

Vol. 14, n° 2

Et si Napster était une compagnie canadienne?

René Pepin*

1. Introduction	673
2. Les nuages s'accumulent	674
3. La tempête éclate	676
4. La situation au Canada.	685
5. Conclusion: que nous réserve l'avenir?	692

* © René Pepin, 2001.
René Pepin, professeur, Faculté de droit, Université de Sherbrooke.

1. Introduction

Les décisions rendues aux États-Unis par la District Court du Northern District de Californie en mai et juillet 2000¹, et en appel par la U.S. Court of Appeals for the Ninth Circuit en février 2001², dans le litige opposant une quinzaine de compagnies de disques et la compagnie Napster, ont suscité énormément d'attention dans les médias. C'est bien compréhensible. Le logiciel mis au point par le créateur de Napster, Shawn Fanning, a été créé au début de l'année 1999, mais son utilisation s'est répandue comme une traînée de poudre. Elle a permis aux internautes d'avoir accès facilement et rapidement à des centaines de milliers de fichiers musicaux détenus par d'autres internautes et de les télécharger rapidement et gratuitement sur leur ordinateur. L'industrie américaine du disque y a vu une attaque vitale à son *modus operandi*. Qui voudra continuer à payer pour des bandes magnétiques ou des disques compacts quand toute la musique populaire devient accessible gratuitement? Elle a donc cherché à obtenir une injonction interlocutoire pour forcer la fermeture pure et simple du service offert par Napster.

Notre propos est d'étudier cette affaire, particulièrement dans le contexte du droit canadien. En effet, le litige aurait bien pu se produire ici, si Napster avait été une compagnie canadienne et si son logiciel avait fonctionné sur un serveur canadien. La problématique qu'elle implique dépasse également le cadre d'un seul pays. Elle pose la question de savoir comment les concepts fondamentaux en matière de droit d'auteur s'appliquent dans une telle situation. Peut-on dire de Napster qu'elle copie des œuvres protégées? Ou qu'elle permet leur reproduction? Bénéficie-t-elle d'une exemption quelconque, par exemple en jouissant du statut d'entreprise de télécommunications, ou en faisant jouer en sa faveur le concept d'utilisation équitable?

1. *A & M Records. c. Napster, Inc.* 2000 WL 573136; *A & M Records c. Napster, Inc.* (2000), WL1009483.

2. *A & M Records, Inc. c. Napster, Inc.* (2001), 239 F3d 1004.

Nous désirons, dans un premier temps, expliquer comment les fichiers musicaux en sont venus à pouvoir être échangés de plus en plus facilement sur le réseau Internet. Ensuite, nous étudierons les décisions rendues dans l'affaire *Napster*. Cette examen sera utile, car nous verrons que les concepts utilisés dans la loi américaine sur le droit d'auteur sont très semblables à ceux qu'on retrouve dans la nôtre. Nous tenterons enfin de voir, le plus précisément possible, comment le droit canadien aurait traité ce cas. Il s'agira évidemment de déterminer jusqu'à quel point il y a des différences entre le droit canadien et américain en matière de droit d'auteur, et en d'autres domaines, comme le statut juridique des fournisseurs d'accès au réseau Internet et des entreprises de télécommunications.

2. Les nuages s'accumulent

Plusieurs personnes semblent avoir oublié que voici quelques années à peine, l'amateur de musique n'avait d'autre choix que de payer le prix exigé par les disquaires pour se procurer ses pièces favorites, ou enregistrer à l'occasion sur bande magnétique une pièce jouée à la radio³. Le monde de l'informatique a changé tout cela. Les premiers ordinateurs personnels sont apparus au début des années 80, mais jusqu'en 1998 il était très long et fastidieux de télécharger un enregistrement musical. Les caractéristiques techniques des lignes téléphoniques et le fait que le consommateur typique utilise un modem de 56K faisaient que le téléchargement d'une œuvre de 5 minutes pouvait prendre plusieurs heures. L'invention de l'algorithme de compression MP3 a sonné l'heure du changement. Les fichiers musicaux pouvant être compressés, leur transfert s'effectue beaucoup plus rapidement. De plus, le fait que leur transmission se fasse en mode numérique signifie qu'il n'y a pas de perte de qualité chaque fois qu'une nouvelle copie d'une œuvre est faite. Napster n'a pas inventé le format MP3, mais la mise au point de son logiciel a permis la recherche plus rapide et le téléchargement plus facile d'un très grand nombre de fichiers musicaux.

Il faut s'arrêter un tant soit peu aux caractéristiques du logiciel mis au point par M. Fanning, car son mode de fonctionnement particulier a une grande importance sur le caractère applicable ou non de plusieurs dispositions des lois américaine⁴ et canadienne sur le droit

3. On trouve un bon historique des changements technologiques dans: Ariel Berschadsky, «RIAA v. Napster: a Window onto the Future of Copyright Law in the Internet Age» 18 *J. Marshall J. Computer & Info. L.* 755, p. 755-762.

4. *Copyright Act*, 17 U.S.C.A. ss. 101-1101.

d'auteur. Si la compagnie Napster, créée en mai 1999, et dont les services ont été offerts au public au mois d'août, s'était contentée de mettre sur son serveur des pièces musicales, même achetées en toute légalité, et les offrir aux internautes, elle aurait enfreint de toute évidence plusieurs dispositions de la loi. La lecture de l'article 3 de la loi canadienne⁵ permet de conclure rapidement au non-respect d'au moins trois droits exclusifs des compositeurs: le droit de reproduire une partie importante de l'œuvre, le droit d'en exécuter une partie importante en public, et le droit de communiquer au public, par télécommunication, une œuvre musicale. Et ce, sans compter les protections accordées par la loi aux compagnies de disques, en plus du créateur de la pièce musicale, et le fait que les contraventions à la loi peuvent amener des sanctions à caractère criminel.

La solution trouvée par Napster à la tâche fastidieuse de rechercher sur le réseau Internet des fichiers MP3 fut simple et élégante⁶. Il suffisait de permettre aux internautes de les échanger directement entre eux. Cela fut accompli par la création d'une base de données contenant seulement les titres des pièces musicales, et la création d'un logiciel (appelé «Music Share») transformant l'ordinateur de chaque internaute consentant en serveur virtuel. On constate donc, ce qui est très important, que les serveurs de Napster ne contiennent qu'une liste à jour des pièces musicales détenues par les internautes et leur adresse électronique (IP). Nous disons «les serveurs», parce que le serveur principal de Napster est relié à 150 autres. La personne intéressée qui se connecte au serveur de Napster lui demande seulement qui possède telle ou telle pièce musicale, identifiée par le titre, ou le nom de l'interprète, ou par un autre moyen. Elle est orientée vers l'internaute identifié et la pièce musicale est échangée directement d'un ordinateur personnel à un autre. On rapporte qu'en juin 2000 le nombre de fichiers en format MP3 disponibles sur Internet se chiffrait déjà à 600 000! On devine l'empressement de l'industrie du disque d'arrêter cette hémorragie. Une poursuite a été intentée dès décembre 1999.

