

LES APPAREILS VIDÉO ET LE DROIT D'AUTEUR : L'AFFAIRE BETAMAX DEVANT LA *COURT OF APPEALS*

René Pepin

Volume 14, Number 2, 1983

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1059345ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1059345ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Éditions de l'Université d'Ottawa

ISSN

0035-3086 (print)

2292-2512 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Pepin, R. (1983). LES APPAREILS VIDÉO ET LE DROIT D'AUTEUR : L'AFFAIRE
BETAMAX DEVANT LA *COURT OF APPEALS*. *Revue générale de droit*, 14(2),
469–490. <https://doi.org/10.7202/1059345ar>

Article abstract

The growing utilization of V.C.R.'s is raising questions as to their legality with regards to American and Canadian copyright laws. In 1979, an American tribunal concluded that they were perfectly legal, but two years later an appellate court held precisely the contrary. The whole issue turns upon whether the concepts of "fair use" and "fair dealing" found within these copyright laws are applicable to the issue under discussion. Canadian law appears equally hesitant to permit the unrestrained use of video records. Are we heading towards a legal deadlock? Our lawmaker will probably have to intervene in order to give *ex post facto* approval to an activity with which the public refuses to dispense.

LES APPAREILS VIDÉO ET LE DROIT D'AUTEUR: L'AFFAIRE BETAMAX DEVANT LA COURT OF APPEALS

par René PEPIN*

RÉSUMÉ

La popularité grandissante des appareils vidéo auprès des consommateurs pose la question de la légalité de leur utilisation en regard des lois américaine et canadienne sur le droit d'auteur. En 1979 un tribunal américain a conclu à leur parfaite légalité, mais deux ans plus tard une cour d'appel a conclu exactement le contraire. Toute la question concerne l'application ou non des concepts "fair use" et «utilisation équitable» auxquels ces lois réfèrent. Le droit canadien semble aussi réticent à admettre une utilisation généralisée des appareils vidéo. Allons-nous vers une impasse juridique? Le législateur sera peut-être obligé d'intervenir pour légaliser ex post facto une activité dont le public ne veut plus se priver.

ABSTRACT

The growing utilization of V.C.R.'s is raising questions as to their legality with regards to American and Canadian copyright laws. In 1979, an American tribunal concluded that they were perfectly legal, but two years later an appellate court held precisely the contrary. The whole issue turns upon whether the concepts of "fair use" and "fair dealing" found within these copyright laws are applicable to the issue under discussion. Canadian law appears equally hesitant to permit the unrestrained use of video records. Are we heading towards a legal deadlock? Our lawmaker will probably have to intervene in order to give ex post facto approval to an activity with which the public refuses to dispense.

* Professeur, Faculté de droit, Université de Sherbrooke.

INTRODUCTION

En 1975 la compagnie Sony Corp. of America introduisit sur le marché nord-américain une nouvelle merveille électronique: des appareils capables d'enregistrer des émissions de télévision et de les reproduire ultérieurement¹. À cause de leur prix initial élevé les consommateurs se montrèrent quelque peu réticents, mais ils semblent maintenant jouir d'un véritable engouement². Ils présentent en effet deux caractéristiques très appréciées des adeptes de la télévision: ils permettent d'enregistrer une émission pendant qu'une autre est visionnée, et les magnétoscopes sont tous programmables au moins 24 heures à l'avance, ce qui permet l'enregistrement d'un signal alors que l'on est à l'extérieur du foyer. Le propriétaire d'un tel appareil peut ainsi capter un plus grand nombre de ses émissions favorites, et organiser à sa guise ses heures d'écoute.

Pour appréciée que soit cette découverte, elle n'est pas sans soulever des questions d'ordre juridique, principalement en ce qui concerne l'application de la *Loi sur le droit d'auteur*³. Il est évident qu'un grand nombre des émissions diffusées à la télévision sont protégées par cette loi. Est donc interdite en principe toute pratique visant à les enregistrer sur cassette et à les offrir ensuite en vente au public. L'article 3 de la loi canadienne est clair à ce sujet, conférant à l'auteur d'une œuvre le droit «exclusif de produire ou de reproduire une œuvre»⁴, ce qui lui permet de la rendre accessible au public en offrant en vente des copies ou en la diffusant au moyen de la télévision. La question difficile est évidemment de savoir si la loi interdit aussi l'enregistrement d'une œuvre par un consommateur dans l'intimité du foyer et dans un but non commercial. Il n'y a pas de décision canadienne portant spécifiquement sur cette question. Mais le sujet a été abordé dans un arrêt américain fort intéressant: *Universal City Studios inc. et al. c. Sony Corp. of America et al.*

Les faits dans cette affaire étaient relativement simples et non contestés. Les compagnies Universal City Studios Inc. et Walt Disney Productions Inc.

¹ On les appelle en français appareils vidéo ou magnétoscopes. En anglais ils sont connus sous le nom de VRT (VideoTape Recorder) ou VRC (Video Cassette Recorder). Le terme "Betamax" vient du nom de l'appareil que la compagnie Sony commercialise.

² Statistiques Canada ne publie pas de données sur cette question spécifique, mais on peut deviner l'ampleur du changement survenu depuis 1975 en songeant qu'à ce moment l'appareil qui se vend aujourd'hui 600 \$ au Canada se vendait environ 2 000 \$.

³ S.R.C. 1970, c. C-30 et amendements. Cette loi date de 1921 et fut très peu modifiée depuis.

⁴ Il s'agit de l'article 3(1) de la loi. Les paragraphes 3 et 4 de l'article 4 lui accordent aussi le droit exclusif de reproduire les cassettes ou rubans vidéo sur lesquelles l'œuvre a été enregistrée.

détenaient des droits d'auteur sur des films dont ils tiraient des revenus en les distribuant au niveau des cinémas, des stations de télévision, des entreprises de télévision par câble et de télévision à péage. Selon leurs prétentions, les défendeurs, à partir du fabricant du magnétoscope jusqu'au public utilisateur, étaient coupables d'infraction à la loi américaine sur le droit d'auteur et de concurrence déloyale.

En octobre 1979 la *District Court* de Californie, qui n'étudia que la question de l'application de la loi sur le droit d'auteur, rejeta toutes les prétentions des compagnies demandereses, et ne conclut à la responsabilité d'aucun défendeur, soit le fabricant de l'appareil, le distributeur aux États-Unis (le grossiste), les vendeurs au détail et les particuliers⁵. Deux ans plus tard, en octobre 1981 la U.S. Court of Appeals arriva à des conclusions diamétralement opposées⁶.

Cette décision mérite d'être examinée, car elle présente à notre avis un double intérêt. Il nous paraît intéressant de l'étudier non pas tant pour voir si elle est conforme à l'état du droit américain en vigueur sur le sujet⁷, mais pour identifier les principes et concepts juridiques utilisés, de façon à voir la mesure dans laquelle ils pourraient servir d'interprétation à un juge canadien. D'autre part elle porte entre autre sur le type d'utilisation des magnétoscopes le plus susceptible d'être jugé non-dérogatoire à la loi sur le droit d'auteur, soit celle d'un particulier dans son foyer et dans un but d'utilisation privée. En première instance, en effet, le juge Ferguson a conclu à la légalité des agissements des vendeurs-détaillants lorsqu'ils se limitent à enregistrer des parties d'émissions de façon à illustrer pour le consommateur le fonctionnement et les avantages de l'appareil. Ils ne devaient pas cependant se livrer au commerce des bandes pré-enregistrées, ni même à la location d'appareils. Les particuliers, eux, étaient immunisés de toute responsabilité s'ils se contentent d'enregistrer les émissions offertes gratuitement au public (ce qui élimine la télévision à péage et éventuellement la télévision par câble) et n'agissent pas dans un but de lucre. Si la décision de la *Court of Appeals* est

⁵ 480 F. Supp. 429 (1979).

⁶ 659 F. 2d 963 (1981).

