

Vol. 22., n° 1

Un autre gadget ! Encore ? Cette fois, c'est la « slingbox »

René Pepin*

INTRODUCTION.	77
1. Description de l'appareil	79
2. Les critiques formulées à l'égard de la <i>slingbox</i>	81
3. Les questions juridiques en jeu	82
3.1 Y a-t-il reproduction d'une œuvre ?	82
3.2 L'appareil exécute-t-il une œuvre en public ?	88
3.3 L'appareil communique-t-il au public une œuvre par télécommunication ?	89
3.4 Est-ce que le droit exclusif des détenteurs de droits d'auteur d'autoriser certain actes est respecté ?	91
3.5 Y a-t-il violation à une étape ultérieure ?	92
3.6 L'utilisation équitable constitue-t-elle un moyen de défense ?	93
CONCLUSION : <i>de lege ferenda</i> ?	96

© René Pepin, 2010.

* Professeur, faculté de droit, Université de Sherbrooke.

INTRODUCTION

On ne se surprend plus aujourd'hui de voir arriver sur le marché un nouveau gadget électronique. Depuis le début des années '80, où l'utilisation des ordinateurs dits personnels a commencé à se répandre dans presque tous les domaines, le rythme d'apparition de nouveaux appareils semble s'accélérer. On est bien loin des travaux de la Télécommission¹. Cette commission d'enquête fédérale, qui a effectué ses travaux à la fin des années '60 et au début des années '70, avait prédit la venue de grands bouleversements dans le monde des télécommunications. Mais, à l'époque, le public avait gardé l'impression qu'aucun des changements annoncés n'allait se réaliser, même à moyen terme. Grave erreur, s'il en fut une !

Dans le cas qui nous intéresse, il s'agit d'une invention qu'on ne peut qualifier de totalement nouvelle, puisqu'elle date de 2005. Mais sa popularité va grandissant². On dit que la nécessité est la mère de l'invention. La *slingbox* a en effet été mise au point par deux frères, Blake et Jason Kirkorian, grands amateurs de baseball, et grands supporters des Giants de San Francisco³. Leur travail les amenant à voyager souvent, ils ne pouvaient presque jamais voir les parties de baseball de leur club préféré. Ils ont donc cherché à mettre au point un appareil qui ferait en sorte qu'à partir de leur ordinateur, où qu'ils soient dans le monde, ils pourraient visionner ce qui était accessible sur leur appareil de télévision à la maison. Dans la problématique concernant le téléchargement de fichiers musicaux par internet, on a beaucoup parlé de « time-shifting ». Les person-

-
1. Voir *Univers sans distances. Rapport sur les télécommunications au Canada*, (Ottawa : Information Canada, 1971).
 2. La *slingbox* commence même à avoir de la compétition. La compagnie SageTV offre en vente le *Placeshifter* (www.sagetv.com), Orb Network offre le *MyCasting*, (www.orb.com) et Sony annonce le *Location-Free*, tous des appareils dont le fonctionnement se rapproche de celui de la *slingbox*.
 3. Voir Shekar Sathyanarayana, « Comment : Slingbox : Copyright, Fair Use, and Access to your Television Programming Anywhere in the World », (2007) 25 *John Marshall Journal of Computer & Information Law* 187, 187, et Dominic H. Rivers, « Paying for Cable in Boston, Watching it on a Laptop in L.A. : Does Slingbox Violate Federal Copyright Laws ? », (2007) 41 *Suffolk University Law Review* 159, 159.

nes accusées d'agir illégalement se sont défendues, entre autres en disant qu'elles ne faisaient qu'utiliser une nouvelle technologie pour écouter leur musique préférée en un autre temps⁴. Dans le cas qui nous intéresse, il s'agit exclusivement de « place-shifting ». La *slingbox*⁵ est un petit appareil qui relie un téléviseur à une connexion internet à haute vitesse. Il permet à une seule personne, à partir d'un ordinateur, de visionner ce qui se serait trouvé sur son écran de télévision, qu'il s'agisse d'une émission reçue par câble, ou par satellite, ou d'une émission déjà enregistrée sur un appareil vidéo numérique. Les émissions sont donc visionnées en « temps réel », sauf pour celles se trouvant sur un DVD. L'appareil semble gagner en popularité, en tout cas aux États-Unis. Nous n'avons pas trouvé de chiffres très récents quant au nombre d'appareils en utilisation, mais une étude de 2007 a montré qu'il est populaire surtout auprès des hommes, âgés entre 18 et 34 ans, et avides de nouveaux gadgets électroniques⁶. Son coût relativement peu élevé, à environ 200 \$, peut expliquer aussi sa popularité⁷.

Depuis son arrivée sur le marché aux États-Unis, la *slingbox* a suscité de l'inquiétude et de la grogne de la part de trois groupes de personnes : les détenteurs de droits d'auteur sur les œuvres diffusées à la télévision, les compagnies de câble et les propriétaires d'équipes de sport professionnel. Mais, à notre connaissance, elle n'a pas encore fait l'objet de poursuites devant les tribunaux. Au Canada, non seulement n'y a-t-il pas de litige devant un tribunal judiciaire, mais il semble qu'en doctrine aucun auteur n'ait jugé encore utile de se pencher sur les questions juridiques qu'elle peut susciter. C'est cette lacune que nous voulons combler. Notre objectif n'est pas de faire une analyse exhaustive de chacun des concepts juridiques qui peuvent être en cause lorsque quelqu'un utilise une *slingbox*. Ces analyses ont déjà été faites, pour la plupart. Notre objectif, plus modeste, est d'identifier, parmi les notions qu'on retrouve dans la *Loi*

4. C'est aussi l'argument qui fut utilisé avec succès dans l'affaire des appareils vidéo. Dans la décision *Sony*, décidée par la Cour suprême des États-Unis en 1984, le tribunal nous a semblé avoir été particulièrement influencé par des sondages montrant que les consommateurs utilisaient l'appareil surtout pour visionner des émissions enregistrées la veille : *Universal City Studios inc. c. Sony Corp of America* 464 U.S. 417.

5. Du verbe anglais « to sling », c'est-à-dire lancer rapidement, avec force. L'appareil relaie à un ordinateur l'information qu'il vient de recevoir.

6. Voir Sathyanarayana, *supra* note 3, à la p. 194. La revue *Fortune* (dans son édition du 25 mai 2009, à la p. 32) rapportait que la compagnie EchoStar, qui opère des satellites, s'était portée acquéreur de *Slingbox*, de façon à offrir davantage de choix à ses clients.

7. On peut consulter le site Internet de l'appareil au www.slingmedia.com.

sur le droit d'auteur (« la loi »)⁸, celles qui peuvent être mises en cause par l'utilisation de la *slingbox*.

