

De l'adaptabilité des droits des organismes de radiodiffusion à l'adaptation du droit d'auteur

Jean-Arpad Français*

1. La mesure de l'adaptabilité du droit des organismes de radiodiffusion	665
1.1 Contrôle de l'exploitation primaire de l'objet de communication	665
1.2 Contrôle de l'exploitation secondaire des objets de communication	677
2. L'opportunité d'une adaptation du droit d'auteur	681
2.1 Les droits d'auteur sur les programmes	681
2.2 Le régime canadien de retransmission des programmes sur Internet	685
2.3 Comparaison de différents régimes nationaux de retransmission	687

© Jean-Arpad Français 2004.

* LL.B (U. de Montréal); LL.M (McGill); D.E.A. (Nice Sophia-Antipolis), l'auteur est avocat chez Gowling Lafleur Henderson, s.r.l. Les propos qui suivent n'engagent cependant que l'auteur.

2.3.1	Europe et France.	689
2.3.1.1	Le droit européen de la retransmission par câble	689
2.3.1.2	Le droit français de la retransmission par câble	693
2.3.2	États-Unis et Canada	699
2.3.2.1	Le droit américain de la retransmission par câble	701
2.3.2.2	Le droit canadien de la retransmission par câble	708
2.4	Le régime de retransmission canadien applicable aux nouveaux médias	714
3.	Conclusion.	718

Résumé

La technologie a étendu le champ de la radiodiffusion aux réseaux numériques. Ceux-ci posent la question de la faculté des systèmes juridiques canadien et français de droit d'auteur à encadrer ce secteur d'exploitation. Plus fondamentalement, l'analyse de droit comparé des régimes relevant du droit d'auteur encadrant l'activité de radiodiffusion permet de mesurer l'autonomie de type cybernétique des deux systèmes étudiés. Est avancée l'idée que cette autonomie devrait se manifester par le biais de l'adaptabilité du droit. Cependant, lorsque celle-ci est insuffisante et qu'il devient nécessaire de procéder à une modification formelle du droit, il convient d'envisager la possibilité que les problèmes rencontrés sont moins liés à la conjoncture technologique qu'à la structure systémique du droit d'auteur.

Abstract

Technology has expanded the scope of broadcasting to digital networks. The latter raise the question of the ability of the Canadian and French copyright systems to address this branch of industry. More fundamentally, a comparative analysis of the two copyright regimes surrounding broadcasting permits to assess the cybernetic type of autonomy of the systems studied. It is argued that such autonomy would express itself through the adaptability of the law. However, when the latter is insufficient and that it has become necessary to proceed to a formal modification of the law, one should consider that the problems encountered are less related to technology than to the systemic structure of copyright law.

«L'ère du numérique, la convergence des télécommunications et des techniques informatiques ainsi que l'apparition de l'Internet ont remis en question la définition même de termes utilisés dans le domaine du droit d'auteur, tels que la reproduction/la copie, l'édition, les représentations ou exécutions publiques, la distribution, la radio-

diffusion et la communication au public»¹. Ainsi est adéquatement résumée l'idée que l'époque post-moderne convie le droit à envisager une multitude de problèmes qui n'avaient pas été anticipés au moment de l'adoption des lois et principes susceptibles de s'appliquer à eux. Se pose alors la question de l'adaptabilité du système juridique, c'est-à-dire sa faculté à appréhender et régler la somme des rapports juridiques qui requièrent l'intervention du juge.

L'apparition de nouveaux modes de communication par radiodiffusion, notamment au moyen de l'Internet, constitue un champ de recherche privilégié dans le cadre de la problématique précitée. Ainsi la radiodiffusion sur Internet ou *webdiffusion*² a accéléré la réflexion sur l'opportunité d'une réévaluation générale des droits des organismes de radiodiffusion, actuellement régis au plan international par la *Convention internationale sur la protection des artistes-interprètes ou exécutants, des producteurs de phonogrammes et des organismes de radiodiffusion* signée à Rome en 1961 [ci-après «Convention de Rome»]³, par l'*Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce* (ADPIC ou TRIPS)⁴, tel qu'intégré

1. *Revue de l'OMPI*, mars-avril 2003 à la p. 9.
2. Sur cette notion, voir F. KOZAMERNIK, «Webcasting – the broadcaster's perspective», (mars 2000) 282 *EBU Technical Review* 23. Voir OCDE, *Diffusion sur le «Web» et convergence: implications pour l'action des pouvoirs publics*, OCDE/GD(97)221, à la p. 15. Voir B.H. FAN, «When Channel Surfers Flip to the Web: Copyright Liability for Internet Broadcasting», (2000) 52-3 *Fed. Comm. L.J.* 626.
3. Sur l'histoire de la *Convention de Rome*, voir G. STRASCHNOV, *Protection internationale des droits voisins* (Bruxelles, Bruylant, 1958); J. POULAIN, *La protection des émissions de Radiodiffusion* (Paris, L.G.D.J., 1963). Pour une analyse de la *Convention de Rome*, voir X. DESJEUX, *La Convention de Rome* (Paris, L.G.D.J., 1966); H. DESBOIS, A. FRANÇON, A. KÉRÉVER, *Les conventions internationales du droit d'auteur et des droits voisins* (Paris, Dalloz, 1976); W. NORDEMANN, K. VINCK, P.W. HERTIN, G. MEYER, *International Copyright and Neighboring Rights Law* (Weinheim, VCH, 1990).
4. L'article 14-3 dispose que:
 les organismes de radiodiffusion auront le droit d'interdire les actes ci-après lorsqu'ils seront entrepris sans leur autorisation: la fixation, la reproduction de fixations et la réémission par le moyen des ondes radioélectriques d'émissions ainsi que la communication au public de leurs émissions de télévision. Dans le cas où les Membres n'accorderont pas de tels droits à des organismes de radiodiffusion, ils donneront aux titulaires du droit d'auteur sur le contenu d'émissions la possibilité d'empêcher les actes susmentionnés, sous réserve des dispositions de la Convention de Berne (1971).
 Sur les ADPIC, voir H. COHEN-JEHORAM et al. (éd.), *Trade-Related Aspects of Copyright* (La Haye, Kluwer, 1997); F.-K. BEIER et G. SCHRICKER (éd.), *From GATT to TRIPs*, publié par le Max Planck Institute for Foreign and International Patent, Copyright and Competition Law (Munich, VCH, vol. 18, 1996); F.M. ABBOTT, «Commentary: The International Intellectual Property Order Enters the 21st Century», (1996) 29 *Van. J. Trans'l L.* 471; Y. GAUBIAC,

dans le cadre de l'*Organisation mondiale du commerce* (OMC) et par la *Convention de Bruxelles* de 1974 concernant la distribution de signaux porteurs de programmes transmis par satellite⁵ et qui vise la protection des signaux transmis par satellite par l'intermédiaire desquels des programmes sont transmis entre des organismes de radiodiffusion ou entre ces organismes et les câblodistributeurs⁶. De façon générale, de nombreux commentateurs considèrent que le champ de protection déployé par ces instruments internationaux demeure insuffisant et inadapté aux réalités technologiques et économiques actuelles⁷.

«Une dimension nouvelle du droit d'auteur: l'Accord sur les aspects de droit de propriété intellectuelle qui touchent au commerce de l'Accord de Marrakech instituant l'OMC», (avril 1995) *R.I.D.A.* 3; A. KÉRÉVER, «Le GATT et le droit d'auteur international – L'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce», (1994) 47 *Revue Trim. de Droit Commercial* 629; D. NIMMER, «International Trade Aspects of Intellectual Property», (1995) 15 *Loyola L.A. Entert. L.J.* 136; J.H. REICHMAN, «Universal Minimum Standards of Intellectual Property Protection under the TRIPS Component of the WTO Agreement», (1995) 29-2 *Int'l Law* 345.

5. Sur la *Convention de Bruxelles*, voir H. DESBOIS, A. FRANÇON, A. KÉRÉVER, *Les conventions internationales du droit d'auteur et des droits voisins* (Paris, Dalloz, 1976); W. NORDEMANN, K. VINCK, P.W. HERTIN, G. MEYER, *International Copyright and Neighboring Rights Law* (Weinheim, VCH, 1990).
6. Il faut noter que la *Convention de Bruxelles* n'est pas applicable aux signaux qui sont destinés à la réception directe par le public en général à partir d'un satellite (art. 3) ni aux signaux dérivés provenant de signaux déjà distribués par un distributeur auquel les signaux émis étaient destinés (art. 2.3).
7. Voir W. RUMPHORST, «Le droit voisin des organismes de radiodiffusion», (1997) 31-2 *Bulletin du droit d'auteur* 45; P. MASOUYÉ, «La Convention de Rome en matière de droits voisins» in *Les journées du droit d'auteur* (Bruxelles, Bruylant 1989), à la p. 43. L'auteur y parle de «phénomène de déphasage». Voir H. DESBOIS, A. FRANÇON et A. KÉRÉVER, *Les conventions internationales du droit d'auteur et des droits voisins* (Paris, Dalloz, 1976), notamment aux p. 373 à 376. Voir W. NORDEMANN, K. VINCK, P.W. HERTIN, G. MEYER, *International Copyright and Neighboring Rights Law* (Weinheim, VCH, 1990). Voir C.G. OUELLET, «Où en est la protection des droits connexes au droit d'auteur? Partie I – Les textes internationaux», (2003) 15-3 *C.P.I.* 905. Voir E. DELIYANNI, *Le droit de représentation des auteurs face à la télévision transfrontalière par satellite et par câble* (Paris, L.G.D.J., 1993), notamment aux p. 32 à 50; Makeen FOUAD MAKEEN, *Copyright in a Global Information Society – The Scope of Copyright Protection Under International, US, UK and French Law* (The Hague, London, Boston, Kluwer Law International, 2000), notamment aux p. 175- 176. Voir A. MEYER-HEINE, «Les droits d'auteur et les droits voisins en matière de radiodiffusion télévisuelle: analyse critique des instruments juridiques européens», (1995/5) 122 *Légipresse VI* 51 à la p. 55. Voir en général Colloque mondial de l'OMPI sur la radiodiffusion, les nouvelles techniques de communication et la propriété intellectuelle, tenu à Manille en avril 1997, *WIPO PUBLICATION* No. 757(E/F/S), et Colloque de l'OMPI sur la radiodiffusion, les nouvelles techniques de communication et la propriété intellectuelle pour les pays d'Amérique latine et des Caraïbes, tenu à Cancún (Mexique) en février

Il s'agit alors d'envisager le droit d'auteur dans la perspective de son habilité à embrasser la question des droits sur les objets de communication dans les environnements numériques, c'est-à-dire les droits qui ont pour objet ce qui est communiqué par les moyens médiatiques contemporains et pour sujet les opérateurs de ces ensembles médiatiques. Ce sont des droits qui entourent les œuvres de la création intellectuelle puisqu'ils portent avant tout sur les vecteurs (objets ou sujets) de celles-ci. Cette distinction est pour le moins abstraite et contribue souvent à alimenter une confusion entre le signal de radiodiffusion, le programme, la programmation, l'émission de radio et de télévision, le type de radiodiffuseur et de radiodiffusion et les contenus de ces objets de communication relevant de droits de nature proche mais parallèle. En principe, les droits sur les objets de communication ne prennent naissance qu'en vertu de la loi qui n'exige aucune condition liée à la créativité. Ce sont des droits de propriété intellectuelle dépourvus de tout lien avec la notion d'originalité, fondement des droits d'auteur traditionnels. L'absence d'exigence relative à l'originalité en fait aussi des enjeux privilégiés pour les prétendants à leur titularité.

Il est avancé que les droits sur les objets de communication dépassent la simple question de la nouveauté technologique. Il convient de les envisager dans la perspective de l'autonomie des systèmes juridiques en présence, c'est-à-dire de leur aptitude à régler autant de situations suscitées par l'apparition de problèmes complexes nouveaux. L'étendue de cette faculté détermine en retour l'existence ou l'absence de contradictions et d'incohérences dans les systèmes étudiés. À cet égard, l'approche de droit comparé permet à la fois d'en relativiser les principes et d'en exprimer les meilleures solutions. Ainsi, la comparaison des droits d'auteur canadien et français doit permettre de mesurer le degré d'adaptabilité relatif de chaque système en matière de droits des organismes de radiodiffusion et, ainsi, le seuil à partir duquel l'adaptation du droit d'auteur ne peut plus s'effectuer qu'au moyen d'une intervention formelle du législateur. Plus le degré d'adaptabilité du droit d'auteur est important, plus ce seuil est éloigné, plus le système du droit d'auteur se caractérise par son autonomie de type cybernétique⁸.

1998. Voir les travaux du Comité permanent du droit d'auteur et des droits connexes de l'OMPI relatifs à la protection des organismes de radiodiffusion (OMPI SCCR/1/3, SCCR/9/11).

8. On s'inspire à cet égard des théories de l'autopoïèse et du systémisme qui mettent en avant le degré d'autonomie maximal d'un système par rapport à son environnement, de son ouverture cognitive et de sa fermeture normative.

1. La mesure de l'adaptabilité du droit des organismes de radiodiffusion

Le droit des organismes de radiodiffusion sur les objets de communication comporte essentiellement deux aspects: d'une part, la question du contrôle de l'exploitation primaire des objets de communication et, d'autre part, celle du contrôle de l'exploitation secondaire des objets de communication, c'est-à-dire leur retransmission. C'est à partir de ces questions qu'il convient de prendre la mesure de l'adaptabilité du droit, sollicité de part et d'autre dans un contexte concurrentiel et technologique mouvant.

1.1 Contrôle de l'exploitation primaire de l'objet de communication

La protection des radiodiffuseurs en droit d'auteur canadien et français porte sur l'objet de communication. Il s'agit par conséquent de la protection indirecte des sujets à travers leurs intérêts immatériels. Cette protection apparaît donc différente de celle accordée aux auteurs où le rapport sujet-objet est beaucoup plus intégré. En effet, dans les deux systèmes juridiques étudiés, les droits des radiodiffuseurs sont définis de façon plus étroite et limités à des prérogatives précises et limitées. À l'inverse, le droit des auteurs est beaucoup plus vaste et offre une large palette de prérogatives. Même si le droit canadien définit les droits des auteurs de façon analytique alors que le droit français conçoit le droit de l'auteur de façon synthétique et le fait reposer sur des principes généraux, tous deux consacrent le lien essentiel entre le sujet – l'auteur – et l'objet – l'œuvre – à travers la reconnaissance du droit moral⁹. *A contrario*, la relativité du lien entre le sujet et l'objet en matière de communication justifie une protection en théorie moins étendue que celle accordée aux auteurs. En principe, un système juridique de tradition de *common law* ne

Voir G. TEUBNER, *Droit et réflexivité*, Collection de la pensée juridique moderne (Paris, L.G.D.J., 1996); G. TEUBNER, *Le droit, un système autopoïétique* (Paris, P.U.F., 1993); G. TEUBNER (dir.), *Autopoietic Law: A New Approach to Law and Society* (Berlin, Walter de Gruyter, 1988). Voir le numéro des *Archives de philosophies du droit* consacré au «Système juridique» et notamment F. OST, «Entre ordre et désordre: le jeu du droit. Discussion du paradigme autopoïétique appliqué au droit», (1986) 31 *Archives de philosophie du droit* 133.

9. Sur la comparaison des droits moraux canadiens et français, voir J.-A. FRANÇAIS, «Le droit moral comparé: entre problématique classique et moderne», (2000) 12-2 *C.P.I.* 315. Il y est avancé que les différences entre les deux approches du droit moral sont moins évidentes qu'il n'y paraît.

connaît pas la distinction entre droits d'auteur et droits voisins¹⁰. La notion de *copyright* reste unique et se justifie par la protection des intérêts de nature économique entourant l'activité intellectuelle. Le Canada présente cependant un visage particulier dans la mesure où il connaît un bi-juridisme qui se reflète dans le droit d'auteur¹¹. D'un point de vue terminologique, la *Loi sur le droit d'auteur* (ci-après «LDA») emploie l'expression «droit d'auteur» pour tous les droits de nature patrimoniale. Ceci relève davantage d'une question de traduction du terme anglais «copyright», voire d'une question d'ordre constitutionnel¹², que l'affirmation du rejet de la distinction entre droits voisins et droits d'auteur. En effet, l'adhésion du Canada à la *Convention de Berne* et à la *Convention de Rome* implique l'existence de deux régimes distincts. Au surplus, le Canada n'a reconnu aux radiodiffuseurs un droit sur leur objet de communication qu'en 1997, date marquant peut-être l'aboutissement d'une longue réflexion, entamée en 1921, sur le choix de l'identité du droit d'auteur canadien. Cette hypothèse est par ailleurs renforcée par l'existence du régime relatif aux droits extra-patrimoniaux qui amorçait déjà

10. Le propos peut être nuancé, voir H. COHEN JEHORAM, «The relationship between copyright and neighboring rights», (1990) 144 *R.I.D.A.* 81. Il faut aussi noter qu'il existe des différences entre les systèmes ressortissant au *common law*, voir W.R. CORNISH, «Les notions d'œuvres, d'originalité et de droits voisins du point de vue de la common law», dans *Colloque Mondial de l'OMPI sur l'avenir du droit d'auteur et des droits voisins* (Le Louvre, Paris, France, 1^{er} au 3 juin 1994, publications OMPI n° 731(F), 1994), à la p. 83. Voir G. DWORKIN, «The moral Right of the Author – Moral Rights and Common Law Countries», dans *Le droit moral de l'auteur* (A.L.A.I., Congrès d'Anvers, 19-24 sept. 1993), à la p. 207. Voir Y. GENDREAU, «La civilisation du droit d'auteur canadien», (2000) 1 *R.I.D.C.* 101.
11. Sur la particularité du système canadien, voir Y. GENDREAU, «La nature du droit d'auteur selon le nouveau Code civil», (1993) 27 *R.J.T.* 98; Y. GENDREAU, «La civilisation du droit d'auteur au Canada», (2000) 1 *R.I.D.C.* 101; W.L. HAYHURST, «Intellectual Property Law in Canada: The British Tradition, the American Influence and the French Factor», (1996) 10 *I.P.J.* 265; D. LÉTOURNEAU, *Le droit d'auteur de l'audiovisuel: une culture et un droit en évolution* (Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1995), à la p. 35; G. DWORKIN, *op. cit.*, note 10; P.-E. MOYSE, «La nature du droit d'auteur: droit de propriété ou droit de monopole?», (1998) 43 *R.D. McGill* 509; J.-A. FRANÇAIS, «Le droit moral comparé: entre problématique classique et moderne», (2000) 12-2 *C.P.I.* 315; N. TAMARO, «L'affaire *Théberge*: une Cour suprême canadienne mal éclairée, ou insensible aux artistes, ou insensible au Québec», dans *Service de la formation permanente du Barreau du Québec*, vol. 192, *Développements récents en droit du divertissement*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2003, p. 87; D. GERVAIS, «L'affaire *Théberge*», (2002) 15-1 *C.P.I.* 217.
12. Pour la Pr^e Gendreau, il s'agissait de «[...] consolider l'appartenance de ce régime [celui des droits voisins] à la propriété littéraire et artistique et aplanir les difficultés d'ordre constitutionnel au Canada». Y. GENDREAU, «Nouveau visage pour la loi canadienne sur le droit d'auteur», (1997) 76 *Rev. Bar. Can.* 388.

l'orientation du système canadien vers des principes ne ressortissant pas exclusivement au *copyright*. Enfin, contrairement aux «œuvres», aucune exigence d'originalité ne s'impose au radiodiffuseur pour obtenir une protection de ses signaux de communication au titre du «droit d'auteur»¹³. Peu de doute est donc permis quant à l'existence d'un régime de droits voisins «autonome et intégré» au Canada¹⁴. Les sceptiques les plus durs admettront que la protection des objets de communication au profit des radiodiffuseurs reste de toute façon peu surprenante dans un environnement qu'ils ne voudront que rattacher à la tradition de *common law*. À l'opposé, d'un point de vue continental classique, la reconnaissance de droits d'auteur sur des objets qui ne sont pas des œuvres originales paraît iconoclaste. Bien plus, d'aucuns considèrent que l'attribution de droits distincts, mais «voisins» du droit d'auteur, constitue une rupture au regard de la tradition continentale du droit d'auteur¹⁵.

