

La seconde génération d'appareils vidéo et la *Loi sur le droit d'auteur*

René PEPIN(*)

Lex Electronica, vol. 8, n°2, printemps 2003

Synopsis

In 1999, the World was introduced to a new generation of video recording devices which relies on digital technology in order to offer the public a variety of innovative possibilities which were unimaginable with the traditional video cassette recorder. These devices now allow consumers to perform a broad range of time saving measures, such as eliminating commercials or transmitting recorded shows to third parties through private networks developed by the protagonists of this new technology. However, from these new possibilities also stem new problems which are making some copyright holders uneasy.

In order to establish if this uneasiness is warranted, the author addresses the different legal problems which could emerge with the ever-growing use of digital recording devices on Canadian soil. In order to do so, he elaborates on the different aspects of this technology that seem incompatible with the *Canadian Copyright Act* while focusing on the pertinent article of the said Act and on the possible impact these could have on the future use of this new generation of video recording devices.

Résumé

En 1999 est apparue une nouvelle génération d'appareils vidéo basés sur une technologie numérique et offrant au grand public d'innombrables fonctionnalités jusqu'à présent inimaginables selon la technologie traditionnelle des magnétoscopes. En permettant, entre autres, d'éliminer les messages publicitaires et de transmettre l'enregistrement d'une émission à un tiers via les réseaux établis par les diverses entreprises développant cette technologie, ces appareils viennent bonifier l'expérience télévisuelle des consommateurs. Cependant, ces nouvelles fonctionnalités soulèvent également de nouvelles inquiétudes pour les détenteurs de droits d'auteurs.

Afin d'évaluer la validité de ces inquiétudes, l'auteur trace un portrait global des problématiques juridiques pouvant émerger suite à l'apparition d'appareils vidéo numériques en sol canadien. Pour ce faire, il fait un exposé des raisons pour lesquelles la technologie employée pourrait contrevenir à certaines dispositions de la *Loi sur le droit d'auteur* en s'attardant à une analyse des dispositions pertinentes de cette loi et aux possibles répercussion que celles-ci pourraient avoir sur cette nouvelle génération d'appareils vidéo.

Table des matières

Introduction

I. Les droits des radiodiffuseurs et des entreprises de câble

II. L'utilisateur du « personal video recorder »

a) L'enregistrement d'une émission et sa transmission à une autre personne

b) La défense d'utilisation équitable

III. Le statut des fournisseurs de service

Conclusion

Introduction

1. C'est en 1969 que la compagnie Sony a lancé sur le marché le premier appareil vidéo, appelé Betamax. Cet appareil n'a pas suscité l'enthousiasme des consommateurs, probablement à cause de son prix relativement élevé. À partir du milieu des années 70 cependant, la popularité de tels appareils, fabriqués par Sony ou par des firmes concurrentes, alla grandissant. Ils ont suscité beaucoup d'inquiétude au sein des compagnies américaines faisant affaires dans le monde du divertissement. Elles craignaient une perte importante de profits. Elles se sont lancées dans une saga judiciaire de huit ans contre Sony. Le tout s'est terminé en 1984 par une décision de la Cour suprême des États-Unis[2] qui a jugé légales tant la vente de ces appareils que leur utilisation par les consommateurs, au motif qu'il s'agissait d'une utilisation équitable. Depuis cette décision, on est fondé à penser que toutes les questions juridiques sont réglées. On n'imagine d'ailleurs plus un retour en arrière forcé, qui interdirait au consommateur, au nom de la protection des droits d'auteur, d'enregistrer les émissions de télévision de son choix. On sait aussi que les craintes des grands studios de cinéma américains se sont avérées non fondées. Le marché de la location des cassettes vidéo est devenu fort lucratif. Aujourd'hui, on trouve des appareils vidéo dans la plupart des foyers nord-américains.

2. En 1999 toutefois, une nouvelle génération d'appareils vidéo apparaît; ils sont basés sur la technologie numérique, beaucoup plus flexible que la précédente. La compagnie TiVo Inc. a lancé le premier modèle éponyme. Elle fut suivie de peu par Replay Networks Inc., qui a baptisé son produit « ReplayTV », puis par l'entreprise UltimateTV. On connaît ces

nouveaux appareils sous le nom de « personal video recorder » (PVR)[3]. Une bataille juridique importante est déjà engagée à leur sujet.

3. Quels sont les acteurs en jeu? Il y a à l'heure actuelle huit manufacturiers de PVR, dont les principaux sont Sony, TiVO, Philips, SonicBlue et JVC[4]. Il y a aussi des fournisseurs de service : le fonctionnement de ces nouveaux appareils ressemble à celui d'un petit ordinateur personnel. Ils sont reliés au serveur d'une entreprise, de façon à maximiser leur potentiel d'utilisation. Les trois principales compagnies qui se font la lutte pour gagner la faveur des consommateurs sont celles qui sont identifiées plus haut : ReplayTV, TiVO et Ultimate TV, cette dernière étant sous la coupe du géant Microsoft[5].

4. Les caractéristiques de la nouvelle génération d'appareils vidéo sont nombreuses; nous en mentionnons les principales. Comme un appareil vidéo numérique est relié à un ordinateur central, son utilisation est beaucoup plus facile que ce qui est le cas pour les appareils traditionnels. Le consommateur peut faire apparaître à l'écran de son téléviseur la programmation de la semaine. Il peut alors rapidement choisir l'émission qu'il veut enregistrer. Il peut aussi indiquer à l'appareil qu'il désire faire enregistrer tous les épisodes de son émission préférée, ou ceux où apparaît son acteur favori, par exemple. L'ordinateur central garde en mémoire les préférences de chaque consommateur, de sorte qu'il peut lui faire des suggestions d'émissions à enregistrer! Un PVR donne aussi un contrôle accru au téléspectateur pour ce qui est des émissions diffusées en temps réel. Puisque chaque émission de la chaîne syntonisée est automatiquement enregistrée, mais sur un disque dur et non plus sur un ruban, le téléspectateur peut en interrompre momentanément l'écoute, figer l'image pendant quelques secondes ou revenir en arrière à une séquence qui l'intéresse, et retourner quand il le veut reprendre le fil de l'émission.

5. Trois caractéristiques sont à noter, mais diverses difficultés surgissent à propos de chacune de celles-ci quant au respect de la *Loi sur le droit d'auteur*[6]. D'abord, le consommateur peut s'exempter de voir les messages commerciaux grâce au bouton «*Fast forward*». Les fournisseurs d'accès ont par ailleurs la possibilité, quoiqu'elle commence à peine à être exploitée, de supprimer les messages publicitaires inclus dans les émissions diffusées et de les remplacer par d'autres. On devine que ces deux caractéristiques sont susceptibles de remettre en question le mode de fonctionnement traditionnel de l'industrie de la télévision. Enfin et surtout, le consommateur peut (grâce au bouton «*Send show*») expédier une émission pré-enregistrée à une personne de son choix, ou même, dans l'état actuel de la technologie, à un groupe d'une quinzaine de personnes,. Pour voir rapidement les difficultés que cela peut poser, il suffit de penser aux émissions qui auraient été reçues par satellite en vertu d'un abonnement, ou sur une chaîne où les émissions sont payées à l'unité.

