Cette conclusion, nous l'avons atteinte par moult itinéraires: l'analogique, en transposant les principes élaborés en matière de real property dans le domaine des choses in action; le téléologique, en recherchant l'intention qu'avait le législateur, en édictant l'article 36 de la loi en 1931 et ce, à même les conclusions tirées par la Cour suprême dans l'arrêt Armstrong Cork sur la portée de l'article 55(1) de la Loi sur les brevets, article adopté en 1935 par le même gouvernement que celui qui avait édicté l'article 36 en 1931<sup>164</sup>; le comparatif, en essayant de donner un sens au concept de «licence» en droit québécois. Il se dégage que l'octroi d'un droit personnel (louage) ou réel (usufruit) sur le jus fruendi du droit d'auteur rencontre les exigences de l'article 36 de la loi.

Nous pouvons difficilement nous empêcher de souhaiter que le législateur, dans une éventuelle phase II de la révision de la loi, prenne exemple sur ce qui a été fait ailleurs dans le monde pour exprimer, mais cette fois de façon claire et non équivoque, son intention quant au locus standi des personnes se réclamant du titulaire du droit d'auteur.

# La copie privée

## Stéfan Martin\*

Introduction	29
Première partie: La copie privée, exception au droit de reproduction	. 34
Le régime d'exception dans le cadre des conventions internationales.	35
a) La Convention de Berne. b) La Convention Universelle. c) Les conventions internationales des droits voisins	. 38
<ol> <li>Le statut de la copie privée dans le cadre des législations alle mande, française et autrichienne.</li> </ol>	
a) La R.F.A. b) La situation de la copie privée dans le contexte législatif français c) La copie privée en Autriche.	
l. «Fair use» et «fair dealing»: le régime d'exception aux États Unis et au Canada	49
<ul> <li>a) États-Unis : la notion de «fair use» depuis l'arrêt</li> <li>Betamax</li> <li>b) Canada : la portée de l'article 17-2(a) de la Loi sur le droit d'auteur</li> </ul>	49 57
Deuxième partie : D'un droit d'auteur à un droit à rémunéra- tion : la recherche d'un nouvel équilibre	60
1. Propositions internationales	60
a) UNESCO et OMPL	60

<sup>#</sup> Stotan Martin, 1989.

Cette étude a été effectuée par l'auteur dans le cadre de sa maîtrise en droit à l'Université Laval.

b) Commission des Communautés européennes.     c) Le point de vue des organisations internationales non gouvernementales.	61
Développements législatifs étrangers	64
2.1 Nature juridique de la rémunération	64
2.2 L'assiette de la rémunération	66
a) L'Autriche b) La Finlande c) La France d) La Hongrie e) La Norvège f) Le Portugal g) La R.F.A. h) La Suède	66 67 67 68 68 68 68
2.3 Le mode d'évaluation de la rémunération	68
a) L'Autriche b) La Finlande c) La France d) La Hongrie e) La Norvège f) Le Portugal g) La R.F.A.	69 69 70 70 70 71
2.4 La destination de la rémunération	71
a) L'Autriche. b) La Finlande. c) La France. d) La Hongrie. e) La Norvège. f) Le Portugal. g) La R.F.A. h) La Suède.	72 72 73 74 75 75 75 76
3. Situation législative envisagée au Canada et aux États-Unis	77
a) Propositions législatives aux États-Unis     b) Esquisse d'un courant de réforme au Canada	77 78
Conclusion	80

## INTRODUCTION

Livres, disques, cassettes et autres supports incorporant des neuvres protégées par le droit d'auteur sont traditionnellement mis à la disposition du public par le moyen de la vente.

Devenu propriété d'un tiers acquéreur, le support, ou exemplaire de l'oeuvre, fait en pratique l'objet de nombreuses utilisations!. Parmi celles-ci, nous avons retenu la copie pour usage privé, comme objet de notre étude.

L'ampleur des oeuvres protégées nous a conduit à limiter cette analyse au domaine des oeuvres sonores et audiovisuelles. Dans ce même ordre d'idées, nous n'aborderons pas les problèmes liés à la piraterie des phonogrammes, à la fabrication clandestine et à la contrefaçon, qui, s'ils présentent certaines analogies avec la copie privée, doivent cependant en être distingués. En effet, la piraterie des phonogrammes et des vidéogrammes se caractérise principalement par son aspect lucratif qui en principe fait défaut à la copie privée. Le pirate qui reproduit et vend au public sans autorisation des disques et des cassettes contrefaits, poursuit un but lucratif etel un escroc ou un voleur, la finalité de son activité illicite est la recherche d'un profit pécuniaires?

La copie privée doit être également dissociée de la fabrication clandestine qui consiste en un enregistrement non autorisé d'une représentation en direct dont les reproductions sont vendues, ainsi que de la contrefaçon qui s'apparente aisément à la piraterie, à la différence que la copie des oeuvres est vendue comme si elle était le produit des titulaires légitimes du droit d'auteur.

L'origine du phénomène de la copie privée est intimement liée au développement technologique des moyens de reproduction. Dès 1927, un auteur italien prédisait, avec beaucoup d'intuition et d'àpropos, le développement de cette pratique:

DISERENS, D., La location de ridéogrammes et de phonogrammes en droit d'auteur, Lausanne, lère édition, Presses polytechniques romandes, 1984, p. 11.

MASOUYE, P., «La copie privée, un nouveau mode d'exploitation des oeuvres», (1982) Le droit d'auteur, p. 82.

...in the hypothetical event that future inventions make reproductions a current and every-day practise, could be the death of copyright ...with the progress in phonographic, cinematographic and radiophonic processes, it is already possible today and will be easier tomorrow for thousands of persons to take possession of music or entertainment and bring them into their own homes.<sup>3</sup>

Si les premiers appareils permettant l'enregistrement n'étaient pas, du fait de leur caractère onéreux et de leur maniement quelque peu complexe, très répandus auprès des consommateurs, la situation s'est radicalement métamorphosée avec l'apparition, dans le courant des années soixante, de la merveille technologique que constituait alors le cassétophone. Moins de cinq ans après le début de sa commercialisation, le «lecteur-enregistreur» de cassettes devenait pratiquement l'égal d'un bien de consommation prioritaire, tel que le réfrigérateur ou la lessiveuse. La simplicité d'utilisation conjuguée à une diminution sans cesse du prix d'acquisition ont largement contribué à la popularisation de ce moyen de reproduction. Vingt ans plus tard, depuis l'autoradio qui équipe presque chaque véhicule particulier jusqu'au baladeur, en passant par les combinés «radio-platine-cassettes», pour finalement aboutir au disque laser et à la cassette audionumérique, ce produit est vendu dans le monde entier.

Plus récemment, le phénomène s'est étendu aux vidéocassettes et vidéo-enregistreurs. Rappelons que l'invention du magnétoscope remonte à 1969, sa commercialisation par l'intermédiaire de la société japonaise Sony datant, quant à elle, de 1975. À la copie strictement sonore s'est ajoutée la copie audiovisuelle. L'image s'est ajoutée au son, et, lorsqu'on connaît l'impact actuel du cinéma et de la télévision, on est en droit de s'inquiéter et de s'interroger sur le phénomène de la copie privée en matière de vidéogrammes.

Notons, en dernier lieu, que le phénomène de la copie privée devait se trouver largement amplifié par l'apparition d'une nouvelle technique de commercialisation des oeuvres audiovisuelles et sonores protégées: la location commerciale. En effet, il demeure certain que la location commerciale de films vidéo ou l'apparition plus récente de celles des disques ou cassettes sonores pré-enregistrés tend à encourager la copie privée. Le vaste choix d'oeuvres offert à la location, la modicité de la contribution financière et l'absence de toute possibilité de contrôle sur l'utilisation effective de l'oeuvre louée constituent autant d'éléments de tentation à la constitution de discothèques et vidéothèques peu onéreuses.

Ainsi, la copie privée est devenue une pratique institutionnelle, sans aucune limitation ni de fait, ni de droit. Réfugié derrière le principe de l'inviolabilité du domicile privé, qui rend tout contrôle impossible, tout individu peut sans aucune contrainte, tenir un rôle d'éditeur et composer son propre programme. Si la qualité des oeuvres pré-enregistrées a pu servir pendant un certain temps d'argument en leur faveur, l'amélioration technique des supports vierges et des appareils de reproduction a certainement pu convaincre le plus mélomane des consommateurs.

Cependant, si les avantages conférés au particulier par la copie privée paraissent plus qu'évidents, la situation s'avère quelque peu différente à l'égard de l'ensemble des titulaires de droits d'auteur.

En effet, dans la majorité des cas, les auteurs subissent un préjudice matériel du fait de l'enregistrement de leurs oeuvres réalisé sans leur autorisation. En somme, ce qui est en cause à travers l'exploitation des oeuvres des auteurs par la copie privée, c'est la mise en jeu du droit de reproduction. L'exploitation normale des oeuvres, traduite par une rémunération du droit de reproduction exercée sur la vente des cassettes pré-enregistrées et des disques, devient anormale dès l'instant oû le public a la possibilité d'enregistrer les oeuvres gratuitement. La personne qui copie chez elle un phonogramme acquiert en quelque sorte la même chose qu'elle acquerrait par l'achat d'un phonogramme, sans pour autant rémunérer l'auteurs.

Les pertes ainsi engendrées par la copie privée, au détriment des titulaires de droits, peuvent être fort considérables.

Pour les fins de notre analyse et à titre d'illustration de l'ampleur économique du phénomène, nous évoquerons brièvement les points essentiels des études économiques sur l'impact de la copie privée dans trois États occidentaux.

Au Royaume-Uni, une tentative a été effectuée pour chiffrer la perte financière due à la copie privée<sup>7</sup>. L'enquête de l'I.F.P.I., produite

PIOLA, E., «Trattata del diritto di autore e del contratto di edizione», (1927), p. 425: rapporté dans DAVIES, G., Private Copring of Sound and Audio-visual Recordings, Oxford, ESC Publishing Limited, 1984, p. 2.

MASOUYE, P., loc. cit., note 2, p. 82.
 MASOUYE, P., loc. cit., note 2, p. 83.

<sup>6.</sup> MASOUYE, P., Ioc. cil., note 2, p. 84.

<sup>7.</sup> WFL a The Private Copying of Sound and Audiovisual Recordings s, (1983).

à la demande du Conseil de l'Europe, rapporte qu'on a estimé à 25% le nombre d'exemplaires d'oeuvres qui auraient été vendus si la possibilité de réaliser des enregistrements à domicile n'existait pas. La perte globale est évaluée à 283 millions de livres, représentant un manque à gagner de 14 millions de livres pour les auteurs, 28 millions de livres pour les artistes interprètes et 56 millions pour les producteurs.

Cette étude devait également mettre en évidence le fait que depuis le développement de la copie privée, l'industrie phonographique avait pour la première fois de son histoire enregistré un déclin de son chiffre d'affaires.

Sans avoir directement quantifié l'impact économique de la copie privée, l'enquête menée dans un contexte français par la SOFRES n'en est pas moins intéressante<sup>8</sup>.

En 1983, 61% des foyers français possédaient un magnétophone ou un lecteur de cassette et 82% de ces appareils permettaient d'effectuer des enregistrements. La SOFRES évaluait à environ 247 millions le nombre de bandes ou de cassettes servant à la réalisation d'enregistrements personnels, estimant que les enregistrements non artistiques, (dictée de courrier, réunions de travail, événements sportifs) ne correspondraient qu'à 5% des enregistrements. Les sources sonores principales étaient un disque ou une cassette préenregistrée pour 61% des cas, la radio pour 24%; la télévision, les cassettes enregistrées par un particulier représentaient ensemble 16%. Enfin, à partir d'une enquête de 1976 selon une méthodologie identique à celle réalisée en 1983, la SOFRES devait constater qu'entre 1976 et 1983, le nombre des foyers équipés d'un appareil d'enregistrement sonore était passé de 26 à 62 % et le nombre moven de cassettes ou de bandes possédées par fover s'était, quant à lui, accru, passant de 15 à 60 %. Il ressort également de cette enquête que l'usage des copies ne restait pas uniquement privé, 17% des cassettes ont en effet été prêtées en moyenne trois fois à des personnes extérieures au foyer.

En ce qui concerne la reproduction audiovisuelle<sup>3</sup>, le parc des magnétoscopes est passé en 1981 de 300 000 à 450 000 et leur usage devait s'avérer largement dominé par l'enregistrement des émissions de télévision. Dans les foyers, la détention de cassettes préenregistrées était insignifiante (85,6 % des personnes ne possédaient aucune bande pré-enregistrée).

En dernier lieu, la SOFRES concluait que la reproduction audiovisuelle présentait pour les auteurs et les entreprises de production les mêmes dangers que la reproduction sonore; encore qu'en France les mesures limitant l'importation des magnétoscopes, le taux élevé de la T.V.A. grevant leur achat, constitueraient peutêtre à court terme un frein à la reproduction par des particuliers.

En dernier lieu, évoquons l'étude la plus récente sur ce sujet réalisée au Canada en 1987 par le Music Copyright Action Group, organisme regroupant la majorité des représentants du monde canadien de la musique<sup>10</sup>.

Scion les résultats de cette étude, 63% des personnes âgées de 15 à 54 ans avaient «copié» l'année précédente. 63% de «copistes» pouvaient être classés en trois catégories : ceux qui avaient utilisé plus de 20 cassettes au cours de l'année écoulée, ceux qui en avaient utilisé entre 6 et 20 et évidemment ceux qui avaient eu une consommation inférieure à 6 cassettes. La première catégorie de personnes représentait 17% des personnes qui avaient répondu par l'affirmative à la première question, la catégorie suivante représentait, quant à elle, 50% de ces mêmes personnes. Les motifs de la copie privée relevés par l'étude canadienne ne différent guère de ceux constatés aux États-Unis ou en Europe, à savoir, la possibilité de choisir ses morceaux de musique, l'économie d'argent et la préservation de la qualité de son en utilisant uniquement la copie. Les pertes globales subies par l'industrie canadienne de production musicale ont été estimées à 600 millions de dollars par an ; ce montant ne trouvant conforté par celui de la baisse du chiffre d'affaires de ce secteur industriel, s'élevant à 129 millions depuis 1979. En contrepartie, la vente de cassettes vierges connut entre 1983 et 1986 une hausse considérable de 43 %.

Si la considération de ces éléments statistiques peut servir de point de départ à la quantification de la portée économique de la copie privée, il faut cependant se garder d'en tirer des conclusions hâtives qui ne pourraient s'avérer qu'erronées ou incomplètes.

Deux facteurs endogènes viennent ainsi pondérer la surévaluation qui caractérise l'ensemble des études précitées.

Enquêtes SOFRES, « Études sur les enregistrements sonores et audio-visuels effectués par le public pour son usage personnel », (1983).

Institut national de l'audiovisuel (LNA.), «Usages et usagers du magnétoscopes grand public », Étude citée par Problèmes audiorissels, no 8, (juillet-Août 1980).

Canadian Independent Record Production Association, «A study on Home Taping-Executive Summary», Toronto, CIRPA, 1987, étude préparée à l'intention du Music Copyright Action Group.

Il est en effet loin d'être évident que les consommateurs privés de la solution de la copie se soient systématiquement retournés vers l'acquisition de reproductions commerciales. Au regard du critère financier, soulevé par la majorité des personnes qui avaient avoué avoir copié récemment, l'abstention paraît devoir être l'hypothèse la plus probable.

