

Le droit d'auteur à l'ère d'Internet : de l'importance d'évoluer*

Ysolde GENDREAU**

Merci beaucoup Madame la Présidente. Il me fait grand plaisir de vous entretenir de la *Loi sur le droit d'auteur*¹ à l'ère de l'Internet et de l'importance de savoir l'adapter à cette technologie nouvelle. C'est évidemment un truisme de dire que la *Loi sur le droit d'auteur* suit la technologie. Toute l'histoire de la *Loi sur le droit d'auteur* témoigne du fait que la technologie a influencé son évolution et, d'ailleurs, on n'est peut-être jamais tout à fait conscient du degré auquel une technologie particulière peut influencer la rédaction de la *Loi sur le droit d'auteur*. Même lorsque l'on veut être technologiquement neutre, expression très à la mode maintenant, on peut demeurer prisonnier de son époque technologique. Mais pourquoi cette question nous préoccupe-t-elle tant aujourd'hui? Pourquoi nous préoccupe-t-elle aujourd'hui davantage qu'hier? Il y a peut-être deux raisons à cela. La première est la suivante : nous sommes devenus conscients de la vitesse des changements technologiques. Si l'on examine brièvement ce qui s'est produit depuis 150 ans, en 1839 est apparue la photographie, le cinéma a fait ses débuts en 1895, la télévision est ensuite venue dans les années 1950, suivie par le câble et les satellites dans les années 1960-1970. Maintenant, nous connaissons l'Internet. Donc, les choses vont de plus en plus rapidement. Mais, les enjeux deviennent aussi de plus en plus complexes et cela est la deuxième raison. Le législateur prend plus de temps pour bien rédiger sa loi parce qu'il doit étudier plusieurs questions difficiles. De ce point de

* Texte d'une allocution présentée par la professeure Ysolde Gendreau dans le cadre du congrès annuel 2000 de l'Institut canadien d'administration de la justice.

** Professeure agrégée, Faculté de droit, Université de Montréal.

¹ L.R.C. 1985, c. C-42.

vue, la *Loi sur le droit d'auteur* est un très bel exemple. La loi actuelle est fondée sur un texte original datant de 1921; les premières études concernant sa réforme ont commencé dans les années 1950, mais n'ont donné lieu à de véritables amendements qu'à la fin des années 1980. Donc, beaucoup de temps s'est écoulé avant de parvenir à des modifications majeures en matière de droit d'auteur.

Évidemment, le législateur n'est pas sollicité seulement par des questions de droit d'auteur. Le législateur pare au plus urgent et, en attendant d'avoir une loi qui convienne à la situation, le recours au juge pour obtenir une véritable solution devient une solution de remplacement. Donc, pour évoluer, le droit d'auteur a besoin de l'intervention du législateur, certes, mais aussi de l'interprétation par les tribunaux. Il doit alors s'établir un certain partenariat entre le législateur et les tribunaux pour assurer la cohésion de la *Loi sur le droit d'auteur*. C'est cette question que j'examine d'abord en regardant la dimension législative de la question, avant de passer au rôle des tribunaux.

Comment les textes législatifs sont-ils susceptibles d'évoluer en matière de droit d'auteur? L'essentiel de mes propos et toutes les références se retrouvent dans la version anglaise de mon texte qui est publié dans ces actes, et je ne fais qu'un résumé de mes arguments pour les fins de cet exposé en français. Dans l'évolution législative du droit d'auteur, le poids de l'histoire est particulièrement manifeste. Le droit d'auteur s'est développé au fur et à mesure que sont apparues les technologies. Premièrement, on a rajouté de nouveaux objets à protéger dans la loi puisqu'il fallait protéger de nouvelles œuvres ou de nouvelles catégories d'objet de protection, comme, par exemple, la photographie, l'œuvre cinématographique, les enregistrements sonores. Dans la loi, non seulement les identifie-t-on comme étant objets ou œuvres à protéger, mais souvent on les assortit de régimes juridiques particuliers qui correspondent véritablement aux problèmes que ces œuvres ou que ces nouveaux objets suscitent. Ces régimes particuliers vont très souvent porter sur des questions concernant la durée de protection ou encore sur des questions de titularité; ces aspects-là sont certainement très importants, mais ils ne sont pas les seuls.

