

Les consommateurs et les clubs vidéo ont-ils le droit de modifier les films à leur guise?

René Pepin †

Un débat a cours actuellement aux États-Unis en matière de droits d'auteur et mérite d'être suivi de près. Il soulève en effet des questions juridiques importantes qui trouveront sûrement écho ici puisque la problématique se posera de la même façon au Canada. Il s'agit d'entreprises¹ qui ont décidé d'expurger des films produits par les grands studios de cinéma tout ce qui fait qu'ils n'ont pas reçu des organismes de classification la cote « pour tous ». Elles suppriment donc les scènes de grande violence, celles de nudité et le langage ordurier. Ces modifications sont surtout faites par des compagnies qui exploitent des chaînes de clubs vidéo et qui peuvent ainsi offrir les films à un public plus large. Ces compagnies disent satisfaire la demande d'une partie importante de leur clientèle qui désire visionner des films en famille, sans risque d'éprouver de la gêne ou de l'embarras.

On devine que les studios de cinéma regardent d'un très mauvais oeil cette pratique. À leur avis, il s'agit de modifications illégales de leurs oeuvres, contraires à la Loi sur le droit d'auteur.² Les cinéastes, pour leur part, sont carrément furieux.³ Selon leur porte-parole, la Directors Guild of America (DGA), il s'agit ni plus ni moins que du viol de l'intégrité artistique de leurs créations! C'est pourquoi les tribunaux ont été saisis de l'affaire.⁴ Les parties demandereses réclament un jugement déclaratoire visant à faire déclarer illégale la conduite des clubs vidéo, et à obtenir une injonction. La compagnie Clean Flicks a, pour sa part, décidé en août 2002 de prendre l'initiative.⁵ Dans une demande reconventionnelle, elle s'est présentée devant une cour de juridiction fédérale pour réclamer un jugement déclaratoire visant à confirmer que ses propres agissements n'enfreignent pas la *Loi sur le droit d'auteur* et sont protégés par la notion de liberté d'expression, enchâssée dans le premier amendement de la Constitution américaine.

Dans un premier temps, nous voulons étudier le litige en cours. Même si aucune décision sur le fond n'est susceptible d'être rendue à court terme, nous pouvons scruter les prétentions des parties et voir l'état du droit aux États-Unis sur ce sujet. Nous examinerons ensuite comment cette problématique serait traitée au Canada.

Et c'est ici que la question soulevée dans le litige revêt tout son intérêt, car elle met en jeu des notions fondamentales en matière de droit d'auteur. On devra ainsi se demander si le fait pour une personne ou une entreprise de retrancher des séquences représentant quelques minutes d'un film porte atteinte au droit moral du créateur, notamment au droit à l'intégrité de son oeuvre.⁶ Ce fait constitue-t-il une reproduction illégale de l'oeuvre?⁷ Porte-t-il atteinte au droit des studios de cinéma de transformer ou d'adapter l'oeuvre?⁸ Si en réponse à une ou l'autre de ces questions on juge qu'il y a eu violation de la loi, cette personne ou entreprise est-elle exonérée de toute responsabilité par la notion d'utilisation équitable?⁹

Le litige aux États-Unis

Les mémoires des parties ne sont pas tous accessibles sur Internet,¹⁰ mais à partir de ce qui est disponible, on peut résumer les arguments en jeu de la façon suivante.

On doit d'abord dire que le public consommateur de films a deux manières d'accéder à une version modifiée d'un film. La première et la plus répandue consiste dans les clubs vidéo et les entreprises ayant un site Internet¹¹ qui offrent en vente ou en location des films dont des passages du ruban VHS ont été coupés. Certains de ces clubs ou entreprises exigent du consommateur qu'il se procure la copie intégrale du film avant de lui fournir une copie expurgée; d'autres vendeurs ou locuteurs conservent une copie intacte pour chaque copie modifiée vendue. La seconde manière consiste dans les logiciels qui permettent aux consommateurs dotés d'un ordinateur d'effectuer eux-mêmes les coupures désirées dans un film fourni en format DVD.¹² Les compagnies qui vendent ces logiciels forment un autre joueur important ici.

Les studios de cinéma et les cinéastes s'en prennent tant aux clubs vidéo qu'aux fournisseurs de logiciels. Même si cela peut sembler surprenant à première vue, ils s'appuient davantage sur la loi américaine sur les marques de commerce et sur la notion de concurrence

†Professeur à la Faculté de droit, Université de Sherbrooke.

déloyale que sur la protection des droits d'auteur.¹³ En matière de droit d'auteur, ils allèguent principalement qu'on porte atteinte à leur droit de faire un « produit dérivé ». Les studios soutiennent avoir le droit, à titre de détenteurs des droits d'auteur, de faire une version adaptée d'un film pour les clubs vidéo, une autre pour le marché de la télévision et ainsi de suite. C'est ce droit qui ne serait pas respecté, tout comme celui à l'intégrité de l'œuvre. En effet, si cette action des clubs vidéo était jugée légale, plus rien ne les empêcherait de faire d'autres coupures plus importantes, pour d'autres motifs. ...

