

## La Loi canadienne sur le droit d'auteur doit-elle être *repensée*?

Pierre-Emmanuel Moyse\*

*Commentaires sur le «Document de consultation sur les questions de droit d'auteur à l'ère numérique» du 22 juin 2001 produit par la Direction de la politique de la propriété intellectuelle Industrie Canada et la Direction de la politique du droit d'auteur Patrimoine Canada*<sup>1</sup>.

J'ai lu avec attention l'excellent document qui a été mis à la disposition du public canadien le 22 juin 2001, qui s'intitule «*Document de consultation sur les questions de droit d'auteur à l'ère numérique*». Cette synthèse, sous forme d'historique législatif, offre un tableau intéressant de l'état du droit aujourd'hui.

Depuis 1995 et la publication du rapport final du sous-comité sur le droit d'auteur<sup>2</sup>, ce tableau a été coloré d'une jurisprudence nombreuse, d'origine américaine pour la plupart et, plus récemment, européenne. Le Canada, sans être en reste, a une production législative plus retenue qui correspond, je crois, à une politique d'atten-

---

\* © 2001 Pierre-Emmanuel Moyse LEGER ROBIC RICHARD / ROBIC Avocat, Pierre-Emmanuel Moyse est membre du cabinet d'avocats LEGER ROBIC RICHARD, s.e.n.c. et du cabinet d'agents de brevets et de marques de commerce ROBIC, s.e.n.c. Les opinions exprimées n'engagent que l'auteur.

1. Document de consultation sur les questions de droit d'auteur à l'ère numérique, du 22 juin 2001 produit par la Direction de la politique de la propriété intellectuelle Industrie Canada et la Direction de la politique du droit d'auteur Patrimoine Canada. Le document est accessible à l'adresse suivante, <http://strategis.ic.gc.ca/ssgf/rp01099f.html>.

2. Le droit d'auteur et l'autoroute de l'information, Rapport final du sous-comité sur le droit d'auteur, mars 1995, <http://strategis.ic.gc.ca/SSGF/ih01092f.html>.

tisme. Cette attitude a certains avantages en ce qu'elle permet d'atteindre un certain recul sur des questions d'actualité en observant les réactions du droit aux nouvelles technologies telles qu'elles se manifestent dans les autres juridictions. Attentisme ne doit pas signifier pour autant «immobilisme». À ce titre, le processus de consultation mis en branle par le gouvernement du Canada est une initiative à saluer.

Avant de présenter la substance des commentaires qui font l'objet de la présente, je livrerai quelques réflexions d'ordre général qui résultent de l'observation de l'évolution du droit de ces dernières années dans le domaine qui nous intéresse. Je proposerai ensuite une réponse à la première question posée par le document de consultation: La loi doit-elle être modifiée pour permettre un droit spécifique pour les communications à demande?

J'aborderai ensuite brièvement la question des mesures législatives qui ont pour objectif d'empêcher le contournement des mesures de protection technique – champ magnétique ou barbelé, une question de clôture? Je ne traiterai pas de la question de la responsabilité des intermédiaires de réseau, faute de temps.

## 1. Prolégomènes

Il y a des mots qui s'évaporent à la lumière trop vive du progrès. Le travail de législation est avant tout un travail de rédaction. La terminologie employée doit être définie avec prudence, ses contours examinés avec attention. Car c'est le mot qui supporte le syllogisme juridique. Il définit la taille de l'empreinte que la loi laissera sur cette terre numérique, le reste étant jachère et attendra la prochaine ronde législative, comme l'on attendait la saison des moissons. Et combien de saisons de droit d'auteur a-t-on vu passer? Quelques-unes, serions-nous tentés de répondre, mais qui s'apparentent de plus en plus à des moussons, des pluies diluviennes de précisions et d'exceptions!

Le document de consultation nous laisse croire qu'une de ces saisons approche – nous les appelons «phases» depuis récemment.

