

*Vol. 23, n° 2*

**La *Loi sur le droit d'auteur*  
et les appareils de  
reproduction mécanique**

**René Pepin\***

INTRODUCTION . . . . .	957
1. Les rouleaux perforés . . . . .	958
2. Les « juke-boxes ». . . . .	962
3. Les appareils à photocopier . . . . .	966
4. Les cassettes audio . . . . .	969
5. Les cassettes vidéo . . . . .	975
6. Les logiciels d'échange de fichiers musicaux . . . . .	978
CONCLUSION : ET MAINTENANT ? . . . . .	986

---

© René Pepin, 2011.

\* Professeur à la Faculté de droit de l'Université de Sherbrooke.

## INTRODUCTION

Les premières lois dites « modernes » en matière de droit d'auteur ont été adoptées au Royaume-Uni et au Canada à la fin du XIX<sup>e</sup> siècle et au début du vingtième siècle. Elles ont reconnu aux créateurs de pièces musicales, pour prendre cet exemple, le droit de reproduire la musique en feuilles, celui de les exécuter ou de les faire exécuter devant public et, éventuellement, de faire un enregistrement de l'œuvre. À cette époque, il n'était pas difficile de faire respecter le droit de reproduire l'œuvre, l'opération impliquant l'utilisation de machines lourdes, complexes et, surtout, dispendieuses. Mais on sait que les développements technologiques ont amené, surtout dans le domaine de la musique, une véritable révolution, en ce sens qu'il est devenu de plus en plus à la portée du simple consommateur de se fabriquer à peu de frais un exemplaire d'une œuvre protégée par la loi.

Ce qui pose la question suivante, que nous avons voulu explorer. De quelle façon, au cours des ans, les tribunaux ont-ils considéré les nouvelles technologies, en regard de ce qui est prévu dans une loi sur le droit d'auteur, qu'elle soit britannique, américaine, australienne ou canadienne ? Évidemment, ces lois prévoient toujours, à la base, le droit exclusif du créateur de multiplier les exemplaires de son œuvre. Mais les nouvelles technologies soulèvent des questions particulières :

- Les appareils qui facilitent la copie d'une œuvre doivent-ils être complètement interdits ?
- Ou doivent-ils être munis de mécanismes destinés à éviter la contrefaçon ?
- Si oui, lesquels ?
- Et qu'en est-il de la responsabilité du fabricant de ces appareils ? Doit-on considérer qu'ils violent la loi du seul fait qu'ils facilitent la tâche de l'utilisateur de l'appareil qui désire l'utiliser pour faire une copie de l'œuvre sur un support vierge ?

- Et qu'en est-il du statut de l'utilisateur de l'appareil ?

Notre questionnement est donc le suivant. Nous avons voulu voir s'il existe un dénominateur commun dans les décisions des tribunaux confrontés au cours des décennies à la question de la légalité de nouveaux appareils facilitant la reproduction d'œuvres protégées. Est-ce que ces appareils ont suscité les mêmes questions juridiques au regard des lois sur le droit d'auteur ? Et comment ces questions ont-elles été solutionnées ? Nous allons vérifier ce qu'il en est, depuis les rouleaux perforés utilisés dans les pianos mécaniques, jusqu'aux logiciels d'échanges de pièces musicales sur Internet.

## 1. LES ROULEAUX PERFORÉS

On peut deviner qu'il n'y a pas eu énormément de jurisprudence sur la légalité de ces rouleaux, destinés aux pianos dits « mécaniques ». La question n'a d'ailleurs pas été soulevée devant les tribunaux canadiens. Notre première loi, adoptée par le Parlement fédéral en 1868<sup>1</sup>, n'en traitait pas, non plus que celle de 1875. Mais avec la loi de 1921<sup>2</sup>, entrée en vigueur en 1924, il a été prévu, à l'article 18, que pouvaient être fabriqués des « rouleaux perforés ou autres organes à l'aide desquels l'œuvre pourra être exécutée ou représentée », à la condition que de tels rouleaux aient déjà été fabriqués légalement, et que l'on paie les redevances prévues par la loi, appelées « tantièmes ». Il était donc clair, de par la loi, que l'auteur d'une composition musicale avait, le premier, le droit, en plus de faire exécuter l'œuvre en public par des musiciens, de confectionner ou faire fabriquer de tels rouleaux.

La question avait cependant alors déjà été examinée en Angleterre en 1899 dans l'affaire *Boosey c. Whight*<sup>3</sup>. Dès 1832, une loi avait reconnu aux auteurs de pièces musicales le droit de multiplier les exemplaires de la musique en feuilles. En 1842<sup>4</sup>, on étendit la protection au droit d'exécuter l'œuvre en public. Mais cela ne traitait pas de la question de la fabrication d'objets sur lesquels les sons pouvaient être enregistrés, ou à partir desquels ils pourraient être reproduits. C'est ce qui était en cause dans la décision *Boosey*. Une injonction a été réclamée par le demandeur et la compagnie qu'il

1. La loi de 1868 (31 Vict. ch. 54) et celle de 1875 (38 Vict. ch. 88) portent le même nom : *Acte concernant la propriété littéraire et artistique*.  
 2. *Loi de 1921 concernant le droit d'auteur*, 11-12 George V, ch. 24.  
 3. (1899) 1 Ch. 836 (Ch.) et (1900) 1 Ch. 122 (C.A.) L'affaire a été décidée la même année, soit le 19 avril 1899 en première instance, et le 13 décembre en appel.  
 4. *Copyright Act*, 5 & 6 Vict. ch. 45, art. 20.

avait formée, au motif de violation de droits d'auteur à l'égard de trois chansons. Le défendeur avait fabriqué des rouleaux perforés destinés à être utilisés sur un appareil appelé « aeolian »<sup>5</sup>, une première forme du piano mécanique, essentiellement un instrument à vent qui devait être actionné à la main. Les rouleaux contenaient seulement quelques mots lisibles par un humain, pour lui indiquer le rythme suggéré par le compositeur : andante, moderato, ou crescendo.

Le juge Stirling a d'abord énoncé que la seule question à trancher était de savoir si le droit d'auteur avait été violé ou non. Durant les plaidoiries, on s'était demandé jusqu'à quel point il serait possible pour une personne de déterminer, à partir des perforations, les notes imprimées sur les feuilles de musique. Mais le juge Stirling a estimé que cela ne pouvait pas être déterminant pour le sort du litige. À son avis, pour savoir s'il y a eu violation du droit d'auteur, il faut voir, dans la loi sur le droit d'auteur applicable<sup>6</sup>, quel sens est donné aux mots « book » et « copyright »<sup>7</sup>. Or, le terme « book » inclut les feuilles de musique, et « copyright » signifie le droit de multiplier les exemplaires d'une œuvre. Reste donc simplement à déterminer si la confection des rouleaux perforés constitue une reproduction de la musique en feuille. C'est l'argument du défendeur qui l'a emporté. Sa prétention était que les rouleaux sont une composante d'une machine qui peut produire des sons. Ils ne sont pas liés à ce qui concerne un livre. Ils s'adressent à l'oreille, et non à la vue<sup>8</sup>. Le juge a aussi noté qu'au moment de l'adoption de la loi, le Parlement connaissait l'existence de boîtes musicales, mais a préféré ne pas les inclure dans le mot « books ». Le Parlement n'a pas non plus voulu donner un sens particulier à l'expression « musique en feuilles ». Cependant, ultimement, l'injonction a été accordée, parce que les rouleaux en jeu reproduisaient quelques mots se trouvant sur la musique en feuilles, soit les indications relatives au tempo.

En appel, les propos du juge Lindley nous rappellent qu'à l'époque, la loi protégeait uniquement la musique exécutée devant public. Il écrit, dès le début de ses motifs :

But the plaintiffs have no exclusive rights to the production of the sounds indicated by or on those sheets of music ; [...]

---

5. Sûrement en l'honneur du dieu grec du vent, Éole.

6. *Copyright Act*, 5 & 6 Vict. ch. 45. (1842).

7. *Supra*, note 3, p. 842.

8. *Ibid.*

nor to any mechanism for the production of such sounds or music.<sup>9</sup>

Il s'est donc rangé rapidement du côté du juge de première instance puisqu'à son avis la question était seulement de savoir si la musique en feuilles avait été reproduite illégalement. S'appuyant sur la jurisprudence, il écrit également qu'une copie est ce qui est si semblable à un original que les gens peuvent croire qu'ils sont face à l'original<sup>10</sup>. Ce n'était manifestement pas le cas en l'occurrence. Il différa cependant de l'avis du juge Stirling sur la question des annotations relatives au tempo. À son avis, il ne s'agissait pas là de feuilles de musique, de sorte que la loi ne les protège que pour autant qu'elles accompagnent la musique en feuilles<sup>11</sup>. Le juge Romer a été du même avis. Il a considéré qu'on était en face de deux choses bien différentes. La musique en feuilles du demandeur était destinée à être lue, comme un livre, alors que les défendeurs avaient créé une composante d'un appareil destiné à produire des sons<sup>12</sup>.

Aux États-Unis, la Cour suprême a eu l'occasion, quelques années plus tard, de se prononcer sur la même question<sup>13</sup>. Elle était certes devenue d'actualité, car le tribunal mentionne qu'en 1902, selon les derniers chiffres disponibles, près de 75 000 pianos mécaniques étaient en opération dans ce pays et qu'environ 1,5 million de rouleaux perforés avaient été fabriqués. Les motifs les plus élaborés ont été rendus par le juge Day. Les faits étaient typiques pour ces litiges, à savoir qu'une compagnie détenant les droits d'auteurs sur certaines chansons, publiées sous la forme de musique en feuilles, cherchait à empêcher qu'elles puissent être jouées sur des pianos mécaniques. À l'époque, la *Loi sur le droit d'auteur* prévoyait que l'auteur d'un livre ou d'une composition musicale avait le droit exclusif de l'imprimer, de le publier, de l'exécuter et d'en vendre des exemplaires<sup>14</sup>. Le juge Day a utilisé essentiellement les mêmes arguments que ceux qui avaient été retenus en Angleterre. À son avis, il n'y a pas d'autres droits que ceux prévus par la loi<sup>15</sup>, et la loi

9. (1900) 1 Ch. 122, p. 123.

10. *Ibid.*, p. 124.

11. *Ibid.*, p. 125.

12. *Ibid.*, p. 127.

13. *White-Smith Music Publishing Co. c. Apollo Co.*, 209 U.S. 1, 28 S.Ct. 319 (1908).

14. *Ibid.*, p. 319-320. Le juge a écrit, au sujet de la loi : « [...] giving the author, inventor, designer, or proprietor of any book, map, chart, dramatic or musical composition the sole liberty of printing, reprinting, publishing, completing, copying, executing, finishing and vending the same. »

15. *Ibid.*, p. 322 : « [...] it is perfectly well settled that the protection given to copyrights in this country is wholly statutory ».

ne protège que la reproduction des objets tangibles dans lesquels une œuvre est incorporée. Au moment d'adopter la *Loi sur le droit d'auteur*, le Congrès<sup>16</sup> connaissait l'existence des boîtes musicales, qui fonctionnaient avec des cylindres de cire, et celle des pianos mécaniques. Son refus de légiférer spécifiquement à leur égard peut être compris comme un acquiescement à l'interprétation jurisprudentielle qui avait alors cours<sup>17</sup>. De même, l'amendement de 1897 prévoyant une protection pour l'exécution publique d'une œuvre musicale ne change pas la situation des défendeurs. Ceux-ci ne sont pas accusés d'avoir exécuté en public une œuvre, ni d'avoir vendu des rouleaux perforés destinés à l'exécution publique d'œuvres musicales<sup>18</sup>.