1. Description de l'appareil

La *slingbox* est un petit appareil, un peu plus gros qu'une brique, qui se connecte à l'arrière d'un appareil de télévision. Il redirige le « signal » reçu par la télévision, au moyen d'une connexion à internet à haute vitesse, à un ordinateur standard ou portable⁹. L'installation se fait simplement : il suffit de relier la *slingbox* à la télévision, puis à un routeur, et télécharger sur l'ordinateur choisi le logiciel appelé *Slingplayer*. On devine, de la façon dont l'appareil fonctionne, que ses inventeurs ont cherché à éviter les conflits avec les lois de divers pays en matière de droit d'auteur. Ainsi, un seul ordinateur peut, à la fois, avoir accès à une *slingbox*, même si le logiciel a pu être installé sur plusieurs appareils. Il n'y a pas d'abonnement à quoi que ce soit, ni de frais mensuels. Il n'y a pas non plus de système capable d'enregistrer des émissions de télévision. Il n'y en a pas dans la *slingbox* elle-même, et cet appareil ne permet pas non plus à l'ordinateur qui reçoit le signal de l'enregistrer. L'utilisateur voit à l'écran de son ordinateur une représentation d'une télécommande pour la télévision, et il s'en sert comme il le ferait chez lui devant son téléviseur. Il peut regarder des émissions qui lui proviennent d'une antenne installée sur le toit de la maison, ou d'un signal reçu par satellite, ou d'une compagnie de câble, ou d'un DVR, c'est-à-dire d'un appareil vidéo numérique¹⁰. L'appareil sert donc pour le visionnement à distance des émissions de télévision. Mais il peut être utile aussi à l'intérieur d'une maison. Il permet, par exemple, de transformer un ordinateur en second appareil de télévision, et il peut servir à la personne qui reçoit des signaux de télévision par satellite,

8. L.R.C. (1985), ch. C-42 (ci-après la « LDA »). Le lecteur doit aussi réaliser qu'il y a une dimension de la problématique relative à la *slingbox* que nous avons volontairement laissée de côté. C'est celle de la réglementation possible par le CRTC. Cet organisme fédéral accorde les permis pour toutes les entreprises d'émission ou de réception de télécommunications. Il est bien possible qu'il puisse avoir compétence de se prononcer sur l'utilisation de cet appareil. Mais nous avons choisi de n'étudier que la problématique relative à la question des droits d'auteur. Le lecteur intéressé pourrait tout de même consulter l'avis du Conseil sur le sujet dans son *Avis public 2003-2 (17 janvier 2003) : Retransmission sur Internet : rapport au gouverneur en conseil, conformément au décret 2002-1043*.

9. Jessica L. Talar fait une bonne description de l'appareil. Voir « My Place or Yours : Copyright, Place-Shifting, & the Slingbox : a Legislative Proposal », (2007) 17 *Seton Hall Journal of Sports and Entertainment Law* 25, 28-9.

10. Voir M. BARTLEY, « Slingshot Television : a new Battleground for Technology and Content Holders ? », (2008) 48 *IDEA* 535, 540-1.

et qui doit normalement payer en fonction du nombre d'appareils de télévision récepteurs. Elle peut alors payer un seul abonnement et regarder la télévision à deux endroits dans la maison.

Ce qui est plus important pour nous cependant est de réaliser ce qui différencie la *slingbox* d'autres appareils électroniques qui ont fait les manchettes juridiques ces dernières années. Ce n'est pas un logiciel d'échange de fichiers audio ou vidéo, au contraire. Il ne s'agit pas de technologie dite P2P¹¹. Il s'agit plutôt d'un système qu'on pourrait qualifier de « moi à moi ». La question sera de savoir, évidemment, s'il est légal pour une personne de « manipuler » ainsi une œuvre destinée à être visionnée à la télévision, dans un marché donné. Peut-on la faire changer de support et d'endroit ? La *slingbox* n'est pas non plus un appareil de type TiVo, qui a suscité bien des inquiétudes lors de son apparition¹². Le TiVo est un enregistreur vidéo numérique capable de stocker un grand nombre d'émissions et qui permet à son propriétaire de les envoyer à d'autres destinataires. On a vu que la *slingbox* ne permet aucun enregistrement, même pas de courte durée. Ce n'est pas non plus un appareil de type RIO. Popularisé dans les années '90, il s'agissait d'un petit appareil qui permettait à son utilisateur d'y télécharger des fichiers musicaux numériques depuis son ordinateur. Les tribunaux américains y ont vu une forme d'utilisation équitable¹³. Le RIO faisait une copie de fichiers musicaux, mais seulement pour les transférer sur un autre support¹⁴. Cela était aussi conforme aux dispositions de la loi américaine appelée *Audio Home Recording Act*, adoptée en 1992 pour régler la question de la légalité des appareils radio munis de fentes pour recevoir une cassette permettant l'enregistrement de la

11. Cette technologie permet à son utilisateur d'échanger des fichiers avec d'autres personnes. Alors qu'ici il n'est question que de la possibilité pour la même personne de transférer les fichiers sur l'un ou l'autre des appareils qu'elle possède : télévision, ordinateur, ordinateur portable, téléphone cellulaire, ordinateur de poche, etc.

12. Un certain nombre de textes ont été consacrés au TiVo. On peut consulter notre texte « La seconde génération d'appareils vidéo et la Loi sur le droit d'auteur », (2003) 8 :2 *Lex electronica*, et les références qui y sont mentionnées.

13. *Recording Ind. Assn. of America c. Diamond Multimedia inc.*, 180 F3d 1072 (1999).

14. Le tribunal s'est exprimé ainsi (à la p. 1079) : « Rio [...] merely makes copies in order to render portable [...] those files that already reside on a user's hard drive. [...] Such copying is a paradigmatic non-commercial personal use ».

musique jouée à la radio¹⁵. On dit que c'est cette décision qui a ouvert la voie au fameux iPod de la compagnie Apple¹⁶.

2. LES CRITIQUES FORMULÉES À L'ÉGARD DE LA *SLINGBOX*

Ces critiques sont autant d'ordre économique que juridique. Ainsi, les compagnies de télévision par câble trouvent particulièrement inéquitable le fait qu'elles ont investi des milliards pour améliorer constamment leurs équipements, en remplaçant progressivement le câble coaxial par de la fibre optique, puis voir arriver une technologie qui permet aux consommateurs d'éviter de payer un abonnement pour pouvoir visionner la télévision à leur bureau ou dans une résidence secondaire¹⁷. Elles prétendent aussi que les *slingbox* devraient être réglementées par la FCC, l'équivalent américain du CRTC, puisque l'appareil fait de la retransmission d'émissions, activité pour laquelle il faut un permis. Dans le même sens, les compagnies de télévision par satellite prétendent que leur permis leur accorde exclusivement des droits relativement à la diffusion ou la retransmission de signaux de télévision. Elles seraient donc protégées tant par la loi américaine sur la radiodiffusion que celle sur le droit d'auteur¹⁸. Quant aux équipes de sport professionnel, elles font voir, très justement, que leur source principale de revenus se trouve dans les ententes de retransmission des matchs négociées avec des stations de radio, de télévision, ou des compagnies de câble ou de transmission par satellite. Ces ententes prévoient des zones de black-out, c'est-à-dire où les consommateurs ne peuvent voir à distance le match qui peut les intéresser. Pour eux, la *slingbox* permet de contourner ces ententes de black-out. De plus il mine les nouvelles ententes négociées avec des entreprises qui diffusent le signal de façon à ce qu'il puisse être reçu par un téléphone cellulaire ou les ordinateurs de poche de type Blackberry ou Palm.

15. La loi canadienne a été modifiée dans le même sens en 1998, aux articles 78 et suivants. Il s'agit de la partie VIII, intitulée « Copie pour usage privé ». On y prévoit qu'un tarif est perçu lors de la vente de supports audio vierges pour compenser la diminution des ventes de cassettes préenregistrées.

16. Voir Adi Schnaps, « Do Consumers Have the Right to Space-Shift, as They Do Time-Shift, Their Television Content? Intellectual Property Rights in the Face of New Technology », (2007) 17 *Seton Hall Journal of Sports and Entertainment Law* 51, 58-9.