On se rappellera qu'en 1988 la définition de programme d'ordinateur a été ajoutée à la liste des définitions de l'article 2 de la *Loi sur le droit d'auteur* (ci-après: «Lda»). Cette définition devait être conjuguée avec la définition d'œuvre littéraire, la première venant

---

ouvrir, par inclusion dans la seconde, le champ de protection accordée aux programmes d'ordinateur.

Pour épouser cette nouvelle forme de création électronique, la loi n'a pas eu besoin d'être réécrite. Seuls quelques ajustements auront été nécessaires [location – article 2.5(1), droit exclusif – article 3.1(h), acte licite – 30.6, incorporation d'un programme dans un circuit intégré – 64.2(2) Lda]. L'examen de ces dispositions et leur application par les tribunaux canadiens nous apportent certaines informations sur l'efficacité des normes dans le domaine électronique.

Une brève revue de jurisprudence montrera que depuis 1984, date de la décision remarquable de la juge Reed dans l'affaire *IBM Corp. c. Ordinateurs Spirales Inc.* (1984), 80 C.P.R. (2d) 194 (C.F.P.I.), très peu de décisions ont été rendues sur le sujet jusqu'à aujourd'hui. Cela veut-il dire que les différends disparaissent? Certainement pas.

Bien plutôt, le mode électronique confère aux œuvres une texture extrêmement fluide qui glisse et le plus souvent échappe à l'application du droit d'auteur. En matière informatique, la jurisprudence qu'il nous est donné d'étudier est peu stable. Du fait des exigences de compatibilité, des limites mêmes afférentes au langage informatique et des fonctions recherchées par le logiciel, il devient extrêmement difficile soit d'attester de l'originalité d'un logiciel, soit de reconnaître qu'il n'est pas chargé d'emprunts à d'autres logiciels dont il retire une grande partie de son arborescence fonctionnelle. Les comparaisons d'interfaces («look and feel») ou de codes sources ont créé bien plus d'incertitude en droit canadien que de précédents. Abstraction, filtration, frustration. Ces réflexions s'appliquent, *a fortiori*, avec encore plus d'acuité à Internet, médium de convergence.

Paradoxalement, et sur cette même période de temps, le droit des banques de données s'est développé et désormais ces deux branches du droit d'auteur, si l'on peut les nommer ainsi, se juxtaposent sous l'effet du médium unique qu'est Internet.

J'arrive ici à une première réflexion: il est surprenant, à un moment où la valeur des activités marchandes en ligne réside dans l'information, que la question de l'extraction déloyale de données n'ait pas été abordée dans le document de consultation.

C'est là, à mon humble opinion, une absence de taille dans les sujets qui doivent être examinés par le gouvernement. La majorité des membres de l'Union européenne ont d'ores et déjà transposé la Directive banques de données (96/9/CE) en droit interne<sup>3</sup>. Les premières décisions démontrent l'efficacité du droit d'extraction déloyale et donc le bénéfice que peut en retirer toute l'industrie de la nouvelle économie.

À titre d'illustration, dans un arrêt britannique récent, *British Horse Racing Board v. William Hill*<sup>4</sup>, le droit *sui generis* ou d'extraction déloyale a permis d'empêcher l'utilisation par le défendeur de données propriétaires concernant des courses canines. Ce dernier utilisait les données statistiques pour les télécharger sur son ordinateur et les rendre accessibles via son site Internet. Ce genre d'utilisation est courant dans l'environnement numérique et le Canada ne dispose d'aucune disposition spécifique qui ferait écho à l'article 7 de la Directive européenne. Notre secteur du commerce électronique, et donc de la production de contenu de données informationnelles, s'en trouve pénalisé.