La *Loi sur le droit d'auteur* évolue aussi par l'ajout de modes d'exploitation. On s'aperçoit, en effet, que les œuvres augmentent de valeur parce qu'elles peuvent être diffusées par de nouveaux moyens. Par exemple, l'adaptation cinématographique nous permet d'avoir accès à une œuvre par une autre méthode, par exemple le film que l'on peut aller voir en salle, en plus ou au lieu de lire le roman. La radiodiffusion, la câblodistribution, la distribution par satellite sont des moyens d'atteindre

de nouveaux auditoires. Tous les moyens qui permettent de faire une copie privée, par exemple la reprographie (la photocopie), la copie privée sonore, la copie privée audiovisuelle, sont des moyens plus commodes d'avoir accès aux œuvres en même temps que d'en étendre la portée. Avec les nouveaux modes d'exploitation, l'on doit créer des régimes particuliers parce que, très fréquemment, les situations appellent de tels accommodements. Le tout dernier exemple en droit canadien date de 1997 et concerne la copie privée sonore; les dispositions de la partie VIII de la *Loi sur le droit d'auteur* s'y rapportent. Bref, on crée de nouveaux régimes juridiques pour les moyens de communication d'œuvres classiques; mais on ne cerne pas encore l'Internet lorsqu'il est strictement question de la copie privée sonore. Il est donc admis que le droit d'auteur puisse engendrer des régimes juridiques particuliers.

Les auteurs et aussi les personnes oeuvrant dans des sociétés de gestion collective sont familiers avec ces régimes et adoptent des façons de faire qui peuvent même devenir difficiles à modifier. Si l'on veut modifier ces régimes particuliers, ce n'est pas seulement la loi que l'on doit changer, mais également la structure économique et la structure d'affaires de celles et ceux oeuvrant dans le domaine. En même temps que l'on constate l'apparition de plus en plus rapide des technologies qui ont un impact sur le droit d'auteur, il y a éclatement du droit d'auteur. Celui-ci est composé d'une multitude de régimes particuliers et il serait peut-être temps de consolider tous ces régimes pour avoir une loi plus cohérente. Cette prise de conscience a cours actuellement, au même moment où se présente la technologie numérique.

Cette technologie numérique a un impact sur l'évolution de la *Loi sur le droit d'auteur* si on la compare à ce que les autres technologies ont pu produire et elle va s'intégrer au droit d'auteur beaucoup plus facilement que les anciennes technologies, me semble-t-il.

La *Loi sur le droit d'auteur* contient à l'heure actuelle une déclaration selon laquelle les programmes d'ordinateur – parce que tout a commencé avec eux – sont protégés comme des œuvres littéraires. Mais la loi canadienne ne mentionne pas encore les œuvres créées avec ordinateurs ou encore les œuvres créées par des ordinateurs eux-mêmes. On s'interroge actuellement au Canada sur ce que l'on doit faire concernant les bases de données. Pour l'instant, la *Loi sur le droit d'auteur* règle facilement des questions banales et non controversées. Mais elle fait abstraction d'un débat doctrinal et jurisprudentiel sérieux qui s'interroge sur la pertinence de la protection par le droit d'auteur des logiciels et sur la nécessité de créer des régimes particuliers.

Si le fait de déclarer que ces œuvres sont protégées semble être un exercice facile, il en est tout autrement des régimes qu'on leur associe. On voit aussi une distinction entre les textes internationaux et nationaux. Les textes internationaux adoptent une approche très neutre et englobante. Citons l'exemple des Accords sur les droits de propriété intellectuelle concernant le commerce (ADPIC ou TRIPS, en anglais) en vertu desquels les programmes d'ordinateur sont protégés comme des œuvres littéraires (déclaration facile, s'il en est), mais où aucun régime particulier ne leur est associé. Dans le traité de l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle de 1996, le traité OMPI de droit d'auteur, on retrouve une déclaration semblable.

