

L'affaire XM Satellite Radio: la légalité des appareils qui enregistrent la radio par satellite

René Pepin †

Résumé:

Aux États-Unis, la radio par satellite existe depuis le nouveau millénaire. Mais les compagnies qui œuvrent dans ce domaine font face depuis 2006 à des poursuites devant les tribunaux par les grandes compagnies de disques. Elles paient pourtant les tarifs convenus avec les entreprises qui s'occupent de gestion collective des droits d'auteur sur les disques. Le problème vient du fait que depuis leur entrée en ondes, des progrès technologiques leur permettent d'offrir à leurs abonnés des appareils qui sont bien plus polyvalents qu'un simple appareil radio récepteur. Les nouveaux modèles peuvent enregistrer plusieurs heures d'émissions, et ils peuvent transmettre à l'abonné une "alerte" à l'effet qu'une pièce musicale de leur chanteur ou chanteuse préféré(e) va être diffusée.

Ce litige met en jeu plusieurs des notions les plus fondamentales en matière de droit d'auteur. Peut-on dire que les stations de radio font davantage que "communiquer au public, par télécommunication, une œuvre"? Se trouvent-elles à autoriser leurs abonnés à reproduire illégalement les pièces musicales diffusées? Font-elles une "violation de la loi à une étape ultérieure"? Et qu'en est-il de l'auditeur? Peut-il prétendre qu'il est exonéré de toute responsabilité parce que visé par les dispositions de la loi relatives à la copie privée?

Ce sont ces questions qui sont étudiées dans le présent texte, tant en droit américain que canadien.

Introduction

Il y a un litige présentement devant les tribunaux aux États-Unis qui est notable. Les grandes maisons de disques ont intenté une poursuite en mai 2006 contre des entreprises détentrices de permis de radio par satellite pour violation de leurs droits d'auteur.¹ Elles iraient au-delà de ce que leur permettent les licences qu'elles détiennent à titre de radiodiffuseurs. Le problème vient du fait que ces entreprises, de concert avec des fabricants d'appareils radio, ont mis sur le marché des appareils dotés d'une mémoire d'1Go, permettant d'enregistrer jusqu'à 50 heures de musique diffusée à la radio par satellite, soit environ 1000 chansons.²

On pourrait être porté à se dire, en prenant connaissance de ce litige, qu'il s'agit d'un énigme conflit provoqué par l'évolution rapide de la technologie, et qu'on ne pourra faire mieux, au niveau de l'analyse juridique, que de voir comment cela s'imbrique plus ou moins bien dans des dispositions de lois sur le droit d'auteur³ qui n'ont pas été rédigées en des termes qui viseraient clairement cette nouvelle technologie. Cela est en partie exact, mais il reste que le différend qui existe aux États-Unis met en jeu les notions les plus fondamentales en matière de droit d'auteur, notamment le sens de mots ou d'expressions qu'on trouve à l'article 106

du *Copyright Act*, et au Canada à l'article 3 de la *Loi sur le Droit d'auteur* (LDA).

Qu'entend-on exactement par le droit exclusif de "reproduire" une œuvre, ou celui de la "transmettre au public par télécommunication"? Le litige nous permettra aussi de nous pencher sur le chapitre 10 de la loi américaine, et la partie VIII de la loi canadienne, portant sur la "copie pour usage privé". Ces dispositions, qui ont été ajoutées durant les années '90, ont été encore très peu étudiées tant en jurisprudence qu'en doctrine. C'est le moyen principal avancé aux États-Unis par la compagnie poursuivie, XM Satellite Radio, à savoir que la disposition équivalente de la loi américaine, l'article 1008, rend légal l'achat et l'utilisation d'appareils permettant d'enregistrer la musique diffusée à la radio.

Nous allons dans un premier temps nous pencher sur les caractéristiques de ces nouveaux appareils qui sont maintenant offerts aux consommateurs. Nous examinerons ensuite le litige qui a cours présentement, pour voir quelles dispositions de la loi américaine sont pertinentes, et essayer de prévoir comment il pourra être tranché. Enfin, nous regarderons comment la loi canadienne envisagerait cette question, si elle se posait ici.⁴

†Professeur, faculté de droit, Université de Sherbrooke. © 2007, CCH Canadian Limited.

Les appareils en jeu: Inno, Helix et NeXus.

La compagnie XM Satellite Radio⁵ est en affaires depuis quelques années seulement, mais elle a connu une croissance spectaculaire. Elle a lancé son service d'abonnements à la fin de l'année 2001. Elle a investi plusieurs centaines de millions de dollars pour "louer" des fréquences de radio du gouvernement américain, qui agit en ces domaines par l'entremise de la Federal Communications Commission, et pour acheter tout l'équipement nécessaire pour entrer en ondes, notamment en mettant en orbite des satellites. Elle a présentement quelque 9 millions d'abonnés, qui paient environ \$150 par an pour recevoir ses signaux sur un appareil radio construit à ces fins. La radio par satellite ne fonctionne pas de la même façon que la radio commerciale traditionnelle. Celle-ci est gratuite pour l'auditeur. Elle se finance principalement par la publicité qu'elle diffuse. La radio par satellite a comme caractéristique de diffuser beaucoup moins de publicités, mais, en contrepartie, elle n'est accessible que par abonnement. De plus, elle diffuse un signal encodé, sur des fréquences qui ne sont pas captées par les appareils radio "ordinaires".

XM Satellite Radio diffuse 170 canaux à ses abonnés, dont 69 sans aucun message publicitaire, consacrés à des thématiques précises, telles les sports, les nouvelles, les affaires publiques, la musique de tous les genres, et des canaux diffusant des émissions de type "ligne ouverte".⁶ Elle a des licences statutaires, i.e., prévues par la loi américaine, qui lui coûtent tout de même plusieurs millions de dollars par an. Elles lui donnent accès à un répertoire d'environ deux millions de chansons, et elle en diffuse à peu près 160,000 par mois. On voit tout de suite qu'on est loin ici du cas d'une entreprise qui piraterait les pièces musicales les plus populaires pour les offrir gratuitement au public.

Dans les premières années d'opération de la compagnie, les consommateurs avaient peu de choix quant au type d'appareil disponible sur le marché pour capter les émissions de radio par satellite. Il y avait un format dit standard, destiné à être utilisé au foyer, et un autre plus compact, dit "portatif". Mais dans chaque cas, et ceci est encore applicable aujourd'hui, le consommateur doit contacter l'entreprise, qui active à distance son appareil. Tout abonné qui n'acquiesce pas les frais prévus se fait rapidement débrancher.

Ce qui s'est passé ensuite, on le devine, c'est que la technologie aidant, XM Satellite Radio, de concert avec des fabricants d'appareils, en a mis sur le marché de nouveaux, plus versatiles. Ainsi, en 2005, elle a offert à ses abonnés le XM2GO, appareil de format réduit permettant d'enregistrer les émissions diffusées, jusqu'à un maximum de 5 heures. La compagnie en faisait la promotion en disant que les consommateurs pourront continuer à écouter de la musique dans des lieux où son signal n'est pas accessible, par exemple en avion ou dans certains

lieux publics, comme des gymnases. Quelques années plus tard, la compagnie Pioneer a lancé l'appareil appelé Inno, plus précisément en mars 2006, qui a la taille d'un téléphone cellulaire. Depuis peu, Samsung fait la promotion du Helix. Et on annonce déjà la venue d'un appareil encore plus performant, appelé NeXus.

Une première caractéristique importante de tous ces appareils est qu'ils ne permettent pas le transfert des fichiers musicaux qu'ils contiennent en format numérique. Un usager ne peut donc pas les télécharger sur son ordinateur, pour ensuite les rendre disponibles à d'autres personnes. L'utilisateur ne peut que faire jouer une pièce musicale de façon à entendre les sons, reproduits en mode analogique, dans ses oreilles. On devine que XM Satellite Radio a insisté sur cet aspect de leur fonctionnement,⁷ et elle se fonde en bonne partie sur lui pour avancer que la loi américaine est respectée.

