le droit exclusif, à l'égard de sa prestation ou de toute partie importante de celle-ci :*

a) si elle n'est pas déjà fixée :

(i) de la communiquer au public par télécommunication,

(ii) de l'exécuter en public lorsqu'elle est ainsi communiquée autrement que par signal de communication,

(iii) de la fixer sur un support matériel quelconque;

b) d'en reproduire :

(i) toute fixation faite sans son autorisation,

(ii) lorsqu'il en a autorisé la fixation, toute reproduction de celle-ci faite à des fins autres que celles visées par cette autorisation,

(iii) lorsqu'une fixation est permise en vertu des parties III ou VIII, toute reproduction de celle-ci faite à des fins autres que celles prévues par ces parties;

c) d'en louer l'enregistrement sonore.

Il a aussi le droit d'autoriser ces actes.

19.(1) *Sous réserve de l'article 20, l'artiste-interprète et le producteur ont chacun droit à une rémunération équitable pour l'exécution en public ou la communication au public par télécommunication -- à l'exclusion de toute retransmission -- de l'enregistrement sonore publié.*

2) En vue de cette rémunération, quiconque exécute en public ou communique au public par télécommunication l'enregistrement sonore publié doit verser des redevances :

a) dans le cas de l'enregistrement sonore d'une oeuvre musicale, à la société de gestion chargée, en vertu de la partie VII, de les percevoir;

b) dans le cas de l'enregistrement sonore d'une oeuvre littéraire ou d'une oeuvre dramatique, soit au producteur, soit à l'artiste-interprète.

(3) Les redevances versées en application de l'alinéa (2)a) ou b), selon le cas, sont partagées par moitié entre le producteur et l'artiste-interprète.

30.9 (1) *Ne constitue pas une violation du droit d'auteur le fait pour une entreprise de radiodiffusion de reproduire, en conformité avec les autres dispositions du présent article, un enregistrement sonore ou une prestation ou oeuvre fixée au moyen d'un enregistrement sonore aux seules fins de les transposer sur un support en vue de leur radiodiffusion, pourvu que :*

a) elle en soit le propriétaire et qu'il s'agisse d'exemplaires autorisés par le titulaire du droit d'auteur;

b) elle ait le droit de les communiquer au public par télécommunication;

c) elle réalise la reproduction par ses propres moyens et pour sa propre diffusion;

d) la reproduction ne soit pas synchronisée avec tout ou partie d'une autre oeuvre ou prestation ou d'un autre enregistrement sonore;

e) elle ne soit pas utilisée dans une annonce qui vise à vendre ou promouvoir, selon le cas, un produit, une cause, un service ou une institution.

(2) L'entreprise doit inscrire, dans un registre qu'elle tient à jour, la date de la reproduction ainsi que, le cas échéant, celle de la destruction, ainsi que tout autre renseignement visé par règlement concernant la reproduction.

(3) Elle met ce registre à la disposition du titulaire du droit d'auteur ou de son représentant pour inspection dans les vingt-quatre heures qui suivent la réception d'une demande à cet effet.

la troisième lecture du Projet de loi C-32, l'Honorable Sheila Copps s'adressant à la Chambre dans les termes suivants :

Monsieur le Président, notre culture est le miroir de ce que nous sommes. C'est elle qui fait du Canada un pays unique au monde. Le projet de loi C-32 ne traite pas uniquement de culture, mais également de création d'emplois et de croissance au profit des Canadiens. Il vise à renforcer les industries culturelles du Canada et tout ce qui contribue à notre spécificité.

Neuf cent mille emplois canadiens dépendent du secteur culturel et près de 5 p. 100 de notre produit intérieur brut provient de la culture. Ces cinq dernières années, le secteur culturel a connu une croissance plus rapide que l'ensemble de l'économie. Cependant, ce succès n'a pas eu lieu par magie. Il a fallu que des gens dotés d'un immense talent, des gens téméraires, des artistes et des millions de Canadiens acceptent d'écouter, de voir et de lire ce qui fait notre spécificité.

En quoi consiste le droit d'auteur? Il vise à protéger les créations des artistes. Ainsi, les créateurs ont le droit de toucher des redevances lorsque leurs œuvres sont utilisées à des fins commerciales.

Selon Statistique Canada, l'artiste canadien moyen compte parmi les gens les moins payés dans l'économie, ne gagnant qu'environ 13 000 \$ par année.

[...]

[Traduction]

Ce projet de loi vise à assurer l'équité et à faire en sorte que les créateurs du Canada soient payés pour les œuvres qu'ils créent, pour leur propriété intellectuelle. Ce projet de loi établit un équilibre qui protège les intérêts des usagers, pour que tous les Canadiens puissent continuer d'être témoins de la spécificité du Canada.

Nous avons écouté attentivement, et ce projet de loi sur le droit d'auteur respecte ces valeurs. Il favorisera l'épanouissement de la culture canadienne et la création d'autres

(4) Elle est tenue -- sauf autorisation à l'effet contraire du titulaire du droit d'auteur -- de détruire la reproduction dans les trente jours de sa réalisation ou, si elle est antérieure, à la date où l'enregistrement sonore ou la prestation ou œuvre fixée au moyen d'un enregistrement sonore n'est plus en sa possession.

(5) Lorsque le titulaire du droit d'auteur l'autorise à garder la reproduction, elle doit verser les redevances afférentes, le cas échéant.

(6) Le présent article ne s'applique pas dans les cas où l'entreprise peut obtenir, par l'intermédiaire d'une société de gestion, une licence l'autorisant à faire une telle reproduction.

(7) Pour l'application du présent article, « entreprise de radiodiffusion » s'entend d'une entreprise de radiodiffusion, au sens de la Loi sur la radiodiffusion, qui est titulaire d'une licence de radiodiffusion délivrée par le Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes en vertu de cette loi.

81. *(1) Conformément à la présente partie et sous réserve de ses autres dispositions, les auteurs, artistes-interprètes et producteurs admissibles ont droit, pour la copie à usage privé d'enregistrements sonores ou d'œuvres musicales ou de prestations d'œuvres musicales qui les constituent, à une rémunération versée par le fabricant ou l'importateur de supports audio vierges.*

2) Les paragraphes 13(4) à (7) s'appliquent, avec les adaptations nécessaires, au droit conféré par le paragraphe (1) à l'auteur, à l'artiste-interprète et au producteur admissibles.

*emplois dans les industries culturelles. Nous avons besoin d'une loi qui corresponde à la réalité actuelle, et non à celle de 1924, année où la loi a été adoptée pour la première fois.*³⁵

Aujourd'hui, la transposition en droit canadien et la mise en œuvre des traités de l'OMPI de 1996 impliquent la prise en compte des objectifs du traité WPPT, à savoir ceux « de développer et d'assurer la protection des droits des artistes interprètes ou exécutants et des producteurs de phonogrammes d'une manière aussi efficace et uniforme que possible »³⁶ et de reconnaître « la nécessité d'instituer de nouvelles règles internationales pour apporter des réponses appropriées aux questions soulevées par l'évolution constatée dans les domaines économique, social, culturel et technique »³⁷.

Le Projet de loi C-60 intervient effectivement dans un contexte caractérisé par une amélioration discutable de la condition de l'artiste³⁸ et une accélération de cette problématique sous certains effets de la société de l'information³⁹.

³⁵ 35^{ème} légis., 2^{ème} sess., 20 mars 1997, Hans. 9283.

³⁶ Premier considérant du préambule du WPPT.

³⁷ Deuxième considérant du préambule du WPPT.

³⁸ Au sens de la *Recommandation relative à la condition de l'artiste*, adoptée par la Conférence générale à sa vingt et unième session, UNESCO, Belgrade, 27 octobre 1980, <http://unesdoc.unesco.org/images/0011/001114/111428mo.pdf>; voir UNESCO, *Congrès mondial sur l'application de la recommandation relative à la condition de l'artiste*, Déclaration finale, 16-20 juin 1997, <http://unesdoc.unesco.org/images/0010/001090/109018fb.pdf>; ILO, *Conditions of Employment and Work of Performers*, International Labour Office, Genève, 1992.

³⁹ Voir Organisation internationale du travail, *The Future of Work and Quality in the Information Society: The Media, Culture, Graphical Sector*, Report for the Discussion at the Tripartite Meeting on the Future of Work and Quality in the Information Society: The Media, Culture, Graphical Sector, Genève, 2004. Voir les 5^{es} *Rencontres Européennes des Artistes* qui se sont tenues à Cabourg du 9 au 11 décembre 2004, à l'initiative de l'Adami (Société civile pour l'administration des droits des artistes et musiciens interprètes). Menant une réflexion sur les réseaux numériques, les participants se sont accordés sur la nécessité :

- de garantir une juste rémunération aux artistes sur Internet;
- d'assurer une grande diversité des répertoires accessibles;
- de développer une information pédagogique à destination du public sur la valeur des contenus protégés;
- de ne pas privilégier certaines stratégies pouvant nuire aux relations entre les artistes et leur public;
- de respecter les syndicats et les sociétés d'artistes dans leur rôle de défense des droits des artistes-interprètes.

http://www.adami.fr/portail/affiche_article.php?rubr_id=11&rubr_niv3=247&rubr_niv4=324&arti_id=1419.
Voir aussi M. T. Sundara Rajan, *op. cit.* à la p. 321 :

Countries which have signed onto the WPPT with a view to ratifying the Agreement thereby face a formidable challenge. There is an undeniable need to recognize the changing face of culture in the Digital Age, and this undoubtedly includes an exploration of the new significance of performers' rights. The WPPT brings this question into focus. However, it provides for the expansion of performers' copyright while offering limited guidance on the broader social policies which the new rights aim to implement and enforce. It is left to national governments to attempt to justify these rights in the context of their own policy needs at the domestic level, whether or not they are compatible with either the legal framework or cultural context of the country in question.

Bien qu'elles s'accordent presque toutes sur la difficulté de la tâche, un certain nombre d'études dressent le portrait socioprofessionnel des artistes-interprètes⁴⁰. Parmi les conclusions disponibles, on retient qu'au Canada, les artistes disposent de niveaux de revenus inversement proportionnels à leurs niveaux d'étude alors que 41% des artistes sont titulaires d'un diplôme ou d'un certificat universitaire⁴¹. On retient également que la majorité des musiciens et des chanteurs sont des travailleurs autonomes et que leur revenu moyen est de moins de 75% du revenu moyen de la population active totale⁴². Dans le domaine de la musique, le nombre de musiciens et de chanteurs a augmenté de 18% de 1991 à 2001, soit un taux qui correspond presque au triple de la croissance de la population active totale. De 1971 à 2001, le nombre d'artistes au Canada a augmenté de 85% comparativement à une croissance de 38% de la population active totale. En comparaison, malgré le fait qu'il soit également difficile de mesurer la contribution précise des artistes-interprètes à l'économie canadienne, on remarque que les secteurs qui sont susceptibles d'impliquer une activité créatrice musicale ont généré environ 11% de l'ensemble des contributions des industries du droit d'auteur au produit intérieur brut, cette part s'élevant à un montant avoisinant 4 405 millions de dollars⁴³. Finalement, le nombre de musiciens et chanteurs serait de 30 000 personnes⁴⁴. Il convient de noter que ces chiffres ne tiennent pas compte des artistes amateurs⁴⁵. D'autres études apportent un éclairage instructif aux fins de comparer leur degré de précision respectif⁴⁶. Par exemple, une étude française a permis d'établir des sous-catégories relativement précises, dressant des profils élémentaires de

⁴⁰ Hill Strategies, *Profil statistique des artistes au Canada*, rapport préparé pour le Conseil des Arts du Canada (2004), www.canadacouncil.ca/NR/rdonlyres/93E113DD-7580-46EC-ACBA-768A23BAEEC3/0/artistes_au_canada.pdf; Projet de recherche CCC-DAMIC sur *Les conditions d'existence des artistes*, Rapport du Québec par M. Beaulieu, 2005, 73 pages; J. Lorinc, « Creators and copyright in Canada », CCC-DAMIC, *On the living conditions of the Canadian Artists*, 2005, 48 pages; Étude du Ministre de la culture du Québec, *Pour mieux vivre de l'art – Portrait socioéconomique des artistes* (2001) et *Plan d'action pour l'amélioration des conditions socioéconomiques des artistes* (2004); Rapport final du Groupe de travail sur la chanson québécoise; M. Ménard, *Le marché du disque classique – État de la situation* (2003); R. Towse, *Creativity, Incentive and Reward*, Edward Elgar, Cheltenham, R-U, Northampton, MA, É-U, 2001; M. Kretschmer, « Artists' earnings and copyright: A review of British and German music industry data in the context of digital technologies » (January 2005) 10-1 *First Monday*, http://firstmonday.org/issues/issue10_1/kretschmer/index.html; *Counting the notes - The National Music Council report on the economic contribution of the music business*, 2002, www.musiced.org.uk/features/counting_the_notes.pdf.

⁴¹ Hill Strategies, *Profil statistique des artistes au Canada*, *op. cit.*

⁴² Le revenu moyen est de 15 035\$ pour les travailleurs autonomes et de 17 433\$ pour les travailleurs rémunérés, *ibid.*

⁴³ La méthode ici adoptée identifie très sommairement des sous-secteurs impliquant les artistes-interprètes, suivant l'étude sur *La contribution économique des industries de droit d'auteur à l'économie canadienne*, préparée par Wall Communications Inc. pour Patrimoine canadien, www.pch.gc.ca/progs/ac-ca/progs/pda-cpb/pubs/economic_contribution/index_f.cfm. Le sous-secteur identifié est « Théâtre musique » (catégorie n°71 du code SCIAN de Statistique Canada).

⁴⁴ Hill Strategies, *op. cit.* Il faut noter que ce chiffre semble limité car il n'inclut pas certaines catégories (F032 : chefs d'orchestre, compositeurs et arrangeurs, F132 : autres artistes du spectacle, F034 : danseurs, F035 : acteurs) dont les membres sont susceptibles de bénéficier d'une protection au titre du droit d'auteur des artistes-interprètes. De plus, ce chiffre semble exclure les enseignants de musique aux niveaux primaires, secondaire et post-secondaire. Il exclurait également la catégorie F125 qui comprend les réalisateurs de son et les amateurs. Un résumé des principales conclusions de l'étude est disponible à l'adresse suivante : www.canadacouncil.ca/publications_f/recherche/artists_artistes_canada.htm.

⁴⁵ Pour une analyse du secteur de la musique en amateur, voir « La musique en amateur », (juin 1995) 107 *Développement culturel*, Ministère de la Culture, France. On y note que cette catégorie inclut les semi-professionnel et les aspirants professionnels, que 30% des amateurs font partie d'une chorale, 8% appartiennent à une harmonie ou une fanfare et 8% font partie d'une formation ou d'un groupe musical.

⁴⁶ Voir *Counting the notes - The National Music Council report on the economic contribution of the music business*, 2002, www.musiced.org.uk/features/counting_the_notes.pdf.

participation au marché du travail et permettant de découper davantage les niveaux de revenu moyen et d'emploi, le nombre d'employeurs et les types d'activité. On obtient ainsi une image plus nuancée de la situation, laquelle révèle une série de gradations qui s'inscrivent dans un spectre dont les deux extrémités sont la précarité et la permanence de l'emploi⁴⁷. Le tableau de la situation sur le marché de la musique dépeignant celui-ci selon une formule binaire avec, d'un côté, les précaires et, de l'autre, les « vedettes » est insuffisant pour décrire pleinement la réalité⁴⁸. Dans le même souffle, l'on serait enclin à considérer que d'éventuelles solutions devraient prendre en considération autant que possible l'éventail des nuances.

Par exemple, certes, on sait que 44% des musiciens et chanteurs et 61% des chefs d'orchestre, compositeurs et arrangeurs sont des travailleurs rémunérés⁴⁹ mais on ne connaît pas le type, la nature, le lieu et les conditions de leur emploi. De même, on ne sait pas à quel point certains artistes-interprètes évoluent sous forme d'ensemble, de chœur, de groupe ou d'orchestre. En d'autres termes, la dimension collective de certaines unités d'interprétation reste méconnue⁵⁰.

Une étude du Québec a été réalisée au moyen de sources complémentaires, notamment l'information fournie par les associations professionnelles d'artistes et les déclarations fiscales⁵¹. L'étude se proposait de dresser « un premier véritable portrait socioéconomique des artistes qui permet de déterminer, entre autres, leur statut d'emploi, la composition de leur revenu global, leur revenu moyen et les écarts de revenus entre les professions »⁵². On retiendra que le revenu des artistes se compose principalement de salaires (50,5%) et de revenus de travail autonome (21,4%) tout en soulignant que ces données ne permettent pas de distinguer les revenus provenant de l'exercice du métier d'artiste de ceux provenant d'emplois complémentaires. Il est constaté que l'artiste travailleur autonome a un revenu moyen inférieur à celui des autres travailleurs autonomes, alors que les artistes salariés ont un niveau de revenu moyen supérieur à celui de l'ensemble des contribuables québécois. Enfin, une majorité d'artistes se partage un dixième de la masse totale des revenus alors qu'une minorité se partage six dixièmes de cette masse. Le Gouvernement du Québec, constatant ainsi le fait que « plusieurs artistes et créateurs subsistent dans une précarité économique ou occupent un

⁴⁷ « Les musiciens interprètes », (juin 2003) 140 *Développement culturel*, Ministère de la Culture, France. Il y est mentionné notamment que :

[a]lors que l'économie du domaine musical est aujourd'hui principalement une économie de la musique enregistrée, l'industrie du disque procure paradoxalement de moins en moins d'emplois aux musiciens et le spectacle vivant représente plus de 75% de leur activité. Fortement structurée par l'opposition entre le domaine de la musique savante et celui des musiques populaires, la profession est aujourd'hui dominée par l'emploi flexible, qui se décline cependant en un très large éventail de situations, des plus « précaires » aux plus « installées ». La gamme des situations intermédiaires révèle en fait une recherche de stabilité qui passe par l'établissement de relations de travail récurrentes avec un nombre limité d'employeurs.

Par ailleurs, voir « Éléments pour la connaissance de l'emploi dans le spectacle », (sept. 2004) 145 *Développement culturel*, Ministère de la Culture, France, où est soulignée l'utilité d'un processus soutenu de raffinement des données qui permet de contribuer « à un développement très significatif de la connaissance de l'emploi dans le spectacle et à forger les outils nécessaires à son amélioration ».

⁴⁸ Voir R. Towse, *Évaluer les effets économiques de la réforme du droit d'auteur sur les interprètes et les producteurs d'enregistrements sonores au Canada*, Rapport commandé par Industrie Canada, http://strategis.ic.gc.ca/epic/internet/inippd-dppi.nsf/fr/h_ip01072f.html.

⁴⁹ Hill Strategies, *op. cit.*

⁵⁰ Voir les catégories d'artistes-interprètes identifiées dans l'entente collective citée à l'Annexe.

⁵¹ Étude du Ministère de la culture du Québec, *Pour mieux vivre de l'art – Portrait socioéconomique des artistes* (2001).

⁵² *Ibid.* à la p. 3.

double emploi pour arriver à vivre décemment », a mis en place un Plan d'action qui se poursuit⁵³. Somme toute, l'étude indique que l'on ne peut pas affirmer que la condition de l'artiste se soit améliorée alors que la compréhension de cette catégorie socioéconomique demeure partielle.

Bien que les artistes-interprètes ne fassent pas tous partie d'associations professionnelles⁵⁴, les décisions des tribunaux des relations professionnelles s'avèrent utiles aux fins de parfaire la compréhension des catégories de travailleurs et d'obtenir l'information supplémentaire pertinente sur les conditions de travail⁵⁵. On notera cependant que les décisions de ces tribunaux ne concernent pas les travailleurs rémunérés⁵⁶. Elles peuvent néanmoins contribuer à la compréhension de la notion d'interprète⁵⁷.

De plus, en l'absence de définition expresse de l'artiste-interprète dans la LDA⁵⁸, on se demandera si les définitions incluses dans les lois fédérale et provinciale sur le statut de l'artiste sont susceptibles de soulever des interrogations, voire des difficultés⁵⁹ : ces définitions sont-elles adaptées au contexte de la réforme de la LDA⁶⁰? Le fait que les lois sur le statut de

⁵³ *Plan d'action pour l'amélioration des conditions socioéconomiques des artistes* (2004); cf. la création d'un Comité permanent et d'un Secrétariat permanent, voir *Pour mieux vivre de l'art*, Bulletin d'information, volume 1, numéro 1, décembre 2004.

⁵⁴ On mentionnera la Guilde des musiciens du Québec, www.guiledesmusiciens.com; l'American Federation of Musicians of the United States and Canada (AFM), l'Union des artistes (UDA), www.uniondesartistes.com; l'Alliance of Canadian Cinema, Television and Radio Artists Performers (ACTRA); l'Association des orchestres canadiens, www.oc.ca; les Opéras canadiens, www.opera.ca; les Chœurs canadiens, www.choralcanada.org.

⁵⁵ Par exemple, voir TCRPAP, Décision n°20, 16 janvier 1997, notamment à l'égard du chef d'orchestre qui est considéré comme un travailleur indépendant.

⁵⁶ Voir arts. 5 et 9 *Loi sur le statut de l'artiste*, L.R.C. 1985, ch. S-19.6; voir arts. 1 et 2 *Loi sur le statut professionnel et les conditions d'engagement des artistes de la scène, du disque et du cinéma*, L.R.Q., ch. S-32.1.

⁵⁷ Par exemple, voir TCRPAP, Décision n°20, 16 janvier 1997, indiquant que les arrangeurs (« personne qui a pour fonction de transformer une œuvre musicale sous une autre forme et comprend la réharmonisation, la paraphrase et/ou le développement d'une œuvre musicale pour en faire ressortir pleinement les lignes mélodiques, harmoniques et rythmiques en la présentant sous forme de partition d'orchestre et comprend aussi le chronométrage des enregistrements ainsi que les prises de tonalité ») et les orchestrateurs (personne qui écrit une partition et fait de l'instrumentation, *i.e.* choisit les instruments et indique les prestations musicales pour chacun d'eux) sont des auteurs d'œuvres musicales et que les copistes (rédacteur de partition individuelle à partir de partition maîtresse) et les musicothécaires (jouant le rôle d'un bibliothécaire pour partitions) ne sont ni des auteurs ni des interprètes.

⁵⁸ Voir J.S. McKeown, *Fox Canadian Law of Copyright and Industrial Designs*, Scarborough, ON, 3^{ème} éd., 2000 à la p. 254, indiquant que « it would seem that this word should take its meaning from the context in which it is used in the statutory definition of 'performer's performance'. Presumably, the performer is the individual who gave the performance ». Il existe cependant une esquisse de définition dans la version française de la LDA : « artiste-interprète » : « tout artiste-interprète ou exécutant » (art. 2).

⁵⁹ Pourtant, en théorie les définitions relevant de chaque domaine législatif sont étanches, voir N. A. Dionne, « Définition de l'artiste et critère de qualification », in *Actes de la journée d'étude sur le statut de l'artiste*, ALAI Canada, 16 novembre 1991. Sur certains conflits entre la LDA et la LSAC, voir E. Lefebvre, « Du droit d'auteur au statut de l'artiste : étude comparative des législations applicables dans un contexte de droit civil et examen comparatif des pouvoirs de leur forum décisionnel » dans *Institutions administratives du droit d'auteur*, Y. Gendreau (dir.), Cowansville, Yvon Blais, 2002 à la p. 184.

⁶⁰ Voir arts. 1 et 2 *Loi sur le statut professionnel et les conditions d'engagement des artistes de la scène, du disque et du cinéma*, L.R.Q., ch. S-32.1 :

1. La présente loi s'applique aux artistes et aux producteurs qui retiennent leurs services professionnels dans les domaines de production artistique suivants : la scène y compris le théâtre, le théâtre lyrique, la musique, la danse et les variétés, le multimédia, le film, le

l'artiste concernent exclusivement les artistes professionnels est-il compatible avec une logique de droits d'auteur⁶¹? L'approche qui consiste à séparer les artistes amateurs et les artistes professionnels est-elle susceptible de contrarier les objectifs de protection? Ne tend-elle pas à maintenir le semi-professionnel, l'aspirant-professionnel ou les artistes de la relève dans un système au sein duquel ils sont confrontés aux contraintes mêmes que le régime de protection se propose d'éliminer⁶²? On signalera les dispositions du droit français qui réservent un traitement particulier à certaines catégories d'artistes-interprètes⁶³.

Les définitions ont aussi un effet pratique car elles peuvent toucher à l'organisation de la répartition des domaines de représentation entre les associations professionnelles et les sociétés de gestion collective. Ainsi, certaines ententes viennent confirmer le fait que le

disque et les autres modes d'enregistrement du son, le doublage et l'enregistrement d'annonces publicitaires;

2. Dans la présente loi, à moins que le contexte n'indique un sens différent, on entend par:

*«**artiste**» une personne physique qui pratique un art à son propre compte et qui offre ses services, moyennant rémunération, à titre de créateur ou d'interprète, dans un domaine visé à l'article 1;*

voir arts. 6.(2)(b) et 18(b) *Loi sur le statut de l'artiste*, L.R.C. 1985, ch. S-19.6 :

6.(2)La présente partie s'applique :

...

b) aux entrepreneurs indépendants professionnels -- déterminés conformément à l'alinéa 18b) :

(i) qui sont des auteurs d'œuvres artistiques, littéraires, dramatiques ou musicales au sens de la Loi sur le droit d'auteur, ou des réalisateurs d'œuvres audiovisuelles,

(ii) qui représentent, chantent, récitent, déclament, jouent, dirigent ou exécutent de quelque manière que ce soit une oeuvre littéraire, musicale ou dramatique ou un numéro de mime, de variétés, de cirque ou de marionnettes,

(iii) qui, faisant partie de catégories professionnelles établies par règlement, participent à la création dans les domaines suivants : arts de la scène, musique, danse et variétés, cinéma, radio et télévision, enregistrements sonores, vidéo et doublage, réclame publicitaire, métiers d'art et arts visuels.

18. Le Tribunal tient compte, pour toute question liée :

a) à l'application de la présente partie, des principes applicables du droit du travail;

b) à la détermination du caractère professionnel de l'activité d'un entrepreneur indépendant -- pour l'application de l'alinéa 6(2)b) --, du fait que ses prestations sont communiquées au public contre rémunération et qu'il a reçu d'autres artistes des témoignages de reconnaissance de son statut, qu'il est en voie de devenir un artiste selon les usages du milieu ou qu'il est membre d'une association d'artistes.

⁶¹ *Ibid.*

⁶² Voir L. C. Landreville, « La mise en vigueur de la « Loi 90 » et son impact sur le nouveau talent » dans *Actes de la journée d'étude sur le statut de l'artiste*, ALAI Canada, 16 novembre 1991. La LSAQ envisage expressément cette question à son art. 27 : « En négociant une entente collective, les parties doivent prendre en considération l'objectif de faciliter l'intégration des artistes de la relève ainsi que les conditions économiques particulières des petites entreprises de production ».

⁶³ Par exemple, le *Code de la propriété intellectuelle* français accorde des droits aux artistes-interprètes « [à] l'exclusion de l'artiste de complément, considéré comme tel par les usages professionnels », art. L. 212-1 *Code de la propriété intellectuelle*.

domaine d'intervention des associations ne peut empiéter sur celui des sociétés impliquées dans la gestion collective des droits de la Partie I LDA⁶⁴ et, selon le TCRPAP, « ont pour effet de bien harmoniser le fonctionnement de la *Loi sur le statut de l'artiste* et celui de la *Loi sur le droit d'auteur* »⁶⁵.

La question sera alors de savoir s'il existe une complémentarité dans la défense des intérêts des artistes entre les associations professionnelles et les sociétés de gestion collective. Un début de réponse pourrait être apporté en scrutant les motifs politiques à l'origine des lois sur le statut de l'artiste⁶⁶ ou le rôle⁶⁷ et les effets de la gestion collective⁶⁸. Ce faisant, on est amené à penser qu'est partagé le même objectif de pallier un déséquilibre dans les rapports économiques entre créateurs et producteurs⁶⁹, d'une part, et d'instaurer un principe d'équité dans le traitement juridique des artistes-interprètes dont le statut social demeure inférieur à celui d'autres catégories de travailleurs dans la société canadienne, d'autre part. Par exemple, le TCRPAP, en se fondant sur la *Déclaration universelle des droits de l'homme* (Paris, France, le 10 décembre 1948), sur la *Recommandation relative à la condition de l'artiste de l'UNESCO* (Belgrade, le 27 octobre 1980) et sur les articles 2, 3 et 7 LSAC, affirmait que

[53] Après lecture de ces divers documents, le Tribunal conclut que le gouvernement du Canada souscrit à deux principes clés : les artistes ont le droit de recevoir une indemnisation pour l'utilisation de leurs œuvres et les associations d'artistes ont le droit de représenter les intérêts des artistes pour qu'ils obtiennent une telle indemnisation.⁷⁰

Les artistes-interprètes ont revendiqué des droits d'auteur car ils considéraient juste de pouvoir bénéficier de l'exploitation commerciale de leurs prestations par l'entremise de droits exclusifs sur celles-ci⁷¹. L'avènement des technologies numériques de réseaux a contribué à donner de

⁶⁴ Voir les ententes entre la Société professionnelle des auteurs et compositeurs du Québec (SPACQ), la Société du droit de reproduction des auteurs, compositeurs et éditeurs du Canada (SODRAC), la Société des auteurs et compositeurs dramatiques (SACD), la Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique (SOCAN) d'une part et la Guilde des musiciens d'autre part annexées à la décision n°020 du TCRPAP, 16 janv. 1997, www.cappr-tcrpap.gc.ca/epic/internet/incappr-tcrpap.nsf/fr/tn00072f.html.

⁶⁵ *Ibid.* au para. 39.

⁶⁶ Voir G. Roussel, « Historique et objectifs des législations québécoises sur le statut de l'artiste », H. Lussier et J.R. Ouellet, « Le projet de loi fédéral sur le statut de l'artiste » dans *Actes de la journée d'étude sur le statut de l'artiste*, ALAI Canada, 16 novembre 1991.

⁶⁷ Il est nécessaire de rappeler que le rôle des sociétés de gestion collective au Canada est indissociable de celui de la Commission du droit d'auteur. Le rôle que cette institution assume tend à être celui d'un gardien de l'équité, ne serait-ce qu'en raison de son arbitrage de ce qui constitue une « rémunération équitable » au sens de l'art. 19 LDA. Ainsi, Me S. Martin écrit : « [J]e soucie de concilier ou de réconcilier les intérêts de l'auteur à ceux des exploitants et du public a marqué d'une manière importante la jurisprudence de la Commission ». S. Martin, « Rémunération équitable : l'équité pour qui? Réflexion sur la philosophie du droit d'auteur au Canada » dans *Institutions administratives du droit d'auteur*, Y. Gendreau (dir.), Cowansville, Yvon Blais, 2002 à la p. 433.

⁶⁸ Voir Commission du droit d'auteur, *Exécution publique de la musique 1994-1997*, 30 janvier 1998 et les motifs de Michel Héту, alors vice-président, indiquant que la gestion collective « est la seule façon d'éviter de traiter à partir d'une position de faiblesse avec des utilisateurs puissants », à la p. 48.

⁶⁹ Au sens large d'« exploitants économiques ».

⁷⁰ Décision du TCRPAP N°28, Ottawa le 17 nov. 1998, www.cappr-tcrpap.gc.ca/decisions/tribunal/28-f.html, demande de contrôle judiciaire rejetée par la Cour fédérale, division d'appel, *Canada (Procureur Général) c. Writers' Union of Canada*, 2000 IJCan 16507 (C.A.F.).

⁷¹ Voir *Recommandation relative à la condition de l'artiste*, adoptée par la Conférence générale à sa vingt et unième session, UNESCO, Belgrade, 27 octobre 1980, <http://unesdoc.unesco.org/images/0011/001114/111428mo.pdf>.

l'ampleur à ces revendications⁷². La logique sous-tendant le Projet de loi C-60⁷³ devrait ainsi participer à la résolution des questions sur la condition socio-économique des artistes-interprètes et de leur place dans le développement des politiques culturelles⁷⁴. Partant du postulat que toute modification législative vise par définition à bouleverser le *statu quo*⁷⁵, il est opportun d'envisager dans quelle mesure l'introduction de nouveaux droits est susceptible de contribuer à remodeler les principaux types de rapports existants⁷⁶.

On notera à cet effet que le marché des droits de propriété artistique s'est développé autour de la relation entre un artiste-interprète et un diffuseur⁷⁷, de façon individuelle et collective. Chaque rapport, bien qu'obéissant à une rationalité propre, organise une distribution de richesses. En principe, l'allocation législative de nouveaux droits doit entraîner un accroissement du

⁷² Voir *Le statut des artistes-interprètes de la musique en 1997*, Rapport de la Fédération internationale des musiciens, UNESCO doc. CLT/CONF/206/INF.2, Paris 10 juin 1997, dont le passage suivant : « il est clairement admis par tous que les artistes-interprètes doivent, comme les auteurs, avoir la possibilité de contrôler les multiples et grandissantes formes d'exploitation de leur travail [...] et bénéficier d'une juste part des recettes considérables qui sont générées par ces utilisations », <http://unesdoc.unesco.org/images/0011/001114/111475fo.pdf>. Voir aussi ADAMI, Actes des 5^e Rencontres européennes des artistes, Cabourg, France, 27-29 nov. 2003, www.adami.fr/portail/upload/document/2325_ADAMI2004_Les_actes_REA.pdf.

⁷³ Voir notamment les articles 8, 9, 11, 16 et 17 du Projet de loi C-60. Voir aussi le *Rapport intérimaire sur la réforme du droit d'auteur*, Rapport du Comité permanent du Patrimoine canadien, mai 2004, www.parl.gc.ca/InfocomDoc/Documents/37/3/parlbus/commbus/house/reports/herirp01-f.htm; voir la réponse du Gouvernement et la déclaration du 24 mars 2005 concernant son intention de déposer un projet de loi visant à intégrer dans l'ordre canadien les dispositions du WPPT suivantes : le droit de mise à disposition, le droit de distribution, le droit de reproduction, le droit moral, la protection des mesures techniques et de l'information sur le régime des droits, http://www.pch.gc.ca/progs/ac-ca/progs/pda-cpb/reform/statement_f.cfm.

⁷⁴ Voir par exemple, l'allocation de l'Hon. Michel Dupuy (ministre du Patrimoine canadien) proposant que le projet de loi C-53, *Loi constituant le ministère du Patrimoine canadien et modifiant ou abrogeant certaines lois*, soit lu pour la deuxième fois et renvoyé à un comité :

Le ministère doit aussi voir à l'adoption de mesures législatives qui favorisent le plein épanouissement de la création au pays. Ainsi en est-il du droit d'auteur qui devra permettre à nos auteurs, à nos producteurs et à nos interprètes de vivre décemment de leur métier en obtenant une juste rémunération pour leur travail de création.

Qu'une chose soit claire. Après une trop longue période sous le gouvernement précédent, où la culture a souffert de marginalisation et où elle a été considérée comme une distraction, voire un luxe, nous devons ramener la culture à l'avant-garde des préoccupations de notre société, car elle est essentielle à notre identité, à notre fierté, à notre unité et à notre indépendance dans la société internationale. [35^{ème} légis, 1^{ère} session, 3 octobre 1994, Hans. 6418, www.parl.gc.ca/english/hansard/previous/102_94-10-03/102GO1F.html]

⁷⁵ Voir R. Sullivan, *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes*, Markham, ON, 4^{ème} éd., 2002 à la p. 577 : « [...] the usual purpose of legislation is to change the law, and change is often meant to interfere with ongoing arrangements or to disturb existing distributions of burdens and advantages. From this point of view, interference with vested rights looks like the norm and non-interference the exception ». Voir les motifs du juge Dickson dans *Gustavson Drilling (1964) Ltd. c. Ministre du revenu national*, [1977] 1 R.C.S. 271 : « il est évident que la plupart des lois modifient des droits existants ou y portent atteinte d'une façon ou d'une autre ».

⁷⁶ Pour une présentation de ces droits, voir notamment les articles 8, 9, 11, 16 et 17 du Projet de loi C-60, la déclaration du Gouvernement en date du 24 mars 2005, *op. cit.* et Rapport art. 92, *op. cit.*

⁷⁷ Le choix de ce terme permet d'appréhender plusieurs situations car il est des cas où l'artiste-interprète se produit lui-même. Le diffuseur peut alors être un producteur, un distributeur, un promoteur, un « tourneur » de spectacles ou un fournisseur de services en ligne.

patrimoine juridique des ayants droit, lequel, incidemment, doit permettre d'augmenter la richesse distribuée car à chaque nouveau droit correspond une valeur économique potentielle nouvelle⁷⁸. La question qui se pose est alors celle de savoir si la redistribution des richesses opérée en théorie par la réforme législative peut être remise en question dès lors que les relations contractuelles seraient hermétiques à une telle redistribution. Cela nécessite, d'une part, d'explorer les principales relations contractuelles et, d'autre part, d'analyser comment les dispositions législatives sont susceptibles de remettre en question ces relations ou d'en respecter l'économie. Il s'agit d'évaluer comment le dispositif législatif concilie deux objectifs opposés : la remise en cause du *statu quo* et la sécurité juridique au titre de la stabilité des relations contractuelles⁷⁹. Cette approche commande d'identifier les éléments intrinsèques ou extrinsèques à la LDA qui seraient de nature à freiner ou empêcher la pleine réalisation des objectifs de sa réforme. On étudiera ainsi les effets de la réforme législative sur les relations contractuelles individuelles (Première Partie), sur les relations collectives (Deuxième Partie) et les options qui peuvent aussi être considérées en vue de la réalisation des objectifs de la réforme (Troisième Partie). En suivant un processus privilégiant moins les réponses que le questionnement, on souhaite pouvoir contribuer au processus d'évaluation des rapports entre l'ordre établi et un ordre nouveau.

⁷⁸ Il semble que le Projet de loi C-32 s'inscrivait déjà dans cette équation, tel qu'il appert à la déclaration suivante de l'Hon. Sheila Copps :

Le 21 octobre dernier, le sénateur Johnson a fait une déclaration au Sénat qui, à mon avis, établit ce qui nous démarque de nos voisins du Sud. Elle a déclaré:

Au Canada, la culture n'est pas seulement une question de commerce [...] Comme législateurs, nous devons veiller à ce que la politique fédérale tienne compte du rôle particulier de la culture dans notre société.

Nous avons la responsabilité d'aider nos artistes à présenter le fruit de leur travail à leurs concitoyens et concitoyennes et au reste du monde. La protection qu'offre le droit d'auteur -- c'est-à-dire le droit de propriété des créateurs -- est un aspect primordial de cette responsabilité. Le droit d'auteur, c'est ce qui protège les œuvres de nos créateurs et de nos créatrices. C'est ce qui leur donne le droit d'être payé pour l'utilisation commerciale de leurs œuvres.

Selon Statistique Canada, les musiciens et musiciennes au pays gagnent en moyenne 13 000 \$ par année. Ils comptent donc parmi les citoyens et les citoyennes les plus mal payés. Nous pouvons améliorer leur situation grâce au projet de loi C-32. Nous pouvons faire en sorte que nos créateurs et créatrices soient rémunérés pour leurs œuvres, pour leur propriété intellectuelle et pour leur apport à la société canadienne.

Délibérations du Comité sénatorial permanent des transports et des communications, Fascicule 13, Témoignages, Ottawa le 14 avril 1997, http://www.parl.gc.ca/35/2/parlbus/commbus/senate/com-f/trans/13ev-f.htm?Language=F&Parl=35&Ses=2&comm_id=19.