Quelques décisions de tribunaux ont étudié des situations où une compagnie avait mis sur pied un système de distribution de pièces musicales par Internet, qui ont toutes conclu à une violation de la loi américaine. Ainsi, en 1993, dans *Frank Music Corp. c. Compu-serve Inc.*⁷, la demanderesse a accusé Compu-serve, un fournisseur

5. L.R.C. (1985), c. C-42.

6. *Supra*, note 4, p. 759-60.

7. 839 F. Supp. 1552 (M. D. Fla 1993).

d'accès, d'avoir violé ses droits d'auteur dans une chanson. Compu-serve se serait rendue coupable de contrefaçon en permettant à ses clients de télécharger sur un de ses babillards électroniques des pièces musicales, en conservant sur son serveur une copie de ces pièces musicales et en permettant à d'autres clients de télécharger les fichiers musicaux. Compu-serve s'est défendue en arguant que le service de babillard électronique était géré par une autre compagnie, qui était responsable du contenu, et qu'il lui était physiquement impossible de vérifier tous les messages affichés quotidiennement pour détecter ceux contenant des fichiers musicaux. L'affaire a été réglée hors cour deux ans plus tard, non sans que Compu-serve verse 568 000 \$ en dommages-intérêts. Ce qui n'est pas loin d'un aveu de culpabilité...

Une autre affaire plus importante est survenue en 1995 dans: *Religious Tech. Ctr. c. Netcom On-Line Comm. Servs. Inc.*⁸. Netcom était accusée d'avoir permis à un de ses abonnés de placer sur un de ses serveurs hébergeant des groupes de discussion des textes de l'Eglise de Scientologie protégés par le droit d'auteur. Le tribunal a d'abord noté que ce n'était pas Netcom qui avait copié les textes incriminés. Il fit ensuite une analogie, qui va être reprise dans l'affaire *Napster*, entre Netcom et le propriétaire d'une machine à photocopier. Il estima (dans un jugement interlocutoire) que Netcom ne pouvait être coupable de contrefaçon que si l'on prouvait qu'elle savait ou aurait dû savoir que son service était utilisé de façon à enfreindre la loi. Malheureusement pour nous, la cause fut réglée hors cour, donc avant d'être jugée au mérite.

3. La tempête éclate

La Record Industry Association of America («RIAA»), est une association regroupant presque 90 % des maisons de disques. Elle se voue à la défense de leurs intérêts économiques. Elle a intenté coup sur coup des poursuites juridiques contre les compagnies MP3.com, en janvier 2000⁹ et Napster, en décembre 1999. Le litige contre MP3.com est plus simple à résumer. La compagnie a littéralement copié des dizaines de milliers de disques compacts sur son site web. Elle prétendait offrir aux internautes le service suivant: ils pouvaient charger sur son site leur musique préférée, «ré-arranger» les pièces dans une autre séquence si voulu, et la possibilité de les écouter partout sur terre. Il y avait supposément un système de vérifica-

8. No. C-95-20091 RMW, 1997 U.S. Dist. LEXIS 23572 (N. D. Cal. Jan. 3, 1997).

9. *UMG Recordings Inc. c. MP3.com. Inc.* 92 F Supp.2d 349.

tion du fait que l'internaute avait réellement acheté les pièces téléchargées. Mais c'était plus une vérification de la possession que du droit de propriété, et elle n'était pas effectuée systématiquement. La compagnie se défendit en tentant de faire jouer l'exception appelée «utilisation équitable», sur laquelle nous reviendrons bientôt. Le tribunal rejeta cet argument et accorda l'injonction réclamée, notant que la compagnie «volait» littéralement et ostensiblement le fruit du travail effectué par les compagnies de disques.

Dans l'affaire *Napster*, la RIAA a aussi réclamé ce que l'on appellerait au Canada une injonction interlocutoire. Trois décisions ont été rendues, deux en première instance, et une en appel. La première ne traite pas de concepts de droits d'auteur, car Napster a cherché à éviter toute responsabilité juridique en prétendant qu'elle était visée par l'exemption prévue dans la loi intitulée *Digital Millennium Copyright Act*¹⁰.

Cette loi tire son origine de deux textes adoptés par le Congrès en 1972 et 1995. La *Phonorecord Act* (1972)¹¹ a reconnu clairement un droit d'auteur sur les enregistrements sonores d'une œuvre musicale, mais sans traiter spécifiquement de la question de leur représentation publique, ni de leur transmission par Internet. La *Digital Performance Right in Sound Recordings Act* (1995) a reconnu pour la première fois un droit, pour le détenteur du droit d'auteur, sur les exécutions publiques des œuvres musicales, mais dans des cas limités seulement. En 1998 la DMCA a innové, si on la compare à ce qui existe au Canada, car le Congrès a traité spécifiquement de la transmission des œuvres par le réseau Internet. Elle porte, entre autres, sur la situation juridique des stations traditionnelles de radio, qui voulaient transmettre leur signal tant par ondes hertziennes, *i.e.* de la façon traditionnelle, que sur le réseau Internet, par mode numérique.

La loi a confirmé l'obligation de ces entreprises de posséder un permis, puisque les détenteurs de droits sur les disques avaient un contrôle exclusif sur la distribution des œuvres sur le réseau Internet. Mais c'est la deuxième partie de la loi qui présente plus d'intérêt pour l'affaire *Napster*. Elle traite de la responsabilité des fournisseurs d'accès en ce qui concerne le droit d'auteur. Elle les exempte de toute responsabilité lorsque certaines conditions sont respectées. La

10. Ci-après DMCA. La loi a été adoptée en 1998: Pub. L. No. 105-304.

11. Pour un survol de ces différentes législations, cf. Edward R. HEARN, «Music and the Internet: Special Problems and Emerging Solutions», 631 *PLI / Pat* 1285, p. 1297 et s.

question pour Napster était donc double: la compagnie peut-elle, d'abord, être considérée comme juridiquement un fournisseur d'accès et, si oui, rencontre-t-elle toutes les conditions nécessaires pour bénéficier de l'exemption?

La loi modifie l'article 512(a) du *Copyright Act*¹². Cette disposition est cruciale. Elle prévoit d'abord qu'est considérée fournisseur d'accès l'entreprise dont le travail consiste à transmettre ou aiguiller de l'information, ou fournir des connexions pour de l'information qui passe par son système, ou qui store temporairement de l'information dans le cadre de son entreprise. Cinq conditions doivent être satisfaites, qui sont:

- a) que la transmission soit initiée par une personne autre que le fournisseur d'accès;
- b) que la transmission de l'information, son aiguillage et les différentes connexions soient faites par des appareils automatiques, sans sélection d'information par le fournisseur d'accès;
- c) ce fournisseur n'est pas celui qui choisit le récipiendaire de l'information transmise;
- d) il ne store par d'informations dans le cadre de son service qui seraient accessibles à des personnes autres que les destinataires; et
- e) il n'y a aucune modification du contenu de l'information transmise.

