

*Piratage, musique et Internet : la
solution se trouve-t-elle dans le modèle
américain ?*

René Pépin*

* Professeur, Faculté de droit, Université de Sherbrooke. Email : rpepin@droit.usherb.ca.

Table des matières

Introduction	1
1. La jurisprudence américaine.....	3
2. La législation américaine, de ses débuts jusqu'à l'adoption de la <i>Audio Home Recording Act</i> de 1992	5
3. La loi de 1992 : <i>Audio Home Recording Act</i> (AHRA).....	7
4. La loi de 1995 : Digital Performance Rights in Sound Recordings Act (DPRA).....	11
5. La loi de 1998 : Digital Millenium Copyright Act (DMCA)	14
6. Un projet de loi : Music Online Competition Act (2001).....	16
7. La situation au Canada : et maintenant, que vais-je faire ?.....	18
Conclusion	24

Introduction

1. L'industrie de la musique populaire semble à première vue jouir d'une situation financière très enviable. Tout le monde sait jusqu'à quel point la musique est devenue importante dans l'univers des jeunes depuis les années 60. Au cours des ans, au gré des mouvements de fusions et d'acquisitions, cinq entreprises en sont venues à contrôler 80 % du marché du disque: *Universal Music*, *Sony*, *AOL Time Warner*, *EMI-Virgin*, et *BMG*¹. Il se vend chaque année près de 4 milliards de disques dans le monde, et ce secteur de l'économie a un chiffre d'affaires estimé à 40 milliards de dollars².

2. Il est possible cependant que ce géant ait des pieds d'argile. La menace vient du fameux « format MP3 »³. Même s'il a été développé voici seulement quelques années, ce nouvel outil de distribution par ordinateur de pièces musicales présente un très grand défi technologique et économique pour l'industrie du disque, qui se plaint de pertes se chiffrant à plus de 5 milliards de dollars, donc plus de 10 % de son chiffre d'affaires⁴. Cette menace est vraiment sérieuse⁵, même si à première vue on pourrait être tenté de faire un parallèle avec les autres développements technologiques qui historiquement ont fait craindre les pires malheurs aux détenteurs de droits d'auteurs, malheurs qui ne se sont jamais véritablement produits. Dès le XIX^e siècle, lorsque les rouleaux perforés ont été inventés — ils permettaient de jouer des pièces musicales au piano mécanique —, on a prédit un sombre avenir à la musique en feuilles⁶. Au XX^e siècle, dans les années 50, lors de l'apparition de la télévision, on a parlé de la mort imminente des cinémas, qui étaient alors la principale source de divertissement de bien des gens. De même, les plus sombres pronostics ont été faits lors de l'arrivée sur le marché des machines à photocopier dans les années 60, et des appareils vidéo dans les années 70. La menace posée par l'échange de fichiers musicaux par Internet a ceci de particulier toutefois qu'elle permet de faire très exactement ce que toute loi sur le droit d'auteur cherche à interdire : qu'une personne se procure un seul exemplaire d'une œuvre et rende celle-ci immédiatement accessible à des millions d'amateurs de musique, sans frais aucuns peut-être, et sans perte de qualité au cours du processus de reproduction du produit original! Jusqu'à l'avènement de l'ère Internet, les détenteurs de droits d'auteur contrôlaient la distribution de leurs œuvres du fait que celles-ci étaient incorporées dans un objet tangible. Les divers appareils de reproduction faisaient perdre un certain nombre de ventes, certes, mais rien n'arrivait à remplacer parfaitement le produit original. Ce n'est plus le cas présentement. Le défi de l'industrie du disque est donc double. Le premier est juridique. Il s'agit de savoir si elle pourra se servir des lois actuelles sur le droit d'auteur pour faire cesser le piratage à grande échelle des œuvres musicales. Le deuxième est d'ordre technique et est encore plus important : même si cette industrie obtenait les victoires escomptées devant les tribunaux, il est possible que la technologie permette aux internautes de continuer à télécharger massivement leurs pièces

¹ Cf. « Combien gagnent les étoiles pop en France ? », dans *La Presse*, 14 janvier 2002, p. C-7.

² Cf. Brendan M. Schulman, « The Song Heard' Round the World: the Copyright Implications of MP3s and the Future of Digital Music », (1999) 12 *Harv. J. L. & Tech.* 589, p. 599.

³ Pour « Motion Picture Experts Group Audio Layer 3 », aussi appelé « MPEG-1 Audio Layer 3 », d'où le diminutif MP3. C'est un algorithme de compression des fichiers musicaux qui permet une réduction de l'ordre de 12:1. Ainsi, le téléchargement d'un fichier musical se fait beaucoup plus vite, et occupe moins d'espace sur le disque dur d'un ordinateur.

⁴ B.M. Schulman, *loc. cit.*, note 2, p. 600. Il s'agit de chiffres fournis par la Recording Industry Association of America (ci-après la RIAA), organisme qui regroupe les principales maisons de disques et qui défend leurs intérêts économiques.

⁵ Certains vont même jusqu'à annoncer la mort pure et simple du droit d'auteur. Cf., entre autres, R.C. Denicola, « Mostly Dead? Copyright Law in the New Millenium », (2000) 47 *J. Copyright Soc'y USA* 193, p. 204-207.

⁶ Cf. Jane C. Ginsburg,, « Copyright and Control Over New Technologies of Dissemination » (2001) *Columbia L. J.* 1613, p. 1622.

musicales préférées sans être inquiétés juridiquement, parce qu'il sera devenu impossible de les repérer!

3. C'est cette problématique que nous voulons étudier ici, mais sous un angle particulier. La question de la légalité de l'échange des fichiers musicaux par Internet, qui a connu un point culminant aux États-Unis dans l'« affaire *Napster* », a été abordée par plusieurs commentateurs⁷. Nous voulons plutôt voir quelles avenues, s'il en est, s'ouvrent au législateur canadien pour maintenir un équilibre entre le droit des créateurs d'exploiter commercialement leurs œuvres, et le droit du public d'y avoir accès à prix raisonnable. C'est l'objectif qui sous-tend normalement toute loi sur le droit d'auteur. Dans le cas qui nous occupe, le Canada se trouve à un carrefour. À l'été 2001, les deux ministères concernés par la question des droits d'auteur — Patrimoine Canada et Industrie Canada — ont lancé un vaste projet de consultation auprès de la population en général, mais surtout auprès des principaux acteurs qu'intéressent les questions relatives au droit d'auteur à l'ère numérique⁸. On y voit que le Parlement a l'intention ferme de modifier la *Loi sur le droit d'auteur*⁹ de façon à la moderniser sur ce point. Il accueillera favorablement toute suggestion pertinente.

4. Mentionnons tout de suite que le Parlement fédéral a toujours été assez peu explicite, au cours des ans, relativement à la question de la protection accordée aux œuvres musicales. La première loi canadienne sur le droit d'auteur a été adoptée en 1921 seulement, et est entrée en vigueur en 1924. Les « œuvres musicales » y étaient définies comme toute combinaison de mélodie ou d'harmonie « *produite ou reproduite graphiquement* »¹⁰. Cette loi, fidèle à la conception des choses à l'époque, protégeait d'abord et avant tout la musique en feuilles plus que les moyens mécaniques de reproduction. Les créateurs de pièces musicales avaient le droit d'« exécuter en public » leurs œuvres, et de les « transmettre par la radiophonie »¹¹, expressions malhabiles qui ont soulevé plusieurs difficultés juridiques lorsqu'il s'est agi de savoir si les radiodiffuseurs et surtout les entreprises de télévision par câble devaient payer des droits d'auteur¹².

5. Ce n'est qu'en 1988 et en 1993 que sont survenues deux phases importantes de modernisation de la loi, en bonne partie à la suite des pressions américaines effectuées après l'adoption du traité de libre-échange en 1988. C'est alors qu'on a aboli le régime de licences obligatoires pour les œuvres musicales. Une personne ne pouvait plus réaliser son propre enregistrement d'une pièce musicale déjà endisquée, tout en payant les « tantièmes » prévus par la loi. Le régime qu'on connaît aujourd'hui a été mis progressivement sur pied dans les années 90. On a précisé lesquels de ces droits appartiennent aux compositeurs, aux compagnies de disques ou aux interprètes¹³ et on a protégé les œuvres diffusées « au public »,

⁷ Cf. notamment J. Labrèche, « Droit d'auteur et Internet : l'affaire *Napster* », dans *Développements récents en propriété intellectuelle (2001)*, vol. 157, Éd. Yvon Blais, p. 167.

⁸ Cf. les trois documents suivants, datés de juin 2001, qu'on trouve sur le site Internet de Industrie Canada (<<http://strategis.ic.gc.ca>>) : « Cadre de révision du droit d'auteur », « Document de consultation sur les questions de droit d'auteur à l'ère numérique » et « Document de consultation sur l'application de la loi sur le droit d'auteur pour ce qui est des licences obligatoires de retransmission par Internet ».

⁹ L.R.C. (1985), c. C-42.

¹⁰ L.R.C. (1970), c. C-30, art. 2

¹¹ *Id.*, art. 3(1) et 3(1)(f).

¹² Cf. l'affaire *Canadian Admiral c. Rediffusion*, (1954) R.C. de l'É. 382, où on a jugé qu'il n'y avait pas de droit d'auteur applicable à la retransmission d'un match sportif parce que ce qui se déroule sur le terrain n'est pas une œuvre originale, et qu'il n'y a pas de support matériel dans lequel elle serait incorporée. De plus, même si on disait qu'il existe une œuvre au sens de la loi, elle n'était représentée « en public » qu'à l'écran d'appareils de télévision installés dans la vitrine d'un magasin, à la vue du grand public, et la compagnie de câble ne transmettait pas l'œuvre « au moyen de la radiophonie », au sens de l'article 3(1)(f), mais par câble!

¹³ *Loi sur le droit d'auteur*, précitée, note 9, art. 18 et 19.

plutôt qu' « en public » comme aussi celles qu'on transmettait « par télécommunication »¹⁴. En 1997, on a prévu l'exemption relative à la copie d'une œuvre musicale pour usage privé. Pour compenser les pertes pécuniaires, un régime de droits à payer sur tout support audio vierge fabriqué ou importé¹⁵ a été mis sur pied. La question de la transmission des œuvres par le réseau Internet n'est pourtant pas encore carrément abordée.

6. Notre intention est donc, au moment où s'engage un processus important de révision de la loi, d'examiner l'expérience américaine en ce domaine où, en sa qualité de législateur, le Congrès a été beaucoup plus « pro-actif » sur ces questions que le législateur canadien. Ses importantes interventions visaient à moderniser la loi, à l'adapter à des réalités contemporaines ou à rectifier le tir des tribunaux ; elles remontent aux années 70. Il est intéressant de voir ce qui a été accompli, le degré de succès qu'ont eu ces interventions, et jusqu'à quel point cette expérience pourrait inspirer le Parlement canadien.

1. La jurisprudence américaine

7. Un bref survol de la jurisprudence américaine permet de dégager une constante. Chaque fois qu'est apparue une nouvelle invention facilitant la diffusion ou la reproduction d'œuvres musicales, les tribunaux se sont montrés réceptifs aux arguments des détenteurs de droits d'auteur qui cherchaient à protéger leurs droits dans le cadre de l'utilisation du nouveau médium. Dans les cas cependant où on a cherché à se servir de la loi sur le droit d'auteur pour stopper complètement l'utilisation d'une technologie innovatrice, ces tribunaux n'ont montré aucune sympathie aux titulaires de droits d'auteur. Il y a de bons motifs politiques et juridiques qui sous-tendent cette façon de faire. C'est qu'une législation en matière de droits d'auteur cherche fondamentalement à accorder des incitatifs financiers aux créateurs, pour qu'ils persévèrent dans leurs efforts de création de nouvelles œuvres ; elle cherche aussi à permettre au grand public d'accéder aux réalisations des créateurs. Les juges ont donc tendance à considérer que si une nouvelle invention sert à étendre le marché potentiel pour une œuvre, elle est correctement exploitée, et on ne doit pas chercher à la faire disparaître. D'autre part, il y a toujours eu dans la loi des limites et exceptions aux droits exclusifs des créateurs, dont la notion de « *fair use* ». Ce concept, d'origine jurisprudentielle, se trouve à l'article 107 de la loi américaine. Cette disposition énonce des critères qui permettent de déterminer si cette notion peut s'appliquer : on tiendra compte de la nature de l'œuvre reproduite, du but de la reproduction, de l'importance de la partie reproduite et de l'effet de la reproduction sur le marché potentiel de l'œuvre originale. Si une invention nouvelle n'est pas utilisée de façon à contourner complètement les droits des auteurs, son impact sera vu de façon bienveillante. Et, comme nous le verrons dans la section suivante, lorsque les tribunaux ont cherché à trop restreindre l'utilisation d'un nouveau mode de dissémination des œuvres, le Congrès est intervenu pour rétablir un équilibre entre les créateurs et les utilisateurs de cette technologie¹⁶.

8. Une première décision notable, rendue en 1908, porte sur la légalité des rouleaux perforés utilisés dans les pianos mécaniques¹⁷. La Cour suprême a jugé qu'ils étaient légaux par rapport à la loi sur le droit d'auteur, n'étant pas des « copies » ou des « reproductions », car la composition musicale — c'est-à-dire la suite des notations sur des portées — n'était pas apparente : il ne s'agissait que de longs rouleaux de papier pleins de perforations. Ce motif ne serait certes plus valable aujourd'hui, mais ce qu'il faut noter ici est que la consultation de documents d'époque montre que les juges savaient que l'objectif des maisons d'édition de musique en feuilles était (a) d'étouffer complètement cette nouvelle technologie qui était déjà bien implantée, et (b) de se faire accorder un monopole total sur l'industrie naissante des

¹⁴ *Id.*, art. 2.3, 2.4, 3(1), 3(1)(f) et 31.

