

L'échange de fichiers musicaux par Internet: où en sommes-nous à la fin de l'année 2002?

René Pepin*

1. Introduction	949
2. Un bref rappel historique.	951
3. L'affaire <i>Napster</i>	954
3.1 Les deux grandes décisions de juillet 2000 et février 2001	954
3.2 Chronologie des événements après la décision en appel	957
4. La jurisprudence après <i>Napster</i>	961
5. Du côté de la législation: la MOCA aura-t-elle un goût amer?	970
6. La loi <i>Consumer Broadband and Digital Television Promotion Act</i>	972
7. Au Canada	973
8. Conclusion.	983

© René Pepin, 2003.

* Professeur, Faculté de droit, Université de Sherbrooke.

1. Introduction

Ce qui fut communément appelé l'«affaire *Napster*»¹ aux États-Unis a rapidement pris l'allure d'une saga. Les développements technologiques qui ont permis son avènement, soit la compression des fichiers musicaux, ne datent que de quelques années, mais la compagnie *Napster* s'est vue propulsée, presque du jour au lendemain, à l'avant-scène de la problématique des droits d'auteur dans le monde de l'informatique. Le logiciel «*MusicShare*», créé en 1999 par Shawn Fanning, représentait la réalisation du pire cauchemar des compagnies de disques: il devenait techniquement possible et assez facile pour un consommateur d'acheter un seul exemplaire d'un disque, d'en charger le contenu sur le disque dur de son ordinateur et de l'offrir gratuitement à tout venant. On a estimé que le nombre d'internautes utilisant les services de la compagnie *Napster* se chiffrait à 20 millions un an après sa création, et qu'on a atteint le chiffre faramineux de 945 000 visites par jour du site de *Napster*, et d'un total de 90 millions d'utilisateurs juste avant que le service soit fermé par décision judiciaire en juillet 2001²! Il ne faut pas se surprendre de voir que cette affaire ait donné lieu, tant aux États-Unis qu'au Canada, à un grand nombre d'études juridiques: articles, analyses d'arrêts et colloques³.

-
1. Voir René PEPIN, «Et si *Napster* était une compagnie canadienne?», (2002) 14-2 *Les Cahiers de propriété intellectuelle* 671.
 2. J.A. SIFFERD, «The Peer-To-Peer Revolution: a Post-*Napster* Analysis of the Rapidly Developing File-Sharing Technology», 4 *Vand. J. Ent. L. & Prac.* 92, p. 93.
 3. Pour quelques exemples d'études aux États-Unis, on pourra consulter les textes suivants: A. BERSHADSKY, «*RIAA c. Napster*: a Window onto the Future of Copyright Law in the Internet Age», 18 *J. Marshall J. Computer & Info L.* 755; J.U. BLACKOWICZ: «*RIAA c. Napster*: Defining Copyright for the Twenty-First Century?», 7 *B. U. J. Sci. & Tech. L.* 182; E.R. HEARN: «Music and the Internet: Special Problems and Emerging Solutions», 631 *PLI/Pat* 1285 (2001); D.G. POST, «2001 Symposium: *Napster* and Beyond: Protecting Copyright in the Digital Millennium», 20 *TMPELTJ* 35 (2001); au Canada, cf. J. LABRÈCHE, «Droit d'auteur et Internet: l'affaire *Napster*», dans *Développements récents en propriété intellectuelle*, Service de formation permanente du Barreau du Québec, vol. 157, (Cowansville, Blais, 2001).

Mais il semble que les textes publiés à ce jour sur cette affaire se soient pratiquement tous arrêtés à la situation prévalant en février 2001, date à laquelle une cour d'appel⁴ a confirmé la décision rendue en première instance en juillet 2000⁵ d'émettre une injonction provisoire. L'objet du présent texte est de faire le suivi, si on peut dire, de la problématique soulevée dans l'affaire *Napster*⁶.

Il y a pourtant plusieurs autres décisions de tribunaux qui ont été rendues concernant la compagnie Napster, après février 2001, et qui ne portent pas seulement sur des questions procédurales. La décision de la Cour d'appel avait été en effet de renvoyer le dossier en première instance pour qu'il y soit décidé d'accorder ou non une injonction permanente. Et il y a plus: en 2001 et en 2002 sont apparus sur le réseau Internet des logiciels semblables à celui en cause dans le cas *Napster*, mais avec cette particularité d'être encore plus difficiles à contrer, parce que les fichiers musicaux ne transitent plus par un serveur central. C'est ce qui est couramment appelé la technologie «P2P: peer to peer», ou d'internaute à internaute, sans avoir besoin d'intermédiaire. Il y a actuellement des décisions de tribunaux américains sur cette question, qu'il sera très important de scruter. Il sera aussi intéressant de voir ce qui s'est passé au plan législatif. Au moment de la décision *Napster*, la loi DMCA⁷ (*Digital Millenium Copyright Act*) était en vigueur, mais le Congrès a depuis adopté la loi surnommée MOCA⁸ (*Music Online Competition Act*), et il y a des projets de loi présentement à l'étude. Il faudra vérifier si ces textes ont changé les règles juridiques applicables. Il faudra aussi examiner si l'état du droit a changé au Canada.

Il y a actuellement⁹ une loi qui vient d'être approuvée par le Parlement fédéral¹⁰, modifiant l'article 31 de notre loi sur le droit d'auteur, définissant ce que constitue un «retransmetteur de nouveaux médias». On sait aussi que deux ministères fédéraux,

4. *A & M Records, Inc. c. Napster, Inc.*, 239 F 3d 1004 (2001).

5. *Ibid.*, 114 F. Supp. 2d 1087 (2000).

6. Nous tenons pour acquis que le lecteur de notre texte a de bonnes connaissances de base en droit d'auteur et qu'il est au fait des enjeux juridiques impliqués dans les décisions concernant la compagnie Napster. Notre objectif n'est pas de ré-étudier ces décisions.

7. Elle est maintenant incorporée à la loi américaine sur le droit d'auteur (Copyright Act): cf. 17 U.S.C. s. 1201-1205.

8. H.R. 2724, 107th Cong. (2001).

9. La rédaction du présent texte a été achevée en décembre 2002.

10. L.C. (2002), c. 26. Au moment d'écrire ces lignes la loi n'est pas encore en vigueur.

Industrie Canada et Patrimoine Canada¹¹, ont entrepris en 2001 un processus de réforme de la *Loi sur le droit d'auteur*¹², notamment sur la question qui nous concerne. Il nous faudra vérifier quel est l'état de ces travaux. Au Québec, enfin, une loi a été adoptée en 2001, la *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information*¹³, traitant de la responsabilité des intermédiaires qui fournissent divers services à ceux qui sont reliés au réseau Internet. On devra examiner jusqu'à quel point ces diverses dispositions pourraient trouver application dans le cas de la personne qui facilite l'échange de fichiers musicaux.

2. Un bref rappel historique

La problématique qui est en cause dans la question de l'échange de fichiers musicaux par le système Internet tient en partie au fait que pendant des décennies, aux États-Unis, les compagnies de disques ne possédaient pas de droit d'auteur sur leur enregistrement¹⁴. Le Congrès légiféra sur cette question en 1909 pour modifier la portée de décisions récemment rendues en jurisprudence¹⁵. On reconnut un droit d'auteur complet à l'auteur d'une pièce musicale, *i.e.* à la personne qui a composé la mélodie et, s'il y a lieu, à celle

11. Deux documents de consultation particulièrement pertinents pour nous ont été produits: «L'application de la loi sur le droit d'auteur pour ce qui est des licences obligatoires de retransmission par Internet» et «Document de consultation sur les questions de droit d'auteur à l'ère numérique». Tous deux sont accessibles sur le site internet d'Industrie Canada: <http://strategis.ic.gc.ca/SSGF/rp000008f.html> et <http://strategis.ic.gc.ca/SSAGF/rp01099f.html>.
12. L.R.C. (1985), c. C-42, ci-après «LDA».
13. L.Q. (2001), c. 32. Cette loi a été étudiée par le professeur Trudel. Cf. P. Trudel, «La responsabilité civile sur Internet selon la *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information*» dans *Développements récents en droit de l'Internet*, Service de formation permanente du Barreau du Québec, vol. 160 (Cowansville, Blais, 2001), p. 107.
14. Au Canada la situation était différente, mais pas en pratique. En effet l'article 4(4) de la loi, dans sa version qui est restée inchangée pendant une cinquantaine d'années, prévoyait que le droit d'auteur désigne «relativement à [...] un organe à l'aide (duquel) des sons peuvent être reproduits mécaniquement, le droit exclusif de reproduire un tel organe [...] sous quelque forme matérielle que ce soit». S.R.C. 1970, c. C-30. Les compagnies de disques semblent donc avoir un droit d'auteur qui leur appartienne en propre. Mais comme elles se faisaient systématiquement céder les droits des compositeurs, on arrive à un résultat semblable: les stations de radio paient une fois un montant d'argent, selon le tarif élaboré par les sociétés de gestion et approuvé, et peu leur importe ensuite comment ces sommes sont distribuées.
15. Nous avons fait un survol des diverses lois adoptées aux États-Unis sur cette question au cours des ans: «Piratage, musique et Internet: la solution se trouve-t-elle dans le modèle américain?», (2002) *Lex Electronica*, vol. 6, n° 2. (<http://lex-electronica.org>).

qui a composé les paroles. Une station de radio ne pouvait faire jouer des disques sans payer des droits d'auteur, car ce faisant elle aurait enfreint les droits de ces personnes de diffuser leur œuvre par la magie des ondes. Mais elle n'avait pas à payer de droits d'auteur à une compagnie de disques. Celle-ci était indemnisée par ce qu'on a surnommé la «first sale doctrine», *i.e.* par l'argent reçu au moment de la vente des disques. À ce moment ses droits s'éteignent. Il y avait donc une sorte de mariage de raison entre les compagnies de disques et les stations de radio. Celles-ci font à toutes fins pratiques la publicité pour les nouveaux disques, en les faisant connaître. Un certain pourcentage des amateurs qui aiment une pièce entendue à la radio vont normalement vouloir se procurer le disque. Ainsi, les compagnies de disques ne sont pas perdantes au jeu. L'entente est si bonne entre ces intervenants qu'on sait qu'à chaque fois qu'un artiste lance un nouveau disque, les compagnies en inondent les stations de radio de copies gratuites.

Cette situation est restée quasi inchangée jusqu'aux années 70, époque où les progrès technologiques ont permis à des contrefacteurs de fabriquer plus facilement et rapidement des copies d'œuvres musicales. En 1971, le Congrès adopta la *Sound Recording Act*, qui reconnut un premier droit d'auteur aux compagnies de disques, mais seulement sur la reproduction mécanique des disques et pas sur l'exécution publique des pièces musicales. Ces règles n'ont pas été changées lors de la dernière refonte majeure de la loi américaine sur le droit d'auteur en 1976. En 1992 fut adoptée la *Audio Home Recording Act*¹⁶, pour tenir compte de l'arrivée sur le marché des appareils permettant l'enregistrement sur cassette de la musique diffusée à la radio, ou fait à partir d'une autre cassette ou d'un disque compact. Elle a tranché en faveur du consommateur la question de la légalité de l'enregistrement de telles pièces musicales, lorsque c'est pour son usage personnel. Un consommateur peut donc légalement se faire

16. Les revues américaines fourmillent de textes ayant analysé les diverses législations adoptées au cours des ans par le Congrès. Pour une excellente étude de l'ensemble de ces lois, cf. B.M. SCHULMAN, «The Song Heard' Round the World: the Copyright Implications of MP3S and the Future of Digital Music», 12 *Harv. J. L. & Tech.* 589 (1999). Pour une étude de la loi de 1992, cf. A. MELVILLE, «The Future of the Audio Home Recording Act of 1992: Has It Survived the Millenium Bug?», 7 *B.U.J. Sci. & Tech. L.* 372 (2001). Pour une étude de la loi de 1995, cf. L. LUBASH, «How the Digital Performance Rights in Sound Recordings Act of 1995 Protect Copyright Owners on the Internet», 14 *Santa Clara Computer & High Tech. L.J.* 497 (1998); pour une étude plus spécifique de la loi de 1998, cf. S. MARKS, «Entering the Sound Recording Performance Right Labyrinth: Defining Interactive Services and the Broadcast Exemption», 20 *Loy. L.A., Ent. L. Rev.* 309 (2000).

une copie sur cassette des pièces musicales contenues sur un disque compact qu'il s'est acheté, par exemple pour pouvoir utiliser la cassette dans la radio de son auto. Ce qui reste interdit est l'enregistrement à partir d'une copie. Au Canada, on a mis en place un régime semblable dans les années 90¹⁷, avec un système de droits à acquitter sur le prix de chaque support vierge acheté, pour tenir compte des sommes perdues par les compositeurs, les paroliers et les compagnies de disques. Mais la plus grande faiblesse de la loi américaine de 1992 est qu'elle ne vise pas les disques durs des ordinateurs ni les appareils capables d'enregistrer la musique en format numérique, d'où la nécessité pour le Congrès d'adopter peu de temps après d'autres législations.

