

Vol. 21, n° 1

La notion d'autorisation en droit d'auteur : un concept insaisissable ?

René Pepin*

1. Introduction	165
2. Au Canada	167
3. Aux États-Unis	176
4. En Angleterre	187
5. En Australie	194
6. Conclusion	202

© René Pepin, 2009.

* Professeur, Faculté de droit, Université de Sherbrooke.

1. Introduction

La notion d'autorisation est un concept crucial dans le domaine du droit d'auteur. Il est à peu près impossible d'en saisir toute l'importance et la portée lorsqu'on l'aborde pour la première fois. Elle est placée à la fin du premier paragraphe de l'article 3 de la *Loi sur le droit d'auteur*¹, qui énumère une liste des droits conférés exclusivement au détenteur du droit d'auteur. Le droit le plus important est celui de reproduire l'œuvre, c'est-à-dire d'en multiplier les exemplaires qui seront offerts en vente au public. On sait que les créateurs d'œuvres protégées par la loi n'ont généralement pas les connaissances techniques ni les habiletés pour faire de leur œuvre un produit fini. D'où la nécessité d'intermédiaires entre eux et le public consommateur : maisons d'édition, imprimeurs, maisons de disques, etc.². On peut donc penser tout naturellement que le « droit exclusif d'autoriser ces actes » couvre simplement cette situation où un créateur permet à des personnes ayant les habiletés nécessaires et les équipements techniques d'accomplir ce travail de multiplication des exemplaires de leur œuvre.

Il est logique aussi de penser faire un lien avec la notion d'utilisation équitable. On peut imaginer que le législateur n'a pas hésité à énumérer une liste la plus complète possible de droits exclusifs à un créateur parce qu'aux articles 29 à 29.2 existe un contre-poids, c'est-à-dire la possibilité pour un juge d'estimer que, tout bien considéré, on ne doit pas sanctionner tel geste accompli par le défendeur dans un litige, parce que son utilisation d'une œuvre est jugée « équitable ». Mais qu'il soit approprié ou non de faire ce lien entre la notion d'autorisation et celle d'utilisation équitable, il reste que le concept d'autorisation pose une problématique qui va bien au-delà de ces quelques considérations. C'est qu'elle fait référence à la nature du lien qui doit exister entre la personne qui donne une auto-

1. L.R.C. (1985), c. C-42 (ci-après : la L.D.A.). Le texte pertinent se lit ainsi : « Est inclus dans la présente définition le droit exclusif d'autoriser ces actes ».

2. On sait, évidemment, qu'il est maintenant beaucoup plus facile pour un créateur de faire un travail traditionnellement réservé à un éditeur ou un studio d'enregistrement de disques, mais cela reste un phénomène relativement récent. Les ordinateurs personnels restent un phénomène des années 80 et 90.

risation, et celle qui accomplit un geste répréhensible. Doit-il s'agir d'un lien de subordination, comme en matière de relations de travail ? À l'opposé, le simple fait de connaître le geste qu'une personne se prépare à accomplir et se montrer totalement indifférent quant aux conséquences peut-il être considéré comme une « autorisation », au moins implicite ?

On devine que ce sont les développements technologiques rapides des dernières décennies qui ont exacerbé les difficultés qui confrontent maintenant les tribunaux. On sait comment il est devenu facile de nos jours de numériser plusieurs types d'œuvres, qu'il s'agisse d'écrits, de photos ou de pièces musicales, de les placer sur un site internet et les offrir ainsi à tout venant. Qui n'a pas entendu parler de l'affaire *Napster*, qui a défrayé les manchettes au tournant du siècle. Il s'agissait d'un logiciel permettant à un internaute de savoir quel autre internaute possédait telle pièce musicale dans son ordinateur, et ainsi la télécharger. S'est alors posée la question de savoir si la personne ou la compagnie qui met au point un logiciel facilitant les échanges de fichiers donne de ce fait une autorisation aux internautes de faire quelque chose, autorisation qui serait illégale puisqu'elle relève exclusivement du détenteur du droit d'auteur.

Pour étudier la notion d'autorisation, nous devons aussi examiner le concept de violation à une étape ultérieure, prévu au paragraphe 27(2) de la loi. Il faudra voir si la notion d'autorisation est nécessairement présente dans la relation entre un premier contre-facteur et la personne qui accomplit une violation dite à une étape ultérieure. Il nous sera aussi utile d'étudier l'état du droit dans d'autres pays de tradition britannique. Particulièrement aux États-Unis, car c'est là que les problèmes juridiques ont été les plus aigus, et parce que les tribunaux se sont sentis obligés, pour protéger les droits des créateurs, d'importer du domaine du droit des brevets deux notions de responsabilité indirecte, dites *vicarious liability* et *contributory infringement*. Il s'agira de voir si elles pourraient être utilisées avantageusement dans le droit canadien. L'étude du droit en Angleterre et en Australie sera aussi intéressante, car la jurisprudence n'y a pas la même conception qu'ici de ce qui constitue une « autorisation ». Il faudra voir ce qui peut expliquer ces différences. D'autre part, des modifications législatives relativement récentes y ont élaboré des critères pour aider les tribunaux à déterminer s'il y a ou non autorisation au sens légal. Il faudra voir si ces critères sont déjà utilisés par nos tribunaux et, sinon, s'il serait avantageux que notre loi soit modifiée pour aller dans la direction prise dans ces pays.

2. Au Canada

Avant l'adoption de la première loi canadienne sur le droit d'auteur, en 1921, nos tribunaux appliquaient la loi britannique appelée *Literary Copyright Act* de 1842³. Le verbe « to authorize » ne s'y trouvait pas. Elle conférait au détenteur du droit d'auteur sur une œuvre littéraire le droit de l'imprimer ou de la faire imprimer⁴. Ceci fut interprété comme signifiant qu'il n'y avait pas violation de la loi à moins qu'il y ait une relation de type employeur-employé ou mandant et mandataire entre la personne qui commandait l'impression et celle exécutant le travail⁵. L'état du droit a été modifié en Angleterre lors de l'adoption d'une nouvelle loi sur le droit d'auteur en 1911, et au Canada à la fin du premier paragraphe de l'article 3 de la loi de 1921, ainsi formulé : « Le droit d'auteur comprend aussi celui d'autoriser les actes mentionnés ci-dessus »⁶. Parmi les premières décisions britanniques⁷ qui ont eu à interpréter ces mots, la plus éclairante nous semble être l'affaire *Famous Players*⁸, rendue en 1926. Il s'agissait d'un auteur d'une pièce de théâtre, qui avait cédé à un dénommé Falcon le droit de la représenter en public, et à Famous Players celui d'en faire un film. La compagnie a réalisé un film aux États-Unis, puis l'a importé en Angleterre, et a conclu des ententes avec quelques propriétaires de salles de cinéma. Falcon a poursuivi la compagnie au motif qu'elle violait son droit exclusif d'« exécuter l'œuvre en public ». Le juge Banks a accepté cette prétention. À son avis, le droit d'exécuter l'œuvre doit nécessairement comprendre celui d'autoriser telle exécution. Le terme « autorisation » n'ajouterait rien en soi, mais cet ajout aurait été fait pour mettre de côté ce qui avait été dit dans des affaires comme *Karno*, qui avaient limité la notion aux cas de relations de type maître et exécutant. Puis il a formulé ce qui lui semblait être le sens de cette expression, dans une formule qui a fait jurisprudence depuis : « ...the present expression

3. 5-6 Vic., c. 45.

4. Les termes employés étaient : « To print or cause to be printed ». Voir art. XV de cette loi.

5. Voir *Karno c. Pathé Frères, London*, (1909) 100 L.T. 260. En doctrine, voir John S. McKeown, *Fox Canadian Law of Copyright and Industrial Designs*, 3^e éd., Toronto, Carswell, 2000, p. 509-510.

6. 11-12 George V, c. 24, par. 3(1).

7. Voir, notamment, *Monckton c. Pathé Frères*, [1914] 1 K.B. 395, et *Evans c. Hulton & Co.*, (1924) W.N. 130. Dans la première décision, il s'agissait d'une poursuite intentée par un compositeur contre une entreprise qui avait confectionné sans sa permission un enregistrement de l'œuvre, et offrait les disques en vente au public. Le tribunal a dit (p. 405) qu'il y avait violation de la loi lorsque le vendeur de disques sait que son geste enfreint le droit exclusif de l'auteur de « produire ou reproduire » l'œuvre au moyen de disques.

8. *Falcon c. Famous Players Film Co.*, [1926] 2 K.B. 474.

is to be understood in its ordinary dictionary sense of “sanction, approve, and countenance” »⁹.

On voit donc qu’il doit exister un lien assez étroit entre la personne qui « autorise » un geste, et celle qui l’accomplit. Cependant, comme on peut s’en douter, le fait d’arriver à expliciter le sens d’un mot ne signifie pas que l’application des critères formulés se fera sans difficultés. Autant en Angleterre qu’au Canada, il y a eu une pléthore de décisions concernant surtout des situations impliquant des musiciens ou orchestres qui ont joué illégalement des pièces musicales, et où on s’est demandé si les personnes responsables ou propriétaires des lieux où la musique a été jouée pouvaient aussi être poursuivies. Ainsi, pour ne prendre qu’un exemple en droit britannique, dans la décision *Ciryl Theatrical Syndicate*¹⁰, une société de gestion collective de droits d’auteur a poursuivi un dirigeant d’une compagnie locataire d’une salle de spectacles qui avait fait une entente avec une autre entreprise pour la représentation d’une pièce de théâtre, accompagnée de musique jouée par un orchestre. Il s’est avéré que l’orchestre a exécuté des œuvres sans acquitter les droits d’auteur. La question à résoudre, exprimée par le juge Banks, était de savoir si on pouvait considérer que M. Faraday, le gérant du Cyril Theatrical Syndicate, avait « autorisé » l’exécution des pièces musicales par l’orchestre¹¹. À son avis, ce n’était pas le cas. Une autorisation existe, bien sûr, si une permission directe a été donnée. Mais elle peut aussi être déduite. Il écrit : « I go so far as to say that indifference, exhibited by acts of commission or omission, may reach a degree from which authorization or permission may be inferred. It is a question of fact in each case... »¹². En l’occurrence, il n’y avait pas eu de telle autorisation, car le défendeur avait été absent du pays pendant plusieurs mois, et ne pouvait donc pas s’être occupé activement de la question des droits d’auteur¹³.

Au Canada, on trouve dans la décision *De Tervagne c. Ville de Belœil*¹⁴, de la Cour fédérale, division de première instance, sous la

9. *Ibid.*, p. 491. En français, on peut dire : « sanctionner, appuyer, soutenir ».

10. *Performing Right Society c. Ciryl Theatrical Syndicate, Ltd.*, [1924] 1 K.B. 1.

11. *Ibid.*, p. 8.

12. *Ibid.*, p. 9.

13. *Ibid.*, p. 10. Notons que dans une missive M. Faraday avait écrit ne pas se préoccuper du tout des pièces musicales qui pouvaient être jouées. Le juge a estimé que cela dénotait de l’indifférence, mais pas d’un type qui permettrait d’en déduire une permission ou autorisation. Il s’agissait du type d’indifférence de la personne qui ne veut pas se mêler des affaires des autres. Faraday estimait que ces questions relevaient du chef d’orchestre.

14. (1993) 3 C.F. 227.

plume du juge Joyal, une bonne revue de la jurisprudence sur la location de lieux de divertissement. À noter que toute cette problématique concerne ce qui est visé au paragraphe 27(5) de la loi, où est pourtant formulé un critère pour déterminer la responsabilité de la personne qui a permis l'utilisation d'un lieu d'amusement. Le texte prévoit qu'elle est responsable d'une violation de la loi si des œuvres sont jouées illégalement, « à moins que la personne qui permet cette utilisation n'ait ignoré et n'ait eu aucun motif raisonnable de soupçonner que l'exécution constituerait une violation du droit d'auteur ». On constate pourtant que les décisions des tribunaux ne semblent pas avoir accordé une grande importance à ce critère.

Le juge Joyal mentionne la décision *Vigneux*¹⁵, qui s'est rendue jusqu'au Comité judiciaire du Conseil privé. Dans cette affaire, les frères Raes, exploitants de restaurants, louaient de Vigneux des appareils appelés « juke-box », pour une redevance de dix dollars par semaine. Les disques dans les appareils étaient changés périodiquement par Vigneux. La question principale était de savoir si les propriétaires des restaurants étaient exonérés de toute responsabilité par le paragraphe 69(2) de la loi, tel que rédigé à l'époque, concernant le fait de faire jouer en public une radio ou un tourne-disques. Mais la question s'est également posée de savoir si Vigneux avait « autorisé » l'exécution publique des pièces musicales contenues dans les disques. Dans une courte phrase le tribunal répondit par la négative, parce que son rôle se limitait à louer des appareils et les approvisionner en disques¹⁶. Mais dans les arrêts subséquents, il est difficile de voir un fil conducteur dans les motifs des juges. Ainsi, dans une décision de 1934¹⁷, la Supreme Court d'Ontario a jugé que les défendeurs avaient violé la loi parce qu'au cours d'une représentation organisée par eux, un orchestre avait joué illégalement certaines œuvres musicales. On a estimé que même s'ils ne décidaient pas précisément quelle pièce serait jouée, ils avaient un contrôle sur

15. *Vigneux c. Canadian Performing Rights Society*, (1943) 4 Fox Pat. Cases 183 (CJCP – Canada), où il a été jugé que le paragraphe 69(2) accordait une exonération complète, même si la Commission du droit d'auteur n'avait pas encore élaboré une grille tarifaire pour compenser la perte de revenus au niveau de la vente de disques.

16. La phrase exacte est, au paragraphe 24 : « 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. The only part which they played in the matter was, in the ordinary course of their business, to hire out to Raes one of their machines and supply it with records, at a weekly rental of ten dollars. » Cette façon de voir a ensuite été entérinée par la Cour suprême dans *Muzak Corp. c. C.A.P.A.C.*, [1953] 2 R.C.S. 182.

17. *Canadian Performing Rights Society c. Canadian National Exhibition Association*, [1934] 4 D.L.R. 154.

l'orchestre car il y avait une relation de maître et serviteur entre eux et le chef d'orchestre. Le même tribunal a jugé, dans une affaire décidée en 1938¹⁸, le cas d'un défendeur qui avait embauché Rudy Vallee et son orchestre pour jouer à son pavillon de danse. Même s'il n'avait pas de contrôle sur les pièces à jouer ni même sur les heures où l'orchestre jouerait, on a retenu sa responsabilité, parce qu'il n'avait fait aucun effort pour s'assurer que l'orchestre ne joue pas illégalement des œuvres protégées par la L.D.A. Il en a été de même aussi dans la décision *Ming Lee*, en 1943¹⁹. Un orchestre avait été engagé pour jouer dans un restaurant. Aucune entente particulière n'avait été conclue relativement aux pièces à jouer. Pourtant le propriétaire du restaurant a été jugé responsable, parce qu'en laissant une discrétion complète au chef d'orchestre, il avait implicitement « autorisé » l'exécution des pièces jouées illégalement.