⁷⁹ Voir R. Sullivan, *op. cit.* aux pp. 544-545 :

The most compelling concern underlying transitional law is the rule of law and the values served by the rule of law – certainty, predictability, stability, rationality and formal equality. [...] Historically, common law courts have been preoccupied with ensuring a stable legal framework for the free exchange and enjoyment of private rights, particularly real property rights and rights arising under contracts. These are taken to be the basis of free enterprise and the market economy and legislative interference with such rights has been strongly resisted by the courts. More recently, the preoccupation with private rights has been tempered by acceptance of the legislature's mandate to pursue initiatives in the public interest. In some circumstances it is not necessary but also fair to curtail private rights in order to achieve a public good.

2. EFFETS DE LA RÉFORME SUR LES RAPPORTS INDIVIDUELS

En sus des articles 13, 16 et 17, la LDA semble reconnaître la réalité contractuelle lorsqu'elle traite de la définition de « producteur », soit la personne qui conclut des contrats avec les artistes-interprètes en vue de la première fixation de son dans le cas d'un enregistrement sonore⁸⁰. La Commission du droit d'auteur a indiqué qu'à l'article 2.11 LDA, la « mention des ententes contractuelles et financières vise nécessairement la personne qui accepte le risque financier lié à la production de disque et non celle qui façonne les sons du disque et donne des conseils artistiques aux artistes-interprètes »⁸¹.

Ces éléments ressortissant aux risques associés à l'entreprise commerciale permettent de comprendre l'économie de ces contrats qui, dans la pratique, se nomment « contrat d'enregistrement phonographique » ou « contrat de phonogrammes », « contrat d'artiste » ou « contrat de disque » et qui visent l'enregistrement d'une prestation musicale en vue de l'exploitation commerciale d'un phonogramme ou enregistrement sonore⁸². Ces contrats peuvent s'analyser en temrs de contrats de service⁸³.

Une modification législative peut intervenir alors que de tels contrats ont été signés. En principe deux situations peuvent se présenter : celle où le contrat de service ne prévoit aucun transfert de droits (2.1) et celle où le contrat a pour objet une cession de droits sur des prestations (2.2). On aura noté que la qualification d'un contrat de contrat de travail⁸⁴ n'a aucun impact puisque, contrairement à la situation de l'auteur-employé, le contrat de travail impliquant un artiste-interprète n'emporte pas d'effets sur la titularité des droits d'auteur⁸⁵. Le contrat de travail ne suscitera par conséquent que quelques brèves remarques (2.3).

⁸⁰ Art. 2 LDA : « « Producteur » La personne qui effectue les opérations nécessaires à la confection d'une œuvre cinématographique, ou à la première fixation de sons dans le cas d'un enregistrement sonore »; art. 2.11 LDA : « Il est entendu que pour l'application de l'article 19 et de la définition de « producteur admissible » à l'article 79, les opérations nécessaires visées à la définition de « producteur » à l'article 2 s'entendent des opérations liées à la conclusion des contrats avec les artistes-interprètes, au financement et aux services techniques nécessaires à la première fixation de sons dans le cas d'un enregistrement sonore ». Cette définition devrait être la même dans les autres cas d'application que ceux visés par les articles 19 et 79 LDA car elle renvoie certainement à la pratique et aux usages professionnels. Pour une interprétation élargie de l'art. 2.11, voir S. Gilker, « La commande d'œuvres musicales et d'enregistrements sonores musicaux dans le secteur du cinéma et de la télévision au Québec » (2004) 208 *Développements récents en droit du divertissement* 183 à la p. 255. Sur l'intégration de la pratique par la loi, voir F. Lucas, « L'affluence et l'influence des usages et pratiques professionnels en droit d'auteur » (2005) 234 *Développements récents en droit du divertissement* 149.

⁸¹ Commission du droit d'auteur, *Dossier : Copie privée 1999-2000*, 17 décembre 1999 à la p. 28.

⁸² Voir les différentes clauses de l'entente d'exclusivité visée à l'Annexe.

⁸³ En droit civil, voir l'art. 2098 C.c.Q. : « Le contrat d'entreprise ou de service est celui par lequel une personne, selon le cas l'entrepreneur ou le prestataire de services, s'engage envers une autre personne, le client, à réaliser un ouvrage matériel ou intellectuel ou à fournir un service moyennant un prix que le client s'oblige à lui payer ».

⁸⁴ En droit civil, voir l'art. 2085 C.c.Q. : « Le contrat de travail est celui par lequel une personne, le salarié, s'oblige, pour un temps limité et moyennant rémunération, à effectuer un travail sous la direction ou le contrôle d'une autre personne, l'employeur ».

⁸⁵ En ce qui concerne la situation de l'auteur-employé, la LDA, à son article 13(3), établit une présomption de titularité des droits d'auteur au profit de l'employeur tout en établissant par ailleurs la distinction du salariat : « The Copyright Act distinguishes a "contract of service", which denotes an employment relationship in the tradition [sic] sense, from a "contract for services", which refers to a [sic] independent contractor who has arranged to produce a work under a specific contract as opposed to a general employment contract », S. Handa, *Copyright Law in Canada*, Markham, ON, Butterworths, 2002 à la p.

2.1. Les contrats de service sans cession de droits sur une prestation

Dans le cadre d'une relation contractuelle, le diffuseur peut avoir effectué certaines utilisations qui se prolongent dans le temps et qui étaient conformes à l'état du droit alors. Ces utilisations peuvent être devenues illicites en fonction de l'entrée en vigueur d'une ou plusieurs mesures législatives. On note que le législateur canadien a eu recours à un régime particulier permettant d'aménager les effets du changement législatif. Ce régime s'articule essentiellement autour de deux mesures : la première prévoit un principe de sauvegarde des droits et intérêts légitimes acquis sous le régime de la loi ancienne; la seconde permet un recouvrement du plein exercice des nouveaux droits à l'égard du bénéficiaire du régime de sauvegarde, moyennant le paiement d'une juste indemnité fixée, à défaut d'entente entre les parties, par arbitrage. Après avoir tenté de dresser un synopsis historique de ce régime particulier, on abordera certaines considérations au sujet de l'étendue de l'application d'un régime similaire visant à accompagner l'introduction des nouveaux droits des artistes-interprètes. Notamment, on se posera la question de savoir si ce régime permet de remettre en question les termes et conditions du contrat de service. Ainsi, l'étendue de l'application dudit régime déterminerait alors le degré de pertinence de l'adoption de solutions spécifiques favorisant la pleine réalisation des objectifs de la réforme.

2.1.1. Historique du régime d'éviction

Avant la date d'entrée en vigueur du *Copyright Act, 1921*⁸⁶, le fait pour une personne de fabriquer des enregistrements sonores, tels des rouleaux perforés ou des phonogrammes, à partir d'une œuvre littéraire, dramatique ou musicale publiée, n'était pas, au Canada, un acte assujéti aux droits d'auteur⁸⁷. La même situation prévalait au Royaume-Uni avant l'entrée en vigueur du *Copyright Act, 1911*⁸⁸. Or, dès ces dates, un droit de reproduire mécaniquement une œuvre musicale, dramatique ou littéraire était introduit⁸⁹. En raison du fait que le *Copyright Act,*

254; voir Fox, *The Law of Master and Servant in Relation to Industrial and Intellectual Property*, University of Toronto Press, 1950 aux pp. 77 et s. Sur les critères du contrat de travail, voir *infra* section 2.3. En ce qui concerne l'artiste-interprète, on signalera que l'article 24 LDA dispose que l'artiste-interprète est le premier titulaire des droits d'auteur sur sa prestation. Aucune présomption de titularité équivalente à celle énoncée à l'article 13(3) n'est applicable à l'employeur d'un artiste-interprète (voir aussi, au même effet, l'art. 26 LDA).

⁸⁶ S.C. 1921, Chap. 24, 11-12 Geo. V, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1924.

⁸⁷ Fox, *Canadian Law of Copyright and Industrial Designs*, 2^{ème} éd., 1967 à la p. 186 : « In connection with works published before the coming into force of the Act of 1921 it is to be remembered that prior to the commencement of that Act, the making of records, perforated rolls and other mechanical contrivances was not an infringement of copyright ».

⁸⁸ F.E. Skone James, *Copinger on the Law of Copyright*, Toronto, The Carswell Company Ltd, 7^{ème} éd., 1936 aux pp. 18 et 210, citant *Boosey v. Whight*, [1900] 1 Ch. 122; et *Mabe v. Connor*, [1909] 1 K.B. 515.

⁸⁹ Sect. 3.1 *Copyright Act, 1921* :

For the purpose of this Act, "copyright" means the sole right to produce, or reproduce the work or any substantial part thereof in any material form whatsoever, to perform, or in the case of a lecture to deliver, the work or any substantial part thereof in public; if the work is unpublished, to publish the work or any part thereof; and includes the sole right,

[...]

(d) in the case of a literary, dramatic, or musical work, to make any record, perforated roll, cinematograph film, or other contrivance by means of which the work may be mechanically performed or delivered;

voir aussi sect. 18 :

1911 ne s'appliquait pas au Canada⁹⁰, il faut comprendre que ce n'est qu'en 1924, date d'entrée en vigueur du *Copyright Act, 1921*, qu'un tel droit est introduit⁹¹.

L'absence de droits sur la confection d'instruments permettant la reproduction et l'exécution mécanique d'œuvres musicales s'explique par l'état de la technique à la fin du 19^{ème} siècle dont les rouleaux perforés et les boîtes à musiques n'étaient pas perçus comme un enjeu important par les titulaires de droits d'auteur sur les œuvres musicales⁹². Ainsi, les conférences diplomatiques de 1884 et 1885, préparatoires de la *Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques* (« Convention de Berne »), ainsi que cette dernière dans sa première version, visaient une disposition expresse déclarant que la fabrication et la vente d'instruments permettant l'exécution mécanique d'œuvres musicales n'étaient pas considérées comme étant des actes de violation de droit d'auteur⁹³. Néanmoins, très rapidement, l'évolution de la technique – l'invention du gramophone – et l'absence de restriction au titre des droits d'auteur ont favorisé l'émergence, dans le sillage de la Convention de Berne, d'une industrie du disque florissante. En 1908, lors de la conférence de Berlin, les membres de l'Union de Berne s'entendirent sur une solution médiane permettant de concilier les intérêts de cette industrie et ceux, réévalués, des auteurs en leur reconnaissant des droits de reproduction mécanique tout en permettant aux pays membres d'édicter des réserves et des conditions quant à ces droits, celles-ci étant comprises comme la faculté d'instaurer un régime de licences obligatoires⁹⁴. Le

It shall not be deemed to be an infringement of copyright in any musical, literary or dramatic work for any person to make within Canada records, perforated rolls or other contrivances [...], if such person proves,

(a) that such contrivances have previously been made by, or with the consent or acquiescence of, the owner of the copyright in the work;

Voir sect. 1.(2)(d) *Copyright Act, 1911*, ayant le même effet que sect. 3.1(d) *Copyright Act, 1921*.

⁹⁰ Sect. 25(1) : « This Act, except such of the provisions thereof as are expressly restricted to the United Kingdom, shall extend throughout His Majesty's dominions: Provided that it shall not extend to a self-governing dominion unless declared by the Legislature of that dominion to be in force therein [...] »; voir Fox, *op. cit.* à la p. 34, citant *Durand & Cie c. La Patrie Publishing Co. Ltd.* (1960), S.C.R. 649, 20 Fox Pat. C.85 at 91; voir aussi S. Handa, *op. cit.* aux pp. 53 et s.

⁹¹ Jusqu'en 1924, ce sont les dispositions des lois fédérales canadiennes (*An Act respecting Copyrights*, S.C. 1868, c. 54, tel que modifié par les *Copyright Act, 1875*, S.C. 1876, c. 88, *Revised Statutes, 1886*, c. 62 et *Revised Statutes, 1906*, c. 70) et les dispositions impériales antérieures à 1911 qui s'appliquaient au Canada; voir F.E. Skone James, *op. cit.* aux pp. 307 et ss; voir S. Handa, *op. cit.* aux pp. 53-54; voir N. Tamaro, *Loi sur le droit d'auteur – Texte annoté*, Toronto, Thomson Carswell, 6^{ème} éd., 2003 aux pp. 9 et s.

⁹² Voir F.E. Skone James, *op. cit.* aux pp. 18 et 210.

⁹³ Voir paragraphe 2 du Protocole de clôture de la Conférence de 1884 et de 1885 et le paragraphe 3 du Protocole de clôture de 1886 entourant la Convention de Berne :

It is understood that the manufacture and sale of instruments for the mechanical reproduction of musical airs in which copyright subsists shall not be considered as constituting an infringement of musical copyright.

Voir S. Ricketson, *The Berne Convention for the protection of literary and artistic works: 1886-1986*, London, Centre for Commercial Law Studies – Kluwer, 1987 aux pp. 69, 77, 94 et 375.

⁹⁴ Ce régime était défini à l'art. 13 de l'Acte de Berlin :

(1) The authors of musical works shall have the exclusive right of authorising (1) the adaptation of those works to instruments which can reproduce them mechanically; (2) the public performance of the said works by means of these instruments.

(2) Reservations and conditions relating to the application of this Article may be determined by the domestic legislation of each country in so far as it is concerned; but

Royaume-Uni s'est prévalu de cette faculté, étant par ailleurs activement à son origine, en adoptant l'article 19 du *Copyright Act, 1911* qui prévoyait, en substance, que l'auteur qui avait autorisé une première fois l'utilisation d'une œuvre musicale par voie d'instruments de reproduction mécanique, devait accorder à toute autre personne, en échange du paiement par celle-ci d'une redevance, une licence de reproduction mécanique de l'œuvre concernée⁹⁵.

Au Canada, le *Copyright Act, 1921*, abrogeant toute source de droits d'auteur antérieure, britannique et canadienne ou relevant du *common law*, adoptait le même principe⁹⁶.

the effect of any such reservations and conditions will be strictly limited to the country which has put them into force.

(3) The provisions of paragraph 1 shall not be retroactive, and consequently shall not be applicable in any country of the Union to works which have been lawfully adapted in that country to mechanically instruments before the coming into force of the Convention signed at Berlin on the 13th of November, 1908, and in the case of a country which has acceded to the Union since that date or accedes in the future, before the date of its accession.

(4) Adaptations made in virtue of paragraphs 2 and 3 of the present article, and imported without the authority of the interested parties into a country where they would not be lawful, shall be liable to seizure in that country.

La référence à « l'adaptation » s'explique par le fait qu'il n'y avait pas de droit de reproduction général dans la Convention de Berne à l'époque et que le sens de cette expression n'était pas encore arrêté à ce moment. Voir S. Ricketson, *ibid.* aux pp. 377-378 et 513 et s.; voir aussi S. Plante, « The Compulsory Mechanical Reproduction Licence in Canada » (1987) 3 *I.P.J.* 161 à la p. 163.

⁹⁵ F.E. Skone James, *op. cit.* à la p. 212.

⁹⁶ Sect. 19 (anciennement 18, telle que modifiée dans sa version révisée de 1927, R.S. 1927, Chap. 32) :

1) It shall not be deemed to be an infringement copyright in any musical, literary or dramatic work for any person to make within Canada records, perforated rolls, or other contrivances, by means of which sounds may be reproduced and by means of which the work may be mechanically performed, if such person proves, -

(a) that such contrivances have previously been made by, or with the consent or acquiescence of, the owner of the copyright in the work; and,

(b) that he has given the prescribed notice of his intention to make the contrivances, and that there has been paid in the prescribed manner to, or for the benefit of, the owner of the copyright in the work royalties in respect of all such contrivances sold by him, as hereinafter mentioned:

Provided that, -

(i) nothing in this provision shall authorize any alterations in, or omissions from, the work reproduced, unless contrivances reproducing the work subject to similar alterations and omissions have been previously made by, or with the consent or acquiescence of, the owner of the copyright, or unless such alterations or omissions are reasonably necessary for the adaptation of the work to the contrivances in question; and,

(ii) for the purposes of this provision, a musical, literary or dramatic work shall not be deemed to include a contrivance by means of which sounds may be mechanically reproduced; and,

(iii) the making of the necessary manuscript arrangement and instrumentations of the copyrighted work, for the sole purpose of the adaptation of the work to the contrivances in question, shall not be deemed an infringement of copyright.

(2) The royalty as aforesaid shall be two cents for each playing surface of each such record and two cents for each such perforated roll or other contrivance.

L'abrogation du droit antérieur à 1924 s'accompagnant de la substitution concomitante de droits nouveaux⁹⁷, l'article 42(3) du *Copyright Act, 1921*⁹⁸ venait régler la question de la licéité d'actes qui, nonobstant le changement de régime, auraient été irréprochables. Cet article prévoyait que

Where any person has, before the first day of January, one thousand nine hundred and twenty-four, taken any action whereby he has incurred any expenditure or liability in connection with the reproduction or performance of any work in a manner which at the

(3) If any such contrivance is made reproducing on the same playing surface two or more different works in which copyright subsists, and the owners of the copyright therein are different persons, the sums payable by way of royalties under this section shall be apportioned amongst the several owners of the copyright equally.

(4) When any such contrivances by means of which a literary, dramatic or musical work may be mechanically performed have been made, then for the purposes of this section, the owner of the copyright in the work shall, in relation to any person who makes the prescribed enquiries, be deemed to have given his consent to the making of such contrivances if he fails to reply to such enquiries within the prescribed time.

(5) For the purposes of this section, the Governor in Council may make regulations prescribing anything which under this section is to be prescribed, and prescribing the mode in which notices are to be given and the particulars to be given in such notices, and the mode, time, and frequency of the payment of royalties; and any such regulations may, if the Governor in Council thinks fit, include regulations requiring payment in advance or otherwise securing the payment of royalties.

(6) In the case of musical, literary or dramatic works published before the first day of January, one thousand nine hundred and twenty-four, the foregoing provisions shall have effect, subject to the following modifications and additions: -

(a) The conditions as to the previous making by, or with the consent or acquiescence of, the owner of the copyright in the work, and the restrictions as to alterations in or omissions from the work, shall not apply;

(b) No royalties shall be payable in respect of contrivances lawfully made and sold by the manufacturer before the first day of January, one thousand nine hundred and twenty-four;

(c) Notwithstanding any assignment made before the fourth day of June, one thousand nine hundred and twenty-one, of the copyright in a literary or dramatic or musical work, any rights conferred by this Act in respect of the making, or authorizing the making, of contrivances by means of which the work may be mechanically performed, shall belong to the author or his legal representatives and not to the assignee, and the royalties aforesaid shall be payable to, and for the benefit of, the author of the work or his legal representatives.

(7) Notwithstanding anything in this Act, where a record, perforated roll, or other contrivance by means of which sounds may be mechanically reproduced has been made before the first day of January, one thousand nine hundred and twenty-four, copyright shall, as from the said date, subsist therein in like manner and for the like term as if this Act had been in force at the date of the making of the original plate from which the contrivance was directly or indirectly derived:

Provided that, -

(i) the person who, on the first day of January, one thousand nine hundred and twenty-four, is the owner of such original plate shall be the first owner of such copyright; and,

(ii) Nothing in this provision shall be construed as conferring copyright in any such contrivance if the making thereof would have infringed copyright in some other such contrivance, if this provision had been in force at the time of the making of the first mentioned contrivance.

⁹⁷ Art. 42 *Copyright Act, 1921*. Voir Fox, *op. cit.* à la p. 219.

⁹⁸ Anciennement numéroté 42.1(b), tel que modifié dans la version révisée de 1927, R.S. 1927, Chap. 32. Pour les fins des présentes, toute référence suivante au *Copyright Act, 1921* vise la version révisée de 1927.

time was lawful, or for the purpose of or with the view to the reproduction or performance would, but for the passing of this Act, have been lawful, nothing in this section shall diminish or prejudice any rights or interests arising from or in connection with such action which are subsisting and valuable at the said date, unless the person who by virtue of this section becomes entitled to restrain such reproduction or performance agrees to pay such compensation as, failing agreement, may be determined by arbitration.

L'article 42(3) du *Copyright Act, 1921* avait un homologue britannique dans le *Copyright Act, 1911* dont l'article 24(1)(b) disposait que

Where any person has, before the twenty-sixth day of July nineteen hundred and ten, taken any action whereby he has incurred any expenditure or liability in connexion with the reproduction or performance of any work in a manner which at the time was lawful, or for the purpose of or with a view to the reproduction or performance of a work at a time when such reproduction or performance would, but for the passing of this Act, have been lawful, nothing in this section shall diminish or prejudice any rights or interests arising from or in connexion with such action which are subsisting and valuable at the said date, unless the person who by virtue of this section becomes entitled to restrain such reproduction or performance agrees to pay such compensation as, failing agreement, may be determined by arbitration.

Une disposition similaire aux deux précédentes existait dans le *International Copyright Act, 1886*⁹⁹. Cette loi avait été adoptée afin de permettre au Royaume-Uni de donner effet à la Convention de Berne dans sa version de 1886, alors dans son enfance¹⁰⁰. L'article 6 du *International Copyright Act, 1886* disposait que l'auteur ou l'éditeur de toute œuvre littéraire ou artistique produite pour la première fois dans un pays étranger, antérieurement à tout *Ordre en conseil* relatif à ce pays, devait bénéficier des mêmes droits et recours de façon à ce que les dispositions des lois sur le droit d'auteur s'appliquent à ces œuvres à la date de leur production. Une réserve était cependant prévue dans les termes suivants :

*Provided that, where any person has, before the date of the publication of an Order in Council, lawfully produced any work in the United Kingdom, nothing in this section shall diminish or prejudice any rights or interests arising from or in connection with such production which are subsisting and valuable at the said date.*¹⁰¹

Le *Copyright Act, 1911* présentait certaines différences par rapport au *International Copyright Act, 1886*, notamment dans la mesure où il introduisait un droit particulier qui a été présenté comme « [...] the right to compulsorily buy up the rights and interests which are preserved »¹⁰². Ce droit, par ailleurs imité dans la loi canadienne sur le droit d'auteur, dans la forme qu'il a acquise au cours de l'évolution législative, a aussi été qualifié de « restoration right »¹⁰³. On pourrait également l'assimiler à un droit d'éviction dès lors qu'il permet au titulaire des nouveaux droits de recouvrer le plein exercice de ses droits à l'égard d'un investisseur-entrepreneur à qui ils étaient inopposables jusqu'alors.

Une partie de l'origine du principe de ces dispositions remonte à la Convention de Berne. L'effet principal de cette convention était de faire rétroactivement sortir du domaine public d'un pays,

⁹⁹ 49 & 50 Vict. c. 33. Fox signalait que le *Copyright Act, 1886* s'appliquait au Canada, Fox, *op. cit.* aux pp. 204, 29 et 34-35.

¹⁰⁰ F.E. Skone James, *Copinger on the Law of Copyright*, Toronto, Carswell, 1936, 7th ed. à la p. 256.

¹⁰¹ *Ibid.* à la p. 243.

¹⁰² *Ibid.*

¹⁰³ Léger Robic, *Canadian Copyright Annotated*, Toronto, Carswell, feuilles mob. sous 32.4.

une œuvre étrangère encore protégée dans son pays d'origine¹⁰⁴. Cet effet n'était pas sans présenter certaines difficultés ainsi dépeintes :

*However, a problem may arise in the case of existing works which previously only entitled to protection in one country but not in the other. One of the main objects of the new agreement will usually have been the gaining of protection for those works in the second country, but difficulties may occur with respect to the position of persons in that country who have been exploiting the works in absence of any legal protection. Although the moral position of these users may not be strong, they have nonetheless acted in good faith in reliance on a given state of affairs, namely that these works were in the public domain and could be used freely. In pursuance of this reliance, they may also have invested capital and labour in the furtherance of these activities, for instance, in the preparation of a new edition for printing, the making of a translation or other adaptation, or the production and public of the works in question. Are these people suddenly to find themselves in the position of infringers and dealers in infringing copies if the new convention applies to these works, as well as to works that are created or published after its entry into force? In an absolute sense, they have little in their favour, as they have been freely exploiting works which do not belong to them. Nonetheless, where they have made substantial outlays in the carrying out of these activities, it would be unfair for the fruits of these undertakings to be forfeited to the foreign copyright owner. In addition, if the new convention is made completely retroactive, this may have a drastic effect on any local industry which has been built up in the previous legal vacuum. On the other hand, to exclude retroactivity altogether will work harshly against the foreign author, and deprive the new convention of much of its raison d'être. Accordingly, it is necessary to strike some balance between these "acquired rights" and the newly recognised rights of the foreign author. By definition, such provisions should only be temporary in nature, as all that is needed is sufficient time to allow the prior user to recoup his investment, following which time the foreign author's rights should be entitled to full protection in accordance with the terms of the new Convention. This problem, of course, is not one that is peculiar to international copyright agreements: it arises also in many areas of domestic law where a new regulation is made that renders unlawful activities previously carried on without restriction. However, while there may be agreement in principle on the need for some kind of transitional arrangement in these cases, there are various ways in which this may be done and there is room for argument over which is the most equitable and efficacious.*¹⁰⁵

Face au défi de concilier le besoin de donner à la Convention un certain effet rétroactif, afin de tendre vers l'objectif d'une protection de droits d'auteur universelle, et le principe de sécurité juridique, les participants aux conférences préparant la Convention de Berne s'entendirent sur un principe médian selon lequel chaque pays pourrait déterminer les conditions de la rétroactivité en fonction de ses propres lois ou conventions¹⁰⁶. La version finale de l'article 14 de la Convention de Berne édictait le principe de rétroactivité, sous certaines réserves et conditions, dans les termes suivants:

Under the reserves and conditions to be determined by common agreement, the present convention shall apply to all works which at the moment of coming into force have not yet fallen into the public domain in the country of origin.

Par ailleurs, le Protocole de clôture confirmait la possibilité d'« aménager » ledit principe en déclarant que

¹⁰⁴ Voir S. Ricketson, *The Berne Convention for the protection of literary and artistic works: 1886-1986*, London, Centre for Commercial Law Studies – Kluwer, 1987 aux pp. 665 et s.; voir K. S. Deters, « Retroactivity and Reliance Rights Under Article 18 of the Berne Copyright Convention » (1991) 24 *Vanderbilt J. Transnt'l L.* 971.

¹⁰⁵ S. Ricketson, *op. cit.* aux pp. 665-666. [nos soulignés]

¹⁰⁶ *Ibid.*

*The application of the Convention to works which have not yet fallen in the public domain at the time when it comes into force shall take effect according to the relevant stipulations contained in special Conventions existing, or to be concluded, to that effect. In the absence of such stipulations between any countries of the Union, the respective countries shall regulate, each in so far as it is concerned, by its domestic legislation, the manner in which the principle contained in Article 14 is to be applied.*¹⁰⁷

Plusieurs congrès de l'Association littéraire et artistique internationale (« ALAI ») donnèrent lieu à des résolutions visant à abroger le régime de réserves et conditions précité. Lors de la Conférence de Paris de 1896, la France émit la proposition d'abolir ce régime. D'aucuns ont rapporté que

*[a]lthough some member states approved the French proposal, several other key states, including Britain, rejected the proposed revisions on the ground that, "despite the lapse of time, absolute retroactivity might still injure 'legitimate interests' ". The continued concern about the reliance interests of domestic exploiters of foreign works caused the reserves and conditions provision of article 14 to remain in place. [...] Despite continued efforts by the ALAI to abolish the reserves and conditions provision, the lack of substantial change in article 14 afforded the Berne member states considerable leeway in protecting the reliance interests of their nationals at the expense of foreign authors and copyright owners. At the Berlin conference of 1908, article 14 was consolidated into the new article 18.*¹⁰⁸

Les révisions de la Convention de Berne, postérieures à la Conférence de Berlin, ont maintenu le principe édicté à l'ancien article 14, aujourd'hui article 18¹⁰⁹. Le Canada a adhéré à la Convention de Berne dans sa version révisée suite à la Conférence de Berlin en 1908 et au Protocole additionnel de Berne en 1914, par *Ordre en conseil* adopté le 27 juillet 1923¹¹⁰. Le

¹⁰⁷ Voir S. Ricketson, *op. cit.* aux pp. 668-669. Le texte en anglais de la Convention de Berne dans sa version de 1887 est aussi disponible dans W. Nordemann et al., *op. cit.*

¹⁰⁸ K. S. Deters, *op. cit.* aux pp. 980-981. [nos soulignés]

¹⁰⁹ *Ibid.*; l'article 18 Convention de Berne dans sa version actuelle prévoit que

(1) La présente Convention s'applique à toutes les œuvres qui, au moment de son entrée en vigueur, ne sont pas encore tombées dans le domaine public de leur pays d'origine par l'expiration de la durée de la protection.

(2) Cependant, si une œuvre, par l'expiration de la durée de la protection qui lui était antérieurement reconnue, est tombée dans le domaine public du pays où la protection est réclamée, cette œuvre n'y sera pas protégée à nouveau.

(3) L'application de ce principe aura lieu conformément aux stipulations contenues dans les conventions spéciales existantes ou à conclure à cet effet entre pays de l'Union. À défaut de semblables stipulations, les pays respectifs régleront, chacun pour ce qui le concerne, les modalités relatives à cette application.

(4) Les dispositions qui précèdent s'appliquent également en cas de nouvelles accessions à l'Union et dans le cas où la protection serait étendue par application de l'article 7 ou par abandon de réserves.

Il faut noter que si le principe de rétroactivité est demeuré dans la Convention de Berne, celle-ci a cependant par ailleurs évolué en étendant le minima conventionnel, en consacrant en 1971 un droit de reproduction exclusif et en instaurant des limites aux cas d'exceptions par le biais du test dit « en trois étapes » (art. 9.2 : « Est réservée aux législations des pays de l'Union la faculté de permettre la reproduction desdites œuvres dans certains cas spéciaux, pourvu qu'une telle reproduction ne porte pas atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre ni ne cause un préjudice injustifié aux intérêts légitimes de l'auteur »).

¹¹⁰ Fox, *op. cit.* à la p. 38; N. Tamaro, *Loi sur le droit d'auteur – Texte annoté*, Toronto, Carswell, 2003 aux pp. 23 et s.

Canada deviendra membre de l'Union en tant qu'État autonome de l'Empire britannique à partir de 1928¹¹¹. Il adhéra à la version révisée de la Conférence de Rome dès 1931 après avoir amendé le *Copyright Act, 1921*¹¹². Le Canada a donc toujours théoriquement adhéré au principe de l'article 18 de la Convention de Berne, inchangé depuis son origine. Cependant, il semble que certaines interrogations peuvent être soulevées sur la façon dont le Canada a mis en œuvre le principe de l'article 18 de Berne et s'est prévalu de la faculté d'aménager la rétroactivité, notamment en instaurant différents régimes transitoires et d'éviction.

On notera, en outre, que dans l'histoire de la Convention de Berne, le principe de rétroactivité a pu ne pas s'appliquer à certains droits reconnus par celle-ci. Ainsi, le paragraphe 3 de l'article 13 introduisant le droit de reproduction mécanique d'œuvres musicales, en 1908 lors de la Conférence de Berlin, prévoyait expressément l'absence de rétroactivité et son inapplicabilité, dans tout pays de l'Union, aux œuvres musicales qui avaient été licitement « adaptées » dans ce pays, avant qu'il n'y mette en œuvre la Convention. Conformément, selon les lois anglaise et canadienne, l'« adaptation » sans autorisation de l'œuvre musicale publiée avant 1911 et 1924, par voie d'instruments de reproduction mécanique, n'était pas un acte soumis à l'effet rétroactif de la loi, tel qu'il appert des articles 19(7)(a) du *Copyright Act, 1911* et 19(6)(a) *Copyright Act, 1921* qui disposaient dans des termes quasi identiques que

In the case of musical works published before the commencement of this Act [before the first day of January, one thousand nine hundred and twenty-four], the foregoing provisions shall have effect, subject to the following modifications and additions:

(a) The conditions as to the previous making by, or with the consent or acquiescence of, the owner of the copyright in the work, and the restrictions as to alterations in or omissions from the work, shall not apply;

La première réforme du *Copyright Act, 1921* intervient en 1988. Dans le cadre de la *Loi modifiant la Loi sur le droit d'auteur et apportant des modifications connexes et corrélatives*¹¹³, le législateur canadien procédait, notamment, à l'abolition du régime de « licences mécaniques obligatoires » applicable aux œuvres musicales¹¹⁴. On constatera qu'aucun régime d'éviction du type de celui de l'article 42(3) du *Copyright Act, 1921* n'a été édicté à cette occasion¹¹⁵, le régime transitoire consistant en une période de transition de six mois, postérieure à l'entrée en vigueur du nouveau droit, à l'issue de laquelle les fabricants d'enregistrements sonores devaient négocier l'autorisation de reproduire mécaniquement les œuvres musicales¹¹⁶.

En 1994, dans le cadre de la mise en œuvre de l'Accord ADPIC au Canada, des dispositions similaires à l'article 42(3) du *Copyright Act, 1921* ont été introduites par la *Loi de mise en œuvre de l'Accord sur l'Organisation mondiale du commerce*¹¹⁷, soit les articles alors numérotés 28.03 et 29 (articles 32.4 et 33 LDA dans sa version de 1997). On notera que cette loi ajoutait aussi l'article 70.8 LDA, lequel permet de saisir la Commission du droit d'auteur aux fins de faire fixer par celle-ci le montant de l'indemnité visant à compenser l'exercice du droit d'éviction. On se

¹¹¹ *Ibid.*

¹¹² S.C. 1931, c. 8, section 12 : « The governor in Council may take such action as be deemed necessary to secure the adherence of Canada to the revised Convention [...] ».

¹¹³ L.C. 1988, c. 15.

¹¹⁴ Voir S. Gilker, « Une nouvelle loi sur les droits d'auteur : 19504 jours et 19 études plus tard » (1988) 1-1 *C.P.I.* 31 aux pp. 39-40; D. Vaver, « The Canadian Copyright Amendments of 1988 » (1988) 4-2 *I.P.J.* 121.

¹¹⁵ On notera que l'article 42(3) 1921 n'a jamais été ni abrogé ni consolidé, probablement en raison du fait qu'il avait une application marginale ou qu'il était inapplicable *de facto* en 1988.

¹¹⁶ Sur les raisons de ce choix de régime, voir S. Gilker et D. Vaver, *op. cit.*.

¹¹⁷ L.C. 1994, ch. 47.

rappellera que l'Accord ADPIC introduisait un régime restreint de droits d'auteur en faveur des artistes-interprètes :

*Pour ce qui est d'une fixation de leur exécution sur un phonogramme, les artistes interprètes ou exécutants auront la possibilité d'empêcher les actes ci-après lorsqu'ils seront entrepris sans leur autorisation: la fixation de leur exécution non fixée et la reproduction de cette fixation. Les artistes interprètes ou exécutants auront aussi la possibilité d'empêcher les actes ci-après lorsqu'ils seront entrepris sans leur autorisation: la radiodiffusion par le moyen des ondes radioélectriques et la communication au public de leur exécution directe.*¹¹⁸

L'article 14(6) ADPIC adoptait le principe de l'article 18 de la Convention de Berne en y renvoyant expressément¹¹⁹. Dans l'ordre interne, le législateur canadien a donc pu mettre en place un régime transitoire spécifique, tel qu'il appert à l'article 26 LDA, tout en prévoyant un régime d'éviction.

En 1997, dans le cadre de la seconde réforme d'importance de la LDA, la *Loi modifiant la Loi sur le droit d'auteur*¹²⁰ introduisait un régime de droits d'auteur en faveur des artistes-interprètes, distinct de celui instauré par l'Accord ADPIC¹²¹ et conforme à la protection minimum de la Convention de Rome¹²². L'article 32.5 était aussi ajouté dans une logique apparemment identique à celle de l'article 32.4 LDA, anciennement numéroté 28.03. Cependant, il ne semble pas *a priori* permis de pouvoir expliquer cet ajout par l'article 18 de la Convention de Berne puisque la Convention de Rome, au contraire, ne déploie aucune obligation quant à l'application dans le temps de ses dispositions, particulièrement en ce qui concerne la rétroactivité¹²³. L'adoption, en 1997, d'un régime d'éviction est une indication que l'introduction des nouveaux droits ne s'effectue pas de façon strictement prospective.

Le Projet de loi C-60, tout en modifiant l'article 33, ajoute les articles 32.6 et 33.1 qui reprennent à première vue le même principe établi par ses prédécesseurs, soit les articles 42(3), 32.4 et 32.5. On rappellera que l'article 22 WPPT régit l'application dans le temps des dispositions du Traité par renvoi à l'article 18 de la Convention de Berne, dont son paragraphe 3. On notera toutefois que l'article 22(2) WPPT prévoit qu'exceptionnellement, un pays membre peut limiter l'application dans le temps de la protection prévue à l'article 5 (droit moral des artistes-interprètes) aux prestations qui seraient postérieures à l'entrée en vigueur du WPPT pour un pays donné. Le Canada se prévaudrait de cette réserve en adoptant l'article 9 du Projet de loi C-60 qui spécifie que l'article 17.1(1) s'applique uniquement dans les cas de prestations

¹¹⁸ Art. 14(1) ADPIC, www.wto.org/french/docs_f/legal_f/legal_f.htm.

¹¹⁹ Art. 14(6) ADPIC :

Tout Membre pourra, en rapport avec les droits conférés en vertu des paragraphes 1, 2 et 3, prévoir des conditions, limitations, exceptions et réserves dans la mesure autorisée par la Convention de Rome. Toutefois, les dispositions de l'article 18 de la Convention de Berne (1971) s'appliqueront aussi, mutatis mutandis, aux droits des artistes interprètes ou exécutants et des producteurs de phonogrammes sur les phonogrammes.

¹²⁰ L.C. 1997, ch. 24.

¹²¹ Cf. art. 26 LDA.

¹²² Cf. arts. 15 et 19 LDA.

¹²³ Voir art. 20 Convention de Rome, www.wipo.int/treaties/fr/ip/rome/trtdocs_wo024.html#P153_19889; voir OMPI, *Guide de la Convention de Rome et de la Convention des Phonogrammes*, Publication OMPI, 1981, 190 pages; voir W. Nordemann et al., *International Copyright and Neighboring Rights*, New-York, VCH, 1990 à la p. 419.

S. 26(2) *The Copyright and Related Rights Regulations 1996* S.I. 1996/2967, entrée en vigueur le 1^{er} décembre 1996, www.legislation.hmso.gov.uk/si/si1996/Uksi_19962967_en_1.htm#end.

exécutées après son entrée en vigueur et visées par une protection au titre de l'article 15(1.1) concernant les droits économiques. Ces derniers sont reconnus en vertu des critères de rattachement prévus à l'article 15(2.1) qui distingue les prestations canadiennes des prestations d'un pays WPPT. En conséquence, la loi ne spécifie pas que la protection ne bénéficie à l'artiste-interprète qu'à compter de la mise en vigueur du Traité par le pays membre WPPT. La protection est acquise plutôt au moment de la reconnaissance, au Canada, des droits économiques. La conséquence au plan du régime d'éviction est simple en principe.