Mais il reste que l'utilisateur de ces appareils peut s'en servir pour bien plus que l'enregistrement d'une pièce musicale au moment où il l'entendrait à la radio.⁸ Les fabricants y ont d'abord inséré, au printemps 2006, le fameux format MP3, cet algorithme permettant de compresser une pièce musicale en format numérique dans un rapport de 1 pour 12, sans réduction significative de la qualité du son.

Les appareils maintenant disponibles ont trois fonctions essentielles. Ils peuvent d'abord enregistrer de la musique, qu'elle provienne de la radio par satellite, ou d'un enregistrement que le consommateur possède déjà. La compagnie XM fournit les câbles permettant de relier un ordinateur à l'appareil qui reçoit ses ondes radio. En second lieu, l'abonné de XM Satellite Radio peut conserver et réarranger à sa guise des pièces musicales enregistrées lors de leur diffusion. La compagnie appelle ce service un "digital download delivery service", et c'est surtout cet élément qui fait l'objet du litige aux États-Unis. Il fonctionne de la façon suivante. XM, pour se conformer à la loi, n'envoie pas d'avance à ses auditeurs une liste indiquant les pièces musicales qui vont être diffusées, ni quand elles le seront. Cependant, l'abonné qui a programmé son appareil pour enregistrer la programmation pendant plusieurs heures reçoit ensuite une "playlist", i.e., une liste de ce qui a été diffusé, par nom d'artiste et nom de chanson. Il lui suffit alors d'effacer de son appareil tout ce qu'il ne veut pas conserver. On voit qu'avec cette façon de faire, un abonné peut se retrouver en possession de ses pièces musicales favorites sans avoir eu à rester à l'écoute en espérant entendre éventuellement ce qu'il cherche à enregistrer. Enfin, il y a une troisième fonction de recherche de pièces musicales, appelée "ArtistSelect" et "TuneSelect". Ici, l'utilisateur peut identifier par le nom de l'artiste ou par le titre d'une chanson ce qu'il est intéressé à enregistrer. Une fois ses choix faits, XM lui envoie une "alerte", quelques instants avant que la pièce soit diffusée, lui

permettant de se rendre à la bonne fréquence et être prêt à peser sur le bouton d'enregistrement.

Deux autres éléments doivent être mentionnés, car ils peuvent être juridiquement significatifs. Il y a une différence importante dans le statut de l'abonné de la radio par satellite et celui qui utilise une radio conventionnelle munie d'une fente pour recevoir une cassette vierge permettant l'enregistrement d'une chanson jouée à la radio. C'est que l'abonné de la radio par satellite n'est pas considéré par XM, le diffuseur, comme propriétaire des pièces qui se trouvent sur son appareil. En effet, l'abonné ne peut les transférer sur un autre appareil, quel qu'il soit, et dès qu'il met fin à son abonnement, XM cesse d'envoyer le signal qui active son appareil, de sorte qu'il n'est plus d'aucune utilité. Le client se trouve un peu dans la situation d'un abonné à la télévision par câble qui se fait débrancher. Son appareil ne reçoit plus aucun signal, et ne joue plus aucune pièce musicale. D'autre part, à la différence des abonnés à certains services de radio qui permettent l'achat de pièces musicales en les payant à l'unité, les clients de XM ne paient que les frais mensuels de \$12,95, et peuvent utiliser leur appareil pour stocker un maximum de pièces musicales.

Le litige entre la Recording Industry Association of America et XM Satellite Radio

Une action a été intentée contre XM Satellite Radio par les plus grandes compagnies de disques, notamment: BMG Music, Capitol Records, Motown, Sony BMG, et Warner Brothers.⁹ On voit tout de suite que ce n'est en quelque sorte pour elles qu'une action préventive. Ces compagnies, constatant la polyvalence des nouveaux appareils, et craignant qu'on puisse bientôt y stocker non plus 1000 chansons mais 10,000 ont voulu tuer le problème dans l'œuf en s'en prenant au diffuseur des pièces musicales. Leur argument principal est que la licence que la loi américaine accorde à XM Satellite Radio ne lui donne pas le droit d'interagir comme elle le fait avec ses clients. XM aurait seulement le droit d'agir comme une toute autre station de radio qui diffuse de la musique, avec cette seule particularité qu'elle le ferait sur des fréquences réservées, en mode numérique, avec un signal encodé. XM agirait illégalement parce qu'elle empiéterait notamment sur le terrain des entreprises qui vendent des pièces musicales en format numérique.

On peut tenter de résumer les arguments des compagnies de disques de la façon suivante. On sait qu'en matière de droit d'auteur, tout poursuivant doit nécessairement faire la preuve de deux choses : qu'il est le détenteur des droits d'auteur sur une œuvre quelconque, et que l'un des droits exclusifs que la loi lui reconnaît n'est pas respecté. Aux États-Unis, c'est l'article 106 de Titre 17 qui énumère les droits exclusifs des créateurs, qui ressemblent évidemment à ce qu'on trouve dans la loi canadienne: le droit de multiplier les exemplaires de

la musique en feuille, mais aussi et surtout le droit d'exécuter en public une pièce musicale, le droit d'en faire un enregistrement, et celui de la communiquer au public par télécommunications, i.e., de la faire jouer à la radio ou à la télévision. Évidemment, d'autres dispositions prévoient des atténuations¹⁰ ou des exceptions¹¹ à ces droits exclusifs.

Dans le cas qui nous intéresse, la RIAA, organisme qui regroupe les grandes compagnies de disques et défend leurs intérêts monétaires, n'a pas eu de difficulté à faire reconnaître qu'elle détient les droits d'auteur sur la majorité des enregistrements sonores disponibles aux États-Unis. Elle a allégué sept violations de la loi sur le droit d'auteur, et deux violations du droit étatique, notamment à l'égard de la concurrence déloyale. En ce qui concerne la *Copyright Act*, un argument crucial est à l'effet que la loi accorde, à l'article 106(6), le droit exclusif aux créateurs de "perform the copyrighted work publicly by means of a digital audio transmission". Une exception à ce droit exclusif se trouve à l'article 114 (d), qui vise en pratique les stations de radio.

L'article 114 précise notamment quels sont les droits des compagnies de disques. La jurisprudence a établi depuis longtemps que les stations de radio doivent acquitter des droits d'auteur¹² lorsqu'elles diffusent des pièces musicales. Mais pas pour le travail accompli par les compagnies de disques lorsqu'elles ont enregistré une œuvre, elles paient seulement parce que dans le disque joué se trouve l'œuvre du compositeur et, le cas échéant, de l'auteur des paroles. De même, lorsqu'un disque est joué en public, les compagnies de disques ne peuvent pas réclamer un droit d'auteur pour elles-mêmes. Elles ont un droit qui leur est propre seulement sur la multiplication des exemplaires des disques.¹³ C'est là un argument essentiel de la RIAA : elle prétend que XM, dans l'interaction qu'elle a avec ses abonnés, se trouve à toutes fins pratiques à leur vendre des disques.