⁷ Ce travail a été fait dans plusieurs publications. Cf. par exemple J.L. MACLACHLAN, "Betamax Battle: Round three", (1982) 34 *Fed. Com. L.J.* 291; M.B. NIMMER, "Copyright Liability for Audio Home Recording: Dispelling the Betamax Myth", (1982) 68 *Va. L. Rev.* 1505, "Betamax and Copyright: the Home Videorecording Controversy", (1982) 28 *ASCAP Copyright L. Symp.* 235; M.A. LEAFFER, "Betamax Case: Another Compulsory Licence in Copyright Law", (1982) 13 *U. Tol. L. Rev.* 651; W. PATRY, "In Praise of the Betamax Decision", (1982) 22 *S. Tex. L.J.* 211, "Copyright: No Fair Use Excuse for Sony's Home Videorecording Infringement", (1982) 21 *Washburn L.J.* 679; D. LADD, "Home Recording and Reproduction of Protected Works", (1982) 68 *ABA J.* 42.

confirmée par la Cour suprême⁸, on devra conclure qu'il n'existe pratiquement aucune possibilité d'utiliser les appareils vidéo sans enfreindre la loi.

Notre examen de la décision *Universal City Studios* portera surtout sur la question de la légalité ou non des agissements des consommateurs, car elle a la plus grande portée pratique. Il faut cependant réaliser que les demanderesse réclamaient essentiellement une injonction pour faire cesser les activités des vendeurs détaillants et des manufacturiers, de façon à attaquer le mal à sa racine, si on peut dire. Si nous avons choisi d'insister moins sur les propos des juges américains sur cet aspect du problème, c'est qu'ils font appel à des concepts⁹ qui n'ont pas véritablement d'équivalent en droit canadien ou québécois, d'où leur utilité restreinte.

A) LA DÉCISION DANS L'AFFAIRE BETAMAX.

1) LA RESPONSABILITÉ DES PARTICULIERS

Nous allons comparer de façon systématique les décisions de la *District Court* et de la *Court of Appeals* afin de déceler les raisons qui font différer les juges d'avis¹⁰. Elles s'articulent autour de 2 grands motifs: l'interprétation à donner à l'article 106 de la loi américaine, reconnaissant un droit exclusif à l'auteur de poser certains actes, et la doctrine du *fair use* (utilisation équitable), qui constitue une exception à la règle de base. Comme on le verra, ces jugements constituent un bel exemple d'application de bonne foi des principes d'interprétation des lois, mais qui ont mené à des conclusions opposées. En un sens, cela n'est pas surprenant. Ces principes, selon Pierre-A. Côté¹¹, servent à la fois de guides permettant de découvrir la volonté du législateur, et d'arguments pour justifier juridiquement une position. Ils ne permettent pas dans tous les cas d'en arriver à une conclusion ferme. C'est précisément ce qui se produit dans ces jugements.

Le juge Ferguson, en première instance, ouvre ses propos en rappelant la règle selon laquelle les créateurs ne peuvent bénéficier d'autres droits que

⁸ La permission d'appeler avait été accordée par la Cour suprême le 14 juin 1982 (cf. 1025. Ct. 2926 (1982)). Au moment de mettre sous presse nous apprenons que le 20 janvier 1984 la décision de première instance a été rétablie par une très faible majorité (5-4). La décision de la Cour suprême ne semble pas avoir fait appel à d'autres principes que ceux utilisés par la District Court et la Court of Appeals.

⁹ On fit jouer les notions de "direct infringement" "contributory infringement" et surtout "vicarious liability".

¹⁰ La décision rendue en première instance a été analysée en profondeur par V. NABHAN dans son article «Quelques aspects des problèmes juridiques posés par la vidéoreproduction: l'affaire Betamax et ses répercussions au Canada» (1980) 1 *Rev. can. du droit d'auteur* 7.

¹¹ P.-A. CÔTÉ, *Interprétation des lois*, Montréal, Éd. Y. Blais, 1982, p. 19-24.

ceux prévus par la loi. Il insiste donc sur la protection limitée offerte par la loi. Il note ensuite l'exception prévue à l'égard de l'enregistrement de la musique par un particulier¹². La question alors à son avis est de savoir s'il y a lieu de la considérer applicable aussi aux enregistrements effectués au moyen d'un appareil vidéo. Il répond par l'affirmative, en s'appuyant essentiellement sur trois motifs: l'histoire législative de la modification à la loi de façon à permettre l'enregistrement de la musique, le droit à la vie privée protégeant les gestes accomplis dans l'intimité du foyer, et la difficulté de faire respecter la loi, vu la quasi-impossibilité de déterminer quand et par qui les infractions sont commises.

Nous ne pouvons nous ranger totalement à cet avis. La loi canadienne comporte aussi ce principe selon lequel il ne peut y avoir de protection autre que celle prévue dans la loi¹³, mais, selon nous, cela a été fait pour éliminer toute possibilité de fonder un droit sur des énoncés jurisprudentiels, comme cela pouvait se faire avant l'adoption de la loi en 1921. Il nous apparaît qu'on a voulu créer ici une situation semblable à celle prévalant en droit criminel, lorsque l'article 8(a) du Code criminel canadien déclare abolir les crimes du *Common Law*. On voulait ainsi s'assurer qu'à l'avenir personne ne pourrait être condamné pour un crime autre que ceux clairement identifiés dans un des articles du code criminel. Au niveau de la loi sur le droit d'auteur, on ne peut conclure de ce principe général rien d'autre que la volonté du législateur de ne pas reconnaître les droits identifiés par la jurisprudence. Mais cela ne dit rien de l'étendue de la protection que la loi désire accorder aux créateurs. C'est également l'opinion du juge Kilkeny, de la *Court of Appeals*. À son avis, l'accent doit être mis sur l'article 106 de la loi qui accorde clairement un droit en principe absolu au créateur de publier son œuvre et d'en autoriser des représentations publiques, sous réserve de quelques exceptions qui doivent être interprétées restrictivement¹⁴.

Dans un passage crucial, il écrit:

«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 œuvre [...]. Il faut plutôt se demander si le Congrès a démontré son intention de limiter les droits des auteurs par des procédés non inclus aux articles 107 à 118»¹⁵

¹² Cf. *supra*, note 5, p. 443-6.

¹³ Cf. *supra*, note 3, art. 45.

¹⁴ Cf. *supra*, note 6, p. 966-8. L'article 106 de la loi américaine (Cf. U.S. Code, title 17, ss 106) se lit en partie comme suit: "Subject to sections 107 through 118, the owner of copyright under this title has the exclusive right to do and to authorize any of the following [...] to reproduce the copyrighted work in copies [...] In the case of literary, musical, dramatic and [...] a motion picture and other audiovisual works, to perform the copyrighted work publicly".

¹⁵ *Idem*, p. 966. C'est nous qui traduisons.

La différence entre ces deux approches peut sembler mince à première vue, mais elle est d'importance. Selon lui c'est carrément l'article 106 qui doit primer; et il ne peut y être dérogé que dans les cas clairement identifiés par l'un des articles 107 à 118. Il est donc erroné de penser que la reproduction libre de l'œuvre d'un auteur est la règle, sauf si le Congrès l'a écartée en accordant une protection complète à une œuvre d'un genre donné.

Le juge de première instance avait aussi invoqué le droit à l'intimité et la difficulté de voir au respect de la loi. La Court of Appeals, à juste titre à notre avis, rejeta ces arguments du revers de la main en rappelant que le droit à l'intimité ne peut excuser la commission d'infractions à la loi, et que la question des sanctions n'a rien à voir avec celle de déterminer si la loi a ou non été violée. Quant à l'histoire législative de l'amendement de 1971 légalisant l'enregistrement de la musique, la cour ne put les accepter pour les motifs suivants: (a) les débats, lors de l'examen du sujet en comité, puis devant la Chambre des représentants, ne montrent pas d'intention claire d'étendre l'exception aux œuvres vidéo: le silence du législateur ne peut être pris pour un acquiescement; (b) la loi américaine montre l'intention du Congrès d'accorder une protection spéciale aux œuvres audio-visuelles vu la facilité de les pirater, par exemple en ne permettant pas, à l'article 108(h), aux bibliothèques et aux dépositaires d'archives de les reproduire à volonté; (c) le motif sous-tendant l'exception en faveur de la musique n'est pas applicable aux œuvres vidéo car le Congrès avait alors noté que l'enregistrement de la musique était devenu une pratique "common and unrestrained", qu'elle se faisait sans but commercial, et que les auteurs conserveraient toujours les droits que la loi leur avait accordés, savoir celui d'endisquer, et d'autoriser la diffusion de l'œuvre au moyen des ondes radio, entre autres.