Le tableau dressé ci-après permet de comparer le texte de chacune des dispositions constitutives d'un régime d'éviction :

art. 42(3) (1924)	Art. 32.4 (1994)	art. 32.5 (1997)	art. 32.6 (2005)
<p>Where any person has, before the first day of January, one thousand nine hundred and twenty-four, taken any action whereby he has incurred any expenditure or liability in connection with the reproduction or performance of any work in a manner which at the time was lawful, or for the purpose of or with the view to the reproduction or performance would, but for the passing of this Act, have been lawful, nothing in this section shall diminish or prejudice any rights or interests arising from or in connection with such action which are subsisting and valuable at the said date,</p>	<p>(1) Par dérogation à l'article 27, lorsque, avant le 1^{er} janvier 1996 ou, si elle est postérieure, la date où un pays devient membre de l'OMC, une personne a fait des dépenses ou contracté d'autres obligations relatives à l'exécution d'un acte qui, accompli après cette date, violerait le droit d'auteur conféré par l'article 26, le seul fait que ce pays soit devenu membre de l'OMC ne porte pas atteinte aux droits ou intérêts de cette personne, qui, d'une part, sont nés ou résultent de l'exécution de cet acte et, d'autre part, sont appréciables en argent à cette date, sauf dans la mesure prévue par une ordonnance de la Commission rendue en application du paragraphe 78(3).</p>	<p>(1) Par dérogation à l'article 27, lorsque, avant la date d'entrée en vigueur de la partie II ou, si elle est postérieure, la date où un pays devient partie à la Convention de Rome, une personne a fait des dépenses ou contracté d'autres obligations relatives à l'exécution d'un acte qui, s'il était accompli après cette date, violerait le droit d'auteur conféré par les articles 15 ou 21, le seul fait que la partie II soit entrée en vigueur ou que le pays soit devenu partie à la Convention de Rome ne porte pas atteinte aux droits ou intérêts de cette personne, qui, d'une part, sont nés ou résultent de l'exécution de cet acte et, d'autre part, sont appréciables en argent à cette date, sauf dans la mesure prévue par une ordonnance de la Commission rendue en application du paragraphe 78(3).</p>	<p>(1) Par dérogation aux articles 27, 28.1 et 28.2, si, avant la date à laquelle les droits visés aux paragraphes 15(1.1), 17.1(1) et 18(1.1) s'appliquent à la prestation ou à l'enregistrement sonore relativement à un pays donné, une personne a fait des dépenses ou contracté d'autres obligations relatives à l'exécution d'un acte qui, accompli après cette date, violerait les droits visés à ces paragraphes, le seul fait que ces dispositions s'appliquent à ce pays ne porte pas atteinte aux droits ou intérêts de cette personne, qui, d'une part, sont nés ou résultent de l'exécution de cet acte et, d'autre part, sont appréciables en argent à cette date, sauf dans la mesure prévue par une ordonnance de la Commission rendue en application du paragraphe 78(3).</p>
<p>... unless the person who by virtue of this section becomes entitled to restrain such reproduction or performance agrees to pay such compensation as, failing agreement, may be determined by arbitration.</p>	<p>(2) Toutefois, les droits ou intérêts protégés en application du paragraphe (1) s'éteignent lorsque le titulaire du droit d'auteur verse à cette personne une indemnité convenue par les deux parties, laquelle, à défaut d'entente, est déterminée par la Commission conformément à l'article 78.</p>	<p>(2) Toutefois, les droits ou intérêts protégés en application du paragraphe (1) s'éteignent lorsque le titulaire du droit d'auteur verse à cette personne une indemnité convenue par les deux parties, laquelle, à défaut d'entente, est déterminée par la Commission conformément à l'article 78.</p>	<p>(2) Toutefois, les droits ou intérêts protégés en application du paragraphe (1) s'éteignent à l'égard du titulaire du droit d'auteur ou des droits moraux lorsque celui-ci verse à la personne visée à ce paragraphe une indemnité convenue par les deux parties, laquelle, à défaut d'entente, est déterminée par la Commission conformément à l'article 78.</p>
	<p>(3) Les paragraphes (1) et (2) ne portent pas atteinte aux droits dont dispose l'artiste-interprète en droit ou en equity.</p>	<p>(3) Les paragraphes (1) et (2) ne portent pas atteinte aux droits dont dispose l'artiste-interprète en droit ou en equity.</p>	<p>(3) Les paragraphes (1) et (2) ne portent pas atteinte aux droits dont dispose l'artiste-interprète en droit ou en equity.</p>

2.1.2. Considérations

Dans le prolongement de la perspective historique, un certain nombre de commentaires à l'égard de l'économie des régimes d'éviction peut être formulé :

1) l'effet rétroactif se distingue de l'effet rétrospectif ou de l'effet immédiat de la loi :

Les régimes d'éviction semblent tous être associés à un même principe de rétroactivité dans la mesure où leurs textes présentent de grandes similitudes alors que certains découlent directement de la mise en œuvre de l'article 18 de la Convention de Berne.

Il conviendrait cependant de refouler la tentation d'associer automatiquement le régime d'éviction à un effet rétroactif. La doctrine a consacré certaines nuances quant aux effets de l'application de la loi dans le temps en distinguant, par exemple, l'effet rétroactif d'une loi et son effet rétrospectif ou, par exemple, l'effet rétroactif et l'effet immédiat de la loi¹²⁴. Toutefois, comme l'écrit le professeur Côté,

l'intérêt de distinguer l'effet rétrospectif de l'effet rétroactif est pratiquement nul lorsque le législateur a énoncé clairement la portée qu'il a entendu donner à la loi nouvelle. S'il a manifesté une volonté nette que la loi nouvelle soit appliquée de telle ou telle façon, il importe peu de savoir si l'application décidée implique un effet rétroactif ou un effet rétrospectif.

Par contre la distinction prend tout son intérêt lorsque le législateur n'a pas expressément réglé la question de l'application temporelle de la loi nouvelle. Pour suppléer à ce silence, l'interprète fait appel à deux principes, d'inégale autorité : le principe de la non-rétroactivité de la loi et le principe du maintien des droits acquis.¹²⁵

Il a été signalé que le *Copyright Act, 1911* n'avait d'effet rétroactif qu'en ce qui concerne la durée de protection, tel qu'il appert à son article 24(1) disposant que

¹²⁴ Voir P.-A. Côté, *Interprétations des lois*, 3^{ème} éd., Montréal, Thémis, 1999 à la p. 167 :

Il y a effet rétroactif lorsque la loi nouvelle modifie les conséquences juridiques de faits accomplis avant son entrée en vigueur. L'effet rétroactif normal modifie toutes les conséquences juridiques des faits en questions, à quelques moments qu'ils se produisent. Le législateur peut cependant ne modifier que les conséquences futures de faits accomplis, en respectant les conséquences qui se sont réalisées antérieurement à l'entrée en vigueur : c'est ce que l'on appelle l'effet rétrospectif.

Et à la p. 191 :

Il y a effet immédiat de la loi nouvelle lorsque celle-ci s'applique à l'égard d'une situation juridique en cours au moment où elle prend effet : la loi nouvelle gouvernera alors le déroulement futur de cette situation.

Voir R. Sullivan, *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes*, Markham, ON, 4^{ème} éd., 2002 aux pp. 542 et s et not. à la p. 546 :

Retroactive applications are generally considered to be the most objectionable since they involve changing the past. Retrospective and immediate applications are less objectionable because they involve changes for the future only. Any of these three categories of application may, in a given case, turn out to interfere with vested rights. Such interference is considered objectionable because it amounts to expropriation of a form of property without compensation.

¹²⁵ P.-A. Côté, *ibid.* à la p. 169.

Where any person is immediately before the commencement of this Act entitled to any such right in any work as is specified in the first column of the First Schedule to this Act, or to any interest in such a right, he shall, as from that date, be entitled to the substituted right set forth in the second column of that schedule, or to the same interest in such a substituted right, and to no other right or interest, and such substituted right shall subsist for the term for which it would have subsisted if this Act had been in force at the date when the work was made and the work had been one entitled to copyright there-under.
[nos soulignés]

Ainsi, l'auteur d'affirmer au sujet de la loi britannique :

*It is clear that the owner of the substituted right conferred by section 24 cannot sue in respect of any act committed prior to the commencement of the Act of 1911 which was not an infringement of copyright at the date when the act was committed.*¹²⁶

On remarquera qu'au Canada, l'article 42(1) du *Copyright Act, 1921* reproduisait le même principe et les remarques précédentes s'y appliqueraient *mutatis mutandis*.

Mis à part cette disposition précise issue de la réforme de 1924, les dispositions rétroactives « pures », contenues ailleurs dans la loi de 1924 ou adoptées lors des réformes ou modifications législatives de la LDA en 1988, 1994 et 1997 sont peu nombreuses. En l'absence de dispositions expresses, on appliquerait la présomption de non-rétroactivité de la loi¹²⁷. En l'absence de dispositions, tels l'article 42(3) et ses successeurs, on se serait posé la question de savoir si la présomption de maintien des droits acquis s'appliquait¹²⁸. Ces articles semblent pouvoir permettre de régler la question du maintien des droits acquis en instaurant un régime double qui, d'une part, définit ce qui peut constituer des droits acquis et, d'autre part, établit qu'il peut être mis fin à ces droits acquis moyennant paiement d'une compensation. Cette disposition vise vraisemblablement à exprimer la volonté du législateur de ce qui est « juste et raisonnable » et de choisir une solution « qui, dans les circonstances, paraît la moins onéreuse, celle qui réalise le meilleur compromis possible entre l'intérêt individuel qui appelle la survie de la loi ancienne et l'intérêt social qui justifie l'application immédiate de la loi nouvelle »¹²⁹.

2) Le régime d'éviction est l'expression d'une certaine volonté du législateur mais reste une volonté certaine :

La présence ou l'absence d'un régime d'éviction parmi les mesures transitoires accompagnant une réforme de la LDA résulte d'un choix du législateur, même s'il s'agit d'une obligation issue d'un traité international. Il doit ainsi être donné un sens à l'expression particulière de cette

¹²⁶ F.E. Skone James, *op. cit.* à la p. 242.

¹²⁷ Voir *Lauri v. Renad*, [1892] 3 Ch. 402 à la p. 421 : « It is a fundamental rule of English law that no statute shall be construed so as to have a retrospective operation unless its language is such as plainly to require such a construction : and the same rule involves another and subordinate rule to the effect that a statute is not to be construed so as to give a greater retrospective operation than its language renders necessary », citée par F.E. Skone James, *op. cit.* à la p. 249. On notera que le terme « rétrospectif » était utilisé dans le passé de façon interchangeable avec le terme « rétroactif ».

¹²⁸ Comparer le titre de l'article 62(2) LDA : « Sauvegarde des droits acquis » et son texte : « Toutefois, aucun décret pris en vertu du présent article ne porte atteinte ou préjudice aux droits ou intérêts acquis ou nés au moment de la mise à exécution de ce décret, ces droits et intérêts devant y trouver protection ». La similitude de langage avec le régime d'éviction suggère qu'il s'agit du même concept de droits acquis. Sur la présomption de maintien des droits acquis, voir P.-A. Côté, *op. cit.* aux pp. 197-199 et 212-219.

¹²⁹ P.-A. Côté, *op. cit.* à la p. 217; voir aussi les commentaires précités dans R. Sullivan, *op. cit.*, concernant les effets négatifs d'une loi rétroactive ou rétrospective : « *Such interference is considered objectionable because it amounts to expropriation of a form of property without compensation* ».

volonté associée à la présence d'un régime d'éviction. Cette volonté se comprend plus aisément lorsque l'on compare les différentes solutions transitoires qui s'offrent au législateur. Par exemple, les droits moraux du Projet de loi C-60 ou les droits économiques OMC en 1994 avaient un effet essentiellement prospectif. En revanche, le régime de protection des droits pécuniaires dans le Projet de loi C-60 ou la loi 1997 avait un effet rétroactif. Le choix d'une telle mesure devrait aussi s'inscrire dans le cadre de l'objectif général de réforme de la loi, en tenant pour acquis qu'il s'agit d'un tel objectif. Dans un tel cas, toute ambiguïté du texte d'une disposition devrait s'interpréter dans le sens qui convient à l'objectif¹³⁰. Or, le régime d'éviction ne se caractérise pas par une clarté absolue, notamment en ce qui concerne l'étendue des droits acquis qu'il vise. L'objectif de la réforme pourrait alors permettre d'en limiter le champ. De même, l'esprit et le texte de l'article 89 LDA pourraient intervenir dans l'orientation de la méthode interprétative : il favoriserait une interprétation restrictive de ce champ car un champ élargi, voire des droits acquis illimités dans l'espace et dans le temps heurteraient le principe de l'article 89. En effet, ces droits acquis restreindraient, *de facto* mais aussi juridiquement par le biais d'une pratique contractuelle érigée au rang d'usages, un domaine d'utilisations qui, par définition, ne pouvait être restreint qu'au titre de la LDA¹³¹.

3) Le régime d'éviction s'apprécierait en fonction de la nature des droits nouveaux :

On pourrait formuler l'hypothèse selon laquelle, lorsque le législateur choisit d'instituer un régime d'éviction, celui-ci ne se déploie qu'en présence d'un droit nouveau exclusif et « entier ». En effet, si le droit nouveau est un droit à rémunération, le titulaire de ce droit ne pourra prétendre qu'à cette rémunération et l'utilisateur n'aurait d'autre choix que de se soumettre à son paiement. De même, si le droit nouveau est un droit parcellaire ou incomplet, l'utilisateur ne sera mis en cause que dans des situations marginales, voire le droit nouveau sera aisément intégré dans un régime contractuel vu sa faible valeur juridique. La rareté des cas où le régime d'éviction a effectivement été mis en application, dans le domaine sonore, s'explique peut-être par la nature des droits introduits dans ce domaine. Par exemple, en 1924, le régime d'éviction ne s'appliquait pas dans le domaine des œuvres musicales qui étaient soumises à un régime de licences obligatoires quant à la reproduction mécanique. En 1988, alors que la licence obligatoire "mécanique" est abrogée en faveur du droit exclusif de reproduction, aucun régime d'éviction n'est édicté¹³². En 1994, on serait enclin à voir dans les droits conférés aux artistes-

¹³⁰ Voir P.-A. Côté, *op. cit.* à la p. 491, référant à la méthode téléologique d'interprétation des lois, telle que par ailleurs codifiée à l'art. 12 de la *Loi d'interprétation*, L.R. 1985, ch. I-21 : « Tout texte est censé apporter une solution de droit et s'interprète de la manière la plus équitable et la plus large qui soit compatible avec la réalisation de son objet ».

¹³¹ Art. 89 LDA : « Nul ne peut revendiquer un droit d'auteur autrement qu'en application de la présente loi ou de toute autre loi fédérale ».

¹³² En 1988, le législateur établit une période de transition au-delà de laquelle un titulaire de droits d'auteur sur une œuvre musicale pouvait « refuser l'autorisation à un usager éventuel de reproduire une telle œuvre, fût-elle déjà reproduite sur un support matériel sonore », S. Gilker, « Une nouvelle loi sur les droits d'auteur : 19504 jours et 19 études plus tard », *op. cit.* à la p. 40. Les commentaires formulés par cet auteur au sujet de ce régime transitoire révèlent certaines problématiques d'interprétation de l'étendue du régime, similaires à celles entourant les régimes d'éviction :

L'article 23 du projet de loi C-60 a par ailleurs édicté un régime transitoire destiné à amoindrir l'impact économique qui pourrait vraisemblablement résulter d'un tel changement à la Loi auprès de certaines industries. Ne sera donc pas considéré comme une violation du droit d'auteur sur une œuvre musicale, littéraire ou dramatique le fait de confectionner, au Canada, le ou avant le 8 décembre 1988 des organes sonores mécaniques dans la mesure où celui qui voudra les confectionner sera en mesure de prouver qu'il avait déjà fabriqué de tels organes en conformité avec les dispositions de l'article 19 de la Loi et de ses règlements et qu'il se sera conformé, en ce qui a trait aux

interprètes la marque de droits de « mettre obstacle » à certains actes effectués sans leur consentement. Ce type de droits a été expliqué négativement, c'est-à-dire un droit qui n'est pas un droit subjectif par lequel l'artiste-interprète a un lien juridique avec la prestation et qui ne peut pas être cédé¹³³. Au demeurant, bien que l'article 26 LDA fasse référence à un droit exclusif, celui-ci reste limité et parcellaire, notamment en comparaison des droits introduits en 1997, en ne concernant que la fixation et la télécommunication de prestations effectuées en direct¹³⁴. En 1997, les droits dont sont investis les artistes-interprètes paraissent plus complets, le législateur n'ayant pas choisi de se limiter au minimum de protection de la Convention de Rome¹³⁵. Il a été indiqué que le législateur canadien « a préféré, à bon droit, conférer aux artistes-interprètes un véritable droit d'auteur sur leur prestation »¹³⁶. Pourtant, on tendrait à penser que le régime des droits de l'artiste-interprète n'est pas véritablement « entier » puisque, outre le fait qu'il soit composé de droits à rémunération au titre de la communication et la copie privée, le droit de reproduction, tel que prévu à l'article 15(1)(b)ii) LDA, est quelque peu abscons dans sa définition et sa mise en œuvre. En effet, son application va dépendre des termes du contrat avec le producteur et du champ de l'autorisation accordée par l'artiste-interprète¹³⁷. Par conséquent, en l'absence d'adoption d'un régime plus « entier », tel celui envisagé par le Projet de loi C-60, consacrant une égalité avec le producteur plus univoque, on reste enfermé dans l'hypothèse selon laquelle le régime d'éviction n'a pas encore révélé toute l'amplitude de sa fonction. Cet argument demeure non contredit par la réalité judiciaire puisque les rares décisions qui ont eu à traiter de la question datent de la fin du 19^{ème} siècle, soit une époque différente du point de vue de la technologie et de l'économie, et qui concernaient l'interprétation de l'article 6 du *International Copyright Act, 1886*¹³⁸.

4) le régime d'éviction comporte certaines incertitudes :

Ces incertitudes sont essentiellement de deux ordres : a) conjoncturel, c'est-à-dire liées au contexte dans lequel serait appliqué le régime d'éviction, et b) structurel, c'est-à-dire liées au fonctionnement du régime lui-même.

dispositifs fabriqués le ou avant le 8 décembre 1988, à l'article 19 de la Loi tel qu'il existait au moment de son abrogation.

*Notons d'ores et déjà que certaines interprétations divergentes prévalent à l'égard de la première condition exigée par ces dispositions transitoires. Pour certains, il suffira qu'un éditeur ait déjà confectionné quelque organe que ce soit en vertu de l'article 19 dans le passé pour pouvoir jouir d'une licence mécanique obligatoire à l'égard de toutes œuvres, quelles qu'elles soient, jusqu'au 8 décembre 1988. Pour d'autres, l'éditeur désirant reproduire une œuvre déterminée sous ce régime transitoire devra démontrer qu'il a déjà fabriqué un organe sous le régime de l'article 19 à l'égard de **cette œuvre précise** avant le 8 juin 1988. La version anglaise laisserait plutôt entendre que cette dernière interprétation serait plus exacte (in respect of **that work**).*

¹³³ Voir E. Lefebvre, « Les droits des artistes-interprètes sur leur prestation : de la Convention de Rome au projet de loi C-32 », *op. cit.*; sur l'incessibilité du droit, cf. l'article 26(7) LDA.

¹³⁴ Voir N. Tamaro, *op. cit.* à la p. 21.

¹³⁵ E. Lefebvre, *ibid.*

¹³⁶ *Ibid.*

¹³⁷ Voir W. Nordemann et al., *op. cit.* à la p. 387.

¹³⁸ Voir Fox, *op. cit.* aux pp. 228 et s.; voir F.E. Skone James, *op. cit.* aux pp. 242 et s. et les décisions citées et commentées: *Moul & Mayeur v. Groenings*, [1891] 2 Q.B. 443, *Schauer v. J.C. & J. Field Ltd*, [1893] 1 Ch. 35, *Hanfstaengl Art Publishing Co. v. Holloway*, [1893] 2 Q.B. 1, 68 L.T. 676 et *Cranz v. Sheard*, [1913] Macg. Cop. Cas. 86.

a) Incertitudes conjonctuelles

Le Projet de loi C-60 intervient dans un contexte particulier puisqu'il s'ajoute au régime actuel de protection des droits des artistes-interprètes. En effet, on remarque que le régime actuel de l'article 15(1) LDA, n'est pas abrogé dans le système du Projet de loi C-60. On remarque aussi que le régime nouveau est instauré par adjonction d'un paragraphe (1.1) à la suite du paragraphe 15(1) LDA actuel. Il est singulier de noter que les paragraphes 15(1)(a)(i à iii) sont les mêmes que les paragraphes 15(1.1)(a)(i à iii), entraînant ainsi une redondance juridique. On remarque aussi l'attribution de droits moraux à l'artiste-interprète en ce qui concerne les droits visés à l'article 15(1.1) projeté, favorisant ainsi l'existence d'un double régime¹³⁹. Au contraire, en ce qui concerne les producteurs d'enregistrements sonores, on constate que de nouveaux droits sont intégrés au régime actuel¹⁴⁰, créant ainsi un régime uni et inter-relié qui contraste avec le régime dual des artistes-interprètes. On serait ainsi amené à considérer, en ce qui concerne ces derniers, que deux régimes cohabiteraient à la suite de l'adoption du Projet de loi C-60.

La coexistence de deux régimes au profit d'une même catégorie de titulaires sèmerait certaines difficultés. En effet, du point de vue théorique, le régime d'éviction s'applique i) lorsqu'un geste était licite avant la réforme et ii) est devenu illicite depuis la réforme. Or, en pratique, l'appréciation de la licéité dudit geste va nécessiter d'interpréter certaines dispositions de la partie II LDA applicables à l'époque et toujours en vigueur, particulièrement l'article 15(b)ii) LDA qui confère à l'artiste-interprète, à l'égard de sa prestation, le droit exclusif d'en reproduire « lorsqu'il a autorisé la fixation, toute reproduction de celle-ci faite à des fins autres que celles visées par cette autorisation ».

D'aucuns ont expliqué cette disposition comme étant le « droit opposable à tous touchant à toute reproduction non autorisée d'une fixation autorisée »¹⁴¹. Tel que mentionné précédemment, le droit de reproduction de l'artiste-interprète va s'apprécier en fonction des termes du contrat le liant à un producteur et en fonction de l'autorisation qu'il aura donnée¹⁴². À ce sujet, il a été mentionné que

Inspiré du sous-alinéa 7(1)c)(ii) de la Convention de Rome, ce droit consacre la possibilité, pour l'artiste-interprète, d'assortir de conditions l'autorisation qu'il peut accorder. Il peut indiquer, par exemple, que l'autorisation qu'il accorde permet au producteur d'enregistrement sonore de fixer sa prestation pour reproduire un enregistrement sonore aux fins de la vente sur le territoire québécois. De même, il peut indiquer au producteur d'une oeuvre cinématographique que la prestation fixée sur la trame sonore de celle-ci ne peut servir à la production d'un enregistrement sonore sans une nouvelle autorisation, la réserve du paragraphe 17(1) de la Loi ne s'appliquant pas dans un tel cas.

¹³⁹ Art. 17.2 ajouté par le Projet de loi C-60 : « Le paragraphe 17.1(1) s'applique uniquement dans le cas d'une prestation exécutée après son entrée en vigueur et pour laquelle existe un droit d'auteur visé au paragraphe 15(1.1). Les droits moraux ont la même durée que ce droit d'auteur ».

¹⁴⁰ Art. 18(1.1) ajouté par le Projet de loi C-60 : « [...] le droit d'auteur du producteur d'un enregistrement sonore comporte également le droit exclusif, à l'égard de la totalité ou de toute partie importante de l'enregistrement sonore : a) d'effectuer le premier transfert de propriété [...]; b) de le mettre à la disposition du public de manière que chacun puisse y avoir accès par télécommunication individuellement de l'endroit et au moment qu'il choisit ».

¹⁴¹ S. Gilker, « La commande d'œuvres musicales et d'enregistrements sonores musicaux dans le secteur du cinéma et de la télévision au Québec » (2004) 208 *Développements récents en droit du divertissement* 183 à la p. 215.

¹⁴² Voir W. Nordemann et al., *op. cit.* à la p. 387.

Le paragraphe 13(4) de la Loi peut nous donner de sérieuses indications sur le sens de l'expression "reproduction à des fins autres". En principe, les conditions de licence qui font l'objet de l'autorisation ne seraient limitées que par l'ordre public, puisqu'en cette matière, la liberté contractuelle prédomine. Ces conditions de licence peuvent toutefois contenir des restrictions relatives au territoire, au support matériel, au secteur de marché, à la portée de l'autorisation et à la période d'utilisation. En somme, l'artiste-interprète peut limiter l'exploitation de sa prestation fixée à des destinations déterminées, et conserver tous les recours que le droit d'auteur lui accorde lorsque les conditions de licence sont violées.¹⁴³

Ainsi, l'appréciation de la licéité du geste devra passer par une interprétation de l'autorisation contractuelle, explicite ou implicite¹⁴⁴. Ce faisant, une certaine analyse de l'article 15 pourrait révéler que celui-ci est moins incomplet que l'on pourrait le croire¹⁴⁵.

Par ailleurs, une telle analyse ferait mention du paragraphe 15(1)(b)(iii) LDA, où il appert que le droit de reproduction est reconnu à l'artiste-interprète relativement à toute fixation permise par les Parties III LDA (« Cas d'exception ») et VIII LDA (« Copie pour usage privé ») lorsque la reproduction de la fixation ainsi permise est faite à des fins autres que celles que ces parties permettent¹⁴⁶. L'enregistrement qui serait licitement effectué mais qui serait détourné, par exemple, de son utilisation limitée à la sphère privée par sa reproduction multiple, donnerait prise à un recours du titulaire des droits pour violation des droits d'auteur¹⁴⁷.

¹⁴³ E. Lefebvre, *op. cit.*

¹⁴⁴ Voir G. D'Agostino, « En attendant *Robertson* : Définir la possession du droit d'auteur sur les œuvres des pigistes dans les nouveaux médias » (2006) 18-1 *C.P.I.* 163; *Robertson c. Thomson Corp* (2004), 34 CPR (4th) 161 (C.A. Ont) (autorisation d'en appeler à la Cour suprême accordée le 21 avril 2005; cause entendue le 6 décembre 2005; cause devant être réentendue); M. F. Radcliffe, « On-Line Rights : How to Interpret Pre-Existing Agreements » (1996) 9 *E.I.P.R.* 494.

¹⁴⁵ W. Nordemann et al., *op. cit.* à la p. 387 :

The rights of the performing artists are not entirely dependent on their contractual relations where the reproduction is made for purposes different from those for which his consent was given. If the performing artist has given his consent to a broadcasting organization, then it pertains only to reproduction for purposes of broadcasting; if the phonogram produced is to be used also for the purpose of selling commercial records, then the performing artist's consent thereto is required [...]. The same principle applies in the reverse situation or where the consent is given to make reproductions for purposes of producing records or for the distribution of audio-cassettes or for cinematographic productions [...]. If the manufacturing enterprise plans from the outset reproductions for multiple purposes such as, for example, phonographic records and audio-cassettes and if the performing artist is aware of these purposes, then the consent of the artist includes both types of exploitation. No transgression of purposes takes place if the phonogram producer reproduces a larger number records than is provided for in the phonograph production contract or if he reproduces phonograms outside of the territory licensed by the phonograph production contract. [références omises]

¹⁴⁶ 15(b)(iii) LDA.

¹⁴⁷ Voir *BMG Canada Inc. c John Doe* (C.A.F.), 2005 CAF 193 :

When the Motions Judge stated that, under subsection 80(1) of the Copyright Act, R.S. 1985, c. C-42, "downloading a song for personal use does not amount to infringement," he gave no consideration to the possible application of subsection 80(2) and the circumstances in which the defence of "private use" will not be available, such as, inter alia, where the reproduction of a musical work embodied in a sound recording onto an audio recording medium is done for the sale, rental, distribution, communication by telecommunication or performance to the public.

De plus, l'article 30.9(1) LDA (« Enregistrements éphémères : entreprises de radiodiffusion ») réfère indirectement à un droit de reproduction en prévoyant un cas d'exception, en l'absence de gestion collective, lorsque la prestation est fixée au moyen d'un enregistrement sonore aux fins de transposer la prestation sur un autre support en vue de leur radiodiffusion.

Certaines interrogations subsistent : la coexistence de deux régimes de droits des artistes-interprètes ne pourrait-elle pas se transformer, dans certains cas, notamment celui de l'exercice du droit de reproduction de l'article 15(1)(b)(ii) LDA, en un chevauchement de régimes de protection? Dans de telles situations, des actes ou des gestes visés par le Projet de loi C-60 seraient également régis par l'article 15 LDA, deux régimes distincts s'appliquant à un même acte ou geste¹⁴⁸. Partant, vu ses critères, le régime d'éviction pourrait ne pas être disponible dès lors que le geste ou l'acte posé ne serait jamais devenu illicite puisque conforme aux droits des artistes-interprètes tels qu'ils existaient avant le Projet de loi C-60 et tels qu'ils existent toujours, en l'absence d'abrogation. Les effets d'un tel chevauchement, si ce dernier était avéré, poseraient la question de savoir si une autorisation visant une utilisation spécifiquement couverte par un nouveau droit peut neutraliser les effets de ce dernier. Ils poseraient aussi la question de la fonction d'un régime d'éviction qui serait possiblement inapplicable. Ceci est susceptible de brouiller davantage les pistes d'analyse du critère d'accès audit régime.

b) Incertitudes structurelles

D'un point de vue de la structure du régime d'éviction, on réitérera le mécanisme du régime d'éviction : i) des droits acquis ii) auxquels il peut être mis fin iii) moyennant compensation. La question demeure celle de savoir de quels droits acquis il s'agit. S'agit-il de tous droits acquis, incluant les droits issus de relations contractuelles, ou seulement de certains droits acquis, c'est-à-dire les droits et intérêts qui résultent d'un acte qui serait illicite s'il avait été effectué sous l'empire des nouvelles dispositions? Le corollaire de l'absence de régime d'éviction serait-il le plein exercice des droits nouveaux?

On reposera la question des limitations des droits acquis. Celle-ci se subdivise : les droits acquis peuvent-ils être invoqués par des personnes qui n'ont aucun lien avec le titulaire des nouveaux droits? Les régimes d'éviction postérieurs à 1921 font tous référence à « une personne » qui « a fait des dépenses ou contracté d'autres obligations relatives à l'exécution d'un acte » ou, dans la version anglaise, à « a person [who] has incurred an expenditure or liabilities ». Ainsi, la décision dans l'affaire *Moul c. Groenings*¹⁴⁹ pourrait avoir une portée limitée dans la mesure où la disposition interprétée était l'article 6 du *International Copyright Act, 1886*, lequel faisait référence à « any person ». Cette décision reste cependant pertinente aux fins d'illustrer le problème de l'application du régime d'éviction à des tiers. Ainsi, dans cette affaire, il a été indiqué que les droits et intérêts protégés en tant que droits acquis étaient ceux de l'éditeur de musique mais aussi de toute personne qui avait acheté une copie de l'œuvre musicale intitulée « Caprice Polka », en l'occurrence un chef d'orchestre, même si cette acquisition intervenait après l'entrée en vigueur du droit d'auteur sur l'œuvre musicale¹⁵⁰. Ainsi, fort de l'identité des termes de ladite disposition avec le régime d'éviction du *Copyright Act, 1911*, l'auteur notait : « It is to be remarked that the proviso to section 24 applies to a case where "any person" has incurred expenditure or liability, so that the rights and interests of the

¹⁴⁸ Voir l'affaire *BMG Canada Inc. c. John Doe (C.A.F.)*, [2005] 4 C.F. 81, 2005 CAF 193 (IJCAn) où la Cour d'appel suggérait que certains actes pouvaient être couverts par d'autres droits que le droit de mise en disposition qui n'existait pas au Canada lors des faits.

¹⁴⁹ *op. cit.*

¹⁵⁰ F.E. Skone James, *op. cit.* aux pp. 248-249.

person who actually incurred the expenditure or liability are safeguarded, but also the rights and interests of all persons deriving title under such person »¹⁵¹.

Dans la même optique d'appréciation de l'étendue du régime d'éviction, l'interprétation de la notion d'« intérêts » devrait obéir à certaines règles. L'exemple suivant est donné :

*[...] it is submitted that, although prior to the Act of 1911 it was no infringement of copyright to dramatise a novel, the effect of the proviso to section 24 is not to give to purchasers of books purchased from a stock in existence before the above-mentioned date any right to dramatise the same after that date. Novels are not usually purchased with the object of dramatising them, and to deprive the publisher of his power to sell a novel with a right to dramatise the same could hardly restrict his market or operate to the prejudice of any right or interest of his which was subsisting or valuable on the date in question. On the other hand, if a person had before July 26, 1910, incurred expenditure or liability in actually dramatising a novel, then his rights or interests would be protected under the proviso to section 24.*¹⁵²

Ce type d'analyse, bien que datant d'une autre époque, demeurerait pertinent dans le contexte juridique et technologique actuel. Il augure des types de questionnement et de problèmes que l'application du régime d'éviction risque de provoquer.

Par ailleurs, on n'omettra pas de relever le fait que chaque régime d'éviction concernant les artistes-interprètes incluait une mesure qui préservait, nonobstant toute disposition, les droits dont dispose l'artiste-interprète en droit ou en *equity*¹⁵³. Cette mesure a été expliquée dans les termes suivants :

[s]ubsection 32.4 [ou 5] (3) simply states that the right of a performer in law or in equity are in no way limited by what is set out in the preceding two subsections. The wording of subsection 32.4 [ou 5] (3) resembles that found at section 89 in fine of the Copyright Act.

32.4(3) Nothing in subsections (1) and (2) affects any right of a performer available in law or equity.

89. [...] but nothing in this section shall be construed as abrogating any right or jurisdiction in respect of a breach of trust or confidence.

*Subsection 32.4 [ou 5] (3) leaves open the possibility of instituting proceedings otherwise than under the Copyright Act, as would be the case, for instance, for a breach of trust or an abuse of confidence, a breach of contract, interference with publicity or privacy rights, the appropriation of someone's personality or image, passing off and the like.*¹⁵⁴

L'explication relative à l'existence de relations contractuelles mérite d'être considérée puisqu'il est notoire que bien avant l'introduction de droits d'auteur au profit des artistes-interprètes, ces derniers organisaient contractuellement leur relation avec des diffuseurs, individuellement ou collectivement¹⁵⁵. La portée à reconnaître à cette disposition demeure cependant incertaine. À

¹⁵¹ *Ibid.* [Nos soulignés]

¹⁵² *Ibid.* à la p. 249.

¹⁵³ Arts. 32.4/5/6(3) LDA.

¹⁵⁴ Léger Robic, *op. cit.* sous 32.4 et 32.5 LDA; voir Y. Gendreau & D. Vaver, « Canada » dans M.B. Nimmer & P.E. Geller, *International Copyright Law and Practice*, New York, Matthew Bender au para. 9[1](a).

¹⁵⁵ Sur les ententes individuelles artiste-producteur avant 1997, voir l'affaire *Lapointe c. Disques Gamma Québec Ltée* (1996), J.E. 96-834 (C.S. Qué.); voir *Schroeder Music Publishing Co. Ltd. c. Macaulay*, [1974] 3 All E.R. 616 (H.L.); *Clifford Davis Management Ltd. c. W.E.A. Records Ltd.*, [1975] 1 All E.R. 237 (C.A.); *O'Sullivan c. Management Agency and Music Ltd.*, [1985] 3 All E.R. 351 (C.A.). Sur les ententes collectives, voir *infra* 3.1; voir M. Adler, « Historique, typologie, objet et importance des rapports collectifs

première vue, elle vise à n'exclure aucun des recours dont pourrait se prévaloir un artiste-interprète en dehors de la LDA et du régime d'éviction. Son texte semble indiquer que seul l'artiste-interprète pourrait l'invoquer. Son esprit semble être celui d'une mesure favorable à l'artiste-interprète.

Une autre interprétation consisterait à affirmer que si le contrat peut être invoqué par l'artiste-interprète, il peut également être invoqué par son cocontractant dès lors que les termes de l'entente permettent de régir la situation en cause et ce, nonobstant toute question de transfert de droits. Il s'agit de la situation où le nouveau droit concerne un acte déjà visé par le contrat existant. D'aucuns ont par ailleurs signalé que le principe du respect des relations contractuelles antérieures à l'adoption de droits couvrant leur objet a été déjà formellement consacré dans la *Loi sur le droit d'auteur* dont l'article 16 prévoit que « l'article 15 n'a pas pour effet d'empêcher l'artiste-interprète de prévoir, par contrat, les modalités d'utilisation de sa prestation aux fins de radiodiffusion, de fixation ou de retransmission »¹⁵⁶. Ainsi, « [e]n pratique, il n'y a[aurait] rien de changé, sinon que la reconnaissance des droits négociés auparavant sur une base purement contractuelle [serait] aujourd'hui reconnue expressément par la loi »¹⁵⁷.

En admettant que le régime d'éviction puisse être utilisé par l'artiste-interprète contre son cocontractant, sous réserve de considérations d'ordre public¹⁵⁸, un marché de l'éviction pourrait apparaître, dans lequel un concurrent du cocontractant de l'artiste-interprète aurait avantage à acquérir les droits de ce dernier aux fins d'évincer son concurrent. De la même façon, un artiste-interprète pourrait céder ses nouveaux droits, dont le droit d'éviction, à une société de gestion collective¹⁵⁹. Finalement, en admettant que le régime d'éviction puisse être utilisé par

de travail impliquant des associations ou syndicats d'auteurs et d'artistes au Québec », Rapport canadien dans Congrès de l'ALAI internationale de Montebello, *Protection des auteurs et artistes interprètes par contrat*, (« ALAI Montebello »), Cowansville, Yvon Blais, 1998 aux pp. 891 et 894.

¹⁵⁶ N. Tamaro, *Loi sur le droit d'auteur – Texte annoté*, Toronto, Thomson Carswell, 2003, 6^{ème} éd. à la p. 422 :

Des sociétés qui représentent des artistes-interprètes négociaient dans ces conventions collectives des droits des artistes-interprètes bien avant l'adoption des dispositions prévoyant des droits d'auteur en leur faveur. Ces droits déjà négociés par conventions collectives ne sont pas nécessairement affectés depuis les modifications apportées à la loi en 1997.

En pratique, il n'y a rien de changé, sinon que la reconnaissance des droits négociés auparavant sur une base purement contractuelle est aujourd'hui reconnue expressément par la loi. En ce sens, la loi précise qu'elle n'affecte pas les droits de l'artiste-interprète de négocier « par contrat, les modalités d'utilisation de sa prestation aux fins de radiodiffusion, de fixation ou de retransmission ». Les droits négociés auparavant à ces égards continuent tous leurs effets et peuvent continuer d'être négociés.

La nature des droits reconnus par la loi aux artistes-interprètes n'a donc pas d'influence sur les pratiques qui étaient établies de négocier « des droits de suite », même si pour certains de ces droits il faut dorénavant parler de « droits d'auteur » depuis 1997. Nous pourrions dire que la loi se contente de rendre formels des droits qui étaient auparavant négociés sans le support de la loi, et cette dernière reconnaît un pouvoir de négociation de l'artiste-interprète pour d'autres utilisations de ses prestations qui ne seraient pas expressément prévues à la loi.

¹⁵⁷ *Ibid.*

¹⁵⁸ En *common law*, le principe de *maintenance* ou *champerty* pourrait faire obstacle à un tel marché, voir Y. Gendreau & D. Vaver, « Canada », *op. cit.* au para. 4[3](c). En droit civil, la bonne foi et l'abus de droit joueraient un tel rôle.

¹⁵⁹ Possiblement dans ce sens, voir Y. Gendreau & D. Vaver, « Canada », *op. cit.* au para. 4[3](c), affirmant que

l'artiste-interprète contre son cocontractant, on admettrait qu'il puisse aussi être invoqué contre un tiers qui aurait contracté avec le cocontractant de l'artiste-interprète et ainsi de suite.

Enfin, le dispositif de l'article 58.1 de la *Loi modifiant la Loi sur le droit d'auteur* en 1997 qui concernait expressément la question des relations contractuelles en cours doit être considérée. Cet article disposait que

Les ententes en matière de cession d'un droit qui, en vertu de la présente loi, constitue un droit d'auteur ou à rémunération, ou en matière de licence concédant un intérêt dans un tel droit, conclues avant le 25 avril 1996 ne valent pas cession ou concession d'un droit conféré à l'origine par la présente loi, sauf mention expresse du droit à cet effet.

