

**MÉMOIRE DE  
CMRRA-SODRAC INC. (CSI)  
PRÉSENTÉ**

**AU COMITÉ LÉGISLATIF SUR LE  
PROJET DE LOI C-32**

21 janvier 2011



## SOMMAIRE ANALYTIQUE

Au total, la CMRRA et la SODRAC représentent les droits de reproduction de plus de 90 % des œuvres musicales vendues ou diffusées au Canada. **CSI s'oppose aux modifications proposées dans le projet de loi C-32 (projet de loi)**, qui élimineraient les revenus que les auteurs et les éditeurs reçoivent des radiodiffuseurs, ajouteraient de nouvelles exceptions aux termes desquelles aucune rémunération ne serait accordée et omettraient de moderniser les dispositions de la *Loi sur le droit d'auteur* (Loi) en matière de copie privée. En 2009-2010, les redevances pour la copie privée et l'octroi de licences accordant un droit de reproduction aux radiodiffuseurs représentaient 34,9 M\$, soit 45 % des redevances perçues par CSI, aujourd'hui toutes compromises. Les modifications apportées à la Loi en 1997 ont renforcé le cadre de gestion collective et d'octroi de licences générales au Canada; le projet de loi C-32 annulerait ce progrès et empêcherait d'obtenir de nouveaux revenus d'autres utilisations modernes du droit de reproduction exclusif d'un créateur.

### Article 30.9 : Enregistrements éphémères – entreprises de radiodiffusion

**Le paragraphe 30.9(6) actuel de la Loi ne devrait pas être abrogé.** Ce paragraphe stipule qu'il n'y a pas d'exception lorsqu'une licence peut être obtenue auprès d'une société de gestion. Les modifications proposées aux paragraphes 30.9(1) et 30.9(4) ne sont raisonnables que si le paragraphe 30.9(6) est maintenu dans la Loi. Sinon, la technologie entraînera la conversion de l'exception prévue pour les reproductions « éphémères » en une exception complète pour la radiodiffusion et la télédiffusion. Les radiodiffuseurs peuvent facilement se conformer à l'exigence de détruire les copies dans les 30 jours en faisant des copies de copies, moyennant peu ou pas de coûts supplémentaires, tout en continuant de jouir de l'utilisation de l'œuvre indéfiniment.

**Contrairement aux fausses prétentions faites par l'ACR, la preuve démontre que :**

- **Les reproductions d'œuvres musicales ont de la valeur** et permettent aux radiodiffuseurs de réduire leurs coûts, d'optimiser leur efficacité et d'accroître leur rentabilité.
- **Les radiodiffuseurs sont capables de payer.** La musique enregistrée représente 80 % du contenu de la programmation des stations de radio commerciale, et pourtant le montant total des redevances ne représente que 5,7 % des revenus totaux. Leur marge bénéficiaire avant impôts était de 21,4 % en 2009.
- **Malgré les exceptions limitées accordées dans certains autres pays, les radiodiffuseurs paient encore pour avoir le droit de reproduction.** L'exception accordée aux États-Unis est très restreinte et n'est pas comparable à celle proposée dans le projet de loi C-32. Des redevances très élevées sont payées au Royaume-Uni et aux Pays-Bas. Les exceptions accordées en Allemagne, en Espagne et au Mexique ne permettent qu'une seule utilisation d'une reproduction. La France, la Grèce, la Suisse, la Belgique et l'Autriche n'accordent aucune exception.

### Article 30.71 : Reproduction pour processus technologiques

**Le nouvel article 30.71 proposé devrait être retiré. La valeur des droits de reproduction devrait continuer à être déterminée au moyen de négociations ou par la Commission du droit d'auteur.** À défaut, cet article devrait être modifié, comme l'exige la convention de Berne, pour éviter d'avoir des effets dévastateurs sur l'utilisation et l'indemnisation normales. Les reproductions exemptées ne devraient comprendre que celles qui n'ont pas de valeur réelle et dont la durée est moins que transitoire. L'exemption ne devrait explicitement pas s'appliquer aux reproductions visées par les articles 30.8 et 30.9.

### Article 29.24 : Copies de sauvegarde

**Des modifications sont nécessaires pour limiter l'application de cette exception proposée, qui a une trop large portée et est inapplicable.** CSI recommande que le projet de loi soit modifié afin de permettre la production d'une seule copie de sauvegarde et d'exclure les copies déjà visées par un contrat, une licence, un tarif ou un système existant prévu par la Loi, notamment la partie VIII et les copies faites par les radiodiffuseurs.

### Article 29.23 : Fixation d'un signal et enregistrement d'une émission pour écoute ou visionnement en différé

Si le gouvernement souhaite légaliser l'enregistrement d'émissions télédiffusées pour visionnement en différé, il **ne devrait pas sanctionner par inadvertance des pratiques moins courantes et pour lesquelles les titulaires de droits ont droit à une rémunération**, notamment la reproduction de contenu transmis par des services en ligne et des services de radio par satellite. L'article 29.23 devrait interdire la vente, la location ou toute autre distribution des copies et exiger que les copies ne servent qu'à « l'usage privé » de ceux qui les font. Il devrait aussi **exclure les émissions transmises par des services d'abonnement et des services sur demande** et ne devrait pas s'appliquer à des œuvres uniques, ce qui entraînerait l'érosion du marché des téléchargements numériques.

#### **Article 29.21 : Contenu non commercial généré par l'utilisateur**

L'article 29.21 doit faire l'objet d'importantes modifications pour en limiter l'application, notamment les suivantes :

- Limiter l'exception à la diffusion en ligne, à l'exception des supports physiques;
- Exiger que les œuvres existantes utilisées soient obtenues d'une manière licite;
- Considérer l'effet sur le CGU que l'utilisation ou la diffusion généralisées d'une œuvre existante, et non seulement un cas individuel, aurait sur le marché des œuvres originales ou d'autres objets du droit d'auteur;
- Intégrer explicitement le test des trois étapes de Berne pour s'assurer que le Canada respecte ses obligations internationales;
- Exiger explicitement qu'on tienne compte des droits moraux des auteurs et des artistes-interprètes; et
- Exclure des intermédiaires comme YouTube de l'exception si une licence peut être obtenue auprès d'une société de gestion.

Le terme « non commerciales » doit être défini par rapport aux termes « utilisation privée » et « à des fins privées ». Une personne ne devrait pas être libre de créer des bibliothèques d'œuvres entières extraites de CGU « à des fins privées » sans avoir à payer.

**En l'absence de ces modifications, l'exception proposée relative au CGU devrait être retirée.** La création de CGU peut être abordée selon les principes de traitement équitable de la loi existante, et le marché des utilisations licenciées du droit de reproduction devrait être laissé intact. Aucun autre pays n'accorde d'exception pour le contenu généré par l'utilisateur.

## TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION .....	1
IMPACT DES MODIFICATIONS PROPOSÉES SUR LES REDEVANCES ACTUELLES .....	2
RÉVISION PROPOSÉE DE L'ARTICLE 30.9 : ENREGISTREMENTS ÉPHÉMÈRES – ENTREPRISES DE RADIODIFFUSION .....	5
REPRODUCTION TEMPORAIRE POUR PROCESSUS TECHNOLOGIQUE [ARTICLE 30.71] .....	14
COPIES DE SAUVEGARDE [ARTICLE 29.24] .....	17
FIXATION D'UN SIGNAL ET ENREGISTREMENT D'UNE ÉMISSION POUR ÉCOUTE OU VISIONNEMENT EN DIFFÉRÉ [ARTICLE 29.23] .....	21
CONTENU NON COMMERCIAL GÉNÉRÉ PAR L'UTILISATEUR [ARTICLE 29.21] .....	24
CONCLUSION .....	31
RÉSUMÉ DES RECOMMANDATIONS .....	33

### Annexes

- Annexe A: Sommaire analytique et extrait du *Report on the Impact of Bill C-32 on Music Reproductions by Broadcasters* et curriculum vitae du professeur Michael Murphy
- Annexe B: Rapport d'expert de Me Ralph Oman sur l'exemption portant sur l'enregistrement éphémère dans la loi sur le droit d'auteur des États-Unis

### Liste des tableaux

TABLEAU 1: Redevances perçues par CSI, la CMRRA et la SODRAC, 2000-2001 et 2009-2010 à des fins de distribution aux auteurs et aux éditeurs.....	3
TABLEAU 2: Revenus et bénéfice avant impôts de l'industrie de la radio commerciale, 1996-2009.....	12
TABLEAU 3: Augmentation en pourcentage sur 12 mois des téléchargements de musique électronique, Canada et États-Unis, de 2005 à 2010.....	34



**MÉMOIRE DE CMRRA-SODRAC INC. (CSI) PRÉSENTÉ  
AU COMITÉ LÉGISLATIF SUR LE PROJET DE LOI C-32**

**INTRODUCTION**

1. CMRRA-SODRAC INC. (CSI) est une coentreprise créée en 2001 par l'Agence canadienne des droits de reproduction musicaux limitée (CMRRA) et la Société du droit de reproduction des auteurs compositeurs et éditeurs au Canada (SODRAC). Au total, la CMRRA et la SODRAC représentent les droits de reproduction de plus de 90 % des œuvres musicales vendues sur CD et en ligne ou diffusées au Canada. Pour des raisons pratiques, toute mention de CSI dans le présent document comprend la CMRRA, la SODRAC et CSI.
2. Le projet de loi C-32, s'il est adopté tel qu'il est rédigé, diminuerait la protection actuellement accordée aux auteurs et aux éditeurs et, en conséquence, réduirait considérablement leur capacité, tant maintenant qu'à l'avenir, de recevoir une rémunération au moment de la fixation ou de la reproduction d'œuvres musicales.
3. Les modifications proposées dans ce projet de loi représentent une offensive à l'encontre de la gestion collective et de l'octroi de licences générales à l'égard d'œuvres protégées au Canada. Depuis 1997, la *Loi sur le droit d'auteur* accorde à des sociétés de gestion comme CSI, qui exercent leur activité sous le régime général énoncé aux articles 70.1 et suivants de la Loi, l'option de déposer un projet de tarif auprès de la Commission du droit d'auteur ou de convenir d'ententes avec les utilisateurs. Cela a donné naissance à un système rationalisé et efficace permettant aux utilisateurs d'avoir facilement accès aux œuvres musicales, sans créer de difficultés sur le plan administratif ni de frais d'opération inutiles, tout en assurant le paiement de redevances aux titulaires de droits.
4. CSI reconnaît qu'en pratique, il est parfois difficile pour les utilisateurs d'œuvres musicales de trouver les titulaires de droits sur des œuvres musicales particulières et d'obtenir les autorisations requises pour les utiliser. Dans un environnement à réseau numérique où l'accès rapide et facile aux œuvres est d'une importance capitale pour les utilisateurs, l'octroi de licences collectives constitue sans doute le seul moyen efficace de s'assurer que les titulaires de droits reçoivent des redevances. Ces licences devraient effectivement constituer un élément essentiel de toute tentative sérieuse de « modernisation » du droit d'auteur. Il est donc particulièrement ironique que l'approche adoptée dans le projet de loi C-32, que le gouvernement a appelé la *Loi sur la modernisation du droit d'auteur*, remplacerait le système pratique et équitable qui a été créé en 1997 par une série d'exceptions accordant aux entreprises et aux particuliers l'accès à des œuvres protégées sans le versement de quelque indemnité que ce soit aux titulaires de droits. Cela équivaut à une élimination des droits, et non à leur modernisation.
5. Les dispositions du projet de loi C-32 réduiraient la rémunération des auteurs et des éditeurs d'œuvres musicales de plusieurs manières :

- le projet de loi tel qu'il est rédigé éliminerait les revenus que les auteurs et les éditeurs reçoivent présentement des radiodiffuseurs lorsque des reproductions d'œuvres musicales sont faites et utilisées à des fins de radiodiffusion;
  - les nouveaux articles 30.71 (Reproductions temporaires pour processus technologiques), 29.24 (Copies de sauvegarde) et 29.23 (Fixation d'un signal et enregistrement d'une émission pour écoute ou visionnement en différé) réduiraient davantage l'exigence de faire des paiements au moment de la reproduction d'œuvres musicales; et
  - les dispositions du projet de loi, du fait qu'elles omettent de moderniser les dispositions de la Loi en matière de copie privée, entraîneraient l'élimination graduelle de la redevance pour la copie privée, qui est actuellement une source de revenus pour les titulaires de droits lorsque des particuliers copient des œuvres musicales sans approbation ni paiement.
6. De plus, le projet de loi entraînerait de fait l'élimination d'un important marché en émergence pour la reproduction d'œuvres musicales en créant une exception d'une large portée pour l'utilisation non rémunérée d'œuvres musicales dans un contenu généré par l'utilisateur.
7. Ce mémoire porte d'abord sur la proposition visant à dispenser les radiodiffuseurs de l'exigence de payer pour avoir le droit de reproduire des œuvres musicales. Il traite aussi de la portée et de l'application prévues des autres dispositions proposées mentionnées ci-dessus, à l'exception de la question de la copie privée, qui est traitée séparément par la Société canadienne de perception de la copie privée (SCPCP). CSI appuie entièrement l'analyse et les recommandations de la SCPCP. Les revenus que la CMRRA et la SODRAC ont tirés de cette redevance en 2009 sont indiqués dans le tableau 1, qui figure ci-dessous.

### **IMPACT DES MODIFICATIONS PROPOSÉES SUR LES REDEVANCES ACTUELLES**

8. Le droit de reproduction est maintenant beaucoup plus utilisé qu'il y a dix ans. Les récentes percées technologiques permettent aux entreprises et aux particuliers de faire et d'utiliser des reproductions de musique de plus en plus facilement et à coût peu élevé. Les copies numériques présentent un avantage fondamental par rapport aux copies analogiques : leur qualité ne se dégrade pas, car la copie numérique reproduit parfaitement l'original dont elle est tirée. Les avantages que les utilisateurs tirent des reproductions ont donc considérablement augmenté.
9. En fait, de grands progrès ont été accomplis en vue de la réalisation de l'objectif du gouvernement de « moderniser » le droit d'auteur en 1997 lors de la dernière modification de *Loi sur le droit d'auteur*. Les réformes législatives de 1997 ont renforcé la décision marquante rendue par la Cour suprême en 1990 dans l'arrêt *Bishop c. Stevens*, laquelle a confirmé que le droit d'exécution ou de communication ne comprend pas le droit de reproduction et est distinct de celui-ci. Les modifications alors apportées ont

renforcé le cadre existant qui permettait aux auteurs et aux éditeurs d'œuvres musicales, de même qu'aux artistes-interprètes et à ceux qui font des enregistrements sonores, de tirer des revenus des utilisations modernes de leur droit de reproduction exclusif, ce qui a entraîné une augmentation des redevances par suite d'ententes intervenues avec les utilisateurs et de différentes décisions prises par la Commission du droit d'auteur du Canada, comme il est indiqué dans le tableau 1 :

**TABLEAU 1**  
**Redevances perçues par CSI, la CMRRA et la SODRAC, 2000-2001 et 2009-2010**  
**à des fins de distribution aux auteurs et aux éditeurs**

	2000-2001	% des redevances	2009-2010	% des redevances
Licences mécaniques (CD, DVD)	53 829 186 \$	97,8 %	32 119 015 \$	41,9 %
Octroi de licences de services de musique en ligne (iTunes, etc.)			9 686 348 \$	12,6 %
<b>Redevance pour la copie privée</b>			<b>17 262 190 \$</b>	<b>22,5 %</b>
<b>Licences mécaniques de radiodiffusion : radio commerciale</b>			<b>8 968 045 \$</b>	<b>11,7 %</b>
<b>Licences mécaniques de radiodiffusion : télé commerciale</b>	<b>707 990 \$</b>	<b>1,3 %</b>	<b>2 229 595 \$</b>	<b>2,9 %</b>
<b>Licences mécaniques de radiodiffusion : Radio-Canada/radio payante/ radio par satellite / radio non commerciale</b>	<b>520 000 \$</b>	<b>0,9 %</b>	<b>6 400 926 \$</b>	<b>8,3 %</b>
<b>Total des redevances au Canada</b>	<b>55 057 176 \$</b>	<b>100,0 %</b>	<b>76 666 119 \$</b>	<b>100,0 %</b>

*Source : CMRRA, SODRAC et CSI.*

10. Les données figurant dans le tableau 1 illustrent l'importance cruciale des revenus tirés des licences mécaniques de radiodiffusion et de la copie privée au cours des dix dernières années, décennie qui a été marquée par une grave crise de l'industrie de la musique. Entre autres :

- Il y a dix ans, en 2000-2001, des redevances d'un montant de 53,8 M\$, soit 98 % des montants totaux perçus par la CMRRA et la SODRAC, ont été obtenues en contrepartie de l'octroi de licences de reproduction d'œuvres musicales sur des cassettes audio, des CD et d'autres supports matériels (ces licences sont couramment appelées les « licences mécaniques »).
- En 2009-2010, la contraction du marché des CD avait entraîné une baisse de 40 % des redevances tirées des licences mécaniques, qui avaient atteint 32,1 M\$ et ne représentaient plus que 42 % du montant total des redevances.
- Jusqu'à un certain point, la vente en ligne de téléchargements électroniques de musique a compensé la baisse des redevances tirées des licences mécaniques. Toutefois, les revenus provenant de l'octroi de licences de services de musique en ligne sont loin de compenser cette baisse.