On peut dire, de façon générale, qu'il s'agit de savoir si une entreprise agit essentiellement comme un conduit passif pour de l'information qui transite par son service.

La juge Marylin H. Patel, juge en chef de la U.S. District Court, a d'abord dit qu'il fallait appliquer la règle du «plain language» pour interpréter l'article 512(a) de la loi, *i.e.* tenir compte de la totalité du texte et de son objectif, de façon à donner effet à l'intention du Congrès¹³. En cas de doute, si une disposition n'est pas claire, on peut recourir à l'historique de la loi. Sa conclusion principale est à l'effet

12. 17 U.S.C. ss. 101-1101.

13. *Supra*, note 1, par. 6.

que, même en considérant que le système de Napster comprend les ordinateurs des usagers, la compagnie ne peut être juridiquement considérée comme fournisseur d'accès. C'est que la loi emploie les mots «providing connections through a system or network controlled or operated by or for the service provider».

Or, les pièces musicales ne passeraient pas «à travers» le système de Napster. Une fois les connexions établies entre l'ordinateur d'un «requérant» et celui de la personne qui possède une copie de la pièce recherchée, l'échange se fait par le réseau Internet, et non par les divers serveurs opérés par Napster. Le service de Napster ne faisait qu'identifier une adresse IP recherchée et fournir une connexion. L'intention du Congrès était de ne viser que les entreprises qui jouent le rôle de «conduit» pour des communications entre des tierces parties¹⁴. Napster, qui pensait tirer profit du fait que les fichiers musicaux n'étaient pas sur ses serveurs, a vu cette situation se retourner contre elle.

Mais ce n'est pas tout. L'article 512(a) prévoit une exemption pour les systèmes qui pourraient faire infraction à la loi sur le droit d'auteur «by reason of the provider's transmitting, routing or providing connections through a system or network controlled or operated by or for the service provider». Le tribunal venait d'établir que la dernière partie de cette disposition ne visait pas Napster. Restait à vérifier si la compagnie bénéficiait de l'exemption parce qu'elle faisait du «transmitting» ou du «routing» de fichiers musicaux. Ici aussi, la réponse fut négative, essentiellement pour le même motif. Napster ne faisait pas d'aiguillage («routing»), puisque la transmission des fichiers se faisait par le réseau Internet «régulier», si l'on peut dire.

La juge Patel a ajouté que, même si son interprétation de l'article 512(a) s'avérait erronée, Napster ne pouvait être exemptée de responsabilité car d'autres articles de la loi imposent des obligations aux fournisseurs d'accès qui sont mis au courant que des infractions à la loi sur le droit d'auteur sont commises par leurs clients¹⁵. L'article 512(i) est à l'effet que le fournisseur d'accès doit avoir adopté et doit appliquer une politique à l'effet de débrancher l'accès aux usagers qui font souvent infraction à la loi. La preuve a montré que Napster avait une telle politique, mais pour la forme seulement, et ne l'appliquait pas.

14. *Ibid.*, par. 7.

15. *Ibid.*

La seconde décision, en juillet 2000, porte sur l'application du *Copyright Act*. La loi DMCA contient en effet un article à l'effet qu'elle ne change en rien les autres dispositions de la loi américaine sur le droit d'auteur. Celui qui ne peut bénéficier de l'exemption prévue pour les fournisseurs d'accès se trouve dans l'obligation de montrer qu'il n'a pas enfreint la *Copyright Act*. Napster était accusée de trois infractions: «direct infringement», «contributory liability», et «vicarious liability»¹⁶. Ces concepts se retrouvent dans la loi canadienne, sauf le dernier.

Par «direct infringement», l'industrie du disque alléguait que Napster avait enfreint elle-même un ou plusieurs des droits fondamentaux des détenteurs du droit d'auteur. Elle reproduisait les œuvres, ou les exécutait en public, ou les transmettait par télécommunication.

Le concept de «contributory infringement» a son équivalent au paragraphe 27(2) de la loi canadienne. Il interdit la collusion entre un contrefacteur et une autre personne qui connaît et tolère ces illégalités. En l'occurrence, la disposition interdit de mettre en circulation un enregistrement sonore «alors que la personne qui accomplit l'acte sait ou devrait savoir que la production de l'exemplaire constitue une violation de ce droit».

Le concept de «vicarious infringement» correspond à la responsabilité du fait d'autrui, traitée à l'article 1457 alinéa 3 du *Code civil du Québec*. Mais il n'a pas d'application au niveau du droit canadien sur le droit d'auteur. Notre droit considère que le lien juridique entre un contrefacteur et la personne qui a conçu l'appareil qu'il utilise est trop ténu pour qu'on puisse envisager une responsabilité du fabricant¹⁷.

La RIAA a aussi gagné ce second litige, la juge lui ayant accordé l'injonction réclamée. La juge Patel a considéré que la preuve attestait que presque 90 % des œuvres téléchargées par les utilisateurs de Napster étaient protégées par le droit d'auteur. Le but essentiel du «service» mis sur pied par la compagnie était l'échange de fichiers musicaux sans tenir compte des droits des compositeurs ou des compagnies de disques. Comme l'a écrit la juge dans des motifs plus élaborés fournis en août 2000, «The substantial or commercially

16. Voir John DELANEY, «The Law of the Internet: a Summary of U.S. Internet Caselaw and Legal Developments» 631 *PLI / Pat* 31, p. 74 et s.

17. Jean-Louis BAUDOUIN, *La responsabilité civile*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998, 5^e éd., p. 379 et s.

significant use of the service was, and continues to be, the unauthorized downloading and uploading of popular music, most of which is copyrighted»¹⁸. Il y avait donc violation directe des droits de ces personnes, ce que la loi appelle «direct infringement», au moins par les clients de Napster.

On était aussi en présence de «contributory infringement», que la jurisprudence définit ainsi: «a contributory infringer is one who with knowledge of the infringing activity induces, causes or materially contributes to the infringing conduct of another»¹⁹. Encore ici la preuve était accablante. Des documents émanant de la direction de Napster démontraient qu'on savait très bien que des milliers de fichiers en format MP3 étaient chargés sur le système et téléchargés systématiquement²⁰.

Restait à savoir si Napster pouvait bénéficier de l'exemption prévue à la loi par le concept d'utilisation équitable, appelé «fair use». Cette notion existe aussi en droit canadien, mais elle est bien différente, comme on le verra plus loin. Aux États-Unis, un amendement législatif a énoncé quatre critères à considérer pour établir si on est en présence d'une utilisation équitable. Ils ont été explicités en jurisprudence par la Cour suprême dans la décision *Sony* en 1984²¹, lorsque s'est posée la question de la légalité de l'utilisation des appareils vidéo. Ces critères sont les suivants.

