



Société des auteurs
de radio, télévision et cinéma

MÉMOIRE SOUMIS PAR

LA SOCIÉTÉ DES AUTEURS DE RADIO, TÉLÉVISION ET CINÉMA (SARTEC)

**DANS LE CADRE DE LA CONSULTATION
DU GOUVERNEMENT CANADIEN
« UN CADRE MODERNE DU DROIT D’AUTEUR POUR LES INTERMÉDIAIRES EN LIGNE »**

MAI 2021

NOS HISTOIRES FONT LE SUCCÈS DE NOS ÉCRANS

MÉMOIRE DE LA SOCIÉTÉ DES AUTEURS DE RADIO, TÉLÉVISION ET CINÉMA (SARTEC)
à l'occasion de la CONSULTATION DU GOUVERNEMENT CANADIEN
« UN CADRE MODERNE DU DROIT D'AUTEUR POUR LES INTERMÉDIAIRES EN LIGNE »
MAI 2021

TABLE DES MATIÈRES

1.	PRÉSENTATION DE LA SOCIÉTÉ DES AUTEURS DE RADIO, TÉLÉVISION ET CINÉMA (SARTEC).....	3
2.	REMARQUES PRÉLIMINAIRES.....	4
3.	RAISON D'ÊTRE DES MESURES D'EXONÉRATION DE RESPONSABILITÉ DES INTERMÉDIAIRES	5
4	RECOMMANDATIONS DE LA SARTEC	10
4.1	Révision du critère de connaissance aux fins d'exonération	10
4.2	Clarifications quant aux rôles tenus par les intermédiaires.....	11
4.3	Adoption de nouvelles obligations pour les intermédiaires admissibles.....	11
4.3.1	Régime d'avis et de retrait et obligation de maintien hors ligne.....	11
4.3.2	Contrefacteurs récidivistes.....	14
4.4	Imposition de régimes de licences obligatoires ou étendues	14
4.5	Obligations de transparence des intermédiaires	14
4.6	Établissement d'un fondement législatif et d'une procédure statutaire pour certaines injonctions contre les intermédiaires.....	15

MÉMOIRE DE LA SOCIÉTÉ DES AUTEURS DE RADIO, TÉLÉVISION ET CINÉMA (SARTEC)
à l'occasion de la CONSULTATION DU GOUVERNEMENT CANADIEN
« UN CADRE MODERNE DU DROIT D'AUTEUR POUR LES INTERMÉDIAIRES EN LIGNE »
MAI 2021

1. PRÉSENTATION DE LA SOCIÉTÉ DES AUTEURS DE RADIO, TÉLÉVISION ET CINÉMA (SARTEC)

La [Société des auteurs de radio, télévision et cinéma](#) (SARTEC) a été fondée en 1949 pour regrouper les auteurs canadiens qui écrivent en français nos œuvres radiophoniques, télévisuelles et cinématographiques, et protéger leurs intérêts professionnels, moraux et économiques. Reconnue au Québec comme la représentante exclusive des auteurs en langue française dans le secteur du film depuis 1989 et des adaptateurs en doublage depuis 2007¹, la SARTEC est aussi accréditée, depuis 1996² comme l'agent négociateur exclusif des auteurs de langue française à la radio, à la télévision, au cinéma et dans l'audiovisuel, au Canada, tant pour leur travail d'écriture que lorsqu'ils effectuent leur propre recherche.

Regroupant environ 1500 membres, la SARTEC négocie leurs ententes collectives, conseille les auteurs sur leurs contrats, contribue au respect de leur travail, leur offre divers services et les représente auprès de nombreux forums. La SARTEC est membre de l'Affiliation internationale des syndicats d'auteurs ([IAWG](#)), de la Confédération internationale des sociétés d'auteurs et compositeur ([CISAC](#)), de la Coalition pour la diversité des expressions culturelles ([CDEC](#)), de la Coalition pour la culture et les médias ([CCM](#)) et de l'Observatoire du documentaire. En 2020, la SARTEC créait le Prix Jacques-Marcotte du meilleur scénario de long métrage. Les 24 présidentes et présidents de la SARTEC depuis ses origines sont :

1945	Ovila Légaré	1976	Françoise de Repentigny
1946	Robert Choquette	1978	André Dubois
1948	Louis Morisset	1982	André Ménard
1949	René-O Boivin	1982	Robert Gurik
1955	Jean-Louis Roux	1984	Jean-Pierre Plante
1956	Fernand Séguin	1992	Louise Pelletier
1956	Jean-Louis Roux	1996	Suzanne Aubry
1963	Marcel Dubé	2000	Annie Piérard
1967	Richard Pérusse	2002	Marc Grégoire
1969	Claude Lacombe	2008	Sylvie Lussier
1974	Gilles Richer	2014	Mathieu Plante
1975	Bernard Houde	2020	Chantal Cadieux

En mars 2021, à l'occasion de la consultation sur la façon de mettre en œuvre la prolongation de la durée de protection générale du droit d'auteur au Canada, la SARTEC soumettait un mémoire préparé conjointement avec les de gestions collectives Société des auteurs dramatiques (SACD) et Société civile des auteurs multimédia (SCAM) et appuyé par la Writer's Guild of Canada (WGC). À l'automne 2018, à l'occasion de l'examen quinquennal de la Loi sur le droit d'auteur, la SARTEC réitérait au Comité permanent de l'Industrie et au Comité permanent du Patrimoine canadien, avec plusieurs partenaires, l'importance d'éliminer les exceptions injustes dont souffrent les auteurs au Canada, d'étendre le régime de la copie privée aux œuvres audiovisuelles, de maintenir la titularité initiale du scénariste, à titre de coauteur, sur l'œuvre cinématographique, et d'améliorer le respect de la propriété intellectuelle audiovisuelle. Ces

¹ Par la Commission de reconnaissance des associations d'artistes fonctions sont aujourd'hui assumées par le Tribunal administratif du travail

² Par le Tribunal canadien des relations professionnelles artistes-producteurs Ses fonctions sont aujourd'hui assumées par le Conseil canadien des relations industrielles.

mémoires, encore d'actualité, sont disponibles ici : [<http://www.sartec.gc.ca/nouvelles/457/>] et [<http://www.sartec.gc.ca/media/news/2021%20mars%20Memoire%20LDA%2070%20ans.pdf>].