¹⁵ *Id.*, art. 80(1) et 81(1).

¹⁶ J. Ginsburg, *loc. cit.*, note 6, p. 1616.

¹⁷ *White-Smith Music Publishing Co. c. Apollo*, 209 U.S. 1 (1908).

disques et même des tourne-disques. Elles ne demandaient rien de moins que se de faire payer des droits jusque sur la vente de chaque tourne-disque. Dans ce contexte, la décision de la Cour se comprend beaucoup mieux¹⁸...

9. Une autre bataille d'envergure s'est livrée lors de l'invention de la radio. Une société de gestion collective des droits d'auteur, nouvellement formée, a voulu réclamer des droits aux stations de radio pour la diffusion d'œuvres musicales. Celles-ci s'y sont opposées, pour divers motifs : la diffusion se faisait gratuitement, elle n'était pas effectuée « en public » vu que chacun écoutait la radio chez soi, et leur activité ne pouvait qu'augmenter le marché potentiel de la vente de disques. Tous ces arguments ont été rejetés¹⁹ même si la loi de l'époque ne précisait pas en quoi consistait la « représentation publique » d'une œuvre. Il en a été de même dans un litige en 1931²⁰ sur le droit des établissements hôteliers de transmettre les ondes radio dans les chambres louées par les clients. Notons que la question n'était pas de savoir si les propriétaires d'hôtels pouvaient utiliser la nouvelle technologie, mais seulement s'ils devaient payer des droits d'auteur. Ce qui était en jeu n'était pas la transmission du signal radio jusqu'à un hôtel, question qui avait été résolue, mais plutôt la transmission « secondaire » qui se faisait jusqu'à chaque chambre. On aurait pu considérer que les propriétaires d'hôtel n'avaient rien à payer car ce qu'ils faisaient équivalait à installer un appareil radio dans chaque chambre, mais à l'époque, les hôtels payaient des droits d'auteur lorsqu'un orchestre jouait dans une salle de l'hôtel et que le son était retransmis aux chambres. Les juges ont probablement estimé que décider que les hôteliers n'avaient à acquitter aucun droit aurait incité ceux-ci à abandonner les orchestres ou la musique endisquée pour se contenter de la musique jouée à la radio à l'exclusion de toute autre. En rendant sa décision, le célèbre juge Brandies a fait observer qu'en décidant de cette façon, il respectait la volonté du Congrès d'accorder un monopole aux compositeurs sur toute représentation publique de leurs œuvres²¹.

10. Un autre litige est né lorsque l'industrie du câble, qui desservait initialement des clients dans des régions éloignées, s'est implantée dans les villes et a séduit les consommateurs par la clarté du signal qu'elle transmettait. Deux litiges se sont rendus en Cour suprême des États-Unis, sur la question de savoir si les compagnies de télévision par câble devaient payer des droits d'auteur sur les signaux qu'elles captent à leur « tête de ligne » et retransmettent aux abonnés par un système de câbles et d'amplificateurs²². La Cour a jugé que ces compagnies ne « représentaient » pas les œuvres, se contentant de les « retransmettre ». Elles n'avaient donc pas à payer de droits d'auteur. Elles augmentaient tout simplement la portée du signal des stations de radio et de télévision. La distinction peut paraître forcer la logique, mais encore ici on comprend mieux les enjeux quand on sait que les stations de radio et de télévision cherchaient à éliminer ce nouveau rival. Les juges ont rétorqué, à bon droit à notre avis, que les compagnies de câble élargissaient l'auditoire des stations de télévision, qui pouvaient rajuster à la hausse leurs grilles tarifaires de publicité. Dans un tel cas, les détenteurs de droits d'auteur sur les œuvres diffusées à la télévision ne seraient pas floués. Au contraire, ils participeraient financièrement à l'exploitation d'un nouveau médium.

¹⁸ J. Ginsburg, *loc. cit.*, note 6, p. 1622.

¹⁹ *Pastime Amusement Co. c. M. Witmark & Sons*, 2 F. 2d 1020 (1924).

²⁰ *Buck c. Jewell LaSalle Realty Co.*, 283 U.S. 191 (1931). La règle est encore la même. Ainsi on a jugé en 1991 que des films sur cassettes vidéo transmis en circuit fermé dans les chambres d'hôtel constituaient bien des « représentations publiques » d'une œuvre : *On Command Video Corp. c. Columbia Pictures Indus.*, 777 F. Supp. 787 (1991).

²¹ J. Ginsburg, *loc. cit.*, note 6, p. 1621.

²² Cf. *Fortnightly Corp. c. United Artists Television Inc.*, 392 U.S. 390 (1968) et *Teleprompter Corp. c. CBS*, 415 U.S. 394 (1974). Dans ce dernier cas, l'industrie de la télévision est revenue à la charge car un télédiffuseur retransmettait des signaux éloignés. On a cru qu'il s'agissait d'un élément nouveau suffisamment important pour espérer faire renverser la première décision.

11. En 1984 est survenue la célèbre « affaire *Betamax* » relative à la légalité des appareils vidéo²³. On peut deviner le sort du litige, compte tenu de ce que nous avons vu des décisions antérieures, si on sait que le studio de films, qui possédait des droits d'auteur sur des œuvres diffusées à la télévision, cherchait à faire dire à la Cour suprême que toute utilisation des appareils vidéo était illégale puisqu'ils servaient essentiellement à violer la loi sur le droit d'auteur. Il faut savoir aussi qu'à l'époque, l'industrie du film cherchait à promouvoir la distribution de son propre produit, appelé aujourd'hui le DVD, qui permettait de visionner des films, mais pas des enregistrements d'émissions de télévision... Les juges ont estimé que l'utilisation d'un appareil vidéo était du « *fair use* » et ne constituait pas une violation indirecte du droit d'auteur²⁴. Ce qui est important dans cette décision à notre avis est de voir que les juges ont refusé de tuer dans l'œuf cette nouvelle invention, et qu'ils ont en quelque sorte rappelé aux magnats de l'industrie du film qu'il y a un moyen simple d'exploiter leurs œuvres de façon à maximiser leurs droits. Il faut d'abord, bien évidemment, exploiter le marché du public qui veut aller voir le film en salle, puis aller vers le marché des cassettes vidéo, et enfin récolter une troisième fois de l'argent grâce à des ententes avec les stations de télévision. De cette façon, les juges atteignent leur objectif : on n'empêche pas le public d'avoir accès à une nouvelle technologie et on ne prive pas les créateurs d'un nouveau moyen de diffusion de leurs œuvres.

12. Enfin, une dernière décision importante a été rendue en 1999. Elle va nous permettre de faire le lien entre la jurisprudence américaine et les diverses interventions du législateur. Il s'agissait de la question de la légalité du RIO, le premier appareil portatif capable de jouer les fichiers musicaux reçus par un ordinateur en format MP3²⁵. Avant l'invention de cet appareil, l'internaute devait écouter les pièces musicales reçues par Internet devant son ordinateur. Le RIO lui donnait la mobilité recherchée. L'appareil se vendait avec un logiciel appelé « RIO Manager » qui permettait de lui transférer les fichiers musicaux. À noter donc que l'appareil ne peut effectuer cette tâche lui-même, ne peut faire de copies de fichiers musicaux ni ne peut les charger sur un autre appareil. La RIAA voulait faire interdire complètement, par injonction, la fabrication et la vente de l'appareil, au motif qu'il n'était pas doté d'un dispositif permettant d'identifier les fichiers musicaux protégés par le droit d'auteur et ceux qui ne l'étaient pas. Ce dispositif, appelé SCMS pour « *Serial Copyright Management System* », est exigé depuis l'adoption d'une loi de 1992, la *Audio Home Recordings Act*. Dans cette décision, sur laquelle nous reviendrons, la Court of Appeals a jugé, et ce en renversant une décision de première instance, que le RIO n'était pas visé par cette loi, car il n'était pas un « *digital audio recording device* ». Une étude minutieuse du texte de la loi et de son histoire législative a fait conclure au juge O'scannlain que la loi ne visait pas non plus le disque dur d'un ordinateur. Le RIO était donc protégé par les dispositions de la loi américaine innocentant le simple consommateur qui fait une copie d'une pièce musicale seulement pour son propre usage. Notons simplement, pour l'instant, que la décision aurait peut-être été différente si la RIAA avait cherché à récolter des droits d'auteur plutôt qu'à exclure un produit. En ce sens, la décision s'inscrit parfaitement dans la lignée des jugements antérieurs.

2. La législation américaine, de ses débuts jusqu'à l'adoption de la *Audio Home Recording Act* de 1992

13. La Constitution américaine, qui date de 1787, accorde au parlement fédéral, le Congrès, le pouvoir de légiférer en matière de propriété intellectuelle. La première loi à avoir accordé une

²³ *Sony Corp. of America c. Universal City Studios, inc.*, 464 U.S. 417 (1984).

²⁴ Cf. art. 27(2) de la loi canadienne. Il s'agit du cas où une personne en aide une autre à accomplir un acte réservé au titulaire du droit d'auteur « alors que la personne qui accomplit l'acte sait ou devrait savoir que la production de l'exemplaire constitue une violation de ce droit ». La loi américaine connaît ce concept sous le nom de « contributory infringement ».

²⁵ *RIAA c. Diamond Multimedia systems inc.*, 180 F. 3d 1072 (1999).

protection aux œuvres musicales remonte à 1831²⁶. Elle visait initialement, on le devine, la reproduction de la musique en feuilles. Comme pour toute œuvre, elle prévoyait que le créateur, c'est-à-dire le compositeur, avait le droit exclusif de décider de multiplier ou non les exemplaires de la musique en feuilles et d'accorder ou non le droit de jouer en public l'œuvre qu'il avait créée. Elle était cependant silencieuse quant à la question de l'enregistrement et de la reproduction mécanique de l'œuvre musicale.

14. En 1909 survint un changement important. Par suite de l'affaire *White-Smith*, mentionnée plus haut, le Congrès est intervenu pour modifier l'état du droit de façon à tenir compte des intérêts des compositeurs, de celui des compagnies fabriquant des appareils destinés à reproduire la musique et de celui encore des compagnies de disques. Il est très important de bien comprendre le régime mis en place alors, car il est resté fondamentalement inchangé pendant plus de cinquante ans. On a instauré un régime différent pour ce que l'on appelle l'« œuvre musicale » et l'« enregistrement sonore » de l'œuvre. L'« œuvre musicale » est le fruit du travail du compositeur de la mélodie, et, s'il y a lieu, des paroles qui l'accompagnent. Il reçoit des droits lui cédant à toutes fins pratiques un contrôle complet sur l'exploitation de son œuvre. Il décide s'il va accorder la permission de reproduire les exemplaires de la musique en feuilles, d'exécuter, c'est-à-dire de jouer l'œuvre en public, de l'endisquer, de la modifier (pour faire une trame sonore qui accompagnerait un film, par exemple) et de permettre qu'elle soit transmise au public par ondes hertziennes. L'« enregistrement sonore » est le fruit du travail des compagnies de disques. Elles n'ont pas reçu de véritable droit d'auteur relativement à ce travail. Leur droit, accordé par le compositeur, se limite à celui de multiplier les exemplaires d'un disque. Elles allaient être compensées financièrement par ce qu'on a appelé la « *first sale doctrine* », selon laquelle elles reçoivent de l'argent seulement au moment de la vente d'un disque. De cette façon, elles ne peuvent prétendre que l'acheteur de disques doit payer deux droits d'auteur : celui du compositeur et le leur. Elles sont compensées financièrement par le prix payé pour le disque, moins la part remise au compositeur. Une fois le disque acheté, son propriétaire peut en disposer comme il veut sans être inquiété par la question des droits d'auteur des compagnies de disques : il peut le faire jouer autant de fois qu'il le désire, le faire jouer devant des amis ou des membres de sa famille, et il peut s'en départir en le détruisant ou en le donnant à qui il veut bien.

15. Une conséquence importante de cette situation est qu'une pièce musicale jouée à la radio ou la télévision suppose le paiement de droits d'auteur au compositeur, mais pas à la compagnie de disques. La loi limita aussi les droits des compagnies de disques en prévoyant qu'une fois une œuvre endisquée, toute personne désireuse de le faire pouvait, en payant les droits prévus, réaliser son propre enregistrement de l'œuvre et ainsi concurrencer la compagnie qui, la première, avait endisqué cette œuvre²⁷. Il est important de constater que cette situation n'est pas le fruit du hasard ou d'une omission de la part du législateur. En plus du fait qu'elle soit — comme on peut facilement le deviner — le résultat des pressions exercées par les divers groupes concernés, des arguments rationnels expliquaient la réticence du législateur à accorder davantage de droits aux compagnies de disques. On ne voulait pas qu'elles soient rémunérées à deux titres, et on estimait que leur travail d'intermédiaire entre le compositeur et le public n'était pas suffisamment original pour constituer une nouvelle œuvre au sens de la loi,

²⁶ Cf. Act of Feb. 3, 1831, ch. 16, s. 1, 4 Stat. 436 (1831) et Aaron L. Melville, « The Future of the Audio Home Recording Act of 1992: Has it Survived the Millenium Bug ? » 7 *B. U. J. Sci. & Tech. L.* 372 (2001), p. 374. La première loi américaine sur le droit d'auteur date de 1790. Une protection à l'égard de la représentation publique des œuvres a été accordée en 1897.

²⁷ Jane c. Gsnburg, *loc. cit.*, note 6, p. 1627. À noter que notre droit était calqué sur un modèle semblable jusqu'aux années 90. L'art. 19(1) de la *Loi sur le droit d'auteur*, L.R.C. 1970, c. C-30 disposait que ne constitue pas une violation de la loi le fait « de confectionner, au Canada, des empreintes, rouleaux perforés ou autres organes au moyen desquels des sons peuvent être reproduits » lorsque celui qui les confectionne prouve « que de tels organes ont été confectionnés antérieurement » et qu'« il a payé [...] au titulaire du droit d'auteur [...] des tantièmes ».

méritant protection et rémunération. Les compagnies de disques ne sont pas pour autant complètement démunies face à la possibilité de copies illégales des disques. Un contrefacteur viole la loi en multipliant les exemplaires d'un disque, du fait qu'il ne respecte pas les droits du compositeur. De plus, s'il cause un tort financier à la compagnie, elle a un recours en vertu des règles du droit civil relatives à la concurrence déloyale²⁸.