- Si CSI n'avait reçu que les redevances tirées des licences mécaniques et des licences de services en ligne, le montant total perçu en 2009-2010 aurait été inférieur de 22 % à celui des redevances tirées des seules licences mécaniques en 2000-2001, compte non tenu de l'inflation.
  - Cette baisse a été compensée principalement par les revenus tirés de la redevance pour la copie privée et l'augmentation des licences de reproduction octroyées aux radiodiffuseurs.
  - **En 2009-2010, les redevances pour la copie privée et pour les licences aux radiodiffuseurs représentaient une tranche de 34,9 M\$ des redevances perçues par CSI pour l'octroi, au nom des auteurs et des éditeurs, de licences d'utilisation du droit de reproduction d'œuvres musicales. Ce montant représentait 45 % du montant total des redevances perçues par CSI, environ la moitié de cette somme provenant de la copie privée et l'autre moitié, de licences aux radiodiffuseurs.**
11. Si le projet de loi C-32 est adopté dans sa forme actuelle, ces redevances seront considérablement réduites initialement, pour être ensuite entièrement éliminées sur une période relativement courte. **Le projet de loi C-32 annulerait donc les accords de licence existant depuis 1990 et des aspects importants du droit d'auteur canadien qui avaient été renforcés en 1997. Cela aurait un effet dévastateur sur la capacité des créateurs de musique de tirer des revenus de différentes utilisations modernes de leur droit de reproduction exclusif.**
12. L'impact des révisions proposées s'amplifiera au fur et à mesure que la technologie évoluera et que des pratiques d'exploitation des services nouveaux et existants se développeront. L'avantage inhérent à la reproduction d'œuvres musicales dans le contexte de l'évolution technologique croissante continuera de prendre de la valeur, alors que les titulaires de droits ne pourront recevoir une juste part de cette valeur accrue.

**RÉVISION PROPOSÉE DE L'ARTICLE 30.9 :**  
**ENREGISTREMENTS ÉPHÉMÈRES– ENTREPRISES DE RADIODIFFUSION**

**Les modifications proposées**

13. La plus importante modification proposée à l'article 34 du projet de loi consiste à abroger le paragraphe 30.9(6) actuel de la *Loi sur le droit d'auteur*, lequel stipule qu'il n'y a pas d'exception pour les enregistrements « éphémères » lorsqu'une licence peut être obtenue auprès d'une société de gestion. Sans cette limitation de l'exception, les radiodiffuseurs auraient bénéficié de l'exception pour les enregistrements éphémères mise en œuvre en 1997, même si une licence pouvait être obtenue auprès d'une société de gestion. La capacité de CSI de proposer des tarifs et de négocier des licences visant les reproductions faites par des radiodiffuseurs aurait été fondamentalement compromise.
14. Parallèlement avec cette modification, le projet de loi C-32 modifierait le paragraphe 30.9(1), qui définit la portée de l'exception. À l'heure actuelle, le paragraphe 30.9(1) permet la reproduction d'un enregistrement sonore, d'une prestation ou d'une œuvre musicale « aux seules fins de les transposer sur un support en vue de leur radiodiffusion ». Le projet de loi C-32 remplacerait cette exception relative à la « transposition sur un support » par une exception applicable à l'ensemble des activités de radiodiffusion, ce qui permettrait aux radiodiffuseurs de faire un nombre illimité de reproductions, pour autant qu'elles soient faites « **aux fins de leur radiodiffusion** ». Bien que cette modification puisse sembler anodine à première vue, elle créerait en réalité une exception ayant une bien plus grande portée compromettant sérieusement les intérêts des titulaires de droits.
15. Selon l'exception actuelle adoptée en 1997, les radiodiffuseurs peuvent reproduire le contenu d'un CD sur leur disque dur, pourvu qu'ils se conforment à d'autres conditions prévues par la loi. Cette exception ne leur permet pas de faire autant de copies de la reproduction sur leur disque dur ou leur serveur qu'il est utile de faire pour leurs activités de radiodiffusion. Cette situation changerait par suite de la modification proposée, qui leur permettrait de faire un nombre illimité de copies pour autant qu'elles soient faites aux fins de leur radiodiffusion.
16. Certaines restrictions sont apportées à cette exception. Tout d'abord, l'alinéa 30.9(1)a) actuel exige que le radiodiffuseur soit propriétaire d'un exemplaire autorisé de l'enregistrement sonore ou de la prestation ou de l'œuvre musicale fixée au moyen d'un enregistrement sonore qui est transféré sur son disque dur, ce qui a pour incidence pratique d'exiger que le radiodiffuseur soit propriétaire d'un CD contenant chaque œuvre copiée sur son disque dur. Le projet de loi C-32 remplacerait cette disposition en étendant la portée de l'alinéa 30.9(1)a) pour qu'il exige que le radiodiffuseur soit propriétaire d'un exemplaire de l'enregistrement sonore ou de la prestation ou de l'œuvre musicale fixée au moyen d'un enregistrement sonore ou qu'il dispose d'une licence d'utilisation de la copie. Cette modification se voudrait l'image de la réalité : il est rare maintenant que les radiodiffuseurs copient les CD sur leur disque dur puisqu'ils reçoivent plutôt à titre de téléchargement numérique l'exemplaire original, à partir duquel ils font habituellement de multiples copies aux fins de leur programmation et de leur radiodiffusion.

17. Enfin, le projet de loi C-32 modifierait le paragraphe 30.9(4), qui stipule les conditions de la destruction des reproductions faites par le radiodiffuseur. La modification proposée rendrait cette disposition conforme à la révision proposée de l'alinéa 30.9(1)a) en exigeant que les exemplaires soient détruits soit au moment où le radiodiffuseur n'est plus propriétaire d'un exemplaire autorisé, soit à la date d'expiration de la licence lui permettant d'utiliser la copie. Cet alinéa comprend maintenant, et continuerait de comprendre, l'exigence que les exemplaires soient détruits « **sauf autorisation à l'effet contraire du titulaire du droit d'auteur [...] dans les 30 jours suivant sa réalisation** ».

### L'impact des modifications proposées

18. Il est facile de résumer les conséquences de l'adoption telles qu'elles des révisions apportées à l'article 30.9. Toutes les copies que les radiodiffuseurs font aux fins de leur programmation pourraient être visées par l'exception. Ce serait le cas même si une licence pouvait être obtenue auprès d'une société de gestion, pour autant que les autres exigences soient respectées. L'exigence qui semble créer des problèmes à première vue est celle de la durée de conservation des reproductions.
19. Pour mieux comprendre l'incidence pratique de la modification proposée, CSI a commandé un rapport du professeur Michael Murphy<sup>m</sup>, un expert reconnu dans les pratiques de reproduction des radiodiffuseurs et des télédiffuseurs. Le professeur Murphy a présenté des rapports d'expert sur les technologies contemporaines de la radio et de la télévision devant être utilisés dans le cadre des dossiers devant la Commission du droit d'auteur<sup>m</sup>.
20. CSI désire établir si les radiodiffuseurs canadiens pouvaient se conformer à l'exigence technique de détruire les reproductions dans les 30 jours sans jamais perdre l'accès au contenu de leurs bibliothèques numériques ou entraver leur capacité d'utiliser les enregistrements d'œuvres musicales qu'ils avaient reproduites.
21. Dans le sommaire analytique de son rapport, le professeur Murphy résume ses conclusions ainsi :

[traduction]

*... les radiodiffuseurs canadiens pourraient effectivement se conformer à l'exigence technique prévue par le paragraphe 30.9(4) du projet de loi C-32 qui les oblige à détruire toutes les reproductions dans le délai de 30 jours prescrit par le projet de loi. [...] Les stations de radio et de télévision utilisent de nombreuses reproductions qui sont effacées avant 30 jours ou peuvent facilement modifier leurs processus de façon à ce qu'elles soient effacées avant l'expiration de ce délai. Dans le cas des copies numériques qui sont actuellement conservées pendant plus de 30 jours, il existe des options techniques et d'autres processus qui pourraient permettre aux radiodiffuseurs de « recréer » ou de rafraîchir leurs bibliothèques tous les 30 jours et ainsi se conformer à la limite de 30 jours également applicable à ces types de copies. Ainsi, chaque type de copie d'une œuvre musicale faite à des fins de radiodiffusion demeurerait une copie dite « éphémère ». Toutefois, en faisant des copies de copies, le radiodiffuseur pourrait utiliser l'œuvre tant qu'il serait avantageux pour lui de le*

*faire. Les modifications nécessaires pour se conformer à l'exigence de 30 jours entraînent peu ou pas de coûts supplémentaires pour être mises en œuvre et seraient applicables tant aux activités de radiodiffusion qu'aux activités de télédiffusion. Les modifications requises ne deviendront que plus viables à l'avenir au fur et à mesure que la vitesse des largeurs de bande augmentera, que la capacité des technologies numériques continuera de s'accroître et que les coûts diminueront.*

22. Cette analyse confirme que la question soulevée par la modification proposée ne consiste pas à savoir si les radiodiffuseurs devraient avoir droit à une exception pour les reproductions éphémères, mais plutôt à savoir s'ils devraient être entièrement dispensés de l'exigence de payer pour la reproduction d'œuvres musicales. **La combinaison de l'évolution technologique et des modifications proposées entraînerait la conversion d'une exception visant seulement les enregistrements éphémères en une exception complète pour les nombreux enregistrements précieux faits par les radiodiffuseurs dans le cadre de leurs activités.**

### **Contexte**

23. Les dispositions actuelles de la législation ont été mises en œuvre en 1997. Pour justifier sa demande d'exemption en 1996, le conseil de radiodiffusion de l'ACR avait avancé un obstacle majeur : il n'y avait aucun moyen pratique pour celui-ci d'obtenir les autorisations requises afin de reproduire des œuvres musicales. Dans le sommaire analytique de sa présentation datée du 3 septembre 1996 au comité chargé d'examiner le projet de loi, le conseil de radiodiffusion de l'ACR se préoccupait du fait que [traduction] « les stations de radio seront tenues en otage parce que dans bien des cas, l'obtention d'autorisations appropriées pour la musique sera hors de prix, voire impossible à obtenir ». Il s'est toutefois révélé en pratique que l'ACR avait tort.
24. Les préoccupations quant au problème administratif posé par l'autorisation des droits ont été réglées efficacement dans la législation adoptée en 1997. Une exception a été accordée, laquelle ne s'appliquait que si une licence ne pouvait être obtenue auprès d'une société de gestion. Lorsqu'il est possible d'obtenir une licence générale, il n'est pas difficile d'obtenir les licences nécessaires visant un vaste répertoire.

### **Les paiements des droits de reproduction par les exploitants de stations de radio commerciale sont justes et raisonnables**

25. En ce qui concerne la préoccupation fréquemment exprimée par l'ACR quant au coût exagérément élevé d'obtention d'une licence de reproduction d'œuvres musicales, cette question est entièrement évacuée du fait qu'il est possible de présenter tout litige relatif à la valeur du droit de reproduction devant la Commission du droit d'auteur. Cette possibilité est offerte tant aux sociétés de gestion qu'aux radiodiffuseurs, qui peuvent les uns comme les autres faire part de leurs préoccupations concernant le taux de la redevance à la Commission du droit d'auteur. La Commission est alors tenue, selon la *Loi sur le droit d'auteur*, d'entendre la preuve d'expert et les arguments de toutes les parties intéressées afin d'établir des taux qui sont justes et raisonnables.

26. Les exploitants de stations de radio commerciale versent des redevances pour la reproduction d'œuvres depuis 2001. Les taux fixés par la Commission du droit d'auteur pour les droits de reproduction sont loin d'être « exagérément élevés », comme l'ACR avait annoncé qu'ils le seraient en 1996. Les taux annuels établis pour la période de 2008 à 2012 représenteront des paiements à CSI d'environ 11 M\$ par les stations de radio commerciale, ce qui représente seulement 0,7 % des revenus annuels de 1,5 G\$ des stations de radio commerciale.
27. La disposition actuelle exigeant un paiement pour les droits de reproduction s'applique également aux prestations et aux enregistrements sonores de musique. La Commission du droit d'auteur a fixé les taux de redevance applicables aux stations de radio commerciale pour ces droits à un niveau qui entraînera le paiement d'environ 10 M\$ par année, soit un peu moins que 0,7 % des revenus annuels des stations.
28. **Si l'on obligeait les titulaires de droits sur la musique enregistrée à permettre aux radiodiffuseurs de reproduire de la musique sans les payer, l'industrie de la radio commerciale ferait ainsi des économies représentant environ 1,4 % de ses revenus.** Ces paiements tiennent compte de toutes les demandes de paiement qui pourraient être faites à l'égard des droits de reproduction de musique enregistrée.

#### **Valeur des reproductions faites par les radiodiffuseurs**

29. Dans son mémoire de 2009 faisant suite au processus de consultation du gouvernement sur le droit d'auteur, l'ACR a présenté les arguments suivants à l'appui de sa demande d'autoriser ses membres à faire et à utiliser des reproductions de musique enregistrée sans paiement :
- les enregistrements ne sont faits que pour faciliter la radiodiffusion ou transmettre du contenu;
  - les reproductions sont temporaires, techniques et accessoires;
  - les reproductions n'ont aucune valeur commerciale; et
  - le fait de faire ces reproductions ne lèse pas les créateurs de musique<sup>iv</sup>.
- Aucune de ces prétentions n'est fondée.
30. La Commission du droit d'auteur a examiné la question que ces reproductions faciliteront la radiodiffusion, qu'elles sont de nature temporaire dans certains cas et permanentes dans d'autres cas, et leur nature technique ou accessoire à la radiodiffusion. La Commission a jugé que de telles reproductions avaient de la valeur.
31. Après avoir examiné toute la preuve présentée au cours du récent réexamen des projets de tarifs pour la radio commerciale, la Commission du droit d'auteur a réitéré la conclusion qu'elle avait formulée en 2003 en ce qui concerne les avantages que les radiodiffuseurs tirent de la reproduction des œuvres musicales. La décision de 2010<sup>v</sup> résume la position de la Commission, qui est la suivante :

Dans CSI – Radio commerciale (2003), la Commission a déterminé que la nouvelle technologie de radiodiffusion faisait baisser les coûts des stations de radio et que la reproduction musicale sur disque dur permettait aux stations d'optimiser leur efficacité radiophonique. La preuve présentée des deux côtés en l'espèce confirme que *les technologies de reproduction permettent aux stations d'accroître leur efficacité et leur rentabilité*. (Page 70, par. 222; c'est nous qui soulignons)

### **Total des redevances musicales versées par les radiodiffuseurs commerciaux**

32. Les radiodiffuseurs commerciaux ont par le passé essayé de faire valoir leur cause en invoquant les dommages sur le plan financier qu'ils subiraient si une exception ne leur était pas accordée. Au cours de l'examen de 1996 des modifications alors proposées à la *Loi sur le droit d'auteur*, le conseil de la radiodiffusion de l'ACR a déclaré qu'il était « fort préoccupé » du fait que les modifications proposées seraient préjudiciables à la programmation de la radio locale, qu'elles désavantageraient les stations de radio canadiennes sur le plan concurrentiel par rapport à leurs homologues américains et qu'elles empêcheraient l'industrie de la radio de passer aux nouvelles technologies.
33. Dans le sommaire analytique du mémoire du conseil de la radiodiffusion de l'ACR au comité de la Chambre des communes chargé d'examiner la législation en 1996, il était indiqué [traduction] qu'« après 15 années de pertes ou de bénéfices peu importants, l'industrie de la radio avait déjà coupé les dépenses au maximum »<sup>vi</sup>. Il était également allégué que [traduction] « Ces nouvelles dépenses ne pouvaient être transmises aux annonceurs »<sup>vii</sup>. Plus récemment, dans son mémoire de 2009 en réponse à la consultation du gouvernement sur le droit d'auteur, l'ACR a déclaré que les stations de radio étaient confrontées à des paiements de droits d'auteur pour la musique d'un montant potentiel de 220 M\$ par année<sup>viii</sup>.
34. Il convient d'abord de noter que les stations de radio commerciale dépendent de la musique enregistrée pour la grande majorité du contenu de leur programmation. En 2005, des recherches présentées à la Commission du droit d'auteur indiquaient que la musique représentait 76 % du contenu de la programmation de la grande majorité des stations de radio commerciale (c.-à-d. les stations autres que les stations de radio parlée)<sup>ix</sup>. Plus récemment, dans sa décision de 2010 sur les tarifs pour la radio commerciale des sociétés de gestion qui représentent les droits musicaux de *tous* ceux qui pourraient potentiellement demander des redevances, la Commission a déclaré que selon les recherches tant des sociétés de gestion que des radiodiffuseurs, l'utilisation de musique par les stations de radio commerciale faisant de la radiodiffusion selon une formule musicale avait augmenté de 6 %, ce qui la portait à 80 %<sup>x</sup>.
35. Les exploitants de stations de radio commerciale se sont plaints du fait que le régime de droit d'auteur actuel, qui reconnaît des droits distincts de communication et de reproduction des auteurs, des artistes-interprètes et des producteurs d'enregistrements sonores, entraîne un nombre croissant de nouveaux paiements de droits d'auteur. En fait, la Commission du droit d'auteur a calculé que les paiements totaux effectués pour le contenu musical, qui constitue la grande majorité de la programmation des stations de

radio commerciale, étaient de 85 M\$ plutôt que le chiffre de 220 M\$ avancé par l'ACR dans le document de référence de 2009 mentionné ci-dessus. Ce paiement pour son contenu musical ne représentait que 5,7 % des revenus totaux de l'industrie de la radio commerciale.