Il y a d'abord le but et la nature de l'usage qui est fait de l'œuvre enregistrée. Plus il semble qu'il sera fait un usage commercial de l'œuvre enregistrée, plus un tribunal sera enclin à conclure à une violation de la loi. On considère ensuite la nature de l'œuvre en jeu, *i.e.* que plus il s'agit d'une œuvre de pur divertissement, plus un tribunal conclura rapidement à une violation de la loi; à l'inverse, une émission de nouvelles ou d'affaires publiques pourra être enregistrée impunément. Puis vient le critère de la portion de l'œuvre enregistrée: plus on est face à un enregistrement de la totalité d'une œuvre, plus il y a danger de violation de la loi. Enfin, le dernier critère, et le plus important, concerne l'impact économique sur le marché de l'œuvre copiée. Puisqu'une loi sur le droit d'auteur cherche à

18. Cf. 114 F. Supp.2d 896, p. 912.

19. Cf. *inter alia*, *Fonovisa inc. c. Cherry Auction Inc.* 76 F.3d 259, 264 (9th Cir. 1996).

20. Cf. *supra*, note 19, p. 918, où la juge Patel écrit: «... facilitating the unauthorized exchange of copyrighted music was a central part of Napster, Inc.'s business strategy from the inception».

21. *Sony Corp. of America c. Universal City Studios, Inc.* 104 S. Ct. 774 (1984).

permettre aux créateurs de tirer un avantage économique de leur travail, toute action qui leur enlève cette possibilité sera jugée illégale.

Les critères énumérés dans la loi ne sont pas cumulatifs. Le fait de ne pas en rencontrer un n'implique donc pas nécessairement qu'une utilisation n'est pas équitable. Leur poids relatif n'est pas spécifié dans la loi, ni par les tribunaux. Sauf le dernier, tout reste un cas d'espèce: un juge peut estimer déterminant le fait que l'un ou l'autre des critères ne soit pas rencontré.

En l'occurrence, la Cour a déterminé que la défense de «fair use» ne pouvait être invoquée par Napster. Le premier critère, qu'on aurait pu croire satisfait, au motif que les utilisateurs de Napster n'agissaient pas dans un but de lucre, ne l'était pas. La juge Patel a estimé que le fait de charger et télécharger à grande échelle des pièces musicales ne pouvait être considéré une utilisation personnelle. Le fait aussi que les clients de Napster obtenaient gratuitement un service pour lequel ils auraient dû notamment payer laissait conclure qu'ils en retiraient un avantage économique²². Quant aux deuxième et troisième critères, il était évident qu'ils n'étaient pas satisfaits: il s'agissait d'œuvres de pur divertissement, qui étaient copiées en totalité. Le dernier critère a été plus problématique. En un sens, l'industrie du disque avait raison de dire que l'utilisation effrénée de Napster lui faisait perdre des millions de dollars de ventes. Cela réduisait le volume de ventes de disques CD aux jeunes, et elle était empêchée en pratique de mettre sur pied un service de vente «en ligne» de pièces musicales.

Mais Napster a montré que cela n'était pas si évident. Son service pouvait dans certains cas mousser les ventes de disques, notamment en aidant de nouveaux artistes à se faire connaître des amateurs de musique. Les internautes pouvaient aussi écouter une chanson provenant d'un disque CD avant de prendre la décision d'acheter le disque. Toutefois, cela ne fut pas suffisant pour convaincre la cour. La preuve d'une violation massive de la loi était tout simplement trop forte. Et même si l'argument selon lequel l'échantillonnage de pièces stimulerait les ventes des disquaires était véridique, il n'empêcherait pas que dans un tel cas on viole les droits des créateurs à accorder des licences de reproduction et de contrôler l'exploitation de leurs œuvres dans les marchés dérivés. La jurisprudence a rejeté l'argument selon lequel une pratique qui pour-

22. *Ibid.*

rait faire augmenter les ventes d'une compagnie détenant des droits d'auteur atténuerait ou «annulerait» son droit d'exiger le plein paiement des droits d'auteur²³.

On a rejeté enfin un argument basé sur le «space shifting», *i.e.* que Napster permettrait aux internautes de ré-arranger dans l'ordre de leur choix des pièces musicales qu'ils possèdent déjà. La preuve n'était tout simplement pas crédible sur ce point. Le tribunal a donc enjoint Napster de cesser toute pratique facilitant la violation de la loi américaine sur le droit d'auteur. Elle devait aussi s'entendre avec les compagnies plaignantes sur la façon de respecter l'injonction, en identifiant les œuvres protégées et en élaborant un logiciel qui ferait en sorte qu'elles ne puissent plus être copiées impunément.

Le 12 février 2001 les décisions rendues en première instance ont été confirmées pour l'essentiel en appel, même si l'injonction interlocutoire a été temporairement levée, en attendant la décision relative à la demande d'injonction permanente. Le juge Beezer, au nom de la Cour, a rappelé d'abord l'étendue du contrôle juridique qu'elle exerce à l'égard des décisions en première instance. On constate qu'il s'agit d'une norme semblable à celle applicable en droit canadien. Elle doit déterminer si, dans la décision en première instance, on a appliqué les bonnes normes juridiques pour l'émission d'une injonction interlocutoire, et si elle contenait des erreurs juridiques manifestes²⁴.

En ce qui concerne une violation directe du droit d'auteur, les demandereses devaient prouver qu'elles possédaient des droits d'auteur sur des œuvres musicales et qu'un des droits exclusifs accordé par la loi avait été violé. Aux yeux de la Cour, les utilisateurs du service de Napster violaient manifestement la loi. En «chargeant» une œuvre sur un des serveurs de Napster, on violait les «distribution rights» des plaignantes et, en téléchargeant une pièce musicale, on ne respectait pas leurs droits exclusifs de reproduire les œuvres²⁵.

Pouvait-on prétendre qu'il s'agissait d'une utilisation équitable? Sur ce point, le juge Beezer a confirmé toute l'analyse faite par

23. *Ibid.*, p. 914 *in fine*.

24. *Supra*, note 2, p. 1013.

25. *Ibid.*, p. 1014. Cette norme apparaît à plusieurs endroits dans la décision. Par exemple: «Defendant has failed to show any basis for disturbing the district court's findings» (p. 1017), «The district court determined that plaintiffs in all likelihood would establish Napster's liability as a contributory infringer. The district court did not err.» (p. 1020).

la cour de première instance. On se rappelle que le premier critère porte sur la nature et le but de l'utilisation faite d'une œuvre. Selon la jurisprudence, les tribunaux hésitent à parler d'utilisation équitable lorsqu'une œuvre originale est simplement transmise par un médium différent²⁶. Les utilisateurs de Napster faisaient un usage commercial des œuvres musicales, même sans en retirer un bénéfice financier chiffrable. C'est que le résultat de leurs activités était qu'ils obtenaient gratuitement une chose pour laquelle ils auraient normalement dû payer. On ne peut dire non plus qu'on fait un usage personnel d'un fichier lorsqu'on le transmet à un demandeur anonyme²⁷. La cour d'appel a entériné le jugement du tribunal de première instance sur les second et troisième critères.