Les stations de radio peuvent faire jouer les disques en ondes en vertu d'une licence statutaire, i.e., prévue par la loi. Lorsque l'auteur d'une pièce musicale en a permis l'enregistrement et que des copies ont été confectionnées, il ne peut plus refuser qu'elle soit diffusée à la radio. La loi fait une distinction entre la radio traditionnelle et celle dite par abonnement, et prévoit des règles spéciales pour cette dernière. Elle distingue aussi, au niveau de la radio par abonnement, entre les services dits interactifs, et ceux qui ne le sont pas. Pour les services dits non interactifs, ce qui vise le cas de XM, la loi impose une série de règles à respecter pour éviter que les auditeurs puissent facilement enregistrer tout ce qu'ils veulent. Voici quelques exemples: les diffuseurs de ce type de service ne peuvent publier d'avance une liste détaillée des pièces qui seront diffusées dans une émission; ils ne peuvent faire jouer plus d'un certain nombre des chansons du même artiste ou du même album à l'intérieur d'une période de trois heures; et ils ne doivent rien faire

pour encourager les auditeurs à enregistrer les pièces musicales diffusées.¹⁴

La RIAA prétend que XM ne se plie pas à ces conditions, pourtant obligatoires. À son avis XM, en agissant comme elle le fait, se trouve à reproduire illégalement des pièces musicales, ou à en offrir des exemplaires en vente¹⁵ à ses abonnés. Elle viole donc son droit relatif à la multiplication des exemplaires des disques. À ceci, XM répond essentiellement qu'elle a seulement le statut de diffuseur privé, et qu'à ce titre elle a acquitté les droits d'auteur comme n'importe quelle autre station de radio. La RIAA allègue ici aussi violation de l'article 115 de Titre 17, qui ressemble à l'ancien article 19 de la loi canadienne.¹⁶ Cette disposition prévoyait qu'une fois qu'une pièce musicale avait été enregistrée légalement, toute personne pouvait en faire un nouvel enregistrement, en payant les " tantièmes " prévus par la loi. L'article 115 de la loi américaine prévoit une licence obligatoire lorsqu'un enregistrement sonore a été effectué d'une pièce musicale, et que des copies ont été offertes au public, pourvu, évidemment, que les " royalties " soient payées. Selon la RIAA, XM se trouve à effectuer un nouvel enregistrement de disques existants, et les offre au public.¹⁷ Dans la même veine, on allègue violation des articles 106(1) et 112(e) de la loi américaine, qui sont un peu l'équivalent des articles 30.8 et 30.9 de la loi canadienne. Ces dispositions autorisent les stations de radio et de télévision à faire un enregistrement des œuvres qu'elles s'approprient à diffuser, mais ce doit être pour des motifs techniques, comme faire passer l'œuvre d'un support à l'autre, et elles ne peuvent conserver cet enregistrement que pour un temps limité.

Enfin, comme on pouvait s'y attendre, la RIAA allègue que XM viole les dispositions de la loi en ce qui concerne ce qu'on peut appeler les violations indirectes. Il y a ici trois notions en jeu : le " inducement of copyright infringement ", le " contributory copyright infringement ", et le " vicarious copyright infringement ". Les deux premiers concepts se rapprochent de la fameuse notion d'" autorisation " ¹⁸ prévue à la fin de l'article 3(1) de la LDA, prévoyant que seul le titulaire du droit d'auteur peut " autoriser " quelqu'un d'autre à accomplir un des gestes que la loi lui réserve exclusivement. Ils se ressemblent beaucoup, car, comme l'a exprimé la Cour suprême des États-Unis dans l'affaire *Grokster*, " One infringes contributorily by intentionally inducing or encouraging direct infringement ".¹⁹ La différence entre les deux est que dans le cas de l'" inducement ", il suffit de montrer qu'il y a un encouragement au moins tacite à ce que quelqu'un viole la loi. Dans le cas du " contributory infringement ", on insiste sur le fait que la personne fautive sait pertinemment que quelqu'un d'autre viole la loi, et qu'elle fait plus, en lui facilitant la tâche. La RIAA reproche ainsi à XM d'agir de façon à promouvoir une utilisation illégale des appareils qui reçoivent ses émissions. Par exemple, par sa publicité, XM encouragerait ses abonnés à utiliser la fonction " library ", qui permet de réarranger les pièces musicales selon leurs préférences.

Le dernier concept, la " vicarious liability ", a été défini par la Cour suprême de la façon suivante: " One . . . infringes vicariously by profiting from direct infringement while declining to exercise a right to stop or limit it ".²⁰ Ici la RIAA prétend que XM a la capacité de superviser l'utilisation faite de ses appareils par les abonnés, mais elle n'intervient pas pour faire cesser des violations de la loi. XM aurait même la possibilité technique de diffuser ses émissions de façon qu'elles ne puissent être enregistrées. La notion de " vicarious liability " se rapproche, en droit canadien, de celle d'infraction à une étape ultérieure, prévue à l'article 27(2). Trois éléments doivent être prouvés ici. Il faut d'abord qu'il y ait eu un premier acte de contrefaçon. Il faut ensuite qu'une autre personne intervienne, et mette en marché, ou offre en vente un exemplaire de l'œuvre fait illégalement, et il faut prouver que cette seconde personne " savait ou devait savoir " qu'un premier acte de contrefaçon a été accompli. La Cour fédérale d'appel s'est penchée sur cette question dans l'affaire *CCH*,²¹ mais les juges ne se sont pas entendus sur l'interprétation à donner à l'article 27(2).²²

En défense,²³ de façon un peu surprenante, XM n'a pas cherché à répondre point par point aux accusations des compagnies de disques. Elle a prétendu essentiellement être exonérée en vertu de la loi adoptée par le Congrès en 1992 appelée *Audio Home Recording Act*,²⁴ dont les dispositions sont incorporées maintenant aux articles 1001 à 1010 du *Copyright Act*. Mais on note que dans la première partie de son factum, lorsqu'elle décrit ses activités, elle se trouve à admettre qu'elle est visée par l'article 114(d) (2) de la loi. Elle opère un service par abonnements, certes, mais qui n'est pas interactif, de sorte qu'elle n'a qu'à se conformer aux prescriptions de cette disposition: ne pas annoncer sa programmation de façon détaillée à l'avance, ne pas jouer plus de tant de fois des chansons du même interprète pendant une période de trois heures, etc. Dans un tel cas, elle doit payer des droits d'auteur aux créateurs des pièces musicales, ce qu'elle fait et qui lui coûte des millions, mais elle n'a pas à obtenir la permission des compagnies de disques ni leur payer des redevances pour jouer leurs disques en ondes.

L'AHRA est celle qui a servi de modèle au parlement fédéral au Canada quand celui-ci a modifié la LDA en 1997 de façon à ajouter la partie VIII, appelée " Copie pour usage privé ".²⁵ Tant au sud de la frontière qu'ici, ces lois sont venues mettre fin à un conflit qui perdurait depuis presque 10 ans entre les consommateurs, les fabricants d'appareils radio, et les sociétés de perception de droits d'auteur. La loi américaine, surtout, est le fruit d'une entente entre ces parties.²⁶ Le Congrès n'est intervenu qu'à la fin du processus, pour lui donner une forme juridique. Elle est essentiellement à l'effet que sera considéré légal l'enregistrement par le consommateur d'une pièce musicale entendue à la radio, pourvu qu'il ne s'agisse que d'une copie servant à un usage privé. La perte éventuelle de droits d'auteur, par une diminution du

nombre de disques vendus, est compensée par une taxe à payer tant à l'égard des appareils radio que des supports qui servent à l'enregistrement, que ce soit une cassette, un minidisque, ou autre. Il y a un élément dans la loi américaine qu'on ne retrouve pas ici: les fabricants de ces appareils doivent accepter qu'ils soient munis d'un "Serial copy management system", i.e., un mécanisme capable de déterminer si la copie que le consommateur veut faire provient d'une pièce originale ou d'une copie. Le système cherche à empêcher la copie d'une copie.²⁷

Selon XM, les appareils dont se servent ses abonnés sont des "digital audio recording devices" au sens de l'article 1001, car il s'agit bien d'appareils généralement utilisés par les consommateurs, dont la fonction "enregistrement" sert principalement à faire une copie en format numérique d'un enregistrement sonore. À son avis, l'article 1008 devrait suffire à mettre fin immédiatement au litige. C'est qu'il interdit toute poursuite fondée "on the manufacture, importation or distribution of a digital audio recording device (...) or based on the noncommercial use by a consumer of such a device or medium for making digital musical recordings or analog musical recordings". Cela viserait carrément les appareils utilisés par ses abonnés. Ils sont d'un genre généralement utilisés par les consommateurs, et ils ne permettent pas de télécharger de la musique.²⁸