À l'occasion de la présente consultation, la SARTEC soumet respectueusement les présentes représentations préparées conjointement avec la Société des auteurs dramatiques (SACD) et la Société civile des auteurs multimédia (SCAM).

2. REMARQUES PRÉLIMINAIRES

La SARTEC note la déclaration retrouvée aux pages 11 et 12 du Document de consultation à l'effet qu'il n'envisage pas apporter de changements importants au modèle de responsabilité de base des fournisseurs d'accès et d'autres services sur internet (« Intermédiaires ») présentement retrouvé dans la *Loi sur le droit d'auteur* (« LDA »), lequel constitue, toujours selon ce document, un des fondements du cadre canadien que le gouvernement s'est efforcé de maintenir jusqu'à maintenant, notamment dans le cadre de ses engagements internationaux.

La SARTEC s'inquiète évidemment d'une telle prise de position dans un document de consultation ayant pour objet de revoir les règles encadrant la responsabilité des Intermédiaires au Canada, celle-ci semblant en effet fermer la porte à toute modification autre que mineure ou superficielle aux dispositions de la LDA touchant cette question.

Cela étant, la SARTEC constate que le gouvernement fait, dans ce même document, un survol des règles sur cette question appliquées ou envisagées par certains pays qu'il considère généralement comme faisant partie de ses principaux partenaires, dont les États-Unis et les pays de l'Union européenne, en semblant prêt à s'en inspirer afin d'ajuster les conditions entourant la responsabilité des Intermédiaires au Canada lors de la prochaine révision de la LDA.

La SARTEC déduit donc que la position de principe précitée ne reflète pas la véritable intention du gouvernement, et que ce dernier est disposé à reconsidérer le modèle de responsabilité actuel des intermédiaires de la LDA en tenant dument compte des commentaires et recommandations qui seront formulés par les ayants-droit, dont les auteurs canadiens d'œuvres audiovisuelles, visant à corriger le déséquilibre important entre les droits de ces derniers et ceux des Intermédiaires suite à l'introduction dans la LDA, en 2012, des nombreuses mesures d'exonération accordées aux Intermédiaires sans les conditions minimales essentielles entourant de telles mesures dans les juridictions ayant adopté des mesures similaires et, surtout, sans conférer aux auteurs la mesure compensatoire visant à contrebalancer de telles exonérations sous forme de processus d'avis et retrait permettant aux ayants-droit de mettre un terme à la violation de leurs droits de façon rapide et abordable.

Le Document de consultation met par ailleurs en opposition la question de la protection des œuvres et autres objets protégés, d'une part, et de la liberté d'expression, d'autre part. Or, le droit d'auteur a fort peu à voir avec toute limitation à la liberté d'expression dans la mesure où il n'a aucune emprise sur la circulation des idées elles-mêmes qui, selon l'axiome bien connu, sont et demeurent de libre parcours sous la loi sur le droit d'auteur. Rien dans la loi sur le droit d'auteur ne permet en effet à quiconque d'empêcher une autre personne d'exprimer quelque idée que ce soit, de telles limitations relevant plutôt du droit criminel et de la diffamation. La seule limite que pose le droit d'auteur a trait à la reproduction de l'œuvre elle-même soit, par exemple, les mots employés par l'auteur d'un texte pour exprimer ses idées, toute autre personne demeurant libre d'exprimer exactement les mêmes idées (et, évidemment, toute autre idée) que celles exprimées par cet auteur dans son œuvre pour autant que cette autre personne exprime ses idées dans ses propres mots plutôt que de plagier ceux employés par l'auteur. Et pour assurer

que le droit d'auteur ne brime pas le droit de quiconque d'exprimer ses idées, la loi permet même à toute personne d'exprimer ses idées en employant exactement les mêmes mots que ceux utilisés par un auteur pour autant qu'elle le fasse de façon indépendante, c'est-à-dire sans avoir eu accès, et donc plagié, le texte de l'auteur. Par ailleurs, la loi ne permet pas non plus à l'auteur d'une œuvre d'empêcher une autre personne ayant eu accès à l'œuvre de cet auteur d'exprimer les mêmes idées en utilisant les mêmes mots dans les cas rarissimes où les mots employés par l'auteur sont les seuls par lesquels cette idée peut être exprimée. Finalement, la loi comporte de très (et trop) nombreuses exceptions permettant aussi la reprise d'une partie importante et parfois même de la totalité d'une œuvre à de multiples fins incluant la critique, le compte rendu, la nouvelle, l'éducation et même pour parodier l'œuvre. Bref, la loi n'interdit que de plagier une partie importante de l'œuvre d'un auteur mais, en aucun cas, les idées exprimées par l'œuvre, et n'empêche donc personne d'exprimer toute idée, même identique à celle d'un auteur, pour autant que cette autre personne emploie, justement, sa propre expression originale pour le faire.

Le Document de consultation met aussi en opposition la protection des droits d'auteur, d'une part, et le développement d'un marché numérique florissant, d'autre part. Or, les faits démontrent abondamment que la loi sur le droit d'auteur n'a pas empêché le foisonnement de services en ligne. Les faits démontrent, bien au contraire, les nombreux impacts négatifs que certains de ces services ont eu et continuent d'avoir sur la protection des droits et les revenus des auteurs, artistes et producteurs et ce, même dans des juridictions ayant adopté des mesures d'exonération des prestataires de services internet substantiellement moins favorables pour ces derniers que celles adoptées au Canada en 2012.

3. RAISON D'ÊTRE DES MESURES D'EXONÉRATION DE RESPONSABILITÉ DES INTERMÉDIAIRES

Le développement des technologies de l'information, dont l'Internet et les divers services en ligne qu'il rend possibles, a dramatiquement fragilisé la protection des auteurs en facilitant l'utilisation à large échelle et faible coût de leurs œuvres sans leur autorisation, minant leur capacité d'en effectuer une exploitation légitime et ordonnée et d'en tirer des revenus décents.