Internet présente de nombreuses formes d'agissements parasitaires qui relèveraient normalement de l'application d'un droit relevant de la responsabilité délictuelle. Le contournement des moyens de protection technique, l'usage des balises «meta», ou autres épiphénomènes en sont autant d'exemples. Cependant, ces agissements sont le plus souvent teintés de propriété intellectuelle, d'où un certain ballottage. Pour référence, on mentionnera l'article 7 de la *Loi sur les marques de commerce* et les récentes lignes directrices

- 
3. Directive communautaire 96/09/CE du 11 mars 1996 concernant la protection juridique des bases de données, JOCE n° L 77/20, 27 mars 1996: cette directive prévoit la protection de la banque de données elle-même ainsi qu'un droit contre l'extraction déloyale des données qui y sont contenues, [http://europa.eu.int/eur-lex/fr/lif/dat/1996/fr\\_396L0009.html](http://europa.eu.int/eur-lex/fr/lif/dat/1996/fr_396L0009.html). Voir *Télé-Direct (Publications) Inc. c. American Business Information Inc.*, [1998] 2 C.F. 22 (C.A.F.) (Banque de données); décision disponible à <http://www.fja.gc.ca/fr/cf/1998/vol2/html/1998fca21425.p.fr.html>. *Contra: Telstra Corporation Limited c. Desktop Marketing Systems*, (2001) FCA 612, Federal Court of Australia, décision disponible à [http://www.austlii.edu.au/au/cases/cth/federal\\_ct/2001/612.html](http://www.austlii.edu.au/au/cases/cth/federal_ct/2001/612.html). Également, P.-E. MOYSE, «Les créatures subjuridiques – Les bases de données», (1999) 12 *Cahiers de propriété intellectuelle* 131, également disponible à <http://www.robic.ca/publications/239.htm> et à <http://www.robic.com/cpi/Cahiers/12-1/12-1%2007MoysePierreEmmanuel.htm>.
  4. *British Horse Racing Board c. William Hill*, (2001) EWCA Civ 1268, (Supreme Court of Judicature, Court of Appeal); décision disponible à [http://www.courtserve.gov.uk/judgments/judg\\_home.htm](http://www.courtserve.gov.uk/judgments/judg_home.htm).

---

publiées par le Bureau de la concurrence le 21 septembre 2000<sup>5</sup>. Les lois actuelles sont résistantes à l'avènement des technologies.

À l'heure où le clavier remplace la plume et où le «copier-coller» devient l'instrument primordial de la «création» électronique, il est illusoire de croire que nos tribunaux sauront aisément résoudre les questions qui leur seront soumises.

J'en arrive à ma seconde réflexion, sous forme de recommandation cette fois, soit qu'un programme d'information et de formation destiné aux tribunaux devrait être mis en place afin de faciliter et d'assurer l'exercice du pouvoir d'appréciation et d'interprétation de nos juges.

## **2. La loi doit-elle être modifiée pour permettre un droit spécifique pour les communications à demande?**

Le législateur et la doctrine en général sont souvent réfractaires à introduire de nouvelles notions sans qu'elles aient été préalablement avalisées ou acceptées en principe par la communauté juridique. Ainsi, dans le processus législatif, une certaine forme de coutume ou de pensée commune semble être requise avant qu'une proposition fasse son chemin à travers le processus législatif. Il en a été ainsi de la plupart des droits qui constituent désormais le faisceau de droits de l'article 3(1) de la *Loi sur le droit d'auteur*. Il suffit, pour s'en persuader, de lire les discussions qui avaient précédé l'adoption d'un droit spécifique pour la radiodiffusion.

Le débat sur la création de nouveaux droits porte en fait sur l'élasticité des normes juridiques et de savoir jusqu'où l'interprétation des lois permet d'appréhender des nouvelles formes d'utilisation des œuvres protégées. Ainsi, le document qui nous est présenté pour consultation semble faire fi du droit de reproduction. Pourtant, les débats soulevés par la question de la mémoire cache n'ont pas trouvé de solutions, ni dans la loi actuelle, ni dans la jurisprudence. Or, le problème est bien réel. L'outil de recherche Google, par exemple, utilise ce système de mémoire cache pour mémoriser les sites Internet dans l'état où ils ont été répertoriés lors du premier référencement. Ainsi, en activant le lien «cached» ou «mémoire

---

5. Propriété Intellectuelle – Lignes directrices pour l'application de la loi, disponible sur le site de Statégis Canada à <http://www.strategis.gc.ca>. Sur le droit de reproduction, voir Ysolde GENDREAU, «Le droit de reproduction et l'Internet», (1998) 178 *R.I.D.A.* 3.

cache», il est possible de retracer l'existence d'un contenu Internet, alors même que la page n'est plus accessible au jour de la consultation. Qu'en est-il si le contenu mis en mémoire avait été répertorié sans le consentement de l'auteur ou indexé (et donc rendu accessible) par un tiers en violation des droits de ce dernier? Le référencement ne se fait pas en principe avec l'autorisation expresse de l'auteur du site.