Même si le juge Joyal, dans l'affaire *De Tervagne*, ne réfute pas clairement ces décisions, elles ne nous semblent plus refléter l'état du droit. C'est que le juge, s'appuyant sur la doctrine²⁰, formule dans les trois propositions suivantes l'état du droit sur le sujet. D'abord, pour qu'il y ait autorisation, une personne doit « appuyer, sanctionner ou soutenir » quelque chose de plus que la simple utilisation d'équipements qui pourraient éventuellement servir à commettre un acte de contrefaçon²¹. Deuxièmement, il faut que le défendeur « sanctionne, appuie ou soutienne » quelque chose de précis, c'est-à-dire l'exécution véritable de l'acte de contrefaçon. Enfin, il y a une présomption selon laquelle une personne autorise une activité seulement dans la limite où elle est légale. Mais elle peut être réfutée lorsqu'on étudie sa conduite, ou la relation existant entre elle et celle qui a commis la violation²². En l'occurrence, il s'agissait de savoir si la ville de Belœil était responsable en vertu du paragraphe 27(5) de la L.D.A. du fait qu'elle avait loué son centre culturel à une troupe de théâtre qui y a joué une pièce sans avoir eu la permission de l'auteur. Le juge Joyal a conclu que la ville de Belœil n'exerçait aucun contrôle sur le producteur de la pièce de théâtre ni sur la troupe elle-même. Elle s'était contentée de louer une salle. Elle pouvait raisonnablement assumer que la pièce présentée le serait dans les limites de la loi. Seul fut jugé responsable un dénommé Bossac, qui avait négocié

18. *Performing Right Society Ltd. c. Canadian National Exhibition Association*, [1938] 2 D.L.R. 621.

19. (1943) Fox Pat. C. 151.

20. P.D. HITCHCOCK, « Home Copying and Authorization », (1983) 67 *C.P.R.* (2d) 17.

21. *Supra*, note 14, p. 237.

22. *Ibid.*

avec la ville la location du centre culturel de Belœil. Il était aussi responsable des personnes agissant sous ses ordres à titre d'employés²³.

On voit donc, au lendemain de cette décision, que la jurisprudence n'est pas encore tout à fait fixée sur la notion d'autorisation. On est certes responsable de la conduite d'une autre personne lorsqu'existe un lien juridique fort, du type employeur-employé. Il n'est plus question, comme dans l'affaire *Ming Lee*, de juger automatiquement responsable le propriétaire ou le gestionnaire des lieux loués. Il faut, pour retenir une responsabilité, qu'une autorisation ait été donnée et ce, à l'égard d'un geste spécifique. Ce qui reste encore imprécis, ce sont les cas intermédiaires, si on peut dire. À partir de quel point une indifférence manifestée à l'égard de la conduite d'une autre personne devient-elle une autorisation implicite ? La personne qui a autorisé un geste doit-elle avoir eu connaissance que le geste illégal a effectivement été posé ?

Quoi qu'il en soit, la Cour suprême a eu l'occasion de nous faire part de sa conception du sens que doit avoir aujourd'hui la notion d'autorisation lorsqu'elle a tranché en 2004 le litige opposant des éditeurs de livres de droit et le Barreau du Haut-Canada²⁴. Ce Barreau s'occupe de gérer la bibliothèque de l'édifice public appelé « Osgoode Hall ». Il s'agit d'une cause-type. Des avocats ont demandé aux employés de la bibliothèque de leur faire parvenir, tantôt par courrier traditionnel ou courrier électronique des extraits demandés de lois, des décisions de tribunaux, des articles dans des revues juridiques et des chapitres de monographies. Les grandes maisons d'édition ont poursuivi ensuite le Barreau, au motif de violation de leurs droits d'auteur dans ces ouvrages. L'une des nombreuses questions qui se sont soulevées était le degré de responsabilité du Barreau quant aux appareils à photocopier mis à la disposition du public qui fréquente la bibliothèque. La cour, sous la plume de M^{me} McLachlin, a référé aux arrêts classiques que nous venons de voir, et s'est déclarée d'accord avec l'arrêt *De Tervagne*. Le terme « autoriser » signifie donc bel et bien « sanctionner, appuyer ou soutenir »²⁵. Elle précise aussi que « soutenir » doit être entendu dans son sens fort, c'est-à-dire qu'il doit référer aux notions de « approuver, sanctionner, permettre, favoriser, encourager ».²⁶

23. *Ibid.*, p. 249.

24. *CCH Canadienne Ltd. c. Barreau du Haut-Canada*. [2004] 1 R.C.S. 339.

25. *Ibid.*, par. 38.

26. *Ibid.*

En l'occurrence, selon la cour, le Barreau n'avait pas violé la loi. D'abord, aussi surprenant que cela puisse nous apparaître, aucune preuve n'a été présentée à l'effet que les photocopieuses avaient été utilisées d'une manière incompatible avec les dispositions de la loi. En deuxième lieu, le Barreau avait affiché au mur un avis mettant les utilisateurs en garde en matière de droits d'auteur, avis qui se terminait par : « La bibliothèque n'assume aucune responsabilité en cas de violations susceptibles d'être commises par les utilisateurs des photocopieuses ». Cela ne constituait pas une admission de la part du Barreau que les appareils seraient utilisés de façon illicite²⁷. Enfin, et surtout, le Barreau « n'a pas un contrôle suffisant sur les usagers de la Grande Bibliothèque pour que l'on puisse conclure qu'il a sanctionné, appuyé ou soutenu la violation du droit d'auteur »²⁸. Car il n'y a pas de relation employeur-employé entre le Barreau et les usagers de la bibliothèque, et « le Barreau n'exerce pas de contrôle sur les œuvres que les usagers décident de copier, ni sur les fins auxquelles ils les copient, ni sur les photocopieuses elles-mêmes »²⁹.

En doctrine, les auteurs Gervais et Judd³⁰ ont tenté de résumer ainsi l'état du droit après cette décision. Une personne peut en « autoriser » une autre à violer la loi, soit en le lui conseillant très directement, ou en exigeant d'elle une conduite illégale, ou en approuvant expressément telle conduite. C'est ce qu'on peut appeler une autorisation « active ». On peut aussi « autoriser » passivement dans les deux hypothèses suivantes. Une personne peut ne pas exercer son devoir de surveillance à l'égard d'une autre, devoir exigé par la relation juridique qui les unit. Enfin, il y a le cas où on met à la disposition de quelqu'un un appareil susceptible d'utilisations tant légales qu'illégales, mais il y a un encouragement exprès à un comportement violant la loi, par la publicité ou autrement.

27. *Ibid.*, par. 44.

28. *Ibid.*, par. 45.

29. *Ibid.* On doit tout de même reconnaître que cette question n'est pas si facile à trancher, car la Cour fédérale d'appel a été d'avis contraire : [2002] 4 C.F. 213. Selon le juge Linden, le Barreau faisait beaucoup plus que simplement fournir à quelqu'un un appareil capable d'utilisations tant légales que non légales. Le Barreau était responsable des violations de la loi puisqu'il assumait la surveillance des appareils, qui étaient facilement accessibles, et que la bibliothèque était remplie de documents protégés par le droit d'auteur (voir par. 109) ; pour lui, le Barreau « autorisait » les actes posés par les usagers. Son collègue le juge Rothstein a partagé cet avis (voir par. 265). Quant à l'avis affiché au mur, il n'était pas suffisamment clair. Il aurait fallu qu'il défende explicitement la reproduction d'œuvres protégées (par. 266). Il y avait donc un degré d'indifférence coupable face au comportement des usagers.

30. Daniel GERVAIS et E. JUDD, *Le droit de la propriété intellectuelle*, Toronto, Carswell, 2005, p. 62.

Nous voulons maintenant traiter de la notion de violation de la loi à une étape ultérieure, prévue au paragraphe 27(2) de la loi, pour voir en quoi elle peut être liée à la notion d'autorisation à l'article 3. D'après le libellé du paragraphe 27(2), pour que cette disposition s'applique, il faut d'abord qu'une première violation de la loi ait été commise. Il faut ensuite qu'intervienne une deuxième personne, qui accomplit l'un des gestes énumérés dans les différents paragraphes de la disposition, soit, à l'égard d'un exemplaire contrefait de l'œuvre, la vente, la mise en circulation dans un but commercial, etc. Mais il faut surtout que le poursuivant, dans un litige, prouve que cette deuxième personne « sait ou devrait savoir que la production de l'exemplaire constitue une violation de ce droit ... par la personne qui l'a produit ». On voit donc qu'au niveau factuel, il peut exister des situations où le paragraphe 27(2) s'appliquera, mais par l'article 3. En effet une personne peut en venir à savoir que des exemplaires contrefaits d'une œuvre ont été faits, mais sans qu'elle n'ait eu quoi que ce soit à voir avec le premier acte de contrefaçon. Elle peut en venir à connaître cet état de fait, et alors elle violera le paragraphe 27(2) si elle décide de participer à la diffusion des copies faites illégalement. De même, une personne peut avoir violé l'article 3 parce qu'elle a « autorisé » une autre à poser des gestes illégaux, et ensuite violer le paragraphe 27(2) en posant elle-même certains gestes, soit l'offre en vente, location, etc. d'œuvres contrefaites. On peut donc dire que la notion d'autorisation n'intervient vraiment qu'au niveau de l'article 3, savoir le lien qui existe entre deux personnes au moment où un premier acte de contrefaçon est accompli.

On doit maintenant aborder la problématique qui est peut-être la plus importante de nos jours à l'égard de la notion d'autorisation, savoir l'échange de fichiers par internet. On a tous entendu parler de l'affaire *Napster* qui, aux États-Unis, à la fin du siècle dernier, a secoué l'industrie de la musique. Un jeune homme du nom de Shawn Fanning a mis au point un logiciel permettant aux internautes de savoir qui possédait sur le disque dur de son ordinateur la pièce musicale recherchée. Une fois mis en contact, il était facile pour eux de s'échanger les pièces désirées. Si on applique les concepts du droit canadien à cette situation, il faut se demander si M. Fanning viole l'article 3 de la loi parce qu'il « autorise » illégalement des internautes à reproduire l'œuvre, ou la publier, ou la communiquer au public par télécommunication³¹.

31. Voir l'article 2.2, le paragraphe 3(1) et l'alinéa 3(1)f) de la L.D.A., où on retrouve ces concepts.

On doit malheureusement constater qu'au Canada, contrairement aux États-Unis, comme on le verra bientôt, on nage en pleine incertitude sur ces questions. C'est que la jurisprudence n'a pas encore été confrontée à ces questions. La seule chose dont on puisse être certain, c'est que les grandes entreprises de télécommunications, qui fournissent l'accès au réseau internet à leurs abonnés, ne peuvent pas être accusées d'avoir « autorisé » les internautes à s'échanger des fichiers protégés par la L.D.A. La question s'est posée en 2004, dans une affaire où les sociétés de gestion collective de droits d'auteur ont voulu forcer les fournisseurs d'accès à internet à verser des redevances, pour tenir compte des pertes causées à l'industrie par l'échange de fichiers musicaux³². L'un des arguments des sociétés de gestion était que les entreprises de télécommunications n'ont pas violé elles-mêmes le droit d'auteur, mais qu'elles « autorisent » les fournisseurs de contenu à le faire, parce qu'elles savent que les internautes vont éventuellement consulter leurs fichiers. Dans son jugement unanime, rendu par le juge Binnie, la cour a référé à ce qu'elle avait dit dans *CCH* à l'égard des photocopieurs, et s'est déclarée d'accord avec la position prise dans le dossier sous étude par la Commission du droit d'auteur, qui avait rejeté la prétention. Le tribunal a cependant ajouté qu'il se pourrait que, de façon exceptionnelle, un fournisseur d'accès à internet soit responsable d'une violation de la loi, dans le cas où il serait avisé de l'existence de contenus illégaux soit dans son propre site internet, ou dans des sites qu'il héberge, et s'il ne prenait aucune mesure pour remédier à la situation. Dans ce cas précis, on pourrait en venir à considérer que l'omission de retirer un contenu illicite équivaut à une autorisation³³.

Mais qu'en est-il de la responsabilité des entreprises qui ont mis au point les logiciels d'échange de fichiers appelés P2P³⁴ et des internautes ? Est-ce que les compagnies qui ont mis au point ces logiciels et les ont rendus disponibles gratuitement sur internet « autorisent » les internautes à reproduire des œuvres, ou à les publier, ou à les communiquer au public par télécommunication³⁵ ?

Quant aux internautes eux-mêmes, la Commission du droit d'auteur a pris position lors de l'élaboration du « tarif 22 », en octobre

32. *Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c. Association canadienne des fournisseurs Internet*, [2004] 2 R.C.S. 427.

33. *Ibid.*, par. 127.

34. Pour « Peer to Peer », qui est souvent traduit par « pair à pair » ou « poste à poste ».

35. Ce sont trois des principaux droits exclusifs que la L.D.A. donne aux créateurs, qu'on trouve à l'article 2.2, au paragraphe 3(1) et à l'alinéa 3(1)f).

1999, concernant les droits à percevoir pour l'exécution ou la communication par télécommunication d'œuvres musicales³⁶. On peut résumer sommairement ses positions dans les quelques énoncés suivants. D'abord, une transmission par internet est une « communication au public par télécommunication » au sens de l'alinéa 3(1)f) de la L.D.A. De plus, une œuvre musicale est communiquée non pas au moment où elle est rendue disponible, mais lorsqu'elle est transmise, qu'elle soit écoutée dès réception ou non. Et c'est la personne qui a rendu une œuvre disponible sur internet qui la communique au public, et, ce faisant, elle en autorise la communication³⁷. Il est donc clair qu'à son avis l'échange de fichiers musicaux par internet est illégal.