6. En 1999, cinq géants de l'industrie américaine[7] ont créé la « Advanced Television Copyright Coalition » (ATCC) dans le but de protéger leurs droits d'auteur face à cette nouvelle technologie. Ces entreprises ne semblent pas à l'heure actuelle vouloir bloquer complètement la commercialisation des PVR à l'exemple de ce que les demandeurs avaient fait dans l'affaire *Betamax*[8], mais il y a tout de même déjà deux litiges devant les tribunaux[9]. On n'en est encore qu'au stade des requêtes préliminaires, mais la

question de fond à trancher portera sur la légalité des diverses fonctions offertes par les PVR au regard de la loi américaine sur le droit d'auteur[10]. C'est cette question de la légalité de l'utilisation des PVR que nous voulons étudier, tant en vertu du droit canadien que par rapport à celui des États-Unis. Pour ce faire, nous devons préalablement prendre note des droits que possèdent sur leurs signaux les radiodiffuseurs et les compagnies de câble. Nous verrons ensuite les diverses utilisations qu'un consommateur peut faire de son appareil vidéo, pour en vérifier la conformité aux lois portant sur le droit d'auteur. Nous terminerons avec la question qui pose le plus de difficultés, soit celle du statut des fournisseurs de service.

I. Les droits des radiodiffuseurs et des entreprises de câble

7. Une station de télévision diffusant son signal par ondes hertziennes offre au public des émissions qui sont presque toutes protégées par la LDA. Qu'il s'agisse de films, d'œuvres musicales ou autres, il y a normalement quelqu'un qui détient des droits d'auteur sur ce qu'on appelle l'œuvre sous-jacente[11]. Les émissions que ces stations de télévision produisent elles-mêmes sont aussi protégées. Par exemple, dans le cas d'une émission de nouvelles, le présentateur lit un texte qui a nécessairement été rédigé par quelqu'un. Il s'agit donc d'une œuvre littéraire. Mais il y a plus. Depuis les années 90, la LDA reconnaît un droit relatif au signal de communication lui-même. L'article 21(1)(a) de cette loi prévoit en effet que « [...] le radiodiffuseur a un droit d'auteur qui comporte le droit exclusif, à l'égard du signal de communication qu'il émet [...] de le fixer ». Ce droit est utile dans les cas où ce qui est diffusé est un événement comme un match sportif. Il ne s'agit pas d'une « œuvre » au sens de la LDA, mais la reproduction du signal reste néanmoins interdite, vu les dispositions de cet article[12]. L'article 3(1)(f) de la Loi accorde de plus aux radiodiffuseurs un droit exclusif, sauf exceptions, de « *communiquer au public, par télécommunication, une œuvre littéraire, dramatique, musicale ou artistique* ».

8. Les compagnies de télévision par câble, pour leur part, ne possèdent pas de droits d'auteur sur les signaux retransmis. La question juridique délicate qui s'est posée à leur sujet était de savoir si elles devaient payer des droits d'auteur aux stations de radio ou de télévision dont elles retransmettent le signal. En 1954, dans l'affaire *Canadian Admiral*[13], la Cour de l'Échiquier a estimé que non. Cette situation est restée stable pendant une trentaine d'années, mais des modifications apportées à la LDA ont changé l'état du droit. Aujourd'hui, ces entreprises sont visées par un régime de licences obligatoires[14]. En vertu de l'article 31 LDA, elles ne sont pas obligées de négocier à la pièce avec chaque station de radio ou de télévision les montants à payer pour diffuser leur signal. Elles peuvent sans enfreindre la Loi transmettre les signaux au moyen de leur système de câble coaxial si elles satisfont à toutes les exigences prévues, notamment celle d'acquiescer des droits d'auteur lorsqu'elles retransmettent des « *signaux éloignés* ». Cette dernière expression est définie par Règlement. Cette exigence a été prévue dans notre Loi pour donner suite aux engagements pris par le Canada envers les États-Unis lors de la signature de l'*Accord de libre-échange canado-américain*(ALÉ), en 1989. Il n'y a pas de somme à payer pour la retransmission de signaux dits « locaux »[15]. C'est une exception importante au droit « *exclusif* » des diffuseurs en vertu de l'article 3(1)(f).

II. L'utilisateur du « personal video recorder »

a) L'enregistrement d'une émission et sa transmission à une autre personne

9. Il faut maintenant se demander si l'utilisation typique par un consommateur de son PVR risque de lui faire commettre des infractions à la *Loi sur le droit d'auteur*. Plusieurs dispositions doivent être scrutées de près.

10. L'article 3 de la Loi énumère les droits exclusifs accordés au détenteur du droit d'auteur sur une œuvre. On mentionne dès le premier paragraphe celui de « *produire ou reproduire la totalité ou une partie importante de l'œuvre* ». Il semble indéniable que la personne qui enregistre la totalité d'un épisode de son émission favorite, ou la totalité d'un film, en effectue une reproduction. Ce terme signifie, tout simplement, le fait de créer un exemplaire additionnel d'une œuvre[16]. Et comme l'article 3 ajoute « *sous une forme matérielle quelconque* », on ne pourrait arguer en défense que la Loi ne mentionne nulle part les appareils vidéo. Dès qu'une œuvre originale existe sur un support matériel à partir duquel elle pourra être perçue par un humain et même s'il faut que ce dernier utilise pour cela un appareil quelconque, il y a infraction à la Loi si cette œuvre est reproduite sans autorisation. Le dernier alinéa de l'article 3(1) prévoit aussi que seul le détenteur du droit d'auteur peut autoriser une personne à accomplir les gestes que la Loi lui réserve. On ne pourrait certes pas prétendre que les stations de télévision ou les studios de cinéma ont autorisé clairement le consommateur à enregistrer les émissions de télévision. Le consommateur ne peut non plus soutenir que la LDA lui donne le droit de se faire une copie personnelle d'une œuvre. L'article 80 traitant de la « *copie pour usage privé* » ne s'applique qu'aux œuvres musicales. Cependant, et nous le verrons plus loin, même s'il y a un manifestement de violation de l'article 3(1), la Loi prévoit des moyens d'exonération.

11. On ne peut pas dire cependant que le consommateur qui, grâce à Internet, envoie à un ami une émission enregistrée enfreint l'article 3(1)(f) qui traite du droit « *de communiquer au public, par télécommunication, une œuvre* ». Cette question importante a été étudiée dans la récente décision de la Cour fédérale d'appel dans le litige opposant trois grandes maisons d'édition canadiennes au Barreau ontarien[17]. Celui-ci gère la bibliothèque de la Faculté de droit de l'Université York. Il offre aux juristes, entre autres, un service de reproduction et d'expédition de documents, par la poste ou par voie électronique. Il peut s'agir de textes de lois, de jurisprudence ou de doctrine. Trois entreprises lui ont reproché d'enfreindre ce faisant plusieurs dispositions de la LDA. Pour ce qui est de l'article 3(1)(f), la Cour a été catégorique. Les documents n'étant expédiés qu'à un client à la fois, on ne peut pas dire que la communication est destinée « *au public* »[18]. On doit noter, cependant, que le fait d'expédier une émission à un parent ou à un ami implique la création d'une copie de l'œuvre, ce qui peut constituer une violation additionnelle de l'article 3(1). Cette situation est particulièrement délicate si l'émission en cause a été reçue par un signal satellite auquel on est abonné, ou d'une entreprise qui vend ses émissions à l'unité. La valeur commerciale de ces émissions s'en trouve évidemment affectée.