En 1995 est intervenu un changement important au niveau législatif, par l'adoption de la *Digital Performance Rights in Sound Recordings Act*. Elle traitait de la façon dont les œuvres musicales peuvent être exploitées légalement lorsque diffusées en format numérique. Pour la première fois, les compagnies de disques se sont fait octroyer un véritable droit d'auteur sur l'exécution publique des «enregistrements sonores», *i.e.* leur propre œuvre, mais ce droit a été encadré de façon stricte. Le Congrès américain a cherché à éviter que les internautes puissent télécharger leurs œuvres musicales préférées sans payer de redevances à qui que ce soit. La loi traite du «webcasting», par opposition au «broadcasting», *i.e.* la diffusion du signal d'une station de radio dans l'air libre par ondes électromagnétiques. Dans le cas de la diffusion de signaux par Internet, soit le «webcasting», la loi fait une distinction importante entre les services dits «interactifs» et «par abonnement». Les services «par abonnement», malgré leur appellation, sont ceux auxquels on a accès lorsqu'on utilise un logiciel comme Real Player¹⁸, qui permet de recevoir par Internet le signal de différentes stations de radio à travers le monde. La loi prévoit que les entreprises qui mettent sur Internet ces signaux doivent payer des droits d'auteur, dont le montant est pré-déterminé. Elles sont soumises à des conditions qui font que l'auditeur ne pourra enregistrer ou télécharger facilement

17. *Supra*, note 12, art. 80 et 81.

18. C'est en 1995 que la compagnie Progressive Networks lança sur le marché le logiciel Real Audio, permettant de transmettre le son sur le réseau Internet. Puis la compagnie RealNetworks mit sur le marché le logiciel Real Player, qui peut transmettre à la fois le son et l'image. La technologie était à ce moment en place pour la transmission de la musique en format numérique sur Internet. Cf. K.L. CRAFT, «The Webcasting Music Revolution Is Ready To Begin, As Soon As We Figure Out the Copyright Law: The Story of the Music Industry At War With Itself», 24 *Hastings Comm. & Ent. L. J.* 1, p. 12.

ses pièces favorites, notamment parce qu'il ne pourra savoir d'avance quelle pièce sera jouée, et quand elle le sera. Les services dits «interactifs» sont ceux auxquels on pense quand on songe à la façon dont la musique est maintenant rendue disponible sur Internet. Ces entreprises doivent négocier à la pièce avec les compagnies de disques les montants à payer pour diffuser le contenu de leur répertoire d'œuvres. C'est ainsi qu'elles sont indemnisées pour la diminution des ventes de disques. La loi prévoit aussi que les compositeurs et les paroliers doivent recevoir des sommes d'argent. On a voulu contrer l'argument selon lequel lorsque la musique sur Internet est téléchargée, elle est simplement copiée, et non exécutée publiquement. Dans un tel cas, seules les compagnies de disques auraient eu droit à une indemnité car ce sont elles qui possèdent le droit d'auteur relatif à la reproduction mécanique des œuvres musicales.

En 1998, enfin, fut adoptée la *Digital Millenium Copyright Act*. Elle a d'abord précisé les concepts qui se trouvent dans la loi de 1995, en ce qui concerne les services dits «interactifs» ou «par abonnement». Elle a identifié quelles activités des services «par abonnement» sont permises, en explicitant jusqu'à quel point on peut offrir une programmation «choisie» par l'auditeur. Dans un deuxième temps, elle interdit tout ce qui cherche à contourner les diverses mesures protégeant les œuvres musicales disponibles sur Internet, par exemple les systèmes exigeant un mot de passe, ou les éléments qui se trouvent dans un fichier musical, destiné à en empêcher la reproduction. Enfin, grande nouveauté, la DMCA traite de la responsabilité juridique des fournisseurs de services Internet. Elle traite tant de ceux qu'on appelle à l'heure actuelle les fournisseurs d'accès et les fournisseurs de services. Elle les exonère de responsabilité dans la mesure où ils agissent essentiellement comme une entreprise de télécommunication, en offrant un service passif, sans interférer aucunement avec ce qui est véhiculé sur leurs équipements. Elles doivent aussi adopter une politique de débranchement des abonnés dont elles ont su qu'ils violent la loi sur le droit d'auteur à répétition.

3. L'affaire Napster

3.1 Les deux grandes décisions de juillet 2000 et février 2001

Les compagnies de disques ont entrepris des procédures juridiques contre Napster en décembre 1999, pour violation de leurs droits d'auteur. Nous allons faire ici un bref rappel des principaux

arguments des parties et des deux décisions rendues sur la demande d'injonction interlocutoire¹⁹. Les compagnies de disques devaient, pour avoir gain de cause, montrer d'abord qu'elles détenaient les droits d'auteur sur des pièces musicales, puis que l'un ou plusieurs de leurs droits que leur reconnaît la loi américaine sur le droit d'auteur avaient été violés. Pour ce faire, vu que Napster ne distribuait pas elle-même les pièces musicales, elles devaient montrer que les usagers du service de Napster violaient un des droits reconnus par la loi aux créateurs ou aux compagnies de disques (il y avait donc du «direct infringement»), puis que Napster elle-même s'était rendue coupable des deux infractions suivantes, appelées «contributory infringement» et «vicarious infringement».

Ces deux notions sont extrêmement importantes, car ce sont elles aussi qui seront au cœur des litiges qui ont eu lieu après que l'«affaire Napster» se soit réglée devant les tribunaux. Il s'agit de deux notions issues de la jurisprudence. Il n'y a aucun article dans le *Copyright Act* américain qui en traite spécifiquement. Dans le cas du «contributory infringement», il faut montrer que le défendeur sait ou doit savoir que les usagers de son service enfreignent la loi, et y a participé de façon active²⁰. Pour ce qui est du «vicarious infringement», il faut montrer que le défendeur a à la fois un intérêt financier en ce qui concerne une activité de contrefaçon, et le droit et la capacité réelle de superviser l'activité illégale²¹. Dans ce cas-ci, on peut être trouvé coupable même sans connaissance de l'activité illégale. Pour le «contributory infringement», il n'est pas nécessaire de prouver l'existence d'un motif financier²².

19. Le nombre d'articles parus dans des revues juridiques sur l'«affaire Napster» défie l'imagination. Le lecteur intéressé pourra consulter les textes suivants, particulièrement récents: M. ELKIN, «Napster Near and Far: Will the Ninth Circuit's Ruling Affect Secondary Infringement in the Outer Reaches of Cyberspace?», (2002) 27 *Brooklyn J. Int'l L.* 381, et S. SHER, «In Re Napster inc. Copyright Legislation: Defining the Contours of the Copyright Misuse Doctrine» (2002), 18 *Computer & High Tech. L. J.* 325. Nous avons aussi étudié cette affaire dans la présente revue. Cf. (2002) 14 *C.P.I.* 671.

20. Cette notion est apparue en 1971 dans l'affaire *Gershwin Publication Corp. c. Columbia Artist Mgt. Inc.*, 443 F2d. 1159. Elle se formule ainsi: il faut que le défendeur «with knowledge of the infringing activity, induces, causes, or materially contributes to the infringing conduct of another» (p. 1162).

21. Cf. *Hard Rock Caf. Licensing Corp. c. Concessions Services Inc.*, 995 F2d 1143. Cette notion remonterait aux années 20, tirant son origine de l'affaire *Dreamland Ball Room Inc.*, 36 F2d 354.

22. Cf. SIFFERD, *supra*, note 2, p. 94.

Napster se défendit en soulevant tous les arguments possibles, que nous énumérons ci-après, sans ordre particulier d'importance:

- a) d'abord, ses usagers ne contrevenaient pas à la loi car leurs activités étaient couvertes par la défense de «fair use»;
- b) Napster elle-même était couverte par la loi DMCA prévoyant une immunité pour les entreprises de télécommunication, puisqu'elle ne faisait que fournir des services de connexion à des clients;
- c) son service devait être exempté tout comme cela avait été le cas pour les appareils vidéo dans les années 80²³. Son logiciel peut en effet être utilisé de plusieurs façons sans enfreindre la loi, de sorte qu'on ne doit pas forcer son retrait du marché;
- d) ce qu'elle fait ne constitue pas du «contributory» ni du «vicarious» «infringement», car les conditions d'application de ces notions ne sont pas remplies: elle ne savait pas que ses usagers violaient la loi, elle n'exerce pas de contrôle sur eux, et elle n'a aucun intérêt financier dans l'échange de fichiers musicaux;
- e) enfin, les plaignantes auraient soit abandonné leur contrôle sur la distribution des fichiers musicaux en participant à la création du format MP3, soit accordé une licence implicite aux internautes en encourageant les échanges de fichiers musicaux, soit abusé de leur position dominante en cherchant à monopoliser ce nouveau mode de distribution de la musique, ce qui va à l'encontre des lois anti-monopoles et leur fait perdre le droit d'exercer leurs droits d'auteur.

Madame la juge Marilyn Patel rendit la décision en première instance, qui fut confirmée pour l'essentiel en appel. À son avis, les usagers du service de Napster ne peuvent être visés par l'exemption accordée par la notion de «fair use»²⁴. Le fait est qu'ils copiaient massivement des fichiers musicaux, et que cela aurait sûrement un effet sur les ventes de disques que les compagnies pouvaient normalement anticiper. Napster a été déclarée coupable aussi de

23. *Sony Corp. c. Universal City Studios Inc.*, 464 U.S. 417, 104 S.Ct. 774 (1984).

24. Notion codifiée à l'article 107 du *Copyright Act*.

«contributory» et de «vicarious infringement» car les éléments constitutifs de ces infractions ont été prouvés: elle tire un profit de son système par les revenus publicitaires qu'il génère, et elle savait sûrement que ses usagers violaient la loi, puisqu'elle les y encourageait!

Il n'y a qu'un point important sur lequel la décision en appel diffère de celle en première instance, soit la portée de l'exemption prévue dans la loi DMCA. Selon la juge Patel, le service de Napster ne remplit pas toutes les conditions prévues à l'article 512(a) du *Copyright Act*, qu'on peut rappeler brièvement: i) il faut que la transmission d'information soit initiée par une personne autre que le fournisseur d'accès; ii) que la transmission de l'information, son aiguillage et les différentes connexions soient effectuées de façon automatique, sans sélection aucune par le fournisseur d'accès; iii) que ce dernier ne soit pas celui qui identifie le récipiendaire de l'information; iv) qu'il ne conserve pas d'information qui serait accessible à des personnes autres que le destinataire; et v) qu'il n'y ait aucune modification de l'information transmise. Selon la juge, Napster n'est pas techniquement un fournisseur d'accès.

