

Vol. 17, n° 3

Les mécanismes de la licence légale De la technique au droit et du droit à la technique : la licence légale comme solution

Yohan Benizri*

INTRODUCTION	465
1. DE LA TECHNIQUE COMME CONDITION À LA LICENCE LÉGALE	466
1.1 La naissance de la licence légale	466
1.2 Le droit de la copie privée	469
1.2.1 Fondements	471
1.2.2 Droit positif	474
1.2.3 Les droits concurrents	478
2. DE LA TECHNIQUE DANS L'APPLICATION DE LA LICENCE LÉGALE	478
2.1 Le courrier électronique	478

© Yohan Benizri, 2005.

* Yohan Benizri poursuit actuellement le programme de maîtrise à l'Université Mc Gill.

2.1.1	Reproduction initiale	478
2.1.2	Transmission	479
2.1.2.1	Communication au public par télécommunication	480
2.1.2.2	L'exception de distribution	481
2.1.3	Réception	483
2.2	Le peer-to-peer	485
2.2.1	La réception comme copie privée	486
2.2.2	Le défi de la passivité	486
3.	POLITIQUES DE LA LICENCE LÉGALE	489
3.1	La loi comme renfort du droit d'auteur : une solution ?	489
3.2	Les projets de réconciliation : un aperçu	492
4.	CONCLUSIONS	494

INTRODUCTION

Nous allons dans ce travail tenter d'appréhender la problématique du mécanisme de licence légale au Canada et sa relation au monde numérique. Ceci nous permettra d'esquisser la raison d'être d'une licence légale, ses fondements, et les problèmes soulevés par l'échange de fichiers qui font l'objet d'un droit d'auteur par le biais du courriel ou de logiciels de type « peer-to-peer ». Pour ce faire, nous userons de l'exception de copie privée qui nous paraît être tout à fait représentative de l'histoire des licences non volontaires.

Le régime de la copie privée nous semble en effet emblématique de deux confrontations majeures du droit d'auteur dans le domaine de la licence légale. Premièrement, la confrontation entre d'une part les industries et les éditeurs, opposition qui persiste encore aujourd'hui, et d'autre part, entre le public (désormais dénommé « utilisateurs ») et les auteurs. Deuxièmement, et peut-être plus fondamentalement, entre toutes ces parties et la technologie, le terme de confrontation désignant ici plus une mise en présence qu'un réel conflit.

Umberto Eco écrit qu'il est tentant pour les auteurs de commencer leurs discours par la proclamation que le sujet de leur étude est mort. Le problème venant du fait qu'aussitôt ils le ressuscitent sous un autre nom. Ils sont à même de le faire puisqu'il n'y a pas eu de définition de la notion. Cela revient donc à tuer une chose qui n'a pas d'identité¹. Nous ne voudrions pas nous exposer à cette critique.

C'est pourquoi, dans le cadre de l'examen des conditions de création d'une licence obligatoire, et après une brève introduction à l'histoire de la licence légale, il nous faudra dresser l'état du droit de la copie privée au Canada à partir de la loi et de ses fondements pour ensuite nous pencher sur les principes susceptibles de limiter son application, ce que nous nommerons les droits concurrents.

1. Umberto Eco, *Sémiotique et philosophie du langage*, (Paris, Puf-quadrige, 2001), p. 8.

Il nous sera alors possible de déterminer si et dans quelles mesures la technique influe, même après sa création, sur une licence non volontaire. Nous le ferons par l'examen de deux institutions qui nous semblent quantitativement et qualitativement importantes, savoir la communication par courrier électronique et par logiciels de partage de type peer-to-peer. Nous nous attellerons pour finir à définir les perspectives d'avenir en fonction de leur couleur de politique juridique, c'est-à-dire du postulat sur lequel elles se fondent et enfin à conclure.

1. DE LA TECHNIQUE COMME CONDITION À LA LICENCE LÉGALE

1.1 La naissance de la licence légale

Une bonne compréhension de cette matière nécessite très certainement une première approche historique. Celle-ci s'articule en trois points, savoir l'évolution de la technique, les confrontations de prétextes, et enfin, l'utilisation de masses des œuvres.

Nous savons que le droit d'auteur a connu une évolution dans les relations qu'il était appelé à régir. À l'époque de sa création (*Loi de la Reine Anne, 1710*), des conflits existaient entre les éditeurs de la capitale, nantis de privilèges royaux, et ceux de la province, qui ne bénéficiaient que d'une protection temporaire. Mais le débat s'est déplacé au fil du temps et de l'évolution des techniques. Nous pouvons constater que ce déplacement a eu lieu spécialement dès l'apparition de moyens nouveaux de reproduction de l'œuvre. À titre d'exemple, l'année 1890, date de la création du piano mécanique, est emblématique. On ne savait en effet alors ni si la création de ce type d'instrument violait le droit de reproduction ni si son utilisation violait le droit d'exécution, le droit d'auteur d'alors n'ayant pas envisagé cette évolution. Apparaît ici selon nous la première condition à la naissance d'une licence légale, savoir, de manière fondamentale, la *technique*².

La bataille oppose depuis lors les éditeurs aux fabricants de matériel³. Ces derniers sont tous ceux qui offrent des moyens techniques de contourner la protection du droit d'auteur⁴. Il aurait été de

2. Sur cette question, de manière générale, voir Timothy WU, « Copyright's communications policy », *Michigan Law Review* (à paraître 2005).

3. *Ibid.*, p. 24 et s.

4. Une poursuite a été introduite tout à fait récemment par la « Dvd Copy control Association » contre une société nommée « Kaleidescape » pour reproduction illé-

prime abord logique de privilégier les titulaires du droit. Mais les prétentions des fabricants ont pris une réelle dimension à partir du moment où *l'intérêt du public* a fait son apparition dans l'argumentaire de ces industries. Les éditeurs brandirent alors à leur tour un argument de poids, qui est tout simplement *l'auteur*. Oublié pendant toute la genèse de *son* droit, l'auteur est devenu la justification au monopole des éditeurs. Cette « guerre des prétextes »⁵ est aussi un élément qui participe à la création de la licence légale.

Ce qu'il faut aussi bien comprendre, c'est que la licence légale est considérée par beaucoup comme un pis-aller, comme la seule solution d'un problème difficile⁶. En effet, la technique, condition première, permet *l'utilisation massive* des œuvres⁷. L'auteur, prétexte des éditeurs, se trouve dans une position difficile puisqu'il lui est impossible de contrôler l'utilisation de ses œuvres⁸. Yves Gaubiac écrivait déjà en 1985, sur les copies privées, que « des nuances ne doivent pas dissimuler le phénomène de la reproduction de masse. La multiplication considérable des exemplaires que les particuliers

gale. La société s'occupe notamment de fournir un jukebox à DVD qui copie l'équivalent de 500 disques sur un appareil. Voir John Borland, « Hollywood allies sue DVD jukebox maker », 7 décembre 2004, disponible sur <http://news.com.com/2100-1025_3-5482206.html>.

5. L'auteur est un prétexte, quoi qu'il soit présenté comme martyr. Voir à ce propos PEW/INTERNET, « Artists, Musicians and the Internet », 5 décembre 2004, disponible à l'adresse <http://www.pewinternet.org/pdfs/PIP_Artists.Musicians_Report.pdf>. Cette étude montre que la majorité des artistes et musiciens ne se sent pas réellement menacée par l'échange de fichiers sur Internet. Ce qui relativise beaucoup les assertions des éditeurs, en l'occurrence les maisons de disques.
6. Les auteurs des pays de copyright considèrent la licence légale comme un compromis acceptable tandis que dans les pays de tradition purement civiliste, de droit d'auteur, il semblerait réellement que la licence légale soit perçue de manière très négative et réellement comme un pis-aller. Cette différence de points de vue est probablement due à la distinction faite entre le droit d'auteur en France, conçu comme un droit de propriété à caractère personnel, et le copyright anglo-saxon, considéré comme une forme de privilège ou de monopole. Voir à ce propos Alain Strowel « Licences non volontaires et socialisation du droit d'auteur : un danger ou une nécessité ? », (1990), *Cahiers de propriété intellectuelle*, 3(2) 167. Une nuance peut être apportée à ce schéma traditionnel concevant le copyright comme un droit garantissant un monopole. À ce propos, voir Jane C. Ginsburg, « Copyright and control over new technologies of dissemination », (2001) *Columbia L. Rev.*, 101 1615-16. Voir encore, sur les différentes approches de la licence légale au point de vue philosophique, Robert Cassler, « Compulsory Licenses – are they coming or going ? », (1989) *Journal of the copyright society of the U.S.A.*, 242.
7. Robert Cassler, « Compulsory Licenses – are they coming or going ? », *loc. cit.*, note 6, p. 251.
8. Voir *Hearings on pending bills to amend and consolidate the acts respective copyright before comm. of the Sen. and House*, 60th Cong. 255 (1908) dans 5 *Legisla-*

effectuent entraîne un préjudice très grave pour les auteurs et leurs ayants droit »⁹.

En définitive, c'est l'impossibilité matérielle de contrôle, du fait de l'utilisation massive des œuvres par les utilisateurs (prétexte des fabricants) – celle-ci étant rendue possible par la technique –, qui fera naître la licence légale.

Déjà, la première licence légale née du fait de la technique¹⁰, en 1909¹¹, est conçue comme garante de l'équilibre des revendications – devrait-on parler de prétextes – des parties en présence. Le professeur Strowel y voit le retrait imposé à l'auteur de s'opposer à l'utilisation de son œuvre. Une rémunération lui est donc octroyée puisque son droit subjectif se voit par là « subordonné tant à un objectif social : augmenter l'accès du public aux œuvres, qu'à un impératif économique : garantir l'exploitation des œuvres »¹². Et cet auteur de reprendre la définition de la licence légale donnée par l'OMPI, savoir « une autorisation donnée par la loi d'utiliser une œuvre protégée par le droit d'auteur d'une manière déterminée, à certaines conditions et contre le paiement d'un droit d'auteur »¹³. Aussi appelée « rémunération équitable », comme dans la *Loi sur le droit d'auteur* (L.R.C. 1985, c. C-42 ; ci-après « la loi »), la licence légale est finalement la contrepartie financière à la violation d'un droit exclusif¹⁴.

En d'autres termes, il s'agit d'un mécanisme qui permet de satisfaire le public en privant le titulaire du droit de certaines de ses prérogatives, sans léser outre mesure celui-ci. Comprenez : équilibrer les relations industries-éditeurs.