On peut comprendre que ce type de mémoire cache est extrêmement utile pour les producteurs de contenu puisqu'il permet d'éviter les rotations de liens hypertextes cibles. En effet, de nombreux journaux en ligne ou producteurs de contenu font appel à un mécanisme de changement d'adresse automatique. Il en résulte que les pages cibles ne sont plus accessibles après un certain temps. Les liens y pointant deviennent obsolètes, ceci afin d'obliger les lecteurs à visiter directement le site initial et non les sites qui y renvoient.

Pour contourner ce système de rotation d'adresses, de nombreux fournisseurs de services Internet s'interrogent sur la possibilité de mémoriser dans une mémoire cache le contenu accessible en ligne et d'éviter ainsi les changements réguliers d'adresses sous lesquelles il est indexé. Ce genre d'opération peut être qualifié de «reproduction» au sens de la loi. Pourtant, sur Internet, il est difficile de distinguer ce type de reproduction des autres types de reproduction temporaires ou transitoires qui accompagnent les opérations techniques de diffusion de contenu en ligne.

De la même manière, qu'en est-il de l'application du droit de reproduction lorsque le contenu est reproduit sur les ordinateurs des utilisateurs et est partagé entre eux? Cette nouvelle configuration nous force à reconsidérer l'application du droit de reproduction dans l'environnement numérique. Les affaires *UMG Recordings, Inc. and Sony Music Entertainment Inc. c. MP3.com Inc.*<sup>6</sup> du 4 mai 2000 et *A & M Records Inc. c. Napster*<sup>7</sup> du 10 août 2000 et la décision d'appel rendue le 12 février 2001 nous invitent à repenser ce qui semble acquis.

---

6. *UMG Recordings R. Inc. and Sony Music Entertainment Inc. c. MP3.Com, Inc.*, 4 mai 2000 (Cour fédérale du district sud de New York, 00 Civ. 472; décision disponible à [http://www.riaa.org/PDF/MP3\\_Court\\_Ruling.pdf](http://www.riaa.org/PDF/MP3_Court_Ruling.pdf)).

7. *A & M Records Inc. c. Napster, Inc.* 10 août 2000 (Cour fédérale du district nord de Californie) n° C995183, décision disponible à <http://www.riaa.org/pdf/opin.pdf> et la décision d'appel, 12 février 2001, elle-même disponible à <http://www.nyls.edu/samuels/copyright/beyond/cases/napster.html>.

La reproduction étant omniprésente dans le milieu électronique, il n'est pas certain qu'outre les cas flagrants de reproduction telle que peut l'illustrer l'affaire *Playboy c. Frena*<sup>8</sup>, que le droit de reproduction s'articule difficilement dans l'environnement numérique. Il devient surtout déroutant si l'on doit, à chaque stade d'une communication, reconnaître un droit de reproduction mécanique.

La question n'est pas nouvelle puisque, dans un autre contexte, les articles 30.8 et 30.9 LDA de la loi ont été insérés pour répondre à la question à l'endroit des enregistrements éphémères lorsque des entreprises de programmation procédaient à de tels enregistrements en vue d'une diffusion ultérieure. Outre la question de la responsabilité des intermédiaires, celle de l'application du droit de reproduction au regard des opérations en ligne, éphémères ou transitoires, n'a toujours pas été vidée des incertitudes qu'elles posent.

Suite à cette digression, nous revenons à la notion de communication de l'œuvre au public par télécommunication et l'adoption d'un éventuel droit connexe en la forme d'un droit couvrant les communications à demande.