À l'échelle internationale, le plus simple est d'avoir un texte qui, à défaut de ne pas dire grand chose, se prête à de multiples interprétations et qui fait l'affaire de tout un chacun. Du côté de la mise en œuvre nationale de ces accords cependant, il peut y avoir des textes législatifs extrêmement complexes et très pointus. En particulier aux États-Unis depuis le début des années 90, trois lois relatives aux questions technologiques viennent régler, dans le moindre détail, le fonctionnement du droit d'auteur. Il s'agit de la loi de 1992 qui s'intitule *Audio Home Recording Act*, puis la loi de 1995 intitulée *Digital Performing Right in Sound Recordings Act*, et enfin le point culminant de l'exercice, en 1998, la loi intitulée *Digital Millennium Copyright Act*, qui, du point de vue de la rédaction législative, est un parfait exemple de tout ce qu'il ne faut pas faire en matière de droit d'auteur. Donc, en ce qui a trait aux textes nationaux, les régimes législatifs sont extrêmement détaillés; la situation du législateur est particulièrement difficile, car il devient un arbitre commercial dont le rôle est difficile à tenir.

Malgré tout, la décision de protéger une œuvre par le droit d'auteur repose sur des principes généraux qui sont acceptés, mais la protection peut être associée à des régimes particuliers complexes et reste controversée. Il y a actuellement prolifération de ces régimes particuliers que l'on devrait chercher à consolider dans la mesure où ils ont beaucoup de points communs. Mais, en même temps, il faut bien reconnaître que chaque technologie a son génie propre qui suppose des contraintes différentes qui doivent ensuite se refléter dans le texte législatif particulier. La *Loi sur le droit d'auteur* reste donc un outil pertinent de protection qui évoluera à son propre rythme, c'est-à-dire à un rythme relativement lent. La jurisprudence devient alors un outil très important de développement dans un contexte où la technologie progresse rapidement. Voici quelques exemples qui sont liés au droit de communication par télécommunication en vertu de l'article 3(1)f) de la *Loi canadienne sur le*

droit d'auteur. Cet article joue un rôle déterminant dans l'interprétation de la diffusion des œuvres sur l'Internet.

Les exemples jurisprudentiels qui ont trait à l'Internet mettent souvent en cause des œuvres musicales. C'est d'ailleurs une tendance lourde dans le développement du droit d'auteur : plusieurs questions sont souvent discutées dans le contexte d'œuvres musicales. Ce contexte est celui d'un milieu très organisé avec des associations d'auteurs, de producteurs, de diffuseurs, qui se connaissent et qui ont les moyens de poursuivre le débat devant les tribunaux.

J'examine d'abord ce que j'appelle l'ancien droit, c'est-à-dire celui précédant les modifications de l'article 3(1)f) avec certaines mises à jour jurisprudentielles, et ensuite les nouvelles questions liées à Internet proprement dit.

À l'origine, l'article 3(1)f) de la *Loi sur le droit d'auteur* ne portait pas sur la communication par télécommunication. L'article concernait le droit de radiodiffuser. Ce droit de radiodiffuser a été mis en cause dans une affaire très célèbre : la décision *Canadian Admiral* de 1954 de la Cour de l'Échiquier². Cette décision portait entre autres sur l'interprétation de l'article 3(1)f), alors rédigé en fonction de la radiodiffusion, et traitait de son application à la retransmission par câble d'un match de football. Il fallait donc qualifier cette retransmission de programme par câblodistribution selon la *Loi sur le droit d'auteur*. La Cour a déclaré que la communication par câble ne pouvait être de la radiodiffusion, parce que la radiodiffusion nécessite l'utilisation d'ondes hertziennes. Or, avec le câble, il n'y a pas d'ondes hertziennes. Bref, lorsqu'on communique une œuvre par câble, on ne fait pas de radiodiffusion et cette disposition de la *Loi sur le droit d'auteur* ne peut s'appliquer à la communication par câble. Il ne pouvait pas non plus s'agir d'une représentation en public, car il n'y a pas de représentation devant un auditoire où des personnes sont rassemblées. Avec cette décision, tout ce qui relève de la câblodistribution échappait au droit de radiodiffusion. Même s'il s'agissait d'une décision de première instance, cette décision n'a jamais été remise en cause par la suite. Cette conclusion de l'affaire *Canadian Admiral* est demeurée le droit canadien applicable jusqu'à ce que la loi soit modifiée sur ce point.

² *Canadian Admiral Corp. c. Rediffusion Inc.* [1954] EX.C.R. 382.