En dernier lieu, signalons un certain manque d'objectivité des analyses économiques effectuées dans ce domaine. Si, unanimement, elles se sont efforcées de démontrer les conséquences particulièrement fâcheuses de la copie privée, aucune n'a pris le soin de relever les effets bénéfiques de cette pratique sur l'ensemble du monde de la musique. La copie privée est en effet susceptible de constituer l'instrument moteur d'une plus vaste promotion des oeuvres artistiques. L'exemple de la peinture est particulièrement frappant. Réservée initialement à des privilégiés dotés des moyens financiers adéquats, son essor de popularité fut intimement lié au développement technologique, telles la lithographie et, plus particulièrement, la photographie qui favorisent une plus large diffusion d'oeuvres souvent mal connues.

Intrinsèquement, le principe de la copie privée ne paraît pas contestable. S'il demeure certain que le respect stricto sensu du droit exclusif de l'auteur incite à la condamnation de cette pratique, la situation des auteurs ne s'en trouve pas pour autant améliorée.

Cette constatation a conduit de nombreux législateurs à aménager un régime d'exception au droit exclusif de reproduction. Cet aspect de la question sera envisagé dans le cadre de la première partie de notre développement.

Cependant, l'un des devoirs essentiels du législateur en matière de droit d'auteur est de chercher à harmoniser les intérêts des auteurs avec ceux de la collectivité. En d'autres termes, si l'on contraint les auteurs à céder une partie substantielle de leurs droits, cette cession ne peut être légitimée que par l'octroi d'une contrepartie, d'une compensation, prenant la forme d'une rémunération. Ce droit à rémunération fera l'objet de la deuxième partie de notre étude.

## PREMIÈRE PARTIE: La copie privée, exception au droit de reproduction

De l'ensemble des droits conférés aux auteurs, c'est le droit de reproduction qui est directement mis en péril par la copie privée. Dans le cadre du droit d'auteur, la reproduction consiste à fixer sur un support matériel une oeuvre de l'esprit préexistante. Lorsque la création de l'oeuvre comporte déjà une fixation (par ex.: la rédaction écrite d'un texte, la composition d'un tableau, la réalisation d'une ocuvre cinématographique), cette première fixation n'équivaut pas à une reproduction.

Sous cette réserve, on peut dire que toute fixation peut se faire soit à partir d'un support déjà existant (manuscrit ou texte imprimé, bande magnétique, disque), soit à partir d'une présentation de l'ocuvre sans support matériel (par ex.: émission radiophonique ou télévisuelle)<sup>11</sup>.

Le principe du droit de reproduction a été consacré par la Convention de Berne<sup>12</sup> et par la Convention Universelle<sup>13</sup>, se trouvant toutefois limité quant à sa portée par l'insertion de régimes d'exception, dont nous ferons l'étude préalablement à l'analyse de certaines législations nationales.

#### Le régime d'exception dans le cadre des conventions internationales

#### a) La Convention de Berne

Il s'avère particulièrement étonnant qu'une des principales conventions en matière de droit d'auteur ait mis près d'un siècle à reconnaître un aspect aussi fondamental que celui du droit de reproduction. Un siècle durant lequel nombre de législateurs nationaux ont aménagé un certain nombre d'exceptions au droit de reproduction, telles que l'usage privé, le régime des citations, les enregistrements éphémères, les discours en public, les manuels scolaires, les articles de presse, etc. C'est ainsi que la rédaction finale des dispositions instaurant le droit de reproduction dans le cadre de la Convention de Berne ne constitue, en fait, qu'un compromis entre les intérêts économiques des auteurs et les différents intérêts publics et culturels se manifestant dans le cadre de chaque État membre.

Ce compromis est illustré par l'imprécision de l'article 9-2 du texte approuvé en 1967:

Est réservée aux législations des pays de l'union la faculté de permettre la reproduction des dites oeuvres dans certains cas spéciaux pourvu qu'une telle reproduction ne porte pas atteinte

II. KOUMANTOS, G., « Le droit de reproduction et l'évolution de la technique », (1978). sii R. J. D.A., p. 5.

Révessur de Stockholm (1967), Actes de la conférence de Stockholm de la propriété intellectuelle, 1967, Vol. I. II.

Révision de Paris (1971). Actes de la révision de la Courention universelle sur le droit d'auteur.

à l'exploitation normale de l'oeuvre, ni ne cause un préjudice injustifié aux intérêts légitimes de l'auteur.

Une des lacunes de ce texte est de ne pas avoir tenté de définir les cas spéciaux pouvant légitimer une dérogation au principe dégagé à l'alinéa 1 de l'article 9. Notamment, il est regrettable que la mention de «l'usage privé», qui figurait dans le projet de texte de la session de 1965 du Comité d'experts gouvernementaux, ait disparu de la version finale. À ce sujet, André Kéréver observait que:

Cette disposition conventionnelle se caractérise par la grande latitude laissée aux législations nationales et par l'importance accordée aux aspects économiques du droit d'auteur. En effet la référence aux «cas spéciaux» n'est pas très éclairante, puisqu'elle signifie seulement que l'exception ne peut s'étendre à la généralité des cas (ce qui est quasi évident) car, si cette condition n'était pas remplie, les exceptions équivaudraient en réalité à la négation du droit. 11

Les raisons ayant motivé cette soustraction de la référence à l'usage privé dans l'acte final de Stockholm sont difficilement discernables et n'ont pas fait l'unanimité au sein de la doctrine. Suivant l'opinion de certains auteurs, les normes conventionnelles ont reconnu aux législations nationales la faculté d'admettre des exceptions dans certains cas spéciaux, mais elles n'ont pas indiqué le contenu de ces exceptions, laissant les États libres de préciser quels doivent être ces cas, et de décider si, parmi eux, peut figurer l'hypothèse de la reproduction à usage personnel ou privé<sup>15</sup>.

Une partie importante de la doctrine a estimé, quant à elle, que la formule générale dégagée par l'article 9-2 a voulu écarter la notion d'usage privé et tendre à un abandon progressif des concepts classiques, désormais dépassés, d'usage personnel, familial ou privé, existant encore dans une grande partie des législations nationales.

Ce débat, quelque peu rhétorique, perd manifestement de son intérêt à l'analyse des deux dernières dispositions énoncées à l'article 9-2. En effet, si l'Acte de Stockholm reconnaît expressément aux législateurs nationaux la faculté d'apporter des limitations au droit de reproduction, notons que cette prérogative ne peut s'exercer librement. Un tel usage n'est permis que si la reproduction ne porte pas atteinte à l'exploitation normale de l'oeuvre, ni ne cause un préjudice injustifié aux intérêts légitimes de l'auteur.

Les conséquences interprétatives qui sont à tirer de ces dispositions sont énoncées dans le rapport de Svante Bergström sur les travaux de la commission principale no 1:

[...] s'il est estimé que la reproduction porte atteinte à l'exploitation normale de l'oeuvre, la reproduction n'est pas du tout permise.

s'il est estimé que la reproduction ne porte pas atteinte à l'exploitation de l'oeuvre, il convient alors d'examiner si elle ne cause pas un préjudice injustifié aux intérêts légitimes de l'auteur.

s'il n'en est pas ainsi et seulement dans ce cas, il serait possible, dans certains cas spéciaux, d'introduire une licence obligatoire ou de prévoir une utilisation sans paiement.<sup>36</sup>

Toutefois, que faut-il entendre par «atteinte à l'exploitation normale de l'oeuvre» et «préjudice injustifié aux intérêts légitimes de l'auteur»? Du point de vue du consommateur, la copie d'une oeuvre pré-enregistrée constitue une des multiples facettes de l'utilisation de cette oeuvre. Dans le même ordre d'idées, quel doit être le degré d'atteinte à l'exploitation normale de l'oeuvre: s'agirait-il d'une atteinte qui proviendrait d'une édition parfaitement concurrente, impliquant l'échec de l'édition originale ruinée par la reproduction concurrente<sup>17</sup> ou plutôt d'une atteinte qui provoquerait simplement une diminution des ventes, sans nécessairement aboutir à l'échec commercial de la publication<sup>18</sup>?

Ces deux interprétations aboutissent à des situations particulièrement divergentes. Dans le premier cas, la copie privée satisferait aux exigences de la Convention de Berne; dans le second cas, elle se trouverait prohibée.

La troisème condition, énoncée par l'article 9-2 de la Convention, n'apporte pas plus de clarté à l'édifice de ce régime d'exception. Si l'on devait limiter les intérêts légitimes de l'auteur à un strict aspect économique, le simple versement d'une compensation écarterait

KEREVER, A., «La reprographie et les normes internationales en droit d'auteur». (1975) R.I.D.A., p. 330.

ARIENZO, A., «Diritto di autore e problemi di informazione e della cultura di Ironte alle nuove technique di reproduzione e diffusione delle creazioni intellectuali», (1965) R.I.D.A. rapporté par COLLOVA, T., (1969) 99 R.I.D.A. 131.

Actes de la Conférence de Stockholm, (1967) Rapport sur les tranux de la Commission principale no 1, Vol. II, p. 1137-1150.

GOTZEN, F., «La reprographie et la Convention de Berne. Etude de droit unioniste avec une ébauche de solution en droit interne», (1978) Le droit d'auteur, p. 331.
 GAUBIAC, Y., «Les nouveaux moyens techniques de reproduction et le droit

d'auteur », (1984) 122 R.I.D.A., p. 131.

l'ensemble des dispositions de l'article 9, vidant ainsi le droit de reproduction de tout son contenu.

## b) La Convention Universelle

La révision de la Convention Universelle, réalisée à Paris en 1971, fut l'occasion d'introduire et de préciser le régime d'exception au droit de reproduction. Si le monopole conféré aux auteurs demeure toujours le principe<sup>10</sup>, l'article IV bis, alinéa 2, octroie aux législateurs nationaux la faculté d'apporter des exceptions à l'exercice de ce droit<sup>20</sup>.

Toutefois, à l'instar de la Convention de Berne, la Convention Universelle aménage certaines limitations à ce régime d'exception. Celles-ci ne doivent pas être contraires à l'esprit de la Convention et les États faisant éventuellement usage de cette faculté devront accorder à chacun des droits auxquels il serait fait exception un niveau raisonnable de protection effective.

Dans son allocution d'ouverture de la conférence, René Maheu justifiait l'instauration de ces exceptions par la nécessité de concilier deux objectifs singulièrement antagonistes, prévus à l'article 27 de la Déclaration universelle des droits de l'homme, à savoir le droit universel à la culture et les intérêts moraux et matériels du créateur intellectuel. M. Maheu précisait:

Le droit de participer à la vie culturelle de la Communauté doit se traduire par un accès aussi large et aussi facile que possible à la connaissance, en particulier pour ceux qui ont les plus grands besoins des véhicules de l'éducation, de la science, de la culture que sont les livres et autres oeuvres de l'esprit, et qui ne disposent que de peu de ressources pour en rémunérer les producteurs. Mais parallèlement, il est non moins vrai que les intérêts moraux et matériels du créateur intellectuel doivent être protégés, si l'on veut que la création intellectuelle continue à être une source féconde de connaissance, de beauté et de progrès. Malgré leur apparente contradiction, ces deux

objectifs ne sont pas inconciliables, on peut même dire qu'ils sont complémentaires et que les facilités temporaires consenties en faveur d'un public défavorisé sont en définitive à l'avantage du créateur intellectuel dont elles sont de nature à étendre l'audience et par là à accroître le prestige et, à plus ou moins brève échéance, le profit.<sup>21</sup>

À l'instar de la Convention de Berne, le nouveau texte de la Convention Universelle se singularise par le manque de précisions de certaines de ses dispositions. En effet, au même titre que la notion « d'exploitation normale de l'oeuvre » retenue par la Convention de Berne, l'expression « d'un niveau raisonnable de protection effective » ne prête à des interprétations particulièrement hétérogènes. Certaines propositions formulées au cours de la conférence, dont notamment celles d'introduire à l'art. IV bis le droit moral de l'auteur, ainsi que le droit de s'opposer « à toute atteinte qui lui porterait préjudice », auraient certainement apporté plus de clarté à des dispositions passablement ambigués.

D'autre part, si la Convention de Berne proscrit toute exception ne satisfaisant pas aux conditions cumulatives énoncées à l'article 9.2, la Convention Universelle ne semble pas empreinte de cette même rigueur.

Il semblerait en effet que pour toute exception non contraire à l'esprit et aux dispositions de la Convention, la seule obligation qui incomberait aux législateurs nationaux serait d'aménager un régime de compensation des auteurs; au strict droit de reproduction se substituerait un simple droit à rémunération.

# c) Les conventions internationales des droits voisins

Si ces conventions ne concernent pas directement le droit d'auteur, elles en sont toutefois le corollaire, la création artistique n'étant en fait que la source brute d'une longue chaîne de commercialisation de l'oeuvre incluant notamment interprètes, producteurs, éditeurs et organismes de radiodiffusion.

Les droits afférents à ces divers intervenants ont été consacrés par trois conventions internationales: la Convention internationale sur la protection des artistes interprêtes ou exécutants, des producteurs de phonogrammes et des organismes de radiodiffusion (Rome, 10-20

<sup>19.</sup> Article IV bis, alinéa 1, de la Convention Universelle: «les droits visés à l'article 1 comprennent les droits fondamentaux qui assurent la protection des intérêts patrimoniaux de l'auteur, notamment le droit exclusif d'autoriser la reproduction par n'importe quel moyen, la représentation et l'exécution publique et la radiodiffusion...».

<sup>20.</sup> Article IV bis, alinéa 2, de la Convention universelle: «Toutefois chaque État contractant peut, par sa législation nationale, apporter des exceptions, non contraires à l'esprit et aux dispositions de la présente convention, aux droits mentionnés à l'alinéa I du présent article. Les États faisant éventuellement usage de ladite faculté devront néanmoins accorder à chacun des droits auxquels il serant fait exception un niveau raisonnable de protection effective.»

<sup>21.</sup> Actes de la conférence de récision de la Convention universelle sur le droit d'auteur, (Paris 1971), p. 101. Concernant l'article 27 de la Déclaration universelle des Droits de l'homme, BEGUIN, G., «La Déclaration universelle des Droits de l'homme et la protection de la propriété intellectuelle», (1963) Le droit d'auteur, p. 317.

octobre 1961), la Convention pour la protection des producteurs de phonogrammes contre la reproduction non autorisée de leurs phonogrammes (Genève, 29 octobre 1971) et la Convention concernant la distribution de signaux porteurs de programmes transmis par satellite (Bruxelles, 21 mai 1974).

Pour les fins de notre étude, retenons la Convention de Rome, les Conventions de Genève et de Bruxelles étant respectivement consacrées à la piraterie et au droit de représentation.

L'article 15.1 de la Convention de Rome dispose :

- 1. Tout État contractant a la faculté de prévoir dans sa législation nationale des exceptions à la protection garantie par la présente Convention dans les cas suivants:
- a) lorsqu'il s'agit d'une utilisation privée;
- b) lorsqu'il y a utilisation de courts fragments à l'occasion du compte rendu d'un événement d'actualité;
- c) lorsqu'il y a fixation éphémère par un organisme de radiodiffusion par ses propres moyens et pour ses propres émissions;
- d) lorsqu'il y a utilisation uniquement à des fins d'enseignement ou de recherche scientifique.