Quoi qu'il en soit, dans son combat contre XM Satellite Radio, la RIAA s'est trouvé un allié redoutable : le Congrès américain. Il y a en effet un projet de loi présentement débattu au Sénat²⁹ qui cherche à donner à la RIAA par voie législative ce qu'elle tente de faire reconnaître par les tribunaux. Ce projet contient deux éléments notables. Il modifie d'abord les critères utilisés pour établir les droits d'auteur à payer par les stations de radio par satellite. Comme au Canada, les tarifs doivent être proposés par un organisme de gestion collective des droits d'auteur, et être approuvés ensuite par un organisme gouvernemental. Au Canada, il s'agit de la Commission du droit d'auteur,³⁰ et aux États-Unis il s'agit d'un Copyright Royalty Judge, comme prévu à l'article 801(b) de Titre 17. Présentement le juge américain doit tenir compte, dans le cas d'entreprises comme XM, des éléments suivants : "technological contribution, capital investment, cost, risk, and the contribution to the opening of new markets for creative expression". Tout cela serait remplacé par la règle du "fair market value". XM craint que cette règle mène à une situation désastreuse comme ce fut le cas en 1999 lorsque le Congrès a dû intervenir *in extremis* pour réduire de moitié les tarifs prévus pour la télévision par satellite, qui faisait face à une faillite imminente.³¹

D'autre part, des dispositions du projet de loi modifieraient l'article 114(d)(2) de Titre 17 concernant les restrictions applicables aux stations de radio payante. En plus des restrictions que nous avons mentionnées, il est prévu que la "transmitting entity", en l'occurrence XM, "takes no affirmative steps to authorize, enable,

cause or induce the making of a copy or phonorecord by or for the transmission recipient".³² En d'autres termes, elle ne doit rien faire qui de quelque façon faciliterait la tâche de ses abonnés qui veulent enregistrer une pièce musicale. Et il y a plus: l'entreprise de diffusion doit utiliser la technologie disponible pour empêcher l'enregistrement des pièces musicales diffusées, à moins que ce qui est fait par l'auditeur se qualifie à titre de "reasonable recording".³³ Par ce terme, on vise l'utilisation d'appareils qui permettent l'enregistrement d'une émission précise, ou d'un canal en particulier, pendant une certaine période de temps, mais qui "do not permit automated recording or playback based on specific sound recordings, albums, or artists", et "do not permit the separation of component segments of the copyrighted material contained in the transmission program which results in the playback of a manipulated sequence".³⁴ En somme, le projet de loi cible les caractéristiques nouvelles des Inno et Helix qui les rendent plus polyvalents, et en interdit l'utilisation. Pour rendre ces appareils conformes à la loi, il faudrait faire disparaître ces "fonctionnalités".

On peut s'interroger sur les chances de succès du projet de loi. En doctrine, Gary Lutzker³⁵ a calculé qu'entre 1976, date de la dernière révision importante de la loi, et le début des années '90, plus de 400 projets de loi ont été étudiés par le Congrès américain en matière de droit d'auteur, et seulement 3.5% de ces projets ont été adoptés. Mais il reste qu'on peut comprendre que pour une entreprise comme XM, qui est en situation précaire parce que concurrencée par les lecteurs de disques compacts, la radio par Internet, et la grande popularité des baladeurs numériques, dont le iPod d'Apple, cela ne peut être vu que comme une épée de Damoclès.

Une première décision judiciaire

Au niveau judiciaire, une première décision a été rendue en janvier 2007 par la juge Batts, qui préside une cour de district de l'État de New York.³⁶ Il s'agit d'une décision interlocutoire, refusant la demande de XM à l'effet que la plainte soit rejetée immédiatement, au motif que le plaignant ne peut prouver aucun des faits qui sous-tendent ses prétentions. La décision est tout de même fort importante au plan juridique, car elle rejette le moyen de défense principal de XM, à l'effet que la loi AHRA, de par son libellé et son historique législatif, lui donne une immunité complète. La juge Batts a reconnu que le cœur du litige était bien de déterminer si cette loi donne une immunité absolue à XM. Mais elle a jugé que ses dispositions ne lui permettaient pas de conclure ainsi. À son avis, les problèmes juridiques de XM viennent du fait qu'elle fait davantage que ce qui son permis de la Federal Communications Commission (FCC) et sa licence en vertu du *Copyright Act* lui permettent, i.e., agir en tant que radiodiffuseur. En effet, la plainte contre

la compagnie n'est pas à l'effet qu'elle distribuerait (i.e., vendrait ou louerait) des appareils enregistreurs, mais bien qu'elle fait plus, comme on l'a vu, que de permettre aux abonnés d'enregistrer une pièce au moment où elle est diffusée.³⁷

La disposition de la loi AHRA pertinente ici a été incorporée à l'article 1008 du *Copyright Act*. Elle est ainsi formulée :

No action may be brought under this title alleging infringement of copyright based on the manufacture, importation, or distribution of a digital audio recording device ... or based on the noncommercial use by a consumer of such a device. . . .

Comme le fait remarquer la juge Batts, il n'y a pas de précédent en jurisprudence où une même compagnie agit comme station de radio et distributeur d'appareils récepteurs. Mais à son avis, le "plain language" de l'article 1008 ne permet pas de conclusion hâtive à l'effet qu'il suffit qu'un abonné paie une redevance mensuelle pour pouvoir enregistrer tout ce qui est diffusé par XM.³⁸ Comme cela est formulé dans la plainte, la responsabilité de XM ne vient pas de son rôle comme distributeur d'appareils. Pour ce geste, elle est immunisée, comme tout fabricant d'appareils enregistreurs. Mais XM aurait uniquement le droit d'offrir un service de radio numérique par satellite. Elle n'est pas autorisée à fournir les services additionnels dont bénéficient les auditeurs dotés du XM avec MP3, à moins de se plier aux restrictions énoncées à l'article 114, i.e., respecter des limites quant au nombre de chansons du même artiste diffusées pendant une certaine période de temps, etc. XM prétend que les Helix, Inno et bientôt NeXus sont assimilables aux radios traditionnelles munies d'une fente pour recevoir une cassette. Ce n'est pas l'avis de la juge Batts. Car, pour les appareils traditionnels, le contact entre le manufacturier ou vendeur et l'acheteur se limite au moment où la vente a eu lieu. Ce n'est pas le cas en l'occurrence, vu qu'il y a régulièrement interaction entre l'abonné et XM. La juge a constaté aussi que ces nouveaux appareils auront un impact plus grand sur le marché de la vente de disques que ne pouvaient le faire les appareils traditionnels. Leur fonctionnement risque de heurter de front un principe de base en matière de droit d'auteur, savoir que ceux qui tirent un bénéfice financier de l'exploitation d'une œuvre protégée devraient de quelque façon payer une somme d'argent à titre de compensation.³⁹ On voit qu'ici la juge Batts n'a pas considéré seulement le libellé du chapitre 10 de la loi américaine, mais a fait appel aux grands principes qui sous-entendent la philosophie de cette loi.

En somme, XM est immunisée par les termes clairs de l'article 1008 de la loi américaine quand elle vend ou loue les appareils dont se servent ses abonnés, mais pas nécessairement quant à ses agissements à titre de station de radio, lorsqu'elle donne accès à ses clients à des fichiers musicaux en format MP3. Et comme le libellé de l'article 1008 est très clair, il ne nécessite pas d'éléments extérieurs pour être interprété, et la juge Batts a donc

refusé de recevoir une preuve fondée sur l'historique de l'adoption de cette mesure en 1992.⁴⁰

Que peut-on penser des chances ultimes de succès de la poursuite intentée par la RIAA? Il est toujours hasardeux de s'aventurer sur ce terrain. Il est possible que, malgré de bons arguments juridiques, la décision rendue par un tribunal ne corresponde pas du tout à ce qu'on avait prédit. Les juges sont évidemment libres d'appuyer leurs décisions sur ce qu'ils veulent bien. Comme on dit souvent, si le sens à donner à un mot ou une expression dans un article d'une loi est X plutôt que Y, c'est ultimement parce que le juge Untel a dit dans telle décision que c'était X, et que sa décision n'a pas encore été renversée par un autre juge. Mais si on va au-delà de ces considérations générales, on peut au moins dire que la décision de la juge Batts va obliger la compagnie XM à revoir sa stratégie. Car toute sa défense était basée sur l'immunité fournie par l'article 1008 de la loi américaine. Sur ce point, nous sommes d'accord avec la juge Batts. L'article 1008 accorde une immunité aux fabricants et vendeurs d'appareils enregistreurs, et aux utilisateurs qui s'en servent chacun dans leur foyer. XM devra montrer que l'interaction qu'elle a avec ses clients, de par les diverses fonctions de ses appareils, ne va pas à l'encontre de ce qui est prévu à l'article 114 de Titre 17, notamment qu'elle ne se trouve pas à vendre indirectement des enregistrements musicaux à ses auditeurs.