Dans un article publié en 1996, j'énonçais en introduction que:

À l'épicentre du droit de communication au public se trouve la notion de public. Le problème relatif à son application est centré autour des nouveaux aspects de l'accès aux œuvres par les réseaux électroniques. Les transactions sur demande individuelles relèvent-elles du droit de communication au public? Ce droit correspond en fait à l'adaptation de la norme juridique à la diffusion de masse des œuvres. La radiodiffusion lui avait déjà ouvert un large champ d'applications. Puis vint la communication par câble et par satellite. Le droit de communication fut alors de plus en plus pertinent, couvrant ainsi un grand nombre d'opérations. Ceci est encore plus vrai aujourd'hui. C'est dans ce continuum qu'il faut inscrire l'avenir de ce droit, prédisposé à s'appliquer à la circulation des œuvres dans ce nouvel environnement.<sup>9</sup>

Cinq ans auront passé et je fais encore miens ces propos. Je ne crois pas qu'il faille amender le droit de communication au public par

8. *Playboy Enterprises Inc. c. Frena*, 839 F. Supp. 1552 (M.D. FLA. 1993).

9. Pierre-Emmanuel MOYSE, «Droit d'auteur et espace cybernétique: le dernier veau d'or», (1996) 1 *Auteurs et Média* 7, Bruxelles, 7. Disponible sur <http://www.robic.ca/publications/075.htm>.

télécommunication en précisant qu'il concerne les communications à la demande de l'utilisateur.

Le droit de communication au public est étroitement attaché à la personne qui émet, c'est-à-dire à la source de la communication de l'œuvre. Il est un vecteur juridique du point «A» au point «B». Ainsi, son application permet de retenir une violation du droit d'auteur lorsqu'une personne, un utilisateur ou un éditeur prend l'initiative de cette émission. Il pourra s'agir par exemple de la communication d'un fichier MP-3 via un logiciel de partage en direction d'un autre utilisateur qui l'aura commandé.

S'agissant des retransmetteurs ou des intermédiaires tels que les fournisseurs de services Internet ou les éditeurs en ligne qui insèrent dans leurs pages des liens vers d'autres contenus, il est plus difficile de reconnaître qu'ils sont véritablement à la source de l'émission. Ceci explique que certaines législations prévoient l'exonération des intermédiaires dans le processus de communication. Face à ces difficultés d'interprétation et de qualification, la Commission du droit d'auteur, dans sa décision *Taris 22*<sup>10</sup>, avait fait mention du droit «satellite» au droit de communication au public par télécommunication, j'entends le droit d'autoriser la communication. À défaut de pouvoir qualifier une opération de «communication», l'auteur pourrait, au titre de son droit d'autoriser, interdire à toute personne «d'autoriser» une communication sans sa permission préalable. Ainsi, par exemple, dans l'hypothèse où un lien hypertexte n'est pas considéré comme une «communication au public» en tant que telle, il pourra s'agir d'une «autorisation» à communiquer<sup>11</sup>. Le droit d'autoriser complétera ainsi le droit de communication par télécommunication sans s'y confondre. Il s'agit là d'une lecture toute personnelle de la décision *Tarif 22*. Le contrefort du droit d'autoriser qui est contenu *in fine* dans l'article 3.1 LDA de la *Loi sur le droit d'auteur* permet, si l'on en suit cette interprétation de la Commission, de constater des violations de droit d'auteur à l'endroit de certaines opérations techniques qui ne feraient que relayer l'acte illicite et non communiquer en tant que tel le contenu protégé. Cette construction

10. Tarif des droits à percevoir par la SOCAN pour l'exécution ou la communication par télécommunication, au Canada, d'œuvres musicales ou dramatico-musicales – Tarif 22, (1999), 1 C.P.R. (4d.) 417; décision également disponible à <http://www.cb-cda.gc.ca/decisions/m27101999-b.pdf>; décision commentée par l'auteur dans un article intitulé Decision «Tariff 22» of the Canadian Copyright Board and Internet law related Issues, publié à (2000), 1 *World Internet Law Report* et disponible à <http://www.robic.ca/publications/244-01.htm>.