Seule la lettre a) concerne notre sujet. L'auteur du Guide de la Convention de Rome en fait le commentaire suivant après avoir précisé que cet article 15 est une disposition de portée générale permettant aux législateurs nationaux d'apporter des exceptions à la protection conventionnelle relativement aux trois catégories de bénéficiaires de la Convention:

Il s'agit, en premier lieu, dans l'alinéa a, de l'utilisation privée, notion directement inspirée de la technique du droit d'auteur mais qui fait l'objet d'interprétations plus ou moins restrictives. En principe, cette notion s'oppose à celle d'utilisation collective et suppose l'absence d'un but de lucre. Pour ce qui concerne les artistes interprètes ou exécutants, l'usage privé de leurs prestations se produit essentiellement lorsque celles-ci sont enregistrées. Certes, la prestation en direct (« vivante ») n'est pas écartée a priori: un chanteur vient chez des amis donner son tour de chant; il peut à la rigueur recevoir un cachet; mais la protection contre une telle utilisation privée ne risque de se poser qu'à partir du moment où la prestation est fixée sur un support matériel et utilisée, par exemple, contre le gré de l'artiste. Quant aux producteurs de phonogrammes, la

prolifération et le perfectionnement des appareils de reproduction, permettant la réalisation facile d'enregistrements de haute qualité, donnent à la notion de l'usage privé d'autres dimensions. Des instances intergouvernementales compétentes ont procédé à des examens approfondis des problèmes qui se posent à cet égard et ont esquissé des solutions à l'intention des législateurs nationaux, car l'exception dans le cas d'utilisation privée, de même que celles qui suivent, est, aux termes de la Convention, du ressort de la loi interne.<sup>22</sup>

À l'encontre de la Convention de Berne et de la Convention Universelle, la Convention de Rome délègue expressément aux législations nationales le pouvoir de prévoir des exceptions pour la copie privée, sans aucune référence à un droit à compensation.

Cette brève étude des différentes conventions internationales oeuvrant dans le domaine du droit d'auteur ne nous permet pas de qualifier avec certitude la nature juridique de la copie privée.

Licite ou illicite, exception ou prohibition, la copie privée semble pouvoir revêtir, au gré d'interprétations divergentes données aux textes conventionnels, des formes aussi variées que les avantages de son utilisation. Dans ce contexte, il n'est pas sans intérêt de citer les conclusions d'un groupe d'experts convoqué en 1977 par le Comité exécutif de l'Union de Berne et par le Comité intergouvernemental du droit d'auteur, tentant de clarifier une situation quelque peu confuse.

Aux termes de l'article 9, alinéa 2, de la Convention de Berne. l'utilisation privée n'est pas licite en tant que telle. Pour qu'il en soit ainsi, il faut encore que la reproduction ne porte pas atteinte à l'exploitation normale de l'oeuvre ni ne cause un préjudice injustifié aux intérêts légitimes de l'auteur. Autrement dit, la copie privée, ou pour reprendre l'expression du groupe d'experts «l'utilisation privée», n'est illicite que si les deux conditions ne sont pas remplies, c'est-à-dire qu'elle porte atteinte à l'exploitation normale de l'oeuvre et préjudice aux intérêts légitimes de l'auteur. Par conséquent, il semble que, si l'on retient la licéité de la copie privée, la copie privée est alors une exception au droit de reproduction et à ce titre elle doit être permise. En revanche, si l'illicéité est l'élément retenu, la copie privée ne peut être considérée comme une exception au droit exclusif de l'auteur (d'autoriser la reproduction de ses oeuvres). Or, ce droit d'autoriser ne peut

<sup>22</sup> MASOUYE, C., Guide de la Convention de Rome et de la Convention Phonogrammes (1981), Genève, OMPI, p. 76 (15.2).

être exercé sans que soient mis en cause le respect de la vie privée et l'inviolabilité du domicile. Il en résulte que la copie privée ne doit pas faire partie des exceptions au droit de reproduction. Elle est un nouveau mode d'exploitation des oeuvres et en tant que tel les usagers ou les copistes doivent «paver» pour ce type d'utilisation.

Excès de libéralisme ou nécessité d'un compromis, il demeure que les incertitudes caractérisant les conventions internationales du droit d'auteur ont largement favorisé l'aménagement, au sein des législations internes, de situations particulièrement hétéroclites.

Les législations concernant le droit d'auteur peuvent être classées en trois catégories. La première, dont nous ne traiterons pas dans le cadre de notre étude, regroupe les législations exprimant une attitude très restrictive quant à la portée des exceptions apportées au droit exclusif de l'auteur à disposer de sa création. Dans le cadre de ces législations, les reproductions sans recours à l'approbation de l'auteur ne sont autorisées que dans le cas d'efforts pédagogiques ou, plus généralement, de recherches.

La deuxième catégorie rassemble l'ensemble des législations qui ont aménagé un régime particulièrement étendu d'exceptions et que l'on pourrait qualifier de « pragmatiques ou réalistes ». Celles-ci étant excessivement nombreuses, nous avons privilégié une étude approfondie de trois systèmes juridiques illustratifs de cette tendance, soit ceux de la France, de la R.F.A. et de l'Autriche.

Enfin, la troisième catégorie réunit les membres de la grande famille de la common law qui, à l'image de la loi anglaise sur le droit d'auteur, ont aménagé un régime d'exception basé sur la doctrine du «fair dealing».

#### Le statut de la copie privée dans le cadre des législations allemande, française et autrichienne

# a) La R.F.A.

Dans le contexte des années cinquante, alors que les moyens de reproduction que nous connaissons aujourd'hui n'étaient qu'à un stade de développement embryonnaire, les tribunaux allemands rendirent des décisions singulièrement innovatrices et empreintes d'un caractère prémonitoire déroutant.

Le premier jugement intervenu en 1955 résultait d'une plainte formulée par la société d'auteurs allemande GEMA à l'encontre de Gründig, un fabricant de magnétophones, à qui elle réclamait une indemnité pour les enregistrements privés effectués grâce à l'utilisation du matériel commercialisé par cette société<sup>25</sup>.

Le jugement rendu dans le cadre de cette affaire conclut que les reproductions sur bandes n'étaient pas couvertes par l'article 15 de la loi allemande sur le droit d'auteur, autorisant les copies d'oeuvres littéraires et musicales destinées à l'usage privé<sup>24</sup>. La Cour fédérale motiva sa décision en affirmant que les droits d'auteur ne devaient subir aucune restriction du fait du développement technologique des nouveaux moyens de reproduction. L'usage privé devait ainsi rester une notion souple que l'on pourrait invoquer pour dénier à l'auteur les droits légitimes de propriété destinés à soutenir ses efforts créateurs<sup>25</sup>.

Comme corollaire pratique à ce principe, l'arrêt de 1955 institua à la charge des vendeurs l'obligation d'informer leurs clients de la nécessité de requérir une autorisation de reproduction auprès des auteurs et interdit toute publicité suggestive concernant les capacités de reproduction des magnétophones mis en vente dans le public.

La société d'auteurs allemande GEMA tenta également d'obtenir, à titre de compensation des droits d'auteur, le paiement d'une redevance pour chaque unité d'équipement vendue<sup>20</sup>; toutefois, seuls quelques fabricants se conformèrent à ce souhait.

Les décisions ultérieures de la Cour fédérale allemande en 1960 et 1963<sup>et</sup> devaient renforcer les exigences incombant aux fabricants d'équipements, obligeant ceux-ci à insérer de façon apparente au sein de leurs publicités des mises en garde rappelant la nécessité d'obtenir préalablement à toute reproduction, une autorisation de la GEMA<sup>20</sup>.

Le succès mitigé de ces mesures provoqua une refonte considérable de la loi allemande sur le droit d'auteur. La constatation de l'impossibilité d'un contrôle efficace de l'utilisation effective des neuvres musicales a conduit le législateur à légitimer la copie privée

<sup>1</sup> December de la Cour fédérale civile du 18 mai 1955, ZR 8/54, dans BGHZ 17, 266.

<sup>31</sup> MOHRING, «De la reproduction d'oeuvres littéraires et musicales pour l'usage privé», (1963) Generblicher Rechtsschutz und Urheberrecht Auslands und Internationales Teil, Cabier 12, p. 589.

McDAVID, J.G., a Tape Recording for Home Use: The Right of Delayed Enjoyment s. (1973) 77 R. I. D. A., p. 107.

<sup>[36]</sup> DIETZ, A., «Audio and Video Recordings and Reprography for Private Use in the Law and Practice of the Federal Republic of Germany», (1979) Media Law and Practice, p. 242.

Décisions du 22 juin 1960 I ZR 41/58 et du 12 juin 1963 IB ZR 23/62.

<sup>38.</sup> McDAVID, J.G., Isc. cit., note 25, p. 109.

tout en instaurant un mécanisme de rémunération venant compenser les pertes occasionnées par cette pratique. Tout en regrettant ce démembrement du droit exclusif, le législateur allemand soulignait la nécessité d'une approche plus réaliste et plus pragmatique, quant à la sauvegarde des intérêts des ayants droit. En légalisant la copie privée, l'article 53 de la loi allemande du 9 septembre 1965 a toutefois stipulé un ensemble de restrictions à ce principe.

Ainsi, la reproduction par un tiers est exclue du champ d'application de l'article 53, à moins que l'opération ne soit effectuée à titre gratuit. Le troisième alinéa de l'article 53 précise également que les reproductions ne peuvent être mises en circulation ou utilisées à des fins de communication publique. L'alinéa 4 exclut l'enregistrement de récitations, de représentations ou d'exécutions publiques d'une oeuvre sur des supports visuels ou sonores, l'exécution de plans ou d'esquisses destinés à des oeuvres des arts figuratifs, ainsi que l'imitation d'une œuvre d'architecture. L'alinéa 5, quant à lui, précise le droit à rémunération que nous analyserons dans la deuxième partie.

## b) La situation de la copie privée dans le contexte législatif français

Aux termes de l'article 41-2 de la loi du 11 mars 1957, «lorsque l'oeuvre a été divulguée, l'auteur ne peut interdire...... les copies ou reproductions strictement réservées à l'usage privé du copiste et non destinées à l'utilisation collective ».

Au regard de ces dispositions, la reproduction par un particulier d'oeuvres sonores ou audiovisuelles semble donc ne pas devoir constituer une emprise illicite sur les droits des auteurs. Si la jurisprudence française n'a pas été confrontée au problème spécifique soulevé par la reproduction d'oeuvres sonores ou audiovisuelles, les décisions intervenues dans le domaine de la reprographie nous permettent cependant d'apporter quelques précisions, quant à la portée de l'article 41-2.

Ainsi, dans l'affaire Entreprise moderne d'éditions c. CNRS<sup>29</sup>, le T.G.L de Paris a saisi l'opportunité de déterminer l'étendue des libertés accordées par le législateur français en matière de copie privée.

Au début des années soixante-dix, l'Entreprise moderne d'éditions, éditrice de diverses publications à caractère technique, devait intenter une action contre le Conseil national de la recherche

scientifique (CNRS), établissement public à caractère industriel et commercial qui, disposant de par la nature de ses activités d'un important centre de documentation, avait proposé à l'ensemble des chercheurs abonnés à son bulletin signalétique périodique un service de reproduction d'articles de revues auxquelles elle était abonnée. Le CNRS mentionnait également, dans divers encarts publicitaires parus dans des revues spécialisées, que les photocopies pouvaient être, soit commandées et livrées par la poste, soit commandées et livrées sur place, ou encore être réalisées personnellement au centre de documentation.

Le T.G.I. de Paris devait ainsi décider si les copies réalisées par le centre de documentation du CNRS répondaient aux exigences de l'article 41-2 de la loi française sur le droit d'auteur. Dans son jugement condamnant les pratiques innovées par le CNRS, la Cour fixa les trois conditions cumulatives, légitimant l'exception au droit de reproduction.

Dans un premier temps, il faut qu'il s'agisse de copies ou reproductions matérielles d'oeuvres. À cet égard, la question qui se posait était celle de savoir si l'exception de l'article couvrait l'usage des moyens modernes de reproduction. Les conclusions de la réquérante tendaient vers le rejet de ce principe :

Si la dérogation traditionnelle au profit du copiste s'expliquait aisément autrefois par le travail matériel considérable que représentait la copie, par le caractère limité de la copie et par son caractère imparfait, qui ne pouvait en faire un substitut de l'original, rien de tel n'existe lorsque la copie est obtenue par des moyens modernes, grâce auxquels la reproduction est instantanée, intégrale et sans limites et rend exactement les mêmes services que l'original; ...qu'en bref, la reproduction est techniquement assimilable à une impression et doit être considérée comme un document imprimé se substituant parfaitement à l'ouvrage lui-même.30

Si cet argument n'est pas dénué de tout fondement, le T.G.I. de Paris l'écarta cependant au motif que les procédés modernes de reprographie étant déjà connus au moment de l'élaboration de la loi du 11 mars 1957, si le législateur avait entendu exclure ces procédés modernes du champ d'application de l'article 41, il n'aurait pas manqué de le faire.

La seconde condition énoncée par le jugement du 22 janvier 1974 définit la notion de «copiste». La reproduction doit être réalisée par

La copie privée

la personne qui l'utilisera. Logiquement, la Cour aurait dû, en l'occurrence, considérer le CNRS, comme copiste. Comme le soulignait la demanderesse, la copie était réalisée à partir d'un original appartenant au CNRS, dans les locaux du CNRS, avec un appareil appartenant au CNRS, par des préposés du CNRS. La Cour n'admit pas cette argumentation en statuant que la qualité de copiste ne devait pas être uniquement analysée par rapport à l'acte matériel de la copie.

On doit observer à cet égard que même l'utilisateur d'une copie réalisée dans les conditions classiques n'intervenait pas nécessairement seul dans la réalisation matérielle de la reproduction; que, de même que le copiste classique pouvait, sans sortir de la légalité, réaliser cette copie avec le concours de proches collaborateurs (dactylo, sténographe) ..., on doit admettre que, dans le cadre des procédés modernes de reprographie, l'intervention d'un employé pressant le bouton d'une machine automatique ne permet pas d'attribuer à cet employé ou à l'organisme dont il est le préposé, la qualité de copiste.

Pour la Cour, le critère déterminant est celui de l'intervention intellectuelle: « cette qualité doit être reconnue à celui qui a choisi le contenu de la copie en fonction de l'usage que seul, il sait devoir en faire. » Selon cette analyse, le copiste est le client du CNRS, non le CNRS lui-même.

Cette définition par le T.G.I de Paris du copiste devait être vivement critiquée par la doctrine. Henri Desbois, dans son commentaire du jugement en question, affirmait notamment:

L'expression employée par le législateur a été prise à contresens. Dans la langue courante, le copiste est celui qui effectue la copie, non celui qui en fait la commande....sinon par voie de comparaison, il serait tentant de prétendre que la qualité d'interprète doit être reconnue, non au pianiste, mais à l'imprésario qui a organisé le concert et composé le programme. Il

Cette définition plus rationnelle de la notion de copiste devait au demeurant être adoptée par le Tribunal de Commerce de Paris dans son jugement du 20 octobre 1980 .

En l'espèce, il serait donc possible de faire une distinction entre le cas où le client manipule lui-même l'appareil et le cas où l'appareil est manipulé par le préposé de la défenderesse. Dans le premier cas, le droit de reproduction ne pourrait pas être opposé au client, alors que dans le second cas la copie ne serait plus couverte par l'exception.... Les défenderesses propriétaires des appareils sont entrepreneurs de photocopie et ont donc la qualité de copistes.<sup>22</sup>

En dernier lieu, les copies, pour entrer dans le champ d'application des exceptions prévues à l'article 41-2, doivent être strictement réservées à l'usage privé du copiste et non destinées à une utilisation collective. Sur ce point, les motifs invoqués par le T.G.L de Paris ne sont pas sans ambiguïté. La Cour relève en effet que le but du CNRS est de faciliter la recherche scientifique et, donc, de délivrer des photocopies à des chercheurs. En fait, ce qui est reproché au CNRS n'est pas d'avoir photocopié des oeuvres protégées par le droit d'auteur, mais plutôt de ne pas avoir pu contrôler la qualité de chercheur du destinataire de ces copies. Ce raisonnement se développe comme si le décret du 9 décembre 1954, créant le CNRS, ajoutait une nouvelle exception à celle de l'article 41.2%.