La Electronic Frontier Foundation, un organisme à but non lucratif, a eu la permission de déposer une intervention volontaire dans le litige. Cet organisme soutient que la position des studios est juridiquement intenable car elle va à l'encontre de la "first sale doctrine".¹⁴ Selon cette doctrine, une fois qu'un consommateur s'est procuré un produit, il peut normalement en disposer comme il le veut, avec comme seule limite ce qui est prévu à la *Loi sur le droit d'auteur*. La personne qui achète par exemple un livre peut le lire et le relire autant de fois qu'elle veut, elle peut le prêter à un ou plusieurs amis, et elle peut aussi le détruire. La seule action illégale serait de le reproduire pour chercher à vendre des copies à un prix moindre que celui demandé par la librairie où il est disponible. Appliquée à la présente situation, cette doctrine signifie que la personne (un particulier ou un club vidéo) qui s'est procuré un exemplaire en toute légalité peut ensuite effectuer toutes les modifications désirées. La "first sale doctrine" apparaît indirectement dans la loi américaine en ce sens que l'article 106, qui énumère les droits exclusifs conférés aux auteurs, est limitatif. Cette position a été reprise par la jurisprudence dans l'affaire *Fortnightly* sur la question de l'obligation ou non des compagnies de câble de payer des droits d'auteur: "If a person, without the authorization from the copyright holder, puts a copyrighted work [...] to a use not enumerated in (sec. 106), he does not infringe".¹⁵

La Electronic Frontier Foundation a aussi plaidé que le cas en litige visait des représentations privées d'une œuvre alors que la loi américaine ne protège le droit exclusif de l'auteur qu'aux représentations publiques de son œuvre. En effet, l'article 106 prévoit les droits suivants aux paragraphes 4 et 5, tous deux applicables aux films: "to perform the copyrighted work publicly" et "to display the copyrighted work publicly". Selon l'article 101, qui contient une liste de définitions, l'expression "to display or perform the copyrighted work publicly" signifie le fait de jouer une œuvre dans un endroit où le grand public a accès, ou à tout le moins dans un cadre qui dépasse le cercle familial.¹⁶ Quant aux logiciels en cause, cet organisme fait valoir qu'ils ne changent nullement le contenu d'un film sur support DVD. Ils permettent seulement aux consommateurs de choisir des passages où le son sera inaudible, ou qui défileront à une vitesse accélérée au point de rendre l'image très floue. Un logiciel, seul, n'est pas une « nouvelle version non autorisée » d'un film.

Qu'en est-il de la valeur de ces prétentions? Bien malin celui qui prétendrait avoir réponse aux questions soulevées dans ce litige. Il faut dire qu'il n'y a à toutes fins pratiques pas de jurisprudence portant sur un cas similaire. De plus, les situations factuelles en cause varient beaucoup. Toutes les compagnies offrant des versions expurgées de films ne font pas nécessairement des coupures de la même ampleur. Cela peut aller de quelques secondes pour un film d'une durée typique de une heure trente minutes, à plus d'une vingtaine de minutes. À première vue, la position juridique des studios de cinéma nous paraît solide. En effet, si on permet, pour un motif ou un autre, à des clubs vidéo d'enlever certains passages des films, qu'est-ce qui les empêcherait d'en retrancher davantage, et pour quels autres motifs? À la limite, un film pourrait être modifié radicalement pour ne pas déplaire à tel groupe ethnique qui le trouve « moralement offensant ». On devine, presque d'instinct, que ce qui a été créé par un auteur, son « œuvre », au sens de la loi, ne peut être modifiée par quiconque pour n'importe quelle raison.

Ce qui est plus sûr, c'est qu'en matière de droit d'auteur, tant aux États-Unis qu'au Canada, pour avoir gain de cause, il faut démontrer deux éléments: détenir un droit d'auteur à l'égard d'une œuvre au sens de la loi, et la violation d'un des droits que cette loi accorde. Le premier élément ne présente aucune difficulté pour les studios américains. Même si un film est une sorte d'œuvre créée en collaboration, où acteurs, musiciens, chanteurs et autres artistes peuvent intervenir, les studios prennent soin d'obtenir la cession des droits d'auteur de tous les intervenants afin de pouvoir les exploiter seuls par la suite. Quant au deuxième élément, on peut penser que les arguments les plus susceptibles d'être retenus par les tribunaux touchent à la reproduction illégale d'une œuvre, à la création de produits dérivés, et aux droits moraux.

En effet, lorsqu'un club vidéo prend un exemplaire d'un film et en effectue une copie où des passages sont enlevés, il y a très certainement reproduction d'une œuvre. Or c'est là un des droits exclusifs que la loi accorde aux créateurs. Et ne constitue pas un moyen de défense adéquat, à notre avis, le fait de dire qu'en conservant intacte une copie de chaque film vendu, les studios ne sont pas privés de leurs droits d'auteur. Un fait reste incontournable: il y a eu reproduction d'une œuvre protégée par la loi.

Cet argument relatif à la reproduction illégale ne peut, par contre, être servi aux fournisseurs de logiciels ni aux consommateurs agissant dans l'intimité de leur foyer. En effet, les fournisseurs de logiciels ne manipulent aucune copie de film. Ils se contentent de fournir aux consommateurs l'outil permettant d'effectuer les modifications désirées.¹⁷ Et on ne peut reprocher aux consommateurs de modifier une œuvre qu'ils se sont procurés à des fins personnelles. Comme il a été dit dans l'affaire *Nintendo*, "*Sony (Sony corp. v. Universal City Studios)*

recognizes that a party who distributes a copyrighted work cannot dictate how that work is to be enjoyed".¹⁸

Qu'en est-il maintenant de la valeur de l'argument relatif aux « produits dérivés »? Il nous semble peu convaincant. En effet, si l'article 106 de la loi américaine prévoit que les produits dérivés sont un des droits exclusifs des créateurs, la définition que donne l'article 101 de cette expression exige par contre des modifications suffisamment substantielles à l'oeuvre originale de sorte que le produit dérivé devient une nouvelle oeuvre. Le texte se lit en partie ainsi: "A 'derivative work' is a work based upon a pre-existing work [...] A work consisting of [...] modifications, which, as a whole, represent an original work of authorship, is a 'derivative work'". La jurisprudence abonde dans le même sens. Ainsi, dans la décision *Louis Galoob Toys*,¹⁹ où il s'agissait d'une compagnie accusée d'avoir mis sur le marché une console que les amateurs de jeux Nintendo utilisaient pour augmenter leurs chances de gagner, la cour a jugé que la modification effectuée au jeu original était insuffisante pour porter atteinte au droit de Nintendo de mettre en marché des produits dérivés.