Il y a tout de même un point dont le juge traite, qui n'avait pas été abordé par la jurisprudence britannique. Il admet qu'une pièce musicale existe d'abord dans le cerveau de son créateur, indépendamment de tout objet dans lequel elle est incorporée. De sorte que, logiquement, la loi devrait en protéger toute forme de reproduction, que ce soit sous forme de musique en feuilles ou autrement. Néanmoins, la loi n'étant pas ainsi rédigée, cette question est une question politique, et non juridique et c'est au Congrès de changer cet état du droit, si c'est sa volonté<sup>19</sup>.

Que peut-on conclure de ces décisions ? Certes, elles ont légalisé l'utilisation des rouleaux perforés, essentiellement parce que la loi ne protégeait pas encore le droit du compositeur d'enregistrer ses compositions musicales sur un support. Malheureusement, pour ce qui est de la question qui nous intéresse, deux sujets n'ont pas été abordés. Dans chaque cas, le demandeur n'a pas cherché à faire interdire complètement la confection de rouleaux, ni les pianos eux-mêmes. D'autre part, sauf une mention en *obiter* de la Cour suprême des États-Unis, les juges n'ont pas traité du statut du propriétaire du piano, ni de l'utilisateur, ni de la responsabilité de la personne qui est propriétaire du local où est situé le piano. Vu l'état du droit à l'époque, ils ont seulement dit que le droit exclusif de reproduire la musique en feuilles ne s'étendait

---

16. C'est-à-dire le Parlement fédéral, aux États-Unis, qui a la compétence législative en matière de propriété intellectuelle.

17. *Supra*, note 13, p. 322.

18. *Ibid.*, p. 323.

19. *Ibid.* Le juge Holmes a rédigé de courts motifs, qui mènent à la même conclusion. Mais il s'est aussi montré préoccupé par cette question. Il a écrit que toute reproduction mécanique des sons d'une pièce musicale devrait être considérée comme une copie de cette pièce (voir p. 324). Mais la loi telle que rédigée devrait être amendée pour changer l'état du droit.

pas à la reproduction des sons indiqués par les annotations sur les feuilles, ni sur l'exécution en privé de la pièce musicale, ni sur les appareils destinés à produire des sons<sup>20</sup>.

## 2. LES « JUKE-BOXES »

Ces appareils ont connu leur heure de gloire dans les années 1940 et 1950. C'étaient, essentiellement, des tourne-disques, mais plus perfectionnés que ceux offerts en vente au grand public, parce qu'ils fonctionnaient mécaniquement. L'engouement créé par ces appareils tenait au fait que le client d'un restaurant ou d'une boîte de nuit pouvait choisir la pièce musicale qui allait être jouée dans l'établissement. Il y avait au mur, près de sa table, un petit présentoir contenant la liste des pièces musicales disponibles. En appuyant sur les boutons correspondant à la chanson que l'on souhaitait entendre (par exemple, la pièce *Moon River* avait le code A-15), et en déposant une pièce de 5¢, un bras mécanique était actionné dans le juke-box : il allait cueillir le disque en question, le déposait sur la table tournante, et l'aiguille du bras de lecture allait se déposer au bon endroit, pour faire entendre la pièce musicale dans les haut-parleurs.

Là encore, les entreprises de gestion collective de droits d'auteur n'ont pas tenté d'empêcher complètement la commercialisation de ces appareils, ce qui est logique. En effet, ces appareils étaient, au fond, des tourne-disques, inventés depuis un certain temps déjà, mais dont le fonctionnement était mécanique et électrique. Deux questions se sont tout de même posées. Comme il s'agit alors d'une exécution d'une œuvre devant public, il faut voir s'il y a dans la loi une disposition qui exonère du paiement des droits d'auteur les utilisateurs des juke-boxes. Il y a aussi la question, plus délicate, de savoir si le propriétaire de l'établissement ou de l'appareil lui-même autorise illégalement le client de l'établissement à exécuter en public la pièce musicale.

20. La décision *White-Smith Music* a aussi été utilisée pour prétendre que les rubans magnétiques, illisibles par des yeux, ne contenaient pas une « reproduction » de l'œuvre. Mais on sait que tout cela ne tient plus aujourd'hui, car les lois prévoient qu'une œuvre est protégée, quelle que soit la forme du support matériel dans lequel elle est incorporée. Voir LEAFFER (Marshall), *Understanding Copyright Law* (New York : Matthew Bender, 1999), p. 52 : « Today, under the *Copyright Act*, the *White-Smith* doctrine is completely overruled... »

Au Canada, une affaire s'est rendue jusqu'au Comité judiciaire du Conseil privé en 1945, l'affaire *Vigneux*<sup>21</sup>. Les faits étaient typiques : les frères Vigneux avaient conclu des ententes avec un certain nombre de restaurants, dont la chaîne de restaurants RAE en vertu desquelles ils installaient des juke-boxes et fournissaient les disques, qui étaient changés de temps en temps. Chaque restaurant leur payait une redevance fixe par semaine, dans le cas qui nous intéresse la somme était de dix dollars, et le supplément d'argent payé par les clients était conservé comme profit. Une société de gestion collective a réclamé des tribunaux une injonction au motif que les pièces musicales étaient exécutées en public sans autorisation.

En Cour suprême<sup>22</sup>, le juge Duff, minoritaire, a fait une étude historique des dispositions pertinentes de la loi. Il a expliqué comment le Parlement fédéral est devenu rapidement méfiant à l'égard des compagnies de disques, craignant qu'elles n'abusent de leur monopole une fois les droits d'auteur des compositeurs leur ayant été cédés moyennant rémunération. On a craint, dans les années 1920 et au début des années 1930, qu'elles exigent des sommes d'argent des fabricants de gramophones, et de tout acquéreur de disques ou d'un appareil radio, vu leur droit de contrôler les exécutions publiques des œuvres musicales. C'est pourquoi plusieurs mesures avaient alors été instaurées. Une première fut l'obligation, pour les compagnies détentrices de droits d'auteur, d'établir un tarif pour l'exécution publique des pièces musicales, tarif qui doit recevoir l'approbation de la Commission du droit d'auteur. Une autre, à laquelle nous avons fait allusion, fut l'ajout de l'article 18 de la loi de 1921, permettant l'enregistrement d'une nouvelle version d'une œuvre musicale, en payant les « tantièmes » prévus. Enfin, il y eut l'adoption d'une disposition, en 1938, confirmant la légalité de l'utilisation d'appareils radio et de tourne-disques dans un endroit public<sup>23</sup>, en exonérant de responsabilité le propriétaire et l'utilisateur du gramophone ou de l'appareil-radio.

---

21. *Vigneux c. Canadian Performing Right Society*, [1945] A.C. 108 (C.J.C.P.).

22. [1943] R.C.S. 348.

23. Il s'agit maintenant du paragraphe 69(2) de la *Loi sur le droit d'auteur*, L.R.C. 1985, ch. C-42 (ci-après la « LDA »). En 1993 un amendement a laissé l'exemption disponible seulement pour les appareils radio. Nous avons fait une étude de l'article 69 de la loi canadienne : « Le droit de faire jouer la radio en public, ou la petite histoire d'une drôle d'exemption », (2002) 1 *Canadian Journal of Law and Technology* 51.



La principale question qui s'est posée dans cette affaire était de savoir si l'exonération prévue par la loi était absolue. En effet, la disposition en jeu prévoyait que la Commission du droit d'auteur établisse un tarif à payer par les fabricants de gramophones et les stations de radio pour compenser les pertes financières que ces exécutions publiques allaient entraîner. Or, au moment du litige, aucun tarif n'avait encore été élaboré. Il fallait se demander si cela avait un impact sur la première partie de la disposition exonérant les propriétaires et utilisateurs de gramophones et de radios. Le juge Duff explique<sup>24</sup> que, sans cette disposition, il aurait fallu se poser des questions délicates, notamment si une compagnie qui fabrique des disques se trouve ou non à en autoriser l'exécution en public. À son avis, la question à trancher se résolvait par l'amendement à la loi ajouté en 1938. La chaîne de restaurants et le public utilisateur des juke-boxes étaient complètement exonérés. Mais il conclut à une responsabilité dans le cas des frères Vigneux, car la loi ne visait pas les compagnies faisant des ententes commerciales relativement à l'utilisation des gramophones dans des endroits publics<sup>25</sup>.

Le juge Rinfret a rendu l'opinion majoritaire. Il a dit que deux questions se posaient dans cette affaire. La première était de savoir si la permission donnée par le détenteur du droit d'auteur qu'un disque soit confectionné implique que l'acquéreur du disque peut le faire jouer en public. La chose n'était pas évidente. On le voit par le fait qu'à l'époque, les disques portaient souvent une mention sur l'étiquette, au centre, ainsi libellée : « not licensed for radio broadcast ». Selon lui, le fabricant du disque n'a pas acquis le droit de le faire jouer en public, et il ne peut donc pas conférer ce droit à l'acquéreur du disque. Rien dans la disposition conférant le droit de faire un autre enregistrement d'une œuvre musicale ne modifie cette situation juridique. Seule la disposition adoptée en 1938 pouvait permettre aux utilisateurs de faire jouer la radio en public ou utiliser un gramophone. Ce qui n'était pas le cas<sup>26</sup>, car l'exonération ne pouvait s'appliquer qu'une fois que la Commission du droit d'auteur ait approuvé un projet de tarif. Il a donc jugé les frères Vigneux coupables, mais pour un autre motif.

Devant le Conseil privé, la décision a été cassée, au motif que l'exonération prévue par la loi était « absolute, unqualified, and unconditional »<sup>27</sup>. On a donc rejeté l'argument selon lequel tant que

24. *Supra*, note 22, p. 353.

25. *Ibid.*, p. 357-358.

26. *Ibid.*, p. 365.

27. [1945] A.C. 108 (C.J.P.C.), p. 122.

la Commission du droit d'auteur n'avait pas établi de tarif payable par les fabricants de gramophones et les stations de radio, l'exemption ne pouvait jouer en faveur des utilisateurs. De plus, de l'avis des juges, les restaurants RAE pouvaient être considérés comme les utilisateurs des gramophones, et ainsi bénéficier de l'exonération prévue dans la loi. La décision devient plus intéressante pour nous quand le tribunal étudie le statut juridique des frères Vigneux. Le Conseil privé s'est demandé si ces derniers enfreignaient la loi au motif qu'ils « autorisaient » illégalement les restaurants RAE ou leurs clients à faire quelque chose que la loi réserve au détenteur du droit d'auteur, savoir exécuter l'œuvre en public. De l'avis de la Cour<sup>28</sup>, il faut répondre par la négative, car ce n'était pas eux qui exécutaient les œuvres en public, et ils n'en avaient pas donné l'autorisation. Ils n'exerçaient pas non plus de contrôle sur l'utilisation de l'appareil par le public. Leur intérêt se limitait à fournir, pour un prix à la semaine, un appareil.