Pour ce faire, il aurait fallu que son service effectue la tâche suivante dite «providing connections through a system or network controlled or operated by or for the service provider». Or, les pièces musicales ne transitaient pas «à travers» le service de Napster vu que, une fois le lien établi entre deux internautes, les fichiers s'échangeaient par le réseau Internet, et pas obligatoirement par les serveurs de Napster. En appel, le juge Beezer a estimé que la preuve n'était pas si convaincante à l'effet que l'article 512(a) du *Copyright Act* ne pouvait s'appliquer. De plus, à son avis, il est erroné en droit de dire que si une personne est reconnue coupable de «contributory» ou «vicarious infringement», il lui est interdit de pouvoir plaider une exemption prévue dans la DMCA. On a donc retourné le dossier devant le tribunal de première instance pour qu'au stade de l'injonction permanente cette question soit davantage débattue²⁵.

3.2 Chronologie des événements après la décision en appel

Après la décision en appel en février 2001, les événements se sont brusqués à un rythme accéléré. Notre objectif n'étant pas d'en faire l'historique de façon détaillée, nous allons les rappeler à grands traits, pour nous concentrer sur les décisions des tribunaux. Lorsque

25. *Supra*, note 4, p. 1025.

l'affaire *Napster* a débuté en 1999, l'industrie de la musique a fait front commun contre ce qui lui apparaissait une menace mortelle. Mais, peu à peu, on a réalisé que la voie de l'avenir résidait probablement dans la vente de musique par Internet, de sorte que les compagnies de disques ont essayé de voir comment elles pourraient elles-mêmes exploiter cette avenue. Dès octobre 2000 d'ailleurs, le géant allemand Bertelsmann a rompu les rangs en entreprenant des discussions avec Napster en vue de son achat éventuel. Depuis ce temps, les compagnies de disques se sont regroupées en deux camps, tous deux intéressés à vendre leurs produits sur le réseau Internet. Deux consortiums se sont formés. D'une part, AOL Time Warner, EMI et Bertelsmann, de concert avec RealNetworks, veulent faire affaires sous le nom de MusicNet. Les deux autres grands de l'industrie, Sony et Universal, veulent lancer leur service sous le nom de Pressplay. Malgré ces démarches, il reste qu'à l'heure actuelle il n'y a pas de consensus sur l'application de la loi américaine du droit d'auteur dans l'environnement Internet, ni sur les droits payables, de sorte que les géants de l'industrie hésitent à lancer de façon complète leur service respectif²⁶.

Quant à Napster, ses ennuis juridiques n'ont pas cessé. La compagnie a dû bien malgré elle se plier à l'ordre de la juge Patel de collaborer avec les compagnies de disques pour identifier les pièces musicales échangées par son entremise, et bloquer les internautes qui violent la loi. L'injonction permanente a été rendue en mars 2001. Napster devait cesser de faire la chose suivante: «facilitating others in, copying, downloading, uploading, transmitting, or distributing copyrighted sound recordings»²⁷. La validité de cette injonction a été contestée en appel, mais sans succès²⁸. La cour a confirmé le droit du tribunal de première instance d'ordonner la fermeture complète du système de Napster s'il est insatisfait des efforts de collaboration de Napster.

Napster a fait face aussi à d'autres poursuites devant les tribunaux. En janvier 2002, une décision a été rendue²⁹ par la même cour de district qui avait accordé une première fois une injonction interlocutoire. Cette fois Napster était accusée d'avoir enfreint les droits de Fonovisa, une compagnie qui mettait sur le marché, entre autres, des cours de langue espagnole, de même que ceux de plusieurs com-

26. Cf. K.L. CRAFT, *supra*, note 18, p. 3.

27. *A & M Records Inc. c. Napster Inc.*, 2001 WL 227083 (N.D.Cal.).

28. *Ibid.*, 284 F.3d 1091 (décision du 25 mars 2002).

29. *Fonovisa et al. c. Napster Inc.*, 2002 WL 398676 (N.D. Cal.).

pagnies de disques, et ceux de la «Academy of Motion Picture, Arts and Sciences» en diffusant des extraits de la cérémonie de remise des «Oscars». Ici encore, Napster n'était pas accusée d'avoir elle-même violé directement les droits des plaignantes. Il était question de «contributory» et de «vicarious copyright infringement».

Dans le premier cas, rappelons-le, il y a responsabilité lorsqu'une personne collabore sciemment à un acte de contrefaçon. Mais, comme le dit la cour, il faut que la contribution soit importante: «Liability under this theory requires substantial participation in a specific act of direct infringement»³⁰. Trois éléments doivent donc être prouvés: un acte de contrefaçon posé par une tierce personne, la connaissance par le défendeur de ce fait, et une participation importante à l'activité illégale. L'élément relatif à la connaissance peut être prouvé par une preuve directe, ou s'inférer par déduction nécessaire. L'élément novateur de cette décision est que la juge Patel, lors de son étude du concept de «contributory infringement», a considéré un argument qui avait été presque escamoté dans les premiers litiges concernant Napster, soit la portée de la décision de la Cour suprême dans l'affaire *Sony*³¹.

Dans ce cas, le tribunal avait refusé d'interdire la mise en marché des appareils vidéo parce qu'on pouvait en faire une utilisation importante sans enfreindre la loi sur le droit d'auteur. La question était de savoir si le seul fait de mettre sur le marché un appareil dont on sait qu'il pourra servir à violer la loi peut faire conclure à la présence de l'élément de connaissance dont il est question dans le concept de «contributory infringement». La Cour suprême avait résolu le problème en appliquant une notion tirée du droit des brevets, soit le «staple of commerce doctrine»: la vente d'un appareil susceptible d'être utilisé à des fins illégales n'est pas suffisant pour constituer une violation de la loi si le produit est susceptible d'un «substantial non-infringing use». La différence avec la situation de Napster était la suivante: le simple fait de l'existence du logiciel créé par Napster ne suffit pas à prouver l'élément de connaissance suffisant pour dire qu'il y a infraction à la loi. Il n'est donc pas illégal en soi. Mais, en fait, on a prouvé que Napster avait tout à fait pleine connaissance des actes de contrefaçon. Or, «Providing the site and facilities for known copyright infringing activity is sufficient to establish contributory liability»³².

30. *Ibid.*, p. 4.

31. *Supra*, note 22.

32. *Supra*, note 29, p. 6. Cette affirmation est tirée d'une autre décision impliquant la compagnie Fonovisa: 76 F3d, p. 264.

Napster a aussi été déclarée coupable de «vicarious infringement». Elle s'est défendue avec l'énergie de la dernière chance en faisant valoir que les plaignantes devaient lui donner un avis le plus précis possible sur chacune des pièces musicales qui transitent par son système. Cet argument a été rejeté. Selon la cour, accepter cette façon de voir les choses signifierait que, même lorsque Napster sait que ses clients agissent illégalement, elle peut attendre d'en être avisée par les plaignantes, ce qui irait complètement à l'encontre des dispositions de la loi: «Such a system would give rise to strategic ignorance of monstrous proportions», et «This argument turns copyright law on its head and encourages the worst form of willful blindness»³³. En conclusion, la juge Patel dit que l'opérateur d'un système informatique ne peut être reconnu coupable de «secondary infringement» du seul fait que des documents non identifiés transitent par son système. Juger autrement serait ne pas respecter la décision *Sony*. Mais, ici, Napster avait fait bien plus en s'impliquant de façon inouïe³⁴ dans des actes de piraterie de fichiers musicaux.

En février 2002, le même tribunal rendit une autre décision³⁵. Cette fois, Napster alléguait que les plaignantes ne lui fournissaient pas de preuves suffisantes du fait qu'elles détenaient les droits d'auteur sur plusieurs milliers de pièces musicales. Elle a aussi soulevé un autre argument, qui est plus sérieux au niveau juridique. C'est que les compagnies de disques, à cause de leur comportement monopolistique, n'auraient plus le droit de faire respecter leurs droits d'auteur. En effet, lorsque Napster a voulu agir de façon conforme à la loi, aucune des grandes compagnies de disques n'a voulu lui accorder le droit de vendre des pièces musicales. En juin 2001, Napster a pu signer une entente avec MusicNet, mais avec des termes très restrictifs. Elle a donc plaidé la notion de «copyright misuse». Selon la juge Patel, cette défense existe réellement, elle provient du système d'«equity», et se retrouve aussi dans le domaine des brevets³⁶.

33. *Supra*, note 29, p. 9.

34. La juge Patel écrit: «of magnificent proportions» (p. 12). Remarquons que cette affaire n'est pas complètement terminée, car la décision portait sur une demande de rejet de la plainte au motif qu'elle n'était pas fondée en droit.

35. In *Re Napster Inc. Copyright Litigation*, 191 F. Supp.2d 1087.

36. *Ibid.*, p. 1102. On la surnomme la doctrine des «unclean hands». Au Canada, cela nous semble correspondre à la maxime «*Nemo auditur propriam turpitudinem allegans*» (on ne peut appuyer ses prétentions sur sa propre turpitude). Cf. A. MAYRAND, *Dictionnaire des maximes et locutions latines utilisées en droit québécois*, Montréal, Guérin, 1994.

Mais, dans le domaine du droit d'auteur, elle a été très peu élaborée en jurisprudence. Elle n'a été reconnue explicitement qu'en 1990 dans la décision *Lasercomb*, par une cour d'appel³⁷. Le critère applicable est non pas de savoir s'il y a preuve de violation à la loi antitrust, mais «whether the copyright is being used in a manner violative of the public policy embodied in the grant of a copyright»³⁸. Ainsi, la preuve de la violation de la loi antitrust peut être suffisante, mais pas absolument nécessaire pour faire conclure à un «copyright misuse». Napster prétendait qu'il y avait «copyright misuse» à cause des termes trop restrictifs de son contrat et du fait du comportement des compagnies de disques qui veulent monopoliser ce nouveau marché. Les plaignantes, de leur côté, plaidaient aussi que Napster ne peut soulever l'argument relatif au «copyright misuse» parce qu'elle aussi a fait preuve de turpitude. Elle cherche simplement à cacher son comportement malhonnête. La juge Patel n'a pas eu à trancher définitivement cette question, car en fait le service de Napster avait été discontinué à cette date. Comme chacune des parties avait les «mains sales», elle ne pouvait déterminer quelle partie subirait le plus grand inconvénient du fait que la requête de Napster soit accordée ou non. Mais elle a permis à Napster, parce que c'était d'intérêt public, d'exiger plus d'éléments de preuve relativement à la détention des droits d'auteur³⁹.

Quoi qu'il en soit, la compagnie Napster n'est plus aujourd'hui qu'une coquille vide. Elle a cessé définitivement ses activités en septembre 2002. Et, en novembre 2002, la compagnie Roxio, fabricant de logiciels servant à graver les disques compacts, a acheté les droits que possède Napster en matière de brevets. Les actifs tangibles, tels les serveurs et ordinateurs, devaient être vendus à l'encan le 11 décembre dernier.

4. La jurisprudence après *Napster*

Les géants de l'industrie du disque ont remporté une victoire juridique dans leur combat contre Napster mais, à voir la suite des

37. *Lasercomb America Inc. c. Reynolds*, 911 F.2d 970 (4th Cir.1990).

38. *Supra*, note 35, p. 1104.

39. Toute cette question est loin d'être réglée. En fait, en mars 2001 le Département américain de la Justice a ouvert une enquête pour déterminer si les pratiques des grandes compagnies de disques violaient la loi relative aux monopoles. Pour des textes en doctrine sur ce sujet, cf. K. DONOHUE, «MusicNet and Pressplay: to Trust or Antitrust?», 2001 *Duke L. & Tech. Rev.* 39, et surtout M. FAGIN et al., «Beyond Napster: Using Antitrust Law to Advance and Enhance Online Music Distribution», 8 *B.U.J. Sci. & Tech. L.* 451.