Ceci est appuyé par le discours répété de la Commission du droit d'auteur du Canada qui apparaît notamment en ces termes :

tive History of the 1909 Copyright Act, (1976) cité dans T. WU, « Copyright's communications policy », précité, note 2, p. 26, note 81.

9. Yves Gaubiac, « Les nouveaux moyens techniques de reproduction et le droit d'auteur (II) », (1985) *RIDA*, n°123, p. 109, dans ce sens encore Alex Colangelo, « Copyright infringement in the internet area :The challenge of MP3 », (2002) *Alberta L. Rev.* 39, p. 891.
10. Une licence légale historiquement première date de 1847, dans le Foreign Reprints Act, mais elle n'est pas née du fait de l'évolution des techniques.
11. 35 Stat. 1075 (1909), codified as 17 U.S.C. 1 et s. (repealed 1976).
12. A. STROWEL, « Licences non volontaires et socialisation du droit d'auteur : un danger ou une nécessité ? », *loc. cit.*, p. 162.
13. OMPI, « Glossaire du droit d'auteur et des droits voisins » (Genève, 1980), p. 248, n°243.
14. Xavier Daverat, « Propriété Littéraire et Artistique – Droits voisins du droit d'auteur – Dispositions communes aux artistes-interprètes et aux producteurs

Les participants abordent le concept de rémunération équitable de diverses façons. La SGDV soutient qu'il faut l'établir uniquement en fonction des droits des titulaires. L'ACR prétend que cette rémunération doit aussi être équitable à l'endroit des utilisateurs, en plus de refléter d'autres éléments, tels l'identification précise du répertoire rémunéré et le bénéfice que tirent les titulaires de l'utilisation même des enregistrements. En bout de piste, la tâche qui incombe à la Commission demeure celle qui a toujours été la sienne en matière de réglementation des tarifs à savoir : établir un tarif qui soit juste et équitable tant pour les titulaires de droits que pour les utilisateurs, compte tenu de toutes les circonstances de l'espèce.¹⁵

L'on voit facilement que ce système, en théorie équitable, est susceptible de soulever de nombreuses difficultés. Pensons notamment à la manière de percevoir la rémunération ou encore aux personnes ou organismes chargés de percevoir celles-ci¹⁶.

Toutefois, dans de nombreux domaines qui sont apparus depuis le début du XX^e siècle, le mécanisme a été appliqué avec plus ou moins de succès.

1.2 Le droit de la copie privée

1.2.1 Fondements

L'exception de copie privée, apparue en 1997 et entrée en vigueur le 19 mars 1998 au Canada, alors qu'elle existait en Allemagne depuis 1965¹⁷, est une licence légale en ce qu'elle prévoit une rémunération en contrepartie de l'exercice d'un droit qui est de prime abord exclusivement réservé à l'auteur. Le droit dont on prive l'auteur, c'est le droit de reproduction prévu à l'article 3 de la loi, et celui-ci uniquement. Ses autres prérogatives restent, en principe, intactes. De plus, nous pourrions nous apercevoir que ce n'est que

de phonogrammes. Licence légale et rémunération équitable », *JCL*, fascicule 1450, point 2.

15. Exécution publique d'enregistrements sonores, 1998-2002, (1999) 3 C.P.R. (4d) 350, 359 cité dans S. Martin, « Rémunération équitable : l'équité pour qui ? » dans Ysolde Gendreau (dir.), *Institutions administratives du droit d'auteur* (Cowansville, Yvon Blais), 2002.
16. Stan J. Liebowitz, « Alternative copyright systems : The problems with a compulsory license », (2004) *IPcentral review*, vol. 1, n° 2.
17. Stefan Martin, « La rémunération pour copie privée » (1998), disponible sur <<http://www.robic.ca/cpi/Cahiers/11-1/12Martin.html>

d'un quasi-droit de reproduction dont les utilisateurs bénéficient puisque la copie privée est grevée d'exceptions¹⁸.

La première question à se poser, c'est la manière dont on définira la reproduction. Reprenant les enseignements de l'arrêt *Théberge*¹⁹, nous considérerons, avec l'auteur Lucas, que « reproduire, c'est, au sens premier, copier ou fabriquer à l'identique »²⁰, c'est-à-dire, selon la jurisprudence, dupliquer. Quelle que soit l'interprétation que l'on retiendra, et comme le note le professeur Moysse, le droit de reproduction, à l'ère numérique²¹, est constamment violé et constamment invoqué²². Nous voyons donc apparaître ici les critères d'utilisation de masse et de guerre de prétextes dégagés précédemment. Ceci nous est confirmé de manière claire par les travaux parlementaires, où la ministre Robillard estime qu'« [I] est impossible de contrôler la copie privée et de rémunérer les titulaires des droits chaque fois que leurs œuvres sont reproduites. C'est pourquoi une redevance sera prélevée [...] afin de compenser les pertes encourues par les titulaires de droits d'auteur »²³.

18. André Bertrand, *La musique et le droit de Bach à Internet* (Editions Litec, 2002), p. 66 cité dans Olivier Masset, « L'exception à l'exception : quand les mesures techniques de protection interdisent la copie privée », (2004), disponible sur <http://www.juriscom.net/documents/pla20040727.pdf>, p. 3.
19. *Théberge c. Galerie d'Art du Petit Champlain inc.*, Cour suprême du Canada, 28 mars 2002, disponible en ligne à l'adresse <<http://www.canlii.org/ca/jug/csc/2002/2002csc34.html>>.
20. André et Henri-Jacques Lucas, *Traité de la propriété littéraire et artistique* (Paris, Litec, 1994), p. 217, cité dans Ysolde Gendreau, « Le droit de reproduction et l'Internet », (1998) *RIDA* 178, p. 9.
21. Sur la question de savoir dans quelles mesures l'on peut parler de reproduction dans un environnement numérique voir *Queneau*, TGI Paris, 5 mai 1997, (1997) *RIDA* 4, p. 265.
22. Pierre-Emmanuel Moysse, « Partager, c'est distribuer », Actes des journées d'étude de l'ALAI, Mexique, Oaxaca, 7-10 juin 2004 (à paraître), p. 7. À ce propos encore, voir Siva Vaidhyanathan, « Copyrights and copywrongs », chapitre 5, disponible sur <<http://homepages.nyu.edu/~sv24/Chapter5.PDF>> où l'on peut lire : « In the digital environment, one cannot gain access to a news story without making several copies of it. If I want to share my morning newspaper with a friend, I just give her the object. I do not need to make a copy. But in the digital world, I do. When I click on the web site that contains the news story, the code in my computer's random access memory is a copy. The source code in hypertext markup language is a copy. And the image of the story on the screen is a copy. If I want a friend to read the story as well, I must make another copy that is attached to an e-mail. The e-mail might sit as a copy on my friend's server. And then my friend would make a copy in her hard drive when receiving the e-mail, and others in RAM and on the screen while reading it. Copyright was designed to regulate only copying. It was not supposed to regulate one's rights to read or share ».
23. Travaux parlementaires, Projet de loi C-32, (opinion de Lucienne Robillard), disponible en ligne à l'adresse <http://www.parl.gc.ca/english/hansard/056_96-06-04/056GO2F.html#3438>.

La confrontation des parties avec la technique nouvelle (les cassettes audio) et, plus tard, avec l'ordinateur et l'Internet, est ici flagrante : c'est cette réalité technique, peut-être plus que les relations entre industries ou entre auteurs et utilisateurs, qui rend nécessaire l'élaboration d'une licence légale. Plus précisément, les querelles entre industries et éditeurs et, partant, entre auteurs et utilisateurs, ne naissent que parce qu'une réalité technique apparaît qui remet en cause l'équilibre entre les parties. Nous nous appuyons à nouveau sur les travaux parlementaires qui disposent : « Les modifications que le gouvernement propose aujourd'hui [...] nous permettront également de passer plus vite au défi que représentent les nouvelles technologies de distribution »²⁴. L'on comprend alors que l'existence de groupes d'intérêts différents est une condition nécessaire mais non suffisante pour établir une règle nouvelle.

Cette dernière ne devait pas forcément être la licence légale. Trois solutions au moins étaient possibles : la première aurait été de faire primer le droit des titulaires du droit, mais cela aurait créé un monopole qui aurait rendu le marché des industries de reproduction complètement cloisonné. En effet, accorder un droit de reproduction illimité aux titulaires leur aurait donné la possibilité de choisir de manière purement potestative si l'œuvre devait ou non être reproduite et partant de là, aucun fabricant de machines n'aurait pu exploiter son commerce s'il ne dépendait directement de la maison détentrice des droits. La deuxième solution aurait consisté en une décision politique, celle de privilégier la liberté de commerce. Toutefois, cela aurait désavantagé les auteurs dans une mesure déraisonnable, puisque cela aurait rendu le droit de reproduction complètement désuet. Enfin, la troisième solution était de créer, pour la matière musicale, une nouvelle forme de licence légale. En l'occurrence, il s'agirait d'un régime de copie privée. Cela permettrait, selon les partisans de cette solution, d'équilibrer les droits des auteurs et des utilisateurs.

1.2.2 *Droit positif*

C'est aux articles 79 à 88 de la loi que l'on peut trouver le cœur du régime de copie privée. Nous détaillons à ce stade de notre exposé la portée de ces articles dont nous reproduisons ci-dessous les plus importants à nos yeux, savoir, les articles 80 et 81 :

80. (1) Sous réserve du paragraphe (2), ne constitue pas une violation du droit d'auteur protégeant tant l'enregistrement

24. *Ibid.*

sonore que l'œuvre musicale ou la prestation d'une œuvre musicale qui le constituent, le fait de reproduire pour usage privé l'intégralité ou toute partie importante de cet enregistrement sonore, de cette œuvre ou de cette prestation sur un support audio.

(2) Le paragraphe (1) ne s'applique pas à la reproduction de l'intégralité ou de toute partie importante d'un enregistrement sonore, ou de l'œuvre musicale ou de la prestation d'une œuvre musicale qui le constituent, sur un support audio pour les usages suivants :

- a) vente ou location, ou exposition commerciale ;
- b) distribution dans un but commercial ou non ;
- c) communication au public par télécommunication ;
- d) exécution ou représentation en public.