On peut certainement aujourd'hui juger cette explication un peu courte. À la lumière des décisions des tribunaux sur la notion d'autorisation<sup>29</sup>, il est clair maintenant que la seule mise à la disposition d'une personne d'un appareil, qui peut être utilisé légalement ou non, n'entraîne pas de responsabilité. Mais, à notre avis, les frères Vigneux faisaient bien davantage. Leurs juke-box ne servaient qu'à une chose : faire jouer en public des disques. Dans les cas où un tribunal estime qu'on serait dans une situation non couverte par l'exonération prévue à l'article 69, par exemple là où est exigé généralement un prix d'entrée, on voit mal comment la personne qui fournit le juke-box pourrait prétendre qu'elle n'autorise pas les utilisateurs à violer la loi. Il y a bien quelqu'un qui donne cette autorisation ! Comme elle ne vient pas du détenteur du droit d'auteur, ni de la compagnie de disques, n'est-il pas logique de penser qu'elle vient de la personne qui met à la disposition du public un appareil qui va servir à faire jouer des disques en public ?

Quoi qu'il en soit, on peut mentionner brièvement qu'il y a effectivement eu une décision australienne en 1946<sup>30</sup> et qui, face à

---

28. *Ibid.*, p. 123 : « They had no control over the use of the machine ; they had no voice as to whether at any particular time it was to be available to the restaurant customers or not. »

29. On peut consulter, notamment, la décision de la Cour suprême dans l'affaire *CCH Canadienne c. Barreau du Haut-Canada*, [2004] 1 R.C.S. 339, par. 37 à 46.

30. *Winstone c. Wurlitzer Automatic Phonographic Co.* (1946), V.L.R. 338. Nous n'avons pu consulter qu'un résumé de la cause, dans (1947) 20 *Australian Law Journal* 390-1.

des faits similaires à ceux de l'affaire *Vigneux*, a conclu dans un sens différent. On a jugé qu'il y avait eu autorisation illégale de la part des fournisseurs du juke-box au restaurant. Il y aurait trois éléments factuels permettant de faire une différence avec la décision *Vigneux*. Dans la décision australienne, les profits devaient être divisés entre le restaurateur et le fournisseur de l'appareil. De plus, le juke-box était installé essentiellement pour un motif commercial, alors que dans *Vigneux* il faisait partie d'un ensemble de choses faites pour attirer la clientèle. Enfin, la compagnie Wurlitzer défenderesse prenait une part active dans le choix des disques placés dans l'appareil. Il reste tout de même qu'à notre égard, c'est la décision *Vigneux* qui fait jurisprudence.

On peut ajouter brièvement que la question de l'utilisation des juke-box ne s'est pas posée aux États-Unis, car en vertu de l'article 1 (e) de la loi de 1909, l'industrie des juke-box a bénéficié d'une exonération complète du paiement de droits d'auteur, même si cela a longtemps été considéré comme un anachronisme<sup>31</sup>. Lors de la refonte de la loi en 1976, l'industrie a perdu son exonération complète, mais a pu négocier la mise en place d'un système de licences obligatoires, avec des termes qui lui étaient favorables. Ce système a retardé l'adhésion des États-Unis à la Convention de Berne, car ce régime a été jugé contraire au libellé du traité. C'est pourquoi une loi américaine de 1988 a dû modifier le régime initial de licences obligatoires pour un régime de droits négociés.

### 3. LES APPAREILS À PHOTOCOPIER

La décision de la High Court de l'Australie, rendue en 1974 dans l'affaire *Moorhouse*<sup>32</sup>, cadre parfaitement avec l'objectif de notre recherche : vérifier si, lors de l'arrivée d'une nouvelle technologie, on a tenté de l'empêcher complètement de s'implanter et, dans le cas contraire, quelles questions relatives aux lois sur le droit d'auteur cette implantation a-t-elle soulevées. Il s'agissait d'une véritable cause-type. L'Australian Copyright Council, organisme représentant les auteurs, a vu d'un très mauvais œil l'implantation d'appareils à photocopier dans des endroits publics, telles les bibliothèques d'universités. On a alors demandé la participation d'un étudiant diplômé de l'Université de la Nouvelle-Galles-du-Sud, Paul Brennan. Il s'est rendu à la bibliothèque de cette université et a

31. *Supra*, note 20, p. 346-7.

32. *University of New South Wales c. Moorhouse*, [1974] C.L.R. 1 (H.C. d'Australie).

photocopié deux chapitres de volumes encore protégés par le droit d'auteur<sup>33</sup>. Le Council a pu ensuite poursuivre l'université.

On n'a pas cherché à faire interdire complètement ces nouvelles inventions. On devine que le Council avait un avantage économique à faire déclarer que l'utilisation des appareils à photocopier n'était légale qu'à condition que des redevances soient payées à titre de droits d'auteur. Il a prétendu que l'université violait la loi en plaçant à la disposition des usagers des appareils à photocopier. Elle se trouvait alors, au moins indirectement, dans la position d'« autoriser » lesdits usagers à reproduire des œuvres protégées, ce que seul le détenteur du droit d'auteur peut faire. En première instance, devant la Cour supérieure australienne, il fut décidé que l'étudiant avait violé la loi, mais qu'il n'avait pas été démontré qu'il en avait été « autorisé » par l'université. Lui seul était donc responsable d'une violation de la loi.

La décision en appel a été rendue par trois juges, qui sont arrivés à la même conclusion, soit que l'université avait commis une infraction à la loi. Le juge Gibbs note, dans ses remarques introductives, que la loi ne traite pas spécifiquement de la situation où c'est une personne autre qu'un employé d'une bibliothèque qui effectue des photocopies. Il faut alors s'en remettre aux dispositions plus générales, comme celles sur l'utilisation équitable, et sur la notion d'autorisation<sup>34</sup>. Quant à cette notion, il mentionne, s'appuyant sur la jurisprudence britannique et australienne, qu'elle est reliée aux notions telles que « sanction, approve, countenance »<sup>35</sup>. Il faut donc faire plus que simplement mettre un appareil à la disposition d'une personne pour que la loi considère qu'on lui donne une « autorisation » quelconque.

Mais il ajoute tout de suite que la notion d'autorisation comprend celle de « permettre ». Or, à son avis, une permission peut avoir été donnée de façon expresse, formelle, ou se déduire d'un comportement indiquant clairement une approbation. Il se peut aussi qu'une inaction, qu'une indifférence à l'égard de la conduite d'un tiers soit telle qu'elle constitue une autorisation. Il faut alors

---

33. *Ibid.*, p. 7. Frank Moorhouse était l'auteur de l'un de ces deux volumes. C'est de cette façon qu'il a été impliqué dans le litige.

34. *Ibid.*, p. 12.

35. *Ibid.* Il s'appuie notamment sur la cause britannique qui a utilisé ces termes la première fois : *Falcon c. Famous Players Film Co.*, [1926] 2 K.B. 474. On traduit généralement en français les termes « sanction, approve, countenance » par « sanctionner, appuyer, soutenir ».

démontrer que la personne qu'on soupçonne d'« autoriser » savait ou avait des raisons de croire que l'acte de contrefaçon allait se produire<sup>36</sup>. Ce qui était le cas en l'occurrence. Comme l'Université pouvait facilement présumer que des étudiants ou étudiantes photocopieraient plus que ce qui est permis par la notion d'utilisation équitable, elle aurait dû poser des gestes pour éviter que cela ne se produise. Il aurait fallu au moins afficher un avis contenant un avertissement à l'égard des droits d'auteur. Il aurait même fallu que les bibliothécaires supervisent de quelque façon l'utilisation que les usagers faisaient des machines à photocopier, ce qui ne fut manifestement pas le cas, d'où la responsabilité de l'Université.

Les deux autres juges, Jacobs et McTiernan, en arrivent à la même conclusion, mais pour des motifs légèrement différents. Comme le juge Gibbs, ils estiment que le terme « autorisation » signifie « sanction, approve, countenance », et qu'il y a sûrement autorisation lorsqu'une permission expresse est donnée à quelqu'un de poser un geste. Mais, quant au concept d'autorisation implicite, ils estiment que lorsqu'existe une permission générale de poser un geste, il n'est alors pas nécessaire que la personne accusée d'autoriser illégalement sache ou ait dû savoir qu'une infraction sera probablement commise<sup>37</sup>. C'est une question de fait, évidemment, de déterminer si un acte ou une omission peut constituer une autorisation. En l'espèce, il faut répondre par l'affirmative, car les étudiants ou étudiantes pouvaient facilement estimer qu'ils pouvaient utiliser les appareils comme bon leur semblait. L'autorisation était illimitée, pourvu que les usagers insèrent dans la machine la quantité de monnaie nécessaire. La bibliothèque était ouverte à tous, et il n'était pas pertinent de déterminer si les appareils à photocopier étaient installés à la bibliothèque dans un but lucratif. L'absence d'avis près des machines et le manque de supervision de la part du personnel ont évidemment été des facteurs aggravants.

Plusieurs savent que la décision *Moorhouse* a été examinée par la Cour suprême du Canada dans l'affaire *CCH*, qui l'a clairement rejetée. Le juge en chef McLachlin a rendu l'opinion unanime de la Cour. Le Barreau ontarien était accusé par plusieurs grandes maisons d'édition canadiennes de violation de droits d'au-

36. *Ibid.*, p. 12-13. Il écrit : « [...] indifference or omission is "permission" where the party charged [...] knows or has reason to anticipate or suspect that the particular act is to be or is likely to be done ». Le juge s'est inspiré à plusieurs endroits de sa propre décision dans l'affaire *Wurlitzer*, dont nous venons de faire mention.

37. *Ibid.*, p. 21.

teur. Il gère en effet la Grande Bibliothèque, située près de l'édifice abritant le parlement provincial. Dans le but de mieux servir sa clientèle, le Barreau ontarien a fait installer un certain nombre de photocopieurs à l'intérieur de la bibliothèque, et offre le service de photocopie et d'envoi par la poste ou par courriel de documents demandés, qu'il s'agisse de textes de lois, de jurisprudence ou de doctrine.

En ce qui concerne les photocopieuses, la juge McLachlin rappelle les règles qui font consensus dans ce domaine. Selon la loi, « autoriser » signifie « sanctionner, appuyer ou soutenir »<sup>38</sup>. Et le seul fait de mettre à la disposition de quelqu'un un appareil qui peut être utilisé de façon légale ou non n'est pas suffisant pour qu'on puisse dire qu'une autorisation est donnée d'agir illégalement. On présume aussi que celui qui autorise une activité ne l'autorise que dans les limites de la légalité. Ceci dit, l'autorisation est une question de fait, qui peut s'inférer d'actes directs, et aussi d'un degré suffisamment élevé d'indifférence. La présomption qu'une autorisation a été donnée d'agir seulement dans la légalité peut être renversée selon le type de relation qui existe entre l'auteur de l'autorisation et les personnes qui ont violé le droit d'auteur. Dans le cas soumis, elle a jugé que l'avis affiché près des appareils, mettant en garde les usagers contre une violation de la loi, ne pouvait être considéré comme une reconnaissance du Barreau que les appareils seraient utilisés à mauvais escient. Bien au contraire. Et de toute façon, et en ceci elle rejette clairement la décision *Moorhouse*, elle considère que le Barreau n'a pas de contrôle suffisant sur les usagers pour que l'on puisse dire qu'il « sanctionne, soutienne ou appuie » une violation de la loi<sup>39</sup>. Il n'y a pas de relation employeur-employé entre le Barreau et les usagers, et le Barreau n'exerce pas de contrôle sur les appareils eux-mêmes, ni sur les œuvres que les usagers veulent reproduire, ni sur les fins auxquelles ils les copient.