17. Voir D. RIVERS, *supra*, note 3, à la p. 161. Un phénomène qui inquiète aussi est l'apparition sur Internet de « sling buddies », c'est-à-dire de personnes à la recherche de quelqu'un qui ne prévoit pas visionner tel match sportif, et qui accepterait alors de fournir « temporairement » son code d'accès.

18. Aux États-Unis, il s'agit du *Copyright Act*, Title 17 U.S.C.A., s. 101 et ss.

Enfin la *Motion Picture Association of America* n'est pas en reste. À son avis, l'utilisation de la *slingbox* viole ses droits d'auteur, parce qu'elle se trouve à « exhiber publiquement » une œuvre ou à l'« exécuter en public »¹⁹ ; de plus, elle viole ses ententes de type « licensing », c'est-à-dire avec des franchisés, et constitue une incitation à lui faire une concurrence déloyale²⁰.

3. LES QUESTIONS JURIDIQUES EN JEU

3.1 Y a-t-il reproduction d'une œuvre ?

Dans toute poursuite intentée pour violation de droits d'auteur, il y a une marche à suivre incontournable. Le poursuivant doit démontrer qu'il possède un droit d'auteur à l'égard d'une œuvre quelconque, et que l'un de ses droits exclusifs accordés par la loi a été violé. Au Canada, c'est l'article 3 de la loi qui est la principale disposition énumérant ces droits. Le premier, qui est aussi le plus important, est ainsi formulé : « Le droit d'auteur sur l'œuvre comporte le droit exclusif de produire ou reproduire [...] l'œuvre »²¹. « Re-produire » signifie produire plusieurs fois²². Il s'agit de multiplier les exemplaires d'une œuvre, qui seront offerts en vente au public. On doit donc d'abord se demander si la *slingbox* se trouve à reproduire, c'est-à-dire faire une copie de l'émission de télévision relayée à un ordinateur personnel.

À première vue, on serait justifié de penser qu'il n'y a pas de reproduction en cause ici. On a mentionné que les inventeurs de la *slingbox* ont pris soin de faire en sorte qu'elle ne soit pas dotée de capacité d'enregistrement. La jurisprudence de la Cour suprême du Canada est aussi à l'effet que, pour qu'on puisse parler de reproduction, il faut être en présence d'un nouvel exemplaire d'une œuvre. C'est ce qui était en jeu dans l'affaire *Théberge*²³. Des propriétaires d'une galerie d'art ont obtenu du peintre Claude Théberge le droit de

19. Au Canada, ce sont les articles 2.2 et 3 de la loi qui traitent de ces droits.

20. Voir S. Sathyanarayana, *supra*, note 3, à la p. 190.

21. Voir LDA, *supra*, note 8, paragraphe 3(1).

22. Le professeur Sunny Handa écrit : « Historically, reproduction has been used interchangeably with the notion of copying a work », dans *Copyright Law in Canada*, (Toronto : Butterworths, 2002), à la p. 196. Nos tribunaux ne font pas de distinction entre les mots « produire » et « reproduire ». En Angleterre, on a jugé que le mot « produire » avait si peu d'importance qu'on l'a éliminé de la loi en 1956. Voir Hugues G. Richard et Laurent Carrière, *Canadian Copyright Act Annotated*, (éd. feuilles mobiles) (Toronto : Carswell, 1993), vol. 1, à la p. 3-7.

23. *Théberge c. Galerie d'art du Petit Champlain inc.*, [2002] 2 R.C.S. 336.

fabriquer jusqu'à 10 000 affiches papier représentant diverses toiles qu'il a peintes. Ce qui a créé le litige, c'est qu'on a utilisé une technique alors encore peu répandue au Québec, par laquelle toute l'encre se trouvant sur l'affiche est enlevée, pour être appliquée sur un support ressemblant davantage à une vraie toile de peintre. Ce procédé permettait de les vendre à un meilleur prix. Théberge s'est plaint de violation de ses droits économiques et moraux. La Cour suprême a estimé, dans une opinion non unanime toutefois, qu'il n'y avait pas eu reproduction illégale de ses œuvres. Le juge Binnie s'est exprimé ainsi :

Là où on avait une seule affiche au départ, on a toujours une seule affiche. C'est l'image « fixée » dans l'encre qui est l'objet de la propriété intellectuelle et elle n'a pas été reproduite. Elle a été transférée d'un support à l'autre.²⁴

et :

Même en supposant que la substitution d'un nouveau support constitue une « fixation », il demeure que l'affiche originale continue d'exister dans l'affiche « fixée à nouveau ». Il n'y a aucune multiplication et la seule fixation ne constitue pas une violation de l'œuvre originale.²⁵

M. Théberge ne pouvait donc se plaindre que de violation de ses droits moraux, ce qui n'a pas été reçu avec plus de faveur. En effet, rien de ce qui a été fait n'était préjudiciable à son honneur ou à sa réputation, et les œuvres originales n'ont pas été déformées, mutilées ou autrement modifiées²⁶.

La décision de la Cour suprême semble bien claire sur la question qui nous intéresse. Il n'y a aucun enregistrement permanent de l'émission de télévision relayée qui soit fait, ni au niveau de la *slingbox*, ni au niveau de l'utilisateur de l'ordinateur qui regarde l'émission. Il reste tout de même une problématique qui doit être considérée avec soin. C'est la question de savoir si l'on peut dire que le seul fait que l'ordinateur de l'utilisateur reçoive temporairement un signal de télévision, le temps de l'afficher à l'écran, constitue une reproduction d'une œuvre. Cette question n'a pas été abordée dans l'affaire

24. *Ibid.*, au par. 38.

25. *Ibid.*, au par. 50.

26. Voir l'article 28.1 de la loi canadienne, qui restreint à ces situations les cas où un auteur peut plaider atteinte à ses droits moraux.

Théberge, et on ne peut pas dire que les termes employés par le juge Binnie permettent de la trancher. En effet, il lui était évident qu'on n'était toujours en présence que d'une seule œuvre, dont la création avait été permise. Lorsque l'encre avait été transférée sur une toile, il n'y avait plus rien sur l'affiche. Or, en l'occurrence, il y a une « œuvre » qui existe au niveau du téléviseur d'un propriétaire de *slingbox*, puisqu'elle peut être visionnée, et elle apparaît au même moment sur un écran d'ordinateur qui peut être à des centaines ou des milliers de kilomètres plus loin.

La question posée, on le voit, est de savoir si le fait de visionner quoi que ce soit à l'écran d'un ordinateur constitue légalement une reproduction d'une œuvre. Le bon sens nous dit que cela ne devrait pas être le cas. Quand on accède à un site Internet quelconque, on est en droit de penser qu'à tout le moins, on a le consentement implicite de la personne qui a rendu l'œuvre disponible sur Internet, à l'effet de la visionner. Il est facile de voir que la ligne à ne pas franchir est qu'on ne peut légalement télécharger une copie permanente de l'œuvre sur une disquette, une clé USB, ou sur le disque dur de l'ordinateur. On sait aussi que la loi exige deux conditions fondamentales pour qu'une œuvre soit protégée : l'originalité et l'existence dans une forme matérielle quelconque²⁷. Cela indique que le support matériel qui contient l'œuvre doit avoir un certain caractère de permanence. Mais nos tribunaux ne se sont pas encore prononcés spécifiquement sur la question.

En doctrine, le professeur Handa dit simplement que la question reste ouverte. Et les organismes gouvernementaux qui se sont penchés sur le sujet n'ont pas formulé de recommandations fermes sur ce point²⁸. David Vaver ne se prononce pas directement sur le sujet, sauf pour écrire « Live broadcasts or telecasts are considered fixed if they are recorded while being transmitted »²⁹. Ce qui laisse entendre qu'il n'y aurait pas violation de la loi dans le contexte de l'utilisation de la *slingbox*.