événements depuis ce temps, il semble que ce soit une victoire à la Pyrrhus. C'est que se sont rapidement développés d'autres logiciels d'échanges de fichiers par Internet, encore plus difficiles à contrer parce qu'ils ne nécessitent plus la présence d'un serveur central. On estime qu'il en existe plus de 175 à travers le monde à l'heure actuelle⁴⁰! De sorte qu'on assiste aujourd'hui à une sorte de foire d'empoigne inouïe entre les différents groupes d'intérêt qui sentent que les règles de fonctionnement de ce nouveau monde qui émerge ne sont pas encore définies, et qui tentent tous de tirer la couverture de leur côté pour préserver leurs intérêts financiers. Il y a des luttes intestines entre les représentants des grands de l'industrie du disque, regroupés sous la RIAA (Record Industry Association of America), et les groupes de consommateurs, mais il y a aussi dans l'arène la NAB (National Association of Broadcasters) car les stations de radio et télévision voudraient tirer avantage de ce nouveau médium qu'est l'Internet, la SGA (Songwriter's Guild of America) qui défend les intérêts des compositeurs et des paroliers, sans oublier la DiMA (Digital Media Association), qui regroupe les entreprises qui font ce qu'on appelle du «webcasting» et l'AFTRA (American Federation of TV and Radio Artists) qui défend aussi les intérêts de ses membres!

Deux grandes catégories de réseaux dits «peer to peer» se sont développées dans le monde de l'après-*Napster*. Il y a ceux qui fonctionnent sur un modèle ressemblant à celui de Napster, *i.e.* un réseau fermé exigeant un serveur central et moteur de recherche pour relier les usagers l'un à l'autre. Il y a ensuite les réseaux qui sont «purement» de point à point, qui n'impliquent que des internautes qui communiquent entre eux à l'aide d'un logiciel disponible gratuitement sur Internet. Ici il n'y a aucun centre nerveux de contrôle qui pourrait être fermé par la loi. Il serait aussi impossible d'installer un filtre à un endroit où toutes les informations passent, pour intercepter les pièces musicales piratées, parce qu'un tel centre névralgique n'existe pas!

On peut donc dire que les systèmes de distribution de musique par Internet se présentent aujourd'hui sous quatre visages⁴¹. Il y a

40. J. A. SIFFERD, *supra*, note 2, p. 104. On rapporte qu'à l'égard du logiciel Kazaa, dont les serveurs sont situés à Tallin, en Estonie, il a été téléchargé durant les deux dernières années 160 millions de fois par les internautes, et qu'en tout temps il est utilisé par environ 3 millions d'utilisateurs, ce qui est le double de ce qui était le cas pour Napster au sommet de sa popularité! Cf. *Global file swapper eludes pursuers* à: <http://stacks.msnbc.com/news/n850422.asp?cp1=1>.

41. *Supra*, note 39, p. 463.

d'abord les modèles que les géants de l'industrie mettent timidement en place, et veulent exploiter eux-mêmes. Il y a ensuite les entreprises comme eMusic qui cherchent à vendre de la musique aux internautes, le tout légalement, sous la supervision et sous licence des grandes compagnies de disques. Les deux derniers sont ceux qu'on vient de décrire au paragraphe précédent. Il y a les entreprises indépendantes qui voudraient fonctionner comme Napster, mais légalement. Et, enfin, il y a le monde des «inconditionnels» pour qui payer un sou à qui que ce soit pour obtenir de la musique est sacrilège. Ces personnes tirent une grande joie et fierté d'agir en toute illégalité. C'est ici qu'on trouve les logiciels tels Gnutella, BearShare, LimeWire, KaZaa, Morpheus, AudioGalaxy, Aimster, Freenet, iMesh, etc. Il y a des sites Internet comme Download.com qui offrent à tout venant un vaste choix de logiciels permettant d'échanger des fichiers musicaux, mais aussi du texte, des photos et des films. Le logiciel Gnutella a été initialement le plus populaire. Il semble que ce soit en ce moment Morpheus, qui aurait été téléchargé par environ 25 millions d'internautes, et qui serait utilisé quotidiennement par 10 % de ce nombre, ce qui représente tout de même 2,5 millions d'utilisateurs⁴²! Un autre logiciel fort apprécié est KaZaa. Il semble qu'il soit particulièrement rapide pour aller chercher des fichiers musicaux à différents endroits et les transférer de façon impeccable. Ce qui est plus pertinent pour nous est de noter qu'il est situé aux Pays-Bas, ce qui représente, on le devine, un défi additionnel pour une entreprise américaine qui s'est donné pour objectif de le faire fermer.

On devine que l'industrie du disque a porté plainte contre plusieurs entreprises qui ont mis sur le marché de telles «étoiles de la mort». Il y a actuellement quatre litiges d'importance devant les tribunaux, mais un seul en est rendu au stade de décisions qui dépassent des questions préliminaires ou de procédure. C'est celui impliquant la compagnie Aimster.

En avril 2001, cette compagnie prit les devants au point de vue juridique en demandant à une cour fédérale d'Albany, dans l'État de New York, un jugement déclaratoire à l'effet que son service d'échange de fichiers était légal. Elle opère un service dit «peer to peer» avec cette particularité que les fichiers échangés sont encodés, de sorte qu'elle n'en connaît pas le contenu. En mai 2001, la RIAA répondit en prenant action contre elle, en alléguant qu'elle viole les droits d'auteur de ses membres. Le mois suivant sept entreprises

42. J.A. SIFFERD, *supra*, note 2, p. 105.

cinématographiques se joignirent à la demande. En juillet 2001, des compositeurs et des paroliers firent la même chose. En mars 2002, ces poursuites contre la compagnie qui s'appelle maintenant Madster, ont été temporairement arrêtées vu que plusieurs de ses administrateurs venaient de déclarer faillite. Mais elles ont repris depuis et une décision importante a été rendue en septembre par une cour de première instance⁴³. Elle a accordé une injonction interlocutoire parce que, au dire du juge Aspen, la raison d'être de Aimster serait d'offrir un service qui facilite et contribue à la violation du *Copyright Act* «on a massive scale».

Le juge explique avec beaucoup de détails le mode de fonctionnement de la compagnie, que nous allons essayer de résumer en quelques phrases. La situation factuelle est importante, car le juge note qu'elle est différente de l'affaire *Napster*, de sorte que cette dernière ne peut servir de précédent⁴⁴. Selon la prétention d'Aimster, ce qu'elle a fait est simplement modelé sur les services offerts aux abonnés de la compagnie AOL (America OnLine), un des plus importants fournisseurs d'accès au réseau Internet aux États-Unis, mais en offrant un service encore meilleur. L'un des services offerts par AOL s'appelle «instant messaging». Il permet aux clients de la compagnie de communiquer entre eux en temps réel, *i.e.* que le message tapé par un internaute apparaît en même temps sur l'écran des autres «amis» qui utilisent le même logiciel et qui se sont inter-reliés. Il existe à ce niveau une fonction qui permet à un internaute de faire savoir aux autres qu'un dossier se trouvant sur son ordinateur est disponible pour tout «ami» intéressé.

Celui qui veut bénéficier des services d'Aimster doit d'abord télécharger gratuitement un logiciel. Une fois installé, il s'incorpore à celui d'AOL, et permet de communiquer et d'échanger des fichiers de toute nature avec toute personne qui est aussi «en ligne». Le logiciel d'Aimster permet de découpler le pouvoir du service «instant messaging» en désignant comme «ami» tout internaute qui est à ce moment relié au même réseau⁴⁵. De cette façon, tout usager du logiciel d'Aimster peut rechercher et télécharger tout fichier se trouvant dans l'ordinateur d'un autre usager du même logiciel. Ceci se fait très facilement. Une fois connecté, un usager n'a qu'à spécifier le type de fichier recherché, et le logiciel lui trouve les adresses électroniques de tout autre usager qui est en ligne (avec un maxi-

43. In re: Aimster litigation 2002 WL 31006142 (N.D. Ill.).

44. *Ibid.*, p. 2, dans la note de bas de page numéro 4.

45. *Ibid.*, p. 3-4.

mum de 500), ayant les fichiers qui rencontrent les critères de recherche⁴⁶. Ces activités de recherche et transfert s'accomplissent sans que l'utilisateur sache le nom exact de la personne qui avait le fichier recherché, ni l'emplacement de l'ordinateur où le fichier a été trouvé.

De plus, pendant environ six mois, Aimster avait sur son site Internet un «tutorial», *i.e.* un petit logiciel expliquant aux usagers le fonctionnement du système. Ce qui est notable est que les exemples fournis impliquaient des pièces musicales qui avaient été clairement piratées! Aimster offrait aussi à ses clients un service de babillard électronique. Les internautes s'en servaient par exemple pour savoir qui possédait à ce moment telle pièce musicale. À partir de novembre 2001, cependant, le site d'Aimster devint payant. Tout usager devait s'inscrire au «club Aimster», coûtant 5 dollars par mois. Aux dires de la compagnie, le logiciel fourni était meilleur, et les usagers avaient certains services additionnels, comme voir, en se connectant au site, l'état du «Top-40», *i.e.* les 40 chansons les plus populaires. Dans ce cas, un intéressé n'avait qu'à choisir celle ou celles qui l'intéressent et cliquer sur le bouton «play» pour que le téléchargement sur son ordinateur se fasse automatiquement.

Puisque c'est une injonction interlocutoire qui était réclamée, les demandeurs devaient prouver, comme c'est le cas au Canada, qu'ils ont une apparence de droit, qu'il n'y a pas d'autre remède plus approprié, et qu'ils risquent de subir un dommage irréparable si l'injonction n'est pas accordée. Il fallait donc voir s'il y avait suffisamment de preuve que des violations à la loi sur le droit d'auteur étaient commises par les usagers du système, et si Aimster faisait du «contributory» ou du «vicarious infringement».

De l'avis du juge Aspen, il était évident que les usagers du service d'Aimster commettent une violation directe de la loi, car c'est effectuer une copie illégale d'une œuvre protégée par la loi que de la charger sur un ordinateur: «... there is no doubt that input of a copyrighted work onto a computer constitutes the making of a copy under the Copyright Act»⁴⁷. Mais Aimster défendait ses usagers en plaidant qu'ils étaient visés par la loi de 1992, la *Audio Home*

46. *Ibid.*, p. 4. Le juge dit qu'Aimster ne conserve pas sur son site les pièces musicales, mais il y a controverse quant à savoir si elle fait de l'antémémorisation («cache»). Cf. note de bas de page numéro 8.

47. *Ibid.*, p. 10.

Recording Act, permettant une copie pour son usage personnel de pièces musicales. Cet argument a vite été rejeté, car il ne s'agit plus de copie à usage personnel quand on permet à des centaines de personnes de venir chercher un exemplaire de nos fichiers musicaux.

Quant à la question du «contributory infringement» par Aimster, le demandeur doit faire la preuve, rappelons-le, que le défendeur «with knowledge of the infringing activity, induces, causes, or materially contributes to the infringing conduct of another». Pour ce qui est de l'élément connaissance de la violation de la loi, il faut montrer que le défendeur le savait ou devait le savoir. En l'occurrence, Aimster était au courant de violations de la loi à répétition car les demandeurs lui avaient fait parvenir avis par-dessus avis de violation de leurs droits d'auteur. Aimster a cependant soulevé l'argument que, les fichiers étant encodés, elle ne pouvait être sûre que ce qui était échangé par ses clients était constitué de pièces musicales piratées. Le tribunal répondit que cela ne prouvait pas nécessairement son ignorance, et que de toute façon dans le contexte du «contributory infringement» il n'est pas nécessaire de faire la démonstration d'un niveau de connaissance aussi spécifique. Le tribunal a aussi conclu que Aimster avait contribué de façon significative aux actes de contrefaçon, en faisant une analogie avec l'affaire *Fonovisa*⁴⁸.

Il ne s'agit pas du litige contre Napster en 2002, mais d'une affaire de 1996, où une cour d'appel reconnu la culpabilité d'une entreprise opérant un «marché aux puces». Elle louait des emplacements et des tables dans une grande salle à des vendeurs qui exposaient leur marchandise. Plusieurs de ces vendeurs écoulait des disques piratés. La cour a estimé que Fonovisa avait un contrôle suffisant de ce qui s'y déroulait, car elle pouvait vérifier ce qui était exposé en vente, fournissait les emplacements, et avait un contrôle sur les acheteurs potentiels qu'elle laissait entrer. Ici Aimster fournissait le logiciel à l'internaute et le support technique. Et même davantage: l'existence du «Club Aimster», avec sa fonction «Top 40», qui allait jusqu'à suggérer au client qu'il se «devait» de posséder cette pièce, montre abondamment le niveau élevé de collaboration entre le client et Aimster⁴⁹. Comme le conclut le juge Aspen sur ce point, la seule chose que Aimster n'ait pas faite était de voler littéralement les disques pour les remettre dans les mains de ses membres!