#### 4. LES CASSETTES AUDIO

L'arrivée des cassettes audio, avec ruban magnétique, au début des années 1970, a exacerbé la difficulté des questions juridiques posées à l'égard des différentes lois sur le droit d'auteur. Tant que les consommateurs n'avaient à leur disposition qu'un appareil permettant de faire jouer de la musique enregistrée sur une cassette, il n'y a évidemment pas eu de problème. On pouvait

---

38. *CCH*, *supra*, note 29, par. 38.

39. *Ibid.*, p. 45.

considérer que la cassette remplissait la même fonction que le disque de vinyle, mais sur un support plus compact. Mais très tôt, des compagnies ont mis sur le marché des appareils radio munis d'une fente pouvant recevoir une cassette audio. Il devenait alors très facile pour le consommateur qui entendait la radio jouer sa pièce musicale favorite de peser sur le bouton « record », et ainsi en enregistrer sur une cassette vierge un exemplaire de bonne qualité. On a aussi vu apparaître peu de temps après des tourne-disques munis d'un système permettant l'enregistrement sur cassette. Le consommateur pouvait ainsi transférer le contenu d'un disque sur un autre support et, évidemment, en avoir un nouvel exemplaire. Une compagnie britannique a aussi offert au public une radio munie de deux fentes pour les cassettes. Le consommateur pouvait ainsi se procurer des cassettes vierges et faire une copie de ce qui était contenu sur une cassette achetée en magasin, contenant des pièces musicales, et ce, autant de fois qu'il le désirait !

Une première cause qui doit retenir notre attention a eu lieu en Angleterre au début des années 1980<sup>40</sup>. La compagnie CBS, une compagnie de disques, a poursuivi en justice une entreprise de commerce au détail qui vendait, entre autres, des disques. Elle avait décidé d'offrir à ses clients la possibilité de louer les disques. On devine que la crainte de CBS était que les clients en profitent pour enregistrer à la maison le contenu des disques sur cassettes, pour éviter de les acheter. L'affaire a été prise très au sérieux, la compagnie retenant les services de nul autre que Hugh Laddie pour plaider sa cause<sup>41</sup>. À noter que CBS n'a pas cherché à faire déclarer illégaux les appareils permettant l'enregistrement sur cassette de disques. Elle a réclamé une injonction pour faire cesser la violation de ses droits d'auteur sur les disques, parce qu'ils étaient reproduits illégalement, et une injonction fondée sur le droit des contrats. Selon sa prétention, la compagnie Ames Records n'avait pas le droit, lorsqu'elle se procurait des disques neufs chez CBS, de les louer ensuite au public<sup>42</sup>.

Le juge Whitford a rendu la décision de la Chancery Court. Il lui est apparu dès les débuts du litige, lors du témoignage du pro-

---

40. *CBS inc. c. Ames Records & Tapes Ltd.*, [1982] 1 Ch. 91.

41. Il est l'un des trois auteurs d'un volume considéré comme un incontournable en droit d'auteur en Grande-Bretagne : Laddie, Prescott et Vitoria, *The Modern Law of Copyright* (Londres : Butterworths, 1980).

42. *Supra*, note 40, p. 93. Ici aussi on a admis dès le début du litige qu'il s'agissait d'un « test case ».



priétaire des magasins en question, Philip Ames, que celui-ci était une personne droite, franche, honnête, qui n'avait pas eu l'intention de frauder les compagnies de disques. L'idée de louer les disques lui est venue tout naturellement parce que le pays traversait une crise économique, avec pour conséquence une diminution considérable du chiffre d'affaires de ses établissements. Il a pensé que le public, qui ne pouvait consacrer cinq livres sterling<sup>43</sup> à l'achat d'un disque, pourrait tout de même se divertir et écouter ses chansons préférées en le louant. CBS lui a écrit pour se plaindre de cette pratique commerciale, ce à quoi il a répondu que ses employés avaient reçu des instructions en ce qui concernait les droit prévus par la loi sur le droit d'auteur et qu'il considérait que ses magasins agissaient essentiellement comme une bibliothèque.

La décision est centrée essentiellement sur la question de savoir si l'entreprise de monsieur Ames autorisait les clients à faire une chose que la loi réserve exclusivement au détenteur du droit d'auteur<sup>44</sup>. Selon le juge, il n'était pas difficile de répondre par la négative à cette question. À son avis, une autorisation, au sens de la loi, ne peut être donnée que par une personne qui en a légalement le pouvoir, ou qui prétend détenir ce pouvoir<sup>45</sup>. Un geste n'est donc pas autorisé par une personne qui fournit un appareil à une autre. Elle peut même l'aider ou l'encourager à l'utiliser d'une certaine façon, tant qu'elle ne prétend pas avoir le pouvoir de donner une autorisation légale<sup>46</sup>. Il a donc trouvé correcte l'analogie avec le service offert par une bibliothèque publique. S'appuyant aussi sur la jurisprudence, il a rappelé que le verbe autoriser signifie « sanction, approve, countenance », ce qui n'était pas le cas en l'occurrence. Monsieur Laddie avait insisté sur l'argument selon lequel une autorisation peut se déduire lorsqu'on constate un degré important d'indifférence de la part d'une personne quant au comportement d'une autre<sup>47</sup>.

---

43. *Ibid.*, p. 103. Mais on comprend les craintes de CBS, considérant qu'une cassette vierge coûtait à l'époque une demi-livre. Le coût pour se procurer le contenu d'un disque représentait alors 10 % du prix du disque !

44. Nous avons traité dans cette revue de ce concept : « La notion d'autorisation en droit d'auteur : un concept insaisissable ? », (2009) 21 :1 *Cahiers de propriété intellectuelle* 163.

45. *Supra*, note 40, p. 106.

46. *Ibid.* Il écrit : « [...] an act is not authorised by somebody who merely enables or possibly assists or even encourages another to do that act, but does not purport to have any authority which he can grant to justify the doing of the act ».

47. *Ibid.*, p. 112. D'après lui, cette indifférence se constatait dans le fait que les commerçants n'affichaient pas d'avis pour prévenir les consommateurs quant à l'existence des droits d'auteur, et qu'ils offraient eux-mêmes en vente des cassettes vierges.



Sur ce point, le juge a répondu qu'il s'agissait ici d'une personne qui ne voulait pas se mêler de la question des droits d'auteur, parce que cela ne relevait pas d'elle, mais plutôt de celle qui détenait ces droits. Ce n'est pas la même chose que d'encourager tacitement les consommateurs à violer la loi, en leur faisant comprendre qu'ils n'ont rien à craindre parce qu'ils ne seront pas dénoncés. Le juge s'est aussi appuyé sur la décision *Moorhouse*, où le juge Gibbs avait écrit que, certes, on peut conclure à la présence d'une autorisation en présence d'un degré élevé d'indifférence. Néanmoins, la notion d'autorisation dénote un élément mental, de sorte que « it could not be inferred that a person had, by mere inactivity, authorised something to be done if he neither knew nor had any reason to suspect that the act might be done »<sup>48</sup>.

Une autre décision importante a été rendue en 1988, toujours dans une cause britannique, impliquant la même compagnie de disques, CBS, qui s'est attaquée cette fois au fabricant d'appareils radio munis de deux fentes destinées à recevoir des cassettes audio<sup>49</sup>. Cette affaire s'est rendue jusqu'à la Chambre des lords, et elle a opposé l'ensemble de l'industrie du disque aux nombreux fabricants d'appareils destinés à la reproduction de la musique. Cette fois, l'industrie du disque a cherché carrément à empêcher la commercialisation de ces appareils parce que, d'après ses prétentions, ils ne pouvaient être utilisés qu'en violation de la loi sur le droit d'auteur.

Ce qui a provoqué l'ire des compagnies de disques est le fait que de nombreux fabricants d'appareils avaient mis au point des mécanismes capables de copier le contenu d'une cassette dans un temps beaucoup plus court. La compagnie AIWA s'est laissé persuader de ralentir le temps d'enregistrement de ses appareils. Mais Amstrad ne l'a pas entendu ainsi et a mis sur le marché un appareil dont la publicité disait qu'il permettait, en plus de faire jouer des disques et des cassettes audio, d'enregistrer sur cassette vierge les signaux reçus par la radio, ou le contenu d'un disque, ou d'une cassette préenregistrée, et ce, à haute vitesse<sup>50</sup> ! En 1984, Amstrad a ouvert les hostilités juridiques en demandant aux tribunaux un jugement déclaratoire à l'effet que sa publicité et les appa-

48. *Ibid.*, p. 117.

49. *CBS Songs Ltd. c. Amstrad Consumer Electronics*, [1988] A.C. 1013. Les appelants étaient, plus précisément, la British Phonographic Industry Ltd., représentant les maisons de disques, et Amstrad était l'une des entreprises fabriquant des appareils capables d'enregistrer et de faire jouer de la musique.

50. *Ibid.*, p. 490.

reils eux-mêmes étaient conformes aux prescriptions de la loi sur le droit d'auteur. CBS a contre-attaqué la même année en réclamant une injonction à l'effet d'interdire à la compagnie de mettre en vente les appareils de modèle SM-104, TS-87 et TS-39 tant qu'ils n'auraient pas été modifiés de façon à s'assurer que leur utilisation ne violerait pas la loi<sup>51</sup>.

En première instance, le juge Whitford, c'est-à-dire celui qui avait rendu la décision *Ames Records*, a rejeté la prétention d'Amstrad, estimant qu'elle autorisait les utilisateurs à violer la loi et qu'elle devait être jugée coresponsable<sup>52</sup>. La Court of Appeal a renversé cette décision<sup>53</sup>. Le juge Templeman a rendu la décision de la Chambre des lords, au nom de quatre autres collègues. Il a d'abord rappelé des règles fondamentales. Le consortium des compagnies de disques n'avait pas d'autres droits que ceux prévus par la loi, et leur seul remède disponible était une injonction dirigée contre ceux qui reproduisaient illégalement les pièces musicales, ou autorisaient sans droit une personne à ce faire. Mais la loi n'interdit pas, ni explicitement, ni implicitement, la fabrication, la vente ou l'annonce d'équipement électronique capable d'utilisations tant légales qu'illégales.

Ce principe étant établi, la principale prétention de la British Phonographic Industry était qu'Amstrad autorisait illégalement les usagers de ses appareils à reproduire des pièces musicales protégées par la loi et était solidairement responsable des gestes illégaux posés. Là-dessus, sa position fut très tranchée : « By selling the recorder Amstrad may facilitate copying in breach of copyright but do not authorise it »<sup>54</sup>. Car c'est l'usager de l'appareil qui prend la décision de copier ou non une pièce musicale et, si oui, laquelle il va copier.