Comme ces technologies impliquent la reproduction et la communication systématique d'informations, notamment d'œuvres protégées, par l'entremise des équipements et services sous-tendant le fonctionnement d'Internet et autres réseaux interactifs, les opérateurs de ces réseaux et prestataires de ces services ont rapidement réclamé l'adoption de mesures législatives visant à les mettre à l'abri de responsabilités pour les violations de droits d'auteur susceptibles de résulter de l'utilisation de ces équipements et réseau par ces opérateurs et prestataires et par leurs utilisateurs.

Les États-Unis furent les premiers à répondre à ces demandes par l'adoption, dès 1998, du *Digital Millenium Copyright Act* (« DMCA ») ajoutant un nouvel [article 512](#) à la loi américaine sur le droit d'auteur (« USCA ») visant à satisfaire les demandes des Intermédiaires en offrant à certaines catégories d'entre eux se conformant à un ensemble de conditions fixées par cet article, une protection (ou « *safe harbors* ») contre leur éventuelle responsabilité pécuniaire envers les titulaires de droits d'auteur résultant de la violation de leurs droits par les utilisateurs des services de ces Intermédiaires, tout en offrant en contrepartie aux titulaires de droits d'auteur un moyen rapide et abordable afin de mettre un terme à de telles violations sans devoir recourir aux tribunaux.

Le compromis recherché par cette disposition se fonde sur le respect, par les Intermédiaires visés par les mesures d'exonération, d'un certain nombre de conditions strictes définies par l'article 512 du USCA, parmi lesquelles :

- Pour *tous* les Intermédiaires visés par ces mesures d'exonération :
 - L'adoption, la publication et la mise en œuvre de manière raisonnable d'une politique conduisant à la résiliation, dans des circonstances appropriées, des droits des utilisateurs de leurs services qui sont des « contrefacteurs récurrents »;
 - L'obligation d'agir de façon totalement passive et neutre à l'égard des contenus protégés mis en ligne par les utilisateurs de leurs services, en se limitant à la fourniture de services purement techniques et automatisés;

- Pour les Intermédiaires fournissant des services d'*hébergement* et d'*outils de repérage* :
 - Ne pas avoir connaissance effective du fait que les contenus mis en ligne par les utilisateurs de leurs services violent le droit d'auteur, ni avoir connaissance de faits ou de circonstances rendant cette violation apparente;
 - Dès que l'Intermédiaire acquiert une telle connaissance (y compris par voie du régime « d'avis et retrait » discuté ci-après), agir promptement afin de supprimer un tel contenu ou en empêcher l'accès, et
 - Ne pas recevoir d'avantages financiers directement attribuables à l'activité de contrefaçon lorsque l'Intermédiaire a le droit et la capacité de contrôler cette activité, et

- Pour les Intermédiaires fournissant des services *autres* que ceux dits de « simple conduit », la mise en place d'un système dit « d'avis et retrait » permettant aux titulaires de droits d'auteur d'obtenir le retrait de toute œuvre mise en ligne sans leur consentement par les usagers de ces services, ainsi que la désignation d'un mandataire clairement identifié au public et chargé de la réception de ces avis et, selon le cas, d'éventuels contre-avis des utilisateurs contestant le bien-fondé de ces demandes de retraits.

Il importe de souligner que le législateur américain a estimé que le respect de *l'ensemble* de ces conditions était essentiel afin qu'un Intermédiaire puisse se prévaloir des mesures d'exonération de responsabilité prévues par le USCA et, *surtout*, que les titulaires de droits d'auteur se voient simultanément accorder la possibilité de faire cesser les violations de leurs droits de façon rapide et abordable au moyen du régime « d'avis et retrait », discuté plus bas, aussi prévu par l'article 512 du USCA, afin de rééquilibrer en leur faveur les effets des mesures d'exonération ainsi consenties aux Intermédiaires.

Plus de 20 ans s'étant écoulés depuis la mise en place de ces dispositions, le Bureau du droit d'auteur américain a entrepris en 2016 une enquête exhaustive sur les effets réels de ce régime d'exonération en regard des objectifs sous-tendant son adoption pour conclure, dans son Rapport de mai 2020 ([Copyright Office Section 512 Report](#)) que *si ce régime était très généralement considéré comme satisfaisant par les Intermédiaires*, il était tout aussi largement décrié par les ayants droit notamment en raison des constats suivants, considérés comme essentiellement avérés par le Bureau du droit d'auteur :

- L'émergence de services de partage de contenus mis en ligne par leurs utilisateurs, organisant ou faisant la promotion de certains contenus et prenant avantage des mesures d'exonération de

responsabilité des intermédiaires de manière à éviter ou réduire substantiellement le paiement de contreparties pour l'utilisation des contenus mis en ligne par les utilisateurs de leurs services;

- La démultiplication des contenus illégaux entraînant nécessairement la démultiplication des avis de retrait, au point même où il pouvait devenir nécessaire de dédier du personnel à cette tâche puis d'en automatiser la transmission afin de tenter de suivre le rythme des remises en lignes systématiques et incessantes des mêmes œuvres contrefaites, situation comparée au « jeu de la taupe » (« *whack-a-mole* ») rendu parfois possible par une méthode qualifiée de « *Pez linking* » (en référence au distributeur de bonbons « Pez »), un fichier comportant un contenu contrefait retiré d'un service suite à l'envoi d'un avis de retrait étant immédiatement remplacé par un autre fichier comportant le même contenu contrefait, et ainsi de suite.

Le Bureau du droit d'auteur américain conclut donc que, *bien qu'étant largement perçu comme satisfaisant par les intermédiaires*, ce régime *doit être revu* afin de le *rééquilibrer au bénéfice des titulaires de droits* en corrigeant les problèmes précités et en resserrant ou clarifiant certaines autres conditions d'application de ces mesures d'exonération.