36. Le fait le plus frappant qui ressort de ces deux chiffres est que **les stations de radio commerciale ne paient que 5,7 % de leurs revenus totaux pour 80 % du contenu de leur programmation**. Du point de vue d'une norme d'affaires raisonnable, ce niveau de paiement ne peut guère être considéré comme excessif.
37. À l'audience relative au premier tarif de CSI pour la radio commerciale, la Commission du droit d'auteur a examiné la preuve présentée par les deux parties en ce qui concerne la capacité des radiodiffuseurs de payer le tarif proposé. Elle en est venue à la conclusion suivante dans sa décision de mars 2003<sup>xi</sup> :

La Commission a toujours reconnu qu'un tarif équitable doit prendre en compte la capacité de payer des utilisateurs visés. En l'espèce, la Commission est convaincue que l'industrie de la radio commerciale a les moyens d'acquitter le tarif homologué, et ce, même si le passage à la diffusion audionumérique nécessite des investissements importants de la part des radiodiffuseurs. En effet, le dossier de la présente affaire établit clairement que cette industrie est, dans son ensemble, éminemment profitable et que l'établissement d'un tarif même du double de ce que la Commission retient aurait un impact limité sur sa rentabilité. (page 18)

38. Cette question n'a pas été réexaminée au cours de la plus récente audience relative à l'ensemble des projets de tarifs pour la radio commerciale. Malgré l'augmentation des tarifs à laquelle les stations de radio commerciale étaient confrontées à ce moment-là, l'ACR a informé la Commission du droit d'auteur que la capacité de payer de l'industrie ne constituerait pas un élément à considérer pour elles dans le cadre de l'instance.

### **Tendances financières de la radio commerciale**

39. En ce qui concerne les revenus et les bénéfices de l'industrie de la radio commerciale, il est passablement évident que l'industrie a maintenu un niveau très élevé de revenus et de bénéfices par suite de l'adoption de la législation de 1997. Toutes les modifications auxquelles les membres du conseil de la radiodiffusion de l'ACR se sont opposés ont été mises en œuvre dans le cadre de la révision de la *Loi sur le droit d'auteur* qui a eu lieu en 1997. Depuis lors, cependant, les recettes publicitaires et les profits des radiodiffuseurs ont dans les deux cas considérablement augmenté. Même en 2009, dans le contexte de la grande baisse de l'activité économique, l'industrie de la radio commerciale a obtenu une marge bénéficiaire avant impôts de 21,4 %.

**TABLEAU 2**  
**Revenus et bénéfice avant impôts de l'industrie de la radio commerciale, 1996-2009**

ANNÉE	REVENUS TOTAUX (en millions de dollars)	BÉNÉFICE AVANT IMPÔTS (en millions de dollars)	MARGE BÉNÉFICIAIRE AVANT IMPÔTS (%)
1996	814,2	8,2	1,01
1997	868,8	50,8	5,85
1998	940,1	80,0	8,51
1999	973,8	88,9	9,13
2000	1 023,4	111,1	10,86
2001	1 069,6	95,5	8,93
2002	1 102,7	160,9	14,59
2003	1 189,6	209,9	17,64
2004	1 226,2	205,2	16,74
2005	1 342,4	255,6	19,00
2006	1 418,7	298,4	21,00
2007	1 502,7	306,5	20,40
2008	1 590,8	388,7	24,40
2009	1507,6	319,4	21,20

*Source : CRTC, Relevés statistiques et financiers, radio, 1996-2000, 2001-2005 et 2005-2009.*

#### **Droits de reproduction dans d'autres pays**

40. Le mémoire de l'ACR présenté dans le cadre des consultations sur le droit d'auteur de 2009 menées par le gouvernement faisait valoir que le type d'exception pour la radiodiffusion demandé par l'ACR avait été adopté par un grand nombre des partenaires commerciaux importants du Canada, quoiqu'elle reconnaissait que les exceptions comportaient diverses restrictions<sup>vii</sup>. Plus récemment, à la suite de la décision de la Commission du droit d'auteur sur les redevances à payer par les stations de radio commerciale pour l'utilisation de la musique, un porte-parole représentant plusieurs sociétés de radiodiffusion privées — l'ACR avait alors cessé ses activités — a déclaré que la plupart des autres pays industrialisés n'exigeaient pas que les radiodiffuseurs paient pour avoir les droits de reproduction<sup>viii</sup>.
41. Dans l'annexe A du mémoire de 2009 de l'ACR qui portait sur 18 pays choisis par celle-ci, l'ACR a reconnu que cinq de ces pays, dont la France, la Grèce, la Suisse, la Belgique et l'Autriche, n'accordaient aucune exception pour les radiodiffuseurs.
42. Toutefois, il serait erroné de penser que les treize autres pays, dont le Canada, octroyaient une exception du genre de celle que préconisait l'ACR et qui est proposée dans le projet de loi C-32. Au contraire, les comparaisons internationales ne démontrent aucun modèle établi consistant à accorder une exception comme celle qui est proposée dans le projet de loi C-32, et elles n'appuient pas non plus la prétention que, dans la

plupart des pays, les radiodiffuseurs ne paient pas pour avoir le droit de reproduire des œuvres musicales. Le degré de variation qui existe entre les pays choisis par l'ACR est évident dans les exemples suivants.

### *États-Unis*

43. L'exception qui existe en droit américain est bien plus restreinte que celle proposée dans le projet de loi C-32. CSI a commandé un rapport d'expert du professeur Ralph Oman sur la portée de l'exception accordée aux États-Unis. M. Oman a exercé les fonctions de registraire des droits d'auteur (*Register of Copyrights*) aux États-Unis de 1985 à 1993 et à ce titre, il était le représentant en chef du gouvernement responsable de l'administration du système de droit d'auteur des États-Unis. Un exemplaire de son rapport est reproduit à l'annexe B.
44. Les principales conclusions de son rapport comprennent les suivantes :
- Les radiodiffuseurs américains sont autorisés à ne faire qu'une seule copie temporaire d'un « programme de transmission » (*transmission program*) qui comprend des œuvres musicales. L'autorisation du titulaire du droit d'auteur et le paiement de droits à celui-ci sont nécessaires pour faire des copies supplémentaires.
  - Un « programme de transmission » est [traduction] « un ensemble de matériel qui, dans l'ensemble, a été produit uniquement afin d'être transmis au public en séquence et en tant qu'unité ».
  - L'exception n'accorde pas aux radiodiffuseurs le droit de reproduire des œuvres musicales individuelles ni celui d'établir et de conserver une bibliothèque numérique d'œuvres musicales.

### *Royaume-Uni et Pays-Bas*

45. Au Royaume-Uni, PRS for Music, la société de gestion qui représente à la fois le droit d'exécution et le droit de reproduction, a indiqué que les radiodiffuseurs ont versé en 2009 pour les deux droits des paiements totaux d'un peu plus de 160 M€, dont 50,5 M€ ont été attribués à la valeur du droit de reproduction.
46. De même, aux Pays-Bas, la société de gestion, Buma/Stemra, a indiqué qu'elle perçoit un taux de redevance combiné de 13,33 %, dont 10 % sont attribués au droit d'exécution et 3,33 %, au droit de reproduction, lorsque la musique représente la totalité du contenu, cette redevance étant réduite proportionnellement selon le pourcentage de contenu musical. Ces taux sont considérablement plus élevés que les taux correspondants au Canada.

### *Allemagne et Espagne*

47. En Allemagne et en Espagne, une exception est accordée à l'égard d'une reproduction pour une seule radiodiffusion. Bien qu'elle ne figure pas dans la liste de l'ACR, en Amérique du Nord, la même restriction s'applique au Mexique. Dans ces trois pays, les radiodiffuseurs paient pour avoir le droit de reproduction d'œuvres musicales.

## Modifications proposées à l'article 30.9 du projet de loi C-32

48. Les modifications proposées aux paragraphes 30.9(1) et 30.9(4) ne sont raisonnables que si le paragraphe 30.9(6) est maintenu dans la Loi. Dans ce cas, les modifications permettraient aux radiodiffuseurs de faire et d'utiliser des reproductions aux fins de leur radiodiffusion s'ils ne pouvaient pas obtenir une licence d'une société de gestion à l'égard de l'œuvre ou des œuvres en question, ce qui préserverait l'équilibre atteint dans les modifications de 1997.
49. Par conséquent, CSI fait valoir que l'article 34 du projet de loi C-32 devrait être modifié de la manière suivante :

**34 (1) Le passage du paragraphe 30.9(1) de la même loi précédant l'alinéa b) est remplacé par ce qui suit**

**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 œuvre fixée au moyen d'un enregistrement sonore aux seules fins de leur radiodiffusion, si les conditions suivantes sont réunies

a) elle en est le propriétaire et il s'agit d'exemplaires autorisés par le titulaire du droit d'auteur ou elle est le titulaire d'une licence en permettant l'utilisation;

**(2) Le paragraphe 30.9 (4) de la même loi est remplacé par ce qui suit :**

(4) Elle est tenue — sauf autorisation à l'effet contraire du titulaire du droit d'auteur — de détruire la reproduction dans les trente jours suivant sa réalisation ou, si elle est antérieure, soit 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, soit à la date d'expiration de la licence permettant l'utilisation de l'enregistrement, de la prestation ou de l'œuvre.

**~~(3) Le paragraphe 30.9(6) de la même loi est abrogé~~**

50. Si l'on devrait abroger le paragraphe 30.9(6), il faudrait apporter d'importantes modifications au paragraphe 30.9(1) afin de restreindre considérablement la portée des reproductions autorisées. Sans ces modifications, le projet de loi aurait pour effet de réduire sensiblement, voire d'éliminer, une source cruciale de revenus pour les compositeurs et les éditeurs de musique.

## REPRODUCTION TEMPORAIRE POUR PROCESSUS TECHNOLOGIQUE [ARTICLE 30.71]

### Le droit de reproduction à l'ère numérique

51. Les droits de reproduction continuent d'être exercés dans l'environnement numérique comme ils le sont dans l'environnement analogique. La modernisation de la *Loi sur le droit d'auteur* **ne doit pas remettre en cause l'exercice du droit de reproduction**. Le droit de reproduction demeure une composante essentielle de la *Loi sur le droit d'auteur* et constitue un droit exclusif aux titulaires de droit, dont l'exercice relativement à leurs œuvres est fondamental et essentiel à leurs moyens de subsistance<sup>xiv</sup>.
52. Les copies des œuvres et des enregistrements qui s'effectuent dans l'environnement numérique, que ce soit par le biais d'Internet, sur un serveur ou dans un appareil audionumérique, ont toutes une fonction **utile, précise et distincte**. Ces reproductions devraient être autorisées par le titulaire de droits en appliquant un **éventail de valeurs économiques** établi en fonction de l'utilité et l'efficacité qu'elles engendrent pour celui qui les fait.
53. **Le passage à l'ère numérique n'a pas révolutionné l'exercice du droit de reproduction des auteurs des œuvres, qui doivent pouvoir continuer de l'exercer de manière exclusive.**

### La valeur du droit de reproduction

54. L'établissement de la valeur économique du droit de reproduction n'a à ce jour entraîné aucun problème, car au Canada la valeur des diverses reproductions a été déterminée au fil des ans par la libre négociation entre les utilisateurs de la musique et les sociétés de gestion collective qui représentent les intérêts des titulaires des droits.
55. Cette valeur économique a également été déterminée par la Commission du droit d'auteur du Canada, un tribunal administratif indépendant compétent en matière de réglementation économique, au moyen d'un processus quasi judiciaire dans le cadre duquel les utilisateurs et les titulaires de droits font valoir leurs arguments, incluant la capacité pour les utilisateurs de verser les redevances dues. Ceci permet d'évaluer les différents processus technologiques pertinents de façon à déterminer la valeur des redevances à être versées pour la reproduction des œuvres protégées.
56. Suite à la libre négociation et à diverses décisions de la Commission du droit d'auteur, **des valeurs différentes ont été établies selon le type de reproduction des œuvres, allant de la mémoire *tampon*, à valeur moindre, à la copie *permanente*, à valeur plus importante.**
57. Le Parlement ne devrait pas intervenir, alors qu'au Canada, des balises existent déjà afin de définir ce qu'est une copie temporaire ou transitoire, et d'évaluer et de distinguer les copies à valeur plus importante des copies à valeur moindre. Par conséquent, l'introduction de l'article 30.71 au projet de loi C-32 n'est pas utile ni nécessaire.

58. Par conséquent, CSI est d'avis que le nouvel article 30.71 doit être retiré et que la valeur du droit de reproduction doit continuer d'être déterminé par la libre négociation ou par le biais d'un processus ouvert et équitable devant la Commission du droit d'auteur.

#### **Proposition de modification de l'article 30.71 du projet de loi C-32**

59. Toutefois, dans la mesure où le gouvernement tiendrait tout de même à introduire cet article, son texte doit être revu pour éviter des effets négatifs et dévastateurs. Sous sa forme actuelle, cet article pourrait même anéantir des pans entiers de l'exercice légitime par les titulaires de droits de leur droit de reproduction dans l'environnement numérique.

#### **Pertinence de modifier cet article**

60. Le libellé proposé n'est pas précis. Sa portée extrêmement large donnera assurément naissance à un éventail d'interprétations qui entraîneront à leur tour une myriade de contestations par des utilisateurs qui déclareront que leurs activités, peu importe la valeur des reproductions impliquées, sont dorénavant visées par cette nouvelle exception. Ainsi, la notion de « faciliter une utilisation » est floue, subjective et elle ne tient pas compte des avantages économiques qu'en retirent les utilisateurs<sup>xv</sup>. Cet effet négatif non souhaité doit être évité. Les reproductions numériques doivent conserver leur valeur, car si elles résultent de processus améliorés, plus abordables et innovateurs par nature, les utilisateurs en tirent indiscutablement profit.

#### **Le principe et la portée du projet de loi**

61. Le gouvernement, dont l'intention ressort des fiches techniques mises à la disposition du public, vise essentiellement des activités ciblées telles que le reformatage de pages Web aux fins d'affichage sur un téléphone intelligent ou des processus purement techniques comme la transmission en antémémoire sur Internet. Afin de respecter cette vision et d'éviter des incertitudes juridiques, l'article devrait spécifier que la reproduction n'a pas de valeur économique significative. En effet, la volonté du gouvernement ne peut être d'éliminer malencontreusement des actes de reproduction déjà protégés par la Loi sur le droit d'auteur qui possèdent une valeur économique qui découle des avantages réels qu'en retire les utilisateurs. Les ayants droit doivent continuer de recevoir des redevances pour ces types de reproduction.
62. De plus, le principe énoncé du gouvernement serait atteint en établissant clairement la notion de *durée* du processus technologique comme étant une durée moins que transitoire<sup>xvi</sup> afin d'éviter que cet article provoque une panoplie d'actions judiciaires.
63. S'il s'avérait que l'exception de l'article 30.71 puisse couvrir plus que les reproductions transitoires ou les reproductions dont la valeur économique a déjà été établie, cela porterait atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre et à la rémunération que le titulaire de droits reçoit présentement. Ceci constituerait alors une violation claire aux obligations internationales que le Canada s'est engagé de respecter, ce qui ne peut être la volonté du gouvernement.

64. Tel que rédigé, cette exception pourrait sembler également s'appliquer aux reproductions effectuées par une entreprise de programmation et de radiodiffusion tels que ces termes sont définis dans la Loi. Ceci entraînerait une confusion dans l'applicabilité de l'article 30.71 en supplément aux exceptions distinctes déjà concédées à ces entreprises par les articles 30.8 et 30.9.
65. Par conséquent, si l'article 30.71 devait être adopté, CSI recommande les modifications suivantes:

30.71 Ne constitue pas une violation du droit d'auteur le fait de reproduire une œuvre ou tout objet du droit d'auteur si les conditions suivantes sont réunies:

- (a) la reproduction est un élément essentiel d'un processus technologique;
- (b) elle a pour seul but de faciliter une utilisation qui ne constitue pas une violation du droit d'auteur et elle n'a pas de valeur réelle;
- (c) elle n'existe que pour la durée du processus technologique une période transitoire;

Pour plus de certitude, l'exception prévue à cet article ne s'applique pas aux reproductions effectuées par ou sous l'autorité d'une « entreprise de programmation », tel que défini à l'article 30.8 (11) ou d'une entreprise de radiodiffusion, tel que défini à l'article 30.9 (7).

66. CSI croit que ces modifications reflètent plus exactement les intentions du gouvernement puisqu'elles clarifient diverses notions vagues et générales tout en étant conformes à la portée et aux principes du projet de loi. À notre avis, il est hautement pertinent de prendre des mesures à cet égard. C'est pourquoi, si l'article 30.71 proposé doit entrer en vigueur, il est impératif que ces modifications soient intégrées afin d'assurer une approche juste et équilibrée qui a du sens.

## **COPIES DE SAUVEGARDE [ARTICLE 29.24]**

67. Selon l'article 29.24 proposé, le fait, pour la personne qui est propriétaire d'une copie d'une œuvre ou de tout autre objet du droit d'auteur ou qui est titulaire d'une licence d'utilisation, de la reproduire exclusivement à des fins de sauvegarde ne constitue pas une contrefaçon du droit d'auteur si la copie originale n'est pas contrefaite, si la personne ne contourne pas une mesure technique de protection (MTP) afin de faire les copies de sauvegarde et si les copies de sauvegarde ne sont données à personne. Si la personne cesse d'être propriétaire de la copie originale ou titulaire de la licence qui en permet l'utilisation, toutes les copies de sauvegarde existantes doivent être détruites immédiatement.
68. À titre de remarque préliminaire, il est important de noter que l'exception proposée s'appliquerait non seulement aux particuliers mais aussi à toute entreprise ou autre organisation qui fait des copies de sauvegarde à quelque fin que ce soit. En raison de sa large portée, cette exception semble entrer en conflit avec les autres dispositions de la Loi et avoir d'autres conséquences imprévues.

### **L'exception proposée entraînerait l'élimination de la rémunération actuellement versée aux titulaires de droits en vertu de la partie VIII de la *Loi sur le droit d'auteur***

69. Dans la mesure où elle permettrait à des personnes de faire des copies de sauvegarde d'œuvres musicales, de prestations et d'enregistrements sonores, il y aurait chevauchement entre l'exception proposée et la partie VIII de la Loi, et l'exception entrerait en conflit avec cette partie, qui autorise déjà la production de telles copies mais exige que les titulaires de droits reçoivent une rémunération pour celles-ci. La nouvelle exception proposée, par contre, permettrait explicitement la production d'un nombre potentiellement élevé de copies sans aucune rémunération. Cela mettrait fin à une importante source de revenus actuelle pour les titulaires de droits, ce qui contreviendrait au test des trois étapes de la convention de Berne.
70. Même si ce conflit est réglé, la valeur économique de la redevance pour copie privée continuera inévitablement à diminuer tant qu'elle sera limitée à des supports de plus en plus désuets. Par conséquent, la production de copies de sauvegarde multiples par des particuliers deviendra en peu de temps une simple autre forme d'utilisation non rémunérée.