Que penser de ces arguments? Le débat sur l'intention du Congrès lors de certains amendements nous est relativement peu pertinent car ce genre de recherche n'est utile que pour interpréter la loi américaine. On imagine difficilement un tribunal y puiser son inspiration. La controverse sur les motifs permettant d'étendre aux émissions de télévision l'exemption relative aux œuvres musicales est plus intéressante. Il nous est difficile ici d'accepter les conclusions de la Court of Appeals. On peut bien concéder que le Congrès n'a pas envisagé spécifiquement la question des œuvres audio-visuelles, et que son silence ne peut être interprété comme un consentement. Mais on voit mal ce qui justifie un traitement différent pour les œuvres musicales et audio-visuelles. Tout comme l'enregistrement de la musique, la reproduction des émissions de télévision devient de plus en plus "common and unrestrained", au fur et à mesure que la vente des magnétoscopes augmente, elle se fait aussi privément et sans but commercial, et elle ne réduit pas nécessairement les droits accordés aux créateurs par la loi. La position du juge Kilkenny

s'explique peut-être par le fait qu'il croyait que le Congrès voulait absoudre une pratique possiblement illégale mais très généralisée, alors que la situation n'a pas encore atteint ce point au niveau des appareils-vidéo.

Le second terrain d'affrontement des juges Ferguson et Kilkenny est l'application du concept d'utilisation équitable (*fair use*)¹⁶. Ils s'entendent à tout le moins pour reconnaître qu'il s'agit d'une notion impossible à définir avec précision, élaborée par la jurisprudence, et que l'article 107 de la loi américaine constitue simplement une codification de l'état du droit, sans y ajouter ou retrancher quoi que ce soit. Mais là s'arrête la communauté de vues.

Selon le juge de première instance il est toujours possible de recourir à cette notion lorsque l'étude de la lettre de la loi ne permet pas de régler les questions soulevées par l'apparition de nouvelles technologies. Le juge Kilkenny, en appel, ne s'inscrit pas vraiment en faux sur ce point, mais considère qu'elle n'est pas véritablement applicable ici car la doctrine et la jurisprudence y ont toujours eu recours pour justifier l'utilisation par un créateur d'une partie de l'œuvre d'un autre auteur. C'est ce que l'article 107 laisse entendre en faisant allusion aux notions de critique, de commentaire, de recherche, etc. Il ne permettrait pas la reproduction pure et simple de la totalité d'une œuvre, utilisée pour elle-même, sans plus (*intrinsic use*). Il autorise l'utilisation d'une partie d'une œuvre protégée, dans la mesure où cette portion est incorporée dans une nouvelle œuvre, soit une critique, un commentaire, etc. Le tribunal s'appuie ici sur la doctrine¹⁷ et la jurisprudence. Une décision semble cependant contredire cette vue des choses: l'affaire *Williams & Wilkins Co. v. U.S.*¹⁸. Dans cette affaire la Cour suprême des États-Unis a reconnu valide la pratique du National Institute of Health et de la National Library of Medicine de photocopier systématiquement les articles savants reproduits dans les publications des demandeurs, au rythme d'environ 200 000 par an. On a appliqué la notion d'utilisation équitable, car il y allait de l'avancement de la recherche médicale, et les demandeurs n'avaient pu faire la preuve d'un dommage chiffrable en argent. Selon le juge Kilkenny il y a lieu de distinguer l'affaire *Williams* de la présente, car dans le premier cas seulement le progrès de la médecine était en jeu, ce qui justifiait la reproduction de la quasi-totalité d'une œuvre. Mais il doute même de l'applicabilité du concept de "fair use" dans ce cas car cette notion ne joue que dans le cas d'utilisation d'une partie d'une œuvre. À notre avis, le

¹⁶ Cf. U.S. Code, title 17, ss 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".

¹⁷ Cf. L. SELTZER, *Exemptions and Fair Use in Copyright*, (1978).

¹⁸ 95 S. Ct. 1344 (1975).

juge fait ici un pas de trop: on peut se demander quel est le motif qui sous-tend la décision dans l'affaire *Williams* si ce n'est plus celui du *fair use*¹⁹!

L'article 107 de la loi américaine, sans définir le *fair use*, mentionne quatre (4) critères devant guider les juges lorsqu'ils ont à décider du mérite d'un cas. Il s'agit (a) de la nature de l'emprunt et de son but, (b) la nature de l'œuvre protégée, (c) la portion de l'œuvre originale qui est reproduite, et (d) l'effet sur le marché éventuel de l'œuvre reproduite et sa valeur économique. Selon le libellé de l'article 107 ces critères ne sont pas exhaustifs: ce ne sont que les principaux éléments qui devront être pris en considération pour déterminer si on peut parler d'utilisation équitable dans un cas donné²⁰.

Selon la *Court of Appeals* le premier critère n'est pas respecté. Reprenant des propos antérieurs, le juge Kilkenny rappelle que l'utilisation équitable, sous ce rapport, est celle faite dans un des buts prévus par la loi, savoir ceux identifiés dans la première partie de l'article 107: critique, commentaire, reportage destiné aux journaux, enseignement, recherche... Il faudrait, pour rendre l'enregistrement légal, que l'utilisateur d'un magnétoscope ne reproduise qu'une partie d'une émission et l'incorpore dans une de ses propres créations, soit dramatique, musicale, etc. Le juge Ferguson, pour sa part, avait estimé que l'énumération faite à l'article 107 n'est pas limitative. L'article 106 n'exige pas telle interprétation restrictive, ni même le Congrès, semble-t-il. À son avis, le caractère non commercial et purement privé de l'utilisation des appareils-vidéo est suffisant pour faire jouer la notion d'utilisation équitable. Cette position nous semble correcte, mais à notre avis la réponse à la question posée se trouve dans la rédaction même de l'article 107 à l'effet que "... the fair use of a copyrighted work [...] for purposes such as criticism, comment, [...] is not an infringement of copyright". Les mots "for purposes such as" montrent bien qu'on a voulu créer une exception générale au droit exclusif accordé à l'article 106, consacrée sous le nom de *fair use*. Pour plus de certitude, la loi énumère des cas qui devront toujours être considérés comme une utilisation équitable d'une œuvre. Ce qui est moins simple cependant est de déterminer si tout usage d'une œuvre à fins non commerciales est une utilisation équitable. Le juge Ferguson ne semble pas avoir d'hésitation à ce sujet, en s'appuyant sur le premier Amendement à la constitution américaine, protégeant la liberté d'expression et de presse. L'utilisation des magnétoscopes serait conforme au but du premier Amendement, savoir «assurer l'accès le plus vaste possible à l'information par le

¹⁹ En réalité la Cour suprême a bel et bien utilisé la notion de *fair use*, et a identifié huit (8) éléments pour conclure à l'utilisation équitable, en précisant que sa décision n'était pas basée "upon any one, or any combination less than all".

²⁰ La loi prévoit en effet que "In determining whether the use made of a work in any particular case is a fair use the factors to be considered shall include [...]".

biais des ondes publiques»²¹. Nous partageons ici l'opinion de la *Court of Appeals* qui a rejeté totalement cet argument parce qu'il y a une jurisprudence bien établie à l'effet que les prétentions basées seulement sur le premier Amendement ne peuvent justifier la violation de la loi sur le droit d'auteur²².