12. Encore plus problématique serait le cas de la personne qui offrirait une émission qu'elle a elle-même enregistrée à ceux qui participent à un forum ou à un groupe de discussion sur

Internet. Nous y reviendrons lorsque nous traiterons de la situation des fournisseurs de services.

b) La défense d'utilisation équitable

13. Il nous faut maintenant étudier l'importante notion d'utilisation équitable. Dans l'affaire *Sony*, elle a joué un rôle déterminant pour disculper les utilisateurs d'appareils vidéo. En doctrine, c'est un lieu commun que de répéter que les concepts de « *fair use* » de la loi américaine et d'« utilisation équitable » de la loi canadienne sont très différents. Malgré cela, nous estimons que ces notions ont beaucoup en commun, de sorte que l'étude de l'une ne peut qu'aider à mieux saisir le sens de l'autre. Voici donc ces caractéristiques communes : (a) dans les deux cas, elles ont été élaborées par la jurisprudence, dès le XIX^e siècle; (b) elles sont maintenant « codifiées », mais sans que leur signification soit figée dans le temps; (c) les juges conservent une grande part de discrétion personnelle pour évaluer ce qui à leur avis doit être qualifié d'utilisation « équitable » ou « *fair* » d'une œuvre; (d) ces notions n'interviennent qu'une fois la preuve d'une infraction à la loi faite et elles servent de moyen d'exonération[19].

14. Lorsqu'on relit la décision *Sony* avec une vingtaine d'années de recul, on voit plus facilement les éléments qui ont eu une importance cruciale. À notre avis, les compagnies plaignantes ont commis une erreur fatale en demandant une injonction pour interdire la fabrication et la vente des appareils vidéo[20]. L'histoire nous enseigne que chaque fois que des détenteurs de droits d'auteur ont voulu empêcher la commercialisation d'une nouvelle invention, ils ont essuyé un échec complet. Ce fut le cas dès le XIX^e siècle pour les rouleaux perforés qui permettaient de jouer une pièce musicale sur un piano mécanique, jusqu'à l'apparition de l'appareil appelé Rio, lequel permettait cette fois d'emmagasiner une pièce musicale en format MP3. Les juges rendent des décisions qui font en sorte que les droits d'auteur des créateurs ne sont pas complètement ignorés, mais ils n'empêchent pas la commercialisation d'une nouvelle invention[21]. Dans l'affaire *Sony*, les compagnies appelantes n'ont pas commis une erreur bête. Elles savaient bien qu'il n'était pas politiquement ni économiquement rentable de s'acharner sur les utilisateurs. Elles se sont attaquées au manufacturier. Elles ont d'ailleurs bien failli crier victoire. Elles ont perdu en première instance, mais elles ont gagné en appel, et la décision de la Cour suprême a été partagée à cinq juges contre quatre. Pour avoir gain de cause, il leur aurait fallu prouver que les utilisateurs des appareils vidéo enfreignaient la loi, et que Sony en était responsable[22]. Or ce n'était pas Sony qui fournissait au public les œuvres reproduites, mais les parties demanderesse, qui étaient des studios de cinéma. De plus, Sony n'exerçait pas de contrôle direct sur la façon dont les appareils étaient utilisés. Elle se contentait de les vendre[23]. Les juges ont utilisé une notion importée du droit des brevets, selon laquelle il est légal d'utiliser un « *staple article of commerce* », soit un article qu'on peut trouver couramment dans le commerce. La question cruciale était de savoir si un Betamax était « *capable of commercially significant noninfringing uses* »[24]. C'est bien sûr le cas, car souvent les producteurs veulent une seule chose : que leur émission soit vue par le plus grand nombre possible de personnes.

15. Il y a un deuxième élément qui nous semble ressortir clairement de cette décision. C'est que les juges majoritaires ont estimé que les appareils vidéo servaient surtout à faire du « *time shifting* », c'est-à-dire à visionner une émission à un moment différent[25]. Or, comme les émissions sont diffusées gratuitement par les stations de télévision, il ne semble y avoir rien de dramatique dans le seul fait qu'elles soient visionnées un ou des jours plus tard. À l'encontre de l'argument voulant que les appareils vidéo feraient chuter la fréquentation des cinémas, on a répondu qu'il y avait insuffisance de preuve sur le nombre de personnes qui conserveraient leurs cassettes assez longtemps pour ne plus avoir le goût de retourner voir un film au cinéma[26]. On avait aussi prétendu que les appareils vidéo allaient affecter le marché des reprises. Cet argument a été contré par une affirmation : la réalité est tout autre, plus il y a de gens qui voient une émission lors de sa première diffusion, plus il y en a qui voudront la revoir[27].

16. La loi américaine susmentionnée (*Copyright Act*) traite du « *fair use* » à l'article 107 et y énumère quatre critères devant servir à déterminer s'il y a eu « *fair use* » ou pas. Ces critères ne sont pas exclusifs et aucun de ceux-ci n'a une importance prépondérante. Ils sont la nature de l'œuvre reproduite, le but et le type de reproduction en jeu, l'importance de la partie (ou fraction) reproduite de l'œuvre originale et l'impact de la reproduction sur le marché potentiel de l'œuvre originale. Il ne fut pas trop difficile aux juges de les appliquer de façon à conclure que le consommateur typique fait du « *fair use* ». D'abord, il y a plusieurs types d'émissions comme les nouvelles ou les émissions d'affaires publiques dont on doit absolument autoriser la reproduction au nom de l'intérêt public. Quant au but de l'enregistrement, il suffit qu'il soit non commercial. La question de l'importance de la partie ou fraction de l'œuvre qui est reproduite pourrait à première vue poser problème, mais selon la Cour, quand un film est diffusé intégralement et gratuitement, il est difficile de se plaindre du fait qu'il soit enregistré en entier pour être visionné le lendemain. Quant au dernier critère, on a estimé qu'il n'y avait pas assez de preuve à ce moment-là pour pouvoir chiffrer, même grossièrement, les pertes encourues par les studios de cinéma[28].

17. Dix ans après la décision Sony, la Cour suprême des États-Unis s'est penchée une nouvelle fois sur la notion de « *fair use* » dans l'affaire *Acuff-Rose Music Inc*[29]. Cette affaire portait sur la parodie, par le groupe 2Live Crew, de la chanson « *Pretty Women* » popularisée par le chanteur Roy Orbison. Cette fois, tous les juges arrivèrent aux mêmes conclusions. Le Tribunal a rappelé qu'une chanson qui est une parodie emprunte nécessairement beaucoup à l'œuvre originale. La parodie serait toujours en situation d'infraction par rapport à la Loi si ce n'était de la possibilité d'invoquer le concept de « *fair use* ».

18. Par rapport au premier critère mentionné dans la Loi, soit la nature de l'utilisation faite et son but, le juge Souter, qui a rendu l'opinion du Tribunal, a écrit que le début de l'article 107 donnait des exemples de buts légitimes, tels la critique, le commentaire ou le reportage journalistique. Il a ensuite ajouté la précision suivante : « *The central purpose of the investigation is to see [...] whether the new work merely supersedes the objects of the original creation, [...] or instead adds something new, with a further purpose or different character [...]* »[30]. Ce critère ne joue pas en faveur de la personne qui enregistre

intégralement des émissions de télévision, mais on sait qu'aucun des quatre critères n'a une importance plus grande que les autres. Il faut porter un jugement global une fois qu'ils ont tous été examinés.