### **L'exception proposée entraverait d'autres systèmes d'octroi de licences existants, ce qui priverait encore davantage les titulaires de droits d'une rémunération**

71. Dans certains cas, la production de copies de sauvegarde est régie par contrat, par exemple, dans le cas de téléchargements d'œuvres musicales acquises auprès de services de distribution de musique en ligne comme iTunes. L'exception proposée semble passer outre à ces dispositions contractuelles, qui forment une condition essentielle de l'entente économique aux termes de laquelle les utilisateurs se voient accorder l'accès à ces produits.

72. Dans bien d'autres cas, particulièrement s'il s'agit d'autres utilisateurs que des particuliers, les copies de sauvegarde prévues par l'exception proposée font déjà l'objet de licences octroyées en vertu des systèmes d'octroi de licences ou des tarifs existants, notamment ceux qui sont administrés par CSI, la SODRAC et la CMRRA. Les copies de sauvegarde d'œuvres musicales faites par les radiodiffuseurs aux fins de diverses fonctions reliées à la radiodiffusion sont assujetties aux licences négociées avec, par exemple, les stations de radio payante, les stations de radio non commerciale et les télédiffuseurs, ainsi qu'au Tarif CSI pour la radio commerciale et au Tarif pour les services de radio par satellite. Dans ces cas, la rémunération payable aux sociétés de gestion reflète la valeur de l'ensemble des copies faites à des fins de radiodiffusion, y compris les copies de sauvegarde.

#### **Une copie de sauvegarde est suffisante**

73. Contrairement à l'alinéa 30.6b) actuel de la Loi, qui permet de faire une seule copie de sauvegarde d'un programme d'ordinateur, l'exception proposée ne prévoit aucune limite quant au nombre de reproductions pouvant être faites à des fins de sauvegarde. En fait, le libellé de l'alinéa 29.24(1)d) prévoit expressément la possibilité de faire des reproductions multiples. CSI est d'avis que, conformément à l'alinéa 30.6b) actuel, il ne faudrait autoriser qu'une seule copie à des fins de sauvegarde.

#### **Les conditions visant à protéger les titulaires de droits sont inapplicables et invérifiables**

74. Les conditions relatives à l'exception, quoique logiques, sont essentiellement inapplicables. En pratique, il serait presque impossible pour les titulaires de droits de savoir quelles copies sont faites uniquement à des fins de sauvegarde, et encore moins de savoir si certaines des copies sont données à une personne ou si toutes ces copies sont détruites ou non lorsque la personne qui les a faites n'a plus de droits sur la copie originale. Cette exception peut donc être invoquée pour légaliser pratiquement toutes les copies faites par un utilisateur.
75. L'exigence pour la personne qui fait les copies de sauvegarde de ne « donner aucune reproduction à personne » est curieusement formulée, en ce sens qu'elle pourrait ne pas interdire la vente, la location ou toute autre distribution des reproductions.

## Objectif d'un équilibre approprié

76. CSI reconnaît qu'il est opportun dans certaines circonstances de permettre la production de copies de sauvegarde à diverses fins et qu'il pourrait ne pas être nécessaire de rémunérer les titulaires de droits pour chacune de ces copies, quelle que soit la façon dont cette copie a été produite ou utilisée. Toutefois, il n'est jamais nécessaire de prévoir que des copies de sauvegarde puissent être faites sans rémunération lorsque la production de ces copies est déjà visée par un contrat, une licence, un tarif ou un système existant prévu par la Loi. CSI croit que le libellé de l'exception proposée est beaucoup plus large que nécessaire et qu'il empêchera de manière injustifiée l'exploitation normale d'œuvres et d'autres objets du droit d'auteur.
77. Pour faire en sorte que la portée de l'exception soit limitée de manière appropriée, CSI propose qu'elle soit modifiée ainsi :

29.24 (1) Ne constitue pas une violation du droit d'auteur le fait, pour la personne qui est propriétaire de la copie (au présent article appelée « copie originale ») d'une œuvre ou de tout autre objet du droit d'auteur, ou qui est titulaire d'une licence en autorisant l'utilisation, de faire une seule reproduction de cette copie originale la reproduire si les conditions ci-après sont réunies :

- a) la reproduction est effectuée exclusivement à des fins de sauvegarde au cas où il serait impossible d'utiliser la copie originale, notamment en raison de perte ou de dommage qui n'a pas été causé de façon délibérée par la personne;
- b) la copie originale n'est pas contrefaite;
- c) dans l'éventualité où la personne est titulaire d'une licence qui autorise l'utilisation de la copie originale, cette licence n'interdit pas la création de copies de sauvegarde et la personne respecte les autres conditions applicables de cette licence;
- ed) la personne ne contourne pas ni ne fait contourner une mesure technique de protection, au sens de ces termes à l'article 41, pour faire la reproduction;
- de) elle ne vend, distribue, loue ou donne aucune la reproduction à personne

### **Assimilation**

(2) Une des La reproduction faites au titre du paragraphe (1) est assimilée à la copie originale en cas d'impossibilité d'utiliser celle-ci, notamment en raison de perte ou de dommage qui n'a pas été causé de façon délibérée par la personne

### **Destruction**

(3) La personne est tenue de détruire toutes les reproductions faites au titre du paragraphe (1) dès qu'elle cesse d'être propriétaire de la copie originale ou d'être titulaire de la licence qui en autorise l'utilisation.

### **Application**

(4) Le présent article ne s'applique pas aux reproductions prévues aux articles 30.71 ou celles de la Partie VIII ou qui sont faites par ou sous l'autorité d'un intermédiaire, au sens de la définition de ce terme à l'article 29.21, d'une entreprise de programmation au sens de la définition de ce terme à l'article 30.8(11) ou une entreprise de radiodiffusion au sens de la définition de ce terme à l'article 30.9(7).

**Reproduction assujettie à une licence, contrat ou tarif**

(5) Les termes et conditions énumérés dans une licence, contrat ou tarif portant sur l'étendue du droit de faire une copie originale ont préséance sur les conditions décrites à l'alinéa 29.24 (1) en cas de conflit entre ces conditions.

***NOTE :*** *Si l'article 30.71 est retiré, tel que demandé dans ce mémoire, la référence à cet article dans la modification au paragraphe 29.24(4) ci-dessus est inutile.*

## FIXATION D'UN SIGNAL ET ENREGISTREMENT D'UNE ÉMISSION POUR ÉCOUTE OU VISIONNEMENT EN DIFFÉRÉ [ARTICLE 29.23]

78. L'article 29.23 proposé créerait une autre exception aux termes de laquelle aucune rémunération ne serait accordée, cette fois pour ce qu'on appelle le « décalage » c.-à-d., l'enregistrement d'émissions radiodiffusées pour écoute ou visionnement en différé. Contrairement à la disposition équivalente du projet de loi C-61, qui était limitée aux émissions transmises par la radiodiffusion traditionnelle, c'est-à-dire par des radiodiffuseurs titulaires de licences émises par le CRTC, le projet de loi C-32 étendrait cette exception également aux émissions transmises seulement par Internet.
79. Cet élargissement de la portée de l'exception semble viser une certaine neutralité de la Loi sur le plan technologique. Toutefois, ses implications pratiques pour les titulaires de droits représentés par la CMRRA et la SODRAC par l'intermédiaire de CSI sont loin d'être neutres : cette exception, de concert avec l'utilisation du terme général « émission », qui n'est pas défini, semble maintenant avoir pour effet d'exempter un utilisateur d'obtenir l'autorisation pour la reproduction de certaines webémissions audio qui, dans bien des cas, fait l'objet d'une licence accordée par CSI. De même, il semble que cette exception s'appliquerait aux émissions transmises au moyen de services de radio par satellite, même si la production de copies de ces émissions à des fins de décalage fait déjà l'objet d'une licence accordée par CSI au moyen du *Tarif CSI Satellite Radio* qui a été homologué par la Commission du droit d'auteur en 2009.
80. Bien que selon cette exception, les reproductions ne doivent pas être conservées plus longtemps qu'il n'est raisonnablement nécessaire pour écouter ou regarder l'émission à un moment plus opportun, la possibilité de faire appliquer cette restriction est pour le moins douteuse. La partie VIII de la Loi a été introduite en partie pour tenir compte du fait qu'il était impossible, en pratique, de déceler ou d'empêcher la production de copies d'œuvres musicales pour usage privé, et cela est également vrai pour le décalage. Il s'ensuivra vraisemblablement que les gens se sentiront libres de créer et de stocker de vastes bibliothèques numériques contenant une variété croissante de programmes audio et audiovisuels, ce qui entraînera nécessairement une baisse de la demande de copies payées pour les mêmes œuvres.
81. CSI suppose que l'exception proposée vise à légaliser la pratique très répandue consistant à enregistrer des émissions radiodiffusées pour les visionner plus tard, de sorte que les utilisateurs de magnétoscopes à cassettes et d'enregistreurs personnels de vidéos ne commettront plus d'actes constituant une contrefaçon du droit d'auteur. C'est une politique sensée et raisonnable. Toutefois, en la mettant en œuvre, le gouvernement ne devrait pas sanctionner par inadvertance des pratiques qui sont moins courantes et pour lesquelles les titulaires de droits ont droit à une rémunération. Pour éviter ces conséquences imprévues, CSI propose que les modifications suivantes soient apportées à l'article 29.23 proposé :
- Pour s'assurer que les copies à des fins de décalage ne servent qu'à l'usage privé de ceux qui les font et qu'elles ne soient pas partagées avec d'autres, il faudrait réviser l'alinéa 29.23(1)e afin d'interdire la vente, la location ou toute autre distribution des copies, plutôt que simplement exiger de ne les « [donner] à personne », et réviser

l'alinéa 29.23(1)f afin d'exiger que les copies ne servent qu'à « l'usage privé » de ceux qui les font (et non « à des fins privées », terme qui peut donner lieu à une plus large interprétation).

- Il faudrait étendre la restriction prévue au paragraphe 29.23(2) afin d'exclure les émissions transmises par des « services d'abonnement », selon la définition donnée dans une révision proposée du paragraphe 29.23(3), et non seulement les émissions transmises par les services sur demande. Cela permettra de s'assurer que les émissions diffusées au moyen de services de radio par satellite et les services de musique en ligne par abonnement ne seront pas visés par inadvertance par l'exception.
- Il faudrait réviser la définition du terme « émission » afin de s'assurer qu'il ne s'applique pas à des œuvres uniques, ce qui entraînerait un grave risque d'érosion du marché des téléchargements numériques d'œuvres musicales et audiovisuelles. La définition proposée reprend de très près la définition du même terme dans la *Loi sur la radiodiffusion*. Il faudrait aussi réviser en conséquence les définitions proposées de « radiodiffusion » et de « service sur demande » pour parvenir à réaliser la restriction proposée.

82. Les modifications proposées sont les suivantes :

29.23 (1) Ne constitue pas une violation du droit d'auteur le fait, pour une personne physique, de fixer un signal de communication, de reproduire une œuvre ou un enregistrement sonore lorsqu'il est communiqué par radiodiffusion ou de fixer ou de reproduire une prestation lorsqu'elle est ainsi communiquée, afin d'enregistrer une émission pour l'écouter ou la regarder en différé, si les conditions suivantes sont réunies :

- a) la personne reçoit l'émission de façon licite;
- b) elle ne contourne pas ni ne fait contourner une mesure technique de protection, au sens de ces termes à l'article 41, pour enregistrer l'émission;
- c) elle ne fait pas plus d'un enregistrement de l'émission;
- d) elle ne conserve l'enregistrement que le temps vraisemblablement nécessaire pour écouter ou regarder l'émission à un moment plus opportun;
- e) elle ne vend, distribue, loue ou donne l'enregistrement à personne;
- f) l'enregistrement n'est utilisé qu'à son usage privé des fins privées

**Restriction**

(2) Le paragraphe (1) ne s'applique pas si la personne reçoit l'œuvre, la prestation ou l'enregistrement sonore dans le cadre de la fourniture d'un service sur demande ou d'abonnement

**Définitions**

(3) Les définitions qui suivent s'appliquent au présent article.

« radiodiffusion » Transmission par télécommunication ~~d'une œuvre ou de tout autre objet du droit d'auteur~~ d'une programmation et destinée à être reçue par le public, à l'exception de celle qui est faite uniquement à l'occasion d'une exécution en public.

« service sur demande » Service qui permet à la personne de recevoir une œuvre, une prestation ou un enregistrement sonore ou une programmation intégrant une œuvre, une prestation ou un enregistrement sonore, au moment qui lui convient.

« programmation » Son et images visuels, ou une combinaison de son et images visuels intégrant plus d'une œuvre ou tout autre objet du droit d'auteur.

« service d'abonnement » Service qui permet à une personne de recevoir une programmation en considération d'un paiement, incluant un essai gratuit ou toute autre offre promotionnelle

**CONTENU NON COMMERCIAL GÉNÉRÉ PAR L'UTILISATEUR**  
**[ARTICLE 29.21]**

83. L'article 29.21 proposé du projet de loi C-32 introduirait une nouvelle exception à la contrefaçon du droit d'auteur pour le « contenu non commercial généré par l'utilisateur » (« CGU »). Selon cette exception, une personne serait autorisée à utiliser des œuvres existantes et d'autres objets du droit d'auteur pour créer de nouvelles œuvres ou d'autres objets du droit d'auteur et à utiliser, ou à autoriser un « intermédiaire » à diffuser, le CGU qui en découle, pourvu que le CGU ne serve qu'à des fins non commerciales ou que l'autorisation de le diffuser ne soit donnée qu'à de telles fins, et pourvu que certaines autres conditions stipulées soient remplies. L'exception s'appliquerait à toutes les œuvres, pourvu qu'elles aient déjà été publiées ou mises à la disposition du public, et permettrait la diffusion de CGU en ligne et ailleurs.
84. D'après les documents d'information et autres déclarations publiques du gouvernement, CSI croit comprendre que l'exception proposée vise principalement à permettre la création de « mash-ups » et de « remixes » et d'autres formes familières de CGU créés d'après l'œuvre existante d'autres personnes. Toutefois, CSI est fort préoccupée par la portée illimitée de la disposition telle qu'elle est rédigée et de ses éventuelles conséquences imprévues. Fait probablement encore plus important, CSI note qu'il n'existe aucun précédent international d'une telle exception et qu'en fait, cette exception compromettrait, voire éliminerait, d'importantes sources de revenus, actuelles ou éventuelles, pour les titulaires de droits.

**L'exception proposée permettrait le trafic à grande échelle de CGU sans rémunération, ce qui entraînerait l'élimination des droits des créateurs et des titulaires de droits**

85. Il semble, selon le libellé du paragraphe 29.21 proposé, que l'exigence que le CGU ne soit utilisé ou diffusé qu'à des fins « non commerciales » s'applique seulement au créateur de la nouvelle œuvre. Cette exigence ne s'étend pas au site Web hébergeant le contenu ni à tout autre intermédiaire qui est autorisé à diffuser la nouvelle œuvre. En pratique, cela signifie que tant que l'auteur du CGU nouvellement créé ne tire pas profit de sa diffusion, des « intermédiaires commerciaux » comme YouTube auraient le droit de continuer à établir des modèles d'affaires rentables en distribuant du CGU contenant des œuvres et d'autres objets du droit d'auteur à l'égard duquel aucun titulaire de droits n'a reçu de rémunération. Cela pourrait également permettre à des tiers de vendre des copies de CGU produits sous le régime de l'exception sans avoir à obtenir une licence ou à rémunérer les titulaires de droits pour l'utilisation des œuvres sous-jacentes.
86. Cela est à l'opposé de la situation actuelle, où YouTube et d'autres entreprises semblables sont tenues de conclure des contrats de licence avec les titulaires de droits pour la diffusion de contenu, quelle qu'en soit l'origine, et le font régulièrement aux États-Unis et en Europe. (En fait, il se peut que certains de ces contrats de licence comprennent déjà le Canada.) Cela a aussi pour effet d'éliminer un important marché potentiel pour l'exploitation d'œuvres musicales au Canada, marché que CSI exploiterait autrement par l'octroi de licences collectives afin de maximiser l'accès des utilisateurs aux œuvres musicales tout en assurant une juste rémunération aux titulaires de droits.

87. Cependant, comme l'exception s'applique sauf si un titulaire de droits qui s'y oppose peut établir que *chaque cas d'utilisation individuel* aurait un « effet négatif important » sur l'exploitation actuelle ou éventuelle d'une œuvre en particulier, norme qui est quasi impossible à atteindre dans la plupart des cas, il n'est absolument pas évident qu'éliminer la possibilité d'octroyer des licences pour l'utilisation et la diffusion d'œuvres existantes de CGU affecterait la possibilité de se prévaloir de l'exception. Ce que l'article 29.21 proposé omet de reconnaître, **c'est qu'il est pratiquement certain que l'utilisation généralisée de contenu de cette manière aura une incidence défavorable importante sur le marché général de l'exploitation de toutes les œuvres.**
88. De plus, la signification précise du terme « non commercial » et la véritable portée qui lui est donnée en ce qui concerne les types d'utilisations à faire ne sont pas clairement établies. À différents endroits dans le projet de loi C-32, on fait mention du terme « à des fins personnelles » (qui apparaît déjà dans la *Loi sur le droit d'auteur*) et du terme « à des fins privées », en plus de l'expression « à des fins non commerciales » qui est prévue par l'article 29.21 et d'autres dispositions. En comparant le libellé simple et clair de ces termes qui se font concurrence, cela laisse entendre que le terme « à des fins non commerciales » a, à tout le moins, une plus grande portée que les autres – en d'autres mots, qu'on peut utiliser une œuvre ou un autre objet du droit d'auteur de certaines manières qui, bien qu'elles soient de nature « non commerciale », ne sont ni personnelles ni privées. Cela semblerait certes inclure les utilisations faites par des organismes sans but lucratif ainsi que les utilisations sans but lucratif, même au sein d'entreprises à but lucratif.