La jurisprudence s'est encore peu penchée sur cette problématique. Nous en trouvons une courte allusion dans la décision de la Cour fédérale dans l'affaire *BMG Canada*³⁸, où des compagnies de disques voulaient forcer des fournisseurs d'accès à internet à leur dévoiler l'identité de clients soupçonnés de faire du piratage à grande échelle. En première instance, le juge von Finckenstein a écrit ceci : « Je ne peux voir une différence entre une bibliothèque qui place une photocopieuse dans une pièce remplie de documents visés par le droit d'auteur et un utilisateur qui place sa propre copie dans un répertoire partagé relié à un service de partage de fichiers entre homologues. Dans les deux, cas, les conditions nécessaires à la copie et à la contrefaçon sont présentes, mais il manque l'autorisation »³⁹. En doctrine, peu d'auteurs se sont prononcés sur ce sujet. Les professeurs Gervais et Judd y ont toutefois consacré quelques pages, où ils expriment leur réserve à l'égard de ces propos. À leur avis, les échangeurs de fichiers doivent être considérés comme des personnes proactives. En effet la personne qui veut offrir ses fichiers musicaux aux autres doit accomplir deux actions : mettre le fichier sur le disque dur de son ordinateur, et identifier ce fichier comme étant accessible aux autres. À leur avis, « il s'ensuit que l'utilisateur d'un réseau P2P qui a rendu un fichier accessible peut être considéré

36. Sur internet : <www.cb-cda.gc.ca/decisions/m27101999_b.pdf>.

37. C'est cette décision qui a été contestée sans succès dans la décision de la Cour suprême dont nous venons de parler concernant la responsabilité des fournisseurs d'accès à internet.

38. *BMG Canada Inc. c. John Doe*, [2004] 3 R.C.F. 241.

39. *Ibid.*, par. 27. Cette décision a été infirmée en appel, [2005] 4 R.C.F. 81, mais pour d'autres motifs. On a jugé que les compagnies de disques avaient droit d'avoir cette information, en application de l'une des règles de la Cour fédérale concernant l'interrogatoire préalable. En appel, on ne s'est pas prononcé sur la justesse ou non des propos que nous avons cités.

comme ayant contrevenu au droit d'autorisation... »⁴⁰. Ils vont donc dans le même sens que la Commission du droit d'auteur.

Le droit canadien n'a pas encore abordé carrément la question la plus délicate ici, savoir le statut juridique des entreprises qui rendent disponibles les logiciels d'échanges de fichiers sur le réseau internet. C'est du côté des États-Unis que nous devons alors nous tourner, car c'est là qu'elle s'est posée avec la plus grande acuité.

3. Aux États-Unis

Aux États-Unis, ce n'est que lors de la dernière grande refonte de *Copyright Act*, en 1976, que la notion d'autorisation est apparue dans la loi. Elle a été ajoutée à l'article 106, énumérant les droits exclusifs des détenteurs de droits d'auteur⁴¹. De sorte que les tribunaux ont senti le besoin dès le XIX^e siècle, pour protéger adéquatement les créateurs, de sanctionner plus que les violations directes de leurs droits. Pour reconnaître la responsabilité de ceux qui commettent des violations indirectes, ils ont importé du droit des brevets deux notions très importantes, connues sous le nom de *vicarious infringement* et *contributory infringement*⁴². Nous définirons plus précisément ces deux notions plus loin, mais on peut dire tout de suite que la première s'applique surtout, mais pas exclusivement, dans le cadre des relations employeur-employé ou mandant et mandataire. Dans ce cas, une personne peut être jugée responsable d'une infraction à la loi, même si elle n'a pas une connaissance précise du geste posé. Il suffit qu'elle ait tiré un avantage financier du geste illégal posé. La deuxième notion vise la personne qui « savait ou aurait dû savoir » qu'un acte de contrefaçon a été commis et y a participé de façon importante.

La première décision judiciaire qui ait fait allusion à une responsabilité indirecte, en matière de brevets, est *Wallace c. Holmes*, en 1871⁴³. Le détenteur d'un brevet sur une lampe à l'huile poursuivait une compagnie qui avait mis en marché une pièce, en l'occurrence le brûleur, qui ne pouvait qu'aller dans le modèle de lampe breveté. L'argument en défense consistait à affirmer que la lampe au

40. *Supra*, note 30, p. 63-64.

41. Voir le *Copyright Act*, 17 U.S.C., ss. 106, dont le début est ainsi rédigé : « Subject to sections 107 through 121, the owner of copyright under this title has the exclusive rights to do and to authorize any of the following... ».

42. Voir A. ALLEN, « What's in a Copyright ? The Forgotten Right to Authorize », (2007-8) 9 *Columbia Science & Technology Law Review* 87, 88.

43. 9 Blatchf. 65, 29 F. Cas. 74 (Circuit Court).

complet n'avait pas été produite ni vendue. Il a été rejeté complètement. La cour a dit, parmi ses motifs : « They have done this for the express purpose of assisting, and making profit from assisting, in a gross infringement of the complainants' patent »⁴⁴. Le tribunal a aussi donné l'exemple du cas où le défendeur se serait entendu avec une autre entreprise pour que chacun fabrique une partie de la lampe, les deux pièces devant être utilisées ensemble. Dans ce cas ils devraient être considérés solidairement responsables.

Pour mieux comprendre le sens des décisions américaines, on peut les mettre en opposition avec les arrêts britanniques, où les juges ont exigé une véritable action concertée avant de reconnaître une responsabilité. Par exemple, dans *Townsend c. Haworth*⁴⁵, une compagnie a vendu au défendeur Haworth des produits chimiques protégés par brevet, en lui promettant de l'indemniser si le brevet s'avérait valide. La compagnie savait donc que Haworth allait selon toute probabilité utiliser les produits en contravention du brevet. Le tribunal a néanmoins jugé que la compagnie n'avait pas vendu les produits chimiques dans le but bien arrêté de faire de M. Haworth un contrefacteur. Il aurait fallu que ce dernier soit un mandataire de la compagnie pour être jugé responsable⁴⁶.

La notion de *contributory infringement* a trouvé écho une première fois au niveau de la Cour suprême des États-Unis en 1882 dans *Cotton-tie Co. c. Simmons*⁴⁷. Il s'agissait d'une compagnie qui récupérait des pièces de métal utilisées pour faire des ballots de foin, les « réusinait » et les revendait. La question était de savoir si cela se faisait en contravention des droits du breveté. On a jugé que oui, vu que le défendeur vendait des objets qui servaient à accomplir ce pour quoi le brevet a été accordé. Le tribunal a précisé : « ... although a person who merely makes and sells the buckle or link in each case may be liable for infringing those patents, he is so liable only as he is regarded as doing what he does with the purpose of having the buckle or link combined with a band and used to bale cotton »⁴⁸.

On voit donc que cet élément intentionnel est très important aux yeux du tribunal. Mais comme il est souvent difficile, dans un vrai litige, de faire la preuve de cette action concertée, de cette intention ou ce but de violer la loi, le sort de plusieurs litiges s'est mis à se

44. *Ibid.*

45. (1879), 48 L.J. (N.S.) 770 (Ch.).

46. *Ibid.*, p. 772.

47. 106 U.S. 89.

48. *Ibid.*, p. 95-96.

jouer sur la question de savoir si l'objet en jeu pouvait servir à autre chose que de commettre des violations de la loi. C'est ainsi qu'est apparue la notion si importante de *staple article of commerce*, c'est-à-dire un objet susceptible de se retrouver dans le commerce, qui peut servir autant à des fins légitimes qu'illégitimes. Dans la mesure où on peut prouver qu'un objet ou un appareil est capable de « substantial non-infringing uses », les tribunaux n'en défendront pas la fabrication ni la vente, et ne concluront pas nécessairement à une intention de la part du vendeur que son produit serve à des fins illégales.

La première décision de la Cour suprême à poser ces principes fut *Henry c. A.B. Dick, inc.*⁴⁹. Il s'agissait d'un des premiers appareils mis au point pour reproduire un texte écrit, appelé « mimeograph ». Il était vendu à la condition que l'acheteur s'approvisionne en papier et encre auprès du vendeur seulement. Une compagnie a vendu de l'encre pouvant être utilisée dans ce type d'appareil. À noter cependant que l'encre n'était pas couverte par la revendication du breveté. S'est posée la question de la validité juridique d'une telle clause restrictive du commerce, mais surtout, pour nous, celle de savoir s'il y avait violation du brevet de la part de la compagnie qui a vendu l'encre. La Cour a dit à ce sujet : « ... if the defendants knew of the patent....and then sold her ink or other supplies without which she could not operate the machine, with the intent and purpose that she should use the infringing article by means of the ink supplied by them, they would assist in her infringing use »⁵⁰. Il y aurait alors *contributory infringement*, qui est ainsi défini : « the intentional aiding of one person by another in the unlawful making, or selling, or using of the patented invention »⁵¹. Ce qui n'était pas le cas en l'occurrence. La compagnie défenderesse vendait de l'encre à toute personne qui voulait s'en procurer, sans se soucier particulièrement ni s'enquérir de l'utilisation qui allait en être faite. Ce qui a amené la cour à formuler sa position sur les objets susceptibles d'usages illégaux et légaux. À son avis, la seule vente d'un tel article ne peut faire du vendeur un « contributory infringer ». Car telle règle empêcherait le commerce de se développer. Il faut un élément de plus : « There must be an intent and purpose that the article sold will be so used. Such a presumption arises when the article so sold is only adapted to an infringing use »⁵².

49. 32 S. Ct. 364 (1912), 224 U.S. 1.

50. *Ibid.*, p. 33.

51. *Ibid.*

52. *Ibid.*, p. 48.

En somme, le droit anglais des brevets de l'époque différait du droit américain en ce qu'il ne tenait pas compte du but ou de l'intention du vendeur. En Angleterre, un vendeur évitait toute responsabilité en s'abstenant d'encourager une personne à violer un brevet⁵³. Alors qu'aux États-Unis une personne pouvait être trouvée coupable de violation de la loi même sans action concertée. Le tribunal peut conclure à une responsabilité s'il y a *contributory infringement*. On trouve une intention coupable quand l'objet en cause dans le litige ne peut pas avoir d'utilisations légitimes. Et si le vendeur a l'intention de voir l'acheteur s'en servir pour violer la loi, il est également responsable, même quand l'objet est capable d'utilisations légitimes.

Dans le domaine du droit d'auteur, les premières décisions des tribunaux ont été hésitantes dans les cas où il fallait déterminer si une personne avait l'intention ou l'expectative qu'un objet soit utilisé de façon illégale. Ainsi, dans *Harper c. Shoppell*⁵⁴, le défendeur avait vendu des plaques de métal ayant servi à l'impression du texte d'un journal, sur lesquelles se retrouvait encore une partie du texte, qui a été publié par un journal concurrent. S'est posée la question de sa responsabilité. La Circuit Court a jugé que non, car, selon la preuve, il n'avait pas vendu les plaques dans l'intention ou l'expectative qu'elles soient utilisées illégalement. Mais dans une cause du même nom, décidée quelques mois plus tard⁵⁵, on est arrivé à la conclusion contraire, parce que « ...the defendant knowing at the time of selling the plate that it would be used by the purchaser for printing and publishing in such newspaper the matter copied by defendant ...the defendant... is to be regarded as having sanctioned the appropriation of the plaintiff's copyrighted matter... »⁵⁶.

La Cour suprême s'est penchée sur la notion de *contributory infringement* dans *Kalem c. Harper Brothers*⁵⁷. Ici, les défendeurs avaient fait sans permission un film inspiré du roman Ben Hur. Ils ont ensuite vendu le film à d'autres, pour un certain prix. Ils se sont défendus en alléguant qu'ils n'ont pas présenté ou représenté le film en public. Le tribunal a dit que lorsqu'il est question d'un « ordinary article of commerce », des questions difficiles pourraient se soulever pour déterminer quand il y a responsabilité du vendeur lorsque l'acheteur utilise l'objet illégalement. Mais, dans le cas présent,

53. *Supra*, note 42, p. 95-6.

54. 26 F. 519 (1886).

55. *Harper c. Shoppell*, 28 F. 613 (1886).

56. *Ibid.*, p. 615.

57. 32 S.Ct. 20 (1911).

« The defendant not only expected but invoked by advertisement the use of its film for dramatic reproduction of the story. That was the most conspicuous purpose for which they could be used, and the one for which especially they were made »⁵⁸. On a donc retenu la responsabilité de Kalem. Les éléments cruciaux pour la cour ont été l'intention, qui avait été prouvée, et la publicité.

C'est en 1984, dans la célèbre affaire *Sony*⁵⁹ que la Cour suprême des États-Unis a précisé ses positions sur le concept du *staple article of commerce*. Des studios de films détenteurs de droits d'auteur sur des œuvres diffusées à la télévision ont intenté une poursuite contre la compagnie Sony, qui venait de mettre sur le marché le premier appareil vidéo, appelé Betamax. Ils ont prétendu que les utilisateurs de ces appareils violaient un ou plusieurs de leurs droits, et que Sony était aussi responsable au moins indirectement de ces violations. La cour, dans un jugement partagé, n'a pas retenu de responsabilité à l'égard de Sony. À notre humble avis, il y a deux motifs qu'on peut identifier facilement, qui expliquent la position de la cour. D'abord, les demandeurs ont fait une erreur fatale en demandant une injonction pour empêcher Sony de fabriquer et mettre en vente son appareil⁶⁰. Dans l'histoire des États-Unis, on constate qu'à chaque fois qu'on a voulu étouffer dans l'œuf une nouvelle technologie, qu'il s'agisse de rouleaux perforés pour les pianos, de photocopieuses ou d'appareils capables d'enregistrer le son, cela a été systématiquement rejeté par les tribunaux⁶¹. On voit que dans la philosophie de cette société, il y a cette croyance que la technologie peut améliorer le sort de l'humanité, de sorte qu'on doit lui permettre de se développer. Il pourra cependant y avoir des adaptations appor-

58. *Ibid.*, p. 23.

59. *Sony Corp. of America c. Universal City Studios, Inc.*, 104 S.Ct. 774. On devine qu'une décision d'une telle importance a donné lieu à de nombreux articles dans les revues juridiques. À ce sujet, on pourra consulter, notamment, J.R. MOSTEL, « The Home Videotaping Controversy : Fair Use of Fair Game ? », (1984) 49 *Brooklyn Law Review* et, plus récemment, J.M. MOYE, « How Sony Survived : Peer-To-Peer Software, Grokster, and Contributory Copyright Liability in the Twenty-First Century », (2006) 84 *North Carolina Law Review* 646. Sur le sens du terme « staple », voir M. HELTON, « 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 & Society Problems* 1, 11-12. L'auteur explique que le terme réfère à un bien donc la demande est constante. Le « nonstaple » est un bien qui n'a pas d'utilité sauf en rapport avec un objet breveté, de sorte qu'il ne peut pratiquement jamais être utilisé, seul, légalement.

60. *Ibid.*, p. 776 : « Respondents sought...an injunction against the manufacture and marketing of the VTR's ».