48. *Fonovisa Inc. c. Cherry Auction Inc.*, 76 F3d 259 (9th Cir. 1996).

49. *Supra*, note 43, p. 13-14.

Le juge Aspen a ensuite considéré l'argument fondé sur la décision *Sony*, que si un objet quelconque peut être utilisé de façon parfaitement légale, on ne doit pas l'interdire par peur que des personnes s'en servent pour violer la loi. Cet argument n'était pas bête, car le logiciel de Aimster permet d'échanger toutes sortes de fichiers en toute légalité, et permet aux membres de trouver d'autres personnes ayant les mêmes intérêts. Mais à son avis il y a plusieurs différences importantes à faire avec l'affaire *Sony*. Dans le cas des appareils vidéo, il avait d'abord été démontré que leur utilisation principale était le «time-shifting», *i.e.* la possibilité pour l'auditeur de visionner à un autre moment une émission diffusée légalement. Ce qui n'est pas le cas ici. De plus, Sony s'applique à ce qu'on appelle un «staple article of commerce», un objet ou appareil qui se retrouve dans le commerce, que monsieur tout le monde pourra se procurer. Dans un tel cas, on ne pouvait dire que le fabricant, Sony, pouvait contrôler directement l'utilisation que les gens allaient en faire. Alors qu'ici on a affaire à un service qui s'apparente davantage à ce qui était en cause dans l'affaire *Fonovisa*. En troisième lieu, on ne peut extrapoler ce qui a été dit dans *Sony* pour protéger la distribution de matériel piraté. C'est pourtant ce à quoi sert essentiellement le logiciel d'Aimster. En quatrième lieu, il y a de la jurisprudence à l'effet que *Sony* ne s'applique plus lorsque ce qui est en jeu est créé spécifiquement pour violer la loi, même si cet objet pourrait avoir un «substantial non-infringing use»⁵⁰. Enfin, il avait été montré dans *Sony* que cette compagnie n'avait jamais incité les acheteurs éventuels à utiliser leur appareil de façon à enfreindre la loi.

Aimster a aussi été trouvée coupable de responsabilité du fait d'autrui («vicarious liability»), car elle avait le droit et la capacité réelle de contrôler les agissements de ses membres. Ici aussi la décision *Fonovisa* fut jugée instructive. Cette compagnie, qui organisait des marchés aux puces, avait la possibilité de faire cesser les opérations d'un de ses locataires d'espace, et avait un contrôle sur les clients jugés indésirables. En l'occurrence, Aimster pouvait également mettre fin au contrat de ses membres, et pouvait contrôler leur accès au service, puisqu'ils devaient fournir un numéro d'identification en accédant au site⁵¹. Enfin, Aimster avait un intérêt financier certain par le fonctionnement du «Club Aimster» et par le fait qu'on faisait miroiter la possibilité d'enfreindre la loi, ce qui attirait les clients.

50. *Ibid.*, p. 15.

51. *Ibid.*, p. 16.

Aimster a tenté de bénéficier des immunités prévues par la loi DMCA. Rappelons qu'elle vise les entreprises qui se contentent de fournir des moyens de télécommunication, celles qui font de l'antémémorisation, et celles qui opèrent des moteurs de recherche. Le juge Aspen a d'abord dit que pour pouvoir bénéficier de la protection de cette loi, il faut satisfaire à deux conditions préliminaires: être un «service provider» au sens de cette loi, et avoir adopté et appliquer une politique de débranchement des personnes qui violent la loi à répétition. Sur le premier point, Aimster se qualifie facilement, vu la définition très englobante dans la loi⁵², mais elle échoue sur le second point, vu qu'elle ne s'occupait nullement de faire respecter sa politique⁵³. Mais Aimster n'était pas un simple conduit par lequel l'information passe. Elle faisait bien plus, par son logiciel qui agissait comme moteur de recherche et la fonction «télécharger» permettant d'obtenir *ipso facto* une pièce musicale.

En ce qui concerne la protection accordée pour l'antémémorisation, elle est disponible pour l'entreprise qui agit à tous autres égards légalement. Lorsque c'est le cas, la loi prévoit qu'elle ne peut encourir de responsabilité du seul fait de la fonction d'antémémorisation. Ce n'était pas le cas d'Aimster⁵⁴. Elle ne put non plus bénéficier de l'immunité accordée aux opérateurs de moteurs de recherche, car les conditions exigées dans la loi n'étaient pas satisfaites: elle savait qu'il y avait contrefaçon, elle en tirait un bénéfice financier, et elle n'agissait pas promptement lorsque avertie de l'existence d'agissements malhonnêtes⁵⁵. L'injonction provisoire réclamée fut donc accordée.

Il y a une autre poursuite importante concernant des services d'échange de données, mais elle est encore au stade des décisions préliminaires. Elle implique les services connus sous les noms suivants: Music City, Kazaa et Grokster. Des poursuites ont été intentées en octobre 2001 par des compagnies de disques et des studios de cinéma. Selon la plainte, ces trois services utilisent un logiciel appelé FasTrack, originellement produit par un groupe de programmeurs

52. Selon l'article 512 (k)(1)(A) du *Copyright Act*, bénéficie d'une immunité l'entreprise qui offre un service de «safe harbour», *i.e.* celle qui se caractérise ainsi: «an entity offering the transmission, routing, or providing of connections for digital online communications, between or among parties specified by a user, or material of the user's choosing, without modification of the content of the material as sent or received».

53. *Supra*, note 43, p. 20-21.

54. *Ibid.*, p. 22.

55. *Ibid.*, p. 23.

scandinaves regroupés sous le vocable «Consumer Empowerment». Music City a développé sa propre version du logiciel, qu'elle appelle Morpheus. Le fonctionnement de ce système ressemble en gros à ce qui est en cause dans l'affaire *Aimster*, sauf qu'il y a encore plus d'internautes qui peuvent être simultanément «en ligne» et s'échanger des fichiers. Des poursuites ont été entreprises aux Pays-Bas, et en novembre 2001 une cour de première instance a ordonné le blocage des internautes qui téléchargent des fichiers illégalement⁵⁶. Mais cette décision a été renversée en mars 2002, au motif que le système n'exigeait pas de serveur centralisé, comme dans le cas de Napster, que le logiciel permettait l'échange de fichiers autres que musicaux, et qu'il était en fait utilisé de façon légale par plusieurs personnes. En janvier 2002, Music City a demandé à un tribunal aux États-Unis un jugement sommaire à l'effet que son service ne pouvait être banni car il était capable de «substantial noninfringing uses»⁵⁷.

Il y a aussi l'affaire *Audiogalaxy*: en mai 2002, des compagnies de disques ont entrepris une poursuite contre la compagnie de ce nom, toujours au motif d'infraction à la loi sur le droit d'auteur au niveau du «contributory» et «vicarious infringement». Il y a eu cependant ici règlement hors cour en juin 2002. Audiogalaxy a accepté de payer une somme substantielle, dont le montant n'a pas été dévoilé, et a consenti à faire cesser les activités illégales auxquelles ses membres s'adonnaient.

Une dernière décision mérite d'être notée. C'est le cas de la poursuite intentée par Arista Records et d'autres compagnies de disques contre la compagnie MP3Board⁵⁸. On lui reproche d'opérer sur son site Internet un moteur de recherche qui fournit aux utilisateurs des liens vers des copies piratées de fichiers musicaux, facilitant ainsi la commission d'infractions à la loi. Les demanderesses voulaient obtenir un jugement immédiat («summary judgment») pour faire cesser ces opérations. MP3Board présenta une demande reconventionnelle, alléguant que ses activités étaient protégées par le premier amendement à la Constitution relatif à la liberté d'expression, et que les demanderesses n'avaient pas fait la preuve de dommages subis. Les deux demandes ont été rejetées par le tribunal, parce qu'il y avait trop de questions juridiques encore non résolues. Il faudra donc attendre une décision sur le fond.

56. Cf. D. L. Hayes, «Copyright Liability of Online Service Providers: Part II», 19 No. 11 *Computer & Internet Law* 15, p. 16-7.

57. *Ibid.*

58. 2002 WL 1997918 (S.D.N.Y.). La décision est d'août 2002.

Mais cette affaire est à suivre car le juge qui rendit la décision a dit que les demanderessees n'avaient pas fait une démonstration concluante que l'un de leurs droits énoncés à l'article 106 de la loi américaine ait été violé⁵⁹. En ce qui concerne le droit de «distribution», les compagnies n'avaient pas prouvé que des copies avaient été disséminées «au public»⁶⁰. La question de savoir si le système de MP3Board était «capable of commercially significant noninfringing uses», et pouvait bénéficier de la défense de l'affaire *Sony*, était également non résolue. Le juge s'est aussi déclaré à ce stade des procédures incapable de déterminer si la compagnie était un fournisseur de services au sens de la DMCA⁶¹. Seule la demande de la RIAA a été acceptée, qui consistait à faire rejeter la demande reconventionnelle de MP3Board à l'effet que la RIAA aurait faussement prétendu à une violation des droits de ses membres et aurait nui aux relations contractuelles entre MP3Board et d'autres compagnies.

5. Du côté de la législation: la MOCA aura-t-elle un goût amer?⁶²

C'est en août 2001 que deux membres de la Chambre des représentants aux États-Unis ont proposé le projet de loi appelé *Music Online Competition Act*. Son objectif est ambitieux: redéfinir les règles du droit d'auteur applicables au réseau Internet et celles relatives à l'octroi de licences, augmenter la concurrence entre les entreprises qui veulent vendre de la musique sur le réseau Internet, et simplifier les règles relatives à l'achat et à la vente de musique enregistrée en format numérique. Mais, comme on va le constater, elle n'apporte pas de solution magique à la problématique qui nous intéresse.

L'une des modifications proposées à la loi sur le droit d'auteur concerne la définition de la notion de représentation («performance»). Ceci pour éliminer une iniquité qui existe présentement. En vertu du droit actuel, un magasin de disques peut en faire jouer à l'intérieur de son commerce pour intéresser les consommateurs⁶³. Mais un magasin «en ligne», *i.e.* faisant affaires sur Internet n'a pas cette possibilité. La loi cherche à leur permettre de faire ce type de publi-

59. Au Canada, c'est l'article 3 de notre loi qui énumère les droits des créateurs.

60. *Supra*, note 57, p. 4.

61. *Ibid.*, p. 10.

62. Nous pardonnera-t-on ce calembour? Il est inspiré directement du titre d'un article étudiant cette loi. Cf. R. SIEGMEISTER, «Will MOCA Leave a Bitter Taste?», 12 *De-Paul-LCA J. Art & Ent. L.* 51 (2002).

63. Cf. art 110(7) du *Copyright Act*.

citée⁶⁴. D'autre part, le projet de loi donne plus de latitude aux «webcasters» pour ce qui est de la fabrication d'enregistrements éphémères, de façon à mieux servir les consommateurs qui ont des systèmes différents en ce qui concerne la vitesse de leur modem ou le genre de connexion au réseau Internet. Les pièces musicales peuvent être «formatées» de toutes les façons nécessaires pour s'arrimer avec les différents logiciels de transmission de fichiers musicaux. Mais on voit que la loi ne modifie pas l'obligation de négocier à la pièce avec les compagnies de disques les permis de diffusion de la musique sur Internet⁶⁵.

Il y a aussi des dispositions prévoyant que, pour ce qui est des licences que les compagnies de disques doivent accorder, appelées redevances («statutory licenses»), les droits d'auteur doivent être partagés de façon égale entre ces compagnies et les artistes qui ont fourni leur talent, qu'il s'agisse de compositeurs ou de chanteurs.