L'Union européenne a, de son côté, adopté un ensemble de directives (dont la [Directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur](#) et la [Directive \(UE\) 2019/790 du Parlement européen et du Conseil du 17 avril 2019 sur le droit d'auteur et les droits voisins dans le marché unique numérique et modifiant les directives 96/9/CE et 2001/29/CE](#)) ainsi qu'un projet de règlement ([Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil du 15 décembre 2020 relatif à un marché intérieur des services numériques \(Législation sur les services numériques\) et modifiant la directive 2000/31/CE](#)) dont résulte un régime d'exonération s'apparentant largement aux règles énoncées à l'article 512 du USCA avec, toutefois, certains resserrlements visant à corriger essentiellement les mêmes problèmes que ceux relatés dans le Rapport du Bureau du droit d'auteur américain de mai 2020, dont les deux cités en exemple plus haut. Parmi ces mesures de correction :

- L'article 17 de la *Directive du 17 avril 2019 sur le droit d'auteur et les droits voisins dans le marché unique numérique* qui crée une nouvelle catégorie de prestataires de services en ligne, soit les « fournisseurs de services de partage de contenus en ligne », hébergeant et donnant accès au public à des œuvres ou autres objets protégés téléversés par leurs utilisateurs et que ces fournisseurs organisent ou promeuvent (par exemple en classant ces contenus par genre ou style ou en créant ou recommandant des listes de lecture) et qui :
 - Sont de ce fait considérés comme n'agissant *pas* de façon passive et neutre et ne peuvent donc se prévaloir des mesures d'exonération autrement applicables aux Intermédiaires;
 - Sont réputés eux-mêmes communiquer et mettre à la disposition du public les contenus mis en ligne par leurs utilisateurs;
 - Doivent, de ce fait, obtenir des licences et verser des redevances couvrant ces actes et ceux de leurs utilisateurs;
 - Encourent des obligations de retraits des contenus pour lesquels ils n'ont pu, malgré leurs meilleurs efforts, obtenir une autorisation;
 - Doivent « *fournir leurs meilleurs efforts, conformément aux normes élevées du secteur en matière de diligence professionnelle* » afin de « *garantir l'indisponibilité* » de tout contenu non-autorisé pour lequel ils ont reçus un avis en ce sens du titulaire des droits; et

- Doivent agir promptement, dès réception d'un avis du titulaire pour retirer ou bloquer l'accès aux contenus faisant l'objet de l'avis et fournir leurs meilleurs efforts (conformément au paragraphe précédent) pour empêcher qu'ils soient téléversés dans le futur.
- La *Proposition de règlement du 15 décembre 2020 relatif à un marché intérieur des services numériques* qui reprend les dispositions de la *Directive du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information* applicables aux « services intermédiaires », soit les services de « simple transport », de « mise en cache » et « d'hébergement » mais en ajoutant, notamment :
 - L'obligation pour les fournisseurs de services d'hébergement, y compris les plateformes en ligne, de mettre en place un système équivalent à celui d'avis et retrait du USCA en vertu duquel l'Intermédiaire notamment réputé prendre connaissance de l'existence ou de l'utilisation du contenu contrefait faisant l'objet de l'avis, et lui faisant dès lors perdre le bénéfice des mesures d'exonération de responsabilité s'il ne le retire pas de son service;
 - Des obligations de transparence obligeant les Intermédiaires à fournir un ensemble d'informations, dont les avis et réclamations reçus, décisions rendues et actions posées par ces fournisseurs, et
 - Des règles visant la suspension des services aux utilisateurs abusant des services par l'utilisation fréquente de contenus contrefaisant.

En conclusion, la législation européenne établit globalement un régime d'exonération de responsabilité comparable à celui des États-Unis et, donc, aussi fondé sur la recherche d'un juste équilibre entre les exonérations accordées aux Intermédiaires compensées par un mécanisme permettant aux titulaires de droits d'obtenir le retrait de matériel contrefaisant par un régime d'avis et de retrait.

L'Union européenne a par ailleurs devancé les américains en mettant en place des règles visant à corriger des lacunes identifiées dans le Rapport du Bureau du droit d'auteur de mai 2020 au moyen des règles et obligations précitées, dont la responsabilisation directe des fournisseurs de services de partage de contenus mis en ligne par leurs utilisateurs pour les communications en résultant, ainsi que des obligations de moyens robustes pour le maintien hors ligne du matériel contrefaisant sans obligation de notifications répétées.

Comparons maintenant la situation canadienne avec celles des États-Unis et de l'Union européenne.

Comme l'ont unanimement décrié les représentants des auteurs, des artistes et des producteurs, ainsi que de nombreux experts en droit d'auteur tant canadiens qu'étrangers, le [Projet de Loi C-11](#) (ou « *Loi modernisant la loi sur le droit d'auteur* ») adopté par le Canada en 2012, s'est limité à accordé aux ayants-droit, *au mieux*, le *strict minimum* requis afin de se conformer aux obligations du Canada en vertu du [Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur](#) et du [Traité de l'OMPI sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes](#) de 1996, en s'abstenant de corriger l'effet de certaines décisions ayant gravement affectés les titulaires de droit d'auteur, dont les décisions ayant conclu à la non-application du régime de *copie privée* aux reproductions faites dans une mémoire numérique intégrée dans un équipement et rendant de ce fait ce régime essentiellement obsolète, et en adoptant une myriade d'exceptions et limitations aux droits d'auteur d'aucune façon requises par les traités précités et dont le résultat net fut de réduire très substantiellement les droits des auteurs, des artistes et des producteurs et, par conséquent, leurs revenus.

Parmi ces limitations et ces exceptions, l'ensemble des dispositions touchant à la responsabilité de toute « *personne qui, dans le cadre de la prestation de services liés à l'exploitation d'Internet ou d'un autre réseau numérique, fournit des moyens permettant la télécommunication ou la reproduction d'une œuvre ou de*

tout autre objet du droit d'auteur » parmi lesquelles les personnes fournissant des services d'accès aux réseaux ou de transmission de contenus, de mise en antémémoire, d'hébergement, d'outil de recherche et d'outil de repérage.