Sur cette question, à notre avis, le fait d'envoyer une alerte à un auditeur pour lui faire savoir que telle pièce va être diffusée respecte le libellé de l'article 114. Ce qui nous semble le plus problématique est la possibilité pour l'abonné d'enregistrer plusieurs heures de programmation, puis, avec l'information fournie par XM, faire disparaître rapidement ce qui ne l'intéresse pas, pour se retrouver avec tout un bloc de chansons de son artiste préféré. Sur ce point, on peut au moins dire que XM se trouve bien près de faire indirectement ce que la loi cherche à l'empêcher de faire. On a vu dans la décision de la juge Batts qu'elle était favorable à l'approche selon laquelle les créateurs d'œuvres originales doivent recevoir compensation de quelque façon pour leur travail. Elle ne voit pas d'un bon œil la possibilité que, par un tour de passe-passe, les consommateurs se retrouvent à détenir des centaines de pièces musicales sans avoir acquitté d'autres droits qu'un maigre abonnement mensuel de \$12!

Au Canada

Au Canada, la problématique qui nous intéresse peut s'analyser un peu plus facilement qu'aux États-Unis, étant donné qu'il n'y a pas de dispositions dans notre loi imposant des exigences spécifiques aux stations de radio par satellite, selon qu'elles fonctionneraient selon un modèle dit interactif ou non. Mais elle recèle tout de même sa part de difficultés. Nous allons l'analyser d'abord sous l'angle du public abonné à la radio par

satellite, notamment parce que nous avons au Canada des dispositions légales concernant le droit des auteurs de se faire une copie privée d'une pièce musicale entendue à la radio.⁴¹ Nous examinerons ensuite le statut juridique des entreprises de radio par satellite pour voir si elles devraient payer des droits d'auteur en plus de ceux qu'elles acquittent présentement.

La partie VIII de la loi canadienne a été adoptée en 1997, mais est entrée en vigueur seulement en 1999. Elle est venue clarifier la situation juridique des mélomanes qui enregistraient une pièce musicale au moment où elle était jouée à la radio. Elle est à l'effet que cette pratique est désormais légale, pourvu que le consommateur ne fasse qu'une copie "pour usage privé" et sur un "support audio",⁴² cette expression était définie comme "Tout support audio habituellement utilisé par les consommateurs pour reproduire des enregistrements sonores. . .". Pour compenser la perte de ventes de disques, la Commission du droit d'auteur a reçu le mandat d'établir un tarif payable par tout fabricant ou importateur de supports audio vierges, i.e., "Tout support audio sur lequel aucun son n'a encore été fixé. . .".⁴³ La Commission a rendu une première décision en cette matière en 1999.⁴⁴ Les sociétés de gestion ont créé la Société canadienne de perception de la copie privée (SCPCP), qui est responsable de la répartition des sommes perçues aux autres sociétés représentant les compositeurs, auteurs, artistes interprètes, et producteurs d'enregistrement sonores.⁴⁵

Une première question juridique qui se pose concernant la partie VIII de la loi est de savoir si l'exonération prévue n'est applicable que lorsque la Commission du droit d'auteur a homologué un tarif applicable au type de support audio utilisé par le consommateur. C'est une question importante, car comme celle-ci ne s'est pas encore penchée sur les Inno et Helix, il faut se demander si cela signifie que les consommateurs ne peuvent pas profiter de l'exemption prévue par la loi. Il semble que non. Car la formulation des articles 79 et suivants n'est pas à l'effet que la Commission doit d'abord rendre une décision à l'égard de tel type de support audio vierge. Il suffit que le consommateur ne fasse qu'une copie pour lui-même, sur un "support audio généralement utilisé par les consommateurs pour reproduire des enregistrements sonores". Ceci dit, il reste que les positions de la Commission sont importantes, parce qu'elle se prononce sur le sens à donner aux mots "support audio" et "support audio vierge".⁴⁶ Ses positions n'ont pas la portée juridique d'une décision d'un tribunal judiciaire, mais il reste que tant qu'elles ne sont pas contredites par une cour, on doit considérer que c'est l'état du droit. Si donc elle détermine que tel type de support (par exemple un DVD) n'est pas visé par les dispositions de la partie VIII, le consommateur ne sera considéré agir légalement que dans la mesure où l'enregistrement qu'il fait peut être considéré une utilisation équitable au sens des articles 29 et suivants de la loi.

Une autre question consiste justement à déterminer ce que l'on doit entendre par l'expression "support audio généralement utilisé par les consommateurs". Cette expression recèle une difficulté, en ce sens qu'elle pourrait mener à une situation absurde. Il pourrait arriver qu'à chaque fois que la technologie met au point un nouvel appareil pour enregistrer de la musique, on doive dire que les premiers consommateurs qui s'en servent agissent illégalement parce que leur appareil n'est pas encore "généralement utilisé". Mais dans la mesure où des milliers de consommateurs agiraient illégalement et lorsque se seraient écoulées quelques années, par une espèce de magie, tout serait légal parce qu'on devrait considérer qu'à partir de telle date l'appareil est devenu "généralement utilisé" par les consommateurs. La Commission a heureusement évité ce piège, en disant que notre loi cherche à être "technologiquement neutre",⁴⁷ donc capable de s'adapter à des réalités technologiques nouvelles, et qu'il ne faut pas donner d'importance aux pourcentages d'utilisation d'un nouvel appareil. Il faut plutôt avoir une approche qualitative et quantitative, et regarder l'objet apparent d'un support, son utilisation réelle, et le taux d'adoption actuel ou potentiel du support sur le marché.⁴⁸

Pour le consommateur canadien abonné à la radio par satellite, cela signifie que l'utilisation des Inno, Helix et bientôt NeXus semble à première vue légale. En effet, on vient de voir qu'il n'est pas obligatoire que la Commission ait déterminé un tarif pour qu'un appareil soit utilisé conformément à la loi. La loi exige seulement que l'enregistrement se fasse sur un support audio. Il faut bien comprendre ici que la loi ne traite pas de l'appareil lui-même qui est utilisé par le consommateur. Elle vise seulement le type de support utilisé pour enregistrer la musique. À cet égard, il semble que la Commission ne puisse établir de tarif à l'égard des appareils comme les Inno ou Helix, étant donné qu'ils utilisent une mémoire intégrée en permanence. En effet, dans sa décision de décembre 2003, la Commission a cherché à établir une distinction entre les appareils dotés d'une mémoire intégrée en permanence ou non. Elle a voulu imposer un tarif de \$25 pour les appareils comme les iPod, d'Apple, en se fondant sur sa compréhension des termes "support audio" et "support audio vierges". Mais la Cour fédérale d'appel a renversé sa décision sur ce point.⁴⁹ De l'avis du juge Noël, la question à trancher se formulait de la façon suivante: ". . . si une mémoire intégrée en permanence ou une mémoire inamovible, incorporée dans un enregistreur audionumérique (lecteur MP3), conserve son identité de 'support audio' et est assujettie à la redevance prévue à la partie VIII".⁵⁰ À son avis, la loi ne donne pas à la Commission le pouvoir de fixer une redevance sur les mémoires intégrées à des enregistreurs audionumériques. La Commission ne pouvait considérer qu'une mémoire intégrée en permanence à un appareil MP3 est visée par la définition de "support audio", mais qu'elle n'était plus un support audio lorsque intégrée à d'autres

appareils. Selon la Cour fédérale, la Commission a admis qu'une mémoire n'est pas un "support audio" tant et aussi longtemps qu'elle n'est pas intégrée à l'appareil approprié. Dans ce cas, "Il est donc difficile de comprendre comment on peut prétendre qu'une telle mémoire demeure un support une fois qu'elle est intégrée à un appareil".⁵¹