Le second facteur énuméré à l'article 107 est la nature de l'œuvre reproduite. Ici encore les tribunaux ne se sont pas entendus sur le sens à donner à la jurisprudence relative à cet élément. Selon la *Court of Appeals* le critère applicable est celui de savoir si l'œuvre originale participe plus au monde de l'information ou du divertissement. Plus l'œuvre relèverait du domaine de l'information, comme les nouvelles et les émissions dites d'«affaires publiques», plus il y aurait possibilité de les reproduire impunément, vu l'importance pour la société que les questions d'intérêt public soient débattues par le plus grand nombre de personnes. Le juge Ferguson ne nie pas totalement cette distinction, mais considère qu'elle est en pratique très difficilement applicable, vu la quasi-impossibilité de faire une démarcation entre ce qui relève du monde de l'«Éducation» (entendu au sens large) et ce qui appartiendrait à celui du «Divertissement». Il met plutôt l'emphasis sur le fait qu'en l'occurrence l'œuvre originale est disséminée gratuitement dans le public. Les plaignants n'étant pas payés par les consommateurs pour leur produit, le dommage dont ils peuvent se plaindre est hypothétique.

Il nous est difficile de prendre position sur cette question car il dépasserait le cadre de ce commentaire d'analyser en profondeur la jurisprudence américaine sur le sens à donner aux mots “the nature of the copyrighted work”. Il reste tout de même qu'il s'agit là d'un critère clairement identifié dans la loi, devant être utilisé, et que s'il faut faire une distinction au niveau des œuvres originales, la *Court of Appeals* a probablement raison d'opposer les concepts d'information et de divertissement. On voit mal quel autre critère pourrait être plus approprié. Il serait arbitraire d'accorder une protection spéciale à une œuvre selon qu'elle fait partie de l'une ou l'autre des catégories identifiées et protégées dans la loi, soit les œuvres artistiques, ou littéraires, ou musicales, ou dramatiques. Il est bien sûr difficile de tracer la frontière entre ce qui relève ou non du monde de l'information, mais en l'occurrence il s'agissait de bandes dessinées et de séries policières, qui s'apparentent nettement plus au monde du divertissement, puisqu'elles font appel principalement à la fiction.

Le troisième élément mentionné à l'article 107 (la portion de l'œuvre originale reproduite) n'a pas présenté de difficultés pour la *Court of Appeals*. Il ne pouvait manifestement y avoir *fair use* puisque dans la presque totalité

²¹ Cf. *supra*, note 5, p. 454.

²² Cf. *supra*, note 6, p. 972.

des cas, le consommateur enregistre intégralement une émission de télévision. Le juge Ferguson avait pourtant conclu, chose surprenante, que cela n'était pas un argument dirimant. À son avis, le critère de la portion de l'œuvre reproduite ne jouerait qu'une fois la preuve faite d'un dommage économique. Ce qui est complètement contradictoire avec la jurisprudence sur le sujet, selon la *Court of Appeals*²³. Le droit d'auteur étant au départ présumé absolu, il importe de voir s'il a ou non été violé et la question du dommage économique ne peut intervenir qu'une fois la preuve faite du non-respect de la loi.

Ce avec quoi nous sommes d'accord dans les propos du juge Ferguson est le fait que l'article 107 de la loi américaine ne mentionne pas quatre critères applicables cumulativement. Ils sont énumérés dans le seul but de rappeler aux juges qu'ils doivent être pris en considération, sans avoir une importance rigoureusement égale, ni signifier que la non-application d'un seul rende caduque la défense de *fair use*. Ainsi, si l'application de trois critères sur quatre milite fortement en faveur de la thèse du *fair use*, il peut être relativement peu important que le quatrième mène à une conclusion différente. Tout cela est une question d'appréciation pour le juge du procès. Dans le cas soumis, la District Court a conclu au *fair use* en considérant la nature de l'émission reproduite, son utilisation à fins privées, et l'absence de preuve d'impact économique défavorable sur le marché de l'œuvre originale.

Enfin, le dernier élément inclus à l'article 107, savoir l'effet de l'utilisation de l'enregistrement sur la valeur économique de l'œuvre originale et son marché potentiel, fut le plus problématique. Non pas tellement parce qu'il fait référence à des notions d'économie, mais à cause de l'absence de données tangibles sur lesquelles les juges pouvaient se baser pour évaluer ce dommage. On peut résumer sommairement les arguments des appelants sur ce point en disant qu'ils risquent de subir un dommage économique dans les cas suivants:

- (a) au niveau de la structure du marché des émissions de télévision, les utilisations de magnétoscopes créeront une fragmentation de l'auditoire, ce qui diminuera les prix que les stations de télévision voudront offrir aux producteurs;
- (b) il y aura perte d'intérêt pour les reprises d'émissions (*reruns*): ce marché aura été tari à la source vu que les consommateurs auront pu visionner à satiété une émission diffusée une première fois;
- (c) au niveau des cinémas, les sommes exigées des distributeurs sera plus faible, vu la baisse éventuelle de clientèle, dans le cas des films ayant déjà été montrés à la télévision;

²³ *Idem*, p. 973.

- (d) le marché de la vente des cassettes pré-enregistrées diminuera étant donné la possibilité pour les cinéphiles, par exemple, de fabriquer leur propre copie d'un film diffusé à la télévision.

La *District Court* a jugé qu'il n'y avait pas de dommage économique suffisant infligé au marché de l'œuvre originale en se fondant principalement sur la preuve soumise. Le juge Ferguson reconnut la recevabilité éventuelle d'une preuve de dommage économique, mais qu'en l'occurrence cette preuve n'avait pas été faite. Les demandeurs n'ont jamais pu avancer qu'un contrat, ou permis d'exploitation ou quelque relation commerciale avait été affectée défavorablement; de plus, ni la vente ni l'utilisation des appareils Betamax ne leur a causé de tort mesurable. Il ajoute ensuite que cette approche n'est peut-être pas adéquate car, selon la doctrine, il suffirait, pour que le critère du dommage économique soit applicable, qu'une diminution des revenus des demandeurs soit une conséquence possible de l'utilisation des Betamax²⁴. Mais, même en acceptant cette façon de voir les choses, la preuve des demandeurs n'était pas suffisante car fondée sur des prémisses qui n'étaient rien d'autre, à son avis, que des hypothèses et des conjectures. De toute façon, le système de mise en marché (*marketing*) des œuvres des compagnies demanderesses n'est pas protégé par la loi, et il y aurait possibilité de prendre des moyens relativement simples pour minimiser les pertes pouvant être occasionnées, par exemple en entrant elles-mêmes sur le marché des magnétoscopes et vidéo-cassettes de façon à ajouter un débouché à leur produit.

Le juge Kilkenney, pour sa part, a considéré que ce dernier critère était relativement peu utile, car à son avis la question de l'ampleur du dommage subi est bien différente de celle de savoir s'il y a eu ou non violation de la loi²⁵. Il sentit néanmoins le besoin d'indiquer son désaccord avec la position adoptée par la cour de première instance qui aurait imposé un fardeau de preuve trop lourd aux demandeurs. En se basant sur la doctrine, il affirme que la preuve de dommages réels, actuels, n'est pas nécessaire. Il suffit de montrer que l'utilisation des appareils-vidéo tend à affecter le marché éventuel des œuvres protégées par la loi. La démonstration d'un dommage éventuel serait donc suffisante. Cette preuve aurait été faite en l'occurrence, car la loi donne en principe au détenteur du droit d'auteur le droit exclusif d'exploiter les canaux de distribution de son œuvre, qu'il s'agisse de la télévision,

²⁴ Cf. *supra*, note 5, p. 451: "One of the most forceful criticisms is from professor Melville Nimmer, who writes that the court confused the issue of harm for purposes of damages with the harm concept in fair use [...]. It has been suggested that for purposes of fair use, the question should not be what are the past effects but rather what are the probable effects".

