

**Les droits sur les objets de communication et environnements
électroniques**

Jean-Arpad Français

Institute of Comparative Law – McGill University, Montreal

August 2001

**A thesis submitted to the Faculty of Graduate Studies and Research in partial
fulfilment of the requirements of the degree of LL.M.**

© Jean-Arpad Français 2001



National Library
of Canada

Acquisitions and
Bibliographic Services

395 Wellington Street
Ottawa ON K1A 0N4
Canada

Bibliothèque nationale
du Canada

Acquisitions et
services bibliographiques

395, rue Wellington
Ottawa ON K1A 0N4
Canada

Your file Votre référence

Our file Notre référence

The author has granted a non-exclusive licence allowing the National Library of Canada to reproduce, loan, distribute or sell copies of this thesis in microform, paper or electronic formats.

The author retains ownership of the copyright in this thesis. Neither the thesis nor substantial extracts from it may be printed or otherwise reproduced without the author's permission.

L'auteur a accordé une licence non exclusive permettant à la Bibliothèque nationale du Canada de reproduire, prêter, distribuer ou vendre des copies de cette thèse sous la forme de microfiche/film, de reproduction sur papier ou sur format électronique.

L'auteur conserve la propriété du droit d'auteur qui protège cette thèse. Ni la thèse ni des extraits substantiels de celle-ci ne doivent être imprimés ou autrement reproduits sans son autorisation.

0-612-79126-2

REMERCIEMENTS :

Pour sa bienveillante sollicitude, le dévouement témoigné à ses étudiants et l'émulation sans cesse suscitée au contact de sa rigueur, de l'opiniâtreté de ses conseils et de la richesse de sa pensée, mes remerciements les plus sincères vont à mon directeur de recherche, le Professeur Ysolde Gendreau.

A mes chers parents dont le soutien de tous instants et de tous ordres reçu de leur part est inégalé, j'adresse toute ma reconnaissance et mon entière gratitude. Je souhaite attribuer une mention particulière à mon père en raison du travail de correction auquel il s'est attelé et du courage et de l'assiduité qu'il a déployés dans cette tâche.

Je me dois de ne pas omettre la valeur des remarques stylistiques et des encouragements de François LeTourneux qui, non contents d'enrichir mon travail, l'auront marqué du signe de l'amitié. Celle d'Antoine Jothy ne peut non plus être omise. Je le remercie pour son assistance morale mais aussi logistique lors du stockage électronique du flot des versions du mémoire au fur et à mesure de son développement.

La patience et la compréhension de la douce Paloma face au sacrifice de ses promenades méritent d'être saluées.

LES DROITS SUR LES OBJETS DE COMMUNICATION ET ENVIRONNEMENTS ELECTRONIQUES

*Jean-Arpad Français**

La technologie numérique a provoqué une dynamique nouvelle de convergence des techniques et des médias. La radiodiffusion sur Internet en constitue un exemple parfait. Celle-ci est l'occasion de s'intéresser à la faculté des systèmes juridiques canadien et français de propriété intellectuelle à embrasser les mutations technologiques en cours. Plus fondamentalement, l'analyse de droit comparé des régimes juridiques encadrant l'activité de radiodiffusion permet de mesurer l'autonomie cybernétique des deux systèmes étudiés. Il est avancé l'idée que l'adaptation du droit ne doit pas s'effectuer de façon isolée et qu'il faut davantage gager sur l'adaptabilité du droit. Cependant, lorsque celle-ci présente des signes de difficulté, il convient d'envisager la possibilité que les problèmes juridiques rencontrés sur les réseaux numériques sont moins fonction de la conjoncture technologique que de la structure systémique.

Digital technology has generated a whole new dynamic of convergence of the techniques and the media. In this respect, broadcasting on the Internet is a perfect example. Through the latter rises the question of the ability of the Canadian and French intellectual property systems to embrace the current technological changes. More fundamentally, a comparative analysis of the two legal regimes surrounding broadcasting allows one to assess the cybernetic autonomy of the systems studied. It is argued that any adaptation of the law should be implemented with a general approach and that the belief in the adaptability of the law should be favoured. However, when such adaptability shows signs of difficulty, the resolution of problems related to computer networks should be handled less from a technological standpoint with regards to novelty than a structural one with regards to systemic logic.

PLAN

INTRODUCTION	3
I/ CONVERGENCE DES MEDIAS : LES SOURCES PRINCIPALES	6
A/ CONVERGENCE AU PLAN TECHNIQUE	8
B/ CONVERGENCE AU PLAN STRUCTUREL.....	15

* LL.B (UdeM) ; D.E.A. (Nice Sophia-Antipolis).

1) <i>Convergence ou foisonnement des rapprochements sectoriels</i>	16
2) <i>Portée de la logique d'intégration au regard des droits de propriété intellectuelle</i>	18
II/ DIVERGENCE PARMI LES MEDIAS : LA PROTECTION DE L'OBJET DE COMMUNICATION	24
A/ LA POSITION DES RADIODIFFUSEURS TRADITIONNELS	27
1) <i>Critique des instruments internationaux relatifs aux droits des organismes de radiodiffusion</i>	29
a) La Convention de Rome	29
b) La Convention de Bruxelles.....	32
c) L'Accord sur les ADPIC	33
2) <i>Critique des justifications à certaines exceptions au régime de protection des radiodiffuseurs</i>	37
a) Europe et France.....	39
i) Le droit européen de la retransmission par câble.....	39
ii) Le droit français de la retransmission par câble.....	43
α) avant 1985	44
β) à partir de 1985	45
b) États-Unis et Canada	51
i) Le droit américain de la retransmission par câble.....	52
α) avant 1992	52
β) dès 1992.....	57
ii) Le droit canadien de la retransmission par câble	60
α) l'article 31 de la LDA	60
β) l'article 21 de la LDA	62
B/ LE POINT DE VUE DES NOUVEAUX MEDIAS	66
III/ ÉMERGENCE : LE DROIT DE LA WEBDIFFUSION	71
A/ L'ADAPTABILITÉ DU DROIT FACE À LA WEBDIFFUSION	71
1) <i>Définition de l'objet de communication</i>	72
2) <i>Exploitation des objets de communication</i>	83
B/ L'ÉVENTUALITÉ D'UNE ADAPTATION DU DROIT	86
1) <i>Les droits d'auteur sur les programmes de radiodiffusion</i>	87
2) <i>Le régime de retransmission des programmes sur Internet</i>	91
CONCLUSION	96
BIBLIOGRAPHIE	98

INTRODUCTION

Le journal *Le Monde* titrait le mardi 19 septembre 2000 page 17 : « La propriété intellectuelle et les nouvelles technologies ». L'article rapportait une communication du professeur Michel Vivant que résumait la formule suivante : « [L]e développement de l'informatique nous oblige à repenser totalement la notion d'auteur et les droits qui lui sont traditionnellement reconnus ». L'ampleur acquise par les environnements électroniques augure d'importants changements à soumettre à la science juridique lorsqu'elle n'y est pas elle-même soumise¹. L'avènement de ce qu'il est communément admis d'appeler la Société de l'information se confond avec l'apparition d'un marché des « biens informationnels »². A cet égard le professeur Michel Vivant écrit :

[o]n ne s'étonnera donc pas que la propriété intellectuelle, bousculée par les nouvelles technologies, soit le lieu de tous les antagonismes. En effet, autrement pensée que naguère, cette propriété est omniprésente. Il est difficile de ne pas s'y heurter. Ainsi, à proportion du développement des « bastilles » que sont les droits d'auteur et autres droits de la même parentèle, se développent divers mouvements d'opposition. L'expression mérite un mot d'explication mais l'idée est simple. Il n'est pas de vraies propriétés intellectuelles en dehors des sociétés libérales où existe un marché puisque ces droits, tels que conçus depuis, en gros, le XVIII^e siècle, sont un moyen pour leur titulaire de se réserver un marché. Mais quand tout est prétexte à réservation, quand le parcours est semé d'embûches et de péages, que reste-t-il du modèle libéral ? Or aujourd'hui, les droits se multiplient³.

¹ Voir M.J. O'Connor, « Squeezing into Traditional Frames : Intellectual Property Law in the Shadow of the Information Society » (1998) 12 *I.P.J.* 285 ; S.J. Drucker & G. Gumpert, « Legal Geography: The Borders of Cyberlaw » in Drucker (S.J.), Gumpert (G) (ed.), *Real Law at Virtual Space : Communication Regulation in Cyberspace*, Cresskill, NJ, Hampton Press, 1999 à la p. 1 ; A.L.A.I., *Droits d'auteur et connexes et convergence des médias dans le contexte numérique*, Journées d'étude nordiques, du 18 au 20 juin 2000, Stockholm, Suède ; P. Trudel et al. (dir.), *Droit du cyberspace*, Montréal, Thémis, 1997.

² E. Mackaay, « Les biens informationnels » in *Ordre juridique et ordre technologique*, Paris, C.N.R.S., 1986 à la p. 134. « Ce qu'ont en commun les « biens informationnels » mentionnés – et c'est la définition retenue dans cet article – c'est qu'ils constituent des structures d'information dont la création a exigé un investissement non nul et dont on espère tirer des revenus commerciaux », à la p. 135 ; voir P. Samuelson, « Is Information Property ? » (1991) 34-3 *Communications of the ACM* 15 ; voir aussi N. Mallet-Poujol, « Appropriation de l'information : l'éternelle chimère » (1997) 38^e *Cahier D. Chro.* 330.

Il est fait allusion aux droits voisins du droit d'auteur qui, avec l'apparition des nouvelles technologies, ont posé aux systèmes de propriété intellectuelle, quelle que soit la tradition dont ils ressortissent, des difficultés lors de leur intégration. Le concept de nouvelle technologie demeure par ailleurs un concept relatif. L'imprimerie, la radio, la télévision, le câble et le satellite étaient des technologies nouvelles et révolutionnaires au moment de leur découverte. La technologie numérique, dans certains de ses aspects, doit aussi être relativisée³.

Les droits sur les objets de communication sont relativement peu connus en dépit de leur grande proximité avec le problème de la circulation de l'information et des tentatives des acteurs du marché d'établir une exclusivité sur celle-ci. Ce sont des droits qui ont pour objet ce qui est communiqué par les moyens médiatiques contemporains et pour sujet les opérateurs de ces ensembles médiatiques. Ce sont des droits qui entourent les œuvres de la création intellectuelle puisqu'ils portent avant tout sur les vecteurs (objets ou sujets) de celle-ci. Cette distinction est pour le moins abstraite et contribue souvent à alimenter une confusion entre le signal de radiodiffusion, le programme, la programmation, l'émission de radio et de télévision, le type de radiodiffuseur et de radiodiffusion et les contenus de ces objets de communication relevant de droits de nature proche mais parallèle. En principe, les droits sur les objets de communication ne prennent naissance que grâce à la loi qui ne requiert d'eux aucune condition liée à la créativité. Ce sont des droits de propriété intellectuelle dépourvus de tout lien avec la notion d'originalité caractéristique des droits d'auteur traditionnels. C'est cette particularité qui en fait aussi des enjeux privilégiés pour les prétendants à leur titularité. Ce sont surtout des droits qui participent du champ des « biens informationnels » dans la mesure où ils recouvrent les intérêts situés au centre du processus de diffusion de l'information. Il faut cependant noter que la prise en compte de ce type de « biens informationnels » ne s'effectue pas exclusivement par le biais de la propriété

³ M. Vivant, « La propriété intellectuelle et les nouvelles technologies » *Le Monde* (19 septembre 2000) 17.

⁴ Ainsi en matière de qualité du son et d'exploitation de celle-ci, notamment par le cinéma et sa bande sonore, il a été écrit que la découverte de la technologie *Dolby stereo* en 1975 a constitué en terme d'avancée un pas plus important que l'invention du son numérique. J. Given, *The Death of Broadcasting ? [...] Media's Digital Future*, Australia, UNSW Press, 1998 à la p. 22.

intellectuelle et du droit d'auteur. Ces « biens » peuvent aussi recevoir un traitement aux plans contractuel, administratif et réglementaire, technique grâce au cryptage, à ceux du droit des communications, du droit de la concurrence, du droit des marques, du droit civil, ... La présente étude se place sous le principal angle du droit d'auteur et des droits connexes dans une optique de droit comparé entre le Canada et la France. Ce n'est qu'à titre accessoire que seront envisagés les droits européen et américain.

Jusqu'à une époque récente, le secteur de la radiodiffusion baignait dans un climat de relative quiétude en raison du statut confortable de ses occupants. L'essor des technologies numériques est venu déranger quelque peu les monopoles et oligopoles des médias et considérablement raviver un secteur jusqu'alors stable. Quotidiennement, on assiste à une métamorphose des techniques et des médias qui, sous l'effet de l'interconnexion des réseaux informatiques, sont mus et unifiés dans une dynamique de *convergence*. La radiodiffusion sur Internet constitue un exemple aigu de ce phénomène. Paradoxalement, il n'échappe pas à la tendance contraire d'opposition et de *divergence* soulignée plus haut. Les différents intéressés sollicitent en effet de plus en plus le système juridique dans le dessein d'obtenir le plus de « bastilles » possibles⁵.

La question des droits sur les objets de communication présente ainsi un triple intérêt : elle permet de préciser et comprendre les enjeux liés au phénomène centripète de convergence (I) en même temps qu'elle fait apparaître celui centrifuge de divergence entre les opérateurs du secteur audiovisuel (II). Ces deux forces opposées semble créer les

⁵ Voir J.S. Alexander, « The War Over Internet TV » (2000) 9-4 *National* 41 ; H.P. Knopf, « Copyright and the Internet in Canada and Beyond: Convergence, Vision and Division » (2000) 6 *E.I.P.R.* 262 ; M. Geist, « IcraveTV and the New Rules of Internet Broadcasting » (2000) 23 *U. Ark. Little Rock L. Rev.* 223 ; M. McCabe, « TV, Film and Online Broadcasting in the Wake of iCraveTV – What Now », ACR, www.cab-acr.ca/french/newsroom/record/icrave_speech.html (accédé le 16 août 2000) ; voir la déclaration de l'Association canadienne des radiodiffuseurs dans l'action intentée contre iCraveTV, www.cab-acr.ca/french/newsroom/00/case_icravetv.htm ; S. Bonisteel, « Canada Tackles Copyright Laws for Digital Age », *Newsbytes* (22 juin 2001), www.newsbytes.com/news/01/167203.html (accédé le 11 juillet 2001) ; B. Marotte, « JumpTV trying to get off the ground – But broadcasters view Webcasters as threat », *The Globe and Mail* (11 juin 2001) ; M. Geist, « It's time to speak out on Internet legislation », *The Globe and Mail* (14 juin 2001) ; D. Akin, « U.S. networks try to block Canadian startup – TV on the Net », *National Post* (3 avril 2001), <http://friendscb.ca/articles/NationalPost/np010403.htm> (accédé le 21 juin 2001) ; Celebrity IP, « Star Trek Foe Boldly Tries Patent Argument ; Icravetv does not go so boldly », (2000) 6-5

conditions favorables à l'émergence d'un droit de la diffusion sur Internet (*webdiffusion*) (III). Bien plus, les droits sur les objets de communication dépassent la simple question de la nouveauté technologique. Il convient de les envisager dans la perspective de l'autonomie des systèmes juridiques en présence, c'est-à-dire de leur faculté d'appréhender autant de situations qu'induisent la réalité empirique et théorique⁶. L'étendue de cette faculté détermine en retour l'existence ou l'absence de contradictions et d'incohérence dans les systèmes étudiés. A cet égard, l'approche de droit comparé permet à la fois d'en relativiser les principes et d'en exprimer les meilleures solutions.

I/ CONVERGENCE DES MEDIAS : LES SOURCES PRINCIPALES

Le phénomène de *convergence* semble avoir acquis un ancrage dans le quotidien qu'il devient difficile de contester⁷. Le terme est communément employé pour décrire et expliquer les mouvements qui animent le marché de la nouvelle économie fondée sur la connaissance et l'information. Pourtant, en dépit du fait que l'on comprend l'idée véhiculée, force est de constater que l'expression reste floue quant à sa portée véritable et quant à l'objet qu'elle se propose d'explicitier⁸. On soupçonne dans certains cas que son

Intell. Prop. Strategist 9 ; voir aussi C.L. Simmons, « Digital Distribution of Entertainment Content... The Battle Lines are Drawn » (2000) 33-AUG *Md. B.J.* 31.

⁶ On s'inspire à cet égard des théories de l'autopoïèse et du systémisme mettant en avant le degré d'autonomie maximal d'un système par rapport à son environnement, de son ouverture cognitive et de sa fermeture normative. Voir G. Teubner, *Droit et réflexivité*, Collection de la pensée juridique moderne, Paris, L.G.D.J., 1996 ; G. Teubner, *Le droit, un système autopoïétique*, Paris, P.U.F., 1993 ; G. Teubner (dir.), *Autopoietic Law: A New Approach to Law and Society*, Berlin, New-York, Walter de Gruyter, 1988 ; Voir le numéro des *Archives de philosophies du droit* consacré au « Système juridique » et notamment F. Ost, « Entre ordre et désordre : le jeu du droit. Discussion du paradigme autopoïétique appliqué au droit » (1986) 31 *Archives de philosophie du droit* 133.

⁷ Par exemple, l'édition 2000 du MIM (Marché International du Multimédia) s'intitulait « Salon de la convergence numérique » ; L'édition 2001 du NAB (National Association of Broadcasters) s'intitule « The Convergence Marketplace » et se présente comme « the world's leading conference and exhibition for the converging electronic media communications industries », www.nab.org/conventions/nab2001/attendees/general_information.asp (accédé le 15 août 2000). Pour Deutsche Telekom, « [n]ous entrons dans l'ère de la convergence où technologie, médias, réseaux, produits et services ne font plus qu'un », www.t-online.com/t2000.

⁸ Un auteur écrit à cet égard : « "Convergence" is a political buzz-word that does not have one general meaning, but really is used to indicate several forces – technical, or related to technical developments – that create a fluid definition ». J. Bing, « Convergence – and some possible consequences for copyright and

utilisation n'est qu'un aveu implicite de simplification et de l'impuissance à saisir complètement une réalité complexe.

Il est cependant remarquable que l'importance du phénomène ne soit pas éludée par les instances publiques. Le *Sous-comité du Sénat sur les communications* est chargé de mener une grande étude sur la question et proposera un rapport complet de son impact sur la société canadienne⁹. L'Union européenne s'inscrit dans ce mouvement à l'occasion de la publication du *Livre vert sur la convergence des secteurs des télécommunications, des médias et des technologies de l'information, et les implications pour la réglementation – Vers une approche pour la société de l'information*¹⁰.

Plus modestement et en resserrant la question autour des médias, il doit demeurer possible d'identifier avec suffisamment de précision les fondements de la convergence. En effet, ce n'est qu'à partir de ces derniers que l'on peut prendre la véritable mesure d'un phénomène dont l'ampleur va déterminer l'étendue du problème des signaux de communication au regard de leur traitement juridique dans les environnements électroniques. Par conséquent, il s'agit de déterminer un cadre théorique stable qui aura réussi à s'affranchir des contingences et des incertitudes liées à la mouvance du domaine d'étude suscitée par les constantes avancées technologiques. Par ailleurs, on admettra volontiers que « [n]ous sommes en présence d'un processus général d'accélération de l'évolution de nos sociétés contemporaines sous l'influence d'une révolution technologique permanente »¹¹. Dans cette perspective, il serait curieux que les « poussées » technologiques préalablement identifiées n'interagissent pas avec les

right holders » in A.L.A.I., *Droits d'auteur et connexes et convergence des médias dans le contexte numérique, Journées d'étude nordiques*, du 18 au 20 juin 2000, Stockholm, Suède.

⁹ Senate Subcommittee on Communications, « Convergence, Competition, Consumers Policy Issues for the 21st Century », *Journals of the Senate*, February 23, 2000, 2nd Session, 36th Parliament, Issue 31, www.parl.gc.ca/36/2/parlbus/commbu...nate/com-e/COMM-E/press-e/work_plan-e.htm (accédé le 16 août 2000) [ci-après « Rapport du Sous-comité sur la convergence »]. Le rapport du Sous-comité est fondé sur trois phases d'études : la première porte sur l'impact des nouvelles technologies sur le secteur privé et sur la gouvernance publique ; la deuxième porte sur les effets sur la concurrence dans les secteurs de la communication ; la troisième porte sur la dynamique de convergence et ses implications sur le contenu canadien, le rôle des agences de régulation et l'impact général sur les consommateurs.

¹⁰ COM(97)623 final [ci-après « Livre vert »], disponible sur commande payante, www.eudor.com.

¹¹ G. Farjat, « Nouvelles technologies et droit économique » (1993) N° spécial *R.I.D.A.* 164.

structures industrielles composant la société de l'information. En d'autres termes, on s'attend à rencontrer un second niveau d'expression de convergence. Partant, on s'attachera à distinguer deux grandes sources de convergence : la première s'annonçant au plan technique (A) ; la seconde au plan structurel (B).

A/ CONVERGENCE AU PLAN TECHNIQUE

La technologie numérique est au cœur des évolutions sociétales que la science juridique doit prendre en considération. Le problème est de savoir de quelle façon doit être traitée cette relation triangulaire existant entre la technologie, la société et le droit dans le cadre de leur évolution respective. L'hypothèse de travail consiste, à ce stade de l'étude, à parcourir le côté « technologique » du triangle en tentant de dégager une axiomatique des principales caractéristiques des nouvelles technologies.

Peut-on transformer en axiome l'idée que les nouvelles technologies sont en évolution permanente ? Cela semble être un principe que nul ne conteste, mais d'une utilité relative tant que l'on en n'a pas précisé le sens. Il semble raisonnable de comprendre l'évolution comme une amélioration et la permanence comme l'absence de remise en cause fondamentale. Certes, la technologie est changeante, mais elle s'appuie sur un principe qui en garantit la direction. Ce principe est celui de la numérisation¹², qui peut être comparée à la fois à un langage et à un mode d'expression du langage.

C'est désormais le langage que reconnaissent de plus en plus de machines fonctionnant sur le mode binaire, qui leur permet d'être reliées les unes aux autres, de transmettre de l'information ou de l'assimiler et que les hommes utilisent pour

¹² Pour M. Guédon, la numérisation joue un rôle primordial : « [f]ondamentalement, la numérisation se présente comme l'assise générale des civilisations contemporaines. De l'industrie, avec ses robots et machines outils numériques, à l'organisation du savoir, tout se convertit en mode binaire ». J.-C. Guédon, *Planète cyber – Internet et cyberspace*, Paris, Gallimard, 1996, pp. 22-23. Voir aussi P. Gaudrat, « Forme numérique et propriété intellectuelle » (2000) 53-4 *R.T.D. com* 910.

communiquer entre eux¹³. Par conséquent, le concept de convergence se trouve précisé : le lien numérique s'étend à de plus en plus de sujets et d'objets d'« info-communication »¹⁴, les rapprochant ainsi indifféremment.

C'est aussi un mode d'expression du langage qui, dans le monde numérique, se limite à des 0 et des 1. De là découle l'affirmation selon laquelle : « [d]igital technology is the source of convergence. A bit is a bit – whether it represents an element of text, software, graphics, audio or video »¹⁵. Ce principe semble être reconnu puisqu'on le retrouve décrit ailleurs dans des termes similaires :

Les systèmes et les réseaux qui manipulent de telles informations sont bien sûr indifférents à la nature de la source du matériel d'origine, qu'il s'agisse d'une image, d'un son ou d'un texte. Le codage numérique forme ainsi la base de la convergence technologique¹⁶.

Ce « langage commun » a atteint sa véritable dimension lorsqu'il s'est vu étendu à une échelle globale grâce à l'Internet¹⁷ et à la convivialité de son exploitation que lui a apportée le *World Wide Web* ou WWW¹⁸. En l'état actuel du développement technologique, l'Internet apparaît à la fois comme le point précis de la convergence et son catalyseur. Cela s'explique pour différentes raisons dont la combinaison produit la

¹³ M. Kéréver écrit à ce sujet : « [...] l'emploi d'un langage commun (le langage binaire) pour tous les messages permet d'utiliser indifféremment n'importe quel vecteur ». A. Kéréver, « La problématique de l'adaptation du droit de reproduction et du droit de représentation publique dans l'environnement numérique multimédia » (1997) 31-2 *Bull. Droit d'auteur* 4 à la p. 5.

¹⁴ J.-C. Guédon fait une distinction entre l'information et la communication. C'est cette nuance que tente d'exprimer le néologisme « info-communication ». J.-C. Guédon, *op.cit.* à la page 17.

¹⁵ P.A. Laven, « Predicting the Future of Broadcasting » (summer 1998) *EBU Technical Rev.* à la p. 7.

¹⁶ Livre vert, p.3.

¹⁷ L'Internet peut être défini comme un réseau d'information auquel peuvent se connecter logiquement tous les ordinateurs qui se conforment à la série de protocoles TCP/IP.