Arrêtons-nous un instant sur cet article car il nous permettra de mieux comprendre les développements ultérieurs. Le commentaire de l'auteur Tamaro sur la première partie de cet article est intéressant en ce que la ratio de la loi est présentée comme étant, du moins en partie, l'impossibilité matérielle de faire respecter le droit d'auteur. Il note : « One must nevertheless, admit that it was completely unrealistic to think that the owners of copyrights would enter private homes to prove the existence of unauthorized reproductions of their works »²⁵. Ce qui conforte l'idée, esquissée plus haut, que c'est la confrontation à la technique et à l'utilisation de masse qui rend nécessaire l'émergence d'un nouveau régime et non seulement la prise en considération des intérêts du public. Cet article comprend de nombreuses exceptions au régime. Le droit de reproduction n'est donc pas transféré aux utilisateurs contre rémunération, des conditions s'appliquent.

L'article 81 quant à lui dispose :

81. (1) Conformément à la présente partie et sous réserve de ses autres dispositions, les auteurs, artistes-interprètes et producteurs admissibles ont droit, pour la copie à usage privé

25. Normand Tamaro, *Copyright Act* (2002, Toronto, Carswell), p. 697.

d'enregistrements sonores ou d'œuvres musicales ou de prestations d'œuvres musicales qui les constituent, à une rémunération versée par le fabricant ou l'importateur de supports audio vierges.

(2) Les paragraphes 13(4) à (7) s'appliquent, avec les adaptations nécessaires, au droit conféré par le paragraphe (1) à l'auteur, à l'artiste-interprète et au producteur admissibles.

Premièrement, pour analyser ces articles, il nous faut déterminer leur champ d'application. Il s'agit des œuvres musicales, prestations ou enregistrements et uniquement cela. On comprendra difficilement l'exclusion des œuvres audio-visuelles d'autant que, comme nous le rappelle le professeur Martin, sur les 20 pays ayant adopté un régime de copie privée, seul le Canada a opéré une telle distinction²⁶.

L'enregistrement doit par ailleurs avoir été effectué sur un support audio. Celui-ci est défini à l'article 79 de la loi comme étant « tout support audio habituellement utilisé par les consommateurs pour reproduire des enregistrements sonores, à l'exception toutefois de ceux exclus par le règlement ». On notera à ce propos que le support audio habituellement utilisé par les utilisateurs a bien changé depuis 1997²⁷. Si, depuis le tarif concernant les années 2002-2003, l'on prévoit enfin la mémoire non amovible²⁸, ce qui était clairement visé dans la loi, c'étaient les cassettes audio analogiques. Depuis le format MP3, qui permet d'obtenir une copie plus compacte et d'une qualité égale, la cassette audio a perdu une très grande partie, sinon tout son intérêt. Remarquons encore que ce ne sont pas des catégories de personnes qui sont protégées mais le fait de l'enregistrement, quel qu'en soit donc l'« auteur ». Nous y reviendrons dans un premier temps dans l'analyse des limites puis dans la partie consacrée au monde numérique.

26. Stefan Martin, « La rémunération pour copie privée » (1998), disponible sur <<http://www.robic.ca/cpi/Cahiers/11-1/12Martin.html>>, p. 2.

27. Sur le sens du mot « habituellement », voir Michael Geist, *Internet law in Canada*, second edition (Captus Press, North York, 2001), p. 522-523 ; voir encore sur le changement des habitudes *Tarif des redevances à percevoir par la SCPCP, 2003, 2004 sur la vente de support audio vierges, au Canada, pour la copie pour usage privé d'enregistrements sonores ou d'œuvres musicales ou de prestations d'œuvres musicales qui les constituent*, Commission du droit d'auteur, 12 décembre 2003, disponible à l'adresse <<http://www.cb-cda.gc.ca/decisions/c12122003-b.pdf>>, p. 7.

28. *Ibid.*, art. 3d).

Deuxièmement, il nous faut voir comment s'articulent ces articles. Ce qui est curieux, c'est de voir que la copie privée génère une dette envers les auteurs, artistes-interprètes et producteurs. Or ce ne sont pas les « copistes » qui paient mais plutôt le fabricant ou l'importateur de support audio. Il nous semble que voilà une preuve légale que le concept d'« utilisateur » est resté un prétexte. C'est la revendication des fabricants qui est admise dans le régime de copie privée et c'est pour cela que l'obligation y afférente s'applique à elles même si, en définitive, elles font supporter ce coût à l'utilisateur final.

Concernant la rémunération à proprement parler, on suivra utilement les remarques générales de David Vaver, qui explique que le système de rémunération équitable sur les supports audio vierges ne permet pas nécessairement d'atteindre le but recherché²⁹ d'autant que sa conformité aux obligations internationales du Canada est relativement douteuse³⁰. Plus particulièrement, le système de rémunération se décompose comme suit³¹ : un tarif pour la copie privée est fixé, puis publié dans la Gazette du Canada, d'année en année, par la Commission du droit d'auteur, sur proposition des différentes sociétés de gestion, en l'occurrence, pour la copie privée, la Société canadienne de perception de la copie privée (SCPCP). La SCPCP est ensuite, assez logiquement, chargée de percevoir les redevances provenant des fabricants et importateurs de supports audio vierges. Quant à la détermination du montant de la rémunération « équitable », il faut, selon le professeur Stefan Martin, considérer qu'il s'agit de la « recherche d'un équilibre entre l'intérêt particulier des auteurs et l'intérêt général »³².

1.2.3 Les droits concurrents

Le principe est donc posé. Reste qu'il faut analyser les exceptions prévues au paragraphe 80(2) de la loi car, comme nous l'avons

29. David Vaver, « The copyright amendments of 1997 : an overview », (1998) 12 *I.P.J.* 59-60, spécialement « those who record music are well protected but nobody else is....and the contours of what is and what is not exempted from the levy are quite arbitrary ». Sur ce point encore, on consultera utilement Marnie McCall, « Taxing tape : who's zoomin' who ? », p. 1-7 dans X., *Copyright reform : The Package, the policy and the politics* (1996, Insight, Toronto), p. 123.

30. Benoît Clermont, « Parties II et VIII de la Loi sur le droit d'auteur : Le Canada respecte-t-il ses obligations internationales ? », (1998-99) *Les cahiers de propriété intellectuelle*, p. 323 et s.

31. Marc Baribeau, *Principes généraux de la loi sur le droit d'auteur* (Les publications du Québec, Sainte-Foy, 2002), p. 83.

32. S. Martin, « Rémunération équitable : l'équité pour qui ? », dans Ysolde Gendreau (dir.), *Institutions administratives du droit d'auteur* (Cowansville, Yvon Blais, 2002), p. 433.

noté, la copie privée est un démembrement du droit de reproduction. Malheureusement, tandis qu'une jurisprudence fournie existe sur ces questions dans le domaine numérique, celle-ci est quasi-inexistante dans le domaine traditionnel de la copie privée, dont nous nous efforçons à dégager les principes.

La première exception, c'est la vente ou la location. Le droit de reproduction ayant notamment pour but de contrôler l'exploitation de l'œuvre, l'on comprendra aisément qu'il ne soit pas question de permettre ce type d'agissements. Au surplus, la perte pour l'auteur serait plus grande et la rémunération prévue ne serait alors plus équitable. Ici, il nous faut faire remarquer que même si, comme nous l'avons dégagé plus haut, c'est le fait de l'enregistrement qui est visé dans la loi, il nous semble qu'un vendeur/loueur d'enregistrements sonores ne bénéficiera pas au même titre que le particulier de ce régime, à moins bien sûr d'user du critère de la vente effective et non de la possibilité de vente. Nous ne nous attarderons pas plus sur la vente et la location subséquente à la copie privée.

La seconde exception, beaucoup plus problématique, est la distribution, commerciale ou non. Or, comme le note à juste titre Emmanuel Moyses, « le concept de distribution était un concept totalement étranger au droit canadien et le législateur n'en définit absolument pas les contours »³³. En l'absence de définition légale sur ce point et de jurisprudence pertinente, il nous semble falloir se reporter au sens commun de la distribution. La thèse défendue par Emmanuel Moyses est qu'il faut entendre par distribution, le partage. Soulignons que la loi n'ayant pas été taillée pour le phénomène numérique, nous comprendrons, à ce stade du raisonnement, la distribution comme le fait de fournir à plusieurs personnes l'original ou des copies tangibles d'une œuvre³⁴, ce qui nécessite un acte positif. Nous discuterons plus longuement dans la partie consacrée au numérique de la différence entre partage passif et actif.

Les deux dernières exceptions sont liées au concept de public et nous les traiterons sous cet angle. *Prima facie*, le public est constitué de plusieurs personnes. Mais *quid* d'une représentation théâtrale, offerte au public, mais à laquelle ne se présente effectivement qu'une seule personne ? *Quid* encore d'un cercle familial, constitué de plusieurs personnes, mais que l'on aura tendance à ne pas considérer

33. P.-E. Moyses, « Partager, c'est distribuer », *loc. cit.*, p. 13.

34. Déclaration commune concernant le TODA, articles 6 et 7, cité dans P.-E. Moyses, « Partager, c'est distribuer », *loc. cit.*, p. 17, note 36.

comme un public ? Des difficultés importantes sont soulevées par la notion même de public. Toutefois, il nous semble possible de déterminer communément ce que l'on entend par là, savoir, la communication ou l'exécution « ouverte, sans dissimulation, et au su de tous »³⁵. À tout le moins, l'on peut dire que tant l'exécution que la communication nécessitent, comme dans le domaine de la distribution, de poser une action³⁶.

Ce que nous voudrions montrer, c'est que lorsqu'une œuvre a fait l'objet d'une copie privée, ce qui pourrait subséquemment rendre cette reproduction illégale, c'est une situation d'activité, et non de passivité. Nous verrons dans la suite de cet exposé qu'il est possible, si l'on accepte ce postulat, de comprendre la jurisprudence canadienne en matière de partage de fichiers numériques à laquelle nous arrivons.