La seconde prétention était à l'effet qu'Amstrad, par sa publicité, autorisait les usagers à reproduire des pièces musicales pour lesquelles subsistaient des droits d'auteur. On devine que cet argument n'a pas eu plus de succès. Le juge a déploré l'effet que pourrait produire la publicité chez certaines personnes, qui saisiraient vite l'occasion de copier illégalement des pièces musicales. Mais, au point de vue juridique, aucun acheteur ne pouvait déduire de la publicité qu'Amstrad avait le droit ou prétendait avoir le droit de les autoriser à poser des gestes illégaux. D'ail-

---

51. *Ibid.*, p. 491.

52. [1986] F.S.R. 159.

53. [1988] Ch. 61.

54. *Supra*, note 49, p. 492.

leurs, une petite note faisant partie du message publicitaire imprimé mentionnait que la reproduction de certaines pièces exigeait une autorisation et que la compagnie n'avait pas le pouvoir d'accorder cette permission<sup>55</sup>. Le juge s'est appuyé ici sur les décisions *Moorhouse* et *Ames Records*. Dans la première, il avait été dit qu'une personne qui a le contrôle d'un appareil susceptible d'être employé en violation de la loi, et qui sait ou a des motifs de savoir qu'il sera ainsi utilisé, doit prendre les moyens raisonnables pour que cela ne se produise pas, sinon il sera considéré avoir autorisé la violation de la loi. Ce n'était pas le cas ici, puisque les appareils, une fois vendus, n'étaient plus sous le contrôle d'Amstrad. Dans la seconde, le tribunal avait considéré, on s'en rappelle, qu'une autorisation ne peut être donnée, au sens légal, que par une personne qui en a le pouvoir, ou qui prétend détenir ce pouvoir. Ainsi donc, le seul fait de mettre entre les mains de quelqu'un un appareil n'est pas suffisant, même si cette personne est encouragée à poser certains gestes illégaux<sup>56</sup>. Comme le juge le dit alors : « This precisely describes Amstrad »<sup>57</sup>.

La dernière prétention des plaignants était qu'Amstrad était solidairement responsable des violations de la loi commises par les usagers. Elle le devenait dès qu'un appareil était vendu, et chaque fois qu'un usager enregistrerait une pièce musicale protégée. Nous ne nous attarderons pas longtemps sur cet argument, car on devine qu'il y a sûrement des différences entre la notion de « joint infringement » en common law et celle de « responsabilité solidaire » en droit civil. Mais on devine qu'il n'a pas eu plus de succès que les deux premiers. Comme l'a écrit le juge Templeman, la notion implique un dessein commun. Amstrad a vendu un appareil, et c'est l'acheteur qui décide seul de la façon dont il va l'utiliser. Et il rappela encore que l'appareil était, en soi, capable d'utilisations légales ou illégales, comme bien d'autres appareils offerts aux consommateurs. Pour qu'Amstrad puisse être jugée coupable d'infraction à la loi, il aurait fallu démontrer qu'elle-même avait reproduit illégalement des pièces musicales, ou avait autorisé d'autres personnes à ce faire<sup>58</sup>.

---

55. *Ibid.*

56. *Ibid.*, p. 493.

57. *Ibid.*

58. *Ibid.*, p. 495. On comprendra qu'on passe sous silence les autres arguments de l'industrie du disque, qui relèvent du droit de la responsabilité civile. On prétendait qu'Amstrad avait commis trois « torts », précisément « incitement to commit a tort, incitement to commit a criminal offence and negligence » (voir p. 496).

Mentionnons, pour terminer sur cette question des cassettes audio, que les parlements sont intervenus pour clarifier la question de la légalité de leur utilisation. Aux États-Unis, une loi a été adoptée en 1992 et au Canada, en 1998. On trouve ces règles aux articles 79 et suivants de notre loi, dans une partie intitulée « Copie pour usage privé ». L'article 80 prévoit essentiellement qu'il sera légal de reproduire même la totalité d'une œuvre musicale, pourvu que ce soit « pour usage privé » et sur un « support audio ». Cette expression est définie à l'article 79 LDA comme « [t]out support audio habituellement utilisé par les consommateurs pour reproduire des enregistrements sonores ». La Commission du droit d'auteur a la tâche<sup>59</sup> d'instaurer un régime de redevances que doivent payer les fabricants ou importateurs de supports audio vierges, pour compenser la diminution des ventes des cassettes enregistrées. Mais elle se trouve présentement confrontée à une difficulté juridique. Comme plusieurs appareils sont maintenant munis d'une mémoire intégrée d'une grande capacité d'enregistrement, on ne sait pas si la loi accorde à la Commission le droit d'imposer des redevances sur ces appareils. Le débat fait rage devant les tribunaux en ce moment. La Commission prétend que oui, mais elle a été rabrouée deux fois par la Cour fédérale d'appel<sup>60</sup>.

## 5. LES CASSETTES VIDÉO

C'est ici qu'a eu lieu, à notre avis, le plus important affrontement entre les détenteurs de droits d'auteur et les fabricants d'appareils capables de reproduire des œuvres protégées, en l'occurrence des émissions de télévision<sup>61</sup>. Au milieu des années 1970, la compagnie Sony a mis au point un premier modèle d'appareil capable d'enregistrer sur bande magnétique des émissions télévisuelles, appelé Betamax. Les sociétés gestionnaires de droits d'au-

---

59. À l'article 82 LDA. Elle a aussi dû se pencher sur la définition de l'expression « support audio vierge », vu la pléthore des supports qui ont fait apparition sur le marché dans les années 90 et 2000. On peut consulter sur le site Web de la Commission ([www.cb-cda.gc.ca/home-accueil-f.html](http://www.cb-cda.gc.ca/home-accueil-f.html)) les textes suivants : « Copie pour usage privé » (17 décembre 1999), « Copie pour usage privé » (12 décembre 2003), « Tarif des redevances à percevoir par la SCPCP en 2003 et 2004 sur la vente, au Canada, de supports audio vierges » (Gaz.Can.pt I, 13 décembre 2003), « Copie privée » (décision de la Commission rendue le 5 décembre 2008), « Copie privée 2010 » (décision du 2 novembre 2010), et « Copie privée 2011 » (décision du 17 décembre 2010).

60. Voir *Société canadienne de perception de la copie privée c. Canadian Storage Media Alliance*, 2004 CAF 424 et *Apple Canada c. Canadian Storage Media Alliance*, 2008 CAF 9.

61. *Sony Corp. of America c. Universal City Studios inc.*, 104 S.Ct. 774.

teur y ont vu tout de suite un danger mortel. On rapporte que Jack Valenti, qui a travaillé longtemps à la tête de la Moving Picture Association puis à la Recording Industry Association of America, disait souvent, lors de discours, que l'appareil vidéo était aussi dangereux pour l'industrie que Jack l'Éventreur a pu l'être en Grande-Bretagne au dix-neuvième siècle pour une femme seule à la maison ! Sans aller jusque-là, on doit admettre que ses craintes n'étaient pas dénuées de tout fondement. En l'occurrence, la cause type portait sur des films produits par les studios Walt Disney, que des stations de télévision avaient acquis le droit de diffuser en ondes. On devine qu'une personne peut en profiter pour enregistrer le film pour ses enfants. Elle sera moins pressée ensuite de se rendre au cinéma pour leur faire voir le film une autre fois. Elle sera aussi moins intéressée à louer le film lorsqu'il sera disponible dans les clubs vidéo<sup>62</sup>. Il reste tout de même que, comme l'a montré un sondage réalisé pour les besoins de l'affaire, le public enregistrerait souvent des émissions pour lesquelles le droit d'auteur était expiré.

Quoi qu'il en soit, les hostilités juridiques ont commencé dès 1976, mais ce n'est qu'en janvier 1984 qu'elles ont connu leur dénouement devant la Cour suprême des États-Unis<sup>63</sup>. Nous n'avons pas besoin de faire une étude exhaustive de la décision, car une bonne partie porte sur la question de savoir si le public qui utilise l'appareil est visé par la notion de *fair use* dans la loi américaine. À notre avis, on peut résumer assez simplement l'essence de la décision en faisant ressortir deux éléments. Le premier est que l'industrie a commis ce qui apparaît maintenant comme une erreur stratégique fatale, en réclamant l'interdiction de la fabrication et de la commercialisation de ces nouveaux appareils<sup>64</sup>. Le second est qu'une étude avait été commandée sur l'utilisation de ces appareils. À l'époque, l'industrie des cassettes préenregistrées était naissante. Le sondage a donc montré, sans surprise, que la principale utilisation faite par les consommateurs était l'enregistrement

62. Mais il reste que les études faites à l'époque n'ont montré aucune baisse d'écoute de la télévision, ni de la fréquentation. Cf., p. 794, les notes de bas de page 38 et 39. Aujourd'hui, la situation est tout le contraire du scénario apocalyptique annoncé par Jack Valenti. Dans bien des cas, des films sont réalisés parce que les producteurs savent qu'ils vont faire leurs frais grâce aux clubs vidéo. Les plus récents chiffres montrent que, pour l'ensemble du Canada, les recettes des films au box-office ne représentent plus que 23 % des revenus, mais que la location des DVD en compte pour 21 % et la vente des DVD 42 % ! Voir *The Globe and Mail*, 22 janvier 2011, p. B5, sous la rubrique « Canadian filmed entertainment market revenues ».

63. La décision a été très partagée, quatre juges exprimant une dissidence.

64. *Supra*, note 61, p. 777 : « They sought [...] an injunction against the manufacture and marketing of Betamax VTR's ».

sur cassette vierge d'une émission qui allait être visionnée à un autre moment, le plus souvent le lendemain<sup>65</sup>. On comprend mieux alors pourquoi les juges majoritaires de la Cour suprême n'ont pas perçu le danger « mortel » présenté par ces appareils.

Sur la demande d'interdiction de cité des appareils, on réalise, en se penchant sur l'histoire du droit d'auteur aux États-Unis, que jamais les tribunaux n'ont accepté que la loi empêche totalement le développement d'une nouvelle technologie. On peut deviner que cela fait partie d'une valeur fondamentale de cette société, c'est-à-dire la croyance que la technologie est fondamentalement bonne pour les humains, qu'elle leur facilite la vie, qu'elle apporte donc une forme de progrès pour la société. Dans des termes plus juridiques, le juge John Paul Stevens, qui a rédigé l'opinion majoritaire, a écrit, au début de ses motifs, qu'accepter les prétentions de l'industrie augmenterait l'étendue du monopole accordé par la loi, jusqu'à lui faire couvrir un article du commerce qui, en soi, n'est pas protégé par la loi sur le droit d'auteur, ce qui va au-delà des protections accordées par la loi<sup>66</sup>. Le juge centre ses motifs sur cette idée essentielle qu'il n'y a pas d'autres droits d'auteur que ceux que la loi accorde. C'est au Congrès de modifier la loi, s'il l'estime nécessaire, pour faire face à de grandes innovations technologiques ; de plus, comme l'a dit un autre juge de la Cour suprême dans une décision de 1975 : « Creative work is to be encouraged and rewarded, but private motivation must ultimately serve the cause of promoting broad public availability of literature, music and the other arts »<sup>67</sup>. La loi n'a jamais accordé un monopole complet, éternel, à un auteur relativement aux utilisations qu'on peut faire de son œuvre.