En fait, un regard objectif posé sur l'ensemble des mesures d'exonération des Intermédiaires adoptées aux termes du Projet de loi C-11 conduit à conclure que la loi canadienne accorde aux intermédiaires *une exonération substantiellement plus importante et ce, à des conditions substantiellement moins exigeantes* que celles découlant des lois étrangères et, encore pire, en n'accordant en contrepartie aux titulaires de droit qu'un régime dit « d'avis et avis » ne leur permettant pas d'obtenir le retrait rapide et abordable des contenus contrefaits mis en ligne par les utilisateurs des services des Intermédiaires, ce qui constitue pourtant la *contrepartie essentielle* accordée aux titulaires par les régimes d'exonération américain et européen pour assurer un juste équilibre entre les droits et responsabilités des intermédiaires et des titulaires.

Le Canada ne peut ignorer que les règles encadrant la responsabilité des intermédiaires sont fortement déséquilibrées en ce qu'elles favorisent de manière inusitée les Intermédiaires en omettant ou en amoindrissant la portée de nombreuses conditions importantes imposées par les lois d'autres pays avec lesquels le Canada tend toujours à se comparer afin de permettre aux Intermédiaires de se mettre à l'abri de poursuite en violation du droit d'auteur, parmi lesquelles :

- Pour *tous* les Intermédiaires :
 - L'adoption, la publication et la mise en œuvre de manière raisonnable d'une politique conduisant à la résiliation, dans des circonstances appropriées, des droits des utilisateurs des services des Intermédiaires qui sont des « contrefacteurs récurrents »;
 - L'obligation d'agir de façon totalement passive et neutre à l'égard des contenus protégés mis en ligne par les utilisateurs de leurs services, et en se limitant à la fourniture de services purement techniques et automatisés;
- Pour les Intermédiaires offrant des services d'*hébergement* et d'*outils de repérage* :
 - Ne pas avoir connaissance effective du fait que les contenus mis en ligne par les utilisateurs de leurs services violent le droit d'auteur, ni avoir connaissance de faits ou de circonstances rendant cette violation apparente;
 - Dès que l'Intermédiaire acquiert une telle connaissance (y compris par voie du régime « d'avis et retrait »), agir promptement afin de supprimer le contenu ou en empêcher l'accès, et
 - Ne pas recevoir d'avantages financiers directement attribuables à l'activité de contrefaçon lorsque l'Intermédiaire a le droit et la capacité de contrôler cette activité, et
- Pour les Intermédiaires *autres* que ceux offrant des services de « simple conduit », la mise en place d'un système dit « d'avis et retrait » tel qu'expliqué plus haut;
- Pour les Intermédiaires offrant des services d'*hébergement* (incluant les fournisseurs de services de partage de contenus en ligne), des obligations de moyens robustes visant à assurer le maintien hors ligne des contenus ayant fait l'objet d'avis de contrefaçon sans obligation de notification à répétition, et

- Pour les fournisseurs de services de partage de contenus en ligne, la clarification du fait qu'ils n'agissent *pas* de façon passive et neutre à l'égard des contenus protégés mis en ligne par les utilisateurs de leurs services lorsqu'ils offrent des services ou fonction visant à organiser ou promouvoir ces contenus en les tenant directement responsable des actes de communication et de mise à la disposition du public de ces contenus.

C'est d'ailleurs le constat auquel le Bureau du droit d'auteur américain en est venu dans son *Copyright Office Section 512 Report* en comparant le régime d'exonération américain de 1998 (lui-même maintenant considéré comme devenu trop favorables aux intermédiaires) avec le régime d'avis et d'avis adopté par le Canada en 2012 pour conclure que (p.52-53) « *The system operates as more of an educational system rather than a legal process* » puis citer un extrait d'une publication officielle du gouvernement canadien soutenant que ce régime « *formalise une pratique souhaitée par les ayants-droit* » conclusion en contradiction flagrante avec l'essentiel des mémoires et témoignages des ayants-droit dans le cadre de l'adoption du Projet de loi C-11 et de toutes les consultations tenues sur ce sujet depuis.

Le Rapport américain va d'ailleurs même jusqu'à rapporter ce témoignage, formulé au sujet des règles canadiennes d'exonération de responsabilité des Intermédiaires, lors d'audiences tenues à Washington, qui résume bien la perception des partenaires étrangers du Canada - et des ayants-droit canadiens - quant à l'efficacité du processus d'avis et avis canadien afin de lutter contre la contrefaçon en ligne :

« On the notion that notice and notice alone will accomplish anything, I think we've seen frankly that it doesn't ».

Pour les raisons qui précèdent, la SARTEC formule les recommandations suivantes en réponse aux questions soulevées dans le document de consultation.

4 RECOMMANDATIONS DE LA SARTEC

4.1 Révision du critère de connaissance aux fins d'exonération

Pour rappel, contrairement aux législations américaine et européenne, la loi canadienne n'applique un critère de connaissance au titre des mesures d'exonération de responsabilité qu'aux seuls Intermédiaires fournissant des services d'hébergement et ce, uniquement s'ils savent qu'un « *tribunal compétent a rendu une décision portant que la personne qui a reproduit le contenu concerné sur leurs serveurs viole le droit d'auteur du fait de cette reproduction ou en raison de la manière dont elle l'utilise* », ce qui rend cette condition essentiellement inutile, puisque l'ayant droit doit de ce fait nécessairement entreprendre un recours judiciaire afin d'obtenir un tel jugement, et stérile, puisque cette décision, si elle est favorable, ordonnera de toute façon normalement le retrait du contenu contrefaisant en cause.

Le gouvernement doit donc *impérativement* modifier la loi afin de prévoir que *tout* Intermédiaire cesse de bénéficier des mesures d'exonération de responsabilité dès lors qu'il prend effectivement connaissance du fait qu'un contenu donné ou que son utilisation viole le droit d'auteur dans le cadre de son service, ou qu'il prend conscience de faits ou de circonstances révélant une telle violation.