¹⁸ Le WWW peut être défini comme un système hypermédia, c'est-à-dire permettant l'obtention de ressources multimédias au moyen d'hyperliens, fondé sur le protocole HTTP et les technologies URL et HTML. HTML est un langage de balisage permettant d'identifier la structure d'un document et URL une norme d'adressage permettant de définir l'adresse d'une ressource sur l'Internet.

synergie nécessaire à une évolution sans cesse relancée. La première tient à l'important taux de pénétration de l'Internet dans les grandes sociétés contemporaines¹⁹. La deuxième est liée au fait que les ordinateurs deviennent de plus en plus puissants alors que leur prix n'augmente que peu, voire pas du tout lorsqu'il ne baisse pas²⁰. Cela a pour effet de

¹⁹ L'étude menée par le U.S. Department of Commerce, « Falling through the Net : Toward Digital Inclusion », <http://osecnt13.osec.doc.gov/public.nsf/docs/3E1A7297DC433BC9852569770076E173> (accédé le 20 octobre 2000) permet de mesurer l'importance de ce taux de pénétration. Ce taux a été mesuré à partir des indices suivants :

La part de ménages ayant un accès Internet s'est envolée de 58%, passant de 26.2% en décembre 1998 à 41.5% en août 2000.

Plus de la moitié de tous les ménages possède des ordinateurs alors que le taux de possession était de 42.1% en décembre 1998.

Il y avait 116.5 millions d'Américains en ligne en août 2000, soit 31.9 millions de plus que 20 mois plus tôt.

La part d'individus utilisant l'Internet s'est élevée de 35.8%, passant de 32.7% en décembre 1998 à 44.4% en août 2000. Si la croissance du taux d'utilisation de l'Internet continue à croître au rythme actuel, plus de la moitié des Américains utilisera l'Internet au milieu de l'année 2001.

Le Canada est juste derrière les États-Unis puisqu'il arrive au deuxième rang des pays du G7 pour la pénétration des PCs et d'Internet (sources : OCDE, *Perspectives des communications*, 1999, www.oecd.org/index-fr.htm ; Union Internationale des télécommunications (UIT), *Challenges to the Network : Internet for Development*, 1999, 2nd édition, <http://www.itu.int/publications>). Une étude menée par PricewaterhouseCoopers, *Canadian Consumer Technology Study 2000*, www.pwcglobal.com/ca (accédé le 19 novembre 2000), révèle que le Canada est le premier pays au monde – devant les États-Unis, la France, l'Allemagne et l'Australie – pour la connexion par foyer à l'Internet. 48.2% des foyers canadiens sont en ligne contre 43% aux E.-U., 38% en Australie et 26% en Europe (G.-B., France et Allemagne). Selon la même étude, le Québec a le plus gros taux de croissance sur le marché de l'accès à l'Internet au Canada. Voir aussi l'Enquête sur l'utilisation d'Internet par les ménages de 1999 effectuée par Statistique Canada, www.statcan.ca:80/français/freepub/56F0003XIF/index.htm (accédé le 20 octobre 2000). Voir aussi P. Dickinson et J. Ellison, « Etre branché ou ne pas l'être : croissance de l'utilisation des services de communication par ordinateur », www.statcan.ca:80/français/freepub/56F0003XIF/hius98_f/sir98_f.pdf (accédé le 20 octobre 2000). Une autre enquête est en cours et devra permettre de mesurer le taux d'utilisation par les entreprises des technologies de l'information et des communications, de même que du commerce électronique. *Ibid.* à la p. 46. Sur cette question, voir les statistiques présentées par Industrie Canada, Secteur de spectre, technologies de l'information et des télécommunications, *Technologies de l'information et des communications – Information économique et statistique*, http://statagis.ic.gc.ca/pics/sff/ict99_f.pdf (accédé le 18 octobre 2000).

²⁰ La puissance d'un ordinateur peut être envisagée sous différents angles : la vitesse du microprocesseur, l'étendue de la mémoire vive ou encore la capacité de mémoire du disque dur. Les deux premiers paramètres relèvent des circuits intégrés et du silicium alors que le troisième relève de l'électromécanique. La première catégorie fait appel à la *Loi de Moore* dont l'auteur et co-fondateur d'Intel avait prédit un doublement du nombre de transistors sur un circuit intégré tous les 12 mois, puis tous les 24 mois, augmentant du même coup la vitesse du microprocesseur (évaluée en mégahertz) et l'étendue de la mémoire cache. L'importance de la *Loi de Moore* ne se limite pas au fait que de plus en plus de transistors peuvent être intégrés sur la puce. Elle met en valeur le fait que chaque nouvelle génération de microprocesseur déploie des performances accrues à un coût invariable, voire décroissant. En effet, ce qui constitue le principal coût - fixe - d'une puce est sa surface – limitée – de silicium sur laquelle viennent se loger les transistors, quel que soit leur nombre. En dépit du fait que la *Loi de Moore* ne s'applique pas aux disques durs, on constate à leur égard la même tendance en vertu de laquelle la performance augmente alors que le prix reste invariable, voire décroît. Voir à ce sujet P.A. Laven, *op.cit.*. De l'avis de Gordon Moore lui-même sa loi va rencontrer ses limites vers 2017 puisque l'épaisseur des puces ne peut en théorie être

favoriser l'accès à une capacité proportionnelle de traitement et de stockage de l'information. La troisième a trait à l'accélération de la vitesse de transmission de l'information, particulièrement de nature audio et vidéo, sur l'Internet grâce notamment à l'apparition progressive de réseaux à haute vitesse²¹ et l'adoption de nouveaux protocoles plus adaptés à la transmission multimédia²².

inférieure à dix atomes, seuil qui sera rencontré à cette date. Voir sur le site d'Intel, « Focus: Transformation of the PC Platform », <http://developer.intel.com/update/archive/issue2/focus.htm> (accédé le 23 octobre 2000); « An Update on Moore's Law », <http://www.intel.com/pressroom/archive/speeches/GEM93097.HTM> (accédé le 23 octobre 2000); « Moore's Outlaw – Growth in Microprocessor Circuitry vs. Speed », *Wired* (octobre 2000) 122. Les limites relatives à la capacité des ordinateurs semblent pouvoir être repoussées avec l'arrivée annoncée des *circuits reconfigurables* et les « puces moléculaires ». Voir « Hardware goes soft », *The Economist* (20 mai 1999); Voir aussi M. Vivant, « La propriété intellectuelle et les nouvelles technologies », *Le Monde* (19 septembre 2000) 17.

²¹ Le développement des réseaux à grande vitesse est une priorité inscrite aux plans d'actions retenus au Canada avec l'initiative « Un Canada branché » (cf. Mandat du Groupe de travail national sur les services à large bande visant à rendre les services Internet haute vitesse à large bande accessibles aux entreprises et aux habitants de toutes les collectivités canadiennes d'ici 2004), www.ic.gc.ca (accédé le 17 octobre 2000) et en Europe avec l'initiative *eEurope* dont un des objectifs clés est la mise en place d'un « Internet plus rapide », COM(2000) 330 final, www.europa.eu.int/eur-lex/fr/com/pdf/2000/com2000_0330fr01.pdf (accédé le 10 octobre 2000). Voir aussi l'étude d'OFTEL (*Office of Telecommunications*) en Grande-Bretagne, *Access to bandwidth: Bringing higher bandwidth services to consumers*, déc. 1998, www.oftel.gov.uk/competition/llu1298.htm (accédé le 8 novembre 2000) et l'audience conduite par le FCC (*Federal Communications Commission*) aux États-Unis, *Bandwidth En Banc Hearing*, 9 juillet 1998, www.fcc.gov/bandwidth (accédé le 8 novembre 2000).

« Large bande » désigne en fait la taille du « tuyau » qui conduit l'information d'un ordinateur à l'autre sur l'Internet. Elle est mise en œuvre par le recours aux câbles coaxiaux ou à fibres optiques. Cependant la « haute vitesse » des réseaux peut aussi être obtenue grâce à des technologies permettant d'optimiser les lignes de cuivre actuelles (e.g. xDSL) ou de compresser l'information (MPEG, MP3, ...). D'autres technologies comme le satellite, l'électricité, les micro-ondes, les ondes radionumériques sont ou seront aussi disponibles. Toutes ces solutions s'ajoutent aux techniques de gestion de la bande (sites miroirs, mise en cache, réseaux privés, ...). D'aucuns ont remarqué une tendance similaire à celle établie par la *Loi de Moore* en ce qui concerne la vitesse de connexion sur Internet. Selon la *Loi de Nielsen*, la vitesse de connexion croît de 50% par an (la *Loi de Moore* prévoit une croissance de 60% par an en ce qui concerne la capacité des ordinateurs) alors que ses effets ne se feront ressentir qu'en 2003, « Nielsen's Law for Internet Bandwidth », www.useit.com/alertbox/980405.html (accédé le 8 novembre 2000). Voir *Le Quotidien* (25 août 2000) sur l'état de l'accès à Internet par câble au Canada, www.statcan.ca/Daily/Français/000825/q000825c.htm (accédé le 19 octobre 2000). Selon l'étude de PricewaterhouseCoopers, *Canadian Consumer Technology Study 2000*, www.pwcglobal.com/ca (accédé le 19 novembre 2000), le Québec est la province qui connaît au Canada le plus haut taux de connexion rapide par foyer. Pour une présentation technique détaillée des différentes technologies de connexion haute vitesse à l'Internet, voir F. Kozamernik, « Webcasting – the broadcaster's perspective » (mars 2000) 282 *EBU Technical Review* à la p. 23.

²² E.g. RTP (*Real Time Transfer Protocol*), RTSP (*Real Time Streaming Protocol*), SMIL (*Synchronized Multimedia Integration Language*). De façon générale on se reportera à l'actualité technologique de l'Internet telle que coordonnée par le *World Wide Web Consortium* <www.w3c.org> et le *Internet Engineering Task force* <www.ietf.org>.

Paré de ces atouts, l'Internet présente le profil idéal pour devenir une plate-forme majeure pour les échanges et les télécommunications. C'est donc l'avènement de cette plate-forme qui doit provoquer la convergence des médias. En effet, les principes techniques soulevés ci-haut permettent l'apparition sur l'Internet d'entités de diffusion nouvelles qui viennent à la fois concurrencer et englober les ensembles médiatiques classiques. Leur activité prend le nom de *Webcasting* ou *Webdiffusion* ou *Netcasting*²³, symbolisant l'intégration des technologies des réseaux, de la numérisation et de l'informatique. On en adoptera la définition suivante : « [w]ebcasting is the term used to indicate the production, transmission and delivery of hyperlinked documents consisting of text, audio and visuals (i.e. video and graphics) – for presentation via a browser-like interface »²⁴. Elle est utilement complétée par celle que donne l'OCDE des nouveaux diffuseurs :

[...] Un groupe naissant de services qui utilisent l'Internet pour livrer des contenus aux utilisateurs, en reprenant beaucoup de caractéristiques des services de communications classiques (par exemple, les médias imprimés, l'audiovisuel, les services de télécommunications). Néanmoins, certaines de ces technologies offrent de toute évidence des fonctions additionnelles qui n'existent pas dans les moyens de communications classiques²⁵.

Il faut noter qu'il existe plusieurs formes de *Webcasting*, chacune appelée à se transformer ou laisser la place à de nouvelles au fur et à mesure de l'évolution technologique. L'étude de l'OCDE distingue sept catégories :

- les services de bibliothèques numériques de contenu audiovisuel sous la forme de services à la demande ;
- les diffusions d'événements « en direct » (e.g. concerts, rencontres sportives, représentation dramatique, ...) ;
- les diffusions d'événements « en direct » avec des services à base de texte (et non de son et/ou vidéo) ;
- les services d'information sur abonnement (*push media*) ;

²³ On utilisera indifféremment ces trois expressions.

²⁴ F. Kozamernik, *op.cit* note 21.

²⁵ OCDE, *Diffusion sur le « Web » et convergence : implications pour l'action des pouvoirs publics*, OCDE/GD(97)221 à la p.15 [ci-après « étude OCDE »].

- les services d'information sur abonnement mettant en œuvre des « agents intelligents » ;
- les services de diffusion sur le Web utilisant diverses plates-formes de livraison ;
- les services d'information qui fournissent des guides de programmes pour les diffusions audio et vidéo sur le Web (indirectement rattachés au *Webcasting* du fait de leur importance pour cette activité)²⁶.

Cependant, d'un point de vue technique et dans la perspective de comparaison avec la radiodiffusion classique, il peut être avantageux de distinguer simplement deux types de service de *Netcasting* soit, d'une part, celui où l'utilisateur joue un rôle relativement passif - *e.g.* la diffusion à flux continu (*streaming media*) - et, d'autre part, celui où l'utilisateur joue un rôle plus actif - *e.g.* les services sur demande (*video-on-demand* ou *audio-on-demand*), qu'ils soient ou non à flux continu. Cette distinction contient aussi bien les éléments communs à la radiodiffusion classique que ceux propres aux nouveaux médias.

Ainsi, les technologies de flux continu permettent à leur utilisateur de recevoir de l'information en temps réel sans qu'il ait à télécharger préalablement sur le disque dur de l'ordinateur (« download-and-then-play »)²⁷. Ces technologies offrent des conditions de convivialité et de fluidité d'utilisation au moins comparables à celle que connaît l'auditeur ou le téléspectateur : celui-ci se contente de se connecter et choisir son programme en un seul geste exécuté de façon simple et rapide²⁸. A l'inverse, la location ou l'achat de fichiers vidéo ou audio par voie de transmission numérique placerait le client dans une position similaire à celle du collectionneur ou simple consommateur de musique enregistrée ou de films. Pour mieux comprendre la distinction en adoptant un

²⁶ Etude OCDE à la p.19.

²⁷ En mode de diffusion en flux continu (*streaming audio and video*), les données d'un fichier audio et/ou vidéo sont acheminées par « bribes » et chargées dans une unité de mémoire vive. Cette unité est réapprovisionnée de façon constante à mesure que son contenu est consommé au moment de la lecture du flux de données, créant une rotation permanente et rapide de données au sein de l'unité de transit. Une lecture idéale se produit lorsque les provisions de données sont suffisantes pour alimenter le lecteur.

²⁸ L'industrie électronique s'intéresse au développement commercial du *terminal Internet* qui « [...] trônerait bientôt dans la cuisine, entre la cafetière et le grille-pain, et permettrait d'accéder à Internet en un clin d'œil comme on allume, d'un doigt, la radio », « Le terminal Internet, vedette du Comdex », *Multimédium* (14 février 2000), www.mmedium.com (accédé le 15 février 2000).

point de vue juridique, on pourrait recourir à la notion de droit de représentation auquel ferait appel le premier cas et à celle de droit de reproduction auquel ferait appel le second²⁹.

Pourtant, les nouveaux médias présentent des caractéristiques particulières du fait de l'interactivité, c'est-à-dire du caractère multilatéral du courant d'information échangée, qu'autorise l'Internet. Ainsi, si en matière de flux continu le client se contente de recevoir un programme déterminé par le centre émetteur, dans d'autres situations de *Netcasting* plus avancées (e.g. vidéo ou audio à la demande), il est amené à déterminer le contexte (heure et lieu, format et support) et l'étendue (quantité et qualité, en entier ou en partie) de ce qui est lui est acheminé. Pour certains observateurs, la radiodiffusion serait ainsi en passe de s'affranchir de son caractère linéaire³⁰.

Somme toute, le caractère décentralisé et indépendant de l'Internet, nourri aux technologies évolutives, vient aussi imprégner la nature de la radiodiffusion. Cet aspect permet de fournir une clé supplémentaire utile en vue de l'appréhension théorique de la question des enjeux juridiques du *Netcasting*. Les auteurs du *Livre vert* l'expriment avec davantage de justesse :

[u]ne caractéristique d'Internet, qui est indicative de la convergence, est qu'il fonctionne comme un mode de communication et un mode d'édition. A la différence des médias traditionnels, l'Internet offre simultanément une variété de mode de communications – à la fois en transaction et en diffusion : un vers un, un vers plusieurs, plusieurs vers plusieurs. Un utilisateur Internet peut indifféremment parler ou écouter, entremêlant les communications publiques (dont le contenu est – tout au moins dans le cas de la radiodiffusion – traditionnellement réglementé) et les communications privées (traditionnellement non réglementées)³¹.

²⁹ Art. 3 *Loi sur le droit d'auteur* [ci-après « LDA »] ; arts. 122-1, 122-2 et 122-3 *Code de propriété intellectuelle*. A ce stade, l'utilisation de cette distinction n'est que pédagogique. On s'apercevra en effet que la distinction n'est pas aussi tranchée. Voir dans ce sens, TGI Paris réf. 14 août 1996, *Sté Art Music France et autres c. Ecole nationale supérieure des Télécommunications et autres*, (1997) 50-1 *R.T.D.com* 97, note A. Françon.

³⁰ P.A. Laven, *op.cit.* note 15.

³¹ *Livre vert*, *op.cit.* à la p. 7.

Aux traits propres à l'Internet viennent s'ajouter ceux inhérents aux technologies « exponentielles » dont l'économie s'oppose quelque peu à celle du monde pré-numérique en raison de ses lois établissant une amélioration des performances couplée à une baisse de leur coût, sinon sa fixité. Il a été pertinemment remarqué que les radiodiffuseurs traditionnels ne sauraient ignorer l'efficacité qu'autorisent ces technologies puisque, à défaut de les assimiler, ils perdraient leur avantage compétitif³². Cela laisse augurer une vague de bouleversements dans les industries de l'information susceptible de constituer l'autre face de la convergence prenant alors place au plan structurel.

B/ CONVERGENCE AU PLAN STRUCTUREL

L'observation des marchés de la nouvelle économie mettant en jeu les secteurs des télécommunications, des médias et des technologies de l'information montre que ces derniers cherchent à mettre à profit les apports de la convergence technique en développant « des produits et des plates-formes intersectoriels ainsi que la détention de parts du capital intersectorielles »³³. Cela met en lumière l'existence de niveaux de convergence, soit celui des technologies, celui de l'industrie et celui des services et des marchés, ainsi qu'un lien de corrélation entre eux³⁴. On assiste ainsi dans l'organisation structurelle des industries concernées à des mouvements qui sont autant d'indices confirmant la pertinence de ce niveau de convergence. Après en avoir précisé davantage les contours de façon à dégager des tendances non éphémères (1), une analyse de leur substance et de leur portée au regard de la question des droits de propriété intellectuelle mis en cause dans la Société de l'information sera proposée (2).

³² P.A. Laven, *op.cit.* à la p. 12.

³³ Livre vert, *op.cit.* à la p. ii.

³⁴ *Ibid.*, à la p.2. Cette tendance était annoncée en 1997, date de publication du Livre vert. Le degré de corrélation entre les niveaux de convergence n'était pas défini précisément.

1) Convergence ou foisonnement des rapprochements sectoriels

Il s'agit pour les opérateurs industriels de se placer stratégiquement sur la scène économique en vue « [...] d'exploiter les possibilités offertes par les nouvelles plateformes, en particulier l'Internet, pour aller au-delà des limites de leurs marchés de base traditionnels, à la fois en termes de marché géographique et de produit »³⁵. Il n'est donc pas surprenant de constater que l'actualité regorge d'exemples de rapprochements, prenant autant de formes que permet l'ingénierie juridique, entre des entreprises de secteurs habituellement compartimentés³⁶. Qui plus est, la diffusion sur Internet apparaît comme un terrain particulièrement propice à une remodulation organisationnelle, comme l'indique l'analyse de segment suivante :

³⁵ Livre vert, *op.cit.* à la p. 12.

³⁶ Par exemple, la fusion-absorption entre Quebecor et Vidéotron regroupant sous une même entité des journaux, deux réseaux de télévision et d'un système de câble, et des entreprises de la nouvelle économie (les portails canoë.fr et videotron.ca, Quam, MSM interactive, Cythère, Netgraphe, ...) ; l'alliance entre BCE (qui détient le premier opérateur téléphonique au Canada – Bell, le réseau international de communications Téléglobe, le portail Sympatico-Lycos et le réseau de télévision CTV) et le groupe de médias Thomson (Globe and Mail, RobTv), voir « BCE transformation moving in right direction, Yankee Group study finds » (2000) 20-7 *Network Letter* 7 ; la fusion Time Warner – AOL en Europe et aux États-Unis ; les politiques d'acquisition de Bertelsmann (Communiqué AFP 14 septembre 2000) ; la naissance de Vivendi Universal issu de la fusion de Seagram (qui possède les studios de cinéma Universal et ses parcs à thèmes, l'éditeur de musique mondial Universal Music et un réseau de câble-distribution), de Canal + (qui apporte son réseau de chaînes à péage terrestre et satellite, le studio de production cinématographique StudioCanal, ses droits sportifs, ses programmes et ses activités dans l'Internet) et Vivendi (Havas, Cegetel, le portail Vizzavi), *Multimédium* (8 décembre 2000), www.mmedium.com (accédé le 9 décembre 2000). Voir B. Roberts, « Television viewers haven't abandoned the tube for the 'Net – at least not yet », (2000) 3-6 *Canadian NewMedia* 8. Voir J. Chevallier, « Les mutations du secteur français de la communication – Opérateurs globaux et instances de régulation » (1999) 1 *R.I.D.E* 43. L'auteur y souligne l'aspect transfrontalier de la tendance :

A première vue, l'évolution qui se produit en France dans le secteur de la communication, entendu au sens large, est identique à celle que l'on rencontre dans l'ensemble des pays occidentaux. Cette convergence n'est pas surprenante, compte tenu de l'existence de contraintes lourdes, d'ordre technologique et économique. Sur le plan technologique, les effets de la numérisation des signaux, qui ont entraîné l'explosion des services et l'intégration des réseaux, continuent à se propager ; et ces mutations doivent prendre une dimension nouvelle au cours des prochaines années avec le développement des « autoroutes de l'information ». Corrélativement, l'économie du secteur connaît de profonds bouleversements, par le jeu d'un processus d'internationalisation croissant : on assiste ainsi, en France comme ailleurs, à l'essor de puissants groupes multimédias, qui cherchent à étendre et à diversifier leurs activités, en prenant place sur tous les segments du marché, et dont les stratégies se déploient à l'échelle mondiale.

[e]n dépit des limitations actuelles, un certain nombre d'applications comble l'écart entre la *télévision interactive* et la *vidéo sur l'Internet*. Le domaine vers lequel convergent ces deux secteurs constitue actuellement le terreau le plus fertile pour l'innovation et l'activité animée de l'esprit d'entreprise – ainsi que pour la création de types de contenu entièrement nouveaux. Des formes innovantes de « chaînes Internet » riches en graphiques résultent de la créativité des *métiers* auparavant destin[és] à la production vidéo, à l'imagerie informatique et à la gestion de l'information³⁷.

De façon générale, on constate que les agents visent à proposer de nouveaux services en même temps que se positionnent sur le marché de nouveaux acteurs. Les médias classiques se lancent dans la radiodiffusion ou télédiffusion sur l'Internet (e.g. CNN.com, FoxNews.com, MTV.com, CKUT.ca, CTVNews.com, ESPN.com, ABCNews.com, ...) ainsi que certains fournisseurs de services Internet (e.g. Yahoo! Broadcast, www.broadcast.com/; AOL Canada³⁸). Parallèlement s'implantent de nouveaux acteurs incarnés notamment dans une industrie du *Webcasting* distincte³⁹ de celle représentée par les associations de radiodiffuseurs classiques⁴⁰. Plusieurs études mettent en valeur l'essor que connaît l'industrie du *Webcasting*, gageant désormais sur la pénétration des réseaux à haut débit⁴¹ et sur des modèles de revenus rentables⁴².

³⁷ Livre vert, *op.cit.* p.13. Voir le lancement au Québec par la compagnie Inpix Media de la chaîne exclusive à l'Internet PixTV, « PixTV : la convergence Net-télé atteint le Québec » *Multimédium* (19 octobre 2000), www.mmedium.com (accédé le 20 octobre 2000).

³⁸ Voir « News and sports programming to drive high-speed Internet in short term », (2000) 3-6 *Canadian NewMedia* 4.

³⁹ L'industrie est représentée notamment par l'IWA (*International Webcasting Association*), www.webcasters.org (accédé le 11 novembre 2000) et le DiMA (*Digital Media Association*), www.digimedia.org (accédé le 27 novembre 2000). Ces associations mènent une politique de défense des intérêts propres à l'industrie de la diffusion sur Internet à l'échelle mondiale (e.g. représentations devant l'OMPI) et nationale (e.g. représentations devant le congrès américain). Voir R. Eckstein, « Coming Attraction – It's Old Media vs. New as Lobbyists Prepare For The Next Great Entertainment Fight – Webcasting » *Legal Times* (8 mai 2000).

⁴⁰ L'ACR (Association Canadienne des Radiodiffuseurs) au Canada, www.cab-acr.ca (accédé le 10 juin 2000); l'UER (Union Européenne de Radio-Télévision), www.ebu.ch (accédé le 18 novembre 2000); NAB (*National Broadcasters Association*) aux E.-U., www.nab.org (accédé le 10 juin 2000).