61. Le juge Stevens rappelle cette réalité à la p. 782, dans la note de bas de page 11.

tées aux appareils pour éviter une violation à grande échelle des droits d'auteur. L'autre considération qui ressort de la décision est que les études faites à l'époque sur l'utilisation de ces appareils montraient que les consommateurs s'en servaient essentiellement pour faire du « time shifting », c'est-à-dire enregistrer une émission qui est diffusée trop tard pour eux, ou au moment où ils veulent en regarder une autre, et visionner le contenu de la cassette à un autre moment donné, généralement le lendemain⁶². Il n'est pas surprenant alors que le tribunal ait jugé que l'utilisateur du Betamax était visé par la notion d'utilisation équitable, appelée dans la loi américaine *fair use*.

L'opinion majoritaire de la cour a été écrite par le juge John P. Stevens. Il identifie au début de ses motifs la question à trancher : si la vente du Betamax au grand public viole l'un ou l'autre des droits d'auteur des demandeurs⁶³. Il rappelle ensuite que l'objectif de la loi sur le droit d'auteur est d'établir un équilibre entre les droits des créateurs et ceux du public. La loi reconnaît un monopole limité dans le temps aux créateurs, de façon à les motiver dans leurs activités créatrices. Mais il reste qu'il revient au Congrès de déterminer, en dernière analyse, où se situe cet équilibre⁶⁴. Or, le Congrès n'a jamais prévu un contrôle absolu des créateurs sur la reproduction de leurs œuvres. Elles peuvent être tombées dans le domaine public, ou il peut s'agir d'un cas où l'utilisateur de l'œuvre est visé par la notion d'utilisation équitable.

Le juge aborde ensuite la question de la responsabilité indirecte de Sony. À son avis, il est totalement erroné de prétendre qu'il peut y avoir responsabilité du seul fait de fournir à quelqu'un un appareil pouvant servir à des actes de contrefaçon⁶⁵. D'ailleurs, ici, Sony ne fournissait pas les œuvres pouvant être reproduites. Ce sont les studios de cinéma qui le faisaient, vu leur entente avec des stations de télévision. Sony n'avait pas de contrôle sur les films diffusés à la télévision, ni sur l'utilisation que les usagers vont faire de son appareil, et ne les autorisait certainement pas à poser des gestes illégaux⁶⁶. Il explique ensuite qu'il y a des liens importants entre les concepts utilisés en droit des brevets et en droit d'auteur. Dans les deux domaines, il peut être important, pour protéger adéquatement

62. Rappelons-nous qu'à cette époque ne s'était pas encore développé tout le marché des cassettes vidéo préenregistrées. Le plus que les usagers pouvaient faire était de se faire une collection de leurs émissions préférées.

63. *Supra*, note 59, p. 777.

64. *Ibid.*, p. 782-783.

65. *Ibid.*, p. 786.

66. *Ibid.*

un monopole, d'utiliser la notion de *contributory infringement* pour aller au-delà de l'acte de reproduction d'une chose, et examiner l'objet dont on s'est servi pour accomplir ce geste. C'est ici qu'intervient la notion du *staple article of commerce* : « The staple article of commerce doctrine must strike a balance between a copyright holder's legitimate demand for effective... protection of the statutory monopoly, and the rights of others freely to engage in substantially unrelated areas of commerce. Accordingly, ...the sale of copyright equipment does not constitute contributory infringement if the product is widely used for legitimate, unobjectionable purposes. Indeed, it need merely be capable of substantial noninfringing uses »⁶⁷. En appliquant ce critère, il lui a été facile de conclure que le Betamax était capable d'utilisations parfaitement légitimes. Quant aux consommateurs, ils pouvaient être exonérés par le concept d'utilisation équitable.

Avec le recul du temps, on peut penser que la décision de la Cour suprême dans *Sony* a été relativement facile à rendre, si on se rappelle que Sony ne faisait que vendre ses appareils sans avoir d'autres contacts avec les acheteurs, et sans leur fournir les émissions qu'ils pouvaient enregistrer. L'appareil vidéo pouvait manifestement être utilisé de façon légale. Mais la décision *Grokster*⁶⁸ en 2005 allait présenter beaucoup plus de difficultés. Il s'agissait justement d'une de ces entreprises qui ont lancé un logiciel d'échange de fichiers entre internautes, dit P2P. Elle a été poursuivie par un consortium de maisons de disques et studios de cinéma qui ont plaidé violation de leurs droits d'auteur. Les demandeurs ont réclamé une injonction et des dommages-intérêts. On devine tout de suite qu'un des principaux arguments en défense a été de faire le lien avec *Sony*, et prétendre que leur logiciel était capable d'utilisations tant licites qu'illicites.

67. *Ibid.*, p. 788-789.

68. *Metro-Goldwyn-Mayer Studios c. Grokster Ltd.*, 125 S.Ct. 2764, 545 U.S. 913 (2005). Cette décision a aussi donné lieu, on le devine, à une pléthore d'analyses et de commentaires. On pourra consulter, notamment, les textes suivants : « Interpreting Grokster : Limits on the Scope of Secondary Liability for Copyright Infringement », (2006) *Stanford Technology Law Review* 3 ; G.W. AUSTIN, « Importing Kazaa-Exporting Grokster », (2006) 22 *Santa Clara Computer & High Technology Law Journal* 577 ; M.S. OPPENHEIMER, « Yours for Keeps : MGM c. Grokster », (2005) 23 *John Marshall Journal of Computer & Information Law* 209. Il y a eu, avant la décision *Grokster*, d'autres litiges pertinents à notre sujet, que nous avons choisi de ne pas traiter. Par exemple, l'affaire *In re : Aims-ter Copyright Litigation* (334 F. 3d 643 (2003)) qui est allée jusqu'en Cour d'appel. C'est que toutes les questions qui y ont été soulevées ont été traitées par la Cour suprême dans *Grokster*.

La cour a rendu une décision unanime, sous la plume du juge Souter⁶⁹. En un sens, la question à trancher n'a pas présenté autant de difficultés que ce qui aurait pu être le cas, vu les circonstances particulières de cette affaire. D'abord, la preuve avait montré que les logiciels en jeu, tels *Gnutella* et *Morpheus*, servaient à plus de 90 % à télécharger des chansons illégalement, et que les échanges se faisaient massivement. Au moment de la décision, environ 100 millions de chansons avaient été téléchargées, et le rythme des échanges de fichiers se chiffrait à plus d'un milliard par mois ! Ce qui a fait dire au juge : « ...the probable scope of copyright infringement is staggering »⁷⁰. Mais l'élément le plus significatif était que les compagnies défenderesses avaient presque tout fait en leur pouvoir pour inciter les internautes à se servir de leur logiciel pour violer la loi. C'était leur objectif avoué. C'est ce qui a permis au juge Souter d'identifier la question à trancher et rendre l'essentiel de ses motifs dès les deux premières phrases de la décision : « The question is under what circumstances the distributor of a product capable of both lawful and unlawful use is liable for acts of copyright infringement by third parties using the product. 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 »⁷¹.

Il explique que l'objet du litige est de trouver le point d'équilibre entre les deux valeurs suivantes : l'encouragement des créateurs en protégeant leurs droits d'auteur, et la protection et même la promotion de nouvelles technologies de communications, tout en limitant leur impact au niveau des infractions à la loi⁷². À son avis, il s'agissait ici d'un cas clair où il fallait aller au-delà des violations directes à la loi, si on veut protéger adéquatement les droits d'auteur. Il formule ensuite ainsi la définition des concepts de *contributory* et *vicarious infringement* : « One infringes contributorily by intentionally inducing or encouraging direct infringement, and infringes vicariously by profiting from direct infringement while declining to exercise a right to stop or limit it »⁷³. En l'occurrence,

69. La décision a été unanime quant au résultat, mais deux autres juges, M^{me} Ginsburg et M. Breyer, ont écrit leurs propres motifs.

70. *Ibid.* Il dit plus loin : « ...there is evidence of infringement on a gigantic scale... » (p. 2782).

71. *Ibid.*, p. 2770.

72. *Ibid.*, p. 2775.

73. *Ibid.*, p. 2776. Disons que la notion du « contributory infringement » dans le domaine du droit d'auteur a pris sa forme actuelle dans une décision de 1971 (*Gershwin Publ. Corp. c. Columbia Artists Management Inc.* (443 F2d 1159

comme la cour a jugé qu'il y a eu *contributory infringement*, elle n'a pas eu à se prononcer à savoir s'il y avait responsabilité sous l'autre chef.

Quant au *staple article of commerce*, notion qui fut si importante dans *Sony*, on fit les distinctions suivantes. Il est vrai que lorsqu'un objet peut servir à des fins légitimes, on ne peut imputer de responsabilité au fabricant ou vendeur en se basant uniquement sur les fonctions d'un appareil ou la façon dont il a été mis en marché. Ces éléments ne sont pas suffisants, en soi, pour démontrer une intention coupable. On n'a qu'à penser aux appareils à photocopier. Cependant, une intention coupable, selon ce qui a été dit dans *Sony*, peut être inférée lorsque la preuve va au-delà des caractéristiques d'un appareil ou la connaissance du fait qu'il puisse être utilisé illégalement, ou même de violations effectivement commises. Lorsque la preuve montre des énoncés ou des actions qui cherchent directement à promouvoir des violations de la loi⁷⁴, la règle du *staple article of commerce* n'empêchera pas une conclusion de responsabilité. Car alors s'applique une autre notion venant du droit des brevets, celle d'*inducement*. Cette règle fait reposer la responsabilité d'une personne sur ses propos ou sa conduite clairement coupables, et ne compromet pas les utilisations légitimes des nouveaux appareils, et ne décourage pas l'innovation⁷⁵.

Il ajoute que la théorie de l'*inducement* requiert évidemment une preuve qu'il y a effectivement eu violation de la loi par les utilisateurs de l'appareil en question. Tous les éléments pour faire conclure à une responsabilité étaient ici réunis. Trois choses ont permis de constater que les compagnies Grokster et StreamCast ont clairement affiché des motifs illégitimes. D'abord, chaque compagnie voulait prendre la relève du site de Napster, après que les tribunaux en eurent ordonné la fermeture. En second lieu, aucune d'elle n'a fait le moindre effort pour mettre en place des filtres qui auraient permis de détecter les pires cas de fraude. Enfin, leurs logiciels n'étaient pas vendus. Les compagnies tiraient leurs revenus en fonction du

(1971)) dans une affaire classique où on s'est demandé si le promoteur d'un concert devait être tenu responsable du fait que l'orchestre avait joué certaines pièces illégalement. Il a été trouvé coupable tant en vertu de la *contributory* que de la *vicarious liability*.

74. *Ibid.*, p. 2779. La phrase est ainsi libellée : « Thus, 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 ».

75. *Ibid.*, p. 2780.

nombre d'utilisateurs des logiciels. D'où leur intérêt à voir ce nombre augmenter sans cesse. Quant à la preuve que des internautes se servaient des logiciels pour s'échanger illégalement des fichiers musicaux, elle avait été faite de façon éclatante.

On peut, après cette décision, tenter de résumer ainsi l'état du droit aux États-Unis sur le sujet qui nous intéresse. Il y a responsabilité indirecte dans l'une des deux hypothèses suivantes. Il y a d'abord le cas où existe une relation juridique forte entre deux personnes, généralement de type employeur et employé, ou mandant et mandataire. Dans ce cas on applique la règle selon laquelle la faute du subalterne est la faute du maître. Mais l'élément le plus important ici est le contrôle d'une personne sur les agissements d'une autre, le non exercice de son droit de stopper l'activité illégale, et le gain financier qu'elle tire de l'acte de contrefaçon. On parle alors de *vicarious liability*. Ensuite, il y a la notion de *contributory infringement*. C'est le cas où une personne en encourage ou en induit une autre à violer la loi, et donc participe activement à l'activité qu'elle sait illégale. Ici aussi on admet qu'à la limite, une ignorance intentionnelle du geste posé par une autre personne peut constituer une forme de sanction à l'égard de gestes fautifs. Il y a enfin le cas où, comme dans *Grokster*, la personne qui viole directement la loi et celle accusée de violation indirecte ne se connaissent pas. Mais on peut tout de même dire que cette dernière l'a induite à agir illégalement, par des propos ou des gestes qui vont clairement en ce sens. Il semble donc assez clair que l'exigence de la connaissance soit obligatoire dans les cas de *contributory infringement* et d'*inducement*. Elle ne l'est pas seulement dans les cas de responsabilité du fait d'autrui (*vicarious liability*).

Ceci dit, on se doit de constater que toutes les questions ne sont pas résolues. Dans *Grokster*, la Cour suprême a pu régler assez facilement l'affaire par l'application de la notion de l'*inducement*. Mais qu'en aurait-il été dans un cas où cette notion n'aurait pas joué ? Le tribunal n'a pas eu carrément à se prononcer à savoir si le logiciel était capable de « substantial non infringing uses » et, si oui, quel est le degré de responsabilité des entreprises qui mettent au point ces logiciels ? Doivent-elles avoir connaissance d'actes spécifiques de contrefaçon, ou peut-on parler de connaissance qui se déduit de leur comportement ? C'est pourtant ce qui est en jeu pour la nouvelle génération des logiciels de type P2P, comme *Bittorrent*, qui se caractérisent par l'absence d'un serveur central, où les fichiers peuvent être téléchargés en partie de l'ordinateur d'un internaute et en

partie d'un autre⁷⁶ et qui ne sont pas annoncés comme moyen de contourner la loi. Ici la théorie du *staple article of commerce* va nécessairement jouer, mais il est difficile de déterminer exactement de quelle façon. Certains objets, comme des caméras numériques, des appareils pour enregistrer le son ou des appareils vidéo numériques, peuvent clairement servir à des fins légitimes. De même pour certains logiciels, comme un traitement de texte. Mais d'autres, comme les logiciels d'échanges de fichiers, sont plus difficiles à catégoriser. Il est vrai qu'ils peuvent parfaitement servir à des fins légitimes, mais d'autre part leur grande popularité vient du fait qu'ils servent aux internautes qui s'échangent allègrement musique, films, vidéos, photos, etc., objets souvent protégés par le droit d'auteur⁷⁷. Ici on ne peut certes pas dire que *Bittorrent* et les utilisateurs du logiciel sont en relation juridique du genre maître et employé. Et on ne peut parler de *inducement theory* comme dans *Grokster*, car la compagnie n'annonce pas son produit comme particulièrement destiné à des fins illégales. Reste alors la notion de *contributory infringement*. Ici, la preuve doit aller au-delà des caractéristiques du logiciel et de sa mise en marché. Il faudrait montrer que la compagnie, de façon délibérée, encourage ou induit les utilisateurs à commettre une violation directe de la loi, qu'elle contribue de façon importante à la contrefaçon. Il n'est pas suffisant qu'elle ait une connaissance théorique que son logiciel peut être utilisé pour violer la loi. Il faudrait donc déterminer jusqu'à quel point la compagnie sait que la popularité de son logiciel est attribuable au fait qu'il est utilisé à des fins illégitimes.