16. Cette situation resta quasi inchangée jusqu'aux années 60, époque où les développements technologiques permirent à des contrefacteurs de fabriquer plus facilement et plus rapidement des copies piratées d'œuvres musicales. En 1971, le Congrès a adopté la *Sound Recording Act*²⁹, qui, pour la première fois, a reconnu qu'un droit d'auteur était applicable aux « enregistrements sonores ». On peut deviner que le développement des technologies aidant, il devenait incongru d'accorder un droit d'auteur seulement à l'égard de la musique en feuilles, mais ici encore, la protection fut limitée. La loi a reconnu aux compagnies un droit d'auteur, mais il ne portait que sur le droit exclusif de reproduire mécaniquement des exemplaires d'une œuvre et sur le droit d'en faire des produits dérivés. Il n'y avait toujours pas de protection relativement à l'« exécution publique » d'une œuvre. Leur situation juridique à l'égard d'une station de radio qui diffuse une œuvre musicale n'a pas été modifiée. Elles devaient toujours être compensées en vertu de la « *first sale doctrine* » seulement³⁰. Cet état du droit a été codifié dans la refonte majeure de la loi américaine sur le droit d'auteur en 1976 : on y trouve une disposition spécifique selon laquelle le droit d'auteur sur les enregistrements sonores ne comprend pas le droit à l'exécution publique de l'œuvre. Ce droit ne couvre que la reproduction des œuvres, leur distribution et celle aussi des produits dérivés³¹. Cette situation est restée inchangée jusqu'en 1992.

3. La loi de 1992 : *Audio Home Recording Act*³² (AHRA)

17. L'origine de cette loi remonte à l'affaire *Betamax*, décidée environ huit ans plus tôt. On devine que les compagnies détenant des droits d'auteur sur des films et des pièces musicales ont été extrêmement déçues de la décision de la Cour suprême. De plus, l'apparition de nouveaux appareils permettant l'enregistrement de pièces musicales rendait encore plus attrayante pour le mélomane la possibilité d'enregistrer pour son propre compte ses pièces favorites. Les cassettes pourvues de ruban magnétique et les appareils radio permettant leur utilisation sont apparus vers la fin des années 60. Il devenait alors possible d'enregistrer une pièce musicale entendue à la radio, et de copier une cassette achetée ou prêtée par un ami. La qualité de l'enregistrement laissait beaucoup à désirer cependant, vu que les pièces étaient diffusées en format analogique, avec les bruits de fond et distorsions inévitables. En 1982 sont

²⁸ Cf. pour la jurisprudence américaine *Capitol Records Inc. c. Mercury Records Corp.*, 221 F2d 657 (1955). Au Québec, le recours se prend en vertu de l'art. 1457 C.c.Q. Nous ne voulons pas traiter de la controverse à savoir si un recours se trouve également à l'article 7 de la *Loi sur les marques de commerce*, L.R.C. (1985), c. T-13. Le lecteur que la question intéresse pourra consulter le texte de Georges T. Robic : « Différents systèmes disponibles au Canada pour la réparation du dommage tant matériel que moral, résultant d'actes de concurrence déloyale », disponible sur le site Internet de Léger, Robic, à : <<http://robic.ca/publications/151.htm>> (1990).

²⁹ Pub. L. No. 92-140, 85 Stat 391 (1971), codifiée à 17 U.S.C. ss.102. La loi prévoyait initialement une protection pour les œuvres créées entre février 1972 et janvier 1975. En 1974, la date limite de 1975 fut écartée et la protection fut étendue de façon permanente. Cf. Pub. L. No. 93-573, 88 Stat. 1873 (1974).

³⁰ B.M. Schulman, *loc. cit.*, note 2, p. 602-603. Au Canada, ce n'est qu'en 1997 qu'on a reconnu qu'un droit d'auteur s'appliquait aux enregistrements sonores. Cf. art. 18(1) de la loi.

³¹ Cf. 17 U.S.C. 114(d) (1988).

³² Pub. L. No. 102-563, codifiée à 17 U.S.C. ss.1001-1010 (1992).

apparus les disques compacts³³, enregistrés en format numérique. Même s'il n'était pas possible alors de les reproduire en format autre qu'analogique, il reste que l'enregistrement d'une pièce à partir d'un « CD » donnait un résultat d'une bien meilleure qualité. Quelques années plus tard est apparue une nouvelle menace pour les compagnies de disques, les « *Digital Audio Tape machines* »(DAT)³⁴. Elles permettaient au mélomane de réaliser ses rêves de reproduire sans aucune perte de qualité toute pièce musicale, diffusée en format numérique ou analogique.

18. La question de la légalité de l'utilisation des appareils permettant d'enregistrer la musique n'était toujours pas résolue. La loi sur le droit d'auteur n'en traitait pas expressément. Il s'agissait donc de savoir si l'exception relative au concept d'utilisation équitable appelé « *fair use* » en droit américain pouvait trouver application. Il y avait, à ce sujet, un conflit qui allait toujours en s'envenimant entre les compagnies de disques et les fabricants d'appareils permettant l'enregistrement et la reproduction de pièces musicales. Selon les compagnies de disques, le mélomane qui enregistre une pièce jouée à la radio sur une cassette vierge viole leur droit d'auteur relatif à la reproduction de l'« enregistrement sonore » de l'œuvre. Aucune des parties ne voulait prendre le risque de porter le débat devant les tribunaux, de peur d'une décision défavorable. Mais les compagnies de disques ont trouvé un moyen très efficace de faire pression sur les fabricants pour qu'ils acceptent un compromis, en refusant d'endosser des pièces musicales dans des « formats » compatibles avec les nouvelles machines. De plus, la menace de poursuites judiciaires alléguant la responsabilité du fabricant restait en suspens, comme une épée de Damoclès. La RIAA et les manufacturiers d'équipement en arrivèrent finalement à un compromis en 1989, et la loi adoptée par le Congrès ne fit que refléter le contenu de cette entente³⁵.

19. La loi de 1992 contient trois éléments essentiels. Elle a d'abord tranché la question de la légalité de l'enregistrement pour son propre usage de pièces musicales. Elle comporte une disposition³⁶ selon laquelle aucune action ne peut être intentée en alléguant violation de la loi sur le droit d'auteur en ce qui concerne l'utilisation personnelle d'appareils servant à la reproduction, en mode analogique ou numérique, de pièces musicales.

20. Ensuite, elle impose un « *Serial Copy Management System* » (SCMS), c'est-à-dire, comme le nom l'indique, un « système » de gestion ou d'encadrement des copies faites en mode numérique, précisons-le, à partir de l'« enregistrement sonore » d'une œuvre musicale. Elle interdit la fabrication, l'importation ou la vente d'appareils capables d'enregistrer de la musique en format numérique (les « *digital audio recording devices* ») à moins qu'ils soient munis d'une puce électronique permettant l'enregistrement seulement à partir d'un original. Elle autorise la production d'un nombre illimité de copies, pourvu qu'on les fasse à partir d'un disque où figure la pièce musicale originale. Elle interdit donc la copie d'une copie. Quelle que soit la source d'une pièce musicale — que ce soit un disque fait en mode analogique ou en mode numérique —, son enregistrement doit se faire sur un appareil doté du système SCMS s'il est effectué sur support numérique. Sont exemptés les enregistrements « traditionnels » sur rubans

³³ Pour une bonne revue historique de l'évolution des appareils capables d'enregistrer de la musique, cf. A.L. Melville, *loc. cit.*, note 26, p. 376.

³⁴ En fait, au début des années 90, deux nouveaux produits se faisaient compétition : la Digital Compact Cassette (DCC), fabriquée par Phillips, et le Mini-Disc, de Sony. Cf. J.L. Mckuin, « Home Audio Taping of Copyrighted Works and the Audio Home Recording Act of 1992: a Critical Analysis », 16 *Hastings Comm & Ent L. J.* 311 (1994).

³⁵ Plus précisément, quatre entreprises insatisfaites du compromis ont entrepris des procédures pour faire déclarer illégale la technologie utilisant le format DAT. L'affaire fut réglée hors cour en juillet 1991, mais permit d'obtenir une concession majeure de la part de Sony, qui accepta un système de droits à payer sur chaque appareil mis en marché, et sur les cassettes vierges. Ce dernier objet de contention réglé, les parties ont pu présenter au Congrès ce qui devint la loi de 1992. Cf. J.L. Mckuin, *loc. cit.*, note 34, p. 322.

³⁶ Art. 1008 de la loi.

magnétiques, en mode analogique, probablement parce qu'on sait que la copie d'une cassette qui est elle-même une copie devient très vite peu attrayante pour le mélomane³⁷.

21. Enfin, pour indemniser les compositeurs et les compagnies de disques eu égard à la légalisation des enregistrements maison sur des supports vierges, des droits à payer sont instaurés sur la fabrication des appareils servant à l'enregistrement en format numérique, et sur les supports eux-mêmes, qu'il s'agisse de DAT, de DCC ou de mini-disques³⁸. Les droits sont payables une seule fois. Les sommes ont été initialement établies à 2 % de la valeur marchande des appareils, et à 3 % de la valeur des supports audio³⁹. À noter que pour la première fois dans une loi américaine sur le droit d'auteur, on prévoit que des paiements seront faits aux artistes-interprètes, en plus des sommes qui vont aux compositeurs et aux compagnies de disques, mais sans aller encore jusqu'à reconnaître aux premiers un droit d'auteur spécial.

22. Cette loi, évidemment, fut le fruit d'un compromis. On peut se demander cependant si toutes les parties visées en ont bien mesuré les conséquences. L'industrie a renoncé à exiger des droits relativement aux enregistrements faits en mode analogique. Le consommateur peut également réaliser autant d'enregistrements qu'il le désire d'un disque compact acheté légalement. Il peut faire cet enregistrement en mode numérique ou en mode analogique, pour lui-même ou pour ses amis, éventuellement. La seule limite est qu'il ne fasse pas de copies dans un but lucratif, et que la copie soit faite à partir d'un disque qui ne soit pas une copie d'un autre disque⁴⁰. À noter aussi que la loi n'a toujours pas reconnu de droit d'auteur aux compagnies de disques relativement à la « représentation » des œuvres musicales. Contrairement à ce qui est le cas pour les compositeurs, elles ne peuvent toujours pas, en 1992, réclamer un droit d'auteur quand un disque est joué en public ou à la radio, ou lorsque les sons sont transmis par le système Internet, par exemple.

23. Au cours des six années qui ont suivi son adoption, la loi n'a fait l'objet d'aucun débat devant les tribunaux. La situation a changé dramatiquement toutefois lors du litige qui opposa la RIAA et la compagnie *Diamond Multimedia* au sujet de l'appareil appelé RIO, dont nous avons parlé plus haut. Cette affaire illustre bien les lacunes de la loi de 1992. L'industrie du disque demandait une injonction pour empêcher la commercialisation de l'appareil, au motif qu'il n'était pas doté d'un système de gestion des enregistrements. La principale question était donc de savoir si le RIO était légalement un « *digital audio recording device* »⁴¹. La réponse était loin d'être évidente, vu les caractéristiques du RIO. En effet, il s'agit d'un petit appareil de la taille d'un baladeur, capable de télécharger à partir d'un ordinateur, de garder en mémoire et de jouer des fichiers musicaux comprimés en format MP3. Mais il n'est pas évident qu'il se trouve à « copier » les fichiers musicaux. Il ne fait strictement que les recevoir d'un ordinateur, où ils ont été téléchargés initialement par l'internaute. De plus, le RIO n'est pas doté des prises nécessaires pour transmettre les pièces musicales à un autre RIO. La Cour d'appel a noté que la loi imposait une réglementation à un certain type d'appareil plutôt que d'interdire globalement la copie de pièces musicales effectuée en format numérique. Plus précisément, il fallait

³⁷ J.L. Mckuin, *loc.cit.*, note 34, p. 325-326. La loi interdit aussi la fabrication ou l'utilisation de tout système ou appareil destiné à contourner le système *SCMC*.

³⁸ La loi prévoit qu'est aussi visé tout autre support de musique en format numérique : 17 U.S.C. s. 1001(3), (4)A.

³⁹ Cf. J.L. Mckuin, *loc. cit.*, note 34, p. 327, pour une ventilation des paiements. En gros, les compagnies de disques reçoivent un peu moins de 40 % des sommes récoltées, les disquaires environ 16 %, les compositeurs 16 %, et les interprètes environ 25 %.

⁴⁰ Cf. Rebecca J. Hill, « Pirates of the 21st Century: the Threat and Promise of Digital Audio Technology on the Internet », 16 *Santa Clara Computer & High Tech. L. J.* 311, (2000), p. 325. et A.L. Melville, *loc. cit.*, note 26, p.380, qui souligne que la loi met fin à toute poursuite qui serait intentée en étant fondée « [...] on the noncommercial use by a consumer of a [...] digital audio recording device or medium for making digital music recordings or analog music recordings ».