⁴¹ Voir l'étude exécutée par Coleman et Arbitron, commandée par les radiodiffuseurs traditionnels et dévoilée en septembre 2000 à la convention du NAB (*National Broadcasters Association*), « Can radio Survive the Broadband Revolution », www.colemanresearch.com (accédé le 20 novembre 2000); une rediffusion en webcast de la conférence traitant de l'étude est disponible, www.nab.org/conventions/radio2000/webcasts.asp. L'étude établit notamment que les foyers disposant de connexions à large bande consacrent presque autant de temps à l'Internet qu'à la télévision, mettant à égalité ces deux médias. L'Américain moyen réserve son temps aux médias et au divertissement dans les

Le Livre vert sur la convergence, citant une étude conduite pour la Commission européenne⁴³, identifie deux tendances principales animant le marché de la nouvelle économie : la première met en lumière des alliances horizontales et la seconde, des intégrations verticales. Selon l'étude de référence, « l'activité de fusion verticale est considérée comme un indicateur plus significatif d'un changement des structures de l'industrie en réponse au phénomène de convergence »⁴⁴. Cependant, le Livre vert rappelle que la tendance vers la convergence ne serait qu'un des facteurs commerciaux et stratégiques à l'origine des mouvements d'alliance, de fusion et d'acquisition ainsi signalés⁴⁵. Une analyse substantielle de la logique d'intégration permet de mettre en évidence l'existence d'un facteur lié au droit de propriété intellectuelle pouvant être confondu avec celui de convergence.

2) Portée de la logique d'intégration au regard des droits de propriété intellectuelle

La logique de concentration est particulièrement favorisée par la libéralisation de la concurrence dans le monde. Les opérateurs économiques sont fortement incités à

proportions suivantes : 33% pour la télévision, 28% pour la radio et 11% pour l'Internet. Or, dans les foyers à large bande les proportions sont les suivantes : 21% pour l'Internet, 21% pour la radio, 24% pour la télévision. Il est estimé qu'il y aura 31.9 millions de foyers disposant d'accès à haute vitesse d'ici 2004, *ibid.* Il est aussi estimé qu'il y aura au moins 4 millions de connexions à 300.000 octets par seconde dans le monde à la fin de l'an 2000, « Internet Television – The Economics of Webcasting » (14 mars 2000), www.imaginion.com/content/white_papers/econ_web.html (accédé le 20 novembre 2000).

⁴² Voir l'Etude OCDE, *op.cit.* ; voir les études « Radio in the New Media World » et « Broadcasters vs. Webcasters. Which Business Model Will Win ? », www.arbitron.com/studies (accédé le 17 novembre 2000). Voir l'étude effectuée par Edison Media Research/Arbitron, « Startling New Insights about the Internet and Streaming », www.edisonresearch.com/Internet5sum.htm (accédé le 20 novembre 2000). Cette étude aborde la question du développement croissant de la consommation de services de Webcasting aux E.-U. par la population. L'apparition de compagnies de médiamétrie (e.g. Nielsen NetRatings, Arbitron, Media Metrix, PC Data, ...), c'est-à-dire qui mesurent la consommation de services à flux continu comme pour la radio hors ligne, renforce l'élaboration de modèles de revenus efficaces. Pour une présentation des entreprises de médiamétrie sur l'Internet et leurs méthodes de mesure, voir l'article et les tableaux « Tracking the Net's Media Stream » (15 septembre 2000), www.thestandard.com/article/display/0,1151,18749,00.html (accédé le 22 novembre 2000).

⁴³ *Etudes sur l'adaptation du cadre réglementaire de l'Union Européenne à l'environnement multimédia qui est en voie de développement*, Squire, Sanders & Dempsey LLP et Analysys Ltd., décembre 1997.

⁴⁴ Livre vert, *op.cit.* à la p. 8.

⁴⁵ *Ibid.* à la p. 13.

réaliser les restructurations et les économies d'échelle nécessaires pour maintenir ou développer leur compétitivité. L'industrie culturelle et des médias en a toujours offert une illustration éclatante⁴⁶. Avec l'avènement de la société de l'information, « au sein de laquelle la fabrication et la manipulation de biens physiques cèdent le pas à la production et l'exploitation de l'information »⁴⁷, il n'est pas étonnant de voir augmenter considérablement le degré de sollicitation des corpus normatifs consacrés à la propriété intellectuelle. En effet, le monopole d'exploitation qu'elle confère est un atout convoité au moment de la mise en œuvre d'une logique de concentration. M. Gerber en explique les raisons. L'auteur utilise la notion de « power-weighting of intellectual property rights » pour désigner le pouvoir de marché que peuvent induire les droits de propriété intellectuelle (ci-après « DPI »). Cumulée avec un processus d'intégration technologique⁴⁸ et avec un processus d'intégration économique⁴⁹, l'expansion des DPI à

⁴⁶ Voir S.E. Leeper, « The Game of Radiopoly: An Antitrust Perspective of Consolidation in the Radio Industry » (2000) 52 *Fed. Comm. L. J.* 473 ; S. Papathanassopoulos, « Les éditeurs de presse et le nouveau paysage audiovisuel européen : l'épineuse question de la concentration et de la propriété multimédia » (1990) 70-5 *Revue de l'UER* 19. Voir F.M. Abbott, « Public Policy and Global Technological Integration : An Introduction », in *Public Policy and Global Technological Integration*, F.M. Abbott, D.J. Gerber (eds.), Kluwer Law Int'l, 1997 à la p. 7. (« The US media /entertainment industry is consolidating within a few large corporate conglomerate structures », des exemples précis sont cités) ; La Commission européenne a, dans l'affaire Thorn EMI/ Virgin, décision du 27 avril 1992, n°IV/M202, effectué une étude détaillée de l'industrie de la musique. Il a été établi qu'il s'agit d'un secteur fortement concentré où cinq « majors » détiennent 77% du marché mondial ; voir en général *Music & Copyright*, 24 numéros/an, *Financial Times Telecoms & Media Publishing*.

⁴⁷ E.C. Hettinger, « Justifying Intellectual Property », in *Intellectual Property – Moral, Legal and International Dilemmas*, Adam D. Moore (ed.), Rowman & Littlefield, 1997, p.17 [notre traduction].

⁴⁸ « I use the term "technological integration" to refer to the creation and expansion of technological "networks" i.e. technological interdependancies of economic functions. Technologies may be considered interdependant where the value of one such technology is eliminated or significantly reduced if its participation with others in the network is restricted. For example, a satellite communication system may contain numerous components – computer hardware, software, machines, etc. – each of which may derive all or most of its value from its role in this technological unit and its interactions with other components of the network », D. Gerber, « Intellectual Property Rights, Economic Power and Global Technological Integration », in *Public Policy and Global Technological Integration*, F.M. Abbott, D.J. Gerber (eds.), Kluwer Law Int'l, 1997, p.129.

⁴⁹ L'intégration économique vise à substituer une organisation interne des échanges au jeu du marché dans le cas où les coûts de transactions (cf. Coase, O.E. Williamson), i.e. le coût d'obtention de l'information pour réaliser l'échange, seraient trop élevés ; voir M. Glais, *Economie Industrielle – Les stratégies concurrentielles des firmes*, Paris, Litec Eco., à la p.18. Selon M. Gerber le processus se réfère à la concentration croissante d'unités économiques de taille croissante sous contrôle unique : « in other words, more units of production and/or more economic functions are becoming subject to the control of the same decision-makers. », D.J. Gerber, *op.cit.* p.130.

l'échelle internationale – mais aussi nationale – devient un instrument de concentration efficace :

[e]ach of the three processes that we have identified – technological integration, economic integration, and the expansion of international intellectual property rights – thus tends to enhance the capacity of some firms to exclude others from competition or impede their capacity to compete. Intellectual property rights represent governmental authority to exclude, while in the other two cases this capacity does not derive from public authority, but is an aspect of private economic power. The confluence of these processes thus leads to an aggregation of the capacity to exclude. But the power-enhancing effects of these three processes may not merely be aggregated, they may also be multiplied. They may tend to reinforce and magnify each other. Where larger technological networks are under the control of diminishing number of decision-makers who also have expanded legal monopolies with respect to the components of such networks, each process enhances the power-weighting consequences of the other two⁵⁰.

On s'aperçoit qu'en fin de compte les DPI autorisent un renforcement du monopole qui, à son tour, aboutit à un renforcement des DPI. En fait, ce processus s'appuie sur un procédé à triple détente circulaire : la concentration optimisée par l'acquisition de DPI augmente à terme les revenus des industries concernées dans des proportions importantes, ce qui du même coup donne à toute atteinte aux DPI – piratage, contrefaçon, etc. – une proportion identique, justifiant ainsi les requêtes des victimes visant à obtenir le renforcement des DPI. A cet égard M. Abbott ne manque pas de relever le fait suivant :

Recent studies of the role of intellectual property in the international economic system have largely been generated by industry sources to support the GATT Uruguay TRIPS Agreement. There are a few significant recent scholarly studies of the role of intellectual property rights in the international trading system. These studies clearly acknowledge the existence of critical information gaps, and the lack of empirical foundation for claims frequently made by industry concerning the benefits of high levels of intellectual property rights protection⁵¹.

⁵⁰ *Ibid.*

⁵¹ F.M. Abbott, *op.cit.* aux pp. 6-7. Voir aussi les analyses contraires avancées par la RIAA (*Recording Industry Association of America*), www.riaa.com, et par Jupiter Communications, www.jup.com, sur la question de l'impact de Napster sur les ventes de disques compacts, « Napster Boosts CD Sales » (21 juillet 2000), www.zdnet.com/intweek/stories/news/0,4164,2605961,00.html (accédé le 20 novembre 2000).

Les indicateurs de la convergence analysés plus haut (*i.e.* la convergence technologique, notamment celle des réseaux, et la convergence structurelle) semblent venir se superposer presque parfaitement aux phénomènes d'intégration technologique et d'intégration économique sus traités. On serait tenté de croire que ces derniers n'ont été qu'accéléérés sous l'impulsion des innovations entourant la numérisation à la base de la convergence, voire se confondent avec elle. La phase d'intégration juridique reste à découvrir en matière de *Webcasting*, mais on peut dès à présent prendre en compte l'analyse substantielle des logiques d'intégration afin de porter un regard « éclairé » sur les revendications des différents protagonistes de la radiodiffusion. On note cependant que les industries de la culture et des médias procèdent déjà à certaines formes d'intégration juridiques au moyen d'actions judiciaires corporatives d'envergure. Les exemples de Napster et de MP3.Com vont dans ce sens puisque, à l'issue de procédures lancées à leur encontre, les deux compagnies sont passées sous une forme de contrôle des *majors* - Bertelsmann et Universal - de l'industrie musicale qui obtiennent des parts dans ces compagnies en même temps qu'elles passent des accords de licence⁵².

Cependant, on est porté à s'interroger sur la validité de l'analyse proposée lorsqu'on se place dans le contexte numérique. En effet, la nature décentralisée⁵³ et ouverte de l'Internet, la faiblesse du coût d'exploitation des systèmes de radiodiffusion s'y développant et le rôle prépondérant des utilisateurs privés sur cette plate-forme introduisent des paramètres qui bouleversent la donne habituelle du secteur des médias⁵⁴. Ce dernier a été jusqu'à récemment fortement concentré en raison principalement de la rareté du spectre radio. L'arrivée de l'Internet et de toutes les innovations permettant au

⁵² Voir « Après un début de rébellion, Napster et Cie rentrent dans le rang », *Multimédium* (20 novembre 2000), www.mmedium.com (accédé le 20 novembre 2000).

⁵³ L'exemple des architectures « peer-to-peer », *i.e.* client à client (cf. Gnutella, Freenet), qui ne requièrent aucun serveur central - à la différence de Napster qui est fondé sur une architecture client-serveur, permettent de prendre conscience du caractère véritablement décentralisé du réseau Internet et de la portée d'une telle qualité. Voir MP3 *Insider*, <http://music.cent.com/music/0-1652424-7-3246687.html?st.mu.3246686.txt.32466> (accédé le 23 octobre 2000) ; voir J. Kuptz, « Indépendance Array - Gnutella : Unstoppable by Design » *Wired* (octobre 2000) 236.

⁵⁴ Dans ce sens, voir E.B. Easton, « Annotating the News: Mitigating the Effect of Media Convergence and Consolidation » (2000) 23 *U. Ark. Little Rock. L. Rev.* 143.

Netcasting de concurrencer la radiodiffusion classique, notamment par l'apparition de canaux de diffusion n'empruntant pas la voie du réseau hertzien, a radicalement « démocratisé » une activité traditionnellement réservée à de grandes entités économiques⁵⁵. On s'aperçoit alors que ces entités doivent pousser davantage la logique d'intégration aux plans technologique, économique et juridique, en décuplant l'activisme judiciaire et législatif dans ce dernier cas⁵⁶.

Le concept de convergence ainsi présenté ne doit laisser aucun doute quant à la mise en marche de la « troisième révolution »⁵⁷ des médias. Un indice supplémentaire à cet effet peut être trouvé dans les différentes études d'une possible réorganisation du cadre réglementaire entourant l'activité de radiodiffusion en un ensemble unifié placé

⁵⁵ Voir S.J. Drucker & G. Gumpert, « Legal Geography: The Borders of Cyberlaw » in S.J. Drucker & G. Gumpert, *Real Law at Virtual Space: Communication Regulation in Cyberspace*, Cresskill, N.J., Hampton Press, 1999 à la page 5 : « [online technology] has been said to be a truly "mass medium" more threatening than earlier media given that a personal computer and modem offer fairly inexpensive, accessible means of reaching enormous international audiences ».

⁵⁶ Voir C.L. Simmons, « Digital Distribution of Entertainment Content... The Battle Lines are Drawn » (2000) 33-AUG *Md. B.J.* 31 ; voir R. Eckstein, « Coming Attraction – It's Old Media vs. New as Lobbyists Prepare For The Next Great Entertainment Fight – Webcasting » *Legal Times* (8 mai 2000). Les logiques d'intégration sont inscrites, semble-t-il, au plan d'action stratégique de l'industrie de radiodiffusion canadienne puisque la quatrième stratégie consiste à « [p]romouvoir des politiques visant à assurer une souplesse structurelle et réglementaire maximale, de façon à favoriser à la fois l'exploitation de sociétés canadiennes intégrées vigoureuses, capable de rivaliser dans tous les domaines de la chaîne de valeur, et celle de solides entités locales et spécialisées » et la septième à « [p]romouvoir un régime de droit d'auteur juste et moderne, qui tient compte de l'évolution constante du milieu des médias », ACR, *Conceptfutur – Plan stratégique de l'Association Canadienne des radiodiffuseurs, 2000-2005*, www.cab-acr.ca (accédé le 10 juin 2000). Dans sa soumission au Sous-comité du Sénat sur les communications, l'ACR faisait valoir en égard vraisemblablement à la quatrième stratégie que

[...] broadcasting may be viewed as a value chain, in which each player performs an important function. However, in the current environment of technology-driven changes, broadcasting may also be viewed as a value chain in which each player will increasingly attempt to use its current position to extend its reach to other parts of the value chain – in other words, to reduce uncertainty by controlling a greater portion of the total business on which it depends. [...] To the extent that public policies prevent that logical evolution, then Canadian broadcasters may be less able to achieve the economics of scale and scope that will be required to succeed in the new environment and technology ;

et à la septième stratégie que la *Loi sur le droit d'auteur* doit être amendée afin que soit interdite l'utilisation non autorisée des signaux de communications sur l'Internet. ACR, *A Submission to the Senate Subcommittee on Communications – Convergence, Competition, Consumers, Policy Issues for the 21st Century – Phase I*, www.cab-acr.ca/french/joint/submissions/sub_jun3000.htm (accédé le 8 juillet 2000).

⁵⁷ M. Wells, D. Teather, D. Milmo & M. Brown, « Great white hope: Flagged as the blueprint for the 'third broadcasting revolution', the communications white paper was intended to transform the media. But will it really deliver ? » *The Guardian* (20 novembre 2000), 2000 WL 29679907.

sous l'autorité d'une superstructure unique⁵⁸. Le concept de convergence doit aussi permettre de mieux cerner ses composantes et leur portée au regard des questions de droits de propriété intellectuelle des organismes de radiodiffusion mis en cause dans les environnements électroniques. A cet égard, on retiendra que la technologie « démocratise »⁵⁹ un secteur de la radiodiffusion traditionnellement organisé sous forme de monopole public ou d'oligopole privé. Les logiques anciennes qui y prévalaient se heurtent à des dynamiques nouvelles et conquérantes, voire divergentes.

⁵⁸ Voir le Rapport du Sous-comité sur la convergence au Canada qui étudie la question de la réévaluation du rôle du CRTC, de la Commission du droit d'auteur et du Bureau de la concurrence, *op.cit.*. Sur cette question, voir « Senate subcommittee review could be catalyst government needs to reform CRTC », (2000) 26-5 *Canadian Communications Report* 4-5. Voir aussi *The Communications Reform White Paper* aux R.-U. qui « [p]our la première fois, traite tous les médias, y compris l'Internet, les télécommunications et la radiodiffusion traditionnelle, comme de simples canaux différents du même monde multimédia » [notre traduction] et prévoit le possible regroupement sous une autorité provisoirement intitulée Ofcom des instances régulatrices suivantes : *the independent television commission, the broadcasting standards commission, oftel, the radio authority and the radio communications authority*. M. Wells, D. Teather, D. Milmo & M. Brown, « Great white hope: Flagged as the blueprint for the 'third broadcasting revolution', the communications white paper was intended to transform the media. But will it really deliver ? » *The Guardian* (20 novembre 2000), 2000 WL 29679907.

⁵⁹ Pour un exemple concret d'entreprise de *Webcasting* et la faiblesse des coûts s'y rapportant en comparaison de la radiodiffusion traditionnelle, voir « Internet Television – The Economics of Webcasting » (14 mars 2000), www.imaginon.com/content/white_papers/econ_web.html (accédé le 20 novembre 2000) ; voir aussi « Webcasting Best Solution Now for Providing Local TV to Small, Rural or Underserved Communities, Webcasters Tell Government », www.webcasters.org/news/index.html (accédé le 27 novembre 2000).

II/ DIVERGENCE PARMI LES MEDIAS : LA PROTECTION DE L'OBJET DE COMMUNICATION

De façon générale, il est apparent que les législations nationales sur la propriété intellectuelle relevant de pays appartenant à l'*Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle* (OMPI) présentent quasiment toutes « des dispositions qui protègent, ou peuvent être interprétées comme protégeant, les organismes de radiodiffusion »⁶⁰. Le principe selon lequel les organismes de radiodiffusion méritent une protection au titre de la propriété intellectuelle semble donc largement répandu.

Pourtant, les modalités de la protection peuvent varier d'un système juridique à l'autre, à tel point qu'il est difficile d'appliquer la distinction classique séparant les pays de tradition romano-germanique et ceux de tradition anglo-saxonne pour les classer⁶¹. Ces disparités quant à l'objet et à l'étendue de la protection accordée aux radiodiffuseurs peuvent dans une certaine mesure s'expliquer en fonction de la *Convention internationale sur la protection des artistes-interprètes ou exécutants, des producteurs de*

⁶⁰ OMPI – Comité permanent du droit d'auteur et des droits connexes, *La législation en vigueur aux niveaux international, régional et national en ce qui concerne la protection des droits des organismes de radiodiffusion – Mémoire du bureau international*, 1^{ère} session, doc. SCCR/1/3 (1998) [ci-après « OMPI SCCR/1/3 »], www.wipo.int/fre/meetings/1998/sccr_98/sccr1_3.htm (accédé le 21 novembre 2000).

⁶¹ Voir C. Colombet, *Grands principes du droit d'auteur et des droits voisins dans le monde – Approche de droit comparé*, Paris, Litec, 2^{ème} éd., notamment aux pp. 116-117. Sur la relativité des différences des grandes traditions de la propriété intellectuelle, voir G. Davies, *Copyright and the Public Interest*, Weinheim/NewYork, VCH, 1994 ; A. Strowel, *Droit d'auteur et Copyright, divergences et convergences*, Bruxelles, Paris, Bruylant/L.G.D.J., 1993 à la page 507 ; G. Davies, « The Convergence of Copyright and Authors' Rights – Reality or Chimera ? » (1998) 26 *I.I.C.* 964 ; J.A.L. Sterling, « Creator's Right and the Bridge Between Author's Right and Copyright » (1998) 26 *IIC* 302 ; J. Seignette, *Challenges to the Creator Doctrine*, La Haye, Londres, Boston, Kluwer, 1994. Mais voir surtout A. Strowel, « Droit d'auteur and Copyright : Between History and Nature » in B. Sherman & A. Strowel, dir., *Of Authors and Origins*, Oxford, Clarendon Press, 1994, p. 235, l'auteur y pose la question de la nature du droit d'auteur – propriété ou monopole, de sa source – droit naturel ou droit positif, et de son caractère – synthétique/ouvert ou analytique/fermé. Il y montre que ces dualismes sont relatifs. Il note cependant une différence importante : le cadre interprétatif dans lequel les droits sont posés. Pourtant P.A. Côté a pu montrer la communauté de tradition interprétative entre les systèmes civilistes et de *common law* fondée sur le droit canonique, P.A. Côté, « L'interprétation de la loi en droit civil et en droit statutaire : communauté de langue et différences d'accents » (1997) 31 *R.J.T.* 45.

phonogrammes et des organismes de radiodiffusion signée à Rome en 1961 [ci-après « Convention de Rome »]⁶². En effet, la *Convention de Rome* se caractérise par le fait qu'elle se présente moins comme le dénominateur commun à des législations préexistantes qu'un modèle législatif pouvant guider les États au regard de la question du droit des radiodiffuseurs⁶³. De plus, il est permis à ses adhérents d'aménager leur engagement grâce à la faculté qui leur est laissée d'adopter des limitations à la protection conventionnelle⁶⁴. Elle se caractérise donc par sa « souplesse »⁶⁵. Cependant, on pourrait tout aussi bien parler de « mollesse » puisque cette convention ne se caractérise pas par un nombre élevé d'États y ayant adhéré⁶⁶, certains, le Canada et la France par exemple, l'ayant fait tardivement⁶⁷. Elle ne se caractérise pas non plus par une neutralité technologique qui aurait pu lui permettre d'échapper à une certaine obsolescence⁶⁸. Nous verrons cependant que son utilité demeure en raison du *de minima* de protection qu'elle établit, servant alors de base de travail pour traiter la question de la protection des radiodiffuseurs⁶⁹.

Cette dernière a acquis sous l'impulsion des nouvelles technologies de l'informatique et des communications une importance de premier plan. En dépit du fait que les droits des radiodiffuseurs n'aient été définis ni dans le Traité de l'OMPI sur le

⁶² Sur l'histoire de la *Convention de Rome*, voir G. Straschnov, *Protection internationale des droits voisins*, Bruxelles, Bruylant, 1958 ; J. Poulain, *La protection des émissions de Radiodiffusion*, Paris, L.G.D.J., 1963. Pour une analyse de la *Convention de Rome*, voir X. Desjeux, *La Convention de Rome*, Paris, L.G.D.J., 1966 ; H. Desbois, A. Françon, A. Kéréver, *Les conventions internationales du droit d'auteur et des droits voisins*, Paris, Dalloz, 1976 ; W. Nordemann, K. Vinck, P.W. Hertin, G. Meyer, *International Copyright and Neighboring Rights Law*, Weinheim, VCH, 1990.

⁶³ Voir C. Colombet, *op.cit.* à la p. 168.

⁶⁴ Art. 15, *ibid.*

⁶⁵ C. Masouyé, *Guide de la Convention de Rome et de la Convention Phonogrammes*, Genève, OMPI, 1981 à la p. 14.

⁶⁶ Moins d'une soixantaine d'États sont membres de cette convention.

⁶⁷ Le Canada est devenue partie à la *Convention de Rome* en 1998, la France en 1987.

⁶⁸ Voir W. Rumphorst, « Le droit voisin des organismes de radiodiffusion » (1997) 31-2 *Bulletin du droit d'auteur* 45.

⁶⁹ C. Masouyé écrit à ce sujet : « [c]ertes, la Convention de Rome reflète l'état de la technique en 1961 et celle-ci a considérablement évolué depuis lors. Mais il n'en demeure pas moins que le législateur s'en est inspiré pour bâtir une protection des « droits voisins », quitte à tenir compte de cette évolution dans l'objet et l'étendue d'une telle protection ». C. Masouyé, *Guide de la Convention de Rome et de la Convention Phonogrammes*, Genève, OMPI, No 617(F), 1981 à la p. 15 [ci-après « Guide OMPI »].

droit d'auteur ni dans le Traité de l'OMPI sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes adoptés le 20 décembre 1996, ils ont été l'objet de colloques internationaux⁷⁰ et constamment à l'ordre du jour des sessions du Comité permanent du droit d'auteur et des droits connexes de l'OMPI depuis 1998 en vue de l'éventuelle adoption d'un traité sur « la protection des droits des organismes de diffusion et des distributeurs de programmes propres câblés »⁷¹. Cette réflexion menée dans l'agora de l'OMPI doit être interprétée comme le signe révélateur d'un besoin plus général de changement et d'unification des régimes de protection des organismes de radiodiffusion.