-
13. Le paragraphe 5(1) LDA prévoit l'originalité comme condition d'obtention du droit d'auteur. Voir aussi l'art. 2 LDA. Or l'absence d'exigence d'originalité est une des caractéristiques du droit voisin des radiodiffuseurs. Dans ce sens, il a été écrit que «[e]xcept for the creative or artistic imprint that is required on behalf of performers, all other mentioned productions [*i.e.* other subject matters protected by neighbouring rights] are granted protection to allow recoupment for the *investment* risked in producing and marketing material. Protectable subject matter is no longer limited to the results of original or creative activities but is now extended to the products flowing from entrepreneurial activities». M.-C. JANSSENS, «The notion of work and its place in the massive flow of information», dans A.L.A.I., *Droits d'auteur et connexes et convergence des médias dans le contexte numérique*, Journées d'études nordiques du 18 au 20 juin 2000, Stockholm, Suède.
 14. Dans ce sens, Y. GENDREAU, «Nouveau visage pour la loi canadienne sur le droit d'auteur», (1997) 76 *Rev. Bar. Can.* 388; Y. GENDREAU, «La civilisation du droit d'auteur au Canada», (2000) 1 *R.I.D.C.* 101.
 15. Voir A. et H.-J. LUCAS, *Traité de la propriété littéraire et artistique* (Paris, Litec, 1994), à la p. 647: l'approche économique «[...] déplace le centre de gravité de la propriété littéraire et artistique, en privilégiant par la force des choses la rémunération des investissements. [...] Elle rompt ouvertement avec la tradition française qui fonde le monopole de l'auteur sur le droit naturel.»; B. EDELMAN, *Droit d'auteur, droits voisins – Droit d'auteur et marché* (Paris, Dalloz, 1993): [à la p. 4] «[s]elon Dietz (RIDA, oct.1988, p. 23 et s.), nous serions au seuil d'une mutation tout aussi fondamentale que celle du "statute of Anne" (1703), nous changerions de "paradigme", c'est-à-dire de modèle d'explication et de valeurs. L'individualisme ne serait plus désormais au fondement du droit d'auteur, mais les intérêts industriels; dès lors, la question ne serait plus la protection du droit d'auteur en soi, mais plutôt de savoir "quelle importance économique revêt le droit d'auteur dans le cadre des «industries du droit d'auteur»". Puisque l'auteur est, si l'on peut dire, chassé de son œuvre, qu'il se situe "hors œuvre" – à l'instar de l'inventeur au regard du brevet (M.A. Hermitte, «Le rôle des concepts mous dans les techniques de déjuridicisation. L'exemple des droits intellectuels», (1985) *Arch. philo. drt.* 331) – il devient un simple participant aux résultats économiques de son produit. Ce nouveau

Par conséquent, on serait enclin à présumer que le droit sur l'objet de communication en France reste bridé par la logique d'exception à laquelle obéit un tel droit en comparaison du système canadien. Pourtant, le choix et la définition de l'objet de communication bénéficiant de la protection au titre de la propriété intellectuelle sont susceptibles de renverser une telle présomption.

Au Canada, la protection porte sur le signal qui est défini dans la *Loi sur le droit d'auteur* en ces termes:

[o]ndes radioélectriques diffusées dans l'espace sans guide artificiel, aux fins de réception par le public.¹⁶

Cette définition complète l'article 21 LDA, qui reconnaît aux radiodiffuseurs des droits dans les termes suivants:

[...] le radiodiffuseur a un droit d'auteur qui comporte le droit exclusif, à l'égard du signal de communication qu'il émet ou de toute partie importante de celui-ci:

- a) de le fixer;
- b) d'en reproduire toute fixation faite sans son autorisation;
- c) d'autoriser un autre radiodiffuseur à le retransmettre au public simultanément à son émission;
- d) d'exécuter en public un signal de communication télévisuel en un lieu accessible au public moyennant droit d'entrée.

Il a aussi le droit d'autoriser les actes visés aux alinéas a), b) et d).

paradigme nous rapproche indéniablement du système du copyright.»; C. DOUTRELEPONT, «La notion de droit voisin – Analyse en droit comparé», dans *Les journées du droit d'auteur* (Bruxelles, Bruylant, 1989), à la p. 5. L'auteur cite par ailleurs à la p. 8 B. EDELMAN, *Droits d'auteur et droits voisins*, Actualité législative (Dalloz, numéro spécial, 1987), p. 71: «... on ne voit pas comment une œuvre qui ne présenterait aucune *originalité*, pourrait être la source d'un droit voisin, alors qu'elle ne serait pas la source d'un droit d'auteur. Le droit voisin, en tout état de cause, suppose un [sic] œuvre originale, sans quoi il manquerait de tout fondement.»

16. Art. 2 LDA.

Ainsi, ce choix du signal comme objet de communication confère aux radiodiffuseurs une protection à première vue étendue puisqu'elle porte sur quelque chose d'aussi intangible et volatile qu'une onde radioélectrique. Pourtant, la *Loi sur le droit d'auteur* semble distinguer deux types de mode de transmission des signaux. L'article 31 LDA envisage l'émission de signaux par «télécommunication», laquelle vise «toute transmission de signes, signaux, écrits, images, sons, ou renseignements de toute nature par fil, radio, procédé visuel ou optique, ou autre système électromagnétique»¹⁷. Cette définition est énoncée de façon à englober tous les types de messages ainsi que tous les vecteurs technologiques de transmission connus ou à inventer en vertu d'un principe de neutralité technologique¹⁸. La Commission du droit d'auteur¹⁹ a par ailleurs établi que les transmissions sur Internet «sont des communications au public par télécommunications» au sens de la *Loi sur le droit d'auteur*²⁰.

En revanche, l'article 21 LDA, applicable aux radiodiffuseurs, ne prévoit que la transmission par voie hertzienne («sans guide artificiel») d'ondes radioélectriques. La transmission par voie hertzienne étant incluse dans la définition de télécommunication, mais non l'inverse, on constate que la définition de l'objet de communication n'est pas suffisamment large pour répondre aux différentes situations induites par les technologies actuelles et futures auxquelles la radiodiffusion est ou sera confrontée. Il s'agit donc d'un

17. Art. 2 LDA.

18. Voir Y. GENDREAU, «Exporting Copyright Models: the Canadian Retransmission Regime and the Internet», (2003) 16-3 *I.P.J.* 547 à la p. 551; voir aussi S. HANDA, *Copyright Law in Canada* (Markham, Butterworth, 2002), aux p. 204-205.

19. Au Canada, la Commission du droit d'auteur est un organisme de réglementation économique investi du pouvoir d'établir, soit de façon obligatoire, soit à la demande d'un intéressé, les redevances dues pour l'utilisation d'œuvres protégées par le droit d'auteur, lorsque la gestion de ce droit est confiée à une société de gestion collective. La Commission exerce aussi un pouvoir de surveillance des ententes intervenues entre utilisateurs et sociétés de gestion et délivre elle-même des licences lorsque le titulaire du droit d'auteur est introuvable (<http://www.cb-cda.gc.ca/aboutus/mandate-f.html>).

20. Décision de la Commission du droit d'auteur, *Tarif des droits à percevoir pour l'exécution ou la communication par télécommunication, au Canada, d'œuvres musicales ou dramatico-musicales*, 27 octobre 1999, (1999) 1 C.P.R. (4^e) 417. Voir C.P. SPURGEON, «Chronique du Canada», (2000) 185 *R.I.D.A.* 205. Principe confirmé par la Cour fédérale d'appel: *Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c. Association canadienne des fournisseurs Internet*, 2002 CFA 166 (<http://decisions.fct-cf.gc.ca/cf/2002/2002caf166.html>). La demande d'autorisation d'appel en Cour suprême de l'arrêt de la Cour fédérale d'appel a été accordée le 27 mars 2003 et l'appel entendu le 3 décembre 2003.

premier signe de manque d'adaptabilité du droit. En effet, un radiodiffuseur qui diffuse sur Internet ses émissions qu'il diffuse également par voie hertzienne semble ne disposer d'aucune protection, au titre de l'article 21 LDA, sur sa transmission électronique puisque cette dernière ne s'effectue pas exclusivement par «onde radioélectrique diffusée dans l'espace sans guide artificiel». On devra par ailleurs déterminer si cette définition englobe l'accès direct à Internet par satellite ou par micro-ondes. Le fait que la définition soit simplement de l'essence de celle que l'on retrouve dans la *Convention de Rome*, autorise les plus sérieux doutes à cet égard²¹.

En France, le choix de l'objet de communication s'est effectué au profit de la notion de «programme». Par contraste, au Canada, la protection sur les signaux n'inclut pas les programmes qui sont techniquement véhiculés par les signaux. Ainsi, on peut imaginer que des signaux soient émis sans pour autant contenir des programmes. De même, on peut imaginer que des programmes soient captés avant qu'ils ne soient émis. Ils ne bénéficieraient cependant d'aucune protection au titre de l'article 21 LDA.

De plus, lorsque le signal n'est pas destiné à être reçu par le public, c'est-à-dire lorsque, par exemple, il est simplement convoyé en vue de sa télédistribution ultérieure, il ne fait pas l'objet d'une protection puisque seules «les ondes radioélectriques diffusées [...] aux fins de réception par le public» sont protégées. En fait, on retrouve ici l'hypothèse de l'ancien problème de la communication indirecte au public des signaux, c'est-à-dire lorsque la communication au public passait par un intermédiaire tel un télédistribeur. La décision *Capac c. C.T.V. Television Network*²² avait considéré que ce type de communication n'était générateur d'aucune responsabilité au titre du droit d'auteur. Cependant, lors de l'adoption du projet C-130 en 1988, cette approche fut rejetée au profit d'une théorie de la communication unique qui ne permettait plus de distinguer entre

21. L'article 3(f) de la *Convention de Rome* définit «émission de radiodiffusion» de la façon suivante: la diffusion de sons ou d'images et de sons par le moyen des ondes radioélectriques, aux fins de réception par le public. À ce sujet, il a été affirmé que «[c]omme le mentionne le rapport général, la Conférence diplomatique de Rome a été d'avis que seule la transmission au moyen des ondes hertziennes ou d'un autre système sans fil constitue la radiodiffusion aux fins de la Convention», dans C. MASOUYÉ, *Guide de la Convention de Rome et de la Convention Phonogrammes* (Genève, OMPI, 1981), à la p. 30. Voir aussi A. MEYER-HEINE, «Les droits d'auteur et les droits voisins en matière de radiodiffusion télévisuelle: analyse critique des instruments juridiques européens», (1995/5) 122 *Légipresse VI* 51 à la p. 55.

22. [1968] R.C.S. 676.

l'organisme d'origine et le câblo-distributeur²³. Le principe a été consacré au paragraphe 2.4(1) LDA. Malheureusement, cette responsabilité solidaire ne bénéficie qu'aux titulaires d'un droit de communication au public par télécommunication, droit que l'article 21 LDA ne confère pas.

Enfin, on peut imaginer que la technologie à venir permettra de désolidariser le signal du programme au cours de son émission sans avoir à recourir à la fixation du signal ou à sa retransmission simultanée²⁴. À cet égard, la retransmission en différé n'est protégée que s'il y a fixation²⁵. La notion de fixation doit ainsi permettre d'établir la ligne de démarcation entre le simultané et le différé. La notion de fixation est pour le moins obscure en droit canadien, lequel semble la considérer à la fois comme un critère de protection par le droit d'auteur au même titre que l'originalité, d'une part, et comme un droit, d'autre part²⁶. Partant, plusieurs questions se posent, à savoir s'il existe une spécificité de la fixation en matière de signaux de

23. Voir V. NABHAN, «Coup d'œil sur les modifications à la loi sur le droit d'auteur au Canada», (1989) 142 *R.I.D.A.* 175.

24. Il est rappelé que l'art. 21 LDA prévoit un droit exclusif a) de fixer le signal de communication; c) d'autoriser un autre radiodiffuseur à retransmettre le signal de communication au public simultanément à son émission.

25. Il est rappelé que la retransmission en différé nécessite de stocker le signal et son contenu jusqu'au moment choisi de sa retransmission.

26. La question de savoir si la fixation est un critère de protection est débattue: voir D. VAVER, *Intellectual Property Law*, Concord, Irwin Law, 1997, aux p. 45 et s.; voir aussi S. HANDA, *Copyright Law in Canada*, Markham, Butterworth, 2002, aux p. 234 et s. Cependant, la jurisprudence (*Canadian Admiral Corp. v. Rediffusion Inc.*, [1954] Ex. C.R. 382, 20 C.P.R. 75) et la Loi (art. 2 (définitions d'œuvres dramatiques et de programmes d'ordinateur), et 3(1.1) LDA) indiquent que la fixation est une condition de la protection. Néanmoins, en ce qui concerne les artistes-interprètes et les radiodiffuseurs, un droit de fixation leur est reconnu (art. 15 et 21 LDA). En ce qui concerne les créateurs, la loi semble comprendre implicitement un droit de fixation (art. 3(1)). Pourtant, une décision de la Cour suprême du Canada a jeté un certain trouble sur l'existence même d'un tel droit: *Théberge c. Galerie d'art du Petit Champlain*, 2002 CSC 34, dossier n°27872, 28 mars 2002. Voir N. TAMARO, «L'affaire *Théberge*: une Cour suprême canadienne mal éclairée, ou insensible aux artistes, ou insensible au Québec», dans Service de la formation permanente du Barreau du Québec, vol. 192, *Développements récents en droit du divertissement*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2003, à la p. 87; D. GERVAIS, «L'affaire *Théberge*», (2002) 15-1 *C.P.I.* 217. On notera qu'en France, le droit de fixation est inclus dans le droit de reproduction aussi bien en ce qui concerne les créateurs que les titulaires de droits voisins. Voir A. et H.-J. LUCAS, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, 2^e éd., Paris, Litec, 2001, aux p. 207, n° 240; 647, n° 821; 652-653, n° 829 et 655, n° 833. En ce qui concerne les organismes de radiodiffusion, les auteurs précités observent que le législateur français n'a pas repris la solution retenue par l'article 13 de la Convention de Rome qui distingue le droit de fixation du droit de reproduction, *op. cit.*, p. 655, n° 833.

communication, si ce régime se distingue de celui du droit de reproduction²⁷ et si le régime de la fixation applicable aux œuvres, en tant que critère de protection, est transposable en matière de signaux de communication. On doit aussi se demander, par exemple, si le fait de capter un signal radioélectrique pour le numériser en vue de sa diffusion sur Internet constitue une fixation. Bien plus, si le signal émis à l'origine se trouve déjà sous forme numérique – ce qui n'est pas exceptionnel en raison de l'apparition de la radio et la télévision numériques – et qu'il ne requiert donc pas de subir un processus de numérisation, y a-t-il acte de fixation lors de son chargement en vue de sa transmission sur le réseau Internet? À la manière dont le droit d'auteur canadien répondra à ces cas de figure correspondra son degré d'adaptabilité aux situations issues des environnements électroniques.

La distinction entre le régime des droits d'auteur et celui des droits voisins est consacrée par la doctrine majoritaire qui postule leur autonomie respective²⁸. La question de la fixation est au surplus un élément de distinction des deux régimes puisque ce critère constitue le prolongement historique de l'origine du droit d'auteur liée à l'essor de l'imprimerie au 18^{ème} siècle²⁹. La fixation est un problème qui ne se pose pas, en théorie, en matière de droits voisins puisqu'ils n'ont pas été historiquement liés à l'imprimerie alors que, par ailleurs, l'activité des artistes-interprètes s'exerce par définition sans support, que celle des producteurs d'enregistrements sonores est fixée par essence et que celle des radiodiffuseurs est par nature non fixée³⁰.

27. Certaines exceptions au droit de reproduction existent en matière électronique, notamment la «copie technique temporaire». Une distinction a été faite entre la «copie technique temporaire» et la «copie technique volatile», seule cette dernière pouvant justifier, selon certains, une exception au droit de reproduction. Voir (2000) 131 *Bulletin d'actualité – Lamy droit de l'informatique et des réseaux* à la p. 14. Il faudra déterminer si ces distinctions sont opératoires en matière de régime de la fixation. Voir S. HANDA, *Copyright Law in Canada*, Markham, Butterworth, 2002, aux p. 237 et s.

28. Voir H. COHEN JEHORAM, «The relationship between copyright and neighboring rights», (1990) 144 *R.I.D.A.* 81; voir A. et H.-J. LUCAS, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, 2^e éd. (Paris, Litec, 2001), aux p. 618-619, n^o 807; voir C. DOUTRELEPONT, «La notion de droit voisin – Analyse en droit comparé», dans *Les journées du droit d'auteur* (Bruxelles, Bruylant, 1989), aux p. 36-37; voir M.-C. JANSSENS, «The notion of work and its place in the massive flow of information», dans A.L.A.I., *Droits d'auteur et connexes et convergence des médias dans le contexte numérique*, Journées d'études nordiques du 18 au 20 juin 2000, Stockholm, Suède, aux p. 102-103; voir W. NORDEMANN, K. VINCK, P.W. HERTIN, G. MEYER, *International Copyright and Neighboring Rights Law* (Weinheim, VCH, 1990), à la p. 326.

29. Entretien avec la Pr^e Ysolde Gendreau, Montréal, 22 juin 2001.

30. *Ibid.*

La P^{re} Gendreau a cependant fait remarquer l'élargissement du champ de la fixation sous l'influence des technologies informatiques et numériques³¹. Vont dans ce sens deux décisions américaines qui ont considéré qu'il y a une fixation lorsqu'un ensemble de données informatiques est chargé dans la mémoire vive (RAM) de l'ordinateur, laquelle n'existe que lorsque l'ordinateur est sous tension³². La permanence et la durée de la fixation deviennent ainsi des concepts relatifs. Au surplus, comme le note l'auteure:

[l]a notion de fixation évolue au même rythme que celle de reproduction. Les recherches sur la portée du droit de reproduction ont des conséquences directes sur les modalités de fixation des œuvres et l'avènement de la technologie informatique a fait progresser très rapidement ce que l'on doit comprendre par une fixation de l'œuvre.³³

Bien qu'autonomes, les régimes des droits d'auteur et des droits voisins demeurent parallèles. Ce parallélisme ne saurait être affecté face à une question de fixation. De fait, il serait très surprenant que les développements concernant le champ de la fixation ne soient pas exploités pour résoudre des problèmes similaires en dépit de la différence de nature des droits à propos desquels ils s'appliquent primitivement. Par conséquent, le droit manifeste, à travers le critère de la fixation tel que conçu aujourd'hui, une certaine adaptabilité aux environnements électroniques. La fixation en matière de retransmission des signaux sur Internet correspond à une étape importante de l'opération puisqu'elle concerne la phase suivant celle de captation des signaux en vue de leur numérisation ou de leur chargement sur le réseau par l'entremise du serveur du *webdiffuseur*. À la diffé-

-
31. Y. GENDREAU, «Le critère de fixation en droit d'auteur», (1994) 159 *R.I.D.A.* 111.
32. *Triad Syst., Corp. c. Southeastern Express Co.*, 64 F.3d 1330, 1336-37 (9th Cir. 1995); *MAI Sys., Corp. c. Peak Comp., Inc.*, 991 F.2d 511 (9th Cir. 1993), *cert. dismissed*, 510 U.S. 1033 (1994). Pour une discussion sur la question de l'évolution de la notion de fixation dans le cyberspace, voir D. FISHMAN, «Copyright in a Digital World: Intellectual Property Rights in Cyberspace», dans S.J. DRUCKER et G. GUMPERT (éd.), *Real Law at Virtual Space: Communication Regulation in Cyberspace* (Cresskill, NJ, Hampton Press, 1999), aux p. 218 et s.; I. BRANDISS, «Writing in Frost on a Window Pane: E-mail and Chatting on RAM and Copyright Fixation», (1996) 43 *J. of the Copyright Soc' of the USA* 237.
33. Y. GENDREAU, «Le critère de fixation en droit d'auteur», (1994) 159 *R.I.D.A.* 111 à la p. 142; voir aussi A. KÉRÉVER, «La problématique de l'adaptation du droit de reproduction et du droit de représentation publique dans l'environnement numérique multimédia», (1997) 31-2 *Bull. Droit d'auteur* 9 et s. Voir *Eros Équipe de recherche opérationnelle en santé inc. c. Conseillers en gestion informatique C.G.I. inc.*, [2004] C.F. 178.

rence du droit d'autoriser la retransmission simultanée du signal, le droit d'autoriser la fixation du signal (alinéa 21(1) a) LDA) bénéficie au radiodiffuseur quel que soit le statut de celui qui effectue la fixation non autorisée. En revanche, le droit d'autoriser la retransmission simultanée ne vise que les cas où elle est effectuée par «un autre radiodiffuseur» (alinéa 21(1) b) LDA). Or, selon la *Loi sur le droit d'auteur*, un radiodiffuseur n'est jamais un retransmetteur à titre principal et n'émet que des signaux de communication³⁴.

Le choix du programme en tant qu'objet de communication, tel que retenu en France, a le mérite de ne pas se heurter à la problématique des signaux de communication. Il a aussi l'avantage de ne se limiter à aucun vecteur de transmission particulier, l'affranchissant par la même occasion de toutes les subtiles nuances juridiques et technologiques susceptibles de s'y rapporter. Par contraste avec la notion de signal, celle de programme favorise ainsi l'adaptabilité du droit aux environnements numériques, d'autant plus que la loi ne donne aucune définition du «programme». Ainsi, le droit français, à travers le choix de l'objet de communication, apparaît plus large et plus souple que le droit canadien sur cette question. Cependant, en l'absence de définition du «programme», celui-ci prend naissance au moment de sa télédiffusion. Est donc programme ce qui est télédiffusé, indépendamment de la présence ou non d'œuvres originales protégées par le droit d'auteur³⁵. Ceci nous renvoie donc au statut de l'organisme de radiodiffusion qui, à partir du moment où il se qualifie d'«entreprise de communication audiovisuelle», obtient une protection sur ses programmes.