Quant au quatrième critère, l'impact de l'utilisation sur le marché de l'œuvre originale, on avait jugé en première instance que Napster rendait plus difficile l'exploitation commerciale des œuvres en saturant le marché des étudiants de niveau collégial et universitaire, rendant plus difficile pour les compagnies plaignantes la possibilité de vendre les œuvres par modes numériques. Sur ce point, les arguments de Napster sur le «sampling» et le «space shifting» ont été rejetés, *i.e.* qu'on n'a pas trouvé d'erreur dans l'appréciation des faits de la juge Patel. Il y avait cette réalité incontournable que plus les utilisateurs de *Napster* téléchargent d'œuvres musicales, moins ils sont susceptibles de vouloir acheter de disques et plus ils rendent difficile la possibilité pour les compagnies de disques d'exploiter le marché numérique des œuvres²⁸.

En ce qui concerne l'argument du «contributory infringement», la cour a assez rapidement confirmé le jugement de première instance. La juge n'y va pas de main morte: *Napster*, par sa conduite, montre qu'elle savait que la loi était violée, aidait les gens à la violer et, même, encourageait cette pratique²⁹! Quant à la «vicarious liability», le tribunal a simplement dit que le dossier lui permet d'accepter la conclusion tirée en première instance que les compagnies plaignantes ont montré une forte possibilité de succès sur ce point lorsque l'injonction sera débattue au mérite³⁰. Il en fut de même pour la question de l'application de la loi *Digital Millenium Copyright Act*. La cour n'a pas tranché de façon définitive la question en jeu. Elle s'est contentée de reconnaître que les plaignantes avaient soulevé

26. *Ibid.*, p.1015.

27. *Ibid.*, p. 1017-19.

28. *Ibid.* p. 1019.

29. *Ibid.*, p. 1024.

30. *Ibid.*, p. 1025.

une difficulté sérieuse quant à la possibilité de Napster d'en bénéficier et que la balance des inconvénients jouait en leur faveur³¹.

En somme, la seule différence notable entre la décision en appel et celle en première instance porte sur l'étendue de l'injonction à accorder. On a estimé en appel que l'injonction accordée en première instance avait une trop grande portée, parce qu'on avait placé un fardeau de preuve trop lourd sur les épaules de Napster. On a plutôt jugé ici que les demanderesses devaient fournir à Napster une liste des œuvres protégées avant que celle-ci ait le fardeau d'empêcher l'accès à ces œuvres³².

4. La situation au Canada

Comme nous l'avons indiqué en introduction, nous allons chercher à être systématique dans notre étude, pour éviter d'exposer des généralités qui ne feraient que laisser le lecteur dans une grande incertitude. Notre tâche ne sera pas si difficile, car la situation juridique de Napster au Canada, à notre avis, est plus facile à circonscrire qu'aux États-Unis. Nous allons vérifier d'abord son statut juridique, pour voir si elle peut prétendre être une entreprise de télécommunications et, ensuite, quelles prescriptions de la loi canadienne sur le droit d'auteur lui sont applicables.

Napster ne pourrait tout simplement pas prétendre ici avoir le statut d'une entreprise de télécommunications. C'est qu'à la différence de la loi américaine, notre *Loi sur les télécommunications*³³ prévoit en son paragraphe 16(4) qu'«il est interdit à l'entreprise canadienne d'opérer comme entreprise de télécommunications si elle n'y est pas admissible aux termes du présent article». Une entreprise ne peut pas se conférer à elle-même ce statut, même si elle le voulait désespérément. Il faut être une personne morale incorporée en vertu d'une loi fédérale ou provinciale en tant qu'entreprise de télécommunications, ou avoir agi à ce titre de façon ininterrompue depuis 1987³⁴. Le CRTC peut aussi reconnaître ce statut³⁵. Plus précisément, il peut exempter des entreprises de radiodiffusion de certaines

31. *Ibid.*, p. 1027.

32. *Ibid.*

33. L.R.C. (1985), c. T-3.4.

34. *Ibid.*, art. 16(1) et 16(2). Si ce n'était que des définitions contenues à l'article 2 de la loi pour des «services de télécommunications». Mais le libellé de l'article 16 ne laisse pas de doute à ce sujet.

35. F. THEMENS, *Internet et la responsabilité civile*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998, p. 87.

prescriptions de la *Loi sur la radiodiffusion*³⁶ parce que certaines de leurs activités dépassent le cadre de cette loi³⁷. On sait que certaines entreprises de télévision par câble cherchent à l'obtenir, pour augmenter la gamme de services offerts au public. Mais encore faut-il le demander, ce que Napster n'a pas fait, dans l'hypothèse que nous envisageons, où elle exercerait ses activités au Canada.

Il est vrai que si Napster était considérée comme entreprise de télécommunications, sa responsabilité serait éliminée quant au contenu de ce qu'elle véhicule. En effet, l'article 36 de la *Loi sur les télécommunications* est clair sur ce point. Il prévoit qu'«il est interdit à l'entreprise canadienne (...) de régir le contenu ou d'influencer le sens ou l'objet des télécommunications qu'elle achemine pour le public»³⁸. Ajoutons tout de suite que la situation n'a pas toujours été si claire. C'est que la loi actuelle ne date que de 1993 et, dans l'ancienne loi, il n'y avait pas de disposition qui tranchait clairement cette question. C'est la jurisprudence qui a dû, à la fin du 19^e siècle, décider si les premières entreprises de télécommunications, les compagnies de télégraphe, étaient responsables civilement du contenu de ce qu'elles véhiculaient. Après quelques hésitations, elle a formulé une exception à la règle du droit civil à l'effet que celui qui reproduit des propos diffamatoires est également «coupable» de diffamation³⁹.

Mais on doit reconnaître que cette règle relative à la diffamation ne résout pas nécessairement la question de savoir si les entreprises de télécommunications peuvent être jugées responsables d'une violation du droit d'auteur. C'est probablement pour cela qu'a été adopté l'alinéa 2.4(1)b) de la *Loi sur le droit d'auteur* à l'effet que, dans le cadre d'une communication au public d'une œuvre par télécommunication, «n'effectue pas une communication au public la personne qui ne fait que fournir à un tiers les moyens de télécommunications nécessaires pour que celui-ci l'effectue». Nous devons donc étudier la portée de cette disposition dans le cadre de l'étude de la *Loi sur le droit d'auteur*⁴⁰.

36. L.R.C. (1985), c. B-11.

37. P. TRUDEL et al., *Droit du cyberspace*, Montréal, Thémis, 1997, p. 9-18.

38. *Supra*, note 33, art. 36.