19. Le Tribunal n'a pas ajouté de précision sur le second critère, relatif à la nature de l'œuvre reproduite. Sur le troisième, l'importance proportionnelle de la partie de l'œuvre reproduite, il a ici aussi émis une opinion nuancée, en répétant que « *context is everything* »[31]. Plus spécifiquement, il a dit qu'il fallait retourner à un examen du premier critère pour identifier pour quel motif une œuvre était reproduite. Le dernier critère, longtemps considéré le plus important, a trait à l'impact de l'enregistrement sur le marché de l'œuvre d'origine. Ici, dans l'hypothèse que nous étudions, il faut considérer le marché principal, celui du cinéma, et aussi tout autre marché potentiel, tel celui de la location de cassettes. Le juge Souter précise ici que si l'enregistrement d'une émission est fait dans un but commercial, il y a présomption de dommage économique pour l'œuvre originale[32]. Dans le cas contraire, il faut qu'il y ait preuve de perte économique. À notre avis, pour ce qui est de la nouvelle génération des appareils vidéo, on se trouve aux États-Unis dans une problématique très semblable à ce qui était la situation dans *Sony* en ce qui a trait à l'enregistrement à des fins personnelles. Il nous semble que ce type d'enregistrement est aussi conforme à la Loi que le fait de se constituer une petite « vidéothèque » de ses émissions préférées.

20. Au Canada, la LDA est moins permissive que la loi américaine en ce qui concerne l'« utilisation équitable ». L'article 29 de la LDA prévoit que ne constitue pas une violation du droit d'auteur « *L'utilisation équitable d'une œuvre ou de tout autre objet du droit d'auteur aux fins d'étude privée ou de recherche.* » L'article 29.1 traite de l'utilisation équitable « *aux fins de critique ou de compte rendu* », et la disposition suivante vise l'utilisation équitable « *pour la communication de nouvelles* ».

21. Il y a deux éléments qui font que notre droit est plus restrictif. On voit d'abord que pour bénéficier de ce moyen de défense, il faut prouver deux choses : qu'on est en présence d'une utilisation qualifiée d'équitable, et ensuite, que cette utilisation équitable est faite dans un des buts spécifiés, soit recherche, étude privée ou compte rendu. Il ne suffit donc pas qu'un juge estime qu'il est devant ce qui lui paraît être une utilisation équitable. En deuxième lieu, on remarque que la « liste » des cas énumérés de fins auxquelles une utilisation équitable peut être attribuée est courte, et elle est limitative.

22. C'est dans l'affaire *CCH*, que nous avons mentionnée plus haut[33], que l'on trouve la position la plus récente des tribunaux canadiens sur cette notion. Le juge Linden est le seul à avoir rédigé des motifs à ce sujet, mais ses deux collègues se sont rangés à son avis. Il note d'abord que les dispositions relatives à l'utilisation équitable dans la Loi canadienne n'ont pas à être interprétées restrictivement, même s'il s'agit d'une exemption ou d'une exception à un principe général[34]. Il note ensuite que la loi américaine est plus favorable aux consommateurs, vu sa rédaction[35]. Quant aux critères à utiliser pour déterminer si une utilisation peut être qualifiée d'équitable, il dresse une liste, très semblable à celle que nous avons vue en matière de « *fair use* » pour les causes entendues aux États-Unis[36]. Il mentionne : (a) le but de l'utilisation, (b) son caractère, c'est-à-dire la ou les façons dont

l'œuvre censément contrefaite est utilisée, (c) l'ampleur de l'utilisation, (d) les solutions de rechange à l'utilisation, à savoir si l'œuvre copiée est facile à trouver dans le commerce, (e) la nature de l'œuvre reproduite (en l'occurrence, il s'agissait de la jurisprudence, laquelle doit évidemment être facilement accessible à la population), et (f) l'impact économique de la reproduction d'une œuvre sur le marché de l'œuvre originale.

23. Nous n'avons pas à pousser plus avant notre étude de la situation juridique du consommateur qui veut enregistrer pour lui-même ses émissions favorites. À notre avis, on peut conclure assez facilement qu'en vertu de la Loi canadienne, il agit illégalement chaque fois qu'il reproduit une émission faisant l'objet de droits d'auteur. Il fait peut-être une « utilisation équitable » des émissions diffusées, mais pas dans un des buts identifiés dans les articles pertinents de la Loi. La situation de la personne qui veut se constituer une « vidéothèque » est plus difficile à trancher. En un sens, cette personne est moins avantagée par les nouveaux appareils. Ils peuvent garder en mémoire une trentaine d'heures de programmation, sans plus. Pour conserver de façon plus permanente une émission, il faut en pratique transférer l'émission enregistrée sur une cassette traditionnelle à ruban. D'un autre côté, la chute continue du prix de la mémoire d'un ordinateur rend envisageable qu'il soit possible dans un avenir rapproché de conserver plus d'une centaine d'heures d'émissions pour un prix minime[37].

24. Quoi qu'il en soit, on devine que les compagnies détentrices de droits d'auteur ne s'acharneront pas sur un simple consommateur. C'est mauvais pour l'image corporative, et cela ne peut pas rapporter des sommes d'argent importantes. Il nous semble aussi qu'elles ne pourront pas s'attaquer à la vente de l'appareil lui-même, car nous avons en droit anglo-canadien l'équivalent de ce que le droit américain appelle la doctrine du « *staple article of commerce* », c'est-à-dire un appareil devenu d'usage courant.

25. La question s'est posée en Angleterre lorsque des compagnies de disques ont voulu empêcher la commercialisation des appareils radio dotés de deux mécanismes d'enregistrement. L'utilisateur pouvait enregistrer ce que la radio diffusait, et aussi copier à loisir une cassette, achetée légalement ou non. La décision a été rendue par la House of Lords en 1988[38]. Ce fut un jugement unanime des cinq juges. La Loi alors applicable, la *Copyright Act* de 1956, était pourtant claire. L'article 5 prévoyait que « *The acts restricted by the copyright in a literary, dramatic or musical work are: (a) reproducing the work in any material form [...]* »[39]. L'article 14, par contre, prévoyait une exception pour les enregistrements faits « *for private purposes* ». Les juges ont pris note du fait que depuis une dizaine d'années déjà, les consommateurs pouvaient se procurer des appareils munis d'un dispositif d'enregistrement qui pouvaient être utilisés de façon conforme à la loi : « *These recording facilities may be used for lawful or unlawful purposes.* »[40] Les juges de la House of Lords ont admis que d'un point de vue statistique, il était fort probable que la majorité des appareils étaient utilisés dans un but non conforme au *Copyright Act*[41]. Cela ne fut pas suffisant toutefois pour en interdire la commercialisation. C'est que la Loi ne prévoyait pas ce genre de remède. Le détenteur de droits d'auteur peut réclamer une injonction pour empêcher la reproduction illégale de son œuvre, mais « *There is nothing express or implied in the Act which inhibits the invention, manufacture, sale or advertisement of electronic equipment capable of lawful or unlawful reproduction.* »[42]

III. Le statut des fournisseurs de service

26. Nous en arrivons ici à la question la plus délicate. Peut-on considérer que ce sont les fournisseurs de services qui, par leurs activités, violent la LDA? Cette problématique se rapproche de très près de la situation de ces entreprises américaines qui ont mis sur pied l'échange de fichiers musicaux sur Internet par le système appelé « peer-to-peer » (P2P). Lorsque fut terminée ce qu' on a appelé communément l' affaire *Napster*, des compagnies ont mis au point des logiciels permettant l'échange de fichiers de tous types entre internautes, avec cette particularité qu'il n'y a plus de serveur central par lequel ces fichiers transitent[43].