Les cinéastes peuvent-ils se plaindre d'une atteinte à leurs droits moraux? Il est difficile de répondre précisément à cette question. C'est que les droits moraux ne sont reconnus en droit américain que depuis le début des années '90.²⁰ L'article 106a fut ajouté à la loi américaine, mais sans que son énoncé ne reconnaisse autant de droits que l'article 6bis de la *Convention de Berne pour la protection des oeuvres littéraires et artistiques*, qui en a été la source d'inspiration. L'article 106a se contente d'énoncer que l'auteur d'une oeuvre d'art visuel a le droit, notamment, d'empêcher "*any intentional distortion, mutilation, or other modification of that work which would be prejudicial to his or her honor or reputation*". Le législateur a précisé tout de suite après que toute modification, distorsion ou mutilation d'une oeuvre est présumée nuire à l'honneur ou à la réputation de l'artiste créateur. Il y a donc présomption qu'une modification ou mutilation porte atteinte à l'honneur ou à la réputation. Mais la jurisprudence sur ce point est peu abondante et les juges n'ont sanctionné que des cas de mutilations importantes d'oeuvres originales. Dans l'affaire *Carter*,²¹ on a jugé que si une modification ne porte pas atteinte à la bonne réputation du créateur vis-à-vis ses pairs, elle ne contrevient pas à la loi.

De plus, même si un tribunal concluait à la violation d'un droit accordé par la loi américaine, il est possible que le contrevenant serait néanmoins dégagé de toute responsabilité par l'application de la notion de "fair use". En effet, la notion de "fair use", ou d'« utilisation équitable » en droit canadien, permet d'exonérer la personne ou l'entreprise ayant posé un geste réservé au titulaire du droit d'auteur, de la responsabilité qu'elle encourrait normalement parce que le geste ne mérite pas de sanction. Sans faire une étude détaillée de la notion de "fair use",²² disons simplement qu'elle apparaît à

l'article 106 de la loi américaine et qu'il s'agit d'une codification faite en 1976 de ce que la jurisprudence prévoyait alors. Pour déterminer si l'utilisation faite d'une oeuvre peut être qualifiée de "fair use", le juge doit considérer quatre critères dont aucun n'est prépondérant. Il doit les examiner tous et faire un choix essentiellement subjectif. Il doit d'abord considérer le "purpose and character of the use" et rechercher si l'utilisation de l'oeuvre est commerciale notamment. Ce critère commande une réponse affirmative lorsqu'il est appliqué au club vidéo et au contraire négative lorsqu'il est appliqué au consommateur qui apporte lui-même les modifications à un film. Le second critère porte ensuite sur la nature de l'oeuvre en cause. Plus il s'agit d'oeuvres de divertissement, par opposition par exemple à une émission d'affaires publiques, moins l'utilisation a de chance d'être qualifiée de "fair". Ce critère ne joue pas en faveur des clubs vidéo ni des consommateurs. Le troisième, qui consiste à évaluer la portion de l'oeuvre originale utilisée, joue également contre les clubs vidéo et les consommateurs. Comme ils reproduisent la quasi-totalité du film original, ceux-ci pourront difficilement faire valoir le fait qu'une toute petite partie du film soit enlevée. Le dernier critère est celui qui s'avère souvent déterminant en pratique. Il consiste à connaître l'impact de l'utilisation sur le marché potentiel de l'oeuvre originale. La position des clubs vidéo à l'égard de cet élément est très délicate car le « marché » des consommateurs à souhaiter un film expurgé est un marché comme un autre que les studios de cinéma ont le droit de vouloir exploiter. Ces derniers exercent déjà leur droit de faire une copie modifiée d'un film pour l'offrir aux clubs vidéo et une autre version pour la télévision. En vertu de quoi les clubs vidéo peuvent-ils priver les studios de cinémas de leur droit — également exclusif — de faire une autre version d'un film pour un marché qu'ils n'ont pas encore choisi d'exploiter?

Quoi qu'il en soit, il faudra attendre le verdict des tribunaux. Il est très hasardeux de faire des prédictions en ce domaine. Dans la célèbre affaire *Sony*²³ sur la légalité des appareils vidéo, il était légitime de penser que les consommateurs, en enregistrant intégralement leurs émissions favorites, nuisaient à la situation économique des studios de cinéma. Pourtant, la Cour suprême a penché en faveur des consommateurs.

L'état du droit au Canada

Qu'en sera-t-il lorsque les tribunaux canadiens seront confrontés à cette question? Plusieurs des concepts contenus dans les lois américaine et canadienne sur le droit d'auteur sont similaires. Il faut donc se demander ici aussi si la fabrication de cassettes vidéo expurgées constitue une reproduction illégale de l'oeuvre ou si, ce faisant, il y a violation du droit de fabriquer un produit dérivé. Peut-on également parler de violation à une étape

ultérieure, au moment où une personne offre en vente un exemplaire d'une œuvre qu'elle sait avoir été produit illégalement? Et qu'en est-il du droit moral de l'artiste à l'intégrité de son œuvre? Enfin, en tout état de cause, même si l'on conclut à la violation d'une disposition de la loi, les personnes fautives peuvent-elles être exonérées par l'application de la notion d'utilisation équitable?