La communication des œuvres par câble soulevait aussi un autre problème qui a été traité en 1968, dans la décision *CAPAC*³ (par la Cour suprême). Il était question, encore une fois, de communication dans un réseau fermé. Selon la Cour, la communication d'une œuvre musicale par la maison mère CTV à ses stations affiliées ne pouvait pas constituer une représentation de l'œuvre musicale. Ce n'était pas la représentation d'œuvres musicales parce que ce que l'on envoyait par les signaux était une représentation de la musique. Selon la définition de la *Loi sur le droit d'auteur* de l'époque, l'œuvre musicale devait être rédigée graphiquement, sous la forme d'une partition de musique. De l'avis de la Cour, lorsque l'on communiquait une œuvre musicale par des ondes hertziennes, ce que l'on communiquait n'était pas l'œuvre musicale, mais une audition de la musique. Pour avoir une communication de l'œuvre musicale, il aurait fallu que l'on montre à l'écran des partitions de l'œuvre musicale. Ce résultat provenait d'une interprétation stricte de la définition législative.

La situation était somme toute assez compliquée et problématique. Les États-Unis ont par conséquent fait un coup de force en prévoyant une disposition de l'accord de libre-échange de 1987 qui a exigé du Canada une modification de la *Loi sur le droit d'auteur* afin de régir la retransmission d'œuvres par câble. La *Loi sur le droit d'auteur* a donc été modifiée en 1987 afin de protéger le droit de communiquer au public par télécommunication. Pour ne pas restreindre la portée de la loi à une technologie particulière, on a prévu une définition très large, très neutre de la télécommunication. Celle-ci vise toute transmission de signes, signaux, écrits, images, sons ou renseignements de toute nature par fil, radio, procédé visuel ou optique ou autre système électromagnétique. On cherchait manifestement à s'éloigner du précédent *Canadian Admiral*.

La première étape législative pour corriger la situation exigeait que la technologie elle-même soit couverte par le nouveau droit de communiquer par télécommunication. Cela a suscité la création d'un régime juridique particulier pour la retransmission. Avec ce régime, on exempt de paiement de redevances la retransmission des signaux locaux qui sont retransmis simultanément et dans leur intégralité. Les câblodistributeurs payent donc pour la retransmission d'œuvres, mais ils ne paient pas lorsqu'ils retransmettent intégralement et simultanément des signaux que l'on qualifie de locaux, c'est-à-dire des signaux que le public

³ *Composers Authors and Publishers Assn. of Canada Ltd c. CTV Television Network Ltd*, [1968] R.C.S. 676.

peut capter par ondes hertziennes; ils paient lorsqu'ils retransmettent des signaux à des personnes qui n'auraient pas pu capter les émissions par la voie des ondes hertziennes. Ce régime est prévu à l'article 31 de la loi actuelle. À l'époque, on croyait avoir réglé les difficultés créées par l'arrêt *Canadian Admiral* puisque la retransmission d'œuvres par câble allait donner lieu à un paiement de redevances dans les limites du régime.

Or, en 1993, de nouvelles difficultés surgissent par suite de deux décisions de la Cour d'appel fédérale : la première met en cause le réseau CTV et la seconde, l'Association canadienne des câblodistributeurs. Il est encore question de retransmission d'œuvres musicales par câble. La Cour d'appel fédérale reconnaît qu'avec la transformation du droit de radiodiffuser en un droit de communiquer par télécommunication, la retransmission par câble donne en effet lieu à un paiement de redevances; de ce point de vue, l'objectif réparateur de la loi a été atteint. Cependant, puisqu'il s'agissait d'une retransmission d'œuvres musicales, la Cour d'appel fédérale s'est déclarée tout de même liée par la décision de la Cour suprême de 1968, dans laquelle la définition de l'œuvre musicale jouait un rôle déterminant. La retransmission d'œuvres musicales ne pouvait toujours pas donner lieu à un paiement de redevances. Le législateur est encore intervenu et il a modifié la définition de l'œuvre musicale pour y enlever toute référence à une œuvre qui soit sous forme graphique.

L'ère numérique fait en sorte qu'on ne peut plus se permettre des déboires judiciaires aussi coûteux et qui mettent le Canada dans une situation embarrassante. Maintenant, certaines difficultés auxquelles sont confrontés les tribunaux canadiens mettent en cause la question de la distribution des œuvres sur l'Internet.