Manifestement, cette motivation quelque peu étonnante de la Cour caractérise une erreur de jugément quant à l'interprétation de la volonté du législateur. En effet, dès lors que la copie est réalisée à des fins qui dépassent l'usage personnel (donc, au maximum le cercle familial), les limites de l'exception énoncées par l'article 41-2 sont dépassées.

La transposition des critères dégagés par la jurisprudence en matière de reprographie, au domaine de la copie privée audiovisuelle et sonore, relève de la «juridico-fiction». Cependant, l'ensemble de ces décisions nous a permis de dégager un faisceau d'indices, nous habilitant ainsi à circonscrire le régime d'exception au droit de reproduction prévu par l'article 41-2 de la loi française.

En dernier lieu, notons que si les récentes modifications à la loi française sur le droit d'auteur sont venues adjoindre à l'exception pour reproduction privée, un droit à rémunération, l'article 41-2, quant à lui, n'a pas été modifié.

<sup>31.</sup> DESBOIS, H., Note sous l'arrêt du T.G.I. de Paris, 28 janvier 1974, Recueil Dalloc, p. 343.

J ribunal de commerce de Paris, 20 octobre 1980, (1981) 107 R.I.D.A., p. 182.
 DESBOIS, H., loc. cit., note 31, p. 344.

# c) La copie privée en Autriche

Les exceptions au droit de reproduction sont énumérées à l'article 42 de la loi fédérale autrichienne du 9 avril 1936<sup>11</sup>, Selon cet article:

- chacun peut, pour son usage personnel, reproduire des exemplaires uniques d'une oeuvre littéraire musicale;
- ne constitue pas une reproduction d'exemplaires pour l'usage personnel celle qui est utilisée pour exécuter publiquement l'oeuvre;
- des exemplaires uniques peuvent être fabriqués sur la commande d'un tiers....

La copie d'une oeuvre littéraire ou musicale, effectuée moyennant rémunération pour l'usage personnel de celui qui la commande, ne peut être réalisée que sous forme manuscrite ou dactylographiée, sauf s'il s'agit de courts extraits d'une oeuvre ou d'une oeuvre inédite ou épuisée<sup>35</sup>.

Un arrêt rendu par la Cour suprême autrichienne dans le cadre d'une affaire opposant la société autrichienne de gestion des droits de reproduction mécanique. Austro-Mechana, à un producteur de magnétophones<sup>36</sup> fut l'occasion de fixer l'ampleur de l'exception prévue à l'article 42.

Au même titre que la jurisprudence française dans l'affaire du CNRS<sup>22</sup>, la Cour suprême précisa que la reproduction pour usage personnel n'excluait pas l'utilisation des nouveaux moyens de reproduction.

Tout en regrettant les conséquences néfastes pour les auteurs de l'évolution technologique des équipements de reproduction, la Cour estimait qu'il n'était pas de sa compétence de légiférer dans ce domaine:

[...] il est possible que le législateur autrichien n'ait pas eu connaissance de la possibilité de reproduire au sein du foyer, par un processus mécanique simple, .... ni du fait que la mise en circulation des magnétophones et des bandes magnétiques est de nature à porter préjudice à la commercialisation des disques.... Cependant, l'évolution technique ne saurait donner sujet à la Cour d'introduire dans la loi par la voie «du perfectionnement du droit» des notions que la loi ne contient pas ; cette sorte de perfectionnement incombe aux législateurs.<sup>38</sup>

#### 3. «Fair use» et «fair dealing»: le régime d'exception aux États-Unis et au Canada

D'origine anglaise, le concept de l'usage loyal a inspiré l'ensemble des législateurs de common law. Cependant, l'étendue de ce principe à pu favoriser des applications pratiques particulièrement divergentes. L'exemple des États-Unis et du Canada est à ce titre fort probant. Alors qu'aux États-Unis, le «fair use» est un moyen de défense fréquemment admis, le «fair dealing» canadien suppose la réunion de circonstances très précises et singulièrement limitées.

# a) États-Unis : la notion de «fair use» depuis l'arrêt Betamax

Premier pays quant à la production et la consommation d'oeuvres musicales et audiovisuelles, les États-Unis furent à travers l'affaire lletamax le cadre du combat de deux «Goliath», combat dont l'intensité et la durée furent à la hauteur de la réputation des deux protagonistes.

Au regard de la décision de la Cour suprême du 17 janvier 1984, les producteurs cinématographiques semblent avoir perdu non neulement une bataille mais également la guerre les opposant aux producteurs de magnétoscopes. En légalisant l'enregistrement à domicile d'oeuvres protégées par le droit d'auteur parce qu'elle considérait qu'il s'agissait d'un usage loyal, la Cour suprême a donné une assise juridique à l'exception pour usage privé d'oeuvres audiovisuelles, exception que le législateur américain n'avait pas cru devoir instituer en 1976, au moment de la réforme du droit d'auteur.

Préalablement à l'étude de cette saga judiciaire, il convient d'évoquer brièvement l'origine et l'évolution de la notion du «fair une», notion qui s'avère essentielle dans le cadre de l'affaire Belamax.

# L'usage loyal

Tenter de donner une définition cartésienne du «fair use» est certainement une tâche aussi ardue que celle de définir le concept bien connu des juristes de droit civil du «bon père de famille».

Amendements des 14 juillet 1949, 8 juillet 1963, 16 décembre 1972 et 19 février 1982

COLLOVA, T., \*Reproduction sonore et visuelle pour l'usage personnel\*, (1979)
 DORLOVA, p. 13.

Cour suprême autrichienne, Austro-Mechana, 28 novembre 1967, (1969) UFITA, p. 353.

<sup>37.</sup> T.G.I. de Paris, 28 janvier 1974, précité, note 29.

En 1785, Lord Mansfield posait le problème dans les termes suivants:

Nous devons nous garder de tomber dans deux extrêmes également néfastes; l'un est que des hommes de valeur qui se sont consacrés au service de la communauté se voient frustrés de la juste récompense et de la considération que méritent leur ingéniosité et leur travail, l'autre est que le monde soit privé de tout ce qui peut embellir et que le progrès des arts se trouve retardé.<sup>20</sup>

Des tentatives plus récentes n'ont pas apporté plus de précision :

L'usage loyal peut se définir comme un privilège reconnu aux personnes autres que le titulaire du droit d'auteur d'utiliser l'oeuvre protégée dans des limites raisonnables et sans autorisation, nonobstant le monopole accordé par le droit d'auteur. L'usage loyal est techniquement une infraction au droit d'auteur mais il est autorisé par la loi en raison de son caractère raisonnable et conforme aux usages, <sup>60</sup>

Cependant certains exemples fournis par la jurisprudence américaine en matière de droit d'auteur nous permettent d'apporter quelques éclaircissements à cette notion d'usage loyal. Ainsi dans l'affaire Henry-Holt Co. c. Ligget et Myers Tobacco<sup>11</sup>, une manufacture de tabac cita trois lignes d'un ouvrage médical intitulé «La voix humaine, comment la soigner et la développer» pour les utiliser dans une brochure publicitaire destinée à faire monter la vente du produit du défendeur. Le tribunal a refusé d'appliquer la doctrine de l'usage loyal du fait que l'utilisation à laquelle se livrait le défendeur ne poursuivait pas un but scientifique.

De même, dans l'affaire Thompson c. Gernsbach<sup>12</sup>, un médecin obtint gain de cause dans une action en contrefaçon d'un article intitulé «Les concepts mouvants de l'homosexualité en psychanalyse», intentée à l'éditeur de Sex Science Magazine Illustrated, au motif que cette publication ne pouvait en aucun cas être classée dans la catégorie des documents scientifiques. Par contre, l'utilisation d'ouvrages scolaires dans l'élaboration d'autres manuels pédagogiques a été considérée comme un usage loyal pour autant que le premier ouvrage n'était pas la seule référence citée par l'oeuvre prétendue contrefactrice mais qu'il existait des sources communes aux deux ouvrages.

Dans l'affaire Simms c. Stanton, le tribunal, ayant à considérer a'il y avait eu contrefaçon d'un ouvrage scientifique dans le domaine de la physiognomonie, déclara;

Il est évidemment difficile de concevoir comment des auteurs relevant de la même discipline artistique ou scientifique pourraient éviter de recourir aux mêmes sources d'information et d'utiliser en outre des expressions similaires de même que la terminologie spécifique du sujet qu'ils traitent.<sup>43</sup>

Dans l'affaire Rosemont Entreprises Inc. c. Random House<sup>44</sup>, l'usage loyal est défini comme un privilège, entre autres, que donnent les titulaires d'un droit d'auteur d'utiliser le matériel protégé, de manière raisonnable et sans leur autorisation, nonobstant le monopole accordé aux titulaires.

La décision Williams and Wilkins Co. c. United States<sup>6</sup>, qui n'est pas sans présenter certaines analogies avec l'arrêt du T.G.I de Paris rendu dans l'affaire du CNRS<sup>6</sup>, a, quant à elle, estimé que la reproduction par l'Institut National de la Santé et par la Bibliothèque Nationale de Médecine d'articles entiers publiés dans des journaux appartenant au demandeur était un usage loyal. Bien que les bibliothèques répondaient régulièrement aux demandes d'articles en photocopiant environ 200 000 articles par an, la majorité des juges a estimé qu'il s'agissait en l'occurrence de «fair use»<sup>6</sup>. En dernier lieu, notons les conclusions de Collova<sup>6</sup> qui définit l'usage loyal comme un moyen permettant à des auteurs de faire un usage raisonnable des efforts fournis par d'autres auteurs afin de réaliser des occurres nouvelles.

D'origine jurisprudentielle, ce concept d'usage loyal a été codifié lors de la révision en 1976 de la loi américaine sur le droit d'auteure.

Article 107: [...] the fair use of a copyrighted work, including such use by reproduction [...] for purposes such as criticism, comment, news reporting, teaching [...] scholarship on research, is not an infringement of copyright.

Sgyre c. Moore, 1 East 361, 102 Eng. Rep. N 140 (K.B. 1785).

<sup>40.</sup> BALL, H., The Law of Copyright and Literary Property, (1944), p. 260.

<sup>41, 23</sup> F Supp. 302 (E.D. Pa. 1938).

<sup>42, 94</sup> F Supp. 453 (S.D.N.Y. 1950).

Cette brève revue de la jurisprudence américaine concernant la notion du «fair use» est extraite de l'article de J.G. Gary McDavid, «L'enregistrement pour usage privé ou le droit de différer son plaisir», (1973) 78 R.I.D.A., p. 103.

H. DG US 1009, 87 S. Ct. 714, 17 C. Ed. (2d) 546 (1967).

<sup>15 487</sup> F. (2d) 1345 (Ct. Cl. 1973).

T. G.I. de Paris, 28 janvier 1974, précité, note 29, p. 337.

<sup>4)</sup> Extrait du jugement Universal City Studios Inc. c. Sony Corporation of America, (1982) 112 R.I.D.A., p. 119.

COLLOVA, T., «Reproduction sonore et visuelle pour l'usage personnel», (1979) 100 R.I.D.A., p. 79.

Coperight Act 1976, 17 U.S.C., s. 107.

Si, à première vue, le régime d'exceptions aménagé par l'article 107 ne s'appliquerait qu'à des reproductions faites dans un cadre pédagogique, de recherche ou de critique, une lecture plus attentive de ces dispositions, notamment le passage «à des fins telles que», nous amène à conclure que le législateur, loin de vouloir dresser une liste exhaustive des oeuvres protégées susceptibles d'être reproduites pour usage privé, a désiré promouvoir le maintien d'un statu quo laissant aux tribunaux l'opportunité de juger au cas par cas la portée à donner au concept du «fair use».

Toutefois, l'article 107 subordonne la détermination de l'usage loyal d'une œuvre à la considération de quatre facteurs :

- le but et le caractère de l'usage, notamment la nature commerciale de celui-ci ou sa destination à des fins éducatives et non lucratives;
- · la nature de l'oeuvre protégée;
- le volume et l'importance de la partie utilisée par rapport à l'ensemble de l'oeuvre protégée;
- l'influence de l'usage sur le marché potentiel de l'oeuvre ou sur sa valeur.

L'analyse des trois décisions intervenues dans le contexte de l'affaire Belamax, devrait nous permettre de circonscrire la portée effective de l'article 107, mais aussi d'en évaluer les lacunes.

## L'affaire Betamax

Dans cette affaire, les producteurs de films Universal City Studios Inc. et Walt Disney Productions avaient engagé un recours en infraction au droit d'auteur contre Sony Corporation, première société à avoir commercialisé dès 1975 le magnétoscope. Subséquemment, cette action devait être également dirigée contre Sony Corporation of America (le distributeur américain du Betamax), quatre détaillants de ce produit, ainsi que la société Doyle Dane Bernbach Inc. (agence de publicité chargée de la promotion du Betamax) et un particulier possesseur et utilisateur d'un Betamax. Ce dernier, Griffiths, client d'un des avocats des appelants, n'était en fait poursuivi que dans le but de produire devant la Cour une personne ayant effectué des copies d'oeuvres protégées grâce au système de reproduction mis à la disposition du public par Sony.

Les demandeurs soutenaient que l'enregistrement vidéo à domicile de leurs programmes avait été réalisé au moyen d'appareils Betamax et qu'ainsi les sociétés défenderesses devaient être tenues responsables des infractions commises par les particuliers. L'action engagée contre les détaillants était, quant à elle, fondée sur le fait que ces derniers avaient enregistré et visionné des parties de programmes appartenant aux appelants pour faire la démonstration du Betamax à d'éventuels acheteurs.

La Cour devait ainsi répondre à une série de cinq questions dont une se révèle particulièrement pertinente quant à l'objet de notre étude. Il fallait en effet déterminer si la reproduction d'oeuvres audiovisuelles protégées par le droit d'auteur, opérée sous forme de captage d'émissions de radio-télévision par les possesseurs d'un magnétoscope à domicile, pour un usage privé non commercial, constituait une contrefaçon. Concernant cet aspect du problème, les conclusions des juges de première instance et d'appel s'avérèrent particulièrement divergentes. Cette opposition trouve son origine dans une interprétation contradictoire des articles 106 et 107 de la législation américaine.

En première instance, le juge Ferguson rappela la règle selon laquelle les créateurs ne peuvent bénéficier que de droits expressément prévus par la loi. En vertu de ce principe, la Cour concluait que, le Congrès n'ayant pas pris le soin d'élargir la protection des auteurs aux nouveaux moyens de reproduction, les enregistrements vidéo à domicile devraient ainsi être une exception ou monopole des auteurs.

Le juge Kilkenny, dans le cadre de la décision d'appel, exprima une opinion diamétralement opposée à celle développée par le juge Ferguson:

La question n'est pas de savoir si le Congrès a démontré son intention de protéger le détenteur du droit d'auteur de certains types de reproduction de son oeuvre... Il faut plutôt se demander si le Congrès a démontré son intention de limiter les droits d'auteurs par des procédés non inclus aux articles 107 à 118.59

De surcroît, le jugement de la C.A. précise que:

La construction de la loi est sans ambiguîté; l'octroi de droits exclusifs est uniquement limité par les exceptions légales. Les principes élémentaires de cette construction indiquent que le pouvoir judiciaire ne peut déroger au système que la loi a soigneusement institué en l'absence de motifs qui le contraindraient à le faire.