Ainsi, fort de ce dispositif, on avancerait la thèse selon laquelle le législateur, lorsqu'il souhaite intervenir dans une relation contractuelle, procède de façon explicite et univoque. Par exemple, en 1921, des dispositions spécifiques et distinctes de l'article 42(3), ancêtre de l'article 32.6, étaient prévues en matière d'intervention dans la relation contractuelle. Pourtant, il peut être délicat de sortir l'article 58.1 de son contexte, d'autant plus qu'il concernait la question de la titularité des nouveaux droits et donc la question du transfert de droit, c'est-à-dire une question parallèle. Au surplus, on remarquera que le paragraphe 2 de l'article 32.6 confère un droit d'éviction au « titulaire du droit d'auteur ». La loi de 1924 pourrait être utile pour interpréter ce terme. À l'époque, le législateur procédait à une substitution de droits, les bénéficiaires des nouveaux droits d'auteur étant ceux qui étaient les « titulaires » des anciens, suite à une cession, notamment. La loi de 1921 prévoyait que dans certains cas, la substitution ne s'effectuerait pas au profit du « titulaire-cessionnaire » des droits anciens mais était réservée à l'auteur, malgré toute cession, pour des raisons de justice¹⁶⁰. Par analogie, cette approche peut constituer une indication que le régime d'éviction est disponible en matière contractuelle, en l'absence de transfert de droits puisque dans un tel cas, l'auteur n'ayant pas cédé ses droits, il demeure le « titulaire » de ceux-ci. Il est important de noter que le troisième paragraphe des régimes d'éviction intéressant les artistes-interprètes fait référence à l'« artiste-interprète », celui-ci étant distinct du « titulaire des droits ». Au surplus, dans le cas où l'artiste-interprète n'a pas transféré ses droits, il pourrait théoriquement demander la résolution ou la résiliation d'un contrat, à charge de payer une indemnité au titre de dommages et intérêts¹⁶¹. Dans un tel cas, hormis la question du forum, la procédure ne différerait pas en substance de celle d'un régime d'éviction. Cependant, en permettant au titulaire des droits de recourir au régime d'éviction contre son cocontractant, cela ne revient-il pas à donner un effet purement rétroactif à la loi, en remettant en cause le passé et l'intention initiale des parties?

Dans cette optique, la question du transfert de droits nouveaux peut s'avérer pertinente.

Courts have recently held that an assignment of even a bare cause of action, whether contractual, tortious, or equitable, is valid if the assignee has a genuine pre-existing commercial or financial interest in acquiring the right that is at issue in the action. Under this theory, there seems to be no reason why a collecting society cannot have a cause of action for copyright infringement validly assigned to it by a member.

¹⁶⁰ Voir la section suivante.

¹⁶¹ Certains contrats d'artistes peuvent prévoir non pas une durée fixe mais plutôt une durée contractuelle liée à la livraison d'un certain nombre d'albums, entraînant une durée pouvant être relativement longue : voir Annexe, contrat d'exclusivité, articles 4.1 et 4.2 et 8.1; Dans certains cas la durée contractuelle peut être limitée : voir l'Entente collective entre la Guilde des musiciens du Québec et l'Association québécoise de l'industrie du disque, du spectacle et de la vidéo pour le phonogramme (« Entente Guilde-ADISQ »), 1996-1998, www.adisq.com/doc/pdf/entente-guilde-ADISQ-phono.pdf, qui prévoit à son article 12.10 qu'une entente d'exclusivité ne peut excéder cinq ans.

2.2. Les contrats de service avec cession de droits sur une prestation

L'hypothèse de travail ici suivie consiste à considérer les situations où il existe des termes contractuels dont l'interprétation permettrait de conclure à une cession de droits d'auteur futurs. Il s'agit d'une question de titre de droit de propriété qui concerne des faits qui prennent leur source à la fois avant, *i.e.* la passation de l'entente, et après, *i.e.* l'exécution d'une nouvelle prestation, ou lors de l'entrée en vigueur de la nouvelle loi, *i.e.* l'introduction de nouveaux droits sur une prestation existante.

En principe, les droits d'auteur n'existent que par le seul effet de la loi. Ce principe est reconnu par la Cour suprême du Canada¹⁶² et énoncé à l'article 89 LDA qui dispose que « [n]ul ne peut revendiquer un droit d'auteur autrement qu'en application de la présente loi ou de toute autre loi fédérale [...] ». Corrélativement, l'artiste-interprète, en l'absence de droits reconnus par la loi, ne pourrait alors céder ce dont il n'est pas titulaire¹⁶³.

En 1924, tel qu'indiqué précédemment, le législateur abrogeait tous les droits d'auteurs et y substituait de nouveaux. Se posait alors la question de savoir qui étaient les personnes titulaires des droits substitués :

What has to be determined in each case is who became "entitled to" the particular right in question, within the meaning of s. 42 of the Act, for the person entitled to the substituted right is the person who was entitled to the existing right immediately before the Act came into force. Questions may arise as to the ownership of the substituted right in connection with assignments and licences and care must be exercised in any case to ascertain whether an instrument made prior to the commencement of the Act operated as an assignment of a right in a work or an interest in such a right or only as the grant of an interest in the right by licence. S. 42 operates to grant the substituted right only to a person who was "entitled to any such right in any work as is specified in the first column of the First Schedule, or to any interest in such a right." If that person was entitled only to an interest by way of licence, he is not to be classed as a person who becomes entitled to the substituted right provided by the section.¹⁶⁴

Cependant, le législateur avait prévu une disposition transitoire particulière :

*Notwithstanding any assignment made before the fourth day of June, one thousand nine hundred twenty-one, of the copyright in a literary or dramatic or musical work, any rights conferred by this Act in respect of the making, or authorizing the making, of contrivances by means of which the work may be mechanically performed, shall belong to the author or his legal representatives and not to the assignee, and the royalties aforesaid shall be payable to, and for the benefit of, the author of the work or his legal representatives.*¹⁶⁵

¹⁶² *Bishop c. Stevens*, [1990] 2 R.C.S. 467, à la p. 477 : « [...] il faut d'abord rappeler que le droit d'auteur a pour seule source la législation qui « crée simplement des droits et obligations selon certaines conditions et circonstances établies dans le texte législatif » »; *CCH Canadienne Ltée c. Barreau du Haut-Canada*, [2004] 1 R.C.S. 339, 2004 CSC 13 au para. 9 : « Au Canada, le droit d'auteur tire son origine de la loi, et les droits et recours que prévoit la *Loi sur le droit d'auteur* sont exhaustifs : voir *Théberge c. Galerie d'Art du Petit Champlain inc.*, [2002] 2 R.C.S. 336, 2002 CSC 34, par. 5; *Bishop c. Stevens*, [1990] 2 R.C.S. 467, p. 477; *Compo Co. c. Blue Crest Music Inc.*, [1980] 1 R.C.S. 357, p. 373 ».

¹⁶³ On citera l'adage *Nemo dat quod non habet*.

¹⁶⁴ *Fox*, *op. cit.* à la p. 220.

¹⁶⁵ Art. 19(6)(c) *Copyright Act*, 1921, R.S. 1927, Chap. 32.

Fox expliquait cet article à la lueur des commentaires d'un juge dans l'affaire *Coleridge-Taylor v. Novello & Co, Ltd.*¹⁶⁶ :

*It was felt that it would be unjust to the author that the right that was for the first time conferred by s. 3(1)(d) of the 1921 Act should pass to the assignee under an assignment made at a time when such a right did not exist. The provisions of s. 19 ([6]) (c) are an obvious piece of justice, because when an author before the Act had assigned copyright, the assignee acquired no rights with regard to the making of records, because the author did not have such rights. Accordingly, that particular new right was reserved to the author.*¹⁶⁷

L'adoption, en troisième lecture de la *Loi modifiant la Loi sur le droit d'auteur*¹⁶⁸, de l'article 58.1, une disposition transitoire similaire, dans l'esprit, à celle de l'article 19(6)(c) du *Copyright Act, 1921*, semblait confirmer l'objectif de préserver les intérêts nouvellement reconnus. La nature des nouveaux droits, c'est-à-dire des droits à rémunération, et les objectifs qui sous-tendent de tels droits donneraient, en partie, une explication convaincante de cette mesure transitoire¹⁶⁹.

Ainsi, selon cette règle, la clause de transfert de droits demeure inopérante à défaut de mentionner avec précision dans un contrat le droit cédé¹⁷⁰. Cette disposition pouvait ainsi remettre en question la clause d'un contrat entre un artiste-interprète et un diffuseur qui aurait stipulé que

¹⁶⁶ *Coleridge-Taylor v. Novello & Co, Ltd.*, [1938] 3 All E.R. 507 à la p. 509.

¹⁶⁷ Fox, *op. cit.* à la p.189.

¹⁶⁸ L.C. 1997, c. 24 (Projet de loi C-32).

¹⁶⁹ Voir Y. Gendreau & D. Vaver, « Canada », *op. cit.* au para. 4[3](c) :

The policy underlying the section seemingly is to ensure that the persons named in the Act as intended beneficiaries of the new rights granted by the amending Act do in fact benefit from them, and that those persons are not immediately stripped of them by general language in existing agreements. It seems, therefore, that a provision in a contract between a record company and a performer that purports to assign to the company all future rights to which the performer may become entitled would not be effective to assign such rights as the blank-tape levy or the right to equitable remuneration for public performances or telecommunication that the 1997 Act first conferred on performers in respect of their performances. The assignment would be effective only if the agreement contemplated the future enactment of these particular rights and referred to them specifically in the granting language in such terms that the performer was made aware of what he was giving up.

On citera également la version anglaise :

No agreement concluded before April 25, 1996 that assigns a right or grants an interest by licence in a right that would be a copyright or a right to remuneration under this Act shall be construed as assigning or granting any rights conferred for the first time by this Act, unless the agreement specifically provides for the assignment or grant.

¹⁷⁰ D'un point de vue civiliste, étant donné que les droits d'auteur sont des biens meubles, cette approche serait en partie conforme à l'article 1453 du *Code civil du Québec* qui prévoit que

[l]e transfert d'un droit réel portant sur un bien individualisé ou sur plusieurs biens considérés comme une universalité, en rend l'acquéreur titulaire dès la formation du contrat, quoique la délivrance n'ait pas lieu immédiatement et qu'une opération puisse rester nécessaire à la détermination du prix.

Le transfert portant sur un bien déterminé quant à son espèce seulement en rend l'acquéreur titulaire, dès qu'il a été informé de l'individualisation du bien.

*l'artiste cède au producteur, pour le monde entier et sans restriction de durée, la propriété entière et exclusive des droits de reproduction et tous les autres droits qu'il détient ou pourra détenir sur l'enregistrement et les prestations exécutées par lui et fixées à l'enregistrement, les droits ainsi cédés comprenant, sans restriction ni limitation, les droits exclusifs d'exécuter et d'autoriser l'exécution de chacun des actes suivants : la reproduction, la communication, l'exécution et l'exploitation de l'enregistrement sur quelque support que ce soit, par tous moyens actuellement connus ou à découvrir.*¹⁷¹

Cette clause doit en principe opérer une cession globale dépourvue de toute restriction, conformément à l'article 13, paragraphes (4) à (7) LDA, applicables aux prestations en vertu de l'article 25 LDA¹⁷².

Or, bien qu'il semble empreint d'une plus grande retenue en matière d'immixtion dans la relation contractuelle qu'en 1921, il n'en demeure pas moins que l'article 58.1 LDA déploie un effet rétroactif « pur » que d'aucuns ont contesté lors des débats parlementaires, dénonçant une ingérence injustifiée dans les contrats¹⁷³. Ainsi, il a été allégué qu'une insécurité juridique accompagnerait cette rétroactivité puisque la chaîne de titres serait bouleversée en raison du fait que la première entente est à l'origine d'une série d'ententes subséquentes, e.g. accords de licence sur d'autres territoires, de sous-licence, etc.¹⁷⁴. En outre, il a été avancé que cette rétroactivité entraînerait aussi des risques de conflit de lois dans l'espace puisque la disposition en cause affecterait indifféremment des contrats régis par le droit étranger¹⁷⁵. On aurait ainsi des solutions contradictoires dans le cas où le même contrat serait déclaré translatif de nouveaux droits par un tribunal étranger¹⁷⁶. Ces critiques ont néanmoins cédé le pas à la volonté législative de garantir le bénéfice des nouveaux droits.

¹⁷¹ Voir aussi Annexe et termes des articles 1.2 et 8 de l'Entente d'exclusivité.

¹⁷² 13(4) LDA : « Le titulaire du droit d'auteur sur une œuvre peut céder ce droit, en totalité ou en partie, d'une façon générale ou avec des restrictions relatives au territoire, au support matériel, au secteur du marché ou à la portée de la cession, pour la durée complète ou partielle de la protection; il peut également concéder, par une licence, un intérêt quelconque dans ce droit; mais la cession ou la concession n'est valable que si elle est rédigée par écrit et signée par le titulaire du droit qui en fait l'objet, ou par son agent dûment autorisé ». Voir J.-P. Mikus, ALAI Montebello à la p. 144.

¹⁷³ Voir *Délibérations du Comité sénatorial permanent des transports et des communications*, Fascicule 14, Témoignages pour la séance de l'après-midi, Ottawa, 15 avril 1997, intervention de feu M. Mayer au nom du Comité mixte de la *Loi sur le droit d'auteur* de l'Institut canadien des brevets et marques et de l'Association du Barreau canadien, www.parl.gc.ca/35/2/parlbus/commbus/senate/Com-f/tran-f/14evb-f.htm?Language=F&Parl=35&Ses=2&comm_id=19.

¹⁷⁴ Voir *Délibérations du Comité sénatorial permanent des transports et des communications*, Fascicule 17, Témoignages – Séance du matin, Ottawa, 21 avril 1997, intervention de Mme Susan Peacock au nom de l'Association canadienne des distributeurs de films, www.parl.gc.ca/35/2/parlbus/commbus/senate/Com-f/tran-f/17eva-f.htm?Language=F&Parl=35&Ses=2&comm_id=19.

¹⁷⁵ *Ibid.*, renvoyant par ailleurs à l'intervention du 15 avril 1997 précitée.

¹⁷⁶ Voir par exemple au Royaume-Uni, s. 191C *The Copyright and Related Rights Regulations 1996* S.I. 1996/2967, entrée en vigueur le 1^{er} décembre 1996, http://www.legislation.hmso.gov.uk/si/si1996/Uksi_19962967_en_1.htm#end, qui prévoit une solution contraire à celle du droit canadien en 1997 :

(1) *This section applies where by an agreement made in relation to a future recording of a performance, and signed by or on behalf of the performer, the performer purports to assign his performer's property rights (wholly or partially) to another person.*

(2) *If on the rights coming into existence the assignee or another person claiming under him would be entitled as against all other persons to require the rights to be vested in him, they shall vest in the assignee or his successor in title by virtue of this subsection.*

Le recours à l'équité ne permettrait pas de trancher la question de savoir si le transfert de la totalité des droits emporte cession des nouveaux droits car celui qui a clairement manifesté son intention de céder tous ses droits pour toutes les utilisations connues ou à venir, sans exception, pourrait avoir des difficultés à convaincre d'avoir réservé ses droits futurs ou d'avoir droit à une rémunération supplémentaire.

Au surplus, en l'état actuel de la jurisprudence, même en l'absence de clauses de transfert univoques, la cession serait conforme à l'article 13(4), tel que rendu applicable par l'article 25 LDA aux cessions des droits sur une prestation. En effet, les tribunaux ont établi, de façon constante, que bien que l'exigence d'un écrit soit une règle de droit substantif¹⁷⁷, l'art 13(4) n'exige pas que l'écrit fasse expressément référence à une cession ou au droit d'auteur pour être valide¹⁷⁸. Il suffit d'un écrit signé par le titulaire du droit duquel il ressort clairement que la véritable intention de celui-ci était de céder le droit¹⁷⁹.

Malgré tout, la situation demeure incertaine :

*A provision that prevents agreements made before April 25, 1996, from being construed so as to assign or exclusively license the new copyrights and rights of remuneration may be taken as evidence of a more general legislative signal to courts to protect performers from over-easy relinquishment of their rights in favor of record companies.*¹⁸⁰

Cette approche s'inscrirait adéquatément dans le sillage de la décision de la Commission du droit d'auteur, *Retransmission de signaux éloignés de radio et de télévision pour les années 1992, 1993 et 1994*¹⁸¹, où elle faisait sienne les conclusions de l'affaire *CBS., Inc c. Viacom Int'l, Inc.*¹⁸² selon lesquelles, à défaut de termes exprès, la cession d'un droit ne vaut pas cession du droit à rémunération.

On rappellera par ailleurs que des cessions sur des œuvres ou des prestations futures sont admises en droit¹⁸³. Dans le cas où la prestation a lieu après la réforme législative, il est

(3) A licence granted by a prospective owner of a performer's property rights is binding on every successor in title to his interest (or prospective interest) in the rights, except a purchaser in good faith for valuable consideration and without notice (actual or constructive) of the licence or a person deriving title from such a purchaser. References in this Part to doing anything with, or without, the licence of the rights owner shall be construed accordingly.

(4) In subsection (3) "prospective owner" in relation to a performer's property rights means a person who is prospectively entitled to those rights by virtue of such an agreement as is mentioned in subsection (1).

¹⁷⁷ Voir *Bradale Distribution Enterprises Inc. c. Safety Firts Inc.* (1987), 18 C.I.P.R. 71 (C.S. Qué.), cité par N. Tamaro, *Loi sur le droit d'auteur – Texte annoté*, Scarborough, ON, Carswell, 6^{ème} éd, 2003 à la p. 388.

¹⁷⁸ Voir J.-P. Mikus, Rapport canadien (sur Cd-Rom), ALAI Budapest.

¹⁷⁹ *Turgeon c. Michaud* (2003), REJB 2003-43940 (C.A. Qué.) au para. 71. Sur cette décision, voir B. St-Sauveur & L.-A. Vincent, « The *Turgeon* Case Law or the Not so Traditional Issues of Assignment » (2003-04) 17 *I.P.J.* 287.

¹⁸⁰ Y. Gendreau & D. Vaver, « Canada », *op. cit.* au para. 9[1][a][i].

¹⁸¹ www.cb-cda.gc.ca/decisions/r14011993-b.pdf.

¹⁸² 30 avril 1992 (N.Y. Supreme Court, unreported), confirmée 595 N.Y.S.2d 684 (App. Div., 1993). Voir Y. Gendreau & D. Vaver, « Canada », *op. cit.* au para. 4[2]c).

¹⁸³ La cession de droits sur une œuvre future a été déclarée valide par les tribunaux québécois. Voir *Turgeon c. Michaud* (2003), REJB 2003-43940 (C.A. Qué.) au para. 61; *Diffusion Y.F.B. inc. c. Disques Gamma (Québec) Itée*, J.E. 99-1139 (C.S. Qué.), désistement d'appel le 20-02-01, C.A. Montréal, n°500-09-008192-999. En droit, la cession intervient dès la réalisation d'une des conditions contractuelles. Dans

vraisemblable que sera débattue la question de savoir si le transfert s'applique, sauf réservations expresses, à tous les droits qui existent à ce moment là.

Finalement, lorsque l'on aura établi que le contrat emporte cession des droits nouveaux, la question demeurera de savoir si le régime d'éviction est disponible au cédant. Une difficulté non négligeable provient du libellé de la loi qui prévoit que le « titulaire du droit d'auteur » est celui qui peut invoquer le régime d'éviction. On arguerait de cette disposition l'exclusion de l'assimilation du régime d'éviction à un régime d'expropriation bien que leurs différences soient par ailleurs d'une nuance subtile, voire déroutante¹⁸⁴.

Les différents points ainsi soulevés concernent aussi dans une certaine mesure le contrat de travail qui peut organiser, selon ses termes et sa forme, le transfert des droits ou la concession d'un intérêt dans les droits nouveaux.

2.3. Le contrat de travail

Un contrat peut être qualifié de contrat de travail lorsque certains critères sont réunis¹⁸⁵. En présence d'un contrat de travail, il existe un principe selon lequel l'employeur a le droit d'exploiter le « fruit du travail » pour lequel l'employé est rémunéré¹⁸⁶. Ce principe est peut-être l'explication de l'existence d'une présomption au profit de l'employeur de titularité des droits d'auteur sur une œuvre créée dans le cadre d'un emploi, telle que prévue à l'article 13(4) LDA.

les Provinces de *common law*, une telle cession paraît valide, voir Y. Gendreau & D. Vaver, « Canada », *op. cit.* au para. 4[3](c) : « [i]n the common law provinces, an agreement with respect to future works is effective in equity and may be specifically enforced once the work comes into existence ».

¹⁸⁴ On associe souvent le droit d'expropriation à une prérogative de puissance publique. Pourtant, l'expropriation pour motifs privés semble reconnue dans certains cas : en matière de propriété superficielle, le superficiaire peut acquérir le tréfonds en en payant la valeur au tréfoncier à la fin de la propriété superficielle dont la durée peut être fixée contractuellement (arts. 1117 et 1118 *Code civil du Québec*).

¹⁸⁵ Sur ces critères, voir S. Gilker, *op. cit.* ainsi que S. Handa, *op. cit.*, citant les décisions suivantes : *Les Amusements Wiltron Inc. c. Mainville* (1992), [1991] R.J.Q. 1930, 40 C.P.R. (3d) 521 (C.S. Qué.); *BBM Bureau of Measurement v. Cybernauts Ltd.* (1992), 42 C.P.R. (3d) 180 (Ont. Gen. Div.); *Pizza Pizza Ltd. v. Gillespie* (1990), 33 C.P.R. (3d) 515, 75 O.R. (2d) 225 (Gen. Div.). Voir aussi article 2085 *Code civil du Québec*; article 6 LSAQ *a contrario* : « Pour l'application de la présente loi, l'artiste qui s'oblige habituellement envers un ou plusieurs producteurs au moyen de contrats portant sur des prestations déterminées, est réputé pratiquer un art à son propre compte »; et article 5 LSAC *a contrario* : « « artiste » Entrepreneur indépendant visé à l'alinéa 6(2)b ».

¹⁸⁶ Voir A. Quaedvlieg, « Salaire, profit, propriété intellectuelle – observations générales sur le droit du travail, le droit de la propriété intellectuelle et le droit des sociétés » (1999) 11-3 C.P.I. 729; M.F. Bich, « Emploi et propriété intellectuelle – Méditations sur les droits moraux des salariés » (1999) 78 *Rev. B. Can.* 326. On signalera la solution jurisprudentielle attribuant la titularité d'un brevet à l'employeur en l'absence de disposition à cet effet dans la *Loi sur les brevets*. Sur ce dernier aspect, voir Y. Gendreau « La titularité des droits sur les logiciels créés par un employé » (1995) 12 *C.I.P.R.* 147; M.F. Bich, *op. cit.*; K. Puri, « Ownership of Employee's Inventions: A Comparative Study » (1998) 12 *I.P.J.* 1.

Pourtant, l'article 24 LDA, inchangé par le Projet de loi C-60, dispose que le premier titulaire du droit d'auteur sur sa prestation est l'artiste-interprète. Ainsi, en l'absence d'entente à ce sujet, les dispositions de la LDA s'appliquent strictement¹⁸⁷.

Néanmoins, si le contrat de travail fait l'objet d'un écrit, il n'est pas exclu que l'employeur prétende que cet écrit remplit les conditions d'un transfert du droit d'auteur à son profit en vertu de l'interprétation jurisprudentielle de l'article 13(4) LDA, telle que par ailleurs importée dans la Partie II LDA par l'article 25 LDA¹⁸⁸.

Après avoir envisagé les rapports économiques sous un angle individuel, il convient d'aborder la question sous un angle collectif.

3. EFFETS DE LA RÉFORME SUR LES RÉGIMES COLLECTIFS

Le recours aux ensembles pour organiser les rapports contractuels permet à la fois de niveler et de rationaliser ces rapports. Il convient d'envisager les effets de la réforme sur ces différents régimes : seront successivement traités le régime collectif encadrant les relations de travail impliquant des artistes salariés ou non salariés (3.1) et la gestion collective des droits (3.2).

3.1. Les régimes collectifs encadrant les relations de travail

Les remarques concernant les contrats individuels devraient s'appliquer, *mutatis mutandis*, aux conventions collectives encadrant les relations de travail impliquant des artistes-interprètes salariés¹⁸⁹. On signalera que la LSAQ prévoit que ses dispositions ne s'appliquent pas « à une personne dont les services sont retenus pour une occupation visée par une accréditation accordée en vertu du *Code du travail* (L.R.Q., c. C-27) ou par un décret adopté en vertu de la *Loi sur les décrets de convention collective* (L.R.Q., c. D-2) »¹⁹⁰. En pratique, dès qu'un artiste-interprète est syndiqué, les dispositions de la LSAQ sont exclues¹⁹¹.

¹⁸⁷ Cette approche serait conforme au principe dégagé dans l'affaire *Bishop c. Stevens*, *op. cit.* On citera aussi le professeur Quaedvlieg, *op. cit.* à la p. 740 :

C'est avec trop de complaisance que le droit de propriété intellectuelle est souvent compté parmi les fruits du travail. En vérité, seule la création intellectuelle en tant que telle – l'invention ou l'œuvre – est fruit du travail. Cette création revient à l'employeur. Il peut l'exploiter et s'en servir. Il jouit alors de tout ce qui lui revient comme fruit du travail de l'employé. Le (droit à l'obtention du) brevet par contre ou le droit d'auteur portant sur l'œuvre ne sont pas le fruit du travail de l'employé. Ce n'est pas l'employé qui crée le droit exclusif. Le législateur l'octroie. Il l'octroie sur la base de considérations d'utilité sociale et économique. Le droit exclusif est donc soumis à d'autres raisons que le travail en tant que tel et se trouve placé dans un contexte beaucoup plus large que la relation étroite entre l'employeur et son employé. Le législateur crée, par le droit exclusif, une incitation à l'innovation technique et culturelle. Le choix, à qui cette incitation doit profiter ou comment elle doit être distribuée, doit donc être vu en fonction du droit qui crée l'incitation et non pas être déterminé par d'autres ensemble de règles.

¹⁸⁸ Voir *supra* section 2.2 et l'affaire *Turgeon c. Michaud*, *op. cit.*

¹⁸⁹ On référera aux ententes collectives impliquant des grands ensembles musicaux, tels des orchestres symphoniques.

¹⁹⁰ Art. 5 LSAQ.

¹⁹¹ Cf. Convention collective de l'Orchestre symphonique de Montréal (« OSM »). On notera qu'une entente entre l'Union des artistes et l'OSM, entre autres, existe pour les artistes non-salariés.

En ce qui concerne les relations de travail impliquant des artistes-interprètes non salariés, on notera que les artistes-interprètes du domaine sonore se sont regroupés très tôt au sein d'associations professionnelles dont certaines étaient parties à des ententes collectives¹⁹². Suite aux prises de position de l'UNESCO sur la condition de l'artiste, le Québec et le Canada ont permis aux artistes-interprètes non-salariés d'accéder à des régimes de négociations collectives traditionnellement réservés aux travailleurs salariés par le biais des dispositions des lois fédérale et provinciale sur le statut de l'artiste¹⁹³. La loi fédérale, pour des raisons de partage des compétences constitutionnelles¹⁹⁴, dispose d'un rayon d'action qui s'étend aux institutions fédérales, aux organismes de radiodiffusion relevant de la compétence du Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes et aux entreprises régies par les lois fédérales¹⁹⁵. Au Québec, les effets de la LSAQ sont significatifs dans la mesure où les associations accréditées ont le pouvoir exclusif de représenter l'ensemble des artistes du secteur défini par la CRAAAP.

Les deux lois permettent d'établir des conditions minimales de travail qui seront consignées dans une entente collective. Au Québec, la négociation d'une première entente collective est obligatoire si un avis de négociation est déposé par une association d'artistes ou de producteurs ou un producteur ne faisant pas partie d'une association¹⁹⁶. Un principe similaire s'applique au plan fédéral¹⁹⁷. Au Québec, l'entente collective lie alors le producteur et tous les artistes du secteur de négociation qu'il engage¹⁹⁸. Si l'entente est conclue avec une association non reconnue de producteurs, celle-là lie chaque producteur membre de cette association¹⁹⁹. Dans le cas d'une entente conclue avec une association reconnue de producteurs, celle-là lie tous les producteurs du secteur de négociation, membres ou non²⁰⁰. Au plan fédéral, un principe similaire est applicable²⁰¹.

¹⁹² Voir M. Adler, « Historique, typologie, objet et importance des rapports collectifs de travail impliquant des associations ou syndicats d'auteurs et d'artistes au Québec », Rapport canadien, ALAI Montebello aux pp. 891 et 894.

¹⁹³ Voir M. Morgan, Rapport général, ALAI Montebello, p. 965, à la p. 970; *Loi sur le statut professionnel et les conditions d'engagement des artistes de la scène, du disque et du cinéma* (« LSAQ »), L.R.Q., ch. S-32.1; *Loi sur le statut de l'artiste* (« LSAC »), L.C. 1992, ch. 33; L.R.C. 1985, ch. S-19.6.

¹⁹⁴ Le Gouvernement fédéral dispose d'une compétence d'exception en matière de relation de travail au sein des entreprises qui relèvent de son autorité. Voir E. Lefebvre, « Du droit d'auteur au statut de l'artiste : étude comparative des législations applicables dans un contexte de droit civil et examen comparatif des pouvoirs de leur forum décisionnel » in *Institutions administratives du droit d'auteur*, Y. Gendreau (dir.), Cowansville, Yvon Blais, 2002, p.161 à la p. 193, citant R.P. Gagnon, *Le droit du travail au Québec*, Cowansville, Yvon Blais, 3^{ème} éd., 1996 à la p. 3.

¹⁹⁵ Art. 6 LSAC. Pour une présentation des différents accords-cadres relevant de cette loi, voir E. Lefebvre, *op. cit.* à la p.232.

¹⁹⁶ Arts. 28, 30 et 33 LSAQ. On signalera que si la négociation et la médiation échouent, un arbitre peut être nommé à la demande d'une partie et sa décision a le même effet qu'une entente collective (art. 33 al. 3). Les règles de procédure sont importées du *Code du travail* (art. 33.1 LSAQ). La décision de l'arbitre est en équité (art. 79 *Code du travail*). Le seul recours contre sa sentence est la révision judiciaire. Une décision arbitrale ne peut imposer une convention collective que si aucune entente n'existe entre les parties (art. 33 al. 1). Au plan fédéral, il n'existe pas de disposition permettant de pallier l'échec des négociations.

¹⁹⁷ Art. 32 LSAC.

¹⁹⁸ Art. 40 LSAQ.

¹⁹⁹ Art. 32 LSAQ.

²⁰⁰ *Ibid.*

²⁰¹ Art. 33 LSAC.

Cependant, la relation contractuelle entre un artiste-interprète et un producteur devra faire l'objet d'une entente individuelle dont les paramètres pourront être librement négociés dans la limite des conditions minimales instaurées par l'entente collective à laquelle ils sont assujettis²⁰². L'appréciation de la nature plus favorable des conditions négociées dans ce contrat individuel relève explicitement de la compétence du TCRPAP²⁰³ ou, au Québec, de l'arbitre²⁰⁴.

Le contenu de ces conditions minimales a pu être précisé par le TCRPAP au sujet d'un litige sur la question de savoir si ces conditions minimales pouvaient porter sur l'utilisation d'œuvres préexistantes et, par voie de conséquence, sur le droit d'auteur. Par exemple, le Tribunal s'exprimait, notamment, dans les termes suivants :

[57] Le Tribunal est d'avis que l'objectif visé avec la Loi sur le statut de l'artiste était de compléter le régime prévu dans la Loi sur le droit d'auteur. Elle le fait en offrant aux artistes un mécanisme d'indemnisation additionnel pour l'utilisation de leurs œuvres, favorisant ainsi leur liberté de choix quant à la manière d'exploiter le fruit de leur talent créatif.

[58] La Loi doit recevoir une interprétation permettant de réaliser l'objectif visé par le législateur d'améliorer la situation socio-économique des artistes au Canada. La Loi confère aux associations d'artistes accréditées le mandat d'œuvrer au bien-être socio-économique des artistes. Par conséquent, toute exclusion du régime de négociation collective que le législateur a prévu pour les artistes indépendants devrait être clairement stipulée dans la Loi. Or, le législateur n'a pas expressément exclu de la portée des négociations collectives les questions se rapportant au droit d'auteur. De fait, la Loi ne renferme aucune restriction expresse quant au droit d'une association d'artistes de négocier avec les producteurs toute question touchant au bien-être socio-économique de ses membres. Cela est conforme aux principes généraux du droit du travail canadien, en vertu desquels il a été statué que l'obligation de négocier englobait toute question que les parties consentent à inclure dans leur convention collective.

[...]

[61] L'adoption de la Loi sur le droit d'auteur a permis à certains artistes de disposer d'un autre choix. La Loi autorise les associations d'artistes à négocier avec des producteurs relevant de la compétence fédérale, en vue de conclure des accords-cadres établissant les conditions minimales pour les prestations de services des artistes et des questions connexes. Selon le Tribunal, le droit d'utiliser une œuvre existante constitue un service que l'artiste détenant le droit d'auteur sur cette œuvre peut fournir à un producteur, et défendre les intérêts des artistes au regard de ce droit socio-économique fondamental constitue une activité appropriée pour une association d'artistes. À titre d'exemple, l'association d'artistes peut tenter de négocier avec un producteur des dispositions relatives aux honoraires minimaux devant être offerts à un artiste du secteur pour

²⁰² Art. 8 LSAQ : « L'artiste a la liberté de négocier et d'agrèer les conditions de son engagement par un producteur. L'artiste et le producteur liés par une même entente collective, ne peuvent toutefois stipuler une condition moins avantageuse pour l'artiste qu'une condition prévue par cette entente »;

art. 33(4) LSAC : « L'accord-cadre l'emporte sur les stipulations incompatibles de tout contrat individuel entre un artiste et un producteur, mais n'a pas pour effet de porter atteinte aux droits ou avantages plus favorables acquis par un artiste sous leur régime ».

²⁰³ Art. 33(5) LSAC : « Chaque droit ou avantage devant être considéré séparément, l'appréciation par le Tribunal de la nature plus favorable de celui-ci se fait disposition par disposition et au cas par cas ».

²⁰⁴ Art. 35.1 LSAQ : « L'entente collective doit prévoir une procédure d'arbitrage de griefs ».

*l'utilisation d'une de ses œuvres dans un nouveau médium ou en vue de son adaptation.*²⁰⁵ [nos soulignés]

Au Québec, une approche similaire a été suivie dans l'affaire *Ass. des producteurs de films et de télévision du Québec c. Association des réalisateurs et des réalisatrices du Québec*²⁰⁶. En l'espèce la demanderesse alléguait un excès de compétence de la part de l'arbitre en raison du fait que ce dernier avait envisagé la possibilité d'inclure la question des droits d'auteur dans les conditions minimales de l'entente collective. La Cour se prononçait à ce sujet de la façon qui suit :

[34] C'est là une interprétation trop étroite du mandat de l'arbitre. Ce dernier est autorisé à considérer des éléments pertinents à l'établissement de la prestation de services des artistes, y inclus, le cas échéant, certains éléments relatifs au droit d'auteur.

La Cour a considéré qu'il était important d'analyser les pratiques contractuelles de l'industrie et qu'il était raisonnable de faire un lien entre la prestation de service et l'exploitation économique des droits qui découlent de cette prestation. À ce sujet, la Cour a cru opportun de citer un extrait de la décision de l'arbitre où celui-ci précisait sa position en discutant de l'arrêt de la Cour suprême dans l'affaire *Éditions Chouette (1987) Inc. c. Desputeaux*²⁰⁷ :

*Dans ces passages la Cour suprême indique clairement que la prétendue intangibilité des droits d'auteur n'est qu'une façade qui couvre bien le fait que l'aspect économique de la relation entre le titulaire de droits d'auteur et ceux qui veulent utiliser une œuvre est le principal moteur de la Loi sur le droit d'auteur. Or un des effets de la reconnaissance de l'association par la Commission est de lui permettre de "défendre et promouvoir les intérêts économiques, sociaux, moraux et professionnels des artistes", de "représenter les artistes chaque fois qu'il est d'intérêt général de le faire" en particulier par la négociation d'entente collective (art. 24. 1 °, 2 ° et 7 ° de la Loi sur le statut professionnel et les conditions d'engagement des artistes de la scène, du disque et du cinéma). De plus l'article 41 de la même loi prévoit que l'association reconnue a le pouvoir d'exercer sans justifier d'une cession de créance les recours que l'entente collective accorde aux artistes ce qui indique clairement le pouvoir exclusif de représentation de l'association reconnue. La lecture de ces diverses dispositions de la Loi sur le statut professionnel et les conditions d'engagement des artistes de la scène, du disque et du cinéma nous amène à comprendre que l'association reconnue peut constituer un agent dûment autorisé au sens de l'article 13 (4) de la Loi sur les droits d'auteur. On doit aussi conclure que l'imbrication des artistes du film et de la télévision et le fait que la Loi sur le droit d'auteur porte à la fois sur des droits moraux mais surtout des droits économiques font en sorte que le tribunal peut prévoir dans sa sentence à tout le moins les conditions d'exercice des droits d'auteur dans les cas où il y a une oeuvre au sens de la Loi sur les droits d'auteur.*²⁰⁸ [nos soulignés]

Ainsi, sous réserve de confirmation, selon cette dernière analyse, dans la mesure où, par l'effet de la LSAQ²⁰⁹, l'association reconnue est un agent dûment autorisé au sens de la Loi de la Loi

²⁰⁵ Décision du TCRPAP N°28, Ottawa le 17 nov. 1998, www.capprt-tcrpap.gc.ca/decisions/tribunal/28-f.html; demande de contrôle judiciaire rejetée par la Cour fédérale, division d'appel, *Canada (Procureur Général) c. Writers' Union of Canada*, 2000 IIJCan 16507 (C.A.F.).

²⁰⁶ 2004 IIJCan 490 (C.S. Qué.).

²⁰⁷ 2003 CSC 17 IIJCan.

²⁰⁸ *ibid.*

²⁰⁹ Art. 41 LSAQ : « L'association reconnue peut exercer les recours que l'entente collective accorde aux artistes qu'elle représente sans avoir à justifier une cession de créance de l'intéressé ». Au plan fédéral, bien que cela ne soit pas confirmé ainsi, le mandat de représentation des artistes existe aussi *ipso jure*. Art. 28(5) LSAC : « L'accréditation d'une association d'artiste emporte : a) le droit exclusif de négocier au nom des artistes du secteur visé ».

sur le droit d'auteur, rien ne s'oppose à ce que l'association prévoise des termes et conditions minimaux en matière d'exploitation des droits d'auteur relatifs aux prestations de ses membres. Bien plus, il serait opportun que l'association prévoise de telles conditions puisqu'elles appartiennent à la sphère des intérêts qu'elle a pour mission de défendre. Par ailleurs, puisque l'entente collective lie le producteur et tous les artistes qu'il engage, les conditions minimales ne pourront être remises en question par les parties au contrat individuel²¹⁰.

La question qui importe est alors celle de savoir si une entente collective peut lier d'avance l'artiste-interprète au sujet de droits ou d'utilisations futurs. Un certain nombre de problèmes se posent à cet égard.