Citons deux exemples importants. Le premier se rapporte à l'affaire du *Tarif 22* rendue par la Commission du droit d'auteur. La *Loi sur le droit d'auteur* prévoit un régime de gestion collective pour certaines œuvres et certains droits, et en particulier pour les œuvres musicales. Une société de gestion collective comme la SOCAN se présente à la Commission du droit d'auteur et demande la certification d'un tarif selon l'endroit où sont jouées les œuvres : salles de spectacles, radiodiffusion, bars « Karaoké », hôtels, etc. Différents tarifs sont donc établis par la Commission du droit d'auteur qui s'assure que la situation demeure équitable pour tous. Dans ce cas-ci, la SOCAN considère que la diffusion d'œuvres musicales sur l'Internet répond à la définition de la communication au public par télécommunication : un signal électromagnétique est diffusé à un public. Elle a donc déposé une demande de tarif en 1995; la décision est intervenue quatre ans plus tard,

soit le 27 octobre 1999. La Commission a résolument adopté une approche évolutive dans cette cause. Selon elle, la transmission de musique sur l'Internet est en effet couverte par l'article 3(1)f) de la *Loi sur le droit d'auteur* et elle dit d'ailleurs que cette communication est une communication au public. Cette interprétation paraît aujourd'hui très raisonnable, mais il y avait tout de même des obstacles conceptuels importants pour y arriver. La transmission est une communication au public même si ce public est disséminé à travers le pays, si chacun est à son poste d'ordinateur dans des endroits physiquement différents. C'est aussi une communication au public même si chacun a accès aux œuvres à des moments différents. La Commission a donc accepté qu'il s'agissait de communication au public malgré des obstacles temporels et spaciaux. Le tribunal a privilégié une approche audacieuse qui tranchait véritablement sur la timidité traditionnelle des tribunaux dans leur interprétation de la *Loi sur le droit d'auteur*. Dans la même décision, la Commission a aussi cherché à comprendre le phénomène des liens hypertextes et à les analyser en fonction des différents droits prévus dans la *Loi sur le droit d'auteur*. On a alors l'impression que la Commission s'enhardit, prend les devants et cherche à être moderne. D'ailleurs, cette attitude semble avoir le vent dans les voiles. Quelques mois après la décision du *Tarif 22*, en décembre 1999, la Commission rend une autre décision, qui porte cette fois-ci sur le régime de copie privée, dans laquelle elle devait notamment définir quels étaient les supports audio vierges qui allaient servir de base de calcul de la redevance pour la copie privée. On s'attendait certainement à ce que la Commission identifie les cassettes traditionnelles que l'on peut acheter dans les magasins de disques ou les supermarchés, mais elle a également accepté que les mini-disques, les cd-r, les cd-rw, des cassettes semblables, d'autres cd-r et des cd-rw utilisés avec des graveurs soient des objets donnant lieu à la perception de redevances en matière de copie privée. On s'était demandé si la Commission accepterait de considérer certains supports numériques comme faisant l'objet des redevances pour la copie privée. La réponse était incertaine mais la Commission a osé en donner une. D'ailleurs, elle a expressément déclaré qu'elle voulait se garder une marge de manœuvre pour suivre l'évolution du marché et l'évolution technologique : elle se tourne résolument vers l'avenir.

L'affaire *iCraveTV* est un autre exemple d'adaptation technologique dont l'issue est encore inconnue. Il s'agit d'un site Internet situé à Toronto par lequel on diffuse sur l'Internet des émissions de télévision, et en particulier des émissions américaines, qui étaient diffusées à l'origine par ondes hertziennes. Évidemment, son procédé a attiré les foudres des radiodiffuseurs américains et, après une série de procédures, le site a été fermé. C'est une mesure qui demeure temporaire et le débat de *iCraveTV*

est loin d'être terminé. Petite parenthèse, mais qui va prendre son importance tout à l'heure : le 17 décembre 1999, le CRTC a émis un avis par lequel il considérait ne pas vouloir réglementer l'Internet. Le 20 décembre, le lundi suivant, le propriétaire de iCraveTV sollicitait auprès de la Commission du droit d'auteur un tarif pour les émissions qu'il diffuse sur son site Internet.