⁴¹ *RIAA c. Diamond Multimedia*, précitée, note 25, 1075.

déterminer si le RIO créait un « *digital audio copied recording* » fait à partir d'un « *digital music recording* », *i.e.* un enregistrement en format numérique d'une pièce musicale enregistrée numériquement⁴². Le juge O'scannlain a estimé que ce n'était pas le cas, vu que le RIO n'enregistre pas « directement » d'un « disque numérique », mais à partir du disque dur d'un ordinateur. La loi ne visait donc pas spécifiquement ce type d'appareil. L'étude des débats législatifs entourant l'adoption de la loi n'a pas été plus convaincante. Aux yeux du juge, la loi, pour le meilleur ou pour le pire, exempte les disques durs d'un ordinateur, et vise plutôt le produit final, c'est-à-dire ce sur quoi la musique est enregistrée : les disques compacts, les rubans numériques, les cassettes audio, les longs-jeux, les cassettes numériques et les mini-disques⁴³. Il y aurait donc ce qui semble bien être une échappatoire dans la loi, permettant d'en contourner la lettre et l'esprit en faisant passer les fichiers musicaux par le biais d'un ordinateur⁴⁴. Toutefois, selon le juge, cela serait conforme à l'intention globale du législateur de permettre la copie pour usage personnel de fichiers musicaux, quel que soit leur support initial et quel que soit aussi celui où ils se retrouvent.

24. Il faut à notre avis s'attarder davantage aux conséquences de la décision du tribunal, plutôt que de scruter à la loupe le libellé de la loi américaine pour voir si on peut estimer que le juge a commis une erreur de droit. Il faut notamment se demander quel est ou doit être le statut juridique des fichiers MP3 et des ordinateurs au regard de la loi de 1992. Ce qu'on peut au moins dire, c'est que nous avons ici un cas clair où les développements technologiques ont créé une problématique qui n'avait tout simplement pas été envisagée par cette loi⁴⁵. Clairement, elle visait à permettre au mélomane d'enregistrer une œuvre entendue à l'occasion à la radio, et de faire une copie d'un disque qu'il se serait procuré. En ciblant plutôt le « produit fini » sur lequel la musique est enregistrée, elle n'a pas envisagé la situation où presque toute pièce musicale intéressante pour le mélomane se trouve disponible sur le réseau Internet. Il peut apparemment en toute légalité copier tout ce qui l'intéresse puisqu'il ne fait chaque fois qu'un seul enregistrement pour son propre usage! Aux prises avec une telle situation, l'industrie du disque et les fabricants d'équipements se sont mis à collaborer au projet « *Secure Digital Music Initiative* » (SDMI)⁴⁶. Reconnaisant que la voie de l'avenir sera probablement l'abandon des objets tangibles vendus aux consommateurs, on cherche grâce à cette « initiative » une façon de distribuer aux consommateurs les produits culturels qui les intéressent, qu'il s'agisse de vidéos, films, musique, etc., tout en s'assurant que les droits d'auteur seront acquittés. On ne sait pas encore si ce qui sera privilégié sera une méthode d'« encryption », *i.e.* de codage des informations, un système de « marqueurs » insérés dans les œuvres originales, une reformulation des langages informatiques⁴⁷, ou autre chose. Reste à voir si la loi de 1995 a pu aider la cause des compagnies de disques qui s'estiment lésées au plus haut point par la façon dont le réseau Internet s'est développé.

⁴² *Id.*, 1076.

⁴³ *Id.*, 1077. Pour une bonne analyse de l'arrêt, cf. A.L. Melville, *loc. cit.*, note 26, p. 390 et suiv. et L.M. Needham, « A Day in the Life of the Digital Music Wars: the *RIAA v. Diamond Multimedia* », 26 *Wm. Mitchell L. Rev.* 1135 (2000). De façon un peu surprenante, les appareils comme le RIO n'ont pas connu le succès commercial escompté. C'est probablement dû aux développements rapides de la technologie qui a rendu plus attrayante l'écoute de la musique par l'utilisation des ordinateurs. L'internaute va maintenant chercher les pièces musicales sur ses sites préférés et il les télécharge sur un disque compact avec un graveur de « CD ».

⁴⁴ *RIAA v. Diamond Multimedia*, précitée, note 25, 1080. Le juge écrit en effet : « The Act seems designed to allow files to be "laundered" by passage through a computer. »

⁴⁵ Cf. L.M. Needham, *loc. cit.*, note 43 p. 1161.

⁴⁶ B.M. Schulman, *loc. cit.*, note 2, p. 626.

⁴⁷ Cf. S. Desrochers, « Music, Padlocks and the Commons » 2000, *Lex Electronica* (<<http://www.lex-electronica.org/>>).

4. La loi de 1995 : Digital Performance Rights in Sound Recordings Act⁴⁸ (DPRA)

25. Même si certains auteurs de doctrine ont considéré que cette loi n'était qu'un autre compromis imparfait entre les groupes de pression que représentent les consommateurs, les sociétés de gestion des droits d'auteur et les compagnies de disques⁴⁹, nous estimons, sans vouloir faire un mauvais jeu de mots, qu'elle fait une œuvre originale. C'est qu'elle n'a pas cherché simplement à colmater les brèches juridiques contenues dans la loi de 1992. Elle traite d'une question brûlante d'actualité, à savoir la façon d'exploiter dans le respect de la loi les œuvres musicales diffusées en format numérique. Nous n'avons rien d'équivalent à cette législation en droit canadien.

26. Une de ses dispositions essentielles modifie l'article 106 de la loi américaine sur le droit d'auteur, la disposition de base qui énumère les diverses composantes du droit d'auteur. Elle reconnaît clairement un droit d'auteur relatif à l'« exécution publique » des « enregistrements sonores » effectués par la transmission d'un signal numérique⁵⁰. Pour la première fois donc, un droit est reconnu qui est relatif à l'exécution publique non seulement des « œuvres », mais des « enregistrements sonores »! Elle confère aux compagnies de disques un droit semblable à celui des compositeurs, soit celui d'accorder un droit de reproduction et d'exécution publique de leurs œuvres.

27. Ce droit reste limité et encadré de façon importante. C'est que le Congrès n'a pas octroyé aux compagnies de disques toutes les composantes du droit d'auteur qu'elles réclamaient. Il a voulu réglementer les nouveaux modes de diffusion de la musique de façon à leur éviter, de même qu'aux interprètes, d'être complètement flouées par un système où les mélomanes peuvent se trouver en possession de toutes leurs œuvres préférées sans avoir acheté un seul disque. Elles allaient perdre le monopole de la distribution des enregistrements des œuvres, mais elles seraient compensées financièrement, tout comme les interprètes.

28. Aux termes de la loi, essentiellement, une fois une œuvre endisquée, la compagnie de disques doit accorder une licence, dite statutaire, à toute entreprise qui veut diffuser, moyennement paiement, l'œuvre sous format numérique⁵¹. La loi encadre ces nouvelles entreprises, qui font ce qu'on appelle du « *webcasting* », par opposition au « *broadcasting* », qui désigne le mode d'opération des stations conventionnelles de radio diffusant leur signal dans l'air libre. Le *webcasting* englobe plusieurs activités. Il peut s'agir de la reproduction pure et simple sur Internet du signal d'une station de radio, ou d'un service nouveau, où le degré d'interactivité avec l'internaute peut varier. C'est pourquoi la loi a créé un double régime, selon que les compagnies offrent des « services interactifs » ou des « services par abonnement ». Les services dits « par abonnement » ne doivent pas être susceptibles d'être qualifiés de services « interactifs » pour être en mesure de bénéficier du régime nouveau. Leurs clients ne doivent pas être autorisés à commander et à recevoir une pièce musicale particulière. Il ne doit pas s'agir non plus d'un système où le client commande et paie « à l'unité ». La loi prévoit qu'un service « par abonnement » est légal si ses propriétaires paient des droits d'auteur et satisfont à des conditions destinées à garantir que leurs clients ne pourront pas enregistrer la quasi-

⁴⁸ Pub. L. No. 104-39, 109 Stat. 336 (modifiant plusieurs dispositions de la loi sur le droit d'auteur. Est surtout modifié l'article 106, qui dit que le détenteur du droit d'auteur à l'égard d'un disque possède le « exclusive right to perform the work publicly by means of digital audio transmission ».

⁴⁹ J.A. Abrahamson, « Tuning up for a New Musical Age: Sound Recording Copyright Protection in a Digital Environment », 25 *AIPLA Q.J.* 181 (1997), p. 219. Il est vrai que la loi n'opère pas de révolution si on considère seulement le fait qu'elle ne change pas la situation juridique des compositeurs, et accorde un droit d'auteur limité en matière d'exécution publique des œuvres. À notre avis, elle fait bien plus, comme nous tentons de le montrer dans notre texte.

⁵⁰ *Id.*, 205.

⁵¹ Megan M. Wallace, « The Development and Impact of the Digital Performance Right in Sound Recordings Act of 1995 », 14 *T.M. Cooley L. Rev.* 97 (1997), p. 109-110.

totalité de la musique se trouvant sur un disque compact. Les deux conditions les plus importantes leur interdisent de diffuser dans une période de trois heures plus de trois pièces se trouvant sur un même disque ou plus de quatre pièces du même artiste-interprète, et de rendre public à l'avance ce qui va être diffusé⁵². Le montant convenu des droits d'auteur doit être remis pour moitié aux compagnies de disques et pour moitié aux interprètes⁵³. Ces règles vont s'appliquer aux compagnies de câble qui diffusent de la musique sur des canaux spécialisés et aux stations de radio qui diffusent leur signal sur le réseau Internet.

29. Quant aux services considérés « interactifs », ce sont ceux qui sont en cause quand on songe à la façon dont la musique est maintenant rendue disponible sur le réseau Internet. Ceux qui fournissent ces services n'ont pas le privilège, si on peut dire, de jouir d'un régime de licence statutaire. Il n'y a rien qui leur garantit que les détenteurs des droits d'auteur accepteront qu'on diffuse leurs œuvres de cette façon. Des ententes doivent être négociées à la pièce, mais elles sont quelque peu encadrées par la loi, pour empêcher que les compositeurs soient tenus en otage par les compagnies de disques, qui pourraient déterminer seules si et de quelle façon une œuvre sera diffusée en mode numérique. Ainsi par exemple, une licence exclusive ne peut être accordée par une compagnie de disques pour plus de douze mois, et ne peut être renouvelée à l'égard du même bénéficiaire avant l'expiration d'une période additionnelle de treize mois après cette date⁵⁴.

30. La loi contient aussi une série d'exceptions destinées à faire en sorte que les stations de radio et de télévision de même que les compagnies de câble puissent continuer leur *modus operandi* traditionnel, sans avoir à payer des sommes additionnelles⁵⁵. Elle prévoit enfin, dans des dispositions formulées de façon fort complexe, que les entreprises qui distribuent la musique en mode numérique payent aussi les droits d'auteur qui reviennent aux compositeurs s'il y a lieu, c'est-à-dire lorsqu'elles se trouvent à livrer à l'internaute l'équivalent d'un disque compact, qu'on appelle « *digital phonorecord delivery* ». Cette mesure a pour but d'empêcher qu'on passe outre à leur droit d'auteur qui s'applique normalement lorsque des copies sont faites des disques dont ils ont permis la confection⁵⁶. En effet, si on estime que la musique sur Internet n'est pas « exécutée publiquement », mais simplement « copiée », les compositeurs n'auraient droit à aucune rémunération, puisque le droit d'auteur relatif à la confection de copies appartient aux compagnies de disques.

31. La loi de 1995 apporte un changement important à la façon dont le Congrès légifère sur les droits d'auteur. L'approche traditionnelle avait toujours insisté sur une protection s'attachant à des objets tangibles dans lesquels est incorporée une œuvre originale. Cette fois, on s'est rendu compte qu'il faudrait utiliser un autre moyen pour préserver l'équilibre des forces en présence. On a choisi un système de licences qui cherche à encadrer juridiquement des

⁵² *Id.*, p. 208 et note infrapaginale n° 85. Les dispositions en cause se trouvent à 17 U.S.C. ss. 114(d) (2) (b), (c), (d) et (e). La loi prévoit que le montant des droits d'auteur doit être négocié avec les titulaires de ces droits. (Mais le « droit » strict de diffuser les pièces est accordé par un régime de licences obligatoires.) La compagnie opérant un service par abonnement qui ne répond pas à ces conditions, par exemple en diffusant un grand nombre de pièces d'un seul compositeur ou d'un seul interprète, doit négocier directement un tarif avec la compagnie de disques possédant les droits d'auteur, car agir de cette façon fera diminuer la vente des disques au détail, perte qui doit être compensée.

⁵³ *Id.*, p. 210-211.

⁵⁴ *Id.*, p. 212-3.

⁵⁵ B.M. Schulman, *loc. cit.*, note 2, p. 613. La loi ne s'applique pas aux œuvres audio-visuelles, et comme elle emploie le mot « transmission », elle ne vise pas la musique qui est jouée « sur place » seulement, comme dans un cinéma, un théâtre, un stade, ou un magasin. Elle ne vise pas, enfin, les services de retransmission d'un signal (pensons au câble et aux retransmetteurs par satellite) lorsque la première personne qui transmet le signal a acquitté les droits d'auteur.

⁵⁶ J.A. Abrahamson, *loc. cit.*, note 49, p. 214.

transactions. Cette loi n'a malheureusement pas atteint tous les objectifs que le Congrès s'était fixés.

32. Une fois encore, le choix des termes utilisés a donné lieu à des difficultés d'interprétation, et les développements technologiques rapides et importants font qu'on ne sait pas toujours comment elle peut s'appliquer à certaines réalités nouvelles. Ainsi par exemple, l'exception visant les stations conventionnelles de radio et de télévision ne posait pas de difficulté au moment de l'adoption de la loi. On sait pourtant que ces stations comptent diffuser leur signal en mode numérique dans un avenir prochain. La loi leur sera-t-elle applicable alors⁵⁷ ? Il n'y a pas consensus sur ce sujet. Une question a cependant été résolue récemment, grâce à une décision du Bureau américain du droit d'auteur (Copyright Office). Elle vise les stations de radio qui rendent leur signal accessible par le biais du système Internet à l'ensemble de la planète. En décembre 2000, le Copyright Office a jugé que dans ce cas, elles devaient payer des droits d'auteur, vu que leur signal est disponible partout sur terre et que sa qualité, qui est en format numérique, en permet facilement la reproduction sur un support approprié⁵⁸. Cette décision a été jugée valide par un tribunal de première instance⁵⁹.