Quoi qu'il en soit, cette problématique n'a pas encore été tranchée par les tribunaux. Et il reste que même si des poursuivants avaient gain de cause, ils ne pourraient en obtenir plus que dans *Grokster*, c'est-à-dire la condamnation de la compagnie qui a lancé le logiciel. Mais le logiciel lui-même pourra continuer à être utilisé. On estime d'ailleurs qu'en 2006 déjà, 10 millions d'internautes américains utilisaient ces logiciels d'échange de fichiers de type P2P, et qu'en tout moment du jour 6 millions le faisaient en même temps⁷⁸ ! On peut même dire que certaines affirmations faites dans *Grokster* encouragent les compagnies à lancer sur le marché ces nouveaux logiciels, car la cour y a dit qu'elle ne voulait pas décourager les compagnies de haute technologie qui sont impliquées dans un commerce

76. Voir M. HELTON, *supra*, note 59, où est bien expliqué le fonctionnement de ces logiciels. Voir aux p. 19 à 24.

77. À noter que dans *Sony* le tribunal s'était bien gardé de préciser « ...the question of how much use is commercially significant ». Voir *supra*, note 59, p. 789.

78. Voir J.H. MOYE, *supra*, note 59, p. 682.

légitime et que, à moins d'une preuve d'intention malveillante, il n'était pas question d'imposer une responsabilité seulement parce qu'on ne pose pas de gestes particuliers pour empêcher la contrefaçon, pourvu toujours que le produit en question soit capable de « substantial non-infringing uses »⁷⁹.

4. En Angleterre

Nous avons vu plus tôt un certain nombre de décisions de tribunaux britanniques concernant la responsabilité de propriétaires ou gérants de salles de divertissement où des représentations ont eu lieu sans que tous les droits d'auteur soient acquittés. Nous allons maintenant examiner la jurisprudence plus récente, relative à la responsabilité de fabricants d'appareils et de propriétaires de magasins de disques. Deux décisions méritent une attention particulière : les affaires *Ames Records*⁸⁰ et *Amstrad*⁸¹.

Dans la décision *Ames*, la poursuite a été intentée par des maisons de disques contre un propriétaire d'une douzaine de commerces dans le nord de l'Angleterre, où il vendait notamment des disques. CBS en avait contre le fait qu'en plus d'offrir en vente les disques, il a lancé une espèce de « club » de prêt de disques aux clients. Les personnes intéressées payaient une somme de 5£ pour devenir membres, puis acquittaient un certain montant pour l'emprunt de chaque disque, avec un maximum permis par semaine, et des frais pour le retour d'un disque endommagé.

Il est important de noter que le juge Whitford, qui a rendu la décision, a consacré presque la moitié de ses motifs à l'étude des faits, où il a conclu que le défendeur, M. Philip Ames, était un commerçant tout ce qu'il y a de plus honnête⁸². Celui-ci s'était rendu compte que le pays souffrait d'une récession, ce qui faisait que la vente des disques dans ses magasins en souffrait. Pour conserver sa clientèle, il a décidé d'offrir un service semblable à celui d'une bibliothèque publique. Il n'a pas lancé ce service dans le but de profiter financièrement des enregistrements de disques que les clients pouvaient faire à la maison. Il avait d'ailleurs fait apposer sur les pochettes des disques des avertissements, pour répondre aux criti-

79. Voir *Grokster*, précité, note 68, p. 2780.0.

80. *C.B.S. Inc. c. Ames Records & Tapes Ltd.*, [1982] 1 Ch. 91.

81. *C.B.S. Songs Ltd. c. Amstrad Consumer Electronics Plc.*, [1988] R.P.C. 567.

82. *Supra*, note 80, p. 103 : « He was... a frank and fair witness ».

ques des demanderesses, mettant en garde les clients contre la copie illégale de disques. Les nouveaux clients devaient signer un formulaire où apparaissait un avertissement semblable. Le juge Whitford a conclu, compte tenu de cette situation, que M. Ames « ...at no time... expressly sanctioned, approved or encouraged home taping »⁸³. M. Ames a reconnu qu'il savait ou qu'il devrait savoir qu'un certain nombre de clients en profiteraient pour faire leur propre enregistrement sur cassette des disques loués, mais, à ses yeux, cela ne faisait pas de lui un contrefacteur. D'ailleurs, il a été mis en preuve que le nombre de cassettes vierges vendues à l'époque n'avait pas beaucoup augmenté.

La première question à résoudre était de savoir si, en exploitant un commerce de location de disques, M. Ames « autorisait », au moins indirectement, les clients à fabriquer un nouvel exemplaire des disques. À l'époque, la notion d'autorisation était traitée à l'article 1 de la loi de 1956 sur le droit d'auteur. Il était ainsi formulé : « ... the copyright in a work is infringed by any person who, not being the owner of the copyright, ... does or authorises another person to do any of the said acts in relation to the work... »⁸⁴. Selon le tribunal, il était quasi évident que ce ne pouvait être le cas, puisque ni M. Ames ni ses employés n'avaient de pouvoir direct sur le comportement des clients⁸⁵. Un acte n'est pas autorisé au sens de la loi lorsque quelqu'un rend une chose possible ou même la facilite. Selon le juge, la faiblesse de l'argument des demandeurs vient du fait qu'ils ne trouvent pas dans le domaine de la concurrence déloyale le remède recherché, de sorte qu'ils veulent étendre le sens de mots dans la loi sur le droit d'auteur pour leur faire dire autre chose que ce que le législateur y a mis⁸⁶. Le tribunal a trouvé aussi que M. Ames était exonéré pour la période pendant laquelle il n'y avait pas de mise en garde sur les pochettes de disques. Se référant aux arrêts tels que *Falcon c. Famous Players* et *Ciryl Theatrical Syndicate*, le juge Whitford rappelle que la notion d'autorisation signifie « sanction, approve and countenance », ce qui n'était pas le cas ici. Le juge a ensuite fait allusion à la décision *Vigneux*, où le Conseil privé n'a pas jugé que *Vigneux* autorisait les clients à violer la loi du fait de l'installation de « juke-box » dans des restaurants. Notons ici, en passant, que les tribunaux australiens, comme on le verra bientôt, n'ont pas accepté cette façon de voir les choses. Ils se sont dissociés de ce qui a été dit

83. *Ibid.*

84. *Copyright and Design Act*, 4 & 5 Eliz II, c. 74, art. 1(1).

85. *Ibid.*, p. 106 : « Any ordinary person would, I think, assume that an authorization can only come from somebody having or purporting to have authority... ».

86. *Ibid.*

dans *Vigneux*⁸⁷ et, dans l'affaire *Moorhouse*⁸⁸, ont conclu à la responsabilité d'une bibliothèque d'université à l'égard des photocopies illégales faites par les usagers. Mais dans *Ames*, on a estimé que pour que le propriétaire des magasins soit responsable, il aurait fallu qu'il installe dans ses établissements de l'équipement pour permettre la copie d'un disque, que les clients pourraient utiliser moyennant certains frais⁸⁹.

On comprend donc de cette décision que pour « autoriser » légalement, en droit britannique, il faut qu'il y ait un lien juridique fort entre la personne qui accomplit le geste de contrefaçon, et celle qui l'y incite ou y consent. Car le tribunal laisse bien entendre qu'il fallait que M. Aimes ait eu le pouvoir légal de donner cette autorisation. Ce qui implique qu'il aurait fallu une relation de type maître et commettant ou mandant et mandataire. Dans ce contexte, on ne pourrait conclure à une responsabilité même si quelqu'un « savait ou devait savoir » qu'une autre personne viole la loi. Ce seul élément ne suffirait pas.

L'autre décision d'importance est l'affaire *Amstrad*, rendue en 1988. Les appelants, dont la British Phonographic Industry, ont pris action contre une entreprise qui fabriquait et commercialisait un appareil radio muni de deux fentes pour recevoir des cassettes. Ce qui permettait non seulement l'enregistrement de pièces jouées à la radio, mais la copie de n'importe quelle cassette préenregistrée. Ils ont prétendu qu'il était illégal pour Amstrad de mettre en marché un appareil dont les consommateurs allaient se servir pour reproduire illégalement des pièces musicales et, subsidiairement, qu'Amstrad ne devait pas publiciser son appareil de façon à encourager la copie. Le jugement de la House of Lords a été unanime, et rendu sous la plume du juge Templeman.

La décision a été rendue en vertu de la loi de 1956. Elle prévoyait à l'article 1, on l'a mentionné, les droits exclusifs des créateurs, dont celui de reproduire leur œuvre, et le droit d'autoriser d'autres personnes à accomplir les gestes qui leur sont réservés. L'article 14, pour sa part, prévoyait l'exemption relative à la copie privée.

87. *Winstone c. Wurlitzer Automatic Phonograph Co. of Australia Ltd.*, [1946] V.L.R. 338.

88. *Moorhouse et al. c. University of New South Wales*, [1975] R.P.C. 454.

89. *Supra*, note 80, p. 112.

Le juge Templeman a d'abord fait un survol de l'évolution de la technologie permettant de reproduire des œuvres musicales. Les appareils modernes permettent au consommateur tant d'enregistrer la musique jouée à la radio, que de transférer le contenu d'un disque de vinyle sur une cassette, de multiplier les exemplaires d'une cassette, etc. Ce faisant, il mentionne que ces appareils peuvent autant être utilisés en toute légalité que pour commettre des actes de contrefaçon⁹⁰.

Dans ce litige, les demandeurs ont réclamé initialement une injonction pour empêcher Amstrad d'offrir en vente le nouvel appareil sans avoir pris les précautions, au niveau de ses caractéristiques techniques, pour s'assurer que leurs droits d'auteur soient respectés. En fait, ils ne voulaient tout simplement pas que l'appareil puisse enregistrer de la musique. Subsidiairement, ils ont cherché à empêcher que l'appareil soit doté d'un mécanisme permettant de transférer à haute vitesse le contenu d'une cassette sur une autre⁹¹. Le juge a rejeté ces premières prétentions en rappelant que les seuls droits exclusifs des demandeurs sont ceux de reproduire leurs œuvres, ou d'autoriser quelqu'un d'autre à le faire à leur place. Mais, de dire le juge, il n'existe rien dans la loi, ni en noir et blanc ni de façon implicite, qui interdise la mise au point et la vente d'un appareil capable d'utilisations légales ou illégales⁹². On prétend ici qu'Amstrad autorise les consommateurs à reproduire des œuvres protégées, compte tenu des caractéristiques de l'appareil. Cependant, « No manufacturer and no machine confers on the purchaser authority to copy unlawfully. The purchaser or other operator of the recorder determines whether he shall copy and what he shall copy. By selling the recorder Amstrad may facilitate copying in breach of copyright but does not authorise it »⁹³. On constate donc encore qu'il aurait fallu un lien plus direct entre le manufacturier ou le détaillant de l'appareil et le consommateur pour qu'on puisse conclure à une autorisation au sens du droit anglais.

Le second argument d'Amstrad était que la publicité pour l'appareil équivalait à une autorisation à commettre des actes de contrefaçon, en insistant trop sur les capacités de l'appareil à reproduire des pièces musicales. La cour a trouvé que cela n'était pas conforme à la réalité. Au contraire, certains passages du texte de la

90. Voir *supra*, note 81, p. 490 : « These recording facilities may be used for lawful or unlawful purposes ».

91. *Ibid.*, p. 491.

92. *Ibid.*, p. 491-492.

93. *Ibid.*, p. 492.

publicité mettaient les consommateurs en garde à l'égard des droits d'auteur. La publicité pouvait prêter flanc à la critique à certains égards mais il reste, selon le juge, que seul l'utilisateur de l'appareil décidait de la façon de s'en servir. Il ne pouvait pas raisonnablement déduire de la publicité, ni des caractéristiques de l'appareil, qu'Amstrad avait le pouvoir ou prétendait avoir le pouvoir de l'autoriser à enregistrer tout ce qu'il voulait⁹⁴. En somme, dans la *Loi sur le droit d'auteur*, la notion d'autorisation « ... means a grant or purported grant, which may be express or implied, of the right to do the act complained of. Amstrad conferred on the purchaser the power to copy but did not grant or purport to grant the right to copy »⁹⁵.

Le dernier argument des plaignants était qu'à tout le moins, Amstrad était coresponsable⁹⁶, avec les utilisateurs des appareils, des infractions commises à la loi. Ceci fut aussi rejeté, toujours au motif qu'une fois un appareil vendu, Amstrad n'avait plus de contrôle sur son utilisation. Or, pour parler de responsabilité solidaire, il faut ceci : « Persons are said to be joint tortfeasors when their respective shares in the commission of the tort are done in furtherance of a common design »⁹⁷. Ici on ne pouvait dire que les personnes agissaient de concert, ni qu'elles avaient un but commun.

Il faut enfin dire quelques mots de la loi actuelle, adoptée en 1988⁹⁸. On constate d'abord, sans se surprendre, de grandes similitudes avec la loi canadienne. La notion d'autorisation se trouve maintenant au paragraphe 16(2) de cette loi, et l'article 25 correspond à « notre » paragraphe 27(5), sur la responsabilité des propriétaires de lieux de divertissement quant aux œuvres jouées. Le critère retenu est ainsi formulé : c'est la personne qui a donné la permission quant à l'utilisation du local qui est responsable, à moins qu'elle montre qu'au moment où la permission fut donnée, elle « believed on reasonable ground that the performance would not infringe copyright ». Il ne suffit donc pas qu'il y ait permission d'utiliser un local. Il faut qu'il y ait permission d'utiliser un local pour telle « performance ». Et il n'y aura pas de responsabilité si les pièces musicales jouées sont laissées à la discrétion du locataire de la salle ou du chef d'orchestre et que le locateur ou propriétaire ne sait pas, en fait, ce qui sera joué⁹⁹. Il y a

94. *Ibid.*

95. *Ibid.*, p. 493.

96. Il s'agit du concept « joint infringer ».

97. *Ibid.*, p. 495.

98. *Copyright, Designs and Patents Act, 1988*.

99. Voir *Copinger and Skone James On Copyright*, 14^e éd., London, Sweet & Maxwell, 1999, par. 8-21.

deux autres dispositions notables, relatives à la notion de *secondary infringement*. Mais, dans les deux cas, on voit que le critère de responsabilité retenu est le même et ne risque pas beaucoup, à notre humble avis, de changer l'état du droit que nous venons de voir. L'article 23 interdit la possession et la vente d'un objet qui est le résultat d'un acte de contrefaçon. Il est ainsi libellé : « ...an article which is, and which he knows or has reason to believe is, an infringing copy of the work ». On voit que la loi n'exige pas que les deux contrevenants à la loi aient agi de concert. Il n'est pas obligatoire qu'il y ait eu « autorisation » donnée par une personne à l'autre. L'article 24 est plus pertinent pour nous, car il traite du fait de fournir un appareil permettant la fabrication d'objets contrefaits. Le premier paragraphe interdit la fabrication, la possession et la vente de tout appareil « specifically designed or adapted for making copies of that work, knowing or having reason to believe that it is to be used to make infringing copies ». Cela ne permet pas de trancher clairement le cas des logiciels d'échanges de fichiers. À notre avis, compte tenu de ce qu'en dit la doctrine, ces logiciels ne sont pas visés par les mots « specifically designed or adapted »¹⁰⁰.

