

Le droit de faire jouer la radio en public, ou la petite histoire d'une drôle d'exemption

René Pepin†

Introduction

L'article 69 de la loi canadienne sur le droit d'auteur¹ prévoit qu'aucun montant n'est exigible d'une personne qui utilise en public un appareil radio, pourvu que ce soit fait dans un endroit, tel un commerce ou un restaurant, où le public est invité à se rendre sans qu'il lui soit chargé un prix d'entrée. Plusieurs pays ont une disposition semblable dans leur législation en matière de droit d'auteur. Cela évite que les détenteurs de droits d'auteur sur des pièces musicales, ou les compagnies de disques, prétendent que le propriétaire de l'appareil radio se trouve à «représenter publiquement» ou à «exécuter publiquement» une œuvre musicale, et doive en conséquence payer des redevances. Mais une telle règle n'est pas sans poser de difficultés juridiques. En 1999, des pays membres de la Communauté européenne ont porté plainte devant l'Organisation mondiale du commerce (OMC), alléguant que la disposition de la loi américaine² qui accorde cette exemption n'était pas conforme aux termes de traités signés par les États-Unis en matière de protection internationale du droit d'auteur. À l'été 2000, un «*dispute panel*» de l'OMC a jugé la plainte fondée en partie,³ obligeant par ce fait les États-Unis à payer des droits compensateurs, évalués à plus d'un million de dollars, ou à modifier substantiellement leur loi.

C'est cette problématique que nous voulons étudier ici, à savoir jusqu'à quel point il est légalement possible de faire jouer en public des pièces musicales. Voilà une question moins brûlante d'actualité que celle relative à l'échange de fichiers musicaux par le réseau Internet, mais qui ne manque pas d'intérêt, notamment parce qu'elle a eu une histoire mouvementée aux États-Unis. Il sera intéressant de mettre en parallèle l'histoire de cette exemption au Canada et aux États-Unis. Cela nous permettra de voir comment les lois adoptées par les parlements sont bien souvent le résultat des manœuvres exercées par les divers groupes de pression, et nous donnera l'occasion de nous pencher sur des concepts fondamentaux en matière du droit d'auteur, *i.e.*, ce qui constitue l'exécution ou la représentation publique d'une œuvre.

Pour illustrer comment la question que nous voulons étudier est à la fois simple et complexe, il suffit de penser à la situation suivante. L'article 3 de la loi canadienne énumère les droits fondamentaux des créateurs d'œuvres protégées par la loi. À la base, il y a celui de «reproduire» leur œuvre. Dans le cas d'une œuvre musicale, cela correspond au droit de multiplier les exemplaires de la musique en feuilles, *i.e.*, des partitions. L'article 3 accorde aussi, là où c'est pertinent, le droit d'«exécuter» et de «représenter» l'œuvre en public. On comprend que l'auteur d'une pièce de théâtre veut posséder le droit de multiplier les exemplaires du texte, mais aussi avoir un contrôle sur les représentations publiques de sa pièce. Il en va de même en matière musicale : le compositeur a le droit d'être rémunéré chaque fois que sa pièce est jouée publiquement. Jusqu'ici, il n'y a aucune difficulté. C'est l'apparition, au cours des ans, des divers moyens mécaniques permettant de reproduire les sons qui a amené la problématique que nous connaissons aujourd'hui. Lorsqu'une station de radio fait jouer en ondes des disques, on admet aujourd'hui bien clairement qu'il s'agit d'une «exécution publique» d'une œuvre musicale, puisque toute personne qui demeure dans l'aire de rayonnement de la station y a accès, et donc que la station de radio doit payer des redevances. Par contre, on ne dira pas de la personne qui écoute la radio dans l'intimité de son foyer, avec les membres de sa famille ou en compagnie d'un groupe d'amis, qu'elle «représente» ou «exécute» l'œuvre. Elle est en quelque sorte le dernier maillon d'une chaîne. Mais qu'en est-il si la radio se trouve dans un endroit dit public, tel un cinéma, un hôtel ou un restaurant ? Doit-on considérer que l'œuvre, qui a été «exécutée en public» par la station de radio, l'est une nouvelle fois, et que le propriétaire de l'appareil doit payer des droits d'auteur ? Là est toute la question. Et il n'est pas facile d'y répondre. Si on considère qu'il n'y a plus de droits à payer, il devient tentant pour les propriétaires d'hôtels ou de restaurants, qui payaient autrefois des orchestres pour jouer de la musique et attirer les clients dans leur établissement, de s'en dispenser complètement et de s'en remettre à la musique jouée à la radio. Est-ce bien équitable face aux auteurs ? Si on conclut le contraire, se posera la question de savoir à partir de quand on doit considérer que la

†Faculté de droit, Université de Sherbrooke

radio est jouée «en public» et comment calculer les droits à payer. Les stations de radio paient des droits en fonction de leur auditoire. Comment déterminer ce que devrait payer le propriétaire d'un petit restaurant de type «restauration rapide» ou le propriétaire d'une boutique dans un centre commercial? Doit-il payer un montant qui serait fonction de la surface occupée par son commerce, du nombre de haut-parleurs utilisés, ou un pourcentage de ses profits? Ce sont toutes ces questions que nous voulons étudier ici.

Un peu d'histoire

La radio commerciale a débuté aux États-Unis dans les années '20. Comme c'est inévitablement le cas pour toute nouveauté, on n'a pas perçu tout de suite quel rôle ou quel impact elle allait avoir sur le monde de la musique. La revue *Variety*, dans un numéro de 1924, rapporte⁴ qu'un éditeur de musique en feuille aurait eu le premier l'idée de payer des chanteurs qui s'exécuteraient à la radio, de façon à populariser certaines chansons, espérant de cette façon augmenter les ventes de leurs produits. La majorité des auteurs rapportent qu'à l'origine, la plupart des compositeurs d'œuvres musicales voyaient les choses de cette façon. Les stations de radio ne payaient pas de droits d'auteur, mais elles contribuaient à faire connaître leurs chansons, ce qui avait la chance d'augmenter les ventes de musique en feuilles.⁵ Mais la première société de gestion collective des droits d'auteur, l'American Society of Composers, Authors and Publishers (ASCAP), ne voyait pas les choses de cette façon et entreprit vite de réclamer des redevances auprès des stations de radio. Elle était forte d'une décision favorable dans une affaire qui s'était rendue en Cour suprême en 1917. Dans la décision *Shanley*,⁶ le tribunal avait jugé qu'un hôtel ou restaurant qui engageait un orchestre pour jouer de la musique «représentait» publiquement les œuvres au sens de la loi, et ce dans un but lucratif, même si aucun montant supplémentaire ou spécifique était chargé aux clients. La loi américaine d'alors, qui datait de 1909, prévoyait que les détenteurs de droits d'auteur avaient le droit exclusif «to perform the copyrighted work publicly for profit».⁷ Le célèbre juge Holmes, dans une décision d'à peine plus d'une page, a écrit la phrase suivante, souvent citée par la jurisprudence ultérieure : «The defendant's performances are not eleemosynary. They are part of a total for which the public pays».⁸

À partir de 1925, l'ASCAP, après une série de succès devant les tribunaux, s'est mise systématiquement à émettre des permis pour les stations de radio, au montant d'environ 500 \$ chacune. Mais la route ne fut pas sans heurts. Lorsque la radio fit son apparition et gagna en popularité, il fallut se demander ce que constituait une exécution publique et quand elle était faite dans un but lucratif. L'affaire *Bamberger*,⁹ qui remonte à 1923, semble être la première décision à porter sur la

question de savoir si les stations de radio devaient payer des droits d'auteur. Il s'agissait dans ce cas d'un magasin à rayons qui avait établi dans la section réservée aux disques et tourne-disques une mini-station de radio qui diffusait évidemment des pièces musicales dans l'espoir de mousser la vente des disques et de la musique en feuilles. La District Court du New Jersey s'est appuyée essentiellement sur la décision de la Cour suprême dans *Shanley* pour juger que cette mini-station de radio représentait publiquement les œuvres et ce, «for profit», puisque les stations de radio tirent la quasi-totalité de leurs revenus de la publicité. Elle a rejeté aussi l'argument selon lequel les stations de radio ne devraient pas avoir à payer de droits d'auteur parce qu'elles augmentaient la popularité des œuvres musicales. Selon la cour, il appartient aux auteurs de décider du mode d'exploitation commerciale de leurs œuvres.¹⁰ Par contre, en 1924, une Cour de district d'Ohio, dans l'affaire *American Automobile Accessories*, a décidé, en interprétant étroitement la loi, qu'une station de radio ne représentaient pas les œuvres «en public» parce qu'il n'y avait pas d'auditoire dans les studios de la station pour écouter l'émission.¹¹ La cour a pu faire une distinction avec la décision *Shanley* parce que dans ce cas un auditoire assistait à la prestation de l'orchestre. De même, cinq mois plus tard, dans l'affaire *General Electric*, la Cour de district de New York a jugé qu'une station de radio qui avait diffusé une pièce musicale au moment où elle était jouée par un orchestre dans un hôtel n'avait pas enfreint la loi parce qu'elle n'avait pas «représenté» l'œuvre. Selon le juge Knox, «Such broadcasting merely gives the authorized performer a larger audience, and is not to be regarded as a separate and distinct performance of the copyrighted composition upon the part of the broadcaster».¹² Mais en 1925, la Cour d'appel dans l'affaire *American Automobile Accessories* a infirmé la décision de première instance et a établi les règles encore applicables aujourd'hui, à savoir qu'une représentation ne cesse pas d'être publique parce que les gens ne sont pas assemblés dans un même endroit pour écouter une pièce musicale, et qu'une exécution peut être considérée être faite «for profit» même lorsqu'aucun prix d'entrée n'est spécifiquement exigé du public.¹³