#### **L'exception proposée aurait d'autres conséquences imprévues et significatives**

89. Bien qu'on ait généralement supposé que l'exception proposée ne visait que la diffusion en ligne de contenu numérique, il n'est pas clair que le paragraphe 29.21(1) comporte effectivement cette restriction. Telle qu'elle est rédigée, cette exception s'appliquerait également aux copies matérielles de CGU. Cela signifie qu'elle s'appliquerait aux « remixes » et aux « mash-ups » distribués sur CD et sur d'autres supports physiques. Cela pourrait également signifier que les compilations de CD contenant des enregistrements de divers artistes seraient visées par l'exception, pour autant que les CD ne soient pas vendus à des fins commerciales, particulièrement étant donné que l'exception n'impose aucune limite quant à la quantité d'une œuvre pouvant être reproduite dans le cadre de la création d'une nouvelle œuvre, ce qui pourrait signifier **qu'une nouvelle œuvre de CGU pourrait comprendre une ou plusieurs œuvres entières et être tout de même visée par cette exception.**
90. À l'heure actuelle, la CMRRA et la SODRAC octroient toutes deux activement des licences d'utilisation d'œuvres musicales à ces fins, ce qui engendre des revenus annuels élevés. En d'autres mots, **l'exception proposée entraînerait l'élimination d'une source importante de revenus pour les compositeurs et les éditeurs de musique.** En ce sens, la restriction qui veut que la nouvelle œuvre ou l'autre objet du droit d'auteur ne doive être utilisé qu'« à des fins non commerciales » fait bien peu pour réduire les dommages que subiraient les titulaires de droits. Cela pourrait également être le cas pour la technique d'« extraits de pièces », qui consiste en l'inclusion délibérée d'une œuvre musicale ou d'un enregistrement sonore préexistant dans la production d'un nouvel enregistrement, une pratique qui est particulièrement courante dans la musique hip-hop

et urbaine et pour laquelle il existe un marché de licences établi et lucratif depuis au moins une vingtaine d'années. Rien dans l'article 29.21 proposé ne permet de distinguer l'utilisation d'un « extrait » d'une œuvre préexistante d'un autre type de CGU.

91. De plus, il est important de considérer l'interaction de l'article 29.21 proposé avec d'autres exceptions proposées. Pour ne prendre que l'exemple le plus évident, on pourrait penser que les œuvres ou autres objets du droit d'auteur créés et diffusés dans le cadre de l'exception CGU constitueraient une copie qui a été « obtenue légalement » aux fins de l'exception relative à la reproduction à des fins privées qui est proposée à l'article 29.22. Si tel est le cas, le recours aux deux exceptions permettrait à une personne d'établir sa propre bibliothèque de CGU, qui servirait à des fins privées. Comme il a été indiqué précédemment, le CGU en question pourrait comprendre une ou plusieurs œuvres entières, et rien n'empêcherait cette personne d'extraire ces œuvres individuelles du CGU pour les stocker dans des fichiers numériques distincts. (Cette façon de faire ne semblerait certainement pas faire des fichiers extraits des « copies contrefaites », de sorte qu'elles seraient soustraites à la portée de l'article 29.22.) Lorsqu'elle est considérée sous cet angle, il devient évident que **l'exception proposée relative au CGU pourrait permettre à une personne d'acquérir d'importantes bibliothèques d'œuvres musicales et d'autres objets du droit d'auteur sans jamais payer pour une seule copie, quelle qu'elle soit.**

#### **L'exception proposée contreviendrait au test des trois étapes de la convention de Berne**

92. Telle qu'elle est rédigée, l'exception relative au CGU n'est pas limitée dans son champ d'application, particulièrement en ce qui concerne sa limitation à de vagues « fins non commerciales » et la possibilité qu'elle pourrait toucher des collections d'œuvres entières et non modifiées. CSI croit donc qu'elle n'est pas adéquatement limitée à « certains cas spéciaux » comme il est exigé aux termes de la première partie du test des trois étapes de la convention de Berne.
93. En outre, même si l'alinéa 29.21(1)d semble conçu pour assurer la conformité aux deuxième et troisième étapes, l'exigence voulant que chaque utilisation particulière n'ait aucun « effet négatif important » sur l'exploitation de l'œuvre existante, sans qu'aucune considération ne soit accordée à l'impact de l'utilisation et de la diffusion généralisées de CGU en général, ne semble pas tenir compte des dispositions de la convention de Berne stipulant que l'exception « ne porte pas atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre » ou « ne cause un préjudice injustifié aux intérêts légitimes de l'auteur », selon les deuxième et troisième étapes, respectivement.
94. CSI croit donc que, telle qu'elle est rédigée, l'exception proposée relative au CGU contreviendrait aux trois parties du test des trois étapes de la convention de Berne. Toutefois, cette conséquence peut facilement être évitée en intégrant explicitement chacune des trois étapes dans les critères applicables à l'exception, comme nous le proposons ci-dessous. Le libellé proposé tiendrait également compte des droits moraux des auteurs et des artistes-interprètes, qui pourraient autrement être écartés par l'exception telle qu'elle est rédigée.

## Obtention d'un équilibre approprié

95. Le succès de services comme YouTube démontre clairement que le CGU devient une méthode de plus en plus importante d'exploitation des œuvres musicales et d'autres objets du droit d'auteur. Bien que CSI estime important de permettre aux utilisateurs d'utiliser ce contenu sans contrefaire le droit d'auteur, l'établissement de mécanismes appropriés d'octroi de licences, dont plusieurs existent déjà, et non l'élimination des droits économiques des titulaires de droits d'auteur par l'application d'une exception sans précédent et inutile, permettrait d'atteindre ce but.
96. Il est toutefois important que le texte actuel de l'article 29.21 soit modifié de façon à tenir compte des préoccupations qui précèdent. Plus précisément, CSI croit qu'il est possible de parvenir à un équilibre judicieux entre l'accès pour les utilisateurs et la rémunération des titulaires de droits par l'octroi de licences collectives de CGU lorsque ce contenu est diffusé par un intermédiaire. À cette fin, CSI recommande les modifications suivantes :

29.21 (1) Ne constitue pas une violation du droit d'auteur le fait, pour une personne physique, d'utiliser une œuvre ou tout autre objet du droit d'auteur ou une copie de ceux-ci — déjà publiés ou mis à la disposition du public — pour créer une autre œuvre ou un autre objet du droit d'auteur protégés et, pour cette personne de même que, si elle les y autorise, celles qui résident habituellement avec elle, d'utiliser la nouvelle œuvre ou le nouvel objet ou d'autoriser un intermédiaire à le diffuser sur Internet ou tout autre réseau numérique, si les conditions suivantes sont réunies :

- a) la nouvelle œuvre ou le nouvel objet n'est utilisé qu'à des fins non commerciales, ou l'autorisation de le diffuser n'est donnée qu'à de telles fins;
  - b) si cela est possible dans les circonstances, la source de l'œuvre ou de l'autre objet ou de la copie de ceux-ci et, si ces renseignements figurent dans la source, les noms de chaque l'auteur, artiste-interprète, producteur ou radiodiffuseur, selon le cas, sont mentionnés;
  - c) la personne croit, pour des motifs raisonnables, que l'œuvre ou l'objet ou la copie de ceux-ci, ayant servi à la création n'était pas contrefait;
  - d) la personne a obtenu la copie de l'œuvre ou un autre objet du droit d'auteur légalement, autrement que par emprunt ou location; et
  - de) l'utilisation de la nouvelle œuvre ou du nouvel objet, ou l'autorisation de le diffuser, ou son utilisation ou diffusion étendue n'a pas ou n'aura vraisemblablement pas les effets suivants : aucun effet négatif important, pécuniaire ou autre, sur l'exploitation — actuelle ou éventuelle — de l'œuvre ou autre objet ou de la copie de ceux-ci ayant servi à la création ou sur tout marché actuel ou éventuel à son égard, notamment parce que l'œuvre ou l'objet nouvellement créé ne peut s'y substituer
- (i) de nuire à l'exploitation normale de l'œuvre ou autre objet — ou de la copie de ceux-ci — ou d'avoir un effet négatif important, financier ou autre, sur tout marché actuel ou éventuel à leur égard, notamment parce que la nouvelle œuvre, l'objet nouvellement créé ou l'œuvre originale intégrée dans ces derniers ne peuvent s'y substituer.

(ii) de porter atteinte indûment aux intérêts légitimes de chaque auteur de l'œuvre ayant servi à la création ou de l'artiste-interprète, du producteur ou du radiodiffuseur des autres objets du droit d'auteur, selon le cas; et

(iii) de porter atteinte de manière préjudiciable à l'honneur ou à la réputation de l'auteur de l'œuvre ayant servie à la création ou de l'artiste-interprète de l'autre objet, selon le cas.

#### **Application**

(2) Le présent article ne s'applique pas à la diffusion par un intermédiaire de la nouvelle œuvre ou du nouvel objet – pour des raisons commerciales ou non – dans le cas où cet intermédiaire peut obtenir, par l'intermédiaire d'une société de gestion, une licence l'autorisant à diffuser la nouvelle œuvre ou le nouvel objet ou l'œuvre ou autre objet de celle-ci ayant servi à la création.

#### **Définitions**

(2) Les définitions qui suivent s'appliquent au paragraphe (1) et (2).

« diffusion » Permettre la mise à la disposition, la communication au public par télécommunication ou sur Internet ou tout autre réseau numérique de la nouvelle œuvre ou nouvel objet de celle-ci créé suivant le sous-paragraphe(1)e.

« intermédiaire » Personne ou entité qui fournit régulièrement un espace une mémoire numérique ou des moyens similaires pour permettre au public de voir ou d'écouter sur Internet ou tout autre réseau numérique des œuvres ou d'autres objets du droit d'auteur

« utiliser » S'entend du fait d'accomplir tous actes qu'en vertu de la présente loi seul le titulaire du droit d'auteur a la faculté d'accomplir, sauf celui d'en autoriser l'accomplissement, incluant la diffusion des œuvres en vertu de l'alinéa (1)

97. Comme autre possibilité, au lieu d'inclure la réserve supplémentaire proposée dans un nouveau paragraphe (2), on pourrait tenir compte des intérêts des titulaires de droits d'obtenir une juste rémunération pour la diffusion de CGU, par opposition à sa création à des fins non commerciales, en modifiant le paragraphe 29.21(1) de la manière suivante :

29.21 (1) Ne constitue pas une violation du droit d'auteur le fait, pour une personne physique, d'utiliser une œuvre ou tout autre objet du droit d'auteur ou ~~une copie de ceux-ci~~ — déjà publiés ou mis à la disposition du public — pour créer une autre œuvre ou un autre objet du droit d'auteur protégés et, pour cette personne de même que, si elle les y autorise, celles qui résident habituellement avec elle, d'utiliser la nouvelle œuvre ou le nouvel objet ou d'autoriser un intermédiaire ~~à le diffuser~~ à en permettre la communication par télécommunication sur Internet ou tout autre réseau numérique, si les conditions suivantes sont réunies :

- a) la nouvelle œuvre ou le nouvel objet n'est utilisé qu'à des fins non commerciales, ou l'autorisation de le diffuser n'est donnée qu'à de telles fins;
- b) si cela est possible dans les circonstances, la source de l'œuvre ou de l'autre objet ou de la copie de ceux-ci et, si ces renseignements figurent

dans la source, les noms de chaque l'auteur, de l'artiste-interprète, du producteur ou du radiodiffuseur, selon le cas, sont mentionnés;

- c) la personne croit, pour des motifs raisonnables, que l'œuvre ou l'objet ou la copie de ceux-ci, ayant servi à la création n'était pas contrefait;
- d) la personne a obtenu la copie de l'œuvre ou un autre objet du droit d'auteur protégés déjà publiés ou mis à la disposition du public légalement, autrement que par emprunt ou location; et
- d~~e~~) l'utilisation de la nouvelle œuvre ou du nouvel objet, ou l'autorisation de le diffuser, ou la diffusion massive de l'œuvre ou autre objet de celle-ci ayant servi à la création n'a pas ou n'aura vraisemblablement pas les effets suivants: aucun effet négatif important, pécuniaire ou autre, sur l'exploitation — actuelle ou éventuelle — de l'œuvre ou autre objet ou de la copie de ceux-ci ayant servi à la création ou sur tout marché actuel ou éventuel à son égard, notamment parce que l'œuvre ou l'objet nouvellement créé ne peut s'y substituer
- (i) de nuire à l'exploitation normale de l'œuvre ou autre objet — ou de la copie de ceux-ci — ou d'avoir un effet négatif important, financier ou autre, sur tout marché actuel ou éventuel à leur égard, notamment parce que la nouvelle œuvre, l'objet nouvellement créé ou l'œuvre originale intégrée dans ces derniers ne peuvent s'y substituer.
- (ii) porter atteinte aux intérêts légitimes de chaque auteur de l'œuvre ayant servi à la création ou de l'artiste-interprète, du producteur ou du radiodiffuseur des autres objets du droit d'auteur, selon le cas; et
- (iii) être utilisé de manière préjudiciable à l'honneur ou à la réputation de l'auteur de l'œuvre ayant servi à la création ou de l'artiste-interprète de l'autre objet, selon le cas.

Nonobstant ce qui précède, il est entendu que le présent article n'a pas pour effet de porter atteinte à la responsabilité des intermédiaires pour l'utilisation et la diffusion de tout œuvre ou objet de celle-ci — pour des raisons commerciales ou non -- sans le consentement du titulaire du droit d'auteur.

#### **Définitions**

(2) Les définitions qui suivent s'appliquent au paragraphe (1) et (2).

« diffusion » Permettre la mise à la disposition, la communication au public par télécommunication ou sur Internet ou tout autre réseau numérique de la nouvelle œuvre ou nouveau objet de celle-ci

« intermédiaire » Personne ou entité qui fournit régulièrement un espace une mémoire numérique ou des moyens similaires pour permettre au public de voir ou d'écouter sur Internet ou tout autre réseau numérique des œuvres ou d'autres objets du droit d'auteur

« utiliser » S'entend du fait d'accomplir tous actes qu'en vertu de la présente loi seul le titulaire du droit d'auteur a la faculté d'accomplir, sauf celui d'en autoriser l'accomplissement, incluant la diffusion des œuvres en vertu de l'alinéa (1).

Toutefois, si l'on prévoit l'octroi de licences collectives relatives au CGU lorsque ce contenu est diffusé à des fins commerciales, cette condition plus restrictive ne devrait pas être nécessaire.

98. Quoi qu'il en soit, CSI croit qu'une autre modification devrait être apportée en conséquence. Pour empêcher les intermédiaires fournissant du CGU de profiter par inadvertance de l'exception relative au « stockage » prévue au paragraphe 31.1(6), CSI recommande que ce paragraphe soit révisé de la manière suivante :

(6) Le paragraphe (5) ne s'applique pas à l'égard d'une œuvre ou de tout autre objet du droit d'auteur si :

- a) la personne qui fournit la mémoire numérique sait qu'un tribunal compétent a rendu une décision portant que la personne qui y a stocké l'œuvre ou l'autre objet viole le droit d'auteur du fait de leur reproduction ou en raison de la manière dont elle les utilise; ou
- b) l'œuvre ou tout autre objet du droit d'auteur est une nouvelle œuvre ou nouvel objet créée en vertu de l'alinéa 29.21(1), ou une œuvre existante ou objet de celui-ci qui est intégré dans cette nouvelle œuvre ou nouvel objet et la personne qui fournit une mémoire numérique agit à titre d'intermédiaire tel que défini à l'alinéa 29.21(2).

99. CSI recommande aussi que le gouvernement envisage de clarifier le sens et l'application prévus du terme « non commerciales », non seulement en définissant ce terme, mais aussi en réexaminant son emploi dans la Loi en même temps que les termes étroitement reliés « utilisation privée » et « à des fins privées ». L'emploi de trois termes différents et non définis qui, quoique semblables, sont de toute évidence différents quant à leur portée prévue, ne peut qu'engendrer de la confusion et des litiges inutiles.

## CONCLUSION

100. Contrairement aux déclarations publiques du gouvernement, il ne serait pas réaliste de s'attendre à ce que les autres mesures prévues dans le projet de loi C-32 à titre d'initiatives visant à mettre en œuvre les traités de l'OMPI entraînent une augmentation des revenus provenant de la musique en ligne pour les auteurs et des éditeurs d'œuvres musicales qui suffirait à compenser les pertes de revenus expliquées ci-dessus. En fait, pour l'industrie de la musique, ces mesures n'entraîneront vraisemblablement pas une augmentation importante des revenus en ligne légitimes.
101. On peut le constater en comparant l'augmentation des ventes de téléchargements numériques de musique légaux au Canada au profil d'augmentation correspondant aux États-Unis, où les traités de l'OMPI ont été mis en œuvre en 1998.
102. Le principal fournisseur de téléchargements numériques, iTunes, a débuté l'exploitation de son service au Canada 18 mois plus tard qu'aux États-Unis. Cependant, depuis le début de l'exploitation de iTunes au Canada en décembre 2004, le taux d'augmentation annuel des ventes en ligne au Canada a été bien plus élevé qu'aux États-Unis. Entre 2005 et 2010, la vente de téléchargements payés et légaux de chansons individuelles ou de pistes individuelles a augmenté de 914 % au Canada, contre 232 % aux États-Unis. De même, les ventes d'albums numériques au cours de la même période ont augmenté de 1 207 % au Canada, comparativement à 431 % aux États-Unis. L'importance de cet écart sur une base annuelle, en utilisant les données sur les ventes de Nielsen SoundScan (qui recueille des données comparables sur les ventes de musique enregistrée pour les États-Unis et le Canada), est illustrée dans le tableau 3.