Pour terminer sur l'état du droit de la copie privée, nous devons encore déterminer sa nature. Est-ce un droit de l'utilisateur ou une exception au droit de reproduction ? Il semblerait qu'il n'y ait pas eu, au Canada, de réel débat sur le sujet. Pourtant, la nature de cette institution est une question cruciale pour sa compréhension. Plus spécialement, elle se présente comme déterminante pour savoir si les titulaires peuvent empêcher, par des moyens techniques, la copie de l'œuvre³⁷. Quelques jugements européens nous permettent de l'appréhender. Un premier jugement du tribunal de grande instance de Paris (ci-après TGI) dispose qu'il s'agit d'une exception stricte-

35. Définition tirée des Petit Robert, Black's law dictionary et Oxford reference dictionary cité dans *Tarif des droits à percevoir pour l'exécution ou la communication, au Canada, d'œuvres musicales ou dramatico-musicales, (Exécution publique d'œuvres musicales 1996,1997,1998)*, Commission du droit d'auteur, disponible à l'adresse <<http://www.cb-cda.gc.ca/decisions/m27101999-b.pdf>>, p. 29.

36. P.-E. Moyse, « La Loi canadienne sur le droit d'auteur doit-elle être repensée », (2001) disponible à l'adresse <<http://www.robic.ca/publications/Pdf/280-PEM.pdf>>, p. 6-7 spécialement : « Ainsi, son application permet de retenir une violation du droit d'auteur lorsqu'une personne, un utilisateur ou un éditeur prend l'initiative de cette émission. [les italiques sont nôtres] » pourtant l'auteur poursuit en visant spécialement le cas de la communication d'un fichier MP3 d'un ordinateur à un autre par le biais d'un logiciel de partage. Nous nous permettrons, humblement, de nous écarter de cette conclusion. La condition d'initiative faisant à notre avis défaut dans ce cas. Voyez la suite de cette étude (point 2.2.2).

37. Sur les mesures anti-copies voir Christophe Caron « Propriété littéraire et artistique – rémunération pour copie privée », (2001) *JCL*, fasc. 1510, point 7 ; A. Lucas, « Le droit d'auteur et protections techniques » dans ALAI (éd.), *Le droit d'auteur en cyberspace*, Amsterdam, Otto Cramwinckel, 1997, p. 348. Sur la possibilité de contourner ces mécanismes anti-copies, voir P-E Moyse et Éric Franchi, « Les dispositions tendant à interdire les appareils à contourner les mesures techniques anti-copies », (1996), disponible sur <www.robic.ca>.

ment circonscrite, et de conclure « que le législateur n'a pas ainsi entendu investir quiconque d'un droit de réaliser une copie privée de toute œuvre mais a organisé les conditions dans lesquelles la copie d'une œuvre échappe [...] au monopole détenu par les auteurs, consistant dans le droit exclusif d'autoriser ou d'interdire la reproduction de leurs œuvres »³⁸. Suivant de près le jugement du TGI, le tribunal de première instance de Bruxelles³⁹ (ci-après TPI) a soutenu le même type de raisonnement, toutefois il ajoute à cette justification celle tirée de l'adage *de minimis non curat praetor*. Ceci nous laisse quelque peu perplexe puisqu'il ne s'agit aujourd'hui, comme nous l'écrivions plus haut, plus du tout d'un phénomène négligeable mais bien d'une réalité dont le droit doit s'occuper. Les deux tribunaux écartent l'argument selon lequel une rémunération était perçue qui fondait le droit, le TPI en disposant qu'il s'agissait de la contrepartie de la reconnaissance légale de l'exception, le TGI interprétant plutôt littéralement les termes de la loi.

Cette jurisprudence a toutefois été infirmée par la Cour d'appel de Paris. Dans une décision rendue le 22 avril 2005⁴⁰, celle-ci reconnaît que l'impossibilité pour la personne qui a licitement fait l'acquisition d'un DVD d'en faire une copie pour son usage personnel lui cause un préjudice. Il n'est pas certain cependant qu'elle ait considéré la copie privée comme droit et non plus seulement comme exception. Il nous semble que le débat sémantique présente un intérêt plutôt académique. L'intérêt de cette décision est précisément qu'elle ne s'interroge pas systématiquement sur la nature de l'institution mais plutôt sur sa cohérence interne. En l'occurrence, interdire la reproduction porte préjudice à l'utilisateur qui pensait pouvoir jouir de l'exception.

Aux termes de ces jugements, il est difficile de déterminer si la copie privée est une exception et non un droit⁴¹. Il nous faut toutefois relativiser ce constat dans la mesure où cette jurisprudence pourrait encore évoluer.

38. TGI Paris, 30 avril 2004 cité dans Gilles Carnoy, « Requiem pour la copie privée » (2004) disponible à l'adresse <www.businessandlaw.be/article750.html>, p. 2.

39. TPI Bruxelles, 25 mai 2004 cité dans G. Carnoy, « Requiem pour la copie privée », *ibid.*

40. C.A. Paris, 22 avril 2005.

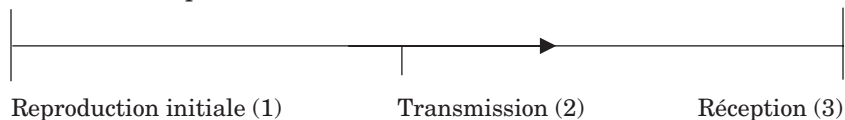
41. Olivier Masset, « L'exception à l'exception : quand les mesures techniques de protection interdisent la copie privée numérique », (2004), disponible à l'adresse <<http://www.juriscom.net/documents/pla20040727.pdf>>.

2. DE LA TECHNIQUE DANS L'APPLICATION DE LA LICENCE LÉGALE

Nous avons jusqu'ici dressé les circonstances dans lesquelles une licence légale naît, et illustré notre propos par l'examen du régime de copie privée. Nous avons vu que celle-ci découlait essentiellement d'une nouvelle technologie puisque de cette condition dépendent les autres. En effet, c'est la *technique* qui permet *l'utilisation de masse* et elle-même engendre une confrontation des prétextes que sont les *auteurs et les utilisateurs*. Nous avons essayé de montrer qu'une des réponses proposées par le droit d'auteur à l'évolution des techniques était la licence légale. La question désormais sera de savoir dans quelles mesures la technologie influe encore sur le mécanisme de rémunération équitable quant à son application. Pour y répondre, nous observerons comment réagit l'exception de copie privée dans le monde numérique. Deux applications d'une importance quantitative considérable nous permettront d'y arriver, savoir, le courrier électronique et le phénomène « peer-to-peer ».

2.1 Le courrier électronique

Nous commencerons par analyser le problème de la transmission d'une œuvre⁴² protégée par le droit d'auteur par le biais du courrier électronique. Il nous faudra pour ce faire scinder les moments. En effet, il faudra d'abord voir si la copie initiale faite en vue de l'envoi est légale, ce qui se passe pendant l'envoi et, enfin, ce qui arrive chez la personne cible (3).



2.1.1 *Reproduction initiale*

La copie en vue de l'envoi pose le problème de la copie privée. Le régime prévu aux articles 79 et suivants de la loi peut-il s'appliquer ? Pour répondre à cette question, il faut déterminer si l'activité envisagée tombe sous le coup des limites énoncées au paragraphe 80(2). Il nous semble certain que, par principe, la copie faite sur un support privé est une copie privée et ce n'est que si l'emploi subséquent est

42. Rappelons ici qu'il ne s'agit que d'une œuvre qui rentre dans le champ d'application de la copie privée. S'il s'agit par exemple d'un vidéogramme, la question ne se posera pas dans le cadre des articles 79 et suivants de la loi.

prohibé que la copie elle-même le sera. En effet, toutes les limites énoncées au paragraphe 80(2) sont des actes postérieurs à la copie. D'aucuns ont cependant prétendu que, certains médias n'ayant pas été envisagés, la copie sur disque dur ou sur mémoire amovible ne pouvait être prise en compte⁴³. Pourtant, il ne nous semble pas que l'exception soit devenue injustifiée du seul fait de l'inadéquation des méthodes de perception des redevances. Le copiste opère sur le support choisi et c'est aux organismes chargés de la perception que revient la tâche de prendre en compte les nouvelles réalités technologiques. En ce sens, nous appuyons la décision de la Commission du droit d'auteur⁴⁴ tant dans le rejet de la thèse énoncée en partant du texte de loi que dans l'appréhension des nouvelles technologies⁴⁵.

Il ne nous apparaît donc pas possible de décider *a priori* si la copie est illégale ou non.

2.1.2 *Transmission*

En outre, et par là nous abordons le deuxième moment, celui de l'envoi proprement dit, il nous faut noter que, dans la même décision, la Commission du droit d'auteur déclare : « La copie du dernier succès de l'interprète de l'heure faite en vue de la donner à un ami viole toujours le droit d'auteur puisqu'il ne s'agit pas d'une copie pour usage privé. La distribution de cette même copie à des amis en ligne est elle aussi interdite »⁴⁶.

Il est difficile de comprendre ce que la Commission a voulu dire. En effet, alors que la Commission se défend (et défend à tous) expressément d'ajouter une condition à l'article 80 concernant les supports, elle ne s'en prive pas pour la nature même de la copie privée. La seule manière de recouvrer un peu de logique à ce propos est de considérer que la Commission tient pour acquis que le fait de « donner à un ami » est compris dans l'une des exceptions prévues au paragraphe 80(2). Les vente, location et exécution publique sont exclues logiquement. Il nous faut donc analyser si la communication projetée est faite « au public » ou s'il s'agit de l'exception de distribution.

43. P-E Moyse, « Partager c'est distribuer », *loc. cit.*, p. 10.

44. *Tarif des redevances à percevoir par la SCPCP, 2003 et 2004 sur la vente de supports audio vierges, au Canada, pour la copie pour usage privé d'enregistrements sonores ou d'œuvres musicales ou de prestations d'œuvres musicales qui les constituent, Commission du droit d'auteur, 12 décembre 2003*, précité, note 14, p. 21.

45. *Ibid.*, p. 63 où il est question de la mémoire non amovible, comprenez, le disque dur.

46. *Ibid.*, p. 20.

2.1.2.1 Communication au public par télécommunication

On pourrait déjà rejeter facilement cette exception dans le cas d'un don manuel à un ami puisque la communication n'est pas opérée par le moyen de télécommunication. Pour ce qui est du courriel, il nous faut déterminer s'il y a effectivement un public. Comme nous l'avons déjà esquissé, la communication se fait au public lorsqu'elle est « ouverte, sans dissimulation, et au su de tous »⁴⁷. Il nous semble donc que bien qu'il y ait communication par télécommunications, le public est absent, puisque la communication se fait de point à point.