À la suite de ces décisions, les stations de radio firent plusieurs tentatives pour obtenir un changement à la loi américaine afin de les exempter du paiement de droits d'auteur, mais sans succès.¹⁴ En 1929 donc, l'ASCAP était forte de victoires remportées tant au niveau judiciaire et que législatif, mais deux décisions importantes rendues dans les années suivantes allaient ébranler sa position sur le point qui touche directement notre sujet. Les deux actions ont été intentées par le président de l'ASCAP d'alors, Gene Buck. Dans la première cause, l'affaire *Debaum*,¹⁵ une Cour de district de Californie devait décider si le propriétaire d'un petit restaurant, genre café, avait enfreint la loi en allumant un appareil-radio pour que ses clients puissent entendre la musique qui était diffusée de temps à autre. La cour a estimé que ce qu'il

avait fait était quelque chose accompli «en public» et dans un but lucratif (“*for profit*”), mais qu’il n’avait pas «représenté» l’œuvre. La seule représentation ou exécution publique qui avait été faite de l’œuvre l’avait été par la station de radio. À son avis, lorsqu’un auteur donne la permission que son œuvre soit diffusée à la radio, il accorde implicitement à toute personne qui possède un appareil-récepteur le droit de l’allumer et d’écouter le signal audio. Encore ici, on fit l’analogie avec une personne qui ouvre une fenêtre afin que plus de gens puissent entendre une œuvre qui est exécutée légalement quelque part.¹⁶

L’autre affaire concerne deux causes qui furent réunies et portées devant le plus haut tribunal du pays : *Buck v. Jewell-Lasalle Realty Co.*¹⁷ Il s’agissait d’un hôtel qui avait installé dans ses chambres un appareil-radio relié à un récepteur sous le contrôle du gérant de l’hôtel. Il y avait aussi quelques haut-parleurs qui diffusaient le signal de la station de radio syntonisée dans les endroits communs, tels le lobby et la salle à manger. Il fallait donc essentiellement déterminer si l’hôtel exécutait ou représentait les diverses œuvres musicales diffusées. L’hôtel se défendit en soulevant trois arguments majeurs. Selon le premier, la loi, telle que rédigée, ne pouvait viser celui qui se trouve au dernier maillon de la chaîne, *i.e.*, qui écoute le signal diffusé par la station de radio. Le juge Brandies, qui rendit jugement, fit remarquer ici que la loi accordait à son avis un monopole aux créateurs de pièces musicales à l’égard de tout ce qui constitue une “*public performance for profit*”.¹⁸ On a aussi allégué qu’il ne pouvait y avoir légalement qu’une seule «représentation» d’une œuvre et comme on s’entendait pour dire que la station de radio représente l’œuvre, l’affaire devrait s’arrêter là ! Mais le juge en chef rétorqua que nulle part dans la loi le terme “*performance*” n’était défini. On a soulevé aussi que l’hôtel n’avait pu représenter les œuvres puisqu’il ne les choisissait pas, ne sachant même pas à l’avance ce qui allait être diffusé. Selon le juge en chef, la loi ne traite pas à ce niveau d’une intention de l’enfreindre; la connaissance de ce qui est diffusé est donc non pertinente. Dans le second volet de son argumentation, l’hôtel soutenait qu’il n’y avait pas eu de «représentation» d’une œuvre, puisque la radio ne fait qu’augmenter l’auditoire potentiel. Le juge Brandeis a estimé que l’hôtel reproduisait l’œuvre musicale et que “*Reproduction (...) amounts to a performance*”.¹⁹ Il fit l’analogie avec un disque qui a besoin d’un appareil pour reproduire de façon audible les sons. De même, les ondes hertziennes ont besoin de passer par un appareil-radio pour être audibles aux oreilles humaines. Dans les deux cas, ce n’est pas l’exécution originelle de l’œuvre qui est entendue, mais une reproduction de celle-ci. Il n’y avait donc pas de différence juridique entre la situation où un hôtel engage un orchestre pour jouer de la musique et celle où, par des appareils-radio, il rend accessible une musique semblable dans le même but. Dans les deux cas, des pièces musicales sont reproduites par des moyens qui sont contrôlés par l’hôtel. Le dernier prin-

cipal argument de l’hôtel reposait sur le concept d’exécution d’une œuvre dans un but non lucratif. Il fut rapidement écarté et l’injonction accordée, car la question posée portait seulement sur la notion de représentation ou d’exécution publique qui ne dépendait pas du fait que l’hôtel ait agi ou non dans un but lucratif.²⁰ Notons enfin que dans une simple note de bas de page,²¹ le juge Brandies remarqua au passage que la station de radio en question n’avait pas payé de droits d’auteur pour diffuser les œuvres musicales, mais que si elle l’avait fait, on aurait pu conclure à une permission implicite pour l’hôtel de recevoir et redistribuer le signal. La jurisprudence ultérieure va se servir de cette remarque pour écarter cette décision, sans avoir à la rejeter explicitement.

Quoi qu’il en soit, on considère que c’est dans cet arrêt que la Cour suprême des États-Unis a élaboré la “*multiple performance doctrine*”, par laquelle il y a une nouvelle représentation ou exécution publique d’une œuvre dès que, après avoir été diffusée à la radio ou à la télévision, elle est vue ou entendue dans un endroit public au moyen d’un appareil récepteur.²² C’est ce qui a amené les détenteurs de droits d’auteur à prétendre devant les tribunaux que le permis accordé à une station de radio ne comprenait pas celui de redistribuer le signal dans un endroit public.²³ C’est d’ailleurs à ce moment que l’ASCAP a inclus dans ses contrats de radio une clause-type stipulant que le permis accordé ne couvrait aucune autre forme d’exécution publique des œuvres dans un but lucratif.²⁴ Cet état du droit est demeuré inchangé aux États-Unis pendant plus de trente ans.

La situation au Canada

Pendant ce temps, au Canada, la situation juridique était plus calme, mais cela ne veut pas dire que la question qui nous intéresse ne posait aucune difficulté. La première loi canadienne sur le droit d’auteur a été adoptée en 1921 et est entrée en vigueur en 1924. Elle ne contenait initialement aucune disposition relative à la question du droit de faire jouer la radio en public, mais elle a été soulevée devant les tribunaux en 1935 et on considère que c’est en réaction à cette décision qu’un amendement a été adopté en 1938.

Il s’agit d’une décision de la Cour supérieure du Québec, qui n’a jamais été portée en appel : *Can. Performing Rights Soc. v. Ford Hotel Co.*²⁵ Les faits sont les suivants. L’hôtel Mount Royal avait engagé un orchestre pour jouer de la musique pour l’agrément de ses clients. Il avait acquitté les droits d’auteurs permettant l’exécution publique des œuvres jouées. La station de radio CKAC, agissant en toute légalité puisqu’elle avait un permis de radiodiffusion et avait acquitté les droits d’auteur, a diffusé en ondes la musique jouée. Le signal a été capté par un récepteur à l’hôtel Ford qui l’a retransmis dans les chambres des invités et dans les endroits publics. La question en litige était de savoir si

l'hôtel avait représenté publiquement les oeuvres, exerçant en cela un des droits exclusifs des créateurs. Le juge Mackinnon a estimé que oui. Il a passé en revue la jurisprudence américaine car aucune décision n'avait encore été rendue sur cette question au Canada. Il a scruté la décision *Jewell-Lasalle* dont les faits, quoique quasiment identiques, différaient sur un point : le libellé du permis que possédait la station CKAC limitait la diffusion d'œuvres à celles dont la réception serait "*for private and domestic performances only*".²⁶ Cet état du droit lui semblait conforme à la jurisprudence venant d'Angleterre et conforme au sens du mot «représentation». L'hôtel se trouvait donc placé dans la situation où il aurait dû à chaque jour s'enquérir auprès de la station de radio quelles pièces musicales allaient être diffusées. Et si parmi les pièces il y en avait qui étaient protégées par la loi sur le droit d'auteur, il fallait éteindre le récepteur ou contacter les sociétés de gestion pour acquitter les droits exigés.²⁷

On comprend facilement que quelques années plus tard la loi canadienne ait été modifiée de façon à déclarer légale l'écoute de la radio dans un endroit public. Mais le parlement fédéral avait d'autres motifs. La doctrine rapporte²⁸ qu'à l'époque les Canadiens éprouvaient beaucoup de ressentiment à l'égard des sociétés de gestion des droits d'auteur. La consultation des débats de la Chambre des communes et du Sénat lors de l'adoption du projet de loi en 1938 montre que la société de gestion américaine ASCAP se conduisait en véritable empereur au Canada : elle détenait un quasi-monopole sur les pièces musicales jouées et ignorait totalement la seule société de gestion canadienne existant à l'époque (la Canadian Performing Rights Society (CPRS)); elle ne réinvestissait aucun de ses profits au Canada; et elle haussait toujours ses prix et de façon brutale. Ainsi par exemple, entre 1931 et 1935, le prix fixé pour l'utilisation d'un appareil-radio dans un hôtel passa de 10 \$ à 35 \$, montant qui représentait à l'époque le salaire hebdomadaire moyen pour un ouvrier! Le gouvernement fédéral répondit à un vent de critiques en créant une commission d'enquête sur le sujet et en mettant sur pied un organisme administratif qui devait approuver les projets de tarifs proposés par les sociétés de gestion.²⁹ Mais cela ne mit pas fin au mécontentement des propriétaires d'établissements publics pour qui le résultat des décisions des tribunaux aux États-Unis et au Canada les maintenait dans une situation d'exploités. En effet, dans un cas comme dans l'affaire Ford Hôtel, l'hôtel qui engage un orchestre doit acquitter des droits d'auteur; de même pour la station de radio qui diffuse l'œuvre et pour l'hôtel qui reçoit le signal et le diffuse au bénéfice de ses clients. Les droits d'auteur sont donc payés trois fois! On comprend mieux alors pourquoi un amendement a été apporté à la loi canadienne en 1938. Nous allons le citer intégralement, vu son importance et parce qu'il a été très peu modifié par la suite. Le texte initial se lisait comme suit :