Les demandeurs devaient donc faire la démonstration que les usagers des appareils Betamax violaient leurs droits d'auteur. Ensuite, pour démontrer que Sony était de quelque façon responsable de ces infractions, ils ont plaidé l'application de deux concepts relatifs à la responsabilité du fait d'autrui, que les tribunaux ont élaborés initialement dans le domaine du droit des brevets : *contributory infringement* et *vicarious liability*<sup>68</sup>. Pour que la première notion s'applique, il fallait démontrer que Sony avait

---

65. Ce qu'on appelle le « time-shifting ».

66. *Supra*, note 61, p. 778.

67. *Ibid.*, p. 783. Il cite les propos du juge Stewart dans *Twentieth Century Music Corp. v. Aiken*. 95 S. Ct. 2040 (1995), p. 2043.

68. La définition de ces concepts, qui est reprise dans un très grand nombre de décisions de tribunaux, est : « One infringes contributorily by intentionally inducing or encouraging direct infringement, and infringes vicariously by profiting from

encouragé, autorisé les acheteurs du système Betamax à violer la loi. Ici, le juge a dit que Sony ne rendait disponibles à personne des œuvres protégées. Elle vendait simplement un appareil, qui pouvait être utilisé de façon légale ou non. Sony n'avait pas de contrôle sur les agissements du public qui se déroulaient dans l'intimité du foyer, et ne l'a certes pas autorisé par sa publicité, ni autrement, à utiliser les appareils dans les cas où il faut une permission du détenteur du droit d'auteur. Dans le cas de la *vicarious liability*<sup>69</sup>, il fallait démontrer que Sony profitait financièrement de violations de la loi commises par des consommateurs, et ce, en refusant d'exercer son droit de faire cesser ces activités, ce qui n'était clairement pas le cas.

C'est ici que la décision du juge Stevens devient très intéressante pour nous, parce qu'il importe du droit des brevets la notion du *staple article of commerce*. Il s'agit d'un objet qu'on peut retrouver dans le commerce, qui peut être utilisé de façon légale ou non<sup>70</sup>. Dans un tel cas, le tribunal en autorise la commercialisation s'il est capable de *substantial noninfringing uses*. Ce qui était manifestement le cas. Il faudra se demander si ce critère du *staple article of commerce* est le critère simple, facile d'application, pour déterminer à quelles conditions une nouvelle invention, permettant de reproduire des œuvres protégées, sera considérée faire problème face à la loi sur le droit d'auteur. C'est exactement la difficulté que vont rencontrer les tribunaux en étudiant la légalité des logiciels d'échange de fichiers sur Internet, appelés P2P, c'est-à-dire de poste à poste. Ils ont eu à décider s'il y avait des distinctions à faire entre ces logiciels et des appareils tangibles offerts aux consommateurs dans les magasins. Si oui, lesquelles ?

## 6. LES LOGICIELS D'ÉCHANGE DE FICHIERS MUSICAUX

On peut se demander s'il est à propos de traiter de ce sujet. Il ne s'agit pas ici, effectivement, d'appareils tangibles offerts au

direct infringement while declining to exercise a right to stop or limit it ». Voir, entre autres, *Metro-Goldwyn-Mayer Studios Ltd. c. Grokster Ltd.* 125 S. Ct. 2764 (2005), p. 2776.

69. *Supra*, note 61, p. 787.

70. Un auteur suggère la définition suivante : « [...] a staple is a commodity for which the demand is constant ». A l'opposé, on vise les objets qui, initialement en matière de brevets, n'ont pas d'utilité commerciale sauf en lien avec un objet breveté, et qui ne peuvent donc pratiquement pas être utilisés autrement qu'en contravention de la loi. Voir HELTON (Matthew), « Secondary Liability for Copyright Infringement : BitTorrent as a Vehicle for Establishing a New Copyright Definition for Staple Articles of Commerce » (2006), 40 *Columbia Journal of Law and Social Problems* 1, p. 11-12.



public et dont il peut se servir pour reproduire plus facilement des pièces musicales. Mais on peut voir facilement qu'il est pertinent d'en traiter. L'évolution des technologies a fait en sorte que les logiciels d'échange de fichiers sont devenus le moyen de prédilection pour copier des pièces musicales. Il serait dommage d'arrêter notre étude à l'époque des cassettes vidéo, ou des disques en format vidéo, appelés DVD. D'autre part, les décisions que nous allons examiner traitent précisément de cette question qui s'est posée avec acuité dans *Sony*, mais qui est présente, en filigrane, dans toute l'histoire des différents moyens de reproduction, à savoir le statut juridique d'un appareil qui peut être utilisé tant à des fins légales qu'illégales. Dans *Sony*, on a employé le critère du *staple article of commerce*. Mais est-il suffisant ? Si oui, cela pourrait sonner le glas du régime de protection des œuvres mis en place dans les lois sur le droit d'auteur, car la technologie permet aujourd'hui aux consommateurs de s'échanger, par ces logiciels, une très grande quantité de chansons, de vidéos, ou de films. Suf- fit-il de dire en défense qu'on a utilisé un logiciel qui permet d'échanger des fichiers légalement, par exemple des textes tombés dans le domaine public ?

Une première décision américaine a examiné cette question en 2003 dans l'affaire *Aimster*<sup>71</sup>. Il s'agissait d'un des premiers logiciels d'échange de fichiers, en format P2P, qui vont se multiplier rapidement dans les années qui suivent. Le juge Posner, de la Court of Appeal l'a décrit sommairement. C'est un logiciel que les utilisateurs téléchargent gratuitement. Ils ont accès alors à une section appelée « Club Aimster », permettant de télécharger les 40 chansons les plus populaires de l'heure. Mais, surtout, ils peuvent échanger avec d'autres internautes utilisant le même logiciel toutes les pièces musicales qu'ils veulent bien rendre disponibles dans leur ordinateur. Le principal moyen de défense de Aimster est que son service est très semblable au service appelé « Instant Messaging Service » de la compagnie AOL<sup>72</sup>, l'un des principaux fournisseurs d'accès aux États-Unis. Ce service ressemble, dans son fonctionnement, au courrier électronique. Le juge Posner a déterminé, en premier lieu, que les pièces musicales en cause ne se trouvent pas sur le serveur de Aimster, de sorte que la compagnie ne peut être trouvée coupable de violation directe de la loi<sup>73</sup>. Et, comme il a été dit dans *Sony*, la personne qui ne fait que fournir un appareil qui peut être utilisé à des fins légales, et ce, de façon plus qu'accessoire, n'est pas corespon-

---

71. *In re : Aimster Copyright Litigation*, 334 F. 3d. 643 (2003, U.S.C.A.).

72. Pour America On Line. Voir *supra*, note 71, p. 646.

73. *Supra*, note 71, p. 646 *in fine*, et 647.



sable d'une utilisation de l'appareil de façon frauduleuse. Mais reste alors à se demander si Aimster se rend coupable de *contributory infringement* ou de *vicarious liability*.

Sur le premier point, le juge explique que la question à trancher est précisément de savoir ce qui doit être fait de plus que ce qui était en cause dans *Sony* pour qu'une personne se rende coupable de *contributory infringement*. Les demandeurs dans cette affaire ont prétendu que le raisonnement dans *Sony* ne pouvait valoir ici, car c'est un service qui est en cause, non un bien tangible. Dans le domaine des services, le vendeur est davantage en relation avec les acheteurs, de sorte qu'il est plus en mesure de savoir si un service est utilisé illégalement. Le juge Posner a dit que le fait qu'il s'agisse d'un service était un facteur à considérer, mais que cela ne pouvait être déterminant. Car, si on disait que dans un tel cas le fournisseur du service se doit de faire la surveillance de son utilisation et la prévention des utilisations frauduleuses, cela équivaldrait à une obligation de mettre fin au service, vu la lourdeur de la tâche<sup>74</sup>.

Il formule ensuite le critère à appliquer de la façon suivante :

What is true is that when a supplier is offering a product or service that has noninfringing as well as infringing uses, some estimate of the respective magnitudes of these uses is necessary for a finding of contributory infringement.<sup>75</sup>

L'argument de Aimster selon lequel le système d'encodage utilisé par les utilisateurs l'empêchait complètement de savoir si les utilisateurs s'échangeaient des pièces musicales protégées a été rejeté par cette phrase lapidaire : « Wilful blindness is knowledge, in copyright law »<sup>76</sup>. Il fallait donc déterminer jusqu'à quel point Aimster avait la capacité de savoir si on utilisait son service frauduleusement. Il n'est donc clairement pas suffisant de montrer que le service peut être utilisé légalement. Si c'était là l'état du droit, le créateur d'un logiciel utilisé uniquement de façon frauduleuse pourrait toujours éviter toute responsabilité, en plaidant qu'il pourrait théoriquement être utilisé à des fins légales. En l'occurrence, John Deep, l'homme derrière le logiciel Aimster, pouvait soupçonner très

74. *Ibid.*, p. 648. Le juge explique aussi que cela serait paradoxal pour une compagnie comme AOL, parce qu'elle est détenue par Warner Brothers Records (entre autres), qui est une partie plaignante, et qui serait alors obligée de mettre fin à l'un des services offerts par AOL.

75. *Ibid.*, p. 649.

76. *Ibid.*, p. 650.

fortement que presque tous les utilisateurs se rendaient coupables de contrefaçon<sup>77</sup>. En effet, dans les exemples donnés aux nouveaux utilisateurs sur le fonctionnement du logiciel, il n'est question que d'échange de pièces musicales protégées par la loi. Et on leur explique qu'ils peuvent, moyennant un paiement mensuel de quelques dollars, télécharger les chansons les plus populaires de l'heure, qui sont évidemment aussi des œuvres encore protégées par la loi. Le fardeau de preuve revenait donc à Aimster, qui devait montrer que son service était capable de *substantial noninfringing uses*, ce qui n'a pu être fait. Aimster n'a pu apporter aucun élément de preuve que son service a, au moins une fois, été utilisé à des fins légales ! Aimster n'a pu montrer qu'il aurait été trop difficile et coûteux pour lui d'éliminer ou au moins réduire de façon substantielle les utilisations frauduleuses de son logiciel<sup>78</sup>.

Quant au second concept, celui de *vicarious liability*, le juge Posner a considéré, sans trancher l'affaire définitivement, que l'industrie ne pourrait probablement pas prévaloir sur ce point, car les utilisateurs ne sont pas les employés de Aimster, ni ses mandataires. Et cette notion implique un lien où une personne bénéficie financièrement d'une violation de la loi qu'elle encourage. Ce qui n'était pas directement le cas ici. Aimster tire un bénéfice financier très indirect. Elle a avantage à voir le nombre d'internautes utilisant son service augmenter, en ce sens que, lorsqu'elle vend de la publicité, elle peut tirer davantage de revenus dans la mesure où son nombre d'abonnés est plus grand.