27. Aux États-Unis, il y a actuellement deux décisions récentes de tribunaux de première instance qui sont arrivés à des conclusions différentes. Dans les deux cas, la même problématique est en cause. Un premier litige a impliqué la compagnie Aimster[44]. Voici de quoi il en retourne. L'internaute qui veut utiliser les services d'Aimster télécharge un logiciel qui s'incorpore au service appelé *instant messaging* offert aux abonnés de la compagnie America On Line (AOL), un des plus importants fournisseurs d'accès au réseau Internet. Par le *instant messaging*, les internautes peuvent communiquer entre eux en temps réel, c'est-à-dire que le message tapé sur son ordinateur par un internaute apparaît en même temps sur l'écran de ceux qui utilisent le même logiciel et sont interreliés. Il existe une fonction grâce à laquelle un internaute peut faire savoir aux autres qu'un fichier se trouve sur son ordinateur et est disponible pour tout « ami » qui s'y intéresse. Le logiciel d'Aimster décuple ce système en permettant à environ 500 personnes d'entrer ainsi en communication. Une fois branché, un usager n'a qu'à spécifier le type de fichier qu'il cherche, et le logiciel lui trouve l'adresse électronique de tout autre usager « en ligne » qui a les fichiers répondant aux critères de recherche. Ceci s'accomplit sans que l'utilisateur sache le nom exact de la personne qui avait le fichier convoité, ni l'emplacement de l'ordinateur où le fichier a été trouvé. La seconde décision, rendue en avril 2003[45], touche les compagnies StreamCast et Grokster, qui offrent gratuitement les logiciels appelés Morpheus pour l'une, et Gnutella pour l'autre.

28. Les entreprises qui se sont attaquées à cette nouvelle menace devaient d'abord faire la preuve qu'elles détenaient des droits d'auteur sur des œuvres, ce qu'elles pouvaient facilement faire, et qu'un de leurs droits exclusifs avait été violé. Là aussi, il a été facile de prouver que des internautes faisaient du « *direct infringement* », c'est-à-dire qu'ils violaient eux-mêmes carrément la Loi. Les demanderesses ont pourtant voulu s'attaquer aux entreprises qui avaient mis sur pied ces réseaux d'échanges de fichiers musicaux. Les demanderesses ont alors eu recours à deux notions qui ne sont toutefois pas spécifiques au domaine du droit d'auteur, soit celles du « *contributory infringement* » et du « *vicarious infringement* ». En application de ces concepts, il est possible d'être trouvé coupable de violation à la Loi sans avoir posé soi-même un des actes qu'elle réserve aux détenteurs de droits d'auteur[46]. C'est aussi ce qui est en jeu dans le litige impliquant les entreprises fournissant des services pour les nouveaux appareils vidéo[47].

29. C'est donc ici que tout risque de se jouer en ce qui concerne la question de la légalité de l'utilisation de la nouvelle génération des appareils vidéo. Le concept de « *contributory*

infringement » exige que l'on fasse la preuve qu'un fournisseur de service «*with knowledge of the infringing activity, induces, causes, or materially contributes to the infringing conduct of another* »[48]. Pour ce qui est de l'élément connaissance de la violation de la Loi par l'utilisateur, il faut montrer que le fournisseur de service le savait, ou aurait dû le savoir. En l'occurrence, les entreprises défenderesses telles TiVO rétorquaient qu'elles n'avaient pas de motif de soupçonner que leurs clients se servaient de leur appareil de façon à échanger des émissions protégées par la Loi sur le droit d'auteur. Elles soutenaient ne pas avoir la possibilité pratique de vérifier tout ce qui est échangé au moyen de leur système. Leur lien avec leurs clients se limitait à leur expédier la programmation de la semaine et à leur fournir un logiciel permettant d'enregistrer facilement des émissions sélectionnées.

30. Les décisions américaines ne concordent pas entre elles sur la question de l'élément « connaissance de la violation de la Loi par l'utilisateur ». Dans *Aimster*, le Tribunal a estimé que la compagnie Aimster était au courant des violations de la Loi à cause des lettres et mises en demeure répétées qu'elle avait reçues des plaignants. Aimster a tenté de se défendre en arguant que les communications entre internautes étaient encodées, mais la Cour a rejeté ce moyen : le concept de « *contributory infringement* » n'exige pas une connaissance spécifique de chaque infraction. De plus, la compagnie contribuait de façon importante à la violation de la Loi du fait qu'elle avait mis sur pied un système tel que sans lui les échanges de fichiers musicaux n'auraient pas pu avoir lieu[49]. Dans *Grokster*, la Cour a dit qu'il fallait une preuve de la connaissance d'actes spécifiques de violation. Cela ne pouvait pas être déduit du comportement d'une compagnie[50]. De plus, il y a responsabilité sous ce chef lorsqu'un défendeur a une connaissance d'infractions à la Loi à un moment où il contribue effectivement à telle violation. En l'occurrence, les avis envoyés par les studios de télévision et les autres demandeurs n'étaient pas pertinents, car ils sont parvenus à Grokster à un moment où l'entreprise ne faisait rien pour faciliter à qui que ce soit la violation de la Loi et n'était pas en mesure de faire cesser de telles violations[51]. Elle n'avait pas l'élément de connaissance suffisant, et, à part la distribution d'un logiciel, ne faisait rien pour faciliter la commission de violations de la loi.

31. Les deux cours de district ne sont pas du même avis non plus quant aux arguments relatifs au « *staple article of commerce* » et au « *substantial non-infringing use* ». Ces arguments n'ont pas été acceptés dans *Aimster*, car la principale utilisation du logiciel d'Aimster était l'échange illégal de fichiers musicaux[52]. Dans *Grokster*, le Tribunal a rappelé la position de la Cour suprême sur ce que vise un « *substantial noninfringing use* ». Il faut regarder non seulement l'usage actuel d'un logiciel, mais son utilisation future potentielle. En l'occurrence, on a jugé que les logiciels en cause pourraient très bien permettre des utilisations qui ne violent pas la loi[53].

32. Dans le cas qui nous intéresse, la situation est ambiguë. Il faudra étudier attentivement le logiciel fourni aux clients. Tout dépendra de la réponse à la question suivante : le logiciel sert-il essentiellement ou exclusivement à l'échange de fichiers illégaux? Si oui, la compagnie pourra être trouvée coupable, car comme la Cour l'a écrit dans *Aimster*, « *There is nothing to suggest that Sony intends to protect the unauthorized and widespread distribution of infringing works.* »[54]