Pour appuyer nos dires, nous nous baserons sur l'« affaire Tarif 22 », dans laquelle nous pouvons lire :

[...] Cela dit, il faut que la personne qui rend disponible un fichier ait eu l'intention qu'un segment quelconque du public, et plus qu'un seul destinataire, y ait accès pour que sa transmission constitue une communication au public. Par conséquent, une communication entre un seul expéditeur et un seul destinataire ne devient pas une communication au public uniquement parce qu'elle est effectuée hors du cadre domestique.⁴⁸ [Les italiques sont nôtres.]

De plus, dans l'affaire *CCH*, qui a fait l'objet d'une décision de la Cour suprême le 4 mars 2004, et qui traitait de la question de la communication par télécopieur d'un document provenant d'une bibliothèque, le jugement dispose :

[...] the fax transmissions were not telecommunications to the public because they « emanated from a single point and were each intended to be received at a single point » (par. 167). The Court of appeal agreed....I agree with these conclusions.⁴⁹

En conclusion, le courriel, dans sa forme classique (*point à point*), ne constitue pas une communication au public. Notons toutefois que l'exception ne sera pas toujours écartée. En effet, si un même courrier électronique est envoyé à plusieurs destinataires, il pourrait

47. Définition tirée des Petit Robert, Black's law dictionary et Oxford reference dictionary cité dans *Tarif des droits à percevoir pour l'exécution ou la communication, au Canada, d'œuvres musicales ou dramatico-musicales, (Exécution publique d'œuvres musicales 1996, 1997, 1998)*, op. cit., note 21, p. 29.

48. *Ibid.*, op. cit., note 21, p. 29-30.

49. *CCH Canadienne Limitée c. Barreau du Haut-Canada*, [2004] 1 R.C.S 339, par. 77-78.

y avoir un public⁵⁰. Pour terminer sur le problème des télécommunications au public, il nous semble intéressant de souligner que, dans ce dernier cas, le régime de la copie privée ne s'applique pas. Pourtant, une redevance a été payée sur le matériel utilisé. Nous arriverons donc à une situation où une personne paie pour bénéficier de la copie privée mais n'en bénéficiera finalement pas. Le droit de reproduction sera alors violé autant que le droit de communication au public. Il serait donc possible que les deux droits coexistent et justifient l'un et l'autre la réparation du dommage subi par l'auteur⁵¹. Ajoutons à cela la difficulté soulevée par la jurisprudence tout récemment⁵², selon laquelle un droit de perception a été reconnu à la SOCAN pour la communication au public, alors même que personne n'a pu établir avec certitude le débiteur de cette redevance, les fournisseurs d'accès Internet ayant été écartés. Les solutions sont peu nombreuses, la complexité est grande et peut s'accroître encore⁵³.

2.1.2.2 L'exception de distribution

Reste le « droit de distribution » qui pourrait être violé. Or, nous l'avons dit, il semblerait que le droit de distribution, s'il existe, porte sur des exemplaires tangibles. Pour résoudre ce problème, les professeurs Moyse et Christie proposent une interprétation extensive du concept de distribution⁵⁴. Ces auteurs s'opposent ainsi tant aux traités OMPI de 1996 qu'à la Directive européenne concernant l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information⁵⁵. Nous pensons que le professeur

50. *Ibid.*, par. 77 *in fine*, toutefois, selon nous, cette seule condition ne suffirait pas. Il faudrait en plus qu'il y ait eu intention de communiquer au public ou à un segment du public. Il semblerait bien que la controverse soit appelée à durer tant que les tribunaux n'auront pas pris position.

51. *Eros Équipe de recherche opérationnelle en santé inc. c. Conseillers en gestion et informatique C.G.I. inc.*, [2004] CF 178.

52. *Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c. Association canadienne des fournisseurs Internet*, (2004) CSC 45 (30 juin 2004) inédit, disponible sur <www.lexum.umontreal.ca>.

53. Imaginons qu'il y ait envoi d'un courriel, à la suite de l'achat de celui-ci, à plusieurs destinataires, contenant une œuvre protégée. Que cet email soit pourvu d'un système d'exécution automatique tel que l'œuvre est jouée sans intervention du destinataire. Nous voyons évidemment que la copie privée ne sera pas de la partie, par contre plusieurs droits seront violés et la solution sera loin d'être claire. La reproduction initiale sera illégale, il y aura communication au public et exécution publique.

54. P-E Moyse, « Partager c'est distribuer », *loc. cit.*, p. 17 ; Andrew Christie, « A proposal for simplifying United Kingdom Copyright Law », (2001) *E.P.R.*, p. 30-31.

55. Directive 2001/29/CE du parlement européen et du conseil du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans

Moyse a démontré la nécessité de cette interprétation extensive en faisant apparaître la singularité des relations numériques. De manière à la fois pragmatique et théorique, l'étude de A. Christie prouve que cette distinction est arbitraire en écrivant notamment :

As a result, literary, dramatic or musical material which only has an intangible embodiment, such as *ex tempore* speech or improvised music, is not protected, even though arguably as deserving of protection as a speech or composition that is written down prior to recitation or performance.⁵⁶

Il note encore que les développements techniques ultérieurs amèneront peut-être des œuvres dont la nature ne sera pas nécessairement aussi facilement transposable à l'intérieur de la relation tangible-intangible. Au surplus, certains systèmes juridiques ont déjà effacé ce critère de leurs législations.

Mais peut-être plus simplement, nous dirons que l'extension de la notion de distribution en matière de courrier électronique se justifie surtout au Canada parce qu'une décision de la Commission du droit d'auteur écarte la copie privée dans cette situation⁵⁷ et que les autres exceptions ne peuvent pas sérieusement être prises en compte. Nous suivrons donc cette solution en ce qui concerne le courrier électronique, et, plus généralement, toutes les fois où une personne transmet⁵⁸ à une autre personne, en dehors du cadre domestique, une œuvre protégée par le droit d'auteur qui a fait précédemment l'objet d'une copie privée. Une précision s'impose encore pour la bonne compréhension de la suite de notre exposé : la transmission en question doit être née du fait d'un acte positif de celui qui a copié l'œuvre. Selon nous, pour transmettre, il faut être actif. Nous verrons que cette assertion est une clé de lecture de la jurisprudence récente en matière d'échanges de fichiers.

la société de l'information, disponible à l'adresse <http://europa.eu.int/eur-lex/pri/fr/oj/dat/2001/l_167/l_16720010622fr0010019.p> voir spécialement l'article 4.

56. Andrew Christie, « A proposal for simplifying United Kingdom Copyright Law », *loc. cit.*, p. 31.
57. *Tarif des redevances à percevoir par la SCPCP, 2003 et 2004 sur la vente de supports audio vierges, au Canada, pour la copie pour usage privé d'enregistrements sonores ou d'œuvres musicales ou de prestations d'œuvres musicales qui les constituent*, précité note 28, p. 20.
58. Bruce A. Lehman and Information Infrastructure Task Force, *The report of the working group on intellectual property rights* (Library of Congress, 1995), p. 211 spécialement « such transmissions fall within the exclusive distribution right of the copyright owner ».

Si nous admettons après cette analyse que le régime de la copie privée ne peut s'appliquer, la reproduction initiale sera donc illégale. Ici, la solution est un peu plus simple en ce qui concerne un éventuel cumul de violations. En effet, nous le répétons, le droit de distribution n'existant pas comme prérogative de l'auteur, il ne peut donc être violé. La copie privée sera donc écartée et la reproduction initiale sera considérée comme illégale, laissant seul violé le droit de reproduction.

2.1.3 Réception

Nous avons jusqu'ici constaté que la personne qui envoie le courriel ne bénéficie pas du régime de la copie privée et est susceptible de violer un ou plusieurs droits de l'auteur sur son œuvre. Mais qu'advient-il lorsque cette copie (illégale) arrive chez la personne cible ? Le destinataire, tout à fait passif, peut-il garder la copie ?

Une première question peut être soulevée du fait que la personne qui reçoit la chanson ne l'a pas lui-même reproduite, au sens courant du terme, ce qui fait que l'on pourrait se demander si la protection de l'article 80 pourrait s'appliquer. Mais une précision technique s'impose. Puisque le courriel arrive non pas directement sur mon disque dur mais bien plutôt sur un serveur, il faudra que je reproduise l'œuvre sur mon disque dur en posant l'acte d'ouvrir ce fichier et de « télécharger » la pièce jointe. À ce moment, j'ai effectivement reproduit l'œuvre, mais à partir d'une copie illégale.

La solution à ce problème n'est pas simple. En France, on considère traditionnellement que si la copie initiale est illégale, la copie subséquente le sera aussi. À ce propos, Jérôme Passa écrit « quel que soit l'usage fait de la copie, celle-ci ne saurait être tenue pour licite dès lors qu'elle est réalisée à partir d'une reproduction illicite de l'œuvre »⁵⁹.

Au Canada par contre, il nous est permis de penser que la solution proposée est différente. En effet, la Commission du droit d'auteur avait déjà déterminé que :

la partie VIII (nda : de la loi sur le droit d'auteur, siège de la copie privée) n'exige pas que la copie d'origine soit une copie légale. Il n'est donc pas nécessaire de savoir si la source de la

59. Jérôme Passa, « Propriété littéraire et artistique – divers – Internet et droit d'auteur », (2001), *JCL*, fascicule 1970, n° 48.

pièce copiée est une piste appartenant au copiste, un CD emprunté, ou encore une piste téléchargée d'Internet.⁶⁰

La solution n'était alors que partielle puisque, comme l'écrivait Nicolas Vermeys à la suite de la publication de cette décision :

Il faut cependant garder à l'esprit que la Commission est un organisme administratif destiné à la gestion des redevances à accorder aux artistes en vertu de la Loi. Son interprétation de celle-ci, bien que persuasive, ne lie ainsi en rien les tribunaux. Il nous faudra donc attendre une décision de la Cour fédérale avant d'être fixé sur le statut du téléchargement de fichiers contrefaits...⁶¹

Or, il se fait que la Cour fédérale a entériné la position de la Commission dans l'affaire *BMG Canada Inc. c. John Doe*⁶², datée du 31 mars 2004, qui se réfère expressément à la décision de la Commission et lui donne, partant, une légitimité jurisprudentielle certaine. Il nous faut cependant noter que cette affaire a été portée en appel.