La principale décision à examiner quant aux logiciels P2P reste cependant l'affaire *Grokster*<sup>79</sup>, qui s'est rendue en Cour suprême en 2005<sup>79</sup>. Elle ressemble beaucoup à l'affaire *Aimster*, tant au plan factuel qu'au niveau des principes appliqués. Les défendeurs, Grokster et StreamCast Networks offraient gratuitement sur Internet des logiciels d'échange de fichiers, appelés *FastTrack*, *Gnutella* et *Morpheus*. Les internautes s'en servaient essentiellement pour télécharger des fichiers musicaux. L'utilisation des logiciels a été massive : le juge Souter<sup>80</sup>, qui rend l'opinion

---

77. *Ibid.* Le juge écrit : « [...] what he strongly suspects to be the case : that the users of his service – maybe all the users of his service – are copyright infringers ».

78. *Ibid.*, p. 653.

79. 125 S.Ct. 2764, 545 U.S. 913.

80. La décision est unanime. Mais la juge Ginsburg a estimé opportun d'ajouter ses propres motifs, en son nom et en celui des juges Renhquist et Kennedy, essentiellement pour expliquer ce qu'elle considère comme des erreurs dans la décision rendue en appel dans cette cause. De même, le juge Breyer a ajouté ses motifs, auxquels se sont joints les juges Stevens et O'Connor, pour expliquer en quoi il diffère d'avis avec la juge Ginsburg quant aux motifs de la cour d'appel.

la plus élaborée, mentionne qu'au moment d'écrire la décision, une étude statistique a montré qu'environ 100 millions d'exemplaires de ces logiciels ont été téléchargés, logiciels qui ont servi à échanger des milliards de fichiers musicaux, dont 90 % étaient constitués d'œuvres protégées. Il est donc question de fraude sur une échelle massive<sup>81</sup> ! On peut noter, tout de même, que les demandeurs, notamment les studios Metro-Goldwyn-Mayer, n'ont pas cherché à faire interdire la mise en marché des logiciels. Ils ont plutôt réclamé une injonction et des dommages-intérêts<sup>82</sup>.

Le juge Souter annonce sa conclusion dès la deuxième phrase de ses motifs. Il écrit d'abord que la question à trancher est de savoir dans quelles circonstances le distributeur d'un produit qui peut être utilisé tant à des fins légales que non légales est responsable des actes de contrefaçon commis par des tierces parties. Il dit ensuite :

We hold that one who distributes a device with the object of promoting its use to infringe copyright, as shown by clear expression or other affirmative steps taken to foster infringement, is liable for the resulting acts of infringement by third parties.<sup>83</sup>

En effet, il ressort des faits de la cause que les compagnies accusées incitaient fortement les consommateurs à se servir des logiciels de façon à se procurer gratuitement des pièces musicales protégées<sup>84</sup>. Comme dans *Aimster*, les défendeurs cherchaient à avoir le plus d'utilisateurs possibles, parce que leur source de revenus était la vente de fenêtres publicitaires<sup>85</sup>. Ils ne faisaient aucun effort pour empêcher les internautes de télécharger à partir de sites Internet des pièces musicales protégées par la loi et de les échanger entre eux.

Tout comme dans *Aimster*, le juge Souter n'a pas senti le besoin de se prononcer sur l'application du concept de *vicarious liability*. Il était clair que les défendeurs étaient coupables de *con-*

81. *Supra*, note 79, p. 2782, où le juge écrira, à la fin de ses motifs : « there is evidence of infringement on a gigantic scale [...] ».

82. On peut noter que le tribunal n'a pas accordé ces remèdes. Il a plutôt retourné l'affaire devant les instances inférieures, après avoir indiqué quels principes juridiques sont applicables à la présente affaire.

83. *Ibid.*, p. 2770.

84. *Ibid.*, p. 2772. Il écrit : « The record is replete with evidence that from the moment Grokster and StreamCast began to distribute their free software, each one clearly voiced the objective that recipients use it to download copyrighted works, and each took active steps to encourage infringement ».

85. *Ibid.*, p. 2774.

*tributory infringement*, car, selon cette notion, « [o]ne infringes contributorily by intentionally inducing or encouraging direct infringement »<sup>86</sup>.

La décision du juge Souter est aussi intéressante car il s'est prononcé sur la théorie du *staple article of commerce* utilisée dans *Sony*. Il lui réitère son appui, car elle encourage l'innovation et la compétition dans le monde du commerce. Elle ne rend fautive que la personne qui fait beaucoup plus que simplement réaliser que son produit peut être utilisé à mauvais escient. À son avis, pour bien comprendre la signification de *Sony*, il faut dire qu'une personne ne peut être jugée responsable de violation indirecte de la loi simplement à partir des caractéristiques d'un appareil ou de son utilisation. Ce qui ne veut pas dire que les tribunaux ne peuvent prendre en considération des éléments de preuve relatifs à l'intention du fabricant ou distributeur. Ainsi donc :

[...] where evidence goes beyond a product's characteristics or the knowledge that it may be put to infringing uses, and shows statements or actions directed to promoting infringement, *Sony's* staple-article rule will not preclude liability.<sup>87</sup>

C'est une règle relative à la responsabilité fondée sur la faute, qui vient de la common law et qui est parfaitement applicable en droit d'auteur<sup>88</sup>. Dès lors, le simple fait de savoir que des internautes puissent se servir des logiciels de façon à commettre des contrefaçons, ou le font effectivement, n'est pas suffisant pour conclure à la responsabilité du fabricant. Il y a responsabilité lorsqu'on est en présence de « purposeful, culpable expression and conduct »<sup>89</sup>.

Enfin, cette question qui était en jeu dans l'affaire *Grokster* a fait l'objet d'une décision de la Federal Court of Australia en 2005, avec un résultat semblable, dans *Universal Music Australia Ltd. c. Sharman License Holdings Ltd.*<sup>90</sup>. Ici, dix compagnies défendresses ont été poursuivies, toutes impliquées à divers degrés dans la mise au point ou la mise en marché du logiciel Kazaa. Les internautes intéressés avaient le choix entre deux versions du logiciel : l'une gratuite, mais contenant des publicités, et une autre qui, moyennant

---

86. *Ibid.*, p. 2776.

87. *Ibid.*, p. 2779.

88. *Ibid.*

89. *Ibid.*, p. 2780.

90. (2005), 220 A.L.R. 1. L'affaire avait débuté en février de l'année précédente par l'émission d'une ordonnance de type Anton Pillar.

un paiement unique, n'ouvrait pas de fenêtres publicitaires. Comme dans *Grokster*, une fois sur le réseau Internet, les utilisateurs du logiciel pouvaient communiquer avec tout autre internaute ayant téléchargé le même logiciel, et échanger avec lui des fichiers musicaux<sup>91</sup>. Fait à noter, le logiciel faisait apparaître au bas de chaque page Web un avis à l'effet que Sharman Networks (la principale accusée) n'était pas indifférente aux questions de respect du droit d'auteur<sup>92</sup>, que chaque internaute devait déclarer qu'il s'engageait à respecter les droits d'auteur d'autrui, et qu'il était responsable de sa propre conduite à cet égard. Quant au remède accordé par le tribunal, il n'a pas été question de tenter d'interdire complètement la mise en marché du logiciel. La cour a simplement accordé un jugement déclaratoire quant à l'existence de violations de la loi et une ordonnance de cesser de telles violations à l'avenir.

La décision est intéressante pour nous parce que la loi australienne énumère des critères à prendre en considération pour déterminer si l'on est en présence d'une « autorisation » et que c'est cette notion qui est au cœur de la décision. Il n'a pas été question de responsabilité dite « à une étape ultérieure », comme dans *Grokster*. Les compagnies accusées ont été trouvées coupables d'avoir autorisé les utilisateurs du logiciel à reproduire illégalement des pièces musicales et de communiquer ces enregistrements au public<sup>93</sup>. Un amendement adopté en 2000 a ajouté un paragraphe à l'article 101 de la loi, paragraphe selon lequel seul le détenteur du droit d'auteur peut autoriser une autre personne à poser un des gestes que la loi lui réserve. On y prévoit que, pour déterminer si une personne a donné une autorisation au sens de la loi, il faut prendre en compte les éléments suivants<sup>94</sup> :

- a) the extent of the person's power to prevent the doing of the act concerned ;
- b) the nature of any relationship existing between the person and the person who did the act concerned ; et

---

91. Le fonctionnement en détail du logiciel Kazaa est décrit à partir du par. 58 de la décision.

92. Les mots employés sont « does not condone ».

93. Voir au par. 356, où l'on indique qu'au sens de la loi, le terme « communiquer » signifie « make available online or electronically transmit [...] a work [...] ». C'est donc l'équivalent de l'alinéa 3(1) f) de notre loi.

94. Ces éléments ne seraient pas exhaustifs, selon la jurisprudence. Voir par. 401.

- c) whether the person took any other reasonable steps to prevent or avoid the doing of the act, including whether the person complied with any relevant industry codes of practice<sup>95</sup>.

En appliquant ces critères à la compagnie Sharman, le juge Wilcox en est arrivé à la conclusion qu'elle avait violé la loi. Elle ne s'est pas rendue coupable du seul fait d'avoir fourni à quelqu'un un instrument ou appareil quelconque qui peut être utilisé pour faire un acte de contrefaçon. Il fallait qu'elle fasse quelque chose de plus. Le juge a estimé que la décision *Moorhouse* était encore applicable. Il fallait donc montrer que Sharman avait « sanctioned, approved or countenanced the infringement »<sup>96</sup>. Il n'est pas nécessaire qu'il y ait une preuve directe de cette attitude. Comme dans *Moorhouse*, l'inaction ou l'indifférence, révélée par des actes de commission ou d'omission, peut atteindre un degré tel qu'elle permet une conclusion à l'effet qu'il y a eu autorisation.

En l'occurrence, plusieurs éléments ont milité en faveur de cette conclusion. D'abord, l'efficacité des mises en garde sur les pages Web du site de la compagnie était réduite à néant par d'autres énoncés trouvés ailleurs sur le site, coiffés du titre « Join the revolution », où l'on encourageait fortement les jeunes consommateurs à faire un doigt d'honneur aux compagnies de disques en téléchargeant gratuitement les pièces musicales les plus populaires. Quant à cette relation juridique entre Sharman et les utilisateurs de son logiciel, il est vrai qu'il ne n'agissait pas d'un lien du type employeur et employé, ou mandant et mandataire, mais il reste qu'il était dans l'intérêt financier de la compagnie qu'il y ait toujours davantage d'utilisateurs, et qu'ils s'échangent toujours plus de chansons.

Enfin, Sharman aurait pu utiliser des logiciels pour vérifier ce qui était échangé par les internautes, et réduire l'impact des actes de contrefaçon, mais elle n'a jamais fait quoi que ce soit en ce sens : « Sharman had power to prevent, or at least substantially to reduce, the incidence of copyright file-sharing. Yet Sharman did nothing ». Sharman n'a donc pu éviter sa responsabilité en plaidant qu'elle n'avait pas de contrôle sur les décisions de chaque internaute de rendre disponible le contenu d'un de ses disques, ou de télécharger telle pièce musicale.