L'entreprise de communication audiovisuelle n'est pas définie expressément dans le *Code de propriété intellectuelle* (ci-après «CPI»), qui dispose que:

[s]ont dénommées entreprises de communication audiovisuelle les organismes qui exploitent un service de communication audiovisuelle au sens de la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986

34. Voir *infra* les développements se rapportant à cet aspect particulier.

35. Voir C. DOUTRELEPONT, «La notion de droit voisin – Analyse en droit comparé», dans *Les journées du droit d'auteur* (Bruxelles, Bruylant, 1989), à la p. 17; voir C. DEBBASCH (éd.), *Droits des médias* (Paris, Dalloz, 1999), à la p. 583: «[...] le code de la propriété intellectuelle n'exige pas [...] que le programme d'une entreprise de communication audiovisuelle diffuse des œuvres pour être protégée par un droit voisin»; voir I. WEKSTEIN, *Droits voisins du droit d'auteur et numérique* (Paris, Litec, 2002), à la p. 29, §51.

relative à la liberté de communication, quel que soit le régime applicable à ce service.³⁶

On note que le régime des droits voisins reste indépendant de celui du droit des communications («quel que soit le régime applicable à ce service») même s'il y renvoie. La définition donnée par la loi de «communication audiovisuelle» est formulée dans ces termes:

[o]n entend par communication audiovisuelle toute mise à la disposition du public ou de catégories de public, par un procédé de télécommunication, de signes, de signaux, d'écrits, d'images, de sons ou de messages de toute nature qui n'ont pas le caractère d'une correspondance privée.³⁷

D'aucuns ont noté la portée de cette définition qui s'applique:

[à] tous les services de communication audiovisuelle au sens de la loi de 1986, qu'il s'agisse de chaînes de télévision et des stations de radio du secteur public ou des services privés de communication audiovisuelle, que ces derniers soient autorisés ou déclarés. Il en résulte que les services télématiques interactifs, dès lors qu'ils n'ont pas le caractère d'une correspondance privée (par ex., les banques de données en ligne, la presse électronique), doivent être titulaires d'un droit voisin.³⁸

Au sujet de la «télématique», on note que celle-ci est décrite comme terme désignant «[...] la conjonction de l'informatique et des télécommunications» et prenant la forme de réseau, national ou international, ouvert ou fermé, voire d'un «réseau des réseaux», comme Internet³⁹. La notion de «service télématique» correspond à l'activité de mise en circulation de données informationnelles sur le réseau concerné⁴⁰. Un service télématique est considéré «interactif» lorsqu'il permet une circulation bilatérale du flux d'information. L'entreprise de communication audiovisuelle s'effectue au moyen d'un «procédé de télécommunication» que l'on doit interpréter comme faisant référence aux techniques «[...] de l'acheminement à distance de sons ou d'images, voire de données»⁴¹, c'est-à-dire des program-

36. Art. L.216-1, al. 2, CPI.

37. Art. L.2, al. 2, loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986.

38. C. DEBBASCH (éd.), *Droits des médias* (Paris, Dalloz, 1999), à la p. 582.

39. *Lamy informatique*, 2103 à la p. 1179.

40. *Ibid.*

41. *Lamy informatique*, 1773 à la p. 973.

mes de communication audiovisuelle ou seulement audio. L'ensemble de ces éléments constituant le domaine de définition de la communication audiovisuelle -et, par conséquent, de l'entreprise de communication audiovisuelle- est tel qu'il s'applique indubitablement à l'entreprise de *webdiffusion*. Cette dernière bénéficie ainsi d'une protection sur les programmes qu'elle transmet sur Internet.

Or, il est remarquable que la définition de «télédiffusion» du CPI (savoir «la diffusion par tout procédé de télécommunication de sons, d'images, de documents, de données et de messages de toute nature»⁴²), ressemble de façon presque identique à celle de «communication audiovisuelle» contenue dans la *Loi relative à la liberté de communication* (savoir «toute mise à disposition du public ou de catégorie publique par un procédé de télécommunication de signes, de signaux, d'écrits, d'images, de sons ou de messages de toute nature [...]»⁴³). Cependant, la définition de télédiffusion ne comprend pas l'aspect «mise à disposition du public» que contient celle de «communication audiovisuelle». De nouveau, cette nuance dans la ressemblance entre les deux définitions optimise la protection des radiodiffuseurs dans la mesure où le programme n'a pas à être destiné au public pour bénéficier d'une protection. Ceci est cohérent avec le droit voisin des entreprises de communication audiovisuelle, qui distingue le droit d'autoriser la mise à disposition du public des programmes par vente, louage ou échange du droit d'autoriser leur télédiffusion. Ainsi, la radiodiffusion indirecte ou privée, c'est-à-dire de station à station, est englobée dans le droit voisin des entreprises de communication audiovisuelle⁴⁴.

À la suite de ces remarques, on voudra bien reconnaître les avantages de la protection accordée aux entreprises de communication audiovisuelle auxquels s'ajoute la neutralité technologique de la loi. Pour Makeen Fouad Makeen, cette neutralité tient à deux raisons: la souplesse de la notion de télédiffusion et la philosophie sous-tendant le droit d'auteur français. En effet:

42. Art. L. 122-2, 2^o, al. 1, CPI.

43. Art. L. 2, al. 2, loi n^o 86-1067 du 30 septembre 1986.

44. De sorte que l'acheminement par satellite des programmes, vers un serveur de proximité aux fins de mise en antémémoire ou de création de sites miroirs, en prévision de leur exploitation publique sera protégé. Ces techniques visent à décongestionner le réseau et gérer la bande large. Elles consistent à charger les données informationnelles sur des serveurs à proximité des usagers les sollicitant. Cette méthode s'effectue notamment par satellites. Voir H. WONG, «Webcaching Via Satellite: Internet Highway or Copyright Infringement?», (1998) 20 *Comm. & the Law* 63; B.H. FAN, «When Channel Surfers Flip to the Web: Copyright Liability for Internet Broadcasting», (2000) 52-3 *Fed. Comm. L.J.* 626-628.

[t]his term [télédiffusion] was carefully chosen by the legislature to encompass all types of communication of works in non-material form. Secondly, the history of extending the public performance right of the eighteenth century to cover broadcasting demonstrated that courts in France are more likely to extend an existing law to cover acts of exploitation that were not contemplated by the legislature than to wait for legislative intervention.⁴⁵

L'analyse de droit comparé, en résumé, fait ressortir le fait que le choix du programme en tant qu'objet de communication présente des avantages sur celui du signal en même temps qu'il fait ressortir les inconvénients de ce dernier. La question de la fixation joue un rôle clé dans l'opération de *webdiffusion*. Or, l'attribution d'un droit d'autoriser la fixation au profit du radiodiffuseur permet à celui-ci, malgré les «défauts» attachés au choix du signal en tant qu'objet de communication, de contrôler dans une certaine mesure l'utilisation de ses signaux sur l'Internet. Cependant l'efficacité de cette prérogative dépend du processus de raffinement de la notion de fixation qui ne semble pas achevé lorsqu'elle est placée dans le contexte d'Internet. Par ailleurs, on peut regretter que la définition de signal de communication ne débouche pas sur la protection des entreprises de *webdiffusion*. En droit français, le choix de programme en tant qu'objet de communication et sa définition indirecte, à travers celle d'entreprise de communication audiovisuelle, offrent aux *webdiffuseurs* une protection sur leurs programmes. Du point de vue de l'analyse de droit comparé, le droit français présente ainsi à travers la notion de programme une protection supérieure à son homologue canadien. Ceci ne manquera pas de remettre en question certains préjugés relatifs à l'intégrité des deux systèmes juridiques vue sous l'angle de la tradition, tout en soulignant l'adaptabilité réelle, même si relative, des deux droits face à la *webdiffusion*. On doit cependant étudier davantage cette question à travers celle du contrôle de l'exploitation secondaire des objets de communication.

1.2 Contrôle de l'exploitation secondaire des objets de communication

Il est des situations où la retransmission des signaux s'effectuera sans qu'ils ne soient fixés, notamment dans les cas de rediffusion simultanée. Il faut alors se poser la question de savoir si les

45. Makeen FOUAD MAKEEN, *op. cit.*, note 7, à la p. 238.

radiodiffuseurs ont à leur disposition des moyens pour contrôler la retransmission simultanée de leur signal au moyen de techniques n'empruntant pas la voie hertzienne, savoir Internet ou le câble. La question va notamment dépendre de la façon dont la notion de simultanéité est définie ou interprétée juridiquement. La simultanéité est envisagée dans le droit d'auteur canadien qui dispose que:

[...] le radiodiffuseur a un droit d'auteur qui comprend le droit exclusif, à l'égard du signal de communication qu'il émet ou de toute partie importante de celui-ci:

d'autoriser un autre radiodiffuseur à le retransmettre au public simultanément à son émission;

Toutefois, cette disposition ne s'applique pas en matière de retransmission simultanée, sur Internet ou sur le câble, lorsque celle-ci est effectuée par une entité dont l'activité principale consiste à retransmettre. En effet, le radiodiffuseur ne peut opposer son droit qu'à un «autre radiodiffuseur». Or, l'article 2 LDA exclut de la définition de radiodiffuseur «l'organisme dont l'activité principale, liée au signal de communication, est la retransmission de celui-ci».

De plus, le radiodiffuseur est défini comme «[l']organisme qui, dans le cadre de l'exploitation d'une entreprise de radiodiffusion, émet un signal de communication [...]» [les italiques sont nôtres]. Par conséquent, le premier radiodiffuseur ne pourrait opposer son droit de retransmission à une entité qui rediffuse sur Internet ou sur le câble son signal, étant donné que le rediffuseur n'est pas considéré comme un radiodiffuseur puisque ce dernier, en vertu de la Loi, doit émettre un signal. Or, la définition de signal de communication dans la *Loi sur le droit d'auteur* ne comprend pas la transmission par voie non hertzienne, c'est-à-dire sur Internet ou par câble⁴⁶.

En droit français, le droit de retransmission par câble est englobé dans la notion de «télédiffusion»⁴⁷. Au surplus, il a été

46. Voir *supra*, note 16 et le texte s'y rapportant.

47. L'article L. 132-20-1^o CPI énonce le principe que, sauf stipulation contraire: l'autorisation de télédiffuser une œuvre par voie hertzienne ne comprend pas la distribution de cette œuvre par câble de cette télédiffusion, à moins qu'elle ne soit faite en simultané et intégralement par l'organisme bénéficiaire de cette autorisation et sans extension de la zone géographique contractuellement prévue.

Pour une analyse plus détaillée de cette question, voir *infra*: Le droit français de la retransmission par câble.

affirmé que cette notion permet aux titulaires de droits d'auteur de contrôler la transmission des œuvres sur Internet:

[t]he first method of communicating musical works over the internet or webcasting that allows users to listen to or view broadcast programmes in real time via the internet through Real Audio Player undoubtedly constitutes *telediffusion* in accordance with Article L. 122-2 of the CPI and therefore falls within the sphere of public performance right. The fact that broadcasters choose to disseminate their works through computer networks rather than through wireless means does not change the nature of the act as dissemination in non-material form.⁴⁸

Par analogie, on doit reconnaître qu'en droit français les radiodiffuseurs bénéficient d'un droit d'autoriser ou d'interdire la télédiffusion, c'est-à-dire la retransmission, de leurs programmes sur Internet. Ce droit bénéficie aussi bien aux *webdiffuseurs* qu'aux organismes de radiodiffusion traditionnels à partir du moment où ils se qualifient d'entreprises de communication audiovisuelle⁴⁹.

Sur un plan plus général, il a été avancé que la transmission numérique devait recevoir la même qualification juridique que n'importe quel autre type de transmission:

[c]e qui est vrai de la diffusion sans fil le demeure de la transmission par fil. Ainsi, il n'y a aucune raison d'appliquer une qualification différente selon que les câblodistributeurs diffusent des programmes de radio ou de télévision par voie analogique ou numérique, comme de refuser de voir un acte de communication publique dans le fait pour un radiodiffuseur de diffuser son programme de radio via Internet ou un autre réseau à destination des possesseurs d'ordinateurs qui l'écouteront grâce à un logiciel (tel Real audio ou Audiosoft) qui le convertira en temps réel sous forme de sons.⁵⁰

Parallèlement, le droit d'autoriser la télédiffusion des programmes est complété par un droit d'autoriser la reproduction des programmes⁵¹. On remarque une tendance à distinguer, en matière

48. Makeen FOUAD MAKEEN, *op. cit.*, note 7, à la p. 297.

49. Voir sous-paragraphe précédent.

50. T. DESURMONT, «Qualification juridique de la transmission numérique», (1996) 170 *R.I.D.A.* 55 à la p. 61.

51. Art. L. 216-1, al. 1 CPI.

de propositions de régimes juridiques de la *webdiffusion*, entre les services à la demande et les services de radiodiffusion pure⁵². Les premiers consistent à livrer par voie électronique des programmes audio ou audiovisuels qui sont stockés de façon permanente par l'utilisateur sur son ordinateur et font donc aussi appel au droit de reproduction. Les seconds sont consommés en temps réel et reproduits sur la mémoire vive de l'ordinateur de façon éphémère. On considère que ce dernier type de service fait appel au droit de représentation ou, plus génériquement, au droit de communication au public. D'aucuns ont adopté le point de vue selon lequel le caractère éphémère de la reproduction lors de la diffusion en flux continu ne doit pas pour autant écarter l'obligation d'obtenir l'autorisation des ayants droit⁵³. En France, les organismes de radiodiffusion ont donc ainsi à leur disposition un outillage complet et adapté aux environnements électroniques.

La présence de certaines carences en fait d'adaptabilité, notamment dans un contexte numérique, pose la question de la nécessité d'une adaptation du droit d'auteur.

52. Makeen FOUAD MAKEEN, *op. cit.*, note 7, aux p. 297-298; B.H. FAN, «When Channel Surfers Flip to the Web: Copyright Liability for Internet Broadcasting», (2000) 52-3 *Fed. Comm. L.J.* 626; T. DESURMONT, *op. cit.*, note 50.

53. T. DESURMONT, *op. cit.*, note 50, à la p. 81. Au Canada, un point de vue similaire a été adopté par les tribunaux: *Bishop c. Stevens*, [1990] 2 R.C.S. 467; voir aussi *Eros*, précité, note 33. Cet aspect de la retransmission a fait l'objet des interrogations du gouvernement canadien quant à savoir si le régime de retransmission ne dépassait pas son cadre juridique: «[l]es ministères font également remarquer qu'en vertu d'une partie ou même de la totalité des configurations techniques actuellement réalisables, la retransmission par Internet pourrait faire appel à d'autres protections du droit d'auteur ne tombant peut-être pas dans le champ de juridiction de la licence, p. ex. les droits de reproduction», Direction générale de la politique du droit d'auteur, Patrimoine canadien, Direction de la politique de la propriété intellectuelle, Industrie Canada, *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*, 22 juin 2001, <<http://www.strategis.ic.gc.ca/epic/internet/incrp-prda.nsf/vwGeneratedInterF/Home>>. La Directive 2001/29/CE reconnaît ce principe à l'article 2 («Les États membres prévoient le droit exclusif d'autoriser ou d'interdire la reproduction directe ou indirecte, provisoire ou permanente, par quelque moyen et sous quelque forme que ce soit, en tout ou en partie: a) pour les auteurs, de leurs œuvres; [...] e) pour les organismes de radiodiffusion, des fixations de leurs émissions, qu'elles soient diffusées par fil ou sans fil, y compris par câble ou par satellite») en même temps qu'elle prévoit une série d'exceptions à l'article 5. Le droit d'auteur français ne semble pas requérir de modifications lors de l'intégration de l'article 2 de la Directive 2001/29/CE. Voir à ce sujet le compte rendu de la séance du Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique en date du 4 avril 2002 ainsi que l'avant-projet de loi relatif au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information, document de travail CSPLA 5-12-02, <<http://www.droitsdauteur.culture.gouv.fr>>.

2. L'opportunité d'une adaptation du droit d'auteur

Des deux pays, le Canada semble celui dont le droit s'accommoderait favorablement d'une adaptation. Elle ne paraît pas requérir d'efforts particuliers puisqu'elle consisterait simplement à étendre la notion de télécommunication au droit voisin des radiodiffuseurs. La France, avec sa notion sœur de télédiffusion, aurait ainsi un régime juridique comparable à celui du Canada en ce qui concerne le droit voisin des radiodiffuseurs. Ce pas à franchir est d'autant moins important pour le législateur que le droit d'auteur canadien contient déjà en lui la modernité attachée au concept de télécommunication. Il lui faudrait cependant être plus sensible aux problèmes des *webdiffuseurs* qui ne disposent pas à l'heure actuelle d'un droit voisin sur leurs signaux émis sur Internet. De fait, la notion de programme gagnerait à se substituer à celle de signaux puisqu'elle présente des caractéristiques d'adaptabilité supérieures. Toutefois, l'opportunité d'une intervention législative dépend aussi de la façon dont le reste du droit d'auteur permet de traiter les problèmes soulevés. À cet égard, il est remarquable que le droit d'auteur canadien ne soit pas dénué de ressources permettant de *juridiciser* la notion de programme. Une fois ceci constaté, il reste cependant nécessaire d'envisager le corollaire de l'existence de droits d'auteur sur le programme, à savoir l'application du régime propre au droit de retransmission, laquelle conditionne au final la question de l'opportunité d'une adaptation du droit d'auteur.

2.1 Les droits d'auteur sur les programmes

Si les droits voisins sur les signaux ne peuvent bénéficier de la modernité des dispositions de la loi applicables aux auteurs et à leurs ayants droit, il faudrait envisager l'existence d'un droit d'auteur sur les programmes. Ceci permettrait de tirer profit de l'étendue de la notion de télécommunication qui, tel que mentionné, ne s'applique pas en matière de droits voisins.

Le programme n'est pas un objet du droit d'auteur et n'est pas défini dans la *Loi sur le droit d'auteur*. Cependant, il n'est pas incongru qu'il puisse paraître sous une forme reconnue par la *Loi sur le droit d'auteur*. Ainsi, le programme, lorsque qualifié d'œuvre littéraire, dramatique, musicale ou artistique, donne au titulaire du droit d'auteur l'avantage de pouvoir invoquer l'alinéa 3(1) f) LDA, qui confère le droit exclusif de communiquer au public, par télécommunication, «l'œuvre-programme». Le titulaire d'un droit d'auteur

sur «l'œuvre-programme» bénéficie aussi de la présomption de fixation prévue au paragraphe 3(1.1) LDA⁵⁴.

Il convient donc de questionner le droit canadien pour déterminer si le programme est assimilé à une catégorie d'œuvre protégeable au titre du droit d'auteur.

Dans l'affaire *Canadian Admiral Corporation c. Rediffusion, Inc.*⁵⁵, la télédiffusion d'enregistrements filmés de rencontres sportives a été reconnue protégeable. Les enregistrements filmés des rencontres sportives ont été assimilés à des œuvres artistiques à titre de photographies. Par ailleurs, leur statut d'œuvre dramatique sera accepté seulement si «the arrangement or acting form or combination of incidents represented has given the work original character»⁵⁶. Aujourd'hui, suite aux modifications de la *Loi sur le droit d'auteur* en 1997⁵⁷, il ne semble plus possible de classer une œuvre cinématographique dépourvue d'originalité dans la catégorie des photographies⁵⁸. Bien plus, «[...] toutes les œuvres cinématographiques, auxquelles les dispositifs de la mise en scène ou les combinaisons des incidents représentés donnent ou non un caractère original, sont protégées en tant qu'œuvres dramatiques»⁵⁹. Ainsi, l'enregistrement d'un événement, sportif ou non, et sa communication au public par télécommunication constituent une œuvre cinématographique. En effet, l'œuvre cinématographique n'a pas à être originale pour être protégée en tant que telle⁶⁰. À ce sujet, la doctrine s'exprime ainsi:

54. Le paragraphe 3(1.1) dispose que «[d]ans le cadre d'une communication effectuée au titre de l'alinéa (1)f), une œuvre est fixée même si sa fixation se fait au moment de sa communication».

55. *Canadian Admiral Corporation c. Rediffusion, Inc.*, [1954] R.C.É. 382 (C.d'É.).

56. *Ibid.*; Sur cet aspect de la décision, voir J.-P. BLAIS, «The Protection of Exclusive Television Rights to Sporting Events Held in Public Venues: An Overview of the Law in Australia and Canada», (1992) 18 *Melbourne U. L. Rev.* 526-527.

57. L.C. 1997, c. 24.

58. N. TAMARO, *The 2001 Annotated Copyright Act* (Scarborough, Carswell, 2001), à la p. 40.

59. J.S. McKEOWN, *Fox on Canadian Law of Copyright and Industrial Designs*, 3^e éd. (Scarborough, Carswell, 2000), aux p. 185, 233 [notre traduction].

60. Voir article 2 LDA («œuvre cinématographique») Y est assimilée toute œuvre exprimée par un procédé analogue à la cinématographie, qu'elle soit accompagnée ou non d'une bande sonore) et article 11.1 LDA («Sauf dans le cas d'œuvres cinématographiques auxquelles les dispositifs de la mise en scène ou les combinaisons des incidents représentés donnent un caractère dramatique, le droit d'auteur sur une œuvre cinématographique ou une compilation d'œuvres cinématographiques subsiste:

a) soit jusqu'à la fin de la cinquantième année suivant celle de sa première publication;

b) soit jusqu'à la fin de la cinquantième année suivant celle de sa création, dans le cas où elle n'a pas été publiée avant la fin de cette période»).