Aux États-Unis, il y a de la jurisprudence à l'effet que le visionnement d'un texte ou d'une image à l'écran d'un ordinateur implique qu'il y a reproduction d'une œuvre. Cela nous paraît surprenant. C'est que la loi américaine prévoit, à l'article 102, qu'une œuvre, pour

27. Voir le paragraphe 3(1) de la loi, où on mentionne le droit exclusif de produire ou reproduire l'œuvre « sous une forme matérielle quelconque ».

28. S. HANDA, *supra*, note 22, aux p. 241-3.

29. *Copyright Law* (Toronto : Irwin Law, 2000), à la p. 63.

être assujettie à la loi, doit être originale et être « fixed in any tangible medium of expression ». L'œuvre doit donc avoir un certain degré de permanence. L'article 101, pour sa part, qui énumère une série de définitions, est ainsi formulé en ce qui concerne le terme *fixed* :

A work is "fixed" in a tangible medium of expression when its embodiment [...] is sufficiently permanent or stable to permit it to be perceived, reproduced, or otherwise communicated for a period of more than transitory duration.³⁰

Il nous semble que l'intention du législateur est précisément de ne pas viser les œuvres qui ne peuvent être visionnées ou écoutées qu'une fois³¹. C'est ce qui se passe pour la *slingbox*. L'utilisateur, devant son ordinateur, voit une émission de télévision comme il le faisait avant l'ère des magnétoscopes. Une image apparaît une fraction de seconde à l'écran, puis est remplacée par une autre, et il n'en reste plus rien.

La décision la plus importante, à notre avis, a été rendue en 1993 par une cour d'appel. Elle impliquait un litige de nature commerciale entre deux compagnies œuvrant dans le domaine de l'informatique³². La compagnie MAI Systems fabriquait des ordinateurs, et avait mis au point un certain nombre de logiciels pouvant être utilisés sur eux. Peak Computer, pour sa part, effectuait l'entretien et la réparation des ordinateurs de ses clients, une centaine environ. Ce qui a donné naissance au litige est que des employés de MAI ont quitté l'entreprise et sont allés travailler chez Peak. MAI a accusé Peak de concurrence déloyale, de violation de ses marques de commerce et de violation de ses droits d'auteur sur ses logiciels. À ce sujet, on reprochait à Peak de prêter des ordinateurs de MAI à ses clients, d'utiliser ses logiciels sans permis et de faire fonctionner certains de ses logiciels qui étaient concédés sous licence à des clients

30. La loi définit aussi une « copie » comme étant un objet matériel dans lequel une œuvre est fixée, et au moyen duquel l'œuvre peut être perçue, reproduite ou autrement communiquée, directement ou avec l'aide d'une machine (notre traduction).

31. En fait, il serait plus exact de dire qu'une émission de télévision est emmagasinée une fraction de seconde dans une mémoire tampon qui se trouve dans la *slingbox* ou dans l'ordinateur de l'utilisateur. Mais cela est dû à des exigences techniques, c'est-à-dire pour éviter que l'utilisateur voie à l'occasion des images saccadées, parce que le signal envoyé serait affecté par des problèmes techniques. Cela ne devrait pas empêcher qu'on puisse considérer qu'au niveau juridique, l'œuvre n'est pas « enregistrée ».

32. *MAI Systems Corp. c. Peak Computer Inc.*, 991 F2d 511 (1993).

de Peak. C'est ce dernier élément qui est important pour nous. Selon MAI, sa licence d'utilisation permettait à ses clients d'utiliser les logiciels pour leurs propres besoins, donc de les faire fonctionner sur leurs ordinateurs, mais n'en permettait pas la copie par des tiers, comme Peak. Or, les employés de Peak, lorsqu'ils faisaient leur travail d'entretien ou de réparation d'ordinateurs, se trouvaient à ouvrir des logiciels, entre autres pour savoir où se trouvaient les difficultés éprouvées par les clients. C'est ainsi que s'est posée la question de savoir si le seul fait d'utiliser un logiciel, c'est-à-dire de le prendre dans le disque dur de l'ordinateur et de le transférer dans la mémoire vive, implique la création d'une copie au sens de la loi.

En première instance, la cour de district a été sans équivoque :

[...] the loading of copyrighted computer software from a storage medium (hard disk, floppy disk, or read only memory) into the memory of a central processing unit causes a copy to be made.³³

Pourtant, Peak a argué que la « copie » créée dans la mémoire vive³⁴ n'était pas « fixée », au sens de la loi. Elle n'avait pas le degré de permanence requis. Malgré cela, la cour d'appel a estimé que les employés de Peak, lorsqu'ils lançaient un logiciel suffisamment longtemps pour diagnostiquer les problèmes, créaient une représentation qui était :

sufficiently permanent or stable to permit it to be perceived, reproduced or otherwise communicated for a period of more than transitory duration.³⁵

La cour a tout de même noté qu'elle n'avait trouvé aucun arrêt affirmant spécifiquement que le seul fait de lancer un programme crée une « copie » au sens de la loi. Mais elle a estimé qu'il était assez clair que c'était le cas, vu que la copie créée dans la mémoire vive peut être « perceived, reproduced or otherwise communicated »³⁶.

33. *Ibid.*, à la p. 518.

34. Appelée aussi RAM, pour « Random Access Memory ».

35. *Supra*, note 32, à la p. 518.

36. *Ibid.*, à la p. 519. Après cette décision, le Congrès a amendé la loi de façon à en minimiser l'impact. Ainsi, on a créé une exonération pour les copies faites dans la mémoire d'un ordinateur de façon à pouvoir le réparer ou le mettre à jour. De même les fournisseurs d'accès ont été exonérés de responsabilité en ce qui concerne le contenu des fichiers transmis, lorsqu'ils agissent dans le cadre normal de leurs opérations. Voir M. BARTLEY, *supra* note 10, à la p. 542.

Des jugements dans le même sens ont été rendus en 1997 et 1999 par des cours de première instance.

Dans le premier cas³⁷, une entreprise appelée Northwest hébergeait le site Internet de l'association américaine des pompiers. Un des membres de l'association y a mis sans permission des images pouvant servir de fond d'écran pour ordinateur. La question qui s'est posée et qui nous intéresse était de savoir si Northwest violait la loi quand un internaute téléchargeait ces images. Selon Northwest, la transmission d'un fichier électronique se trouvant dans la mémoire vive de son ordinateur ne peut être une reproduction du fichier au sens de la loi, parce qu'il n'est pas « fixé », c'est-à-dire qu'il a une durée trop éphémère³⁸. Le tribunal n'a pas accepté cet argument. À son avis, en se basant sur les définitions dans la loi, on peut avancer qu'une œuvre est fixée dès qu'il en existe une copie qui peut être visualisée ou autrement communiquée de façon plus que transitoire. Il va même jusqu'à dire que même si un exemplaire d'une œuvre est transmis au même moment où elle est créée, il reste que l'internaute qui la reçoit est capable de la percevoir, par ses yeux ou ses oreilles, et donc elle est « fixée »³⁹.