**TABLEAU 3**  
**Augmentation en pourcentage sur 12 mois des téléchargements de musique électronique, Canada et États-Unis, de 2005 à 2010**

<b>Canada</b>	2006	2007	2008	2009	2010	<b>2005 à 2010</b>
Pistes individuelles	122 %	73 %	58 %	39 %	20 %	<b>914 %</b>
Albums numériques	123 %	93 %	69 %	44 %	24 %	<b>1 207 %</b>
<b>États-Unis</b>						
Pistes individuelles	65 %	45 %	27 %	8 %	1 %	<b>232 %</b>
Albums numériques	101 %	53 %	32 %	16 %	13 %	<b>431 %</b>

*Source : Nielsen SoundScan.*

103. En conséquence, CSI est fondamentalement en désaccord avec la suggestion voulant que les mesures de « modernisation » prévues dans le projet de loi C-32 soient nécessaires pour améliorer le sort de l'industrie de la musique. Le projet de loi causerait au contraire un grave préjudice au monde des compositeurs et des éditeurs de musique, détruirait les marchés actuels et empêcherait l'apparition de nouveaux marchés

éventuels en n'apportant aucun élément de valeur pour aider à l'exploitation ou à la monétisation de droits précieux. Si le gouvernement souhaite sérieusement promouvoir l'« équilibre » entre les droits des titulaires de droit d'auteur et les intérêts des utilisateurs, il devrait le faire par le maintien et l'expansion du système actuel de licences collectives, qui a permis aux utilisateurs d'avoir un accès facile et pratique aux œuvres tout en garantissant à la fois une indemnisation juste et raisonnable aux titulaires de droits. Au lieu de cela, le projet de loi C-32 aurait pour effet de détruire ce système, en accordant aux utilisateurs toute une série de nouvelles exceptions sans rémunération et en laissant aux titulaires de droits une mosaïque précaire de droits qu'il leur serait pratiquement impossible de faire valoir. Cette politique, quel que soit l'objectif qu'elle pourrait représenter, est tout sauf une « modernisation du droit d'auteur ».

---

<sup>i</sup> *Bishop c. Stevens*, [1990] 2 RCS 467

<sup>ii</sup> Le curriculum vitae du professeur Murphy et le texte intégral du sommaire analytique de son rapport sont présentés à l'annexe A, de même qu'un extrait de son rapport qui résume ses conclusions quant à la capacité des radiodiffuseurs de se conformer à une limite de 30 jours pour chaque type de reproduction faite, et ce, tant pour la radio que pour la télévision. Il est possible d'obtenir sur demande le texte intégral de son rapport actuel et des exemplaires de ses rapports d'expert antérieurs sur les technologies de la radio et de la télévision (disponibles en anglais seulement).

<sup>iii</sup> Rapports du témoin expert déposés auprès de la Commission du droit d'auteur du Canada :  
Report on Contemporary Radio Broadcasting Technology, 3 septembre 2008 et  
Report on Contemporary Broadcasting Technology, 1<sup>er</sup> février 2010

<sup>iv</sup> Consultations de 2009 en matière de droit d'auteur, présentation de l'Association canadienne des radiodiffuseurs, paragraphes 42 et 43.

<sup>v</sup> Décision de la Commission, 9 juillet 2010.

<sup>vi</sup> Sommaire analytique de la présentation du conseil de la radiodiffusion de l'ARC au comité de la Chambre des communes examinant la législation, page 1, sommaire analytique.

<sup>vii</sup> Ibid.

<sup>viii</sup> Consultations de 2009 en matière de droit d'auteur, présentation de l'Association canadienne des radiodiffuseurs, page 20, paragraphe 100.

<sup>ix</sup> Décision de la Commission, 14 octobre 2005, page 21.

<sup>x</sup> Décision de la Commission, 9 juillet 2010, page 67, paragraphe 210.

<sup>xi</sup> Décision de la Commission, 28 mars 2003.

<sup>xii</sup> Consultations sur le droit d'auteur de 2009, mémoire de l'Association canadienne des radiodiffuseurs, page 9, par. 45.

<sup>xiii</sup> Laurel Hyatt, *Radio 'casters hope copyright reform will ease impact of music tariff decision*, 19 juillet 2010, [www.cartt.ca/news/FullStory.cfm?NewsNo=10251](http://www.cartt.ca/news/FullStory.cfm?NewsNo=10251) (accès en juillet 2010).

<sup>xiv</sup> Par ailleurs, le paragraphe 1(4) du Traité de l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI) sur le droit d'auteur que le Canada a paraphé en décembre 1997 nous enseigne que : « Il est entendu que le stockage d'une œuvre protégée sous forme numérique sur un support électronique constitue une reproduction au sens de l'article 9 de la Convention de Berne ».

<sup>xv</sup> « reproduction can be “in any material form whatever”. The Act is media neutral, ensuring that copyright owners have rights which encompass technological advances in the expression or communication of their works without the necessity of statutory change. That is, copyright protection subsists in original works fixed in any medium from which the works can be reproduced or otherwise communicated. » *Robertson c. Thompson*.

<sup>xvi</sup> Comme l'a décidé, par ailleurs, une Cour d'appel américaine dans la décision *Cablevision* en 2008 : “a work must be embodied in a medium, i.e. placed in a medium such that it can be perceived, reproduced, etc... from that medium (...) it must remain thus embodied for a period of more than transitory duration”.

## RÉSUMÉ DES RECOMMANDATIONS

### **Article 30.9 : Enregistrements éphémères – entreprises de radiodiffusion**

**Le paragraphe 30.9(6) actuel de la Loi ne devrait pas être abrogé.** Ce paragraphe stipule qu'il n'y a pas d'exception lorsqu'une licence peut être obtenue auprès d'une société de gestion.

### **Article 30.71 : Reproduction pour processus technologiques**

**Le nouvel article 30.71 proposé devrait être retiré.** À défaut, cet article devrait être modifié : les reproductions exemptées ne devraient comprendre que celles qui n'ont pas de valeur réelle et dont la durée est moins que transitoire. L'exemption ne devrait explicitement pas s'appliquer aux reproductions visées par les articles 30.8 et 30.9.

### **Article 29.24 : Copies de sauvegarde**

**Des modifications sont nécessaires** afin de :

- permettre la production d'une seule copie de sauvegarde; et
- exclure les copies déjà visées par un contrat, une licence, un tarif ou un système existant prévu par la Loi, notamment la partie VIII et les copies faites par les radiodiffuseurs.

### **Article 29.23 : Fixation d'un signal et enregistrement d'une émission pour écoute ou visionnement en différé**

**L'article 29.23 devrait être modifié** afin de :

- interdire la vente, la location ou toute autre distribution des copies;
- exiger que les copies ne servent qu'à « l'usage privé » de ceux qui les font; et
- exclure les émissions transmises par des services d'abonnement et des services sur demande.

De plus, l'exception ne devrait pas s'appliquer à des œuvres uniques.

### **Article 29.21 : Contenu non commercial généré par l'utilisateur**

L'article 29.21 doit faire l'objet d'importantes modifications :

- Limiter l'exception à la diffusion en ligne, à l'exception des supports physiques;
- Exiger que les œuvres existantes utilisées soient obtenues d'une manière licite;
- Considérer l'effet sur le CGU que l'utilisation ou la diffusion généralisées d'une œuvre existante, et non seulement un cas individuel, aurait sur le marché des œuvres originales ou d'autres objets du droit d'auteur;
- Intégrer explicitement le test des trois étapes de Berne;
- Exiger explicitement qu'on tienne compte des droits moraux des auteurs et des artistes-interprètes;
- Exclure des intermédiaires comme YouTube de l'exception si une licence peut être obtenue auprès d'une société de gestion; et
- Le terme « non commerciales » doit être défini par rapport aux termes « utilisation privée » et « à des fins privées ». Une personne ne devrait pas être libre de créer des bibliothèques d'œuvres entières extraites de CGU « à des fins privées » sans avoir à payer.

**En l'absence de ces modifications, l'exception proposée relative au CGU devrait être retirée.**

## **Annexe A**

Sommaire analytique et extrait du

*Report on the Impact of Bill C-32  
on Music Reproductions by Broadcasters*

et

Curriculum vitae du  
professeur Michael Murphy



## SOMMAIRE ANALYTIQUE

1. Le projet de loi C-32 apporte des modifications à la *Loi sur le droit d'auteur* qui abrogeraient le paragraphe 30.9(6) actuel, lequel stipule qu'il n'y a pas d'exception pour les enregistrements « éphémères » lorsqu'une licence peut être obtenue auprès d'une société de gestion. L'article 34 du projet de loi C-32 modifierait aussi le paragraphe 30.9(4), qui traite de la destruction des reproductions faites par le radiodiffuseur. Pour donner droit à l'exception, les reproductions devraient être détruites au moment où le radiodiffuseur ne possède plus l'enregistrement sonore, la prestation ou l'œuvre ou à la date d'expiration de la licence lui permettant d'utiliser l'enregistrement sonore, la prestation ou l'œuvre, *ou « sauf autorisation à l'effet contraire du titulaire du droit d'auteur [...] dans les 30 jours suivant sa réalisation »* (c'est nous qui soulignons).
2. La CMRRA, la SODRAC et CMRRA-SODRAC Inc. (CSI) ont commandé le présent rapport afin d'examiner si, advenant l'adoption du projet de loi C-32, les radiodiffuseurs canadiens pourraient potentiellement se conformer aux exigences techniques du paragraphe 30.9 (4) les obligeant à détruire les copies dans les 30 jours et ainsi éviter d'avoir à obtenir des licences pour leurs bibliothèques numériques et autres reproductions d'œuvres musicales. Il est supposé dans le rapport que les radiodiffuseurs se conformeraient à l'exigence qu'ils soient propriétaires de l'enregistrement sonore, de la prestation ou de l'œuvre ou qu'ils disposent d'une licence en permettant l'utilisation.
3. Dans le présent rapport, on examine d'abord la technologie utilisée par les télédiffuseurs et les radiodiffuseurs commerciaux et l'on indique les reproductions numériques d'œuvres musicales (copies) qui sont utilisées aux fins de la production, de la programmation et de la diffusion de la programmation. Chacun des différents types de copies numériques créées dans le cadre des activités de radiodiffusion est ensuite examiné afin de déterminer s'il se conforme ou pourrait se conformer à la limite de 30 jours qui entrerait en vigueur advenant l'entrée en vigueur des dispositions actuellement proposées dans le projet de loi C-32. Le rapport explore ensuite des scénarios permettant aux télédiffuseurs et aux radiodiffuseurs commerciaux de modifier leurs pratiques d'exploitation, au moyen des technologies actuelles, afin de se conformer à l'exigence de destruction des reproductions dans les 30 jours.
4. Selon leur pratique habituelle, les radiodiffuseurs font, et doivent faire, de multiples copies du même enregistrement sonore ou de la même prestation ou œuvre, différents types de copies servant à différentes fins. Dans l'étude, on présente plusieurs types de reproductions numériques qui sont actuellement effacées avant 30 jours ou pourraient l'être facilement sans grande incidence sur les activités de radiodiffusion et de télédiffusion. D'autres types de copies des mêmes enregistrements sonores, prestations et œuvres qui sont actuellement conservées sur une base plus permanente nécessiteraient certains ajustements aux procédures et au déroulement du travail afin de pouvoir être

effacées avant 30 jours. Le rapport explore des scénarios qui pourraient permettre à un radiodiffuseur de modifier ses activités de manière à éliminer certaines, voire la totalité, des copies numériques qui doivent actuellement être conservées pendant plus de 30 jours, en précisant les exigences techniques et financières nécessaires pour le faire.

5. Le rapport conclut que les radiodiffuseurs canadiens pourraient effectivement se conformer à l'exigence technique prévue par le paragraphe 30.9(4) du projet de loi C-32 les obligeant à détruire toutes les reproductions dans le délai de 30 jours qui y est prescrit. Bien qu'un grand nombre de reproductions de chaque enregistrement sonore, prestation ou œuvre musicale soient faites, ces reproductions peuvent généralement être classées en deux catégories. Les stations de radio et de télévision utilisent de nombreuses reproductions qui sont effacées avant 30 jours, ou elles peuvent facilement modifier leurs processus de sorte que ces reproductions soient effacées avant l'expiration de ce délai. Dans le cas des copies numériques qui sont actuellement conservées pendant plus de 30 jours, il existe des options techniques et procédurales qui pourraient permettre aux radiodiffuseurs de « recréer » ou de rafraîchir leurs musicothèques tous les 30 jours et ainsi se conformer à la limite de 30 jours qui s'applique également à ces types de copies. De cette manière, chaque type de copie d'une œuvre musicale qui est faite à des fins de radiodiffusion demeurerait une copie dite « éphémère ». Toutefois, en faisant des copies de copies, le radiodiffuseur pourrait utiliser l'œuvre tant qu'il serait avantageux pour lui de le faire. Les modifications nécessaires pour se conformer à l'exigence de 30 jours entraînent peu ou pas de coûts supplémentaires pour être mises en œuvre et seraient applicables aux activités tant de radiodiffusion que de télédiffusion. Les modifications requises ne deviendront que plus viables à l'avenir, au fur et à mesure que les vitesses de la largeur de bande augmenteront et que la capacité de la technologie numérique continuera de s'accroître, mais ses coûts de diminuer.

#### **4. POTENTIEL DE CONFORMITÉ À L'EXIGENCE DE 30 JOURS**

69. Selon la pratique habituelle, les radiodiffuseurs font ou doivent faire de multiples copies du même enregistrement sonore ou de la même prestation ou œuvre. Différents types de copies servent à différentes fins. Dans cette partie, nous examinerons, pour chacun des différents types de copies décrits ci-dessus, si les radiodiffuseurs pourraient ou non se conformer à l'exigence voulant que les reproductions utilisées à des fins de radiodiffusion soient détruites dans les 30 jours afin d'avoir le droit de se prévaloir de l'exception relative aux œuvres « éphémères ».

##### **4.1 RADIODIFFUSION**

###### **4.11 Intégration et production d'une copie améliorée**

70. La copie originale peut prendre la forme d'un CD ou de données téléchargées d'un service comme DMDS. Lorsque la copie originale est un CD, la copie numérique extraite du CD sera modifiée afin d'y ajouter des métadonnées, telles que des renseignements sur la chanson, le titre, le genre, etc. Lorsque la copie originale est obtenue auprès de DMDS, des métadonnées peuvent aussi être ajoutées ou modifiées. À ce stade, le fichier est « rogné » pour éliminer tout silence radio ou d'autres renseignements nécessaires au système sont ajoutés, comme le nombre de secondes de l'intro de la chanson (temps au début de la chanson avant que les paroles ne commencent). Quel que soit le cas, une nouvelle copie « améliorée » est créée sur le poste de travail d'intégration où elle est conservée pendant la durée de la manipulation, habituellement pendant une période d'au plus quelques heures à quelques jours. Le fichier de musique qui en résulte peut ensuite être copié sur les disques durs du système automatisé principal et effacé du poste de travail d'intégration. La station de radio pourrait facilement mettre en œuvre une procédure manuelle ou automatisée faisant en sorte que cette copie du poste de travail d'intégration soit effacée au moment opportun pour se conformer à l'exigence de 30 jours proposée.

###### **4.12 Copies de fichiers de musique à des fins d'évaluation**

71. Les directeurs musicaux ou de la programmation font des copies supplémentaires des fichiers de musique sur des ordinateurs et d'autres supports (lecteurs iPod/MP3) afin d'évaluer s'il y a lieu d'ajouter ou non une chanson à la liste de diffusion de la station. Souvent, il faut pour cela procéder à des tests d'écoute et à d'autres recherches. Les périodes d'évaluation habituelles durent plusieurs jours, voire des semaines. Quoi qu'il en soit, les stations de radio peuvent facilement adopter une procédure faisant en sorte que les copies de fichiers de musique à des fins d'évaluation n'existent pas plus de 30 jours avant d'être effacées. Si des tests ou des évaluations supplémentaires vont au-delà de cette période de 30 jours, une nouvelle copie à des fins d'évaluation peut être générée à partir de la copie du serveur principal, ce qui permettrait la conformité à l'exigence de 30 jours proposée.

## EXTRAIT DU RAPPORT (CHAPITRE 4)

### 4.13 Copies de préenregistrements vocaux

72. Le processus de préenregistrement vocal permet à une station de radio d'économiser en compressant le temps d'annonceur nécessaire à la production d'une programmation automatisée. Le préenregistrement vocal à distance permet à des annonceurs de faire des préenregistrements vocaux en dehors de la station en utilisant Internet pour se brancher à n'importe quel emplacement dans le monde. Un serveur de préenregistrement vocal à distance crée de nouvelles copies compressées des fichiers de musique requis et les transfère par Internet à un emplacement à distance, où ils demeurent actifs jusqu'à ce que l'annonceur finisse le quart de travail prévu. Les stations de radio peuvent facilement mettre en œuvre une procédure d'effacement de ces copies temporaires dès la fin du quart, de sorte qu'elles se conformeraient à l'exigence de 30 jours proposée.

### 4.14 Transmission en continu sur Internet et sur téléphone cellulaire

73. Lorsque les stations de radio transmettent du contenu en continu sur Internet, une copie tampon de l'audio est créée pendant quelques secondes, soit le temps nécessaire à l'encodage du matériel audio et à sa transmission sur Internet. Comme la copie tampon est déjà purgée constamment toutes les quelques secondes, aucun ajustement de procédure ou de processus n'est nécessaire puisqu'à l'heure actuelle, la copie est effacée dans les 30 jours.