33. Quant au « *vicarious infringement* », il s'agit d'une question de responsabilité du fait d'autrui. Pour avoir gain de cause ici, il faut montrer que le défendeur a « *the right and ability to supervise the infringing activity* » et, aussi, qu'il a un « *direct financial interest in such activities* »[55]. Ici, une personne peut être trouvée coupable même si elle n'avait pas une connaissance précise d'un acte de contrefaçon. Il faudra voir, en l'occurrence, si le fournisseur de services a la capacité réelle de contrôler les agissements de ses membres. Il semble bien que non, à première vue, mais ce n'est pas parfaitement évident. Selon la jurisprudence, l'entreprise qui peut identifier ses clients puisqu'ils ont un code d'accès, et a la possibilité de vérifier l'utilisation qu'ils font d'un logiciel doit débrancher ceux qui violent la loi[56]. En second lieu, Il faut vérifier si l'entreprise a un intérêt financier lié au fait que ses clients violent la loi. À l'égard de ce dernier point, il semble que oui, vu que les clients paient un abonnement pour être reliés à un ordinateur central. Dans *Aimster*, on a jugé l'entreprise responsable de « *vicarious infringement* ». Il fut jugé qu'il y avait bénéfice financier lorsque les activités de contrefaçon deviennent un élément dont on se sert pour attirer la clientèle[57]. Dans *Grokster*, on a aussi estimé que l'entreprise obtenait un bénéfice financier parce que plus il y avait d'internautes qui téléchargeaient son logiciel, plus ses revenus publicitaires augmentaient[58]. On a jugé cependant qu'elle n'était pas coupable de violation de la Loi par le fait d'autrui parce qu'elle n'avait pas le « *right and ability to supervise the infringing conduct* ». Une fois le logiciel installé sur l'ordinateur d'un internaute, il se crée un réseau d'échange de fichiers sur lequel personne n'a de contrôle réel. Comme l'a écrit le juge Wilson, qui rendit la décision, il n'y avait pas de preuve au dossier selon laquelle *Grokster* avait la capacité de superviser et de contrôler les activités illégales. Or la doctrine du « *vicarious infringement* » « *does not contemplate liability based upon the fact that a product could be made such that it is less susceptible to unlawful use, where no control over the user of the product exists* »[59].

34. Au Canada, il n'y a pas dans la Loi de concepts absolument identiques à ceux que nous venons de voir. Il y a toutefois deux notions pertinentes. Il y a d'abord le dernier paragraphe de l'article 3(1) LDA, qui semble affirmer une évidence : le détenteur du droit d'auteur a le droit exclusif d'autoriser quelqu'un à accomplir un des actes que la Loi lui réserve. Cette disposition est importante, car il faut se demander si les fournisseurs de service se trouvent légalement à autoriser leurs clients à enregistrer ou à s'échanger illégalement des émissions. Il nous semble que non. On a vu dans l'affaire *Amstrad* qu'il faut presque un lien de préposition pour qu'on puisse parler d'« autorisation » à faire de la contrefaçon[60].

35. Une autre notion, beaucoup plus importante, est celle de la « violation à une étape ultérieure », mentionnée à l'article 27(2). Vu son importance, nous en reproduisons la partie congrue.

Constitue une violation du droit d'auteur l'accomplissement de tout acte ci-après en ce qui a trait à l'exemplaire d'une oeuvre, [...] 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 [...] : (b) la mise en circulation de façon à porter préjudice au titulaire du droit d'auteur; (c) la mise en circulation [...] dans un but commercial.

36. Encore ici, c'est dans la décision *CCH* qu'on peut voir comment les juges canadiens appliquent ces notions. Les magistrats qui ont rédigé des motifs ne se sont pas entendus, cependant, sur le sens de cette disposition, de sorte qu'il subsiste plusieurs incertitudes. Selon les juges Linden et Sharlow, qui partagent la même opinion, l'article 27(2) exige d'abord la preuve d'un acte de contrefaçon. Ce qui semble évident : s'il n'y a pas eu une première infraction à la Loi, il est impossible que quelqu'un soit trouvé coupable d'« *infraction à une étape ultérieure* ». La question la plus difficile vient du fait que le Barreau ontarien prétendait qu'il suffisait que le défendeur croie de bonne foi, même erronément, avoir fait quelque chose de compris dans la notion d'utilisation équitable pour être toujours exonéré par rapport à l'article 27(2). Les magistrats n'ont pas tranché cet argument pourtant très important[61]. Il n'y avait pas suffisamment de données factuelles pour leur permettre de se prononcer. Ils se sont toutefois déclarés en désaccord avec leur collègue le juge Rothstein quant au sens à donner au mot « *vente* » à 27(2)(a), et sur la question de savoir si l'infraction prévue implique une intention de faire un profit monétaire. Quant à l'exigence de connaissance d'actes préalables de contrefaçon, ils ont simplement dit que l'infraction prévue à l'article 27(2) n'en était pas une de responsabilité absolue, de sorte que des moyens de défense peuvent être soulevés.

37. Le juge Rothstein, pour sa part, a estimé que le Barreau ontarien était souvent lui-même responsable du premier acte de contrefaçon, et ne pouvait donc pas soulever l'élément d'absence de connaissance pour déterminer si l'article 27(2) avait été enfreint, car l'exigence de la connaissance sert à innocenter les revendeurs ou distributeurs innocents[62]. De plus, selon la jurisprudence, l'élément relatif à la connaissance porte sur les faits, non sur le droit[63]. Une personne accusée sous 27(2) ne pourrait pas soulever en défense une erreur de droit, croyant à tort qu'elle était protégée par la défense d'utilisation équitable. Le critère applicable n'est donc pas celui de savoir si ce qui a été fait constitue une utilisation équitable de l'œuvre originale. Il faut plutôt déterminer si celui qui accomplit un second acte de contrefaçon avait une croyance honnête, et si celle-ci était raisonnable dans les circonstances[64]. Quant au concept de vente, il estime qu'il peut y avoir vente au sens de 27(2)(a) même s'il n'y a pas échange d'argent[65]. Il interpréta aussi largement l'expression « *la mise en circulation de façon à porter préjudice au titulaire du droit d'auteur* »[66].

38. Si l'on tente d'appliquer au cas qui nous intéresse les principes énoncés dans la décision *CCH*, on constate qu'il est difficile de se prononcer de façon définitive. Il faut d'abord que soit faite la preuve d'un premier acte de contrefaçon. Ce ne sera pas toujours le cas. C'est surtout le consommateur qui échange des fichiers d'œuvres protégées avec un grand nombre de personnes qui est susceptible de se voir reconnaître coupable d'infraction à la Loi. Vient ensuite la partie difficile. Le juge Rothstein est seul à s'être prononcé sur l'élément relatif à la connaissance d'un acte de contrefaçon. Il n'y a pas consensus sur des choses essentielles pour nous, à savoir ce que signifient les termes « *vente* » et « *porter préjudice* ». Si on applique la position des juges Linden et Sharlow, les fournisseurs de service pourraient présenter une défense. Ils devraient d'abord alléguer que l'envoi d'émissions enregistrées par leur entremise constitue une utilisation équitable. Leur rôle dans ces échanges serait également visé par cette notion. Ils devraient aussi alléguer qu'ils ne font pas de « *vente* » des émissions. Ce qui deviendrait plus délicat serait de déterminer

si leurs activités constituent la mise en circulation d'une oeuvre de façon à porter préjudice au titulaire du droit d'auteur. Chose certaine, en cas de litige, on accordera une grande importance aux fonctions du logiciel utilisé. Plus il sera considéré servir principalement à des échanges illégaux de fichiers, plus il y a de chances qu'il soit considéré hors-la-loi. Il est donc possible que ces fournisseurs de service doivent non pas cesser leurs activités, mais bloquer certaines fonctions de leurs logiciels.

Conclusion

39. Nous pouvons conclure rapidement. Au risque de répéter des lieux communs, on doit se rendre à l'évidence : la nouvelle génération d'appareils vidéo ne disparaîtra pas du décor parce que certains utilisateurs vont s'en servir illégalement. Ce que les studios de cinéma et les autres détenteurs de droits d'auteur peuvent espérer, c'est que certaines des fonctions de ces appareils soient modifiées, de même que les logiciels utilisés par les fournisseurs de service. Il faudrait, idéalement, un mode de gestion des émissions où celles que protège la LDA seraient identifiées, de même que les consommateurs désirant les enregistrer et éventuellement les échanger. De cette façon, il serait possible d'éviter qu'on se retrouve dans le « *no man's land* » que sont devenus les systèmes « P2P ».