La décision du tribunal se comprend mieux quand on voit que la cour a étudié l'historique de l'adoption de la partie VIII de la loi, et y a vu que le parlement fédéral estimait que les bandes sonores vierges étaient la cause du préjudice subi par les titulaires de droits d'auteur. C'est pourquoi il a choisi de limiter la redevance aux supports vierges. Il n'y a pas de redevances à payer par les fabricants d'enregistreurs.⁵² De l'avis du juge Noël, "Un enregistreur audionumérique n'est pas un support".⁵³ La Commission ne peut donc pas considérer qu'il lui est loisible d'homologuer une redevance sur la mémoire intégrée à un enregistreur audionumérique. D'ailleurs, l'article 82 de la loi impose une redevance aux fabricants et aux importateurs de "supports audio vierges", mais uniquement lorsqu'il y a vente ou toute autre forme d'aliénation de tels supports.⁵⁴ Ainsi, lorsqu'un Inno est vendu, il n'y a légalement que vente d'un appareil, pas de vente de support audio vierge, et donc pas de redevance à acquitter. Comme le conclut le juge Noël sur cette question, "C'est au législateur fédéral qu'il appartient de décider si les enregistreurs audionumériques comme les lecteurs MP3 doivent faire partie de la catégorie d'articles assujettis à une redevance en vertu de la partie VIII".⁵⁵

La situation au Canada au lendemain de la décision de la Cour fédérale semble être la suivante. D'abord, contrairement aux États-Unis, les fabricants d'appareils enregistreurs n'ont pas à payer de redevances. Cela est bien clair. Seuls sont obligés les fabricants ou importateurs de "supports audio vierges". Comme la cour nous a appris que les appareils avec mémoire intégrée en permanence ne contiennent pas de "support audio vierge", il n'y a pas de redevance à payer à leur égard. Reste la situation du consommateur abonné à XM. Si on considère qu'en enregistrant une pièce entendue à la radio il le fait sur un "support audio", et pour son seul usage, il est exonéré par l'article 80 de la loi. Si on doit comprendre de la décision de la Cour fédérale que les appareils comme Inno ne contiennent aucun "support audio vierge", alors il faut se rabattre sur les dispositions relatives à l'utilisation équitable pour que son geste soit jugé légal.

Qu'en est-il enfin des entreprises comme XM Satellite Radio qui diffusent sur des canaux spécialisés de la musique de genres divers, vingt-quatre heures par jour? Elles détiennent évidemment un permis du Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes (CRTC), à titre d'entreprise de radiodiffusion, et acquittent le tarif 1.A adopté par la Commission du droit d'auteur, visant les stations de radio commerciales. Ce tarif leur permet de "communiquer au public, par télé-

communication, une œuvre", en l'occurrence musicale, donc de faire ce qui est prévu à l'article 3(1)(f) de la loi. Toute la question devient donc de savoir si XM ou Sirius, par l'interaction qu'elles ont avec leurs abonnés, se trouvent à faire plus que ce qui est prévu à l'article 3(1)(f). Est-ce qu'elles violent un des autres droits exclusifs prévus à l'article 3(1)? Peut-on dire qu'elles "reproduisent" les œuvres musicales? Qu'elles les "exécutent en public"? Qu'elles les "publient"?

Une première chose qu'on puisse dire, c'est que ces entreprises peuvent tirer d'avantage de l'article 2.3 de la loi. Cette disposition, qui date de 1997, fait partie d'un ensemble d'autres qui ont clarifié la situation juridique des compagnies de télévision par câble qui, comme on le sait, captent à leur antenne réceptrice les signaux des stations de radio et télévision qui diffusent dans la même région, et les acheminent par câble co-axial à leurs abonnés. Ces entreprises se trouvent à communiquer au public les œuvres par télécommunication, et l'article 31 de la loi précise ce à quoi elles sont tenues. L'article 2.3 a été adopté pour leur éviter des poursuites au motif que lorsqu'elles retransmettent des signaux à leurs abonnés, elles se trouvent, en plus de faire ce qui est prévu à 3(1)(f) de la loi, à exécuter les œuvres en public, ou les représenter en public. Le but de l'article 2.3 est clair : quand on fait ce qui est prévu à 3(1)(f), on ne fait légalement que cela. Ainsi donc, comme XM ou Sirius détiennent un permis pour accomplir ce qui est prévu à 3(1)(f), on ne peut les accuser d'exécuter ou représenter en public les œuvres.

Reste la question délicate de la reproduction, car cette notion n'est pas visée à l'article 2.3. Il est certain que lorsqu'une œuvre est diffusée à la radio ou à la télévision, elle n'est pas "reproduite" de ce seul fait au sens de la loi. Car le terme reproduire signifie la confection d'un nouvel exemplaire d'une œuvre. Dans la situation qui nous intéresse, c'est l'auditeur de la station XM qui, par son comportement, se trouve à en faire une reproduction. Le moyen de défense ici de XM consistera à dire qu'elle se contente strictement de diffuser par ondes hertziennes des pièces musicales. Ou, lorsqu'elle fait une copie d'une œuvre, c'est dans les cas spécifiques prévus à l'article 30.9, par exemple pour transférer l'œuvre sur un autre support, plus approprié pour sa diffusion ultérieure. Il sera important de montrer, en cas de litige, qu'elle n'expédie pas à la demande des auditeurs, de copier des pièces musicales, ce qui nous semble être effectivement le cas. En effet, envoyer une alerte à l'abonné à l'effet qu'une de ses pièces préférées va être diffusée ne nous semble pas poser de difficultés. De même, c'est l'abonné qui décide, avec son appareil, d'enregistrer plusieurs heures de programmation. XM ne fait ensuite que lui fournir de l'information sur ce qui a été diffusé pour qu'il puisse élaguer tout ce qui ne l'intéresse pas.

Enfin, il faut se pencher sur l'épineuse question de l'autorisation. L'article 3(1) de la loi prévoit, à la fin, que le détenteur du droit d'auteur sur une œuvre a "le droit

exclusif d'autoriser ces actes". Il faut donc voir si on peut avancer que XM, par l'interaction qu'elle a avec ses abonnés, se trouve à les autoriser à enregistrer des œuvres. Quand on regarde le dernier prononcé de la Cour suprême sur cette notion,⁵⁶ on peut avancer qu'effectivement, XM se trouve à autoriser ses clients à enregistrer les œuvres musicales. Il est maintenant bien établi que le seul fait de fournir à quelqu'un un appareil qui peut éventuellement être utilisé de façon illégale n'est pas considéré constituer une autorisation au sens de la LDA. Il faut davantage. Comme le dit la juge en chef McLachlin, autoriser signifie "sanctionner, appuyer ou soutenir", ou "permettre, favoriser, encourager".⁵⁷ Il est logique de penser que le comportement de XM correspond à cela. La notion d'autorisation constituerait-elle donc la pierre d'achoppement pour XM? Pas nécessairement. Tout dépendra de la réponse à la question de savoir si les abonnés de XM agissent légalement lorsqu'ils enregistrent des pièces musicales sur leur appareil. Si on estime que c'est le cas, parce qu'ils sont visés par l'exonération prévue aux articles 79 et suivants, ou par la notion d'utilisation équitable, il ne servira à rien de se demander si XM les autorise à agir légalement! La notion d'autorisation devient importante lorsque la personne

qui enregistre une œuvre le fait illégalement. Dans le même scénario, ne sera pas pertinente la notion d'infraction à une étape ultérieure, prévue à l'article 27(2). Car les éléments constitutifs de cette infraction sont à l'effet qu'une première violation de la loi est commise, qu'une deuxième personne intervient, qui "sait ou devrait savoir" qu'un acte de contrefaçon a été commis, et qui néanmoins vend, loue, ou met en circulation des exemplaires contrefaits d'une œuvre. Dans le cas qui nous intéresse, on ne peut pas dire avec certitude qu'il y a eu une première violation de la loi. Et, de toute façon, XM n'intervient pas après que ses clients aient enregistré des pièces musicales pour tenter de les vendre à d'autres ou les remettre en circulation, selon les termes de la loi.