33. La loi cherche donc à encadrer la diffusion de la musique sur Internet, mais la façon dont le système s'est développé présente un défi à son application. Une première difficulté est liée au sens du terme « service interactif », qui semblerait à première vue poser peu de difficultés. La loi le définit comme « celui qui permet à un membre du public de recevoir, à demande, une transmission d'un enregistrement sonore, choisie par lui ou pour son compte »⁶⁰. Peu après son adoption, des compagnies ont commencé à offrir l'accès à des banques d'émissions de radio enregistrées, de sorte que l'internaute pouvait plus facilement repérer l'œuvre qui l'intéressait et la télécharger. Doit-on parler de service interactif dans ce cas ? D'autres compagnies permettaient d'interagir avec le site, de façon à ce que l'internaute puisse repérer, par exemple, toutes les pièces du même artiste⁶¹. La situation est devenue rapidement plus problématique avec l'utilisation massive des échanges de fichiers musicaux en format MP3. La loi vise assez clairement, à notre avis, la situation d'un internaute qui va sur un site Internet contenant des milliers de fichiers musicaux ou lui donnant accès — c'était le cas dans l'affaire *Napster* — aux ordinateurs d'autres internautes qui contiennent des fichiers musicaux. Il semble très clair qu'on a affaire alors à un service dit interactif, donc réglementé par la loi⁶². Ici, le problème en est un d'application de la loi. On a souvent affaire à des sites clandestins, ou à des sites dont la durée de vie est limitée, de sorte que les détenteurs de droits d'auteur ne peuvent poursuivre que les internautes eux-mêmes, individuellement, ce qui est assez futile... La loi a tout de même permis à l'industrie du disque de remporter une première victoire importante. Dans *Frank Music corp. v. Compuserve inc*⁶³, on a forcé un fournisseur d'accès Internet à mettre fin à un service qui permettait aux internautes de charger et de télécharger à leur guise des pièces musicales, et à payer des dommages-intérêts importants. La suite des événements a toutefois établi que si une bataille avait été gagnée, la guerre était loin de l'être. L'affaire *Napster* a montré qu'il est très difficile de faire respecter la loi quand les internautes s'échangent massivement des fichiers

⁵⁷ *Id.*, p. 226.

⁵⁸ Cf. « Radio Stations Must Pay Royalties for 'Webcasts', Judge Rules », (2001) *Andrews Telecomm. Indus. Litig. Reg.* 6.

⁵⁹ *Bonneville International Corp. Et al. c. Peters et al.*, 2001 U.S. Dist. LEXIS 10919.

⁶⁰ 17 U. S.C. ss. 114 (d)(1). (Notre traduction).

⁶¹ *Id.*

⁶² La loi est tout de même assez claire ici. Cf. 17 U.S.C. ss. 114(d)(4), qui dispose que la compagnie qui, dans le cadre d'un service interactif transmet un signal audio-numérique à un abonné, doit avoir obtenu une licence pour représenter l'œuvre, et une autre pour la reproduire. Cf. aussi l'article 114(b) étendant la protection accordée aux disques à l'égard des copies. Elle vise maintenant tous les « phonorecords or copies », un langage qui vise la copie d'une version numérisée d'une chanson se trouvant dans un ordinateur.

⁶³ 839 F. Supp. 1552 (M. D. Fla 1993).

musicaux sans passer par un serveur central : dans ce cas, nul « service interactif » n'est offert. Ce problème ne sera pas réglé par la loi de 1998.

5. La loi de 1998 : Digital Millenium Copyright Act (DMCA)⁶⁴

34. La *Digital Millenium Copyright Act* s'inscrit sur la lancée de la loi de 1995. Le Congrès a reconnu que plusieurs types d'œuvres, surtout les œuvres musicales, seraient de plus en plus accessibles sur le réseau Internet. Il fallait donc que la loi sur le droit d'auteur soit à nouveau modifiée. La protection allait désormais viser « une œuvre » plutôt que la copie d'une œuvre, c'est-à-dire « un exemplaire ». Ce qui allait être réglementé en matière de droit d'auteur serait le mode d'accès aux œuvres disponibles sur le réseau Internet. Dans un deuxième temps, la loi de 1998 contient une série de dispositions destinées à protéger l'intégrité des mécanismes qui régissent l'accès aux œuvres, et à interdire l'utilisation de tout appareil destiné à contourner de tels mécanismes⁶⁵.

35. La DMCA cherche principalement à freiner la pratique du *webcasting*, qui s'est considérablement développée depuis 1995. Elle modifie plusieurs fois la définition de ce qu'est un « service interactif » au sens de la loi DPRSA, car on s'est rendu compte que ce concept pouvait englober une multitude de réalités, selon qu'on accorde à l'amateur de musique une possibilité plus ou moins grande de cibler le genre de musique ou la pièce musicale qu'il cherche. Le Congrès a voulu éviter que le régime mis en place par la loi de 1995 couvre seulement les situations où il est possible à l'amateur de musique de commander telle pièce musicale particulière⁶⁶. La nouvelle définition se lit comme suit : « *An "interactive service" is one that enables a member of the public to receive a transmission of a program specifically created for the recipient, or, on request, a transmission of a particular sound recording, whether or not as part of a program, which is selected by or on behalf of the recipient.* »⁶⁷

36. Une première modification à la notion de service interactif spécifie donc qu'elle vise toute « transmission » d'un « programme » spécifiquement créé pour le récipiendaire. On désire inclure dans le régime de licences obligatoires la pratique par laquelle les « *webcasters* » offrent la possibilité aux auditeurs de personnaliser les émissions reçues. Une seconde modification aura pour effet que la pratique consistant à enregistrer les émissions diffusées et à les rendre ensuite accessibles aux auditeurs exige le paiement de droits d'auteur, car cela touche à l'un des droits exclusifs des compositeurs. Est aussi visé un service grâce auquel l'internaute peut naviguer rapidement parmi les pièces disponibles par la fonction « *rewind* » ou « *fast forward* »⁶⁸. Enfin, une dernière modification révèle l'intention du Congrès de préciser jusqu'où la radiodiffusion « traditionnelle » peut aller dans son offre de pièces musicales « ciblées » pour ses auditeurs : les internautes qui reçoivent par ordinateur le signal de leur station favorite peuvent demander une pièce musicale particulière, à condition qu'elle soit diffusée à tous en même temps, et ce dans un délai d'au moins une heure après que la demande en ait été faite. Dans ce cas, le service offert à la population ne sera pas considéré interactif. La situation créée par l'ensemble de ces modifications est la suivante : un service sera considéré interactif dans

⁶⁴ Pub. L. No. 105-304, 112 Stat. 2860 (1998). On doit ajouter que la loi traite de plusieurs autres sujets, qui ne sont pas pertinents pour notre propos. Qu'il suffise de dire qu'elle a été adoptée pour mettre en œuvre deux traités internationaux, et qu'elle vise à faciliter et à multiplier les échanges entre les pays dans les domaines du commerce international, des communications, de la recherche, du développement et du monde de l'éducation.

⁶⁵ Cf. 17 U.S.C. ss. 1201, et J.C. Ginsburg, *loc. cit.*, note 6, p. 1631.

⁶⁶ Steven M. Marks, « Entering the Sound Recording Performance Right Labyrinth: Defining Interactive Services and the Broadcasting Exemption », 20 *Loy. L.A. Ent L. Rev.* 309 (2000), p. 315.

⁶⁷ 17 U.S.C. 114(j)(7).

⁶⁸ S.M. Marks, *loc. cit.*, note 66, p. 316.

deux types de situations, à savoir lorsqu'on offre une programmation « spécialement créée pour le destinataire » et lorsque l'internaute peut demander ou sélectionner des pièces musicales, sauf quelques exceptions bien circonscrites⁶⁹.

37. La loi a aussi reformulé l'exemption visant les stations conventionnelles de radio et de télévision de façon à la circonscrire davantage, pour éviter que des entreprises opérant des « sites web » prétendent opérer une station de radio et donc bénéficier de l'exemption. Elle ne s'applique maintenant qu'aux stations traditionnelles typiques détenant un permis de la FCC (Federal Communications Commission), desservant un marché local et transmettant leur signal dans l'air libre au moyen d'ondes hertziennes.

38. La loi amende aussi l'article 112 de la loi sur le droit d'auteur de façon à permettre aux stations dites conventionnelles de radiodiffusion de créer un enregistrement, même en mode numérique, d'émissions destinées à être diffusées dans les jours suivants. Elles n'enfreignent pas la loi ce faisant⁷⁰. La loi modifie aussi cet article en créant une licence statutaire visant les « enregistrements éphémères » que les *webcasters* doivent effectuer pour transmettre un fichier musical par le réseau Internet. Ces derniers peuvent légalement enregistrer la même pièce en différents formats pour la diffuser à partir de plusieurs serveurs, ou l'encoder de façon à pouvoir la rendre disponible dans différents « formats » ou « emballages » et à des tarifs différents⁷¹.

39. Il nous faut revenir brièvement sur un élément de la loi mentionné plus haut, soit l'interdiction de recourir à des dispositifs destinés à contourner les mesures de protection des œuvres. On comprend l'importance de ces dispositions. Les autres articles de la loi risqueraient d'être lettre morte s'il s'avérait facile et légal pour les internautes d'accéder à toutes les œuvres musicales disponibles sur Internet en utilisant un petit logiciel créé par un crack de l'informatique. La loi protège donc deux types de systèmes : ceux d'abord qui donnent accès au fichier désiré, qu'il s'agisse de texte ou de musique, mais empêchent qu'il soit copié ou téléchargé, et ceux ensuite qui limitent l'accès aux fichiers aux personnes autorisées, par un mot de passe par exemple, mais sans protection additionnelle quant à leur copie. Dans les deux cas, il est illégal de déjouer ces systèmes, qu'on emploie un appareil ou une « méthode », terme qui peut comprendre un logiciel⁷². Les dispositions de la loi de 1995 sur les systèmes SCMS, destinés à empêcher la copie d'une copie, demeurent en vigueur. Reste aussi applicable la notion de « *fair use* », de sorte que toute copie d'un fichier n'est pas automatiquement illégale.

40. Une grande nouveauté de la loi réside dans le fait qu'elle traite de la responsabilité juridique des fournisseurs de services Internet. Ils sont définis de façon globale, pour couvrir les entreprises qu'on appelle présentement les « fournisseurs d'accès » et les « fournisseurs de services ». À condition de se conduire essentiellement comme des entreprises de télécommunications, qui se contentent d'offrir un service passif sans interférer aucunement avec le contenu de ce qui passe sur leurs fils, ils sont exonérés de toute responsabilité juridique, tant au niveau de l'application du droit civil en ce qui concerne les notions de diffamation que de l'application de la loi sur le droit d'auteur. Ils sont exonérés en ce qui a trait à la transmission de données, et plus : ils peuvent faire de l'antémémorisation, conserver — c'est-à-dire stocker — de l'information pour le compte d'usagers, héberger des moteurs de recherche, des annuaires, etc.⁷³ Ils ne sont susceptibles d'engager leur responsabilité que s'ils négligent d'adopter une politique de débranchement des abonnés qui violent la loi à répétition,

⁶⁹ *Id.*, p. 317.

⁷⁰ Le droit canadien reconnaît une possibilité semblable pour les « entreprises de programmation » d'effectuer des « enregistrements éphémères » : cf. art 30.9 de la *Loi sur le droit d'auteur*, précitée, note 9.

⁷¹ S.M. Marks, *loc. cit.*, note 66, p. 329-330.

⁷² Cf. 17 U. S.C. 1201 (a)(2) et 1201 (b).

⁷³ Pour une bonne analyse de ces dispositions, cf. B.M. Schulman, *loc. cit.*, note 2, p. 639-641.

ou s'ils interfèrent avec les mesures de protection des droits d'auteur. On constate donc un changement important par rapport aux règles traditionnelles relatives à la responsabilité en cas de contrefaçon⁷⁴.

41. Les tribunaux ont commencé à appliquer la loi dans quelques litiges, et les détenteurs de droits d'auteur ont pu en tirer profit. Ainsi, dans l'affaire *Reimerdes*⁷⁵, plusieurs studios hollywoodiens ont réussi à faire fermer le site d'un crack de l'informatique qui avait publié le code-source du programme protégeant les films en format DVD, permettant ainsi la copie et la retransmission sur Internet des films en question. La Cour a estimé qu'il y avait violation claire de la loi de 1998. Notons toutefois que dans les affaires *Napster* et *MP3.com*, cette loi n'a été que peu invoquée. Dans le litige impliquant la compagnie *Napster*⁷⁶, la Cour a estimé que cette entreprise ne pouvait se servir de l'exemption de responsabilité pour les fournisseurs d'accès prévue dans la loi DMCA, car elle n'agissait pas exclusivement comme un intermédiaire passif pour l'information qui transitait par son site. Une fois ceci établi, la Cour a étudié et appliqué les dispositions « traditionnelles » de la loi sur le droit d'auteur⁷⁷. Dans le cas de la compagnie *MP3.com*⁷⁸, la décision a porté exclusivement sur la question de savoir si le « service » permettant aux internautes de trouver et de télécharger leurs pièces musicales préférées était visé par le concept de « *fair use* »⁷⁹.

6. Un projet de loi : Music Online Competition Act (2001)⁸⁰

42. Le *Music Online Competition Act (2001)* est un projet de loi présenté au Congrès en août 2001. Il vise à faire en sorte que les compagnies qui détiennent des droits d'auteur et doivent accorder des licences en vertu de la loi de 1998 ne puissent chercher à dominer elles-mêmes le marché de la distribution de la musique par le réseau Internet. La loi *DMCA* leur interdisait d'accorder des licences à des compagnies affiliées à des conditions plus favorables qu'à l'égard des autres compagnies. Cette règle, applicable aux services dits « par abonnement », serait étendue aux services « interactifs », qui sont en train de dominer la façon dont la musique est rendue accessible aux internautes.