Le premier problème concerne le champ du secteur de négociation qui détermine en principe les limites de l'entente collective. Ainsi, par exemple, le secteur attribué à la Guilde des musiciens du Québec, tel que défini ci-après, exclut explicitement le droit d'auteur :

*Tous les artistes qui pratiquent l'art de la musique instrumentale dans tous les domaines de production artistique, y compris toute personne qui chante en s'accompagnant d'un instrument de musique pour la partie instrumentale de sa performance, sur le territoire du Québec, excluant tout le champ des droits d'auteurs.*²¹¹

L'exclusion du droit d'auteur ne semble cependant pas définitive au vu de la décision de la CRAAAP dans l'affaire *Guilde des musiciens du Québec et Association québécoise de l'industrie du disque, du spectacle et de la vidéo*²¹². Selon la Commission, historiquement, l'exclusion du droit d'auteur avait pour objectif d'éviter les « frictions » avec certaines associations chargées de gérer le droit d'auteur et de donner acte à certaines ententes entre ces associations et la Guilde conclues en 1990 aux fins de confirmer que la Guilde n'interviendrait pas dans ces domaines²¹³. Cependant, la Commission affirme le principe selon lequel le fait de prendre acte de quelque entente privée ne saurait avoir pour effet de remettre en question une définition d'ordre public quant au secteur de négociation visé²¹⁴. Ainsi, il n'est pas exclu que si la question se posait et une activité entrait dans le champ d'application de la LSAQ, la Commission conclurait dans un sens qui ne serait pas systématiquement dicté par l'entente, tel que le suggère le passage ci-après cité :

[87] Dans ces ententes, la GUILDE annonce les fonctions qu'elle entend viser quant à la définition du secteur. L'objet de la convention porte cependant sur autre chose, la prévention de frictions entre associations légalement responsables de droit d'auteur, d'une part, et de relations de travail, d'autre part. Suivant cette convention, les parties s'entendent pour dire que si la Commission concluait que certains des artistes exerçant les fonctions énumérées sont des créateurs au sens de l'article 2 de la Loi, et donc couvert par la Loi, il ne saurait y avoir de confusion de rôle entre les sociétés chargées de gérer les droits d'auteur et l'association reconnue. La Commission n'a pas eu à faire

²¹⁰ Contra, E. Lefebvre, « Du droit d'auteur au statut de l'artiste : étude comparative des législations applicables dans un contexte de droit civil et examen comparatif des pouvoirs de leur forum décisionnel » in *Institutions administratives du droit d'auteur*, Y. Gendreau (dir.), Cowansville, Yvon Blais, 2002, p.161 à la p.187 : « [...] nous estimons qu'une entente qui prévoit des droits d'utilisation ne peut s'appliquer à un titulaire du droit d'auteur qui n'a pas mandaté expressément une association pour le représenter à cette fin ».

²¹¹ CRAAAP, décision du 25 nov. 1991, G.O. 14-12-91.

²¹² CRAAAP, décision du 19 mars 2004, D.T.E. 2004T-563, www.craaap.gouv.qc.ca/fichiers/documents/contenu/decisions/2004_03_19.doc.

²¹³ *Ibid.*, para. 87.

²¹⁴ *Ibid.*, para. 90.

*cet exercice et à conclure en ce sens, et aucune preuve ne lui a été présentée à cet effet. Ce débat n'a pas eu lieu.*²¹⁵

D'autres restrictions relatives au secteur de négociation proviennent de la définition des domaines de production artistique visés par la LSAQ. La Commission a indiqué que la liste des domaines est exhaustive, d'une part, et qu'un artiste ou un producteur n'est défini qu'en fonction des domaines de production limitativement énoncés, d'autre part²¹⁶. Au sujet de ce dernier aspect, la Commission précisait que « [c]ontrairement à la loi fédérale, l'article 1 de la Loi énumère les domaines de production artistique visés et l'article 2 établit comme condition essentielle à la définition d'*artiste* et de *producteur* que l'un et l'autre agissent *dans un domaine visé à l'article 1* »²¹⁷. Ainsi, la Commission a considéré que la production multimédia interactive ne pouvait équivaloir à un domaine visé par l'article 1 LSAQ. Néanmoins, elle a reconnu que ce type de production pouvait être indirectement inclus dans le champ de la loi dans le cas où il parvient à s'intégrer dans l'un des domaines prévus par celle-ci. L'analyse de l'article 2 LSAQ portant sur la définition de « film » permettait d'y accueillir la production multimédia puisqu'elle inclut « tout support, y compris le video » et qu'elle a un « effet cinématographique ». La Commission a aussi considéré que la production multimédia pouvait s'intégrer au domaine du disque et les autres modes d'enregistrement sonore :

[314] Enfin, dans le domaine du disque et de l'enregistrement sonore - matière qui, à la face même de la requête principale, nous plonge au cœur du débat - la preuve déposée par la SPACQ illustre bien que le multimédia interactif peut être mis à contribution de diverses façons. Le témoignage de M. Gilles Valiquette sur l'évolution de l'enregistrement sonore et sur la production qu'il a présentée devant la Commission démontre bien que l'utilisation du multimédia, compte tenu de sa malléabilité, peut entrer dans le domaine du disque ou de l'enregistrement sonore, avec les composantes habituelles de son, d'image fixe ou animée, de texte et d'une proportion variable d'interactivité. Cette façon de promouvoir ou d'agrémenter accessoirement le disque ou l'enregistrement sonore est bien connue et rappelle qu'à l'instar du « vidéoclip », il est techniquement possible que l'œuvre multimédia, vue comme un tout, y compris dans des versions interactives très poussées, participe de ce domaine visé par la Loi.

Concernant le témoignage cité, on signalera qu'il avait été expressément fait référence aux fichiers MP3²¹⁸ et à la distinction entre l'enregistrement sonore analogique et numérique²¹⁹. De cet ensemble de constatations, on serait enclin à considérer que le domaine de production de l'enregistrement sonore sous forme de fichiers numériques en vue de l'exploitation en ligne serait admissible dans le champ d'application de la LSAQ. Au plan fédéral, il est permis de penser que le champ d'application de la LSAC visant les enregistrements sonores²²⁰ recevrait la même interprétation. En effet, la *Loi sur le droit d'auteur* définit l'enregistrement sonore comme l'« [e]nregistrement constitué de sons provenant ou non de l'exécution d'une œuvre et fixés sur un support matériel quelconque »²²¹. Toute autre solution entraînerait une disparité

²¹⁵ *Ibid.*

²¹⁶ *Association des producteurs en multimédia du Québec et Union des artistes*, CRAAAP, décision du 17 avril 2002, D.T.E. 2002T-613.

²¹⁷ *Ibid.*, para. 292.

²¹⁸ *Ibid.* au para. 178.

²¹⁹ *Ibid.* au para. 177.

²²⁰ Art. 6(2)(iii).

²²¹ Art. 2 LDA.

dans l'approche du législateur relativement à un même objet, voire même un domaine connexe²²².

Le second problème concerne l'étendue et l'effet des conditions minimales. En raison du mécanisme d'opposabilité de l'entente à tout membre de l'association, les conditions minimales constituent un seuil en dessous duquel un artiste-interprète ne peut plus négocier. Or, selon la façon dont ces conditions minimales sont interprétées, elles peuvent devenir des conditions minimales qui n'avantagent pas nécessairement l'artiste-interprète. Prenons l'exemple d'une entente collective qui contient des clauses rédigées dans les termes suivants :

12.01. La conclusion d'un contrat de service emporte cession au bénéfice du PRODUCTEUR du droit de fixer toute prestation exécutée par le musicien en vertu du contrat de service et, sous réserve du paiement par le PRODUCTEUR du cachet prévu au contrat de service, emporte autorisation exclusive, perpétuelle et irrévocable d'exploiter toute fixation ainsi réalisée de toute manière et dans tous les médias connus ou présentement inconnus, sans limite de temps ou de territoire.

12.02 Les dispositions de l'article 12.01 n'empêchent toutefois pas le musicien vedette de négocier, dans son entente d'exclusivité, des restrictions aux droits d'exploitation reconnus au PRODUCTEUR en vertu de l'article 12.01.

12.09 Rien dans la présente entente ne doit être interprété comme une renonciation ou cession en faveur du PRODUCTEUR, d'un droit ou d'une faculté pour le musicien, de percevoir ou conserver toute somme lui étant payable en vertu de toute législation, convention ou entente quelconque, qu'elle soit canadienne ou étrangère ou qu'elle soit actuelle ou éventuelle, résultant de toute exploitation de sa prestation fournie en vertu des présentes pour autant qu'une telle exploitation ne soit sujette ni à l'autorisation du musicien ni à celle du PRODUCTEUR telle que, notamment, les rémunérations équitables ou pour copie privée.²²³

Ainsi, dès lors que le musicien adhère au contrat de service, le paiement de la rémunération prévue aux tarifs applicables emporte la cession du droit de fixation et permet au producteur d'exploiter librement la prestation artistique.

Certaines ententes prévoient par ailleurs une clause selon laquelle le droit (contractuel) à rémunération suit la bande maîtresse quel qu'en soit le propriétaire²²⁴, faisant en sorte que le mécanisme contractuel s'apparente fortement au principe prévu à l'article 17(2) LDA concernant la rémunération d'une prestation incorporée dans une œuvre cinématographique établie par contrat et opposable à tout cessionnaire du contrat. Si le contrat de service chevauche une période précédant et suivant la date d'introduction de nouveaux droits, la question est de savoir si les artistes-interprètes pourront opposer à des tiers leur droit aux redevances. En effet, si la conclusion du contrat de service visant une prestation emporte « autorisation exclusive, perpétuelle et irrévocable d'exploiter toute fixation ainsi réalisée de toute manière et dans tous les médias connus ou présentement inconnus, sans limite de temps ou de territoire », elle n'emporte pas *a priori* la cession d'un droit futur même si en pratique, elle en a les effets en raison de l'exclusivité qui s'applique aux actes définis très largement dans la clause en question

²²² Si on considère que la LSAC est une loi connexe à la LDA, on pourrait en principe alors appliquer les règles d'interprétations des lois relatives au conflit de lois. Ces règles s'appliquent non seulement entre lois fédérales connexes mais aussi entre lois fédérales et provinciales connexes. Voir P.-A. Côté, *Interprétations des lois*, Montréal, Thémis, 3^{ème} éd., 1999 aux pp. 433 et s.

²²³ Entente collective entre la Guilde des musiciens du Québec et l'Association québécoise de l'industrie du disque, du spectacle et de la vidéo pour le phonogramme (« Entente Guilde-ADISQ »), 1996-1998, <http://www.adisq.com/doc/pdf/entente-guilde-ADISQ-phono.pdf>.

²²⁴ Art. 12.11, *ibid.*

et possiblement couverts par les nouveaux droits. Dans ce cas, on distinguerait entre la cession d'un droit et l'autorisation portant sur des actes couverts par un droit.

En outre, la clause 12.09 citée précédemment pourrait être interprétée comme une indication que la cession ne vise pas les droits futurs. De tels droits, notamment le droit de mise à disposition ou le droit de reproduction, qui entreront ainsi directement dans le patrimoine de l'artiste-interprète par effet de la loi, pourront en principe alors être opposés au tiers qui ne serait pas muni d'une autorisation ou qui n'exécuterait pas une obligation de payer une rémunération.

Par ailleurs, si le contrat de service prévoit une rémunération en fonction d'une certaine assiette qui ne comprend, par exemple, que la vente de phonogrammes définis comme des supports physiques, se posera la question de savoir si l'exploitation de phonogrammes dématérialisés, c'est-à-dire sous formes de fichiers numériques, emporte une rémunération au profit de l'artiste-interprète. On pourrait envisager la situation où le contrat de service qui prévoit l'assiette de rémunération est assorti d'un contrat d'enregistrement sonore qui contiendrait une clause stipulant qu'« en contrepartie du paiement à l'artiste par le producteur des sommes prévues au présent contrat et à l'entente collective, l'artiste autorise le producteur à fixer sa prestation ou toute partie importante de celle-ci sur un support matériel quelconque et à reproduire la fixation de cette prestation pour les fins de l'exploitation commerciale d'un phonogramme »²²⁵. Or, à la vue des clauses de l'entente collective relatives au paiement des redevances, l'on pourrait être amené à penser que l'assiette de rémunération stipulée dans le contrat de service vise des modes d'exploitation à partir de supports tangibles²²⁶ alors que par ailleurs le paiement de redevances sur la vente de copies matérielles emporte le droit d'exploiter le phonogramme sous une forme immatérielle. Cette interprétation est potentiellement litigieuse, notamment si l'exploitation des phonogrammes devient exclusivement axée sur la vente de fichiers numériques²²⁷. Elle nécessite par conséquent une interprétation complète de l'ensemble de l'entente collective, du contrat de séance d'enregistrement et du contrat d'exclusivité, notamment en raison du fait que l'économie de certaines de ces ententes semble se restreindre à l'exploitation de supports tangibles²²⁸.

Une fois qu'il aura été répondu à la question de savoir si l'exploitation est conforme aux termes de l'ensemble conventionnel, c'est-à-dire si les actes en cause étaient licites, il faudra répondre à la question de savoir si le mécanisme d'éviction est disponible. On se rappellera que lors de l'étude de cette question en matière de contrat individuel sans cession, il a été constaté qu'il était difficile d'affirmer que ce mécanisme est disponible contre un cocontractant qui avait été autorisé à effectuer des actes visés par les nouveaux droits.

Somme toute, l'introduction de nouveaux droits est susceptible de remettre en question les conditions minimales d'utilisation relevant du droit d'auteur ainsi que le champ de de certains secteurs de négociation ou de domaines de production artistique. On réitérera la problématique : l'introduction de droits nouveaux devrait-elle être privée d'effets par lesdites conditions minimales alors que les effets recherchés seraient d'étendre ces conditions minimales de manière à refléter la reconnaissance d'une protection maximale? Une analyse

²²⁵ Voir Annexe B, Entente collective du phonogramme entre l'Union des artistes et l'Association québécoise de l'industrie du disque, du spectacle et de la vidéo (« Entente UDA-ADISQ »), du 1^{er} sept. 1997 au 30 sept. 2000, www.adisq.com/doc/pdf/UDA-ADISQ-phono.pdf.

²²⁶ Cf. chapitre 8-3.00 Entente UDA-ADISQ; arts. 12-05 et lettre d'entente No 4 relative à la définition de phonogramme Entente Guilde-ADISQ; voir surtout Annexe, Article 9 - Redevances.

²²⁷ Voir IFPI, *Digital Music Report*, 2006, www.ifpi.com/site-content/library/digital-music-report-2006.pdf.

²²⁸ L'entente Union des Artistes – ADISQ prévoit par ailleurs des lettres d'ententes additionnelles pour les nouvelles exploitations.

telle que celle mentionnée précédemment dans l'exemple de l'affaire *Moul c. Groenings* devra être effectuée à la lueur des conditions des ententes collectives afin de déterminer si l'économie de celles-ci coïncide avec des *droits* ou des *intérêts*, tels que visés par les régimes d'éviction, en relation avec les actes protégés par les droits nouveaux. Par exemple, on pourrait reposer la question de savoir si l'économie des ententes collectives était effectivement d'intégrer l'exploitation en ligne de phonogrammes ou si une telle exploitation était limitée à la vente de copies physiques dans un monde de briques et de mortier. Cette analyse devrait se faire à l'aune des règles d'interprétation appropriées, telles que discutées précédemment.

L'introduction de droits nouveaux pourrait ainsi provoquer la nécessité de reconsidérer l'ensemble des conditions minimales d'utilisation afin que ces dernières puissent être redéployées dans le cadre des négociations par secteurs mais également à l'extérieur de celui-ci, de manière à ce que ces droits puissent être exploités selon des principes de gestion collective, le cas échéant. Au surplus, l'introduction de nouveaux droits est susceptible d'avoir des effets sur les régimes de gestion collective existants.

3.2. La gestion collective et ses régimes

D'aucuns sont arrivés à la conclusion que « le mandat de négocier des conditions relevant seulement du droit d'auteur ne pourrait être conféré par la seule accréditation de l'association : un mandat ou une cession écrite du titulaire – qui ne l'a pas déjà confié à une société de gestion collective – serait nécessaire »²²⁹. Cette analyse a certainement le mérite de soulever la question de savoir si les conditions d'utilisation consignées dans une entente collective empêchent que les droits s'y rapportant ne soient gérés de façon collective. En principe, rien ne s'oppose à une gestion collective des droits nouveaux. Vu l'absence d'effet de la qualification de contrat de travail, le droit n'opérant pas de transfert de titularité des droits d'auteur au profit de l'employeur, la gestion collective emportera pour l'employeur le risque d'avoir à accorder à l'artiste-interprète une double rémunération, d'une part, à titre de salarié et, d'autre part, à titre de membre d'une société de gestion collective²³⁰. Pourtant, la gestion collective joue un rôle important car elle permet de gérer de façon viable les droits d'auteur vu les coûts pour transiger individuellement avec une multitude d'utilisateurs²³¹. En outre, les sociétés de gestion collective

²²⁹ C. Matteau et E. Lefebvre, « Les décisions du Tribunal canadien des relations artistes-producteurs visant le droit d'auteur » (1998) 10 *C.P.I.* 461 à la p. 482; E. Lefebvre, « Du droit d'auteur au statut de l'artiste : étude comparative des législations applicables dans un contexte de droit civil et examen comparatif des pouvoirs de leur forum décisionnel » in *Institutions administratives du droit d'auteur*, Y. Gendreau (dir.), Cowansville, Yvon Blais, 2002, p.161 à la p.188.

²³⁰ C. Doutrelepont, *Rapport général*, ALAI Montebello à la p. 499.

²³¹ Voir G. Davies, « La gestion collective des droits et l'intérêt général » (mars 1989) *Le droit d'auteur* 85. Au vu des technologies de l'information, la question de savoir s'il s'agit de la seule façon de gérer les droits a été posée : voir not. D.J. Gervais & A. Maurushat, « Fragmented Copyright, Fragmented Management: Proposals to Defrag Copyright Management » (2003) 2 *Can. J. of L. & Tech.* 5, http://cjlt.dal.ca/vol2_no1/pdfarticles/gervais.pdf (« [...] it may be that, with the aid of technology, the individual exercise of rights will become not only feasible but a more efficient solution, at least in certain cases »); voir aussi M. Kretschmer, « The Failure of Property Rules in Collective Administration: Rethinking Copyright Societies as Regulatory Instruments » (2002) *E.I.P.R.* 126 (« In short, the transaction cost argument for collective administration from the cost of individual contracting may support a universal rights administration system (to which all rightsholders have access on similar terms), but a system where the major rightholders selectively decide, supported by sophisticated information technology, whether collecting license fees is worthwhile »), cité dans D.J. Gervais & A. Maurushat, *op. cit.*

ont aussi permis aux créateurs d'accroître leur pouvoir de négociation face à des entités économiques en position dominante²³².

Au-delà de ces questions, il convient d'envisager la façon dont les droits nouveaux et les pratiques traditionnelles vont s'imbriquer dans les régimes de gestion collective en matière de droits exclusifs et en matière de droit à rémunération. Deux effets sont anticipés : d'une part, un effet de mise en question de la répartition des régimes de gestion collective (3.2.1) et, d'autre part, un effet de remise en question du recours à des régimes de gestion collective des droits exclusifs ou à rémunération (3.2.2).

3.2.1. La répartition des régimes de gestion collective en question

Le droit de mise à disposition et le droit de reproduction ont pour caractéristique d'être exclusifs. On s'attendrait ainsi qu'ils soient tous deux assujettis au même régime de gestion collective. Or, le Projet de loi C-60 vient ajouter à la définition de communication au public par télécommunication de l'article 2.4 la mise à disposition alors que l'article 15(1.1)e) définit le droit exclusif de mise à disposition de l'artiste-interprète sans faire référence à la communication²³³. Le Projet de loi C-60 exclut par ailleurs expressément le droit de mise à disposition des artistes-interprètes du droit à rémunération pour la communication au public par télécommunication²³⁴ et l'exclut aussi expressément du régime de gestion collective applicable au droit de reproduction, tel que prévu aux articles 70.1 et suivants LDA²³⁵. Deux scénarios seront envisagés : i) celui où une telle exclusion n'est pas prévue dans la LDA et ii) celui où une telle

²³² Voir Commission du droit d'auteur, Décision du 30 janv. 1998, *Tarif 2.A – Stations de télévision commerciales en 1994, 1995, 1996 et 1997* et les motifs de Michel Héту, alors vice-président, indiquant que la gestion collective « est la seule façon d'éviter de traiter à partir d'une position de faiblesse avec des utilisateurs puissants », à la p. 48, www.cb-cda.gc.ca/decisions/m30011998-b.pdf; voir aussi D.J. Gervais & A. Maurushat, *op. cit.* à la p. 18 : « [c]ollective management has also allowed authors to use the power of collective bargaining to obtain more for the use of their work and negotiated on a less unbalanced basis with large multinational user groups [note 54]. [note 54] For instance imagine if corporations such as MTV or MuchMusic negotiated the use and fee for each song/video it broadcasted with individual artists. While artists like U2 or Madonna would be in a position to negotiate on a balanced power basis, the same would not be said for new groups struggling to find any airtime ».

²³³ Art. 2.4(1)a) :

effectue une communication au public par télécommunication la personne qui met une oeuvre ou tout autre objet du droit d'auteur à la disposition du public de manière que chacun puisse y avoir accès par télécommunication individuellement de l'endroit et au moment qu'il choisit.

Art. 15 :

(1.1) Dans les cas visés au paragraphe (2.1), l'artiste-interprète a un droit d'auteur qui comporte le droit exclusif, à l'égard de sa prestation ou de toute partie importante de celle-ci :

e) d'en mettre tout enregistrement sonore à la disposition du public de manière que chacun puisse y avoir accès par télécommunication individuellement de l'endroit et au moment qu'il choisit.

²³⁴ Art. 19(1) :

Sous réserve de l'article 20, l'artiste-interprète et le producteur ont chacun droit à une rémunération équitable pour l'exécution en public ou la communication au public par télécommunication — à l'exclusion de la mise à disposition visée aux alinéas 15(1.1)e) ou 18(1.1)b) et de toute retransmission — de l'enregistrement sonore publié.

²³⁵ Voir article 32 Projet de loi C-60, remplaçant les alinéas 70.1 a) et b) LDA.

exclusion est retenue, conformément au Projet de loi C-60. Dans ces deux cas, on semble entrevoir certaines difficultés.

i) En l'absence d'une telle exclusion, on pourrait prétendre que le régime des articles 67 à 69 LDA s'appliquerait en ce qui concerne le droit de mise à disposition de la Partie I LDA mais ne s'appliquerait pas relativement au droit de mise à disposition de la Partie II LDA. La principale conséquence de cette disparité de régime est que les titulaires de droits de la Partie I se verront imposés un tarif obligatoire²³⁶ et ne pourront s'opposer à une utilisation impliquant le droit de mise à disposition dès lors que le paiement du tarif est effectué ou offert²³⁷.

Les titulaires du droit de la Partie II LDA géré collectivement pourraient bénéficier d'une négociation sans l'intervention de l'organisme régulateur²³⁸. On notera que l'utilisateur ou la société de gestion pourra demander à la Commission de fixer le taux de redevance mais seulement si la société de gestion en charge du droit de mise à disposition est d'accord sur le principe d'autoriser l'utilisation visée par la redevance²³⁹.

Au demeurant, on signalera que les modalités de définition des conditions de l'utilisation visée par le droit de mise à disposition pourraient entraîner certaines difficultés qui auraient probablement une influence sur l'issue de la négociation du droit d'autoriser l'utilisation en cause. Ceci pourrait entraîner certaines contestations de la part des ayants droit de la Partie I LDA qui invoqueraient l'« asymétrie » du processus de fixation de tarif²⁴⁰ ou qui mettraient en cause le tarif relatif au droit de mise à disposition des artistes-interprètes pour des motifs d'atteinte à la concurrence. En effet, les conditions négociées sous l'autre régime pourraient être différentes. On rappellera que la LDA prévoit que l'entente qui n'est pas déposée auprès de la Commission peut donner lieu à l'application de l'article 45 de la *Loi sur la concurrence*²⁴¹.

²³⁶ Arts. 67.1 et s. LDA.

²³⁷ Arts. 68.2 (2) et 70.19 LDA.

²³⁸ Arts. 70.12, 70.191 LDA. Sur la Commission du droit d'auteur, voir M. Héту, « La Commission du droit d'auteur : fonctions et pratiques » (1993) 5-3 *C.P.I.* 407; « Administrative Remedies under the New Copyright Act: The Role of the Copyright Board... and of Others » (1997) *Insight*.

²³⁹ Art. 70.2. La question de savoir si l'article 70.2(1) confère à la Commission le pouvoir de contraindre les parties à conclure une entente lorsque le titulaire des droits ne le souhaite pas a été posée par l'AVLA Audio-Video Licensing Agency Inc. le 12 avril 2006 dans l'affaire *Musisélect Inc. c. AVLA Audio-Video Licensing Agency Inc.*, 70-2-2005-01, Commission du droit d'auteur (la Commission a été dessaisie de l'affaire suite à une entente entre les parties).

²⁴⁰ Sur les contraintes et les « coûts » relatifs à la procédure devant la Commission du droit d'auteur, voir *Institutions administratives du droit d'auteur*, Y. Gendreau (dir.), Cowansville, Yvon Blais, 2002; voir aussi Rapport art. 92 au point B.1.2. Hormis la question de l'implication matérielle dans la procédure d'opposition à un tarif, du point de vue de la théorie économique classique, la fixation d'un prix hors les mécanismes du marché comporte des risques que le prix du bien ou service soit sous-évalué ou surévalué. La question se posera peut-être alors de savoir si les ayants droit qui peuvent fixer le prix librement et échappent au processus de fixation du tarif ont un avantage concurrentiel sur ceux qui ne le peuvent pas. On mentionnera par ailleurs l'article 90 LDA :

Les dispositions de la présente loi relatives au droit d'auteur sur les prestations, les enregistrements sonores ou les signaux de communication et au droit à rémunération des artistes-interprètes et producteurs n'ont pas pour effet de porter atteinte aux droits conférés par la partie I et n'ont, par elles-mêmes, aucun effet négatif sur la fixation par la Commission des redevances afférentes.

²⁴¹ Art. 70.5 et paras. suivants. L'article 45 de la *Loi sur la concurrence*, L.R. 1985, ch. C-34, incrimine les ententes qui sont de nature à restreindre indûment la concurrence sur le marché. Voir *Institutions administratives du droit d'auteur*, op.cit, Voir S. Bourque et al., *Loi sur la concurrence annotée*, Cowansville, Yvon Blais, 2000; Y. Bériault et al., *Le droit de la concurrence au Canada*, Scarborough, Carswell, 1999; M. Trebilcock & al., *The law and Economics of Canadian Competition Policy*, Toronto,

L'entente qui est déposée à la Commission peut faire l'objet d'un examen et être modifiée par cette dernière à la demande du Commissaire de la concurrence, saisi le cas échéant par des tiers²⁴². Les tiers pourront aussi se prévaloir de l'article 36 de la *Loi sur la concurrence* qui leur permet un recours civil en complément ou en l'absence d'une intervention du Commissaire relativement à un acte prohibé à l'article 45 de la *Loi sur la concurrence*. Ce recours civil est par ailleurs susceptible de donner ouverture à une requête en injonction²⁴³. Parallèlement, ces contraintes pesant alors sur la gestion collective pourraient avantager les associations professionnelles qui, en principe, échappent aux dispositions de la *Loi sur la concurrence*²⁴⁴. Au surplus, en cas de refus d'accorder une licence d'utilisation ou en cas de concession de licence exclusive par la société de gestion collective gérant le droit de mise à disposition des artistes-interprètes, il n'est pas exclu que celle-ci soit exposée à des poursuites en vertu des dispositions concernant l'abus de position dominante²⁴⁵. On reconnaîtra néanmoins que le recours au droit de la concurrence demeure théorique car en pratique de telles situations sont rares, voire inexistantes.

Par ailleurs on remarquera que le bénéfice du régime d'entente avec les utilisateurs de l'article 70.1 ne dépend pas d'une publication au sens de la LDA, contrairement au régime de gestion collective des articles 67 à 69 LDA relatif au droit d'exécution et de communication au public tel que visé à l'article 19 LDA. En effet, l'article 19 LDA prévoit que l'artiste a droit à une rémunération équitable pour l'exécution en public ou la communication au public par télécommunication de l'enregistrement sonore publié. Or, la définition de « publication » dans la LDA vise à l'égard d'un enregistrement sonore la mise à disposition du public d'exemplaires de celui-ci²⁴⁶. On aboutit ainsi à une situation étonnante où l'exploitation de prestations qui se ferait uniquement en ligne avec des exemplaires dématérialisés sous forme de fichiers numériques musicaux, ne permettrait pas par la suite de bénéficier du droit à rémunération équitable lorsque ces fichiers sont exécutés en public, notamment dans les clubs, ou communiqués au public par télécommunication, notamment par diffusion Internet en flux continu²⁴⁷. Cette question deviendrait sans fondements dès lors que la LDA refléterait le principe édicté à l'article 15(4) WPPT selon lequel « les phonogrammes mis à la disposition du public, par fil ou sans fil, de

University of Toronto Press, 2002; *Droit de la concurrence* (1993) 38-3 R. D. McGill; *Competition Act and commentary*, Markham, ON, Butterworths, 2003.

²⁴² Art. 9.1(c) *Loi sur la concurrence*. En principe il semble que seul le Commissaire ait accès au double de l'entente (art. 70.5(4) LDA). Cependant, il a été souligné que la Commission du droit d'auteur figure à l'annexe 1 de la *Loi sur l'accès à l'information*, L.R. 1985, ch. A-1. Voir Robic Léger, *op. cit.* sous S. 70.5.

²⁴³ Voir *Competition Act and commentary*, Markham, ON, Butterworths, 2003 aux pp. 21 et s.

²⁴⁴ Art. 4(1)a) *Loi sur la concurrence*. Voir *Cie France-Film c. Guilde des musiciens de Montréal*, [1985] C.S. 1076, indiquant que l'article 4(1)a) *Loi sur la concurrence* s'applique aux associations comme la Guilde. Cependant cette solution n'est pas irréfutable dans la mesure où le rôle des associations a pu s'être déplacé de la négociation des conditions de travail vers la négociation des conditions d'exploitation des droits d'auteur. Voir *supra*, section 3.1.

²⁴⁵ Voir Bureau de la concurrence, *Propriété intellectuelle - Lignes directrices pour l'application de la loi*, <http://cb-bc.gc.ca/epic/internet/incb-bc.nsf/fr/ct01992f.html>. Voir M. Renaud & D. Thérien, « Droit de la concurrence et propriété intellectuelle : antinomie ou complémentarité ? » (2003) 197 *Développements récents en droit de la propriété intellectuelle* 329; W.T. Stanbury, « Competition Policy and the Copyright Act in Canada » dans *Institutions administratives du droit d'auteur*, *op. cit.*

²⁴⁶ Art. 2.2 LDA.

²⁴⁷ « Radio Internet », « webdiffusion », « streaming » ou « webcasting ». Sur ces notions, voir F. Kozamernik, « Webcasting – the broadcaster's perspective » (mars 2000) 282 *EBU Technical Review* à la p. 23; OCDE, *Diffusion sur le « Web » et convergence : implications pour l'action des pouvoirs publics*, OCDE/GD(97)221 à la p.15, www.oecd.org/dataoecd/12/12/2091378.pdf; B.H. Fan, « When Channel Surfers Flip to the Web: Copyright Liability for Internet Broadcasting » (2000) 52-3 *Fed. Comm. L. J.* 626.

manière que chacun puisse y avoir accès de l'endroit et au moment qu'il choisit individuellement sont réputés avoir été publiés à des fins de commerce ».

Quoi qu'il en soit, force est de croire que la part d'exploitation d'enregistrements sonores non publiés, c'est-à-dire la part du marché de distribution en ligne de fichiers numériques musicaux, devra être prise en considération aux fins de justifier le taux de la rémunération équitable relatif aux enregistrements sonores publiés. Cela induira vraisemblablement un niveau de difficulté additionnel dans la détermination de la rémunération équitable. Cette difficulté pourrait néanmoins être surmontée dans le cadre du mouvement amorcé par la Commission du droit d'auteur lors de l'acceptation d'une licence générale modifiée²⁴⁸. Le principe sous-tendant une telle licence est que le tarif peut être réduit de façon à tenir compte de l'existence de droits qui ne pénètrent pas le marché de l'exploitation des droits couverts par la rémunération équitable. La Commission du droit d'auteur y faisait ainsi la distinction entre le marché « en amont » et le marché « en aval ».

Inversement, la question de savoir si l'existence du droit de mise à disposition est liée ou non à celle d'exemplaires physiques se pose pour deux raisons : la première concerne le principe selon lequel le droit de mise à disposition est exclu du droit de communication au public de l'article 15 WPPT²⁴⁹; la seconde concerne l'absence de dispositions du type de l'article 15(4) WPPT précité, établissant une présomption de publication. La question de savoir si la mise à disposition constitue une publication pourrait être posée car la publication au sens de la LDA, dans certains cas, est une des conditions pour bénéficier du droit d'auteur sur la prestation enregistrée²⁵⁰ mais aussi de l'existence ou du type d'un régime de gestion collective²⁵¹.

²⁴⁸ Décision du 30 janv. 1998, *Tarif 2.A – Stations de télévision commerciales en 1994, 1995, 1996 et 1997*.

²⁴⁹ J. Reinbothe & S. von Lewinski, *The WIPO Treaties 1996*, Markham, ON, 2002 aux pp. 337 et 385. À la p. 337 :

[t]he right of making available has not been conceived as a part of a broader right of communication to the public, different from the corresponding right under Article 8 WCT. This is primarily due to the fact that that Contracting Parties did not want to provide for a broad, exclusive communication right to the public for performers and phonogram producers;

et à la p. 385 :

[a]s may be seen from the context between Articles 10 and 14 WPPT on the one hand and Article 15 on the other hand, the right of making available for access as described under Articles 10 and 14 WPPT is not covered by Article 15 WPPT. Accordingly, the definition of Article 2(g) WPPT, which was designed for the purposes (in particular) of Article 15 WPPT, must be interpreted as not covering the acts defined in Articles 10 and 14 WPPT, even if the wording of the definition in Article 2(g) WPPT might be considered to be broad enough to cover such making available.

²⁵⁰ Voir *supra* note 33.

2) *La prestation visée au paragraphe (1) doit être, selon le cas :*

a) *exécutée au Canada ou dans un pays partie à la Convention de Rome;*

b) *fixée au moyen d'un enregistrement sonore dont le producteur, lors de la première fixation, soit est un citoyen canadien ou un résident permanent au sens du paragraphe 2(1) de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés ou un citoyen ou un résident permanent d'un pays partie à la Convention de Rome, soit, s'il s'agit d'une personne morale, a son siège social au Canada ou dans un tel pays, ou fixée au moyen d'un enregistrement sonore publié pour la première fois au Canada ou dans un pays partie à*

ii) Dans le cas du deuxième scénario, soit celui du Projet de loi C-60, le droit de mise à disposition est exclu du régime de gestion collective des articles 70.1 et suivants LDA. À moins de considérer qu'il n'existe aucun régime de gestion collective pour ce droit²⁵², force est de constater qu'il relève du régime des articles 67 à 69 LDA relatif à la gestion collective du droit d'exécution et de communication.

L'application du régime des articles 67 à 69 LDA au droit de mise à disposition peut être source de difficultés puisque le droit de mise à disposition ne serait pas un droit de communication au public par télécommunication²⁵³. Il peut être surprenant qu'il soit alors encadré par un régime qui concerne, en principe, ce droit²⁵⁴. Ensuite, il est singulier de constater que le régime de gestion collective du droit de mise à disposition, soit un droit exclusif, serait le même que celui qui s'applique au droit de communication par télécommunication des artistes-interprètes, soit un droit à rémunération. Les mêmes remarques concernant la question de publication s'appliqueraient ici²⁵⁵.

Il convient de comprendre que le droit de mise à disposition du public peut faire appel à différents événements dont l'un d'eux est la communication au public par télécommunication au sens de la LDA, c'est-à-dire lorsqu'il y a « transmission de l'œuvre musicale du serveur hôte à l'utilisateur final »²⁵⁶. Des commentateurs du WPPT indiquaient à ce sujet que

*The right of making available is defined by several elements. First of all, the act of 'making available' to the public for access covers the offering of performances for access and extends to the entire transmission to the user, if such transmission takes place. Accordingly, the mere establishment of a server which may be accessed individually by members of the public and at their choice regarding time and place constitutes the act of making available under Article 10 WPPT. If a performance is actually accessed, the whole act of making available is covered by the exclusive right, including the offering of the performance in a server and its entire transmission up to the terminal from which the member of the public gets access to the performance.*²⁵⁷

la Convention de Rome en quantité suffisante pour satisfaire la demande raisonnable du public; [nos soulignés]

c) transmise en direct par signal de communication émis à partir du Canada ou d'un pays partie à la Convention de Rome par un radiodiffuseur dont le siège social est situé dans le pays d'émission.

²⁵¹ L'art. 70.1 renvoie à l'art. 15 qui peut exiger la publication et l'accès au régime des arts. 68 à 69 est assujéti aux conditions de l'art. 19 qui exige la publication.

²⁵² Voir *infra*, para. 3.2.2.

²⁵³ Voir J. Reinbothe & S. von Lewinski, *The WIPO Treaties 1996*, Markham, ON, 2002 à la p. 337; voir *infra*, paragraphe 3.2.2.

²⁵⁴ Le sous-titre « Gestion collective du droit d'exécution et de communication » au-dessus de l'article 67 LDA vise pourtant un « droit de communication ».

²⁵⁵ Le Projet de loi C-60 prévoit que le droit de mise à disposition peut être invoqué uniquement lorsque certaines conditions sont remplies, dont celle qui exige, en l'absence de producteur, que la prestation soit fixée au moyen d'un enregistrement sonore publié pour la première au Canada en quantité suffisante pour satisfaire la demande raisonnable du public.

²⁵⁶ *Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c. Association canadienne des fournisseurs Internet*, [2004] 2 R.C.S. 427 au para. 42.

²⁵⁷ J. Reinbothe & S. von Lewinski, *op. cit.* à la p. 338.

Par ailleurs, le droit de mise à disposition au public est susceptible de faire appel à un troisième événement qui implique le droit de reproduction²⁵⁸ et/ou l'exception de copie privée²⁵⁹.

Par conséquent, il devient particulièrement délicat de décomposer l'acte de mise à disposition du public en lui reconnaissant un tarif propre alors que par définition, ce tarif doit pouvoir prendre en considération, soit positivement, soit négativement, la proportion de chacun des autres événements qui le composent et qui sont pourtant susceptibles de justifier un tarif particulier indépendant du tarif du droit de mise à disposition.

Au surplus, le tarif du droit de mise à disposition devra correspondre exactement aux situations qui permettent de mettre à disposition une prestation « de manière que chacun puisse y avoir accès de l'endroit et au moment qu'il choisit individuellement ». Comme le notent certains auteurs, depuis la signature du traité WPPT en 1996, les nouveaux modèles d'affaire qui ont pu voir le jour depuis, requièrent désormais une analyse détaillée pour déterminer l'étendue du pouvoir de l'utilisateur de choisir le contenu d'une série de prestations et le moment de l'utilisation²⁶⁰. En effet, ces nouveaux modèles permettent de sélectionner un programme et son contenu dont l'horaire avait été originellement imposé par le diffuseur. Par exemple, il est

²⁵⁸ Les services de distribution de musique en ligne reproduisent les œuvres musicales interprétées sous forme de fichiers numériques. Voir *Projet de tarif des redevances à percevoir par la CMRRA/SODRAC Inc. pour la reproduction d'œuvres musicales, au Canada, pour les années 2006 à 2009, services de musique en ligne*, Supp. Gaz.C. 2005.I. On citera la *Déclaration commune concernant les articles 7, 11 et 16 WPPT* : « [l]e droit de reproduction énoncé aux articles 7 et 11 et les exceptions dont il peut être assorti en vertu de l'article 16 s'appliquent pleinement dans l'environnement numérique, en particulier à l'utilisation des interprétations et exécutions et des phonogrammes sous forme numérique. Il est entendu que le stockage d'une interprétation ou exécution protégée, ou d'un phonogramme protégé, sous forme numérique sur un support électronique constitue une reproduction au sens de ces articles », www.wipo.int/treaties/fr/ip/wppt/statements.html.