[u]nder the current Act, a “cinematographic work” is protected as a dramatic work without any express requirement for original character. In addition, a “cinematographic work” is defined as including any work expressed by any process analogous to cinematography, whether or not accompanied by a soundtrack. In light of these definitions, it seems fair to assume that the degree of originality required by the Act, where the arrangement or acting form or the combination of incidents represented do not give the work an original character, is similar to that required for a photograph. In other words, the requirements for originality is satisfied by the “expression” of the images contained in the “cinematographic work”. For example, in the case of a nature film, this will be satisfied by the skill required to successfully make a visual depiction of a scene from nature.⁶¹

L'œuvre cinématographique, lorsque communiquée au public par télécommunication, bénéficie aussi de la présomption de fixation – qui peut être considérée comme une condition à la protection par le droit d'auteur – prévue au paragraphe 3(1.1) LDA.

Dans l'affaire *FWS Joint Sports Claimants c. Commission du droit d'auteur*⁶², la Cour confirmait la décision de la Commission du droit d'auteur établissant «[q]u'il n'y avait pas de droits d'auteur sur le déroulement d'un match en soi étant donné que ce déroulement représentait une série d'événements fortuits»⁶³. Par conséquent, seuls les événements sportifs filmés et communiqués au public par télécommunication constituent un programme protégé par le droit d'auteur. Les rencontres sportives ne forment cependant pas l'ensemble du programme des chaînes généralistes. La protection du programme demeure ainsi incomplète puisqu'elle se limiterait aux programmes des chaînes spécialisées dans le sport et ne protégerait qu'une partie du programme des premières. Lorsque le radiodiffuseur n'a pas lui-même filmé l'événement, qu'il soit sportif ou non, son programme ne sera protégé que dans la mesure où il est cessionnaire des droits sur l'œuvre cinématographique. Ceci n'est pas systématiquement le cas. La protection s'avère donc à nouveau incomplète, d'autant plus qu'elle ne concerne que la radiodiffusion télévisée, les signaux de radio ne transportant jamais d'œuvres

61. J.S. McKEOWN, *op. cit.*, note 59, à la p. 234.

62. *FWS Joint Sports Claimants c. Commission du droit d'auteur et al.* (1991), 81 D.L.R. (4^e) 412.

63. H.G. INTVEN, «Révision judiciaire de la première décision de la Commission du droit d'auteur en matière de droits de retransmission», (1992) 4-2 *C.P.I.* 250-251.

cinématographiques. Les *webdiffuseurs*, en revanche, se trouvent dans une position plus avantageuse en raison du caractère multimédia de leur radiodiffusion.

Dans la même affaire *FWS Joint Sports Claimants c. Commission du droit d'auteur*, une demande de protection de la «journée de radiodiffusion» ou «grille de programmation» au titre de compilation fut rejetée par la Cour d'appel fédérale. Par la suite, les amendements à la LDA découlant de la mise en œuvre de l'*Accord de libre-échange nord-américain* ont introduit des dispositions relatives à la compilation⁶⁴. La Commission du droit d'auteur fut amenée en conséquence à revoir son point de vue sur la question et arriva à la conclusion que «[...] les compilations d'émissions de télévision constituent des compilations d'œuvres dramatiques, protégées à ce titre par la *Loi* telle que modifiée»⁶⁵. Les émissions de radio ne sont pas mentionnées dans cette décision. Il est cependant permis de penser que les conclusions s'appliquent *mutatis mutandis* à celles-ci. L'effet pratique de la reconnaissance d'un droit d'auteur, distinct du droit voisin prévu à l'article 21 LDA, est l'attribution d'une rémunération pour la retransmission des signaux éloignés transportant l'œuvre de compilation. L'importance de cette rémunération reste cependant marginale en comparaison de celles obtenues sur la base des autres droits d'auteur⁶⁶.

La principale source de revenus pour les radiodiffuseurs repose sur leur statut de titulaires de droits d'auteur sur leurs programmes par l'effet de la *Loi sur le droit d'auteur* ou par l'effet de contrats de

64. Art. 2 LDA, L.C. 1993, c. 44, par. 53(3): sont des compilations « [l]es œuvres résultant du choix ou de l'arrangement de tout ou partie d'œuvres littéraires, dramatiques, musicales ou artistiques ou de données». Au surplus, le paragraphe 2.1(1) LDA dispose que «[l]a compilation d'œuvres de catégories diverses est réputée constituer une compilation de la catégorie représentant la partie la plus importante».

65. Décision de la Commission du droit d'auteur relative au *tarif des droits à percevoir pour la retransmission des signaux éloignés de radio et de télévision en 1995, 1996 et 1997 (et modification au tarif de 1994)* (1996), 71 C.P.R. (3^e) 223 [ci-après «Décision de la Commission du droit d'auteur du 28 juin 1996»].

66. La décision de la Commission du droit d'auteur a fixé le pourcentage de la redevance payable au titre du droit de retransmission relatif aux compilations à 0,67 % du total des redevances allouées. Par exemple, l'Association du droit de retransmission canadien (ADRC) a reçu 16,15 % du total des redevances perçues alors que la quote-part au titre de compilation était de 0,2615 % (Répartition finale corrigée pour 1994). Le montant total reçu par l'ADRC en 1996 s'élevait à 5 371 286,32 \$ (montant non officiel, source ADRC, <www.cbpa.ca/retrans.html> (consulté le 11 septembre 2003), soit environ 14 096 \$ au titre de la compilation.

cession des droits d'auteur appartenant à des tiers sur les émissions radiodiffusées. Cependant, les radiodiffuseurs n'agissent pas principalement en tant que producteurs des émissions qu'ils radiodiffusent, mais plutôt en tant que distributeurs de celles-ci. De fait, la majeure partie des redevances perçues sur la base du droit de retransmission revient aux fournisseurs ou producteurs d'émissions, indépendants des radiodiffuseurs, qui n'auront qu'autorisé la radiodiffusion des émissions ainsi distribuées et qui auront conservé le droit à rémunération⁶⁷.

À la suite de ces remarques, on voudra bien constater deux éléments. Le premier s'articule autour du fait que si les radiodiffuseurs disposent de droits d'auteur sur leur programme, il n'en reste pas moins que ces derniers restent à la fois incomplets et marginaux en valeur par rapport à ceux des autres titulaires de droits d'auteur. Le second a trait au fait que le droit voisin des radiodiffuseurs ne leur permet pas de recevoir une rémunération pour la retransmission simultanée par câble de leurs signaux. *In fine*, ni le régime de droit voisin, ni celui de droit d'auteur ne sont satisfaisants, qu'il s'agisse de la cohérence intellectuelle du système du droit d'auteur ou qu'il s'agisse de la clarté des principes à la base du régime de la radiodiffusion. Dans cette optique, l'étude du régime de la retransmission des programmes ne suscite pas moins de questions.

2.2 Le régime canadien de retransmission des programmes sur Internet

Au Canada, lorsqu'un radiodiffuseur dispose d'un droit d'auteur sur son programme -régime distinct de celui relatif au signal-, celui-ci se voit soumis au régime de retransmission prévu à l'article 31 LDA et réduit à un simple droit à rémunération pour la retransmission des signaux éloignés. Ainsi, en principe, un retransmetteur est dispensé de demander l'autorisation de retransmettre un programme au titulaire des droits s'y rapportant.

67. La Société de perception de droit d'auteur du Canada (SPDAC) représentant les fournisseurs d'émissions est celle qui reçoit le plus haut pourcentage du total des redevances perçues au titre du droit de retransmission, soit 56,86 %. En comparaison, les radiodiffuseurs représentés par l'ADRC et par l'Agence des droits des radiodiffuseurs canadiens (ADRR) reçoivent respectivement 16,21 % et 6,05 % du même total (source: Commission du droit d'auteur, *Tarif des droits à percevoir pour la retransmission de signaux éloignés de radio et de télévision, au Canada, en 1998, 1999 et 2000*, Supplément, Gazette du Canada, Partie I, 26 février 2000). Voir E. REDLER et T. SCAPILLATI, «A Summary of the Canadian Retransmission Rights Regime», www.cbra.ca/retrans.html (consulté le 11 septembre 2003).

L'activité de *webdiffusion* est venue ajouter de la confusion au principe de ce régime⁶⁸, au point où le législateur canadien est intervenu en modifiant l'article 31 LDA de façon à ce que les «retransmetteurs de nouveaux médias», savoir les retransmetteurs sur Internet, ne puissent bénéficier du régime de licence obligatoire⁶⁹. En effet, la *Loi sur le droit d'auteur* a été modifiée afin d'exclure de la définition de «retransmetteur» les retransmetteurs utilisant des nouveaux médias dont les activités de retransmission ne sont licites selon la *Loi sur la radiodiffusion* qu'en raison de l'avis public CRTC 1999-197 du *Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes* (CRTC)⁷⁰. On s'aperçoit ainsi que le mécanisme d'exclusion des nouveaux médias est fonction du régime adopté en vertu de la *Loi sur la radiodiffusion*. Par conséquent, toute modification de ce régime par le CRTC -une autorité administrative indépendante- aurait un impact sur l'application de l'article 31 aux retransmetteurs sur Internet⁷¹.

68. Voir «Un an plus tard, JumpTV s'apprête à prendre la relève d'IcraVeTV», *Multimédium* (2 mars 2001), www.mmedium.com (consulté le 3 mars 2001); M. GEIST, «IcraVeTV and the New Rules of Internet Broadcasting», (2000) 23 *U. Ark. Little Rock L. Rev.* 223; H.P. KNOFF, «Copyright and the Internet in Canada and Beyond: Convergence, Vision and Division», (2000) 6 *E.I.P.R.* 262; J.S. ALEXANDER, «The War over Internet TV», (2000) 9-4 *National* 41; Avis public de radiodiffusion CRTC 2003-2, en date du 17 janvier 2003, *Retransmission sur Internet – Rapport au gouverneur en conseil, conformément au décret C.P. 2002-1043* (<http://www.crtc.gc.ca/archive/FRN/Notices/2003/pb2003-2.htm>); Y. GENDREAU, «Exporting Copyright Models: The Canadian Retransmission Regime and the Internet», (2003) 16-3 *I.P.J.* 547; 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) 15-1 *C.P.I.* 257.

69. Projet de loi C-11, anciennement C-48, ayant reçu la sanction royale le 12 décembre 2002. Voir Y. GENDREAU, *ibid.*; C. Morgan, *ibid.*

70. L'*Ordonnance d'exemption relative aux entreprises de radiodiffusion de nouveaux médias* introduite par l'Avis public CRTC 1999-197 du *Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes* a été prise en vertu du paragraphe 9(4) de la *Loi sur la radiodiffusion* qui dispose que:

[l]e Conseil soustrait, par ordonnance et aux conditions qu'il juge indiquées, les exploitants d'entreprises de radiodiffusion de la catégorie qu'il précise de toute obligation découlant soit de la présente partie, soit de ses règlements d'application, dont il estime l'exécution sans conséquence majeure sur la mise en œuvre de la politique canadienne de radiodiffusion.

Le CRTC, dans son Avis public de radiodiffusion CRTC 2003-2, en date du 17 janvier 2003, a indiqué qu'il n'y avait pas lieu de modifier l'Ordonnance d'exemption des nouveaux médias.

71. On note à ce sujet que le projet de loi C-11 attribue au Gouverneur en conseil un pouvoir réglementaire quant aux conditions que doivent remplir les retransmetteurs pour pouvoir bénéficier de la licence obligatoire instituée par l'article 31 LDA. Ainsi, même si un retransmetteur Internet ne tombait plus sous la définition de retransmetteur nouveau média, il serait possible qu'il soit exclu en vertu du pouvoir réglementaire précité (voir nouveaux paragraphes 31(2) et 31(3) LDA).

Il peut être utile de rappeler que les radiodiffuseurs ne détiennent pas systématiquement un droit d'auteur sur chaque programme qu'ils diffusent, même s'ils disposent en principe d'un droit d'auteur sur l'ensemble de leur programmation au titre de compilation. En outre, la question de la retransmission des programmes sur Internet se pose également à tous les titulaires de droits d'auteur dont les œuvres sont susceptibles d'être retransmises sur le réseau des réseaux.

Afin d'aborder ces questions, il semble approprié de mettre en œuvre une analyse comparative et historique des raisons qui ont guidé le choix d'un régime de retransmission en ce qui concerne le câble. Par analogie, cette analyse pourrait être d'une certaine utilité lors de tout choix d'un régime de retransmission.

2.3 Comparaison de différents régimes nationaux de retransmission

La radiodiffusion présente de solides points d'attache avec la sphère publique, c'est-à-dire l'intérêt général dont le garant est l'État, à plusieurs niveaux. Elle est d'abord le vecteur d'une cohésion sociale et d'une identité culturelle propres à une organisation étatique donnée⁷². Dans une certaine mesure, elle contribue à affirmer la souveraineté nationale d'un État vis-à-vis des autres États⁷³. Elle permet, ensuite, de remplir une mission de service général en rendant l'information accessible à tous et en satisfaisant des besoins locaux et communautaires particuliers. Enfin, elle fait appel au domaine public, auquel appartient le spectre radioélectrique et dont la gestion incombe exclusivement à l'État. La question du régime juridique de la radiodiffusion demeure donc délicate en raison de sa proximité avec la prérogative étatique.

72. Voir J. GIVEN, *The Death of Broadcasting? Media's Digital Future*, Sidney, UNSW Press, 1998, à la p. 50:

Broadcasters in Europe were initially seen predominantly as cultural enterprises catering to the whole population. Broadcasting organisations write Rowland and Tracey, "were taken to be part of the sector of society which is responsible for generating and disseminating its linguistic, spiritual, aesthetic and ethnic wealth". Jay Blumler calls them "centripetal, socially integrative force[s]", and Elihu Katz speaks of their contribution to "authenticity...connecting the society to its cultural centre and acquainting the segments of society with each other".

Voir aussi W. RUMPHORST, «Un point de vue sur la radiodiffusion de service public: des malentendus persistants», (1999) 1 *R.I.D.E.* 31.

73. Voir J.L. FABER, «Culture in the Balance: Why Canada's Copyright Amendments Will Backfire on Canadian Culture by Paralyzing the Private Radio Industry», (1998) 8 *Ind. Int'l & Comp. L. Rev.* 431. Voir J. GIVEN, *op. cit.*, à la p. 69 où il parle de «Souveraineté culturelle» [notre traduction]. Voir aussi F. GODARD, «Canada, construction et limites du nationalisme audiovisuel», (1995) 47 *Angle Droit* 13.

Au plan des intérêts privés, le problème de la retransmission n'est pas nouveau, notamment en ce qui concerne le câble, et continue d'animer les organismes de radiodiffusion⁷⁴. Il se révèle tout aussi délicat au plan de l'intérêt public. En effet, on réalise, en ce qui concerne la retransmission par câble, que celle-ci assure un rôle de première importance puisqu'elle permet d'économiser la ressource hertzienne, caractérisée par sa rareté⁷⁵. Elle permet aussi de gérer efficacement la couverture audiovisuelle d'un territoire étatique donné dont la topographie et l'étendue rendent malaisée l'exploitation du seul réseau hertzien⁷⁶. Son assujettissement à un régime adapté permet enfin d'organiser de façon équilibrée la répartition des marchés de radiodiffusion⁷⁷, voire de satisfaire à l'obligation de service universel⁷⁸.

74. Voir J.-P. BLAIS et D. JONES, «Le droit des radiodiffuseurs sur leurs signaux de communication et la mise en application de la Convention de Rome: un biscotto rassis pour le Canada», (1998) 11-1 *C.P.I.* 107. Voir M.A. GEIST, «Icra-veTV and the New Rules of Internet Broadcasting», (2000) 23 *U. Ark. Little Rock L. Rev.* 233. L'auteur y note que le débat a été très tôt axé sur la question de la rémunération de l'utilisation secondaire des émissions des radiodiffuseurs et n'empruntait pas nécessairement la voie du droit d'auteur. À ce sujet, voir CRTC, Policy Statement on Cable Television: Canadian Broadcasting – «A Single System», (July 16, 1971) [cité par l'auteur]. Pour un aperçu historique canadien, voir K. EASTON, *Building an Industry – A History of Cable Television and Its Development in Canada* (Lawrencetown Beach, N.-É., 2000).

75. Voir C. DEBBASCH, *op. cit.*, note 80, aux p. 89 et s. («L'exploitation du spectre hertzien est dominée par l'existence de contraintes techniques inhérentes à ce procédé de diffusion, la plus importante étant la rareté des fréquences et le fait que les fréquences non utilisées ne sont pas nécessairement exploitables, en raison de la perturbation des signaux»).

76. Le câble assume une fonction ancillaire permettant de contourner les difficultés liées à la distance et aux «zones d'ombre» que créent les montagnes ou les tours urbaines, par exemple. Voir E. DELIYANNI, *Le droit de représentation des auteurs face à la télévision transfrontalière par satellite et par câble* (Paris, L.G.D.J., 1993), à la p. 140; Makeen FOUAD MAKEEN, *op. cit.*, note 7, à la p. 227.

77. Au Canada, dès 1971, le CRTC annonçait l'objectif du cadre réglementaire entourant la radiodiffusion dans les termes suivants:

[c]larify and strengthen the basic broadcasting services to Canadians, to increase the diversity of program services available to Canadians, and strengthen the means by which the whole broadcasting system will prosper, ensuring that one element of the system shall not prosper at the expense of another. The Commission's objective is to encourage the system to provide the best possible service and widest choice from every source for the Canadian viewer, while favouring services that are as relevant as possible to the particular community, local, regional, or national, that is to be served. The policy is intended to reduce any harmful impact of cable systems on local broadcasters while, at the same time, assuring the continued growth of cable television.

CRTC, Policy Statement on Cable Television: Canadian Broadcasting – «A Single System», (July 16, 1971), extrait cité par K. EASTON, *Building an Industry – A History of Cable Television and Its Development in Canada* (Lawrencetown Beach, N.-É., 2000), à la p. 190.

78. W. Rumphorst considère qu'il faut distinguer en matière de radiodiffusion entre la notion de service public et celle de service universel. Cette dernière ne

Que ce soit dans l'Union européenne, en France, aux États-Unis ou au Canada, on rencontre un régime juridique de droit d'auteur relatif à la retransmission par câble des émissions des organismes de radiodiffusion. Il convient cependant de nuancer cette assertion et de faire la distinction entre le Vieux Continent et le Nouveau Continent.

2.3.1 Europe et France

Seront successivement et sommairement envisagés les régimes juridiques de la retransmission par câble du droit européen et du droit français.

2.3.1.1 Le droit européen de la retransmission par câble

Le droit européen de la retransmission par câble est principalement organisé autour de deux Directives. La première, la Directive 92/100/CEE (Prêt et Location), contient deux volets: l'un visant à introduire un droit de prêt et de location au profit des auteurs et de certains titulaires de droits voisins, l'autre instaurant des dispositions générales relatives aux droits voisins. Ce dernier s'inscrit dans la perspective de la *Convention de Rome*, que la Directive contribue à mettre en œuvre⁷⁹. La seconde, la Directive 93/83/CEE

s'applique pas à la radiodiffusion de service public puisque sa mission n'est pas quantifiable et ne vise pas un résultat concret comme c'est le cas pour un service universel. Les objectifs de service public vers lesquels doit tendre le radiodiffuseur (c'est-à-dire, notamment, être un «point de référence pour les membres du public», un «facteur de cohésion sociale et d'intégration de tous les individus, groupes et communautés», un «forum de discussion publique», un «éventail aussi large que possible», adopter une «programmation pluraliste, novatrice et variée», répondre à des «normes éthiques et de qualité élevées», «intéressant un large public tout en étant attentif aux besoins des groupes minoritaires» et visant à «refléter les différentes idées philosophiques et convictions religieuses de la société») sont sans rapport avec les objectifs précis du service universel visant, par exemple, à assurer le service d'eau, d'électricité, de transport et de télécommunications dans une région donnée. W. RUMPHORST, «Un point de vue sur la radiodiffusion de service public: des malentendus persistants», (1999) 1 *R.I.D.E.* 31. Cependant cette distinction est européen-centrique puisque la notion de radiodiffusion de service public n'a pas la même dimension en Amérique du Nord où ce sont quasi exclusivement des entreprises commerciales privées qui assurent le service de radiodiffusion. Elles sont néanmoins assujetties à des obligations précises et quantifiables de diffusion («must carry rule» aux États-Unis et contenu obligatoire au Canada). La distinction entre obligations *quantifiables* et *non quantifiables* n'y est donc pas opératoire. Sur la notion de service public au Canada, voir P. TRUDEL et F. ABRAN, *Droit de la radio et de la télévision* (Montréal, Thémis, 1991).

79. Voir l'avant-dernier considérant faisant référence à la *Convention de Rome*.

(Câble et Satellite), se démarque en faisant un pas en avant important par rapport aux autres instruments jusqu'à présent envisagés puisqu'elle prend en compte à la fois la question des droits d'auteur et des droits voisins dans une optique résolument «pantehnologique» englobant et le satellite et le câble. La Directive 2001/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information n'a pas modifié le régime de la retransmission par câble⁸⁰. On s'attachera donc à la présentation du contenu des deux premières.

La Directive 92/100/CEE établit à l'article 8, paragraphe 2, que:

les États membres prévoient pour les organismes de radiodiffusion le droit exclusif d'autoriser ou d'interdire la rediffusion de leurs émissions par le moyen des ondes radioélectriques, ainsi que la communication au public de leurs émissions lorsque cette communication est faite dans des lieux accessibles au public moyennant paiement d'un droit d'entrée.