D'autres dispositions sont à l'effet d'empêcher les compagnies de disques de monopoliser ce nouveau mode de distribution de la musique. On craint qu'elles accordent des licences seulement à un petit nombre de compagnies dont elles détiendraient le contrôle. En vertu du droit actuel, lorsqu'une entreprise détenant les droits d'auteur sur des disques accorde une licence d'exécution publique à une entreprise avec laquelle elle est liée, elle doit accorder aussi une même licence aux mêmes conditions aux autres entreprises qui offrent des «services similaires». Mais les «services interactifs» sur Internet ne font pas partie de ce qui est visé par les «services similaires». La loi cherche donc à éliminer cette incongruité. Un bon point pour le consommateur: la loi permettrait de faire des copies de toute pièce musicale achetée légalement. On élimine ainsi des questions laissées en suspens dans la loi de 1995 (AHRA)⁶⁶.

On voit donc que la loi, si adoptée, ne réglerait pas toutes les difficultés juridiques. Certains doutent même qu'elle atteigne son but premier, soit accroître la concurrence entre les entreprises qui veulent vendre de la musique par le réseau Internet. C'est peut-être ce qui explique qu'en 2002 un autre projet de loi fut présenté.

64. La loi prévoit évidemment des limites. Ainsi, le vendeur ne peut transmettre un «échantillon» qu'à la personne qui le demande, et cette transmission ne peut durer plus de 30 secondes. Cf. M.A. GARDINER, «The Music Online Competition Act of 2001», 12 *DePaul-LCA J. Art & Ent. L.* 25 (2001).

65. *Ibid.*, p. 28.

66. *Ibid.*, p. 32.

6. La loi *Consumer Broadband and Digital Television Promotion Act*⁶⁷

En mars 2002 a été présenté au Sénat américain un projet de loi qui aura un impact important, s'il est adopté, et si les mesures qu'il contient s'avèrent efficaces. L'article 2 énonce une série de constatations faites par le Congrès, qui expliquent sa volonté d'agir. On note, entre autres, qu'il est aujourd'hui de plus en plus facile de pirater des œuvres au moyen d'un ordinateur, de sorte que bien des entreprises sont hésitantes à offrir des œuvres aux consommateurs par le réseau Internet. Il ne semble pas y avoir consensus dans l'industrie de l'électronique quant aux moyens d'éviter ces actes de piraterie. En conséquence, la loi accorde un délai d'un an aux principaux acteurs, *i.e.* les manufacturiers d'ordinateurs, les groupes de consommateurs et les détenteurs de droits d'auteur, pour s'entendre sur une norme commune. Cette norme, appelée «security system standard» doit arriver à faire en sorte que tout appareil capable de télécharger ou de reproduire des fichiers électroniques soit équipé d'un mécanisme destiné à protéger les droits d'auteur⁶⁸.

Cette technologie doit être fiable, doit pouvoir résister aux attaques, doit être applicable à tout appareil électronique, et doit pouvoir être mise à jour facilement. Il sera interdit d'enlever ou de contourner de tels systèmes de sécurité, et il sera aussi illégal de faire le commerce d'appareils qui ne seront pas dotés de ces systèmes de sécurité. La loi prévoit aussi que ces mécanismes devront tenir compte du droit des consommateurs de faire une copie d'une œuvre pour leur usage privé, et de l'exemption relative au «fair use» apparaissant dans la loi.

S'il n'y a pas d'entente dans le délai imparti, c'est la Federal Trade Commission qui aura le pouvoir d'élaborer telle norme et de l'imposer à l'ensemble de l'industrie.

Comme on vient de le mentionner, même si la loi est adoptée et qu'il y a entente entre les parties impliquées, on devine que cela n'empêchera pas les cracks de l'informatique de se dépêcher à trouver le moyen de contourner ces mesures de protection. On n'a

67. S. 2048, 107th Cong. (2002). Pour une étude du texte de la loi, cf. D. KLEIN, «The Difficulties Associated With Mandatory Copyright Protection Filters», 8 No. 8 *Intell. Prop. Strategist* 5.

68. *Ibid.*, art. 3.

qu'à se rappeler comment les décodeurs pirates sont vite apparus sur le marché quand la télévision à péage a été lancée au Canada. Une question qui reste en suspens est celle de savoir comment on va tenir compte en pratique de la notion de «fair use». On se demande encore comment un appareil électronique va pouvoir déterminer si l'utilisation que s'apprête à faire un consommateur de son ordinateur est le genre d'activité permise ou non par la loi sur le droit d'auteur⁶⁹.

7. Au Canada

Comme nous l'avons mentionné en introduction, notre propos n'est pas de reprendre la problématique de l'affaire *Napster*. Nous voulons nous en tenir à ce qui a pu se produire de significatif depuis que les deux grandes décisions américaines ont été rendues. Il peut tout de même être utile de rappeler en quelques phrases comment cette affaire aurait pu être traitée en droit canadien.

Il est certain que des compagnies de disques qui voudraient poursuivre ici Napster devraient montrer, conformément au paragraphe 27.(1) de la LDA⁷⁰, qu'un de leurs droits a été enfreint par Napster ou ses usagers. Il est presque certain que les clients de Napster qui chargent une pièce musicale sur leur ordinateur ou la téléchargent enfreignent le paragraphe 3.(1) de la loi, soit parce qu'ils «reproduisent» une œuvre, l'«exécutent» ou la «représentent», ou la «communiquent au public par télécommunication». Mais il n'y

69. Pour être plus complet, on peut faire mention de deux autres projets de loi. En juillet 2002 a été présenté à la Chambre des Représentants le *Copyrights Owner Liability Act* (H. R. 5211, 107th Cong.) permettant aux détenteurs de droits d'auteur de se faire justice à eux-mêmes, jusqu'à un certain point, car il les autorisait à interférer avec le fonctionnement d'un réseau «Peer-to-Peer», pourvu que les fichiers eux-mêmes ne soient pas contaminés. Le projet est mort au feuilleton, mais on peut être quasi assurés qu'il fera surface à nouveau en 2003, sous une forme assez semblable. Pour en savoir plus, voir C. FAZECAS, «*Viligantes v. Pirates: The Rumble Over Peer-to-Peer Technology Hits the House Floor*», (2002) *Duke L. & Tech. Rev.* 20. Enfin, le 4 décembre 2002 a été présenté à la Chambre des Représentants un projet de loi intitulé *Small Webcaster Settlement Act of 2002*, qui accorde des conditions financières plus avantageuses pour certaines petites entreprises qui diffusent de la musique sur Internet. Il s'agit d'une dérogation aux tarifs rendus publics en juillet 2002 (cf. 67 F.R. 45240) par le bibliothécaire en chef de la Bibliothèque du Congrès, suite aux propositions que lui fait le Register of Copyrights, en vertu des articles 112 et s. de la loi américaine. Mais il s'agit de tarifs concernant les licences obligatoires, pour les services dits non interactifs, donc qui ne touchent pas directement notre propos.

70. *Supra*, note 12.

a pas d'incitatif financier pour une compagnie de s'acharner sur un seul internaute. Il lui faut plutôt montrer que Napster a également enfreint la loi.

Nous n'avons pas dans notre loi des notions tout à fait identiques à ce qu'on a vu en droit américain en ce qui concerne la «vicarious» ou «contributory infringement». Mais deux concepts en sont très près. Il y a d'abord la mention finale du paragraphe 3.(1) que «Est inclus dans la présente définition le droit exclusif d'autoriser ces actes». Cette disposition semble à première vue affirmer quelque chose d'évident: les créateurs ont le droit d'autoriser des entreprises qui ont des compétences techniques à accomplir ce qui est nécessaire pour rendre leur œuvre intéressante pour le consommateur. Mais dans notre cas elle s'avère très importante. On doit se demander si Napster autorise ses clients à accomplir un des actes prévus à l'article 3, ce que seul le détenteur du droit d'auteur peut faire. Nous en reparlerons un peu plus loin, lorsque nous étudierons la portée de l'alinéa 2.4(1) b) de la LDA, qui exonère de toute responsabilité les entreprises de télécommunication.

Il y a aussi le paragraphe 27.(2), qui se rapproche du concept «contributory infringement», car il envisage le cas où un acte de contrefaçon a été accompli, que la personne visée le sait ou devrait le savoir, et néanmoins pose un des gestes énumérés, soit la vente ou la mise en circulation d'exemplaires contrefaits. Ici il y a un élément nouveau, car la Cour fédérale a eu l'occasion de se pencher sur cette disposition dans l'affaire *CCH*, rendue en mai 2002⁷¹. Trois juges ont fourni des motifs. Ils arrivent aux mêmes conclusions, mais il n'y a pas d'opinion unanime sur l'interprétation du paragraphe 27.(2). Les juges Linden et Sharlow, qui ont écrit une opinion commune, estiment que la preuve des faits était insuffisante pour leur permettre de décider s'il y avait eu infraction au paragraphe 27.(2). Mais ils ont bien expliqué que si une copie d'une œuvre a été faite légalement, parce que protégée par la notion d'utilisation équitable, personne ne peut être reconnu coupable en vertu du paragraphe 27.(2), car il faut d'abord qu'il y ait eu infraction à la loi.

Mais le Barreau ontarien allait plus loin dans son argument. Selon lui, il suffisait qu'il croie de bonne foi, même erronément, que la notion d'utilisation équitable joue, pour qu'il ne puisse être déclaré

71. (2002) 212 D.L.R. (4th) 385. Des maisons d'édition dans le domaine juridique ont accusé le Barreau ontarien, qui gère une bibliothèque d'une Faculté de droit, d'enfreindre leurs droits lorsqu'il reproduit à la demande d'étudiants ou de bureaux d'avocats des extraits de leurs livres.

avoir contrevenu au paragraphe 27.(2). Il n'a pas tranché cette question⁷². Il n'y avait pas suffisamment de données factuelles pour leur permettre de se prononcer. Il y avait trop de types de documents en jeu, et différents types de reproduction pour qu'on puisse déterminer si la notion d'utilisation équitable les visait tous. Ils se sont par contre déclarés en désaccord avec leur collègue le juge Rothstein, qui a tout de même décidé d'analyser le paragraphe 27.(2), quant au sens du mot «vente» à l'alinéa 27.(2) a), et sur la question de savoir si l'infraction prévue implique un élément d'intention de faire un profit monétaire. Quant à l'exigence de la connaissance d'actes préalables de contrefaçon, les juges se sont contentés de dire que l'infraction prévue au paragraphe 27.(2), dite de «responsabilité à une étape ultérieure» n'en est pas une de responsabilité stricte, ce qui implique que des moyens de défense peuvent être présentés.

Le juge Rothstein, pour sa part, a consacré une plus grande part de ses motifs à l'étude du paragraphe 27.(1). Il y a des éléments qui ne sont pas applicables à la situation de la compagnie Napster, comme lorsqu'il examine la question de savoir si le Barreau ontarien reproduisait lui-même des œuvres protégées⁷³. C'était manifestement le cas, car les employés de la Grande bibliothèque cherchaient à satisfaire à chaque demande qui leur était adressée. De même, il a conclu que l'alinéa 3.(1) f) relatif à la communication au public d'une œuvre par télécommunication n'était pas violé parce que chaque télécopie n'était envoyée qu'à un seul destinataire⁷⁴. Mais il a traité aussi de la question fort pertinente pour nous de savoir si le Barreau ontarien autorisait la reproduction d'œuvres par la mise à la disposition du public d'appareils à photocopier, violant ainsi le paragraphe 3.(1) *in fine*. Une revue de la jurisprudence lui rappela la règle que le simple fait de fournir un appareil quelconque susceptible d'être utilisé illégalement n'est pas suffisant, en soi, pour qu'on puisse affirmer qu'il y a eu autorisation⁷⁵. Mais il y avait ici justement quelque chose de plus: comme on plaçait dans un même endroit des œuvres dont la plupart étaient protégées par la LDA et des appareils à photocopier, on devait considérer que le Barreau ontarien autorise la reproduction illégale d'œuvres⁷⁶. Si cette façon

72. Cf. par. 115-121, p. 438-440.

73. Cf. par. 234-240.

74. *Ibid.*, par. 241-252.