La décision qui a suivi a nuancé ces propositions sans toutefois les avoir condamnées. Si l'on constate, à la lecture de cet arrêt⁶³, que le juge Sexton a, en quelque sorte, réprimandé le juge Finckenstein de sa hardiesse, les éléments mis en avant par la Cour d'appel relèvent essentiellement de la forme. À tout le moins en ce qui concerne le présent propos, le par. 49 de l'arrêt de la Cour d'appel ne fait que rappeler la nécessité d'un examen approfondi des exceptions prévues au paragraphe 80(2)⁶⁴.

En conclusion sur ce point, nous pouvons dire qu'en principe, la reproduction d'une œuvre reçue par courriel à partir du serveur est licite au Canada. Ceci dit, comme nous l'avons fait remarquer plus

60. *Tarif des redevances à percevoir par la SCPCP, 2003, 2004 sur la vente de support audio vierges, au Canada, pour la copie pour usage privé d'enregistrements sonores ou d'œuvres musicales ou de prestations d'œuvres musicales qui les constituent*, précité, note 14, p. 20.

61. Nicolas Vermeys, « Au Canada, le téléchargement de MP3 sur les réseaux P2P peut-il être légal ? », (2004), disponible sur <www.juriscom.net>.

62. *BMG Canada Inc. c. John Doe*, (2004) FC 488, par. 25 qui dispose « Thus, downloading a song for personal use does not amount to infringement.... ».

63. *BMG Canada Inc. c. John Doe*, (2005) FCA 193 disponible à l'adresse <http://www.fcacaf.gc.ca/bulletins/whatsnew/A-203-04.pdf>. Nous ne nous concentrerons que sur la partie de cet arrêt qui concerne la violation du droit d'auteur (essentiellement les paragraphes 47 à 54).

64. *Ibid.*, par. 49 « ...he gave no consideration to the possible application of subsection 80(2) and the circumstances in which the defence of « private use » will not be available... ».

haut et comme le remarque la Cour d'appel, l'utilisation subséquente de cette reproduction peut la rendre illégale. On retombe alors dans le cercle que nous venons d'exposer, savoir une copie privée qui n'est privée que si son utilisation reste privée.

Le régime tel qu'institué pour le moment est donc inapte à gérer le phénomène du courrier électronique. En effet, si nous avons pu constater l'illégalité de l'envoi par courriel d'une œuvre protégée, le résultat de celui-ci n'est pas considéré comme une violation du droit d'auteur. C'est précisément du fait de la complexité de la technologie que le droit ne peut répondre adéquatement. De plus, les courriels que s'envoient les correspondants ne font l'objet d'aucun contrôle et ils sont protégés au titre de la correspondance privée. Si un régime a pu être dégagé, non seulement il est incohérent mais de plus, il est inapplicable. L'on voit ici une première ingérence de la technique dans le mécanisme de licence légale.

2.2 Le peer-to-peer

On a pu dire que le phénomène de l'échange de fichiers par le biais de logiciels tels que Kazaa ou Limewire s'essouffait. Une récente étude remet sérieusement en question cette assertion⁶⁵, bien que l'on ait pu écrire que son impact soit surévalué⁶⁶. Dans ce domaine encore, nous verrons que les conditions de naissance d'une licence légale sont réunies : la technique nouvelle (les logiciels d'échange), les conflits qui perdurent entre les auteurs et les utilisateurs⁶⁷ du fait de l'utilisation massive permise par la technique⁶⁸.

Le système général du P2P se décompose comme suit⁶⁹ : une personne recherche un fichier sur tous les ordinateurs connectés au réseau dont les utilisateurs ont préalablement placé des fichiers dans un « dossier partagé ». Le programme permet simplement à

65. Thomas Karagiannis, Andre Broido, Neville Brownlee, Kc Claffy, Michael Faloutsos, « Is P2P dying or just hiding ? », (2004), disponible à l'adresse <<http://www.caida.org/outreach/papers/2004/P2P-dying/P2P-dying.pdf>>.

66. Michael Geist, « Piercing the Peer-To-Peer Myths », (2004), disponible à l'adresse <<http://geistP2Pmythspartone.notlong.com>>.

67. L'affaire la plus connue mondialement ayant probablement été le litige *Napster v. A&M Records Inc.*, (2001) 239 F. Supp. 1004 (9^e circuit). Remarquons qu'il ne sera pas question ici de la responsabilité indirecte, à savoir celle des fournisseurs d'accès ou de moyens techniques pour des raisons de concision. Nous nous concentrerons donc sur l'influence des moyens techniques sur la licence légale.

68. Pour une excellente analyse du problème du peer-to-peer dans sa relation avec le droit d'auteur aux Etats-Unis, voir T. WU, « Copyright's communications policy », *loc. cit.*, p. 90-96.

69. *MGM Studios Inc. c. Grokster Ltd.*, 259 F. Supp. (2d), p. 1032-33 (USDC, Central district of California 2003).

cette personne de rechercher le fichier. La personne décide ensuite de télécharger l'œuvre à partir de l'ordinateur personnel d'un ou de plusieurs utilisateurs vers le sien propre. L'œuvre ne passe donc pas par un média, comme dans le cas du courriel (où le message est d'abord entreposé sur un serveur).

Nous allons pour comprendre ce mécanisme au regard du droit d'auteur déterminer si la personne qui télécharge commet une violation du droit d'auteur et tenter de cerner la situation de l'ordinateur hôte.

2.2.1 La réception comme copie privée

Comme nous l'avons déjà noté en ce qui concerne le courrier électronique⁷⁰, la Commission du droit d'auteur, suivie de la Cour fédérale, ont refusé de considérer la source du matériel copié et ce, en tenant compte du phénomène numérique et des logiciels d'échange de fichiers. L'œuvre téléchargée sur Internet par le biais d'un réseau peer-to-peer est donc considérée, dans l'état actuel du droit canadien, et du moment que celle-ci entre dans la qualification légale de l'« enregistrement sonore [...] l'œuvre musicale ou la prestation d'une œuvre musicale qui le constituent » comme une copie privée. L'utilisation subséquente peut par contre la disqualifier. Si l'on vend les fichiers téléchargés sur Internet par exemple, la copie privée sera écartée. Notons qu'un problème intéressant peut se poser : qu'en est-il si l'on grave les fichiers sur un disque compact que l'on vend subséquemment ? Dans la pureté des principes dégagés, le disque compact serait une reproduction illégale, mais les fichiers qui sont restés sur mon ordinateur demeureraient de simples copies privées. Si la discussion est quelque peu académique en ce qu'il sera probablement très difficile de savoir d'où proviennent les fichiers gravés sur le disque compact, cette situation nous semble emblématique de ce que le législateur, malgré l'instauration d'une licence légale, voit la technique encore une fois le dépasser.

Nous noterons pour terminer sur ce point que ce n'est pas l'utilisation du logiciel dans sa globalité qui est permise à ce stade de notre raisonnement. D'une part, il ne faudrait user que de fichiers musicaux. D'autre part, il nous faut encore voir si la législation et la jurisprudence canadienne permettent la mise à disposition de fichiers sur l'ordinateur hôte.

70. Voir notes 54 et 56.

2.2.2 Le défi de la passivité

Un problème d'une rare complexité se pose lorsque l'on examine le cas de la personne qui met à disposition des fichiers protégés par droit d'auteur. Le siège de la difficulté, c'est de qualifier son acte : reste-t-il, en plaçant les fichiers dans son dossier partagé, dans le domaine privé ? Se trouve-t-il dans le cas d'une distribution ? À ce propos, on a pu écrire en France que :

[L']exception de copie privée a été imaginée pour un monde analogique où les copies étaient rares et difficiles alors qu'elles sont devenues courantes et pratiques dans le nouvel environnement numérique. Les termes d'usage privé du copiste et d'utilisation non collective laissent tout autant rêveur quand l'instantanéité et la mutualisation des capacités effacent naturellement toute frontière entre le privé et le public, entre le collectif et le non collectif.⁷¹

Le critère d'utilisation collective n'existant pas, en tant que tel, au Canada, l'on s'abstiendra de conclure trop vite. Mais le constat ainsi dressé nous semble paradigmatique de notre sujet. La technique s'est développée et malgré la volonté affirmée de s'en accommoder, la loi ne peut y répondre adéquatement.

La loi ne fournissant pas de réponse claire à notre question, il nous faut nous tourner vers la jurisprudence, spécialement l'arrêt *BMG Canada c. John Doe*⁷² rendu par la Cour fédérale et son appel subséquent. Pour ce qui nous concerne, l'on reproduira utilement le paragraphe 28 de cet arrêt. Il dispose :

The mere fact of placing a copy on a shared directory in a computer where that copy can be accessed via a P2P service does not amount to distribution.⁷³

Et la justification de cette prise de position suit en ces termes :

Before it constitutes distribution, there must be a positive act by the owner of the shared directory, such as sending out the copies or advertising that they are available for copying.⁷⁴

71. Jean-Baptiste Soufron, « Le peer-to-peer face à la logique du droit d'auteur, Confrontation avec le droit d'auteur, Vers la nécessaire reconnaissance du droit du public » (2004), disponible à l'adresse <<http://www.uzine.net/article1999.html>>.

72. *BMG Canada c. John Doe*, précité, note 56.

73. *Ibid.*, par. 28.

74. *Ibid.*

Notons que la Cour d'appel fédérale a considéré que ce nécessaire « acte positif » ne ressortait pas clairement de la législation⁷⁵. Il nous semble toutefois que l'on peut raisonnablement induire de ce passage qu'il faut distinguer, comme en grammaire, l'actif du passif. Si la personne est active, qu'elle transmet un fichier, même de point à point, on pourra, en raisonnant comme on l'a fait en matière de courriel, considérer qu'elle pose un acte de distribution. Mais dans le cas où elle reste passive, rien ne peut lui être reproché dans l'état actuel de la jurisprudence. Le juge a ici réellement créé le droit et, dans le même temps, complété le dessin global du P2P au Canada, savoir qu'il n'est nullement répréhensible.