Une telle connaissance devrait par ailleurs être réputée acquise dès lors que l'intermédiaire aurait raisonnablement dû avoir connaissance d'un tel acte compte tenu des circonstances, ou s'il reçoit un avis de violation alléguée, incluant dans le cadre d'un régime d'avis et retrait ou, évidemment, à la suite de ses propres investigations.

Les mesures d'exonération devraient par ailleurs ne viser que la responsabilité au titre des dommages, excluant l'obtention de toute ordonnance d'injonction visant à prévenir ou à empêcher toute violation survenant dans le cadre des services de tout Intermédiaire.

4.2 Clarifications quant aux rôles tenus par les intermédiaires

La loi doit exprimer de façon explicite que toute mesure d'exonération d'un Intermédiaire ne s'applique que dans les cas où ce dernier tient un rôle purement passif et neutre à l'égard du contenu protégé et de son utilisation dans le cadre de ses services et en se limitant à la fourniture de services purement techniques et automatisés.

La loi devrait énoncer des critères exemplatifs et non exhaustifs de ce qui constitue un rôle actif, notamment des fonctions ou caractéristiques telles que l'optimisation de la présentation du contenu ou la promotion de celui-ci, tel que le classement de contenu par genre ou par style, la création et la recommandation de listes de lecture, ou l'inclusion de fonctions de « lecture automatique » ou de « remplissage automatique ».

Elle devrait aussi préciser que le fait qu'une telle fonction ou caractéristique soit exécutée de façon technique et automatisée ne rend *pas* cette fonction ou caractéristique, et donc le service lui-même, de ce fait nécessairement passif et neutre. Ainsi, le classement de contenus et la création ou recommandation de listes de lecture résultant de l'exécution de fonctionnalités logicielles ne sont pas plus passives et neutres que si elles avaient été exécutées par une personne physique et disqualifient de ce fait le service et son fournisseur des mesures d'exonération.

Au nombre de ces critères devrait évidemment aussi figurer la possibilité d'exercer le contrôle sur le contenu ou l'activité, dont une responsabilité éditoriale.

Les exonérations ne devraient finalement s'appliquer que dans les cas où l'intermédiaire n'a aucun intérêt financier dans l'activité contrefaisante.

4.3 Adoption de nouvelles obligations pour les intermédiaires admissibles

La loi doit aussi *impérativement* stipuler les obligations suivantes à titre de conditions *sine qua non* pour que les intermédiaires concernés puissent bénéficier des règles d'exonération leur étant autrement applicables :

4.3.1 Régime d'avis et de retrait et obligation de maintien hors ligne

Comme mentionné précédemment, la contrepartie essentielle accordée aux titulaires de droits afin de compenser les bénéfices importants accordés aux Intermédiaires offrant des services de mise en antémémoire, d'hébergement et d'outil de repérage, consiste à leur permettre d'obtenir de ces Intermédiaires qu'ils retirent ou bloquent tout accès à tout contenu protégé utilisé par les usagers de leurs services sans l'autorisation des titulaires au moyen d'une procédure de notification auprès de mandataires désignés par ces Intermédiaires et dont les informations de contact (dont au moins le nom, le numéro de téléphone direct et les adresses physique et électronique) sont facilement et clairement accessibles (notamment en ligne).

Compte tenu par ailleurs des difficultés identifiées dans le Rapport du Bureau du droit d'auteur américain et par l'Union européenne découlant de la remise en ligne systématique des mêmes contenus suite à leur retrait en application d'un système d'avis et retrait, la loi doit aussi stipuler des obligations de moyen

robustes visant à faire en sorte que les Intermédiaires soient tenus d'empêcher ou de retirer promptement ces mêmes contenus lorsque subséquemment remis en ligne par leurs utilisateurs.

Les dispositions applicables des articles 14 et 15 de de la [Proposition européenne du 15 décembre 2020 de législation sur les services numériques](#) et des paragraphes 4 et 5 de l'article 17 de la [Directive du 17 avril 2019 sur le droit d'auteur et les droits voisins dans le marché unique numérique](#), avec les adaptations nécessaires aux fins de leur applications aux intermédiaires offrant aussi des services de mise en antémémoire et d'outil de repérage, et en conjonction avec les conditions liées à l'absence de connaissances mentionnées au point 4.1, reflètent selon la SARTEC les meilleures pratiques actuelles en cette matière, soit :

Proposition de
RÈGLEMENT DU PARLEMENT EUROPÉEN ET DU CONSEIL
relatif à un marché intérieur des services numériques (Législation sur les services numériques) et modifiant la directive 2000/31/CE

Article 14

Mécanismes de notification et d'action

1. *Les [intermédiaires offrant des services de mise en antémémoire, d'hébergement et d'outil de repérage] établissent des mécanismes permettant à tout individu ou à toute entité de leur signaler la présence au sein de leur service d'informations spécifiques considérées comme du contenu illicite par l'individu ou l'entité. Ces mécanismes sont faciles d'accès et d'utilisation et permettent la soumission de notifications exclusivement par voie électronique.*
2. *Les mécanismes prévus au paragraphe 1 facilitent la soumission de notifications suffisamment précises et dûment motivées, sur la base desquelles un opérateur économique diligent peut établir l'illégalité du contenu en question. À cette fin, les [intermédiaires] prennent les mesures nécessaires en vue de permettre et faciliter la soumission de notifications contenant l'ensemble des éléments suivants:*
 - (a) une explication des raisons pour lesquelles l'individu ou l'entité considère que les informations en question constituent un contenu illicite;*
 - (b) une indication claire de l'adresse électronique de ces informations, en particulier le(s) URL exacte(s), et, le cas échéant, des informations complémentaires permettant de repérer le contenu illicite; [...]*
 - (d) une déclaration confirmant que l'individu ou l'entité soumettant la notification pense, de bonne foi, que les informations et les allégations qu'elles contiennent sont exactes et complètes.*
3. *Les notifications comprenant les éléments visés au paragraphe 2 sont réputées donner lieu à la connaissance ou à la prise de conscience effective aux fins de l'article 5 en ce qui concerne les informations spécifiques concernées.*
4. *Lorsque la notification contient le nom et une adresse de courrier électronique de l'individu ou de l'entité à l'origine de sa soumission, [l'intermédiaire] envoie rapidement un accusé de réception de la notification à cet individu ou cette entité.*
5. *[L'intermédiaire] notifie également dans les meilleurs délais à cet individu ou cette entité sa décision concernant les informations auxquelles la notification se rapporte, tout en fournissant des informations sur les possibilités de recours à l'égard de cette décision.*
6. *Les [intermédiaires] traitent les notifications qu'ils reçoivent par les mécanismes prévus au paragraphe 1, et prennent leurs décisions concernant les informations auxquelles la notification se rapporte en temps opportun, de manière diligente et objective. Lorsqu'ils font appel à des moyens automatisés aux fins de ce traitement ou de cette prise de décisions, ils mentionnent l'utilisation de ces procédés dans la notification visée au paragraphe 4.*