⁷⁴ En droit canadien, cf. art. 27(1) et surtout art. 27(2) de la *Loi sur le droit d'auteur*, concernant la responsabilité de celui qui « sait ou devrait savoir que la violation de l'exemplaire constitue une violation de ce droit ». Le droit américain connaît ce concept sous le nom de « contributory infringement ».

⁷⁵ *Universal City Studios, Inc., c. Reimerdes*, 111 F. Supp. 2d 294 (août 2000). On arriva au même résultat (l'émission d'une injonction) dans *DVD Control Association inc., c. McLaughlin*, 2000 WL 48512, rendue en janvier 2000, mais dans ce cas, seule la loi sur les marques de commerce fut plaidée. Dans l'affaire *Real Networks c. Streambox*, (2000 U.S. Dist. LEXIS 1889), une cour de première instance a émis une injonction pour empêcher la compagnie défenderesse d'offrir son produit (un logiciel) qui servait essentiellement à contourner les mesures anti-copie mises en place par RealNetworks. L'affaire a été réglée hors cour.

⁷⁶ *A & M Records, Inc., c. Napster, Inc.*, (2001) 239 F3d 1004.

⁷⁷ Nous faisons une analyse de cette décision à : (2001) 14 *Cahiers prop. intel.* 673.

⁷⁸ 92 F. Supp. 2d 349 (2000).

⁷⁹ On se rappellera que *MP3.com* avait acheté des milliers de disques compacts et les avait chargés sur son site en format MP3, pour les rendre accessibles aux internautes. La compagnie a fait l'objet de nombreuses poursuites, dont plusieurs sont maintenant réglées, non sans que cela lui coûte la bagatelle de 163 millions de dollars! Il faut dire que la loi a aussi été invoquée dans d'autres cas, mais dans des domaines qui ne nous sont pas pertinents, comme la protection des banques de données ou l'utilisation des liens hypertextes. Pour une revue de la jurisprudence relative à la loi DMCA, cf. Peter Brown, « Avoiding Copyright Infringement: Liability on the Internet », 671 *PLI/Pat* 143 (2001), et J.P. Cunard, « Developments in Internet and E-Commerce Law:2001 », 678 *PLI/Pat* 935 (2001).

⁸⁰ H. R. 2724, 107th Cong. (2001).

43. Le projet de loi traite aussi de ce qui est la principale pomme de discorde pour les *webcasters*, à savoir les droits d'auteur relatifs à la reproduction et à la représentation des œuvres endisquées. Ils ont toujours prétendu que ce qu'ils transmettent constitue seulement une représentation d'une œuvre, non une reproduction. La loi de 2001 modifie la loi sur le droit d'auteur en ce qui concerne la définition de « *digital phonorecord delivery* » pour introduire le concept de « *limited phonorecord delivery* », c'est-à-dire le concept d'une distribution qui « *uses a technology that restricts the time and manner in which the transmission recipient may render such sound recording audible* ». Ce concept serait rattaché à une catégorie à part, ce qui impliquerait que les droits à payer, le cas échéant, seraient moindres, sans qu'on sache précisément à combien ils s'élèveraient. Il devient clair cependant que des droits devront être payés, vu que les œuvres musicales sont en réalité « reproduites » presque systématiquement par les internautes, qui désirent conserver une copie de l'œuvre qu'ils ont commandée. Le projet de loi, enfin, accorderait au bureau du droit d'auteur le droit de déterminer les droits à payer dans le cas des services dits « interactifs », où il fallait en vertu de la loi de 1995 négocier directement des autorisations avec les détenteurs des droits d'auteur⁸¹.

44. Pour terminer notre examen du droit américain, tentons de résumer les règles mises en place à la faveur de diverses interventions législatives du Congrès au cours des ans. Encore une fois, il faut bien distinguer les différents droits, et ceux qui en sont titulaires.

45. Examinons d'abord ce qu'il en est des compositeurs, c'est-à-dire des auteurs des pièces musicales. Ceux qui veulent diffuser sur Internet des œuvres musicales doivent obtenir du compositeur la permission de faire une copie de l'œuvre en format numérique, ce que la loi appelle une « *mechanical license* ». Cela peut se faire en négociant directement avec ce compositeur, à ses conditions, ce qui est rarissime, ou en obtenant une « *compulsory mechanical license* », soit un permis prévu dans la loi, à un tarif pré-établi, accessible une fois que la permission d'endisquer a été accordée une première fois par le compositeur. Cela permet à d'autres artistes de réaliser leur propre enregistrement de l'œuvre. Une personne qui possède ce permis peut également, en vertu de la loi, effectuer des « *digital phonorecord deliveries* », c'est-à-dire transmettre son enregistrement de l'œuvre aux internautes. Les *webcasters* — ceux qui diffusent sur Internet le signal d'une station de radio — ne peuvent obtenir la « *compulsory mechanical license* » ni donc créer leur propre version de l'œuvre. Ils doivent obtenir le consentement du compositeur, ou celui de la compagnie à laquelle il a pu céder ses droits. En vertu de la loi, toute transmission de l'œuvre sur le réseau Internet, en format MP3 ou en « temps réel » constitue une exécution publique et exige un permis⁸², et ce, à cause de la façon dont la loi américaine définit les termes « représentation » et « publique »⁸³.

46. En ce qui concerne les disques, c'est-à-dire les « enregistrements sonores », il faut dire que, contrairement aux œuvres musicales, ils ne font pas l'objet d'un régime de licences obligatoires pour ce qui est de leur reproduction et de leur distribution. Rien ne garantit donc qu'une compagnie opérant un site web pourra, sans le consentement des compagnies de disques, commencer à faire le commerce des disques. De telles ententes doivent être négociées à la pièce, mais cela n'inquiète pas beaucoup ceux qui rendent la musique accessible sur Internet. C'est l'exécution publique des œuvres au moyen d'un signal numérique qui est pertinente. Ici, la loi accorde un droit d'auteur aux compagnies de disques, mais il est étroitement encadré. Il s'applique d'une façon différente selon les trois types de situations que

⁸¹ Pour une étude sommaire des dispositions de la loi nouvelle, cf. B. Semel, « Webcasting and Copyright Law: how the Legal Framework May Be Changing », 2001 *Law Journal Newsletters*, no. 8:E-Commerce, p.1.

⁸² Cf. Fred Koenigsberg, « Music, the Internet and the Music Industry », 670 *PLI/Pat* 95, p. 99-102.

⁸³ U.S.C. ss. 101. Il y a représentation ou exécution chaque fois que la pièce musicale est jouée, à toutes fins pratiques, et la représentation est publique dès qu'elle est accessible à un nombre de personnes dépassant le cadre familial.

voici. Il y a d'abord les stations traditionnelles de radio, qui sont exemptées totalement de payer ces droits d'auteur si elles se contentent de diffuser leur signal dans l'air libre par ondes hertziennes. Elles restent exemptées même si elles diffusent en mode numérique, mais pas si elles diffusent leur signal sur le réseau Internet, par « *webcasting* ». En deuxième lieu, on se rappellera que les compagnies qui offrent un système interactif où le client peut « commander » une œuvre en particulier doivent obtenir la permission des compagnies de disques, mais ces ententes ne peuvent avoir à la fois un caractère exclusif et une durée de plus d'un an. Enfin, pour les « *nonsubscription transmissions* », soit pour la musique diffusée un peu comme à la radio, mais sur le réseau Internet, où l'auditeur peut exercer un certain choix sur ce qui sera diffusé dans les prochaines heures, il faut obtenir une « *compulsory license* » de la part des compagnies de disques. Cette règle vaut aussi pour les services fonctionnant par abonnement, que le signal arrive à l'abonné par satellite, par câble ou autrement. Mais ce régime doit être « non-interactif », c'est-à-dire que les pièces jouées ne sont pas annoncées à l'avance, les abonnés ne peuvent faire en sorte que le signal transmis change d'une œuvre à une autre, et on ne peut enlever du signal une « information » empêchant la copie de la pièce musicale, etc.

7. La situation au Canada : et maintenant, que vais-je faire ?

47. L'étude du droit américain devrait avoir suffi à nous convaincre, si besoin en était, que la question qui nous préoccupe est juridiquement importante au Canada également. À notre avis, ce qui circule sur le réseau Internet est en grande partie composé d'œuvres pouvant faire l'objet d'une protection en vertu de la loi canadienne sur le droit d'auteur. Nous nous intéressons ici aux fichiers musicaux, mais si on pense à tout ce qui est contenu dans les banques de données, qu'il s'agisse de documents à contenu juridique, scientifique, culturel, etc., il est facile de comprendre que notre droit ne peut pas considérer comme mineures ces questions. Notre intention est de passer en revue les principales dispositions de la loi traitant de la question des œuvres musicales disponibles sur le réseau Internet. Nous examinerons ensuite la décision rendue en 1999 par la Commission du droit d'auteur, qui y présente son point de vue quant à l'application de la loi canadienne au réseau Internet⁸⁴. Nous verrons enfin quelles propositions sont avancées par le gouvernement fédéral dans les documents de consultation rendus publics à l'été 2001.

48. En ce qui a trait à l'état du droit au Canada, nous pouvons procéder systématiquement, car notre étude des concepts importants du droit d'auteur, vus précédemment, nous le permet. On peut d'abord dire qu'à l'égard de l'internaute qui fait du « *browsing* », c'est-à-dire qui navigue en passant d'un site à un autre, visionne quelques pages, puis va vers un autre site en utilisant un lien hypertexte, la question reste non résolue de savoir s'il se trouve à « reproduire » des documents se trouvant sur le site visité. Les informations téléchargées se trouvent au moins dans la mémoire vive de son ordinateur, même si elles disparaîtront toutes lorsque l'appareil sera fermé. Le Comité consultatif sur l'autoroute de l'information mis sur pied par le gouvernement fédéral a remis son rapport en 1995⁸⁵, mais n'a pas pris position sur cette question. Il nous semble assez sûr que dans une telle situation, l'internaute se trouverait protégé par la notion d'utilisation équitable, qui se trouve aux articles 29, 29.1 et 29.2 de la loi. Ces articles sont beaucoup plus restrictifs que ce qui est visé en droit américain sous le vocable

⁸⁴ Cf. « Tarif à percevoir pour l'exécution ou la communication par télécommunication, au Canada, d'œuvres musicales ou dramatico-musicales ». Décision du 27 octobre 1999; documentation à : <www.cb-cda.gc.ca/decision/m27101999-b.pdf>.

⁸⁵ Cf. « Contact, communauté, contenu : le défi de l'autoroute de l'information », à l'adresse <<http://strategis.gc.ca/SSGF/ih00170f.html>>.

de « *fair use* », mais il nous semble raisonnable de soutenir que l'internaute se contente dans ce cas de faire une « étude privée » ou une « recherche »⁸⁶.

49. Quant aux fournisseurs de contenu, ils enfreignent sûrement la loi s'ils affichent sans autorisation des œuvres protégées, puisque cette loi donne aux détenteurs du droit d'auteur le droit exclusif de reproduire leur œuvre « sous une forme matérielle quelconque »⁸⁷. Elle leur donne de plus le droit de communiquer l'œuvre « au public, par télécommunication »⁸⁸. Deux questions surgissent : ces termes englobent-ils la transmission d'une œuvre en format numérique et quel est le sens des mots « au public » ? Il nous semble qu'on peut répondre affirmativement à la première de ces deux questions. C'est qu'en vertu de modifications apportées ces dernières années, le mot « télécommunication » vise toute transmission de « renseignements de toute nature » par quelque « système électromagnétique »⁸⁹. Par ailleurs, la Cour fédérale a montré dans sa jurisprudence de la dernière décennie que l'expression « communication au public » englobe bien plus que l'expression « communication en public »⁹⁰. En fait, on estime aujourd'hui qu'une œuvre est communiquée au public dès qu'elle est accessible sur un « site web », même si elle devait n'être téléchargée qu'une seule fois par un unique internaute⁹¹. À noter cependant que rendre une œuvre disponible de cette façon n'enfreint pas nécessairement le droit qu'a son auteur de la « publier », car l'article 2.2(1) *in fine* dispose que « sont exclues de la publication la représentation ou l'exécution en public d'une œuvre [...] musicale ou d'un enregistrement sonore, leur communication au public par télécommunication »⁹². Il faut donc bien faire la distinction entre le droit de multiplier les exemplaires d'une œuvre et celui de la transmettre par télécommunication. C'est précisément le but de l'article 2.2(1) *in fine*, qui protège séparément le droit du créateur d'une œuvre de décider s'il permet que des copies en soient effectuées, ou que l'œuvre soit jouée publiquement devant un auditoire en chair et en os, ou qu'elle soit transmise par la magie des ondes.

50. Est-ce que le fait de rendre une œuvre disponible sur le réseau Internet en constitue une « représentation publique » ? Voilà une autre question encore non résolue. La loi semble indiquer que non, car elle prévoit, à l'article 2.3, que le fait de communiquer au public une œuvre par télécommunication n'en constitue ni une exécution ni une représentation en public. Cette distinction a été ajoutée en 1997 pour donner suite à des dispositions du traité de libre-échange avec les États-Unis et pour faire la distinction entre le droit de décider si une œuvre sera jouée en public et celui de la transmettre par télécommunication. Le mot « exécution » impliquerait que des sons soient véritablement produits et entendus par des oreilles humaines⁹³.

51. Quant aux *webcasters*, leur statut juridique en vertu de la *Loi sur le droit d'auteur* reste très ambigu. Leur activité ne cadre de façon exacte avec aucun des droits accordés aux détenteurs des droits d'auteur à l'article 3, la disposition de base sur le sujet. En fait, leur situation est le résultat d'un ensemble hétéroclite de dispositions qu'on trouve dans la *Loi sur le droit d'auteur*,

⁸⁶ Dans le même sens, cf. Jeremy F. de Beer, « Canadian Copyright Law in Cyberspace: an Examination of the Copyright Act in the Context of the Internet », (2000) 63 *Sask. L. R.* 503, p. 509-511.