On constate qu'un droit de retransmission par câble n'est pas prévu puisque la protection ne porte que sur les rediffusions par «ondes radioélectriques». L'article 6, paragraphe 2, de la Directive, qui établit au profit des organismes de radiodiffusion le droit exclusif d'autoriser ou d'interdire la fixation de leurs émissions, complète l'article 8, paragraphe 2, en ce sens qu'il permet d'autoriser ou d'interdire la fixation de l'émission et par conséquent la rediffusion différée, laquelle, par définition, est non simultanée et enregistrée.

La Directive 93/83/CEE (Câble et Satellite) s'ajoute à ce schéma en établissant un droit de retransmission au profit des organismes de radiodiffusion à l'égard des retransmissions par câble ou par ondes ultra courtes sur le territoire d'un État membre autre que celui dont provient l'émission d'origine⁸¹. Vu le considérant 27) et l'article 8, paragraphes 1 et 2, l'autorisation de retransmettre doit nécessairement être négociée par contrat puisque les licences légales

80. Voir article 1(2)(c) Directive 2001/29/CE.

81. L'art. 8, §1 dispose que les États membres veillent à ce que les retransmissions par câble d'émissions provenant d'autres États membres se déroulent sur leur territoire dans le respect des droits d'auteur et droits voisins en vigueur sur la base de contrats individuels ou collectifs conclus entre les titulaires des droits d'auteur et de droits voisins et les distributeurs par câble.

ont disparu le 31 décembre 1997⁸². Par ailleurs, la Directive exclut de son champ les retransmissions par câble ou par ondes ultra courtes qui ne sont pas simultanées, inchangées, intégrales et destinées à être captées par le public⁸³.

A contrario, toute câblo-distribution qui n'est pas la retransmission d'une émission initiale, simultanée, inchangée et intégrale est exclue du champ d'application de la Directive. De même, les émissions ne provenant pas d'un autre État membre, c'est-à-dire les émissions nationales ou celles émises à partir d'un pays n'appartenant pas à l'Union européenne, sont également exclues du champ d'application de la Directive. L'auteur Kéréver écrit: «L'exclusion du champ d'application signifie qu'à l'égard de ces câblo-distributions, l'État n'est pas tenu de respecter la coordination imposée par la directive»⁸⁴.

Le cadre juridique européen vise donc à mettre en œuvre une *télévision sans frontières*⁸⁵ fondée sur un principe de libre négociation contractuelle⁸⁶. On note que dans l'éventualité où un accord

82. Le considérant 27) édicte que les «[...] autorisations doivent en principe être accordées par contrat, sauf si une exception temporaire a été prévue pour des régimes légaux ayant déjà cours»; l'art. 8, §2 dispose que les États membres peuvent maintenir les licences légales jusqu'au 31 décembre 1997.

83. Art. 1, §3.

84. A. KÉRÉVER, «Réflexions sur la directive du conseil 93/83/CEE du 27 septembre 1993 relative à la coordination de certaines règles de droit d'auteur et des droits voisins du droit d'auteur applicables à la radiodiffusion par satellite et à la retransmission par câble», (1994) 4 *R.D.I.T.* 67.

85. En référence au *Livre vert* de la commission de la CEE sur la «télévision sans frontière» visant une communauté européenne audiovisuelle. Voir aussi la Directive 89/552/CEE visant à la coordination de certaines dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres relatives à l'exercice d'activités de radiodiffusion télévisuelle.

86. «La voie contractuelle est choisie: quel que soit le pays en Europe, les parties négocient leurs droits sans intervention de la législation nationale. Cette solution repose sur l'expérience développée dans les États européens qui utilisent le plus le câble: Belgique, Pays-Bas et Allemagne». A. MEYER-HEINE, «Les droits d'auteur et les droits voisins en matière de radiodiffusion télévisuelle: analyse critique des instruments juridiques européens», (1995/5) 122 *Légipresse VI* 51 à la p. 57. Le recours à la voie contractuelle n'était pas la ligne directrice retenue par le *Livre vert* «télévision sans frontière» du 14 juin 1984, ainsi que les projets de 1986 et de 1988, où il était considéré que «la circulation transnationale des programmes par le câblage ne serait possible que par une limitation du droit exclusif impliquant un régime de licences non volontaires». Voir A. KÉRÉVER, «Un aspect de la loi du 3 juillet 1985: la modernisation de la loi du 11 mars 1957», (1986) 127 *R.I.D.A.* 69; voir E. DELIYANNI, *Le droit de représentation des auteurs face à la télévision transfrontalière par satellite et par câble* (Paris, L.G.D.J., 1993), à la p. 306.

ne pourrait être conclu, les articles 11 et 12 prévoient des mesures de médiation et de prévention des abus de position de négociation. Il est tentant de penser que ces deux dispositions créent une catégorie intermédiaire, à mi-chemin entre la licence volontaire et la licence non volontaire. Soumise à l'analyse, cette vue se révèle fragile. En réalité, le principe sous-tendant le régime de négociation s'apparente davantage au premier type de licence qu'au second. En effet, eu égard à la médiation, il a été remarqué que celle-ci ne saurait être un arbitrage obligatoire déguisé, les propositions du médiateur ne pouvant s'imposer aux parties⁸⁷. Eu égard à l'encadrement des négociations, l'article 12 dispose en son paragraphe 1 que:

[p]ar recours aux règles du droit civil ou administratif, selon le cas, les États membres veillent à ce que les parties engagent et mènent de bonne foi les négociations sur l'autorisation de retransmission par câble et ne les empêchent pas d'avoir lieu ou ne les entravent sans justification valable;

Ce paragraphe doit être lu en contraste, d'une part, avec le paragraphe 2 qui prévoit ce qui suit en ce qui concerne les relations entre les organismes de radiodiffusion et tout demandeur de licence de retransmission par câble:

[qu']un État membre qui, à la date mentionnée à l'article 14 paragraphe 1, a sur son territoire un organisme compétent pour connaître des cas où le droit de retransmission au public par câble dans cet État aura été refusé arbitrairement ou proposé à des conditions abusives par un organisme de radiodiffusion peut maintenir cet organisme;

et, d'autre part, avec le paragraphe 3 qui dispose que le paragraphe 2 s'applique pendant une période de transition prenant fin le 1^{er} janvier 2003. Par conséquent, après cette date, les seuls critères seront la «bonne foi» et la «justification valable», prévues au paragraphe 1. L'incertitude qui entoure le contenu peu précis de ces critères⁸⁸, la disparition des possibilités d'immixtion publique ou parapublique dans les relations contractuelles et le considérant n° 30 -selon lequel

87. A. KÉRÉVER, *op. cit.*, note 84, à la p. 71.

88. À ce sujet, A. KÉRÉVER écrit: «On éprouve des difficultés à déterminer les «règles de droit civil ou administratif» que les États doivent appliquer pour se conformer au paragraphe 1: s'agissant d'un droit exclusif, que faut-il entendre par des négociations de «bonne foi» ou des «justifications valables» opposées à un cocontractant pour lui refuser l'autorisation demandée?», *ibid.*

«[a]ucune de ces mesures destinées à favoriser l'acquisition des droits ne remet en question le caractère contractuel de l'acquisition des droits de retransmission par câble»- diluent fortement l'hypothèse d'une catégorie proche de la licence non volontaire.

Par ailleurs, l'article 9 de la Directive 93/83/CEE instaure un principe de gestion collective obligatoire du droit d'accorder ou de refuser l'autorisation à un câblo-distributeur de retransmettre une émission. D'aucuns ont fait valoir que l'instauration d'une obligation d'adhésion à une société de gestion collective «équivaldrait presque à introduire une licence obligatoire»⁸⁹. La question ne se pose cependant pas aux organismes de radiodiffusion puisque ces derniers bénéficient, en vertu de l'article 10, d'un régime dérogatoire les exemptant de l'obligation de recourir à la gestion collective.

Somme toute, le cadre juridique européen en matière de retransmission par câble reste relativement libéral en ce qu'il privilégie la pratique contractuelle. Néanmoins, les deux Directives laissent une large place aux législations nationales. La Directive 93/83/CEE (Câble et satellite) ne concerne que les cas de retransmission d'émissions provenant d'un autre État membre de l'Union européenne. Comme indiqué plus haut, les législations nationales restent libres de régler les cas de retransmission par câble d'émissions émises initialement sur leur territoire ou provenant d'États non membres de l'Union européenne. Par ailleurs, la Directive 92/100/CEE (Prêt et location) se montre peu exigeante quant au contenu des droits exclusifs des organismes de radiodiffusion et ne traite pas spécifiquement de la question de la retransmission par câble. Les législations nationales peuvent donc en organiser le régime dans la limite minimale posée par cette Directive. La marge de manœuvre ainsi allouée aux juridictions nationales nous renvoie à ces dernières lorsqu'il s'agit de déterminer le régime juridique complet de la retransmission par câble.

2.3.1.2 Le droit français de la retransmission par câble

Le droit français a transposé la Directive 93/83/CEE (câble et satellite) par la loi n° 97-283 du 27 mars 1997⁹⁰. En ce qui concerne le

89. Voir A. et H.-J. LUCAS, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, 2^e éd. (Paris, Litec, 2001), à la p. 535, n° 694.

90. *D. 1997.213*. Voir C. DEBBASCH (éd.), *Droits des médias* (Paris, Dalloz, 1999), à la p. 679. Voir articles L. 217-1, L. 217-2 et L. 217-3 du *Code de la propriété intellectuelle* (CPI).

régime juridique applicable à la retransmission par câble en France, il faut distinguer entre la période précédant l'adoption de la loi du 3 juillet 1985 venant modifier la loi du 11 mars 1957 et la période suivant son adoption.

Avant 1985

Avant 1985, la question de la protection des organismes de radiodiffusion vis-à-vis de la retransmission de leurs émissions par câble ne se posait pas en droit français puisqu'il n'existait pas à l'époque de droits voisins dont ces organismes eussent pu se prévaloir⁹¹. Par ailleurs, la France n'a adhéré à la *Convention de Rome* qu'en 1987. Cet état de fait tient certainement à la particularité de l'organisation des médias dans plusieurs pays européens, dont la France, jusqu'aux années 1980. Pendant cette période, la radiodiffusion européenne était principalement et largement organisée sous forme de monopoles remplissant un service public et partageant des valeurs et des principes de régulations communs⁹². Selon M. Yaron Katz, cette politique a eu pour conséquence de restreindre le développement du câble, dans la mesure où la politique en matière de médias visait à privilégier l'exploitation de ses aspects culturels et sociaux plutôt que ses capacités commerciales⁹³. Et l'auteur d'ajouter :

[m]edia services were traditionally delivered by monopolies and CATV systems were installed only in specific places, mainly with the aim of improving the reception of television programming transmitted over-the-air. Although cable was available in America since the late 1940's, European countries pursued policies favouring and protecting broadcast television.

91. Une sorte de «droit voisin», protégeant contre la «retransmission par fil ou sans fil», avait été attribué aux organismes de radiodiffusion par l'ordonnance du 4 février 1959. A. KÉRÉVER fait cependant remarquer que «[c]e droit voisin n'a pas la même nature que les droits reconnus par la Convention de Rome aux organismes de radiodiffusion, car il n'est pas attribué pour protéger des activités eu égard à leur nature, mais seulement comme conséquence du monopole de radiodiffusion dont est investi l'organisme public de radiodiffusion [l'ORTF]». Le monopole, et par conséquent le droit «voisin» qui en découlait, étaient ensuite déposés entre les mains de l'établissement public TDF en 1972, suite à la dissolution de l'ORTF. A. KÉRÉVER, «Le droit public de radiodiffusion en France», dans A.L.A.I., *La télévision par câble – Aspects du droit des média et du droit d'auteur* (Paris, A.L.A.I., 1983, 305), aux p. 310-311.

92. Sur la France, voir A. KÉRÉVER, *ibid.*, aux p. 305 et s.

93. Y. KATZ, «The diminishing role of governments in cable policy», (2000) 38 *European Journal of Political Research* 288 [notre traduction].

This caution can be partly explained as a reaction to cable's technical ability to provide multiple channels and the resulting fear, on the part of governments and public authorities, that their ability to regulate the airwaves would be undermined.⁹⁴

Cette période devait céder la place à une nouvelle approche fondée sur l'évolution technologique et économique amorcée dans les années 1980.

À partir de 1985

Dès les années 1980, constatant l'échec de leur plan câble et le succès du marché du câble aux États-Unis suite à sa déréglementation, plusieurs gouvernements européens, dont le gouvernement français, sont passés d'un modèle interventionniste à une libéralisation empruntant la voie d'une privatisation progressive du secteur de la radiodiffusion, y compris celui du câble, et privilégiant l'approche commerciale sur les aspects socio-culturels⁹⁵. L'adoption de la loi du 3 juillet 1985 n'est donc pas une coïncidence, comme le démontre l'attribution de droits voisins aux entreprises de communication audiovisuelle⁹⁶. Il s'agissait de prendre en considération l'évolution technologique et d'adapter le système juridique aux besoins modernes des différents opérateurs du secteur audiovisuel.

La solution retenue par le droit français en 1985, telle qu'aujourd'hui codifiée dans le *Code de la propriété intellectuelle*, apparaît originale en ce sens qu'elle permet une protection efficace des radiodiffuseurs et une neutralité technologique à même d'incorporer les évolutions de ce domaine⁹⁷.

Il y a peu de doute que le droit de télédiffusion englobe la retransmission par câble puisque l'article L. 132-20-1^o CPI énonce le principe que, sauf stipulation contraire:

l'autorisation de télédiffuser une œuvre par voie hertzienne ne comprend pas la distribution de cette œuvre par câble de cette

94. *Ibid.*

95. Voir Y. KATZ, *ibid.* Cette tendance s'est maintenue jusqu'à aujourd'hui. À ce sujet, voir «Le marché du câble en France», (2000) 127 *La lettre du CSA* 2.

96. Voir la présentation de la loi par le ministre de la culture, J. LANG, «La loi du 3 juillet 1985», (1986) 127 *R.I.D.A.* 7.

97. Voir *supra*.

télédiffusion, à moins qu'elle ne soit faite en simultané et intégralement par l'organisme bénéficiaire de cette autorisation et sans extension de la zone géographique contractuellement prévue.

Plusieurs remarques doivent être soulevées à la lueur de cette disposition. En premier lieu, elle se situe dans la partie du *Code de propriété intellectuelle* qui prévoit certaines dispositions particulières au contrat de représentation. Ceci ne doit pas occulter le fait qu'il s'agit malgré tout d'une règle de principe et non pas d'une règle interprétative du contrat⁹⁸.

En deuxième lieu, le renvoi de l'article L. 216-1 CPI à la notion de télédiffusion contenue à l'article L. 122-2 CPI n'est pas contestable comme le révèle le rapport Jolibois préparant le projet de loi adopté le 3 juillet 1985⁹⁹. Partant, il faut admettre le renvoi indirect de l'article L. 216-1 CPI à l'article L. 132-20 CPI par le biais du renvoi de l'article L. 122-2 CPI à l'article L. 132-20 CPI.

En dernier lieu, de ce renvoi indirect peuvent être inférées deux conclusions: la première a trait au fait que le régime des droits voisins en matière de retransmission par câble est aligné sur celui des droits d'auteurs en la même matière. Or ce dernier, déduit du silence de la loi qui ne traite pas des conditions d'exercice des droits d'auteur relatifs à la câblo-distribution, privilégie la logique contractuelle et consacre un droit exclusif d'autoriser ou d'interdire. Pour M. A. KÉRÉVER, «[l]e législateur français a donc rejeté tout recours à un régime de licences non volontaires»¹⁰⁰. La transposition de la Directive 93/83/CEE dans le droit français n'a rien changé à l'état du droit jusqu'alors en vigueur, notamment en raison du fait que la Directive a elle-même adopté le principe d'exclusion des licences non volontaires en ce qui concerne les organismes de radiodiffusion¹⁰¹.

La seconde remarque est que l'article L. 216-1 CPI confère aux entreprises de communication audiovisuelle un droit d'autoriser la télédiffusion de leurs programmes. Or, tout en bénéficiant du régime

98. Voir E. DELIYANNI, *Le droit de représentation des auteurs face à la télévision transfrontalière par satellite et par câble* (Paris, L.G.D.J., 1993), à la p. 186, citant par ailleurs A. KÉRÉVER.

99. Rapport Jolibois, n. 212, tome 2, p. 128. Voir A. et H.-J. LUCAS, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, 2^e éd. (Paris, Litec, 2001), à la p. 655, n^o 834.

100. A. KÉRÉVER, «Un aspect de la loi du 3 juillet 1985: la modernisation de la loi du 11 mars 1957», (1986) 127 *R.I.D.A.* 67.

101. Voir les développements *supra*, au point 2.3.1.1.

propre aux auteurs, les entreprises de communications audiovisuelles disposent d'une protection plus importante que ces derniers en matière de retransmission par câble, puisque la notion de «programme» est plus large que celle d'«œuvre». Cette dernière est en effet limitée par le critère d'originalité.

À la suite de ces remarques, on voudra bien reconnaître l'efficacité de la protection accordée aux entreprises de communication audiovisuelle. À cette efficacité s'ajoute l'avantage de la neutralité technologique de la loi. En outre, le droit français n'impose aux organismes de radiodiffusion aucune exception à leur droit d'autoriser la retransmission de leurs programmes. En revanche, les auteurs et leurs ayants droit se voient soumis à un régime d'exception en faveur des organismes de radiodiffusion, lorsque ces derniers retransmettent eux-mêmes par câble de façon simultanée et intégrale, sans extension d'une zone géographique précise, une œuvre dont ils sont les diffuseurs primaires autorisés. Il est aussi intéressant de noter que les artistes-interprètes et les producteurs de phonogrammes sont exposés à un régime de licence légale vis-à-vis du phonogramme impliquant leurs droits, au profit des organismes de radiodiffusion. Ces derniers ne peuvent se voir opposer par les producteurs de phonogrammes et les artistes-interprètes de droit exclusif de diffusion pour les enregistrements qu'ils intègrent à leurs programmes. Ceci s'avère par ailleurs conforme à la règle prévue à l'article 12 de la *Convention de Rome*¹⁰². Les artistes-interprètes et les producteurs de phonogrammes ne peuvent non plus s'opposer à la distribution par câble simultanée et intégrale de cette radiodiffusion¹⁰³. Il est remarquable que la *Convention de Rome* ne prévoit rien à cet égard. Cependant le *Code de propriété intellectuelle* ne précise pas, comme c'est le cas pour les auteurs, si l'organisme qui radiodiffuse et celui qui distribue par câble simultanément et intégralement la radiodiffusion primaire doivent être les mêmes. Cette précision doit être contenue implicitement dans la disposition en question car, dans le

102. Art. 12: «Lorsqu'un phonogramme publié à des fins de commerce, ou une reproduction de ce phonogramme, est utilisé directement pour la radiodiffusion ou pour une communication quelconque au public, une rémunération équitable et unique sera versée par l'utilisateur aux artistes interprètes ou exécutants, ou aux producteurs de phonogrammes ou aux deux. La législation nationale peut, faute d'accord entre ces divers intéressés, déterminer les conditions de la répartition de cette rémunération».

103. Art. L. 214-1, 2^o CPI. Voir art. 19(1) LDA: «Sous réserve de l'article 20, l'artiste-interprète et le producteur ont chacun droit à une rémunération équitable pour l'exécution en public ou la communication au public par télécommunication – à l'exclusion de toute retransmission – de l'enregistrement sonore publié».

cas contraire, cela introduirait une exception au droit d'autoriser la télédiffusion, dont la distribution par câble, des programmes réalisés par les entreprises de communication audiovisuelle. Cela est d'autant moins probable que cette exception serait énoncée dans une disposition concernant les exceptions applicables aux artistes-interprètes et aux producteurs de phonogrammes publiés à des fins de commerce.

Somme toute, non seulement les organismes de radiodiffusion ne connaissent aucune exception à leur droit d'autoriser la retransmission de leurs programmes, mais ils bénéficient aussi indirectement des régimes d'exception auxquels certains autres titulaires de droits sont soumis, facilitant ainsi leur entreprise de communication audiovisuelle et leur épargnant, dans le cas des phonogrammes, les «lourdes contraintes» du droit exclusif¹⁰⁴. Cette dernière remarque introduit une certaine incertitude au regard des motifs et des raisons ayant présidé au rejet du principe de licences non volontaires auquel les auteurs et les organismes de radiodiffusion auraient autrement été soumis. Il a été risqué plus haut d'écrire que le régime des droits des entreprises de communication audiovisuelle a été implicitement aligné sur celui des auteurs, du moins en ce qui concerne le droit d'autoriser la retransmission par câble. La question de savoir si le rejet d'un principe de licence non volontaire pour les auteurs et les organismes de radiodiffusion obéit à la même rationalité se pose. Le législateur a préféré un autre système pour pallier l'usage collectif et massif des œuvres que celui des licences non volontaires. Ce système alternatif repose sur la gestion collective des droits. Pour les auteurs, l'adhésion à une société de gestion collective n'est pas obligatoire, sauf exceptions, mais elle s'impose en fait puisque l'auteur n'est matériellement pas en mesure de négocier individuellement chaque utilisation de son œuvre, compte tenu de la quantité des actes d'exploitation d'une œuvre permis par la technologie¹⁰⁵.