Dans sa décision du 17 janvier 1984<sup>50</sup>, la Cour suprême devait clore ce débat quant à la portée effective du silence du législateur en précisant que:

Dans un cas tel que celui-ci où le Congrès n'a pas donné d'indication explicite, il faut être circonspect en ce qui concerne toute analyse de l'étendue des droits institués par une loi qui n'avait jamais pris en considération de tels intérêts... La protection du droit d'auteur concerne... les oeuvres de l'esprit originales fixées sous une forme tangible d'expression. (17 U.S.C., c. 102(a))... Le droit d'auteur n'a jamais accordé au titulaire du droit d'auteur un droit exclusif sur tous moyens d'exploitation éventuels de son oeuvre.

L'usage loyal (fair use) constitue le deuxième point de divergence entre la Cour de district et la Cour d'appel. Dans ce contexte, il n'est pas inutile de rappeler le contenu de l'article 107 de la loi américaine de 1976:

Nonobstant les dispositions de l'article 106, l'usage loyal d'une oeuvre protégée, y compris par reproduction sous forme d'exemplaires ou de phonogrammes ou par tous autres moyens spécifiés dans cet article, à des fins telles que de critique, de commentaire, de compte rendu d'actualités, d'enseignement (y compris la duplication pour l'utilisation en classe), de formation ou de recherche, ne constitue pas une infraction au droit d'auteur. Afin de déterminer si l'usage d'une oeuvre dans un cas déterminé est loyal, les facteurs suivants doivent être pris en considération;

- le but et le caractère de l'usage et notamment la nature commerciale de celui-ci ou sa destination à des fins éducatives et non lucratives;
- la nature de l'oeuvre protégée;
- le volume et l'importance de la partie utilisée par rapport à l'ensemble de l'oeuvre protégée, et
- l'influence de l'usage sur le marché potentiel de l'oeuvre protégée ou sur sa valeur.

Il convient de noter que les travaux législatifs concernant l'article 107 indiquent clairement que les définitions de l'usage loyal qu'il contient doivent servir, en principe, de guide aux utilisateurs pour Selon la Cour d'appel, la prise en considération du premier critère permet d'écarter l'usage loyal dans le cas de la copie privée d'oeuvres audiovisuelles. Autant le législateur que les tribunaux ont en effet pris le soin de délimiter le champ d'application des exceptions prévues à l'article 107, le limitant à des fins éducatives et non lucratives. Le juge Ferguson du Tribunal de district de Californie avait estimé, quant à lui, que l'énumération faite à l'article 107, ne devait pas recevoir une interprétation restrictive.

Une analyse attentive des dispositions de l'article 107 semblerait confirmer ce point de vue du juge de première instance; la mention «à des fins telles que» induit en effet le caractère non limitatif de l'enumération établie par le législateur. De surcroît, les deux conditions exigées par le premier facteur ne sont pas cumulatives mais doivent plutôt être vues comme deux entités indépendantes.

Le second facteur énuméré à l'article 107 concerne la nature de l'oeuvre reproduite. La Cour d'appel précisa que le champ de l'usage loyal est plus étendu dès lors qu'il s'agit de reproductions d'ouvrages d'information que dans le cas d'oeuvres de création:

Les tribunaux recherchent si la nature de l'oeuvre est telle qu'un accroissement de l'accès sert l'intérêt public favorisant la libre circulation de l'information.<sup>52</sup>

Selon cette définition, il demeure certain que les oeuvres reproduites dans le cadre de l'affaire Betamax ne répondent pas aux objectifs ainsi définis. Le juge Ferguson devait cependant souligner qu'il est en pratique très difficile d'établir une démarcation entre ce qui relève du monde de l'éducation et ce qui appartient à celui du divertissement.

Le troisième facteur, «le volume et l'importance de la partie utilisée par rapport à l'ensemble de l'oeuvre protégée» représente la faille la plus importante du jugement de première instance. En effet, sur ce point la jurisprudence américaine a toujours été unanime : toute reproduction excessive exclut le concept de l'usage loyal. En l'occurrence, il ne pouvait manifestement s'agir d'un usage loyal puisque les oeuvres avaient été reproduites dans leur intégralité. Le juge Ferguson devait éluder ce problème en affirmant que, les

déterminer quand les principes de la doctrine s'appliquent. Toutefois, il y est souligné que l'infinie variété des situations et des combinaisons de circonstances exclut la formulation de règles absolues.

Sony Corp. of America c. Universal City Studies Inc., 464 US 417 (1984), traduction française, (1984) 122 R.I.D.A., p. 178.

<sup>52.</sup> Resement Entreprises Inc. c. Random House Inc. 385 US 1009, 87 S. Ct. 714, 17c. Ed. 2d 546 (1967).

quatre conditions énoncées à l'article 107 n'étant pas cumulatives, il importait peu qu'une reproduction ne satisfasse pas l'une ou l'autre de ces exigences pourvu que, dans l'ensemble, elle ne consiste pas en une infraction essentielle à la loi.

Si le troisième élément constitue le point faible du jugement de première instance, la dernière exigence définie à l'article 107, «l'influence de l'usage sur le marché potentiel de l'oeuvre protégée ou sur sa valeur» s'avéra d'une manipulation particulièrement délicate à l'égard de la Cour d'appel. Il est certain que dans une affaire de cette dimension, alors que plusieurs millions de personnes sont susceptibles d'enregistrer des programmes diffusés à l'échelle de tout le pays, il devient difficile de quantifier avec précision le dommage réel subi.

Sur ce point, les appelants tentaient de définir les conséquences néfastes du fait de la copie privée en évoquant les arguments suivants:

[...] - au niveau de la structure du marché des émissions de télévision, les utilisations de magnétoscopes créeraient une fragmentation de l'auditoire, ce qui diminuerait les prix que les stations de télévision voudront offrir aux producteurs;

 il y aurait perte d'intérêt pour les reprises d'émissions: ce marché ayant été tari à la source vu que les consommateurs auront pu visionner à satiété une émission diffusée une première fois:

 au niveau des cinémas, les sommes exigées des distributeurs seraient plus faibles, vu la baisse éventuelle de clientèle, dans le cas des films ayant déjà été montrés à la télévision;

 le marché de la vente des cassettes pré-enregistrées diminuerait, étant donné la possibilité pour les cinéphiles, par exemple de fabriquer leur propre copie d'un film diffusé à la télévision.<sup>33</sup>

La Cour suprème, reprenant les conclusions du Tribunal de district, réfuta les arguments du demandeur, en précisant qu'il était fort probable que l'enregistrement à domicile à des fins de visionnement ultérieur augmente le nombre total de téléspectateurs, conférant ainsi aux différentes chaînes de télévision une position plus confortable au moment des négociations avec leurs partenaires publicitaires. En complétant logiquement ce raisonnement, le surplus de recettes ainsi généré serait susceptible d'être réparti par les producteurs cinématographiques qui se trouveraient ainsi dédommagés du manque à gagner occasionné par la copie privée.

En conclusion de ce marathon judiciaire, la Cour suprême affirmait:

On cherchera en vain, aux termes de la loi sur le droit d'auteur, un signe que les représentants élus des millions de personnes qui regardent chaque jour la télévision ont rendu illicite la reproduction d'un programme destiné à être regardé ultérieurement à domicile, ou ont ordonné l'interdiction de la vente des appareils qui permettent une telle reproduction.

Il se peut que le Congrès procède à une nouvelle analyse de l'impact de cette technologie nouvelle, tout comme il l'a souvent fait dans le passé à propos d'autres innovations. Mais il ne nous appartient pas d'appliquer des lois qui n'existent pas encore. Il découle de l'application de la loi sur le droit d'auteur, sous sa forme actuelle, au fait dont cette affaire est le développement que l'arrêt de la Cour d'appel doit être réformé.

Si la décision de la Cour suprême paraît contestable d'un point de vue strictement juridique, il convient de remarquer qu'elle est empreinte d'un sens pratique indéniable. Très consciente de l'inefficacité d'une prohibition générale de la copie privée, tout en évaluant les effets néfastes d'une telle interdiction pour un secteur industriel aussi prometteur que celui de l'équipement audiovisuel, la Cour a su tracer la voie que devrait suivre le législateur afin de rééquilibrer une relation tripartite quelque peu compromise.

#### b) Canada: la portée de l'article 17-2(a) de la Loi sur le droit d'auteur

Selon l'article 17(2)(a), ne constitue pas une violation du droit d'auteur «l'utilisation équitable d'une oeuvre quelconque pour des fins d'étude privée, de critique, de compte rendu en vue de préparer un résumé destiné aux journaux».

Préalablement à l'évaluation générale des exceptions aménagées à l'article 17(2)(a), nous analyserons les structures de cet article et nous en préciserons les limites.

# L'utilisation équitable

Notion commune à de nombreuses législations, son caractère particulièrement nébuleux laisse au pouvoir discrétionnaire des tribunaux le soin d'en définir les contours. Ainsi, de nombreuses décisions se sont référées à la notion de concurrence déloyale pour condamner certaines pratiques de reproduction.

Cependant, le seuil de tolérance peut s'avérer extrêmement variable d'une juridiction à l'autre et d'un cas d'espèce à l'autre. La jurisprudence a toutefois fixé un ensemble d'indices devant permettre d'apprécier la notion d'usage équitable. Dans l'affaire Zamacois c. Donville<sup>64</sup>, la Cour dégagea ainsi le critère de «l'importance de la partie de l'oeuvre reproduite»:

Le droit de citation est permis par la loi, le refuser aurait pour effet de supprimer la critique littéraire. Cependant, un critique ne peut, sans se rendre coupable de contrefaçon, reproduire la totalité de l'oeuvre critiquée, sans autorisation de l'auteur.

Dans l'affaire Hubbard c. Vosper<sup>65</sup> un dénommé Vosper, qui avait été membre de l'église de la Scientologie pendant 14 ans, publia un livre intitulé «The Mind Benders». Vosper reproduisait dans son livre des extraits substantiels de l'oeuvre de scientologie de Hubbard, dans le but de le critiquer. Ce dernier essaya d'empêcher la publication du livre de Vosper en arguant de la violation de son droit d'auteur<sup>56</sup>. La Cour décida qu'il y avait en l'espèce lieu de retenir l'exception d'utilisation équitable, la partie consacrée au commentaire de l'oeuvre critiquée étant supérieure à celle strictement reproduite. Dans le cadre de cette décision, Lord Denning complèta le faisceau d'indices devant guider le juge dans son appréciation de l'usage équitable:

It is impossible to define what is \*fair dealing\*. It must be a question of degree. You must consider first the number and extent of the quotations and extracts. Are they altogether too many and too long to be fair. Then you must consider the use made of them. If they are used as a basis for comment, criticism or review, that may be fair dealing. If they are used to convey the same information as the author, for a rival purpose, that may be unfair. Next, you must consider the proportions. To take long extracts and attach short comments may be unfair. But short extracts and long comments may be fair. Other considerations may come to mind also. But after all is said and done, it must be a matter of impression.

L'article 17(2)(a) semble s'appliquer à l'ensemble des oeuvres protégées par le droit d'auteur, telles les oeuvres littéraires, dramatiques, musicales ou artistiques<sup>57</sup>, mais également les logiciels (cependant protégés sous l'intitulé d'oeuvre littéraire) et les films vidéo (oeuvres dramatiques).

«pour des fins d'étude privée, de critique, de compte rendu en vue de préparer un résumé destiné aux journaux».

Dans l'arrèt Hawkes and Son v. Paramount Film Service Ltd. 
le juge décida qu'un film de nouvelles ne pouvait être assimilé à un journal. L'exception «pour des fins de compte rendu en vue de préparer un résumé destiné aux journaux » ne vise donc que la presse écrite. Cette limitation est fortement regrettable de nos jours, alors que les informations proposées par la télévision ou la radio ont largement dépassé, quant au nombre d'auditeurs, la clientèle des journaux.

Eu égard à la critique, notons qu'elle doit être le motif principal pour lequel l'appropriation a eu lieu<sup>10</sup> et elle ne doit pas servir de déguisement afin de publier des parties d'ocuvres protégées au détriment de leur auteur<sup>10</sup>. Ainsi ne constitue pas un cas de «fair dealing» le commentaire en 34 pages de 758 pages contenant une sélection de poèmes de différents auteurs.

En dernier lieu, évoquons les notions d'étude privée et de recherche qui ont manifestement provoqué de nombreux abus. L'exception de l'article 17(2)(a) devrait être systématiquement écartée des qu'une part substantielle de l'oeuvre se trouve reproduite. Il paraît en effet anormal que l'on puisse substituer une copie «bon marché» à l'acquisition normale d'un ouvrage dont l'auteur n'a certainement pas voulu faire don au domaine public. Cette affirmation s'impose d'autant plus dans le cas de copies multiples distribuées à un groupe important de chercheurs ou d'étudiants.

Ainsi, la reproduction d'oeuvres sonores et audiovisuelles semblerait a priori une pratique constituant une violation à la loi, non légitimée par le «fair dealing» de l'article 17(2)(a). En effet, à l'encontre de l'article 107 de la loi américaine, les dispositions de

D'une oeuvre quelconque »

<sup>54. (1943) 2</sup> C.P.R., p. 270.

 <sup>(1972) 2</sup> W.L.R., p. 389.
 Résumé des faits extrait de l'ouvrage de PICHETTE S., Régime canadien de la propriété intellectuelle, Montréal, École des hautes études commerciales, 1979, p. 249-250.

VINCKE, C., Problèmes de droit d'auteur en éducation, Québec, Editeur officiel, 1977, p. 50.

<sup>58. [1934],</sup> L.R.C., p. 58G.

<sup>59.</sup> Johnston c. Bernard, [1938] All E.R., p. 37 à 41.

<sup>60.</sup> VINCKE, C., op. cif., note 57, p. 51.

la législation canadienne sont limitatives quant aux fins susceptibles de constituer une exception au droit exclusif de reproduction.

La copie privée d'un disque ou d'un film n'est certainement pas produite à des fins d'étude, de critique ou de compte rendu. Les statistiques concernant l'essor de cette pratique ont également montré qu'elle n'est pas un usage équitable de l'oeuvre originale.

Cependant, quel peut être le poids d'un tel principe devant l'impossibilité d'en assurer le respect? Ne serait-il pas préférable d'écarter toute discussion stérile concernant un phénomène sur lequel on a visiblement perdu le contrôle et davantage concentrer les efforts sur les éventuels moyens permettant d'indemniser les auteurs et créateurs lésés? Dans une société où la philanthropie tend visiblement à disparaître, il paraît anormal que le fruit d'un travail puisse faire l'objet d'une appropriation gratuite sans le consentement de son auteur. C'est ainsi qu'à l'instar de la R.F.A., innovant dès 1965 dans ce domaine, de nombreux législateurs ont introduit ces dernières années un régime compensatoire en faveur des auteurs et ayants droit.