En étudiant les revendications des divers intervenants de l'industrie de la radiodiffusion par l'exploration des grands forums juridiques internationaux et nationaux, on essaiera de discerner, avec une optique de droit comparé et avec une attention particulière portée au Canada et à la France, comment est abordée la question de la radiodiffusion sur l'Internet. On gardera à l'esprit que la protection des organismes de radiodiffusion a de nombreuses dimensions qui ne se limitent pas à l'Internet ou ne s'y rapportent pas directement. Il reste cependant important de ne pas les exclure puisqu'elles sont susceptibles de s'y rattacher indirectement. Cette approche exprime les tensions qui accompagnent le progrès technique et qui affectent les protagonistes de la radiodiffusion divisés en deux groupes, celui des radiodiffuseurs classiques (A) et celui des nouveaux entrants (B), chacun ayant des attentes et des revendications divergentes. Cette distinction quelque peu manichéenne a cependant l'avantage de fournir une grille de lecture facilitant l'appréhension de logiques qui s'avèrent beaucoup moins découpées qu'enchevêtrées. On peut en effet valablement présumer qu'« [e]n fait, très rapidement, beaucoup de services de Webcasting s'intégreront de manière transparente aux infrastructures et services classiques. Plus le Webcasting ressemblera aux services classiques, plus grand sera le défi adressé aux cadres réglementaires existants »⁷².

⁷⁰ Cf. Colloque mondial de l'OMPI sur la radiodiffusion, les nouvelles techniques de communication et la propriété intellectuelle, tenu à Manille en avril 1997, WIPO PUBLICATION No 757(E/F/S) [ci-après « Colloque OMPI »], et Colloque de l'OMPI sur la radiodiffusion, les nouvelles techniques de communication et la propriété intellectuelle pour les pays d'Amérique latine et des Caraïbes, tenu à Cancún (Mexique) en février 1998.

⁷¹ Cf. OMPI SCCR/1/3.

⁷² Rapport OCDE, *op.cit.*.

A/ LA POSITION DES RADIODIFFUSEURS TRADITIONNELS

La prise de conscience vis-à-vis du phénomène du *Webcasting* n'est pas aussi récente qu'on pourrait le croire. En effet, la vitesse de progression des technologies qui en sont le moteur érode rapidement la temporalité. Aujourd'hui on ne pourra être que d'accord avec l'affirmation faite en 1997 selon laquelle « [s]i les services de Webcasting sont à bien des égards immatures par rapport aux services classiques du point de vue de leur qualité et de leur accessibilité, le développement technologique est si rapide que cet écart va se combler au cours des prochaines années »⁷³. C'est l'appréhension de cet « écart » du point de vue des radiodiffuseurs classiques que nous nous proposons de prendre en considération. Cependant cette question s'inscrit dans un ensemble plus large que l'on ne doit pas ignorer. En fait, les reproches adressés aux différents régimes juridiques ne sont pas liés exclusivement à l'essor de l'Internet. Ce dernier n'est qu'un nouvel aspect d'un problème amorcé dès les années soixante et relatif à l'efficacité contestée du corpus normatif entourant le régime des communications.

L'attribution de droits de propriété intellectuelle au profit des organismes de radiodiffusion découle de deux grands principes. L'un est d'ordre public et participe du fait que l'organisme de radiodiffusion contribue considérablement à la promotion et à la diffusion de la création en particulier et de la culture et de l'information en général. L'autre est d'ordre privé et prend en considération l'importance des investissements que nécessite l'entreprise de radiodiffusion.

La protection des émissions est minimalement organisée dans la *Convention de Rome* autour des droits d'autoriser ou d'interdire : a) la réémission (l'article 3-g définit la réémission comme l'émission simultanée par un organisme de radiodiffusion d'une émission d'un autre organisme de radiodiffusion) de leur émission (l'article 3-f définit l'émission comme la diffusion de sons ou d'images et de sons par le moyen des ondes

⁷³ Rapport OCDE, *op.cit.*.

radioélectriques, aux fins de réception par le public) ; b) la fixation sur un support matériel de leurs émissions ; c) la reproduction de fixation de leurs émissions ; et d) la communication au public de leurs émissions de télévision, lorsqu'elle est faite au public moyennant un droit d'entrée. Des dispositions similaires sont prévues à l'*Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce* (ADPIC ou TRIPS)⁷⁴, tel qu'intégré dans le cadre de l'*Organisation mondiale du commerce* (OMC). Enfin, il sera fait mention de la *Convention de Bruxelles* de 1974 concernant la distribution de signaux porteurs de programmes transmis par satellite⁷⁵ et qui vise la protection des signaux transmis par satellite par l'intermédiaire desquels des programmes sont transmis entre des organismes de radiodiffusion ou entre ces organismes et les câblodistributeurs. Il faut noter que la Convention n'est pas applicable aux signaux qui sont destinés à la réception directe par le public en général à partir du satellite⁷⁶ ni aux signaux dérivés provenant de signaux déjà distribués par un distributeur auquel les signaux émis étaient destinés⁷⁷.

C'est sur les brèches de ces instruments internationaux (1), puis corrélativement sur celles dans lesquelles se sont insinuées certaines exceptions à la protection au niveau national (2), que se porte le regard critique des organismes de radiodiffusion et se fondent leurs principales revendications.

⁷⁴ L'art. 14-3 dispose que :

les organismes de radiodiffusion auront le droit d'interdire les actes ci-après lorsqu'ils seront entrepris sans leur autorisation : la fixation, la reproduction de fixations et la réémission par le moyen des ondes radioélectriques d'émissions ainsi que la communication au public de leurs émissions de télévision. Dans le cas où les Membres n'accorderont pas de tels droits à des organismes de radiodiffusion, ils donneront aux titulaires du droit d'auteur sur le contenu d'émissions la possibilité d'empêcher les actes susmentionnés, sous réserve des dispositions de la Convention de Berne (1971).

⁷⁵ Ci-après « Convention satellite ».

⁷⁶ Art. 3.

⁷⁷ Art. 2. 3).

1) Critique des instruments internationaux relatifs aux droits des organismes de radiodiffusion

De la *Convention de Rome* (a) à l'*Accord sur les ADPIC* (c) en passant par la *Convention de Bruxelles* (b) se fait entendre le courroux des radiodiffuseurs.

a) La Convention de Rome

Il est devenu tout aussi traditionnel de stigmatiser la *Convention de Rome* en raison de son « archaïsme »⁷⁸. Tout d'abord le paysage audiovisuel de l'époque de son adoption n'est plus du tout semblable quelques quarante années plus tard, que ce soit du point de vue de la technique, de son statut juridique ou de son économie⁷⁹. De plus, le développement de la société hypermédiatisée du 21^{ème} siècle a fait atteindre à la radiodiffusion un degré de sophistication qu'expriment adéquatement ces termes :

[t]he services compiled and produced by broadcasters consist of a unique blend of news, entertainment, sports and other types of programming. The final product received by an audience is the result of the cumulative efforts of many individuals, exercising significant creative, organizational and technical skills and utilizing considerable economic resources. Broadcasting involves selecting and testing programming – some live, some taped, some produced by the broadcasting organization itself, some acquired from third parties – then arranging, scheduling and promoting that programming and, finally, technically producing and transmitting it⁸⁰.

Pour les radiodiffuseurs, cet état de fait appelle une protection juridique plus adaptée à la réalité contemporaine qui semble faciliter l'exploitation indue des investissements économiques d'autrui. En guise d'exemple est invoqué l'article 13 de la *Convention de Rome* qui permet d'autoriser ou d'interdire la réémission de l'émission

⁷⁸ Voir P. Masouyé, « La Convention de Rome en matière de droits voisins » in *Les journées du droit d'auteur*, Bruxelles, Bruylant 1989 à la p. 43. L'auteur y parle de « phénomène de déphasage ».

⁷⁹ La télévision couleur, les appareils d'enregistrement, le câble, le satellite n'existaient pas ; le secteur était organisé sous forme de monopole public ; le coût d'exploitation se confondait avec le coût de construction de réseaux de communications. Voir C. Debbasch (éd.), *Droits des médias*, Paris, Dalloz, 1999. Voir J. Chevallier, *op.cit.* note 34.

⁸⁰ Colloque OMPI à la p. 17.

d'un organisme de radiodiffusion. On rappellera que la réémission est définie comme l'« émission simultanée par un organisme de radiodiffusion d'une émission d'un autre organisme de radiodiffusion »⁸¹. Pour M. Rumphorst, ce droit demeure inefficace, car il ne concernerait que des cas de figure isolés :

[...] l'acte portant atteinte à ce droit consisterait en la réception par antenne (Ballempfang) et en la diffusion parallèle simultanée. En pratique, une telle situation serait extrêmement rare ; un cas plus probable de réémission illicite serait l'interception d'un signal de satellite autre que de diffusion en vue de la transmission directe ou, beaucoup plus vraisemblablement, en différé avec les commentaires et les annonces publicitaires propres de la station pirate, ou bien l'enregistrement de l'émission elle-même et là aussi sa transmission en différé (*in extenso* ou sous forme d'extraits) avec les commentaires et les annonces publicitaires de la station pirate. S'il ne fait aucun doute que le relais différé n'est pas couvert par l'alinéa (a) de l'article 13, il est tout aussi évident qu'une transmission par satellite autre que de diffusion n'est pas protégée en tant que telle contre les réémissions⁸².

Ce même auteur fait ensuite référence au droit des organismes de radiodiffusion d'interdire ou d'autoriser la fixation sur un support matériel de leurs émissions. Selon lui, la fixation est synonyme d'« enregistrement ». Cette disposition doit permettre en théorie de pouvoir contrôler les activités de réémission en différé, laquelle « est nécessairement basée sur une fixation d'une radio-émission de l'émetteur d'origine »⁸³. Mais en l'absence d'un droit de distribution, un pirate pourrait toujours prétendre ne pas avoir effectué la fixation qui aurait été reçue d'un tiers⁸⁴.

La question du mode de diffusion est souvent invoquée à des fins de critique puisqu'il est reconnu que la *Convention de Rome* ne protège pas contre la transmission par fil. On trouve dans le Guide OMPI l'explication de ce choix : « [c]omme le mentionne le rapport général, la Conférence diplomatique de Rome a été d'avis que seule la transmission au moyen des ondes hertziennes ou d'un autre système sans fil constitue

⁸¹ Art. 3. g) *Convention de Rome*.

⁸² W. Rumphorst, *op.cit.* note 68 à la p. 52.

⁸³ Guide OMPI, *op.cit.* note 69 à la p.31.

⁸⁴ W. Rumphorst, *op.cit.* note 68 à la p. 52.

la radiodiffusion aux fins de la Convention »⁸⁵. Pourtant la question de la transmission sans fil n'est pas claire. Selon la même source, la question de savoir si la transmission par satellite aux fins de réception par le public constitue une émission faisant l'objet d'une protection reste controversée⁸⁶. De plus, la notion de « réception par le public » exclurait de toute façon du champ de protection de la *Convention de Rome* une transmission par satellite qui ne serait pas destinée à la réception directe par le public⁸⁷. Aujourd'hui, la radiodiffusion ne s'effectue plus par un seul médium, mais au moyen d'une combinaison de toutes les technologies de transmission disponibles. La radiodiffusion unimorphe appartiendrait à un passé révolu :

[b]roadcasting: we know what it is but *do we really?* It is not that simple: it is not just one transmitter and it is not just over the air. There is a network of transmitters; in national broadcasting there may be up to thousands of transmitters, connected by microwaves links. There are cables going out from studios towards the principal transmitters, and partly fibre optics are connecting the different transmitters. So, in technical terms, the whole operation may involve a lot of cable, a lot of point-to-point communication and, in the end there is transmission over the air for private reception. At the reception end, people may receive directly off the air, they may receive via community antennas, or via cables⁸⁸.

Il devient alors laborieux d'admettre que la protection d'une émission dépende de son mode de transmission, par fil ou sans fil, d'autant plus que l'émission s'effectuera de nombreuses façons et que leur différenciation sera rendue invisible par les nouvelles technologies. Cela semble déjà être le cas en matière de transmission sur l'Internet : celle-ci s'effectue par « paquets » et il est impossible de savoir à l'avance quelle(s) plate(s)-forme(s) chacun d'eux empruntera.

⁸⁵ Guide OMPI, *op.cit.* note 69 à la p. 30. Voir aussi A. Meyer-Heine, « Les droits d'auteur et les droits voisins en matière de radiodiffusion télévisuelle : analyse critique des instruments juridiques européens » (1995/5) 122 *Légipresse* VI 51 à la p. 55.

⁸⁶ Guide OMPI, *op.cit.* à la p. 73.

⁸⁷ Cette question fait aussi l'objet de controverses. Voir H. Desbois, A. Françon et A. Kerever, *Les conventions internationales du droit d'auteur et des droits voisins*, Paris, Dalloz, 1976 aux pp. 373 à 376.

⁸⁸ W. Rumphorst in Colloque OMPI, *op.cit.* à la p. 85.

b) La Convention de Bruxelles

Des critiques du même ordre sont adressées à la Convention satellite. Sans procéder à l'analyse exégétique de son texte, on soulignera les trois principaux arguments avancés contre elle⁸⁹.

Le premier met en relief le fait que la protection accordée a vite été dépassée par l'évolution de la technique. La Convention satellite distingue entre les satellites à diffusion indirecte et ceux à diffusion directe, c'est-à-dire permettant à un consommateur de recevoir le signal chez lui. L'article 3 exclut ceux-ci du champ conventionnel puisque à l'époque ces satellites requéraient une puissance telle que leur utilisation restait marginale. Les satellites fixes ne demandaient qu'une puissance faible à moyenne qui les confinait à une fonction de relais et de communication beaucoup plus répandue. Or les progrès apportés aux antennes de réception ont permis d'exploiter les satellites à faible et moyenne puissance à des fins de diffusion directe⁹⁰, plaçant du même coup hors du champ conventionnel une partie importante de l'activité de radiodiffusion par satellite⁹¹.

Le deuxième argument vise le fait que la Convention satellite n'impose pas l'obligation aux États membres d'accorder des droits voisins aux organismes de radiodiffusion pour la protection des transmissions indirectes par satellite. Bien moins, elle n'apporte aucune garantie minimale de protection statutaire puisque les États membres ne s'engagent qu'à

[...] prendre des mesures adéquates pour faire obstacle à la distribution sur son territoire, ou à partir de son territoire, de signaux porteurs de programmes par tout distributeur auquel les signaux émis vers le satellite ou passant par le satellite ne sont pas destinés (art. 2.1)).

⁸⁹ Pour une analyse détaillée, voir H. Desbois, A. Françon, A. Kéréver, *Les conventions internationales du droit d'auteur et des droits voisins*, Paris, Dalloz, 1976 ; W. Nordemann, K. Vinck, P.W. Hertin, G. Meyer, *op.cit* note 62.

⁹⁰ Voir C. Eltzroth, *Colloque OMPI*, *op.cit.* aux pp. 71-72.

⁹¹ Pour une description historique et technique des types de satellite, voir E. Deliyanni, *Le droit de représentation des auteurs face à la télévision transfrontalière par satellite et par câble*, Paris, L.G.D.J., 1993 aux pp. 32 à 50 ; Makeen Fouad Makeen, *Copyright in a Global Information Society – The Scope of Copyright Protection Under International, US, UK and French Law*, The Hague, London, Boston, Kluwer Law International, 2000 aux pp. 175-176 ; A. Meyer-Heine, *op.cit.* note 85 à la p. 52.

Enfin, la faible audience de la Convention - qui ne compte qu'une vingtaine de membres - réduit sensiblement toute valeur que l'on pourrait par ailleurs lui prêter.

c) *L'Accord sur les ADPIC*

*L'Accord sur les ADPIC*⁹² n'échappe pas davantage aux doléances des radiodiffuseurs. Ils lui reprochent de constituer une régression par rapport à la *Convention de Rome*. D'abord en raison du fait que cet accord ne prévoit pas un principe de traitement national en vertu duquel un État membre étranger pourrait bénéficier du même régime que les nationaux. L'accord se contente de garantir une protection minimale dont toute amélioration échappe aux non-nationaux.

Ensuite, en raison du fait que le contenu de cette protection minimale est presque identique à celle que déploie la *Convention de Rome*. Cette critique se dédouble au surplus. En effet, malgré la première partie de l'article 14.3) qui reprend les termes de l'art. 13 de la *Convention de Rome* mais sans limiter le droit de communication au public des émissions de télévision comme c'est le cas dans la *Convention de Rome*, la seconde partie de cet article dispense les États membres de l'obligation d'accorder aux organismes de radiodiffusion les droits énoncés en première partie :

[1^{ère} partie] Les organismes de radiodiffusion auront le droit d'interdire les actes ci-après lorsqu'ils seront entrepris sans leur autorisation : la fixation, la reproduction de fixations et la réémission par le moyen des ondes radioélectriques d'émissions ainsi que la communication au public de leurs émissions de télévision.

⁹² Sur les ADPIC, voir H. Cohen-Jehoram et al. (éds), *Trade-Related Aspects of Copyright*, La Haye, Kluwer, 1997 ; F.-K. Beier et G. Schricker (éds), *From GATT to TRIPs*, publié par le Max Planck Institute for Foreign and International Patent, Copyright and Competition Law, Munich, VCH, vol.18, 1996 ; F.M. Abbott, « Commentary: The International Intellectual Property Order Enters the 21st Century » (1996) 29 *Van. J. Trans'l L.* 471 ; Y. Gaubiac, « Une dimension nouvelle du droit d'auteur : l'Accord sur les aspects de droit de propriété intellectuelle qui touchent au commerce de l'Accord de Marrakech instituant l'OMC » (avril 1995) *R.I.D.A.* 3 ; A. Kéréver, « Le GATT et le droit d'auteur international - L'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce » (1994) 47 *Revue Trim. De Droit Commercial* 629 ; D. Nimmer, « International Trade Aspects of Intellectual Property » (1995) 15 *Loyola L. A. Entert. L. J.* 136 ; J.H. Reichman, « Universal Minimum Standards of Intellectual Property Protection under the TRIPs Component of the WTO Agreement » (1995) 29-2 *Int'l Law* 345.

[2^{ème} partie] Dans le cas où les Membres n'accorderont pas de tels droits à des organismes de radiodiffusion, ils donneront aux titulaires du droit d'auteur sur le contenu d'émissions la possibilité d'empêcher les actes susmentionnés, sous réserve des dispositions de la Convention de Berne (1971).

L'interprétation à donner à cet article n'est pas si simple. On pourrait en effet penser que les États membres n'ont pas l'obligation d'octroyer de droits aux organismes de radiodiffusion dans la mesure où les titulaires de droit d'auteur sur le contenu de l'émission sont protégés. Pourtant les États membres sont déjà tenus, en vertu du paragraphe 1 de l'article 9, d'accorder une protection par le droit d'auteur au contenu des émissions lorsqu'il se qualifie en tant qu'œuvre. Selon l'OMPI,

[I]l y a lieu de noter que le but et la signification de la disposition considérée n'est donc, à l'évidence, pas de réitérer une obligation déjà clairement établie. Il s'agirait plutôt de faire état des divergences notoires existant entre les législations nationales sur ce que recouvre réellement la notion d'œuvre, et d'établir que les membres pouvant refuser d'accorder des droits particuliers aux organismes de radiodiffusion sont uniquement ceux dont la législation sur le droit d'auteur contient une définition de la notion d'œuvre qui soit suffisamment large pour conférer une protection efficace aux émissions des organismes de radiodiffusion⁹³.

Cependant l'application du droit d'auteur en matière de protection des émissions des radiodiffuseurs n'est pas sans présenter certaines difficultés. Si l'on se réfère à la Convention de Berne sur la protection des œuvres littéraires et artistiques et à ses articles 1 à 21 auxquels renvoie l'*Accord sur les ADPIC* en vertu de son article 9.1), on s'aperçoit que les émissions télévisuelles ne sont pas exclues de la qualification d'œuvre. Les émissions de télévision disposent de deux entrées dans la *Convention de Berne* : d'abord, grâce à la liste des œuvres protégées dont le caractère non exhaustif permet aux États membres d'y intégrer des catégories d'œuvres supplémentaires ; ensuite, grâce à la définition large des œuvres cinématographiques « auxquelles sont assimilées les œuvres exprimées par un procédé analogue à la cinématographie »⁹⁴, les œuvres télévisuelles

⁹³ *Incidences de l'Accord sur les ADPIC sur les traités administrés par l'OMPI*, Genève, OMPI, No. 464(F) aux pp.29-30.

⁹⁴ Art. 2 al.1 *Convention de Berne*.

entrant dans cette catégorie. On constate au surplus que l'exigence de fixation sur un support matériel eu égard aux œuvres assimilées a été supprimée de manière à permettre aux émissions télévisées « en direct » d'entrer dans le champ conventionnel de protection⁹⁵. Néanmoins une réserve est posée par l'article 2, alinéa 2 de la *Convention de Berne* en vertu duquel les pays membres ont la faculté de prévoir, comme condition à la protection, la fixation des œuvres sur un support matériel. On rencontrerait ainsi des cas où la notion d'œuvre serait suffisamment large pour inclure les émissions télévisuelles fixées, mais pas les émissions « en direct ». En réalité, la lecture de la deuxième partie de l'article 14.3) de l'Accord sur les ADPIC suggère que le critère de l'efficacité de la protection est rempli lorsque sont fournis les moyens « d'empêcher » les actes mentionnés dans sa première partie. Selon l'OMPI, en vertu de la réserve prévue à l'article 14.3) dans sa deuxième partie (« la possibilité d'empêcher les actes susmentionnés, sous réserve des dispositions de la Convention de Berne »), le seul moyen disponible est celui que prévoit l'article 11 *bis* de la *Convention de Rome* et est constitué par un droit exclusif d'autoriser⁹⁶. Somme toute, on a du mal à résister à l'idée qu'une protection efficace inclurait la protection des œuvres télévisuelles non fixées. On en arrive à la situation paradoxale où, malgré le texte de l'article 14.3) et son interprétation, tous les États signataires de l'Accord sur les ADPIC qui requièrent une fixation préalable de l'œuvre devraient conférer des droits spécifiques aux organismes de radiodiffusion.

La distinction entre la question de la notion d'œuvre et la question du critère de protection de l'œuvre permet de pousser plus avant l'analyse. Le champ de ce critère peut comprendre l'exigence d'une fixation de l'œuvre, mais aussi, par exemple, l'exigence d'originalité, voire seulement l'une des deux. Un lien de proportionnalité unit néanmoins ces deux questions : plus la notion d'œuvre est large au sens du droit d'auteur, plus le critère de sa protection le sera également. Il est en effet peu aisé d'imaginer une législation où la notion d'œuvre est suffisamment large pour englober les émissions des organismes de télévision, mais où le principal critère de protection vient restreindre les

⁹⁵ H. Desbois, A. Françon et A. Kéréver, *Les conventions internationales du droit d'auteur et des droits voisins*, Paris, Dalloz, 1976 aux pp. 159-161.

conditions de qualification. C'est certainement pour éviter ce type de contradiction que certains législateurs traditionnellement favorables à la fixation ont établi des présomptions de fixation⁹⁷. Au bout du compte, l'article 14.3) de l'Accord sur les ADPIC envisage deux situations : la première où la législation accorde un droit spécifique et expresse, c'est-à-dire distinct du droit d'auteur, aux organismes de radiodiffusion pour la protection de leur émissions ; la seconde où le droit d'auteur est suffisamment large pour protéger ces mêmes émissions au titre du droit d'auteur et à titre d'œuvres. On se rend compte que dans le premier cas « [...] broadcasts have different copyrightability criteria from traditional works. Since they are not works, the *Berne Convention* does not apply to them. There is no need to isolate authorship or to find any originality »⁹⁸, alors que dans le dernier cas l'étendue de la notion d'œuvre se confond avec l'étendue du critère de protection de façon proportionnelle. C'est précisément là que le bât blesse puisque l'organisme de radiodiffusion aurait systématiquement à éprouver les limites de ce critère. Au lieu d'un critère mou, les radiodiffuseurs réclament une protection univoque là où le droit d'auteur n'en procure pas :

[I]'un des grands avantages pratiques que présente le droit voisin du radiodiffuseur tient au fait que celui-ci n'a pas besoin de prouver pourquoi et comment il était effectivement en droit de réaliser une émission donnée (les jeux olympiques, par exemple). De la sorte – et c'est un avantage énorme – on fait l'économie de preuves compliquées [...]. Tout ce qu'il faut prouver, c'est que le concurrent (ou autre pirate éventuel) prévoit de rediffuser des programmes de l'organisation ou d'en faire un autre usage, ou qu'il l'a bel et bien déjà fait⁹⁹.

Les lacunes techniques et juridiques que comportent ces trois instruments internationaux sont autant de brèches dans le régime de la protection des organismes de radiodiffusion. Il faut cependant se demander si les exceptions à ce régime de protection que mettent en application certaines législations nationales sont le résultat de ces insuffisances conventionnelles.