Pour les organismes de radiodiffusion, la gestion collective n'est obligatoire, ni en droit ni en fait. Les organismes de radiodiffusion échappent en effet à l'obligation de gestion collective prévue par la Directive du 27 septembre 1993 du Conseil des Communautés européennes¹⁰⁶. La raison avancée est énoncée dans ces termes: «[l]e

104. A. et H.-J. LUCAS, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, 2^e éd. (Paris, Litec, 2001), à la p. 664, n^o 843, faisant référence au Rapport Richard, n. 2235, p. 47.

105. Voir G. DAVIES, «La gestion collective des droits et l'intérêt général», (1989) *Le droit d'auteur* 85.

106. Directive 93/83/CEE.

traitement différent entre auteurs, artistes, producteurs de phonogrammes et organismes de radiodiffusion découle certainement du nombre plus élevé d'ayants droit dans les trois premières catégories»¹⁰⁷. Il est en fait possible de localiser les organismes de radiodiffusion et de négocier individuellement le droit de retransmettre leurs programmes. Les câblo-distributeur n'avaient pourtant pas effectué cette distinction lorsqu'ils réclamaient l'instauration de régime de licences non volontaires. Leur argument consistait à dire que seul un régime de licence non volontaire permettait de prendre complètement en compte leur statut de clients passifs des auteurs et des organismes de radiodiffusion et le fait qu'en pratique, ils ne sont ni responsables de la programmation ni censés la connaître¹⁰⁸. La négociation individuelle doit permettre de contourner ces arguments au profit d'accords contractuels prémunissant les câblo-distributeur contre toute responsabilité par le biais, par exemple, de clauses de représentations et garanties de la part des organismes de radiodiffusion¹⁰⁹.

Les organismes de radiodiffusion ne connaissent pas en droit européen et en droit français d'exceptions à leur droit d'autoriser la retransmission de leurs programmes. Les organismes de radiodiffusion semblent au surplus avantagés par rapport à d'autres titulaires de droits d'auteur et de droits voisins. Le régime juridique des organismes de radiodiffusion en matière de retransmission obéit à des logiques et des principes qui leur sont propres et la similitude avec d'autres régimes, notamment celui des droits d'auteur, n'est certainement qu'apparente. Ceci permettra d'établir un point de comparaison clair à l'issue de l'étude des logiques retenues aux États-Unis et au Canada.

2.3.2 *États-Unis et Canada*

Comme l'Europe et la France, le Canada et les États-Unis entretiennent des liens étroits, qu'il s'agisse du partage d'une frontière commune facilement traversée par les signaux de communi-

107. A. MEYER-HEINE, «Les droits d'auteur et les droits voisins en matière de radiodiffusion télévisuelle: analyse critique des instruments juridiques européens», (1995/5) 122 *Légipresse* VI 51 à la p. 57.

108. Voir E. DELIYANNI, *Le droit de représentation des auteurs face à la télévision transfrontalière par satellite et par câble* (Paris, L.G.D.J., 1993), à la p. 297.

109. La pratique contractuelle ne date pas d'aujourd'hui et a, semble-t-il, en Europe, toujours été préférée à un système de licence non volontaire. Voir S. MOSTESHAR, «Cable and Broadcast Copyright: Some European Alternatives», (1989) 11-2 *Comm. & the Law* 45.

tion, d'accords de libre-échange ou d'une tradition juridique ayant des racines communes. À ce titre, les régimes juridiques du droit de retransmission de chaque pays doivent sans doute être relativement imbriqués les uns dans les autres. La mesure de l'étendue de cette imbrication a été donnée principalement par l'*Accord de libre-échange*¹¹⁰. Jusqu'alors, la question du droit de retransmission avait été écartée des réformes de la *Loi sur le droit d'auteur* et ce n'est que sous l'impulsion de cet *Accord* qu'elle a été traitée par le législateur canadien sans innovation notable:

[t]he drafting of the agreement dictated to Canada the decision it was to make concerning the regime of the retransmission right. It was hardly unanticipated, since it was a mere extension of the US national regime of the retransmission right. It did not oblige the American legislature to reconsider its own system, and thereby ensures a uniform treatment of the matter in both countries. It also offered the advantage of expediency, as the European example demonstrates the protracted time it takes to arrive at an international agreement that would be based upon the exercise of copyright prerogatives. The objectionable aspect of the agreement, however, is that it did not let Canadians decide independently the course they wished to take at a time when Americans are questioning their own system.¹¹¹

Cependant, ces deux pays n'ont reconnu aux organismes de radiodiffusion un droit sur les signaux de communication qu'après la ratification de l'*Accord de libre-échange* et dans un contexte indépendant de celui-ci. Il convient donc de distinguer pour chacun de ces deux pays les motifs et les raisons à l'origine du régime de la retransmission apparus avant et après l'attribution aux organismes de radiodiffusion d'un droit d'autoriser la retransmission de leurs signaux¹¹².

110. *Accord de libre-échange entre le Canada et les États-Unis*, conclu le 10 décembre 1987 à Washington et entré en vigueur le 1^{er} janvier 1990 (L.C. 1988, c. 65). Voir B. CLERMONT, «Parties II et VIII de la *Loi sur le droit d'auteur*: le Canada respecte-t-il ses obligations internationales», (1998) 11-1 *C.P.I.* 287.

111. Y. GENDREAU, *The Retransmission Right: Copyright and the Rediffusion of Works by Cable*, Oxford, ESC Publishing Ltd., 1990, à la p. 53. Voir également Y. GENDREAU, «Exporting Copyright Models: The Canadian Retransmission Regime and the Internet», (2003) 16-3 *I.P.J.* 547.

112. Il faut noter qu'en droit français et européen la protection des organismes de radiodiffusion porte sur les «programmes» ou les «émissions» alors qu'aux États-Unis et au Canada, elle porte sur les «signaux» transportant les programmes ou les émissions.

2.3.2.1 Le droit américain de la retransmission par câble

L'attribution aux organismes de radiodiffusion d'un droit d'autoriser la retransmission de leurs signaux de communication a été accordée en 1992. On distinguera donc le régime de retransmission en vigueur avant cette date de celui en vigueur à partir de cette date.

Avant 1992

D'aucuns situent la naissance du premier système de câble à vocation commerciale en 1950 et font état de l'échelle croissante des revenus de l'industrie du câble qui, en 1964, s'élevaient déjà à plus de 100 millions de dollars¹¹³. Qui plus est, il est remarquable qu'à cette époque:

[l]e cœur de l'activité de cette industrie consistait dans la retransmission des signaux émis par les organismes de radiodiffusion et qui transportaient, bien entendu, des programmes dont le contenu était soumis au droit d'auteur. Pourtant, ce n'est que presque trente ans après la naissance de l'industrie du câble et d'après joutes politiques que les systèmes de câble ont été requis de payer les redevances au titre du droit d'auteur pour la retransmission des programmes radiodiffusés.¹¹⁴

L'absence de responsabilité des câblo-distributeur au titre du droit d'auteur lors de la retransmission des programmes avait par ailleurs été confirmée par les tribunaux dans les décisions *Teleprompter Corp. c. CBS, Inc.*¹¹⁵ et *Fornightly Corp. c. United Artists Television, Inc.*¹¹⁶. Ces décisions se sont appuyées sur le *Copyright Act* de 1909, qui ne traitait pas spécifiquement de la question de la retransmission d'œuvres soumises au droit d'auteur. La Cour suprême dans ces deux décisions est arrivée à la conclusion, selon une analyse fonctionnelle discutable, qu'aux termes de la loi, la retransmission par câble de signaux hertziens, locaux ou distants, ne constituait pas une exécution («*performance*») de l'œuvre¹¹⁷.

113. T.P. OLSON, «The Iron Law of Consensus: Congressional Responses to Proposed Copyright Reform since the 1909 Act», (1989/90) *37 J. Copr. Soc'y* 115; voir aussi le rapport de la Chambre des représentants, *H.R. Rep.* No. 94-176 (1976), où il est fait état d'un chiffre de 770 millions de dollars en 1975.

114. T.P. OLSON, *op. cit.*, aux p. 115-116 [notre traduction].

115. 415 U.S. 394 (1974).

116. 392 U.S. 390 (1968).

117. Sur ces deux décisions, voir Y. GENDREAU, *The Retransmission Right: Copyright and the Rediffusion of Works by Cable* (Oxford, ESC Publishing Ltd., 1990), aux p. 14-17; voir D. LADD, «Pavane pour l'imprimerie défunte ou

En 1976, le législateur américain choisit de modifier le *Copyright Act* de 1909 et traita spécifiquement de la question de la retransmission par câble. Il fut adopté un régime en vertu duquel la retransmission simultanée de programmes protégés par le droit d'auteur était autorisée *de jure* et donnait lieu, en contrepartie, au paiement d'une rémunération fixée selon une formule complexe prenant notamment en compte les revenus bruts payés par les abonnés du câble¹¹⁸. Cependant, la retransmission de signaux hertziens locaux ou de signaux éloignés provenant de stations affiliées à un réseau national était exemptée du paiement d'une redevance¹¹⁹. Ainsi, à moins qu'ils ne fussent titulaires de droits d'auteur, les organismes de radiodiffusion ne recevaient aucune rémunération¹²⁰.

Pourtant, les organismes de radiodiffusion ont bénéficié de la bienveillance de l'ordre administratif. La *Federal Communication Commission* (F.C.C.), après s'être déclarée incompétente en matière

comment adapter le droit d'auteur aux télétechnologies», dans A.L.A.I., *La télévision par câble – Aspects du droit des médias et du droit d'auteur* (Paris, A.L.A.I., 1983), à la p. 377; voir P. MURPHY, «Retransmission Consent: A Mixed Signal for Copyright», (1993) 17 *Colum.-VLA J.L. & Arts* 237; voir aussi C. LUBINSKY, «Reconsidering Retransmission Consent: An Examination of the Retransmission Consent Provision (47 U.S.C. § 325(b)) of the 1992 Cable Act», (1996) 49 *Fed. Comm. L.J.* 99.

118. 17 U.S.C. § 111 (1994).

119. Voir H.R. Rep. No. 94-176, à la p. 86 (1976). Il y est expliqué que la loi ne vise pas à établir une distinction entre signaux «locaux» et «éloignés». Cependant, il a aussi été jugé qu'il n'existe aucune preuve que la retransmission de signaux locaux portait atteinte au marché des titulaires de droits d'auteur sur les programmes. De la même façon, la retransmission de programmes des réseaux de chaînes, ceux provenant de marchés éloignés inclus, n'affecte pas les titulaires de droits d'auteur. Ces derniers contractent avec le réseau de manière à ce que leur compensation financière prenne en considération tous les marchés desservis par le réseau. En revanche, la retransmission de programmes dans une zone qui n'était pas contractuellement prévue porte atteinte à l'exploitation par les ayants droit de leurs droits dans les marchés éloignés. De plus, cela constitue un bénéfice direct pour le câble-distributeur en lui permettant d'augmenter sa capacité à attirer des abonnés et à dégager des revenus.

120. Dans l'affaire *National Association of Broadcasters c. Copyright Royalty Tribunal*, (1985) 772 F.2d 922, 249 U.S.App.D.C. 4, face à la réclamation par les radiodiffuseurs d'une compensation au titre de compilation pour leur programme, la Cour d'appel a réaffirmé le principe selon lequel «[...] broadcast day compilations neither add to the value of programs nor make it more likely that people will wish to watch the programs. [...] We find that broadcast day compilation is of no value to cable system». Par conséquent aucune rémunération n'a été accordée aux radiodiffuseurs. Voir aussi *National Association of Broadcasters c. CRT*, (1982) 675 F.2d 367, 218 U.S.App.D.C. 348. On pouvait induire de ces décisions que les radiodiffuseurs ne détenaient aucun *copyright* sur leurs émissions. Voir Y. GENDREAU, *The Retransmission Right: Copyright and the Rediffusion of Works by Cable* (Oxford, ESC Publishing Ltd., 1990), à la p. 39.

de régulation de la retransmission par câble et avoir pris conscience de la menace que représentait la câblo-distribution eu égard à sa mission de protection de *l'intérêt public*¹²¹, a, dans les années 1960, mis en place une série de mesures¹²² ayant pour effet de paralyser la retransmission des signaux éloignés par les câblo-distributeur, voire tout développement de ce secteur d'activité¹²³. Cette attitude anti-câble, telle que manifestée dans les règlements de la F.C.C., fut néanmoins abandonnée au début des années 1970, notamment sous l'impulsion du débat public autour de la révolution audiovisuelle qu'était susceptible de permettre le câble grâce à la diversité de la programmation qui accompagnerait son essor déjà consommé¹²⁴. Le débat en question était par ailleurs soutenu par la nouvelle administration du Président Nixon ainsi que par les groupes de pression liés à l'industrie du câble, forts de l'expansion que connaissait ce secteur¹²⁵.

En somme, le câble connaissait un climat politique favorable à sa cause, à tel point qu'un auteur a considéré l'adoption du régime de licence non volontaire comme un compromis surprenant dans la mesure où l'industrie du câble, avant 1976, devant les tribunaux, «avait triomphé dans son effort d'échapper à toute responsabilité face au droit d'auteur»¹²⁶. «Compromis surprenant» puisque, selon certaines théories, le législateur adopte en principe un comportement rationnel qui consiste à agir uniquement dans les cas où le risque de controverse est faible ou nul. Dans les cas contraires, le législateur se voit désavoué par les groupes de pression et les électeurs. Le législateur est donc naturellement porté à n'agir qu'en

121. Pour une approche critique du rôle du F.C.C., voir W.B. RAY, *FCC, The Ups and Downs of Radio-TV Regulation* (Ames, Iowa State University Press, 1990), 193 p.

122. «Must-carry», «distant signal» and «syndicated program exclusivity» rules.

123. Voir C. LUBINSKY, *op. cit.*, note 117; voir D. LADD, *op. cit.*, note 117; voir H. COHEN JEHORAM, «Rapport général: la télévision par câble – aspects des médias et du droit d'auteur», dans A.L.A.I., *La télévision par câble – Aspects du droit des médias et du droit d'auteur* (Paris, A.L.A.I., 1983), à la p. 479; voir aussi T.P. OLSON, *op. cit.*, note 113, à la p. 123. Voir aussi *Southwestern Cable c. United States*, 378 F.2d 118 (9th Cir. 1967), *rev'd*, 392 U.S. 157 (1968), décision qui confirma la validité des mesures prises par le F.C.C.

124. Sur la «saga du câble» aux É.-U., voir H. JASSEM, «Different Strokes for Different Folks: The Intersection of Regulatory Principles and Technology», dans S.J. DRUCKER et G. GUMPERT (éd.), *Real Law at Virtual Space: Communication Regulation in Cyberspace* (Cresskill, NJ, Hampton Press, 1999), aux p. 31-49.

125. *Ibid.*

126. T.P. OLSON, *op. cit.*, note 113, à la p. 123, note 79 [notre traduction].

cas de consensus, c'est-à-dire lorsque la grande partie des acteurs politiques reconnaît son intérêt dans l'intervention législative¹²⁷. Les câblo-distributeur, bien qu'*a priori* partisans du *statu quo ante*, ont consenti au changement législatif pour plusieurs raisons: la première tient à la difficulté de défendre une position qui consistait à profiter de l'exploitation commerciale de pans entiers d'œuvres soumises au droit d'auteur et le fait que cette exemption s'avérait délicate du point de vue des principes du droit d'auteur; la deuxième tient au fait qu'en échange de la renonciation à leur comportement de «passager clandestin», ils obtenaient une meilleure position que d'autres utilisateurs grâce au régime de la licence non volontaire et au faible taux de rémunération envisagé; la dernière se rapporte à la coercition exercée par le F.C.C. au moyen de ses mesures réglementaires¹²⁸.

À cette «lecture» politique de l'origine de la licence non volontaire viennent se greffer deux arguments supplémentaires soulevés par l'industrie du câble. Le premier consistait à mettre de l'avant l'intérêt public de l'activité du câble:

[i]n this context it is important to keep in mind that cable television through its reception and distribution of television broadcast signals, promotes the dissemination of knowledge to the public. Indeed, without this service [...] significant numbers of Americans would be denied the fruits of creative labour [...] Legislation which, for whatever reasons, restricts or decreases the dissemination of knowledge to the CATV public would not be consonant with the primary public interest concern of copyright.¹²⁹

Le second s'articulait autour de l'état naissant de cette industrie, dont le besoin massif d'investissement en capitaux aurait du mal à s'accommoder des incertitudes attachées à la question de savoir ce qui dans le programme retransmis relève ou non du droit d'auteur. A cela s'ajoutait l'importance des coûts de transaction

127. *Ibid.* L'auteur fait référence à R. KENT WEAVER, «The Politics of Blame Avoidance», (1986) 6-4 *J. Pub. Pol.*

128. *Ibid.*

129. *Copyright Law Revision: Hearings on H.R. 2223 Before the Subcomm. on Courts, Civil Liberties and the Administration of Justice of the House Comm. On the Judiciary, 94th Cong., 1st Sess.* 503 (1975) (Statement of Rex A. BRADLEY, Chairman, National Cable Television Association), cité par R. CASSLER, «Copyright Compulsory Licences – Are they Coming or Going?», (1989/90) 37 *J. Copr. Soc'y* 245, note 74.

qu'engendrerait l'absence de licence non volontaire. En pareil cas, les câblo-distributeur subiraient le lourd fardeau d'avoir à négocier avec la multitude de titulaires de droits d'auteur sur les œuvres intégrées aux programmes retransmis par câble.

Cet ensemble d'arguments constitue l'assise théorique du principe d'une licence non volontaire tel qu'adopté par le droit américain.

Cependant, il n'est pas permis d'affirmer qu'un véritable consensus ait existé au moment de l'adoption du régime de licence non volontaire, compte tenu du sort réservé aux organismes de radiodiffusion. En effet, à leur encontre, l'industrie du câble bénéficiait d'un avantage compétitif certain, presque déloyal, dans la mesure où elle n'avait pas à obtenir l'autorisation de retransmettre les programmes et n'avait qu'à s'acquitter du paiement d'une redevance dont le montant était fixé selon des modalités prescrites par la loi. Les radiodiffuseurs, en revanche, devaient obtenir cette autorisation.

La situation évolua cependant dès 1992.

Dès 1992

Un vent de réconfort est venu souffler sur les radiodiffuseurs en 1992, date de l'adoption par le Congrès américain du *Cable Television Consumer Protection and Competition Act*¹³⁰. Cette loi a eu pour effet de modifier la section 325(b) du *Communications Act* de 1934¹³¹ et de désormais créer la distinction entre le programme et le signal transportant ce programme. La section 111 du *Copyright Act* de 1976 régit ainsi la retransmission des programmes soumis au droit d'auteur, alors que la retransmission des signaux transportant les programmes est régie par la section 325(b) du *Communications Act* de 1992¹³². Les radiodiffuseurs obtiennent enfin un droit

130. Pub. L. No. 102-385, 106 Stat. 1460 (codifié dans diverses sections de 47 U.S.C.) [ci-après «Cable Act de 1992»].

131. 47 U.S.C.

132. «[n]o cable system or multichannel video programming distributor shall retransmit the signal of a broadcasting station, or any part thereof, except with the express authority of the originating station». 47 U.S.C. 325(b)(1)(A). Le F.C.C. a établi que l'autorisation de retransmettre les signaux doit être obtenue aussi bien des stations de radio commerciales que des stations de télévision commerciales. Voir W.R. HEPPLER, «The 1992 Cable Act: Rate Regulation, Must Carry & Retransmission Consent», (1994) 380 *PLI/Pat* 269, aux p. 361-362.

d'autoriser la retransmission de leurs signaux lorsqu'ils décident de ne pas effectuer le choix que leur donne la loi d'opter pour le régime du *must-carry*¹³³.

La législation américaine a créé un système particulier au sein duquel les radiodiffuseurs sont les titulaires d'un droit d'autoriser la retransmission de leur signal qui ne relève pas du droit d'auteur mais du droit des communications. De façon générale, il faut se rappeler que le *copyright* est un droit qui vise l'intérêt général: «[...] promouvoir le progrès de la science et des arts utiles [...]», énonce la Constitution des États-Unis¹³⁴. En cela, il s'opposerait au droit continental qui vise à protéger l'intérêt particulier de l'auteur¹³⁵. Le droit des communications, dans cette optique, ne diffère guère. Le *Cable Television Consumer Protection and Competition Act* de 1992 visait à étendre l'accès aux programmes audiovisuels et à enrichir la programmation offerte aux Américains¹³⁶. Le législateur est arrivé à la conclusion que cet objectif sera atteint à la condition que demeure en place une industrie de radiodiffusion herztienne prospère¹³⁷. Or, comme le note l'auteur Murphy:

[t]he economics of the cable television industry are such that cable systems have an incentive to reduce the value of broadcast signals through deletion or channel repositioning. In this

133. 47 U.S.C. § 534 (1994). *Grosso modo*, le régime du *must-carry* oblige les câblo-opérateurs locaux à retransmettre les signaux de télévision des radiodiffuseurs locaux. Ce régime impose un certain nombre de contraintes aux câblodistributeurs. Sur les modalités de ce régime, voir W.R. HEPPLER, *op. cit.*, note 132. Ce régime n'a pourtant pas été très prisé par les radiodiffuseurs en raison de sa contestation sur la base du 1^{er} Amendement par les câblodistributeurs, voir C. LUBINSKY, *op. cit.*, note 117. Ce n'est qu'en 1997, dans la décision *Turner Broadcasting System c. Federal Communications Commission*, (1997) 520 U.S. 180, que le régime du *must-carry* a été reconnu constitutionnel par la Cour suprême. À ce sujet, voir A.N. LUNG, «Must-Cary Rules in the Transition to Digital Television: A Delicate Constitutional Balance», (2000) 22 *Cardozo L. Rev.* 151.