75. Cf. par. 258-264.

76. Cf. par. 265: «This is a case in which the action of placing photocopiers in an environment full of copyrighted works is bound to result in infringing reproduction of the Publisher's materials. In such a situation it is my view that the Law Society's indifference to this inevitable outcome amounts to authorization of the infringing reproduction engaged in by its patrons».

de voir est la bonne, on devrait dire que Napster peut très probablement être considérée enfreindre le paragraphe 3.(1) *in fine*, car son service n'existe que par et pour des internautes qui veulent télécharger gratuitement des fichiers musicaux. Mais son opinion n'est pas corroborée par les deux autres juges.

En ce qui concerne le paragraphe 27.(2), il est d'opinion que le Barreau ontarien, étant souvent responsable du premier acte de contrefaçon, ne peut soulever l'argument de l'absence de connaissance lorsqu'il s'agit de déterminer si le paragraphe 27.(2), appelé «infraction à une étape ultérieure» a été enfreint, car l'exigence de la connaissance sert à innocenter les revendeurs ou distributeurs qui n'ont rien à se reprocher⁷⁷. De plus, selon la jurisprudence, l'élément de connaissance en vertu du paragraphe 27.(2) en est un des faits, non du droit⁷⁸. Une personne accusée en vertu de cette disposition ne peut donc pas se défendre en plaidant une erreur de droit, croyant à tort qu'elle est visée par l'exemption relative à la notion d'utilisation équitable. Accepter cela minerait toute l'analyse en vertu du concept d'utilisation équitable, car celui qui commet une «violation à une étape ultérieure» pourrait toujours éviter toute responsabilité en disant croire honnêtement que ce qui a été fait est de l'utilisation équitable. Le critère applicable ne serait plus de savoir si ses actions sont ou non visées par la notion d'utilisation équitable, mais de déterminer si celui qui accomplit un second acte de contrefaçon avait une croyance honnête, et si cela est raisonnable dans les circonstances⁷⁹.

Quant au concept de vente, il estime qu'il y a vente au sens de l'alinéa 27.(2) a), même s'il n'y a pas de transaction commerciale au sens classique du terme, avec échange d'argent: «The existence of a «sale» is not predicated on the earning of a profit»⁸⁰. Il interpréta aussi largement, comme l'avait fait la cour en première instance, le sens de l'alinéa 27.(2) b), qui emploie les mots «la mise en circulation de façon à porter préjudice au titulaire du droit d'auteur»⁸¹. Dans la problématique qui nous concerne, il est clair qu'une entreprise qui fournit le logiciel permettant aux internautes de s'échanger des dizaines ou des centaines de fichiers musicaux porte sûrement un préjudice financier aux compagnies de disques⁸².

77. Cf. par. 273-276.

78. Cf. par. 278 et 282, p. 485-486.

79. Cf. par. 282.

80. Cf. par. 286, et 289, p. 487-489.

81. Cf. par. 290, p. 489.

82. On entend souvent l'argument que le préjudice financier aux compagnies de disques et aux disquaires n'est pas si grand, vu que les adolescents ou les jeunes adultes qui s'échangent des fichiers musicaux n'ont tout simplement

La problématique a quelque peu évolué en ce qui concerne la question de savoir si une entreprise comme Napster pourrait être exemptée de toute responsabilité parce qu'elle serait juridiquement une entreprise de télécommunications, ou serait visée par l'alinéa 2.4(1) b) de la LDA, qui se lit: «n'effectue par une communication au public la personne qui ne fait que fournir à un tiers les moyens de télécommunication nécessaires pour que celui-ci l'effectue». En vertu de la *Loi sur les télécommunications*⁸³ une entreprise ne peut se conférer à elle-même le statut d'entreprise de télécommunications. Il faut avoir été incorporé en vertu d'une loi sur les télécommunications, ce qui n'est pas le cas dans notre hypothèse. Quant au paragraphe 2.4 de la LDA, la Commission du droit d'auteur du Canada avait rendu public au moment de la décision *Napster* le texte du tarif 22 sur les droits à percevoir pour l'exécution ou la communication par télécommunication au Canada d'œuvres musicales⁸⁴. À son avis, il faut interpréter restrictivement les mots «qui ne fait que fournir». Toute entreprise qui fournit un service dépassant la stricte fourniture d'appareils servant aux télécommunications ne peut bénéficier de l'exemption formulée à l'alinéa 2.4(1) b)⁸⁵. Elle ne serait donc pas portée à juger qu'une entreprise comme Napster ou Aimster agit strictement comme une entreprise téléphonique.

En mai 2002 la Cour fédérale d'appel a rendu sa décision sur une demande de contrôle judiciaire de la décision de la Commission du droit d'auteur⁸⁶. Se sont opposés la SOCAN, chargée de gérer collectivement au Canada les droits d'exécution et de communication de ses membres, et d'autre part une association de fournisseurs d'accès Internet, des associations de câblodistributeurs, des distributeurs de films, des radiodiffuseurs et des compagnies de téléphone. L'une des questions à trancher pour la cour a été formulée ainsi par le juge Evans: «lorsque du contenu est diffusé sur Internet, l'exploitant du serveur sur lequel le contenu est stocké et l'entité qui fournit au destinataire final l'accès à Internet ne font-ils que «fournir à un tiers les moyens de télécommunication nécessaires

pas l'argent pour acheter tous les fichiers échangés. Il reste cependant que ceux qui offrent aux consommateurs des disques sont touchés par ces agissements, même si c'est à un degré moindre que ce qu'ils prétendent.

83. L.R.C. (1985), c. T-3.4. Cf. art. 16(4).

84. Le texte est disponible sur le site Internet de la Commission (www.cb-cda.gc.ca/decisions/music-f.html). Pour une analyse de cette décision, cf. MCKEOWN, *Fox Canadian Law of Copyright and Industrial Designs*, (Toronto, Carswell, 2000), p. 502 et s.

85. Cf. son analyse dans la section III C.

86. *SOCAN c. Asso. canadienne des fournisseurs internet*, (2002) 215 D.L.R. (4th) 118.

pour que celui-ci [...] effectue (cette communication) au sens de l'alinéa 2.4(1)(b) de la LDA?»⁸⁷. La SOCAN ne contestait pas la plupart des conclusions de la Commission, mais elle n'acceptait pas cette position à l'effet que les activités habituelles des exploitants des serveurs hôtes et des fournisseurs d'accès Internet sont telles qu'ils sont visés par l'exemption prévue à l'alinéa 2.4(1) b). Ils perdent cette protection s'ils offrent eux-mêmes de la musique ou collaborent avec des fournisseurs de contenu pour arriver à cette fin⁸⁸.

Comme l'explique le juge Evans⁸⁹, trois conditions doivent être réunies pour que l'activité d'un intermédiaire tombe sous le coup de l'alinéa 2.4(1) b): les activités de l'intermédiaire doivent équivaloir à la fourniture de «moyens de télécommunications», qui doivent être «nécessaires» pour permettre à un tiers de communiquer une œuvre au public, et ces activités doivent constituer la seule chose que l'intermédiaire fait relativement à la communication, vu l'emploi des mots «ne fait que».

Au sujet de l'expression «moyens de télécommunications», il a rejeté la prétention de la demanderesse que l'alinéa en question de la LDA devait être interprété étroitement, notamment parce que la LDA cherche à trouver un point d'équilibre entre les intérêts des consommateurs et des détenteurs de droits d'auteur. L'alinéa 2.4(1) b) devrait d'ailleurs être davantage considéré comme un article de définition plutôt que comme une disposition d'exemption. À son avis, la Commission avait à bon droit conclu que le terme «moyens» est susceptible de désigner une gamme de services et d'équipements plus vastes que ceux que fournissent les entreprises de télécommunications traditionnelles⁹⁰.

Quant au terme «nécessaires», il doit recevoir une interprétation conforme à son acception courante. Ainsi, «une personne ne fait que fournir à un tiers les moyens de télécommunications nécessaires pour lui permettre de communiquer lorsque, sans son intervention, la communication par ce moyen de télécommunication ne serait pas réalisable ou, selon toute vraisemblance, n'aurait pas eu lieu»⁹¹. La Commission a eu raison d'estimer que la question de savoir si des moyens de télécommunications sont «nécessaires» doit

87. *Ibid.*, par. 5.

88. *Ibid.*, par. 28.

89. *Ibid.*, par. 111.

90. *Ibid.*, par. 116 et 124.

91. *Ibid.*, par. 132.

être tranchée au moment où se produit la transmission de données du serveur. Mais elle a commis une erreur de droit en jugeant qu'un intermédiaire qui met des données en antémémoire fournit ainsi les moyens nécessaires pour permettre à un tiers de les communiquer⁹². L'utilisation d'une antémémoire n'est donc pas protégée par l'alinéa 2.4(1) b)⁹³.

Enfin, quant à l'expression «ne fait que», qui est l'élément le plus pertinent pour nous, la cour a jugé dans le même sens que la Commission, à savoir que les exploitants de serveurs hôtes ne sont pas privés de la protection de l'alinéa 2.4(1) b) «lorsqu'ils fournissent leurs installations et services habituels, tels que l'hébergement et la maintenance des serveurs, et lorsqu'ils vérifient le nombre de visites d'un site Web déterminé»⁹⁴ car ces activités sont simplement accessoires à la fourniture d'espace disque et qu'elles ne constituent pas une communication. Mais, *a contrario*, tout ce qui dépasse ce niveau de service offert au public ne peut plus bénéficier des dispositions de l'alinéa 2.4(1) b). Le tribunal a également rejeté l'argument subsidiaire de SOCAN, que les fournisseurs d'accès Internet et les exploitants de serveurs peuvent tout de même être tenus de verser des redevances parce qu'on peut dire qu'ils autorisent les fournisseurs de contenu à communiquer les œuvres en question. Comme ces entreprises se cantonnent dans la fourniture à autrui de moyens passifs de communiquer, on ne peut dire, et il y a de la jurisprudence clairement établie sur ce point, qu'ils approuvent ou consentent légalement à la communication de données⁹⁵.

Outre ce que nous venons de voir, il n'y a que deux éléments nouveaux dans notre droit qui pourraient avoir un impact si la décision *Napster* devait être rendue au Canada aujourd'hui. Il y a d'abord un projet de loi cherchant à modifier le texte de l'article 31 de la LDA⁹⁶. Cette disposition, qui a été adoptée suite à l'accord de libre-échange signé entre le Canada et les États-Unis en 1988, prévoit essentiellement que les compagnies de télévision par câble

92. *Ibid.*, par. 133 et 134.

93. Le juge en conclut donc (par. 138) que celui qui exploite l'antémémoire se trouve à communiquer par télécommunication à des utilisateurs finaux les données qui leur sont transmises à partir d'elle, violant ainsi le droit de l'auteur ou du compositeur de communiquer une œuvre musicale au public.

94. *Ibid.*, par. 141-2.

95. *Ibid.*, par. 150, 154, et 156-159.

96. L.C. (2002), c. 26. Il a fait l'objet d'une étude dans la présente revue. Cf. C. MORGAN, «Jumping to iCrave's Conclusion? Les amendements proposés à la disposition sur la retransmission de la *Loi sur le droit d'auteur*», (2002) 15 *C.P.I.* 257.

doivent payer des droits d'auteur lorsqu'elles retransmettent des signaux en provenance des États-Unis. L'avantage, pour elles, est que la loi établit en quelque sorte un régime de licence obligatoire, qui leur évite d'avoir à négocier avec les détenteurs de droits de transmission des œuvres par télécommunication. Si le projet de loi est adopté, la portée de l'article 31 sera étendue, car il s'appliquera aux «retransmetteurs de nouveaux médias», définis comme une personne dont la retransmission est légale en vertu de la *Loi sur la radiodiffusion*, à cause de l'ordonnance d'exemption rendue par le CRTC en 1999⁹⁷. Le CRTC y a déclaré vouloir laisser libre cours pendant quelques années aux entreprises œuvrant sur le réseau Internet, pour laisser le système se développer, quitte à intervenir éventuellement et décider quel type de service nécessitera un permis.