11. Ysolde GENDREAU, «Authorization Revisited», (2001) 48 *Journal of the Copyright Society of the U.S.A.* 341, à la page 354.



---

juridique semble tout à fait acceptable. Cependant, elle pose, à mon sens, certaines complications quant à la gestion ou à l'administration du droit de communication au public par télécommunication. Cette citation de Shira Perlmutter résume notre opinion sur ce point:

To put it bluntly, this approach no longer works. Even rights deliberately written to be technologically neutral are quickly called into question by the rapidity of today's technological developments. There ensues a tremendous diversion of time and energy in debating the precise borders of each right. Which rights are implicated by a particular type of dissemination – for example, «making available» online? Reproduction? Distribution? Rental? Communication?

One step in the right direction was taken in the WCT. The treaty combines the fragmented and specific rights contained in Berne articles 11, 11bis and 11ter, unifying them into a single broad right of communication to the public.

It must be acknowledged, however, that difficulties lie in the way of achieving this simplification. First, the existence of fragmented subject matter and fragmented rights have given rise to fragmented management. This is a practical reality today. Second, there is the view that narrowly delineated rights are an appropriate mechanism for avoiding an overbroad scope of protection». <sup>12</sup>

Lorsque l'on parle de droits économiques, c'est toute une structure de gestions collectives qu'il faut considérer. À chaque droit son instrument d'imposition de redevance. Dans une culture de diffusion de masse, la question du guichet unique est réminiscente et il faut qu'elle soit abordée dans ce processus de consultation publique. S'il est une chose d'introduire des droits nouveaux ou de consolider l'architecture législative, il en est une autre de dessiner un schéma efficace de gestion collective des droits. La décision *Tarif 22*, par l'examen qu'elle contient de l'articulation du système de la gestion des droits au regard des droits substantifs, témoigne des difficultés à rencontrer.

Dans l'environnement numérique, on peut prétendre que chaque «démembrement» du droit d'auteur pourrait faire l'objet

---

12. Shira PERLMUTTER, «Convergence and the Future of Copyright», (2000) Copyright, Related Rights and Media Convergence in The Digital Context, ALAI Study Days, June 18-20, 2000, 15, p. 25

d'une gestion collective ou d'une licence obligatoire, le cas échéant. D'ailleurs, le nombre croissant de sociétés de gestion conforte cette idée. La multiplication des modes et des formes d'utilisation des œuvres en sont la cause. Ces mécanismes de gestion et d'administration n'ont pas encore été transposés à l'exploitation des œuvres via Internet. Ça ne saurait tarder et des projets pilotes existent déjà, notamment pour les œuvres musicales communiquées en ligne.

Pour que le droit ne soit pas un obstacle à l'utilisation, la réutilisation du contenu mis en ligne, on se doit de garder le projet du guichet unique. Pourtant, tout semble montrer que le modèle de gestion à venir serait plutôt un modèle éclaté. Chaque organisme de gestion collective tente en effet de ramener à lui les redevances perçues en application du droit qu'il gère et qui trouve forcément une application sur Internet.

C'est ici que le droit de distribution électronique réapparaît.

Je fus, avec nombre de mes distingués collègues, de ceux qui étaient réticents à l'adjonction d'un droit de type distribution électronique tel qu'il avait été proposé dans le rapport Lheman en 1994. Ce rapport proposait en effet d'amender l'article 106.3 de la Loi américaine sur le droit d'auteur afin qu'il couvre la distribution au public par transmission et que ces transmissions puissent être au titre du droit exclusif de distribution dont bénéficie l'auteur. Pour certains, ces modifications, qui n'ont en fin de compte pas abouti, relevaient de l'hérésie juridique.