«En ce qui concerne les exécutions publiques au moyen d'un appareil radiophonique récepteur ou d'un gramophone, en tout endroit autre qu'un théâtre servant ordinairement et régulièrement de lieu d'amusement où est exigé un prix d'entrée, aucun honoraire, aucune redevance ni aucun tantième ne sera exigible du propriétaire ou usager de l'appareil radiophonique récepteur ou du gramophone.»³⁰

L'article ajoutait que le Tribunal d'appel du droit d'auteur, probablement pour compenser les pertes subies par les créateurs de pièces musicales, devait établir le montant à payer, soit par les fabricants de tourne-disques soit par les utilisateurs des appareils-radio.³¹

En 1952 la loi fut à nouveau modifiée,³² mais très légèrement : les mots «aucun tantième ne sera exigible» sont devenus «aucun tantième n'est exigible». Il faut croire que cette modification a été faite uniquement pour améliorer le français. En 1985 on remplaça le terme «gramophone» par «phonographe»,³³ sans que ceci ait un impact juridique quelconque, et on remplaça le mot «redevance» par «droit».³⁴ En 1988 fut modifiée la partie de la disposition relative aux pouvoirs de la Commission du droit d'auteur.³⁵ Enfin, en 1993 survint le dernier amendement, par lequel on enleva toute référence aux phonographes.³⁶ La loi actuelle n'accorde donc plus d'exemption relative au droit de faire jouer des disques en public. Elle se lit comme suit :

«En ce qui concerne les exécutions publiques au moyen d'un appareil radiophonique récepteur, en tout endroit autre qu'un théâtre servant ordinairement et régulièrement de lieu d'amusement où est exigé un prix d'entrée, aucune redevance n'est exigible du propriétaire ou usager de l'appareil radiophonique récepteur.»

La jurisprudence issue de la loi canadienne présente un portrait qui est tout le contraire de la situation qui prévaut aux États-Unis, comme on le verra dans la section suivante. Autant elle est abondante là-bas, autant elle l'est peu ici. Il n'y a que trois arrêts notables sur la problématique que nous étudions et, encore là, certains ont trait aux pouvoirs accordés à la Commission du droit d'auteur dans la deuxième partie de la disposition qui retient notre attention.

Une première décision, en 1945, s'est rendue jusqu'au Comité judiciaire du Conseil privé : *Vigneux v. Can. Performing Rights Soc. Ltd.*³⁷ Les faits étaient simples. La compagnie opérée par les frères Vigneux installait dans des restaurants ce qu'on appelait traditionnellement des «juke-box». Les clients pouvaient choisir le disque qu'ils voulaient entendre en insérant une pièce de monnaie dans un appareil disposé sur leur table. C'est le même disque qui était joué dans tout l'établissement. Le contrat prévoyait que l'ensemble du système était loué pour la somme de 10 \$ par semaine. L'excédent récolté par le propriétaire représentait son profit. Il devait par contre payer le montant convenu, même si l'appareil avait rapporté moins de 10 \$. La société de gestion défenderesse prétendait que les œuvres musicales avaient été exécutées publiquement sans que les droits d'auteur aient été acquittés et elle réclamait une injonction pour faire cesser cette pratique.

La question à trancher consistait à déterminer si les restaurants en question pouvaient bénéficier de l'exemption relative au droit de faire jouer la radio ou des disques en public. Selon Lord Russel of Killowen, qui rendit la décision, il fallait choisir entre deux interprétations possibles de cette disposition de la loi. Selon les appelants, cette disposition accorde tout simplement une exemption à l'égard d'un acte qui, normalement, aurait constitué une infraction. Lorsqu'on est visé par ce qui était l'article 10B(6a), *i.e.*, s'il s'agit d'une «exécution publique» au moyen d'un «appareil récepteur» ou d'un «gramophone» dans un endroit où un prix d'entrée n'est pas normalement exigé, le propriétaire ou l'utilisateur du radio ou du tourne-disques n'a absolument rien à payer. Pour la société de gestion, par contre, la disposition signifie que les propriétaires ou usagers des appareils sont exemptés seulement dans la mesure où d'autres ont payé des droits d'auteur, en l'occurrence les stations de radio et les manufacturiers de gramophones. Comme ce n'était pas le cas pour les fabricants de gramophones, l'exemption ne pouvait s'appliquer.³⁸ La cour a retenu l'argument des frères Vigneux. Les propriétaires ou utilisateurs d'appareils bénéficient d'une «*statutory licence*», soit un permis ou une dérogation accordée par la loi. Cette dérogation n'est pas conditionnelle au fait que d'autres paient des droits d'auteur : elle est «*absolute, unqualified and unconditional*».³⁹ La loi ainsi interprétée, il ne restait qu'à voir si ce qui se faisait dans les restaurants était effectivement visé par la disposition en cause. La cour répondit par l'affirmative. À son avis il n'était pas pertinent de se demander si l'utilisateur de l'appareil était le propriétaire du restaurant ou le client. L'action était intentée contre les frères Vigneux, et on n'avait pas à se demander s'ils étaient eux-mêmes visés par l'exemption, car ils n'ont ni représenté publiquement les œuvres musicales, ni autorisé leur exécution publique. Ils n'ont fait que fournir une machine pour un certain loyer, sur laquelle ils n'exerçaient aucun contrôle.

La seconde décision a été rendue par la même cour, en 1954, dans *Associated Broadcasting Co. Ltd. v. CAPAC Ltd.*⁴⁰ Il s'agissait d'une compagnie qui avait lancé le service appelé «*Musik by Musak*». Au moyen de tourne-disques, elle produisait dans ses locaux des sons qui étaient ensuite convertis en ondes électromagnétiques, lesquelles étaient transmises en utilisant les fils de la compagnie Bell Canada jusqu'aux abonnés, en l'occurrence des hôtels, des commerces ou des restaurants. Il s'agissait de savoir si ce «service» était visé par l'exemption relative à l'utilisation des radios ou gramophones; plus précisément quel était le sens du mot «gramophone». Le vicomte Simonds, dans une courte décision, jugea que ce terme n'avait pas de signification autre que celle de la langue courante et que ce serait en faire une distorsion que de prétendre que ce qui était en cause, le fait que les clients puissent se trouver à des centaines de kilomètres des studios de la compagnie, n'était rien d'autre que l'utilisation d'un gramophone dans un endroit public. La décision est intéressante, car

on devine que le même raisonnement s'applique à l'égard des appareils-radio. Cela veut dire qu'une personne qui veut aujourd'hui utiliser une radio dans son établissement commercial ne peut utiliser un type d'appareil qui s'éloignerait trop de ce qui est généralement utilisé par l'ensemble de la population.

La dernière décision a été rendue par la Cour suprême en 1959 dans l'affaire *CAPAC v. Siegel Distributing Co.*⁴¹ Il s'agissait d'une situation très semblable à l'affaire *Vigneux*, où des clients dans un restaurant faisaient jouer des disques situés dans un «juke-box» installé au sous-sol de l'édifice. La seule différence résidait dans le fait qu'ici le nombre de disques que les clients pouvaient choisir était plus grand et qu'il y avait plus de haut-parleurs qui diffusaient la musique choisie. La question était donc de savoir si la musique jouée pouvait être considérée comme étant une exécution publique au moyen d'un gramophone. Le juge Rand a rendu l'opinion majoritaire. À son avis, le mot «gramophone» ne devait pas être confiné à son sens le plus étroit, *i.e.*, le genre d'appareil vendu au public. Jusqu'à un certain point, les haut-parleurs peuvent être éloignés de la table tournante, le contrôle du volume du son peut être fait dans une autre pièce, etc., sans que l'exemption prévue dans la loi cesse de recevoir application. Il y avait cependant une limite à ne pas dépasser, comme cela avait été le cas dans *Associated Broadcasting*, où plusieurs personnes intervenaient entre l'émission initiale du son et leur audition par les clients. Une étude du but de l'article 50(7) a convaincu le juge qu'il visait ce qui était en cause ici : un établissement commercial dont le but premier n'était pas de faire jouer de la musique, ni de vendre des disques ou des tourne-disques, et où l'ensemble de l'appareil qui produit les sons se trouve dans un même établissement et est sous le contrôle ultime de son propriétaire.⁴² La situation était exactement comme celle où on aurait placé une dizaine de tourne-disques à la disposition des clients. Sauf que, par commodité, on avait installé une seule unité centrale. Le juge fit remarquer que la question précise en jeu n'était pas de savoir si l'ensemble du système constituait un gramophone, mais si l'exécution publique d'une œuvre musicale avait été faite au moyen d'un gramophone.⁴³ Il lui a semblé que oui, lorsqu'on considère la fonction de l'appareil en cause.⁴⁴

La situation aux États-Unis

Nous avons vu dans la première section de notre texte l'état du droit aux États-Unis jusqu'aux années soixante. À cette époque trois décisions importantes ont été rendues par la Cour suprême, qu'il nous faut scruter pour comprendre pourquoi le Congrès a cru nécessaire en 1976, lors de la dernière refonte majeure de la loi sur le droit d'auteur, d'adopter une disposition spécifique encadrant le droit de faire jouer la radio en public.