⁸⁷ *Loi sur le droit d'auteur*, précitée, note 9, art. 3(1).

⁸⁸ *Id.*, art. 3(1)(f).

⁸⁹ *Id.*, art. 2, définition de « télécommunication ».

⁹⁰ Cf. *inter alia*, *Canadian Cable Television Assn. c. Canada*, (1993) 46 C.P.R.(3d) 359 (CFA). La loi est maintenant explicite sur le sens des termes « communication au public par télécommunication », à l'art. 2.4(1)(a) : « [...] font partie du public des personnes qui occupent les locaux d'un même immeuble d'habitation ».

⁹¹ J.F. de Beer, *loc. cit.*, note 86, p. 515-517.

⁹² C'est que la loi réserve cette expression à l'activité qui consiste à multiplier les exemplaires de l'œuvre et à les offrir en vente au public. Cf. McKeown, « Fox Canadian Law on Copyright and Industrial Designs », Toronto, Carswell, 2000, p. 94.

⁹³ *Id.*, p. 476-480.

la *Loi sur la radiodiffusion*, ainsi que dans certains règlements du CRTC⁹⁴. Le CRTC peut réglementer l'activité de ces *webcasters*, mais il a choisi de ne pas le faire pour l'instant, attendant de voir comment le réseau Internet va se développer⁹⁵.

52. Les fournisseurs d'accès, pour leur part, ne bénéficient pas, comme c'est le cas aux États-Unis dans la loi DMCA, de dispositions les exonérant. Se pose donc l'épineuse question de savoir si les articles de la loi canadienne sur la responsabilité conjointe, en particulier l'article 27(2), leur sont applicables. Peut-on dire que ce qu'ils font constitue « *l'accomplissement de tout acte ci-après (comme la mise en circulation d'une œuvre) en ce qui a trait à l'exemplaire d'une œuvre [...] d'un enregistrement sonore ou d'une fixation d'un signal de communication alors que la personne qui accomplit l'acte sait ou devrait savoir que la production de l'exemplaire constitue une violation de ce droit* » ? Bien malin qui pourrait répondre avec assurance à cette question. Ces fournisseurs d'accès pourraient même être accusés de violation directe de la loi lorsqu'ils font de l'antémémorisation sur leur site — c'est une pratique courante — pour permettre aux internautes de communiquer plus rapidement avec les sites les plus populaires.

53. L'article 2.4(1)(b) pose aussi une question d'interprétation très difficile. Il prévoit que « *n'effectue pas une communication au public la personne qui ne fait que fournir à un tiers les moyens de télécommunication nécessaires pour que celui-ci l'effectue* ». Ceci vise bien évidemment des entreprises de télécommunications au sens traditionnel comme Bell Canada, mais, comme on l'a vu plus haut, il résulte de la diversité des services offerts par les *webcasters* qu'il est souvent difficile de déterminer dans quelles circonstances ceux-ci pourraient bénéficier de cette exemption.

54. Mentionnons enfin que notre droit reconnaît aussi, comme le droit américain, la légalité de faire la copie d'une œuvre musicale à des fins privées. L'article 80 dispose en ce sens, mais il comporte trois limites : ne sont d'abord autorisées que les copies d'œuvres sonores. Les appareils vidéo ne sont pas en cause ici. Il faut aussi que l'enregistrement se fasse sur « support audio », terme non défini, et qu'il soit effectué « *pour usage privé* ». Encore ici, on devine que la disposition a été adoptée pour viser l'enregistrement d'une œuvre musicale entendue au hasard d'une émission de radio. L'application de cette disposition dans le cadre du réseau Internet reste problématique⁹⁶.

55. La Commission du droit d'auteur du Canada a rendu public un document important en octobre 1999, portant directement sur la question de l'application de la loi dans le cadre du réseau Internet. Il est le fruit d'un long travail, qui avait débuté au milieu des années 90. En un sens, on peut dire que la Commission se devait d'aborder la question, car la *SOCAN*⁹⁷, société de gestion collective des droits d'auteur, avait déposé un projet de tarifs « *pour l'exécution publique ou la communication au public par télécommunication, au Canada, d'œuvres musicales ou dramatico-musicales pour les années 1996 à 1998* ». La Commission avait déjà adopté un tarif relatif à la communication d'œuvres musicales au moyen d'ordinateurs, mais elle a jugé nécessaire d'aborder de front la question du réseau Internet. Notons, toujours à titre

⁹⁴ J.F. de Beers, *loc. cit.*, note 86, p. 522.

⁹⁵ Cf. « Avis public » 199-197, *Gaz. Off. Can.* Pt. 1, 1-1-2000, p.7).

⁹⁶ Cf. W.V. Tuomi, « Music, Copyrights, and the Internet: The Copyright Board Chimes In », (2001) 18 *Rev. can. de prop. intell.*, 69, p. 74 et suiv. L'auteur nous renseigne aussi sur les types de supports audio exemptés de redevances par la Commission du droit d'auteur : les cassettes audio de moins de 40 minutes de temps de reproduction, les micro-cassettes et les DAT, que les professionnels surtout utilisent. Sont donc essentiellement visés les disques compacts sur lesquels on peut faire un enregistrement, les mini-disques et les cassettes d'une durée de jeu de plus de 40 minutes. À compter de 2001, les droits ont été fixés à 0,29 \$ par cassette, et à 0,77 \$ par disque compact et par mini-disque.

⁹⁷ Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique. Elle a agi conformément aux dispositions de l'article 67 de la loi.

d'observation préliminaire, que le document émis ne traite que de la question de savoir qui peut être visé par le tarif. Il faut attendre un texte encore à venir pour savoir qui devra effectivement payer des droits, et de combien. Sont intervenus à l'audience la *Canadian Association of Internet Providers*, l'*Association canadienne de télévision par câble*, *AT&T Canada*, *ExpressVu*, l'*Association canadienne des radiodiffuseurs* et *Stentor politiques publiques*⁹⁸, entre autres. Tous les participants se sont opposés à l'imposition du tarif.

56. La décision de la Commission touche essentiellement la portée des articles 3(1)(f) et 2.4(1)(b) de la loi, à savoir ce que l'on doit entendre par le droit de transmettre une œuvre au public par télécommunication, et par l'exemption prévue pour les fournisseurs de services de télécommunications. Au début de la seconde partie de sa décision, la Commission résume ses principales conclusions. L'une de celles-ci est qu'une transmission par Internet est une communication par télécommunication, au vu de la large portée de la définition donnée au terme « télécommunication », et que le résultat de la communication est que le destinataire en possède un exemplaire qu'il peut écouter, copier, ou transmettre à une autre personne⁹⁹. Ces communications sont faites « au public » d'après la façon dont la jurisprudence a interprété ces mots. Une communication est faite « au public » même lorsqu'elle est reçue individuellement à domicile par un internaute, et dans le cas de services fonctionnant par abonnement. Par contre, une œuvre est considérée communiquée non pas au moment où elle est rendue disponible sur un serveur, mais au moment où elle est transmise. Il y a « exécution » de l'œuvre au moment de sa transmission. Il importe peu qu'elle soit écoutée dès réception, ou qu'elle soit enregistrée en vue d'une écoute ultérieure¹⁰⁰. Quant à la question de savoir qui communique l'œuvre, il s'agit à son avis du fournisseur de contenu. Le fait que la communication soit automatisée n'est pas pertinent ni le fait que l'œuvre ne soit pas transmise à partir du support sur lequel elle avait été placée initialement. La communication peut donc parvenir du site d'origine, ou d'un serveur offrant un site miroir ou de l'antémémoire.

57. Quant à l'article 2.4(1)(b), la Commission estime qu'il vise ceux qui ne font que fournir à d'autres « les moyens de télécommunication » ; l'expression aurait une portée plus large que celle des mots « les installations ». L'article exempté donc tout ce qui s'appelle routeurs, logiciels de connexion, et, globalement, toute l'infrastructure d'une entreprise de télécommunications permettant la transmission de la voix, des données ou d'autres informations. Il faut que le rôle d'une entreprise se limite à la fourniture de moyens nécessaires à la transmission de données, et que cette entreprise ne prenne pas part à la décision de communiquer ou non une œuvre¹⁰¹. De quelle façon ceci s'applique-t-il aux *webcasters* ? La Commission utilise le critère suivant : « *La responsabilité d'une entité qui participe à une quelconque transmission sur l'Internet doit être évaluée en fonction du rôle qu'elle joue dans cette transmission, et non en fonction de ce qu'elle accomplit en général sur l'Internet.* »¹⁰² Il serait donc possible qu'un fournisseur d'accès au réseau Internet soit obligé de payer des droits d'auteur dans certains cas.

58. Enfin, quiconque rend une œuvre disponible au public sur un serveur se trouve à en autoriser la communication. Or une telle « autorisation » constitue l'un des droits que la loi accorde exclusivement aux détenteurs de droits d'auteur. En effet, le dernier paragraphe de l'article 3 précise que l'un des droits exclusifs des auteurs est celui d'autoriser quelqu'un à exercer l'un quelconque des droits mentionnés à l'article 3 : le droit de reproduire, de

⁹⁸ Il s'agit d'un organisme créé par les entreprises traditionnelles de télécommunications, qui leur sert de d'outil pour discuter de questions d'intérêt commun.

⁹⁹ Cf. *supra*, note 84, « Tarif à percevoir... », section 3, « Analyse », section A.

¹⁰⁰ La Commission s'est basée ici sur les décisions de la Cour fédérale dans les affaires *ACTC et ACR : Association canadienne de télévision par câble c. Canada*, (1993) 2 C.F. 138 et *Association canadienne des radiodiffuseurs c. SOCAN*, (1994) 58 C.P.R. (3d) 190 (CFA).

¹⁰¹ Cf. *supra*, note 84, « Tarif à percevoir... », section III(a)(c).

¹⁰² *Id.*

représenter l'œuvre, de la publier, etc., etc.¹⁰³. C'est qu'à son avis, le fournisseur de contenu qui rend une œuvre disponible décide du choix des pièces musicales qui seront accessibles. Comme « *c'est l'acte même de rendre disponible qui constitue une autorisation* »¹⁰⁴, il devient moins pertinent de déterminer si ce que font les intermédiaires sur le réseau Internet constitue une autorisation. Un fournisseur de services Internet ne devrait donc pas être jugé responsable du simple fait que des personnes se servent de son matériel pour porter atteinte au droit d'auteur.

59. Cette décision de la Commission, pour fort éclairante qu'elle soit, ne répond pas à toutes les questions. Par exemple, on a refusé de considérer la question des signaux de télévision et de radio transmis sur le réseau Internet. Et n'oublions pas que cette décision est centrée sur la question de l'application de l'article 3(1)(f) de la loi. La Commission ne traite donc pas de façon globale de l'application au réseau Internet de l'écheveau des droits que la loi accorde, tant aux compositeurs qu'aux compagnies de disques. Il y a aussi le fait, soit dit avec respect, que cette Commission n'est pas un tribunal judiciaire. Elle a simplement pris position dans ce document sur sa façon de comprendre et d'appliquer certains articles de la loi, et de travailler en conséquence à l'élaboration d'un tarif. Sa juridiction en ce domaine a d'ailleurs été contestée devant la Cour fédérale. Il reste à voir si ce tribunal lui permettra d'aller de l'avant dans son projet d'élaboration d'un tarif spécifique pour le réseau Internet.

60. Le gouvernement fédéral, pour sa part, a lancé en 2001 un vaste projet de consultation s'inscrivant dans un processus de réforme de la *Loi sur le droit d'auteur*. Deux ministères fédéraux sont en cause, soit Patrimoine Canada et Industrie Canada¹⁰⁵. Deux des documents de consultation rendus publics en juin de cette année-là sont particulièrement pertinents quant à nos propos : l'un porte sur « *L'application de la loi sur le droit d'auteur pour ce qui est des licences obligatoires de retransmission par Internet* », et l'autre est intitulé « *Document de consultation sur les questions de droit d'auteur à l'ère numérique* »¹⁰⁶.

61. Le premier a une visée assez étroite. Il porte sur la question de savoir si le régime mis en place par l'article 31 de la *Loi sur le droit d'auteur* doit être étendu au réseau Internet. Cet article avait été adopté pour mettre en œuvre une disposition de l'accord de libre-échange avec les États-Unis. Il prévoit que les entreprises de télévision par câble ne peuvent retransmettre un « signal éloigné » (en pratique, un signal provenant des États-Unis) légalement qu'en payant des droits d'auteur. Le document de consultation pose la question de savoir si ce régime de licence obligatoire doit viser la retransmission par Internet des signaux de radio et de télévision. La question est devenue d'actualité lorsque deux services, *iCraveTV* et *JumpTV*, ont, pendant un certain temps, offert sur leur site Internet la distribution d'un certain nombre de canaux de radio et de télévision. Ces services, on l'a vu, sont actuellement exemptés de l'application de la *Loi sur la radiodiffusion*, mais leur statut au regard de la *Loi sur le droit d'auteur* est incertain. Sur cette question, le gouvernement fédéral a dépassé le simple stade de la consultation, car en décembre 2001 il a présenté à la Chambre des communes le projet de loi C-48, amendant l'article 31 de la *Loi sur le droit d'auteur*. S'il était adopté, ce projet de loi modifierait la définition du terme « retransmetteur » au même article 31 de la loi, de façon à viser « toute autre personne qui retransmet un signal et respecte les conditions d'admissibilité visées à l'alinéa

¹⁰³ La Commission note tout de même ici qu'elle s'inscrit en faux contre des décisions où on a conclu que le fait de fournir du matériel qui sera utilisé pour porter atteinte à un droit d'auteur ne constitue pas un acte d'autorisation ; cf. notamment *Vigneux c. Canadian Performing Right Society*, (1945) C.P.R. 65 (C.P.).