40. Ce qui est certain, c'est que le mode traditionnel de diffusion des émissions de télévision tel qu'il a existé jusqu'aux années 70 ne reviendra plus. Les entreprises devront s'adapter à de nouvelles réalités, qui peuvent s'avérer tout autant lucratives. Paraît-il qu'on arrive, dans le domaine de la publicité, à l'ère du « *virtual video advertising* ». Supposons par exemple que la télévision diffuse un match de base-ball. Un panneau publicitaire au champ droit annonce telle marque de dentifrice. Par l'électronique, cette image peut être changée pour que le consommateur voie sur son écran un panneau différent! On a mentionné aussi que les fournisseurs de service pouvaient facilement supprimer les messages commerciaux contenus dans des émissions de télévision et les remplacer. Dans la mesure où ces fournisseurs connaissent les préférences de leurs abonnés, ils pourraient convaincre des annonceurs de payer un montant substantiel pour avoir des publicités qui seraient parfaitement ciblées. Les stations de télévision ne seraient pas totalement perdantes, car leurs émissions seraient diffusées à un plus grand nombre de spectateurs : elles pourraient rajuster à la hausse les prix demandés aux annonceurs. On voit donc que, tout comme ce fut le cas lors de la venue de la première génération d'appareils vidéo, le monde du divertissement peut se révéler encore plus lucratif qu'il ne l'est en ce moment. Il suffit de faire les rajustements nécessaires.

Notes

(*) Professeur, Faculté de droit, Université de Sherbrooke. Email : rene.pepin@droit.usherb.ca.

[2] *Sony Corp. of America c. Universal City Studios, inc.*, 464 U.S. 416, 104 S. Ct. 774, 78 L. Ed. 2d. 574.

[3] Voir M. BOWER, « Replaying the Betamax Case for the New Digital VCRs: Introducing TIVO to Fair Use », 20 *Cardozo Arts & Ent. L. J.* 417, 419-20 (2002). L'auteur estime qu'environ 100 000 de ces appareils sont en usage aux États-Unis. Aujourd'hui ce chiffre serait déjà de près d'un million! Cf. A. A. HUROWITZ, « Copyright in the New Millenium: Is the Case Against Replay TV a New Betamax for the Digital Age? », 11 *CommLaw Conspectus* 145, 153 (2003).

[4] Les autres sont Diego Inc., Funai Electric, Matsushita et NEC Videotechnology. Voir à l'adresse Internet <http://macrovision.com/solutions/video/copyprotect/licensees/pvrman/php3>.

[5] Voir A. A. JOHNSON, « Hacking Digital Video Recorders: Potential Copyright Liability for DVR Hackers and Service Providers », 29 *Duke L. & Tech. Rev.* 29, § 3 (2001). Mentionnons aussi deux compagnies : Echostar, fondée en 1980 son produit s'appelle Dishnetwork et Snapstream, fondée en 1999 son produit s'appelle aussi Dishnetwork. Voir <http://www.ultimatete.com/productcomp.asp>. À noter que vers la fin de l'année 2000, ReplayTV s'est retirée du marché, préférant céder sa technologie à Sonic Blue au moyen du « *licensing* ».

[6] L.R.C. 1985, c. C-42; ci-après LDA.

[7] Soit : Time Warner, le réseau CBS, Walt Disney Corp., News Corp. et Discovery Communications. Voir M. BOWER, *loc. cit.*, note 3, 420 et 421.

[8] M. Bower (*supra*, note 3, 420) explique que ces appareils représentent un potentiel commercial fantastique pour qui sait les exploiter correctement puisqu'ils gardent en mémoire les préférences de chaque utilisateur : cela peut devenir une sorte de Saint-Graal pour les entreprises publicitaires!

[9] *Paramount Pictures Corp. c. ReplayTV Inc.*, 2002 WL 1315811 (à l'origine, quatre poursuites avaient été intentées en octobre et en novembre 2001, mais on les a ensuite regroupées en une seule. La seconde de ces poursuites est *Craig Newmark c. Turner Broadcasting Network*, 226 F. Supp. 2d 1215 (2002).

[10] La *Copyright Act* est codifiée à 17 U.S.C. ss. 101-1205.

[11] Voir D. SAVERIMUTHU, « The Regulation of New Media Broadcasting in Canada Post-IcraVeTV.Com », 19 *J. Marshall J. Computer & Info L.* 331, 334-42 (2001).

[12] Voir J.S. MCKEOWN, *Fox Canadian Law of Copyright and Industrial Desings*, Toronto, Carswell, 2000, p. 288-91. Il y a une controverse à savoir si les stations de télévision peuvent prétendre que l'ensemble de la programmation d'une journée constitue une « *compilation* » au sens de la LDA, et à ce titre faire l'objet d'une protection

additionnelle. D. Saverimuthu, *supra*, note 11, 334 estime que non. Pour un avis contraire, voir C. Morgan, *infra*, note 14, 260.

[13] *Canadian Admiral c. Rediffusion, Inc.*, (1954) Ex. C. R. 382.

[14] Voir C. MORGAN, « Jumping to iCrave's conclusion? Les amendements proposés à la disposition sur la retransmission de la *Loi sur le droit d'auteur* », (2002) 15 *C.P.I.* 257, 260-263.

[15] Voir J. S. McKeown, *supra*, note 12, 420. Voir également « Copyright » dans *Canadian Encyclopedic Digest*, (2000) § 279.

[16] Voir J.S . McKeown, *supra*, note 12, 420. La Cour suprême du Canada s'est aussi penchée en 2002 sur ce concept. Voir *Théberge c. Galerie d'art du Petit Champlain*, (2002) 34 R.C.S., 210 D.L.R. (4th) 385, aux § 23-28. Il s'agissait de la légalité du transfert sur toile, par une galerie d'art, à des fins de revente, de reproductions papier autorisées des œuvres d'un peintre. Ce procédé s'appelle « entoiler l'image ».

[17] *CCH Canada Ltd. c. Barreau du Haut-Canada*, (2002) 212 D.L.R. (4th) 385, 4 C.F. 213.

[18] *Id.*, § 252. Le juge Rothstein écrit : « [...] je conclus que le terme « au public » au sens de l'alinéa 3(1)(f) de la *Loi sur le droit d'auteur* n'inclut pas les télécommunications qui visent un destinataire unique ».

[19] Plus précisément, comme le dira la Cour suprême dans l'affaire *Acuff-Rose Music* en 1994, (voir *infra*, note 29), « [...] *fair use* is an affirmative defense » (à la p. 590). Hurowitz (*supra*, note 3, 160-162) fait une bonne étude de l'application de la notion de « fair use » aux PVR.

[20] *Sony Corp. of America c. Universal City Studios, inc.*, précitée, note 2, 777, j. Stevens : « [...] they sought [...] an injunction against the manufacture and marketing of Betamax VTR's [...] ».