²⁵ Il écrit en effet "[...] we do not believe that it is necessary to address the harm issue with respect to the liability question". Cf. *supra*, note 6, p. 973.

du cinéma, ou du marché des cassettes. Or, les magnétoscopes interfèrent carrément avec un ou plusieurs de ces moyens de distribution des œuvres protégées. Il est donc impossible de nier totalement l'existence d'un impact défavorable au plan économique, quoiqu'il puisse être plus difficilement identifié et chiffré.

2) CELLE DES DÉTAILLANTS ET FABRICANTS

Le tribunal de première instance et la *Court of Appeals* en sont arrivés rapidement à la conclusion qu'aucune responsabilité ne pouvait être retenue contre les vendeurs détaillants. Celle-ci s'est simplement contentée d'entériner en deux phrases les motifs du juge Ferguson.

Les demanderessees n'ont pu présenter au tribunal une argumentation étoffée pour expliquer en quoi les détaillants violaient la loi. Elles se sont contentées d'affirmer qu'ils agissaient illégalement chaque fois qu'une émission ou une portion d'émission était enregistrée, et lorsque la cassette était jouée par la suite. Le juge Ferguson estima que leurs agissements constituaient sûrement un *fair use* puisqu'ils ne cherchaient qu'à démontrer le fonctionnement de l'appareil²⁶. Les plaignantes n'avaient pas non plus fait la preuve d'un dommage économique, présent ou même anticipé. La situation aurait pu être autre si les vendeurs avaient systématiquement enregistré des émissions entières et avaient cherché à tirer profit de cette activité, mais ce n'était pas le cas. De toute façon, il n'y a aucune décision d'un tribunal ayant reconnu la responsabilité d'un vendeur faisant la démonstration du fonctionnement d'un appareil à photocopier, ou d'une radio, ou d'un appareil stéréo. En l'absence de loi et de jurisprudence à l'appui de la thèse des plaignantes, cette conclusion s'imposait.

La question de la responsabilité des fabricants était plus difficile. Les deux compagnies demanderessees ont soutenu que leur faute pouvait être reconnue en vertu de l'application de l'un ou de l'autre des concepts suivants: *direct infringement*, *contributory infringement* et *vicarious liability*. La *District Court* a rejeté ces trois arguments. La *Court of Appeals* a retenu une responsabilité des fabricants sous le vocable *contributory infringement* et ne s'est pas prononcée sur les autres. Elle était fidèle en cela au principe selon lequel le tribunal qui trouve un motif lui permettant de trancher un litige n'a pas à en chercher d'autres pour arriver aux mêmes conclusions. Cette attitude des tribunaux, bien que compréhensible, laisse le lecteur sur son appétit. Il aurait été intéressant de lire les propos du juge Kilkenny sur l'application des autres concepts.

²⁶ Cf. *supra*, note 5, p. 456-7.

La théorie du *direct infringement* veut qu'une personne puisse être convaincue de contrefaçon même si elle n'a pas pris part à l'activité illégale²⁷. Il suffirait qu'elle ait fourni les objets qui servent à confectionner un enregistrement illégal. Le juge Ferguson rejeta cet argument au motif principal d'absence de preuve pertinente²⁸. Les défenderesses Sony et sa filiale Sony Corp. of America se cantonnent dans la vente d'appareils vidéo et de cassettes vierges, et n'ont rien à voir avec les œuvres protégées par le droit d'auteur. Il n'y a pas de lien logique direct entre le fait de fournir un appareil et son utilisation éventuelle illégale. De plus tel enregistrement ne se fait pas dans des locaux appartenant à Sony ni par ses employés, mais dans l'intimité du foyer, où la compagnie n'a pas constitutionnellement le droit de se préoccuper de ce qui s'y passe. On est bien loin de la situation dans l'affaire *Elektra*²⁹ où une compagnie possédait un local où elle fournissait pour une somme fixe une cassette vierge, une autre enregistrée, et le matériel nécessaire pour faire des copies.

La théorie du *contributory infringement* avait plus de chance d'être agréée par les tribunaux. On peut la définir ainsi: peut être coupable de contrefaçon celui qui, connaissant l'existence d'une activité illégale, l'encourage, ou en est la cause, on y apporte une contribution matérielle. En l'occurrence, les demanderesses alléguaient que la fabrication, la démonstration et la vente des appareils vidéo encouragent les consommateurs à se servir d'appareils dont la fonction principale est d'enregistrer des œuvres protégées par la *Loi sur le droit d'auteur*. On a rétorqué en défense que les compagnies offraient en vente un *staple article of commerce* i.e. un article à usages multiples, et qu'on ne pourrait pas être tenu responsable de son utilisation hypothétiquement illégale. La position juridique des défenderesses serait assimilable à celle des fabricants d'armes à feu, de dactylos ou d'appareils à photocopier. La *District Court* a reconnu le bien-fondé de cette façon de voir en mentionnant que la preuve de la connaissance d'utilisations illégales était insuffisante³⁰. Mais, de rétorquer les appelantes, il devrait y avoir ici à tout le moins un *constructive knowledge* ou «connaissance implicite» en ce sens que la compagnie Sony devait sûrement deviner que les magnétoscopes serviraient tôt ou tard à reproduire des œuvres protégées. La position du juge Ferguson sur ce point est à première vue très surprenante. Il rejette la thèse des appelantes en disant que la seule existence de la poursuite montre bien que personne ne sait à ce moment si ce que font les particuliers est ou non illégal, de sorte qu'on ne peut prétendre que la compagnie Sony «savait» que

²⁷ *Idem*, p. 457-8.

²⁸ *Ibid.*

²⁹ *Elektra Records Co v. Gem Electronic Distributors, inc.*, 360 F. Supp. 821 (1973).

³⁰ Cf. *supra*, note 5, p. 459.

des infractions seraient commises avec ses appareils³¹. Il a raison en un sens: il est vrai que Sony ne pouvait être sûre que des illégalités sont commises. Mais tel raisonnement va à l'encontre de l'adage à l'effet que nul n'est censé ignorer la loi, même s'il faut en pratique attendre la décision d'un tribunal avant de connaître l'état du droit.

La *Court of Appeals* a accepté d'appliquer la théorie de la *contributory negligence* et rejeté celle du *staple article of commerce*. Elle a insisté sur le fait que les appareils vidéo servent essentiellement à reproduire des émissions de télévision, qui sont presque toutes protégées à un titre ou à un autre par la *Loi sur le droit d'auteur*³², ce qui distingue les fabricants de magnétoscopes des manufacturiers d'appareils à photocopier, par exemple. Quant au degré de connaissance nécessaire au manufacturier, il suffit pour prouver «négligence», i.e., pour engager sa responsabilité, qu'il sache que ses appareils servent à certains moments à des fins illégales; il n'est pas nécessaire de connaître des cas spécifiques:

“It is not necessary that an illegal contributor infringer have actual knowledge that activity which he makes possible constitutes a copyright infringement” [...] It is only necessary that a copyright defendant have knowledge of the infringing activity”³³.

La cour a accepté la définition suivante, proposée par la *District Court*:

“One who, with knowledge of the infringing activity, [...] materially contributes to the infringing conduct of another, may be liable as a “contributory” infringer”³⁴

L'élément «connaissance» est donc satisfait puisque la compagnie «sait» que le Betamax sert à reproduire des émissions protégées.

Enfin la théorie du *vicarious liability* n'a pas été retenue par le juge de première instance. C'est l'équivalent en droit américain du principe de la responsabilité du fait d'autrui. Pour réussir, il aurait fallu prouver que la compagnie a le “right and ability to supervise the infringing activity and also has a direct financial interest in such activity”³⁵. Or, on ne peut raisonnablement faire la démonstration que Sony peut contrôler l'utilisation que les consommateurs font de ses appareils dans l'intimité de leur foyer. Cela n'est manifestement pas possible et, même si c'était le cas, il reste que la compagnie n'en tire pas de bénéfice financier direct, si ce n'est que ses appareils se vendent bien parce que les consommateurs peuvent les utiliser à leur guise.

³¹ *Idem*, p. 460-1.

³² Cf. *supra*, note 6, p. 975.