Commençons par examiner la question du droit moral des cinéastes à l'intégrité de l'œuvre. D'abord il s'agit bien des cinéastes car les droits moraux s'attachent au créateur d'une œuvre et non à celui qui en détient les droits d'auteur. Les droits moraux, beaucoup plus affirmés en droit européen, appartiennent à cette philosophie selon laquelle l'œuvre est une émanation de la personnalité du créateur de sorte qu'il doit toujours subsister un lien entre les deux, même si les droits économiques ont été cédés, comme celui de reproduire l'œuvre.²⁴ Les droits moraux sont apparus timidement dans notre droit en 1931 et le régime qui les gouverne actuellement a été mis en place en 1985.²⁵ L'article 14.1 LDA énumère les droits moraux et est complété par les articles 28.1 et 28.2 qui traitent de leur violation. À première vue, l'article 14.1 paraît favorable aux cinéastes puisqu'il énonce explicitement que l'auteur d'une œuvre a le droit « à l'intégrité de l'œuvre ». Toutefois, la portée de cette disposition est grandement limitée par l'article 28.2 qui exige un lien avec la notion de diffamation, comme en droit américain. Le texte prévoit ceci : « Il n'y a violation du droit à l'intégrité que si l'œuvre est, d'une manière préjudiciable à l'honneur ou à la réputation de l'auteur, déformée, mutilée ou autrement modifiée ». Il y a peu de jurisprudence sur ce point, et, comme le fait remarquer le professeur Handa, on ignore si le critère pour déterminer l'existence du préjudice à la réputation est objectif, subjectif ou une combinaison des deux.²⁶ Nous estimons pour notre part que le critère ne peut être exclusivement subjectif,²⁷ car le fardeau de preuve imposé aux cinéastes serait trop lourd. Il leur faudrait démontrer qu'une personne typique conclurait que les coupures dans un film nuisent à sa bonne réputation dans la société, ou l'exposent à la haine, au ridicule ou au mépris!²⁸ On est même allé jusqu'à juger, dans un cas exceptionnel il est vrai, que la destruction complète d'une œuvre n'avait pas porté atteinte au droit à l'intégrité de l'œuvre!²⁹

On peut maintenant s'interroger sur la question de savoir s'il y a infraction au droit exclusif conféré à l'article 3(1) de la loi canadienne de « produire ou reproduire la totalité ou une partie importante de l'œuvre, sous une forme matérielle quelconque ». La réponse est sûrement affirmative dans le cas du club vidéo qui modifie le contenu d'un film destiné à être offert au public. C'est le cas chaque fois qu'il conserve la copie « originale » dans ses archives ou qu'il exige que le consommateur se procure une version intégrale avant de lui louer la version modifiée. Dans les deux situations, il y a reproduction très substantielle d'un film sur une autre bande vidéo ou sur un disque compact. La juris-

prudence est très claire ici, les mots « produire ou reproduire » signifient la création d'un autre exemplaire d'une œuvre qui sera offert en vente au public. C'est exactement le cas en l'occurrence. Comme l'a écrit Lord Diplock en 1963 dans l'affaire *Day and Hunter*: “[...] to constitute infringement of copyright [...] there must be present two elements: first there must be a sufficient objective similarity between the infringing work and the copyright work, [...] secondly the copyright work must be the source from which the infringing work is derived [...]”.³⁰ Le consommateur, par contre, ne peut être accusé d'effectuer une copie ou reproduction illégale de l'œuvre, puisqu'il a le droit, dans l'intimité de son foyer, de choisir comment il veut avoir accès à l'œuvre.

La position des entreprises qui vendent des logiciels est plus délicate. Il est évident qu'elles n'effectuent pas elles-mêmes les diverses coupures aux films, mais l'article 3(1) *in fine* de la loi canadienne, d'apparence anodin, pourrait avoir un effet très important. Cette disposition, qui prévoit que « Est inclus dans la présente définition le droit exclusif d'autoriser ces actes », pose la question de savoir si, en vendant les logiciels en question, ces entreprises autorisent les consommateurs à « produire ou reproduire » un film. Une réponse affirmative à cette question signifierait que ces entreprises transgresseraient un des droits réservés aux détenteurs légitimes du droit d'auteur sur un film. Mais nous ne croyons pas que tel puisse être le cas, quoique la question ne soit pas sans difficultés. En effet, selon la jurisprudence, la notion d'« autorisation » au sens de cette disposition requiert l'existence d'un lien assez direct entre le fournisseur d'un appareil quelconque et la personne qui l'utilise. Le seul fait de fournir à quelqu'un un dispositif pouvant servir à un acte de contrefaçon ne suffit pas, normalement, pour qu'on puisse parler d'autorisation au sens juridique. Autrement, la mise en marché des photocopieurs aurait été impossible, vu qu'on sait qu'il y aura toujours un certain nombre d'usagers qui vont s'en servir de façon illégale. Autoriser, au sens juridique, signifie « sanctionner, appuyer ou soutenir implicitement ».³¹ La question s'est posée au Canada surtout dans les années '50 avec l'arrivée des juke-box dans les restaurants: les fournisseurs de ces appareils pouvaient-ils être accusés de transgresser la loi lorsque les propriétaires de restaurants les utilisaient sans payer les droits d'auteur prévus par la loi? La réponse des tribunaux fut non.³²