Le professeur Moyse, comme nous l'avons mentionné plus haut, plaide pour une interprétation plus large de la notion de distribution⁷⁶, une distribution comme partage. Si nous avons pu suivre ses conclusions en ce qui concerne la distinction entre la distribution d'œuvres tangibles ou intangibles, il ne nous semble pas que l'interprétation du juge Von Finckenstein doive être sanctionnée. La Cour d'appel n'a d'ailleurs fait montre que d'une certaine prudence. Elle n'a pas sanctionné cette interprétation, tout au plus l'a-t-elle relativisée. Si nous comprenons bien la nécessité d'une refonte des attributs du droit d'auteur, le droit positif de la copie privée nous apparaît avoir été appliqué parfaitement. Et c'est précisément de là que vient le problème. Tant qu'un éventuel droit de mise à disposition, dont nous reparlerons, ne sera pas mis dans le champ des prérogatives de l'auteur, le « quasi-droit de distribution » doit être cantonné à la transmission active, comme dégagé en matière de courrier électronique. Encore pourra-t-on discuter de l'opportunité d'une telle réforme.

Plus fondamentalement, il appert alors légitime de se poser certaines questions à la lumière des considérations finales en matière de courriel et de P2P.

Si l'interprétation jurisprudentielle nous semble convaincante, malgré le jugement d'appel, les questions qu'elle soulève sont plus délicates. La loi répond-elle au critère de neutralité technologique ? Les jugements analysés sont-ils encore garants de l'équilibre dans les relations entre l'auteur et les utilisateurs ? La réponse variera probablement en fonction de la compréhension que l'on a d'un mécanisme de licence légale. Soit l'on considère que, quelle que soit la licence instituée, elle ne peut être qu'inscrite dans l'état technolo-

75. *BMG Canada Inc. c. John Doe*, 2005 FCA 193, au paragraphe 52.

76. P-E Moyse, « Partager c'est distribuer », *loc. cit.*, p. 20.

gique du moment où elle est mise en place et, partant, on la considérera comme une restriction au droit d'auteur, fondée uniquement sur l'impossibilité de contrôle, qui nécessite une indemnisation⁷⁷. Soit l'on envisage la possibilité que le droit de l'auteur sur son œuvre est lui-même tributaire des évolutions techniques et, en ce sens, que la licence légale pourrait être plutôt appréhendée comme la solution à un problème récurrent du droit d'auteur⁷⁸. Pour qu'elle puisse l'être, il faudrait alors l'étendre plutôt que la restreindre⁷⁹. Ceci aurait alors pour effet de transformer le droit de l'auteur en un droit à la rémunération d'une création. Il s'agira donc d'une question de politique juridique, bien plus que celle de l'application rigide ou non du droit positif⁸⁰. Nous plaiderons volontiers pour la seconde branche de l'alternative en ce qu'elle permet une plus grande diffusion de l'œuvre et une plus grande prévisibilité pour les utilisateurs tout en préservant l'auteur.

3. POLITIQUES DE LA LICENCE LÉGALE

Puisque nous avons vu, à travers le prisme de la copie privée, que la licence légale n'existait qu'en relation avec une conception donnée, qu'elle naissait et évoluait en fonction de la technique, il nous faudra maintenant mettre en perspective les initiatives qui visent à réguler le monde numérique. Deux conceptions peuvent voir le jour. La conception stricte selon laquelle il est possible de contrôler la technique par l'interdiction et une conception plus souple qui souhaite plutôt l'une ou l'autre forme de licence légale. Nous ne donnons ici que des indications sur certains projets en cours.

3.1 La loi comme renfort du droit d'auteur : une solution ?

Nous savons que le Canada a ratifié en décembre 1997 le traité OMPI sur le droit d'auteur. Son article 8 prévoit une nouvelle préro-

77. Y. Gaubiac, « Les nouveaux moyens techniques de reproduction et le droit d'auteur (II) », *loc. cit.*, p. 139.

78. Cette interprétation pourrait être appuyée par les travaux préparatoires de la loi incorporant la copie privée à la loi sur le droit d'auteur. Voir l'extrait reproduit plus haut qui fait l'objet de la note 22.

79. Pensons aux vidéos, textes, logiciels, etc...

80. Sur ce point, voir Jeremy F. DeBeer, « Canadian Copyright Law in Cyberspace : An examination of the Copyright Act in the context of the Internet », (2000), *Sask. L. Rev.*, 63, par. 2. Où l'auteur propose une autre distinction en ces termes : « In response to the latest technological phenomenon, two scholarly camps have emerged. The first group believes that current laws are largely sufficient to protect both users and creators of works on the Internet. The opposing view is that some degree of reform is necessary to afford owners of intellectual property adequate protection ».

gative pour l'auteur, celle de *la mise à disposition*⁸¹. Ce traité n'a pas encore fait l'objet d'une mise en œuvre législative. Il n'a donc, comme le rappelle la Cour suprême dans l'arrêt *Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c. Association canadienne des fournisseurs Internet*⁸², qu'une valeur d'indication. Toutefois, il semble que le Canada envisage la possibilité d'instaurer un tel droit en réponse à l'avènement des nouvelles technologies⁸³. Il pourrait être considéré que le droit de communication au public déjà accordé aux auteurs suffise à inclure le droit de mise à disposition ou qu'il faille réellement amender la loi pour inclure ce droit à la liste des droits détenus par les auteurs. De plus, les producteurs d'enregistrements sonores et les artistes interprètes pourraient également en bénéficier⁸⁴.

Si le droit de mise à disposition est effectivement accordé, il nous semble que le Canada serait plus porté par un élan de renfort au droit d'auteur que par le vent de la licence légale comme solution.

D'aucuns considèrent ce droit comme simplement garant d'une certaine cohérence quant au champ d'application du droit de communication au public⁸⁵. Il est encore possible de penser qu'il s'agit du miroir de l'exception de distribution ou encore d'un droit autonome. Nous croyons que, quelle que soit la définition retenue, cette prérogative pourrait être difficile à mettre en œuvre. Si la mise à disposition était incluse dans l'article 3 de la loi, tel qu'il est défini dans l'article 8 du traité OMPI, il serait possible de l'interpréter de telle manière que toute la réalité numérique, ou, à tout le moins, l'institution qu'est le peer-to-peer, dépende légalement de l'auteur⁸⁶.

81. Notons que le droit de mise à disposition est compris dans la Directive 2001/29/CE du parlement européen et du conseil du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information, *op. cit.*, art. 3.2.

82. *Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c. Association canadienne des fournisseurs Internet*, précité, note 47, par. 150.

83. Industrie Canada, Document de consultation sur les questions de droit d'auteur à l'ère numérique, juin 2001, disponible à l'adresse <http://strategis.ic.gc.ca/epic/internet/incrp-prda.nsf/fr/h_rp01102f.html> , partie 4.

84. Rapport d'étape sur la réforme du droit d'auteur – mars 2004, disponible sur <http://www.canadianheritage.gc.ca/progs/ac-ca/progs/pda-cpb/reform/index_f.cfm>, par.8. Ceci s'explique par le fait que les deux traités OMPI ne parlent pas de la même façon du droit de mise à disposition en différenciant les auteurs d'une part des producteurs et interprètes d'autre part.

85. J. F. DeBeer, « Canadian Copyright Law in Cyberspace : An examination of the Copyright Act in the context of the Internet », *loc. cit.*, par. 15-17.

86. Voir J. C. Ginsburg, « The (New ?) Right of Making Available to the Public » (2004), disponible à l'adresse <<http://lsr.nellco.org/cgi/viewcontent.cgi?article=>

Or, nous avons essayé de montrer dans ce texte que la technique ne pouvait être éludée, elle menace l'auteur. Si on évacue cette idée, il faudra s'attendre à une violation importante du droit d'auteur et ce, sans contrepartie. Et la *Recording Industry Association of America* (RIAA) pourra toujours tenter de poursuivre les coupables, jusqu'aux petites filles de douze ans⁸⁷, l'utilisation massive de ces systèmes dépassera plus que probablement leur pouvoir de contrôle. C'est d'ailleurs, comme nous l'avons vu, l'une des raisons avancées à l'époque pour l'instauration d'un système de licence légale en matière de copie privée. Et cela s'appliquera d'autant plus au monde numérique, le professeur Gervais écrivant :

The traditional exclusive rights that prohibit use of protected material seem almost impossible to apply in the Internet age. The exclusive right paradigm is gradually being replaced by a compensation paradigm and the focus is shifting from preventing unauthorized uses to getting paid for "authorized" – and unavoidable – uses.⁸⁸

Il nous serait donc proposé un droit qui serait voué à être violé en permanence.

Par ailleurs, la réforme du droit ne doit pas nécessairement prendre cette forme. Le professeur Ginsburg a pu très justement écrire que, devant les cours, lorsque les auteurs ont essayé d'imposer leur droit contre la technologie, ils ont généralement été perdants. Tandis que lorsqu'ils tentaient plutôt de percevoir une rémunération pour l'utilisation de leurs œuvres, ils étaient globalement gagnants⁸⁹. On peut encore noter, avec le professeur Fisher, que lorsque l'on a choisi, comme il est proposé de le faire ici, d'étendre les

1003&context=columbia/pllt>, p. 12. On notera que ce n'est pas le seul écueil que l'on pourrait voir apparaître, voir Association Canadienne des Radiodiffuseurs, Document sur la réforme du droit d'auteur, disponible à l'adresse <www.cab-acr.ca/french/research/04/sub_aug1604_3.pdf> qui semble témoigner de la crainte que ce nouveau droit empêche les radiodiffuseurs d'utiliser la technologie de diffusion par Internet. Pensons aussi aux liens hypertextes qui, jusqu'aujourd'hui au Canada, n'ont jamais été considérés comme une violation du droit d'auteur. *Le lien ne serait-il pas finalement une mise à disposition d'un contenu distant ?*

87. John Borland, « RIAA Settles with 12-year-old-girl », (2003), disponible sur <<http://news.com.com/2100-1027-5073717.html>> cité dans Valérie ALTER, « Building Rome in a day : What should we expect from the RIAA ? », (2003), *Hastings comm/Ent. L.J.*, vol. 26, n° 1, 158.

88. Daniel J. GERVAIS, « Transmissions of Music on the Internet : An Analysis of the Copyright Laws of Canada, France, Germany, Japan, the United Kingdom, and the United States », (2001) *Vand. J. Transnat'l L.*, 34, p. 1365

89. J. C. Ginsburg, « Copyright and control over new technologies of dissemination », *loc. cit.*, 1619-1630.

droits de manière législative, « it had other, substantial drawbacks : [...] high transaction costs ; and, most important, frustration of the opportunities for semiotic democracy latent in the new technologies »⁹⁰.