⁹⁶ *Incidences de l'Accord sur les ADPIC sur les traités administrés par l'OMPI*, Genève, OMPI, No. 464(F) à la p. 30.

⁹⁷ Voir art. 3 (1.1) LDA ; voir Y. Gendreau, « Le critère de fixation en droit d'auteur » (1994) 159 *R.I.D.A.* à la p. 163.

⁹⁸ D. Vaver, *Copyright Law*, Toronto, Irwin Law, 2000 à la p. 67.

2) Critique des justifications à certaines exceptions au régime de protection des radiodiffuseurs

La question de la protection des organismes de radiodiffusion, notamment en ce qui concerne la retransmission de leurs émissions, reste traitée de façon incomplète par les différents instruments internationaux, ce qui donne une latitude importante aux États membres à son égard. En réalité cette vision est inversée et il faut plutôt expliquer les lacunes juridiques internationales à partir des points de vue nationaux¹⁰⁰.

La radiodiffusion présente en effet de solides points d'attache avec la sphère publique, c'est-à-dire l'intérêt général dont le garant est l'État, à plusieurs niveaux. Elle est d'abord le vecteur d'une cohésion sociale et d'une identité culturelle propres à une organisation étatique donnée¹⁰¹. Dans une certaine mesure, elle contribue à affirmer la souveraineté nationale d'un État vis-à-vis des autres États¹⁰². Elle permet, ensuite, de remplir une mission de service général en rendant l'information accessible à tous et en satisfaisant des besoins locaux et communautaires particuliers. Enfin, elle fait appel au domaine public auquel appartient le spectre radioélectrique et dont la gestion incombe

⁹⁹ W. Rumphorst, *op.cit.* note 68 à la p. 51.

¹⁰⁰ L'intégration européenne nous pousse à assimiler le régime juridique européen à un régime national.

¹⁰¹ Voir J. Given, *The Death of Broadcasting ? Media's Digital Future*, Sidney, UNSW Press, 1998 à la p. 50 :

Broadcasters in Europe were initially seen predominantly as cultural enterprises catering to the whole population. Broadcasting organisations write Rowland and Tracey, 'were taken to be part of the sector of society which is responsible for generating and disseminating its linguistic, spiritual, aesthetic and ethnic wealth'. Jay Blumler calls them 'centripetal, socially integrative force[s]', and Elihu Katz speaks of their contribution to 'authenticity...connecting the society to its cultural centre and acquainting the segments of society with each other.

Voir aussi W. Rumphorst, « Un point de vue sur la radiodiffusion de service public : des malentendus persistants » (1999) 1 *R.I.D.E.* 31.

¹⁰² Voir J. L. Faber, « Culture in the Balance: Why Canada's Copyright Amendments Will Backfire on Canadian Culture by Paralyzing the Private Radio Industry » (1998) 8 *Ind. Int'l & Comp. L. Rev.* 431. Voir J. Given, *op.cit.* à la p. 69 où il parle de « Souveraineté culturelle » [notre traduction]. Voir aussi F. Godard, « Canada, construction et limites du nationalisme audiovisuel » (1995) 47 *Angle Droit* 13.

exclusivement à l'État. La question du régime juridique de la radiodiffusion demeure donc délicate en raison de sa proximité avec la prérogative étatique.

Le problème de la retransmission, notamment par câble, reste vif chez les organismes de radiodiffusion et a été constamment l'objet d'une certaine contestation¹⁰³. Il se révèle tout aussi délicat pour les mêmes raisons soulevées ci-dessus. En effet, on réalise, en ce qui concerne la retransmission par câble, que celle-ci assure un rôle de première importance puisqu'elle permet d'économiser la ressource hertzienne, caractérisée par sa rareté¹⁰⁴. Elle permet aussi de gérer efficacement la couverture audiovisuelle d'un territoire étatique donné dont la topographie et l'étendue rendent malaisée l'exploitation du seul réseau hertzien¹⁰⁵. Son assujettissement à un régime adapté permet enfin d'organiser de façon équilibrée la répartition des marchés de radiodiffusion¹⁰⁶, voire de satisfaire à l'obligation de service universel¹⁰⁷.

¹⁰³ Voir J.-P. Blais & D. Jones, « Le droit des radiodiffuseurs sur leurs signaux de communication et la mise en application de la Convention de Rome : un biscotto rassis pour le Canada » (1998) 11-1 *C.P.I.* 107. Voir M. A. Geist, « IcraveTV and the New Rules of Internet Broadcasting » (2000) 23 *U. Ark. Little Rock L. Rev.* à la p. 233. L'auteur y note que le débat a été très tôt axé sur la question de la rémunération de l'utilisation secondaire des émissions des radiodiffuseurs et n'empruntait pas nécessairement la voie du droit d'auteur. A ce sujet, voir CRTC, Policy Statement on Cable Television: Canadian Broadcasting – « A Single System » (July 16, 1971) [cité par l'auteur]. Pour un aperçu historique canadien, voir K. Easton, *Building an Industry – A History of Cable Television and Its Development in Canada*, Lawrencetown Beach, N.-É., 2000.

¹⁰⁴ Voir C. Debbasch, *op.cit* note 79 aux pp. 89 et s. (« L'exploitation du spectre hertzien est dominée par l'existence de contraintes techniques inhérentes à ce procédé de diffusion, la plus importante étant la rareté des fréquences et le fait que les fréquences non utilisées ne sont pas nécessairement exploitables, en raison de la perturbation des signaux »).

¹⁰⁵ Le câble assume une fonction ancillaire permettant de contourner les difficultés liées à la distance et aux « zones d'ombre » que créent les montagnes ou les tours urbaines, par exemple. Voir E. Deliyanni, *op.cit* note 91 à la p. 140 ; Makeen Fouad Makeen, *op.cit.* note 91 à la p. 227.

¹⁰⁶ Au Canada, dès 1971, le CRTC annonçait l'objectif du cadre réglementaire entourant la radiodiffusion dans les termes suivants :

[c]larify and strengthen the basic broadcasting services to Canadians, to increase the diversity of program services available to Canadians, and strengthen the means by which the whole broadcasting system will prosper, ensuring that one element of the system shall not prosper at the expense of another. The Commission's objective is to encourage the system to provide the best possible service and widest choice from every source for the Canadian viewer, while favouring services that are as relevant as possible to the particular community, local, regional, or national, that is to be served. The policy is intended to reduce any harmful impact of cable systems on local broadcasters while, at the same time, assuring the continued growth of cable television.

CRTC, Policy Statement on Cable Television: Canadian Broadcasting – « A Single System » (July 16, 1971), extrait cité par K. Easton, *Building an Industry – A History of Cable Television and Its Development in Canada*, Lawrencetown Beach, N.-É., 2000 à la p. 190.

Que ce soit dans l'Union européenne, en France, aux États-Unis ou au Canada, on rencontre un régime juridique de propriété intellectuelle relatif à la retransmission par câble des émissions des organismes de radiodiffusion. Il convient cependant de nuancer cette assertion afin d'en préciser le sens. On doit en effet faire la distinction entre le Vieux Continent (a) et le Nouveau Continent (b).

a) Europe et France

Seront successivement et sommairement envisagés les régimes juridiques de la retransmission par câble du droit européen (i) et du droit français (ii).

i) Le droit européen de la retransmission par câble

Le droit européen de la retransmission par câble est principalement organisé autour de Deux Directives. La première, la Directive 92/100/CEE (Prêt et Location), contient deux volets : l'un visant à introduire un droit de prêt et de location au profit des auteurs et de certains titulaires de droits voisins ; l'autre instaurant des dispositions générales relatives aux droits voisins. Ce dernier s'inscrit dans la perspective de la

¹⁰⁷ W. Rumphorst considère qu'il faut distinguer en matière de radiodiffusion entre la notion de service public et celle de service universel. Cette dernière ne s'applique pas à la radiodiffusion de service public puisque sa mission n'est pas quantifiable et ne vise pas un résultat concret comme c'est le cas pour un service universel. Les objectifs de service public vers lesquels doit tendre le radiodiffuseur (*i.e.*, notamment, être un « point de référence pour les membres du public », un « facteur de cohésion sociale et d'intégration de tous les individus, groupes et communautés », un « forum de discussion publique », un « éventail aussi large que possible », adopter une « programmation pluraliste, novatrice et variée », répondre à des « normes éthiques et de qualité élevées », « intéressant un large public tout en étant attentif aux besoins des groupes minoritaires » et visant à « refléter les différentes idées philosophiques et convictions religieuses de la société ») sont sans rapport avec les objectifs précis du service universel visant, par exemple, à assurer le service d'eau, d'électricité, de transport et de télécommunications dans une région donnée. W. Rumphorst, « Un point de vue sur la radiodiffusion de service public : des malentendus persistants » (1999) 1 *R.I.D.E.* 31. Cependant cette distinction est européen-centrique puisque la notion de radiodiffusion de service public n'a pas la même dimension en Amérique du Nord où ce sont quasi exclusivement des entreprises commerciales privées qui assurent le service de radiodiffusion. Elles sont néanmoins assujetties à des obligations précises et quantifiables de diffusion (« must carry rule » aux E.-U. et contenu obligatoire au Canada). La distinction entre obligations *quantifiables* et *non quantifiables* n'y est donc pas opératoire. Sur la notion de service public au Canada, voir P. Trudel et F. Abran, *Droit de la radio et de la télévision*, Montréal, Thémis, 1991.

Convention de Rome que la Directive contribue à mettre en oeuvre¹⁰⁸. La seconde, la Directive 93/83/CEE (Câble et Satellite), se démarque en faisant un pas en avant important par rapport aux autres instruments jusqu'à présent envisagés puisqu'elle prend en compte à la fois la question des droits d'auteur et des droits voisins dans une optique résolument « pan-technologique » englobant et le satellite et le câble. La Directive 2001/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information n'a pas modifié le régime de la retransmission par câble¹⁰⁹. On s'attachera donc à la présentation du contenu des deux premières.

La Directive 92/100/CEE établit à l'article 8, paragraphe 2, que

les États membres prévoient pour les organismes de radiodiffusion le droit exclusif d'autoriser ou d'interdire la rediffusion de leurs émissions par le moyen des ondes radioélectriques, ainsi que la communication au public de leurs émissions lorsque cette communication est faite dans des lieux accessibles au public moyennant paiement d'un droit d'entrée.

On constate qu'un droit de retransmission par câble n'est pas prévu puisque la protection ne porte que sur les rediffusions par « ondes radioélectriques ». L'article 6, paragraphe 2, de la directive, qui établit au profit des organismes de radiodiffusion le droit exclusif d'autoriser ou d'interdire la fixation de leurs émissions, complète l'article 8, paragraphe 2, en ce sens qu'il permet d'autoriser ou interdire la fixation de l'émission et par conséquent la rediffusion différée, laquelle, par définition, est non simultanée et enregistrée.

La Directive 93/83/CEE (Câble et Satellite) s'ajoute à ce schéma en établissant un droit de retransmission au profit des organismes de radiodiffusion à l'égard des retransmissions par câble ou par ondes ultra courtes sur le territoire d'un État membre autre que celui dont provient l'émission d'origine¹¹⁰. Vus le considérant 27) et l'article 8,

¹⁰⁸ Voir l'avant-dernier considérant faisant référence à la *Convention de Rome*.

¹⁰⁹ Cf. art. 1(2)(c) Directive 2001/29/CE.

¹¹⁰ L'art. 8, §1 dispose que

les États membres veillent à ce que les retransmissions par câble d'émissions provenant d'autres États membres se déroulent sur leur territoire dans le respect des droits d'auteur et droits voisins en vigueur sur la

paragraphe 1 et 2, l'autorisation de retransmettre doit nécessairement être négociée par contrat puisque les licences légales ont disparu le 31 décembre 1997¹¹¹. Par ailleurs, la Directive exclut de son champ les retransmissions par câble ou par ondes ultra courtes qui ne sont pas simultanées, inchangées, intégrales et destinées à être captées par le public¹¹².

A contrario, toute câblo-distribution qui n'est pas la retransmission d'une émission initiale, simultanée, inchangée et intégrale est exclue du champ d'application de la Directive. De même, les émissions ne provenant pas d'un autre État membre, *i.e* les émissions nationales ou celles émises à partir d'un pays n'appartenant pas à l'Union européenne, sont également exclues du champ d'application de la Directive. « L'exclusion du champ d'application, écrit André Kéréver, signifie qu'à l'égard de ces câblo-distributions, l'État n'est pas tenu de respecter la coordination imposée par la directive »¹¹³.

Le cadre juridique européen vise donc à mettre en œuvre une *télévision sans frontières*¹¹⁴ fondée sur un principe de libre négociation contractuelle¹¹⁵. On note que dans l'éventualité où un accord ne pourrait être conclu, les articles 11 et 12 prévoient des mesures de médiation et de prévention des abus de position de négociation. On est tenté

base de contrat individuels ou collectifs conclu entre les titulaires des droits d'auteur et de droits voisins et les distributeurs par câble.

¹¹¹ Le considérant 27) édicte que les « [...] autorisations doivent en principe être accordées par contrat, sauf si une exception temporaire a été prévue pour des régimes légaux ayant déjà cours » ; l'art. 8, §2 dispose que les États membres peuvent maintenir les licences légales jusqu'au 31 décembre 1997.

¹¹² Art. 1, §3.

¹¹³ A. Kéréver, « Réflexions sur la directive du conseil 93/83/CEE du 27 septembre 1993 relative à la coordination de certaines règles de droit d'auteur et des droits voisins du droit d'auteur applicables à la radiodiffusion par satellite et à la retransmission par câble » (1994) 4 *R.D. I. T.* 67.

¹¹⁴ En référence au *Livre vert* de la commission de la CEE sur la « télévision sans frontière » visant une communauté européenne audiovisuelle.

¹¹⁵ « La voie contractuelle, écrit A. Meyer-Heine, est choisie : quel que soit le pays en Europe, les parties négocient leurs droits sans intervention de la législation nationale. Cette solution repose sur l'expérience développée dans les États européens qui utilisent le plus le câble : Belgique, Pays-Bas et Allemagne ». A. Meyer-Heine, *op.cit.* note 85 à la p. 57. Le recours à la voie contractuelle n'était pas la ligne directrice retenue par le *Livre vert* « télévision sans frontière » du 14 juin 1984, ainsi que les projets de 1986 et de 1988, où il était considéré que « la circulation transnationale des programmes par le câblage ne serait possible que par une limitation du droit exclusif impliquant un régime de licences non volontaires ». Voir A. Kéréver, « Un aspect de la loi du 3 juillet 1985 : la modernisation de la loi du 11 mars 1957 » (1986) 127 *R.I.D.A.* à la p. 69 ; voir E. Deliyanni, *op.cit.* note 91 à la p. 306.

de penser que ces deux dispositions créent une catégorie intermédiaire, à mi-chemin entre la licence volontaire et la licence non volontaire. Soumise à l'analyse, cette vue se révèle fragile. En réalité le principe sous-tendant le régime de négociation s'apparente davantage au premier type de licence qu'au second. En effet, eu égard à la médiation, il a été remarqué que celle-ci ne saurait être un arbitrage obligatoire déguisé, les propositions du médiateur ne pouvant s'imposer aux parties¹¹⁶. Eu égard à l'encadrement des négociations, l'article 12 dispose en son paragraphe 1 que

[p]ar recours aux règles du droit civil ou administratif, selon le cas, les États membres veillent à ce que les parties engagent et mènent de bonne foi les négociations sur l'autorisation de retransmission par câble et ne les empêchent pas d'avoir lieu ou ne les entravent sans justification valable ;

Ce paragraphe doit être lu en contraste, d'une part, avec le paragraphe 2 qui prévoit en ce qui concerne les relations entre les organismes de radiodiffusion et tout demandeur de licence de retransmission par câble

[qu']un État membre qui, à la date mentionnée à l'article 14 paragraphe 1, a sur son territoire un organisme compétent pour connaître des cas où le droit de retransmission au public par câble dans cet État aura été refusé arbitrairement ou proposé à des conditions abusives par un organisme de radiodiffusion peut maintenir cet organisme ;

et, d'autre part, avec le paragraphe 3 qui dispose que le paragraphe 2 s'applique pendant une période de transition prenant fin le 1^{er} janvier 2003. Par conséquent, après cette date, les seuls critères seront la « bonne foi » et la « justification valable » prévus au paragraphe 1. L'incertitude qui entoure le contenu peu précis de ces critères¹¹⁷, la disparition des possibilités d'immixtion publique ou parapublique dans les relations contractuelles hormis la période de transition et le considérant n° 30 - selon lequel « [a]ucune de ces mesures destinées à favoriser l'acquisition des droits ne remet en question le caractère contractuel de l'acquisition des droits de retransmission par câble » -

¹¹⁶ A. Kéréver, *op.cit.* note 113 à la p. 71.

¹¹⁷ A ce sujet A. Kéréver écrit : « On éprouve des difficultés à déterminer les « règles de droit civil ou administratif » que les États doivent appliquer pour se conformer au paragraphe 1 : s'agissant d'un droit exclusif, que faut-il entendre par des négociations de « bonne foi » ou des « justifications valables » opposées à un cocontractant pour lui refuser l'autorisation demandée ? ». *Ibid.* à la p. 71.

ne permettent pas d'envisager l'existence d'une catégorie proche de la licence non volontaire.

Par ailleurs, l'article 9 de la Directive 93/83/CEE instaure un principe de gestion collective obligatoire des droits des titulaires de droits d'auteur et de droits voisins d'accorder ou de refuser l'autorisation à un câblo-distributeur pour la retransmission par câble d'une émission. D'aucuns ont fait valoir que l'instauration d'une obligation d'adhésion à une société de gestion collective « équivaldrait presque à introduire une licence obligatoire »¹¹⁸. La question ne se pose cependant pas aux organismes de radiodiffusion puisque ces derniers bénéficient, en vertu de l'article 10, d'un régime dérogatoire les exemptant de l'obligation de recourir à la gestion collective.

Somme toute, le cadre juridique européen en matière de retransmission par câble reste relativement libéral en ce qu'il privilégie la pratique contractuelle. Néanmoins, les deux Directives laissent une large place aux législations nationales. La Directive 93/83/CEE (Câble et satellite) ne concerne que les cas de retransmission d'émissions provenant d'un autre État membre de l'Union européenne. Comme indiqué plus haut, les législations nationales restent libres de régler les cas de retransmission par câble d'émission émises initialement sur leur territoire ou provenant d'État non membres de l'Union européenne. Par ailleurs, la Directive 92/100/CEE (Prêt et location) se montre peu exigeante quant au contenu des droits exclusifs des organismes de radiodiffusion et ne traite pas spécifiquement de la question de la retransmission par câble. Les législations nationales peuvent donc en organiser le régime dans la limite minimale posée par cette Directive. La marge de manœuvre ainsi allouée aux juridictions nationales nous renvoie à ces dernières lorsqu'il s'agit de déterminer le régime juridique complet de la retransmission par câble.

ii) Le droit français de la retransmission par câble

¹¹⁸ A & H.-J. Lucas, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, Paris, Litec, 1994 à la p. 555.

Le droit français a transposé la Directive 93/83/CEE (câble et satellite) par la loi n°97-283 du 27 mars 1997¹¹⁹. En ce qui concerne le régime juridique applicable à la retransmission par câble en France, il faut distinguer entre la période précédant l'adoption de la loi du 3 juillet 1985 venant modifier la loi du 11 mars 1957 (α) et la période suivant son adoption (β).

α) avant 1985

Avant 1985, la question de la protection des organismes de radiodiffusion vis-à-vis de la retransmission de leurs émissions par câble ne se posait pas en droit français puisqu'il n'existait pas à l'époque de droits voisins dont ces organismes eussent pu se prévaloir¹²⁰. Par ailleurs, la France n'a adhéré à la *Convention de Rome* qu'en 1987. Cet état de fait tient certainement à la particularité de l'organisation des médias dans plusieurs pays européens incluant la France jusqu'aux années 1980. Pendant cette période, la radiodiffusion européenne était principalement et largement organisée sous forme de monopoles remplissant un service public et partageant des valeurs et des principes de régulations communs¹²¹. Selon M. Yaron Katz, cette politique a eu pour conséquence de restreindre le développement du câble dans la mesure où la politique en matière de médias visait à privilégier l'exploitation de ses aspects culturels et sociaux plutôt que ses capacités commerciales¹²². Et l'auteur d'ajouter:

[m]edia services were traditionally delivered by monopolies and CATV systems were installed only in specific places, mainly with the aim of

¹¹⁹ D.1997.213. Voir C. Debbasch, *op.cit.* note 79 à la p. 679. Cf. arts. L. 217-1, L. 217-2 et L. 217-3 du *Code de la propriété intellectuelle* (CPI).

¹²⁰ Une sorte de « droit voisin », protégeant contre la « retransmission par fil ou sans fil », avait été attribué aux organismes de radiodiffusion par l'ordonnance du 4 février 1959. A. Kéréver fait cependant remarquer que « [c]e droit voisin n'a pas la même nature que les droits reconnus par la Convention de Rome aux organismes de radiodiffusion, car il n'est pas attribué pour protéger des activités eu égard à leur nature, mais seulement comme conséquence du monopole de radiodiffusion dont est investi l'organisme public de radiodiffusion [l'ORTF] ». Le monopole et par conséquent le droit « voisin » qui en découlait, étaient ensuite déposés entre les mains de l'établissement public TDF en 1972, suite à la dissolution de l'ORTF. A. Kéréver, « Le droit public de radiodiffusion en France » in A.L.A.I., *La télévision par câble – Aspects du droit des médias et du droit d'auteur*, Paris, A.L.A.I., 1983, 305 aux pp. 310-311.

¹²¹ Sur la France, voir A. Kéréver, *ibid.* aux pp. 305 et s.

¹²² Y. Katz, « The diminishing role of governments in cable policy » (2000) 38 *European Journal of Political Research* 288 [notre traduction].

improving the reception of television programming transmitted over-the-air. Although cable was available in America since the late 1940's, European countries pursued policies favouring and protecting broadcast television. This caution can be partly explained as a reaction to cable's technical ability to provide multiple channels and the resulting fear, on the part of governments and public authorities, that their ability to regulate the airwaves would be undermined¹²³.

Cette période devait céder la place à une nouvelle approche fondée sur l'évolution technologique et économique amorcée dans les années 1980.

β) à partir de 1985

Dès les années 1980, constatant l'échec de leur plan câble et l'exemple de la déréglementation suivie de l'essor du marché du câble aux États-Unis, plusieurs gouvernements européens, dont le gouvernement français, sont passés d'un modèle interventionniste à une libéralisation empruntant la voie d'une privatisation progressive du secteur de la radiodiffusion, y compris celui du câble, et privilégiant l'approche commerciale sur les aspects socio-culturels¹²⁴. L'adoption de la loi du 3 juillet 1985 n'est donc pas une coïncidence, comme le démontre l'attribution de droits voisins aux entreprises de communication audiovisuelle¹²⁵. Il s'agissait de prendre en considération l'évolution technologique de façon à adapter le système juridique aux besoins modernes des différents opérateurs du secteur audiovisuel.

La solution retenue par le droit français en 1985, telle qu'aujourd'hui codifiée dans le *Code de la propriété intellectuelle*¹²⁶, apparaît originale en ce sens qu'elle permet une protection efficace des radiodiffuseurs et une neutralité technologique à même d'incorporer les évolutions de ce domaine.

¹²³ *Ibid.*

¹²⁴ Voir Y. Katz, *ibid.*. Cette tendance s'est maintenue jusqu'à aujourd'hui. A ce sujet, voir « le marché du câble en France », (2000) 127 *La lettre du CSA* 2.

¹²⁵ Voir la présentation de la loi par le ministre de la culture, J. Lang, « La loi du 3 juillet 1985 » (1986) 127 *R.I.D.A* 7.

L'article L. 216-1 CPI confère à l'entreprise de communication audiovisuelle le droit d'autoriser « [l]a reproduction de ses programmes, ainsi que leur mise à la disposition du public par vente, louage ou échange, leur télédiffusion et leur communication au public dans un lieu accessible à celui-ci moyennant paiement d'un droit d'entrée ». Selon le paragraphe 2 de l'article L. 216-1 CPI,

sont dénommées entreprises de communication audiovisuelle les organismes qui exploitent un service de communication audiovisuelle au sens de la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication, quel que soit le régime applicable à ce service.

D'aucuns ont noté la largeur de cette définition qui s'applique

[à] tous les services de communication audiovisuelle au sens de la loi de 1986, qu'il s'agisse de chaînes de télévision et des stations de radio du secteur public ou des services privés de communication audiovisuelle, que ces derniers soient autorisés ou déclarés. Il en résulte que les services télématiques interactifs, dès lors qu'ils n'ont pas le caractère d'une correspondance privée (par ex., les banques de données en ligne, la presse électronique), doivent être titulaires d'un droit voisin¹²⁷.

La notion de « programme » n'est pas définie dans le *Code de propriété intellectuelle*. Selon la doctrine, il faut s'en remettre au sens commun¹²⁸. De plus, lorsqu'un organisme entre dans la définition d'« entreprise de communication audiovisuelle », « [i]l est expressément investi d'un droit voisin par l'article L.216-1 CPI, force est d'en conclure que les messages qu'il diffuse doivent être regardés comme des programmes au sens de ce texte »¹²⁹.