39. Pour une revue de ces décisions, cf. P. TRUDEL et al., *supra*, note 38, p. 5-10 et s. Certains considèrent que cette question n'est pas totalement solutionnée. Dans une étude préparée pour le compte du ministère fédéral de l'Industrie et du Commerce, Mark Hayes écrit: «La loi canadienne n'a jamais adopté l'exemption accordée aux «transporteurs publics» qu'applique la loi américaine aux délits fondés sur la faute». Voir *Étude de la responsabilité relative au contenu circulant sur Internet*, <<http://www.strategis.i.gc.ca/SSGF/sf03023.f.html>>.

40. *Supra*, note 5.

Cette *Loi sur le droit d'auteur* cherche à protéger la valeur économique du travail des créateurs. Il faut qu'ils aient créé cependant une œuvre qui fasse partie d'une des quatre catégories d'œuvres que la loi reconnaît: les œuvres littéraires, artistiques, musicales ou dramatiques⁴¹. La protection accordée aux œuvres musicales s'étend à quatre catégories de personnes: le créateur de la pièce musicale écrite sur des portées, qu'on appelle le compositeur, le créateur des paroles qui peuvent l'accompagner, la compagnie qui a endisqué l'œuvre et l'artiste-interprète. La protection accordée par la loi est essentiellement formulée à l'article 3 et est certes, à première vue, très complète. Cette disposition reconnaît un droit exclusif au titulaire d'un droit d'auteur à l'égard:

- a) de la reproduction de son œuvre;
- b) de son exécution en public;
- c) de son enregistrement⁴²; et
- d) de sa communication au public par télécommunication⁴³.

Il faut donc d'abord vérifier si le service offert par Napster contrevient à l'un quelconque de ces droits. Il nous apparaît évident que le client de Napster qui utilise son service pour télécharger gratuitement des pièces musicales viole manifestement les droits énoncés à l'article 3. Ce qui est plus délicat, c'est la question de savoir si Napster elle-même commet des infractions à la loi. Comme on l'a déjà mentionné, ce qui rend la situation particulière, c'est que Napster n'exploite que des serveurs contenant des listes de noms de pièces musicales et des adresses IP. Ce n'est pas elle qui charge ces pièces musicales sur ses serveurs. Ce n'est pas elle non plus qui les envoie aux internautes.

Napster viole-t-elle les droits prévus à l'article 3? Il n'y a pas de jurisprudence à ce sujet. Mais il semble que les décisions américaines soient assez facilement applicables ici⁴⁴, vu la similitude des concepts juridiques qu'on retrouve dans les lois. Une chose est évi-

41. *Ibid.*, par. 5(1).

42. *Ibid.*, al. 3(1)d).

43. *Ibid.*, al. 3(1)f).

44. Cf. Mark HAYES, *supra*, note 40, et Commission du droit d'auteur «Tarif des droits à percevoir pour l'exécution ou la communication par télécommunication, au Canada, d'œuvres musicales ou dramatico-musicales» décision du 27 octobre 1999, disponible à www.cb-cda.gc.ca/decisions/m27101999-b.pdf.

dente: les clients de l'entreprise violent plusieurs des droits exclusifs énumérés à l'article 3 lorsque des fichiers musicaux sont téléchargés par Internet. On peut à tout le moins dire sans hésitation que, dans un tel cas, il y a reproduction d'une œuvre. Cela ne signifie pas pour autant que Napster elle-même accomplit l'un des actes énumérés à l'article 3. Mais le dernier paragraphe du paragraphe 3(1) accorde aussi au titulaire du droit d'auteur le droit exclusif d'autoriser quelqu'un d'autre à accomplir l'un des gestes que la loi lui réserve exclusivement. Peut-on dire que Napster est visée par cette disposition, en ce sens qu'elle violerait le droit exclusif des détenteurs de droits d'auteur d'autoriser l'accomplissement d'une des choses prévues à l'article 3?

La question est délicate, mais il nous semble que non. La jurisprudence canadienne est à l'effet que lorsqu'un tiers se sert de matériel pour violer le droit d'auteur, le propriétaire du matériel ne commet pas lui-même de violation s'il n'a pas de contrôle sur la façon dont le matériel est utilisé⁴⁵. Il nous semble que Napster pourrait repousser une accusation d'avoir violé l'article 3 *in fine* en arguant qu'elle ne prend pas directement part à la reproduction des œuvres et que, sur la page d'accueil de son site, il est mentionné que les utilisateurs doivent tenir compte de la *Loi sur le droit d'auteur*⁴⁶. Il y a une différence importante entre l'interdiction du paragraphe 27(1) et celle du paragraphe 27(2). Le premier paragraphe de cet article interdit d'accomplir un geste que la loi, notamment à l'article 3, réserve exclusivement aux créateurs. C'est ce que nous venons d'étudier. En vertu du deuxième paragraphe, est interdite la fixation d'un enregistrement sonore ou d'un signal de communication lorsque la personne qui accomplit l'acte «sait ou devrait savoir que la production de l'exemplaire constitue une violation de ce droit». Au niveau du paragraphe 27(1), une intention innocente n'est pas un moyen de défense, et le fait d'ignorer l'existence d'un droit d'auteur n'excuse aucunement sa violation⁴⁷.

Mais même si on pouvait envisager que lorsqu'un client de Napster charge sur son ordinateur une pièce musicale, ce n'est pas la compagnie qui «reproduit» ou «représente» l'œuvre, ni autorise ces

45. Pour une bonne revue de cette jurisprudence, cf. J. S. MCKEOWN, *Fox Canadian Law of Copyright and Industrial Designs*, Toronto, Carswell, 3^e éd., 2000, p. 412-8.

46. En doctrine, cf. N. TAMARO, *Loi sur le droit d'auteur. Texte annoté*, Toronto, Carswell, 1998, p. 242-255, pour une analyse du paragraphe 3(1) *in fine*.

47. C'est que le droit d'auteur étant un droit de propriété, il n'est pas pertinent de plaider un mobile ou une intention.

gestes, il semble presque assuré qu'on doit conclure que Napster transmet les œuvres au public par télécommunication, contrairement à l'alinéa 3(1)f). On sait que la loi a été amendée (en 1988 et 1997) pour viser les communications «au public» et non plus «en public», pour éviter de ne viser que les représentations en direct devant un grand public⁴⁸.

La Commission du droit d'auteur du Canada a rendu une importante décision en octobre 1999 sur la question de l'application des droits d'auteur sur le système Internet. Elle était attendue depuis quatre ans. On devine qu'elle aura un impact juridique important. La Commission n'a pas le pouvoir, comme un tribunal, d'interpréter la loi mais, comme entité administrative spécialisée dans ce domaine, elle peut espérer des tribunaux beaucoup de respect à l'égard de ses positions. À son avis, une transmission d'information par Internet est une communication par télécommunication, puisque cela rencontre la définition de «télécommunication» contenue à l'article 2 de la loi⁴⁹. De plus, il y a communication au public d'une œuvre dès qu'elle est effectivement transmise par Internet. Et il y a communication au public «chaque fois qu'une personne du public utilise un navigateur pour avoir accès à l'œuvre enregistrée sur l'ordinateur d'origine»⁵⁰. Sa position est donc très claire sur ce point.