En effet, le droit de distribution se comprend, selon ses détracteurs, de la distribution d'exemplaires ou de l'original de l'œuvre dans sa version matérielle et comporte une limite naturelle en la forme du principe de l'épuisement des droits de propriété intellectuelle. Selon ce principe, l'auteur d'une œuvre ne peut pas empêcher la circulation subséquente de son œuvre lorsqu'il a lui-même autorisé ou procédé à la première mise en circulation ou la première vente de l'œuvre («first sale»). L'œuvre est irrémédiablement esclave de son enveloppe matérielle. C'est ici le résultat de l'extraordinaire composition de notre discipline, qui procède à la fois de l'application des règles de propriété ordinaire sur le support et des règles spéciales qui régissent l'intangible qu'il contient.

Puisque le principe de l'épuisement limite le contrôle de l'œuvre par son auteur, celui-ci ne contrôlant pas la distribution subséquente de l'exemplaire, certains ont pu dire qu'il s'agissait là d'un droit consacré au bénéfice des utilisateurs. Il s'ensuit que le droit de distri-

bution, pour des motifs erronés, fut mal compris. En témoignent ces lignes de Séverine Dusollier:

Dans les premières années du développement d'Internet, les opposants au droit d'auteur et droit voisin ainsi que les autres utilisateurs libertaires de ce nouveau média cherchaient à appliquer par analogie le droit de distribution à la communication de copies d'œuvres par le biais des réseaux. Ceci afin de profiter de l'épuisement du droit de distribution qui, toujours selon eux, empêcherait les ayants droit à s'opposer à la réutilisation «on-line» d'une œuvre ou prestation licitement acquise. «...». Il est vrai qu'à première vue, la distribution «de copies d'œuvres» sur Internet pourrait être assimilée, au point de vue fonctionnelle, à la distribution d'exemplaires dans l'environnement traditionnel. En tout cas l'utilisateur n'y voit que du feu.

et l'auteure poursuit:

Pourtant cette assimilation repose sur deux erreurs. D'une part, la transmission sur les réseaux d'un exemplaire d'une œuvre ou d'une fixation d'une prestation ne s'applique pas à la même copie, au même exemplaire, mais au contraire réalise une nouvelle copie de l'œuvre, la copie originale restant stockée dans le disque dur du «distributeur». Dès lors, cette nouvelle copie ne pourrait ni être une distribution d'un exemplaire, ni être sujette à épuisement du droit. D'autre part, il faut rappeler que le droit de distribution ne s'applique qu'aux exemplaires physiques de l'œuvre ou de la prestation. Ceci a été confirmé clairement à la fois par les traités de l'OMPI et par la proposition de directives européennes.<sup>13</sup>

Cette compréhension des choses est erronée.

S'agissant de la notion de distribution, il est aussi faux de dire que la distribution ne concerne que les exemplaires matériels que d'affirmer, comme il fut un temps, que le droit de reproduction ne peut s'appliquer que dans un contexte où l'œuvre considérée est visible à l'œil nu. On renverra sur ce point le lecteur à l'affaire *Boosey c. Whight*, dans laquelle il fut décidé que les rouleaux perforés d'un piano mécanique ne constituaient pas une copie de la partition musi-

13. Séverine DUSOLLIER, «Internet et droit d'auteur» (2001) [http://www.droit-technologie.org/fr/2\\_1.asp?dossier\\_id=56](http://www.droit-technologie.org/fr/2_1.asp?dossier_id=56)

cale au sens du droit d'auteur. Le juge Lindley, en appel, s'est arrêté à sa «perception» de ce qui est une reproduction illégitime. Comme nous l'avons vu, ceci a vite été rectifié par le législateur anglais.

Il est grand temps de se départir des impressions que nous laissent les termes comme «copie», «exemplaire» ou «original», qui n'ont de sens que dans un monde physique. Enfin, le principe de l'épuisement du droit ou de «first sale doctrine» est le précipité d'une solution imparfaite entre le droit de propriété ordinaire et les droits de propriété intellectuelle. Une fois le support matériel devenu obsolète, il n'y a plus lieu d'avoir recours à l'épuisement du droit et l'auteur peut se resaisir du contrôle sur le sort de son œuvre dans sa forme la plus élevée.