La notion de « télédiffusion » est définie à l'article L. 122-2, paragraphe 2 CPI :

[l]a télédiffusion s'entend de la diffusion par tout procédé de communication de sons, d'images, de documents, de données et de messages de toute nature.

¹²⁶ Ci-après « CPI ».

¹²⁷ C. Debbasch, *op.cit* note 79 à la p. 582.

¹²⁸ A & H.-J. Lucas, *op.cit* note 118 à la p.659.

¹²⁹ *Ibid*.

Il y a peu de doute que la télédiffusion englobe la retransmission par câble puisque l'article L. 132-20-1° CPI énonce le principe que, sauf stipulation contraire,

l'autorisation de télédiffuser une œuvre par voie hertzienne ne comprend pas la distribution de cette œuvre par câble de cette télédiffusion, à moins qu'elle ne soit faite en simultané et intégralement par l'organisme bénéficiaire de cette autorisation et sans extension de la zone géographique contractuellement prévue.

Plusieurs remarques doivent être soulevées à la lueur de cette disposition. En premier lieu, elle se situe dans la partie du *Code de propriété intellectuelle* qui prévoient certaines disposition particulières au contrat de représentation. Ceci ne doit pas occulter le fait qu'il s'agit malgré tout d'une règle de principe et non pas une règle interprétative du contrat¹³⁰.

En deuxième lieu, le renvoi de l'article L. 216-1 CPI à la notion de télédiffusion contenu à l'article L. 122-2 CPI n'est pas contestable comme le révèle le rapport Jolibois préparant le projet de loi adopté le 3 juillet 1985¹³¹. Partant, il faut admettre le renvoi indirect de l'article L. 216-1 CPI à l'article L. 132-20 CPI par le biais du renvoi de l'article L. 122-2 CPI à l'article L. 132-20 CPI.

En dernier lieu, de ce renvoi indirect peuvent être inférées deux conclusions : la première a trait au fait que le régime des droits voisins en matière de retransmission par câble est aligné sur celui des droits d'auteurs en la même matière. Or ce dernier, déduit du silence de la loi qui ne traite pas des conditions d'exercice des droits d'auteur relatifs à la câblo-distribution, privilégie la logique contractuelle et consacre un droit exclusif d'autoriser ou d'interdire. Pour M. A Kéréver, « [l]e législateur français a donc rejeté tout recours à un régime de licences non volontaires »¹³². La transposition de la Directive 93/83/CEE dans le droit français n'a rien changé à l'état du droit jusqu'alors en vigueur, notamment en

¹³⁰ Voir E. Deliyanni, *op.cit.* note 91 à la p. 186, citant par ailleurs A. Kéréver.

¹³¹ Rapport Jolibois, n. 212, tome 2, p. 128. Voir A & H.-J. Lucas, *op.cit.* note 118 à la p. 674.

¹³² A. Kéréver, « Un aspect de la loi du 3 juillet 1985 : la modernisation de la loi du 11 mars 1957 » (1986) 127 *R.I.D.A.* à la p. 67.

raison du fait que la Directive a elle-même adopté le principe d'exclusion des licences non volontaires¹³³.

La seconde remarque est que l'article L. 216-1 CPI confère aux entreprises de communication audiovisuelle un droit d'autoriser la télédiffusion de leurs programmes. Or, tout en bénéficiant du régime propre aux auteurs, les entreprises de communications audiovisuelle disposent d'une protection plus importante que ces derniers en matière de retransmission par câble puisque la notion de programme est plus large que celle d'œuvre. Cette dernière est en effet limitée par le critère d'originalité.

A la suite de ces remarques, on voudra bien reconnaître l'efficacité de la protection accordée aux entreprises de communication audiovisuelle. A cette efficacité s'ajoute l'avantage de la neutralité technologique de la loi. Pour Makeen Fouad Makeen cette neutralité tient à deux raisons : la souplesse de la notion de télédiffusion et la philosophie sous-tendant le droit d'auteur français. En effet,

[t]his term [télédiffusion] was carefully chosen by the legislature to encompass all types of communication of works in non-material form. Secondly, the history of extending the public performance right of the eighteenth century to cover broadcasting demonstrated that courts in France are more likely to extend an existing law to cover acts of exploitation that were not contemplated by the legislature than to wait for legislative intervention¹³⁴.

Le droit français n'impose aux organismes de radiodiffusion aucune exception à leur droit d'autoriser la retransmission de leurs programmes. En revanche les auteurs et leurs ayants droit se voient soumis à un régime d'exception en faveur des organismes de radiodiffusion, lorsque ces derniers retransmettent eux-mêmes par câble de façon simultanée et intégrale, sans extension d'une zone géographique précise, une œuvre dont ils sont les diffuseurs primaires autorisés. Il est aussi intéressant de noter que les artistes-interprètes et les producteurs de phonogrammes sont exposés à un régime de licence légale vis-à-vis du phonogramme sur lequel s'exercent leurs droits, au profit des

¹³³ Voir les développements *supra* au i) du présent sous-paragraphe.

¹³⁴ Makeen Fouad Makeen, *op.cit* note 91 à la p. 238.

organismes de radiodiffusion. Ces derniers ne peuvent se voir opposer par les producteurs de phonogrammes et les artistes-interprètes de droit exclusif de diffusion pour les phonogrammes qu'ils intègrent à leurs programmes. Ceci s'avère par ailleurs conforme avec la règle prévue à l'article 12 de la *Convention de Rome*. Les artistes-interprètes et les producteurs de phonogrammes ne peuvent non plus s'opposer à la distribution par câble simultanée et intégrale de cette radiodiffusion¹³⁵. Il est remarquable que la *Convention de Rome* ne prévoit rien à cet égard. Cependant le *Code de propriété intellectuelle* ne précise pas, comme c'est le cas pour les auteurs, si l'organisme qui radiodiffuse et celui qui distribue par câble simultanément et intégralement la radiodiffusion primaire doivent être les mêmes. Cette précision doit être contenue implicitement dans la disposition en question car, dans le cas contraire, cela introduirait une exception au droit d'autoriser la télédiffusion, dont la distribution par câble, des programmes réalisés par les entreprises de communication audiovisuelle. Cela est d'autant moins probable que cette exception serait énoncée dans une disposition concernant les exceptions applicables aux artistes-interprètes et aux producteurs de phonogrammes publiés à des fins de commerce.

Somme toute, non seulement les organismes de radiodiffusion ne se voient imposés aucune exception à leur droit d'autoriser la retransmission de leurs programmes, mais ils bénéficient aussi indirectement de régimes d'exception auxquels certains autres titulaires de droits sont soumis, facilitant ainsi leur entreprise de communication audiovisuelle et en leur épargnant, dans le cas des phonogrammes, les « lourdes contraintes » du droit exclusif¹³⁶. Cette dernière remarque introduit une certaine incertitude au regard des motifs et des raisons ayant présidé au rejet du principe de licences non volontaires auxquelles les auteurs et les organismes de radiodiffusion auraient autrement été soumis. Il a été risqué plus haut d'écrire que le régime des droits des entreprises de communication audiovisuelle a été implicitement aligné sur celui des auteurs, du moins en ce qui concerne le droit d'autoriser la retransmission par câble. La

¹³⁵ Art. L. 214-1, 2° CPL. Cf. art. 19(1) LDA : « Sous réserve de l'article 20, l'artiste-interprète et le producteur ont chacun droit à une rémunération équitable pour l'exécution en public ou la communication au public par télécommunication – à l'exclusion de toute retransmission – de l'enregistrement sonore publié ».

¹³⁶ A & H.-J. Lucas, *op.cit* note 118 à la p.678, faisant référence au Rapport Richard, n. 2235, p. 47.

question de savoir si le rejet d'un principe de licence non volontaire pour les auteurs et les organismes de radiodiffusion obéit à la même rationalité se pose. Le législateur a préféré un autre système pour pallier l'usage collectif et massif des œuvres que celui des licences non volontaires. Ce système alternatif repose sur la gestion collective des droits. Pour les auteurs, l'adhésion à une société de gestion collective n'est pas obligatoire, sauf exceptions, mais elle s'impose en fait puisque l'auteur n'est matériellement pas en mesure de négocier individuellement chaque utilisation de son œuvre, compte tenu de la quantité des actes d'exploitation d'une œuvre permis par la technologie¹³⁷. Pour les organismes de radiodiffusion, la gestion collective n'est obligatoire ni en droit ni en fait. Les organismes de radiodiffusion échappent en effet à l'obligation de gestion collective prévue par la Directive du 27 septembre 1993 du Conseil des Communautés européennes¹³⁸. La raison avancée est énoncée dans ces termes : « [l]e traitement différent entre auteurs, artistes, producteurs de phonogrammes et organismes de radiodiffusion découle certainement du nombre plus élevé d'ayants droit dans les trois premières catégories »¹³⁹. Il est en fait possible de localiser les organismes de radiodiffusion et de négocier individuellement le droit de retransmettre leurs programmes. Les câblo-distributeurs n'avaient pourtant pas effectué cette distinction lorsqu'ils réclamaient l'instauration de régime de licences non volontaires. Leur argument consistait à dire que seul un régime de licence non volontaire permettait de prendre complètement en compte leur statut de clients passifs des auteurs et des organismes de radiodiffusion et le fait qu'en pratique, ils ne sont ni responsables de la programmation ni sensés la connaître¹⁴⁰. La négociation individuelle doit permettre de contourner ces arguments au profit d'accords contractuels prémunissant les câblo-distributeurs contre toute responsabilité par le biais, par exemple, de clauses de représentations et garanties de la part des organismes de radiodiffusion¹⁴¹.

¹³⁷ Voir G. Davies, « La gestion collective des droits et l'intérêt général » (1989) *Le droit d'auteur* 85.

¹³⁸ Directive 93/83/CEE.

¹³⁹ A. Meyer-Heine, *op.cit.* note 85 à la p. 57.

¹⁴⁰ Voir E. Deliyanni, *op.cit.* note 91 à la page 297.

¹⁴¹ La pratique contractuelle ne date pas d'aujourd'hui et a, semble-t-il, en Europe, toujours été préférée à un système de licence non volontaire. Voir S. Mosteshar, « Cable and Broadcast Copyright: Some European Alternatives » (1989) 11-2 *Comm. & the Law* 45.

Les organismes de radiodiffusion ne connaissent pas en droit européen et en droit français d'exceptions à leur droit d'autoriser la retransmission de leur programmes. Le traitement des organismes de radiodiffusion semble au surplus avantage par rapport à d'autres titulaires de droits d'auteur et de droits voisins. Le régime juridique des organismes de radiodiffusion en matière de retransmission obéit à des logiques et des principes qui leur sont propres et la similitude avec d'autres régimes, notamment celui des droits d'auteur, n'est certainement qu'apparente, voire fausse. Ceci permettra d'établir un point de comparaison clair à l'issue de l'étude des logiques retenues par les systèmes nord-américains.

b) États-Unis et Canada

Comme l'Europe et la France, le Canada (ii) et les États-Unis (i) entretiennent des liens étroits, qu'il s'agisse du partage d'une frontière commune facilement traversée par les signaux de communication, d'accords de libre-échange ou d'une tradition juridique ayant des origines identiques. A ce titre, les régimes juridiques du droit de retransmission de chaque pays doivent sans doute être relativement imbriqués les uns dans les autres. La mesure de l'étendue de cette imbrication a été donnée principalement par l'*Accord de libre-échange*¹⁴². Jusqu'alors, la question du droit de retransmission avait été écartée des réformes de la *Loi sur le droit d'auteur* et ce n'est que sous l'impulsion de cet *Accord* qu'elle a été traitée par le législateur canadien sans innovation notable :

[t]he drafting of the agreement dictated to Canada the decision it was to make concerning the regime of the retransmission right. It was hardly unanticipated, since it was a mere extension of the US national regime of the retransmission right. It did not oblige the American legislature to reconsider its own system, and thereby ensures a uniform treatment of the matter in both countries. It also offered the advantage of expediency, as the European example demonstrates the protracted time it takes to arrive at an international agreement that would be based upon the exercise of copyright prerogatives. The objectionable aspect of the agreement, however, is that it did not let Canadians decide independently the course

¹⁴² *Accord de libre-échange entre le Canada et les États-Unis*, conclu le 10 décembre 1987 à Washington et entré en vigueur le 1^{er} janvier 1990 (L.C. 1988, c. 65). Voir B. Clermont, « Parties II et VIII de la *Loi sur le droit d'auteur* : le Canada respecte-t-il ses obligations internationales » (1998) 11-1 *C.P.I.* 287.

they wished to take at a time when Americans are questioning their own system¹⁴³.

Cependant, ces deux pays n'ont reconnu aux organismes de radiodiffusion un droit sur les signaux de communication qu'après la ratification de l'*Accord de libre-échange* et dans un contexte indépendant de celui-ci. Il convient donc de distinguer pour chacun de ces deux pays les motifs et les raisons à l'origine du régime de la retransmission apparus avant et après l'attribution aux organismes de radiodiffusion d'un droit d'autoriser la retransmission de leurs signaux¹⁴⁴.

i) Le droit américain de la retransmission par câble

L'attribution aux organismes de radiodiffusion d'un droit d'autoriser la retransmission de leurs signaux de communication a été accordée en 1992. On distinguera donc le régime de retransmission en vigueur avant cette date (α) de celui en vigueur à partir de cette date (β).

a) avant 1992

D'aucuns situent la naissance du premier système de câble à vocation commerciale en 1950 et font état de l'échelle croissante des revenus de l'industrie du câble qui, en 1964, s'élevaient déjà à plus de 100 millions de dollars¹⁴⁵. Qui plus est, il est remarquable qu'à cette époque,

[l]e cœur de l'activité de cette industrie consistait dans la retransmission des signaux émis par les organismes de radiodiffusion et qui transportaient, bien entendu, des programmes dont le contenu était soumis

¹⁴³ Y. Gendreau, *The Retransmission Right: Copyright and the Rediffusion of Works by Cable*, Oxford, ESC Publishing Ltd., 1990 à la page 53.

¹⁴⁴ Il faut noter qu'en droit français et européen la protection des organismes de radiodiffusion porte sur les « programmes » ou les « émissions » alors qu'aux États-Unis et au Canada, elle porte sur les « signaux » transportant les programmes ou les émissions.

¹⁴⁵ T.P. Olson, « The Iron Law of Consensus: Congressional Responses to Proposed Copyright Reform since the 1909 Act », (1989/90) 37 *J. Copr. Soc'y* à la p. 115 ; voir aussi le rapport de la Chambre des représentants, H.R. Rep. No 94-176 (1976), où il est fait état d'un chiffre de 770 millions de Dollars en 1975.

au droit d'auteur. Pourtant, ce n'est que presque trente ans après la naissance de l'industrie du câble et d'après joutes politiques que les systèmes de câble ont été requis de payer les redevances au titre du droit d'auteur pour la retransmission des programmes radiodiffusés¹⁴⁶.

L'absence de responsabilité des câblo-distributeurs au titre du droit d'auteur lors de la retransmission des programmes avait par ailleurs été confirmée par les tribunaux dans les décisions *Teleprompter Corp. c. CBS, Inc.*¹⁴⁷ et *Fornightly Corp. c. United Artists Television, Inc.*¹⁴⁸. Ces décisions se sont appuyées sur le *Copyright Act* de 1909 qui ne traitait pas spécifiquement de la question de la retransmission d'œuvres soumises au droit d'auteur. La Cour Suprême dans ces deux décisions est arrivée à la conclusion, selon une analyse fonctionnelle discutable, qu'aux termes de la loi, la retransmission par câble de signaux hertziens, locaux ou distants, ne constituait pas une exécution (« *performance* ») de l'œuvre¹⁴⁹.

En 1976, le législateur américain choisit de modifier le *Copyright Act* de 1909 et traita spécifiquement de la question de la retransmission par câble. Il fut adopté un régime de licence non volontaire en vertu duquel la retransmission simultanée de programmes protégés par le droit d'auteur était autorisée *de jure* et donnait lieu, en contrepartie, au paiement d'une rémunération fixée selon une formule complexe prenant notamment en compte les revenus bruts payés par les abonnés du câble¹⁵⁰. Cependant, la retransmission de signaux hertziens locaux ou de signaux éloignés provenant de stations affiliées à un réseau national était exemptée du paiement d'une redevance¹⁵¹. Ainsi, à moins qu'ils ne

¹⁴⁶ T.P. Olson, *op.cit.* aux pp. 115-116 [notre traduction].

¹⁴⁷ 415 U.S. 394 (1974).

¹⁴⁸ 392 U.S. 390 (1968).

¹⁴⁹ Sur ces deux décisions, voir Y. Gendreau, *op.cit.* note 143 aux pp. 14-17 ; voir D. Ladd, « Pavane pour l'imprimerie défunte ou comment adapter le droit d'auteur aux télétechnologies », in A.L.A.I., *La télévision par câble – Aspects du droit des médias et du droit d'auteur*, Paris, A.L.A.I., 1983 à la p. 377 ; voir P. Murphy, « Retransmission Consent: A Mixed Signal for Copyright » (1993) 17 *Colum.-VLA J.L. & Arts* 237 ; voir aussi C. Lubinsky, « Reconsidering Retransmission Consent: An Examination of the Retransmission Consent Provision (47 U.S.C. § 325(b)) of the 1992 Cable Act », (1996) 49 *Fed. Comm. L. J.* 99.

¹⁵⁰ 17 U.S.C. § 111 (1994).

¹⁵¹ Voir H.R. Rep. No 94-176 à la page 86 (1976). Il y est expliqué que la loi ne vise pas à établir une distinction entre signaux « locaux » et « éloignés ». Cependant, il a aussi été jugé qu'il n'existe aucune

fussent titulaires de droits d'auteur, les organismes de radiodiffusion ne recevaient aucune rémunération¹⁵².

Pourtant, les organismes de radiodiffusion ont bénéficié des bons auspices de l'ordre administratif. Le *Federal Communication Commission* (F.C.C.), après s'être déclaré incompétent en matière de régulation de la retransmission par câble et avoir pris conscience de la menace que représentait la câblo-distribution eu égard à sa mission de protection de *l'intérêt public*¹⁵³, a, dans les années 1960, mis en place une série de mesures¹⁵⁴ ayant pour effet de paralyser la retransmission des signaux éloignés par les câblo-distributeurs, voire tout développement de ce secteur d'activité¹⁵⁵. Cette attitude anti-câble, telle que manifestée dans les règlements du F.C.C., fut néanmoins abandonnée au début des années 1970, notamment sous l'impulsion du débat public autour de la révolution audiovisuelle qu'était susceptible de permettre le câble grâce à la diversité de la programmation qui accompagnerait son essor déjà consommé¹⁵⁶. Le débat en question

preuve que la retransmission de signaux locaux portait atteinte au marché des titulaires de droits d'auteur sur les programmes. De la même façon, la retransmission de programmes des réseaux de chaînes, ceux provenant de marchés éloignés inclus, n'affecte pas les titulaires de droits d'auteur. Ces derniers contractent avec le réseau de manière à ce que leur compensation financière prenne en considération tous les marchés desservis par le réseau. En revanche, la retransmission de programmes dans une zone qui n'était pas contractuellement prévue porte atteinte à l'exploitation par les ayants droit de leurs droits dans les marchés éloignés. De plus, cela constitue un bénéfice direct pour le câblo-distributeur en lui permettant d'augmenter sa capacité à attirer des abonnés et à dégager des revenus [notre traduction].

¹⁵² Dans l'affaire *National Association of Broadcasters c. Copyright Royalty Tribunal*, (1985) 772 F.2d 922, 249 U.S.App.D.C. 4, face à la réclamation par les radiodiffuseurs d'une compensation au titre de compilation pour leur programme, la Cour d'appel a réaffirmé le principe selon lequel « [...] broadcast day compilations neither add to the value of programs nor make it more likely that people will wish to watch to programs. [...] We find that broadcast day compilation is of no value to cable system ». Par conséquent aucune rémunération n'a été accordée aux radiodiffuseurs. Voir aussi *National Association of Broadcasters c. CRT*, (1982) 675 F.2d 367, 218 U.S.App.D.C. 348. On pouvait induire de ces décisions que les radiodiffuseurs ne détenaient aucun *copyright* sur leurs émissions. Voir Y. Gendreau, *op.cit.* note 143 à la page 39.

¹⁵³ Pour une approche critique du rôle du F.C.C., voir W.B. Ray, *FCC, The Ups and Downs of Radio-TV Regulation*, Ames, Iowa State University Press, 1990, 193p.

¹⁵⁴ « Must-carry », « distant signal » & « syndicated program exclusivity » rules.

¹⁵⁵ Voir C. Lubinsky, *op.cit.* ; voir D. Ladd, *op.cit.*, voir H. Cohen Jehoram, « Rapport général : la télévision par câble – aspects des médias et du droit d'auteur » in A.L.A.I., *La télévision par câble – Aspects du droit des médias et du droit d'auteur*, Paris, A.L.A.I., 1983 à la p. 479 ; voir aussi T.P. Olson, *op.cit.* à la p. 123. Voir aussi *Southwestern Cable c. United States*, 378 F.2d 118 (9th Cir. 1967), *rev'd*, 392 U.S. 157 (1968), décision qui confirma la validité des mesures prises par le F.C.C.

¹⁵⁶ Sur la « saga du câble » aux É.-U., voir H. Jassem, « Different Strokes for Different Folks: The Intersection of Regulatory Principles and Technology », in S.J. Drucker & G. Gumpert (éd.), *Real Law at*

était par ailleurs soutenu par la nouvelle administration du Président Nixon ainsi que par les groupes de pression liés à l'industrie du câble, forts de l'expansion que connaissait ce secteur¹⁵⁷.

En somme, le câble connaissait un climat politique favorable à sa cause à tel point qu'un auteur a considéré l'adoption du régime de licence non volontaire comme un compromis surprenant dans la mesure où l'industrie du câble, avant 1976, devant les tribunaux, « avait triomphé dans son effort d'échapper à toute responsabilité face au droit d'auteur »¹⁵⁸. « Compromis surprenant » puisque, selon certaines théories, le législateur adopte en principe un comportement rationnel qui consiste à agir uniquement dans les cas où le risque de controverse est faible ou nul. Dans les cas contraires, le législateur s'attire les foudres des groupes de pression et des électeurs. Le législateur est donc naturellement porté à n'agir qu'en cas de consensus, c'est-à-dire lorsque la grande partie des acteurs politiques trouve son intérêt dans l'intervention législative¹⁵⁹. Les câblo-distributeurs, bien qu'*a priori* partisans du *statu quo ante*, ont consenti au changement législatif pour plusieurs raisons : la première tient à la difficulté qu'ils avaient à défendre leur position qui consistait à profiter de l'exploitation commerciale de pans entiers d'œuvres soumises au droit d'auteur et le fait que cette exemption s'avérait inexplicable du point de vue des principes du droit d'auteur ; la deuxième tient au fait qu'en échange de la renonciation à leur comportement de « passager clandestin », ils obtenaient une meilleure position que d'autres utilisateurs grâce à la licence non volontaire et au faible taux de rémunération envisagé ; la dernière se rapporte à la coercition exercée par le F.C.C. au travers de ses mesures réglementaires¹⁶⁰.

Virtual Space: Communication Regulation in Cyberspace, Cresskill, NJ, Hampton Press, 1999 aux pp. 31-49.

¹⁵⁷ *Ibid.*

¹⁵⁸ T.P Olson, *op.cit.* à la page 123, note 79 [notre traduction].

¹⁵⁹ *Ibid.* L'auteur fait référence à R. Kent Weaver, « The Politics of Blame Avoidance » (1986) 6-4 *J. Pub. Pol.*

¹⁶⁰ *Ibid.*

A cette « lecture » politique de l'origine de la licence non volontaire viennent se greffer deux arguments supplémentaires soulevés par l'industrie du câble. Le premier consistait à mettre de l'avant l'intérêt public de l'activité du câble :

[i]n this context it is important to keep in mind that cable television through its reception and distribution of television broadcast signals, promotes the dissemination of knowledge to the public. Indeed, without this service ... significant numbers of Americans would be denied the fruits of creative labor ... Legislation which, for whatever reasons, restricts or decreases the dissemination of knowledge to the CATV public would not be consonant with the primary public interest concern of copyright¹⁶¹.

Le second s'articulait autour de l'état naissant de cette industrie dont le besoin massif d'investissement en capitaux aurait du mal à s'accommoder des incertitudes attachées à la question de savoir ce qui dans le programme retransmis relève ou non du droit d'auteur. A cela s'ajoutait l'importance des coûts de transaction qu'engendrerait l'absence de licence non volontaire. En pareil cas, les câblo-distributeurs auraient senti peser sur eux le lourd fardeau d'avoir à négocier avec la multitude de titulaires de droits d'auteur sur les œuvres intégrées aux programmes retransmis par câble.