134. Art. 1, par. 8, al. 8 de la Constitution des É.-U.

135. Makeen Fouad Makeen écrit à ce sujet: «Unlike the copyright philosophy of the USA, which emphasises the public interest as the fundamental goal, [...], France belongs to the group of countries which does not, strictly, accept the public interest as an overwhelming reason for exempting some acts from any copyright liability. Accordingly, it is very restrictive in admitting copyright exemptions», *op. cit.*, note 7, à la p. 169; voir aussi A. STROWEL, *Droit d'auteur et copyright – divergences et convergences – études de droit comparé* (Bruxelles, Bruylant, Paris, L.G.D.J., 1993).

136. Voir E.D. ROOF, D.M. TRAUTH et J.L. HUFFMAN, «Structural Regulation of Cable Television: A Formula for Diversity», (1993) 15-2 *Comm. & the Law* 43.

137. Voir le *Cable Act* de 1992, aux par. 2(10)-2(15).

context, the ability of cable systems to obtain broadcast signals without obtaining consent has proven a distinct competitive advantage. The legislative response to this imbalance is the retransmission consent provision of the 1992 Cable Bill.¹³⁸

Hormis le point commun à ces deux corpus législatifs, à savoir servir l'intérêt général, on doit reconnaître que les rationalités sous-tendant chacun des régimes de retransmission par câble qui en découle respectivement sont fondamentalement différentes: l'une vise principalement à réduire les coûts de transactions, l'autre à équilibrer la concurrence entre des industries de l'audiovisuel. D'ailleurs, le texte du *Cable Act* de 1992 dispose expressément que rien dans la loi ne pourra être interprété de façon à modifier le régime de la licence non volontaire ou à affecter les accords de licence actuels ou futurs entre les producteurs de programmes et les radiodiffuseurs¹³⁹. En pratique, cela a pour conséquence que les radiodiffuseurs n'ont pas à obtenir le consentement des titulaires des droits d'auteur sur les programmes pour autoriser les cablo-distributeurs à retransmettre leurs signaux.

Les systèmes américain et français du droit de retransmission par câble distinguent tous deux les logiques liées à la retransmission des objets relevant des titulaires de droits d'auteur de celles liées à la retransmission des objets relevant des radiodiffuseurs. Les États-Unis ont cependant choisi de rattacher le régime de la retransmission applicable aux rapports radiodiffuseurs/cablo-distributeurs au droit des communications, alors que la France a choisi de le rattacher au droit de la propriété intellectuelle. Néanmoins, dans les deux pays, aucune exception au droit d'autoriser la retransmission de l'objet de communication des organismes de radiodiffusion – qu'il s'agisse du signal ou du programme – n'est prévue par la loi.

Le Canada a en grande partie suivi le modèle américain.

138. P. MURPHY, *op. cit.*, note 117, à la p. 259.

139. 47 U.S.C. 325(b)(6), «Nothing in this section shall be construed as modifying the compulsory copyright license established in section 111 of title 17 or as affecting existing or future video programming licensing agreements between broadcasting stations and video programmers». Certains auteurs ont manifesté leur scepticisme quant à l'effectivité de cette disposition puisque, selon eux, les deux dispositions vont s'interpénétrer au prix d'effets non souhaités sur l'ensemble de l'industrie audiovisuelle. Voir P. MURPHY, *op. cit.*, note 117; voir aussi N.W. ALLARD, «The 1992 Cable Act: Just the Beginning», (1993) 15 *Hastings Comm/Ent L.J.* 305.

2.3.2.2 Le droit canadien de la retransmission par câble

Le Canada s'est inspiré du modèle américain pour confectionner le régime juridique de la retransmission par câble. Il faut cependant distinguer deux régimes: celui de l'article 31 de la LDA et celui de l'article 21 de la LDA.

L'article 31 de la LDA

C'est sous l'insistance du gouvernement américain et dans le cadre de l'*Accord de libre-échange* qu'a été reconnu en 1988 aux auteurs et leurs ayants droit un droit de retransmission. Avant cette date, la retransmission sans autorisation par câble de programmes était licite en vertu du droit canadien¹⁴⁰. Le régime de retransmission par câble de l'article 31 de la LDA est similaire à celui en vigueur aux États-Unis, même s'il est rédigé dans des termes différents:

[n]e constitue pas une violation du droit d'auteur la communication, au public, par télécommunication, d'une œuvre, lorsqu'elle consiste en la retransmission d'un signal local ou éloigné, selon le cas, celle-ci étant licite en vertu de la *Loi sur la radiodiffusion*, que le signal est retransmis, sauf obligation ou permission légale ou réglementaire, intégralement et simultanément et que, dans le cas d'un signal éloigné, le retransmetteur a acquitté les redevances et respecté les modalités fixées sous le régime de la présente loi.¹⁴¹

Cet article ne concerne donc que les droits d'auteur sur les œuvres littéraires, dramatiques, musicales ou artistiques¹⁴². La retrans-

140. Voir les décisions *Canadian Admiral Corp. Ltd. c. Rediffusion Inc.*, (1954) Ex. Cr. 382 et *CAPAC c. C.T.V. Television*, [1968] R.C.S. 676. Voir Y. GENDREAU, «A Canadian Retransmission Right: A Reality at Last», (1988/89) 5 *I.P.J.* 397; V. NABHAN, «Coup d'œil sur les modifications à la loi sur le droit d'auteur au Canada», (1989) 142 *R.I.D.A.* 175; C. BRUNET, «Le projet de loi C-130 – Vers un nouveau droit de retransmission», (1988/89) 1 *C.P.I.* 241; M. HÉTU, «Canada Updates Copyright Acts to Cover Cable and Satellite Retransmissions of Programming», (1989) 11-2 *Comm. & the Law* 25.

141. Paragraphe 31(2) LDA. Ce paragraphe, tel qu'amendé par le projet de loi C-11, comportera lors de son entrée en vigueur pour seule modification notable l'ajout d'une disposition enjoignant le retransmetteur de respecter, le cas échéant, certaines conditions réglementaires.

142. Paragraphe 31(1) LDA: «Les définitions qui suivent s'appliquent au présent article: «œuvre» Œuvre littéraire, dramatique, musicale ou artistique [...]».

mission intégrale et simultanée par fil d'un signal hertzien, émis par une station de radio ou de télévision, destiné à être reçu par le public à titre gratuit et contenant ces œuvres¹⁴³, peut être effectuée sans autorisation des titulaires des droits d'auteur y rattachés. De plus, seule la retransmission d'un signal éloigné ouvre droit, au bénéfice des auteurs ou de leurs ayants droit, à une rémunération sous forme de redevance fixée par tarif homologué et versée par une société de gestion collective¹⁴⁴.

La loi ne mentionne pas le terme «licence non volontaire», «licence obligatoire» ou «licence légale». Cependant comme l'indique la P^{re} Gendreau:

[s]ince the terms of the Free Trade Agreement dictated most of the retransmission right regime to be implemented in Canada, one could have hardly expected a legislative answer of a very different philosophy from the US system. The majority of Canadian retransmissions should thus fall under the statutory licence scheme whose modalities, because of their predominance, will probably be extended to the other types of retransmissions.¹⁴⁵

En fait, le régime instauré par la loi est double: celui d'une licence obligatoire¹⁴⁶ en même temps qu'un régime de gestion collective quasi obligatoire puisque seules les sociétés de gestion peuvent, d'une part, effectuer la demande de rémunération auprès de la Commission du droit d'auteur¹⁴⁷ et, d'autre part, percevoir les redevances dues en application de l'article 31(2) LDA¹⁴⁸.

Les motifs à l'origine du droit de retransmission aux États-Unis seraient donc transposables en droit canadien¹⁴⁹. De la même façon,

143. *Ibid.*, ««signal» Tout signal gratuit porteur d'une œuvre transmis à titre gratuit au public par une station terrestre de radio ou de télévision».

144. Voir les articles 71-76 LDA.

145. Y. GENDREAU, *The Retransmission Right: Copyright and the Rediffusion of Works by Cable* (Oxford, ESC Publishing Ltd., 1990), à la p. 35.

146. Voir V. NABHAN, *op. cit.*, note 140, à la p. 191; voir C. BRUNET, *op. cit.*, note 140, aux p. 251-255.

147. Art. 71 LDA.

148. Par. 76(1) et 76(3) LDA.

149. Voir C. BRUNET, *op. cit.*, note 140, et l'auteur d'ajouter: «[c]'est le régime de licence obligatoire qui ne surprendra personne puisque [...] cela semble, en pratique être la seule façon d'harmoniser les exigences de la *Loi sur le droit d'auteur* et celle du C.R.T.C. qui impose certaines retransmissions aux câblo-

l'absence de reconnaissance d'un «droit d'auteur» au profit des organismes de radiodiffusion aux États-Unis est certainement la raison pour laquelle l'adoption d'un tel droit au Canada n'a pas été retenue à cette époque¹⁵⁰. Cependant, du point de vue du droit voisin des radiodiffuseurs, cette situation ne s'est maintenue que jusqu'à l'adoption de l'article 21 de la LDA.

L'article 21 de la LDA

La phase II de la révision de la *Loi sur le droit d'auteur*¹⁵¹ au Canada, telle que mise en œuvre dans le projet C-32, la *Loi modifiant la Loi sur le droit d'auteur*¹⁵², a introduit un «droit d'auteur» au profit des organismes de radiodiffusion sur leurs signaux de communication. Ce «droit d'auteur» est donc distinct du droit d'auteur sur les programmes tel qu'il pourrait exister au titre de l'article 3 de la LDA. L'article 21 de la LDA dispose que:

[...] le radiodiffuseur a un droit d'auteur qui comporte le droit exclusif, à l'égard du signal de communication qu'il émet ou de toute partie importante de celui-ci:

distributeurs. Dans la mesure où ces derniers ne peuvent pas contrôler ce qu'ils retransmettent, on conçoit qu'ils ne doivent pas être à la merci des titulaires de droits sur les œuvres retransmises», à la p. 252.

150. Y. GENDREAU écrit à ce sujet: «[s]ince the existence of a copyright in broadcasts in the United States is equivocal, no such right was pressed for in the context of the Canadian retransmission right amendments». Y. GENDREAU, *The Retransmission Right: Copyright and the Rediffusion of Works by Cable* (Oxford, ESC Publishing Ltd., 1990), aux p. 38-39. Par ailleurs, l'existence d'un droit d'auteur sur la journée de programmation au titre de compilation avait été niée par la Cour d'appel fédérale. Voir *FWS Joint Sports Claimants c. Canada (Copyright Board)* (1991), 81 D.L.R. (4^e) 412. Voir aussi H.G. INTVEN, «Révision judiciaire de la première décision de la Commission du droit d'auteur en matière de droits de retransmission», (1992) 4-2 *C.P.I.* 245. On a cependant constaté (*supra*) que, suite à l'*Accord de libre-échange nord-américain*, la protection de la journée de programmation au titre du droit d'auteur a été reconnue par la Commission du droit d'auteur. Décision de la Commission du droit d'auteur relative au *tarif des droits à percevoir pour la retransmission des signaux éloignés de radio et de télévision en 1995, 1996 et 1997 (et modification au tarif de 1994)* (1996), 71 C.P.R. (3^e) 223.
151. Sur l'histoire de l'évolution de la LDA, voir Y. GENDREAU, «Nouveau visage pour la Loi canadienne sur le droit d'auteur», (1997) 76 *Rev. Bar. Can.* 384; C. BRUNET, «Le droit d'auteur au Canada de 1987 à 1997: petit article en forme de prise d'inventaire», (1997) 10 *C.P.I.* 79; voir aussi S. GILKER, «Une nouvelle loi sur les droits d'auteur: 19 504 jours et 19 études plus tard», (1988) 1 *C.P.I.* 31. Sur le projet de loi C-32, voir M.E. McLEOD, «What all IP Practitioners Should Know about Bill C-32», (1999) 88 *Copyright World* 22.
152. L.C. 1997, c. 24.

- a) de le fixer;
- b) d'en reproduire toute fixation faite sans son autorisation;
- c) d'autoriser un autre radiodiffuseur à le retransmettre au public simultanément à son émission;
- d) d'exécuter en public un signal de communication audiovisuel en un lieu accessible au public moyennant droit d'entrée.

Il a aussi le droit d'autoriser les actes visés aux alinéas a), b) et d).

Il faut joindre à cet article la définition donnée par la LDA de «radiodiffuseur»:

[o]rganisme qui, dans le cadre de l'exploitation d'une entreprise de radiodiffusion, émet un signal de communication en conformité avec les lois du pays où il exploite cette entreprise; est exclue de la présente définition l'organisme dont l'activité principale, liée au signal de communication, est la retransmission de celui-ci.¹⁵³

Au vu de ces dispositions, certains ont fait remarquer, d'une part, le caractère «étroitement restreint» de ce «droit d'auteur» et, d'autre part, sa fidèle conformité à la protection minimale prévue par la *Convention de Rome*¹⁵⁴. Par conséquent, la retransmission par câble des signaux émis par les radiodiffuseurs n'est pas protégée par ce «droit d'auteur». Les radiodiffuseurs s'étaient pourtant élevés contre cette définition obsolète du droit sur le signal de communication¹⁵⁵. Certains ont noté qu'en dépit du fait que les radiodiffuseurs:

[p]réconisaient l'élargissement de la portée du droit, de manière à empêcher les retransmissions non autorisées par les entreprises de distribution, notamment de câblo-distribution et de RDS [réseau de distribution par satellite], par les entre-

153. Art. 2 LDA.

154. J.-P. BLAIS et D. JONES, *op. cit.*, note 74, à la p. 128.

155. Représentations de l'Association canadienne des radiodiffuseurs devant le Comité Permanent du patrimoine canadien de la Chambre des communes (le 3 septembre 1996), voir J.-P. BLAIS et D. JONES, *ibid.*, à la p. 136.

prises de téléphone, par les fournisseurs de service Internet et par les SDM [système de diffusion multipoints], [...] le Canada a adopté la *Convention de Rome* au strict minimum.¹⁵⁶

Les raisons qui ont conduit le législateur canadien à adopter ce régime juridique de la retransmission par câble ne peuvent être celles du législateur américain en raison du simple fait de leur différence. Le premier permet la retransmission par câble sans autorisation des signaux émis par les radiodiffuseurs, le dernier ne le permet pas. Selon certains auteurs, l'adoption de l'article 21 LDA n'était pas visée à titre principal par le législateur canadien qui aménageait la réforme de la *Loi sur le droit d'auteur* de façon à permettre l'adhésion à la *Convention de Rome* dans ses parties relatives aux artistes-interprètes et producteurs de phonogrammes: «Rome n'a pas offert un menu à la carte. Il y avait des incitations à la ratification de la *Convention de Rome* visant à améliorer la protection internationale des artistes-interprètes et producteurs de phonogrammes canadiens, mais pour ce faire, il était nécessaire d'introduire à la même occasion une protection pour le troisième droit voisin: sur les signaux de radiodiffusion»¹⁵⁷.

Néanmoins, le régime de la retransmission par câble au Canada est aussi réglementé – comme aux États-Unis – par le droit des communications. Le législateur a en effet confié au *Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadien* (C.R.T.C.) le soin de réglementer et superviser le système canadien de radiodiffusion¹⁵⁸. En réalité, le C.R.T.C. parvient à protéger les organismes de radiodiffusion en ce qui concerne la retransmission par câble de leurs signaux à travers les conditions prévues dans l'attribution de la licence dont tout distributeur de radiodiffusion doit être titulaire pour pouvoir exercer son activité¹⁵⁹, ainsi qu'à travers ses différents règlements¹⁶⁰. En ce sens, l'*avis public CRTC 1997-25* énonce:

[e]n tenant compte des mémoires des parties, le Conseil a décidé d'inclure dans le nouveau règlement l'autorisation de distribuer les services suivants:

156. *Ibid.*

157. *Ibid.*, à la p. 139.

158. Voir les paragraphes 3(1) et 3(2) de la *Loi sur la radiodiffusion*.

159. Par. 32(1) de la *Loi sur la radiodiffusion*.

160. Voir J.-P. BLAIS et D. JONES, *op. cit.*, note 74. Voir P. TRUDEL et F. ABRAN, *Droit de la radio et de la télévision* (Montréal, Thémis, 1991), aux p. 206 et s.

– le signal d'une station de télévision canadienne éloignée, sous réserve que le distributeur ait obtenu confirmation écrite: (1) auprès de la station source, qu'elle ne s'objecte pas à la distribution proposée et qu'elle ne sollicitera pas de publicité dans le marché que dessert le distributeur; et (2) auprès des titulaires de toutes les stations de télévision locales, qu'elles ne s'opposent pas à ce que la station éloignée soit distribuée dans leur marché. Considérant le fait que le signal d'une station source peut être distribué dans un fuseau horaire qui est différent, le Conseil s'attend à ce que les titulaires des stations sources tiennent compte de ces différences lorsqu'elles mettent à l'horaire des émissions destinées aux adultes et contenant des scènes de violence.

On s'aperçoit alors que la question de la retransmission par câble dépasse le cadre du droit d'auteur auquel nous nous limitons. De ce point de vue, l'on constate que le Canada demeure le seul système parmi les quatre abordés à ne pas reconnaître un droit d'autoriser la retransmission par câble au profit des organismes de radiodiffusion, ni au titre du droit d'auteur sur les signaux de communication, ni au titre du droit d'auteur sur les programmes puisque leurs titulaires ne disposent que d'un droit à rémunération limitée aux signaux éloignés. On constate également que les quatre systèmes étudiés reconnaissent tous aux radiodiffuseurs un droit sur les programmes ou sur les signaux transportant ces programmes en des termes détaillés et limités conformément à une approche analytique. De cette caractéristique dérive la conclusion que les droits reconnus aux radiodiffuseurs sont soigneusement distillés et que ceci ne peut être que le signe d'une politique législative ciblée. La logique sous-tendant ces politiques législatives varie d'un système à l'autre mais, dans chaque cas, sa spécificité se démarque, notamment du droit de retransmission accordé aux auteurs. Lorsque l'on compare le Canada et la France, un point commun apparaît en faveur de la dualité du régime juridique de la retransmission par câble, applicable au radiodiffuseur, à la fois alimentée par le droit d'auteur et le droit des communications. Cependant, ces deux pays présentent une asymétrie dans la souplesse de traitement de la question de la retransmission des programmes ou des signaux les transportant. Cette souplesse se retrouve dans le droit d'auteur en France, alors qu'elle se retrouve dans le droit des communications au Canada grâce à l'étendue des pouvoirs réglementaires dont dispose le C.R.T.C.¹⁶¹. La question de la retransmission des programmes

161. Voir les articles 9 et 10 de la *Loi sur la radiodiffusion* et les commentaires de P. TRUDEL et F. ABRAN, *ibid.*

dans les environnements électroniques est susceptible, par conséquent, de recevoir un traitement asymétrique dans ces deux pays.

2.4 Le régime de retransmission canadien applicable aux nouveaux médias

Du point de vue canadien, la problématique de la retransmission sur Internet s'inscrit dans celle de la «dé-catégorisation» des droits d'auteur. En effet, il a été constaté que les radiodiffuseurs bénéficient d'une protection au titre de droits voisins, mais aussi au titre de droits d'auteur. En ce qui concerne ces derniers, il n'est pas certain que le législateur, au moment de l'adoption des dispositions relatives aux compilations, ait prévu qu'elles seraient utilisées aux fins de protection des programmes radiodiffusés. En adoptant les dispositions relatives aux œuvres cinématographiques, il n'est pas non plus certain que le législateur ait prévu qu'elles favoriseraient davantage les médias de la télévision que ceux de la radio. Ce désavantage serait cependant acceptable et légitime si les radiodiffuseurs dans leur ensemble n'avaient pas à recourir au droit d'auteur pour préserver leurs intérêts en raison de l'insuffisance de la protection offerte par les droits voisins. De même, il aurait été judicieux de ne pas désolidariser la notion d'œuvre, que ce soit une œuvre cinématographique ou une compilation, de celle d'originalité. En matière de compilation, il faut noter qu'en droit canadien, une partie de la doctrine autorisée considère qu'il n'est pas certain que les affaires *Feist Publications Inc. c. Rural Telephone Service Co. Inc.*¹⁶² et *Télé-direct (Publications) Inc. c. American Business Information Inc.*¹⁶³ aient remis en cause le droit en vigueur qui accorde une protection aux compilations sur la base du labeur, du talent et du jugement (théorie proche de celle du «sweat of the brow»)¹⁶⁴. Ainsi, des logiques et des notions ressortissant en principe aux droits voisins ou à des droits

162. 111 S.Ct. 1282 (1991).