Dans le second cas⁴⁰, une compagnie poursuivie pour avoir mis sur son site Internet un texte protégé par la loi a réagi en indiquant aux internautes que ledit texte était toujours disponible sur le réseau Internet et leur a fourni trois liens hypertextes pour le retrouver. L'une des questions qui se sont posées était de savoir si l'internaute qui accède à l'un de ces trois sites se trouve à violer la loi sur le droit d'auteur. Pour le déterminer, il fallait savoir si le fait de visionner à l'écran de l'ordinateur le texte en question implique qu'une copie ou une reproduction en est faite. Encore ici, le tribunal n'a pas hésité à écrire :

When a person browses a website, and by so doing displays the Handbook, a copy of the Handbook is made in the computer's random access memory, to permit viewing of the material.

37. *Marobie-FL Inc. c. Nat. Ass. of Fire Equipment Distributors*, 983 F.Supp. 1167 (1997).

38. Le tribunal écrit : « It is that copy in the RAM of Northwest's computer that is transmitted to the Internet user. Northwest argues that this copy is not a «copy» under the Act because it is not "fixed" » (à la p. 1177).

39. *Supra*, note 37, à la p. 1178.

40. *Intellectual Reserve Inc. c. Utah Lighthouse Ministry Inc.*, 75 F.Supp. 2d 1290 (1999).

And in making a copy, even a temporary one, the person who browsed infringes the copyright.⁴¹

À plus forte raison, la loi est violée si une personne imprime une copie du texte, ou en redirige le contenu vers un autre site web.

Pour notre part, nous croyons qu'il y a une différence non négligeable entre les cas que nous venons de rapporter et ce qui est en cause dans l'utilisation de la *slingbox*. C'est que, dans le cas où un logiciel est ouvert ou bien un internaute visionne une page web, les mêmes images ou textes peuvent être revus ou relus, autant de fois que l'utilisateur le désire. Ce n'est pas le cas pour la *slingbox* où, on l'a dit, l'utilisateur ne fait rien d'autre que voir ce qui serait apparu sur son écran de télévision. Le seul élément particulier est qu'il se trouve ailleurs dans le monde. Il nous semble que s'il y a illégalité commise, ce pourrait être à l'égard des règles du CRTC, non celles de la LDA⁴².

3.2 L'appareil exécute-t-il une œuvre en public ?

Le paragraphe 3(1) de la loi canadienne mentionne, dans la liste des droits exclusifs accordés aux détenteurs de droits d'auteur, celui d'exécuter l'œuvre en public. Il n'est pas difficile ici d'avancer que ce n'est pas ce que fait la *slingbox*. Cela a été clairement déterminé dès 1954 dans la fameuse décision *Canadian Admiral*⁴³, concernant le statut juridique des compagnies de télévision par câble face à la *Loi sur le droit d'auteur*. La compagnie Canadian Admiral, fabricant d'appareils de télévision, avait conclu une entente avec Radio-Canada afin que les matchs à domicile du club de football les Alouettes de Montréal soient radiodiffusés et ce, afin d'inciter les gens à se procurer un appareil. Elle s'était réservé les droits d'auteur sur ces matchs. Ce qui a amené le litige est que la compagnie de télévision par câble Rediffusion a capté le signal émis par ondes hertziennes à la tête de ligne de son système, et l'a retransmis à ses clients, comme elle le faisait pour les autres signaux émis par les stations de radio ou de télévision. Canadian Admiral a prétendu que ce faisant ses droits d'auteur ont été violés.

41. *Ibid.*, à la p. 1294.

42. En doctrine américaine, les avis sont partagés. Certains arrivent, avec hésitation, à la conclusion que les utilisateurs de la *slingbox* commettent une violation directe de la loi. Voir D. RIVERS, *supra*, note 3, à la p. 182, et M. BARTLEY, *supra*, note 10, à la p. 544. D'autres sont d'avis contraire, notamment l'auteur Sathyanarayana, *supra*, note 3, aux p. 195-6.

43. *Canadian Admiral inc. c. Rediffusion*, [1954] RCÉ 382.

Le juge Cameron, qui rendit la décision, a d'abord déterminé qu'il n'y avait pas d'œuvre au sens de la loi, parce que personne ne pouvait prétendre que ce qui se déroule sur le terrain de football était le fruit de son travail, et qu'aucun enregistrement du match n'était effectué⁴⁴. Mais il a poursuivi en disant qu'au cas où il aurait fait erreur sur ce point, il fallait se demander si une œuvre avait été représentée ou exécutée en public. Sur ce point, il a dit que Rediffusion se trouvait effectivement à représenter une œuvre, mais non en public. Car, au sens de la loi, « en public » signifie un endroit où le public en général peut se présenter sans invitation particulière⁴⁵. Comme un restaurant, le lobby d'un hôtel, un centre commercial, etc. En l'occurrence, même si le match était vu par des centaines ou des milliers de personnes, chacun le visionnait dans l'intimité de son foyer. Une personne qui invite quelques amis chez elle pour voir le match continue tout de même à le visionner « en privé »⁴⁶. La jurisprudence ultérieure n'a pas contredit la décision *Canadian Admiral* sur ce point, et la loi n'a pas été modifiée non plus.

3.3 L'appareil communique-t-il au public une œuvre par télécommunication ?

Ce droit exclusif est mentionné à l'alinéa 3(1) f) de la loi canadienne⁴⁷. À l'époque de la décision *Canadian Admiral*, cette disposition prévoyait le droit de « transmettre l'œuvre au moyen de la radiophonie ». La Cour de l'Échiquier avait estimé que la compagnie de câble ne violait pas cette disposition, étant donné que la radiodiffusion émet des ondes hertziennes dans l'air, alors qu'elle-même utilisait le câble coaxial⁴⁸. C'est pour contourner cette partie de la décision que la loi fut amendée, pour s'assurer que les détenteurs de droits d'auteur ont aussi un droit exclusif de transmettre leur œuvre au moyen de l'électronique. Mais la loi dit bien *transmettre* « au public » l'œuvre. Cela implique que l'œuvre est accessible simultanément à un grand nombre de personnes. Or, on a vu que les créateurs de la *slingbox* ont pris bien soin de faire en sorte qu'une seule personne par appareil puisse visionner les émissions de télévision.

44. *Ibid.*, aux par. 25 à 29 et 41 à 46.

45. *Ibid.*, aux par. 57 à 74.

46. Le juge écrit (au par. 73) : « I cannot see that even a large number of private performances, solely because of their numbers, can become public performances ».

47. Il est ainsi formulé : le droit exclusif « de communiquer au public, par télécommunication, une œuvre littéraire, dramatique, musicale ou artistique ».

48. Voir *supra*, note 43, aux par. 77 et 78.

C'est ce qui nous fait dire que l'alinéa 3(1) f) ne devrait pas poser de problème juridique dans le cas qui nous intéresse. La Cour suprême a d'ailleurs eu l'occasion de se prononcer sur le sens de cette disposition dans l'affaire *CCH*⁴⁹. En 2004, des éditeurs de volumes juridiques ont intenté un recours contre le barreau ontarien, qui gère la Great Library, à Toronto. Pour répondre aux désirs de la clientèle, ses employés offrent le service de photocopie et de transmission de documents, qu'il s'agisse d'arrêts, d'articles de doctrine, de textes de loi, etc. Selon le désir du client, les documents sont expédiés par courrier ou transmis par l'électronique. Une question importante qui s'est posée était de savoir si le texte publié des décisions des tribunaux était original au sens de la loi. On s'est demandé si le travail de mise en page effectué par les maisons d'édition était suffisamment original pour en faire une œuvre protégée. Mais les maisons d'édition ont aussi prétendu que le barreau violait l'alinéa 3(1) f) de la loi lorsqu'il transmettait par courriel ou autre moyen électronique des documents juridiques⁵⁰.