Cet ensemble d'arguments constitue l'assise théorique du principe d'une licence non volontaire tel qu'adopté par le droit américain.

Malheureusement, on ne peut pas écrire qu'il a existé un véritable consensus au moment de l'adoption du régime de licence non volontaire. Les organismes de radiodiffusion passaient pour les laissés-pour-compte de la nouvelle législation. En effet, ils voyaient l'industrie du câble bénéficier d'un avantage compétitif certain, voire déloyal, dans la mesure où elle n'avait pas à obtenir l'autorisation de retransmettre les programmes et n'avait qu'à s'acquitter du paiement d'une redevance dont le montant était fixé selon des modalités indépendantes des règles du marché. Les radiodiffuseurs, en

¹⁶¹ *Copyright Law Revision: Hearings on H.R. 2223 Before the Subcomm. on Courts, Civil Liberties and the Administration of Justice of the House Comm. On the Judiciary*, 94th Cong., 1st Sess. 503 (1975) (Statement of Rex A. Bradley, Chairman, National Cable Television Association), cité par R. Cassler, « Copyright Compulsory Licences – Are they Coming or Going ? » (1989/90) 37 *J. Copr. Soc'y* 245, note 74.

revanche, devaient obtenir cette autorisation au prix réel du marché. On peut penser que le degré de frustration de ces derniers fut à son paroxysme lorsque, aux dires du F.C.C., la question des coûts de transaction ne suffisait peut-être plus pour justifier le recours aux licences non volontaires :

[w]ith regard to the issue of transaction costs, the FCC noted that there exists today dozens of cable networks that acquire rights to individual programs in the marketplace and package those rights for sale to cable operators. Using that as a model, the FCC envisions that, in the absence of a compulsory licence, television stations would be able to acquire cable retransmission rights to "packages" of the programming that they broadcast. Cable operators could then negotiate with a single entity – the broadcast station – for carriage rights to each package¹⁶².

La situation devait quelque peu s'améliorer pour les radiodiffuseurs infortunés.

β) dès 1992

Un vent de réconfort est venu souffler sur les radiodiffuseurs en 1992, date de l'adoption par le Congrès américain du *Cable Television Consumer Protection and Competition Act*¹⁶³. Cette loi a eu pour effet de modifier la section 325(b) du *Communications Act* de 1934¹⁶⁴ et de désormais créer la distinction entre le programme et le signal transportant ce programme. La section 111 du *Copyright Act* de 1976 gouverne ainsi la retransmission des programmes soumis au droit d'auteur alors que la retransmission des signaux transportant les programmes est régie par la section 325(b) du *Communications Act* de 1992¹⁶⁵. Les radiodiffuseurs obtiennent enfin un droit d'autoriser

¹⁶² R. Cassler, *op.cit* à la page 251.

¹⁶³ Pub. L. No. 102-385, 106 Stat. 1460 (codifié dans diverses sections de 47 U.S.C.) [ci-après « Cable Act de 1992 »].

¹⁶⁴ 47 U.S.C.

¹⁶⁵ « [n]o cable system or multichannel video programming distributor shall retransmit the signal of a broadcasting station, or any part thereof, except with the express authority of the originating station ». 47 U.S.C. 325(b)(1)(A). Le F.C.C. a établi que l'autorisation de retransmettre les signaux doit être obtenue aussi bien des stations de radio commerciales que des stations de télévision commerciales. Voir W.R. Hepler, « The 1992 Cable Act: Rate Regulation, Must Carry & Retransmission Consent » (1994) 380 *PLI/Pat* 269, aux pp. 361-362.

la retransmission de leurs signaux lorsqu'ils décident de ne pas effectuer le choix que leur donne la loi d'opter pour le régime du *must-carry*¹⁶⁶.

La législation américaine a créé un système particulier au sein duquel les radiodiffuseurs sont les titulaires d'un droit d'autoriser la retransmission de leur signal qui ne relève pas du droit d'auteur mais du droit des communications. De façon générale, il faut se rappeler que le *copyright* est un droit qui vise l'intérêt général : « [...] promouvoir le progrès de la science et des arts utiles [...] », énonce la Constitution des États-Unis¹⁶⁷. En cela, il s'opposerait au droit continental qui vise à protéger l'intérêt particulier de l'auteur¹⁶⁸. Le droit des communications, dans cette optique, ne diffère guère. Le *Cable Television Consumer Protection and Competition Act* de 1992 est venu renforcer la protection de l'intérêt général d'avoir un paysage audiovisuel largement accessible et riche en programmations pour les Américains¹⁶⁹. Le législateur est arrivé à la conclusion que cet objectif sera atteint à la condition que demeure en place une industrie de radiodiffusion herztienne prospère¹⁷⁰. Or, comme le note un auteur,

[t]he economics of the cable television industry are such that cable systems have an incentive to reduce the value of broadcast signals through deletion or channel repositioning. In this context, the ability of cable systems to obtain broadcast signals without obtaining consent has proven a distinct competitive advantage. The legislative response to this

¹⁶⁶ 47 U.S.C. § 534 (1994). *Grosso modo*, le régime du *must-carry* oblige les câblo-opérateurs locaux à retransmettre les signaux de télévision des radiodiffuseurs locaux. Ce régime impose un certain nombre de contraintes aux câblodistributeurs. Sur les modalités de ce régime, voir W.R. Heppler, *op.cit.* Ce régime n'a pourtant pas été très prisé par les radiodiffuseurs en raison de sa contestation sur la base du 1^{er} Amendement par les câblodistributeurs, voir C. Lubinsky, *op.cit.* Ce n'est qu'en 1997, dans la décision *Turner Broadcasting System c. Federal Communications Commission*, (1997) 520 U.S. 180, que le régime du *must-carry* a été reconnu constitutionnel par la Cour suprême. A ce sujet, voir A.N. Lung, « Must-Carry Rules in the Transition to Digital Television: A Delicate Constitutional Balance » (2000) 22 *Cardozo L. Rev.* 151.

¹⁶⁷ Article 1, paragraphe 8, alinéa 8 de la Constitution des É.-U.

¹⁶⁸ Makeen Fouad Makeen écrit à ce sujet : « Unlike the copyright philosophy of the USA, which emphasises the public interest as the fundamental goal, [...], France belongs to the group of countries which does not, strictly, accept the public interest as an overwhelming reason for exempting some acts from any copyright liability. Accordingly, it is very restrictive in admitting copyright exemptions », *op.cit.* note 91 à la page 169 ; voir aussi A. Strowel, *Droit d'auteur et copyright – divergences et convergences – études de droit comparé*, Bruxelles, Bruylant, Paris, L.G.D.J., 1993.

¹⁶⁹ Voir E.D. Roof, D.M. Trauth & J.L. Huffman, « Structural Regulation of Cable Television: A Formula for Diversity » (1993) 15-2 *Comm. & the Law* 43.

¹⁷⁰ Voir le *Cable Act* de 1992, aux paragraphes 2(10)-2(15).

imbalance is the retransmission consent provision of the 1992 Cable Bill¹⁷¹.

Hormis le point commun à ces deux corpus législatifs, à savoir servir l'intérêt général, on doit reconnaître que les rationalités sous-tendant chacun des régimes de retransmission par câble qui en découle respectivement sont fondamentalement différentes : l'une vise principalement à réduire les coûts de transactions, l'autre à équilibrer la concurrence entre des industries de l'audiovisuel. D'ailleurs, le texte du *Cable Act* de 1992 dispose expressément que rien dans la loi ne pourra être interprété de façon à modifier le régime de la licence non volontaire ou à affecter les accords de licence actuels ou futurs entre les producteurs de programmes et les radiodiffuseurs¹⁷². En pratique, cela a pour conséquence que les radiodiffuseurs n'ont pas à obtenir le consentement des titulaires des droits d'auteur sur les programmes pour autoriser les cablo-distributeurs à retransmettre leurs signaux.

Le système américain du droit de retransmission par câble a en commun avec le français de distinguer les logiques liées à la retransmission des objets relevant des titulaires de droits d'auteurs de celles liées à la retransmission des objets relevant des radiodiffuseurs. Les droits de ces derniers sont dans les deux pays définis de manière détaillée et limitée, c'est-à-dire de façon analytique et non synthétique. Les États-Unis ont cependant choisi de rattacher le régime de la retransmission applicable aux rapports radiodiffuseurs/cablo-distributeurs au droit des communications alors que la France a choisi de le rattacher au droit de la propriété intellectuelle. Néanmoins, dans les deux pays, aucune exception au droit d'autoriser la retransmission de l'objet de communication des organismes de radiodiffusion – qu'il s'agisse du signal ou du programme – n'est prévue par la loi.

¹⁷¹ P. Murphy, *op.cit* note 149 à la page 259.

¹⁷² 47 U.S.C. 325(b)(6), « Nothing in this section shall be construed as modifying the compulsory copyright license established in section 111 of title 17 or as affecting existing or future video programming licensing agreements between broadcasting stations and video programmers ». Certains auteurs ont manifesté leur scepticisme quant à l'effectivité de cette disposition puisque, selon eux, les deux dispositions vont s'interpénétrer au prix d'effets non souhaités sur l'ensemble de l'industrie audiovisuelle. Voir P. Murphy, *op.cit.* ; voir aussi N. W. Allard, « The 1992 Cable Act: Just the Beginning » (1993) 15 *Hastings Comm/Ent L.J.* 305.

Le Canada, comme mentionné plus haut, s'est contenté de suivre le modèle américain. Mais seulement jusqu'à un certain point.

ii) Le droit canadien de la retransmission par câble

Le Canada s'est inspiré du modèle américain pour confectionner le régime juridique de la retransmission par câble. Il faut cependant distinguer deux régimes : celui de l'article 31 de la LDA (α) et celui de l'article 21 de la LDA (β).

a) l'article 31 de la LDA

C'est sous l'insistance du gouvernement américain et dans le cadre de l'*Accord de libre-échange* qu'a été reconnu en 1988 aux auteurs et leurs ayants droit un droit de retransmission. Avant cette date, la retransmission sans autorisation par câble de programmes était licite en vertu du droit canadien¹⁷³. Le régime de retransmission par câble de l'article 31 de la LDA est similaire à celui en vigueur aux États-Unis même s'il est rédigé dans des termes différents :

[n]e constitue pas une violation du droit d'auteur la communication, au public, par télécommunication, d'une œuvre, lorsqu'elle consiste en la retransmission d'un signal local ou éloigné, selon le cas, celle-ci étant licite en vertu de la *Loi sur la radiodiffusion*, que le signal est retransmis, sauf obligation ou permission légale ou réglementaire, intégralement et simultanément et que, dans le cas d'un signal éloigné, le retransmetteur a acquitté les redevances et respecté les modalités fixées sous le régime de la présente loi¹⁷⁴.

¹⁷³ Voir les décisions *Canadian Admiral Corp. Ltd. c. Rediffusion Inc.* (1954) Ex. Cr. 382 et *CAPAC c. C.T.V. Television* (1968) R.C.S. 676. Voir Y. Gendreau, « A Canadian Retransmission Right: A Reality at Last » (1988/89) 5 *I.P.J.* 397 ; V. Nabhan, « Coup d'œil sur les modifications à la loi sur le droit d'auteur au Canada » ((1989) 142 *R.I.D.A.* 175 ; C. Brunet, « Le projet de loi C-130 – Vers un nouveau droit de retransmission » (1988/89) 1 *C.P.J.* 241 ; M. Hétu, « Canada Updates Copyright Acts to Cover Cable and Satellite Retransmissions of Programming » (1989) 11-2 *Comm. & the Law* 25.

¹⁷⁴ Art. 31(2) LDA.

Cet article ne concerne donc que les droits d'auteur sur les œuvres littéraires, dramatiques, musicales ou artistiques¹⁷⁵. La retransmission intégrale et simultanée par fil d'un signal hertzien, émis par une station de radio ou de télévision, destiné à être reçu par le public à titre gratuit et contenant ces œuvres¹⁷⁶, peut être effectuée sans autorisation des titulaires des droits d'auteur y rattachés. De plus, seule la retransmission d'un signal éloigné ouvre droit, au bénéfice des auteurs ou de leurs ayants droit, à une rémunération sous forme de redevance fixée par tarif homologué et versée par une société de gestion collective¹⁷⁷.

La loi ne mentionne pas le terme « licence non volontaire », « licence obligatoire » ou « licence légale ». Cependant comme l'indique le Pr. Gendreau,

[s]ince the terms of the Free Trade Agreement dictated most of the retransmission right regime to be implemented in Canada, one could have hardly expected a legislative answer of a very different philosophy from the US system. The majority of Canadian retransmissions should thus fall under the statutory licence scheme whose modalities, because of their predominance, will probably be extended to the other types of retransmissions¹⁷⁸.

En fait, le régime instauré par la loi est double : celui d'une licence obligatoire¹⁷⁹ en même temps qu'un régime de gestion collective quasi obligatoire puisque seules les sociétés de gestion peuvent, d'une part, effectuer la demande de rémunération auprès de la Commission du droit d'auteur¹⁸⁰ et, d'autre part, percevoir les redevances dues en application de l'article 31(2) LDA¹⁸¹.

¹⁷⁵ Art. 31(1) LDA.

¹⁷⁶ *Ibid.*

¹⁷⁷ Voir les articles 71-76 LDA.

¹⁷⁸ Y. Gendreau, *op.cit.* note 143 à la p. 35.

¹⁷⁹ Voir V. Nabhan, *op.cit.* note 173 à la p. 191 ; voir C. Brunet, *op.cit.* note 173 aux pp. 251-255.

¹⁸⁰ Art. 71 LDA.

¹⁸¹ L'art. 76(1) LDA prévoit que tout non-membre d'une société de gestion collective peut réclamer auprès d'elle le montant des redevances qui lui sont dues au titre de l'art. 31(2) LDA. Nécessairement, le corollaire est que seules les sociétés de gestion collective peuvent percevoir les redevances.

Les motifs à l'origine du droit de retransmission aux États-Unis seraient donc transposables en droit canadien¹⁸². De la même façon, l'absence de reconnaissance d'un « droit d'auteur » au profit des organismes de radiodiffusion aux États-Unis est certainement la raison pour laquelle l'adoption d'un tel droit au Canada n'a pas été retenue à cette époque¹⁸³. Cependant, du point de vue du droit voisin des radiodiffuseurs, cette situation ne s'est maintenue que jusqu'à l'adoption de l'article 21 de la LDA.

β) l'article 21 de la LDA

La phase II de la révision de la *Loi sur le droit d'auteur*¹⁸⁴ au Canada telle que mise en œuvre dans le projet C-32, la *Loi modifiant la Loi sur le droit d'auteur*¹⁸⁵, a introduit un « droit d'auteur » au profit des organismes de radiodiffusion sur leurs signaux de communication. Ce « droit d'auteur » est donc distinct du droit d'auteur sur les programmes tel qu'il pourrait exister au titre de l'article 3 de la LDA. L'article 21 de la LDA dispose que :

¹⁸² Voir C. Brunet, *op.cit.*, et l'auteur d'ajouter : « [c]'est le régime de licence obligatoire qui ne surprendra personne puisque [...] cela semble, en pratique être la seule façon d'harmoniser les exigences de la *Loi sur le droit d'auteur* et celle du C.R.T.C qui impose certaines retransmissions aux câblodistributeurs. Dans la mesure où ces derniers ne peuvent pas contrôler ce qu'il retransmettent, on conçoit qu'ils ne doivent pas être à la merci des titulaires de droits sur les œuvres retransmises », à la p. 252.

¹⁸³ Y. Gendreau écrit à ce sujet : « [s]ince the existence of a copyright in broadcasts in the United States is equivocal, no such right was pressed for in the context of the Canadian retransmission right amendments ». Y. Gendreau, *op.cit.* note 143 aux pp. 38-39. Par ailleurs, l'existence d'un droit d'auteur sur la journée de programmation au titre de compilation avait été niée par la Cour d'appel fédérale. Voir *FWS Joint Sports Claimants c. Canada (Copyright Board)* (1991), 81 D.L.R. (4^e) 412. Voir aussi H.G. Intven, « Révision judiciaire de la première décision de la Commission du droit d'auteur en matière de droits de retransmission » (1992) 4-2 C.P.I. 245. On verra cependant (*infra* III/ B/) que, suite à l'*Accord de libre-échange nord-américain*, la protection de la journée de programmation au titre du droit d'auteur a été reconnue par la Commission du droit d'auteur. Décision de la Commission du droit d'auteur relative au tarif des droits à percevoir pour la retransmission des signaux éloignés de radio et de télévision en 1995, 1996 et 1997 (et modification au tarif de 1994) (1996), 71 C.P.R. (3^e) 223.

¹⁸⁴ Sur l'histoire de l'évolution de la LDA, voir Y. Gendreau, « Nouveau visage pour la Loi canadienne sur le droit d'auteur » (1997) 76 *Rev.Bar.Can.* 384 ; C. Brunet, « Le droit d'auteur au Canada de 1987 à 1997 : petit article en forme de prise d'inventaire » (1997) 10 C.P.I. 79 ; voir aussi S. Gilker, « Une nouvelle loi sur les droits d'auteur : 19504 jours et 19 études plus tard » (1988) 1 C.P.I. 31. Sur le projet de loi C-32, voir M.E. Mcleod, « What all IP Practitioners Should Know about Bill C-32 » (1999) 88 *Copyright World* 22.

¹⁸⁵ L.C. 1997, c. 24.

[...] le radiodiffuseur a un droit d'auteur qui comporte le droit exclusif, à l'égard du signal de communication qu'il émet ou de toute partie importante de celui-ci :

- a) de le fixer ;
- b) d'en reproduire toute fixation faite sans son autorisation ;
- c) d'autoriser un autre radiodiffuseur à le retransmettre au public simultanément à son émission ;
- d) d'exécuter en public un signal de communication audiovisuel en un lieu accessible au public moyennant droit d'entrée.

Il a aussi le droit d'autoriser les actes visés aux alinéas a), b) et d).

Il faut joindre à cet article la définition donnée par la LDA de « radiodiffuseur » :

[o]rganisme qui, dans le cadre de l'exploitation d'une entreprise de radiodiffusion, émet un signal de communication en conformité avec les lois du pays où il exploite cette entreprise; est exclue de la présente définition l'organisme dont l'activité principale, liée au signal de communication, est la retransmission de celui-ci¹⁸⁶.

Au vu de ces dispositions, la doctrine a fait remarqué, d'une part, le caractère « étroitement restreint » de ce « droit d'auteur » et, d'autre part, sa fidèle conformité à la protection minimale prévue par la *Convention de Rome*¹⁸⁷. Par conséquent, la retransmission par câble des signaux émis par les radiodiffuseurs n'est pas protégée par ce « droit d'auteur ». Les radiodiffuseurs s'étaient pourtant élevés contre cette définition obsolète du droit sur le signal de communication¹⁸⁸. La doctrine rapporte que malgré le fait qu'ils « [p]réconisaient l'élargissement de la portée du droit, de manière à empêcher les retransmissions non autorisées par les entreprises de distribution, notamment de câblo-distribution et de RDS [réseau de distribution par satellite], par les entreprises de téléphone, par les fournisseurs de service Internet et par les SDM [système de diffusion multipoints], [...] le Canada a adopté la *Convention de Rome* au strict minimum »¹⁸⁹.

¹⁸⁶ Art. 2 LDA.

¹⁸⁷ J.-P. Blais & D. Jones, *op.cit* note 103 à la p. 128.

¹⁸⁸ *Association canadienne des radiodiffuseurs. Conseil de la télédiffusion*. Représentations devant le Comité Permanent du patrimoine canadien de la Chambre des communes (le 3 septembre 1996), voir J.-P. Blais & D. Jones, *ibid.* à la p. 136.

¹⁸⁹ *Ibid.*

Les raisons qui ont conduit le législateur canadien à adopter ce régime juridique de la retransmission par câble ne peuvent être celles du législateur américain en raison du simple fait de leur différence. Le premier permet la retransmission par câble sans autorisation des signaux émis par les radiodiffuseurs, le dernier ne le permet pas. Pour J.-P. Blais et D. Jones, l'adoption de l'article 21 LDA n'était pas visée à titre principal par le législateur canadien qui aménageait la réforme de la *Loi sur le droit d'auteur* de façon à permettre l'adhésion à la *Convention de Rome* dans ses parties relatives aux artistes-interprètes et producteurs de phonogrammes : « Rome n'a pas offert un menu à la carte. Il y avait des incitations à la ratification de la *Convention de Rome* visant à améliorer la protection internationale des artistes-interprètes et producteurs de phonogrammes canadiens, mais pour ce faire, il était nécessaire d'introduire à la même occasion une protection pour le troisième droit voisin : sur les signaux de radiodiffusion »¹⁹⁰.

Néanmoins, le régime de la retransmission par câble au Canada est aussi réglementé - comme aux États-Unis - par le droit des communications. Le législateur a en effet confié au *Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadien* (C.R.T.C.) le soin de réglementer et superviser le système canadien de radiodiffusion¹⁹¹. En réalité, le C.R.T.C. parvient à protéger les organismes de radiodiffusion en ce qui concerne la retransmission par câble de leurs signaux à travers les conditions prévues dans l'attribution de la licence dont tout distributeur de radiodiffusion doit être titulaire pour pouvoir exercer son activité¹⁹² ainsi qu'à travers ses différents règlements¹⁹³. En ce sens, l'*avis public CRTC 1997-25* énonce :

[e]n tenant compte des mémoires des parties, le Conseil a décidé d'inclure dans le nouveau règlement l'autorisation de distribuer les services suivants :

¹⁹⁰ *Ibid.* à la p. 139.

¹⁹¹ Voir l'article 3(1) et 3(2) de la *Loi sur la radiodiffusion*.

¹⁹² Art. 32(1) de la *Loi sur la radiodiffusion*.

¹⁹³ Voir J.-P. Blais et D. Jones, *op.cit.* note 103 ; Voir P. Trudel et F. Abran, *Droit de la radio et de la télévision*, Montréal, Thémis, 1991 aux pp. 206 et s.

- le signal d'une station de télévision canadienne éloignée, sous réserve que le distributeur ait obtenu confirmation écrite : (1) auprès de la station source, qu'elle ne s'objecte pas à la distribution proposée et qu'elle ne sollicitera pas de publicité dans le marché que dessert le distributeur; et (2) auprès des titulaires de toutes les stations de télévision locales, qu'elles ne s'opposent pas à ce que la station éloignée soit distribuée dans leur marché. Considérant le fait que le signal d'une station source peut être distribué dans un fuseau horaire qui est différent, le Conseil s'attend à ce que les titulaires des stations sources tiennent compte de ces différences lorsqu'elles mettent à l'horaire des émissions destinées aux adultes et contenant des scènes de violence;

On s'aperçoit alors que la question de la retransmission par câble dépasse le cadre du droit d'auteur auquel nous nous limitons. De ce point de vue, l'on constate que le Canada demeure le seul système parmi les quatre abordés à ne pas reconnaître un droit d'autoriser la retransmission par câble au profit des organismes de radiodiffusion, ni au titre du droit d'auteur sur les signaux de communication, ni au titre du droit d'auteur sur les programmes puisque leurs titulaires ne disposent que d'un droit à rémunération limitée aux signaux éloignés. On constate également que les quatre systèmes étudiés reconnaissent tous aux radiodiffuseurs un droit sur les programmes ou sur les signaux transportant ces programmes en des termes détaillés et limités conformément à une approche analytique. De cette caractéristique dérive la conclusion que les droits reconnus aux radiodiffuseurs sont soigneusement distillés et que ceci ne peut être que le signe d'une politique législative ciblée, voire ponctuelle. La logique sous-tendant ces politiques législatives varie d'un système à l'autre, mais, dans chaque cas, sa spécificité se démarque, notamment du droit de retransmission accordé aux auteurs. Lorsque l'on compare le Canada et la France, un point commun apparaît en faveur de la dualité du régime juridique de la retransmission par câble, applicable au radiodiffuseur, à la fois alimentée par le droit d'auteur et le droit des communications. Cependant ces deux pays présentent une asymétrie dans la souplesse de traitement de la question de la retransmission des programmes ou des signaux les transportant. Cette souplesse se retrouve dans le droit d'auteur en France, alors qu'elle se retrouve dans le droit des communications au Canada grâce à l'étendue des pouvoirs réglementaires dont dispose le

C.R.T.C.¹⁹⁴. La question de la retransmission des programmes dans les environnements électroniques peut par conséquent recevoir un traitement asymétrique dans ces deux pays.

Mais avant d'aborder cet aspect de la présente étude et après avoir étudié le point de vue des radiodiffuseurs face aux revendications sur leurs programmes, il convient de s'intéresser brièvement aux arguments des nouveaux médias.

B/ LE POINT DE VUE DES NOUVEAUX MEDIAS

Le point de vue des nouveaux médias ne justifie pas d'amples développements dans la mesure où il vient en contrepoint de celui des radiodiffuseurs traditionnels tel qu'abordé plus haut. Les nouveaux médias regroupent les entreprises exploitant les possibilités offertes par l'Internet et le commerce électronique, qu'il s'agisse de développeurs de technologies, de détaillants en ligne ou de radiodiffuseurs sur Internet.