Notre suggestion serait donc d'examiner la possibilité d'introduire un droit de distribution par transmission ou un droit de distribution électronique. Il s'agirait certes, pour le Canada, d'une initiative originale. Elle aurait pour avantage de concentrer la gestion de ce droit aux mains d'une seule société de gestion collective, qui aurait pour tâche de gérer et d'administrer les œuvres ainsi distribuées en ligne selon leur appartenance aux différentes catégories et leur mode d'exploitation. Un tel droit est finalement la somme du droit de communiquer par télécommunication et du droit d'autoriser, ainsi que nous l'avons vu dans les paragraphes précédents.

De plus, quelle que soit la manière utilisée, le médium utilisé ou la situation dans le processus de diffusion, le droit de distribution peut toujours s'appliquer. Les intermédiaires qui seraient relais dans une opération de communication par télécommunication pourraient très bien être redevables du droit de distribution électronique si leur responsabilité dans cette distribution va au delà d'un simple transport d'information.

Je laisse ici en friche ces développements et j'ose espérer que certains de nos spécialistes prendront la peine d'y apporter leur point de vue.

### **3. Des mesures législatives sont-elles requises pour décourager le contournement des mesures technologiques utilisées par les titulaires de droit pour protéger leurs intérêts?**

Je crois qu'effectivement le Canada devrait emboîter le pas aux initiatives législatives américaines et européennes pour permettre aux ayants droit d'empêcher le contournement des moyens de protec-

tion technique. Je renverrais sur ce point notamment à l'affaire *Universal City Studios Inc. c. Shawn C. Reimerdes*<sup>14</sup> ainsi qu'aux dispositions 1201 du *Digital Millennium Copyright Act*. Je crois par contre que la mise en œuvre d'un recours contre le contournement technique devrait être conditionnelle à la preuve de l'existence d'un droit dans l'œuvre à laquelle les mesures techniques sont attachées ou, au moins, de l'existence d'un enregistrement d'un droit d'auteur sur ladite œuvre. Au moment où je réfléchis sur cet aspect technique de la production du droit d'auteur, j'apprends que la société Audio-soft a fermé ses portes. Audio-soft était une des sociétés leader dans la programmation de logiciels permettant de contrôler la distribution d'œuvres via Internet. La réponse à la machine est-elle vraiment dans la machine<sup>15</sup>.

#### **4. Des mesures législatives sont-elles requises pour décourager l'altération des renseignements sur la gestion des droits?**

Aucun commentaire.

#### **5. Conclusion**

Le 29 août 2001, FLIPR (<http://www.flipr.com>), une société montréalaise qui diffuse de la musique en ligne, annonçait la signature d'une entente avec la SODRAC (pour la reproduction mécanique des œuvres?). Ainsi, croit-on, la diffusion en ligne se sera lavée des péchés de Napster. Fort de cette entente et de la mise en vigueur d'une redevance de 0,04 \$ USD par chanson téléchargée, le diffuseur annonçait qu'il rétablira une situation de juste compromis entre les ayants droits et les utilisateurs. Il me semble qu'en 1998 c'était la SOCAN qui avait joué ce rôle rédempteur en soutenant les initiatives de eWorldmusic (<http://www.eworldmusic.com>).

Chacun y va donc de ses prérogatives, et des ententes sont signées, ici et là, par des sociétés de gestion qui s'arrogent des droits dont la seule apparence ne me convainc pas. S'il est indiscutable de rétablir un système de redevances en contrepartie des utilisations

---

14. *Universal City Studios, Inc. c. Shawn C. Reimerdes*, 17 août 2000 (Cour fédérale du district sud de New York) n° 00 Civ. 0277; décision disponible à <http://eon.law.harvard.edu/openlaw/DVD/NY>.

15. Citation de Charles Kent s'exprimant sur la question de la gestion des droits numériques (*Digital Rights Management*): «The answer to the machine is in the machine».

faites par Internet, faisons-le d'une manière coordonnée et en concertation avec d'autres pays. Instituons un organisme unique, articulé autour d'un droit unique, de distribution électronique ou d'un quelconque autre droit, qui permettra d'éviter la juxtaposition, voire la compétition, de différentes sociétés de gestion.