Au même moment, d'autres procédures canadiennes sont déposées par lesquelles des requérants cherchent à faire confirmer que la compagnie iCraveTV ne peut obtenir un tarif de la Commission ou encore qu'elle est en violation de leur droit. Le problème se présente de façon intéressante parce qu'il met en cause l'article 31 de la loi qui porte sur le régime de la retransmission, régime d'exception conçu, il ne faut pas l'oublier, pour la distribution par câble. Selon ce régime législatif, certains signaux ne donnent pas lieu à la perception de redevances : les signaux locaux qui répondent à certains critères. Également, il doit s'agir d'une retransmission, c'est-à-dire de l'envoi par une autre entité économique d'un signal local, signal que les clients du câblodistributeur pourraient recevoir localement sans le câble. Bien entendu, cette activité de retransmission doit être licite en vertu de la *Loi sur la radiodiffusion*. En effet, les câblodistributeurs doivent tous opérer avec une licence qui est émise par le CRTC. Or, le CRTC venait d'annoncer qu'il n'allait pas réglementer les différentes entreprises Internet. En d'autres mots, de telles activités sont licites même si elles ne sont pas réglementées. Autres conditions encore : la retransmission doit être intégrale et simultanée, conditions prévalant pour le site de iCraveTV. iCraveTV veut, par conséquent, respecter les règles de l'article 31. L'interprétation évolutive de l'article 31, peut-on penser, pourrait aller au-delà de l'intention du législateur, voire des politiques qu'il voulait mettre en œuvre. En 1988, lorsqu'il a créé le régime de l'article 31, le législateur ne pouvait avoir à l'esprit un réseau de distribution comme celui de l'Internet. À l'époque, il pensait avoir rédigé un texte qui était technologiquement neutre, susceptible de s'appliquer à d'autres situations; mais, en même temps, ce régime avait été véritablement conçu pour une câblodistribution classique, c'est-à-dire pour un modèle où l'on peut contrôler les territoires de réception des émissions. La dimension territoriale était implicite dans le régime de l'article 31.

Si l'on cherche dorénavant à appliquer l'article 31 au contexte de iCraveTV, la situation est différente parce que les abonnés du site Internet sont partout sur la terre, tandis que les abonnés d'une entreprise de câble demeurent des abonnés à l'intérieur du pays qui établit la réglementation. L'on remet donc en question la dimension territoriale traditionnelle de la

Loi sur le droit d'auteur. La loi canadienne n'est supposée régir que des personnes résidant au Canada et devant payer des redevances au Canada. Dans le cas de iCraveTV, il serait logique que la valeur des redevances payables par iCraveTV tienne compte de l'auditoire mondial du site. La Commission du droit d'auteur serait en train d'établir un tarif pour des paiements qui seraient éventuellement faits par des non-Canadiens. Évidemment ces personnes pourraient refuser de payer en vertu de règles établies par la Commission du droit d'auteur du Canada, alors que, dans leur pays, d'autres règles pourraient signifier qu'elles n'ont rien à payer, qu'elles ont à payer moins cher ou plus cher. Cette situation soulève plusieurs problèmes et remet en cause, encore une fois, le principe de la territorialité des droits de propriété intellectuelle. Lorsque l'on favorise l'interprétation évolutive de la loi, lorsque l'on veut être technologiquement neutre y compris dans un contexte international comme celui de l'Internet, les tribunaux peuvent mettre en lumière des problèmes tout aussi importants que lorsqu'ils choisissent une interprétation stricte de la loi. La décision ou les décisions qui seront rendues, si jamais il y a décision dans les affaires iCraveTV, vont autant sonner l'alarme à propos du droit d'auteur face à la technologie de l'Internet que les décisions *Canadian Admiral* ou *CAPAC* ou *CTV* ont pu le faire plus tôt, alors que les tribunaux ont adopté une approche extrêmement restrictive de la loi. Donc, que l'on favorise une approche évolutive ou restrictive, les tribunaux donnent le signal d'alarme. Entre les deux approches, laquelle doit-on choisir? Doit-on être plus restrictif? Plus évolutif? Laquelle est préférable pour faire évoluer le droit? Ces questions-là, ce sont aux juges d'y répondre chaque fois qu'ils sont confrontés à de telles questions.