Les deux premières décisions concernent la question de savoir si les compagnies de télévision par câble doivent payer des droits d'auteur à l'égard des émissions qu'elles relaient à leurs abonnés. Elles ont toutes deux été rendues par le juge Stewart, dans des décisions partagées. La première concerne la compagnie *Fortnightly*⁴⁵ qui exploitait un petit système de télédistribution (télévision par câble) dans une région rurale en Virginie de l'Ouest. Elle ne faisait elle-même aucune programmation, se contentant de distribuer aux abonnés, en contrepartie d'un montant mensuel, les signaux reçus à son antenne située sur le haut d'une colline. La compagnie United Artists, qui possédait des droits d'auteur à l'égard de films, prétendit que la compagnie de télévision par câble les avait représentés publiquement dans un but lucratif.⁴⁶ À preuve, son contrat avec la station de télévision qui les avait diffusés interdisait que le signal soit retransmis par télévision par câble. Selon le juge Stewart, pour répondre à la question en jeu il fallait étudier le rôle joué par la télévision par câble dans le processus d'émission et de réception des signaux de télévision. Après avoir examiné les décisions auxquelles nous avons déjà fait allusion, il conclut que la télédistribution ne fait qu'augmenter la capacité des consommateurs de recevoir des signaux de télévision, en utilisant une antenne plus grosse et mieux placée. Or ce sont les diffuseurs qui représentent les œuvres, et non les auditeurs : "*Broadcasters perform. Viewers do not perform*".⁴⁷ De l'avis du juge Stewart, les télédiffuseurs ne diffusent pas les émissions au sens juridique, ni ne les rediffusent. Ils ne font que transporter, sans modification aucune, les signaux captés.⁴⁸

Il en a été de même en 1974, dans l'affaire *Teleprompter*.⁴⁹ La même question se posait, mais les détenteurs de droits d'auteur ont cru que la décision de 1968 pourrait être écartée vu les changements technologiques survenus depuis. Ainsi par exemple plusieurs entreprises de télédistribution offraient des signaux dits éloignés, qui n'auraient pas pu normalement être captés par le consommateur typique. Certaines entreprises distribuaient leurs propres émissions sur des canaux spécialisés. Elles interfèrent aussi avec le signal reçu lorsqu'elles remplacent les messages publicitaires par d'autres, payés par des compagnies locales. Mais la décision de la cour fut la même. Aux yeux du juge Stewart, cela ne changeait rien dans la relation juridique entre l'activité du télédiffuseur et les émissions protégées par le droit d'auteur.⁵⁰ Lorsqu'une station de télévision diffuse une émission, toute personne qui a l'équipement requis peut légalement la recevoir et la regarder. En l'occurrence, les auditeurs se font simplement aider par la compagnie de câble.⁵¹ Le juge a aussi rejeté l'argument à l'effet que les détenteurs de droits d'auteur ne reçoivent pas leur juste dû vu que le nombre d'auditeurs est accru. Il a bien expliqué qu'au contraire, cela peut augmenter leurs revenus, étant donné que les stations de télévision paient des droits d'auteur en fonction du nombre total estimé d'auditeurs. Il suffit de tenir compte à l'avenir du phé-

nomène de la télévision par câble dans le calcul du nombre potentiel d'auditeurs.⁵²

Une décision très importante a été rendue en 1975 dans l'affaire *Aiken*.⁵³ Elle concerne plus directement notre sujet, et c'est elle qui a motivé le Congrès à changer la loi l'année suivante. Il s'agissait d'un restaurateur qui opérait un tout petit établissement, du genre restauration rapide, qui allumait un appareil-radio en arrivant au travail le matin et le laissait fonctionner toute la journée. On lui a reproché de représenter publiquement les œuvres musicales dans un but lucratif. La question à trancher était, spécifiquement, de savoir si la réception par un appareil-radio constituait une représentation des œuvres musicales.⁵⁴ On peut deviner le sens de la décision quand on réalise que c'est ici aussi le juge Stewart qui rédige les motifs de la majorité. Il écrit au début de son analyse que lorsque la loi doit être appliquée à des réalités qui n'existaient pas lors de son adoption, il faut l'interpréter selon son objectif fondamental qui est d'accorder une rémunération aux créateurs, mais sans perdre de vue le bien public, ce qui implique le droit d'utiliser les nouvelles technologies.⁵⁵ À son avis, ce qui a été dit dans la décision *Fortnightly* est suffisant pour disposer du litige. Aller à l'encontre de cette décision serait ne pas respecter le *stare decisis*, et créerait un régime de droit d'auteur qui serait inéquitable et impossible à faire respecter.⁵⁶ Ce serait inéquitable parce que les commerçants typiques, comme ici Mr Aiken, ne peuvent savoir à l'avance ce qui sera diffusé à la radio et s'ils ont acquitté les droits d'auteur pour ces chansons, et surtout parce que cela créerait un système où les détenteurs de droits d'auteur pourraient vendre des centaines, voire des milliers de permis pour ce qui n'est en réalité qu'une seule exécution publique d'une œuvre. Quant à la décision *Jewell LaSalle*, elle n'a pas été écartée officiellement, mais le juge Stewart a bien noté le passage où on avait dit que la situation aurait pu être différente si la station de radio avait détenu un permis en bonne et due forme de la part des sociétés de gestion.⁵⁷

Au lendemain de cette décision, la "*multiple performance doctrine*" semblait moribonde. Mais le Congrès, qui travaillait à une réforme en profondeur de la loi sur le droit d'auteur depuis les années '60, a eu l'opportunité d'exposer les nouvelles règles qui devaient s'appliquer dans ce domaine. L'article 106 de la loi de 1976 prévoit d'abord que le détenteur du droit d'auteur sur une œuvre musicale a le droit exclusif de la «représenter» publiquement.⁵⁸ Une œuvre est «représentée» chaque fois que les sons sont entendus "*either directly or by means of any device or process*".⁵⁹ Ceci vise clairement le fait de faire jouer un disque et le fait de diffuser une chanson à la radio ou à la télévision. Il y a donc représentation publique d'une œuvre, et ce simultanément, chaque fois qu'elle est diffusée en ondes et écoutée à la radio par un public. Tout ce qui constitue la transmission d'une représentation initiale est, en soi, une représentation de l'œuvre en vertu de la loi de 1976.⁶⁰ Il y a donc représentation chaque fois que des images ou sons

sont envoyés au-delà de l'endroit où la représentation initiale a eu lieu.⁶¹ On ressuscite ainsi la doctrine émise dans l'affaire *Jewell-Lasalle*, et on rejette le raisonnement qui fut à la base des arrêts *Aiken*, *Fortnightly* et *Teleprompter*.⁶² Et une œuvre est transmise «en public» lorsqu'elle est diffusée dans tout endroit où des gens sont réunis, dans un contexte qui dépasse le cadre familial ou un cercle d'amis. Elle l'est aussi lorsqu'elle est rendue accessible à un grand nombre de personnes, qu'elles se trouvent ou non au même endroit, ou qu'elles entendent la pièce au même moment ou non.⁶³ La loi abandonne aussi le concept d'exécution dans un but lucratif. Elle contient enfin une série d'exceptions à ces nouvelles règles, particulièrement à l'article 110. Le paragraphe 5 est celui qui nous concerne. Il a été rédigé en ces termes : le droit à la représentation publique d'une œuvre n'est pas enfreint par la :

“[...] communication of a transmission [...] by the public reception of the transmission on a single receiving apparatus of a kind commonly used in private homes, unless (a) a direct charge is made to see or hear the transmission; or (b) the transmission thus received is further transmitted to the public.”

Ce qui s'ensuit au niveau de la jurisprudence peut être qualifié, selon le point de vue adopté, de rêve ou de cauchemar pour les juristes spécialisés dans les questions d'interprétation des lois. À peu près toute question imaginable en ces matières a été débattue devant les tribunaux.