La juge en chef McLachlin a rendu l'opinion de la cour. Sur le point qui nous intéresse, elle a fait sienne l'opinion du juge de première instance, qui avait écrit que les transmissions par télécopieur n'équivalaient pas à une communication au public par télécommunication parce qu'elles « provenaient d'un seul point et étaient destinées à n'atteindre qu'un seul point »⁵¹. Elle a ajouté cependant que « la transmission répétée d'une copie d'une même œuvre à de nombreux destinataires pourrait constituer une communication au public »⁵². Cela pourrait théoriquement s'appliquer au cas qui nous intéresse. On pourrait prétendre que la *slingbox* transmet une seule œuvre, comme un film diffusé à la télévision, à plusieurs personnes, soit celles qui ont décidé de syntoniser cette chaîne. Mais à cela on pourrait répondre que chaque appareil ne retransmet l'œuvre qu'à une seule personne.

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

50. L'argument est formulé au par. 5 de la décision : « La transmission par télécopieur des œuvres des éditeurs par le Barreau constituait-elle une communication au public au sens de l'art. 3(1)(f) de la *Loi sur le droit d'auteur*, de sorte qu'elle constituait une violation du droit d'auteur ? ».

51. *Ibid.*, au par. 77.

52. *Ibid.*, au par. 78.

3.4 Est-ce que le droit exclusif des détenteurs de droits d'auteur d'autoriser certains actes est respecté ?

Ce droit est formulé à la fin du paragraphe 3(1) de la loi canadienne⁵³. À première vue, on peut penser que cela va de soi et ne peut pas poser de difficultés juridiques. En effet, les créateurs n'ont généralement pas les habiletés techniques pour faire de leur œuvre un produit fini offert au consommateur. Ils traitent donc avec des intermédiaires tels compagnies de disques ou maisons d'édition, à qui ils accordent la permission de reproduire leur œuvre en plusieurs exemplaires. Mais dans le monde moderne, ce droit a pris une grande importance. Par exemple, dans la problématique de l'échange de fichiers musicaux, on a dû se poser la question de savoir si les personnes qui rendent des fichiers disponibles, ou celles qui mettent au point des logiciels d'échanges de fichiers de type P2P, se trouvent à donner une autorisation de copier des œuvres que seuls les détenteurs de droits d'auteur peuvent accorder.

À notre avis, la notion d'autorisation ne devrait pas poser de difficultés dans le cas de la *slingbox*. C'est que la jurisprudence pertinente exige un lien assez fort, assez étroit, entre deux personnes pour qu'on puisse affirmer qu'au point de vue juridique une personne en autorise une autre à faire quelque chose. Les auteurs Gervais et Judd⁵⁴ ont bien résumé l'état du droit de la façon suivante. On peut distinguer deux types d'autorisation. On distingue l'autorisation active, lorsqu'une personne encourage activement une autre, ou donne la directive de poser un geste, ou approuve expressément un acte. On peut aussi parler d'autorisation, mais au sens passif, dans le cas où une personne omet d'exécuter une obligation de contrôle exigée par la loi, comme lorsqu'il existe une relation d'employeur et employé entre elles. On voit vite qu'il n'existe pas de relations de ce genre dans la problématique que nous étudions. Il n'y a certes pas de lien de maître à commettant entre les inventeurs de la *slingbox* et les consommateurs. Et on ne peut dire non plus qu'il y a un encouragement ou une approbation à ce qu'un acte illégal soit posé. Au contraire, on a vu que les inventeurs de l'appareil ont bien pris soin de

53. Le texte se lit comme suit : « Est inclus dans la présente définition le droit exclusif d'autoriser ces actes ».

54. D. Gervais et E. Judd, *Le droit de la propriété intellectuelle* (Toronto : Carswell, 2006), aux p. 62 et ss. Nous avons aussi traité de la notion d'autorisation dans la présente revue. Voir (2009), 21 *CPI*, aux p. 163 et ss.

ne pas le doter de capacité d'enregistrement, pour éviter les ennuis juridiques⁵⁵.

3.5 Y a-t-il violation à une étape ultérieure ?

Cette notion est traitée au paragraphe 27(2) de notre loi. Le premier paragraphe est le complément de l'article 3, en ce sens qu'on confirme que constitue une violation du droit d'auteur l'accomplissement d'un acte que la loi réserve au titulaire du droit d'auteur. Le second paragraphe est à l'effet que constitue aussi une violation du droit d'auteur l'accomplissement de tout acte (comme la vente, la location, la mise en circulation de copies contrefaites) « alors que la personne qui accomplit l'acte sait ou devrait savoir que la production de l'exemplaire constitue une violation de ce droit ». Dans l'affaire *CCH*, la Cour suprême n'a pas eu à se prononcer sur l'application de ces termes⁵⁶. Car pour traiter de violation à une étape ultérieure, il faut nécessairement qu'il y ait eu une première violation. Il faut qu'un acte de contrefaçon ait été posé. Or, dans la décision *CCH*, le barreau ontarien n'a pas été jugé coupable d'avoir violé la loi en répondant aux demandes des clients, ni en mettant à leur disposition des appareils à photocopier. En Cour fédérale d'appel⁵⁷, les juges ne se sont pas entendus sur l'élément de la connaissance qu'une personne doit avoir du premier acte de contrefaçon. Le juge Rothstein a estimé que le barreau ontarien ne pouvait prétendre en défense qu'il croyait sincèrement, mais erronément, qu'il était exonéré par la notion d'utilisation équitable. L'erreur du barreau ne pouvait porter que sur des faits, par sur une question de droit⁵⁸. Son collègue le juge

55. On peut comparer cela à la situation opposée, où des compagnies ont lancé des logiciels d'échange de fichiers en mode P2P en invitant fortement les jeunes utilisateurs à s'en servir pour télécharger gratuitement leurs chansons préférées. C'est principalement la raison pour laquelle elles ont été reconnues coupables. Voir *Grokster, Metro-Goldwyn-Mayer Studios Inc. c. Grokster Ltd.*, (2005), 545 U.S. 913, allée jusqu'en Cour suprême aux États-Unis. Voici comment le juge Souter s'exprime dans les deux premières phrases de sa 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 » (aux p. 918-9).

56. Voir *supra*, note 49, au par. 82 : « Vu l'absence de violation initiale, il ne peut y avoir de violation à une étape ultérieure ».

57. [2002] 4 C.F. 213.

58. *Ibid.*, au par. 273, et surtout aux par. 278 et 282. Si on acceptait l'argument du barreau, « Le critère serait de savoir si l'auteur d'une violation ultérieure possédait cette croyance sincère et raisonnable et non si ses actes constituaient ou ne

Linden ne prit pas fermement position sur le sujet⁵⁹. Mais les juges s'entendent sur une chose essentielle. Pour que le paragraphe 27(1) s'applique, il faut absolument trois éléments : un premier acte de contrefaçon, une utilisation à une étape ultérieure, comme une vente ou mise en circulation, et un élément de connaissance. Il y a à notre avis au moins deux de ces éléments qui manquent dans le cas où un consommateur utilise la *slingbox*. Il ne nous semble pas y avoir de violation initiale, ni d'élément de connaissance.

3.6 L'utilisation équitable constitue-t-elle un moyen de défense ?

Enfin, on doit envisager l'hypothèse où, malgré notre perception du statut juridique de la *slingbox*, un tribunal en arriverait à la conclusion que l'appareil viole un ou plusieurs des droits conférés par la loi aux détenteurs de droits d'auteur sur ce qui est véhiculé à la télévision. Il faut alors se demander si l'une ou l'autre des exceptions prévues dans la LDA pourrait être plaidée avec succès. Il nous semble que la notion d'utilisation équitable serait tout à fait appropriée ici.