163. (1996), 74 C.P.R. (3^e) 72 (C.F.P.I.), conf. par (1997), 76 C.P.R. (3^e) 296 (C.F.A), autorisation d'appeler refusée par (1998), 228 N.R. 200 (note) (C.S.C.). Sur cette affaire, voir D. FEWER, «A Sui Generis Right to Data?: A Canadian Position», (1998) 30 *Can. Bus. L.J.* 165; H.P. KNOPF, «The Database Dilemma in Canada: Is "Ultra" Copyright Required?», (1999) 48 *U.N.B.L.J.* 163; G.J. SEGAL, «Computer Databases: Domestic Protection and International Trade: A Look at American and European Issues with a Focus on Emerging Canadian Law: Télé-direct, Hagar, Ital-Press and Privacy Legislation», (1999) 13 *I.P.J.* 305; S. HANDA, «Copyright Protection of Electronic Databases», (1997) 22 *Ann. Air & Space L.* (Part I) 609.

164. J.S. McKEOWN, *Fox on Canadian Law of Copyright and Industrial Designs* (Scarborough, Carswell, 2000), aux p. 129, 131-138; Y. MAZEH, «Canadian Originality and the Tension Between the Commonwealth and the American Standard for Copyright Protection», (2003) 16-3 *I.P.J.* 561. Dans ce sens, la décision de la Cour fédérale dans l'affaire *CCH Canadienne Limitée c. Le Barreau du Haut-Canada*,

distincts du droit d'auteur¹⁶⁵ se sont insinués dans la sphère du droit d'auteur, fait qui semble regrettable aux yeux du juge Décary dans l'affaire *Télé-direct*:

L'emploi du mot «*copyright*» dans la version anglaise de la Loi a obscurci le fait que l'objet fondamental de la Loi est de protéger «le droit d'auteur». Bien que la Loi ne le définisse pas, le mot «auteur» a une connotation de créativité et d'ingéniosité. Il ne me paraît pas que les décisions fondées sur la thèse de la «transpiration», en matière de compilation de données, aient affirmé que la somme de travail est en soi une source déterminante d'originalité. Si elles l'ont fait, j'estime qu'elles sont erronées et que leur approche est incompatible avec les normes d'apport intellectuel et créatif expressément prévues par l'ALENA, puis confirmées par les modifications apportées à la *Loi sur le droit d'auteur* en 1993, et déjà reconnues par le droit anglo-canadien.¹⁶⁶

Pourtant, la Cour suprême du Canada, dans la décision *CCH Canadienne Ltée c. Barreau du Haut Canada*¹⁶⁷, a soutenu le point de vue du juge Décary au point de citer l'extrait de sa décision mentionné précédemment. Le fait que la Cour suprême écarte le critère de l'originalité pourrait indiquer que le Canada connaît une forme d'épuration du droit d'auteur, au moins dans la mesure où l'on peut désormais prétendre connaître ce qui n'est pas original: l'investissement et l'effort matériels. Concomitamment, ce rapprochement vers le sens premier de l'originalité devrait logiquement suggérer la nécessité d'opérer un recentrage sur les droits gouvernants le non original, soit par essence les droits des organismes de radiodiffusion.

Parler à ce titre d'«épuration» du droit d'auteur peut être intéressant du point de vue théorique, mais paraît n'alimenter que de façon abstraite un débat peu fertile sur la pureté du droit d'auteur. Pourtant, une bonne théorie peut s'avérer très pratique. En distinguant clairement les droits voisins des droits d'auteur, on éviterait certaines incertitudes. Lorsque l'on permet aux radiodiffuseurs de bénéficier d'un droit d'auteur sur leur programme, on perd de vue l'essence du régime d'exception de la licence obligatoire. Les raisons

[2002] 2 C.F.A. 187, contredisant le principe retenu dans l'affaire *Télé-direct* (Appel entendu par la Cour suprême le 10 novembre 2003). Sur cette décision, voir W. HAYHURST, «Creativity' as an Aspect of Originality: Copyright in Works that are included in Other Works», (2003) 25-8 *E.I.P.R.* 326. *Contra*: Y. GENDREAU, «La civilisation du droit d'auteur canadien», (2000) 1 *R.I.D.C.* à la p. 121; voir aussi M. LAMOTHE-SAMSON, «Les conditions d'existence du droit d'auteur: n'oublions pas l'auteur et sa créativité!», (2003) 15-2 *C.P.I.* 619.

165. C'est-à-dire droits *sui generis*.

166. [1998] 2 C.F. 37-38.

167. 2004 CSC 13.

ayant présidé à l'adoption d'une licence obligatoire ou du refus de l'adoption d'une licence obligatoire, au sein de l'Union européenne, en France, aux États-Unis et au Canada, ont été identifiées comme relevant d'une question de coûts de transaction: la multitude des auteurs, des titulaires de droits d'auteur et des applications technologiques permettant l'exploitation massive des œuvres ne permettent pas d'envisager une négociation individuelle pour chaque œuvre. En revanche, l'identification des radiodiffuseurs est possible en raison de leur nombre restreint. Par conséquent, l'absence d'attribution à leur égard d'un droit exclusif de retransmission ne se justifie pas du point de vue transactionnel.

Les exceptions au droit des radiodiffuseurs sur leur programme étaient justifiées pour des motifs différents. Il s'agissait principalement d'organiser la concurrence au sein du secteur audiovisuel, de manière à assurer un accès de tous à ces services ainsi qu'une programmation diversifiée. En fait, l'existence d'un marché libre et concurrentiel doit permettre de remplir ces objectifs. Or, le marché en question repose essentiellement sur une organisation territoriale¹⁶⁸.

En outre, il est permis de penser que cette sollicitation du droit d'auteur a pour cause l'inefficacité des droits voisins attribués aux radiodiffuseurs. Pour y remédier, il faudrait faire bénéficier ce dernier de la modernité du concept de télécommunication, caractérisé par sa neutralité technologique¹⁶⁹. Il faudrait également, soit redéfinir, dans le même esprit, la notion de signal, soit recourir à la

168. À cet égard, on se reportera à l'avis public de radiodiffusion CRTC 2003-2 qui énonce que:

68. [...] Puisque le régime en place attribue les droits de diffusion sur une base territoriale, la possibilité qu'une émission retransmise sur Internet soit rendue disponible dans le monde entier peut réduire considérablement les chances du détenteur des droits rattachés à l'émission de les attribuer dans des marchés géographiquement délimités. Le Conseil considère que cela aurait des conséquences fâcheuses importantes pour les télédiffuseurs et les producteurs de télévision canadiens et pour le système canadien de radiodiffusion dans son ensemble. [...]

71. Par ailleurs, le Conseil estime que, pour les raisons mentionnées au paragraphe 68 et associées à la perte de contrôle de la portée territoriale des signaux, la retransmission sur Internet en vertu des dispositions de licences obligatoires de la *Loi sur le droit d'auteur* risque de réduire les possibilités de revenus additionnels des radiodiffuseurs canadiens en octroyant les droits des émissions qu'ils ont créées dans des marchés étrangers. Elle risque également de réduire les possibilités de ces derniers ainsi que celles des autres détenteurs de droits d'octroyer séparément les droits des œuvres accessibles sur Internet.

Avis public de radiodiffusion CRTC 2003-2, en date du 17 janvier 2003, *Retransmission sur Internet – Rapport au gouverneur en conseil, conformément au décret C.P. 2002-1043* (<http://www.crtc.gc.ca/archives/FRN/Notices/2003/pb2003-2.htm>).

169. Pour une réflexion sur le principe de la neutralité technologique, voir Y. GENDREAU, «A Technologically Neutral Solution for the Internet: Is it Wishful Thinking», (2000) 133 *Barreau du QC: Développements récents en Droit du divertissement* 17.

notion de programme qui présente certains avantages par rapport à la première.

Le régime de l'article 31 LDA avait été adopté dans le contexte de l'*Accord de libre-échange entre le Canada et les États-Unis* à la suite de l'insistance pressante de la *Motion Picture Association of America* (représentant les producteurs de films) dont la voix était fidèlement relayée par le gouvernement américain¹⁷⁰. À l'époque, ni le Canada, ni les États-Unis n'accordaient aux radiodiffuseurs de droit sur leurs signaux. L'article 31 était donc bel et bien la chose des créateurs. Or, aujourd'hui on s'aperçoit que c'est toujours le cas: la proportion des revenus tirés du droit de retransmission revient en majorité aux producteurs d'émission, indépendants des radiodiffuseurs. Au surplus, le principe d'une licence obligatoire ne se justifie plus du point de vue du droit d'auteur¹⁷¹. On remarque que, dans d'autres pays, on lui préfère la seule gestion collective des droits. Lorsque cette dernière n'est pas rendue obligatoire par la loi, elle s'organise spontanément et ce, d'autant plus facilement aujourd'hui, en raison de la simplification de la gestion et de l'exploitation des droits grâce aux apports des technologies numériques¹⁷². Par conséquent, les problèmes relatifs à la diversité de la programmation et du champ concurrentiel pourraient être valablement traités à partir du seul droit voisin des radiodiffuseurs. La tendance naturelle de ces derniers à renforcer leur position sur le marché continuerait d'être traitée par le biais du pouvoir réglementaire du CRTC. La question de la retransmission sur Internet dépendra de la possibilité de continuer à préserver le découpage territorial des marchés de radiodiffusion¹⁷³.

170. Voir C. BRUNET, «Le projet de loi C-130 – Vers un nouveau droit de retransmission», (1988/89) 1 *C.P.I.* 242.

171. Makeen FOUAD MAKEEN, *op. cit.*, note 7, à la p. 81 écrit à ce sujet: Although in 1928, the insertion of a compulsory licence provision seemed to have been necessary to accommodate the position of some countries, the situation is very different today. Then broadcasters and governments had every reason not to trust collecting societies, especially since broadcasting was still in its infancy. The practice of the last 70 years, however, has demonstrated that broadcasters and authors represented by collecting societies share the same goal, i.e. a wider dissemination of [musical] works. The compulsory licence in Article 11bis seems to have outlived its usefulness, as the practice of collecting societies has shown that broadcasters' fears were groundless.

172. Dans ce sens, voir C. RODRIGUES, «L'impact de la technologie numérique sur l'exercice et la gestion collective des droits voisins dans le cadre de la Convention de Rome», (1997) 31-4 *Bull. Droit d'auteur* 16.

173. Dans ce sens, Avis public de radiodiffusion CRTC 2003-2, en date du 17 janvier 2003, *Retransmission sur Internet – Rapport au gouverneur en conseil, conformément au décret C.P. 2002-1043*, <http://www.crtc.gc.ca/archive/FRN/Notices/2003/pb2003-2.htm>. Voir également *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*, 22 juin 2001, <<http://www.strategis.ic.gc.ca/epic/internet/incrp-prda.nsf/vwGeneratedInterF/Home>>.

3. Conclusion

De façon générale, le problème de la radiodiffusion sur Internet pose la question de l'adaptabilité du droit. À cet égard, l'approche de droit comparé a permis de constater l'avantage, en terme d'adaptabilité, de choisir un objet de communication plutôt qu'un autre. Le choix par le système français du «programme» en tant qu'objet de communication semble plus avantageux que celui de «signal», puisque le premier existe de façon indépendante du vecteur alors que le second se confond avec un vecteur et s'y limite.

Par ailleurs, au plan de l'exploitation des objets de communication, l'analyse de droit comparé permet de constater l'avantage de la solution qui consiste à retenir la notion de «télédiffusion», puisque celle-ci a le mérite d'englober tous les actes d'exploitation. En revanche, les organismes de radiodiffusion, au Canada, ne bénéficient pas d'un champ de protection aussi large. En effet, l'article 21 de la *Loi sur le droit d'auteur*, qui dispose que le radiodiffuseur a un droit exclusif d'autoriser un autre radiodiffuseur à retransmettre le signal au public, ne fournit aucune protection en matière de retransmission simultanée sur Internet. En effet, l'article 2 de la *Loi sur le droit d'auteur*, auquel renvoie l'article 21, donne une définition du «radiodiffuseur» qui exclut les personnes qui ont pour activité principale la retransmission et qui n'émettent pas des signaux. Or, les retransmetteurs sur Internet sont des retransmetteurs à titre principal qui n'émettent pas des signaux au sens de la Loi. Au surplus, les diffuseurs sur Internet ne peuvent se prévaloir de l'article 21 en sa rédaction actuelle. Pourtant, une notion équivalente de «télédiffusion» existe au Canada: la notion de «télécommunication». Cette dernière pourrait être aisément intégrée au droit des organismes de radiodiffusion.

En attendant, la solution consiste pour les deux catégories de radiodiffuseurs à renoncer à une protection au titre de leur droit voisin et à rechercher une protection au titre du droit d'auteur. Il s'agit alors de tenter de «découvrir» un droit d'auteur sur le «programme». Une telle découverte serait le signe de l'existence de ressources au sein du système juridique canadien qui ferait alors preuve d'une réelle adaptabilité. Bien que la notion de programme n'existe pas en droit d'auteur canadien, elle est susceptible d'apparaître sous une forme qui est reconnue par la *Loi sur le droit d'auteur*. Par exemple, la notion de programme peut apparaître sous la forme d'une œuvre cinématographique. Cependant, on s'est aperçu que le radiodiffuseur ne filme pas systématiquement l'événement, qu'il n'est pas toujours le cessionnaire des droits sur le film et que cette catégorie d'emprunt

exclut la radio. On a ensuite envisagé la découverte de la notion de programme au moyen des droits du producteur. Or, on s'est également aperçu que les radiodiffuseurs agissent avant tout en tant que distributeurs des productions audiovisuelles et ne produisent pas en général les programmes qu'ils diffusent. Enfin, on a considéré que les œuvres de compilation pouvaient jouer le rôle de programme. Cette fois, on a constaté que la rémunération au titre de la compilation reste marginale.

Somme toute, il est certes permis d'affirmer qu'un droit d'auteur sur des objets proches de la notion de programme est disponible en droit canadien, mais la protection demeure incomplète et limitée à un droit à rémunération qui s'avère au surplus faible en valeur.

Le débat autour de la question de la retransmission sur Internet est révélateur du problème de l'adaptabilité du droit. Le projet de loi C-48, devenu C-11, est par définition une réponse à un manque d'adaptabilité du droit puisqu'il est procédé à son adaptation formelle au moyen d'une intervention législative¹⁷⁴. L'intention est louable mais il n'est pas certain que l'approche mise en œuvre soit suffisamment profonde pour remédier à un problème qui s'avère beaucoup plus structurel que conjoncturel. Il ne fait aucun doute que la *Loi sur le droit d'auteur* connaît la distinction entre droit d'auteur et droit voisin – comme en attestent d'ailleurs sa Partie I et sa Partie II. Partant, il convient d'insister sur le fait que les logiques respectives de ces droits sont différentes. La catégorie des droits d'auteur se fonde sur le principe de l'intégration du rapport sujet-objet, alors que la catégorie des droits voisins des radiodiffuseurs se fonde sur la relativité du lien sujet-objet. Dès lors, que l'on tente de «forcer» ces logiques, c'est-à-dire lorsque l'on essaie de faire jouer à un droit le rôle d'un autre, on aboutit à des défaillances du système. Le fait d'envisager la protection des radiodiffuseurs au moyen du droit d'auteur est incohérent et contradictoire. À cet égard, il est nécessaire de rappeler que la rationalité de la licence obligatoire de l'article 31 relève d'une question de coûts de transaction. Pourtant, lorsque l'on compare le système européen, celui de la France, celui des États-Unis et celui du Canada, seul ce dernier n'accorde pas aux organismes de radiodiffusion un droit exclusif d'autoriser la retransmission par fil des émissions et leur impose par ailleurs une licence obligatoire. Aux États-Unis, dont le modèle a été repris au Canada en application de l'Accord de libre-échange Canada/États-Unis, on a refusé par la suite d'étendre un tel régime aux organismes

174. Projet de loi C-11, *Loi modifiant la Loi sur le droit d'auteur*, 2^e sess., 37^e Parl., 51 Elizabeth II, 2002 (sanctionné le 12 décembre 2002).

de radiodiffusion. Ce refus obéissait à une logique distincte de celle reliée aux coûts de transaction. Il s'agissait d'équilibrer la concurrence entre les industries du câble et celles de la radiodiffusion. En Europe, on justifie le refus d'imposer aux radiodiffuseurs un régime de licence légale par l'absence de coûts de transaction. En effet, on considère que, compte tenu de leur nombre restreint, la négociation individuelle reste possible.

Au Canada, au moment de son adoption, il est évident que l'article 31 était la chose des créateurs puisque les radiodiffuseurs ne détenaient, à l'époque de son entrée en vigueur, aucun droit exprès, ni au titre de droits voisins, ni au titre de droits d'auteur. Qui plus est, lorsqu'un droit au profit des radiodiffuseurs était «découvert», cela s'effectuait au prix d'une distorsion, soit de la logique du droit d'auteur – c'est-à-dire la protection des émissions au titre de photographies, puis au titre d'œuvres cinématographiques non originales –, soit de l'intention du législateur, il est loin d'être certain que le législateur, au moment de l'adoption des mesures protégeant les compilations, avait envisagé que la journée de programmation entretrait dans cette catégorie.

Par conséquent, le principe qui consisterait à limiter le champ de la licence obligatoire de l'article 31 de façon à garder la maîtrise de la retransmission sur Internet est acceptable puisqu'il correspond à la logique visant à préserver un équilibre entre des industries concurrentes, celles de la radiodiffusion et celle de la retransmission sur Internet, notamment au titre du respect de la répartition géographique des marchés de retransmission. Cependant, cette logique n'est pas nécessairement transposable aux créateurs et leurs ayants droit. Bien plus, cette réalité risque de déployer tous ses effets au moment où se poserait la question du renforcement des droits des organismes de radiodiffusion sur leurs signaux suite à la ratification d'un nouveau traité de l'OMPI sur la protection des droits des organismes de radiodiffusion¹⁷⁵. En effet, il pourrait y avoir une contradiction entre le régime de l'article 31, tel qu'amendé, et les futures exigences conventionnelles internationales.

Un découpage ordonné des catégories du droit d'auteur est censé donner au système sa pleine autonomie fonctionnelle. Par conséquent, l'absence d'une réflexion plus large sur l'opportunité de clarifier les logiques des deux catégories de droits et de mettre en

175. Suivre les développements de l'OMPI à ce sujet, dont la 7^e session du Comité permanent sur le droit d'auteur et les droits connexes, Genève, 13-17 mai 2002. Voir Doc. OMPI SCCR/7/1, 11 mars 2002.

œuvre une politique visant à éviter les confusions de logiques se justifierait difficilement.

Enfin, toute modification du régime de retransmission devra par ailleurs s'effectuer en conformité avec les autres obligations conventionnelles internationales auxquelles le Canada serait soumis. En décembre 1996, le Canada a signé le *Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur* (WCT) visant à asseoir les droits des auteurs et des compositeurs dans l'environnement numérique¹⁷⁶. La ratification du *Traité* est donc fonction du respect par le Canada des dispositions prévues par les *Traités*. Particulièrement, dans la mesure où il s'appliquerait aux cas de diffusion sur Internet, l'article 8 du WCT – qui exige des États membres d'attribuer aux auteurs un droit exclusif de communiquer au public leurs œuvres, par fil ou sans fil, y compris 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 individualisée¹⁷⁷ – devra être pris en considération. En effet, les déclarations communes concernant le *Traité*, adoptées par la conférence diplomatique le 20 décembre 1996, énoncent à propos de l'article 8 qu'«[il] est entendu en outre que rien dans l'article 8, n'interdit à une Partie contractante d'appliquer l'article 11*bis*.2)»¹⁷⁸. Deux interprétations de cette déclaration sont possibles: soit que le mécanisme de la licence obligatoire prévue à l'article 11*bis*.(2) de la *Convention de Berne* demeure disponible, sauf en ce qui concerne le droit prévu à l'article 8 du *Traité*, soit que les lois nationales peuvent étendre le mécanisme de la licence obligatoire au droit exclusif de l'article 8 du *Traité*. Dans l'éventualité où seule la première interprétation est acceptable¹⁷⁹, l'unique manière de retenir le principe d'une licence obligatoire en matière de retransmission des programmes serait de la rattacher à un droit voisin qui échappe par définition à la juridiction de la *Convention de Berne* et du *Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur*.

176. Voir M. FICSOR, «Copyright for the Digital Era: The WIPO "Internet" Treaties», (1997) 21-3/4 *Colum.-VLA J.L. & the Arts* 197; J. REINBOTHE, M. MARTIN-PRAT, S. Von LEWINSKI, «The New WIPO Treaties: A First Résumé», (1997) 4 *E.I.P.R.* 171. Voir aussi L. BRENNAN, «The Copyright Wars: The WIPO Treaties and the New Information Economy», (1998) 533 *PLI/Pat* 623.

177. Document OMPI CRNR/DC/94.

178. *Ibid.*

179. Dans ce sens, Makeen FOUAD MAKEEN, *op. cit.*, note 7, à la p. 238: «Although no records for the 1996 Conference have been published, it seems most likely that the first interpretation was the one intended by the Conference. The compulsory licence mechanism of Article 11*bis* came under attack during the Conference, and its further extension to cover the newly recognised right is inconceivable». Voir, par ailleurs, S. RICKETSON, *WIPO Study on Limitations and Exceptions of Copyright and Related Rights in the Digital Environment*, WIPO, Genève, 5 avril 2003, SCCR/9/7.