Doit-on considérer que Napster viole le paragraphe 27(2) de la loi canadienne parce qu'elle met en circulation une œuvre alors qu'elle «sait ou devrait savoir que la production de l'exemplaire constitue une violation de ce droit»? Selon la doctrine, il faut répondre oui, sans grande hésitation⁵¹. Le terme «autoriser» n'est pas défini dans la loi mais, selon la jurisprudence anglaise et canadienne, il faut lui donner son sens ordinaire, *i.e.* «sanctionner, appuyer, soutenir». Dans le cas où l'auteur présumé d'une violation a fourni du matériel qui a servi à violer le droit d'auteur, la jurisprudence considère jusqu'à quel point le propriétaire du matériel avait un contrôle sur la façon dont il a été utilisé. Ainsi, dans l'affaire *Muzak*⁵², la Cour suprême a jugé que la compagnie, qui possédait une licence pour

48. C'est le résultat auquel ont conduit des décisions comme *Can. Admiral c. Redifusion*, [1954] R.C.É. 382.

49. Pour un résumé de la décision de la commission, cf. MCKEOWN, *Fox Canadian Law of Copyright and Industrial Designs*, Toronto, Carswell, 2000, 3^e éd, p. 502 et s.

50. Commission du droit d'auteur, *supra*, note 45, p. 36 et s.

51. Mark HAYES, *supra*, note 40, dans la section «autorisation d'une violation du droit d'auteur».

52. [1953] 2 R.C.S. 182.

enregistrer certaines œuvres protégées, ne violait pas la loi simplement en louant ces enregistrements à des tiers au Canada. Rien n'indiquait que Muzak garantissait le droit d'exécuter les œuvres en public sans payer de droits et elle ne faisait rien qui «participe d'une association ou d'une relation commerciale similaire»⁵³.

On peut peut-être voir mieux le critère utilisé par nos tribunaux en considérant une affaire des États-Unis: *CBS Inc. c. Ames Records & Tapes Ltd.*⁵⁴. Un magasin de disques permettait à des clients éventuels de louer des disques. Ils pouvaient donc les emmener chez eux et les copier sur ruban magnétique. Il fut jugé que le magasin ne violait pas la loi car il ne sanctionnait pas, ni ne soutenait, ni n'appuyait le fait que ses clients violent la loi. On voit la différence avec la situation dans l'affaire *Napster*. Le service de la compagnie n'existe que par et pour une violation de la loi, si on peut s'exprimer ainsi. Il sert essentiellement aux internautes à télécharger des fichiers musicaux protégés. Il y a mobile commun entre *Napster* et ses «abonnés»: les deux agissent de concert. Dans le cas d'une violation alléguée du paragraphe 27(2) de la loi canadienne, il appartient au demandeur de faire la preuve de la connaissance chez le défendeur de l'existence des droits d'auteur. Ce fardeau est normalement considéré comme lourd. Mais il ne poserait pas de problème dans l'hypothèse qui nous intéresse. Le demandeur peut bénéficier aussi de l'article 39, à l'effet que lorsque le droit d'auteur est dûment enregistré sur une œuvre, le défendeur est réputé avoir un motif raisonnable de soupçonner que le droit d'auteur subsiste sur ces œuvres⁵⁵.

En doctrine, Jacques Labrèche abonde dans ce sens. À son avis, il y a violation des alinéas 27(2)b) et 27(2)c) de la loi canadienne, en ce sens qu'à l'égard d'un signal de communication, il y a «mise en circulation de façon à porter préjudice au titulaire du droit d'auteur», et «mise en circulation (...) dans un but commercial»⁵⁶. En effet, les activités de *Napster* sont clairement commerciales, même si son logiciel est gratuit, et on ne peut prétendre que les échanges de fichiers musicaux entre les internautes ne sont que des communications privées.

53. *Ibid.*, p. 189.

54. [1982] Ch. 91.

55. J.S. MCKEOWN, *supra*, note 50, p. 524.

56. Cf. «Droit d'auteur et Internet: l'affaire *Napster*», p. 180 et s., dans *Développements récents en propriété intellectuelle*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2001 (vol. n° 157).

Napster peut-elle bénéficier de l'exemption accordée par l'alinéa 2.4(1)b) à l'effet que «n'effectue pas une communication au public la personne qui ne fait que fournir à un tiers les moyens de télécommunications nécessaires pour que celui-ci l'effectue»? Selon la Commission du droit d'auteur, les «moyens» dont traite cette disposition englobent «tous les logiciels de connexion, les services assurant la connectivité, les installations et services offrant l'hébergement sans lesquels la communication n'aurait pas lieu, tout comme l'équipement de communication, le logiciel et les autres installations qui font partie de l'infrastructure d'une entreprise de télécommunications»⁵⁷. Ceci semble englober une entreprise comme Napster, à première vue, mais la Commission ajoute que le rôle des entreprises de télécommunications doit se limiter strictement à la fourniture des moyens nécessaires à la transmission de données provenant d'autrui. Elle ne doit participer ni à la communication de l'œuvre, ni à l'autorisation de sa communication⁵⁸. Ce qui lui fait conclure que peu d'intermédiaires dans le système Internet peuvent bénéficier de l'exemption de la loi, car il faut évaluer dans chaque cas le rôle qu'ils jouent dans une transmission. Un fournisseur d'accès ne peut donc pas être assuré de bénéficier à tout coup de l'article 2.4.

Napster peut-elle enfin invoquer l'exception relative à l'utilisation équitable? Ce serait très surprenant car, au Canada, cette notion est plus restrictive que ce qui est le cas aux États-Unis. L'article 29 de la loi canadienne, inspiré de la législation britannique, traite de «fair dealing», et non de «fair use», ce qui constitue une différence importante. Il prévoit que ne constitue pas une violation du droit d'auteur l'utilisation équitable «aux fins d'étude privée ou de recherche». Non seulement ne contient-il pas les quatre critères d'identification d'une utilisation équitable comme aux États-Unis, mais il limite ce concept à deux objectifs, qui peuvent profiter à des bibliothèques ou musées, mais pas véritablement aux clients de Napster.

Le Parlement n'a pas défini ce que constitue une utilisation équitable, laissant cette tâche aux tribunaux, qui n'ont pas élaboré un ensemble de règles précises, préférant trancher les cas au mérite. On peut tout de même dire qu'ils considèrent inévitablement le nombre et l'ampleur des citations et extraits faits d'une œuvre originale et jusqu'à quel point ils ont servi véritablement à des fins d'étude privée ou de recherche. La totalité d'une émission de radio ou

57. *Supra*, note 44, p. 39.

58. *Ibid.*, p. 40.

de télévision pourrait, à la limite, être enregistrée, mais par un chercheur qui aura ensuite à décider quelle partie il va utiliser pour son propre travail⁵⁹. Il ne peut donc se contenter de reproduire la totalité d'une émission. On peut remarquer, à titre indicatif, qu'en Australie, une loi de 1968 a limité à un maximum d'un chapitre, ou 10 % du nombre de pages d'un volume, ce qui constituerait une utilisation équitable aux fins de recherche ou d'étude⁶⁰.