## DEUXIÈME PARTIE: D'un droit d'auteur à un droit à rémunération: la recherche d'un nouvel équilibre

# 1. Propositions internationales

# a) UNESCO et OMPI

L'initiative conjointe de l'UNESCO et de l'OMPI (Organisation mondiale de la propriété intellectuelle) devait déboucher sur la constitution d'un groupe d'experts sur la reproduction privée non autorisée d'enregistrements, d'émissions et de documents imprimés, lequel s'est réuni à Genève en juin 1984. Après avoir souligné l'incompatibilité de la copie privée audiovisuelle ou sonore avec les exigences des dispositions de la Convention de Berne et de la Convention Universelle, le groupe d'experts devait reconnaître l'impossibilité d'un contrôle efficace de cette technique de reproduction. Cependant, tout en admettant l'intangibilité de ce droit acquis, les experts devaient insister sur la nécessité d'une compensation du préjudice causé aux auteurs par la copie privée de leurs oeuvres:

Il n'y a qu'une façon d'éviter les conflits entre les dispositions des deux conventions relatives au droit d'auteur, d'une part, et la pratique généralisée de l'enregistrement privé des oeuvres audiovisuelles, de l'autre: c'est d'éliminer l'élément qui rend cette pratique incompatible avec les conventions. Cet élément est le préjudice causé aux auteurs, dont on fait état ci-dessus.<sup>61</sup>

Concernant la mise en place du régime de compensation, la difficulté de recouvrement d'une redevance auprès des particuliers pourrait être facilement éludée par l'imposition d'un droit frappant directement les fabricants ou importateurs d'appareils ou de supports matériels vierges, à charge pour eux de répercuter ce montant sur le prix de vente du matériel.

Le rapport final du groupe d'experts apporta également quelques précisions quant à la nature et l'utilisation de la redevance. Il est ainsi spécifié que les montants perçus ne doivent pas être employés à des fins fiscales, culturelles ou sociales. Il ressort de cette affirmation que la redevance pour copie privée n'est certainement pas une taxe, mais bel et bien un substitut à la rémunération traditionnelle des auteurs. En dernier lieu, il convient de noter que les experts UNESCO/OMPI ont assimilé les titulaires étrangers de droits d'auteur aux titulaires nationaux et ont également inclus les titulaires de droits voisins au cercle des bénéficiaires du régime de compensation.

## b) Commission des Communautés européennes

Dans le cadre d'un programme global tendant à harmoniser l'ensemble des législations sur le droit d'auteur et les droits voisins des pays membres de la C.E.E., la Commission avait émis en 1977 certaines propositions à l'effet de compenser le préjudice subi par les auteurs du fait de la copie privée:

En ce qui concerne la reproduction de l'écrit, du son et de l'image, on devrait prévoir, pour assurer d'une façon collective la rémunération à laquelle les auteurs, les éditeurs et les interprètes/exécutants sont fondés à prétendre (et dont il est inacceptable qu'ils soient frustrés), l'inclusion d'une certaine somme dans le prix de vente des appareils (photocopieuses, magnétophones, vidéorecorders) et du matériel (papier à copier, bandes magnétiques) qui est employé pour leur fonctionnement : il s'agirait d'un pourcentage du prix de vente. De cette façon, en acquérant un appareil ou du matériel, tout utilisateur paierait

<sup>61.</sup> Document préparatoire pour le Comité d'experts gouvernementaux OMPL/ UNESCO et rapport de ce comité, Le droit d'auteur (Juillet-Août 1986), p. 192. Aussi dans les documents récents sur les droits portant sur les phonogrammes et les vidéogrammes, voir (1988) Le droit d'auteur.

une redevance forfaitaire qui couvrirait ses activités d'utilisation ultérieures ressortissant au droit d'auteur (y compris les droits des éditeurs) et au droit des interprètes/exécutants. Pour les appareils de reproduction à grande échelle (bibliothèques, universités, etc.), la redevance à l'achat — ou sur le prix de la location — pourrait être complétée par une redevance périodique d'exploitation. <sup>62</sup>

Dix ans plus tard, le discours de la Commission devait quelque peu changer. Le Livre vert sur le droit d'auteur et le défi technologique de 1988<sup>50</sup> ne considère plus la redevance comme la solution la plus adéquate au problème de la copie privée. Tout en laissant toute latitude aux Etats membres, en ce qui a trait à l'opportunité d'instaurer ou de conserver un système de redevance, la Commission préconise le développement de mesures techniques destinées à enrayer le phénomène de la copie privée.

## c) Le point de vue des organisations internationales non gouvernementales

En 1981, les organisations internationales non gouvernementales<sup>61</sup> saisirent l'occasion d'une réunion tenue par le Directeur général de l'OMPI pour exprimer leurs préoccupations concernant l'évolution alarmante de la copie privée.

Le postulat de base commun à l'ensemble de ces organisations se trouve fort bien résumé par la résolution adoptée au Congrès de l'ALAI en 1978:

L'Association littéraire et artistique internationale

Considère que le respect des prérogatives accordées à l'auteur et notamment du droit de reproduction est une condition nécessaire à la sauvegarde de son indépendance;

Constate que l'évolution technique dans le domaine de la reproduction rend de plus en plus difficile l'exercice par l'auteur

 Commission des Communautés européennes, «L'action communautaire dans le secteur culturel». Bulletin des communautés européennes, Supplément 6/77.

63. Commission des Communautés européennes, Livre eert sur le droit d'auleur et

le défi technologique, Bruxelles (1988).

de son droit de reproduction au risque de compromettre le principe même de ce droit;

Estime souhaitable d'éviter que des législations nationales introduisent des restrictions au droit de reproduction dont la conformité avec les exceptions prévues par les conventions internationales pourrait prêter à controverse.

Recommande en conséquence :

- a) que toute réglementation nationale ou internationale prenne comme point de départ la reconnaissance du droit exclusif de reproduction attribué aux auteurs;
- b) que les législations nationales comportent des mesures appropriées pour faciliter la conclusion de contrats collectifs assurant l'exercice effectif de ce droit de reproduction;
- c) que les États envisagent de mettre sur pied, avec le concours de la recherche scientifique, des dispositifs techniques permettant un contrôle efficace des reproductions pour assurer une application stricte des règles en cette matière;
- d) que soit poursuivie la recherche de solutions uniformes sur le plan international.

Cependant l'ensemble des intervenants ont reconnu le caractère illusoire du système obligeant les particuliers à solliciter l'octroi de licences pour effectuer des reproductions à domicile d'oeuvres protégées par le droit d'auteur. Dans l'intention de préserver l'intérêt économique des titulaires de droits, les organisations internationales représentatives des différents intervenants de la création musicale ou cinématographique devaient convenir de la nécessité d'établir un régime de compensations, trouvant sa source dans les prélèvements effectués sur les appareils ou sur les supports vierges.

Il ressort également des conclusions de ces différentes organisations que cette solution particulièrement regrettable ne constitue qu'un pis-aller face aux nouvelles données technologiques, mais qu'elle ne serait en aucun cas incompatible avec les notions les plus fondamentales du droit d'auteur.

En outre, il fut précisé que les législateurs devraient se montrer particulièrement incisifs quant à la détermination des limites de l'usage privé, en excluant aussi bien la vente que l'échange des ocuvres ainsi enregistrées par les particuliers et, a fortiori, leur diffusion en dehors de la sphère privée<sup>66</sup>.

<sup>64.</sup> Association littéraire et artistique internationale (ALAI) Bureau international des sociétés gérant les droits d'enregistrement et de reproduction mécanique (BIEM) Confédération internationale des sociétés d'auteurs et compositeurs (CISAC) Fédération internationale des associations de distributeurs de films (FIAD) Fédération internationale des associations de producteurs de films (FIAPF) Fédération internationale des acteurs (FIA) Fédération internationale des musiciens (FIM).

<sup>65. «</sup>Points de vue des organisations internationales non gouvernementales sur la copie privée», (Juillet-Août 1982), Le droit d'auteur, p. 211.

Cette demande devait être réitérée au cours d'une réunion de l'OMPI tenue à Genève en juillet 1988, en ajoutant cependant que le montant de la redevance ne devrait pas être utilisé à des fins fiscales, culturelles ou sociales mais uniquement à indemniser les créateurs indépendamment de leurs nationalités<sup>56</sup>. Ces dernières précisions censurent ainsi directement l'attitude de certains législateurs nationaux (pays scandinaves) qui ont détourné la redevance de son objectif initial, en l'incluant dans leurs budgets ordinaires, ou qui ont subordonné le bénéfice de cette redevance à certains critères de nationalité (ex: art. 28 de la Loi française sur le droit d'auteur).

## 2. Développements législatifs étrangers

En 1965, époque où l'enregistrement à domicile était réservé à une catégorie très restreinte de personnes, le législateur ouestallemand fit preuve d'un caractère particulièrement innovateur en instaurant un régime de prélèvements obligatoires sur les ventes d'appareils de reproduction, venant ainsi compenser les pertes subies par les titulaires de droits d'auteur du fait de la copie privée<sup>67</sup>.

Très critiquées dans les premières années suivant leur entrée en vigueur, ces dispositions servirent néanmoins de modèle pour les pays qui légiférèrent dans ce domaine au cours des dernières années. Cependant, si les mêmes finalités étaient partagées par l'ensemble des législateurs, les moyens employés pour leur mise en oeuvre s'avérèrent quelquefois divergents, notamment quant à la nature juridique, l'assiette, le mode d'évaluation et la destination de la rémunération.

# 2.1 Nature juridique de la rémunération

Certains pays ont privilégié une solution de nature fiscale. Ce fut le cas de la province de Québec dont le parlement fixa en 1983 une taxe de deux dollars sur toute cassette audiovisuelle vierge<sup>60</sup>.

Dans le contexte français, notons l'article 22 de la loi des finances de 1975 qui, même s'il ne touche que le secteur particulier de la reprographie, mérite cependant d'être souligné.

 OMPI, Comité d'experts gouvernementaux, Le droit d'auteur (Octobre 1988), p. 394.

 REIMER, D., \*Les nouvelles lois allemandes sur le droit d'auteur du 9 septembre 1965», (1966) 48. R.I.D.A., p.7.

 Lui de 1983 modifiant la loi de l'impôt de la vente en détail, (1985) L.R.Q., c. C.1-2. Cette taxe a été supprimée en 1987-1988. Cet article, apparemment anodin, instituant une taxe sur l'emploi de la reprographie, perçue au taux de 3% sur la vente en France d'appareils de reprographie, et destinée au Centre national des lettres à un compte d'affectation spéciale, devait s'extraire de l'anonymat en rebondissant au niveau européen. La C.E.E. avait jugé que cette taxe, dès lors qu'elle touchait les appareils importés, équivalait à un droit de douane prohibé par les articles 9 et suivants du traité de Rome.

Si l'arrêt de la Cour de Justice des Communautés européennes du 3 février 1981% ne traite principalement que de problèmes d'ordre communautaire, la décision des juges européens revêt toute son importance quant à notre sujet par l'intermédiaire de l'argument principal de la Cour, permettant le rejet du recours de la Commission. En effet, la Cour dispose que la redevance en cause fait partie d'un régime général de redevances intérieures, du fait « de son insertion dans un mécanisme fiscal qui trouve son origine dans la brèche faite dans les systèmes légaux de protection des droits d'auteur et éditeurs de livres par la multiplication de l'usage de la reprographie et qui vise à soumettre indirectement les utilisateurs de ces procédés à une charge compensant celle à laquelle ils devraient normalement être assujettis».

Une telle formulation paraît hasardeuse ou tout au moins embarrassante. Il est inconcevable que toute copie, indépendamment du facteur de quantité ou de la nature du copiste, puisse se trouver légalisée par la perception d'une taxe para-fiscale sur les appareils de reproduction.

En ce sens, M. Kéréver devait préciser :

Les débats parlementaires ont montré que la taxe ainsi instituée n'avait pas le caractère d'une redevance de droit d'auteur et que son institution n'avait nullement pour effet d'étendre le champ des exceptions au droit de reproductions.<sup>70</sup>

La Norvège, ainsi que la Suède ont également adopté une solution de nature fiscale. Le parlement norvégien a autorisé le prélèvement d'une taxe sur les appareils et sur les cassettes vierges<sup>27</sup>; son homologue suédois a quant à lui décidé de limiter le champ d'intervention de la taxe à la vente de cassettes audio et vidéo vierges et de cassettes vidéo enregistrées<sup>27</sup>.

72. OLSSON, A., «Lettre de Suède» Le droit d'auteur (Janvier 1983), p. 28.

<sup>(</sup>ii). C.J.C.E., 3 février 1981, (1981) 109 R.I.D.A. 191, note A. Françon.

KEREVER, M., (1976) Le droit d'auteur, p. 200.

GAUBIAC, Y., «Les nouveaux moyens techniques de reproduction et le droit d'auteur», (1984) 122 R.I.D.A., p. 137.

Cette approche fiscale de la copie privée paraît a priori contestable, dans la mesure où les taxes ainsi imposées ne constituent pas une rémunération au profit des auteurs en vertu de leurs droits exclusifs mais plutôt une redevance, analogue à celle perçue sur les téléviseurs ou sur les magnétoscopes, et utilisée à des fins diverses.

Les mécanismes retenus par les législateurs ouest-allemand, autrichien, français, finlandais et hongrois, notamment, paraissent plus conformes aux propositions internationales. D'après ces législations, le droit à rémunération est un droit de propriété intellectuelle compensant la cession « forcée » ou inexorable du droit de reproduction. Cette rémunération n'est en fait que la juste rétribution d'une nouvelle forme d'exploitation des œuvres protégées.

#### 2.2 L'assiette de la rémunération

Dans le contexte de la copie privée d'oeuvres audiovisuelles et sonores, trois genres de solution semblent envisageables: le prélèvement d'une redevance sur les appareils de reproduction, celui sur les supports servant à la reproduction, ou tout simplement une perception prenant en compte ces deux éléments.

La loi ouest-allemande sur le droit d'auteur du 9 septembre 1965<sup>73</sup> devait retenir la première des solutions. Le Comité de justice du Bundestag motiva cette décision par le fait qu'il serait inéquitable de pénaliser les acquéreurs de bandes magnétiques vierges destinées à des fins autres que celles de copies d'oeuvres protégées par le droit d'auteur.

Cependant, cette forme de prélèvement se révéla peu efficace au regard du préjudice subi par les auteurs. Plusieurs raisons expliquent cet échec. L'utilisation d'un appareil s'échelonne en général sur plusieurs années, alors que la redevance est perçue uniquement au moment de l'acquisition; de plus, l'évolution technologique et la commercialisation massive de ces équipements ont permis une diminution très sensible du prix d'acquisition, entraînant ainsi une baisse considérable du montant exigible au titre du droit d'auteur. Il ressort de ce constat la nécessité d'établir la rémunération sur les deux éléments nécessaires à la reproduction.

Riche de l'expérience allemande, l'ensemble des législateurs adoptant un régime de rémunération devait retenir ce troisième type de solution :

 a) L'Autriche: article 42, alinéa 5, de la nouvelle législation sur le droit d'auteur de 1980<sup>74</sup>

73. REIMER, D., loc. cit., note 67, p. 27.

Cependant, les instruments porteurs d'images ou de sons qui sont impropres à des reproductions pour l'usage personnel, comme les cassettes pour dictaphones, ou qui ne sont pas utilisés pour des reproductions destinées à l'usage personnel, comme ceux que l'importateur ou le fabricant vend sur le territoire national directement à certains gros consommateurs, tels l'industrie du disque, les studios d'enregistrement ou la Radiodiffusion autrichienne, ne sont pas touchés par la réglementation.

b) La Finlande: les articles 26a à 26h de la loi du 15 juin 1984 limitent la perception de redevances aux cassettes audio et vidéo vierges qui se prêtent à l'usage privé<sup>35</sup>. Toutefois, le remboursement de la redevance peut être demandé pour les bandes utilisées à des fins de production professionnelle et pour les enregistrements destinés aux handicapés visuels et auditifs.

c) La France: la loi du 3 juillet 1985% a également retenu le support d'enregistrement comme base de la rémunération. L'article 33 de la nouvelle législation dispose: «la rémunération prévue au précédent article est versée par le fabricant ou l'importateur des supports d'enregistrement utilisables pour la reproduction à usage privé... (alinéa I)».