Par contre, pour ce qui est des internautes, des articles de la loi permettent aux compagnies de disques de les poursuivre sans devoir s'embarrasser de la notion d'autorisation. Ainsi, dans *Polydor c. Brown*¹⁰¹, on a poursuivi un dénommé Bowles qui utilisait depuis une période d'une année un logiciel d'échange de fichiers de type P2P par lequel il rendait disponible aux internautes environ 400 fichiers audio. Il a été jugé coupable d'avoir enfreint l'alinéa 16(1d) et l'article 20 de la loi. L'alinéa 16(1d) prévoit que le fait de communiquer une œuvre au public est un des droits exclusifs du détenteur du droit d'auteur. L'article 20 est à l'effet que l'expression « communiquer au public » comprend une transmission électronique, et aussi « the making available to the public of the work by electronic transmission in such a way that members of the public may access it from a place and a time individually chosen by them ». Selon le tribunal, l'infraction est constituée par le seul fait de se connecter au réseau internet lorsque son ordinateur utilise un logiciel d'échange de fichiers, comprenant des fichiers musicaux. Car alors la loi ne permet pas de moyen de défense. On n'a pas à se demander si la personne « savait ou devrait savoir » que ce qu'elle fait enfreint la loi.

100. Copinger et Skone James écrivent que cette disposition vise des choses comme le négatif d'une photo, un moule pour une sculpture et un « master recording ». Voir note 99, par. 8-17.

101. [2005] EWHC 3191 (Ch.).

Il en a été de même dans *Sony Music*¹⁰², sauf que ce ne sont pas les internautes qui ont été poursuivis et reconnus coupables. Le défendeur opérait un café internet sous le nom *Easyinternetcafe*, où les clients pouvaient télécharger des chansons à partir du réseau internet et les placer temporairement sur le disque dur de l'ordinateur de l'entreprise. Les employés du café utilisaient ensuite un graveur de cd, ce dont les ordinateurs personnels n'étaient pas tous pourvus à l'époque, pour transférer sur un disque compact les chansons du client, qu'il emportait chez lui. Ici on a jugé qu'il y avait infraction aux articles 17 et 18 de la loi. Le premier est à l'effet que le terme « copy » vise la reproduction de l'œuvre sous une forme matérielle quelconque et le second prévoit qu'est un acte réservé au détenteur du droit d'auteur le fait d'offrir au public des copies de l'œuvre. C'est ce qu'on appelle au Canada la « publication de l'œuvre ». Le moyen de défense principal avancé était que les employés du café internet ne connaissaient pas du tout le contenu de ce qu'ils reproduisaient. On a voulu faire une analogie avec le cas où une personne envoie à une autre par courriel un texte protégé par la loi. La reproduction est techniquement faite par l'appareil du destinataire, mais seul serait responsable celui qui envoie le texte, vu que le récipiendaire n'a fait que fournir la machine qui a effectué la reproduction. Cela a été complètement rejeté¹⁰³. C'est que l'infraction commise en est une de responsabilité stricte, la défense d'ignorance de la loi n'étant pas permise. De plus, l'ignorance du contenu des fichiers par les employés était quelque chose de volontaire, et leur travail était accompli dans un but de gain financier. Accepter le moyen de défense présenté signifierait accepter une défense de *mens rea*, ce qui n'est pas possible pour l'infraction en jeu. Dans l'état du droit britannique, même un opérateur d'appareil à reproduire du texte qui serait aveugle doit prendre des précautions pour savoir si ce qu'il reproduit est protégé par la loi ! Enfin, le café internet ne pouvait plaider la défense de copie pour usage privé, parce qu'il agissait dans un but de gain : l'objectif était de vendre au coût de 5 livres un disque compact rempli de chansons¹⁰⁴. Il reste tout de même que cette décision, pour intéressante qu'elle soit, ne traite pas des logiciels d'échange de fichiers sur le réseau internet. Il s'agissait, au fond, simplement de la responsabilité d'employés qui accomplissaient un travail à la place d'un internaute¹⁰⁵.

102. *Sony Music Entertainment Ltd. c. Easyinternetcafe Ltd.*, [2003] EWHC 62 (Ch.), (2003).

103. *Ibid.*, par. 33 à 36.

104. *Ibid.*, par. 41. Le juge dit d'ailleurs qu'aucune preuve n'a été présentée pour soutenir cette prétention.

105. On peut faire le lien avec la décision américaine *Elektra Records c. GEM Electronic Distributors Inc.*, 360 F.Supp. 821 (1973), où le défendeur opérait un

5. En Australie

En Australie, la jurisprudence s'est démarquée tôt de celle des autres pays de *common law* en ce qui concerne la notion d'autorisation. Nous n'allons pas faire une longue recension des cas qui ont étudié la problématique des propriétaires de salles d'amusement, parce qu'elles ne nous semblent pas présenter d'intérêt particulier. En ce qui concerne les décisions plus anciennes, nous allons nous référer à une seule, pour illustrer ce qui caractérise la jurisprudence de ce pays. Il s'agit de l'affaire *Winstone*¹⁰⁶, à laquelle nous avons fait allusion. Les faits étaient virtuellement identiques à ceux dans la décision *Vigneux*. Il s'agissait de déterminer la responsabilité d'une entreprise qui installait des « juke-box » dans des restaurants et fournissait les disques que les clients pouvaient faire jouer. Le tribunal australien est arrivé à une conclusion opposée à celle du Comité judiciaire du Conseil privé, pour plusieurs motifs. D'abord, on a dit que la position du Conseil privé sur la question de l'autorisation n'était qu'un *obiter*. Puis, que la question de savoir si une autorisation a été donnée d'une personne à une autre était principalement une question de fait. Or les faits différaient ici de l'affaire *Vigneux* sur trois points. Dans *Winstone*, le montant chargé au restaurateur n'était pas fixe. Les profits étaient partagés entre le restaurateur et le fournisseur de matériel, de sorte que ce dernier avait un motif supplémentaire de voir ses appareils utilisés davantage. De plus, il semblait que les appareils avaient été installés pour faire des profits par eux-mêmes, plutôt que pour attirer la clientèle dans le restaurant, comme dans *Vigneux*. Les appareils constituaient alors une sorte de co-entreprise entre le restaurateur et le propriétaire de l'appareil. Enfin, dans *Winstone*, le propriétaire des « juke-box » aurait pris une part plus active dans le choix des disques à placer dans les appareils¹⁰⁷.

commerce où il avait mis à la disposition des clients un appareil appelé « Make-A-Tape », permettant la reproduction en quelques minutes de la musique enregistrée sur une cassette à 8 pistes sur un ruban vierge. Le client se procurait ainsi pour une somme de 1,50 \$ une copie parfaite d'une cassette qui coûtait normalement 6 \$. Vu le rôle joué par les employés, qui assistaient en tout temps les clients, il fut facile de décider qu'il y avait infraction au droit exclusif de reproduire des exemplaires des œuvres. La cour n'a pas eu à élaborer davantage ses motifs.

106. *Winstone c. Wurtlizer Automatic Phonograph co. of Australia*, [1946] VLR 338. Il peut paraître surprenant qu'on s'arrête à une décision d'un tribunal de première instance (Supreme Court of Victoria), qui s'est écartée d'une décision du Conseil privé, mais cet arrêt nous indique déjà la direction que va prendre la jurisprudence ultérieure.

107. Qu'on nous permette de dire humblement que cette décision nous apparaît totalement erronée. Il est inexact de dire que dans *Vigneux* la question de

Nous allons maintenant nous en tenir aux décisions plus importantes et plus récentes, vu les modifications apportées à la loi. Il y a trois arrêts qui méritent particulièrement notre attention.

Le premier est la « célèbre » affaire *Moorhouse*¹⁰⁸, rendue en 1974, qui n'a pas été contredite depuis en Australie, mais dont les tribunaux anglais et canadiens se sont distanciés. Il s'agissait d'une cause-type, par laquelle la Australian Copyright Council voulait faire déterminer la légalité des appareils à photocopier dont les bibliothèques des universités commençaient à se doter. Ces appareils étaient actionnés par des pièces de monnaie, et, comme on le devine, le personnel de la bibliothèque n'exerçait pas de surveillance particulière sur leur utilisation. On a demandé à un étudiant gradué de photocopier quelques chapitres dans un volume, mais c'est l'Université de la Nouvelle-Galles du Sud qui a été poursuivie, au motif qu'elle l'avait « autorisé » à agir comme il a fait.

Comme l'écrit le juge Gibbs, qui a rendu les motifs les plus élaborés, on ne peut prétendre que l'étudiant, Paul Brennan, était un employé de l'Université, ni qu'il agissait pour le compte de la bibliothèque. On ne pouvait donc pas parler de responsabilité du fait d'autrui. L'Université ne pouvait être trouvée coupable que si on concluait que ses agissements équivalaient légalement à une autorisation¹⁰⁹. Le juge rappelle ensuite les principes émis dans la jurisprudence anglaise ou australienne sur la notion d'autorisation. D'abord, cette notion a le sens du dictionnaire, c'est-à-dire « sanction, approve, countenance ». Elle peut aussi signifier « permettre ». Pour qu'une personne soit considérée autoriser une infraction, il faut qu'elle ait le pouvoir d'empêcher le geste en question. Et pour qu'il y ait autorisation, il n'est pas nécessaire qu'une permission expresse ou formelle soit donnée. Elle peut être implicite. Mais la notion d'autorisation dénote une attitude mentale. On ne peut donc déduire du seul fait de l'inaction d'une personne qu'elle a autorisé quelque

l'autorisation était une question secondaire, et il est inexact de prétendre que c'est uniquement une question de fait. Quant aux différences factuelles que la cour a vues avec l'affaire *Vigneux*, elles nous semblent véritablement non pertinentes. Il nous apparaît plutôt qu'il s'agit d'un cas clair où une cour ne pouvait formellement aller à l'encontre d'une décision du Conseil privé, mais comme le juge ne voulait pas la suivre, il a fait du « distinguishing ».

108. *University of New South Wales c. Moorhouse et al.*, (1974-5) 133 Commonwealth L.R. 1. Pour un commentaire, voir M. JACKSON et M. SHELLY, « Black Hats and White Hats : Authorisation of Copyright Infringement in Australia and the United States », (2006) 14 *International Journal of Law and Information Technology* 28.

109. *Ibid.*, p. 11.

chose, si elle ne savait pas et n'avait pas de motif de soupçonner que tel geste serait posé¹¹⁰. Cependant, à la limite, l'inaction, ou l'indifférence, démontrées par des gestes de commission ou d'omission peuvent être interprétées comme une forme d'autorisation.

Le juge Gibbs s'écarte cependant ensuite nettement de la jurisprudence dominante¹¹¹. On a vu qu'au Canada, aux États-Unis et en Angleterre, le seul fait de mettre à la disposition d'une personne un appareil qui peut être utilisé à des fins légitimes ou illégitimes n'entraîne pas de responsabilité. Or, de l'avis du juge Gibbs, celui qui a sous son contrôle un appareil dont il sait ou soupçonne qu'il peut être utilisé illégalement, et le met à la disposition du public, doit obligatoirement poser des gestes pour s'assurer que l'appareil serve à des fins légitimes. Sinon il sera considéré avoir « autorisé » une violation de la loi. Dans le cas soumis, il est certain que l'Université devait soupçonner qu'un certain nombre de personnes pourraient se servir illégalement des appareils. Elle devait alors prendre certaines mesures pour éviter cette situation, vu qu'elle exerçait un contrôle tant sur les livres que sur les appareils à photocopier¹¹². Notons que le juge a estimé qu'il aurait peut-être été suffisant pour l'Université de placer bien à la vue à côté des appareils un avis à l'effet qu'ils ne doivent pas être utilisés de façon à enfreindre la loi, mais cela n'avait pas été fait. Le juge Jacobs, pour sa part, a ajouté que la notion d'autorisation voisine les concepts de permission et d'invitation. Or, une permission ou une invitation peuvent être implicites. Dans tel cas, il n'est pas nécessaire que celui qui autorise ait connaissance du fait qu'un geste réservé au créateur est accompli. C'est ce qui s'était produit dans le cas soumis. Il écrit : « The invitation to use is on the face of it an unlimited invitation »¹¹³. Il a considéré que l'Université avait à toutes fins pratiques lancé une invitation ouverte à tout intéressé de photocopier tout ce qu'il voulait parmi les livres de la bibliothèque. Il n'était plus pertinent alors de vérifier si les dirigeants de la bibliothèque ou de l'Université savaient si, de fait, des personnes utilisaient illégalement les machines à photocopier.

110. *Ibid.*, p. 12-13.

111. On se souvient que dans l'affaire *CCH*, la Cour suprême du Canada s'est écartée clairement de ce qui a été jugé dans *Moorhouse* : voir *supra*, note 24, par. 41.

112. *Supra*, note 108, p. 13 et 14. Ce qui nous apparaît être la phrase la plus cruciale de l'arrêt est ainsi formulée (à la p. 13) : « It seems to me to follow from these statements of principle that a person who has under his control the means by which an infringement of copyright may be committed—such by a photocopying machine—and who makes it available to other persons, knowing or having reason to suspect that it is likely to be used for the purpose of committing an infringement, and omitting to take reasonable steps to limit its use to legitimate purposes, would authorize any infringement that resulted from its use. »

113. *Ibid.*, p. 21-22.

Ainsi donc, au lendemain de cette décision, on considère en Australie que le fait de fournir à quelqu'un un appareil pouvant servir à de la contrefaçon, en sachant que cela est une possibilité réelle, oblige à prendre certaines mesures pour éviter les gestes illégaux. Sinon il y aura « autorisation » au sens légal et la responsabilité sera encourue.

Une autre décision australienne particulièrement intéressante est l'affaire *Metro on George*¹¹⁴, rendue par la Federal Court en 2004. À première vue, c'est une autre décision dans la longue lignée des affaires impliquant la responsabilité de propriétaires ou exploitants d'endroits de divertissement. Mais elle mérite qu'on s'y arrête parce que récente, les faits ont quelque chose de particulier, et parce que la décision a été rendue après les dernières modifications à la loi sur la notion d'autorisation.