On voit donc que le statut juridique de XM au Canada apparaît être plus favorable qu'aux États-Unis. Mais il reste que seule une décision des tribunaux nous permettrait de savoir exactement comment les activités des radios payantes par satellite s'imbriquent dans la LDA. Et, à ce sujet, tenter de prédire ce que serait une telle décision relève de la pure conjecture. Nous ne nous aventurerons pas sur ce terrain de mines.

Notes:

¹ La poursuite intentée contre Sirius Satellite Radio a été abandonnée quand cette compagnie a accepté de rendre plus difficile pour ses abonnés l'enregistrement de chansons sur leur appareil récepteur, appelé S50. Cf. *PC World*, "Record Labels Sue XM radio, Claiming Copyright Infringement" éd. du 17 mai 2006, disponible à: <http://www.pcworld.com/printable/article/id,125749/printable.html>. La compagnie a environ 6 millions d'abonnés.

² *Ibid.* La radio par satellite est apparue aux États-Unis en 2001, et compterait aujourd'hui 13,6 millions d'abonnés, soit environ 10% des foyers. Comparez «Les radios par satellite XM et Sirius font la paix» *La Presse* (21 février 2007), en ligne : <http://www.cyberpresse.ca/section/CPARCHIVES.html>.

³ Au Canada, il s'agit de la *Loi sur le droit d'auteur*, L.R.C. 1985, ch. C-42 [LDA]. Aux États-Unis, la loi appelée *Copyright Act* est contenue dans le titre 17 du U.S. Code [Titre 17 ou *Copyright Act*].

⁴ Elle pourrait tout aussi bien se poser au Canada, car tant XM que Sirius ont une "version canadienne" qui détient un permis du CRTC. La compagnie Sirius compte maintenant 300,000 abonnés. (Radio-Canada en est propriétaire à 40%, Standard Broadcasting aussi à 40%, et le reste est détenu par la compagnie américaine Sirius Satellite.) Elle diffuse sur 110 canaux, dont 65 sont consacrés exclusivement à la musique. Sa rivale, XM, ne veut pas dévoiler publiquement son nombre d'abonnés, mais admet que depuis novembre 2006 elle compte 100,000 abonnés de plus. Voir journal *La Presse*, 18 février 2007, p. 4 du cahier "Arts et spectacles". On ne voit donc pas pourquoi les mêmes appareils utilisés au sud de la frontière par les consommateurs ne le seraient pas ici aussi, soulevant les mêmes questions juridiques.

⁵ Le litige est devant la "U.S. District Court for the Southern District of New York". L'action porte le no. de dossier 06-cv-3733. La demande des compagnies de disques pour obtenir une injonction et des dommages-intérêts se trouve à: http://www.elf.org/IP/digitalradio/XM_complaint.pdf. Elle est datée du 16 mai 2006. D'autre part, les journaux nord-américains ont annoncé le 20 février 2007 que XM et Sirius ont annoncé leur intention de fusionner, pour mettre fin à une ruineuse guerre pour attirer les stars et les abonnés. XM n'aurait jamais fait de profit depuis son lancement. Comparez «XM Radio réduit sa perte» *La Presse* (27 février 2007), en ligne : <http://www.cyberpresse.ca> <<http://www.cyberpresse.ca/section/CPARCHIVES>>.

⁶ Les renseignements que nous fournissons ici peuvent se retrouver dans deux documents. On peut consulter le témoignage du président de l'entreprise, M. Gary Parsons, rendu le 26 avril 2006 devant le comité

judiciaire du Sénat américain, <http://judiciary.senate.gov/testimony.cfm?id=1853&twit_id=5268>. Le texte est disponible sur Internet à partir du site du Sénat américain. Il y a aussi le factum de l'entreprise à l'encontre de la poursuite dont elle est l'objet, 2006 WL 2429415.

⁷ On devine que c'était pour éviter de tomber dans la même controverse qui a été déclenchée par l'arrivée sur le marché de l'appareil appelé Rio, qui pouvait interagir avec un ordinateur, en ce sens qu'il était possible de transférer des fichiers musicaux d'un ordinateur à cet appareil. En jurisprudence, voir *Recording Industry Association of America c. Diamond Multimedia Systems*, 180 F. 3d 1072 (1999). Une cour d'appel a jugé leur utilisation légale, en scrutant le sens des mots "digital audio recording device" dans la loi. Mais la décision a eu peu d'impact en pratique, car l'appareil a été vite supplanté par d'autres dans la faveur des consommateurs.

⁸ Voir *supra* note 6, aux paras. 30 à 40 du factum des plaignantes.

⁹ Voir *supra* note 6. Elles agissent par l'entremise de la Recording Industry Association of America (RIAA).

¹⁰ On peut penser à la notion d'utilisation équitable (art. 29 et s. de la LDA, et, au sud de la frontière, à celle de "fair use", à l'article 107).

¹¹ On peut parler alors de licences obligatoires, en ce sens que c'est la loi qui permet à certains utilisateurs de faire des choses normalement réservées au détenteur du droit d'auteur. Au Canada le cas le plus patent est peut-être celui des compagnies de câble, qui sont exemptées du paiement de droits d'auteur lorsqu'elles retransmettent le signal de stations de radio ou de télévision, sauf dans le cas de signaux dits éloignés, i.e., ceux provenant des États-Unis.

¹² Voir les arrêts classiques *Herbert v. Shanley*, 242 U.S. 591 (1917) et *Buck v. Jewell-Lasalle Realty Inc.*, 283 U.S. 191 (1931).

¹³ Les pièces musicales sont protégées aux États-Unis depuis 1831. Mais celles qui ont été enregistrées sur un support tel un disque font l'objet d'une protection indépendante seulement depuis 1971. C'est ce qu'on trouve présentement à l'article 114 de Titre 17. Mais, là encore, la protection de la loi ne concerne pas le "right of performance" du disque. Elle interdit seulement qu'on multiplie les exemplaires du disque. On voit donc qu'il reste encore quelque chose de la "first sale doctrine", qui cherchait à éviter que les compagnies réclament des droits d'auteur sur leur enregistrement lorsqu'un disque est acheté par un consommateur. Une fois qu'un disque a été acheté légalement, on peut le faire jouer partout, sans avoir à payer un droit d'auteur relatif spécifiquement au