³³ *Ibid.*

³⁴ *Ibid.*

³⁵ Cf. *supra*, note 5, p. 462.

B) SITUATION AU CANADA

1) LA RESPONSABILITÉ DES PARTICULIERS

Qu'en est-il maintenant au Canada? L'enregistrement d'une émission de télévision par un particulier et pour ses fins propres constitue-t-il une violation de la loi canadienne sur le droit d'auteur? Il serait téméraire de vouloir répondre à cette question, vu que la jurisprudence ne l'a pas encore abordée ici. L'étude du droit américain nous semble cependant utile, car, sans être directement applicable au Canada, il peut nous aider à identifier les alternatives qui s'offriront éventuellement à un juge, et les concepts et valeurs entre lesquels il devra choisir.

On pourrait avoir tendance à rejeter toute comparaison avec le droit américain en disant qu'aux États-Unis la notion d'utilisation équitable est une pure élaboration de la jurisprudence, alors qu'ici ce concept est codifié à l'article 17 de la loi canadienne depuis 1921, année d'adoption de la *Loi sur le droit d'auteur*. Mais ce serait là une conclusion hâtive. Le concept de *fair use* a été dans les deux pays élaboré par la jurisprudence. Il apparaît pour la première fois dans une loi en Angleterre en 1911, et c'est cette loi³⁶ qui a servi d'inspiration à la loi canadienne de 1921. Rien n'indique que la loi de 1911 ait voulu changer radicalement le sens que recevait cette notion en jurisprudence³⁷. Le fait que le législateur britannique ait repris le même terme de *fair use* permet même une conclusion opposée. En réalité, s'il y a des différences entre le droit canadien et américain sur ce sujet, elle tient à une rédaction législative différente bien plus qu'à une histoire législative particulière à chaque pays. À cet égard, la loi canadienne apparaît plus restrictive que la loi américaine. L'article 17(2)(a) prévoit en effet que

«Ne constituent aucune violation du droit d'auteur [...] l'utilisation équitable d'une œuvre quelconque pour des fins d'étude privée, de recherche, de critique, de compte rendu ou en vue d'en préparer un résumé destiné aux journaux³⁸.»

Il ressort de la lecture de cette disposition que deux conditions doivent absolument être satisfaites pour que l'article 17(2)(a) puisse être invoqué avec succès: l'utilisation de l'œuvre doit être équitable, et cette utilisation équitable doit être faite dans le but d'atteindre une des cinq finalités mentionnées au texte, à savoir l'étude privée, la recherche, la critique, le compte rendu ou le résumé destiné aux journaux³⁹. Il y a donc une double différence

³⁶ 1 & 2 Geo. 5, c. 46.

³⁷ Cf. B. THORNO, *La revision de la Loi sur le droit d'auteur et la nécessité de clarifier la notion d'«utilisation équitable»*, Ottawa, Approvisionnements et services Canada, 1981, p. 12.

³⁸ Cf. *supra*, note 3, art. 17(2)(a).

³⁹ Cf. V. NABHAN, *loc. cit. supra*, note 10, p. 16-20.

au niveau des textes législatifs: la loi américaine ne limite pas le concept d'utilisation équitable à quelques finalités seulement, car elle prévoit: "The fair use of a copyrighted work [...] for purposes such as criticism (etc.)"; d'autre part, la loi canadienne est totalement silencieuse sur les critères d'appréciation du *fair use*, alors que la loi américaine donne une liste non limitative de quatre critères. Il faut maintenant voir si ces différences justifient en droit canadien des conclusions différentes.

Avant d'étudier l'application de l'article 17(2)(a) de la loi canadienne, il convient de rappeler que le type d'utilisation des appareils-vidéo que nous analysons constitue sûrement, à première vue, une violation de la loi. Notre droit reconnaît en principe au créateur, à l'instar de l'article 106 de la loi américaine, un droit absolu sur son œuvre, sous réserve de quelques limitations ou exceptions. L'article 3 de la loi traite du droit exclusif de «produire ou reproduire une œuvre sous une forme matérielle quelconque» et «d'exécuter ou de représenter» l'œuvre. Lorsqu'un consommateur enregistre intégralement une émission de télévision, il est indéniable qu'il la «reproduit», au sens où il en fabrique un autre exemplaire, ce qui revient de droit au créateur ou titulaire du droit d'auteur. Cependant, lorsqu'il visionne la bande magnétique confectionnée quelques heures ou quelques jours plus tôt, il n'y aurait pas infraction à la loi si le visionnement se fait dans l'intimité du foyer. Selon la jurisprudence, le terme «représentation» implique une représentation publique⁴⁰, i.e. à laquelle le public en général est invité, et qui dépasse donc le cercle de la famille ou des amis.

Reste à savoir si l'article 17(2)(a) pourrait être invoqué avec succès en défense à une poursuite pour violation de la loi. Chose surprenante, la jurisprudence canadienne sur la notion d'utilisation équitable est très pauvre, se limitant même à une seule décision. Dans *Zamacois v. Douville & Marchand*⁴¹, la Cour de l'échiquier, dans un cas de reproduction non autorisée d'une œuvre littéraire, a abordé cette notion, mais sa décision nous est peu d'utilité aujourd'hui car elle est fondée sur un traité français sur le droit d'auteur, et dit simplement ce que n'est pas en l'occurrence l'utilisation équitable:

«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'œuvre critiquée, sans autorisation de l'auteur⁴².»

Si on regarde la jurisprudence britannique sur le sujet, on voit que les juges ont utilisé *grosso modo* les mêmes critères que ceux mentionnés dans

⁴⁰ Cf. *Canadian Admiral c. Rediffusion*, [1954] R.C. de l'É. 382, p. 404-9.

⁴¹ (1943) 2 C.P.R. 270.

⁴² *Idem*, p. 302.

la loi américaine, en faisant référence à la portion de l'œuvre utilisée, le type d'utilisation envisagé, son but, l'incidence de l'utilisation sur le marché ou la valeur potentielle de l'œuvre protégée...⁴³. Il n'y a pas lieu de l'étudier en profondeur, car la généralité des principes émis par les juges ne permettent pas plus que c'est le cas en droit américain d'en arriver à des conclusions fermes sur la question qui nous intéresse. Il faudrait trop les extrapoler pour arriver à déterminer ce qui est applicable au niveau des appareils vidéo. Deux remarques doivent cependant être faites. Une première concerne l'utilisation du critère de la portion de l'œuvre utilisée. Selon une certaine jurisprudence⁴⁴, il y a possibilité dans certains cas de plaider avec succès l'utilisation équitable même si la totalité d'une œuvre a été reproduite. Mais lorsqu'on y regarde de plus près, on voit qu'il s'agissait toujours d'une œuvre très courte, comme par exemple un poème de quelques lignes ou une épitaphe. Ce critère ne semble donc pas jouer en faveur de la reconnaissance de l'utilisation équitable pour les enregistrements d'émissions de télévision. D'autre part, en ce qui concerne celui de l'impact économique de la reproduction sur le marché de l'œuvre originale, la doctrine qui étudie cette question au point de vue économique⁴⁵ semble se ranger de l'avis de la *District Court*, aux États-Unis, à l'effet que le dommage n'est pas si grand que la loi doive le sanctionner. Il est bien sûr évident que l'enregistrement à domicile d'œuvres protégées aura un certain impact sur la vente de bandes pré-enregistrées, le nombre de spectateurs dans les salles de cinéma, et les sommes que les producteurs pourront recevoir des chaînes de télévision. Sans vouloir reprendre à notre compte une analyse économique du phénomène des appareils vidéo, nous nous contenterons de résumer les conclusions de l'étude de Jim Keon⁴⁶. Au niveau de la diffusion des œuvres à la télévision, il n'est pas sûr qu'il y ait un fractionnement si grand de l'auditoire, car certaines émissions verront leur auditoire augmenter vu la plus grande disponibilité des propriétaires de magnétoscopes: ils pourront visionner des émissions qu'ils n'auraient peut-être jamais pu voir à cause de contraintes multiples. Le marché des reprises (*reruns*) pour sa part est autant perturbé par l'apparition de nouveaux phénomènes, tels les vidéo-disques et la vente de bandes pré-enregistrées par les compagnies de cinéma que par l'utilisation des appareils vidéo. Et rien n'assure aux producteurs et diffuseurs une protection juridique contre toute forme de compétition nouvelle! Au niveau des salles de cinéma, il faut dire que s'il

⁴³ B. THORNO, *op. cit. supra*, note 27, p. 16-17.