Dans le cas qui nous intéresse, tout dépendra de la façon dont seront perçus les logiciels de modification des films par les tribunaux. Il est possible que plus les logiciels seront destinés exclusivement à faire des coupures dans les films, plus ils percevront le fournisseur de ces logiciels comme « autorisant » les consommateurs à enfreindre la loi. Dans l'affaire *CCH*, la Cour d'appel fédérale a jugé que le Barreau ontarien, responsable de la bibliothèque de la Faculté de droit de l'Université York, violait la loi en mettant à la disposition des usagers des photocopieurs, la preuve ayant démontré que le contexte d'utilisation de ces appareils permettait d'affirmer que le

Barreau encourageait ou du moins tolérait ou « autorisait » les usagers à les utiliser de façon illégale.³³

Les clubs vidéo et les consommateurs enfreignent-ils le droit des studios de cinéma de faire des « produits dérivés »? Nous ne le croyons pas. C'est que ce droit n'est pas mentionné au Canada en des termes aussi englobants qu'aux États-Unis. Un des principes fondamentaux en matière de droit d'auteur est que les auteurs n'ont pas de droits autres que ceux mentionnés dans le texte de la loi.³⁴ Or les droits énumérés à l'article 3(1) sont bien spécifiques. Il s'agit essentiellement du droit de faire passer une oeuvre d'un genre à un autre. Par exemple, les sous-paragraphes (a) à (e) mentionnent le droit de traduire une oeuvre, de monter un film à partir d'une pièce de théâtre ou d'un autre film, etc. L'article 3(1)(f) LDA prévoit le droit de « communiquer au public, par télécommunication, une oeuvre ». La loi canadienne, comme celle des États-Unis, ne prévoit pas un droit général à faire un « *derivative work* ». Comme on l'a mentionné plus haut, on peut avancer que les clubs vidéo se trouvent à reproduire un film en raison de leurs agissements, mais on ne peut dire qu'en plus ils font passer l'oeuvre d'un genre artistique à un autre.

La question de savoir si on est en présence d'une infraction à l'article 27(2) LDA est plus difficile. Cette disposition, dans son premier paragraphe, érige en infraction l'accomplissement de tout acte réservé au détenteur du droit d'auteur, sans son consentement. Le second paragraphe prévoit ce qu'on appelle la « violation à une étape ultérieure ». Ceci vise notamment le propriétaire d'un club vidéo qui vend ou loue des cassettes fournies par un distributeur qui, comme Clean Flicks, lui fournit des copies expurgées de films. L'article 27(2) interdit en effet de vendre, louer ou mettre en circulation des exemplaires d'oeuvres « alors que la personne qui accomplit l'acte sait ou devrait savoir que la production de l'exemplaire constitue une violation de ce droit ». Le sous-paragraphe (b) interdit aussi la « mise en circulation de façon à porter préjudice au titulaire du droit d'auteur ». Cette disposition avantage les studios de cinéma qui détiennent les droits d'auteur sur les films.

La difficulté juridique tient ici au sens et à la portée que doivent recevoir les termes « sait ou devrait savoir ». Le propriétaire d'un club vidéo sait qu'il vend ou loue des exemplaires modifiés, mais on ne peut affirmer avec certitude qu'il sait qu'il écoule des copies contrefaites, car les tribunaux n'ont pas encore statué sur la légalité des agissements des compagnies comme Clean Flicks.³⁵ Il faut alors se demander si le fait d'arguer de sa bonne foi est une défense adéquate face à une accusation en vertu de 27(2) LDA. Cette question délicate a divisé les juges de la Cour fédérale d'appel dans l'affaire *CCH*.³⁶ Le juge Rothstein, qui arrive aux mêmes conclusions que ses deux collègues, fournit les motifs les plus élaborés sur ce point. Il explique que, pour recevoir application, l'article 27(2) requiert la preuve de trois éléments: d'abord la commission d'une première contrefaçon,

ensuite le fait que le présumé auteur de la violation à une étape ultérieure « sait ou devrait savoir » que la copie dont il fait usage est l'oeuvre d'une violation initiale de la loi, et enfin la commission d'une des activités interdites, à savoir la vente, location, distribution, etc.³⁷ Le juge Rothstein conçoit l'élément de connaissance requis de la façon suivante: sous l'empire de l'article 27(2), ne peut constituer une défense valide le fait de croire que ce qu'on a fait est protégé par la notion d'utilisation équitable. Admettre cela permettrait de toujours éviter l'application de l'article 27(2). Le critère consisterait à se demander si la personne soupçonnée de violation à une étape ultérieure croyait honnêtement être exonérée, et si cette croyance est raisonnable. Or, la loi n'est pas rédigée ainsi. La disposition relative à l'utilisation équitable exige que l'on se demande si ce qui a été fait peut être considéré comme étant « équitable ». L'article 27(2) impose de scruter la connaissance des faits que la partie accusée pouvait avoir, et non sa connaissance de la loi ou de la façon dont la loi peut s'appliquer à une situation donnée.³⁸ De plus, la personne qui commet un acte de contrefaçon ne peut se soustraire à une accusation en vertu de l'article 27(2) en plaidant l'absence de consentement.³⁹