La somme de ces éléments nous amène à penser que la réforme projetée du droit d'auteur et peut-être le traité OMPI lui-même suivent une démarche qui, selon nous, relève d'une politique juridique dépassée. Envisager le droit d'auteur comme droit sanction n'apparaît plus adapté à la technique d'aujourd'hui. C'est la raison pour laquelle il est possible de prôner un droit d'auteur nouveau, qui s'accommoderait de la réalité numérique en transformant les usages prohibés non contrôlés en usages légitimes ouvrant le droit à la rémunération. Encore faudra-t-il déterminer s'il existe des possibilités ou des projets en ce sens.

Une solution à envisager serait d'introduire ce droit pour clarifier la situation en matière d'échanges de fichiers. Il s'agirait alors d'interdire ces échanges en principe⁹¹ mais, ne nous y trompons pas, il faudrait en même temps créer une licence légale associée à ce droit accordé aux auteurs, de manière à rencontrer les observations décrites ci-dessus.

3.2 Les projets de réconciliation : un aperçu

Pourquoi faudrait-il étendre le modèle de rémunération équitable ? L'une des réponses que nous pourrions avancer est le besoin de sécurité juridique. Le système dégagé plus haut en matière de courriel et de P2P est incohérent car il ne protège pas adéquatement les auteurs. D'un autre côté, tenter de réduire à néant les échanges de fichiers protégés par droit d'auteur semble irréalisable.

Il existe d'innombrables initiatives, certaines irréalistes, d'autres extrêmement sérieuses, qui visent à résoudre le problème posé par la technique. Nous pensons avoir montré que ni l'état du droit positif, ni les projets en cours au Canada ne sont à même d'appré-

90. William W. Fisher III, *Promises to keep : Technology, Law, and the Future of Entertainment* (Stanford University Press, Stanford, 2004), chapitre 6, p. 3 disponible à l'adresse <<http://cyber.law.harvard.edu/people/ffisher/PTKChapter6.pdf>>.

91. Ceci est actuellement à l'étude. M^{me} Hélène Scherrer, ministre du Patrimoine canadien, a en effet fait savoir que le gouvernement se pencherait sur la loi sur le droit d'auteur afin d'y adjoindre une telle interdiction. Voir Lise I. Beaudoin, « Téléchargement de fichiers musicaux légaux au Canada, Jugement contesté », (juin 2004) disponible à l'adresse <<http://www.barreau.qc.ca/journal/frameset.asp?article=journal/vol36/no10/telechargement.html>>.

hender la réalité numérique. Les projets existants tendent à une réconciliation du droit d'auteur avec les destinataires de l'œuvre, les utilisateurs. Le projet de loi en cours ne permet pas cette recherche d'équilibre ou, à tout le moins, ne parvient pas, même théoriquement, à la consacrer.

Le projet EFF⁹² constitue un excellent exemple. Partant de prémisses qui peuvent être discutées mais qui ont le mérite d'être claires, savoir le droit des artistes à la rémunération, la perpétuité du P2P, l'efficacité de ce type de transfert et la supériorité du marché sur l'intervention gouvernementale, cette institution propose un système de licence collective volontaire. Elle consisterait en la création d'une entité chargée de percevoir des redevances forfaitaires en l'échange desquelles elle autoriserait le téléchargement de fichiers. La somme des redevances serait alors redistribuée aux artistes selon la popularité de leurs œuvres⁹³. Il est par ailleurs prévu un droit pour les artistes de ne pas souscrire à ce régime⁹⁴.

Le modèle proposé par le professeur Litman est d'une remarquable intelligence. Anticipant les critiques d'un système qui serait essentiellement volontaire, comme dans le projet EFF, elle propose de combiner un système statutaire avec un système volontaire. Il serait alors possible de compenser les créateurs en éliminant les frais d'intermédiaires⁹⁵.

Ce type de licence préserverait selon nous tant les auteurs que les utilisateurs. Le constat pourrait être différent si nous n'avions pas dégagé dans cet exposé le critère d'utilisation de masse qui se maintient malgré les interdictions à travers les pays. De plus, on a pu très justement écrire que la licence collective peut être un outil

92. Electronic Frontier Foundation, « File-sharing : it's music to our Ears », disponible à l'adresse <http://www.eff.org/share/?f=collective_lic_wp.html>.

93. Ce qui serait rendu possible par des sociétés telles que Big champagne. Cependant, il est même possible aujourd'hui de penser atteindre la précision ultime en utilisant la technique du Digital Rights Management (DRM). Si cette technique a pu avoir pour but de limiter les échanges, il est tout à fait imaginable qu'elle permette de les réguler. À propos des DRM : Ian R. KERR, Alana MAURUSHAT et Christian S. TACIT, « Technical Protection Measures : Tilting at Copyright's Windmill », (2002 – 2003), *R.D. Ottawa*, 34, par. 62 et s. ; Austin RUSS, « Digital Management Rights Overview », disponible sur <<http://www.sans.org/rr/whitepapers/basics/434.php>>.

94. Voir sur ce point Jessica Litman, « Sharing and Stealing », (2004) disponible à l'adresse <<http://www.law.wayne.edu/litman/papers/sharing&stealing.pdf>>, p. 38 et 43 où l'auteur explique pourquoi il faut prévoir une telle réserve et quelles sont les solutions pour décourager les auteurs de se soustraire au système.

95. *Ibid.*, p. 40 et s.

estimable et productif pour traquer la fraude et renforcer le droit d'auteur⁹⁶.

Il existe encore d'autres initiatives, celles-ci purement privées et volontaristes, qui permettent théoriquement la pérennité des logiciels d'échanges sans la menace de la poursuite. L'on parle essentiellement aujourd'hui du projet SNOCAP⁹⁷, initié par le développeur de NAPSTER. Il s'agirait d'une plate-forme associée aux logiciels courants de P2P, fonctionnant selon la technologie des DRM, qui permettrait de savoir précisément quelle œuvre fait l'objet d'un transfert. À partir de là, il sera possible soit d'acheter le droit sur l'œuvre, soit d'abandonner le transfert⁹⁸. Il semblerait que les titulaires de droit soient séduits, encore faudra-t-il convaincre les développeurs de logiciels de partage.

La philosophie à la base de tous ces projets est la même : ce qui se passe est inéluctable. Plutôt que de continuer à alimenter la guerre, il apparaît nécessaire de trouver une solution équitable. Celle-ci pourrait partir du postulat suivant : il ne suffit pas de tolérer ce qui se passe en ligne mais plutôt de l'encourager tout en le régulant. La licence légale a fait ses preuves au fil des années⁹⁹, mais il faut l'adapter pour répondre à de nouveaux problèmes.

Cette manière de voir les choses est précisément celle à laquelle nous arrivons au terme de cette contribution.

4. CONCLUSIONS

Nous avons pu constater tout au long de cette étude que les licences légales sont ce que l'on veut en faire. Si on les considère effectivement comme des restrictions intolérables, il faudrait renforcer le droit d'auteur. Nous avons cependant vu que le renfort du droit ne permet pas, ou à tout le moins pas nécessairement, d'atteindre le

96. J. F. DeBeer, « Canadian Copyright Law in Cyberspace : An examination of the Copyright Act in the context of the Internet », *loc. cit.*, par. 46, note 159.

97. Alex Veiga, « Napster Creator Touts Legal File Sharing », 3 décembre 2004, disponible à l'adresse <<http://www.washingtonpost.com/wp-dyn/articles/A30404-2004Dec3.html?sub=new>>.

98. John Borland et Stéphanie Olsen, « Le fondateur de Napster prépare son retour en toute discrétion », (2004) disponible sur <<http://www.zdnet.fr/actualites/internet/0,39020774,39140244,00.htm>>.

99. D. Vaver, « La loi sur le droit d'auteur au Canada : le troisième millénaire », (1997), disponible sur <<http://www.robic.ca/cpi/Cahiers/10-1/07VaverW97.html>> spécialement la quatrième partie.

but recherché. C'est pourquoi nous croyons fermement que les licences obligatoires sont la solution à un problème récurrent du droit d'auteur, savoir la mise en présence de celui-ci avec la technique.

Elles permettent selon nous un juste équilibre entre les prétentions des auteurs et celles des utilisateurs. Il faut peut-être pour atteindre cet objectif muer notre conception du droit d'auteur en un droit à la rémunération d'une création. Mais est-ce réellement un problème ? Si les œuvres sont diffusées et qu'une rémunération est perçue, n'a-t-on pas respecté l'auteur ?

Comme nous l'avons dit, il s'agit en vérité d'une question de politique juridique. Mais peut-être n'avons-nous pas d'autres choix que la révolution des idées pour suivre la révolution technique. L'examen de la licence légale auquel nous nous sommes livrés a permis de dégager les conditions de sa naissance. En définitive, les problèmes aujourd'hui soulevés – et que l'on résout temporairement par la sémantique et la grammaire – constituent selon nous simplement les difficultés d'enfantement d'une nouvelle licence obligatoire. En effet, le monde numérique est la nouvelle technique qui permet, par l'échange de fichiers, une utilisation de masse qui engendre des conflits entre les auteurs et les utilisateurs. La réforme en cours du droit d'auteur canadien en vue de le conformer au traité OMPI semble nous diriger vers beaucoup de désordre dans la relation auteur/utilisateur.

Ces quelques considérations nous amènent à penser que les initiatives privées de réconciliation seront peut-être une alternative heureuse à la loi telle qu'il est proposé de la modifier. Une autre solution envisagée par certains est de répondre à la technique par la technique¹⁰⁰. Il s'agirait encore une fois de renforcer le droit d'auteur. Si cette proposition est probablement plus efficace que le renfort du droit à travers la loi, il n'en demeure pas moins qu'il s'agirait selon nous d'une réponse qui ferait peu cas des utilisateurs et qui, au surplus, resterait temporaire. C'est le problème du mur et du canon¹⁰¹. Quoi qu'il en soit, il est malsain que la sécurité juridique soit assurée par ce type de solution.

100. Krystin Maslog-Levis, « Sharman witness : Tech can control illegal swapping », 10 décembre 2004, disponible sur <http://news.com.com/2100-1027_3-5487934.html>.

101. On aura beau élever un mur plus haut et plus épais, la force du canon sera ajustée pour le percer.

Nous pensons qu'il faut admettre notre incapacité à réguler la technologie par des mécanismes traditionnels et dans le même temps, il faudrait préserver le droit à la technique. En définitive, pour passer harmonieusement de la technique au droit tout en préservant le droit à la technique, la licence légale se présente donc, encore une fois, comme la voie à emprunter.