Article 15

Exposé des motifs

1. *Lorsqu'un [intermédiaire] décide de retirer des informations spécifiques fournies par les bénéficiaires du service ou d'empêcher l'accès à celles-ci, indépendamment des moyens utilisés pour détecter, repérer ou retirer ces informations, ou empêcher l'accès à celles-ci, ainsi que de la raison de sa décision, il informe le bénéficiaire de la décision, au plus tard au moment du retrait ou du blocage de l'accès, et fournit un exposé clair et spécifique des motifs de cette décision.*

2. *L'exposé des motifs visé au paragraphe 1 comprend au minimum les informations suivantes:*
- (a) l'indication éventuelle du fait que la décision implique soit le retrait des informations, soit le blocage de l'accès à celles-ci et, le cas échéant, le champ d'application territorial du blocage de l'accès;*
 - (b) les faits et circonstances sur lesquels s'appuie la décision, y compris, le cas échéant, si la décision a été prise au titre d'une notification soumise conformément à l'article 14;*
 - (c) le cas échéant, des informations relatives à l'utilisation de moyens automatisés pour prendre la décision, y compris lorsque cette dernière concerne des contenus détectés ou repérés par des moyens automatisés;*
 - (d) lorsque la décision concerne des contenus prétendument illicites, une référence au fondement juridique sous-jacent et des explications des motifs pour lesquels ces informations sont considérées comme des contenus illicites sur cette base;*
 - (e) lorsque la décision se fonde sur la prétendue incompatibilité des informations avec les conditions générales de [l'intermédiaire], une référence aux clauses contractuelles sous-jacentes et des explications des raisons pour lesquels ces informations sont considérées comme incompatibles avec ces clauses;*
 - (f) des informations relatives aux voies de recours à la disposition du bénéficiaire du service en ce qui concerne cette décision, notamment par l'intermédiaire de mécanismes internes de traitement des réclamations, du règlement extrajudiciaire des litiges et d'un recours juridictionnel.*
3. *Les informations fournies par les [intermédiaires] en vertu du présent article sont claires et faciles à comprendre et aussi précises et détaillées que cela est raisonnablement possible compte tenu des circonstances données. En particulier, les informations donnent au bénéficiaire du service concerné une possibilité raisonnable d'exercer effectivement les voies de recours visées au point f) du paragraphe 2.*
4. *Les [intermédiaires] publient les décisions et les exposés des motifs visés au paragraphe 1 dans une base de données accessible au public gérée par la Commission. Ces informations ne contiennent pas de données à caractère personnel.*

*DIRECTIVE (UE) 2019/790 DU PARLEMENT EUROPÉEN ET DU CONSEIL
du 17 avril 2019 sur le droit d'auteur et les droits voisins dans le marché unique numérique
et modifiant les directives 96/9/CE et 2001/29/CE*

Article 17

Utilisation de contenus protégés par des fournisseurs de services de partage de contenus en ligne

4. *Si aucune autorisation n'est accordée, les [intermédiaires] sont responsables des actes non autorisés [à l'égard] d'œuvres protégées par le droit d'auteur et d'autres objets protégés, à moins qu'ils ne démontrent que:*
- a) ils ont fourni leurs meilleurs efforts pour obtenir une autorisation; et*
 - b) ils ont fourni leurs meilleurs efforts, conformément aux normes élevées du secteur en matière de diligence professionnelle, pour garantir l'indisponibilité d'œuvres et autres objets protégés spécifiques pour lesquels les titulaires de droits ont fourni aux fournisseurs de services les informations pertinentes et nécessaires; et en tout état de cause*
 - c) ils ont agi promptement, dès réception d'une notification suffisamment motivée de la part des titulaires de droits, pour bloquer l'accès aux œuvres et autres objets protégés faisant l'objet de la notification ou pour les retirer de leurs sites internet, et ont fourni leurs meilleurs efforts pour empêcher qu'ils soient téléversés dans le futur, conformément au point b).*
5. *Pour déterminer si [l'intermédiaires] a respecté les obligations qui lui incombent en vertu du paragraphe 4, et à la lumière du principe de proportionnalité, les éléments suivants sont, entre autres, pris en considération:*
- a) le type, l'audience et la taille du service, ainsi que le type d'œuvres ou autres objets protégés téléversés par les utilisateurs du service; et*
 - b) la disponibilité de moyens adaptés et efficaces et leur coût pour les fournisseurs de services.*

La SARTEC est d'accord avec le fait que la *décision* de retirer ou bloquer l'accès aux contenus visés par un avis de retrait appartient à l'intermédiaire, étant toutefois entendu que la réception d'un avis de retrait doit être réputée donner lieu à la connaissance ou à la prise de conscience effective mentionnées au point 4.1 de ce mémoire à l'égard de ces contenus et, par conséquent, à la perte du bénéfice des exonérations de responsabilité applicables pour toute violation se poursuivant après l'expiration du délais fixé par la loi pour retirer ou bloquer l'accès à ce contenu suite à la réception de cet avis.