Les juges Sharlow et Linden ne se sont pas prononcés aussi catégoriquement. La question à trancher était de savoir si le Barreau ontarien pouvait repousser une accusation fondée sur l'article 27(2) LDA en plaidant la croyance honnête, bien que possiblement erronée, qu'il n'y avait pas eu de première contrefaçon. Le Barreau croyait en effet que les photocopies et télécopies reproduisant des parties importantes de volumes et envoyés aux bureaux d'avocats étaient protégées par la notion d'utilisation équitable. Comme la preuve n'était pas suffisante pour déterminer si la défense d'utilisation équitable pouvait s'appliquer dans tous les cas en litige, les juges ne se sont pas prononcés sur l'élément de la connaissance suffisante en jeu à l'article 27(2). Ils ont pris soin néanmoins de préciser qu'ils ne partageaient pas d'emblée l'analyse de leur collègue le juge Rothstein.⁴⁰

La question reste donc entière. Si on applique la position du juge Rothstein, il est presque impossible pour les clubs vidéo de se défendre sur la base de l'article 27(2) LDA car ils savent pertinemment que les films envoyés par les entreprises comme Clean Flicks ont été expurgés. Il ne peut pas y avoir d'erreur quant aux faits. Par ailleurs, les juges majoritaires n'écartent pas d'emblée la défense d'erreur de droit, en l'occurrence la croyance à tort mais de bonne foi que la loi n'a pas été violée. Quoi qu'il en soit, l'article 27(2) ne peut jouer ni contre les consommateurs qui ne sont pas visés par cette disposition, ni les entreprises vendant des logiciels qui n'interviennent pas « à une seconde étape » dans la manipulation d'un film.

Enfin, qu'en est-il de la défense d'utilisation équitable? Précisons tout de suite que ce moyen de défense ne sera pertinent que pour les clubs vidéo. Les consom-

mateurs n'ont pas à s'inquiéter des conséquences juridiques des modifications qu'ils peuvent faire subir à un film lorsqu'ils agissent dans l'intimité de leur foyer. Ils sont complètement exonérés. Les fournisseurs de logiciels, pour leur part, ne manipulent pas directement les films. On n'aura donc pas à se demander si l'« utilisation » qu'ils en ont faite peut être qualifiée d'équitable ou non!

Sans faire une étude exhaustive de la notion d'utilisation équitable prévue aux articles 29 et 29.1 LDA, nous allons tenter d'exposer les grands principes qui guident les tribunaux en ce domaine. D'abord, la notion de "fair use" du droit américain et le concept d'utilisation équitable du droit canadien partagent un certain nombre de points en commun. Dans les deux cas, il s'agit de notions élaborées par la jurisprudence dès le 19^{ième} siècle, que les parlements ont certes codifiées, mais sans que leur signification ne soit figée de façon absolue. Les juges conservent encore une grande marge d'appréciation personnelle pour juger si l'utilisation faite d'une oeuvre mérite d'être qualifiée de "fair" ou d'« équitable ». Enfin, les deux notions interviennent seulement une fois que la preuve d'une infraction à la loi est faite; elles sont un moyen d'exonération.⁴¹

La grande différence vient du fait que la loi canadienne est beaucoup plus restrictive que la loi américaine. Cette dernière énumère, on l'a vu, une série de critères que le juge doit prendre en considération pour faire son évaluation, sans qu'aucun ne soit absolument déterminant.⁴² La loi canadienne est plus limitative dans la mesure où les articles 29 et 29.1 exigent d'abord que soit qualifiée d'« équitable » l'utilisation qui est faite d'une oeuvre. La loi ne fournit aucun guide ou critère pour faire cet examen. Une revue de la jurisprudence canadienne montre que les juges tiennent compte d'éléments assez semblables à ceux énumérés dans la loi américaine. Cela n'est pas vraiment surprenant car ce sont ceux que la simple logique dicte. Nous les avons vu plus haut, ces éléments sont le but pour lequel le défendeur utilise une oeuvre originale, la part de l'oeuvre reproduite, le genre d'oeuvre en cause, et surtout le fait d'empiéter sur le « marché » de l'oeuvre originale.⁴³ En fait, il y a vraiment peu de jurisprudence au Canada sur la notion d'utilisation équitable, avec pour résultat qu'elle demeure ambiguë. Ainsi, les auteurs ne s'entendent pas sur la question de savoir si la décision *Zamacois v. Douville*, un arrêt de 1943 de la Cour de l'Échiquier,⁴⁴ représente l'état actuel du droit sur la notion d'utilisation équitable.⁴⁵ Si tel est le cas, cela signifie que tout emprunt important à une oeuvre ne peut être accompli légalement sans le consentement de l'auteur de l'oeuvre originale. D'autres croient qu'il faut se baser sur l'arrêt anglais *Hubbard v. Vosper* de 1972.⁴⁶ Ils affirment que tout est une question de degré dans ce domaine et que les juges conservent une grande marge d'appréciation personnelle.⁴⁷

Mais il y a plus, et c'est là que le bât blesse: même lorsqu'un juge arrive à la conclusion qu'il est face à une situation qu'il peut qualifier d'utilisation dite « équitable », la loi exige la preuve que cette utilisation soit faite dans un des buts énumérés et très restrictifs: étude privée, recherche, critique, ou préparation d'un compte rendu.⁴⁸ Les tribunaux ont toujours interprétés ces buts restrictivement.⁴⁹ En pratique, il devient quasiment impossible pour les clubs vidéo de prétendre que la raison pour laquelle ils expurgent les films entre dans l'un ou l'autre des buts énumérés aux articles 29 et 29.1 LDA. Comme les films sont destinés à être loués ou vendus, ils ne pourront jamais sérieusement alléguer qu'il est question d'étude privée, de critique, de recherche, ou de compte rendu.