Le projet de loi prévoit aussi l'ajout d'une des conditions à satisfaire pour agir légalement, soit le respect de celles qui seront déterminées dans un règlement adopté par le gouvernement fédéral. On voit qu'il se garde toute discrétion pour décider qui pourra bénéficier de ces nouvelles dispositions. La LDA et le projet de loi visent les entreprises qui veulent diffuser sur le réseau Internet le signal des stations de radio et de télévision, mais on voit qu'elles pourraient avoir un impact, vu la généralité des termes employés dans les définitions, sur une entreprise qui facilite l'échange de fichiers musicaux. Il suffirait qu'en plus de transmettre ces signaux émis par les stations de radio ou de télévision, elle accorde aux usagers des «fonctions» supplémentaires, comme la possibilité de communiquer entre eux et d'échanger des fichiers.

Il faut enfin étudier l'impact de la loi provinciale dont nous avons parlé en introduction, la *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information*⁹⁸. Elle a été adoptée en juin 2001. Elle traite de la responsabilité des personnes qui agissent comme prestataires de divers services sur le réseau Internet. Peu importe le nom du service qu'une entreprise prétend offrir, tel fournisseur de services ou fournisseur d'accès, la loi traite de leur responsabilité éventuelle en fonction de la prestation du service effectivement en cause, qu'il s'agisse de recherche, d'hébergement, d'archivage ou de transmission de documents. Elle s'aligne globalement sur les

97. Cf. art. 2(2) du Projet de loi. Nous sommes les premiers à déplorer l'emploi des mots «personne dont la retransmission». Cette erreur manifeste n'a pas encore été corrigée.

98. *Supra*, note 13.

dispositions correspondantes de la loi américaine DMCA. Les dispositions pertinentes se trouvent à l'article 22, pour ce qui est de la conservation et de la référence à des documents, à l'article 26 pour la conservation seulement, et aux articles 36 et 37 pour leur transmission. Lorsque les conditions énoncées sont satisfaites, les prestataires de services impliqués sont exonérés de responsabilité⁹⁹.

La loi conserve comme principe de base que les diverses personnes ou entreprises qui interviennent entre le point d'expédition d'une transmission d'un document et son point de réception verront leur responsabilité engagée s'ils commettent une faute, i.e. si elles n'ont pas agi comme l'homme prudent, diligent, avisé. Les articles 22, 36 et 37 indiquent ce qui constitue, pour les intermédiaires visés, un comportement sans faute. L'article 27, pour sa part, énonce le principe général que celui qui conserve ou transporte des documents sur un réseau de communication n'est pas tenu de surveiller activement l'information qui y circule. Cette disposition vise tant un transporteur que celui qui héberge ou archive des documents. L'article 22 explicite les principes applicables dans une situation d'hébergement. Selon son deuxième paragraphe, «il peut engager sa responsabilité, notamment s'il a de fait connaissance que les documents conservés servent à la réalisation d'une activité à caractère illicite ou s'il a connaissance de circonstances qui la rendent apparente et qu'il n'agit pas promptement pour rendre l'accès aux documents impossible ou pour autrement empêcher la poursuite de cette activité». L'emploi du terme «notamment» montre qu'il ne s'agit pas d'une énumération limitative. Chaque cas devra être évalué par un juge. Les termes «s'il a de fait connaissance» montrent qu'il n'a pas le fardeau de faire une évaluation au niveau juridique. On emploie d'ailleurs le mot «illicite» plutôt qu'«illégal». Ce qui est illicite est tout ce qui peut engendrer une faute au sens du droit civil, sans nécessairement avoir été déclaré illégal par une loi¹⁰⁰.

L'entreprise qui offrirait à ses clients un moteur de recherche ou des hyperliens serait visée par le troisième paragraphe de cet article 22, à l'effet qu'il n'est pas responsable des activités accomplies au moyen de ces services, mais que sa responsabilité peut être engagée «s'il a de fait connaissance que les services qu'il fournit servent à la réalisation d'une activité à caractère illicite et s'il ne

99. Ces dispositions s'ajoutent évidemment à celles prévues au Code civil en matière de responsabilité civile, art. 1457.

100. Cf. TRUDEL, *supra*, note 13, p. 120.

cesse promptement de fournir ses services aux personnes qu'il sait être engagées dans cette activité». On devine ici que l'emploi de tels termes est susceptible de susciter des conflits d'interprétation, car on ne précise pas le degré de connaissance nécessaire pour entraîner la responsabilité du prestataire de services¹⁰¹. On a vu comment cette question peut être controversée aux États-Unis, quand on a traité de l'affaire *Aimster*, notamment.

L'article 36 de la loi exonère de responsabilité les compagnies qui agissent comme entreprises de télécommunications. Ici aussi se poserait la question de savoir si une entreprise qui offre un logiciel pour que ses clients communiquent entre eux et puissent échanger des fichiers de tout type rencontre les conditions prévues, i.e. qu'elle ne doit pas sélectionner ni modifier l'information, ni sélectionner la personne qui transmet le document ou le reçoit, ou «qui y a accès», selon les termes de la loi.

Notre propos n'est pas de faire une étude exhaustive de ces dispositions. Force nous est de reconnaître que, pour fort utiles qu'elles soient, elles ne régleraient pas toutes les questions juridiques relatives à notre sujet. Elles sont d'abord susceptibles de donner lieu aux mêmes difficultés que celles qu'on a vues aux États-Unis. D'autre part, elles ne peuvent avoir pour effet de changer les règles contenues dans la LDA. Le Parlement fédéral est seul compétent pour légiférer en matière de droit d'auteur.

Il faut aussi tenir compte de la compétence fédérale dans le domaine des communications. La Cour suprême a bien établi, dans les années 70¹⁰², qu'il avait la compétence législative à l'égard de tout ce qui s'appelle radio, télévision, télévision par câble et téléphone. Et ce, parce que les entreprises œuvrant dans le domaine sont visées par l'alinéa 92.(10) a) de la *Loi constitutionnelle de 1867*: ce sont des entreprises qui «s'étendent au-delà des limites d'une province» ou «relient les provinces l'une à l'autre». Même les compagnies de télévision par câble dont tous les abonnés se trouvent dans la même province sont de compétence fédérale, car pour fonctionner leur système dépend d'ondes qui ne connaissent pas de frontières, et leur service consiste à les acheminer aux consommateurs par un

101. *Ibid.*, p. 125 et s.

102. Voir *Capital Cities Communications c. CRTC*, [1978] 2 R.C.S. 141, et *Régie des services publics c. Dionne*, [1978] 2 R.C.S. 191, confirmant la décision du Conseil Privé rendue en 1932 dans *Re: Regulation and Control of Radio Communications in Canada*, [1932] A.C. 304.

conduit différent de l'air libre, en l'occurrence un câble coaxial¹⁰³. La compétence fédérale sur les entreprises de téléphone a été confirmée depuis longtemps par les tribunaux, en s'appuyant sur la même disposition de la Loi de 1867¹⁰⁴. Comme les entreprises œuvrant en ce qui concerne le système Internet sont essentiellement des entreprises de télécommunications, on doit donc penser que la compétence législative de base dans ce domaine revient au parlement fédéral.

La compétence du Québec, comme de toute autre province, de légiférer dans ce domaine, est possible si on se rappelle comment les tribunaux appliquent les règles relatives à la qualification des lois. Rappelons-en les grandes lignes. Si une loi comme la *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information* est jugée porter essentiellement sur des questions telles la responsabilité civile, et accessoirement sur les entreprises de télécommunications, elle a une chance d'être jugée valide. Dans ce cas on considérerait que son sujet principal relève d'une compétence provinciale. Mais ce n'est pas tout. Si l'empiétement sur la compétence fédérale n'est pas jugé nécessaire pour l'exercice complet de la compétence provinciale sur la responsabilité civile, il se peut qu'un tribunal juge que l'empiétement est trop important¹⁰⁵. Il ne faut pas non plus oublier que si le parlement fédéral adoptait des règles portant sur le même sujet que ce dont on traite dans la loi québécoise, il est fort possible, à ce moment, que seules ces dispositions soient applicables, en vertu de la règle applicable en cas de conflits de lois, à savoir que seule la loi fédérale s'applique, tant que dure le conflit. Les tribunaux considèrent aujourd'hui qu'on est en présence d'un conflit lorsqu'une loi fédérale prévoit des droits ou obligations qui ne seraient pas respectés intégralement dans une loi provinciale¹⁰⁶.

8. Conclusion

Nous allons conclure rapidement. Il est certain, comme l'a dit le professeur et avocat Howard Siegel, que la dimension juridique n'est

103. *Ibid.*, voir les propos du juge Laskin dans *Capital Cities*, p. 159.

104. Voir, notamment, *Toronto c. Bell Telephone Co.*, [1905] A.C. 52.

105. Cf. P. HOGG, *Constitutional Law of Canada*, Toronto, Carswell, c. 15.5.

106. Cf. *Law Society of British Columbia c. Mangat*, [2001] R.C.S. 67, où la *Loi sur l'immigration* permettait d'être représenté devant la Commission de l'immigration et du statut de réfugié par un «conseiller», alors que les règles du Barreau de la Colombie-Britannique exigeaient la présence d'un avocat. On a donné priorité à la règle prévue dans la loi fédérale. Cf. aussi P. HOGG, *supra*, note 105, c. 16.2. et 16.3.

probablement pas l'élément le plus important dans la problématique que nous avons étudiée¹⁰⁷. La bataille entre les compagnies de disques et les présumés fraudeurs se livre de façon très intense au niveau commercial et sur le plan technologique. Si les compagnies pouvaient trouver un moyen réellement efficace pour empêcher la reproduction d'une œuvre musicale, à part le fait de copier un disque acheté légalement, on n'entendrait plus parler de la question juridique relative aux droits d'auteur sur les fichiers musicaux. Mais, encore là, il faudrait trouver un mécanisme qui permette la fabrication d'un seul exemplaire. Et, dans la mesure où ces entreprises veulent vendre leurs produits sur le réseau Internet, il faudrait trouver un moyen de protection autre qu'une mesure anti-contournement incorporée dans un disque, *i.e.* un objet tangible. Une telle technologie à l'étude est le «digital watermark», *i.e.* une sorte de traceur, qui est ajouté à toute pièce musicale, et agit comme sceau d'authenticité. Cette technologie cherche à faire en sorte qu'une pièce musicale ne puisse plus être jouée si elle a été l'objet d'une compression en format MP3. Mais tous ces moyens de défense restent toujours vulnérables face aux internautes qui voient comme leur plus beau défi le fait de trouver la façon de contourner ces mesures de protection et s'empresser ensuite d'afficher sur Internet la «recette» à utiliser à cette fin.

Il faudrait aussi, même si c'est un vœu pieux pour l'instant, qu'il y ait davantage de collaboration entre les détenteurs de droits d'auteur sur les pièces musicales et les différents intervenants au niveau du réseau Internet. À l'heure actuelle ils font face à plusieurs poursuites de la part de l'industrie du disque. On comprend leur perception très négative des grands de l'industrie de la musique. S'ils étaient davantage traités en partenaires plutôt qu'en adversaires, un effort mutuel de collaboration pourrait amener des résultats meilleurs que ce qu'on voit actuellement. L'industrie du disque devrait aussi chercher à s'allier avec les entreprises qui utilisent la technologie «P2P», plutôt que de tenter de tout étouffer dans l'œuf. Il y aurait lieu de rechercher à développer de nouveaux modèles d'affaires avec elles.

Au risque de répéter un lieu commun, on peut rappeler que la situation actuelle fait penser à ces nouvelles technologies qui avaient suscité les pires craintes lors de leur apparition. Au 19^e siècle,

107. Cf. J.A. SIFFERD, *supra*, note 2, p. 108.

lorsque les rouleaux perforés ont été disponibles, permettant de jouer de la musique sur un piano mécanique, on a prédit la mort de la musique en feuilles. Au début des années 50, lors de l'arrivée de la télévision au Canada, on a annoncé la mort imminente des cinémas. Il en fut de même pour les appareils vidéo au milieu des années 70. Il faut donc que l'industrie trouve le moyen d'appivoiser ces nouvelles technologies liées au réseau Internet plutôt que de le voir comme un ennemi mortel, car on sait bien que même si leur apparition est récente, elles sont là pour rester.