À première vue pourtant, cela ne semble pas être le cas. En effet, ce concept a été très peu utilisé au Canada, contrairement aux États-Unis, où la notion de *fair use* est systématiquement plaidée dans presque tous les litiges⁶⁰. Cela tient au fait que les articles de la loi canadienne qui en traitent sont particulièrement restrictifs⁶¹. La loi ne définit d'abord aucunement ce qu'est une utilisation équitable. Aucun critère n'est formulé pour aider la tâche des juges. Mais ce n'est pas tout. Pour qu'une défense d'utilisation équitable soit reçue, il faut montrer non seulement que l'utilisation que l'on a fait d'une œuvre peut être estimée équitable, mais, de plus, que l'œuvre a été utilisée « aux fins d'étude privée » ou « de recherche » ou « de critique ou de compte rendu »⁶².

constituaient pas une utilisation équitable. Rien dans la *Loi sur le droit d'auteur* ne donne ouverture à une interprétation qui permettrait de remplacer l'analyse de l'utilisation équitable par la question de savoir si le défendeur croyait sincèrement et raisonnablement que l'exemption pouvait s'appliquer. ».

59. *Ibid.*, au par. 121 : « [...] bien que je ne sois ni d'accord, ni en désaccord avec la longue analyse du juge Rothstein sur l'exigence de connaissance [...] ». C'est qu'à son avis il n'y avait pas suffisamment d'éléments de preuve pour lui permettre de déterminer si le barreau pouvait se prévaloir de l'exemption relative à l'utilisation équitable.

60. Pour une étude comparative des deux notions, voir Pierre El Khoury, *Le fair use et le Fair dealing. Étude de droit comparé*, (Montréal : Thémis, 2007).

61. Il s'agit des articles 29, 29.1 et 29.2.

62. Voir le texte des articles 29 et 29.1.

La Cour suprême a néanmoins insufflé un renouveau à la notion d'utilisation équitable dans la décision *CCH*. La juge McLachlin a d'abord fait la remarque selon laquelle on ne devait pas voir la notion d'utilisation équitable seulement comme un moyen de défense pouvant être plaidé après la preuve faite d'une violation de la loi. On doit plutôt la voir comme un élément de l'équilibre que la loi établit entre deux extrêmes : le public qui aimerait avoir accès à toutes les œuvres gratuitement, et les créateurs qui voudraient récolter des droits d'auteur pendant des siècles⁶³. Elle s'est ensuite déclarée d'accord avec l'analyse faite par le juge Linden, de la Cour d'appel, qui a identifié six éléments à considérer pour déterminer si on est en présence d'une utilisation équitable. Il s'agit 1) du but de l'utilisation, 2) sa nature, 3) son ampleur, 4) les solutions de rechange à l'utilisation, 5) la nature de l'œuvre en cause, et 6) l'effet de l'utilisation sur l'œuvre. Ce qui frappe quand on lit les propos de la juge McLachlin, c'est qu'elle a interprété largement ces notions, de sorte que le barreau ontarien a facilement été jugé comme visé par la notion d'utilisation équitable. Pourtant, rappelons-le, les clients de la Great Library pouvaient se faire expédier à peu près tout ce qu'ils réclamaient, pourvu qu'ils ne demandent pas la photocopie d'un livre au complet et qu'ils déclarent que la demande était faite à des fins personnelles.

En ce qui concerne le premier critère, le but de l'utilisation, le tribunal écrit, à propos des notions de recherche, d'étude privée et de critique, qu'« il ne faut pas interpréter ces fins restrictivement », et que « certaines utilisations, même à l'une des fins énumérées, peuvent être plus ou moins équitables que d'autres ; la recherche effectuée à des fins commerciales peut ne pas être aussi équitable que celle effectuée à des fins de bienfaisance »⁶⁴. On voit que la cour veut se garder une grande latitude dans l'application de ce concept. Dans le cas de la *slingbox*, il est certain que le consommateur typique ne regarde pas la télévision pour fins d'étude privée. D'autre part, cependant, il ne tente pas de tirer financièrement profit de son écoute télévisuelle.

En ce qui concerne la nature de l'utilisation, la cour dit qu'il faut examiner la manière dont l'œuvre a été utilisée, et qu'une utilisation tend à être inéquitable lorsque de multiples copies sont diffusées largement⁶⁵. Dans le cas qui nous intéresse, le consommateur

63. *CCH*, *supra*, note 49, au par. 48.

64. *Ibid.*, au par. 54.

65. *Ibid.*, au par. 55.

ne fait aucune copie des émissions regardées. Ce critère joue donc aussi en sa faveur.

Quant à l'ampleur de l'utilisation, on reconnaît qu'utiliser une œuvre entière peut être équitable, selon les circonstances. Il n'est donc pas fatal que la *slingbox* retransmette une émission en entier.

Le quatrième critère est celui de l'ampleur des solutions de rechange à l'utilisation. Par cela le tribunal entend qu'il regardera si un équivalent non protégé aurait pu être utilisé à la place de l'œuvre. Par exemple, on examinera si une critique aurait été tout aussi efficace sans la reproduction de l'œuvre protégée. Ce critère ne nous semble pas avoir d'application pour ce qui est de la *slingbox*. Le consommateur ne peut que visionner ce que son écran de télévision lui aurait montré.

Pour ce qui est du critère suivant, la nature de l'œuvre, c'est la même chose. Aux États-Unis, les tribunaux ont fait la différence entre des émissions de nouvelles ou d'affaires publiques, dont on doit tolérer presque toujours la reproduction, au nom de la liberté d'expression. Alors que les émissions de pur divertissement doivent être mieux protégées contre la copie⁶⁶. Mais, dans le cas de la *slingbox*, le consommateur n'a pas le loisir de se demander quelle émission il va enregistrer ou non. Il ne peut en enregistrer aucune.

Enfin, le dernier critère, l'effet de l'utilisation sur l'œuvre, est traditionnellement considéré le plus important⁶⁷. Comme le droit d'auteur, dans les pays de *common law*, a surtout une saveur économique, il faut regarder si les agissements incriminés causent un tort économique au détenteur du droit d'auteur sur l'œuvre. Est-ce que le chiffre de ses ventes a diminué ? Ou est-il empêché d'exploiter commercialement son œuvre dans un nouveau créneau, par exemple ? Dans l'affaire *CCH*, la Cour suprême n'a pas jugé que cet élément jouait contre les maisons d'édition, pour la simple et bonne raison qu'elles n'ont pas présenté de preuve à l'effet que le marché de leurs œuvres avait fléchi !⁶⁸. Pour la problématique qui nous intéresse, la seule chose qu'on pourrait reprocher aux utilisateurs de *slingbox* est

66. Voir la décision de la Cour suprême dans l'affaire des appareils vidéo *Universal City Studios c. Sony Corp of America*, *supra*, note 4.

67. Mais ce n'est plus la perception de la Cour suprême qui écrit : « Même si l'effet de l'utilisation sur le marché est un facteur important, ce n'est ni le seul ni le plus important » (voir au par. 59).

68. *Supra*, note 49, au par. 72. La chose est très surprenante, car, à notre avis, c'était possiblement l'élément de preuve le plus important à présenter.

qu'ils se trouvent à contourner les ententes d'exclusivité signées entre les propriétaires de clubs sportifs et les médias⁶⁹. Mais cela ne signifie pas pour autant que le consommateur qui utilise une *sling-box* a violé la loi. C'est une question qui relève davantage du CRTC que de la LDA.