²⁵⁹ La question de savoir si un utilisateur peut bénéficier de l'exception de copie privée quel que soit la licéité de la copie reproduite est incertaine. La décision *BMG Canada Inc. c. John Doe* (C.F.), [2004] 3 C.F. 241, 2004 CF 488 et la Décision de la Commission du droit d'auteur dans le dossier : *Copie privée 2003-2004*, 12 décembre 2003, www.cb-cda.gc.ca/decisions/c12122003-b.pdf, ont toutes deux établi que l'exception de copie privée s'applique nonobstant la licéité de la copie reproduite. Voir cependant *BMG Canada Inc. c. John Doe* (C.A.F.), 2005 FCA 193 :

[49] Lorsque le juge des requêtes a déclaré que, en vertu du paragraphe 80(1) [mod. par L.C. 1997, ch. 24, art. 50] de la Loi sur le droit d'auteur, L.R.C. (1985), ch. C-42, « le fait de télécharger une chanson pour usage privé ne constitue pas une violation du droit d'auteur », il a omis de tenir compte de l'application possible du paragraphe 80(2) [mod., idem] ainsi que des circonstances dans lesquelles la défense d'« usage privé » ne peut être invoquée, notamment dans le cas où un enregistrement sonore constitué d'une oeuvre musicale est reproduit sur un support audio pour les usages suivants: la vente, la location, la distribution, la prestation devant un public, la communication au public par télécommunication.[...]

[50] Il semble également que le juge des requêtes n'a pas examiné si l'ensemble des exigences quant à l'application de l'exemption relative à l'usage privé prévu au paragraphe 80(1) de la Loi sur le droit d'auteur ont été satisfaites. Par exemple, si les utilisateurs ne se sont pas servis d'un « support audio », la défense de reproduction pour usage privé ne pourra pas être utilisée (voir Décision de la Commission du droit d'auteur pour la copie privée en 2003 et 2004 (12 décembre 2003) et Société canadienne de perception de la copie privée c. Canadian Storage Media Alliance, [2004] 2 R.C.F. 654 (C.A.)).

Voir par ailleurs *Société canadienne de perception de la copie privée c. Canadian Storage Media Alliance*, 2004 CAF 424, en révision de la décision de la Commission.

²⁶⁰ J. Reinbothe & S. von Lewinski, *op. cit.* à la p. 339.

possible de choisir pour la réécouter une prestation d'un *disk jockey* parmi une série de prestations qui avaient été diffusées à une date antérieure²⁶¹. Le fait que le contenu de la prestation, c'est-à-dire chaque enregistrement sonore composant la sélection des enchaînements de prestations, ne puisse pas faire l'objet d'un choix ne devrait pas affecter l'application du droit de mise à disposition²⁶². Somme toute, la difficulté de distinguer, soit conceptuellement, soit matériellement, entre l'acte de télécommunication et l'acte de mise à disposition, se propage dans la détermination du régime collectif approprié.

3.2.2. Le recours à la gestion collective des droits en question

Parallèlement, on assisterait, semble-t-il, à une remise en question de la gestion collective de certains droits à rémunération équitable et, de façon moins claire, du droit exclusif de mise à disposition.

En ce qui concerne la rémunération équitable, la première remise en question tient à l'étendue du droit de communication au public qui, tel que défini dans le WPPT, nécessiterait de garantir un droit à rémunération équitable au profit des artistes-interprètes lorsque des phonogrammes publiés à des fins de commerce sont utilisés directement ou indirectement pour la radiodiffusion ou pour une communication quelconque au public²⁶³. Or, à l'heure actuelle, selon l'article 19 LDA, l'artiste-interprète et le producteur ont chacun droit à une rémunération équitable pour l'exécution en public ou la communication au public par télécommunication — à l'exclusion de toute retransmission — de l'enregistrement sonore publié. Il avait été indiqué que le Canada serait enclin à se prévaloir de la possibilité qu'offre l'article 15(3) WPPT d'émettre une réserve quant à la rémunération équitable pour la retransmission de phonogrammes²⁶⁴. L'article 19(1) LDA dans le Projet de loi C-60 va dans ce sens.

La seconde remise en question vise l'exception relative à la transposition de l'enregistrement sonore incorporant une prestation sur un support pour des fins de radiodiffusion²⁶⁵. Une telle transposition est susceptible d'être assujettie à un tarif adopté en vertu du droit de reproduction des artistes-interprètes sur leur prestation. Cette question peut générer certaines tensions dès lors que ni l'existence d'un exemplaire²⁶⁶ de la prestation fixée ni celle d'un tarif²⁶⁷ ne sont

²⁶¹ Voir par ex. <http://www.d-i-r-t-y.com/index2.html?first=http://www.d-i-r-t-y.com/mixes>.

²⁶² J. Reinbothe & S. von Lewinski, *op. cit.* à la p. 340.

²⁶³ Art. 15 WPPT.

²⁶⁴ Y. Gendreau, ALAI Budapest à la p. 807. Sur le régime de retransmission en droit canadien voir Y. Gendreau, « Exporting Copyright Models : The Canadian Retransmission Regime and the Internet » (2003) 16 *I.P.J.* 547; voir aussi J.-A. Français, « De l'adaptabilité des droits des organismes de radiodiffusion à l'adaptation du droit d'auteur » (2004) 16-3 *C.P.I.* 659 aux pp. 708 et s.

²⁶⁵ Arts. 30.8 et 30.9 LDA.

²⁶⁶ Art. 30.9(1) LDA :

Ne constitue pas une violation du droit d'auteur le fait pour une entreprise de radiodiffusion de reproduire, en conformité avec les autres dispositions du présent article, un enregistrement sonore ou une prestation ou oeuvre fixée au moyen d'un enregistrement sonore aux seules fins de les transposer sur un support en vue de leur radiodiffusion, pourvu que :

a) elle en soit le propriétaire et qu'il s'agisse d'exemplaires autorisés par le titulaire du droit d'auteur; [nos soulignés]

²⁶⁷ Art. 30.9(6) LDA :

garanties. En effet, il est concevable que des enregistrements sonores soient uniquement exploités sous forme de fichiers numériques, notamment grâce aux nouveaux droits introduits, ce qui nécessitera peut-être alors de revisiter la définition de ce que constitue un « exemplaire ». En outre, aucun tarif ne paraît avoir été déposé par un ayant droit relevant de la Partie II LDA à ce jour.

La troisième remise en question est liée à l'introduction de protections sur les mesures techniques (« MT »). Dès lors que les MT permettront de contrôler l'utilisation des prestations, il convient de se demander si leur usage doit être pris en considération lors de la détermination d'une redevance au titre de la copie privée. Le Projet de loi C-60 prévoit une disposition, l'article 34.02 LDA, qui confère au titulaire des droits d'auteur sur la prestation un droit de recours contre quiconque contourne sans autorisation les MT, les supprime ou les rend inefficaces en vue, notamment, de faire une copie privée de l'enregistrement de la prestation²⁶⁸. Dès lors que des MT protègent la prestation, l'étendue de la rémunération pour copie privée pourrait être modifiée, comme l'a déjà soulignée la Commission du droit d'auteur²⁶⁹ et ce, si le contrôle que permet en théorie les MT se confirme dans les faits.

On pourrait par ailleurs prétendre que le droit de mise à disposition ne peut faire l'objet de gestion collective. En effet, étant exclu formellement du régime des articles 70.1 et suivants LDA, le droit de mise à disposition serait également exclu du régime des articles 67 à 69 LDA en raison du fait que ce régime concerne le droit de communication. Or, en analysant les dispositions du WPPT, on s'aperçoit que le droit de mise à disposition des artistes-interprètes était conçu de façon distincte du droit de communication au public par télécommunication²⁷⁰. D'ailleurs, une lecture attentive du droit de mise à disposition prévu dans le Projet de loi C-60 et conforme aux dispositions du traité WPPT ne permet pas d'y déceler la reconnaissance, au profit des artistes-interprètes, d'un droit exclusif de communication²⁷¹. Ainsi, si les titulaires de droits de la Partie I LDA peuvent découvrir un droit de mise à disposition dans leur droit de communication préexistant, les titulaires des droits de la partie II LDA ne pourraient faire le cheminement inverse et découvrir un droit de communication de la prestation enregistrée dans leur droit de mise à disposition. Cependant, pour les fins de la gestion collective, ne devrait-on pas s'en remettre au nouvel alinéa 2.4 (1)(a) LDA introduit par le Projet de loi C-60? Celui-ci dispose qu'« effectue une communication au public par télécommunication la personne qui met une œuvre ou tout autre objet du droit d'auteur à la disposition du public de manière que chacun puisse y avoir accès par télécommunication individuellement de l'endroit et au moment

Le présent article ne s'applique pas dans les cas où l'entreprise peut obtenir, par l'intermédiaire d'une société de gestion, une licence l'autorisant à faire une telle reproduction.

²⁶⁸ Art. 27 Projet de loi C-60.

²⁶⁹ Commission du droit d'auteur, *Dossier : Copie privée 2003- 2004*, www.cb-cda.gc.ca/decisions/c12122003-b.pdf.

²⁷⁰ J. Reinbothe & S. von Lewinski, *The WIPO Treaties 1996*, Markham, ON, 2002 à la p. 337 :

[t]he right of making available has not been conceived as a part of a broader right of communication to the public, different from the corresponding right under Article 8 WCT. This is primarily due to the fact that that Contracting Parties did not want to provide for a broad, exclusive communication right to the public for performers and phonogram producers »

²⁷¹ Il s'agit du droit exclusif vis-à-vis d'une prestation « d'en mettre tout enregistrement sonore à la disposition du public de manière que chacun puisse y avoir accès par télécommunication individuellement de l'endroit et au moment qu'il choisit ». Le droit serait un droit de permettre l'accès par télécommunication, c'est-à-dire un droit distinct du droit de communication par télécommunication.

qu'il choisit »²⁷². Dans un tel cas, le droit en question pourrait être géré collectivement conformément aux articles 67 et 68 LDA. Une autre question demeure : le fait que le droit de mise à disposition se retrouve dans ce régime spécial de gestion collective ne remet-il pas en question son caractère de droit exclusif? On pourrait esquisser une réponse négative en remarquant qu'il n'existe dans le Projet de loi C-60 aucune contrainte qui inciterait à recourir à la gestion collective ou à procéder au dépôt d'un tarif vis-à-vis des nouveaux droits. En effet, l'article 67.1 (4) LDA²⁷³ qui prévoit l'interdiction des recours relativement aux droits visés aux articles 3 et 19 LDA, n'est pas modifié par le Projet de loi C-60 de manière à priver de recours, en vertu des nouveaux droits, celui qui n'aurait pas soumis ses nouveaux droits à la gestion collective.

La question de la négociation des rémunérations pour l'utilisation de droits exclusifs doit aussi pouvoir être abordée sous des angles complémentaires à la gestion collective.

4. OPTIONS COMPLÉMENTAIRES QUANT AUX EFFETS DE LA RÉFORME

La création artistique peut être guidée par des motifs autres qu'économiques, tel l'apport au patrimoine culturel collectif²⁷⁴. Le modèle commun demeure néanmoins celui de la propriété, lequel offre un incitatif à la création par l'échange et contribue indirectement à l'enrichissement du patrimoine culturel collectif²⁷⁵. La question ici soulevée est celle de savoir si le fait d'attribuer un ensemble de nouveaux droits aux artistes-interprètes permet de remplir les objectifs sous-tendant la réforme législative ou si au contraire celle-ci se résume à un vœu pieux. Cet effet relatif de la réforme résiderait dans le principe selon lequel tout droit accordé à un groupe est aussitôt acquis par un autre dans le cours de l'échange, selon des modalités contractuelles qui excluent en général un paiement proportionnel au succès des ventes et qui adoptent un système de paiement unique et forfaitaire²⁷⁶. Un auteur français a présenté la problématique dans les termes suivants :

La famille des ayants droit est une famille divisée, elle est donc une famille affaiblie. Pourquoi? Tout simplement parce que sur le terrain du droit exclusif, les producteurs veulent des verrous qui assurent le droit exclusif – et qui rapporteront de l'argent. Mais l'artiste-interprète a été payé de façon forfaitaire, au début. Et le droit exclusif ne lui rapporte plus rien par la suite. Tandis que s'il est en droit à rémunération, c'est la loi qui impose le reversement d'une somme et qui en impose même le pourcentage. Autrement

²⁷² Nos soulignés.

²⁷³ Art. 67.1(4) LDA : « Le non-dépôt du projet empêche, sauf autorisation écrite du ministre, l'exercice de quelque recours que ce soit pour violation du droit d'exécution en public ou de communication au public par télécommunication visé à l'article 3 ou pour recouvrement des redevances visées à l'article 19 ».

²⁷⁴ D'aucuns font remarquer que le patrimoine culturel de l'humanité s'est constitué pendant longtemps en l'absence de droit d'auteur. Voir C. Geiger, *op. cit.* aux pp. 39 et s.

²⁷⁵ Cette approche correspond à la justification « utilitariste » du droit d'auteur qui privilégie l'incitation comme outil de politique culturelle. Cette approche semble largement reconnue dans les pays industrialisés et n'est pas exclusive à une tradition juridique. Voir A. Françon, « Le droit d'auteur au-delà des frontières : une comparaison des conceptions civiliste et de common law » (1991) 149 *R.I.D.A.* 3.; C. Geiger, *op. cit.* aux pp. 27 et s.

²⁷⁶ Voir J.M Guilloux, *Guide de la négociation des contrats d'artistes - Les contrats d'enregistrement de phonogrammes*, Paris, ADAMI, 2005, 176pp; Voir M. E. Crespin (Moderator), W F. McDonough, N. Taylor, and P. Brennen (Panelists), « Restoring the Balance: Panel on Contracting and Bargaining » (2005) 28-4 *Colum. J. L. & Arts* 419.

*dit : si un producteur a intérêt à être en droit exclusif, un artiste interprète a intérêt à être en droit à rémunération.*²⁷⁷

On remarquera que la LDA semble intégrer le principe d'une relation « en amont » entre le producteur et les artistes-interprètes. En effet, en reconnaissant que les opérations nécessaires à la première fixation de sons dans le cas d'enregistrements sonores s'entendent des opérations liées, d'une part, au financement et aux services techniques nécessaires à la première fixation de sons et, d'autre part, à la conclusion des contrats avec les artistes-interprètes, il est implicite que le contrat sera organisé de façon à garantir le retour en investissement initial²⁷⁸.

En théorie, l'on peut s'attendre à ce que plus l'investissement initial mis en œuvre par le producteur comporte des risques, plus la garantie recherchée sera étendue et plus la contrepartie de l'exclusivité sera réduite. De fait, on voit une divergence d'intérêts poindre. Partant, il est permis de suggérer que si l'introduction de droits exclusifs permet une amélioration de la protection juridique, il est incertain que cette mesure permette de remplir les objectifs de politiques culturelles visant à améliorer la condition socioéconomique de l'artiste-interprète. À cet égard, un éminent juriste a écrit que

*Under the sole conditions of the free market and freedom of contract, in the large majority of cases, an increasing extent of "substantive" protection leads to the paradox result that what is given to the author or performer by the right hand (or the legislators) is often taken from him at a ridiculous consideration by the left hand (or his contractual partner).*²⁷⁹

Ainsi, si l'on considère que les artistes-interprètes sont, dans une proportion importante de cas, en position de négociation désavantagée, l'introduction d'un droit exclusif à leur profit aura pour conséquence qu'aucune rémunération ne leur sera accordée. Ceci est d'autant plus paradoxal que le droit exclusif de mise à disposition du public, vu les incertitudes entourant sa gestion collective, pourrait ne pas donner lieu à une rémunération. Le cas échéant, la nature du droit peut, dans certaines circonstances, priver l'artiste-interprète d'une rémunération.

²⁷⁷ P. Sirinelli, « Reproduction et dissémination sur les réseaux numériques du point de vue de la loi française » dans ALAI Budapest à la p. 269.

²⁷⁸ Art. 2 LDA : « « producteur » La personne qui effectue les opérations nécessaires à la confection d'une œuvre cinématographique, ou à la première fixation de sons dans le cas d'un enregistrement sonore ».

Art. 2.11 LDA : « Il est entendu que pour l'application de l'article 19 et de la définition de « producteur admissible » à l'article 79, les opérations nécessaires visées à la définition de « producteur » à l'article 2 s'entendent des opérations liées à la conclusion des contrats avec les artistes-interprètes, au financement et aux services techniques nécessaires à la première fixation de sons dans le cas d'un enregistrement sonore ».

²⁷⁹ A. Dietz, « Amendment of German Copyright Law in Order to Strengthen the Contractual Position of Authors and Performers » (2002) 33 *I.I.C.* 828; voir aussi W. Nordemann, « Towards a Basic International Regime of Copyrights Contracts » in *Intellectual Property and Information Law – Essays in Honour of Herman Cohen Jehoram*, La Haye, Londres, Boston, Kluwer Law International, 1998 à la p. 217; W. Nordemann, « New Imperative Contract Rules Implemented Into the German Copyright Law » dans *Mélanges Victor Nabhan*, (Hors série) *C.P.I.* 309; B. Hugenholtz, « The Great Copyright Robbery », paper presented at conference *A Free Information Ecology in a Digital Environment Conference*, New York University School of Law, 2 April, 2000, Institute for Information Law, University of Amsterdam, www.ivir.nl/staff/hugenholtz.html; S. Pessina-Dassonville, « La titularité des droits de propriété intellectuelle des artistes-interprètes salariés de droit privé et agents publics » (2005) 17 *Propr. Intell.* 414.

Il convient alors d'envisager les palliatifs disponibles pour permettre un accès plus équilibré à la richesse potentielle associée à l'amélioration de la situation juridique des artistes-interprètes. A priori les solutions disponibles sont de deux ordres : le recours à la gestion collective comme mode de rééquilibrage des rapports contractuels et le recours à certains régimes d'encadrement des transferts de droits. La première solution doit être évaluée à la lueur des questions soulevées dans la section précédente. La seconde gamme de solutions visant à créer des régimes d'encadrement du transfert de droits doit être évaluée au regard de leur disponibilité ou compatibilité juridique.

La LDA met en œuvre un régime minimal d'encadrement des transferts de droit. Il a été indiqué que le Canada suivait « en cela la tradition établie dans les pays dits de *copyright* qui est peu interventionniste »²⁸⁰. Cependant, l'attribution constitutionnelle aux provinces de la compétence en matière de contrats explique aussi cette réserve traditionnelle²⁸¹. Ainsi, la LDA se contente d'exiger un écrit afin qu'un transfert de droit soit valide²⁸².

Ce minimalisme suscite le questionnement lorsqu'on le confronte à l'affirmation suivante :

*L'exploitation des droits des artistes interprètes implique inévitablement des arrangements contractuels dans lesquels, et c'est là un aspect moins attirant du concept de voisin le plus proche, l'artiste interprète est presque toujours la partie négociatrice la plus faible, non seulement en termes de pouvoir économique, mais également en termes d'information et d'expertise disponible. L'importance des dispositions législatives sur les termes contractuels de l'exploitation est donc capitale puisqu'elles pourraient constituer la dernière ligne de défense contre un transfert de droit trop important.*²⁸³

Il dénote aussi un certain contraste avec les mesures de protection de la partie désavantagée en matière de négociation des conditions d'exploitation d'une prestation qui existent dans des législations étrangères ouvertement protectrices. On envisagera successivement les options juridiques appliquées dans des juridictions étrangères (4.1) et les limites de ces mesures dans la perspective canadienne (4.2). Une approche de droit comparé permet de relativiser à la fois la portée de ces mesures et le minimalisme apparent des régimes canadiens.

4.1. Les régimes d'encadrement de transfert des droits

On traitera des règles de forme (4.1.1), d'interprétation favorable ou d'ordre public (4.1.2), limitatives de transfert (4.1.3), celles liées au droit du travail (4.1.4) et l'exemple du régime en

²⁸⁰ J.-P. Mikus, ALAI Montebello à la p.131. Voir Y. Gendreau, « La civilisation du droit d'auteur au Canada » (2000) 1 *R.I.D.C.* à la p.116.

²⁸¹ Y. Gendreau, *ibid.*

²⁸² Arts. 25 et 13(4) LDA. Cette exigence a été interprétée largement par les tribunaux. Voir J.-P. Mikus, Rapport canadien (sur Cd-Rom), ALAI Budapest; *Turgeon c. Michaud* (2003), REJB 2003-43940 (C.A. Qué.).

²⁸³ P. Tomori, ALAI Budapest à la p.690. Voir également L. Guibault & P.B. Hugenholtz, *Study on the conditions applicable to contracts relating to intellectual property in the European Union*, Institute for Information Law, Amsterdam, Pays-Bas, 2002, étude préparée pour la Commission européenne, <http://www.ivir.nl/publications/other/contracts.html>; « Copyright Contract Law: Towards a Statutory Regulation? », Institute for Information Law, Amsterdam, Pays-Bas, 2004, étude préparée pour le Gouvernement néerlandais, <http://www.ivir.nl/index-english.html>. Pour une analyse *in concreto* des pratiques contractuelles, voir Annexe à la Partie V; pour une analyse critique « engagée », voir Future of Music Coalition, « Major Label Contact Clause Critique » (2001), <http://futureofmusic.org/contractcrit.cfm>; S. Albini « The Problem with Music », <http://www.negativland.com/albini.html>; voir aussi www.downhillbattle.org.

droit allemand visant expressément le renforcement de la position contractuelle des artistes-interprètes (4.1.5)

4.1.1. Les règles de forme

Une des principales mesures de protection demeure l'exigence de forme du transfert qui doit emprunter celle d'un écrit pour être valide. Il a été indiqué que l'exigence d'un écrit permet de satisfaire trois objectifs : en premier lieu l'écrit permet à une partie un temps de réflexion avant qu'elle s'engage; en second lieu, il permet un échange entre les parties de toute l'information pertinente entourant l'entente lors de sa conclusion; en troisième lieu, l'écrit facilite la preuve de l'intention des parties concernant le contenu du contrat²⁸⁴. En droit canadien, l'écrit est une condition de validité du transfert et non seulement une condition de preuve. Cette solution est contraire à l'approche du droit français qui fait de l'écrit uniquement une condition de preuve du transfert. La doctrine indique qu'il serait logique que seul l'artiste-interprète soit fondé à s'en prévaloir afin que l'on soit assuré que le formalisme ne se retourne pas contre celui qu'il vise à protéger²⁸⁵. En droit canadien, il a été mentionné que l'exigence de l'écrit est en quelque sorte privée de son effet dans la mesure où un simple écrit, sans référence explicite au droit d'auteur ni au transfert, est suffisant pour remplir l'exigence législative²⁸⁶. En réalité, les tribunaux ne semblent pas retenir une interprétation contraire aux intérêts de la partie en position désavantagée mais se contentent d'appliquer une solution qui soit conforme à l'intention des parties. Il est des cas qui, en l'absence d'une interprétation élargie de l'écrit, auraient conduit à une situation inique envers le cessionnaire²⁸⁷. Ainsi, en droit canadien, on concevra que l'exigence de l'écrit soit un outil de protection souple qui saura être appliqué par les tribunaux selon les exigences que commandent la bonne foi et la justice²⁸⁸.

²⁸⁴ L. Guibault & P.B. Hugenholtz, *Study on the conditions applicable to contracts relating to intellectual property in the European Union*, Institute for Information Law, Amsterdam, Pays-Bas, 2002, étude préparée pour la Commission européenne, <http://www.ivir.nl/publications/other/contracts.html>.

²⁸⁵ H.-J. & A. Lucas, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, Paris, Litec, 2^{ème} éd., 2001 à la p. 684.

²⁸⁶ Voir J.-P. Mikus, ALAI Budapest, *op. cit.*

²⁸⁷ Dans l'affaire *Turgeon c. Michaud*, *op. cit.*, le formalisme avait été invoqué et appliqué contre l'auteur. La question du caractère juste ou non de la solution peut être discutée à la lueur des faits de l'espèce. Cependant, une décision du *England and Wales Court of Appeal*, dans l'affaire *Griggs v. Evans*, [2005] EWCA Civ. 11, www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2005/11.html, offre un exemple précis où une interprétation stricte de l'exigence de l'écrit aurait conduit à une situation inique et défavorable au cessionnaire de l'artiste. La Cour y appliquait le principe de l'« *implication* » (on mentionnera que le *Copyright, Designs and Patents Act 1988*, art. 90(3), exige un écrit pour tout transfert). On mentionnera à cet égard le passage suivant de la décision *Turgeon c. Michaud* précitée :

Sur cette dernière question, le professeur David Vaver, précité, écrit (à la p. 97) :

[...] a document signed by X, saying "X hereby assigns all her worldwide copyright in work Y to Z", should work to achieve precisely what it says. Explicit language of this kind has even been said to be essential, but this view seems too radical. An implied assignment can be as effective as an express one, if the implication is clearly discernible from some writing signed by the copyright holder or her agent.

Whether such an implication may properly be made depends on the standard legal principles relating to the interpretation of documents. The signer's intention to assign must be clearly inferable from her writing.

[soulignés de la Cour]

²⁸⁸ Voir D. Vaver, *Intellectual Property Law*, Concord, ON, Irwin Law, 1997 aux pp. 61-62 (à la p. 62 : « The writing requirement, intended partly to protect freelancers from imprudent assignments, should not work as a trap for unsuspecting clients »).

4.1.2. Les règles d'interprétation favorable et d'ordre public

La décision de la Cour suprême dans l'affaire *CCH Canadienne Ltée c. Barreau du Haut-Canada* affirmait que les exceptions que prévoit la *Loi sur le droit d'auteur* correspondent à un droit des utilisateurs et, qu'afin de maintenir un juste équilibre entre les droits des titulaires du droit d'auteur et les intérêts des utilisateurs, il ne fallait pas les interpréter de façon restrictive²⁸⁹. Cette interprétation semble explicitement exclure tout principe d'interprétation en faveur de l'artiste tel que l'on peut le rencontrer en droit allemand²⁹⁰ ou en droit français²⁹¹. Cependant on notera que le droit allemand combine la règle d'interprétation précitée avec un régime d'exceptions assez étendu²⁹². Hormis cet exemple indiquant l'absence de contradiction à ce sujet, il est permis de penser, qu'en droit canadien, les règles d'interprétation en matière d'exceptions seraient distinctes de celles applicables au régime contractuel. Ainsi, en présumant qu'une partie ne sera pas à l'origine des clauses contractuelles qui la désavantagent, l'on pourra valablement recourir aux dispositions du *Code civil du Québec*. L'article 1432 prévoit par exemple que dans le doute, le contrat s'interprète en faveur de celui qui a contracté l'obligation et contre celui qui l'a stipulée. Par ailleurs, l'artiste-interprète pourra se prévaloir des dispositions spécifiques concernant le contrat d'adhésion, soit le contrat dont les clauses essentielles ont été imposées par l'une des parties²⁹³, notamment celles prévoyant la nullité d'une clause illisible ou incompréhensible²⁹⁴ ou d'une clause abusive²⁹⁵.

En théorie, le concept de contrat d'adhésion semble étranger au droit des contrats de *common law* où la liberté contractuelle et le droit de disposer de sa propriété ou de ses intérêts de façon définitive et avec certitude sont des principes dirimants²⁹⁶. Néanmoins, il semble que le droit commun permette d'atteindre des résultats similaires même si le taux de succès reste faible. En effet, selon le professeur Vaver :

²⁸⁹ [2004] 1 R.C.S. 339, au para. 48.

²⁹⁰ Le principe dit « Zweckübertragungs » selon lequel « l'auteur ne peut avoir accordé plus de droits que ce que nécessite l'objet du contrat », cité par Y. Gendreau, « La civilisation du droit d'auteur canadien », *op. cit.* à la p. 110. On notera que ce principe s'applique aussi aux artistes-interprètes, voir M. Salokannel, *Study on audiovisual performers' contracts and remuneration practices in France and Germany*, OMPI, AVP/IM/03/3B, 31 mars 2003 référant à l'article 31(5) de la *Loi allemande sur le renforcement de la position contractuelle des auteurs et des artistes-interprètes* du 22 mars 2002, entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2002. Sur cette loi, voir A. Dietz, « Amendment of German Copyright Law in Order to Strengthen the Contractual Position of Authors and Performers » (2002) 33 *I.I.C.* 828.

²⁹¹ Le principe d'interprétation dit *in favorem auctoris* ou *in dubio pro autore* selon lequel le contrat s'interprète en faveur de l'auteur. Voir H.-J. & A. Lucas, *op. cit.* à la p. 423. Le même principe s'appliquerait aux artistes-interprètes, voir J. Ginsburg & A. Lucas, *Study on transfer of the rights of performers to producers of audiovisual fixations – Multilateral instruments; United States of America; France*, OMPI, AVP/IM/03/4, 30 avril 2003 à la p. 35.

²⁹² Voir Y. Gendreau, « La civilisation du droit d'auteur au Canada », *op. cit.* à la p. 111; voir C. Geiger, *Droit d'auteur et droit du public à l'information – Approche de droit comparé* (préface de Michel Vivant), Paris, Litec / IRPI, 2004 à la p. 234 : « [b]ien que l'auteur soit également au centre du dispositif de la loi sur le droit d'auteur, il est frappant de constater que, à la différence du droit français, le droit allemand connaît un nombre bien plus important d'exceptions trouvant leur justification dans la liberté d'expression et le droit du public à l'information ».

²⁹³ Art. 1379 C.c.Q.

²⁹⁴ Art. 1436 C.c.Q.

²⁹⁵ Art. 1437 C.c.Q. Sur l'application du droit commun voir J.-P. Mikus, ALAI Montebello aux pp. 140 et s.. L'auteur y fait référence à l'affaire *Lapointe c. Disques Gamma Québec Ltée* (1996), J.E. 96-834 (C.S. Qué.) où la qualité de contrat d'adhésion avait été refusée à un contrat « âprement négocié » entre l'agent de l'artiste et le producteur de musique.

²⁹⁶ S. Handa, *Copyright Law in Canada*, Markham, ON, Butterworths, 2002 à la p. 344.

*Traditional contract principles may allow courts to take some account of how freelancers are often economically dependant on media distributors and so are placed in an inferior bargaining power when dealing with them. There may also be room for manoeuvre if the contract is entered irregularly – for example if reasonable steps were not taken to bring onerous boilerplate to the other's party attention before the contract was concluded. [...] But, in the end, an agreement a transferor had ample time to read or get legal advice on before signing will usually be enforced. Avoidance is likely only where there was misrepresentation, fraud, undue influence, unreasonable restraint of trade, unconscionability, or a breach of trust. Only a union or the occasional persistent author with a deep pocket and a finely honed sense of grievance is likely to pursue cases like these.*²⁹⁷

Si une hirondelle ne fait pas le printemps, en référence à la formule du professeur Vaver²⁹⁸ relativement à la décision *Bishop c. Stevens*²⁹⁹ où une interprétation favorable à l'auteur avait été retenue³⁰⁰, la question de savoir si deux hirondelles le font et si l'affaire *Robertson v. Thomson*³⁰¹ est une hirondelle restent ouvertes.

Par ailleurs, il n'est pas exclu que certaines autres théories du droit commun puissent permettre à un artiste-interprète de sortir légitimement d'une relation contractuelle déséquilibrée. Ainsi, d'aucuns ont fait état de la théorie anglo-saxonne de la restriction indue de liberté de commerce (*unreasonable restraint of trade*) qui s'appliquerait aux provinces canadiennes de *common law* mais aussi au Québec par le biais des articles 1373, 1411, 1413 et 1437 du *Code civil du Québec* et en vertu de l'ordre public³⁰².

En ce qui concerne les artistes-interprètes, dès lors qu'une entente collective régit leur secteur d'activité, les règles d'interprétation de la clause la plus favorable s'appliqueront³⁰³.

4.1.3. Les règles limitatives de transfert

L'article 13(4) LDA, auquel renvoie l'article 25 LDA, dispose que « le titulaire du droit d'auteur sur une œuvre peut céder ce droit, en totalité ou en partie, d'une façon générale ou avec des

²⁹⁷ D. Vaver, *op. cit.* à la p. 238.

²⁹⁸ D. Vaver, *op. cit.* à la p. 238.

²⁹⁹ [1990] 2. S.C.R. 467. Voir S. Handa, *op. cit.* à la p. 336.

³⁰⁰ Dans cette affaire, les juges ont refusé de valider la cession de droits qui n'avaient pas été expressément mentionnés. Voir S. Handa, *op. cit.* à la p. 336, note 1186.

³⁰¹ (2004), 34 CPR (4th) 161, 2004 CanLII 32254 (C.A. On.) (autorisation d'appel à la Cour suprême du Canada accordée le 21 avril 2005, affaire entendue le 6 déc. 2005). Voir G. D'Agostino, *op. cit.* Aux Etats-Unis, deux décisions apparemment contradictoires mais similaires à la problématique dans l'affaire Robertson ont fait l'objet d'un appel à Cour suprême des Etats-Unis qui l'a rejeté dans les deux cas. Voir *Greenburg v. National Geographic Society*, 244 F.3d 1267 (11th Cir.2001); *Faulkner v. Mindscape, Inc.*, 2005 U.S. App. LEXIS 3642, (2d Cir. 2005); voir M. H. Osterreicher, « Supreme Court's Refusal to Hear National Geographic CD-ROM Case Leaves Conflicting Copyright Rulings », www.nppa.org/news_and_events/news/2005/12/ngs.html; voir aussi www.arl.org/info/frn/copy/ctcases.html#faulkner.

³⁰² Voir D. Desjarlais, « La doctrine de la restriction déraisonnable de la liberté de commerce dans l'industrie de la musique », avril 1997 dans M. Prupas, *McGill Law Faculty Entertainment Law Casebook*, 23 déc. 1997; voir aussi D. Heurtel & D. Desjarlais, « Introduction au contrat de gérance d'artiste » (1998) 111 *Développements récents en droit du divertissement* 4; voir la « trilogie » anglaise citée : *Schroeder Music Publishing Co. Ltd. c. Macaulay*, [1974] 3 All E.R. 616 (H.L.); *Clifford Davis Management Ltd. c. W.E.A. Records Ltd*, [1975] 1 All E.R. 237 (C.A.); *O'Sullivan c. Management Agency and Music Ltd.*, [1985] 3 All E.R. 351 (C.A.).

³⁰³ Art. 8 LSAQ et 33(4) LSAC. Voir *supra* section 3.1.

restrictions relatives au territoire, au support matériel, au secteur du marché ou à la portée de la cession, pour la durée complète ou partielle de la protection ». En revanche, aucune exigence d'identifier les modes d'exploitation que couvriraient la cession (ou la concession d'un intérêt exclusif) ne s'impose. Cette exigence prévaut en droit français qui dispose que le transfert est subordonné à la condition que le domaine d'exploitation des droits cédés soit délimité quant à son étendue et quant à sa destination, quant au lieu et quant à la durée³⁰⁴. La jurisprudence française a pu s'inspirer de ce principe en l'appliquant aux transferts relatifs à des prestations alors qu'aucune disposition spécifique similaire n'existe en matière de droits des artistes-interprètes³⁰⁵. Par exemple, l'autorisation d'utiliser une prestation dans un film ne pouvait être étendue à une adaptation télévisée de l'œuvre audiovisuelle³⁰⁶.

En droit canadien, le domaine de l'exploitation est en principe délimité par les droits énoncés dans la loi³⁰⁷. La question est alors de savoir si, en droit canadien, il existe une quelconque obligation de mentionner explicitement chaque droit cédé. À titre d'exemple, on remarquera qu'en droit français, chaque droit doit faire l'objet d'une mention distincte dans le contrat de transfert³⁰⁸. Une telle obligation existe bel et bien en droit canadien en ce qui concerne les transferts ayant eu lieu avant le 25 avril 1996. On rappellera l'énoncé de l'article 58.1 de la *Loi modifiant la Loi sur le droit d'auteur* : « [I]es ententes en matière de cession d'un droit qui, en vertu de la présente loi, constitue un droit d'auteur ou à rémunération, ou en matière de licence concédant un intérêt dans un tel droit, conclues avant le 25 avril 1996 ne valent pas cession ou concession d'un droit conféré à l'origine par la présente loi, sauf mention expresse du droit à cet effet »³⁰⁹. Il a été suggéré que cet article pourrait avoir une influence sur les tribunaux relativement aux contrats postérieurs à cette date³¹⁰.

Une difficulté pourrait naître de la juxtaposition du caractère exhaustif de la liste des droits d'auteur qui seront alors disponibles aux artistes-interprètes et de la pratique des cessions globales³¹¹. Dans un tel cas, il convient de se demander si l'application de l'article 1453 du *Code civil du Québec* emportera l'obligation que chaque droit distinct soit individuellement identifié. En effet, cet article dispose que

[I]e transfert d'un droit réel portant sur un bien individualisé ou sur plusieurs biens considérés comme une universalité, en rend l'acquéreur titulaire dès la formation du contrat, quoique la délivrance n'ait pas lieu immédiatement et qu'une opération puisse rester nécessaire à la détermination du prix.

³⁰⁴ Art. L. 131-3 *CPI*.

³⁰⁵ J. Ginsburg & A. Lucas, *op.cit* à la p.35. Cass. Civ. 1^{re}, 6 mars 2001, *Bull. civ.*, n°58; D. 2001,1868, note Edelman; *JCP* éd. G, 2002, II, 10014, note Pollaud-Dulian; *CCE* 2001, Comm. n°44, note Caron; obs. S. Pessina-Dassonville in *Les grands arrêts de la propriété intellectuelle*, M. Vivant (dir.), Paris, Dalloz, 2004, n°16 à la p. 211.

³⁰⁶ *Ibid.*

³⁰⁷ Voir par exemple art. 3(a) à (i) LDA. De même, le droit de mise à disposition vise un type d'exploitation précis.

³⁰⁸ Art. L. 131-3 *CPI*.

³⁰⁹ L.C. 1997, c. 24 (Projet de loi C-32). Pour une compréhension complète, on citera la version anglaise : « No agreement concluded before April 25, 1996 that assigns a right or grants an interest by licence in a right that would be a copyright or a right to remuneration under this Act shall be construed as assigning or granting any rights conferred for the first time by this Act, unless the agreement specifically provides for the assignment or grant ». Voir *supra* section 2.

³¹⁰ Y. Gendreau & D. Vaver, « Canada », *op. cit.* au para. 9[1][a][i]; voir cependant S. Plante, « Les nouveaux droit d'auteur : les droits voisins » (1998) 111 *Développements récents en droit du divertissement* 61 à la p. 67, indiquant qu'après cette date, l'article 58.1 ne s'appliquerait pas.

³¹¹ Voir *supra* section 2.

Le transfert portant sur un bien déterminé quant à son espèce seulement en rend l'acquéreur titulaire, dès qu'il a été informé de l'individualisation du bien.

Un droit d'auteur étant assimilé à un bien meuble incorporel dans la classification civiliste des biens, l'interprétation selon laquelle, en l'absence d'individualisation du droit de mise à disposition, par exemple, celui-ci ne pourrait être transféré au moyen d'une formulation visant « tous les droits d'auteur sur la prestation », mérite d'être considérée. Inversement, la cession d'un catalogue d'enregistrements sonores exclurait une telle individualisation dans la mesure où le catalogue est assimilable à une universalité de biens. En tout état de cause, il restera à confirmer que l'article 1453 n'est pas limité aux biens corporels.