*Metro on George*¹¹⁵ est un endroit de spectacles particulièrement bien coté dans la ville de Sydney. La salle est polyvalente, mais elle est principalement utilisée pour les concerts donnés par des chanteurs, musiciens ou orchestres. Pendant plusieurs années, Metro détenait de la Australian Performing Right Association Ltd. le permis approprié, lui permettant de puiser sans restriction dans le réservoir des pièces musicales gérées par l'association. Metro s'en servait surtout lorsqu'elle faisait la promotion de spectacles. Mais, pour différents motifs, Metro a au cours des ans changé sa façon de faire, considérant qu'il revenait à chaque artiste ou gérant qui voulait louer la salle de s'assurer de détenir les permis appropriés relativement aux droits d'auteur.

Dans le contrat type que Metro fait signer aux intéressés, il est clairement prévu, notamment, qu'elle n'autorise ni ne permet la représentation de quelque œuvre nommément identifiée. Il appartient à l'autre partie contractante, appelée « hirer », de s'assurer que toute représentation est conforme à toutes les lois, et que les autorisations nécessaires ont été obtenues¹¹⁶. Dans le même sens, probablement pour être encore plus explicite, l'article 2.4 du contrat est ainsi formulé : « The hirer acknowledges that nothing in the Master Terms of the Hire Contract or otherwise amounts to Metro authorising or giving legal power for the doing of any act »¹¹⁷. On est même

114. (2004) 210 ALR 244.

115. Nous utiliserons simplement le nom « Metro ».

116. *Ibid.*, par. 13.

117. *Ibid.*, par. 15.

allé jusqu'à prévoir que Metro serait indemnisée pour toute responsabilité découlant du non respect d'une clause ou l'autre du contrat.

Metro s'est donc défendue à l'accusation d'avoir enfreint la loi sur le droit d'auteur en plaidant qu'elle ne savait pas, et qu'elle n'avait pas de motifs raisonnables de soupçonner que des pièces musicales ont été jouées illégalement. À son avis, c'était la responsabilité de chaque locataire de la salle de s'assurer d'avoir les permis nécessaires. Elle n'avait aucun contrôle sur les promoteurs, chanteurs ou musiciens sur la question des permis ni sur le choix des pièces musicales jouées. Elle ne pouvait donc jamais avoir « permis » ou « autorisé » la commission d'infractions.

La loi australienne sur le droit d'auteur, pour sa part, prévoit, à l'article 36, la règle selon laquelle il y a infraction lorsqu'une personne, sans la permission du détenteur du droit d'auteur, autorise un geste que la loi lui réserve exclusivement. Ce qui est nouveau est la disposition suivante, l'article 36(1A). Il énumère une liste non exhaustive de critères qu'un tribunal doit prendre en considération pour déterminer si, légalement, une autorisation a été donnée : i) la capacité qu'une personne a ou non de prévenir un acte de contrefaçon, ii) la nature du lien qui existe entre les deux personnes impliquées, et iii) si la personne accusée a pris des moyens raisonnables pour empêcher les gestes illégaux, notamment si elle s'est conformée à un code de conduite existant dans cette industrie¹¹⁸.

L'article 39 est l'équivalent de « notre » paragraphe 27(5), concernant la responsabilité de personnes qui permettent l'utilisation d'endroits de divertissement. Leur responsabilité sera écartée s'ils montrent qu'ils ne savaient pas, et qu'ils n'avaient pas de motifs raisonnables de soupçonner qu'une représentation enfreindrait la loi.

La question à trancher était donc de savoir si Metro, selon les dispositions de l'article 36 de la loi, avait « autorisé » des infractions à la loi, le terme « autoriser » signifiant toujours « sanction, approve or countenance »¹¹⁹. Dans le cas soumis, Metro alléguait que les clauses du contrat type faisaient qu'elle était exonérée en vertu de l'article 36(1A)(c) de la loi, à savoir qu'elle avait employé des moyens raisonnables pour empêcher la commission d'infractions. Mais le juge Bennett, qui a rendu la décision, a vu les choses différemment. À son

118. *Ibid.*, par. 11.

119. *Ibid.*, par. 16.

avis, cette disposition ne traite pas de mesures à prendre pour empêcher des violations de la loi de façon générale, mais pour savoir si, dans un cas bien précis, une personne peut être exonérée. Or, à ce sujet, Metro a engagé sa responsabilité parce qu'elle n'avait pas pris de mesures particulières de surveillance lors de chaque spectacle. Metro devait s'assurer que chaque promoteur détenait les permis appropriés émis par l'organisme de gestion collective¹²⁰.

Rappelant ensuite l'affaire *Moorhouse*, le juge a estimé que Metro ne pouvait plaider son ignorance que des pièces musicales pourraient être jouées illégalement. Car la Performing Rights Association lui avait écrit à quelques reprises pour l'avertir que des concerts étaient donnés sans permission. Metro ne pouvait donc prétendre qu'elle ne savait pas, ni qu'elle n'avait pas de motifs de soupçonner que certaines œuvres seraient jouées illégalement. Le fait de fermer ainsi les yeux sur une situation problématique a eu pour effet que Metro a « toléré », ou « permis », ou « autorisé » la commission d'infractions. De plus, Metro avait le pouvoir d'intervenir, en ne tolérant pas les représentations illégales, ou en insistant au moins pour voir le permis du promoteur. Metro s'était abstenue de poser les gestes appropriés dans les circonstances, ou a exhibé un degré d'indifférence tel qu'on en déduit une permission, une « autorisation »¹²¹. Il est vrai que Metro, en louant à des promoteurs, savait seulement quel artiste se produirait, ou quel genre de musique serait joué. Mais il y avait « contrôle » au sens juridique. Car Metro avait le contrôle des lieux : c'est elle qui faisait la publicité des spectacles, et ses employés étaient sur place, au guichet à l'entrée, pour gérer le casse-croûte, et pour contrôler l'éclairage de la scène et le son. Ce n'est pas un contrôle des pièces musicales jouées comme tel, mais c'était suffisant pour qu'on puisse dire que Metro savait ou avait des motifs de soupçonner que des pièces étaient jouées illégalement¹²².

En somme, Metro a été trouvée coupable d'infraction à l'article 39 de la loi, en permettant l'utilisation de lieux de divertissement où des pièces musicales ont été jouées illégalement. La preuve a aussi montré une infraction en vertu de l'article 36, vu l'autorisation donnée, et sans que Metro puisse bénéficier de l'exonération prévue à 36(1)(a)(c) sur les gestes posés pour prévenir la commission d'infractions. Metro n'a pu bénéficier du moyen de défense prévu à 39(2),

120. *Ibid.*, par. 44 et 45. On a donc jugé que la clause d'indemnisation en cas de violation de la loi était insuffisante. C'était un avertissement, mais pas suffisant pour exonérer Metro.

121. *Ibid.*, par. 57 à 62.

122. *Ibid.*, par. 73.

sur l'absence de connaissance ou de soupçons concernant des violations à la loi.

Enfin, une dernière décision concerne les logiciels d'échange de fichiers musicaux : l'affaire *Sharman Licence Holdings*, rendue en 2005¹²³. La poursuite visait 10 défendeurs, tous impliqués à divers degrés au niveau du développement et la mise en marché du logiciel Kazaa. Ce logiciel est vite devenu l'un des préférés par les jeunes pour s'échanger des fichiers musicaux. On a estimé en effet que, dès 2004, plus de 300 millions d'internautes l'avaient téléchargé, et qu'il était utilisé pour effectuer 80 % des échanges de fichiers. La décision a été rendue par la Federal Court of Australia, le même tribunal qui a tranché l'affaire *Metro* une année plus tôt.

Les internautes qui utilisent Kazaa se servent du dossier appelé « my shared folder » pour y placer les pièces musicales qu'ils sont prêts à échanger. Le logiciel leur permet de rechercher dans tout « shared folder » d'un autre internaute les pièces recherchées. Ils peuvent aussi se servir d'un autre petit logiciel qui fait apparaître en couleur or les titres des chansons qui peuvent être échangées légalement¹²⁴. Les internautes savent donc clairement dans quels cas ils risquent de violer la loi.

La cour a rapidement déterminé que les internautes qui offrent des fichiers musicaux aux autres et ceux qui les téléchargent violent la loi. La seule question importante à trancher était de savoir si les défendeurs avaient donné des « autorisations » réservées aux détenteurs des droits d'auteur, qu'il s'agisse de multiplier les exemplaires d'une œuvre ou de la transmettre au public par télécommunication.

Pour déterminer s'il y avait eu autorisation au sens de la loi, la cour a dû appliquer les nouvelles dispositions de la loi, adoptées en 2000, les mêmes qui étaient en jeu dans l'affaire *Metro*. Le tribunal fait d'abord allusion à une disposition de la loi qui correspond en bonne partie à « notre » alinéa 2.4(1)b), destiné à exonérer les entreprises de télécommunications. La disposition en question, de l'avis

123. *Universal Music Australia Pty Ltd. c. Sharman Licence Holdings Ltd.*, (2005) 220 ALR 1. Pour une très bonne étude qui compare les arrêts *Sharman* et *Groks-ter*, voir Jeffrey LEE, « The Ongoing Design Duty in Universal Music Australia Ltd c. Sharman License Holdings Ltd. – Casting the Scope of Copyright Infringement Even Wider », (2007) *International Journal of Law & Information Technology* 15.

124. Le logiciel a été mis au point par la compagnie Altnet, et sa technologie se nomme TopSearch. Quand les internautes s'échangent des fichiers, ils utilisent une fonction de Kazaa appelée FastTrack.

du tribunal, a été adoptée de façon à viser également les fournisseurs d'accès à internet. Mais elle prévoit simplement une présomption de non responsabilité pour une entreprise qui ne fait que fournir un service dont quelqu'un se sert pour commettre des infractions à la loi¹²⁵. Ce n'est pas une immunité globale. Il se peut qu'une entreprise puisse, pour d'autres motifs, se trouver à enfreindre la disposition à l'effet que seul le détenteur du droit d'auteur peut « autoriser » d'autres personnes à poser certains gestes.

En l'occurrence, Sharman était l'opérateur du système Kazaa. Pour savoir si elle a « autorisé » illégalement certains gestes, il faut voir si elle a fait quelque chose de plus que la fourniture d'équipement. Il faut appliquer ici les critères mentionnés dans la loi, qui, on se souvient, sont : i) la capacité d'une personne à prévenir le geste fautif, ii) la nature de la relation entre la personne qui a peut-être autorisé et celle qui a posé un geste, et iii) si la première personne a pris des précautions raisonnables pour éviter des gestes illégaux. Dans un passage crucial, la cour dit qu'elle accepte ce qui a été écrit dans *Metro* et *Moorhouse*. Ce qui a permis une conclusion de responsabilité, parce que Sharman avait fourni les logiciels aux internautes, avait un intérêt financier à ce que son logiciel soit de plus en plus utilisé, encourageait les internautes à violer la loi dans la façon dont elle annonçait son logiciel¹²⁶, et savait que la plupart des fichiers échangés étaient piratés.

On pouvait donc dire que Sharman « has sanctioned the infringement ». Car malgré des avertissements des compagnies de disques, Sharman n'a pris aucun moyen, comme l'installation de filtres, pour détecter et réduire la contrefaçon. Elle n'avait donc pas pris, comme le demande la loi, les moyens raisonnables pour empêcher la fraude. On a cherché à plaider que Sharman, pour « autoriser » des actes, devait avoir un véritable contrôle sur les agissements des utilisateurs de son logiciel. Ceci a été rejeté, on le devine. Sharman ne contrôlait pas les décisions prises par un internaute en particulier, à savoir les fichiers dont il permettait l'échange, ni ceux qu'il téléchargeait. Mais « Sharman was in a position, through keyword filtering or gold file flood filtering, to prevent or restrict users' access to identified copyright works ; in that sense, Sharman could control users' copyright infringing activities »¹²⁷. Sharman avait donc violé la loi en autorisant les internautes à multi-

125. *Supra*, note 123, par. 395 à 399.

126. *Ibid.*, par. 401 à 405. La publicité de la compagnie avait comme slogan « Join the Revolution » et incitait au mépris à l'égard des compagnies de disques.

127. *Ibid.*, par. 414.

plier les exemplaires des œuvres et en les communiquant au public par télécommunication.

6. Conclusion

On peut, à ce stade-ci, bien que l'entreprise reste périlleuse, tenter de systématiser ce qui caractérise les systèmes juridiques que nous avons étudiés en ce qui concerne la notion d'autorisation. Quand on compare les systèmes canadien et américain, on constate la présence d'un premier élément commun : il y a lieu de parler d'autorisation lorsqu'existe un lien juridique fort entre deux personnes. Au Canada, cela n'est pas mentionné dans la L.D.A., mais cela découle des concepts du droit civil : l'erreur ou la faute de l'employé est celle de l'employeur, et le mandataire engage la responsabilité du mandant envers les tiers, car son rôle est précisément d'agir à sa place. Quand il n'y a pas ce type de relation, la Cour suprême nous enseigne qu'il doit exister tout de même un lien important entre deux personnes pour qu'on puisse conclure à l'existence d'une autorisation donnée par une personne à une autre. Dans l'affaire *CCH*, la cour a employé les termes « appuyer, sanctionner, soutenir, permettre, favoriser, encourager »¹²⁸. Ainsi, le simple fait de mettre à la disposition de quelqu'un un appareil qui peut être utilisé illégalement ne peut engager la responsabilité de celui qui fournit l'appareil. Et le fait d'être conscient que des gestes de contrefaçon vont probablement être commis, ou l'ont été, ne suffit pas. Il faut soit un ordre ou une permission claire de poser tel geste interdit par la loi. Là où on reste encore dans le doute, c'est quant à la problématique d'échange de fichiers musicaux par internet. Il semble assez bien établi que la personne qui met à la disposition des autres internautes ses fichiers musicaux viole la loi parce qu'elle s'apprête à les communiquer au public par télécommunications, et parce qu'elle autorise les internautes à télécharger ces fichiers. Mais le statut juridique des entreprises qui mettent au point des logiciels d'échanges de fichiers musicaux reste imprécis.