[21] Nous avons traité ailleurs de cette question. Voir « Piratage, musique et Internet : la solution se trouve-t-elle dans le modèle américain? », (2002) 7, n° 2 *Lex Electronica*, <http://www.lex-electronica.org/>

[22] *Sony Corp. of America c. Universal City Studios, Inc.*, précitée, note 2, 785 : « *To prevail, they have the burden of proving that users of the Betamax have infringed their copyrights and that Sony should be held responsible for that infringement.* »

[23] *Id.*, 786.

[24] *Id.*, 789. En jurisprudence, on trouve une première allusion à cette notion dans une décision de 1912, *Henry c. A. B. Dick Co.*, 224 U. S. 1, 48, où le juge a écrit: « [...] *a sale*

of an article which though adapted to an infringing use is also adapted to other lawful uses, is not enough to make the seller a contributory infringer. Such a rule would block the wheels of commerce. »

[25] *Henry c. A. B. Dick Co.*, précitée, note 24, 789-793.

[26] *Id.*, 794, note 39.

[27] *Id.*, note 38.

[28] *Id.*, 793-796.

[29] *Luther R. Campbell c. Acuff-Rose Music Inc.* 510 U.S. 569, 114 S. Ct. 1164 (1994). À notre connaissance, c'est la dernière décision de la Cour suprême sur cette question. Cette Cour se prononce très rarement sur des questions de droit d'auteur. Elle semble appliquer rigoureusement la règle selon laquelle un tribunal de dernière instance ne doit intervenir que lorsqu'il y a beaucoup de confusion ou d'incertitude dans l'état du droit tel qu'exposé par les diverses cours d'appel.

[30] *Id.*, 579.

[31] *Id.*, 589.

[32] *Id.*, 590.

[33] *Supra*, note 17. La décision de la Cour fédérale d'appel date de mai 2002.

[34] *Id.*, § 126. Notons que les motifs fournis par le juge Linden ne reflètent pas parfaitement l'état de la jurisprudence au Canada, ni l'étendue de l'exception équitable. La décision du Tribunal ne remet toutefois pas en cause la jurisprudence antérieure. En doctrine, sur la notion d'utilisation équitable, voir C. BERGERON, « " Fair dealing " canadien et " fair use " américain : une analyse de l'exception d'utilisation équitable en matière de droit d'auteur », (2001) 13 *C.P.I.* 267-309.

[35] C. BERGERON, *loc. cit.*, note 34, § 148.

[36] *Id.*, § 149 et suiv. Le juge Linden s'appuie en doctrine sur Vaver, qui propose cette liste. Voir D. VAVER, *Copyright Law*, Toronto, Irwin Law, 2000, p. 191.

[37] Cette question est discutée par M. Bower, *supra*, note 3, 434 et suiv. Le journal *La Presse* du 7 mai 2003 (p. B-2) rapporte qu'il en coûte environ 350 \$ US pour se procurer un appareil capable d'emmagasiner 80 heures de programmation.

[38] *CBS Songs Ltd. c. Amstrad Consumer Electronics Plc.*, (1988) 2 All. E. R. 484, (1988) A.C. 1013.

[39] L'article 12(5) était au même effet : « The acts restricted by the copyright in a sound recording are the following [...] (a) making a record embodying the recording [...] ».

[40] *CBS Songs Ltd. c. Amstrad Consumer Electronics Plc.*, précitée, note 38, 490.

[41] *Id.*

[42] *Id.*, 492.

[43] Voir, par exemple, J.A. SIFFERD, « The Peer-To-Peer Revolution : a Post-Napster Analysis of the Rapidly Developing File-Sharing Technology », 4 *Vand. J. Ent. L. & Prac.* 92, et D.L. HAYES, « Copyright Liability of Online Service Providers: Part II », 19 NO.11 *Computer & Internet Law*, 15.

[44] Voir *In re Aimster Litigation*, (2002) WL 31006142 (N.D. ILL.). La décision a été rendue par une Cour de district de l'Illinois en septembre 2002.

[45] *Metro-Goldwyn-Mayer Studios, Inc. c. Grokster Ltd.*, 2003 WL 1989129, 2003 U.S. Dist. LEXIS 6994. La décision ne vise pas le site de la compagnie Kasaa cependant, car celle-ci n'était pas partie au litige.

[46] Dans la décision *Sony* (*supra*, note 2, 435), la Cour suprême affirmait que ces deux notions faisaient maintenant partie intégrante des notions applicables en matière de droit d'auteur.

[47] Voir *Paramount Pictures Corp. c. ReplayTV Inc.*, précitée, note 9.

[48] *In re Aimster Litigation*, précitée, note 44, § 11 et suiv., et *Metro-Goldwyn-Mayer Studios, Inc. c. Grokster Ltd.*, précitée, note 45, 4.

[49] *In re Aimster Litigation*, précitée, note 44, § 13.

[50] *Metro-Goldwyn-Mayer Studios, Inc. c. Grokster Ltd.*, précitée, note 45, 4-5.

[51] *Id.*, 6.

[52] *In re Aimster Litigation*, précitée, note 44, § 15 : « [...] defendants here have provided no evidence whatsoever [...] that Aimster is actually used for any of the stated non-infringing purposes. »

[53] *Metro-Goldwyn-Mayer Studios, inc. c. Grokster Ltd.*, précitée, note 45, 5 et 13. On a estimé que la situation des défendeurs était semblable à celles des entreprises qui vendent des appareils vidéo ou des machines à photocopier.

[54] *In re Aimster Litigation*, précitée, note 44, § 15. A.A. Johnson (*supra*, note 5) discute de cette question aux §19-26. Pour l'opinion de M. Bower, voir *supra*, note 3, 448-452.

[55] *In re Aimster Litigation*, précitée, note 44, § 16.

[56] Voir *Arista Records Inc. c. MP3Board, Inc.*, 2002 WL 1997918.

[57] *In re Aimster Litigation*, précitée, note 44, § 17.

[58] *Metro-Goldwyn-Mayer Studios, Inc. c. Grokster Ltd.*, précitée, note 45, 14.

[59] *Id.*, 16. On peut ajouter que la déconfiture des compagnies détenant des droits d'auteur n'est pas complète. Dans une autre affaire décidée aussi en avril 2003 (*In re: Verizon Internet Services, Inc.* 2003 WL 1946489, 2003 U.S. Dist. LEXIS 6778), une cour de première instance du district de Columbia a rejeté les moyens préliminaires de défense présentés par un fournisseur d'accès à Internet poursuivi en vertu de la loi *Digital Millenium Copyright Act*. Ces arguments soulevaient la question de la validité constitutionnelle de cette Loi par rapport à la liberté d'expression prévue au premier amendement de la Constitution américaine.

[60] Dans le même sens, on peut consulter la jurisprudence canadienne des années 50 : c'est le moment où se sont popularisés les « *juke-box* » installés dans les restaurants. Voir, entre autres, les décisions *Vigneux c. Can. Performing Rights Soc. Ltd.*, (1945) A.C. 108, et *CAPAC c. Siegel Distributing Ltd.*, (1959) R.C.S. 488. En doctrine, sur la notion d'autorisation, voir Y. Gendreau, « Authorization Revisited » (2001) 48 *Jo. of the Cop. Soc. of the U.S.A.*, 341-62.

[61] *CCH Canada Ltd. c. Barreau du Haut-Canada*, précitée, note 17, 438-440, § 115-121.

[62] *Id.*, § 273-276.

[63] *Id.*, § 278 et 282.

[64] *Id.*, § 282.

[65] *Id.*, 487-9, § 286 et 289.

[66] *Id.*, 489, § 290.