En ce qui concerne le droit à rémunération équitable, on a mentionné précédemment que la Commission du droit d'auteur avait eu à traiter de la question de sa cessibilité et avait adopté la position selon laquelle en l'absence de terme exprès, le droit à rémunération ne pouvait être cédé lors de la cession d'un droit exclusif³¹².

4.1.4. Les règles de rattachement au droit du travail

L'intégration du droit du travail dans le droit d'auteur a été présentée comme une façon de renforcer le pouvoir de négociation contractuelle³¹³. Ainsi, en France, le *Code de la propriété intellectuelle* prévoit que l'autorisation de fixer, reproduire ou communiquer au public la prestation et les rémunérations auxquelles elle donne lieu sont régies par des dispositions du *Code du travail*³¹⁴. Selon ce régime, chaque modalité d'exploitation de l'enregistrement sonore d'une prestation doit donner lieu à une rémunération³¹⁵. Cependant, la question de la nature de cette rémunération est incertaine puisque la loi n'impose pas explicitement une rémunération proportionnelle, c'est-à-dire une rémunération qui serait indexée sur les ventes de phonogrammes³¹⁶. Enfin, il est constaté que

[...] contrairement au domaine audiovisuel, dans le domaine sonore (domaine de la production phonographique) il n'existe plus depuis 1994 de convention collective qui fixe un montant minimal de rémunération. Il n'existe pas non plus de commission administrative du type de celle visée par l'article L. 212-9 du C.P.I.

*Partant, la liberté contractuelle, dont profite unilatéralement, en réalité, le cocontractant économiquement fort [c'est-à-dire le producteur investisseur], semble plus grande en matière sonore. Cependant, l'on s'aperçoit que cet état de fait est contrecarré par l'intervention croissante des sociétés de gestion collective des droits voisins des artistes-interprètes qui tendent ainsi à favoriser le rétablissement d'un certain équilibre des forces en présence.*³¹⁷

³¹² *Retransmission de signaux éloignés de radio et de télévision pour les années 1992, 1993 et 1994*, www.cb-cda.gc.ca/decisions/r14011993-b.pdf, faisant sienne les conclusions dans l'affaire *CBS., Inc c. Viacom Int'l, Inc.* (1993), N.Y.S.C. En France, le droit à rémunération équitable est incessible au producteur de phonogrammes car la loi en transfère d'office sa gestion aux sociétés de gestion collective des droits des artistes-interprètes.

³¹³ Voir P. Tomori, ALAI Budapest à la p. 666.

³¹⁴ Art. L. 212-3 CPI. Sur l'étendue et la complexité de ce régime, voir S. Pessina-Dassonville, *op. cit.* au para. 605.

³¹⁵ S. Pessina-Dassonville, *ibid.*

³¹⁶ *Ibid.*, l'auteur y identifie des justifications juridiques d'une rémunération proportionnelle, *i.e.* indexée sur les ventes du phonogramme. *Contra* H.-J. & A. Lucas, *op. cit.* à la p. 648, n°826. Les auteurs conçoivent que la rémunération soit forfaitaire.

³¹⁷ *Ibid.*

Si l'on substitue le rôle des associations professionnelles à celui des sociétés de gestion, la situation au Canada présenterait certaines similarités. Bien plus, les régimes canadiens et québécois prévoient un mécanisme d'arbitrage pour fixer les conditions minimales de rémunération³¹⁸. Cependant, il ne semble pas exister en pratique de rémunération distincte pour chaque mode d'exploitation, les ententes en vigueur ne proposant pas de clauses explicites à cet égard³¹⁹.

4.1.5. Le droit à rémunération général

L'Allemagne a adopté un amendement à sa loi sur le droit d'auteur visant à renforcer la position contractuelle des auteurs et des artistes-interprètes³²⁰. L'apport essentiel de cet amendement est l'introduction d'un principe de rémunération équitable en tant que condition du contrat d'exploitation de la prestation. Dans le cas où le contrat n'aménagerait pas ce principe de rémunération équitable, son bénéficiaire a la possibilité de demander à son cocontractant de consentir à ce que le contrat soit modifié afin que la rémunération soit équitable ou, en l'absence de stipulations relatives à la rémunération, de faire fixer une rémunération équitable³²¹. La loi allemande contient deux mécanismes pour déterminer ce que constitue une rémunération équitable. Le premier renvoie aux « standards communs de rémunération »³²² tels que définis par des associations professionnelles d'artistes-interprètes et de producteurs dans le cadre d'accords sectoriels ou par des conventions collectives de travail. Ces dernières ont préséance sur les premiers. Un mécanisme de médiation obligatoire est prévu aux fins de faciliter la conclusion d'une entente. Cependant la décision du panel de médiation peut être refusée par écrit sous un certain délai³²³. Le professeur Dietz a fait remarquer que la décision du panel de médiation comportera cependant une valeur symbolique forte quant à ce que constitue une rémunération équitable dans les circonstances, laquelle pourra par ailleurs guider un tribunal saisi de la question³²⁴. Le second mécanisme est supplétif du premier. Ainsi, en l'absence de « standards communs de rémunération », la rémunération est réputée équitable si, lors de la signature du contrat, elle est juste et conforme aux usages ayant trait aux types et aux modalités des utilisations permises et, en particulier, à leur durée ainsi qu'à toute autre circonstance. Il a été indiqué que ce critère double permettait de dépasser les usages de rémunération dans certains secteurs qui ne sont pas nécessairement équitables³²⁵.

³¹⁸ *Supra* section 3.1.

³¹⁹ Pour une évaluation critique des lois canadiennes sur le statut de l'artiste voir Y. Gendreau, ALAI Budapest à la p. 804. La professeure Gendreau réfère aux évaluations formelles de ces lois, dont, Gouvernement du Canada, Ministère du Patrimoine canadien, *Évaluations des dispositions de la Loi sur le statut de l'artiste*, 2002, www.pch.gc.ca/progs/em-cr/eval/2002/2002_25/tm_f.cfm. Il y est notamment indiqué que : « [...] les pouvoirs de la Loi en matière d'amélioration de la situation socio-économique des artistes indépendants sont limités par le fait qu'elle est restreinte aux producteurs fédéraux, qu'elle touche uniquement les relations de travail et qu'elle ne s'applique pas aux producteurs ayant reçu des contrats en sous-traitance des producteurs relevant de la compétence fédérale ».

³²⁰ Voir M. Salokannel, *op. cit.*; A. Dietz, *op. cit.*; W. Nordemann, « New Imperative Contract Rules Implemented Into the German Copyright Law » dans *Mélanges Victor Nabhan, op. cit.*

³²¹ Art. 32(1) de la *Loi allemande sur la position contractuelle des auteurs et des artistes-interprètes* (« LDAA »).

³²² Art. 32(2) et art. 36 LDAA.

³²³ Arts. 32(3), 32(4) et 36a LDAA.

³²⁴ A. Dietz, *op. cit.* à la p. 837.

³²⁵ *Ibid.* à la p. 838. Voir aussi l'usage dans le secteur phonographique relatif aux abattements tel que signalé à l'Annexe.

Enfin, la loi allemande prévoit que le droit à rémunération équitable est évolutif, c'est-à-dire que le montant de la rémunération pourra être modifié de façon *ex post* dans le cas de l'apparition d'une disproportion entre les revenus générés par l'exploitation de la prestation et le taux de rémunération initial³²⁶. Ce droit à une participation aux revenus est par ailleurs opposable aux cessionnaires subséquents³²⁷. Il est à noter que la loi allemande posait comme critère de révision du taux de la rémunération, l'existence d'une « disproportion grossière » (« *gross disproportion* »). L'amendement y a substitué le critère moins strict de la « disproportion manifeste » (« *conspicuous disproportion* »)³²⁸.

Le principe d'un droit à rémunération équitable général ne semble pas transposable dans tous les systèmes juridiques³²⁹, notamment en raison du fait que le droit allemand comprend une disposition constitutionnelle en faveur de la propriété privée « comme moyen d'assurer au citoyen un espace de liberté dans le domaine patrimonial et une autonomie financière dans l'organisation personnelle de sa vie »³³⁰. Il a été signalé que « la Cour constitutionnelle en a déduit pour le droit d'auteur que le noyau de la protection constitutionnelle consistait dans l'attribution à l'auteur des retombées financières des fruits de son travail créatif et de la liberté de pouvoir en disposer »³³¹. Or, en droit allemand, le législateur est tenu de réaliser cet objectif³³².

Par ailleurs, on notera que certaines législations ne contenant pas de principe constitutionnel semblable comportent néanmoins des mécanismes similaires³³³.

³²⁶ Art. 32a LDAA :

(1) If an author has granted an exploitation right to another party on conditions which cause the agreed consideration to be conspicuously disproportionate to the returns and advantages from the use of the work, having regard to the whole of the relationship between the author and the other party, the latter shall be required, at the demand of the author, to assent to a change in the agreement such as will secure for the author some further equitable participation having regard to the circumstances. It is not relevant whether the contracting parties foresaw or could have foreseen the level of such returns or advantages. [nos soulignés]

Cette disposition s'applique *mutatis mutandis* aux artistes-interprètes en vertu de l'art. 75 LDAA. La traduction des dispositions nouvelles de la LDAA a été effectuée par le professeur W. R. Cornish, Cambridge, Angleterre, *in* A. Dietz, *op. cit.* aux pp. 842 et s.

³²⁷ Art. 32a(2) LDAA. Voir A. Dietz, *ibid.* à la p. 839.

³²⁸ Voir A. Dietz, *ibid.* aux pp. 836-837.

³²⁹ Voir L. Guibault & P.B. Hugenholtz, « Copyright Contract Law: Towards a Statutory Regulation? », Institute for Information Law, Amsterdam, Pays-Bas, 2004, étude préparée pour le Gouvernement néerlandais, www.ivir.nl/index-english.html. Les auteurs recommandent qu'une telle mesure ne devrait pas être transposée en droit néerlandais tant elle constitue une immixtion importante dans la liberté contractuelle.

³³⁰ C. Geiger, *op. cit.* à la p. 143. On mentionnera que la France a consacré le caractère constitutionnel du droit de propriété : Décision n° 81-132 DC du 16 janvier 1982, voir *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Dalloz, 13^{ème} éd., 2005, n° 28, § 33 à la p. 447. Voir en droit français, les arts. L. 131-4 et L. 131-5 *CPI*. Le premier article prévoit le principe de la participation du cédant du droit d'auteur aux recettes de l'exploitation de l'œuvre, sauf exceptions. L'article L. 131-5 prévoit un seuil quantitatif à partir duquel une lésion est caractérisée et une révision du prix de la cession sera possible. On notera que cette révision ne s'applique que dans les cas de cession en échange d'une somme forfaitaire.

³³¹ *Ibid.*; A. Dietz, *op. cit.* à la p. 832.

³³² C. Geiger, *op. cit.* à la p. 143.

³³³ Voir L. Guibault & P.B. Hugenholtz, *Study on the conditions applicable to contracts relating to intellectual property in the European Union*, Institute for Information Law, Amsterdam, Pays-Bas, 2002, étude préparée pour la Commission européenne, www.ivir.nl/publications/other/contracts.html.

Le même principe pourrait également prendre sa source dans la *Déclaration universelle des droits de l'homme*³³⁴ ou dans la *Recommandation relative à la condition de l'artiste de l'UNESCO* (Belgrade, le 27 octobre 1980) qui prévoit notamment que

3. Les États membres, reconnaissant le rôle essentiel de l'art dans la vie et le développement de la personne et de la société, se doivent en conséquence de protéger, défendre et aider les artistes et leur liberté de création. A cet effet, ils prendront toute mesure utile pour stimuler la création artistique et l'écllosion des talents, notamment par l'adoption de mesures susceptibles d'assurer la liberté de l'artiste, faute de quoi celui-ci ne saurait répondre à sa mission, et de renforcer son statut par la reconnaissance de son droit de jouir du fruit de son travail. Ils s'efforceront par toutes mesures appropriées d'augmenter la participation de l'artiste aux décisions concernant la qualité de la vie. Par tous les moyens dont ils disposent, les États membres devraient démontrer et confirmer que les activités artistiques ont un rôle à jouer dans l'effort de développement global des nations pour constituer une société plus humaine et plus juste et pour parvenir à une vie en commun pacifiée et spirituellement dense.³³⁵

On relèvera que le droit canadien connaît la rémunération équitable en tant que concept visant le point d'équilibre entre différents intérêts, au travers de la jurisprudence de la Commission du droit d'auteur animée du « [...] souci de concilier ou de réconcilier les intérêts de l'auteur [et l'artiste-interprète] à ceux des exploitants et du public »³³⁶, voire celle de la Cour suprême³³⁷. C'est cette même approche qui prévaut en Allemagne où le droit de propriété à l'origine du droit à rémunération est « mis en balance » avec les intérêts de la collectivité³³⁸. La rémunération équitable découle du droit de communication au public mais aussi du droit de reproduction dans le cadre du régime de copie privée³³⁹.

En outre, la possibilité de réviser un contrat en fonction de changements des circonstances ayant entouré la conclusion initiale du contrat, tel que le permet par exemple le droit allemand relativement à la modification *ex post* du montant de la rémunération équitable, ne semble pas une solution privilégiée, au Canada, en droit général des contrats, ni en droit civil, ni en *common law*³⁴⁰. Néanmoins, en droit spécial des contrats, on mentionnera qu'au Québec, certaines lois comportent des principes de protection de la partie en position de négociation désavantagée, contre des formes de lésion. Par exemple, la *Loi sur la protection du consommateur* prévoit à son article 8 que « [l]e consommateur peut demander la nullité du contrat ou la réduction des obligations qui en découlent lorsque la disproportion entre les prestations respectives des parties est tellement considérable qu'elle équivaut à de l'exploitation du consommateur, ou que l'obligation du consommateur est excessive, abusive ou

³³⁴ Voir A. Dietz, *op. cit.* à la p. 832. qui cite l'article 27(2) de la *Déclaration universelle des droits de l'homme* : « Chacun a droit à la protection des intérêts moraux et matériels découlant de toute production scientifique, littéraire ou artistique dont il est l'auteur ». Le Canada est signataire de la *Déclaration*. Voir Décision du TCRPAP N°28, Ottawa le 17 nov. 1998 au para. 52, www.capprt-tcrpap.gc.ca/decisions/tribunal/28-f.html.

³³⁵ Le Canada est également signataire de cette *Recommandation*. Voir également Décision du TCRPAP N°28, *ibid.* au para. 51.

³³⁶ S. Martin, *op. cit.* à la p. 452.

³³⁷ Notamment, *CCH Canadienne Ltée c. Barreau du Haut-Canada*, [2004] 1 R.C.S. 339, 2004 C.S.C. 13.

³³⁸ C. Geiger, *op. cit.* à la p. 144.

³³⁹ Voir art. 83(9) LDA : « Pour l'exercice de l'attribution prévue à l'alinéa (8)a), la Commission doit s'assurer que les redevances sont justes et équitables compte tenu, le cas échéant, des critères réglementaires ».

³⁴⁰ Voir S. Martin, « Pour une réception de la théorie de l'imprévision en droit positif québécois » (1993) 34 *C. de D.* 599. L'auteur réfère notamment à la clause implicite *rebus sic stantibus*.

exorbitante »³⁴¹. En Ontario, l'article 15(1) du *Consumer Protection Act*³⁴² dispose que « [i]t is an unfair practice to make an unconscionable representation », reprenant en cela le principe de l'*unconscionability* en *common law*. Cependant, la loi prévoit expressément des critères de ce que constitue un *unconscionable representation*³⁴³. Il est intéressant de noter que la loi prévoit la rescision du contrat dans de tels cas³⁴⁴.

Cette palette de mesures visant à rééquilibrer la distribution privée des droits se heurte à certaines limites précises.

4.2. Les limites du régime d'encadrement de transfert de droits

La première et principale limite est d'ordre constitutionnel. Le partage des compétences établi par l'article 92(13) de la *Loi constitutionnelle de 1867* pose le principe selon lequel les provinces ont une compétence exclusive pour légiférer en matière de contrats³⁴⁵. Il a été conclu que les

³⁴¹ Il serait intéressant d'explorer la possibilité que les dispositions favorables au consommateur puissent s'appliquer à un artiste-interprète, celui-ci ayant, dans ce contexte, recours à des « services » de diffusion.

³⁴² S.O, c. 30, Sch. A.

³⁴³ Art. 15(2) *Consumer Protection Act* :

Without limiting the generality of what may be taken into account in determining whether a representation is unconscionable, there may be taken into account that the person making the representation or the person's employer or principal knows or ought to know,

(a) that the consumer is not reasonably able to protect his or her interests because of disability, ignorance, illiteracy, inability to understand the language of an agreement or similar factors;

(b) that the price grossly exceeds the price at which similar goods or services are readily available to like consumers;

(c) that the consumer is unable to receive a substantial benefit from the subject-matter of the representation;

(d) that there is no reasonable probability of payment of the obligation in full by the consumer;

(e) that the consumer transaction is excessively one-sided in favour of someone other than the consumer;

(f) that the terms of the consumer transaction are so adverse to the consumer as to be inequitable;

(g) that a statement of opinion is misleading and the consumer is likely to rely on it to his or her detriment; or

(h) that the consumer is being subjected to undue pressure to enter into a consumer transaction.

³⁴⁴ S. 18 *Consumer Protection Act*.

³⁴⁵ Voir S. Martin, « Rémunération équitable : l'équité pour qui? Réflexion sur la philosophie du droit d'auteur au Canada » in *Institutions administratives du droit d'auteur*, Y. Gendreau (dir.), Cowansville, Yvon Blais, 2002 à la p. 450; J. Léger, « Lois sur le statut de l'artiste : une approche constitutionnelle ou l'art de l'ubiquité » (1993) 5-2 *C.P.I.* 267 à la p. 281.

dispositions de la LDA portant sur les contrats³⁴⁶ n'étaient pas de nature à empiéter sur la compétence provinciale³⁴⁷.

La seconde limite est que le droit commun des contrats n'est pas uniforme au Canada même si les deux traditions juridiques permettent en général d'atteindre des résultats similaires. Le droit spécial des contrats au Québec comprend une législation encadrant le transfert de droits d'auteur mais cette dernière ne s'applique pas aux artistes interprètes³⁴⁸. De plus, aucune législation similaire n'existe ailleurs au Canada.

La troisième limite a trait aux régimes de rattachement de la protection aux rapports collectifs puisque la législation fédérale est restreinte aux institutions et organismes fédéraux alors que la législation québécoise n'est pas imitée ailleurs au Canada. Les deux régimes ont aussi été remis en question au vu du taux de réalisation des objectifs initialement poursuivis³⁴⁹. Au surplus, l'analyse des conditions minimales consignées dans certaines ententes collectives révèlent une dualité dans l'établissement d'un droit à rémunération puisqu'elles distinguent les artistes-interprètes vedettes ou parties à une entente d'exclusivité des autres, alors que par ailleurs la négociation de l'exploitation des droits reste l'apanage des premiers³⁵⁰. Au demeurant, rien n'empêche les artistes-interprètes de s'organiser collectivement en l'absence de tout régime collectif législatif³⁵¹.

Ceci amène la quatrième limite dont la nature est essentiellement d'ordre économique. Il a été avancé que le marché est caractérisé par un état de sur-offre de la part des artistes-interprètes³⁵², ceci ayant pour conséquence une diminution de leur pouvoir de négociation, sauf pour ceux qui parviennent à convaincre de leur talent particulier³⁵³. Le talent appréhendé étant assimilé à la rareté, les artistes-interprètes talentueux parviennent à négocier les meilleures rémunérations³⁵⁴. Dès lors que l'on recourt à des mécanismes introduits par le biais de dispositions incluses dans le droit d'auteur pour garantir une rémunération, quel que soit le niveau de talent du bénéficiaire, on risque de porter atteinte à l'équilibre du marché et son

³⁴⁶ Arts. 13 et 25 LDA.

³⁴⁷ J. Léger, « Lois sur le statut de l'artiste : une approche constitutionnelle ou l'art de l'ubiquité » (1993) 5-2 *C.P.I.* 267 aux pp. 283-284.

³⁴⁸ *Loi sur le statut professionnel des artistes des arts visuels, des métiers d'art et de la littérature et sur leurs contrats avec les diffuseurs*, L.R.Q., c. S-32-01. Pour une revue de ses dispositions, voir J.-P. Mikus, ALAI Montebello aux pp. 131 et s. Il a été noté que « [c]ette initiative qui relève de ce que l'on qualifie généralement d'ordre public de protection, témoigne du souci du législateur de « rééquilibrer » les relations contractuelles qui par le passé ont parfois été empreintes d'abus », S. Martin, « Rémunération équitable : l'équité pour qui? Réflexion sur la philosophie du droit d'auteur au Canada », *op. cit.* à la p. 451.

³⁴⁹ Voir Y. Gendreau, ALAI Budapest à la p. 804 et les références aux évaluations formelles critiques de ces lois, dont, Gouvernement du Canada, Ministère du Patrimoine canadien, *Évaluations des dispositions de la Loi sur le statut de l'artiste*, 2002, www.pch.gc.ca/progs/em-cr/eval/2002/2002_25/tdm_f.cfm.

³⁵⁰ Voir *supra* section 3.1.

³⁵¹ Voir Décision de la Commission du droit d'auteur, *Exécution publique de la musique – Tarif 2.A – Stations de télévision commerciales en 1994, 1995, 1996 et 1997*, 20 janvier 1998. La majorité s'exprimait comme suit : « [...] on peut avoir recours avec succès à la négociation collective même en l'absence de tout régime juridique la prévoyant, comme le démontre clairement le cheminement de l'ACTRA », à la p. 22.

³⁵² R. Towse, *Creativity, Incentive and Reward*, E.E., Cheltenham, R.-U., Northampton, É.-U., 2001; M. Kretschmer, « Artists' earnings and copyright: a review of British and German music industry data in the context of digital technologies » (2005) Vol 10, N°1 *Firstmonday*, www.firstmonday.org/issues/issue10_1/kretschmer/index.html.

³⁵³ *Ibid.*

³⁵⁴ Voir R. Towse, *ibid.* à la p. 6.

appréciation de la valeur du talent. Néanmoins, la limite en question est aussi liée à cette appréciation du talent par le marché dont les objectifs ne favorisent pas nécessairement le pluralisme et la diversité artistiques et dont le critère est la rentabilité combinée à la gestion du risque financier. Constatant que 10% du marché génère 90% des revenus et analysant les produits culturels à l'origine de ce revenu, le professeur Kretschmer fait le constat suivant : « Products accounting for the top 10 percent segment include blatantly industrial products (such as singles tied in to populist TV shows), but also cultural classics (such as the Beatles). It is evident that much that is culturally worthwhile is not reaching, and will never reach this Top 10 segment. Diversity of cultural production, and support for niche communities is not a major effect of copyright »³⁵⁵.

L'analyse économique du droit d'auteur a par ailleurs indiqué que le principe d'un droit à une rémunération équitable incessible et auquel on ne peut renoncer pouvait confiner ses bénéficiaires dans une situation qui ne desservirait pas nécessairement leurs intérêts dans la mesure où ce principe s'articule autour d'un système de redevances qui implique une répartition des risques économiques au profit de l'exploitant et au détriment de l'artiste-interprète :

*[w]hy do publishers prefer a royalty system, though? An obvious answer is that entrepreneurs do not to have to bear all the risk; nor do they have to put up the capital outlay to buy up rights that in some industries could be prohibitively high [...]. Clearly, artists' willingness to accept a share of the risk eases the way for firms in the cultural industries. This again brings us back to artists' attitude to risk. Not only is a career in the arts inevitably risky, artists also overestimate their chances of success. They prefer a royalty to an actuarially equivalent flat fee because they have a chance to 'win the lottery'. Artists appear to be risk-takers in the textbook sense of preferring a gamble to a fair payment based on known probabilities. What we do not know is whether they like risk or whether it is forced upon them by habit and custom in the arts and cultural industries. If they do not like risk, cultural policy makers should place less emphasis on copyright as a means of supporting artists' incomes and certainly should not make rights to royalties unwaivable because that forces artists to take risks.*³⁵⁶

Inversement, le droit de participer aux recettes issues de l'exploitation de la prestation artistique induit un partenariat entre l'exploitant et l'artiste au sens où ce dernier sera incité à cultiver sa réputation et maintenir son niveau de qualité artistique, ce qui en retour bénéficiera aux consommateurs et aux deux parties qui pourront également tirer avantage du succès des prestations récentes pour relancer l'intérêt dans les prestations passées, favorisant ainsi l'exploitation du *back-catalogue*³⁵⁷. Ainsi, il est généralement invoqué que l'artiste ne pourrait bénéficier entièrement de son succès actuel s'il avait cédé complètement ses droits sur toutes ses prestations³⁵⁸ ou pour toutes les utilisations connues ou à découvrir³⁵⁹. Ce partenariat semble acquérir une dimension particulière sous l'effet des logiques de réseaux numériques. Ainsi, il a été avancé que si l'état de sur-offre de prestations rend ces dernières facilement substituables les unes aux autres et si l'évolution des technologies numériques a créé des ressources de diffusion quasi-inépuisables, il n'en reste pas moins que « [d]ans l'abondance, la véritable rareté devient la capacité d'attention du client. Pour capter ou fidéliser cette attention de l'abonné, du lecteur, du téléspectateur, de l'internaute... les « effets de variété » du contenu sont des facteurs clefs de succès. L'économie de la créativité – celle de l'œuvre [ou de la prestation] – alimente non seulement l'effet catalogue mais, elle est également la quintessence

³⁵⁵ M. Kretschmer, *op. cit.*

³⁵⁶ R. Towse, *op. cit.* à la p.165.

³⁵⁷ *Ibid.* Le *back-catalogue* constitue l'ensemble des prestations précédentes et les droits qui s'y rapportent.

³⁵⁸ *Ibid.* à la p. 118.

³⁵⁹ *Ibid.* à la p. 165.

de l'effet de différenciation qui va attirer le client »³⁶⁰. Partant, l'analyse révèle que se nouent des relations de solidarité réciproque entre artistes et exploitants et les revenus qui en résultent « sont plus de l'ordre de la *copropriété* que de la simple relation créancier-débiteur découlant d'un *contrat de travail*, d'un *forfait* ou même d'une *rémunération proportionnelle* sous forme d'un taux forfaitaire appliqué à une base de calcul »³⁶¹. Néanmoins, il est indiqué que « l'abondance offre donc un terrain propice, dans le court terme, à l'expression des rapports de force [...] en résumé aux tentatives de captation d'une partie du surplus du partenaire ». Cette tendance est par ailleurs alimentée par une concentration croissante entre entités de secteurs traditionnellement distincts³⁶² qui conduit à une opposition entre des opérateurs globaux et des artistes isolés³⁶³. Deux constats sont finalement tirés de l'analyse : le premier selon lequel l'intervention de la règle de droit est rendue particulièrement nécessaire « pour moraliser un jeu économique turbulent »; le second selon lequel « ni le contrat de travail ni la rémunération proportionnelle – à taux constant – ne [...] semblent respecter le principe d'équité contributive dans le partage de la valeur créée »³⁶⁴. Les auteurs concluent qu'il est souhaitable que les

³⁶⁰ P. Gaudrat et G. Massé, *La titularité des droits sur les œuvres réalisées dans les liens d'un engagement de la création*, synthèse du Rapport à la ministre de la culture, à la garde des sceaux, ministre de la justice et au secrétaire d'État à l'industrie, www.culture.gouv.fr/culture/cspla/audrat.pdf.

³⁶¹ *Ibid.* à la p.47.

³⁶² Sur le phénomène de concentration dans les médias, voir S. Sauvageau & D. Giroux, *La propriété croisée des médias au Canada*, Rapport présenté au Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes et Patrimoine canadien, février 2001, http://www.pch.gc.ca/progs/ac-ca/progs/esm-ms/crois1_f.cfm.

³⁶³ P. Gaudrat et G. Massé, *op. cit.* à la p. 48. D'aucuns avaient pu cultiver l'espoir que l'avènement des nouvelles technologies de télécommunication allait permettre aux artistes-interprètes d'atteindre un marché global sans avoir à contracter avec les diffuseurs et opérer un rééquilibrage des rapports grâce à la « désintermédiation ». Pourtant l'intermédiation semble demeurer nécessaire, même si elle peut présenter une certaine indépendance, en raison de l'effet catalogue précité (dans ce sens, voir par exemple le modèle d'affaire suivi par www.vitaminic.co.uk). De plus, certains ont constaté qu'il y a peu de signes démontrant une telle désintermédiation. Les raisons signalées sont la difficulté pour les individus, aspirants artistes, d'être remarqués parmi le « brouhaha de l'ambition créatrice » (« *noise of creative ambition* ») et la réticence de nombreux artistes à s'engager dans des formes alternatives d'exploitation de leurs droits d'auteur : M. Kretschmer, *op. cit.* La question reste cependant ouverte tel qu'il appert des différentes prises de position autour de l'affaire *Metro-Goldwin Mayer Studios, Inc., et al. v. Grokster, Ltd., et al.*, No. 04-480, (US). On mentionnera à cet effet le bref d'*amicus curiae* d'un groupement d'artistes indépendant, incluant des personnalités telles que Brian Eno, en faveur de *Grokster*. Il est notamment clamé que les systèmes d'échange de fichiers P2P procurent actuellement des opportunités substantielles aux artistes pour la distribution de leurs créations, www.eff.org/IP/P2P/MGM_v_Grokster/20050301_artists.pdf. Le fait que la question soit restée ouverte a donné lieu aux commentaires suivants :

Perhaps the reason for this unrealised potential can be found in the sets of constraints that are embedded in the construction and development of new technologies. Technology is often understood to be liberating and enabling. It is my position that packaged alongside liberation and enablement come new sets of constraints and restrictions. Technologies are often spoken of as either monsters (dystopia) or angels (utopia). [...] Very few attempts have been made to overcome this dichotomy. The Internet both enables and constrains. It allows files to be shared instantaneously on a global scale while simultaneously creating a cacophony of competing voices crying in the wind.

D. Beer, « Reflecting on the digit(al)isation of music » (2005) Vol 10, N°2 *Firstmonday*, http://www.firstmonday.org/issues/issue10_2/beer/index.html#b5. Voir Berkman Center for Internet & Society at Harvard Law School, *Content and Control: Assessing the Impact of Policy Choices on Potential Online Business Models in the Music and Film Industries*, janv. 2005, http://cyber.law.harvard.edu/media/content_and_control.

³⁶⁴ P. Gaudrat et G. Massé, *op. cit.* à la p. 48.

parties en cause prennent conscience de leur interdépendance et que la règle de droit leur permette de s'inscrire dans une logique de solidarité au lieu d'une logique d'affrontement³⁶⁵.

La dernière limite est d'ordre international et prend sa source dans l'article 1705(3) de l'*Accord de libre-échange nord-américain*³⁶⁶ qui prévoit que

En ce qui concerne le droit d'auteur et les droits connexes, chacune des Parties fera en sorte

a) que toute personne qui acquiert ou détient des droits patrimoniaux soit autorisée à les transférer librement et séparément, au moyen de contrats, en vue de leur exploitation et de leur utilisation par le bénéficiaire, et

*b) que toute personne qui acquiert ou détient des droits patrimoniaux en vertu d'un contrat, notamment d'un contrat de louage de services conduisant à la création d'œuvres et d'enregistrements sonores, soit en mesure d'exercer ces droits de son propre chef et de bénéficier pleinement des avantages qui en découlent.*³⁶⁷ [nos soulignés]

Cette disposition pourrait donner lieu à interprétation à partir du moment où une disposition législative viendrait retreindre le libre transfert des droits. Le problème aurait dû se poser n'eût été le fait que la question du transfert des droits fut exclue du cadre de négociation des traités OMPI de 1996³⁶⁸. Cette même question semble avoir été à l'origine de l'échec de la conférence diplomatique de l'OMPI en décembre 2000 visant l'adoption d'un traité sur la protection des artistes interprètes ou exécutants audiovisuels³⁶⁹. Enfin, en l'absence d'un régime international

³⁶⁵ La logique d'affrontement pourrait s'exprimer à travers les différences de vues concernant la politique de répression du téléchargement illicite de fichiers musicaux. Ainsi, dans une logique d'abondance, les producteurs feraient fi du rapport entre l'artiste et son public puisque celui-ci, en principe, tend à remplacer une prestation, aussitôt celle-ci consommée, par une « nouveauté ». Les artistes souhaiteraient au contraire maintenir un lien privilégié avec leur public, tel qu'ils l'expriment lors de prestations vivantes au cours desquelles un échange particulier intervient entre ces derniers et leur auditoire. Certains artistes considèrent qu'une politique de répression distend ce lien privilégié. Voir M. Madden, « Artists, Musicians and the Internet », Pew Internet & American Life Project, déc. 2004, www.pewinternet.org/pdfs/PIP_Artists.Musicians_Report.pdf; voir la position de l'ADAMI, www.adami.fr/portail/affiche_article.php?arti_id=188&rubr_lien_int=174; voir la pétition lancée par le Nouvel Obs, <http://archquo.nouvelobs.com/cgi/articles?ad=culture/20050201.OBS7675.html&host=http://permanent.nouvelobs.com/>; voir la pétition « Pour une utilisation légale du P2P » et la position de la Spedidam, www.spedidam.fr/actu/PetitionP2P.pdf; voir également l'Alliance Public-Artistes, www.lalliance.org/pages/1_1.html. L'affaire *Metro-Goldwin Mayer Studios, Inc., et al. v. Grokster, Ltd., et al.*, No. 04-480, (US), a suscité des réactions opposées sur cette question. Par exemple, l'American Federation of Musicians of the United States, and Canada, www.eff.org/IP/P2P/MGM_v_Grokster/050125_AFM_AFTRA_Grokster_Amici_Brief.pdf, et le Recording Artists' Coalition, www.eff.org/IP/P2P/MGM_v_Grokster/20041109_Grokster-ArtistAmicusBrf.pdf, sont intervenus contre *Grokster* (les briefs d'*amicus curiae* ont été consultés sur www.eff.org/IP/P2P/MGM_v_Grokster). Au Canada, voir la prise de position du Canadian Music Creators Coalition, *A new voice: Policy Positions of the Canadian Music Creators Coalition*, 26 avril 2006, www.musiccreators.ca/docs/A_New_Voice-Policy_Paper.pdf.

³⁶⁶ Texte disponible sur www.dfait-maeci.gc.ca/nafta-alena/agree-fr.asp.

³⁶⁷ Voir V. Nabhan, « L'accord de libre-échange nord-américain et sa mise en œuvre en matière de droit d'auteur » (1993) 6-1 *C.P.I.* 9; C. Ouellet, « Où en est la protection des droits connexes au droit d'auteur? Partie I – Les textes internationaux » (2003) 15-3 *C.P.I.* 905 aux pp. 941 et s.

³⁶⁸ Voir J. Reinbothe & S. von Lewinski, *The WIPO Treaties 1996*, Markham, ON, 2002 à la p. 5, faisant référence au *Memorandum on Copyright* 1993, pp.142 et s., not. aux paras. 58 et 72. Une proposition visant à inclure des dispositions sur le transfert des droits fut rejetée par une majorité de pays et ne fut plus discutée par la suite.

³⁶⁹ Voir K. Thompson, « Copyright Law: Rights in Audiovisual Performances », 12th Fordham Annual Conference, New York, 15 et 16 avril 2004; S. von Lewinski, « International protection for Audiovisual

harmonisé, le régime d'encadrement du transfert de droits demeure incertain en raison de l'application d'une loi étrangère au contrat, soit volontairement, soit par l'effet des règles du droit international privé³⁷⁰.

performers : a never-ending story? A resume of the WIPO diplomatic conference » (2001) 189 *R.I.D.A.* 3; voir aussi L. Nanobashvili, « Performers' International Protection with Regard to their Audiovisual Performances » (2004) 7 *Georgian L. Rev.* 399.

³⁷⁰ Voir J. Ginsburg et A. Lucas, *Études sur le transfert des droits des artistes-interprètes aux producteurs de fixations audiovisuelles – Conclusions*, OMPI, AVP/IM/03/4 Add., 12 mai 2004, www.wipo.int/documents/fr/meetings/2003/avp_im/index.htm; voir aussi A. Lucas, *Aspects de droit international privé de la protection d'œuvres et d'objet de droits connexes transmis par réseaux numériques mondiaux*, OMPI, OMPI/PIL/01/1, 17 décembre 2000, www.wipo.int/pil-forum/fr/documents/pdf/pil_01_1.pdf.