On s'est ainsi demandé s'il fallait tenir compte de l'historique de la loi pour l'interpréter.⁶⁴ C'est qu'au cours des débats devant la House of Representatives, devant le Sénat et devant une commission conjointe d'étude, ont été mentionnés des critères d'évaluation qui n'ont pas été repris dans le texte de la loi. Par exemple, devant la chambre basse, il fut mentionné que le cas du restaurant exploité par Mr Aiken devrait représenter la limite extrême de l'exemption.⁶⁵ Le tribunal qui voudrait utiliser ce critère devrait donc comparer le cas soumis avec ce qui était en cause dans *Aiken*, en tenant compte de la superficie du commerce, du nombre de clients pouvant être admis en même temps, du nombre de tables, du nombre de haut-parleurs, de leur distance avec le récepteur, du fait qu'ils soient ou non encastrés, etc. D'autre part, devant le comité conjoint, on a mentionné que le critère serait de déterminer si un établissement était suffisamment important pour justifier un abonnement à un service de musique de fond de type “Musak”.⁶⁶

Quant au texte de la loi lui-même, on s'est demandé s'il devait être interprété étroitement, grammaticalement, ou largement. S'il devait être interprété étroitement, comme ce fut fait en partie dans *Claire's Boutiques*,⁶⁷ ne seront considérés légaux que les appareils-radio portatifs tout ce qu'il y a de plus commun. L'interprétation grammaticale signifie que seuls les critères apparaissant dans la loi doivent être utilisés. Il y en a trois : il ne doit s'agir que d'un seul appareil, d'un type généralement utilisé dans

les foyers privés, et sans qu'il y ait nouvelle retransmission de l'œuvre. L'interprétation large va conduire une cour à accepter qu'un établissement utilise un appareil qui s'éloigne jusqu'à un certain point de ce qui est couramment utilisé par monsieur tout-le-monde, qu'il s'agisse d'un plus grand nombre de haut-parleurs, de la force du courant qui leur est envoyé, etc.

Comme si les critères mentionnés dans la loi ne suffisaient pas, certains tribunaux en ont ajouté un autre : la taille de l'établissement commercial ! Ce qui implique qu'on s'est interrogé sur la surface occupée par le commerce en question,⁶⁸ sur ses revenus,⁶⁹ ou une combinaison des deux éléments, sur le nombre de clients qu'il peut accommoder,⁷⁰ le nombre de haut-parleurs installés,⁷¹ etc. Et ces éléments peuvent se raffiner davantage. Si on prend seulement l'élément relatif aux revenus d'un établissement, il faut déterminer à partir de quel niveau de revenu on ne peut plus être visé par l'exemption de l'article 110(5). Et qu'en est-il d'une boutique qui fait partie d'une chaîne ? Doit-on tenir compte des revenus de la compagnie-mère ou de chaque établissement séparément ?⁷²

Les tribunaux qui ont voulu s'en tenir à l'application des critères inscrits dans la loi ont eu, eux aussi, leur part de difficultés. Ils ont surtout buté sur le sens de l'expression «récepteur d'un genre généralement utilisé» (“a single receiving apparatus of a kind commonly used in private homes”). S'est posée la question de savoir jusqu'à quel point le propriétaire d'un établissement peut utiliser un système qui ressemble de moins en moins à un petit appareil-radio. *Quid* si l'équipement acheté dans le commerce de détail a été modifié ?⁷³ Si les haut-parleurs sont encastrés, et si les fils sont cachés dans les murs ?⁷⁴ Combien de haut-parleurs peut-on installer ?⁷⁵ Quelle distance maximale doit-il y avoir entre le récepteur et les haut-parleurs ?⁷⁶ Peuvent-ils être dans une autre pièce ? Et qu'en est-il de la qualité du son reproduit ?⁷⁷ En somme, comme l'a bien résumé un auteur en étudiant l'article 110(5) de la loi américaine : “[...] in the U.S. courts, no consensus exists as to what the exemption provides”.⁷⁸

On comprend que dans les années 1980 et 1990, les propriétaires de petits établissements commerciaux étaient fort insatisfaits de la façon dont les choses se passaient. Ils se sentaient harcelés par l'ASCAP qui pouvait presque toujours prétendre qu'ils devaient payer des redevances, dès qu'ils utilisaient un système dépassant un niveau minimal. Et lorsque l'affaire se trouvait devant les tribunaux, rien ne permettait de prédire le sort du litige avec la moindre certitude. C'est pourquoi des pressions intenses furent exercées sur le législateur en vue d'améliorer la situation. Ils ont obtenu satisfaction en janvier 1999 lors de l'adoption, après un combat épique avec les sociétés de gestion collective du droit d'auteur, de la *Fairness in Music Licensing Act*.⁷⁹

Cette loi amende l'article 110(5) du *Copyright Act*. Son texte est fort long, et c'est pourquoi nous allons

tenter de résumer ses principales dispositions, plutôt que de les reproduire *in extenso*. La loi de 1998 ne change pas les dispositions de la loi de 1976. Elle ajoute plutôt une série d'autres exceptions, libellées en termes beaucoup plus précis, qui exemptent totalement les établissements visés. Le paragraphe 5(B) de l'article 110 énonce que ne constitue pas une violation du droit d'auteur le fait pour un établissement commercial de retransmettre l'exécution d'une œuvre musicale destinée à être reçue par le grand public, lorsqu'elle provient d'une station de radio ou de télévision, ou d'une compagnie de télévision par câble⁸⁰ dûment autorisées par la Federal Communications Commission, si certaines conditions sont remplies.

La loi fait ensuite une série de distinctions relatives au type d'établissements et à leur taille. Sommairement, les règles sont les suivantes. Les établissements qui ne servent ni à boire ni à manger sont complètement exemptés si leur surface de plancher est de moins de 2000 pieds carrés. S'ils occupent une plus grande surface, ils sont exemptés à la condition de se limiter à un appareil-radio relié à six haut-parleurs, dont quatre au maximum peuvent être installés dans la même pièce.⁸¹ Pour les établissements où l'on sert à boire et à manger, ils doivent occuper moins de 3 750 pieds carrés. Si c'est davantage, ils sont également limités à utiliser six haut-parleurs, dont un maximum de quatre dans la même pièce.⁸² Dans tous les cas, aucuns frais directs ne doivent être exigés du public et l'émission ne peut être retransmise au-delà de l'établissement où elle est reçue.⁸³

L'avantage de ces dispositions, on le voit tout de suite, est d'enlever toute incertitude pour les établissements qui pourront s'y conformer, ce qui peut se faire sans grande difficulté. La loi vise aussi un grand nombre d'établissements. On a estimé que 70% de ceux qui devaient auparavant payer des redevances s'en trouveraient complètement exemptés.⁸⁴ L'industrie de la restauration et du commerce de détail a ainsi obtenu le droit de faire quelque chose qui était interdit depuis plus de 70 ans, depuis l'adoption de la loi de 1909!

Mais les choses ne pourront pas en rester là longtemps. Comme nous l'avons indiqué en introduction, cette disposition a été jugée récemment non conforme aux engagements des États-Unis au niveau international. Rappelons que les États-Unis sont devenus signataires de la Convention de Berne⁸⁵ en 1989. Dans les années 1990, ils ont signé l'Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce.⁸⁶ La Convention de Berne contient plusieurs dispositions pertinentes. Les articles 11 et 11bis sont particulièrement en cause. L'article 11 prévoit que les auteurs d'œuvres musicales jouissent du droit exclusif d'autoriser la représentation, l'exécution et la transmission publique de leurs œuvres «par tous moyens ou procédés». Selon l'article 11bis, les auteurs d'œuvres artistiques jouissent du droit exclusif d'autoriser la radiodiffusion de leurs œuvres, de même que «la communication publique, par haut-

parleur [...] de l'œuvre radiodiffusée». Le second paragraphe permet aux pays signataires de «régler les conditions d'exercice des droits visés par l'alinéa 1», mais sans que cela ne porte atteinte au droit des auteurs d'obtenir une rémunération équitable. Enfin, l'article 9(2) contient une disposition permettant aux pays membres de prévoir dans leur législation interne des limites aux droits des auteurs, mais à certaines conditions. Il se lit comme suit :

«Est réservée aux législations des pays de l'Union la faculté de permettre la reproduction desdites œuvres dans certains cas spéciaux, pourvu qu'une telle reproduction ne porte pas atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre ni ne cause un préjudice injustifié aux intérêts légitimes de l'auteur.»

Quant à l'accord de Marrakech, il est important parce qu'il prévoit un mécanisme faisant en sorte qu'un pays puisse forcer les autres à respecter les engagements pris au niveau de la Convention de Berne. Il contient aussi un mécanisme de règlement des différends. Il comporte une annexe (1C) sur les aspects des droits de propriété intellectuelle. Les articles 9, 13 et 14 sont particulièrement pertinents. Selon l'article 9, les pays signataires s'engagent à se conformer aux articles 1 à 21 de la Convention de Berne. Ce qui signifie qu'une violation de la Convention de Berne est automatiquement une violation de l'Accord de Marrakech. L'article 13, pour sa part, permet aux pays-membres de limiter ou de prévoir des exemptions aux droits des créateurs, mais «qui ne portent pas atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre ni ne causent un préjudice injustifié aux intérêts légitimes du détenteur du droit». L'article 14 prévoit que même les artistes-interprètes ont le droit d'empêcher la radiodiffusion et la «communication au public» de leur prestation si elle est faite sans leur accord.⁸⁷

En avril 1997, la Commission européenne a reçu une plainte formulée par une société de gestion collective des droits d'auteur pour l'Irlande, la Irish Music Rights Organisation.⁸⁸ La plainte alléguait que l'article 110(5) de la loi américaine contrevenait aux engagements internationaux des États-Unis. En juillet 2000, le «Dispute Settlement Body» de l'OMC accepta les conclusions d'un groupe d'étude (*Panel Report*) qui considérait la plainte fondée en ce qui concerne l'article 110(5)(B). Le sous-paragraphe A, qui reprend l'exemption formulée en 1976, fut jugé légal. Il demanda aux États-Unis de rendre sa législation conforme aux deux traités dont nous venons de mentionner les principales dispositions. Ceux-ci, plutôt que de porter l'affaire en appel, ont annoncé qu'ils allaient amender leur loi, mais qu'ils auraient besoin d'un délai d'au moins 15 mois pour ce faire.⁸⁹ Comme ce ne fut pas fait en juillet 2001, la Communauté européenne a le choix d'exiger «compensation» auprès des États-Unis ou de «suspendre ses obligations» — un euphémisme pour signifier le début d'une guerre commerciale — en imposant des tarifs spéciaux à l'égard de biens importés des États-Unis ou en suspendant ses paiements de droits d'auteur à l'égard des œuvres musicales américaines qui sont diffusées en Europe.⁹⁰