- disque. Voir l'article 109 de la loi à ce sujet, et, en doctrine, voir Gary L. Lutzker, « DATS All Folks: *Cahn v. Sony and the Audio Home Recording Act of 1991* — Merrie Melodies or Looney Tunes? » (1992) 11 *Cardozo Arts & Ent. L. J.* 145 à la p. 163, et J. L. Mckuin, « Home Audio Taping of Copyrighted Works and the *Audio Home Recording Act of 1992: A Critical Analysis* » (1994) 16 *Hastings Comm/Ent. L.J.* 311 à la p. 318–20.
- ¹⁴ Voir *supra* note 3, art. 114(d)(2)(B)(ii), (C)(ii), et (vi). Les services dits interactifs sont ceux où le consommateur peut contacter la station pour commander une pièce spécifique. On devine qu'il y a des tarifs prévus pour ces cas de chansons vendues à la pièce.
- ¹⁵ *Supra* note 5 au para. 23 de la déclaration: "The statute makes clear that this limited performance license does not include the right to reproduce or distribute the sound recording". En ce faisant, XM violerait le paragraphe 3 de l'article 106, concernant le droit de "distribute copies or phonorecords of the copyrighted work to the public by sale or other transfer of ownership".
- ¹⁶ On peut en consulter le texte dans la version qu'il avait dans les statuts refondus de L.R.C. 1970, ch. C-30. La *Loi sur le droit d'auteur* était alors le chapitre C-30.
- ¹⁷ *Supra* note 5 aux paras. 49 à 56.
- ¹⁸ Ce concept est maintenant plus clair depuis que la Cour suprême l'a étudié dans l'affaire *CCH c. Barreau du Haut-Canada*, [2004] 1 R.C.S. 339 [CCH]. Voir les propos de la juge en chef McLachlin aux paras. 38 et suivants. La question était de savoir si le Barreau ontarien, qui gère la bibliothèque de l'Université York, se trouvait à "autoriser" les usagers de la bibliothèque à agir possiblement de façon illégale du fait qu'elle met à leur disposition des appareils à photocopier.
- ¹⁹ *Metro-Goldwyn-Mayer Studios Inc. c. Grokster Ltd.* 125 S. Ct. 2764 à la p. 2776 (2005) [Grokster].
- ²⁰ *Ibid.*
- ²¹ *CCH*, *supra* note 18.
- ²² (2002) 4 C.F. 213. Les propos du juge Linden se trouvent aux paragraphes 115 et suivants, ceux du juge Rothstein aux paragraphes 268 et suivants. La Cour suprême ne s'est pas prononcée sur ce point, car à son avis le Barreau du Haut-Canada n'avait pas commis de violation de la loi. On ne pouvait donc parler alors d'une possibilité d'infraction à une étape ultérieure.
- ²³ *Atlantic Recording Corp. v. XM Satellite Radio, Inc.* a 2006 WL 3089833.
- ²⁴ *Audio Home Recording Act*, 17 U.S.C. § 101 (1992) [AHRA].
- ²⁵ *Loi modifiant la loi sur le droit d'auteur*, L.C. 1997, c. 24, art. 79.
- ²⁶ L'entente a finalement été conclue pour mettre fin à un recours collectif intenté en 1990. Voir G.L. Lutzker, *supra* note 13 à la p. 163 et s.
- ²⁷ En fait, la situation est un peu plus complexe. La loi vise tant les enregistrements faits en mode analogique qu'en mode numérique. Mais elle n'empêche pas un consommateur d'acheter un disque, puis d'en faire plusieurs copies avec son appareil radio muni de deux fentes, l'une où on place le disque original, l'autre où il y a le support sur lequel on veut transférer l'enregistrement. Le système de contrôle mis en place fait en sorte que dans tout enregistrement d'un disque "original", il y a un mécanisme qui permet à l'appareil de reconnaître qu'il s'agit bien d'un original. Ainsi, si le consommateur veut faire une copie d'une pièce à partir d'un enregistrement qui a été fait sur un support vierge, l'appareil ne fonctionnera pas car il n'y aura pas ce que certains appellent un "flag" ou une "digital watermark". Voir à ce sujet B. Gaffney, « Copyright Statutes that Regulate Technology: a Comparative Analysis of the *Audio Home Recording Act* and the *Digital Millennium Copyright Act* » (2000) 75 *Wash. L. Rev.* 611 à la section III: Copyright Legislation Regulating Technology.
- ²⁸ Voir *supra* note 6, dans le factum de XM à la section D: "The Inno does not download songs". Dans le même sens, voir *supra* note 19.
- ²⁹ Voir 110th Congress, 1st Session, bill S. 256, du 11 janvier 2007. Le projet est connu sous le nom de "PERFORM Act", pour: "Platform Equality and Remedies for Rights Holders in Music Act of 2007" [PERFORM Act]. En 2006, le projet de loi portait le numéro 2644 devant le Sénat, et le numéro 5361 devant la Chambre des Représentants.
- ³⁰ Art. 67.1 de la LDA prévoit que les sociétés de gestion collective doivent déposer auprès de la Commission un projet de tarif. Celle-ci l'étudie (art. 68(1)), y apporte les modifications qu'elle juge nécessaires, et l'homologue selon ce qui est prévu à 68(3) [Commission].
- ³¹ Voir le témoignage de Gary M. Parsons devant le comité judiciaire du Sénat, *supra* note 6.
- ³² Voir art. 2(c)(1)(C) du PERFORM Act.
- ³³ *Ibid.*
- ³⁴ Voir art. 2 (d)(2) du PERFORM Act.
- ³⁵ *Supra* note 13 à la p. 151.
- ³⁶ *Atlantic Recording Corp. v. XM Satellite Radio, Inc.* 81 U.S.P.Q. 2d 1407, 35 *Media L. Rep.* 1161, Slip Copy WL 136186 (S.D.N.Y. 2007) [cited to WL].
- ³⁷ *Ibid.* à la p. 8.
- ³⁸ *Ibid.* à la p. 6. Elle s'exprime en ces termes: "The protected use of a consumer to record music for non-commercial use does not contemplate the commercial recording by a broadcaster to be 'leased' to the consumer for only as long as she pays the subscription fee to that broadcaster".
- ³⁹ *Ibid.* à la p. 7.
- ⁴⁰ *Ibid.* à la p. 8.
- ⁴¹ Arts. 79 et s. de la LDA.
- ⁴² Arts. 79-80 de la LDA.
- ⁴³ Art. 79 *in fine*.
- ⁴⁴ *Comparez* (2000) 4 C.P.R. (4th) 417.
- ⁴⁵ Voir D. Gervais et E.F. Judge, *Le droit de la propriété intellectuelle*, Toronto, Carswell, 2006 à la p. 122. Ce sont les auteurs qui consacrent les développements les plus complets sur cette partie de la loi canadienne. Pour les autres, voir S. Handa, *Copyright Law in Canada*, Markham, Butterworths, 2002 à la p. 285, et D. Vaver, *Copyright Law*, Toronto, Irwin Law, 2000 aux pp. 223–26.
- ⁴⁶ Sa dernière décision, "Private Copying 2003-2004, Tariff of Levies to be Collected by CPCC, Re", se trouve à (2004) 28 C.P.R. (4th) 417. En français "Re Copie privée 2003-2004" (12 décembre 2003), CDCC Décision, en ligne CDCC : <<http://www.cb-cda.gc.ca/decisions/c12122003-b.pdf>>.
- ⁴⁷ C'était là un des objectifs des modifications apportées à la LDA dans les réformes qui ont eu lieu dans les années '90. On en voit une illustration à l'article 3 qui interdit la reproduction non autorisée d'une œuvre "sous une forme matérielle quelconque".
- ⁴⁸ Voir *supra* note 45, dans la section III de la décision, appelé "Définition de support audio", la section A: "Interprétation juridique".
- ⁴⁹ *Société canadienne de perception de la copie privée v. Canadian Storage Media Alliance* (2004), 2004 FCA 424, 247 D.L.R. (4th) 193.
- ⁵⁰ *Ibid.* au para. 133 de ses motifs.
- ⁵¹ *Ibid.* au para. 155.
- ⁵² *Ibid.* au para. 158.
- ⁵³ *Ibid.* au para. 160.
- ⁵⁴ *Ibid.* au para. 161.
- ⁵⁵ *Ibid.* au para. 164. La Commission du droit d'auteur ne semble pas l'entendre de cette façon, car elle vient de publier le 10 février 2007 un projet de tarif concernant les redevances à percevoir sur la vente, au Canada, de supports audio vierges pour les années 2008-9, où elle prévoit (à l'article 3(e)) une redevance pour les "enregistreurs audionumériques" de \$5 pour les appareils d'au plus 1Go de mémoire, de \$25 par enregistreur de plus de 1Go et d'au plus de 10Go de mémoire, et ainsi de suite jusqu'à \$75 par enregistreur de plus de 30Go de mémoire. On peut se demander si les avocats de la Commission ont bien lu les motifs de la cour fédérale, décision dont la demande d'appel en cour suprême a été rejetée: [2005] S.C.C.A. no. 70 (QL).
- ⁵⁶ *CCH*, *supra* note 18.
- ⁵⁷ *Ibid.* au para. 38.