---

95. Voir au par. 360 de la décision.

96. Voir par. 402.

Par ailleurs, dans le logiciel Kazaa, il y avait une section appelée « gold files », constituée de fichiers contenant des pièces musicales dans lesquelles était imbriqué un logiciel de gestion d'exploitation<sup>97</sup>. Il s'agit d'une série d'instructions ajoutées en filigrane avant le fichier contenant la pièce musicale, inaudibles, qui donnent certaines indications à l'appareil sur lequel la pièce musicale est téléchargée, par exemple, si elle peut être reproduite, et si oui, combien de fois et sur quel type d'appareil elle peut être entendue. Sharman aurait pu et dû faire des efforts pour que les pièces musicales encore protégées par le droit d'auteur se retrouvent dans la section « gold files ». Le tribunal a permis, en fin de compte, la poursuite de l'utilisation du logiciel. Mais Sharman devait y ajouter des correctifs, de façon à diminuer les fraudes, par une grille d'analyse du titre des pièces recherchées et par le fait de verser dans la section « gold files » toutes les chansons indiquées par les plaignantes à l'égard desquelles subsistaient des droits d'auteur.

#### CONCLUSION : ET MAINTENANT ?

On peut se demander s'il se dégage des lignes de force de l'étude que nous venons de faire. Une première constatation apparaît clairement. Les tribunaux se sont montrés très réfractaires à toute demande, au cours des ans, visant à interdire une technologie nouvelle. Ceci ne doit pas nous surprendre. Toute nouvelle invention crée des craintes bien compréhensibles, car il est difficile d'en bien mesurer les impacts. Les créateurs, qui connaissent bien le modèle d'exploitation de leurs œuvres, peuvent facilement avoir la conviction qu'une nouvelle invention va les priver d'un de leurs droits exclusifs reconnus dans la loi. Mais les tribunaux, quoique conscients de cette réalité, ont eu la sagesse de réaliser que la façon d'exploiter une œuvre pourra devoir changer<sup>98</sup>, la solution n'étant toutefois pas de tuer dans l'œuf une nouvelle technologie.

Quant à la notion d'autorisation, qui a été au cœur de plusieurs litiges, on constate qu'il y a deux courants de pensée à son sujet. On a vu qu'au Canada, on exige un lien fort entre deux personnes pour conclure qu'il y a eu autorisation de poser un geste, au

97. Le système est connu en anglais sous le nom de « DRM », pour *digital rights management*.

98. L'exemple le plus simple reste celui des films. Le détenteur doit commencer par exploiter le marché des salles de cinéma, puis celui des clubs vidéo, et enfin voir s'il peut conclure une entente avec une station de télévision pour que son film soit diffusé. Mais jamais l'inverse !



sens de la loi. En Australie, on conclut plus rapidement à l'existence d'une autorisation. Nous ne pouvons pas affirmer, personnellement, qu'une approche est meilleure que l'autre. Il nous semble que ce sont deux approches qui se défendent, au point de vue rationnel. C'est aux différents parlements d'intervenir s'ils estiment que la position des tribunaux ne leur semble pas adéquate. Chose certaine, il est bien établi depuis longtemps par la jurisprudence<sup>99</sup> que le fait d'exécuter une pièce musicale dans un endroit que le public peut fréquenter, sans avoir besoin d'une invitation particulière, constitue une exécution publique d'une œuvre, ce qui requiert le consentement du détenteur du droit d'auteur. La question de la responsabilité du propriétaire ou de l'utilisateur d'un appareil radio ne se pose plus maintenant, vu l'existence du paragraphe 69(2) de notre loi. Pour ce qui est d'autres types d'appareils, qu'il s'agisse de télévisions ou de tourne-disques, il faut reconnaître que la jurisprudence du Canada n'est pas au diapason avec celle de l'Australie.

Ce qui ressort davantage, c'est qu'on doit constater que, dans le monde moderne, où les échanges de fichiers se font sur le réseau Internet, les notions de responsabilité indirecte sont devenues les plus importantes. Les tribunaux américains ont parlé ici de *contributory infringement* et de *vicarious liability*. Qu'en est-il dans notre droit ? Quel est le statut des concepteurs de logiciels d'échange de fichiers ? On doit dire qu'il n'y a pas dans la *Loi sur le droit d'auteur* de notions tout à fait identiques aux concepts américains. Sur la première notion, ce qui se rapproche le plus est le concept d'autorisation, dont nous venons de parler, que l'on retrouve au paragraphe 3(1) *in fine* : « Est inclus dans la présente définition le droit exclusif d'autoriser ces actes ». La loi mentionne seulement le terme « autorisation », et il revient alors aux tribunaux de déterminer la nature des relations qui doivent exister entre deux personnes pour qu'on soit en présence d'autorisation, ou jusqu'à quel point une personne doit conseiller ou encourager un geste pour qu'on conclue dans le même sens. Et ici, notre jurisprudence n'est pas absolument identique à celle des États-Unis, car la définition classique y est : « One infringes contributorily by intentionally inducing or encouraging direct infringement ». Le

---

99. Voir, par exemple, *Canadian Performing Rights Society c. Ford Hotel* (1935), 2 D.L.R. 391, où on a conclu, après une étude de la jurisprudence américaine, qu'il était illégal pour un hôtel de faire jouer la radio dans les espaces publics comme le lobby ou la salle à manger. C'est à la suite de cette décision que des pressions se sont exercées sur le gouvernement fédéral pour que la loi soit modifiée, ce qui fut fait en 1938.



terme « intentionnellement » laisse deviner que les tribunaux américains seront moins pressés de conclure qu'un niveau élevé d'indifférence à l'égard du comportement d'autrui peut constituer une autorisation.

Quant à la notion de *vicarious liability*, nous n'avons pas vraiment d'équivalent en droit d'auteur canadien. Car, aux États-Unis, il faut qu'une personne profite financièrement du fait qu'une autre commet une violation directe de la loi. Nous ne connaissons pas cette exigence de gain financier. Ce qui se rapproche le plus du droit américain, c'est la notion d'infraction à une étape ultérieure, prévue au paragraphe 27(2). Mais ici, on nage en pleine confusion quant à la signification et à la portée de cette disposition. La seule chose certaine, c'est que trois éléments sont nécessaires pour que l'infraction soit commise. Une première violation de la loi doit avoir été perpétrée. Ensuite, une personne doit poser un des gestes prévus dans les divers paragraphes, par exemple mettre en vente un exemplaire contrefait. C'est le dernier élément qui crée toute la confusion : il faut démontrer que cette personne « sait ou devrait savoir que la production de l'exemplaire constitue une violation de ce droit ». L'affaire *CCH* est la décision la plus récente où les tribunaux ont eu l'occasion de se prononcer sur le sens du paragraphe 27(2). Cependant, la Cour suprême n'en a pas traité, la chose n'étant pas nécessaire. Il n'y avait pas eu, à son avis, de première violation de la loi<sup>100</sup>. En Cour fédérale, en première instance, le juge Gibson n'a pas jugé nécessaire de se prononcer sur la question la plus difficile<sup>101</sup>. En appel, les juges Linden et Sharlow ont simplement dit qu'ils n'étaient ni en accord, ni en désaccord avec les propos de leur collègue Rothstein sur le sens du paragraphe 27(2)<sup>102</sup> ! Le plus qu'ils ont exprimé était que l'infraction prévue dans cette disposition n'était pas une infraction de responsabilité stricte. Il faut donc prouver l'existence d'une faute pour conclure à une violation. Le juge Rothstein est donc véritablement le seul à s'être prononcé. La question était pourtant importante, à notre avis, car le Barreau ontarien avait soulevé l'argument qu'il ne pouvait être trouvé coupable d'infraction à une étape ultérieure, parce qu'il était exonéré par la

100. [2004] 1 R.C.S. 339. Voir au par. 82 : « Vu l'absence de violation initiale, il ne peut y avoir de violation à une étape ultérieure. » (la juge McLachlin).

101. [2000] 2 C.F. 451. Il a simplement conclu (par. 162) que le fait que le Barreau ontarien exécute une commande en photocopiant des chapitres, et « la remise des photocopies aux personnes qui les avaient demandées constituent une "mise en circulation faite de façon à porter préjudice au titulaire du droit d'auteur" au sens de l'alinéa 27(2)(b) de la *Loi sur le droit d'auteur*».

102. [2002] 4 C.F. 213, par. 121. Comme c'est éclairant pour le juriste !

notion d'utilisation équitable. La question était donc de savoir si une croyance sincère, mais erronée, à l'effet que s'applique la notion d'utilisation équitable suffit pour repousser l'application du paragraphe 27(2). À son avis, ce moyen de défense ne pouvait être reçu, parce que le Barreau était lui-même responsable de la violation initiale de la loi et parce que l'élément de connaissance pertinent est celui des faits, non de la loi<sup>103</sup>.

Nous ne pousserons pas plus avant cette analyse. Il suffit de constater que notre jurisprudence reste très imprécise sur la question du statut des personnes qui rendent disponibles sur Internet des logiciels d'échange de fichiers. On peut se demander, enfin, si le projet de loi actuellement devant la Chambre des Communes<sup>104</sup> contient des dispositions pertinentes ici. C'est le cas. L'article 18 du projet de loi prévoit des modifications au paragraphe 27(2) de façon à nous rapprocher de l'état du droit prévalant aux États-Unis et en Australie. Ainsi, serait ajouté un paragraphe 2(3), qui se lirait ainsi :

Constitue une violation du droit d'auteur le fait pour une personne de fournir sur Internet [...] un service dont elle sait ou devrait savoir qu'il est principalement destiné à faciliter l'accomplissement d'actes qui constituent une violation du droit d'auteur, si une autre personne commet une telle violation sur Internet [...] en utilisant ce service.

Cela précise le statut juridique de ces personnes, mais on voit que demeure la difficulté de définir ce que signifie « sait ou devrait savoir ». Ici, cependant, le législateur a fait son effort, car il prévoit un nouveau paragraphe énumérant des critères que devra utiliser un tribunal pour déterminer si une personne a commis une violation du droit d'auteur. On y mentionne principalement les éléments suivants : i) le fait que la publicité insiste sur la facilité d'accomplir des actes illégaux, ii) le fait que la personne sache que le service est effectivement utilisé pour commettre des violations de la loi, iii) le fait que le service peut être utilisé, et ce de façon importante, à des fins légales, iv) le fait d'être capable de limiter la possibilité d'accomplir des actes illégaux, et v) les avantages financiers que la personne peut en tirer.

---

103. Voir par. 276 et 278.

104. Le projet de loi C-32, intitulé « *Loi modifiant la Loi sur le droit d'auteur* », a été présenté en première lecture le 2 juin 2010.

Reste à voir comment nos tribunaux, si le projet devient loi, vont appliquer ces notions. Quoi qu'il en soit, plusieurs personnes pensent que ces efforts, pour louables qu'ils soient, sont vains. À leur avis, le génie est sorti de la bouteille. Dans la mesure où un logiciel d'échange de fichiers a été téléchargé par des milliers d'internautes, voire des centaines de milliers, ils vont continuer à l'utiliser, quoi qu'il advienne des concepteurs de ces logiciels. Mais on peut simplement constater ici qu'il s'agit d'une question qui se pose inévitablement, dans notre monde moderne des communications. Sa solution à la satisfaction des détenteurs de droits d'auteur dépendront sûrement de mesures qui relèveront de domaines extrajuridiques.