CONCLUSION : de lege ferenda ?

L'affaire *Napster*, qui a éclaté au tournant du siècle, nous a forcés à réfléchir sur l'impact des nouvelles technologies au regard de la LDA. Initialement, l'industrie du divertissement a réagi en se cabrant, ce qui est tout naturel. Il n'est pas facile de voir comment le changement peut se faire vers des nouvelles façons de consommer les produits culturels. Dans les années '40 et au début des années '50⁷⁰, tout le monde prédisait la mort imminente des cinémas, tellement on était sûrs que la télévision allait enlever aux gens le goût de les fréquenter. Plus près de nous, les appareils vidéo ont été vus initialement comme un ennemi mortel pour les détenteurs de droits d'auteur sur les émissions diffusées à la télévision⁷¹. Mais, peu à peu, l'industrie réalise qu'en faisant certaines adaptations, comme en offrant de la musique en vente sur Internet, il y a moyen d'éviter le pire. On tente aussi de faire apporter des changements technologiques à des appareils pour se prémunir des fraudes à grande échelle.

C'est un peu ce qui risque de se passer pour la *slingbox*. Aux États-Unis, la FCC a adopté voici quelques années un règlement appelé *Broadcast Flag*. Cela s'est fait à la faveur du changement de la télévision diffusée en mode analogique vers la diffusion en mode numérique. La règle prévoyait que tout appareil récepteur fabriqué après 1995 devrait être muni d'un dispositif capable de déchiffrer un

69. Encore là, on pourrait démontrer qu'au point de vue financier, ce n'est pas dramatique. C'est un peu ce qui s'est passé lorsque les compagnies de câble se sont trouvées à relayer des émissions que les spectateurs n'auraient pu voir autrement, parce que la source du signal était trop éloignée. Initialement, les détenteurs de droits d'auteur sur les émissions diffusées à la télévision ont vu cela comme de la fraude. Mais quand ils ont réalisé que les compagnies de câble faisaient augmenter l'auditoire potentiel, ils se sont mis à réclamer davantage d'argent pour leurs droits d'auteur. Les stations de télévision, pour leur part, augmentent leurs tarifs pour la publicité, car elles peuvent démontrer que leurs émissions sont vues par un plus grand nombre de spectateurs.

70. La télévision est arrivée au Canada à l'automne de l'année 1952.

71. Jack Valenti, qui fut président pendant des décennies de la Motion Picture Association of America, a déjà dit de l'appareil vidéo : « I say to you that the VCR is to the American film producer and the American public as the Boston strangler is to the woman home alone ». Voir Adi Schnaps, *supra*, note 16, à la p. 85.

code (le *Broadcast Flag*) inclus dans une émission diffusée, spécifiant quel type de reproduction est autorisé pour cette émission. Cela a été déclaré invalide par les tribunaux suite à une attaque en règle par l'association américaine des bibliothécaires⁷². Mais rien n'empêche le Congrès d'adopter lui-même la même règle dans une loi. Le Congrès a d'ailleurs déjà examiné quelques projets de loi qui auraient eu un impact sur le statut juridique de la *slingbox*.

Ainsi, en 2004, des membres du Congrès ont présenté le *Inducing Infringement of Copyright Act*. Ce projet, s'il avait été adopté, aurait modifié l'article 501 de la loi américaine sur le droit d'auteur en ajoutant cette disposition : « whoever intentionally induces any violation identified in subsection (a) shall be liable as an infringer »⁷³. Le sous-paragraphe (a) auquel on réfère traite des droits exclusifs des détenteurs de droits d'auteur. L'objectif clair était d'imposer une responsabilité à toute personne reconnue coupable d'en avoir encouragé une autre à commettre un geste illégal. Dans le cas qui nous intéresse, la question devant les tribunaux serait alors de déterminer si les fabricants de la *slingbox* « encouragent » les consommateurs à violer la loi. De même, l'année suivante, fut présentée au Congrès le *Digital Transition Content Security Act*. La loi prévoyait que les appareils utilisés pour convertir les signaux analogiques aux signaux numériques devraient être munis de mesures dites de sécurité, c'est-à-dire capables de reconnaître des informations dans les signaux reçus quant à la possibilité de les reproduire ou non⁷⁴. C'était, à toutes fins pratiques, une tentative de faire adopter par le Congrès les *Broadcast Flags* imaginés par la FCC. Cette loi non plus n'a pas été adoptée.

En doctrine, un auteur fait une proposition qui nous semble intéressante et réaliste. J. Talar estime⁷⁵ qu'il serait trop long d'attendre une solution venant des tribunaux pour ce qui est de la légalité des *slingbox*, et que les forces du marché ne pourront seules résoudre le problème. Et, tout comme au Canada, la *slingbox* n'est probablement pas assujettie aux règles de l'organisme réglementant la radio et la télévision parce qu'elle ne se qualifie pas comme

72. *American Library Association c. FCC* 406 F3d 689 (2005). Il s'agit d'une décision de la Court of Appeal du district de Columbia.

73. Rapporté dans Adi Schnapps, *supra*, note 16, à la p. 89. À notre avis, on voulait essentiellement incorporer dans la loi le critère utilisé dans *Grokster*, et généraliser son utilisation.

74. Voir Jessica L. Talar, *supra*, note 9, à la p. 44.

75. *Ibid.*, aux p. 46 et ss.

« retransmetteur »⁷⁶. Elle pourrait peut-être même se trouver exonérée de toute application de la LDA parce que bénéficiant de l'exemption relative aux entreprises de télécommunications. L'alinéa 2.4(1) b) est ainsi formulé :

N'effectue pas une communication au public la personne qui ne fait que fournir à un tiers les moyens de télécommunication nécessaires pour que celui-ci l'effectue.⁷⁷

Elle propose donc un amendement à la loi de façon à assujettir les manufacturiers d'appareils tels les *slingbox* à un régime de licence obligatoire. Ce concept existe déjà dans notre droit. Par exemple, la partie VIII, relative à la copie pour usage privé est considérée comme une licence de reproduction que les détenteurs de droits d'auteur sont obligés d'accorder aux consommateurs, en contrepartie d'une redevance sur la vente de supports audio vierges.

Selon la proposition de l'auteure Talar, la vente d'appareils tels la *slingbox* devrait être considérée comme la fourniture d'un service et le fournisseur de service aurait la tâche de comptabiliser les émissions retransmises par l'appareil. Et pour nous au Canada, ce serait la Commission du droit d'auteur qui serait chargée de déterminer un tarif applicable pour ce nouveau service, la façon de récolter les redevances et les redistribuer aux détenteurs de droits d'auteur. On peut remarquer que ce n'est pas révolutionnaire comme solution, mais c'est possiblement un compromis qui permettrait qu'une nouvelle technologie continue à être utilisée, tout en faisant en sorte que les détenteurs de droits d'auteur ne soient pas complètement floués.

76. Voir les définitions au paragraphe : « Retransmetteur : Personne [...] dont l'activité est comparable à celle d'un système de retransmission par fil ».

77. La portée de cette disposition a été examinée par la Cour suprême dans *SOCAN c. Association des fournisseurs Internet* 2004 CSC 44. Dans cette affaire les compagnies de disques voulaient faire payer les entreprises fournissant un accès à Internet un pourcentage de leurs revenus, pour tenir compte des nombreuses pièces musicales téléchargées au moyen de leur réseau.