⁴⁴ Cf. par exemple *Hubbard et al. v. Vosper et al.*, (1972) 2 Q.B. 84, p. 98, où Lord MEGAW écrit: «Il est concevable que le fait de citer une œuvre puisse constituer une utilisation équitable au sens de la loi même s'il s'agit d'une citation textuelle et intégrale de l'œuvre». Cette phrase, si elle est lue hors contexte, peut conduire le lecteur à des conclusions erronées.

⁴⁵ Cf. J. KEON, *Les conséquences de l'enregistrement à domicile d'œuvres audio-visuelles sur le paiement de droits d'auteur*, Ottawa, Approvisionnement et services Canada, 1982.

⁴⁶ *Ibid.*

y a une baisse de clientèle, il est loin d'être sûr qu'elle est attribuable uniquement à l'arrivée des vidéo-cassettes. C'est que le consommateur est confronté à de multiples possibilités de divertissement: télévision par câble, télévision à péage, vidéo-disques, jeux vidéo, etc. Enfin, quant à l'incidence sur la vente des disques et des bandes vidéo pré-enregistrées, il faut dire qu'une concurrence encore plus forte pour ces médias pourra venir de la vente de cassettes enregistrées à partir d'émissions diffusées à la télévision à péage ou à partir de copies de cassettes. En somme, le danger de dommage économique semble plus grand pour les intermédiaires entre le titulaire du droit d'auteur et le public, i.e. cinémas, stations de télévision, t.v. par câble, producteurs de cassettes, etc., que pour le titulaire du droit d'auteur qui voit croître le marché pour la distribution de son œuvre au gré de l'apparition de nouvelles technologies.

Comme nous l'avons vu plus haut, une défense basée sur l'article 17(2)(a) de la loi doit, pour réussir, démontrer non seulement l'existence d'une utilisation équitable, mais que cette utilisation a été faite conformément aux fins énumérées dans la loi. On peut certainement concevoir qu'un tribunal canadien arrive à la conclusion, comme la *District Court* aux États-Unis, que l'enregistrement d'une œuvre protégée en constitue une utilisation équitable. Mais c'est au niveau de la seconde exigence prévue à l'article 17(2)(a) que la bât blesse. On ne voit tout simplement pas comment le consommateur moyen pourrait convaincre un tribunal que l'enregistrement a été effectué principalement dans un but de recherche, de critique, d'étude privée, de compte rendu ou en vue d'en préparer un résumé destiné aux journaux.

Ce qui augmente encore la difficulté de faire jouer cette exception est le fait que, selon la jurisprudence, elle doit, en conformité avec les règles d'interprétation des lois, être interprétée restrictivement⁴⁷. On peut éliminer d'emblée la notion de résumé destiné aux journaux. Dans l'immense majorité des cas, les consommateurs n'ont certes pas l'intention ni la possibilité de faire parvenir à un journal un résumé des récentes émissions de télévision. Pourrait-on plaider qu'il s'agit de compte rendus? Cela serait tout aussi difficile car selon la jurisprudence «critique» et «compte rendu» sont synonymes⁴⁸ et sont caractérisés par l'incorporation de l'œuvre d'un autre créateur dans une nouvelle œuvre. Restent les notions de recherche et d'étude privée. Il serait plus facile ici de justifier l'enregistrement d'une portion importante d'une émission, peut-être même parfois de la totalité, mais cette exception ne pourrait être vraisemblablement réclamée que par quelques per-

⁴⁷ La Cour d'appel britannique a posé cette règle dans *Hawkes & Sons (London) Ltd v. Paramount Film Service Ltd*, [1934] 1 Ch. 593.

⁴⁸ *Per* Lord DENNING dans *Hubbard c. Vosper*, *supra*, note 44, p. 93.

sonnes se trouvant dans une situation particulière. Pensons par exemple au professeur qui voudrait se servir d'une émission dans la préparation d'un cours, ou au cinéophile désirant se monter une collection de documents audiovisuels sur un genre cinématographique donné, afin de parfaire ses connaissances. Mais, encore ici, cette exception ne semble pas pouvoir couvrir l'utilisateur d'appareils vidéo enregistrant des émissions principalement dans un but de divertissement. Il nous faut donc conclure que la notion d'utilisation équitable ne peut viser de manière générale le type d'enregistrement qui était en cause dans l'affaire Betamax, soit celui qu'on rencontre le plus souvent.

2) CELLE DES DÉTAILLANTS ET FABRICANTS

La responsabilité des fabricants et détaillants nous apparaît plus hypothétique encore au Canada qu'aux États-Unis. On se rappellera que les vendeurs détaillants avaient été exonérés de tout blâme par le tribunal de première instance et la cour en appel, et il nous semble qu'il devrait en aller de même ici. L'article 17(2)(a) de la loi canadienne couvre leur situation de façon assez manifeste. Nous avons vu qu'il n'était pas totalement illogique pour un consommateur de se défendre à une action en contrefaçon en plaçant l'utilisation équitable de l'œuvre radiodiffusée. Les détaillants devraient, à plus forte raison, pouvoir bénéficier de la protection de la loi. Le fait est que leur motivation essentielle, en actionnant les magnétoscopes, est d'en démontrer le fonctionnement, sans plus. La nature de l'œuvre enregistrée pendant quelques minutes ne les concerne nullement. À notre avis la seule façon dont ils pourraient être trouvés en faute serait d'interpréter restrictivement l'alinéa pertinent de l'article 17 en soutenant que bien que leur utilisation d'une œuvre est équitable, elle n'a pas été faite dans un but d'étude privée, ni de recherche, ni de critique, etc., de sorte que seul serait applicable le principe de l'article trois de la loi canadienne. Mais nous doutons fortement qu'une telle conclusion soit formulée par un tribunal. On peut de toute façon se demander quelle serait l'utilité d'un recours contre un détaillant car l'article 20(4) de la loi prévoit à titre de sanction le paiement des dommages subis par le créateur, de même que le remboursement des profits réalisés par le contrefacteur, ce qui correspond à une somme d'argent à peu près nulle dans les deux cas. Il se peut même que le plaignant en soit quitte pour une injonction, car, en vertu de l'article 22, c'est le seul recours possible lorsque le défendeur démontre à la satisfaction du tribunal qu'il ne savait ni n'avait de motif raisonnable de soupçonner que l'œuvre faisait encore l'objet d'un droit d'auteur.

La situation des fabricants est plus problématique. On ne peut prétendre que les vendeurs se rendent coupables de contrefaçon en ce qu'ils agiraient de connivence avec les particuliers qui enregistrent des émissions de télévision.