En Angleterre et en Australie

En Angleterre, la situation juridique ressemble beaucoup à celle prévalant au Canada. Malgré une phraséologie différente, la loi prévoit certaines exemptions et la relative absence de jurisprudence est notable. La loi de 1988⁹¹ énonce à son article 19 que le droit d'auteur à l'égard des pièces musicales comprend celui de transmettre son œuvre par la radiodiffusion. Selon le paragraphe (1) de cet article, en effet, l'exécution ("*performance*") d'une œuvre fait partie du domaine du droit d'auteur. Le paragraphe suivant ajoute que ce terme comprend tout mode de représentation acoustique de l'œuvre, y compris au moyen d'un enregistrement sonore. Selon le paragraphe (3), le fait de jouer une œuvre «en public» fait partie du droit d'auteur relativement aux enregistrements sonores et à la radiodiffusion. Enfin, selon le 4^e paragraphe, lorsqu'il y a une infraction à la loi parce que le droit d'auteur est "*[...] infringed by it being performed [...] in public by means of apparatus for receiving [...] sounds, the person by whom the [...] sounds are sent [...] shall not be regarded as responsible for the infringement*". Le principe est donc que le fait de faire jouer la radio en public constitue une exécution ou représentation publique de l'œuvre.⁹² L'exception est formulée à l'article 72 : ne constitue pas une infraction à la loi le fait de faire jouer en public la radio ou la télévision devant "*an audience who have not paid for admission to the place where the broadcast [...] is [...] heard*".⁹³ Les deux paragraphes suivants précisent ce que constitue ou non le fait d'avoir payé un prix d'entrée. Ainsi, selon l'art 72(2), le public sera considéré avoir payé un prix d'entrée lorsqu'un montant d'argent a effectivement été payé, ou lorsque le prix chargé pour la nourriture ou autre service fourni est nettement supérieur au prix normal, pour tenir compte du fait que des pièces musicales sont diffusées. Enfin, bénéficient d'une exemption complète les organismes à but non lucratif qui, lors d'activités bénéfique, font jouer des œuvres musicales, lorsque les profits amassés servent exclusivement à financer leurs œuvres charitables.⁹⁴

La jurisprudence, relativement peu abondante, a porté surtout sur la question de savoir ce que constitue une exécution «en public» d'une œuvre. Les juges sont arrivés à des conclusions très semblables à celles observées au Canada. Une exécution est faite «en public» lorsqu'on dépasse le cadre du foyer domestique ou du groupe d'amis, peu importe que le public ait payé ou non un prix d'entrée.⁹⁵ Ainsi, a été considéré comme étant une exécution publique le fait de jouer la radio dans une pièce adjacente à un restaurant, mais où les clients pouvaient clairement entendre la musique.⁹⁶ De même dans une usine,⁹⁷ et dans un magasin de disques.⁹⁸

En Australie, la situation est un peu différente. Il semble bien que le fait de faire jouer la radio dans un endroit public constitue une représentation ou une exécution publique des œuvres.⁹⁹ On distingue aussi, pour

le détenteur du droit d'auteur, entre le droit d'exécuter publiquement son œuvre et celui de la transmettre par la radiodiffusion. Ce n'est pas tant le fait de transmettre l'œuvre par la radiodiffusion qui constitue une exécution publique, que le fait d'utiliser un appareil récepteur.¹⁰⁰ En jurisprudence, il a été jugé dès 1925 que le fait pour une station de radio d'engager des chanteurs et de diffuser le son de leur voix constituait une infraction à la loi.¹⁰¹ En 1929, il fut affirmé que le fait de diffuser sans autorisation une œuvre musicale par la radiophonie constituait une infraction à la loi.¹⁰² Le fait de faire jouer la radio et des disques dans un commerce de pièces d'automobiles constituait également une exécution publique des œuvres.¹⁰³ Évidemment, la loi prévoit des cas où la règle ne s'applique pas, comme pour les organismes à but non lucratif ou les hôtels qui font jouer de la musique pour le bénéfice exclusif de leurs clients, sans qu'il leur soit chargé de prix particulier pour ce service,¹⁰⁴ mais elle ne contient aucune exemption rédigée en termes généraux comme l'article 69(2) de la loi canadienne. En somme, la seule exception importante concerne les hôtels.

En juin 1998, le comité permanent de la Chambre des Représentants sur les questions juridiques et constitutionnelles a déposé un rapport sur l'exécution publique des œuvres et leur représentation dans de petits établissements commerciaux.¹⁰⁵ Les conclusions principales visaient à maintenir le principe selon lequel les petits commerces ne sont pas dispensés du paiement de redevances et à officialiser dans la loi ce qui se fait déjà, *i.e.*, que les sociétés de gestion collective ne réclament pas de droits d'auteur dans les établissements de moins de vingt employés, où la radio est installée pour leur propre agrément et n'est pas véritablement destinée à être entendue par le public qui fréquente l'établissement.

Conclusion

Nous pouvons conclure assez rapidement. Après avoir exposé l'état du droit surtout au Canada et aux États-Unis, on peut dire que la problématique soulevée en introduction reste entière. Tous s'entendent pour dire que lorsqu'une œuvre musicale est diffusée à la radio, elle est exécutée publiquement, de sorte que les compositeurs et les compagnies de disques ont droit à une rémunération en vertu de la loi sur le droit d'auteur. Les auditeurs qui sont dans l'intimité de leur foyer ne représentent pas l'œuvre à nouveau. Cependant, si la radio est jouée en public, on doit admettre qu'à partir d'un certain point, il y a une exécution publique d'une œuvre, exactement comme si on faisait jouer un disque ou si un ou des musiciens avaient été engagés pour jouer l'œuvre. Il faut donc, logiquement, une règle qui précise le stade à partir duquel des droits d'auteur doivent être payés.¹⁰⁶

Les arguments en faveur ou contre l'obligation d'acquitter des droits pour les utilisateurs d'appareils-radio ont été examinés plusieurs fois en doctrine.¹⁰⁷ Sans les reprendre en détail, on peut mentionner les principaux. D'une part, les opposant à cette obligation arguent que les auteurs sont compensés financièrement par les droits acquittés par les stations de radio et qu'ils n'ont pas à être compensés plusieurs fois pour ce qui a été une exécution unique de leur œuvre. Les tenants de cette obligation croient au contraire qu'ils ne sont pas adéquatement rémunérés lorsque leur œuvre est exécutée à toutes fins pratiques une deuxième fois en public. Les propriétaires de restaurants et commerces où la radio diffuse la musique devraient assumer une part des droits d'auteur, vu qu'ils tirent un avantage économique de la musique qui sert à attirer et à garder leur clientèle. Toutefois, comme ils ne connaissent pas d'avance ce qui sera diffusé, il est délicat de soutenir que le fait de jouer la radio est un élément qui augmente réellement leur chiffre d'affaires. D'autres estiment que la radio utilisée dans un commerce fait injustement concurrence aux fournisseurs de systèmes commerciaux de diffusion de musique qui doivent, eux, payer des redevances. Et si l'on conclut que des droits doivent être acquittés, se posera la difficile question de la façon de les établir de façon équitable : selon le type d'appareil utilisé, selon la taille de l'établissement, selon le nombre d'employés, selon le nombre de haut-parleurs ?

Disons que la question qui nous intéresse peut être envisagée tant au point de vue juridique que non juridique. Au plan juridique, il faut dire que le Canada est un pays souverain, et donc que le parlement fédéral peut prévoir toute règle qu'il veut bien dans sa loi en matière de droits d'auteur. La seule limite réside dans le fait qu'il a signé des traités internationaux qu'il s'est engagé à respecter. Sans étudier la question de savoir si l'article 69(2) de notre loi est conforme aux dispositions de la Convention de Berne, du traité de Marrakesh ou d'un autre traité, on doit remarquer qu'à l'heure actuelle aucune plainte n'a été formulée à l'égard de la conformité ou non de l'article 69(2). Le Canada ne semble pas trop non plus s'inquiéter de cette question, car lors de l'audition de la plainte contre les États-Unis, plusieurs pays ont été invités à présenter leurs arguments, et nombreux sont ceux qui l'ont fait comme on l'a vu dans le cas de l'Australie. Pour ce qui est du Canada, sa position s'est

résumée à une seule phrase : le litige soulève une «question importante» concernant la place d'exceptions qui doivent être «limitées», et le Canada est «hautement intéressé» par cette problématique et il attend avec impatience la décision du «panel».¹⁰⁸