Conclusion

On voit donc que ce sont les clubs vidéo, ceux qui ont pignon sur rue et ceux qui existent dans le réseau Internet, dont la position juridique est délicate. Les consommateurs ne devraient pas être inquiets lorsqu'ils font eux-mêmes des modifications à un film. Au Canada comme aux États-Unis, ils peuvent modifier une oeuvre acquise légalement comme ils veulent. Il suffit de ne pas enfreindre, à ce moment ou par la suite, un des droits qu'une loi sur les droits d'auteur accorde à un créateur, ce qui ne semble pas être le cas. Les fournisseurs de logiciel ne devraient pas non plus craindre les poursuites car ils ne reproduisent pas eux-mêmes les films. La seule chose susceptible de leur causer des difficultés serait une décision d'un tribunal jugeant que leur logiciel ne peut servir, à toutes fins pratiques, à autre chose qu'à la commission d'infractions. Mais on l'a vu, les tribunaux sont très réticents à interdire la commercialisation d'une nouvelle invention. Dès qu'il est démontré qu'elle peut servir à des fins légitimes, elle est jugée légale.

Les clubs vidéo, par contre, sont dans une position quasi intenable parce qu'ils reproduisent la quasi-totalité d'un film. C'est l'un des droits exclusifs que la loi accorde au titulaire du droit d'auteur. À notre avis, le fait d'alléguer qu'un exemplaire de chaque film a été acquis légalement et qu'une copie intacte a été conservée ne constitue pas une défense valable. Il reste qu'une reproduction a été faite sans autorisation et qu'on empêche les studios d'exploiter un marché qui serait nouveau pour eux. Il devient plus illusoire alors de parler de "fair use". Les autres arguments invoqués par les studios ou les cinéastes, par contre, nous semblent plus faibles. Il est difficile de prétendre qu'un film ainsi expurgé porte atteinte aux droits moraux du cinéaste, comme il est difficile de prétendre qu'un « produit dérivé » a été créé, vu qu'on n'est pas en présence d'une nouvelle oeuvre. Quoi qu'il en soit, il sera bien intéressant de voir com-

ment les tribunaux américains vont analyser cette problématique. Et ce n'est qu'une question de temps

avant que le même litige soit porté devant un tribunal au Canada.

Notes:

- ¹ La principale entreprise du genre est Clean Flicks qui offre au public près de 500 titres; mais il en existe plusieurs autres, au nom très évocateur sur la vocation de l'entreprise: Family Shield Technologies, Clean Cut Cinemas, Family Safe Media, Edit My Movies. En deux années, Clean Flicks est passée d'une entreprise exploitant un seul commerce à 70 franchises dans 17 États. Voir: <http://in.news.yahoo.com/020830/14/1ulr7.html>.
- ² *Copyright Act*, 17 U.S.C. c.1-13 (1976).
- ³ On voit qu'ils prennent cette question très au sérieux quand on réalise que se sont joints à la poursuite des noms aussi prestigieux que Robert Altman, Steven Spielberg et Robert Redford.
- ⁴ Voir « Frankly, Hollywood Does Give a Damn about Video Editing » 9:12 *Andrews Intellectual Property Litigation Reporter* 5 (2002).
- ⁵ *Huntsman v. Soderbergh*, No. 02-CV-1662 (D. Colorado 2002).
- ⁶ Voir la Loi sur le droit d'auteur, L.R.C. 1985, c. C-42, art. 14.1, ci-après LDA.
- ⁷ Selon l'article 3(1) LDA, un des droits exclusifs que confère cette loi est celui de « produire ou reproduire » une oeuvre.
- ⁸ Il s'agit des droits énumérés aux paragraphes (a) à (j) de l'article 3 LDA.
- ⁹ Voir les articles 29 et 29.1 LDA.
- ¹⁰ La position des studios et cinéastes est disponible à l'adresse suivante, vérifiée au 1er septembre 2003: <http://www.creativecommunity.us/f/DGACleanflicks.pdf>. Une requête pour intervention à titre *d'amicus curiae* a été déposée par la Electronic Frontier Foundation: http://www.eff.org/cases/Huntsman_v_Soderbergh/20030618_eff_amicus.pdf. Une analyse des arguments principaux des parties se trouve à: http://www.law.upenn.edu/polk/ideas/coates_outline.pdf.
- ¹¹ Comme par exemple Cleanflicks. Voir à l'adresse: Cleanflicks.com.
- ¹² Voir Mark S. Lee, « Clean Cut: A Recently Filed Federal Court Case will Decide Whether Consumers have the Right to Edit Motion Pictures against the Wishes of Directors and Studios » (2003) 26:3 *Los Angeles Lawyer* 46, et P. Coggins, « The **** Stays in the Picture » (2002) 18 *Texas Lawyer* 34.
- ¹³ On comprendra que nous éviterons ces questions, seule celle relative aux droits d'auteur retenant notre attention.
- ¹⁴ Nous avons traité de cette notion dans une étude du droit américain. Voir « Piratage, musique et Internet: la solution se trouve-t-elle dans le droit américain? » (2002) 7:2 *Lex Electronica*. (<http://lex-electronica.org/>)
- ¹⁵ *Fortnightly Corp. v. United Artists Television*, 392 U.S. 390 aux pp. 393-5 (1968).
- ¹⁶ Le texte est le suivant: "... a place open to the public, or at any place where a substantial number of persons outside of a normal circle of a family and its social acquaintances is gathered".
- ¹⁷ Il est possible toutefois que les fournisseurs de logiciels et les consommateurs effectuent des manipulations interdites par la Digital Millennium Copyright Act, mais l'étude de l'impact de cette loi déborde du cadre de la présente analyse. Voir notre étude au texte référé à la note 15.
- ¹⁸ *Louis Galoob Toys v. Nintendo of America*, 964 F.2d. 965, à la p. 970 (9e Cir. 1992).
- ¹⁹ *Ibid.*
- ²⁰ Par la *Visual Artists Rights Act*, Pub. L. No. 101-650, 104 Stat. 5128 (1990). Pour une analyse, voir, entre autres, Jeff C. Schneider, « Recently Enacted Federal Legislation Providing Moral Rights to Visual Artists: a Critical Analysis » 43 *Fla. L. Rev.* 101 (1991).
- ²¹ *Carter v. Hemsley-Spear inc.*, 861 F.Supp. 303 (S.D.N.Y. 1994). La Cour suprême a refusé la permission d'en appeler [116 S.Ct. 1824 (1996)], confirmant ainsi la décision.
- ²² Un bel examen des deux notions a été effectué par Catherine Bergeron dans: « "Fair dealing" canadien et "Fair use" américain: une analyse de l'exception d'utilisation équitable en matière de droits d'auteur » (2000-1) 13 *C.P.I.* 267.
- ²³ *Sony Corp. of America v. Universal City Studios*, 464 U.S. 417 (1984). Nous ne traitons pas de l'argument relatif au droit des studios de cinéma à l'exécution publique des films tellement il n'a pas de sens à notre avis. Le club vidéo qui offre des titres, et le consommateur qui regarde un film chez lui n'exécutent ni ne représentent l'oeuvre « en public » ni « au public ».
- ²⁴ Pour une comparaison des systèmes anglo-saxon et français sur le droit d'auteur, voir l'excellente étude du professeur S. Handa, *Copyright Law in Canada*, Toronto, Butterworths, 2002, c. 4.
- ²⁵ *Loi sur le droit d'auteur*, L.R.C. 1985 (4e suppl.), c. 10, art. 4.
- ²⁶ Voir Handa, *supra* note 25 à la p. 380.
- ²⁷ Ce semble aussi être l'opinion du professeur Vaver. Voir D. Vaver, *Copyright Law*, Toronto, Irwin Law, 2000 à la p. 163. De même pour J. S. McKeown, *Fox Canadian Law of Copyright and Industrial Designs*, Toronto, Carswell, 2002, à la p. 241, et pour Mistrale Goudreau, « Le droit moral de l'auteur au Canada » (1994) 25 *R.G.D.* 403, à la p. 420.
- ²⁸ Pour une récente étude de la notion de diffamation, voir la décision de la Cour suprême dans l'affaire *Prud'homme c. Prud'homme*, (2003) 221 *D.L.R.* (4th) 115, 2002 *CSC* 85.
- ²⁹ *Gnass v. Cité d'Alma*, (3 juin 1977) (QC C.A.). Affaire non publiée, mais étudiée par Vaver, *supra* note 28 à la p. 162.
- ³⁰ *Francis Day and Hunter Ltd. v. Bron*, (1963) 2 *All. E. R.* 16 à la p. 27.
- ³¹ *CCH Canadian Limited v. Law Society of Upper Canada*, (2002) 4 *C.F.* 213 au para. 190.
- ³² Nous avons analysé ces décisions. Voir notre texte René Pepin, « Le droit de faire jouer la radio en public, ou la petite histoire d'une drôle d'exemption » (2002) 1 *C.J.L.T.* 51 aux pp. 53-55.
- ³³ Voir *supra* note 32, au même paragraphe. Selon la preuve, un grand nombre d'avocats et de stagiaires utilisaient systématiquement ces appareils pour photocopier de volumineux passages de volumes dont les droits d'auteur étaient détenus par les maisons d'édition plaignantes.
- ³⁴ Voir LDA, art. 89.
- ³⁵ Il faut dire aussi que la formulation actuelle de l'art. 27(2) remonte à 1997 seulement. Il faut donc être prudent quand on lit la jurisprudence antérieure à cette date, car l'ancienne loi mentionnait des oeuvres qui « à sa connaissance violent le droit d'auteur ». Voir LDA, art. 27(4).
- ³⁶ Voir *supra* note 32.
- ³⁷ *Supra* note 32 au para. 271.
- ³⁸ *Supra* note 32 aux paras. 276, 282.
- ³⁹ *Supra* note 32 au para. 274.
- ⁴⁰ *Supra* note 32 aux paras. 115-119.
- ⁴¹ Voir notre texte René Pepin, « La seconde génération d'appareils vidéo et la Loi sur le droit d'auteur » (2003) 8:2 *Lex-Électronica*. (<http://www.lex-electronica.org/>)
- ⁴² Voir 17 U.S.C. § 106.
- ⁴³ Voir par ex. McKeown, *supra* note 28 à la p. 550.
- ⁴⁴ (1943) *Fox Pat. C.* 44.
- ⁴⁵ Ce semble être l'opinion du professeur Vaver. Voir *supra* note 28 à la p. 290.
- ⁴⁶ (1972) 1 *All. E.R.* 1023 (C.A.).
- ⁴⁷ Voir McKeown, *supra* note 28 à la p. 551.
- ⁴⁸ Voir par exemple les explications de Handa, *supra* note 25 aux pp. 286-9. Comme il l'écrit à la p. 286: "... the use must be for the purpose of private study, research, review, criticism or news reporting, and the manner of use must be fair".
- ⁴⁹ Handa, *supra* note 25 à la p. 289.