¹⁰⁴ *Id.*

¹⁰⁵ Par le biais d'une part de la Direction générale de la politique du droit d'auteur, pour ce qui est du ministère du Patrimoine canadien, et de la Direction de la politique de la propriété intellectuelle, d'autre part.

¹⁰⁶ Tous deux sont accessibles sur Internet sur les sites d'Industrie Canada : <<http://strategis.ic.gc.ca/SSGF/rp00008f.html>> et <http://strategis.ic.gc.ca/SSAGF/rp01099f.html>>.

3(b). »¹⁰⁷ La consultation des autres dispositions nous apprend qu'on maintient le *statu quo* pour les compagnies de télévision par câble, et que le gouvernement fédéral se fait donner un pouvoir discrétionnaire complet sur le statut juridique des *webcasters*. En effet, on prévoit qu'il sera légal pour un retransmetteur de « *communiquer une œuvre au public par télécommunication [si] le retransmetteur respecte les conditions applicables* », conditions qui seront fixées par règlement du gouverneur général en conseil¹⁰⁸.

62. Le second document de consultation, sur les « *questions de droit d'auteur à l'ère numérique* », a une portée beaucoup plus large, comme son titre l'indique. Il porte sur beaucoup d'autres questions que celle qui nous intéresse ici, dont la sécurité des transactions électroniques, mais il contient des passages intéressants relatifs à la protection des œuvres musicales. Les enjeux sont d'abord bien ciblés. On se demande en effet (a) si la loi doit être modifiée pour permettre un droit spécifique visant les « *communications à demande* », (b) si des mesures législatives sont nécessaires pour empêcher le contournement des mesures technologiques utilisées par les titulaires de droits d'auteur pour protéger leurs droits, ou (c) pour clarifier la question de la responsabilité des intermédiaires de réseau à l'égard du matériel qui circule sur leur réseau et qui est protégé par la loi.

63. En ce qui concerne les créateurs des œuvres musicales, on considère qu'ils sont actuellement assez bien protégés par la loi, car l'article 3 leur accorde le droit de décider quand leurs œuvres seront communiquées au public, et quand et à quelles conditions des copies seront offertes sur le marché. Pour une œuvre existant sur support numérique, leur protection réside dans leur droit relatif à la reproduction de l'œuvre et à sa transmission par télécommunication. On se demande tout de même s'il n'y aurait pas lieu de s'aligner sur deux dispositions contenues dans des traités que le Canada a signés mais pas encore mis en vigueur en droit interne, à savoir un droit de communiquer une œuvre au public qui viserait « *la mise à la disposition du public de leurs œuvres de manière que chacun puisse y avoir accès de l'endroit et au moment qu'il choisit de manière individualisée*. »¹⁰⁹ Un droit semblable pourrait être reconnu aux compagnies de disques, *i.e.* le droit d'autoriser la mise à la disposition du public de leurs disques, de manière que chacun puisse y avoir accès à l'endroit et au moment qu'il choisit. Cette formulation aurait l'avantage de mettre l'accent sur le résultat d'une activité, et éviterait les distinctions très difficiles dans certains contextes entre ce qui constitue une « *reproduction* », une « *représentation* », ou une « *exécution* » d'une œuvre. Le document de consultation se déclare d'accord, d'autre part, avec la plupart des positions prises par la Commission du droit d'auteur dans sa décision relative au fameux « *tarif 22* ».

64. Le document innove sur certains points, notamment en ce qui concerne les droits des interprètes. On songe sérieusement, si on accorde aux compagnies de disques un droit exclusif d'autoriser la communication à demande, à accorder aux premiers le même droit. Puisque la loi actuelle prévoit leur rémunération lorsqu'il y a communication d'une œuvre en temps réel, on ne voit pas pourquoi ce droit ne pourrait pas être étendu.

65. Enfin, en ce qui a trait à la question de l'interdiction des mécanismes destinés à contourner les mesures de protection des droits d'auteur, on est très réservé. On estime que la loi actuelle protège déjà les titulaires de droits contre les utilisations non-autorisées. Il y a aussi à l'heure actuelle des mesures technologiques pour empêcher les copies illégales, ce qui constitue un deuxième niveau de protection. On peut douter alors qu'une protection supplémentaire soit nécessaire. On se demande, à tout le moins, si la *Loi sur le droit d'auteur* est l'endroit approprié

¹⁰⁷ Cf. art 2(1)(b) de la *Loi modifiant la Loi sur le droit d'auteur*.

¹⁰⁸ Cf. art. 2(2) du projet de loi, qui modifie le texte de l'article 31(2)(e) et 31(3)(c).

¹⁰⁹ Il s'agit de deux traités signés par le Canada à titre de membre de l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle. Il y en a un sur le droit d'auteur et un autre sur les « *interprétations et exécutions des phonogrammes* ». Tous deux datent de 1996. Le Canada en est devenu signataire à la fin de l'année suivante. Le texte auquel nous nous reportons dans la citation est tiré de l'article 8 du premier traité.

pour prévoir de telles mesures. Elles relèveraient peut-être davantage du droit des contrats, ou de règles dites dans d'autres lois fédérales. Ces mesures iraient aussi à l'encontre des dispositions de la loi actuelle qui prévoient des exceptions et des adoucissements relatifs au droit d'auteur, telle la notion d'utilisation équitable. Il faut aussi se rappeler que la *Loi sur le droit d'auteur* accorde une protection limitée dans le temps, ce qui pourrait aussi être battu en brèche par une protection trop complète de toute mesure « anti-contournement ». Quant aux intermédiaires de réseaux, on reconnaît que la loi actuelle a été élaborée sans tenir compte de l'émergence du secteur des fournisseurs d'accès au réseau Internet. On se contente de dire que la décision relative au « tarif 22 » traite de leur situation juridique, mais que cela « ne supprime pas la nécessité d'examiner plus à fond la question de la responsabilité, notamment en regard du droit de reproduction ». On mentionne, sans prendre une position ferme, que les FSI ne devraient pas encourir de responsabilité lorsque leurs installations sont utilisées par des tiers pour diffuser du matériel protégé par la loi. Ils devraient aussi adopter un code d'auto-réglementation prévoyant des dispositions sur les avis et retraits.

Conclusion

66. Nous allons conclure rapidement, car nous n'avons pas la prétention de détenir la solution magique qui permettrait de maintenir l'équilibre recherché par toute loi sur le droit d'auteur entre le public consommateur et les détenteurs de droits d'auteur. Nous ne nous berçons pas non plus d'illusions quant au poids de nos analyses ou suggestions sur les décisions que les ministères fédéraux auront à prendre.

67. De façon globale, on peut dire que le Canada en est rendu à peu près au point où les États-Unis se trouvaient en 1995, voici donc presque sept ans. Dans la problématique de la distribution de la musique sur le réseau Internet, notre droit protège très bien les compositeurs et les artistes-interprètes, mais beaucoup moins bien les compagnies de disques. L'article 3 nous semble en effet accorder une protection des plus complètes aux compositeurs. Ils n'ont pas à craindre que quelqu'un se réfugie derrière l'argument selon lequel ce qui a été communiqué aux internautes est non pas l'œuvre, mais une représentation, ou une exécution, ou une copie, ou autre chose... Ils ont tous les droits relatifs à l'exploitation commerciale de leur œuvre. Leur situation est, en cela, semblable à celle des compositeurs vivant aux États-Unis. On peut s'interroger cependant sur l'utilité de conserver les articles 2.2(1)(b) et 2.3. de la loi canadienne. Il nous semble qu'affirmer que ne constitue pas une publication le fait d'exécuter l'œuvre en public ni celui de la communiquer au public par télécommunication, peut devenir une source de difficultés inutiles dans le contexte du réseau Internet. Il nous semblerait même préférable pour les compositeurs de bénéficier de la règle contraire, soit que le fait de transmettre l'œuvre par Internet constitue clairement une publication au sens de la loi, c'est-à-dire la mise à la disposition du public d'exemplaires de l'œuvre. De cette façon, les créateurs pourraient exiger d'être indemnisés parce qu'on a transmis leur œuvre par Internet, et parce que ce faisant, on s'est trouvé à multiplier les exemplaires de l'œuvre, ce qui correspond bien à la réalité. Dans le même sens, si on considère l'article 2.3, il serait préférable d'avoir la règle opposée : il faudrait affirmer que le fait de communiquer au public par télécommunication une œuvre en constitue une « exécution » ou une « représentation » publique.

68. Les artistes-interprètes bénéficient depuis quelque temps d'une protection importante, celle de l'article 19 de la loi. Ils ont droit à une « rémunération équitable » pour l'exécution publique ou la communication par télécommunication d'un enregistrement sonore. On a vu que les communications par Internet sont assez manifestement des communications par télécommunication. Le deuxième paragraphe de cet article prévoit qu'en ce cas, des redevances doivent leur être versées, par l'entremise de la société de gestion chargée de les percevoir, et qu'elles sont partagées pour moitié avec le « producteur », c'est-à-dire les compagnies de disques.

69. Quant à ces dernières, la loi canadienne leur accorde, depuis un peu plus d'une dizaine d'années, un droit d'auteur sur leur produit, mais limité. Selon les termes de l'article 18, il porte sur le droit de multiplier les exemplaires d'un disque, et sur celui de le « reproduire sur un support matériel quelconque ». Toute la difficulté est là : elles n'ont pas un droit clairement identifié à l'égard d'une « représentation » de l'œuvre musicale ou d'une « exécution publique » ou d'une « *transmission au public par télécommunication* ». Leur accord est nécessaire seulement lorsqu'on arrive à la conclusion qu'une activité sur le réseau Internet constitue une « *reproduction sur un support matériel quelconque* ». Le Parlement fédéral aura donc à décider s'il veut aller dans la voie tracée par les États-Unis et créer, comme ce fut fait en 1995, un régime de licences obligatoires pour certains types de communications sur Internet.

70. Nous ne voulons pas nous prononcer quant à l'opportunité d'adopter des règles interdisant de contourner les systèmes (comme l'encodage) destinés à protéger les droits d'auteur sur les œuvres musicales disponibles en format numérique. À première vue, cela semble s'imposer¹¹⁰, mais les dispositions américaines sur ce sujet ont été très durement critiquées¹¹¹. C'est que ce faisant on se trouve à accorder, par un moyen technologique protégé par la loi, un monopole absolu aux compagnies de disques sur leurs produits. On irait ainsi à l'encontre de plusieurs principes fondamentaux contenus dans les lois sur le droit d'auteur adoptées dans les pays occidentaux. En effet, ces lois prévoient que les œuvres tombent dans le domaine public après un certain nombre d'années. Cette règle se trouverait à ne plus recevoir application. La protection accordée aux compagnies de disques couvrirait l'ensemble de leur répertoire, et pour une durée indéfinie. D'autre part, les exceptions et atténuations se trouvant dans les lois, comme les dispositions sur l'utilisation équitable¹¹² et celles qui sont relatives aux écoles, musées, services d'archives, etc, ne s'appliqueraient plus... En somme, on reviendrait à la situation existant en Angleterre avant que la première loi sur le droit d'auteur n'y soit adoptée — le *Statute of Anne*, en 1709 — lorsque les imprimeurs, regroupés dans l'association connue sous le nom de « *Stationer's Company* », détenaient un monopole complet sur le monde de l'édition. Ils étaient les seuls à pouvoir imprimer légalement des livres. Tout volume était sous leur emprise, qu'il ait été ancien comme la bible, ou récent ; il n'avait pas à être original, il était soumis à leur contrôle pour toujours... Le Parlement fédéral aura enfin à prendre une décision importante en ce qui concerne la possibilité de faire des copies d'œuvres musicales pour un usage privé, car si on laisse cette disposition s'appliquer au réseau Internet, on peut dire adieu à toute protection pour les droits d'auteur. Peut-être la solution se trouve-t-elle dans le système de droits à payer sur les équipements et les supports vierges, avec les difficultés que cela comporte pour faire respecter la loi, et pour créer un système équitable¹¹³. Ce sont là, sûrement, des choix importants que le Parlement canadien aura à faire, et ce, dans un avenir rapproché.

¹¹⁰ Sur les travaux faits au Canada sur ce sujet, cf. E. Franchi, « Les dispositions tendant à interdire les appareils à contourner les mesures techniques anti-copie », sur le site Internet de Léger, Robic : <http://robic.ca/publications/077.htm>.

¹¹¹ Cf. G.S.Lunney, « The Death of Copyright: Digital Technology, Private Copying, and the Digital Millennium Copyright Act », 87 *Va. L. Rev.* 813 (2001), et B.T. Gaffney, « Copyright Statutes that Regulate Technology: a Comparative Analysis of the *Audio Home Recording Act* and the *Digital Millennium Copyright Act*, 75 *Wash. L. Rev.* 611, p. 635. Pour une opinion assez semblable au Canada, cf.

S. Desrochers, *loc. cit.*, note 47, qui craint la disparition pure et simple de tout ce qui est présentement dans le « domaine public ».

¹¹² G.S.Lunney, « The Death of Copyright: Digital Technology, Private Copying, and the Digital Millennium Copyright Act », 87 *Va. L. Rev.* 813 (2001), p. 838 et suiv. Il y aurait selon cet auteur une difficulté d'interprétation dans la loi américaine relativement au « *fair use* ». C'est que la loi DMCA fait une distinction entre les « *copyright infringements* » et les violations de cette loi. De sorte qu'il y a danger que le concept de *fair use* ne reste applicable qu'à l'égard des œuvres qui ne sont pas exploitées dans le cadre des transmissions numériques. Comme il le dit (p. 839), les dispositions de la loi prévoyant le maintien du *fair use* sont « *deceptively empty* ».

¹¹³ *Id.*, p. 856-857, où sont expliqués les désavantages de cette approche.