Une caractéristique du droit américain est qu'il a importé du droit des brevets deux notions qui n'existent pas dans la *Copyright Act*. Le concept de *vicarious liability* traite de la responsabilité du fait d'autrui, la plupart du temps là où il y a un rapport hiérarchique entre deux personnes, mais pas obligatoirement. Ce qui est particulier ici est le pouvoir de contrôle à l'égard d'un acte de contrefaçon, et le gain financier qu'en tire la personne qui « autorise ». Dans un tel

128. *Supra*, note 24, par. 38.

cas, il n'est pas nécessaire que la personne accusée ait su que tel geste illégal a été posé, au moment où il l'a été¹²⁹. On voit donc que la notion de *vicarious liability* s'applique à plus de situations que ce qui est connu au Canada par celle de responsabilité du fait d'autrui. Quant au *contributory infringement*, il exige, comme au Canada, un encouragement direct à agir illégalement, ou, dit autrement, le fait d'induire délibérément quelqu'un à faire de la contrefaçon. Cet encouragement direct peut être constaté par les gestes posés ou par les paroles prononcées. Et depuis *Grokster*, l'infraction peut être commise à l'égard de personnes qui ne se connaissent pas, lorsque s'applique la notion d'*inducement*, c'est-à-dire des déclarations ou de la publicité qui ne laissent pas de doute sur l'intention d'une personne d'en voir d'autres agir illégalement avec l'appareil ou le logiciel qu'on leur fournit. Nous n'avons pas encore au Canada de concepts absolument identiques au *contributory infringement* ni à l'*inducement*. Ni de règles très précises concernant les appareils qui peuvent servir tant de façon légale qu'illégal. Au Canada, une personne peut participer de façon moins active, moins intense, à l'acte de contrefaçon, et être trouvée néanmoins coupable de l'avoir « autorisé ».

En Angleterre, une caractéristique du droit relatif à la notion d'autorisation tient à la force du lien qui unit la personne qui autorise et celle qui pose un geste. Il doit s'agir d'une relation de type décideur et exécutant, ou encore d'une situation où deux personnes agissent de concert, et où elles seront estimées coresponsables de contrefaçon. Ce qui nous apparaît particulier ici, c'est qu'il n'y aura autorisation que lorsque la personne qui autorise possède légalement le droit d'accorder telle autorisation, ou qui prétend avoir ce droit¹³⁰. Ainsi, le fait de faciliter l'accomplissement d'un geste, de prêter main forte ou d'encourager ne suffit pas, si la personne qui fait cela n'a pas l'autorité ni ne prétend avoir l'autorité de permettre l'accomplissement d'un acte de contrefaçon. Une personne « autorise », en droit anglais, lorsqu'elle donne clairement la permission qu'un geste soit posé, dans l'expectative qu'il le soit. De même lorsqu'elle demande à une autre personne d'agir de telle façon, si elle a formellement le pouvoir légal de donner ou refuser la permission que tel geste soit accompli.

129. Voir Michael LEAFFER, *Understanding Copyright Law*, New York, Matthew Bender, 1999, p. 402.

130. Voir *Copinger and Skone James, supra*, note 99, par. 7-151 : « Thus in general an authorisation can only come from someone having or purporting to have authority... ».

Quant au fait de fournir à quelqu'un un appareil qui peut être utilisé légalement ou illégalement, il n'y a pas d'« autorisation » coupable même lorsque l'on sait qu'en fait, inévitablement, l'appareil servira à commettre des actes de contrefaçon¹³¹. C'est que dans ce cas celui qui fournit l'appareil (pensons aux machines à photocopier) n'a pas de contrôle véritable sur la conduite de la personne qui va l'utiliser. Cependant, s'il y a eu autorisation au sens légal, ce n'est pas une défense valable que de prétendre ignorer le caractère illégal des gestes posés par la personne qui a agi conformément à l'autorisation donnée.

La notion d'autorisation s'applique de la même façon, quand on étudie des problématiques plus particulières. Ainsi, sur la question de l'autorisation à utiliser un local où seront représentées des œuvres, les auteurs enseignent que depuis *Amstrad*, on doit dire qu'il n'y a autorisation de la part du propriétaire ou du gérant que dans le cas où les musiciens ont reçu une permission claire de jouer les pièces qu'ils ont exécutées¹³².

Mais on reste encore dans le doute au sujet du statut des logiciels de partage de fichiers musicaux. On a vu que la loi n'en traite pas spécifiquement. L'article 24, qui porte sur le fait de « providing means for making infringing copies » ne s'applique qu'aux appareils « specifically designed or adapted for making copies of that work ». L'article 26, pour sa part, traite de « provision of apparatus for infringing performance ». Il ne s'applique qu'au cas où il y a exécution publique d'une œuvre. Il faudra donc attendre les décisions des tribunaux sur ce point. En doctrine, les auteurs disent simplement que la personne qui vend un logiciel en autorise évidemment l'utilisation. Mais la notion d'autorisation ne permet pas d'avancer qu'ils en autorisent également l'utilisation à des fins illégales...¹³³.

Du droit australien, on peut retenir que la notion d'autorisation s'articule, initialement, comme en droit anglais et canadien. Elle a le sens de « sanctionner, appuyer, soutenir » (« sanction, approve, countenance »). De même, une permission de poser un geste peut être expresse ou implicite. Cependant, la notion de contrôle est la plus importante pour déterminer si une autorisation illégale est donnée. Le seul fait de faciliter un geste ne suffit pas, ni le seul fait de savoir qu'il peut y avoir éventuellement des gestes illégaux posés. Comme

131. *Ibid.*, par. 7-152.

132. *Ibid.*, par. 7-153, et Lionel BENTLY et B. SHERMAN, *Intellectual Property Law* London, OUP, 2004, p. 147-148.

133. *Copinger and Skone James, supra*, note 99, par. 7-154.

on l'a vu dans *Moorhouse*, ce qui caractérise la jurisprudence australienne est que si la personne qui permet quelque chose, en fournissant à autrui un appareil, par exemple, a la possibilité d'empêcher des infractions à la loi, elle se doit d'agir. Dans *Moorhouse*, on a jugé que l'Université, ou la bibliothèque, avait un certain contrôle sur les livres et les utilisateurs. Ainsi donc, placer dans les mains d'autrui un appareil ou un logiciel qui de par sa nature va presque certainement être utilisé illégalement entraîne la responsabilité de la personne qui les a fournis, à moins qu'elle pose certains gestes pour éviter ces conséquences. Cette façon de voir les choses va au-delà de ce qui s'applique en droit canadien et anglais. Quoi qu'il en soit, la loi australienne a entériné la façon de voir des tribunaux de ce pays, en mentionnant, dans les critères de détermination de l'autorisation, la capacité d'une personne d'empêcher qu'un acte soit posé, et si des mesures raisonnables ont été prises pour empêcher les gestes illégaux.

Mais ces règles ne nous permettent pas de trancher clairement la question de la responsabilité d'une compagnie qui met sur le marché un appareil capable d'utilisations légitimes, sans faire la promotion d'un type d'usage ou d'un autre. Il semble que cela doit être décidé cas par cas par un tribunal, qui prendra en considération les éléments suivants : la nature de la relation entre un fabricant d'un produit ou un vendeur et les utilisateurs, le moment où ils ont connaissance du fait qu'il y a des infractions directes à la loi qui sont commises, et leur réaction ou absence de réaction à ce moment, et les caractéristiques techniques des appareils. Ce dernier point est peut-être celui qui fait la plus grande différence entre le droit australien et celui des États-Unis. Dans *Grokster*, la Cour suprême n'a pas accordé d'importance spéciale aux caractéristiques du logiciel quant à ses capacités de faciliter la contrefaçon. Mais dans *Sharman* on a jugé que la compagnie pouvait et aurait dû installer un filtre pour empêcher l'accès aux œuvres protégées, vu que Sharman, aux yeux de la cour, avait un contrôle sur les agissements des usagers¹³⁴. Ce qui fait qu'en Australie une compagnie comme Sharman doit, pour éviter toute responsabilité juridique, se conformer à une série d'exigences : incorporer dans ses appareils un logiciel agissant comme filtre pour éviter la contrefaçon, vérifier la façon dont les usagers se servent des appareils, réviser au besoin le « design » de l'appareil, et convaincre les usagers de se procurer la dernière version du produit acheté¹³⁵.

134. Voir J. LEE, *supra*, note 123, à la section 5.2.

135. *Ibid.*, à la section 6.3.

Un ultime commentaire : traitons un peu du *de lege ferenda*. Au cours des dernières années, essentiellement aux États-Unis, on le devine, plusieurs projets de loi ont été examinés par le Congrès, et plusieurs auteurs en doctrine y sont allés de leurs propres suggestions.

Ainsi, dès 2002 le membre de la Chambre des représentants Howard Berman avait proposé un projet de loi¹³⁶ permettant aux détenteurs de droits d'auteur d'employer toute technologie disponible pour empêcher la distribution non autorisée de leurs œuvres sur le réseau internet. Ils auraient pu même lancer des attaques contre les ordinateurs des internautes, pourvu que le dommage éventuellement causé se chiffre à moins de cinquante dollars. Un autre projet de loi, du sénateur Fritz Hollings¹³⁷, aurait rendu obligatoire l'utilisation de moyens technologiques pour protéger les droits d'auteur dans tous les appareils électroniques. Le problème qu'aurait créé cette loi, si elle avait été adoptée, est que l'utilisation d'un appareil vidéo ou d'un DAT¹³⁸ par un consommateur pour se faire une copie supplémentaire d'une œuvre aurait été illégale. Et en 2004, le sénateur Orrin Hatch avait présenté le *Induce Act*. Cette loi aurait modifié l'article 501 du *Copyright Act* de façon à prévoir la responsabilité de toute personne qui, aux yeux d'une « personne raisonnable », démontre une intention d'en inciter une autre à violer la loi. Un facteur à prendre en compte pour les tribunaux aurait été la viabilité commerciale de l'activité en cause. La loi prévoyait cependant ne pas vouloir modifier les concepts de *contributory infringement* ni *vicarious liability*¹³⁹.

En doctrine, chaque auteur y va de ses suggestions. On ne s'entend pas sur la question de savoir jusqu'à quel point les solutions devraient venir de la loi. Mais on s'accorde à dire que la situation actuelle n'est pas adéquate. La solution viendra probablement de l'utilisation de technologies nouvelles et de modification aux lois.

136. H. BERMAN (D.-Cal). Le projet portait le numéro H.R. 5211.

137. *Consumer Broadband and Digital TV Protection Act*, S. 2048, 107th Cong. (2002).

138. Pour « digital audio tape ».

139. On devine qu'en doctrine ces divers projets de lois ont été analysés et qu'on a montré leurs limites et faiblesses. Voir, notamment, Lisa H. GLASSMAN, « Peer-to-Peer Technology and Innovation : Refining the Indirect Liability System to Accommodate Economic, Constitutional and Social Considerations », (2008) 6 *Georgetown Journal of Law & Public Policy* 283, 305 et s.

Ainsi, un auteur suggère un régime de licences obligatoires pour l'utilisation des œuvres dans les environnements numériques¹⁴⁰. Ce serait la meilleure façon de conserver un équilibre entre les droits des créateurs et les utilisateurs de nouvelles technologies. Il faudrait donc qu'existe un système de droits à percevoir sur les équipements qui permettent la reproduction d'œuvres, comme un graveur de cd, les supports qui peuvent contenir les œuvres, et les logiciels d'échange de fichiers. Et il faudrait un système d'encodage en filigrane des œuvres pour qu'on puisse déterminer avec assez de précision quelles sont celles qui sont le plus souvent échangées.

Un autre suggère plutôt une reformulation du critère concernant la responsabilité indirecte¹⁴¹. La loi sur le droit d'auteur serait modifiée de façon à prévoir que les compagnies qui distribuent des appareils ou logiciels, en format analogique ou numérique, capables de *substantial non infringing uses* ne seront pas, en principe, considérées responsables d'infractions à la loi commises par des internautes. Mais il y aurait responsabilité si la compagnie a la capacité de connaître la façon dont on utilise son logiciel et tire un bénéfice financier des violations de la loi par les internautes. Il y aurait aussi responsabilité si une compagnie induit des personnes à violer la loi, ou a contribué de façon importante à ces actes de violation. Les caractéristiques des appareils de même que la façon dont on les a présentés au public au niveau de la publicité seraient des éléments admissibles en preuve pour déterminer si on a induit des personnes à violer la loi.

Selon un autre auteur, on devrait abandonner complètement la notion de *substantial non infringing uses*¹⁴². Chaque compagnie qui met au point un logiciel d'échange de fichiers aurait la responsabilité de mettre sur pied des mesures efficaces pour réduire les violations de la loi, surtout si son « système » ne permet pas aux détenteurs de droits d'auteur de vérifier par eux-mêmes s'ils sont victimes de contrefaçon. On en reviendrait alors à une situation assez semblable à la norme qui existe pour les propriétaires ou exploitants de salles d'amusement qui embauchent des artistes à qui ils donnent une permission globale de jouer ce qui leur plaît.

140. J.M. MOYE, *supra*, note 59, p. 689 et s.

141. Voir L.H. GLASSMAN, *supra*, note 139, p. 309. Dans *Sharman*, la cour, dans le dispositif de la décision, a ordonné que pour tout nouvel utilisateur un filtre non optionnel ait été installé, et la compagnie devait exercer une « pression maximale » sur les usagers actuels pour qu'ils se procurent la « dernière version » du logiciel.

142. Voir A. ALLEN, *supra*, note 42, p. 114 et s.

Enfin, un dernier auteur propose que la notion de *staple article of commerce* ait une portée réduite. Elle ne viserait pas tout appareil capable d'utilisations légales de façon plus que marginale. Elle ne s'appliquerait pas à ces appareils ou logiciels qui sont susceptibles d'entraîner des violations de la loi à grande échelle, vu qu'ils permettent de disséminer des œuvres très facilement, à moins qu'ils soient munis de systèmes de filtres ou autres destinés à prévenir les reproductions ou distributions des œuvres.

Pour notre part, nous n'avons pas la prétention de détenir la solution magique à cette problématique. Disons simplement que la controverse n'est pas réglée au niveau juridique. Car la Cour suprême des États-Unis a eu en un sens la tâche facile dans *Grokster*, vu que le logiciel était annoncé si clairement pour utilisation non légale. Mais qu'en aurait-il été si ce n'avait pas été le cas ? Nous ne connaissons pas encore la position de la cour dans un tel scénario. D'autre part, il faut bien admettre que même en cas de victoire devant les tribunaux par les détenteurs de droits d'auteur, il reste qu'une fois qu'un logiciel a été téléchargé dans les ordinateurs de milliers d'internautes, ce n'est pas une solution à un problème grave de respect de la loi que de faire condamner seulement le concepteur du logiciel. C'est pourquoi il faudra absolument que la solution vienne en partie au niveau de la technologie. Il faudra soit un système de codage des œuvres pour les protéger, ou des caractéristiques nouvelles des appareils permettant la reproduction d'œuvres pour éviter les pires excès. Même si on sait bien qu'il y aura toujours un jeu de chat et souris entre ceux qui veulent instaurer des systèmes de protection, et ceux qui n'ont rien de plus pressé à faire que de trouver la façon de les déjouer.