Au point de vue de la politique à adopter, on remarque que la plupart des auteurs qui se sont prononcés sur cette question voudraient que la règle énoncée dans la loi canadienne soit encore plus restrictive. Ainsi Keyes et Brunet ont recommandé, en 1977, que seules les entreprises comptant trois employés ou moins soient exemptées.¹⁰⁹ En 1982, Magnusson et Nabhan ont suggéré une exemption applicable uniquement aux «petits usagers», *i.e.*, aux établissements qui utilisent seulement un appareil du genre qui est vendu au grand public lequel est installé de façon à ce que ce soit le propriétaire et ses employés qui en profitent. Évidemment, aucun prix d'entrée ne doit être exigé du public et les exécutions ne doivent faire l'objet d'aucune promotion.¹¹⁰ Caroline Crowe, en 1984, abondait dans le même sens. Une exemption ne devrait subsister que dans le cas des tout petits établissements, et où la musique ne sert pas de moyen d'attirer la clientèle, ne contribue pas au caractère profitable de l'entreprise et n'interfère pas avec le marché des entreprises de fourniture de services musicaux de type «Musak».¹¹¹ Pour notre part, nous serions portés à suggérer que la loi reste telle quelle. Il faut bien réaliser que l'exemption prévue est fort limitée. On a ôté depuis déjà quelques années la mention relative aux disques. L'article 69(2) ne permet donc pas de faire jouer des disques en public. Contrairement à la loi américaine et à celle de plusieurs autres pays, il ne permet pas non plus le visionnement de la télévision en public, et encore moins l'utilisation de cassettes vidéo. Il ne permet pas non plus l'utilisation de vidéo-disques. Il est strictement limité aux appareils-radio. La seule inéquité qu'on peut y voir serait dans le cas d'établissements à grande surface qui diffusent la musique dans la totalité de leur commerce. Dans certains cas, comme dans certains restaurants, on peut concéder que cela contribue à la rentabilité de l'entreprise. Mais la loi permet à la Commission du droit d'auteur de prélever des redevances qui pourraient servir à compenser les compositeurs et les compagnies de disques dans ces cas. Cela nous semble tout à fait suffisant comme mesure.

Notes:

- ¹ *Loi sur le droit d'auteur*, L.R.C. 1985 c. C-42, art. 69(2).
- ² 17 U.S.C.A. s. 110(5).
- ³ Mary LaFrance, "Congress Trips Over International Law: WTO finds Unfairness in Music Licensing Act" (2001) 11 DePaul-LCA J. Art. & Ent. L. 397 à la p. 420 et s.
- ⁴ Paul Gitlin, "Radio Infringement of Music Copyright" (1998) 46 J. Copyright Soc'y U.S.A. 7 à la p. 9, à la note de bas de page 5. Il s'agit d'un texte écrit en 1939 et réédité en 1998.
- ⁵ On peut dire, pour être plus précis, que la première loi américaine en matière de droit d'auteur a été adoptée en 1856, mais ce n'est qu'en 1897 que les compositeurs ont reçu une protection à l'égard de la représentation publique de leurs œuvres. Une refonte importante de la loi eut lieu en 1909, et c'est à ce moment qu'est apparue la règle selon laquelle seules les exécutions publiques faites dans un but lucratif exigeaient le consentement du compositeur: David Shipley, "Copyright Law and Your Neighborhood Bar and Grill: Recent Developments in Performance Rights and the Section 110(5) Exemption" (1987) 29 Ariz. L. Rev. 475 à la p. 477.
- ⁶ *Victor Sherbert et al. c. Shanley Company*, 242 U. S. 591, 37 S. Ct. 232 (1917).
- ⁷ 35 Stat. 1075 (1909), 17 U.S.C.A. s 1(e). On prévoit que le titulaire du droit d'auteur "shall have the exclusive right (...) to perform the copyrighted work publicly for profit if it be a musical composition."
- ⁸ *Supra* note 5 à la p. 594.
- ⁹ *M. Witmark & Sons c. L. Bamberger & Co.*, 291 F. 776 (1923).
- ¹⁰ *Ibid.* aux pp. 779-80.
- ¹¹ *J. H. Remick & Co. c. American Automobile Accessories Co.*, 298 F. 628 (1924). Cette décision a été suivie en 1926 dans *J. H. Remick v. General Electric Co.* 16 F (2d) 829, où on a comparé le rôle joué par une station de radio à celui d'une personne qui ouvrirait les fenêtres d'un local où est jouée une œuvre par un orchestre, augmentant ainsi l'auditoire.
- ¹² *J. H. Remick & Co. c. General Electric Co.*, 4 F.2d 160 (1924).
- ¹³ *J. H. Remick & Co. c. American Automobile Accessories Co.*, 5 F.2d 411 (1925), autorisation de pourvoi à la Cour suprême refusée 269 U. S. 556 (1925).
- ¹⁴ Paul Gitlin, *supra* note 4 aux pp. 15-19.
- ¹⁵ *Buck et al c. Debaum et al.*, 40 F.2d. 734 (1929).
- ¹⁶ *Ibid.* à la p. 735.
- ¹⁷ 283 U. S. 191, 51 S. Ct. 410 (1931) [renvois aux U.S.].
- ¹⁸ *Ibid.* à la p. 197.
- ¹⁹ *Ibid.* à la p. 200.
- ²⁰ *Ibid.* à la p. 202.
- ²¹ *Ibid.* à la p. 199, note de bas de page no. 5.
- ²² D. Shipley, *supra* note 5 à la p. 481.
- ²³ Voir par ex. *Soc. Of European Stage Authors & Comp. Inc. c. N-York Hotel Slater Co.*, 19 F. Supp. 1 (1937).
- ²⁴ La clause se lisait comme suit: "Nothing herein contained shall be construed as permitting the license to grant to others the right to reproduce or perform publicly for profit, by any means, (...) any of the musical compositions within the repertoire of the Society, so broadcast, or as permitting any receiver of the broadcast of any of said compositions to publicly perform or reproduce the same for profit...". P. Gitlin, *supra* note 4 à la p. 20.
- ²⁵ [1935] C.S. 18.
- ²⁶ *Ibid.* à la p. 24.
- ²⁷ *Ibid.* à la p. 28.
- ²⁸ Carolyn Crowe, "Disappearing Loyalties — The Small User? Exemption of the Canadian Copyright Act", (1984) 77 C.P.R. 177.
- ²⁹ *Ibid.* aux pp. 189-194. Le tarif pour les radios fut rapidement ramené de 35 \$ à 5 \$.
- ³⁰ L.C. 1938, c. 27, art. 4.
- ³¹ Il faut se rappeler qu'à l'époque un propriétaire d'appareil-radio devait payer au gouvernement fédéral un montant annuel de \$2.50, qui était une mesure de taxation indirecte.
- ³² L.C. 1952, c. 55, art. 50(7). En fait, on peut dire que la modification la plus importante fut la renumérotation de la disposition, qui devint l'article 50(7) de la loi, qui fut connue sous ce numéro pendant plus de trente ans.
- Le Tribunal d'appel du droit d'auteur devint aussi à ce moment la "Commission d'appel du droit d'auteur".
- ³³ L.R.C. 1985, c. C-42, art 69(2).
- ³⁴ L.R.C. 1985 (5^e supp.), c. 10, art. 14.
- ³⁵ L.C. 1988, c. 15, art. 13.
- ³⁶ L.C. 1993, c. 44, art. 73.
- ³⁷ [1945] A. C. 108.
- ³⁸ *Ibid.* aux pp. 118-9.
- ³⁹ *Ibid.* à la p. 122.
- ⁴⁰ (1955), 21 C.P.R. 79, [1954] 3 All. E. R. 708.
- ⁴¹ [1959] R.C.S. 488.
- ⁴² *Ibid.* aux pp. 492-3.
- ⁴³ *Ibid.* à la p. 494.
- ⁴⁴ Notons que le juge Cartwright a été dissident. À son avis, l'affaire Vigneux ne pouvait être utile ici, parce qu'il était évident dans ce cas-là qu'on avait affaire à un gramophone. Mais, en se basant sur l'affaire Associated Broadcasting Co, il jugea qu'on s'éloignait trop en l'occurrence du type d'appareil vendu et utilisé par le public en général. *Ibid.* aux pp. 496-7.
- ⁴⁵ *Fortnightly Corp. c. United Artists Television, Inc.*, 88 S. Ct. 2084 (1968).
- ⁴⁶ On violait donc le droit suivant donné aux auteurs à l'article 110 (e) de la loi américaine: "To perform the copyrighted work publicly for profit if it be a musical composition".
- ⁴⁷ *Ibid.* à la p. 2088.
- ⁴⁸ *Ibid.* à la p. 2089.
- ⁴⁹ *Teleprompter Corp. c. Columbia Broadcasting System, Inc.*, 392 U. S. 390 (1974).
- ⁵⁰ *Ibid.* à la p. 405.
- ⁵¹ *Ibid.* à la p. 408.
- ⁵² *Ibid.* aux pp. 410-415. Il ajouta que si les parties au litige ne sont pas satisfaites du type de relations juridiques existant entre les stations de télévision et les compagnies de télévision par câble, elles doivent se tourner vers le parlement (le Congrès) pour obtenir satisfaction, le rôle des tribunaux n'étant pas de les modifier.
- ⁵³ *Twentieth Century Music Corp. c. George Aiken*, 95 S. Ct. 2040 (1975).
- ⁵⁴ *Ibid.* à la p. 2044. Le juge prend pour acquis que la réception des chansons qui sont jouées à la radio est faite «publicly for profits».
- ⁵⁵ *Ibid.*
- ⁵⁶ *Ibid.* à la p. 2047.
- ⁵⁷ *Ibid.* à la p. 2046.
- ⁵⁸ 17 U.S.C. s. 106(4) (1982).
- ⁵⁹ *Ibid.*, s. 101.
- ⁶⁰ *Ibid.*
- ⁶¹ *Supra* note 58, s. 101.
- ⁶² D. Shipley, *supra* note 5 à la p. 484.
- ⁶³ *Ibid.*
- ⁶⁴ La question a été abordée dans *Hickory Grove Music c. Andrews*, 749 F. Supp. 1031 (1990). Pour une bonne étude de l'histoire de la loi, voir Bart A. Lazar, "Mere Reception in Public Under the Copyright Act of 1976: Exempt or Extinct?" (1991) 1 Alb. L. J. Sci. & Tech. 97 (1991) aux pp. 113-9.
- ⁶⁵ Paul Warenski, "Copyrights and Background Music: Unplug the Radio Before I Infringe Again" 15 Hastings Comm & Ent L.J. 523 à la p. 528. Pour une étude globale des questions d'interprétation de l'article 110(5) de la loi, cf. J. Wilk, "Seeing the Words and Hearing the Music: Contradictions in the Construction of 17 U. S. C. Section 110(5)" (1993) 45 Rutgers L. Rev. 783.
- ⁶⁶ *Ibid.*
- ⁶⁷ *Broadcast Music Inc. c. Claire's Boutiques*, 949 F.2d 1482 (1991).
- ⁶⁸ Comme dans *Sailor Music v. Gap Stores*, 668 F. Supp. 84 (1981)
- ⁶⁹ *Merrill v. Bill Mulleer's Bar-B-Q Entrepr.* 688 F. Supp. 1172.
- ⁷⁰ *Supra* note 64.
- ⁷¹ *Korwin Corp. c. Kowalczyk*, 855 F.2d 375 (1988).