Ils sont totalement indifférents au type d'utilisation auquel les acheteurs soumettent leur magnétoscope. L'argument a toutefois plus de sens vis-à-vis les fabricants. Il pourrait réussir dans la mesure où l'on prouverait que le fabricant sait ou doit savoir que l'objet qu'il met en vente sert fondamentalement à enregistrer des émissions de télévision, qui sont presque toutes protégées par la *Loi sur le droit d'auteur*. La *Court of Appeals* aux États-Unis l'a d'ailleurs accepté, en vertu de la théorie du *contributory infringement*. La doctrine canadienne accepte cette possibilité⁴⁹. Selon elle, le titulaire du droit d'auteur aurait un droit d'action contre toute personne ayant autorisé la contrefaçon «lorsqu'elle en est position d'assumer un contrôle sur l'activité reprochée et partant d'en empêcher le déroulement. En s'abstenant de ce faire, elle est censée l'avoir approuvée, et donc y avoir participé»⁵⁰. La loi envisage cette situation à l'article 26 en créant une infraction pour quiconque fait exécuter ou représenter en public une œuvre protégée. Ainsi un tribunal ontarien a reconnu la responsabilité d'une association ayant réservé les services d'un orchestre et lui ayant fourni un endroit pour jouer mais sans prendre les dispositions nécessaires pour l'empêcher d'interpréter des œuvres musicales protégées par la loi⁵¹. Le recours serait basé sur l'article 3(1) *in fine* de la loi canadienne, selon lequel «le droit d'auteur comprend aussi le droit exclusif d'autoriser les actes mentionnés ci-dessus.» Il ne semble pas y avoir de jurisprudence canadienne sur ce sujet précis, mais la *High Court* d'Australie a utilisé une disposition semblable dans la loi australienne pour conclure à la responsabilité d'une université qui mettait à la disposition de l'ensemble de la communauté universitaire des appareils à reproduction sans en superviser de quelque façon l'utilisation⁵².

Nous ne croyons pas que cela soit suffisant pour conclure à une éventuelle responsabilité des fabricants et ce pour plusieurs motifs. Il faut d'abord noter que dans la décision australienne l'action n'avait pas été intentée contre le fabricant, et il est loin d'être sûr qu'elle aurait réussi, vu le lien plus ténu entre le fabricant et l'utilisateur. Le tribunal ne semble pas non plus avoir établi suffisamment la distinction entre le fait de fournir un moyen, purement et simplement, et le degré de contrôle sur le moyen fourni. À notre avis l'action contre l'université aurait dû être rejetée. On comprend que l'université qui opère son propre service d'impression doit prendre les mesures pour s'assurer que personne n'agit illégalement; mais on voit mal comment, aujourd'hui, en installant des appareils à photocopier dans des endroits publics,

⁴⁹ Cf. V. NABHAN, *loc. cit. supra*, note 10, p. 20-1.

⁵⁰ *Ibid.* Il faut ajouter cependant que M. Nabhan clôt son étude de cette question en disant que le droit canadien ne reconnaît probablement pas la responsabilité des fabricants.

⁵¹ *Canadian Performing Right Society Ltd c. Can. Nat. Exhibition Asso.*, [1938] O.R. 476.

⁵² *University of N.S.W. c. Morhouse*, 49 D.L.J.R. 267.

des mesures efficaces peuvent être prises pour empêcher la perpétration d'actes de violation.

On ne doit pas d'autre part minimiser l'importance de l'article 45 de la loi canadienne sur le droit d'auteur à l'effet qu'il n'existe pas d'autres droits pour les créateurs que ceux prévus dans la loi. Si l'on regarde la section réservée aux recours en cas de violation de la loi, il n'y a tout simplement pas de façon d'arriver à la conclusion que les manufacturiers ont enfreint la loi. N'oublions pas que l'article 3 traite des droits de ceux qui ont créé une œuvre d'un type protégé par la loi, et termine en prévoyant qu'ils peuvent autoriser d'autres personnes à poser les gestes que la loi leur réserve en exclusivité. Il est pour le moins difficile de faire la démonstration du fait qu'une compagnie qui se cantonne dans la fabrication des appareils et des cassettes vierges se trouve à «produire», «reproduire» ou «confectionner» un exemplaire d'une œuvre protégée, ou «vend» ou «loue» un exemplaire contrefait, ou le «met en circulation», ou «exécute publiquement» une œuvre⁵³. La compagnie Sony ne pose tout simplement aucun acte que l'article 3 réserve exclusivement aux créateurs.

Mais il y a plus. Si nous tenons à explorer l'idée selon laquelle le lien juridique entre le fabricant et le consommateur est suffisant pour qu'on puisse affirmer que par une fiction on peut dire que le geste illégal posé par le particulier est le geste de la compagnie, il faut réaliser que la jurisprudence ontarienne et australienne à laquelle nous avons fait allusion est impertinente. Il faut se tourner ici vers le droit de la responsabilité civile québécoise, même si cela semble surprenant. C'est là la conséquence de la décision de la Cour suprême du Canada rendue en 1976 dans *MacDonald v. Vapor Canada Ltd*⁵⁴. Dans cette affaire la compagnie Vapor Canada Ltd poursuivait un ancien employé passé au service d'un concurrent et l'accusait d'avoir violé des «secrets industriels» (*trade secrets*). La poursuite était basée sur l'article 7(e) de la *Loi sur les marques de commerce* à l'effet que nul ne doit «faire un acte ou adopter une autre méthode d'affaires contraire aux honnêtes usages industriels ou commerciaux ayant cours au Canada». La cour a déclaré *ultra vires* cette disposition au motif essentiel qu'elle portait sur un sujet relevant de la compétence législative des provinces, soit la responsabilité civile. Le juge Laskin a laissé entendre qu'une disposition semblable aurait pu être valide si elle avait fait partie d'une réglementation fédérale relativement détaillée des pratiques commerciales, en vertu de la théorie des pouvoirs dits incidents ou ancillaires⁵⁵. Tel n'était pas le cas: l'article 7(e) ne faisait que créer un «tort», sanctionné par une action intentée par un particulier, de sorte qu'il ne pouvait

⁵³ *Loi sur le droit d'auteur*, op. cit. supra, note 3, arts 25(1) et 26(1).

⁵⁴ [1977] 2 R.C.S. 134.

⁵⁵ *Idem*, p. 163-5.

être visé par la compétence fédérale sur les échanges et le commerce. Appliquée à la situation que nous étudions, l'affaire *MacDonald* signifie qu'en l'absence d'une réglementation fédérale valide sur le sujet de la responsabilité des fabricants, il faut se tourner vers l'article 1053 C.c.B.-C. pour trouver le droit applicable. Or il ne semble rien y avoir dans ce secteur du droit qui permette de conclure à la responsabilité du fabricant. Il serait très difficile d'abord de convaincre un tribunal qu'il y a eu commission d'une faute, la compagnie n'ayant pas commis un acte illicite, ni manqué à une obligation préexistante⁵⁶. De plus si on veut plaider collusion entre le fabricant et les vendeurs, ou entre le fabricant et les particuliers, on réfère aux notions de responsabilité du fait d'autrui, et il n'y a tout simplement pas de lien suffisant entre le manufacturier et les vendeurs ou les particuliers pour engager sa responsabilité: il y manque l'élément essentiel, le lien de subordination⁵⁷. La jurisprudence québécoise exige l'existence d'un «contrôle effectif» pour reconnaître la responsabilité d'un commettant. On ne peut parler de tel contrôle en l'occurrence. La solution de la question juridique envisagée nous apparaît sans ambiguïté au niveau du droit civil.

Quoi qu'il en soit, il faudra attendre la décision de la Cour suprême des États-Unis avant de connaître de façon précise l'état du droit américain sur le sujet⁵⁸. Mais il ne faut pas craindre que les conséquences puissent en être drastiques, même si la décision de la *Court of Appeals* était totalement confirmée. Le magnétoscope, tout comme la machine à photocopier, est une invention récente peut-être, mais qui est sûrement là pour rester. D'autre part, il est quasi impossible, en pratique, pour les détenteurs de droits d'auteur, de vérifier l'utilisation des appareils-vidéo dans les foyers américains ou canadiens. Le plus qu'ils puissent espérer, dans l'éventualité où les tribunaux retiendraient toutes leurs prétentions, serait le paiement de droits d'auteur au moment de l'achat du vidéoscope ou de cassettes vierges, ou les deux. C'est probablement dans cette direction que se situe la solution au conflit d'intérêt entre les créateurs et les consommateurs.

⁵⁶ Cf. J. PINEAU et M. OUELLETTE, *Théorie de la responsabilité civile*, Montréal, Thémis, 1980, pp. 41-44.

⁵⁷ *Idem*, p. 96-110, et cf. J.L. BAUDOIN, *La responsabilité civile délictuelle*, Montréal, P.U.M., 1973, pp. 221-238.

⁵⁸ Voir *supra*, note 8.