La SARTEC reconnaît aussi la légitimité de l'ajout d'un processus de contre-avis similaire à celui de l'article 512 du USCA permettant à tout *utilisateur* dont le contenu est visé par un avis de retrait de requérir le maintien en ligne de ce contenu dans des conditions similaires à celles prévues à l'article 512 du USCA, incluant les sanctions pour la transmission abusives d'avis, et la protection des intermédiaires en raison de leur décision de retirer ou bloquer l'accès à de tels contenus.

Elle est aussi en accord avec tout mécanisme susceptible de favoriser la résolution rapide de tout différend faisant suite aux décisions prises par les intermédiaires de retirer ou maintenir les contenus visés par les avis.

La SARTEC est finalement en faveur de l'approche préconisée par le projet de législation européenne visant la reconnaissance de plaignants reconnus comme des « sources fiables » à la suite d'un processus transparent, tel que des sociétés de gestion ou associations professionnelles des secteurs concernés.

4.3.2 Contrefacteurs récidivistes

Tel que mentionné au point 2 de ce mémoire, la loi doit, de plus, impérativement conditionner l'application des mesures d'exonération de responsabilité à tout Intermédiaire à l'adoption et la mise en application effective et de bonne foi de politiques visant les contrefacteurs récidivistes selon les paramètres de la loi américaines corrigés selon les recommandations du Bureau du droit d'auteur dans le *Copyright Office Section 512 Report* de mai 2020.

4.4 Imposition de régimes de licences obligatoires ou étendus

La SARTEC réitère ses demandes répétées visant à corriger les deux régimes de copie privée déjà existant dans la loi, soit celui de la PARTIE VIII de la Loi (« copie pour usage privé »), afin de clarifier qu'il couvre aussi les copies effectuées sur une mémoire intégrée dans un équipement et pour en étendre la portée aux copies privées d'œuvres audiovisuelles, et le nouveau régime de l'article 29.22 de la Loi (« reproduction à des fins privées ») afin soit d'en exclure les reproductions de contenus audiovisuels, soit de prévoir le versement d'une redevance juste et équitable en contrepartie des reproductions qu'il permet dans le respect des obligations du Canada en regard du test en trois étapes imposé par les traités en matière de droit d'auteur et droits voisins auxquels le Canada est partie, soit de l'éliminer simplement puisqu'il contrevient à sa face même aux engagements du Canada en vertu de ces traités.

4.5 Obligations de transparence des intermédiaires

La loi devrait comporter des obligations transparence obligeant, à tout le moins, les Intermédiaires fournissant des services d'hébergement et, dans tous les cas, ceux rencontrant la définition de « fournisseur de services de partage de contenus en ligne » de la *Directive Européenne de 2019* à consigner et fournir notamment, les renseignements suivants :

- Toute utilisation des contenus des titulaires de droits par l'entremise de leurs services, notamment le nombre de téléversements incorporant ce contenu et le nombre de vues et d'écoutes;
- Les sommes perçues à quelque titre par les Intermédiaires en contrepartie de ces utilisations, y compris au titre de droits d'accès aux répertoires et d'avance sur redevances;
- La méthode de calcul et de versement de toute rémunération payable aux titulaires de droits en contrepartie de ces utilisations;
- Toute information relative à leurs services qui sont pertinents aux fins de l'application de toute mesure d'exonération, dont tout service, acte, fonctionnalité ou caractéristique, susceptible d'affecter le

caractère « passif et neutre » d'un service, et le rôle de la prise de décisions automatisée et humaine dans ces processus;

- Les procédures, les mesures et les outils auxquels ont recours les intermédiaires pour intervenir lors des cas probables de violation du droit d'auteur par leurs services, ainsi que les politiques guidant l'utilisation de ces mécanismes, notamment le rôle de la prise de décisions automatisée et humaine dans ces mécanismes;
- Le détail des interventions des intermédiaires dans les cas probables de violation du droit d'auteur par leurs services, notamment la quantité, la nature et le résultat des mesures prises à la suite d'une ordonnance du tribunal, comme un avis d'action, un recours contre les contrevenants récidivistes présumés, un régime d'avis et avis ou une initiative propre à l'intermédiaire.

Ces renseignements devraient, selon le cas, n'être divulgués qu'aux titulaires de droits concernés ou à leurs mandataires ou sociétés de gestion administrant les droits en cause, lorsqu'ils sont d'une nature telle que, selon les usages normaux, ils sont considérés être de nature « confidentielle » pour ces personnes, et être rendus publiquement accessibles dans les autres cas.

4.6 Établissement d'un fondement législatif et d'une procédure statutaire pour certaines injonctions contre les intermédiaires

La Loi devrait finalement être amendée afin de confirmer le pouvoir des tribunaux d'émettre des ordonnances obligeant les intermédiaires et visant à prévenir et à mettre un terme aux violations de droits d'auteur dans le cadre de leurs services et ce, de manière à prévenir des litiges longs et dispendieux visant à confirmer la disponibilité de ces recours auprès des tribunaux canadiens et leurs conditions d'application. De telles ordonnances devraient comprendre les ordonnances dites de « retrait », « blocage », « désindexation » ainsi que celles visant à suspendre ou résilier l'accès aux services d'un intermédiaire.

La loi devrait en outre confirmer que de telles ordonnances peuvent être obtenues à l'encontre d'un Intermédiaire même s'il n'est pas responsable de la violation concernée (y compris en raison de l'application d'une mesure d'exonération de responsabilité), et sans devoir préalablement obtenir un jugement à l'encontre de la personne directement responsable de la violation en cause, y compris lorsque cette personne est localisée à l'extérieur du Canada.

Les règles encadrant l'émission de telles ordonnances pourraient certes s'inspirer de la jurisprudence canadienne et celle d'autres juridictions, du moins dans la mesure où les principes et règles juridiques pertinents sont compatibles avec ceux applicables au Canada.