### 4.15 Copies de sauvegarde du système et copies des registres

74. Les stations de radio conservent une copie, et souvent de multiples copies, des données sur les disques dur du système automatisé principal à des fins de sauvegarde en cas de défaillance du système ou d'urgence catastrophique. Les copies de sauvegarde sont habituellement conservées pendant des jours, voire des semaines, avant d'être effacées et remplacées par des copies de sauvegarde plus récentes. La station de radio peut actuellement conserver quelques copies de sauvegarde à long terme pendant des périodes de plus de 30 jours (par exemple en utilisant un système pour ne stocker que les modifications incrémentielles des disques des serveurs), mais cette façon de faire pourrait facilement être modifiée en créant des sauvegardes complètes pour remplacer des fichiers avant la limite de 30 jours, ce qui permettrait la conformité à l'exigence de 30 jours proposée.

75. Les stations de radio conservent aussi des copies des registres où est consignée toute la programmation pendant une période d'au moins 30 jours, mais il s'agit d'une exigence du CRTC.

### 4.16 Copies sur le serveur du système automatisé principal

76. Comme il est indiqué ci-dessus, bon nombre des copies numériques créées dans le cadre de l'exploitation d'une station de radio peuvent facilement être effacées dans un délai de 30 jours. La principale exception, et sans doute la plus importante, est le fichier de musique dans la musicothèque du serveur du système automatisé principal. Habituellement, ce fichier est stocké en permanence sur le disque dur, mais souvent davantage pour des raisons pratiques que par nécessité. Les fichiers audio sont relativement petits et la technologie des disques durs est relativement abordable par gigaoctet. Une très vaste bibliothèque musicale d'une station de radio

## EXTRAIT DU RAPPORT (CHAPITRE 4)

peut facilement être casée dans un disque dur de 1 ou 2 téraoctets qu'on peut actuellement se procurer pour quelques centaines de dollars.

77. Bien qu'une station de radio n'ait pas besoin en permanence d'un fichier de musique, une chanson reste habituellement sur sa liste de diffusion pendant plus de 30 jours. Dans ces cas, le serveur peut simplement et efficacement créer une nouvelle copie avant l'expiration d'un délai de 30 jours et effacer la copie existante. La nouvelle copie pourrait être créée sur un disque dur secondaire ou même à un nouvel emplacement du disque dur existant. Le coût de reproduction et les processus nécessaires à la mise en œuvre de ce scénario n'entraînent que peu de frais. De cette manière simple et économique, la station de radio pourrait modifier ses procédures de manière à se conformer à l'exigence de 30 jours proposée et quand même utiliser l'œuvre tant que ce serait profitable pour le radiodiffuseur.

### 4.2 TÉLÉDIFFUSION

#### 4.21 Intégration manuelle et copies sur le serveur vidéo

78. Si une station de télévision fait appel à une opération d'intégration manuelle, elle ne copie le programme vidéo de la bande vidéo livrée sur le serveur vidéo que quelques heures ou quelques jours avant de la mettre en ondes. Comme les fichiers vidéo sont beaucoup plus volumineux que les fichiers audio, il est plus courant, à l'heure actuelle, que les émissions télédiffusées ne soient pas conservées sur les disques durs du serveur vidéo actif pendant plus de quelques jours, ou tant qu'il est prévu que l'émission passera à l'antenne dans la fenêtre de diffusion à venir. Bien que cela puisse changer à l'avenir en raison de la baisse du coût des disques durs et de l'augmentation de la capacité, à l'heure actuelle, la copie sur le serveur vidéo est effacée avant la limite de 30 jours proposée et aucune modification des processus d'exploitation n'est nécessaire.

#### 4.22 Copies de production et de post-production

79. Les copies de production et de post-production de la programmation télévisuelle sont habituellement stockées sur les serveurs et les postes de travail pendant la durée du processus en cause. Il serait simple de faire en sorte que les fichiers vidéo qui contiennent des œuvres musicales soient effacés des postes de travail et des serveurs avant 30 jours ou copiés de nouveau et effacés pour être conformes au délai de 30 jours proposé.

#### 4.23 Intégration automatisée au moyen d'un système de gestion de contenu (SGC)

80. Si une station de télévision utilise un SGC et un système automatisé, elle génère plusieurs copies numériques qui ont actuellement une durée de vie de plus de 30 jours. Par exemple, plutôt que de se fier à la bande vidéo maîtresse, il arrive couramment que la bande soit intégrée et qu'une copie numérisée de la bande soit stockée en ligne (*nearline*), sans doute après l'édition de l'émission en fonction du temps, de la traduction et de l'encodage pour les personnes malentendantes. De plus, il est fréquent que l'émission soit également transcodée et adopte le format vidéo requis par le serveur vidéo (habituellement MPEG-2, MPEG-4 ou d'autres formats exclusifs) et que cette copie soit aussi stockée en ligne (*nearline*). Un autre fichier de

## EXTRAIT DU RAPPORT (CHAPITRE 4)

remplacement à basse résolution est souvent créé, et cette copie est également stockée sur un serveur administratif. Ces multiples copies sont actuellement conservées pendant la durée de la licence de radiodiffusion négociée, qui a ordinairement une durée de plus de 30 jours. Dans ces cas, il serait possible pour un serveur de créer une nouvelle copie avant une fenêtre de 30 jours et d'effacer la copie existante. La nouvelle copie pourrait être créée sur un disque dur secondaire ou un nouveau support en ligne (*nearline*) (bande ou autre support numérique), ou même à un nouvel emplacement du disque existant. Toutefois, étant donné la plus grande taille des fichiers vidéo, les frais de recopie et les processus nécessaires pour mettre ce scénario en œuvre seraient considérables.

81. Même si le scénario couper-coller fonctionnerait bien dans le contexte de la radio, il est moins envisageable dans le cas des activités de télédiffusion actuelles. Comme il est indiqué précédemment, les fichiers vidéo sont de une à deux fois plus volumineux que les fichiers audio, même en format compressé. En conséquence, les délais de transfert et l'infrastructure connexe nécessaires à la mise en œuvre de systèmes à peu près équivalents dans un environnement vidéo seraient longs, lourds et bien plus onéreux. Il convient de noter que cette analyse est établie en fonction des technologies actuelles. Les augmentations futures de la capacité de mémoire et des systèmes de transfert de données ainsi que de la vitesse de transfert pourraient nous amener ultérieurement à une conclusion différente.

### 4.24 Copies sur Internet et sur téléphone cellulaire

82. Lorsque les stations de télévision transmettent leur contenu en continu sur Internet, une copie tampon de la vidéo est créée pendant quelques secondes, soit le temps nécessaire à l'encodage du matériel et à sa transmission sur Internet. Comme la copie tampon est déjà purgée constamment toutes les quelques secondes, aucun ajustement de procédure ou de processus n'est nécessaire puisque la copie est actuellement effacée dans les 30 jours.

83. Lorsque les stations de télévision copient des émissions sur un serveur Web pour transmettre des épisodes en « rattrapage » sur Internet et sur des appareils cellulaires, ces copies transcodées sont habituellement conservées sur le serveur Web pendant une période pouvant dépasser 30 jours. Comme ces fichiers vidéo ont été compressés pour être transmis sur Internet et sont plus petits que les fichiers vidéo non compressés originaux, ils pourraient être recopiés et effacés plus facilement pour être conformes à l'exigence de 30 jours proposée à l'aide des technologies actuellement disponibles, sans entraîner de coûts supplémentaires élevés ou d'importantes modifications des systèmes.

### 4.25 Copies de sauvegarde du système et copies des registres

84. Les stations de télévision conservent aussi une copie, et souvent de multiples copies, des données sur les disques durs du système automatisé principal à des fins de sauvegarde en cas de défaillance du système ou d'urgence catastrophique. Souvent, le système de stockage en ligne (*nearline*) lui-même est utilisé pour la sauvegarde des fichiers d'émissions. Une station de télévision peut actuellement conserver certaines copies de sauvegarde à long terme pendant des périodes de plus de 30 jours (par exemple en utilisant un système pour ne stocker que les modifications incrémentielles des disques du serveur), mais cette façon de faire pourrait

## EXTRAIT DU RAPPORT (CHAPITRE 4)

facilement être modifiée par la création de sauvegardes complètes pour remplacer des fichiers avant la limite de 30 jours, ce qui permettrait la conformité à l'exigence de 30 jours proposée.

85. Les stations de télévision conservent aussi des copies des registres où est consignée toute la programmation pendant une période d'au moins 30 jours, mais il s'agit d'une exigence du CRTC.

## **CV of Dr. Michael Murphy**

I am a Full Professor with tenure at Ryerson University's School of Radio and Television Arts and I am also the former Head of the Audio and Digital Media Department of this school. Previously, I was Academic Director of the Rogers Communications Centre at Ryerson University.

I am a Professional Engineer registered in the Province of Ontario. I hold a PhD in Management Science and Information Systems, a Master of Business Administration (MBA), a Bachelor of Applied Science in Electrical and Computer Engineering and a Bachelor of Arts in Music.

My expertise is in digital technology applications in media and broadcasting. In the 1970s and 1980s, I was employed by Northern Telecom's Digital Switching Division and held various engineering and management positions, including Manager of Strategic Planning, Product Manager and Systems Engineer. I was involved in the development and deployment of some of the first products to use digital techniques to convert analog audio for telephone applications. I was also involved in the development of Northern Telecom's first products for cellular telephony, as well as ISDN (Integrated Services Digital Networks).

As a Research Professor, my work over the last twenty years has been in developing new digital applications for media production and delivery. In 1997, my research team developed the world's first multi-terabyte Web server for media applications integrating nearline technologies. My research work has been recognized by peer review, and I was selected in 2002 by the Canada Foundation for Innovation (CFI) as one of Canada's "thirty-three unique individuals whose research has impacted the quality of life of Canadians and continues to shape our future."<sup>1</sup> At Ryerson University, I teach courses at the graduate and undergraduate level in Advanced Communication Technology, Radio and Audio Production, Advanced Audio Theory, and Broadcasting History; I also supervise graduate student research in the field of Communication, Culture and Media.

In 2001–2002, I was a Visiting Research Scientist at the Fraunhofer Institute in Stuttgart, Germany. In 2008 – 2009 I was a Visiting Professor at the Hochschule der Medien in Stuttgart, Germany (Stuttgart Media University). I regularly lecture on digital media applications in academic environments and have given invited lectures at institutions in the USA, Europe and Asia. I am a member of the Audio Engineering Society (AES) and a Fellow of the International Information Management Association (IIMA). I am the owner of Michael J Murphy Consulting and provide media and technology research and consulting services for both public and private-sector clients.

I have appeared before the Copyright Board of Canada to provide expert testimony on three occasions: in 2007 during the hearings on Multi-Channel Subscription Services (Satellite Radio Technology), in 2008 during the hearings on Commercial Radio, and in 2010 in the Joint Arbitration between SODRAC and SRC/CBC and Groupe Astral.

---

<sup>1</sup> Convergence, Interactive Media, and Innovation. Retrieved Nov. 8, 2010, from [http://www.innovation.ca/innovation2/essay\\_murphy.html](http://www.innovation.ca/innovation2/essay_murphy.html) and <http://www.innovation.ca/innovation2/index.html>

**Murphy, Michael**, full professor, tenured  
School of Radio & Television Arts, Faculty of Communication & Design, Ryerson University  
350 Victoria Street, Toronto, Ontario M5B 2K3 Canada

Member of Ryerson School of Graduate Studies  
Professional Engineer (P.Eng.) registered in the Province of Ontario

#### DEGREES:

Ph.D. Information Systems, McMaster University, 1992  
M.B.A. Marketing & Finance, York University, 1981  
B.A. Music, Queen's University, 1979  
B.Sc. Electrical and Computer Engineering, Queen's University, 1978

#### EMPLOYMENT HISTORY:

2002–2010 Head of Audio & Digital Media, School of Radio & Television Arts, Ryerson University  
2008–2009 Visiting Professor, Hochschule der Medien, Stuttgart, Germany  
2001– Full Professor, School of Radio & Television Arts, Ryerson University  
2001–2002 Visiting Research Scientist, Fraunhofer Institute- IAO, Stuttgart, Germany  
2001–2002 Visiting Professor, Hochschule der Medien, Stuttgart, Germany  
1995–2001 Academic Director, Rogers Communications Centre, Ryerson University  
1994–1995 Associate Director, Rogers Communications Centre, Ryerson University  
1993–2001 Associate Professor, Radio & Television Arts, Ryerson University  
1991–1993 Assistant Professor, School of Business, University of Victoria  
1990–1991 Lecturer, Management, University of Toronto  
1988–1990 Research Associate, Management of Technology Institute, McMaster University  
1985–1987 Senior Manager, Strategic Planning, ISDN, Northern Telecom (Nortel)  
1981–1983 Product Manager, Special Products, Northern Telecom (Nortel)  
1978–1981 Systems Engineer, Digital Systems, Northern Telecom (Nortel)

#### HONOURS:

- Fellow, International Information Management Association (IIMA), San Bernardino, Calif., 2003
- Selected by Canada Foundation for Innovation (CFI) as one of 33 most innovative Canadian Researchers, 2002; see <http://www.innovation.ca/innovation2/index.html>
- Awarded German Academic Exchange Service (DAAD) Visiting Professorship for Germany, 2001
- Awarded NSERC Postgraduate Scholarship, 1983–1984 & 1984–1985
- Awarded Northern Telecom Ph.D. Fellowship, 1983–1984 & 1984–1985
- Awarded Ontario Graduate Scholarship, 1983–1984 & 1984–1985



## **Annexe B**

Rapport d'expert de  
Me Ralph Oman sur l'exemption portant sur  
l'enregistrement éphémère dans  
la loi sur le droit d'auteur des États-Unis



## RAPPORT D'EXPERT DE MAÎTRE RALPH OMAN

Mes services ont été retenus par l'Agence canadienne des droits de reproduction musicaux limitée (« CMRRA ») et la Société du droit de reproduction des auteurs, compositeurs et éditeurs au Canada (« SODRAC ») afin de fournir une opinion d'expert sur les dispositions de la loi américaine sur le droit d'auteur qui régit l'utilisation d'œuvres musicales par des radiodiffuseurs, et plus particulièrement sur celles qui permettent aux radiodiffuseurs d'effectuer des enregistrements éphémères d'œuvres musicales. Je me réserve respectueusement le droit de modifier ce rapport ou d'y faire des ajouts si des renseignements supplémentaires sont mis à ma disposition.

Les déclarations suivantes sont faites à ma connaissance personnelle et selon mon expérience.

### I. COMPÉTENCES

Je suis actuellement chargé d'enseignement Pravel en droit de la propriété intellectuelle et des brevets à la faculté de droit de l'Université George Washington à Washington, D.C., où j'enseigne le droit d'auteur depuis 17 ans. Je détiens 35 années d'expérience au total en droit d'auteur américain et international.

De 1985 à 1993, j'ai agi à titre de *Register of Copyrights* des États-Unis (« registraire »). J'étais alors le principal responsable du gouvernement américain en matière de gestion de son système de droits d'auteur. Parmi ses responsabilités, le registraire décide de l'admissibilité des œuvres à la protection par droit d'auteur et supervise le travail du corps des examinateurs américain. Je connais le droit américain sur le droit d'auteur, ainsi que les règles, règlements et procédures du Bureau du droit d'auteur américain, y compris celles qui se rapportent à l'utilisation d'enregistrements éphémères. J'ai agi à titre de conseiller principal en droit d'auteur auprès du Congrès américain et j'y ai témoigné plus de 40 fois à titre de registraire. Je continue d'y agir comme conseiller. En septembre 2008, en août 2009 et en juillet 2010, j'ai témoigné devant le Congrès au sujet de projets de loi en droit d'auteur.

À l'international, j'ai représenté les États-Unis en tant que registraire lors de rencontres officielles et de conférences diplomatiques et j'ai agi à titre de conseiller principal pour le Département d'État américain en matière de droit d'auteur, y compris pour la rédaction, la négociation et la mise en œuvre de traités internationaux sur le droit d'auteur. À ce titre, j'ai effectué plusieurs visites à Ottawa et j'ai étroitement collaboré avec la délégation canadienne à l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle à Genève. Au cours de mon mandat à titre de registraire, j'ai contribué à l'adhésion des États-Unis à la Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques.

Avant de devenir registraire, j'ai occupé d'autres postes au gouvernement américain, y compris celui d'avocat principal du Sous-comité du Sénat américain sur les brevets, le droit d'auteur et les marques de commerce et avocat principal du Sous-comité

du Sénat américain en droit criminel. J'ai également agi à titre de conseiller juridique auprès du sénateur Hugh Scott du Sous-comité du Sénat américain sur les brevets, les marques de commerce et le droit d'auteur. À ce titre, j'ai participé à la rédaction finale et aux négociations précédant l'adoption de l'importante loi intitulée *the U.S. Copyright Revision Act of 1976*, qui est devenue la loi actuelle.

J'ai obtenu mes diplômes du Hamilton College (B.A. 1962) et du Georgetown University Law Center (J.D. 1973), où j'ai agi à titre de directeur de la rédaction de la revue *Law and Policy in International Business*. Je suis président sortant de l'association *Giles S. Rich American Inn of Court* (qui est l'institution de formation professionnelle en propriété intellectuelle de Washington, D.C.), ancien administrateur de la *Copyright Society of the United States of America* et président du comité de l'Association du Barreau américain portant sur les relations entre le gouvernement et le droit d'auteur.

## II. OPINION D'EXPERT

### A. Les enregistrements éphémères

Selon la loi américaine, les détenteurs de droits d'auteur doivent être rémunérés chaque fois que des radiodiffuseurs reproduisent ou exécutent leurs œuvres musicales. Il s'agit d'une exigence du § 106(1) de la Loi américaine sur le droit d'auteur, qui accorde aux détenteurs de droits d'auteur le droit exclusif de reproduire leurs œuvres musicales, ainsi que par le § 106(4), qui leur accorde le droit exclusif d'exécuter leurs œuvres musicales. Le droit de reproduction est cependant limité par le § 112(a),<sup>2</sup> qui accorde aux radiodiffuseurs le droit de faire une copie temporaire de leurs programmes, même si ces programmes contiennent des œuvres musicales protégées par droit d'auteur. Ces types de copies sont connues sous le nom d'« enregistrements éphémères ».