La loi prévoit un certain nombre d'exceptions à ce prélèvement obligatoire. Aux termes de l'article 37, la rémunération pour copie privée donne lieu à remboursement lorsque le support d'enregistrement est acquis pour le propre usage ou la production par les entreprises de communication audiovisuelle, les producteurs de phonogrammes ou de vidéogrammes, les personnes qui assurent, pour le compte de ces producteurs, la reproduction des phonogrammes et des vidéogrammes, et par les personnes morales ou organismes, dont la liste est arrêtée par le ministre chargé de la culture et qui utilisent les supports d'enregistrement à des fins d'aide aux handicapés visuels ou auditifs.

d) La Hongrie: le décret no 15/1982/XL20/MM<sup>27</sup> a introduit une redevance perçue sur toutes les bandes vierges — son et vidéo et sur les cassettes. Sont exclus du champ d'application de ces dispositions les bandes et cassettes ne servant pas pour l'enregis-

<sup>74.</sup> DITTRICH, R., «Lettre d'Autriche», Le droit d'auteur (Mars 1981), p. 80.

<sup>5</sup> LIEDES, J. et LAHTINEN, S., «Lettre de Finlande», (Mars 1981) Le droit d'auteur, p. 20.

ASTIER, H., «La copie privée», (1986) 128 R.I.D.A., p. 119; GAUBIAC, Y., «La rémunération pour copie privée des phonogrammes et vidéogrammes selon la loi (rançaise du 3 puillet 1985» (Octobre 1986), Revue trimestrielle de droit commercial, p. 564.

FICSOR, M., +Le passé, le présent et l'avenir du droit d'auteur dans les pays socialistes européens » (Octobre 1983) 118 R.I.D.A., p. 102.

trement à domicile (bandes de studio et cassettes de dictaphone), ainsi que le matériel destiné à l'exportation.

- e) La Norvège : le législateur norvégien a privilégié la solution mixte et a taxé les équipements et les supports vierges<sup>78</sup>.
- f) Le Portugal: la nouvelle législation sur le droit d'auteur du 14 mars 1985 édicte, à son article 82, une rémunération calculée sur le prix de vente au public des appareils d'enregistrement et des supports vierges?
- g) La R.F.A.: conscient de l'échec partiel, ou de la réussite mitigée des dispositions de la loi de 1965, le législateur ouest-allemand a inséré à l'article 54, al. 1, de la nouvelle loi du 24 juin 1985, une redevance supplémentaire sur les cassettes vierges tout en conservant le système de la redevance sur les appareils:

L'auteur de l'oeuvre a, à l'encontre du fabricant d'appareils et de supports visuels et sonores, manifestement destinés à la reproduction, un droit à paiement d'une rémunération équitable pour la possibilité donnée par la vente des appareils et des supports visuels et sonores de procéder à telles reproductions.<sup>50</sup>

h) La Suède: la législation suédoise taxe les cassettes audio et vidéo vierges, mais également les cassettes vidéo enregistrées destinées à la vente. Une déduction est toutefois possible dans le cas où un producteur a déjà payé le droit spécial sur les vidéogrammes mis en location sur le marché, en vertu d'un accord conclu entre les producteurs/diffuseurs et les pouvoirs publics au bénéfice de l'Institut du film suédois<sup>81</sup>.

## 2.3 Le mode d'évaluation de la rémunération

Cet aspect de la question revêt toute son importance au regard de la flexibilité technologique de l'industrie de fabrication d'équipements sonores et audiovisuels. À titre d'illustration, notons que depuis la promulgation des lois que nous étudions, la panoplie d'appareils servant à la reproduction s'est enrichie d'un magnétoscope permettant l'enregistrement de films, tout en évinçant la publicité, et surtout d'appareils bénéficiant de la technologie du laser et permettant ainsi des «repiquages» d'une qualité très proche de la perfection. Il s'avère donc primordial que les législateurs aanctionnent des régimes de rémunération particulièrement souples, pouvant ainsi s'adapter très rapidement à l'évolution technique des moyens de reproduction.

Ce point de vue ne fut pas adopté unanimement, certaines législations nécessitant une révision pour modifier ou étendre le droit à rémunération. Dans tous les cas, la rémunération est forfaitaire; certains États ont cependant opté pour une redevance proportionnelle à la capacité d'enregistrement des supports vierges.

- a) L'Autriche: les taux de la rémunération sont déterminés par une commission d'arbitrage prévue à l'article 3 de la loi du 2 juillet 1980. Au même titre que la R.F.A., le législateur autrichien a choisi un système basé sur le prélèvement d'un montant fixe par élément «taxé». Quant aux cassettes sonores, le montant prélevé par heure d'enregistrement a augmenté, de 1981 à 1983, de 0,80 à 2,25 schillings; quant aux cassettes audiovisuelles, le montant prélevé par heure d'enregistrement s'élevait au 1er janvier 1984 à 4,20 schillings<sup>62</sup>.
- b) La Finlande: le montant de la redevance est déterminé chaque année par le ministre de l'Éducation. Pour 1984 et 1985, il a été établi à 0,025 mark finlandais par minute d'enregistrement pour les bandes audio et à 0,05 mark finlandais par minute pour les bandes vidéo<sup>55</sup>.
- c) La France: l'article 34 du texte du 3 juillet 1985 confie à une commission paritaire, présidée par un représentant de l'État et composée pour moitié, de personnes désignées par les organisations représentant les fabricants ou importateurs des supports d'enregistrement utilisables pour la reproduction à usage privé d'oeuvres publiées sur des phonogrammes ou des vidéogrammes, et pour le quart restant, de personnes désignées par les organisations représentant les consommateurs. Les associations appelées à désigner les membres de la commission ainsi que le nombre de personnes que chacune est habilitée à désigner sont déterminés par arrêté du ministre chargé de la Culture<sup>84</sup>,

La première décision de cette commission, en date du 30 juin 1986<sup>88</sup>, fixa la rémunération à 1,50 F pour les supports sonores et à 2,25 F pour les supports audiovisuels, par heure d'enregistrement.

<sup>78.</sup> GAUBIAC, Y., loc. cit., note 71, p. 137.

REBELLO, L.F., «La nouvelle législation portugaise sur le droit d'auteur», (Juillet 1986) 129 R.I.D.A., p. 27.

FLECHSIG, N.P., «La loi allemande du 24 juin 1985 sur le droit d'auteur», (Juillet 1980) 129 R.I.D.A., p. 101.

<sup>81.</sup> OLSSON, A., loc. cit., note 72, p. 27.

DITTRICH, D., «Lettre d'Autriche» (Mai 1987), Le droit d'auteur, p. 172.

RO. LIEDES, J. et LAHTINEN, S., loc. cit., note 75, p. 111.

Article 34 de la loi française du 3 juillet 1985, (1986) 127 R.I.D.A., p. 115.

<sup>85</sup> Journal officiel de la République française, 23 noût 1986.

d) La Hongrie: la base de la rémunération est décidée par le législateur. Selon le décret no 15 du 20 novembre 1982, du ministre de la Culture, quiconque met en circulation, pour la première fois, des bandes magnétiques ou des cassettes vierges propres à la reproduction sonore ou visuelle est tenu de verser au Bureau pour la protection des droits d'auteur 8% du montant des recettes sur les ventes (pour les produits nationaux, ce pourcentage s'applique au prix de revient et pour les produits importés, au prix de gros). Les versements et la reddition des comptes doivent être faits deux fois par an, deux mois après la fin de chaque semestre civil<sup>86</sup>.

e) La Norvège : de nature fiscale, la redevance imposée en juin 1981 par le parlement norvégien peut donc être exclusivement modifiée lors de l'adoption de nouvelles lois des finances.

Depuis le 1er janvier 1982, le ministre des Finances perçoit ainsi une taxe de 17,5% sur les appareils de reproduction et, depuis le 1er juillet 1982, une taxe de trois couronnes par heure d'enregistrement pour les cassettes audio vierges et de quinze couronnes par heure d'enregistrement pour les cassettes audiovisuelles vierges<sup>87</sup>.

f) Le Portugal: le montant de la rémunération prévue à l'article 82 de la loi du 14 mars 1985 est l'objet d'un décret. Pour l'année civile 1987, la Société portugaise des auteurs et le Groupe national des producteurs de phonogrammes et vidéogrammes avaient fait, au ministre de la Culture, une proposition de rémunération à 5% sur le prix de vente des appareils et des supports<sup>88</sup>.

g) La R.F.A.: la nouvelle loi du 24 juin 1985<sup>10</sup>, au même titre que celle du 9 septembre 1965<sup>10</sup> a écarté la possibilité de modification des taux de perception par simple décret ministériel.

De surcroît, si le législateur de 1965 avait indirectement indexé la redevance sur le taux d'inflation, dans la mesure où celle-ci était fonction d'un pourcentage (maximum 5%) sur la vente des équipements, cette précaution a disparu lors des nouvelles dispositions de 1985. Celles-ci fixent un montant absolu pour chaque élément servant de base à la rémunération. L'article 54, alinéa 4, de la loi prévoit que la rémunération s'élève pour tous les bénéficiaires à ce qui suit:

1. 2,50 DM pour chaque appareil d'enregistrement des sons;

- 0,12 DM par support son et par heure de durée d'enregistrement;
- 0,17 DM par support visuel et par heure de durée d'enregistrement;
- Double des taux de rémunération prévus aux nos 1 et 2 pour chaque appareil d'enregistrement sonore et visuel conçu pour pouvoir fonctionner sans support séparé (nos 3 et 4).

Afin que la législation ne devienne pas rapidement dépassée, le parlement fédéral a demandé au gouvernement de fournir un rapport à tous les trois ans à compter de l'entrée en vigueur de la nouvelle loi. Le rapport doit porter aussi bien sur les effets de l'évolution technique sur le droit d'auteur et les droits voisins que sur l'évolution des taux de rémunération fixés dans le document annexé à la loi et, en particulier, sur la question de savoir si l'augmentation recherchée de la rémunération peut être équitable.

h) La Suède: la loi du 24 juin 1982 s'apparente aisément à celle de la Norvège. La redevance est de 0,02 couronne par minute d'enregistrement pour les cassettes sonores vierges et de 0,25 couronne par minute d'enregistrement pour les cassettes vierges et pré-enregistrées vidéo.

Il convient cependant de souligner que, dans le cas des cassettés vidéo destinées à la location, un accord valable pour une durée de neuf ans est intervenu entre les industries suédoises du film et de la vidéo; celui-ci substitue à la redevance proportionnelle énoncée précédemment un montant ferme de 40 couronnes par film (24 couronnes pour les films de moins de 73 minutes)<sup>10</sup>.

#### 2.4 La destination de la rémunération

Sur ce dernier point, les divergences entre les différentes solutions retenues par les législateurs sont particulièrement marquées.

Si l'attitude de la Norvège et de la Suède, qui incorporent les revenus générés par l'imposition d'une taxe sur les appareils et les cassettes servant à la reproduction au budget ordinaire de l'État, ne constitue qu'un pastiche du droit à rémunération, la position adoptée par certaines législations, qui excluent les auteurs étrangers du bénéfice de ce casuel, paraît tout autant contestable.

 <sup>18,00</sup> DM pour chaque appareil d'enregistrement de l'image et du son;

<sup>86.</sup> FICSOR, M., «Lettre de Hongrie» (Novembre 1983), Le droit d'auteur, p. 330.

<sup>87.</sup> DAVIES, G., Private Copying of Sound and Audio-visual Recordings, 1984, p. 133.

<sup>88.</sup> REBELLO, L.F., loc. cit., note 79, p. 27.

<sup>89.</sup> FLECHSIG, N.P., loc. cit., note 80, p. 101-102.

<sup>90.</sup> REIMER, D., loc. cit., note 67, p. 27.

FLECHSIG, N.P., Ioc. cit., note 80, p. 103.

<sup>102.</sup> DAVIES, G., for, cit., note 87, p. 134.

a) L'Autriche: l'alinéa 6 de l'article 42 de la loi autrichienne de 1980 confère aux seules sociétés de gestion l'habilitation à faire valoir le droit à rémunération pour la copie privée. Cette disposition a pour effet que les détenteurs de droits n'ont eux-mêmes aucune qualité pour ester en justice.

Un arrangement intervenu des 1981 entre les diverses sociétés représentatives des ayants droit a attribué à la société de gestion Austro-Mechana le soin de collecter et de redistribuer les montants perçus au titre de la copie privée; celle-ci retient forfaitairement 10% de la redevance au titre de frais de gestion. L'originalité du système de redistribution autrichien réside dans le fait que la loi oblige l'ensemble des auteurs à retourner près de 50% de leur rémunération et ce, à des fins sociales.

Concernant la rémunération, la répartition s'effectue dans les proportions suivantes:

dans le domaine sonore :

Austro-Mechana (oeuvres musicales):	49 %
LSG (producteurs et éditeurs de disques):	34 %
Literar-Mechana (oeuvres littéraires):	7%
Verwertungsgesellschaft Rundfunk; (droits d'auteurs ou droits voisins détenus par les chaînes de télévision)	7%
Osterreichische Interpretengesellschaft: (interprètes)	3%
• dans le domaine vidéo:	
Literar-Mechana LVG (oeuvres littéraires):	14,8%
URK (auteurs d'oeuvres pédagogiques):	1,6%
OSTIG (interprètes):	2,3%
LSG (producteurs et auteurs d'oeuvres musicales):	4,0%
Austro-Mechana (oeuvres musicales):	28,7 %
Producteurs de films:	22,8%
Verwertungsgesellschaft Rundfunk:	25,8 %31

 b) La Finlande: La redevance est perçue par une société de gestion agréée par le ministre de l'Éducation. Le jour de l'entrée en vigueur

de la loi modificatrice, le ministre a désigné à cette fin le Bureau international du droit d'auteur des compositeurs finlandais (TEOSTO).

Le produit de la redevance est affecté pour les deux tiers à l'intérêt commun des auteurs et pour un tiers à la rémunération directe des auteurs. La distribution de cette redevance profite aux auteurs, artistes interprètes ou exécutants, mais également aux producteurs de phonogrammes et aux photographes94.

c) La France: L'article 31 de la loi de 1985 stipule «que sont bénéficiaires de cette rémunération les auteurs et les artistesinterprêtes des oeuvres fixées sur phonogrammes ou vidéogrammes ainsi que les producteurs de ces phonogrammes ou vidéogrammes ».

L'article 35 énonce, quant à lui, le critère de la répartition de la rémunération: «la rémunération est répartie entre les ayants droit....à raison des reproductions privées dont chaque oeuvre fait l'objet». La difficulté d'évaluer l'activité des particuliers a induit une certaine latitude du législateur, laissant le soin aux sociétés de gestion représentées au sein de la commission paritaire de préciser les moyens de mise en oeuvre de l'article 35.

Toutefois, l'article 38, alinéa 3, de la loi prévoit l'affectation de 25 % des sommes provenant de la rémunération pour copie privée à des actions d'aide à la création, à la diffusion du spectacle vivant et à des actions de formation artistique. L'introduction de cette disposition s'explique pour les raisons suivantes:

- toutes les cassettes ne servent pas à effectuer des copies d'oeuvres;
- certaines copies portent sur des oeuvres du domaine public ;
- l'absence de répartition de certaines sommes normalement dues aux ayants droit étrangers.

Le rapport de la Commission des lois de l'Assemblée nationale<sup>95</sup> rappelle que :

[...] la finalité des nouvelles rémunérations n'est pas seulement de réparer un manque à gagner pour les ayants droit, mais de rétablir un équilibre rompu par les nouvelles formes de diffusion des oeuvres. Dans ces conditions, il est normal qu'une partie des nouvelles rémunérations perçues soit utilisée à des actions d'intérêt professionnel permettant d'accroître l'activité dans un secteur en difficulté.