5. ANNEXE : ÉLÉMENTS DE PROTECTION COMPARÉS

Clauses types de contrat d'exclusivité/Entente UDA-ADISQ/Loi sur le droit d'auteur, Traité WPPT

Clauses types de contrat d'exclusivité	Entente UDA/ADISQ	Loi sur le droit d'auteur (LDA)
	<p><i>Entente collective conclue en vertu de la Loi sur le statut professionnel et les conditions d'engagement des artistes de la scène, du disque et du cinéma, (L.R.Q., c. S-32.1). Elle s'applique à toute personne qui s'exécute ou est appelée à être vue ou entendue à titre d'artiste-interprète, tel que spécifié dans la reconnaissance accordée à l'Union par la Commission de reconnaissance des associations d'artistes et des associations de Producteurs dans sa décision du 7 avril 1993, dans les champs de production du phonogramme (sonore ou sonore et visuel) et de l'enregistrement visuel accessoire au phonogramme. (Reconduction Article 11-1.03)</i></p>	<p>Traité de l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle sur les interprétations et les phonogrammes (WPPT)</p>

ARTICLE 1 - OBJET DU CONTRAT

<p>1.1. Le Producteur retient, par les présentes, les services personnels et exclusifs de l'Artiste, pendant toute la durée du présent contrat et aux termes et conditions mentionnés aux présentes, dans toute l'étendue du territoire ci-après décrit et en toutes langues, tant au niveau vocal, musical, instrumental et visuel qu'à tout autre niveau quel qu'il soit, afin de faire tous les enregistrements nécessaires à la production de bandes maîtresses.</p>	<p>Entente écrite par laquelle l'Artiste accorde au Producteur, moyennant paiement d'un cachet de séance d'enregistrement et de redevances, l'exclusivité de ses services pour une période définie et limitée et le privilège exclusif de la réalisation et de l'exploitation commerciale d'un phonogramme. (1-1.22)</p> <p>Section 8 (Série d'articles)</p> <p><i>L'Entente décline l'artiste entre plusieurs catégories comme suit : artiste, artiste d'accompagnement, artiste exécutant, artiste de variétés et artiste vedette mais parle également de chanteur, chanteur principal, choretiste-soliste, choretiste duettiste, choriste, chef de cœur, chef de groupe, chœur et comédien. (1 et 9) ainsi que le figurant (9)</i></p>	<p><i>L'exclusivité consentie sur toutes les activités créatrices » en contrepartie d'une rémunération par le Producteur peut soulever des enjeux au plan des dispositifs suivant</i></p> <p>LDA.</p> <p>Art. 15 : droit exclusif de communication et d'exécution si non fixée; de première fixation ou de reproduction de fixation non-autorisée ou autres, droits en vertu des parties III et VIII; de location.</p> <p>Art.16 : modalités contractuelles en cas de radiodiffusion, de fixation ou retransmission</p> <p>Art.17 : droit à rémunération en cas d'incorporation de la prestation à une œuvre</p>
--	---	---

		<p>cinématographique</p> <p>Art.19 : droit à rémunération équitable pour l'exécution en public ou la télécommunication au public, à l'exclusion de la retransmission de l'enregistrement sonore publié (Art.67ss gestion collective à l'exclusion de l'Art.31(2))</p> <p>Art.23 : durée des droits (50 ans)</p> <p>Art.24 : titularité</p> <p>Art.25 : cession :application des articles 13(4)à (7) avec les adaptations nécessaires.</p> <p>Art.26 :droits sur les prestations d'un pays OMC</p> <p>Art.27 :éléments constitutifs de violations donnant ouverture aux recours civils (Art.34.ss) ou criminels (Art.42.ss)</p> <p>Art.30.8 et 30.9 : redevances en cas d'enregistrements éphémères (Art.70.2 gestion collective)</p> <p>Art.31(2) :redevance en cas de retransmission du signal éloigné (Art.71 :gestion collective)</p> <p>Art.81 :.redevance en cas de copie privée (gestion collective)</p> <p>WPPT</p> <p>Préambule :fondements de la protection</p> <p>Art.2 : définition</p> <p>Art.3 et 4 : bénéficiaires et traitement national</p> <p>Art.5 :droit moral (Art.22 : réserve possible pour limiter la reconnaissance du droit aux prestations futures)</p> <p>Art.6 :droit exclusif de radiodiffusion ou de communication et de fixer</p> <p>Art.7 : droit exclusif de reproduction</p> <p>Art.8 : droit exclusif de distribuer</p> <p>Art.9 : droit exclusif de location</p>
--	--	---

<p>1.2. L'Artiste concède au Producteur, pendant la durée prévue aux présentes, l'exclusivité de ses enregistrements en vue de leur reproduction sur tout support et notamment sur phonogrammes et vidéogrammes par tout procédé connu ou ultérieurement mis au point, et de leur exploitation et communication au public par tout moyen.</p>		<p>Art.10 : droit exclusif de mise à disposition du public des prestations fixées</p> <p>Art.15 : droit à rémunération au titre de la radiodiffusion et de la communication</p> <p>Art.16 : limitations et exceptions (test de trois étapes)</p> <p>Art.17 : durée de protection des droits (50 ans)</p> <p>Art.18 : protection des mesures de protection technique</p> <p>Art.19 : protection des informations sur le régime des droits</p> <p>Art.22 : application prospective sur les prestations qui sont protégées sauf droit moral</p> <p>Art.23 : procédures destinées à faire respecter les droits.</p> <p>LDA Art.25, 15, 16, 17.</p> <p>WPPT Art.5,6,7,8,9,10,15,17,18,19.</p>
---	--	---

ARTICLE 2 - DURÉE DU CONTRAT

<p>2.1. Le présent contrat entrera en vigueur à la date de sa signature et se terminera quatorze (14) mois suivant la date de sortie commerciale du dernier enregistrement produit en vertu des présentes.</p> <p>2.2. Il est entendu que certains droits et obligations des parties survivront</p>	<p>L'entente d'exclusivité prend effet à compter de sa signature et se termine quatorze (14) mois après la date de mise en marché du dernier album produit suivant cette entente d'exclusivité. (8-2.01)</p> <p>L'entente d'exclusivité doit prévoir que, au plus tard quinze (15) mois suivant sa signature, il doit y avoir eu production de bandes maîtresses suffisantes pour un album et première mise en marché de cet album. (8-2.02)</p>	<p><i>La durée de l'exclusivité consentie peut soulever des enjeux au plan des dispositifs suivants:</i></p> <p>LDA. Art.23 WPPT Art.17</p>
---	--	---

à la terminaison de la présente convention tels que, sans s'y restreindre, le droit du Producteur de faire toute exploitation et toute utilisation des enregistrements de l'Artiste, les obligations du Producteur de fournir à l'Artiste des États de compte et de lui payer les redevances dues et les obligations de l'Artiste prévues aux présentes.
2.3. Le présent contrat est conclu pour le monde entier.

L'entente d'exclusivité doit en fixer le territoire. (8-2.06)

L'exclusivité consentie pour un territoire peut soulever des enjeux au plan des dispositifs suivant :

LDA Art. 25

WPPT 3,4.

ARTICLE 3 - EXCLUSIVITÉ

3.1. L'Artiste s'engage à respecter toutes et chacune des obligations qui lui incombent en vertu des présentes et notamment, mais sans s'y limiter, à ne pas enregistrer ses Prestations artistiques pour son bénéfice ou celui d'un tiers durant les termes de la présente entente aux fins de la production de bandes maîtresses, de phonogrammes, de vidéoclips ou de vidéogrammes, et à ne pas utiliser ou permettre à d'autre d'utiliser son nom, fictif ou réel, tout logotype adopté par l'Artiste, sa photographie ou autre représentation de lui-même ou sa signature en association avec des phonogrammes, vidéoclips ou vidéogrammes durant le terme de la présente convention;

3.2. L'Artiste s'interdit de ré-enregistrer les œuvres objets du présent contrat, ou d'autres versions de ces œuvres, pour une personne autre que le Producteur pendant une période de cinq (5) ans à compter de la date de sortie commerciale du dernier album réalisé pour le compte du Producteur.

*Voir ci-haut clause 1.
Plus spécifiquement :
LDA Art.25,15,16,17.
WPPT : 5.*

L'exclusivité consentie s'étendant jusqu'au ré-enregistrement peut soulever de nouveaux enjeux relatifs aux droits identifiés à la clause 1

ARTICLE 4 - ENREGISTREMENTS

4.1. Le Producteur s'engage à produire et à mettre en marché un premier album de l'Artiste de même qu'un vidéoclip en découlant dans les quinze (15) mois suivant la signature des présentes ou à toute autre date qui pourrait être convenue entre le Producteur et l'Artiste.

4.2. Le Producteur se réserve le droit de produire et de mettre en marché quatre (4) autres albums de l'Artiste si les résultats escomptés par la mise en marché de chaque album précédent lui apparaissent satisfaisants. Si le Producteur, dans les quatorze (14) mois suivant la date de mise en marché de l'album précédent, n'informe pas l'Artiste qu'il entend produire et mettre en marché un nouvel album, alors l'Artiste sera libéré des obligations leur incombant envers le Producteur à compter de la fin de tel délai. La mise en marché de tout album optionnel devra commencer au plus tard dans un délai de trente-deux (32) mois suivant la date de mise en marché de l'album précédent.

L'entente d'exclusivité doit prévoir que, au plus tard quinze (15) mois suivant sa signature, il doit y avoir eu production de bandes maîtresses suffisantes pour un album et première mise en marché de cet album. (8-2.02)

L'entente d'exclusivité peut comporter un maximum de quatre (4) options. Le droit du Producteur de produire un album optionnel est soumis aux conditions suivantes :

a) l'avis d'exercice d'option par le Producteur doit être communiqué, par écrit, par lettre recommandée avec accusé de réception, à l'Artiste au plus tard dans les quatorze (14) mois suivant la date de la mise en marché de l'album immédiatement précédent;

b) la mise en marché de tout album optionnel devra commencer au plus tard dans un délai de trente-deux (32) mois suivant la date de mise en marché de l'album précédent.

À moins d'une entente de gré à gré conforme à 8.2.04 et sous

L'exclusivité obligeant le producteur à un certain nombre d'albums peut soulever des enjeux au plans des dispositifs soulève des enjeux au plan des dispositifs visant le producteur dont :

LDA.

Art.2 : définition du producteur et de la compilation

Art.18: droits exclusifs de reproduction, de publication et de location.

WPPT Art.11,12,13,14.

réserve que l'Artiste vedette ait respecté ses propres obligations, si les délais de mise en marché ou d'avis d'option prévus aux articles 8.2.02 et 8.2.03 ne sont pas respectés, l'entente d'exclusivité se termine automatiquement et de plein droit à l'égard de l'Artiste vedette, sans préjudice aux droits du Producteur et de l'Artiste vedette à l'égard des phonogrammes déjà commercialisés. (8-2.03)

Advenant un litige quant au droit de l'Artiste vedette d'être ainsi libéré de son entente d'exclusivité, un arbitre doit en être saisi par grief et rendre une décision dans les plus brefs délais quant à ce droit.

ARTICLE 5 - ENGAGEMENTS DU PRODUCTEUR

5.1. Le Producteur s'engage à effectuer le choix des pièces musicales en étroite collaboration avec l'Artiste et avec son approbation.

Seule la prise de l'enregistrement final choisie par le Producteur en consultation obligatoire avec l'Artiste vedette, peut être reproduite sur un phonogramme, étant convenu qu'en cas de désaccord la décision du Producteur prévaut. (8-1.08)

L'exclusivité énonçant la prérogative de sélection du producteur peut soulever des enjeux au plan des dispositifs suivants :

LDA. Art.2.1, 15.

5.2. Le Producteur s'engage à promouvoir à ses frais les phonogrammes faisant l'objet des présentes, selon les meilleurs standards de l'industrie du disque.

Le Producteur est responsable de la promotion du phonogramme de l'Artiste vedette. Il doit s'assurer que la maison de disques avec laquelle il fait affaires respecte les conditions prévues à la présente entente et à l'entente d'exclusivité. (6-7.02)

L'exclusivité énonçant des activités de promotion peut soulever des enjeux au plan des dispositifs suivants :

WPPT Art.5.

5.3. Le Producteur s'engage à faire figurer le nom de l'Artiste en sa qualité d'Artiste-interprète sur les pochettes des phonogrammes et vidéogrammes reproduisant les enregistrements réalisés en exécution des présentes. Le Producteur ne pourra toutefois être tenu responsable d'éventuels manquements de tiers dans le respect de cette obligation.

Le nom du chanteur principal, de l'animateur, de l'Artiste de variétés, du comédien, du lecteur et du narrateur doit apparaître sur la pochette ou l'encart de tout phonogramme. (6.5.01)

WPPT Art.5.

5.4. Le Producteur prendra à sa charge exclusive, le paiement des droits de reproduction mécanique des œuvres musicales reproduites sur les phonogrammes ou vidéogrammes, objet des présentes.

5.5. Le Producteur se porte garant envers l'Artiste que le licencié assurera une fabrication, une commercialisation et une distribution de qualité, conformes aux standards professionnels.

Le Producteur doit garantir au licencié que les bandes maîtresses ont été produites conformément à la présente entente. (3-4.02)

De plus, le Producteur doit s'assurer que le licencié rencontre chacune des obligations prévues à la présente entente quant à la fabrication, le mise en marché et l'exploitation commerciale du phonogramme. Le contrat de licence doit comporter une clause certifiant que les activités d'exploitation commerciale du phonogramme respecteront les conditions minimales prévues à la présente entente.

Voir ci-dessus Clause 1 notamment :

LDA.Art.15,16,17.

WPPT

Art.6,7,8,9,10,18,19

ARTICLE 6 - BUDGET DE PRODUCTION

6.1. Tous les frais reliés à la réalisation des bandes maîtresses (studio, location d'équipement, services techniques, musiciens, arrangeurs, Artistes, réalisateurs, mastering, films prêts à imprimer pour la création de la pochette, etc.) sont à la charge du Producteur et celui-ci doit assurer à l'Artiste toutes les conditions nécessaires à la réalisation d'un enregistrement de qualité.

Tous les frais reliés à la réalisation des bandes maîtresses (studio, location d'équipement, services techniques, musiciens, arrangeurs, Artistes, réalisateurs, mastering, films prêts à imprimer pour la création de la pochette, etc.) sont à la charge du Producteur et celui-ci doit assurer à l'Artiste toutes les conditions nécessaires à la réalisation d'un enregistrement de qualité.

6.2. Le Producteur s'engage à verser à l'Artiste pour la réalisation de chaque enregistrement un cachet de séance d'enregistrement d'un montant égal au tarif prévu par l'Entente collective du phonogramme entre l'UDA et l'ADISQ et de signer avec l'Artiste un contrat de séance d'enregistrement suivant les dispositions de cette Entente.

Le cachet versé à l'Artiste conformément à la présente entente ne couvre que sa prestation de travail prévue à la présente entente. (3-1.06)

L'Artiste vedette reçoit toujours des redevances. Le cachet versé selon les articles 7.1.02 a), 7.1.03 a), 7.1.04 et 7.1.05 peut

LDA.Art.16

être considéré comme une avance sur le paiement des redevances si cela est stipulé sur le contrat de séance d'enregistrement et sur l'entente d'exclusivité. (7-1.06)

L'exclusivité met à charge du Producteur le paiement d'un cachet pour les séances d'enregistrement. Elle lui permet cependant de récupérer ce cachet à titre d'avance tout comme l'ensemble des coûts de production. L'Entente fixe aujourd'hui ce cachet à 160,50\$ pour chaque 5 minutes ou moins d'une œuvre enregistrée pour un chanteur principal (au sens de l'Entente) dans les secteurs autres que celui du lyrique.

ARTICLE 7 - PROMOTION

7.1. Le Producteur s'engage à promouvoir les Phonogrammes faisant l'objet des présentes selon les pratiques habituelles ayant cours dans l'industrie phonographique;

Le Producteur est responsable de la promotion du phonogramme de l'Artiste vedette. Il doit s'assurer que la maison de disques avec laquelle il fait affaires respecte les conditions prévues à la présente entente et à l'entente d'exclusivité. (6-7.01)

6-7.02 L'Artiste vedette a l'obligation de remettre au Producteur ses notes biographiques. Au niveau biographique, seules ces dites notes pourront être utilisées par le Producteur pour la promotion du phonogramme de l'Artiste vedette.

Le Producteur pourra aussi utiliser le nom, les photographies ou d'autres images représentant l'Artiste vedette pour la promotion de son phonogramme.

L'Artiste vedette qui doit se déplacer pour participer à la promotion de ses enregistrements se verra rembourser ses frais de

W.Art.5

7.2. L'Artiste s'engage à promouvoir les Phonogrammes mis en marché en vertu des présentes et à participer aux événements promotionnels mis de l'avant par le Producteur et ce, sous réserve d'obligations expresses à l'effet contraire du Producteur, sans rétribution hormis celles éventuellement effectuées par les organismes diffuseurs, le cas échéant. Il est toutefois entendu que, sauf accord préalable de l'Artiste, ces activités promotionnelles ne comprendront pas la production de spectacles ou de tournées de spectacles. Le Producteur s'engage par ailleurs à défrayer les frais de voyage ou de déplacement promotionnel de l'Artiste incluant, notamment, les coûts de transport, d'hébergement et de nourriture ainsi que les dépenses encourues par l'Artiste en conséquence de demandes spécifiques du Producteur conformément aux tarifs prévus aux termes de l'Entente UDA/ADISQ;

7.3. L'Artiste accorde au Producteur le droit exclusif et irrévocable d'utiliser et de publier, à des fins publicitaires et promotionnelles reliées à l'exploitation des Bandes maîtresses, Phonogrammes, Vidéoclips ou Vidéogrammes, son nom, réel ou fictif, tout symbole ou logotype adopté par l'Artiste, sa photographie, sa signature, des notes biographiques le concernant et, plus généralement, toute représentation de l'image de l'Artiste telle que choisie avec l'approbation de l'Artiste.

déplacement et de séjour prévus à la section 6.6.00. (6-7.04)

Les activités de promotion de l'Artiste vedette pour son phonogramme n'entraînent pas de rémunération additionnelle. Toutefois, les dispositions de la présente entente ne peuvent faire obstacle à ce que l'Artiste vedette perçoive des cachets, des droits ou des redevances auxquels il pourrait avoir droit en vertu d'autres ententes collectives de l'Union ou de la loi (par exemple, une participation comme Artiste invité dans une émission de télévision). (6-7.08)

L'Artiste vedette a l'obligation de remettre au Producteur ses notes biographiques. Au niveau biographique, seules ces dites notes pourront être utilisées par le Producteur pour la promotion du phonogramme de l'Artiste vedette.

Le Producteur pourra aussi utiliser le nom, les photographies ou d'autres images représentant l'Artiste vedette pour la promotion de son phonogramme. (6-7.02)

Le Producteur doit voir à ce que toute publicité ou promotion impliquant de quelque façon que ce soit l'usage de l'image de l'Artiste vedette ou portant sur quelque fait relatif à sa vie privée respecte l'intégrité de cet Artiste et fasse l'objet d'une approbation préalable de la part de ce dernier. (6-7.03)

L'exclusivité obligeant l'artiste à certaines activités promotionnelles peut soulever des enjeux au plan de l'ensemble des dispositifs mentionnés ci-dessus à la Clause 1.

WPPT.Art.5

ARTICLE 8 - PROPRIÉTÉ DES BANDES MAÎTRESSES ET DURÉE D'EXPLOITATION

8.1. L'Artiste accepte et reconnaît que le Producteur conserve la propriété matérielle et intellectuelle des Bandes Maîtresses en pleine et absolue propriété, et que l'exploitation des Bandes Maîtresses, sous quelque forme que soit, est pour une durée illimitée, sans restrictions;

Les parties conviennent que la conclusion du présent contrat emporte autorisation de fixer toutes Prestations artistiques de l'Artiste sur Bande maîtresse ou Vidéoclip pendant toute la durée des présentes ainsi que de reproduire de telles prestations sur tout support qui soit ou non connu en date des présentes.

Voir Clause 1 ci-dessus notamment :

LDA.Art.15,16,25.

WPPT.Art.5,6,7,8,9,10,18,19

ARTICLE 9 - REDEVANCES

9.1. Les redevances ci-dessous payables à l'Artiste par le Producteur sont payables après la récupération de tous les coûts de production déboursés par le Producteur aux termes de ce contrat.

Le Producteur doit verser des redevances à l'Artiste vedette ou à tout Artiste lié à une entente d'exclusivité. (8-1.01 – 2^e alinéa)

3-3.-01 Toute cession qui aurait pour effet de transférer à un tiers des droits du Producteur découlant de la présente entente ou de l'entente d'exclusivité ne peut se faire sans que le cessionnaire s'engage, au préalable et par écrit, à respecter les obligations découlant desdits droits contenues auxdites ententes et qu'il soit obligé par ces obligations au même titre que le Producteur cédant.

8-3.04 Les redevances dues à l'Artiste par le Producteur sont payables après la récupération du coût de production de la bande maîtresse et, s'il y a lieu, de tout vidéoclip s'y rapportant constaté au rapport détaillé prévu à l'article 8.3.03. Cette récupération se fait sur les

9.2. En contrepartie des services et droits consentis par les présentes et à compter du moment où le Producteur aura récupéré tous les déboursés ci-dessus ainsi que tous les coûts de production, ce dernier versera à l'Artiste, pour chaque phonogramme vendu et non retourné, la redevance définie ci-après:

Pour les ventes d'albums effectuées dans les circuits traditionnels de distribution, au Canada, une redevance au taux de <> %.

Pour les ventes effectuées à l'extérieur du Canada, la redevance de l'Artiste sera réduite de <> %.

Dans le cas où des enregistrements objet des présentes figureraient concurrentement sur un même phonogramme (dit de « compilation ») avec d'autres enregistrements, la redevance de l'Artiste sera réduite de <> %.

En cas de vente des enregistrements objet des présentes dans une « série à prix réduit », le taux de la redevance normalement applicable sera réduit de <> %.

revenus bruts du coProducteur.

Les revenus bruts du Producteur sont toute somme ou redevance qu'il perçoit de la maison de disque. Lorsque le Producteur est également la maison de disque, ou lorsque la maison de disque est une compagnie mère, sœur, filiale ou associée, ou que le contrôle est détenu par le Producteur (ou vice versa), les revenus bruts du Producteur sont réputés n'être jamais inférieurs à vingt pour cent (20 %) du prix de gros, pour chaque phonogramme vendu, payé et non retourné.

Toute subvention obtenue spécifiquement pour la réalisation de la bande maîtresse ou de tout vidéoclip s'y rapportant diminue d'autant les frais supportés par le Producteur à l'occasion de la production de ladite bande maîtresse ou du vidéoclip.

Tant et aussi longtemps que le phonogramme est exploité commercialement, le Producteur verse à l'Artiste des redevances, à moins qu'un cachet forfaitaire n'ait été négocié dans les cas permis par la présente entente (sauf dans le cas du choriste-soliste, du choriste-duettiste ou du choriste), sous réserve de son droit de négocier de telles redevances. (8-1.07)

Sous réserve des dispositions particulières relatives aux abattements, les redevances dues à l'Artiste pour chaque phonogramme vendu, payé et non retourné ne sont jamais inférieures aux redevances minimales suivantes :

0 à 25 000 unités : 4 % du prix du gros

25 001 à 50 000 unités : 5 % du prix du gros

50 001 à 74 000 unités : 7 \$ du prix du gros

L'exclusivité mettant à charge du Producteur le paiement de redevances et la production d'état de compte peut soulever des enjeux au plan de l'ensemble des dispositifs signalés à la Clause 1 ci-dessus.

9.3. En cas de vente des enregistrements objet des présentes promue au moyen d'une campagne intensive de publicité par télévision et/ou radio et/ou affichage, le taux de la redevance afférente aux ventes des phonogrammes objet de la campagne sera fixé à <> %.

Pour les Phonogrammes vendus et non retournés par le Producteur ou par son distributeur au moyen de clubs de disques, par des sociétés de vente par correspondance ou à distance, le taux de la redevance sera égal à <>%.

Aucune redevance ne sera due à la SOCIÉTÉ pour la vente en solde. Par "Soldes", on entend les phonogrammes vendus à prix coûtant (i.e sans bénéfice pour le Producteur).

En France, certains Contrats d'exclusivité ou d'enregistrement prévoient un abattement au titre du téléchargement et de la télétransmission des enregistrements incorporant les prestations de l'Artiste. En voici un exemple :

« Dans le cas d'exercice du droit de location des phonogrammes ou de télé-distributions et/ou de télétransmission des enregistrements de l'Artiste par le Producteur (notamment sur service de téléphonie et sur service en ligne accessible par réseau de transmission de données), la redevance normalement applicable sera calculée sur les sommes nettes perçues par le Producteur à ce titre; étant précisé que si le Producteur perçoit directement le prix du consommateur dont un prix de détail, la redevance sera calculée sur les 2/3 dudit prix de détail hors taxes.

En cas de télédistribution ou de télétransmission, le Producteur pourra appliquer les abattements acceptés par les sociétés d'auteurs pour le calcul du droit de reproduction; en l'absence de taux spécifique applicable à la télédistribution ou à la télétransmission, le Producteur pourra appliquer les déductions applicables pour le paiement des droits de reproduction mécanique des minidisks.

En cas de mise à disposition des

75 001 unités et plus : 8 % du prix du gros

Dans le cas où les services de plusieurs Artistes sont retenus pour la production d'un phonogramme, les redevances minimales dues, le cas échéant, s'appliquent pour l'ensemble de ces Artistes comme s'il s'agissait d'un seul Artiste vedette. (8.3.09)

Royalties (ou tantièmes) versées à l'Artiste en contrepartie du droit d'exploitation commerciale d'un phonogramme qu'il accorde au Producteur. (1-1.41)

Pour l'exploitation commerciale du phonogramme sur le territoire canadien, l'abattement peut être soustrait des redevances payables à l'Artiste si les conditions suivantes sont respectées :

a) dans le cas du Producteur qui n'est pas maison de disques, si l'abattement est répercuté sur la redevance payée à cedit Producteur par une maison de disques ou un distributeur;

b) dans le cas du Producteur qui est également maison de disques, si l'abattement est industriellement reconnu. Le Producteur a le fardeau de prouver qu'il s'agit d'un abattement industriellement reconnu;

c) la totalité des abattements soustraits des redevances payables à l'Artiste ne peuvent totaliser plus de cinquante pour cent (50 %) d'abattements si les redevances ainsi payables sont les redevances minimales prévues à l'article 8-3.09. (8-3.11)

Pour l'exploitation commerciale du phonogramme à l'extérieur du territoire canadien, l'abattement peut toujours être soustrait des redevances payables à l'Artiste et les conditions prévues au présent

enregistrements par l'intermédiaire de réseaux numériques de transport de données (à l'exclusion de toute vente de supports) à la demande et pour l'usage privé du public, le taux de redevance sera identique au taux de base, l'assiette de la redevance étant le prix catalogue téléchargement hors taxes pratiqué par le Producteur, diminué d'un abattement forfaitaire de 25 % (vingt-cinq pour cent) correspondant en particulier aux commissions d'intermédiaires et frais techniques.

En tout état de cause, dans l'hypothèse où les accords SNÉP/SDRM prévoiraient des retenues ou abattements spécifiques applicables à de telles ventes, ceux-ci s'appliqueront en lieu et place de l'abattement visé au présent paragraphe, et ce, dès leur date de prise d'effet pour le calcul des droits d'auteur. »

article ne s'appliquent pas.

Fabrication, promotion, mise en marché, distribution et vente au détail de tout phonogramme produit à partir d'une bande maîtresse. (1-1.23)

L'Entente soulève la faculté de diminuer la redevance dans certains cas de promo ou de marchés secondaires, par exemple : si les enregistrements sont vendus en séries à prix réduit; si les enregistrements sont vendus par l'entremise de clubs de vente; si les enregistrements sont vendus dans le cadre d'une campagne publicitaire; si les enregistrements sont vendus à l'extérieur du Canada. L'Entente ne semble pas prévoir de modalités visant l'exploitation numérique en ligne.

L'entente indique des modalités de paiement de redevance en cas de groupe.

ARTICLE 10 - AVANCES

10.1. À titre d'avance sur les redevances payables à la SOCIÉTÉ et à l'Artiste aux termes de ce contrat, le Producteur accepte de verser à l'Artiste une somme forfaitaire de < \$ >

L'Artiste vedette reçoit toujours des redevances. Le cachet versé selon les articles 7.1.02 a), 7.1.03 a), 7.1.04 et 7.1.05 peut être considéré comme une avance sur le paiement des redevances si cela est stipulé sur le contrat de séance d'enregistrement et sur l'entente d'exclusivité. (7-1.06)

ARTICLE 11 - CALCUL ET PAIEMENT DES REDEVANCES

11.1. Les redevances prévues à la présente convention seront calculées sur cent pour cent (100%) des ventes payées et non retournées.

Les redevances minimales s'établissent en fonction du nombre de phonogrammes vendus, payés et non retournés, tant et aussi longtemps que le Producteur exploite commercialement les phonogrammes. Le Producteur a le fardeau de prouver qu'un

11.2. Les redevances dues à la SOCIÉTÉ étant payées sur les ventes nettes, et les clients ayant une possibilité de retourner dans un certain délai et contre remboursement, les phonogrammes et vidéogrammes qui leur ont été vendus, le Producteur effectuera chaque semestre une réserve pour retours de vingt-cinq pour cent (25%) des ventes réalisées au cours de ce semestre. Une régularisation (réserve moins retours réels) s'effectuera le semestre suivant.

11.3. Les états de redevances seront arrêtés les 30 juin et 31 décembre de chaque année et adressés à la SOCIÉTÉ dans les trois (3) mois suivant chacune de ces deux dates.

phonogramme n'a pas été vendu ou a été retourné.

Le Producteur pourra déduire dans le calcul des redevances à payer une réserve pour retours n'excédant pas trente pour cent (30 %) des phonogrammes vendus au cours de chacune des périodes jusqu'à ce que le phonogramme soit retiré du marché. Les réserves de chaque période seront réintégrées aux ventes de la période subséquente.

Nonobstant ce qui précède, dans le cas d'un phonogramme bénéficiant d'une campagne publicitaire (TV-AD), le Producteur pourra déduire dans le calcul des redevances à payer une réserve pour retours équivalente à soixante pour cent (60 %) des phonogrammes vendus au cours des deux premières périodes d'exploitation du phonogramme, par la suite, la réserve pourra être maintenue à trente pour cent (30 %) jusqu'à ce que le phonogramme soit retiré du marché. Les réserves de chaque période seront réintégrées aux ventes de la période subséquente.

Nonobstant ce qui précède, avec l'autorisation préalable de l'Union, dans certains cas, le Producteur pourra retenir un pourcentage de réserve plus élevé. (5-3.04)

Le Producteur fait parvenir à l'Artiste et à l'Union, au plus tard quatre-vingt-dix (90) jours après la fin de chaque semestre, un rapport de ventes de phonogrammes pour la période écoulée. (5-3.01)

Les périodes sont établies comme suit, au choix du Producteur :

du 1^{er} janvier au 30 juin et

du 1^{er} juillet au 31 décembre

ou du 1^{er} avril au 30 septembre

et

du 1^{er} octobre au 31 mars

Le rapport que le Producteur fait parvenir à l'Artiste est accompagné, le cas échéant, du paiement des redevances dues.

Les décomptes seront diminués du montant des avances versées à la SOCIÉTÉ ainsi que de toutes sommes portées au débit de son compte.

Sous réserve des lois en vigueur au Canada, l'Artiste, incluant ses héritiers et successeurs, a un droit perpétuel de recevoir de tout propriétaire de la bande maîtresse la redevance, ajustée proportionnellement au nombre d'œuvres utilisées s'il y a lieu, prévue à l'entente d'exclusivité pour toute prestation extraite de ladite bande maîtresse, quelqu'en soit le nombre et chaque fois qu'il sera procédé à une commercialisation sous forme de phonogramme, et ce, nonobstant le titre, la présentation graphique, le numéro d'identification ou l'étiquette. (8-3.12)

Tant et aussi longtemps que le phonogramme est exploité commercialement, le Producteur verse à l'Artiste des redevances (...). (8-1.07)

11.4. Les redevances sur les phonogrammes et vidéogrammes vendus à l'étranger seront payées en monnaie canadienne et calculées selon le cours de change qui aura été appliqué au Producteur. Ces redevances ne seront exigibles qu'à partir du moment où le Producteur les aura effectivement encaissées au Canada.

11.5. Si une autorité gouvernementale déduit une quelconque taxe de ces paiements ou si une loi, une réglementation étatique ou toute restriction affecte le montant des paiements qu'un affilié ou licencié remet au Producteur, ce dernier pourra déduire des redevances, dans la même proportion, ce prélèvement ou cette taxe.

ARTICLE 12 - VIDEOCLIPS

12.1. Le Producteur s'engage à produire, à ses frais, au moins un (1) vidéoclip par album produit et mis en marché selon les termes de la présente convention. Il est entendu que le Producteur et l'Artiste devront s'entendre sur le choix de l'œuvre musicale visée par chacun des vidéoclips.

Aux fins de la présente section, le terme Producteur du vidéoclip désigne le Producteur de la bande maîtresse et toute personne qui possède le droit de propriété sur le vidéoclip.

Le Producteur du vidéoclip doit s'assurer que toute maison de production à qui il délègue la production d'un vidéoclip respecte chacune des obligations prévues à la présente entente et cette délégation ne peut avoir pour effet de soustraire le Producteur du vidéoclip de ses propres obligations prévues à la présente entente. (9-2.01)

Le Producteur reconnaît le droit à rémunération de l'Artiste-interprète pour la communication au public d'un vidéoclip.

Malgré ce qui précède, considérant le contexte actuel et la faible rentabilité des vidéoclips pour le Producteur, le Producteur peut permettre la communication au public (télédiffusion, cablô-distribution) d'un vidéoclip sans verser de redevances aux Artistes y ayant participé.

Toutefois, l'ADISQ s'engage à travailler de concert avec l'Union, sans préjudice aux droits des Producteurs, pour faire reconnaître le droit à rémunération de l'Artiste-interprète pour de telles utilisations et le paiement de redevances par les utilisateurs. (4.1)

ARTICLE 13 - REPRÉSENTATIONS ET GARANTIES

<p>13.1. La SOCIÉTÉ et l'Artiste déclarent qu'ils sont autorisés à s'engager aux termes du présent contrat et qu'ils ne sont pas présentement liés par contrat avec une autre maison de disque et dégagent le Producteur de toutes responsabilités pour toutes actions, réclamations ou toute autre procédure de quelque nature que ce soit pouvant être prise contre lui par un tiers relativement à l'accomplissement de ce contrat.</p>	<p>L'Artiste qui conclut une entente d'exclusivité avec un Producteur doit être libre de tout autre engagement ayant le même objet que celui prévu à ladite entente. (8-1.02)</p>	<p><i>L'exclusivité portant sur certaines garanties peut soulever des enjeux au plan des dispositifs suivants :</i></p> <p>LDA.Art.15,70ss,19,67.1ss,81,83.</p> <p>WPPT Art. 6,7,8,9,10,15,16,18,19.</p>
--	---	--

ARTICLE 14 - FIN DU CONTRAT

<p>14.1. Advenant que le Producteur déclare faillite ou cesse de faire affaires de façon définitive, le présent contrat serait alors résilié de plein droit et l'Artiste recouvrerait alors automatiquement tous les droits cédés ou conférés au Producteur aux termes des présentes.</p>	<p>Le contrat d'exclusivité de l'Artiste est résiliable de plein droit si le Producteur devient insolvable au sens de la <i>Loi sur la faillite et l'insolvabilité</i> (L.R.C. 1985, ch. B-3), s'il cesse de faire affaire ou s'il se trouve autrement dans l'impossibilité d'exercer ou d'agir pendant une période de plus de six (6) mois. (3-3.05)</p> <p>De plus, dans le cas d'insolvabilité, les bandes maîtresses doivent d'abord être offertes à l'Artiste, selon les mêmes conditions que celles prévues à l'article 3.3.04, et les droits du Producteur ne peuvent être cédés qu'à un Producteur qui s'engage par écrit à respecter les obligations découlant desdits droits contenus dans la présente entente et dans l'entente d'exclusivité, selon les mêmes conditions que celles prévues à la présente section.</p>
---	--

ARTICLE 15 - CESSIBILITÉ

15.1. Le Producteur est en droit de céder le bénéfice de ce contrat ou tous droits, titres ou intérêts qu'il détient en vertu des présentes, en tout ou en partie, à une tierce partie, comme il aura le loisir de coproduire les Bandes maîtresses avec un tiers, le Producteur n'étant toutefois libéré, par suite de toute telle cession, des obligations lui incombant envers l'Artiste en vertu des présentes que dans la mesure où cette tierce partie se sera contractuellement engagée envers le Producteur ou l'Artiste à assumer elle-même de telles obligations directement auprès de l'Artiste.

Le Producteur qui désire vendre, céder ou autrement aliéner à un tiers les bandes maîtresses d'un seul Artiste, ou céder à un tiers les services exclusifs d'un seul Artiste, doit les offrir en priorité à cet Artiste aux prix et conditions équivalents aux prix et conditions qu'un tiers serait prêt à offrir et que le Producteur se proposerait d'accepter. Le prix et les conditions qu'un tiers est prêt à offrir doivent être communiqués à l'Artiste par courrier certifié ou enregistré.

L'Artiste qui n'a pas répondu par écrit, dans les quinze (15) jours de sa réception, est réputé avoir refusé l'offre. (3-3.04)

Toute cession qui aurait pour effet de transférer à un tiers des droits du Producteur découlant de la présente entente ou de l'entente d'exclusivité ne peut se faire sans que le cessionnaire s'engage, au préalable et par écrit, à respecter les obligations découlant desdits droits contenues auxdites ententes et qu'il soit obligé par ces obligations au même titre que le Producteur cédant. (3-3.01)

15.2. L'Artiste reconnaît que le présent contrat est fondé sur ses qualités propres, ce pourquoi ce dernier ne pourra en aucune manière céder à un tiers quelques droits ou obligations dans la présente convention.

ARTICLE 16 - DROITS VOISINS / DROIT D'UTILISATIONS SECONDAIRES

16.1. Le Producteur exercera les droits reconnus par les lois applicables, Conventions Internationales ou accords collectifs interprofessionnels

L'exclusivité consentie au chapitre des droits reconnus par les conventions internationales peut soulever des enjeux au plan de

pour toute utilisation des phonogrammes autre que l'usage privé, qu'il s'agisse de communication au public (radiodiffusion, câblodistribution,...) ou de reproduction (sonorisation, copie privée, synchronisation de documents audiovisuels...).

16.2. Les présentes dispositions ne font pas obstacles à ce que l'Artiste perçoive directement, par l'intermédiaire d'une société de perception dont il pourrait être membre, les redevances dues au titre des présentes, en application de la loi ou d'accords collectifs.

16.3. La rémunération perçue pour les utilisations ne donnant pas lieu à l'exercice du droit d'autorisation préalable du Producteur (droit de rémunération équitable, copie privée) sera répartie par moitié entre l'Artiste et le Producteur.

16.4. Dans l'hypothèse où l'Artiste et le Producteur percevraient directement leur part de rémunération en leur

À chaque fois qu'en vertu d'une loi sur le droit d'auteur (ou le droit voisin) ou de traités de réciprocité qui en découlent, un Artiste reçoit d'une société de perception des redevances pour toute autre forme d'exploitation de la bande maîtresse que la vente d'un phonogramme ou d'un vidéoclip, les redevances que le Producteur reçoit pour ces mêmes autres formes d'exploitation ne sont pas considérées comme des redevances bruts servant à la récupération.

Chacune conserve ses droits respectifs pour lesdites autres formes d'exploitation dont il est question au présent article. (8-3.06)

Rien dans la présente ne doit être interprété comme une renonciation en faveur du Producteur d'un droit ou d'une faculté de l'Artiste de percevoir des sommes qui lui seraient dues personnellement en vertu d'une législation ou d'une loi canadienne ou étrangère ou découlant d'une convention quelconque ou en vertu d'ententes actuelles ou éventuelles entre des utilisateurs ou des sociétés de perception. (8-4.01)

l'ensemble des dispositifs identifiés à la Clause 1 ci-dessus.

Non renonciation. Enjeux de droit international privé?

L'exclusivité qui porte sur certains régimes collectifs de droit d'auteur peut soulever certains enjeux sur le plan des dispositifs suivants :

LDA Art.19,81

WPPT.Art.3,4,15,16.

qualité respective d'Artiste-interprète et de Producteur phonographique pour la même utilisation, cette rémunération demeurera acquise à chacune des parties, sans qu'aucune ne puisse prétendre à une participation quelconque sur la rémunération revenant à l'autre partie.

16.5. Lorsque le Producteur exercera son droit d'autorisation à titre individuel ou collectif, aux fins d'accorder à un tiers un droit d'utilisation secondaire, l'Artiste percevra trente pour cent (30%) des sommes nettes encaissées par le Producteur au titre de cette utilisation, pour autant que celui-ci ne soit pas couvert par un accord collectif de rémunération.

Toute somme ou redevance relatives aux droits de synchronisation perçues par le Producteur font partie des revenus bruts du Producteur. Toutefois, lorsque le Producteur est également maison de disque, ou lorsque la maison de disque est une compagnie mère, sœur, filiale ou associée, ou que le contrôle est détenu par le Producteur (ou vice versa), les revenus du Producteur relatifs aux droits de synchronisation sont réputés n'être jamais inférieurs à cinquante pour cent (50 %) des revenus relatifs aux droits de synchronisation perçus par la maison de disque. (8-3.05)

LDA.Art.17.
WPPT. Art.5,10.

ARTICLE 17 - AUTRES DISPOSITIONS

17.1. Cette entente d'exclusivité est soumise à l'Entente Collective du Phonogramme UDA/ADISQ.

Toute entente d'exclusivité entre un Producteur et un Artiste est régie par la présente entente collective et elle doit comporter la clause suivante :

Cette entente d'exclusivité est soumise à l'entente du Phonogramme UDA / ADISQ. (8-1.03)

17.2. La présente convention constitue l'entente complète entre les parties et révoque toute entente antérieure qui aurait pu intervenir.

17.3. La présente convention doit être interprétée selon les lois du Québec et du Canada et les parties font attribution exclusive de juridiction aux tribunaux du district judiciaire de Montréal.

17.4. Toute publicité ou promotion impliquant de quelque façon que ce

Le Producteur doit voir à ce que toute publicité ou promotion

soit l'usage de l'image de l'Artiste ou portant sur quelque fait relatif à sa vie privée doit respecter l'intégrité de cet Artiste.

impliquant de quelque façon que ce soit l'usage de l'image de l'Artiste vedette ou portant sur quelque fait relatif à sa vie privée respecte l'intégrité de cet Artiste et fasse l'objet d'une approbation préalable de la part de ce dernier. (6-7.03)