Historiquement, les contenus diffusés ont habituellement compris plusieurs segments différents de plusieurs sources différentes. Parfois, les radiodiffuseurs avaient de la difficulté à rassembler ces segments au moment de la transmission de leurs programmes. C'est pourquoi ils faisaient habituellement une copie « temporaire » de leurs programmes, rassemblant toutes leurs composantes y compris les œuvres musicales, avant de transmettre ces programmes en ondes.

Lorsque le Congrès américain a révisé la Loi américaine sur le droit d'auteur en 1976, il créa une exception statutaire à la responsabilité en matière de droit d'auteur pour de tels « enregistrements éphémères ». Comme l'indique l'historique de la législation :

[Traduction] L'article 112 du projet de loi amendé s'intéresse à un problème particulier dont la loi actuelle ne traite pas, mais qui fait l'objet de dispositions dans un certain nombre de lois étrangères, ainsi que dans la révision de la Convention de Berne faite à Bruxelles en 1948. Il s'agit du problème de ce qu'on appelle communément les « enregistrements

<sup>2</sup> L'article 112(a) ne limite pas le droit d'exécution.

éphémères » : des copies ou des phonogrammes d'une œuvre faits aux fins de transmission ultérieure par un organisme de radiodiffusion ayant légalement le droit de transmettre l'œuvre.

En d'autres mots, lorsqu'un radiodiffuseur a le privilège d'exécuter ou d'exposer une œuvre, soit parce qu'il en a obtenu la licence, soit parce que l'exécution ou l'exposition est exemptée selon la loi, on doit se demander s'il devrait obtenir le privilège supplémentaire d'enregistrer l'exécution ou l'exposition pour en faciliter la transmission. Le besoin d'une exemption limitée dans de tels cas, compte tenu des exigences pratiques de la radiodiffusion, a été généralement reconnu, mais l'étendue de l'exemption est une question encore controversée.

*Voir* : Copyright Law Revision, Sen. Rep. No 94-473, p. 15 (20 nov. 1975); H.R. Rep. No 94-1476, pp. 133-34 (3 septembre 1976). Tout le monde convient que les radiodiffuseurs devraient obtenir un privilège restreint qui leur permette de faire des copies temporaires d'œuvres protégées par droit d'auteur pour faciliter le droit d'exécution des œuvres accordé par licence. La question était : quelles restrictions devraient être imposées quant à ce privilège? *Voir* : Supplementary Report of the Register of Copyrights on the General Revision of the U.S. Copyright Law : 1965 Revision Bill, pp. 45-47 (mai 1965).

En vertu de l'article 112(a) de la Loi sur le droit d'auteur américaine, les radiodiffuseurs ont le droit de faire une seule copie temporaire de leurs « transmissions d'émissions », même si ces émissions comprennent des œuvres musicales protégées par droit d'auteur. De façon encore plus importante, les entreprises de radiodiffusion ont le droit de faire de telles copies temporaires sans avoir à demander de permission (ni payer de redevances) aux détenteurs de droits d'auteur pour la reproduction de ces œuvres musicales. Les radiodiffuseurs doivent cependant respecter les conditions suivantes afin de pouvoir se prévaloir de cette exemption. Si le radiodiffuseur ne les respecte pas, la « [traduction] production d'un enregistrement éphémère donne ouverture à un recours en violation à la loi ». Sen. Rep. No 94-473, p. 18 (20 nov. 1975).

- Premièrement, le radiodiffuseur doit avoir le droit d'exécuter l'œuvre musicale protégée par droit d'auteur au cours de son émission. 17 U.S.C. § 112(a)(1). Les radiodiffuseurs obtiennent habituellement ce droit lors de négociations à distance avec une société de gestion de droits d'exécution, comme l'ASCAP ou BMI.
- Deuxièmement, le radiodiffuseur ne peut faire qu'une seule copie d'une « transmission d'émission » qui comprend des œuvres musicales protégées par droit d'auteur. 17 U.S.C. § 112(a)(1). Si le radiodiffuseur effectue des copies supplémentaires, le détenteur du droit d'auteur doit autoriser l'utilisation supplémentaire et être rémunéré en conséquence.
- Troisièmement, le radiodiffuseur n'a pas le droit d'utiliser d'enregistrements éphémères produits par d'autres organismes de radiodiffusion. 17 U.S.C. § 112(a)(1)(A). Dans ce contexte, l'expression

« organisme de diffusion » fait à la fois référence aux radiodiffuseurs locaux et aux réseaux de radiodiffusion. Ainsi, un enregistrement éphémère produit par CBS ou une société affiliée à CBS peut être utilisé par n'importe quel membre de ce réseau de radiodiffusion, mais pas par des stations affiliées à un autre réseau.

- Quatrièmement, les enregistrements éphémères ne doivent être utilisés que dans l'aire de service locale du radiodiffuseur, 17 U.S.C. § 112(a)(1)(B), c'est-à-dire dans un rayon que son signal « devrait efficacement rejoindre selon des conditions normales » Sen. Rep. No 94-473, p. 19 (20 nov. 1975).
- Cinquièmement, le radiodiffuseur doit détruire son enregistrement éphémère au cours des six mois suivant la diffusion au public de la transmission de l'émission, à moins qu'il ne garde cet enregistrement que pour des fins d'archivage uniquement.<sup>3</sup> 17 U.S.C. § 112(a)(1)(C).

## B. Les « bibliothèques numériques »

L'exemption éphémère constitua une victoire importante pour l'industrie de la radiodiffusion. Il est cependant important de reconnaître que le § 112(a) « [traduction] est toujours fermement fondé sur le concept traditionnel selon lequel les enregistrements éphémères sont de simples accessoires de la radiodiffusion qui n'ont aucun effet appréciable sur les droits du détenteur de droits d'auteur ou sur le marché de ses copies ou phonogrammes ». Voir : H.R. Rep. No 83, pp. 139-40 (8 mars 1967). Effectivement, l'historique législatif mentionne spécifiquement que le Congrès américain n'avait pas l'intention de faire de modifications « [Traduction] qui puissent convertir le privilège de l'enregistrement éphémère en une brèche dangereuse dans les droits exclusifs de reproduction et de distribution. » *Ibid.* p. 140.

Historiquement, la plupart des radiodiffuseurs américains ont transmis leurs émissions au public en plaçant simplement un disque compact dans un lecteur CD et en le diffusant en ondes. Et s'ils devaient faire un enregistrement éphémère pour faciliter leurs émissions, ils le faisaient à partir des CD, disques vinyle ou cassettes qu'ils achetaient ou qu'ils recevaient gratuitement des compagnies de disques.

Depuis les années 1980, certains radiodiffuseurs ont changé leur façon de livrer leurs émissions au public. Maintenant, plus de radiodiffuseurs copient le contenu de CD dans le disque dur d'un ordinateur et utilisent ensuite les fichiers informatiques ainsi constitués pour rassembler les éléments constitutifs de l'émission avant de la diffuser en ondes. Et, s'ils ont besoin de faire un enregistrement éphémère pour faciliter la diffusion de leurs émissions, ils utilisent leurs fichiers informatiques plutôt que le CD ou le phonogramme original. Cette activité entraîne la question : ces reproductions sont-elles visées par l'exception d'enregistrement éphémère prévue au § 112(a) de la Loi

<sup>3</sup> En d'autres mots, les radiodiffuseurs peuvent conserver leurs enregistrements éphémères pour une période illimitée, pourvu qu'ils aient été faits pour des fins d'archivage. Dans ce contexte, l'expression « enregistrement éphémère » semble impropre.

américaine sur le droit d'auteur? Pour les raisons précisées à ce rapport, elles ne le sont pas.

L'exemption éphémère donne aux radiodiffuseurs le droit de faire une seule copie de leurs « transmissions d'émissions ». 17 U.S.C. § 112(a)(1). Une « transmission d'émission » est un « [traduction] ensemble d'éléments qui, pris ensemble, a été produit à la seule fin d'être transmis au public en séquence et en une seule unité. » 17 U.S.C. § 101. En d'autres mots, un enregistrement éphémère se qualifie seulement à titre d'exemption selon le § 112(a) s'il contient un « ensemble d'éléments » que le radiodiffuseur a créé « à la seule fin » de le présenter au public dans une « séquence » donnée et « en une seule unité ». Ainsi, si l'on se fie à cette définition, lorsque les radiodiffuseurs copient leurs collections de CD dans le disque dur d'un ordinateur, ils ne peuvent pas prétendre avoir droit aux avantages de l'exemption éphémère prévue au § 112(a). Ces fichiers informatiques ne font pas partie d'un « ensemble d'éléments » plus large (en d'autres mots, l'émission) que les radiodiffuseurs créent spécifiquement pour une présentation publique. Il s'agit simplement d'une collection de toutes les œuvres musicales de la liste de diffusion sélectionnée par le diffuseur, que ce dernier pourrait diffuser ou pas dans des émissions futures. Ces fichiers ne sont pas non plus disposés dans une « séquence » particulière afin d'être transmis au public « en une seule unité ». Ils sont classés selon le nom de l'artiste, le genre musical, le titre de la chanson ou la durée de l'enregistrement, par exemple, afin que les producteurs d'émissions ou les animateurs puissent y avoir accès à leur guise et à la pièce.

L'historique législatif confirme que l'exemption éphémère donne aux radiodiffuseurs le droit de reproduire leurs « transmissions d'émissions », y compris les œuvres musicales que ces émissions peuvent contenir. Mais il ne leur donne pas le droit de reproduire ces enregistrements individuels, ni les œuvres musicales elles-mêmes. Dans la version originale de la loi, l'exemption accordait aux radiodiffuseurs le droit « [traduction] de faire au plus une copie ou un phonogramme de l'œuvre ». Les radiodiffuseurs se sont opposés à cette disposition qu'ils jugeaient indûment restrictive, parce qu'elle les aurait empêchés d'utiliser une chanson à succès dans des enregistrements éphémères séparés d'émissions différentes. *Voir* : Supplementary Report of the Register of Copyrights on the General Revision of the U.S. Copyright Law : 1965 Revision Bill, p. 47 (mai 1965). Le Congrès a donc modifié la terminologie pour clarifier le fait que les radiodiffuseurs « [traduction] pouvaient faire seulement une copie ou un phonogramme d'une "transmission d'émission" donnée comprenant une œuvre protégée, mais qu'ils n'étaient pas restreints au nombre de fois où l'œuvre elle-même pouvait être reproduite dans le cadre d'autres "transmissions d'émissions" ». H.R. Rep. No 94-1476, p. 136 (3 sept. 1976). Cette révision confirme que le droit de produire un enregistrement éphémère n'autorise pas les radiodiffuseurs à reproduire une œuvre musicale seule, mais seulement si elle est comprise dans une plus longue émission.

Finalement, l'exemption d'enregistrement éphémère s'applique seulement lorsque la copie est « [traduction] conservée et utilisée seulement par l'organisme de transmission qui l'a produite » et « [traduction] aucune copie ou aucun phonogramme supplémentaire [de la "transmission d'émission"] n'en sont reproduits. » En d'autres mots, les

radiodiffuseurs ont le droit de faire des enregistrements éphémères à partir d'une copie légale d'une œuvre musicale, mais ils n'ont pas le droit d'utiliser ces copies temporaires pour faire des enregistrements supplémentaires. Voir : H.R. Rep. No 94-1476, p. 136 (3 sept. 1976). Mais, apparemment, c'est exactement ce que les radiodiffuseurs font.

Malgré cela, les radiodiffuseurs américains, plutôt que de faire leurs enregistrements éphémères à partir des CD qu'ils ont achetés ou obtenus gratuitement des maisons de disque, les effectuent à partir de leurs bibliothèques numériques ou de services d'abonnement en ligne. Les radiodiffuseurs prétendent que ce qu'ils font est conforme à l'esprit du § 112(a), même si ce n'est pas visé par la lettre de la loi. En copiant leurs CD dans un ordinateur, ils diront qu'ils facilitent seulement la transmission de leurs émissions. Mais il est important de se souvenir que l'exemption éphémère est une exception bien circonscrite au droit de reproduction. Elle n'accorde pas aux radiodiffuseurs le droit de copier tous leurs CD dans le disque dur d'un ordinateur. Elle ne leur donne pas non plus le droit d'utiliser leurs fichiers numériques pour « faciliter » leurs émissions. Elle leur accorde simplement le droit de faire une seule copie de « transmissions d'émissions » qui doivent dès lors être véritablement transmises en ondes. Ainsi, si les radiodiffuseurs américains souhaitent créer et tenir à jour une bibliothèque numérique contenant toutes les œuvres numériques de leur collection, ils ne peuvent se fonder sur l'exemption d'enregistrement éphémère. Selon la Loi de 1976, ils doivent plutôt obtenir une licence des éditeurs de musique avant de s'engager dans ce genre d'activités.

En 1998, le Congrès américain a prévu une licence obligatoire régissant l'utilisation des enregistrements sonores dans l'environnement numérique. Cette licence accorde aux radiodiffuseurs le droit de diffuser des enregistrements sonores en format numérique et le droit de faire le nombre d'enregistrements éphémères dont ils ont besoin pour faciliter leurs transmissions, afin de reconnaître le besoin d'accommoder les nombreux formats technologiques différents disponibles pour transmettre les émissions au public. Parce qu'il s'agit d'une licence obligatoire, les maisons de disques n'ont d'autre choix que d'accorder aux radiodiffuseurs le droit d'effectuer ces enregistrements éphémères, pourvu que les radiodiffuseurs payent les compagnies de disques pour ces copies supplémentaires. Les taux de redevances qui régissent l'utilisation des enregistrements éphémères peuvent être fixés dans le cadre de négociations de gré à gré ou, le cas échéant, par les juges siégeant au *Copyright Royalty Board* (CRB).

Le Congrès américain a décidé que des enregistrements éphémères multiples ont une signification au plan économique pour les radiodiffuseurs et que ces derniers doivent payer les compagnies de disques afin de pouvoir faire des copies supplémentaires de leurs enregistrements éphémères. Cette licence obligatoire n'accorde cependant pas aux radiodiffuseurs le droit de faire des copies multiples d'œuvres musicales pour faciliter leurs transmissions sans contrepartie pécuniaire. Elle n'accorde pas non plus aux radiodiffuseurs le droit de créer et de tenir à jour une bibliothèque numérique de toutes les œuvres musicales de leur collection sans contrepartie pécuniaire. Afin de pouvoir s'engager dans de tels types d'activités, les radiodiffuseurs devraient obtenir la permission des éditeurs de musique, vraisemblablement en échange d'une certaine forme

de rémunération. Je trouve qu'il serait hautement improbable que le Congrès américain permette aux radiodiffuseurs de créer des archives numériques éternelles sans l'approbation des éditeurs de musique, ou sans un flux continu de redevances à leur profit, plus particulièrement compte tenu de la décision déjà rendue par le Congrès au sujet des droits de reproduction des enregistrements sonores.

En modifiant la loi sur le droit d'auteur en 1998, le Congrès américain a noté plusieurs raisons techniques pour lesquelles les webdiffuseurs devaient faire des copies « éphémères » multiples des enregistrements, y compris le besoin d'utiliser ces enregistrements sur différents serveurs, pour effectuer des transmissions à des moments différents et pour utiliser différents logiciels de transmission. Toutefois, le Congrès précisa que « . . . [traduction] le taux de redevance payable en vertu de la licence obligatoire peut refléter le nombre de phonogrammes d'un enregistrement sonore faits selon une licence obligatoire d'utilisation visant chaque type de service ». Voir : Conference Report on the Digital Millennium Copyright Act (1998), p. 90. Il précisa également, au sujet de l'amendement de 1998 à l'article 112, que : « . . . [traduction] rien dans cette disposition n'annule, ne limite, n'empêche ou ne porte autrement atteinte, de quelque façon que ce soit, à l'existence ou à la valeur de l'un quelconque des droits exclusifs des détenteurs de droits d'auteur. . . dans une œuvre musicale, y compris le droit exclusif de reproduire et de distribuer une. . . œuvre musicale. » 17 U.S.C. 112(e)(8).

En se basant sur ces mêmes fondements, dans ses procédures visant à fixer les taux de redevances appropriés en vertu des articles 112 et 114 pour les services de radio par satellite (SRS), le *Copyright Royalty Board* « [traduction] doit déterminer quelle partie du taux devrait être attribuée au droit de faire des "copies éphémères" d'œuvres musicales. [En ce faisant,] selon l'article 17 U.S.C. 112, le [*Board*] doit fixer la redevance pour une copie éphémère au niveau qui "représente le plus clairement les droits qui auraient été négociés dans le marché entre un acheteur sérieux et un vendeur sérieux." 571 F.3d 1220 (D.C. Cir. 2009), p. 1223.

Compte tenu de toute la preuve à notre disposition, il semble évident que le Congrès américain n'a pas prévu, et n'a jamais eu l'intention de prévoir, une exception générale au droit d'auteur pour la production de copies éphémères d'œuvres protégées par droit d'auteur en format numérique. Le Congrès a reconnu que la reproduction numérique pose un bien plus grand danger aux créateurs que la reproduction analogue. L'approche du Congrès au sujet des enregistrements éphémères est en constante évolution et fait état de cette nouvelle préoccupation. Le Congrès américain a jugé important de conserver la possibilité de percevoir des redevances pour la reproduction éphémère en fonction de l'évolution du marché, qui est aujourd'hui axé sur la technologie, et de la découverte de nouvelles façons de diffuser et de transmettre les œuvres protégées par droit d'auteur au public.