- ⁷² *Supra* note 67.
- ⁷³ *Merill c. County Stores Inc.*, 699 F. Supp. 1164 (1987).
- ⁷⁴ *Hickory Grove*, *supra* note 64. Voir aussi *Cass County Music Co. c. Muedini* 55 F(3d) 265 (1995). Ce dernier arrêt a été commenté par J. B. MacDonald : "Defining the Limits of the Home-Type Receiver Exemption in 17 U. S. C. s. 110(5) : *Cass County Music Co v. Muedini*" 4 Vill. Sports & Ent. L. J. 147.
- ⁷⁵ *Rodgers c. Equity Four Lumber Co.*, 617 F. Supp. 1021 (1985).
- ⁷⁶ *Bill Muller's Bar-B-Q*, *supra* note 69.
- ⁷⁷ *Springsteen c. Plaza Roller Dome*, 602 F. Supp. 1113 (1985).
- ⁷⁸ Laura A. McCluggage, "Section 110(5) and the Fairness in Music Licensing Act : Will the WTO Decide the United States Must Pay to Play?" (2000) 40 *Idea* : J.L. & Tech. 1 à la p. 15.
- ⁷⁹ 17 U.S.C. s. 110(5) (1999). Plusieurs versions du projet de loi avaient été présentées dans les années antérieures, à partir de 1994. Pour une étude de l'historique et des versions antérieures de la loi, voir "Fairness in Musical Licensing Act Mired" (1994) 6 :12 *J. Proprietary Rts* 26; Matthew Clarke, "Fairness in Music Licensing Act of 1997 : Will It End the Confusion Surrounding the Homestyle Exemption of the Copyright Act?" (1997) 8 *DePaul-LCA J. Art & Ent. L.* 141.
- ⁸⁰ On voit que la loi américaine permet de faire jouer en public la radio et la télévision, à certaines conditions. Mais comme la loi canadienne ne traite que de la radio, nous nous en tenons à cette problématique.
- ⁸¹ *Supra* note 79, s. 110(5)(B)(i)(I). D'autres règles s'appliquent si on veut faire jouer la télévision.
- ⁸² La loi va jusqu'à tenir compte des espaces de stationnement dans la façon de calculer la superficie d'un établissement, mais nous n'entrerons pas dans ces détails.
- ⁸³ *Supra* note 79, s. 110(5)(B) (ii) et (iii). La loi est à l'effet que "no direct charge is made to hear the transmission".
- ⁸⁴ Ralph Carter, "The Erosion of American Copyright Protection : the Fairness in Music Licensing Act" (2000) 18 *J. Marshall J. Computer & Info. L.* 791 à la p. 810. L'auteur estime les pertes encourues par les compositeurs et compagnies de disques à plusieurs millions de dollars par année (à la p. 793). Notons aussi que la loi se trouve à exempter des commerces occupant une superficie plus de 4 fois supérieure à celle en cause dans la décision Aiken, qui devait pourtant représenter la "limite extrême" de ce qui serait permis.
- ⁸⁵ Le texte est reproduit dans la seconde annexe de la loi de 1921. Voir L.R.C. 1952, c. 55. Voir aussi OMPI (Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle) : *Guide de la Convention de Berne sur la protection des oeuvres littéraires et artistiques* Genève, WIPO, 1978.
- ⁸⁶ Le texte est disponible sur le site web de l'OMC : <http://www.wto.org>.
- ⁸⁷ Laura McCluggage, *supra* note 78, fait une excellente analyse des obligations des Etats-Unis en vertu de ces deux traités internationaux aux pp. 18-36. Voir aussi Leslie Sindelar "Not So Fair After All — International Aspects of the Fairness in Music Licensing Act of 1998" (2001) 14 *Transnat'l Law*. 435.
- ⁸⁸ Cette plainte était appuyée par le GESAC, le Groupe Européen des Sociétés d'Auteurs et Compositeurs, fort de presque un-demi million de membres. Voir L. A. McCluggage, *supra* note 78 à la p. 2.
- ⁸⁹ "U.S. Must Repeal Fairness in Music Licensing Act by July 27, 2001, WTO Arbitrator Rules" 22 : *Ent. L. Rep.* 8 (2001).
- ⁹⁰ En fait, comme les parties ne pouvaient s'entendre sur le délai exigé par les Etats-Unis pour réagir, cette question a été référée à l'arbitrage. Voir L. Sindelar, *supra* note 87 à la p. 468. L'organisme chargé du règlement des disputes a ensuite accordé aux Etats-Unis une extension du délai impartit jusqu'au 31 décembre 2001.
- ⁹¹ *Copyright, Designs and Patents Act, 1988*.
- ⁹² "A person who by means of a receiving set and loudspeaker makes audible to a public audience musical works which are being broadcast gives a performance of those works," *Perf. Right Soc. c. Hammond's Bradford Brewery Co. Ltd.*, [1933] All E.R. 270.
- ⁹³ *Supra* note 91, art. 72(1).
- ⁹⁴ *Ibid.* art. 72(3)(b).
- ⁹⁵ *Jennings c. Stephens*, [1936] 1 All E.R. 409.
- ⁹⁶ *Perf. Right Soc. c. Camelo*, [1936] 3 All E.R. 557.
- ⁹⁷ *Ernest Turner Electr. Instrum. Ltd. c. Perf. Right Soc.*, [1943] 1 All E. R. 413.
- ⁹⁸ *Perf. Right Soc. c. Harlequin Record Shops Ltd.*, [1979] 2 All E.R. 828.
- ⁹⁹ Caroline Crowe, *supra* note 28 à la p. 233 et s. La loi australienne sur le droit d'auteur remonte toujours à 1968. Elle a connu au cours des ans quelques amendements, mais pas de refonte majeure.
- ¹⁰⁰ *Ibid.* à la p. 234, et art. 27(4) de la loi. La société de gestion collective des droits, l'APRA (Australasian Performing Right Association Ltd) exige un montant de \$37.62 par appareil-radio dans les établissements commerciaux, plus \$0.56 par employé permanent. *Infra* note 105, dans le mémoire soumis par l'Australie.
- ¹⁰¹ *Chappell & Co. c. Associated Radio Co. of Australia Ltd.*, [1925] V.L.R. 350.
- ¹⁰² *Australasian Perf. Right Assoc. c. 3DB Broadcasting Co.*, [1929] V.L.R. 107.
- ¹⁰³ *Australasian Performing Right Association Ltd c. Tolbush Pty Ltd et al* (1985), 62 ALR. 521. Voir aussi les autres cas mentionnés par C. Crowe, *supra* note 99 à la p. 234.
- ¹⁰⁴ Cf art. 106 de la loi australienne.
- ¹⁰⁵ Son titre est "Don't stop the music", et est accessible sur internet : www.ascap.com/legislative/legis_qa.html
- ¹⁰⁶ Lors des débats sur la plainte formulée contre les Etats-Unis, ceux-ci ont mentionné qu'une douzaine de pays avaient dans leur législation interne une quelconque exception visant l'écoute de la radio ou de la télévision en public.
- ¹⁰⁷ Entre autre, voir D. Magnusson et V. Nabhan, *Les exceptions à la protection des droits d'auteur au Canada*, Ottawa, Consommation et Corporation Canada, 1977 à la p. 133 et s.
- ¹⁰⁸ M. Peters et R. Goslins "Report of the Panel (WTO) on United States Section 110(5) of the U.S. Copyright Act" (2000) 621 *PLI/Pat* 85. La position du Canada se trouve dans le troisième document annexé, intitulé : "Submissions by the parties".
- ¹⁰⁹ A. A. Keyes et C. Brunet, *Le droit d'auteur au Canada. Propositions pour une révision de la loi*, Ottawa, Consommation et Corporation Canada à la p. 177.
- ¹¹⁰ *Supra* note 107 aux pp. 145-6.
- ¹¹¹ C. Crowe, *supra* note 28 aux pp. 238-9.