D'autre part, une étude de la jurisprudence⁶¹ montre que nos tribunaux accordent beaucoup moins d'importance qu'aux États-Unis au critère de l'impact de la reproduction sur le marché potentiel de l'œuvre originale. Ce qui met les utilisateurs du logiciel de Napster dans une situation encore plus délicate, vu que sont protégées autant les œuvres qui peuvent ou non être exploitées commercialement. Comme l'a écrit Normand Tamaro:

Un principe fondamental demeure: il est interdit de reprendre des extraits importants de l'œuvre d'un autre. L'exception au droit d'auteur n'est donc pas une porte ouverte au libre repiquage d'œuvres préexistantes. [...] si une œuvre de critique, par ses effets, peut détruire le marché de l'œuvre à l'origine des emprunts, par exemple en désintéressant les consommateurs, elle ne pourra se substituer au marché occupé par l'œuvre à l'origine des emprunts.⁶²

Il est difficile d'être plus clair! On voit donc que là où le bât blesse pour les utilisateurs de Napster, c'est que, quelle que soit l'étendue donnée au concept d'utilisation équitable, la loi canadienne restreint les emprunts aux fins d'étude privée, ou de recherche, ou de critique, ou de compte rendu (art. 29.1), ce qui n'est jamais pour eux le cas.

5. Conclusion: que nous réserve l'avenir?

Il n'entre pas dans notre propos de rappeler toutes les péripéties de l'affaire *Napster* depuis les décisions que nous venons d'examiner. Disons simplement que la «saga» de Napster n'est pas

59. Cf. D. VAVER, *Copyright Law*, Toronto, Irwin Law, 2000, p. 191-2.

60. *Copyright Act*, 1968 (Austral.) chap. 63, art. 40(3) et 10(2).

61. Pour une bonne étude jurisprudentielle, cf. John S. MCKEOWN, *supra*, note 49, p. 549-555.

62. N. TAMARO, *Loi sur le droit d'auteur. Texte annoté*. Toronto, Carswell, 4^e éd., p. 412.

terminée pour ce qui est de la question juridique. Une décision finale, sur le fond du litige, n'a pas encore été rendue. Entre-temps, la RIAA a fait parvenir à la compagnie une liste des œuvres protégées, pour que leur accès soit bloqué, tant que n'aura pas été trouvée une façon de prélever les redevances. Le moins qu'on puisse dire, c'est que Napster «se traîne les pieds» dans ce dossier. En avril 2001, la juge Patel l'a même menacée de fermeture pure et simple si elle n'arrivait pas à se conformer à son ordre de ne plus tolérer les échanges de fichiers musicaux protégés⁶³.

Mais ce qui est plus troublant pour l'industrie du disque, c'est qu'en moins d'un an sont apparus un nombre incroyable d'autres logiciels, tels Gnutella, iMesh, CuteMX, SpinFrenzy, SafeX, FreeNet, Publius, AudioGalaxy, WinMX, BearShare, *etc.*⁶⁴, qui permettent l'échange de fichiers musicaux sans passer par un serveur central et qui sont de plus en plus faciles à utiliser⁶⁵. Ce qui fait qu'il sera encore plus difficile en pratique d'identifier et poursuivre les contrefacteurs. Et ce n'est certainement pas en s'attaquant aux internautes individuellement que sera réglé le problème de la contrefaçon!

L'industrie du disque semble avoir réalisé qu'elle ne pourra plus imposer le *statu quo* absolu. Elle voit que le système Internet est là pour rester et qu'elle doit s'adapter à cette nouvelle réalité. Ainsi, trois grandes entreprises, Emi, Bertelsmann et AOL Time Warner, ont conclu une entente avec RealNetworks, une entreprise de logiciels, pour lancer un service payant d'accès à la musique, appelé MusicNet. Ses services seraient proposés sous licence à différents sites Internet. En juin 2001, Napster s'est jointe à cet accord, mais il lui reste à obtenir l'assentiment des grandes compagnies de disques, qui veulent êtres rassurées quant à la façon dont les droits d'auteur seront acquittés. Vivendi Universal et Sony, les deux autres grandes entreprises, prévoyaient lancer en septembre 2001 une initiative semblable sous le nom Pressplay⁶⁶.

63. Cf. *La Presse*, 11/4/2001, p. A-13. Napster a aussi demandé au Congrès l'adoption d'un système de licence analogue à celui dont bénéficient les stations de radio, sauf que les paiements se feraient aux compositeurs et paroliers, et non aux compagnies de disques. Cf. *La Presse*, 4/4/2001, p. B-8.

64. Cf. A. BERSCHADSKY, *supra*, note 4, section VII: Implications for the future.

65. Cf. journal *Les Affaires*, 21/4/2001, p. 6: «Coupez une tête, il en repoussera mille autres». Cf. aussi *La Presse*, 17 juillet 2001, p. B-7 pour la liste des logiciels disponibles à cette date.

66. Cf. *The Economist*, 7/4/2001, p. 69-70.

Reste à savoir si cela aura du succès. Tout dépendra de la capacité de l'industrie du disque d'imposer ce modèle de distribution des œuvres musicales. Elle cherche aussi un moyen d'encoder ou encrypter efficacement les pièces musicales, de façon à ce qu'elles ne puissent être jouées que sur certains appareils, un certain nombre de fois et après vérification de l'existence d'un achat légal. Mais à ce jour presque toutes les tentatives de protection de données ont été déjouées rapidement par les cracks de l'informatique⁶⁷.

Quant à nous, qu'il nous suffise de faire remarquer, d'un point de vue juridique, que le problème que la nouvelle technologie a apporté n'en est pas un de carence de la loi, mais de difficulté de la faire respecter. Les créateurs, interprètes et maisons de disques sont bien protégés par la loi actuelle. On ne peut dire que c'est un cas où la loi contient un vide qu'il faut se dépêcher de combler. Mais il reste que l'industrie du disque est menacée jusque dans ses fondements mêmes par une nouvelle technologie sur laquelle elle n'a pas de contrôle. À notre avis, la poursuite contre Napster ne règle à peu près rien en pratique. On voit que plusieurs autres entreprises sont apparues, encore plus efficaces et menaçantes, et qui seront plus difficiles à contrecarrer.

Il nous apparaît certain que les maisons de disques n'ont pas d'autre choix que de s'adapter à la réalité du réseau Internet. Si elles le font adéquatement, elles auront trouvé une autre façon d'exploiter commercialement leurs produits, ce qui n'est pas impensable. Qu'on se souvienne que l'avènement de la télévision en 1952 n'a pas signé l'arrêt de mort du cinéma, comme on l'a craint à l'époque. De même, l'arrivée des vidéos sur le marché en 1975 n'a pas tué non plus le cinéma.

67. *Ibid.*