<sup>94.</sup> LIEDES, J. et LAHTINEN, S., loc. cit., note 75, p. 110.

Document de l'Assemblée nationale, no 2235.

Si cette intention du législateur paraît louable, elle n'en devient pas pour autant légitime. La rémunération des auteurs est un droit indémembrable qu'il convient de respecter dans son entièreté.

En dernier lieu, notons l'exclusion considérable d'ayants droit du cercle des bénéficiaires de la rémunération pour copie privée: les titulaires de droits étrangers. L'article 28 de la loi dispose en effet:

Sous réserve des conventions internationales, les droits à rémunération reconnus par les dispositions des articles 22 et 32 sont répartis entre les auteurs... pour les phonogrammes et vidéogrammes fixés pour la première fois en France.

Le critère de la fixation auquel réfère le législateur français se rapporte non à la reproduction de l'oeuvre, mais à son enregistrement. L'équilibre de la balance des paiements a certainement été un des facteurs prépondérants dans le processus d'élaboration de l'article 28. Ce dernier subordonnant l'exclusion des titulaires de droits au respect des conventions internationales, il n'est pas inutile d'apporter quelques précisions quant aux critères de rattachement des principales conventions internationales.

Aux termes de l'article 3 de la Convention de Berne, le traitement national est soumis à l'examen des conditions suivantes: le lieu de première publication, la résidence habituelle de l'auteur. L'article II de la Convention Universelle introduit deux critères de rattachement, la nationalité et le lieu de première publication.

Il ressort de ces dispositions que l'article 28 de la loi du 3 juillet 1985 ne s'appliquerait pas aux auteurs possédant la nationalité ou domiciliés sur le territoire d'un État membre de ces conventions ou, dans le cadre de la Convention Universelle, aux auteurs ayant publié leur oeuvre pour la première fois sur le territoire d'un État membre.

- d) La Hongrie : les redevances sont perçues par la société de gestion Artisjus et redistribuées comme suit :
  - dans le cas des bandes sonores et des cassettes, 50 % aux auteurs individuels, 30 % aux artistes et 20 % aux producteurs de phonogrammes;
  - dans le cas des bandes et des cassettes vidéo, 70 % aux auteurs et autres titulaires de droits et 30 % aux artistes.

La part revenant aux auteurs est répartie entre les différents auteurs et les autres titulaires de droits. En vertu du décret de 1982, la part revenant aux artistesinterprètes ou exécutants est remise par Artisjus à la Fédération des syndicats des travailleurs artistiques. La Fédération doit utiliser la somme ainsi reçue à des fins d'aide financière, sociale et collective au profit des artistes interprètes ou exécutants. La Hongrie n'étant partie à aucun accord multilatéral ou bilatéral qui l'obligerait à retourner un quelconque pourcentage à des producteurs étrangers, la part des producteurs des phonogrammes est donc remise aux producteurs hongrois en fonction de leur contribution à la production nationale de phonogrammes.

 e) La Norvège: la taxe recueillie par le ministre des Finances est incluse dans le budget ordinaire du gouvernement.

Cependant, une partie des fonds ainsi prélevés est redistribuée sous la forme de subventions aux auteurs, producteurs et interprètes et à un fonds spécial. Les producteurs sont cependant obligés par la loi de réinvestir dans la production locale les montants recus<sup>37</sup>.

- f) Le Portugal: la proposition émise en 1986 par la Société portugaise des auteurs et le Groupe national des producteurs de phonogrammes et vidéogrammes prévoyait une répartition de la rémunération dans les proportions suivantes: 10% pour la promotion culturelle, 36% pour les auteurs, 27% pour les artistes-interprétes et 27% pour les producteurs.
- g) La R.F.A.: les droits à rémunération prévus à l'article 54, alinéa 1, de la loi du 24 juin 1985 doivent être exercés par une société de gestion (article 49, alinéa 1).

L'article 20 de la loi confère à ces sociétés un pouvoir de contrôle aur les importations d'appareils et de supports visuels ou sonores :

Article 20 a : L'autorité de contrôle est autorisée à transmettre les données sur l'importation d'appareils et de supports visuels ou sonores, au sens de l'article 54 de la loi sur le droit d'auteur, qui lui sont communiquées par l'Office fédéral de l'industrie et de l'artisanat, à la société de gérance qui a qualité pour gérer le droit à rémunération.

Contrairement à la solution qui prévaut en France et en Hongrie, le législateur ouest-allemand s'est gardé de statuer sur la répartition entre les différents bénéficiaires, laissant aux sociétés de gestion toute latitude dans ce domaine.

<sup>96.</sup> FICSOR, M., «Lettre de Hongrie», (Novembre 1983) Le droit d'auteur, p. 331.

DAVIES, G., op. cit., note 87, p. 133.
 REBELLO, L.F., loc. cit., note 79, p. 29

En dernier lieu, soulignons que l'article 83, alinéa 3, exclut les organismes de radiodiffusion de la participation aux redevances sur les appareils et cassettes vierges, à moins qu'ils n'interviennent comme producteurs de films, producteurs de supports sonores ou titulaires de droits sur des séquences d'images<sup>59</sup>.

- h) La Suède: la taxe collectée par le gouvernement suédois est affectée pour les deux tiers à des fins budgétaires de caractère général et pour le tiers restant à divers aspects du secteur culturel<sup>100</sup>. Le montant destiné à des fins culturelles, évalué en 1983 à 40 millions de couronnes, se trouve divisé selon les modalités suivantes;
  - au titre du droit d'auteur, la société des auteurs STIM (40%),
     la société des artistes et musiciens SAMI (30%) et les producteurs (30%) se partagent une première somme de huit millions;
  - 12 millions sont destinés à la réalisation d'objectifs culturels, à la promotion de l'industrie du phonogramme et au développement de certaines activités musicales;
  - 8 millions sont versés aux fonds sociaux des artistesinterprêtes;
  - 12 millions sont attribués à l'industrie du film et de la vidéo, ainsi qu'aux théâtres et bibliothèques.<sup>101</sup>

.

Près de vingt-cinq années se sont écoulées depuis la promulgation de la loi allemande de 1965, première législation à avoir instauré un régime de compensation à la copie privée en faveur des auteurs, et seulement une dizaine de pays a emboîté le pas à la R.F.A. Si certains gouvernements, tels ceux de la Belgique et des Pays-Bas, ont déposé des projets de loi en ce sens, il n'en demeure pas moins que la majorité des États a adopté dans ce domaine une attitude attentiste, hésitante, voire indifférente. L'exemple des États-Unis et du Canada est à ce titre particulièrement éclairant.

3. Situation législative envisagée au Canada et aux États-Unis

# a) Propositions législatives aux États-Unis

L'année précédant la décision de la Cour suprême dans l'affaire Betamax, le sénateur Matthias et le représentant Edwards déposèrent simultanément deux projets de loi identiques, au Sénat et à la Chambre des représentants, intitulés The Home Recording Act of 1983.

Non sans présenter quelques analogies avec les législations européennes oeuvrant dans le même domaine, le projet de loi S.31 avait pour objectif, d'une part, d'instaurer un régime de rémunération en faveur des titulaires de droits lésés par la copie privée, régime basé sur la perception d'une redevance prélevée sur la vente des moyens techniques nécessaires à la reproduction à domicile, et, d'autre part, de légaliser celle-ci au regard du droit d'auteur.

L'article 119 du projet se lisait ainsi :

Notwithstanding the provisions of section 106(1), an individual who makes a single video recording of a motion picture or other audiovisual work in his or her private home is exempt from any liability for infringement of copyright if the video recording is for the private use of that individual or members of his or her immediate household.

(2) The exemption from liability under subsection (a)(1) of this section does not extend to any person engaged, directly or indirectly, in the advertising or sale of a video recording or video recordings made in a private home, or in the offering for distribution (whether by loan, exchange, barter, or otherwise) or distribution of such a video recording or video recordings to a substantial number of persons outside of that individual's immediate household.

L'article 119(b) introduisait un mécanisme de licence obligatoire pour les importations, la fabrication et la distribution des appareils vidéo et des cassettes vierges. Perçue par le Copyright Royalty Tribunal, la redevance devait être redistribuée aux titulaires de droits d'auteur, incluant les stations de télévision et les réseaux de télévision par câble.

L'originalité de la proposition du sénateur Matthias résidait dans la distinction qui était opérée entre les appareils destinés à des fins

FLECHSIG, N.P., *loc. cit.*, note 80, p. 111.
 OLSSON, A., *loc. cit.*, note 81, p. 78.
 DAVIES, G., *op. cit.*, note 87, p. 134-135.

autres que l'établissement de copies d'oeuvres protégées et ceux dont l'usage principal serait la confection de copies privées (à savoir, les magnétophones pouvant enregistrer simultanément de deux à quatre bandes ou cassettes). Dans ce dernier cas, la redevance aurait inclus un quart du prix de vente de l'appareil<sup>100</sup>.

La présentation de ce projet de loi au Sénat et à la Chambre des représentants provoqua l'intervention de nombreux groupes de pression, hostiles à toutes réformes du Copyright Act de 1976 touchant à la copie privée. Le projet devait ainsi s'enliser dans les méandres de l'appareil législatif américain, rebondissant au gré des changements de rapport de force entre les différents «lobbies» intervenant dans ce domaine.

Les efforts américains devaient plutôt s'orienter vers la mise au point de procédés techniques destinés à prévenir la copie privée : le copycode et le DAT (Digital Audio Tape-cassette audio-numérique). Dans le cas du copycode, les enregistrements sont codés par encochage, lequel est automatiquement détecté par un microprocesseur intégré au matériel d'enregistrement qui suspend alors la copie.

Le système DAT, qui vise plus particulièrement la protection des enregistrements numériques, comporte deux éléments préventifs:

- une fréquence d'échantillonnage différente pour les disques compacts et les cassettes audionumériques
- un code anticopie inséré dans les signaux numériques des cassettes et des disques.

L'enthousiasme initial à l'égard de ces innovations technologiques a été quelque peu tempéré par des tests d'efficacité peu concluants. Si ces procédés constituent des solutions pour l'avenir, il n'en demeure pas moins que le problème actuel ne s'en trouve pas pour autant réglé.

# b) Esquisse d'un courant de réforme au Canada

Dans un contexte législatif peu préoccupé par les intérêts économiques des auteurs (à titre d'illustration, retenons l'exemple du droit d'exécution publique), l'attitude quelque peu figée des parlementaires canadiens est loin de paraître insolite. Il convient cependant de signaler les conclusions de certains travaux portant

103. PATRY, W., «In praise of the Betamax decision: an examination of Universal City Studios, Inc. v. Sony Corporation of America, (1981) 22 South Texas Law Journal, p. 246. sur les problèmes engendrés par la reproduction à domicile d'oeuvres protégées par le droit d'auteur.

Dans sa recherche effectuée en 1982 pour Consommation et Corporations Canada<sup>104</sup>, Jim Keon propose tout simplement de prendre modèle sur les législations européennes et de légaliser la copie privée, en prévoyant l'introduction d'un régime de compensation, sous forme d'une redevance, en faveur des auteurs.

Cette redevance serait perçue sur les appareils d'enregistrement, mais également sur les supports vierges, la perception étant effectuée non auprès des détaillants, mais auprès des fabricants. En dernier lieu, Keon expose la nécessité de la création d'un tribunal du droit d'auteur, dont la principale attribution serait la répartition des montants collectés.

Le Sous-comité de la Chambre des communes sur la révision du droit d'auteur devait également favoriser l'adoption d'un système de compensation aux auteurs<sup>16</sup>. Les conclusions du Sous-comité tendent à mettre en oeuvre un régime de rémunération, prenant la forme d'une redevance plutôt que d'une taxe, destiné à indemniser l'ensemble des titulaires de droits d'auteur (compositeurs, paroliers, interprètes et producteurs de disques, en ce qui concerne les oeuvres sonores, et un groupement semblable, quant aux oeuvres audiovisuelles).

Eu égard à l'assiette de la rémunération, le Sous-comité aoulignait la nécessité d'éviter d'implanter un système susceptible d'être rapidement dépassé par l'évolution technologique. Il préconisait ainsi une redevance basée sur le support matériel servant à l'enregistrement de l'oeuvre et sur l'appareil utilisé pour l'enregistrer. Enfin, le rapport du Sous-comité permanent des communications et de la culture suggérait que le montant des redevances soit déterminé par la Commission d'appel du droit d'auteur.

Plus de deux ans se sont écoulés depuis le dépôt de ces voeux pieux à la Chambre des communes et il semblerait que le rapport du Sous-comité sur la révision du droit d'auteur ait été relégué aux calendes grecques. Le problème majeur de ces réformes résulte

<sup>101</sup> KEON, J., Les conséquences de l'enregistrement à domicile d'oeueres audiorisnelles sur le paiement de droits d'auteurs, Ottawa, Consommation et Corporations Canada, Approvisionnements et Services Canada, 1982.

<sup>105</sup> Rapport du Sous-comité sur la révision du droit d'auteur. Une charte des droits des créaleurs et créatrices. Ottawa, Centre d'édition du gouvernement du Canada, 1985.

assurément d'une prise en considération excessive des facteurs économiques sous-jacents à l'établissement d'un régime de rémunération.

Dans la situation actuelle, caractérisée par un quasi-monopole de la création, tant cinématographique que musicale, en faveur des États-Unis, de nombreux cercles d'influence politiques s'interrogent sur le bien-fondé d'une mesure principalement vouée à indemniser des intérêts américains. Si ce type de discours paraît fortement critiquable, nous devons cependant admettre son impact certain sur l'opinion publique et, corollairement, sur le législateur.

A priori, deux genres de solution permettraient d'éluder les arguments des détracteurs des innovations législatives précédemment invoquées. Dans un premier ordre d'idées, il serait envisageable de subordonner le bénéfice «international» de la rémunération au principe de la réciprocité. Dans un deuxième ordre d'idées, le législateur canadien pourrait s'inspirer des modèles européens et réserver une partie substantielle de la redevance à un fonds culturel destiné à promouvoir le développement de la création artistique nationale.

#### CONCLUSION

Au regard de l'évolution technologique des moyens de reproduction des cinquante dernières années, il apparaît illusoire et empreint d'un manque certain de réalisme de persévérer à insérer la copie privée dans le cadre classique du droit de reproduction.

Il est urgent que les législateurs nationaux et les organismes internationaux se distancent d'une réthorique désormais dépassée et considèrent la copie privée non comme une exception au droit de reproduction mais plutôt comme un nouveau mode d'exploitation des oeuvres. Il est, en effet, utopique de penser que dans un proche avenir la recherche scientifique et technologique permettra un contrôle efficace sur l'utilisation effective des oeuvres protégées par le droit d'auteur.

Cependant, si les auteurs se trouvent contraints de faire le deuil d'une partie de leur monopole, il demeure fort logique et indiscutable que cet abandon de « souveraineté » se traduise par une compensation. Celle-ci, prenant la forme d'une rémunération semblable à celle perçue dans l'exercice du droit d'exécution publique ou du droit de reproduction classique, ne devrait, en aucun cas, servir à des fins autres que la rétribution des auteurs et ayants droit.

Cet aspect de la question s'avère particulièrement important au regard de la précarité de la situation matérielle des auteurs souvent confinés au seuil de la pauvreté. Une réduction substantielle des redevances attribuées aux auteurs aurait pour conséquence néfaste de décourager la base de la création artistique.

Si l'opulence de moyens financiers n'est pas le gage d'une réussite qualitative, l'absence de ressources est par contre synonyme d'un dépérissement culturel certain.