En tant que nouveaux intervenants dans le marché de la radiodiffusion, les *webcasters* menacent l'avance concurrentielle que cherchent à maintenir les occupants actuels. La rhétorique à laquelle se livrent les acteurs économiques s'avère systématique et « a-historique » : on retrouve les mêmes arguments que ceux lancés des uns aux autres au moment de l'apparition de l'industrie du câble¹⁹⁵. En 1960, l'ancêtre du C.R.T.C., la *Commission des gouverneurs de la radiodiffusion*, dans son premier rapport annuel faisait état des doléances de l'association des radiodiffuseurs face à l'émergence des systèmes par câble :

[t]he Canadian Association of Broadcasters has advised the Board that it would not be averse to necessary amendments to parliamentary enactments to bring CATV stations under the jurisdiction of the Board of

¹⁹⁴ Voir les arts. 9 et 10 de la *Loi sur la radiodiffusion* et les commentaires de P. Trudel et F. Abran, *ibid.*

¹⁹⁵ Un auteur écrit à ce propos : « [n]umerous commentators have noted the irony that this battle is but a new iteration of old fights against new technology. After all, the same cable industry that is now an intrinsic element of the entertainment and communications establishment fought successfully for almost 40 years in Canada to avoid payment of copyright royalties for retransmission. Broadcasters have likewise resisted the introduction of many new rights and fought increases in royalties ». H.P. Knopf, « Copyright and the Internet in Canada and Beyond: Convergence, Vision and Division » (2000) 6 *E.I.P.R.* à la p. 270.

Broadcast Governors. The CATV stations do offer competition to commercial stations in the fight for audiences, and they can pick up and retransmit the programs of regular television stations without the permission of the originators or without any fee to such stations¹⁹⁶.

Aujourd'hui, les entreprises de *webcasting* sont confrontées aux mêmes arguments avancés à l'époque par les radiodiffuseurs traditionnels¹⁹⁷. On admettra que les nouveaux médias se trouvent enfermés dans un cercle vicieux dû à leur jeunesse. Pour pouvoir se développer harmonieusement, cette industrie a besoin d'un cadre juridique favorable. Or c'est précisément l'effet contraire que recherchent auprès des législateurs les groupes de pression aux intérêts opposés. On ne s'étonnera pas dès lors de voir brandi avec force l'argument emprunté aux câblo-distributeurs : le *webcasting* est une industrie naissante qui doit faire face à un milieu concurrentiel très concentré¹⁹⁸. Les *webcasters* ont donc sollicité la possibilité de recourir aux différentes licences non volontaires et autres exemptions. En effet, sans celles-ci, les licences volontaires pourraient n'être accordées, de façon sélective, qu'aux principaux médias ou à des entités intégrées verticalement aux titulaires des droits. Les licences obligatoires permettent de niveler le terrain concurrentiel afin que l'accès à celui-ci demeure libre de restrictions indues¹⁹⁹.

Aux États-Unis, le *Copyright Office* a argumenté en faveur du rejet d'une telle possibilité en raison des différences, aux plans réglementaire et technologique, entre les retransmetteurs sur Internet et les distributeurs par câble et satellite bénéficiant des

¹⁹⁶ Cité par K. Easton, *Building an Industry – A History of Cable Television and its Development in Canada*, Lawrencetown Beach, N.-É., 2000 à la p. 167.

¹⁹⁷ Voir M. McCabe, « TV, Film and Online Broadcasting in the Wake of iCraveTV – What Now », conférence de l'Institut canadien, Toronto, Ontario, 27 juin 2000, www.cab-acr.ca/french/newsroom/record/icrave_speech.html (accédé le 16 août 2000).

¹⁹⁸ Voir B.H. Fan, « When Channel Surfers Flip to the Web: Copyright Liability for Internet Broadcasting » (2000) 52-3 *Fed. Comm. L. J.* à la p. 634 (« As with the cable and satellite industries, it takes time to develop the technology and to penetrate the marketplace such that a substantial number of consumers will be able to receive the broadcasts and a suscriber/advertising base can be established »).

¹⁹⁹ Cf. intervention de C.P. Moore devant le *Subcommittee on Courts and Intellectual Property*, House Judiciary Committee, 15 juin 2000, www.digmedia.org/news.cfm?id=9 (accédé le 27 novembre 2000).

régimes de licence non volontaire en vigueur²⁰⁰. Néanmoins, le législateur américain semble ne pas reconnaître la nécessité d'intervenir en la matière.

Les nouveaux médias invoquent plusieurs points en leur faveur. D'abord, ils font valoir que la loi ne doit pas être limitée à un type de technologie particulier et requièrent une lecture « technologiquement neutre » de la loi²⁰¹. Cette approche est la plus adaptée à la réalité de la convergence structurelle qui rend malaisée la distinction entre entreprise de télécommunication, entreprise de radiodiffusion et prestataire de service Internet, d'une part, et de la convergence technique qui efface la différence, par exemple, entre un décodeur du câble/satellite et un ordinateur muni d'un syntoniseur et d'une carte d'authentification ayant la même fonction de décodage, d'autre part²⁰².

Ensuite, se pose le problème selon lequel l'Internet ignore le fondement géographique de la radiodiffusion traditionnelle permettant l'organisation de territoires de marchés²⁰³. Cette question de la territorialité demeure le talon d'Achille des *netcasters*. En effet, le territoire de radiodiffusion constitue l'assiette de la rémunération des producteurs de programmes. Si le système juridique permet d'ignorer ces répartitions territoriales des marchés de radiodiffusion, alors l'assiette se brise. Cela aurait pour conséquence que les producteurs nationaux ne recevraient pas une rémunération à valeur complète pour l'exploitation de leurs programmes à l'étranger et que les producteurs étrangers deviendraient hostiles à la vente de leurs programmes à des radiodiffuseurs nationaux²⁰⁴. Les nouveaux médias rétorquent que le *webcasting* « globalise le localisme » et permet d'étendre l'audience des radiodiffuseurs locaux. Ces derniers peuvent ainsi monnayer l'élargissement de leur audience auprès des annonceurs publicitaires²⁰⁵. La possibilité pour tout consommateur de recevoir une émission locale ou

²⁰⁰ U.S. Copyright Office, *A Review of the Copyright Licencing Regimes Covering Retransmission of Broadcast Signals* (août 1997), www.loc.gov/copyright/docs/study.pdf (accédé le 26 sept. 2000). Voir à ce sujet, B.H. Fan, *op.cit.* à la p. 621. L'auteur plaide en faveur de l'extension des licences non volontaires au profit des *webcasters*.

²⁰¹ Voir R. Eckstein, « Coming Attraction: It's Old Media vs. New as Lobbyists Prepare for the Next Entertainment Fight – Webcasting » (8 mai 2000), www.law.com (accédé le 27 novembre 2000).

²⁰² Cf. intervention de J. Potter devant le *Subcommittee on Courts and Intellectual Property, House Judiciary Committee*, 15 juin 2000, www.digimedia.org/news.cfm?id=9 (accédé le 27 novembre 2000).

d'un réseau de télévision où qu'il se trouve présente un avantage certain. Par la même occasion, cela permet de promouvoir la radiodiffusion locale qui s'étirole déjà au profit de la radiodiffusion globale²⁰⁶. Le résultat est ainsi socialement avantageux. Pour l'atteindre, les *webcasters* favorisent la négociation contractuelle et l'adoption de solution technique afin de remédier aux difficultés liées à l'assiette de la rémunération, aux retransmissions sans autorisation des signaux et à la piraterie²⁰⁷.

Enfin, l'industrie du *webcasting*, comme son aînée de la radiodiffusion dans son enfance, réclame une protection juridique de ses activités. Ses défenseurs arguent que cette industrie ne diffère pas de la radiodiffusion traditionnelle et que les intérêts ayant justifié une protection par le droit d'auteur ou les droits voisins en matière de radiodiffusion terrestre commandent aujourd'hui l'adoption d'une protection équivalente en matière de radiodiffusion sur Internet :

Internet broadcasters create and transmit valuable content reflecting creativity and authorship, as do traditional broadcast media. Copyright and neighboring rights protection should be afforded to such works, and protection should not be denied merely on the basis of technical methods of delivering such works to the public. Even for works consisting of retransmissions of terrestrial radio or television broadcasts, it would be

²⁰³ L'ironie est que ce problème n'est pas propre à l'Internet, voir J. Gross, « Transborder Retransmissions of T.V. Signals: A New Copyright Problem » (1985) 11 *Rutgers Computer & Tech. L. J.* 93.

²⁰⁴ Mémoire de l'Association canadienne des radiodiffuseurs présenté au Sous-comité du Sénat sur les communications, 30 juin 2000, www.cab-acr/french/joint/submissions/sub_jun3000.htm (accédé le 7 août 2000).

²⁰⁵ *Ibid.*

²⁰⁶ Voir J. Howard, « Congress Errs in Deregulating Broadcast Ownership Caps: More Monopolies, Less Localism, Decreased Diversity and Violations of Equal Protection » (1997) 5 *CommLaw Conspectus* 269.

²⁰⁷ Des solutions contractuelles et techniques ont été mises en œuvre en matière de Jeux olympiques. Le Comité olympique international a autorisé la retransmission des Jeux de Sydney sur Internet à la chaîne NBC. L'autorisation avait été accordée sur la base d'une technologie – Octane – permettant de limiter la retransmission au territoire américain et d'accords contractuels prévoyant une clause pénale au cas où le signal venait à déborder du territoire contractuel. Voir « Les Jeux Olympiques interdits de Net au moins jusqu'en 2008 » *Multimédium* (12 décembre 2000), www.mmedium.com (accédé le 13 décembre 2000). Voir surtout M. Geist, « E-borders loom, for better or worse » (28 juin 2001), www.globaltechnology.com/servlet/GAMArticleHTMLTemplate (accédé le 1^{er} juillet 2001). Voir aussi Document de consultation sur l'application de la Loi sur le droit d'auteur pour ce qui est des licences obligatoires de retransmission par Internet, Direction générale de la politique du droit d'auteur, Patrimoine canadien, Direction de la politique de la propriété intellectuelle, Industrie Canada, 22 juin 2001, www.strategis.ic.gc.ca/SSG/rp01100e.html (accédé le 3 juillet 2001) [ci-après « Document de consultation »], s'inscrivant dans le *Cadre de révision du droit d'auteur*, *ibid.*

illogical and irrational to draft a treaty that protected terrestrial broadcasts when delivered over the air, but offered no protection against piracy of the same signals when delivered over the Internet²⁰⁸.

Le Canada à travers la voix du C.R.T.C. a expressément exempté de son champ réglementaire les entreprises de radiodiffusion sur Internet²⁰⁹ par crainte que « toute tentative de réglementer les nouveaux médias canadiens ne place cette industrie en situation de désavantage sur le plan de la concurrence qui s'exerce à l'échelle mondiale »²¹⁰. Cette attitude de retrait ne va pas sans poser certaines difficultés au regard du régime juridique de la retransmission sur Internet qui perd en clarté ce qu'il gagne en liberté²¹¹.

L'étude de différents régimes de la radiodiffusion dans leur cadre classique a permis de situer avec davantage de précision la question de la retransmission sur Internet. Sa nouveauté peut être captée grâce à l'enseignement apporté par les diverses approches, ainsi que leurs motifs respectifs, à l'égard de questions anciennes qui, elles aussi au moment de leur apparition, avaient le caractère de nouveauté. L'analyse comparative permet au surplus d'envisager la meilleure façon d'aborder la spécificité de la retransmission sur Internet et d'entrevoir la possible émergence d'un droit de la *webdiffusion* dont la nécessité deviendra indubitable une fois l'industrie arrivée à maturité.

²⁰⁸ DiMA, *Views and Proposals of Digital Media Association Concerning the Protection of Rights of Broadcasting Organizations*, www.digmedia.org/wipo/Wipobest.html (accédé le 27 novembre 2000). Voir OMPI, Comité permanent sur le droit d'auteur et droits connexes, 3^{ème} session, 16-20 novembre 1999, SCCR/3/11.

²⁰⁹ Avis public CRTC 1999-197 (17 décembre 1999).

²¹⁰ Communiqué, « Le CRTC ne réglementera pas Internet », www.crtc.gc.ca/FRN/NEWS/RELEASES/1999/R990517f.htm (accédé le 20 oct. 2000). Voir T.G. Kane & J.A. Blakey, « Canada's Communications Regulator Will Not Regulate the Internet » (1999) 34-3 *The Canadian Law Newsletter* 5.

²¹¹ Voir *infra* III/B/(2).

III/ ÉMERGENCE : LE DROIT DE LA *WEBDIFFUSION*

L'époque post-moderne convie le Droit à envisager une multitude de problèmes qui n'avaient pas été anticipés au moment de l'adoption des lois susceptibles de s'appliquer à eux. Se pose alors la question de son adaptabilité, c'est-à-dire sa faculté à appréhender et régler la somme des rapports juridiques qui requièrent l'intervention du juge. Bien entendu, nous nous plaçons sous le seul angle du droit d'auteur dans la perspective de son habilité à embrasser la question des droits sur les objets de communication dans les environnements électroniques. La comparaison des droits d'auteur canadien et français doit permettre de mesurer le degré d'adaptabilité relatif de chaque système au regard de cette question (A) et, ainsi, le seuil à partir duquel l'adaptation du droit d'auteur ne peut plus s'effectuer qu'au moyen d'une intervention formelle du législateur (B). Plus le degré d'adaptabilité du droit d'auteur est important, plus ce seuil est éloigné, plus le système du droit d'auteur se caractérise par son autonomie cybernétique.

A/ L'ADAPTABILITÉ DU DROIT FACE À LA *WEBDIFFUSION*

L'adaptabilité du droit se mesure à sa faculté de traiter n'importe quelle situation qui sollicite son application. En matière de *webdiffusion*, le droit d'auteur est appelé à effectuer un arbitrage entre les prétentions des radiodiffuseurs et celles des *webdiffuseurs*. La question en litige est de savoir quelle est l'étendue des droits des uns et de la liberté des autres au regard des objets de communication. Le problème présente donc une double facette : d'une part, celle de l'acte d'exploitation des objets de communication, notamment leur retransmission (2) et, d'autre part, celle de la définition de l'objet de communication (1). Ces deux aspects seront envisagés en comparant leur traitement respectif par les droits canadien et français.

1) Définition de l'objet de communication

La protection des radiodiffuseurs en droit d'auteur canadien et français porte sur l'objet de communication. Il s'agit donc de la protection indirecte des sujets à travers leurs intérêts immatériels. Cette protection apparaît donc différente de celle accordée aux auteurs où le rapport sujet-objet est beaucoup plus intégré. En effet, dans les deux systèmes juridiques étudiés, les droits des radiodiffuseurs sont étroitement définis et circonscrits à des prérogatives précises et limitées. À l'inverse, le droit des auteurs est beaucoup plus large et offre une palette de prérogatives étendue. Même si le droit canadien définit les droits des auteurs de façon analytique alors que le droit français conçoit le droit de l'auteur de façon synthétique et le fait reposer sur des principes généraux, tous deux consacrent le lien essentiel entre le sujet – l'auteur – et l'objet – l'œuvre – à travers la reconnaissance du droit moral²¹². *A contrario*, la relativité du lien entre le sujet et l'objet en matière de communication justifie une protection en théorie moins poussée que celle accordée aux auteurs. En principe, un système juridique de tradition de *common law* ne connaît pas la distinction entre droits d'auteur et droits voisins²¹³. La notion de *copyright* reste unique et se justifie par la protection des intérêts de nature économique entourant l'activité intellectuelle. Le Canada présente cependant un visage particulier dans la mesure où il connaît un bijuridisme qui se reflète dans le droit d'auteur²¹⁴. La terminologie de la *Loi sur le droit d'auteur* emploie l'expression « droit

²¹² Sur la comparaison des droits moraux canadiens et français, voir J.-A. Français, « Le droit moral comparé : entre problématique classique et moderne » (2000) 12-2 *C.P.I.* 315. Il y est avancé que les différences entre les deux approches du droit moral sont moins évidentes qu'il ne paraît.

²¹³ Le propos peut être nuancé, voir H. Cohen Jehoram, « The relationship between copyright and neighboring rights » (1990) 144 *R.I.D.A.* 81. Il faut aussi noter qu'il existe des différences entre les systèmes ressortissant au *common law*, voir W.R. Cornish, « Les notions d'œuvres, d'originalité et de droits voisins du point de vue de la *common law* » in *Colloque Mondial de l'OMPI sur l'avenir du droit d'auteur et des droits voisins*, Le Louvre, Paris, France, 1^{er}-3 juin 1994, publications OMPI n° 731(F), 1994 à la p. 83 ; Voir G. Dworkin, « The moral Right of the Author – Moral Rights and Common Law Countries » in *Le droit moral de l'auteur*, A.L.A.I., Congrès d'Anvers, 19-24 sept. 1993 à la p. 207 ; Voir Y. Gendreau, « La civilisation du droit d'auteur canadien » (2000) 1 *R.I.D.C.* 101.

²¹⁴ Sur la particularité du système canadien, voir Y. Gendreau, « La nature du droit d'auteur selon le nouveau Code civil » (1993) 27 *R.J.T.* 98 ; Y. Gendreau, « La civilisation du droit d'auteur au Canada » (2000) 1 *R.I.D.C.* 101 ; W.L. Hayhurst, « Intellectual Property Law in Canada: The British Tradition, the American Influence and the French Factor » (1996) 10 *I.P.J.* 265 ; D. Létourneau, *Le droit d'auteur de l'audiovisuel. une culture et un droit en évolution*, Cowansville, Yvon Blais, 1995 à la p. 35 ; G. Dworkin,

d'auteur » pour tous les droits de nature patrimoniale. Ceci relève davantage d'une question de traduction du terme anglais « copyright », voire d'une question d'ordre constitutionnel²¹⁵, que l'affirmation du rejet de la distinction entre droits voisins et droits d'auteur. En effet, l'adhésion du Canada à la *Convention de Berne* et à la *Convention de Rome* implique l'existence de deux régimes distincts. Au surplus, le Canada n'a reconnu aux radiodiffuseurs un droit sur leur objet de communication qu'en 1997, date que l'on pourrait considérer comme un signe de l'aboutissement d'une longue réflexion entamée en 1921 sur le choix de l'identité du droit d'auteur canadien. Cette proposition est par ailleurs renforcée par l'existence du régime relatif aux droits extra-patrimoniaux qui amorçait déjà l'orientation du système canadien vers des principes ne ressortissant pas exclusivement au *copyright*. Enfin, contrairement aux « œuvres », aucune exigence d'originalité ne s'impose au radiodiffuseur pour obtenir une protection de ses signaux de communication au titre du « droit d'auteur »²¹⁶. Peu de doute est donc permis quant à l'existence d'un régime de droits voisins « autonome et intégré » au Canada²¹⁷. Les sceptiques les plus durs admettront que la protection des objets de communication au profit des radiodiffuseurs reste de toute façon peu surprenante dans un environnement qu'ils ne voudront que rattacher à la tradition de *common law*. A l'opposé, d'un point de vue continental classique, la reconnaissance de droits d'auteur sur des objets qui ne sont pas des œuvres originales paraît choquante. Bien plus, d'aucuns considèrent que

op.cit. ; J-A. Français, « Le droit moral comparé : entre problématique classique et moderne » (2000) 12-2 *C.P.I.* 315.

²¹⁵ Pour le Pr. Gendreau il s'agissait de « [...] consolider l'appartenance de ce régime [celui des droits voisins] à la propriété littéraire et artistique et aplanir les difficultés d'ordre constitutionnel au Canada ». Y. Gendreau, « Nouveau visage pour la loi canadienne sur le droit d'auteur » (1997) 76 *Rev. Bar. Can.* à la p. 388.

²¹⁶ L'art. 5(1) LDA prévoit l'originalité comme condition d'obtention du droit d'auteur. Voir aussi l'art. 2 LDA. Or l'absence d'exigence d'originalité est une des caractéristiques du droit voisin des radiodiffuseurs. Dans ce sens, il a été écrit que « [e]xcept for the creative or artistic imprint that is required on behalf of performers, all other mentioned productions [i.e. other subject matters protected by neighbouring rights] are granted protection to allow recoupment for the investment risk in producing and marketing material. Protectable subject matter is no longer limited to the results of original or creative activities but is now extended to the products flowing from entrepreneurial activities ». M.-C. Janssens, « The notion of work and its place in the massive flow of information » in A.L.A.I., *Droits d'auteur et connexes et convergence des médias dans le contexte numérique*, Journées d'études nordiques du 18 au 20 juin 2000, Stockholm, Suède.

²¹⁷ Dans ce sens, Y. Gendreau, « Nouveau visage pour la loi canadienne sur le droit d'auteur » (1997) 76 *Rev. Bar. Can.* à la p. 388 ; Y. Gendreau, « La civilisation du droit d'auteur au Canada » (2000) 1 *R.I.D.C.* 101.

l'attribution de droits distincts mais « voisins » du droit d'auteur constitue une rupture au regard de la tradition continentale du droit d'auteur²¹⁸.

Par conséquent, on serait enclin à présumer que l'étendue du droit de propriété intellectuelle sur l'objet de communication en France reste bridé par la logique d'exception à laquelle obéit un tel droit en comparaison du système canadien. Pourtant, le choix et la définition de l'objet de communication bénéficiant de la protection au titre de la propriété intellectuelle sont susceptibles de renverser une telle présomption.

Au Canada, la protection porte sur le signal qui est défini dans la *Loi sur le droit d'auteur* en ces termes :

[o]ndes radioélectriques diffusées dans l'espace sans guide artificiel, aux fins de réception par le public²¹⁹.

Ce choix du signal comme objet de communication confère aux radiodiffuseurs une protection à première vue étendue puisqu'elle porte sur quelque chose d'aussi intangible et volatile qu'une onde radioélectrique. Pourtant, la *Loi sur le droit d'auteur* semble distinguer deux types de mode de transmission des signaux. L'article 31 LDA envisage l'émission de signaux par « télécommunication », laquelle vise « toute transmission de

²¹⁸ Cf A. & H.-J. Lucas, *op.cit.* note 118 à la p. 647 : l'approche économique « [...] déplace le centre de gravité de la propriété littéraire et artistique, en privilégiant par la force des choses la rémunération des investissements. [...] Elle rompt ouvertement avec la tradition française qui fonde le monopole de l'auteur sur le droit naturel. » ; B. Edelman, *Droit d'auteur, droits voisins – Droit d'auteur et marché*, Paris, Dalloz, 1993 : [à la page 4] « [s]elon Dietz (RIDA, oct. 1988, P.23 et s.), nous serions au seuil d'une mutation tout aussi fondamentale que celle du "statute of Anne" (1703), nous changerions de "paradigme", c'est à dire de modèle d'explication et de valeurs. L'individualisme ne serait plus désormais au fondement du droit d'auteur, mais les intérêts industriels ; dès lors, la question ne serait plus la protection du droit d'auteur en soit, mais plutôt de savoir "quelle importance économique revêt le droit d'auteur dans le cadre des "industries du droit d'auteur" ". Puisque l'auteur est, si l'on peut dire, chassé de son œuvre, qu'il se situe "hors œuvre" - à l'instar de l'inventeur au regard du brevet (M.A. Hermitte "le rôle des concepts mous dans les techniques de déjuridicisation. L'exemple des droits intellectuels", Arch.philo.drt.1985, p.331) - il devient un simple participant aux résultats économiques de son produit. Ce nouveau paradigme nous rapproche indéniablement du système du copyright. » ; C. Dutrelepon, « La notion de droit voisin – Analyse en droit comparé » in *Les journées du droit d'auteur*, Bruxelles, Bruylant, 1989 à la p. 5. L'auteur cite par ailleurs à la p. 8 B. Edelman, *Droits d'auteur et droits voisins*, Actualité législative Dalloz, numéro spécial, 1987 p. 71 : « ... on ne voit pas comment une œuvre qui ne présenterait aucune originalité, pourrait être la source d'un droit voisin, alors qu'elle ne serait pas la source d'un droit d'auteur. Le droit voisin, en tout état de cause, suppose un [sic] œuvre originale, sans quoi il manquerait de tout fondement ».

²¹⁹ Art. 2 LDA.

signes, signaux, écrits, images, sons, ou renseignements de toute nature par fil, radio, procédé visuel ou optique, ou autre système électromagnétique »²²⁰. Cette définition est énoncée de façon à englober tous les types de messages ainsi que tous les vecteurs technologiques de transmission connus ou à inventer. La Commission du droit d'auteur a par ailleurs établi que les transmissions sur Internet « sont des communications au public par télécommunications » au sens de la *Loi sur le droit d'auteur*²²¹. L'article 21 LDA, applicable aux radiodiffuseurs, ne prévoit en revanche que la transmission par voie hertzienne (« sans guide artificiel ») d'ondes radioélectriques. La transmission par voie hertzienne étant incluse dans la définition de télécommunication, mais non l'inverse, on constate que la définition de l'objet de communication, et par conséquent l'étendue de sa protection, n'est pas suffisamment large pour répondre aux différentes situations induites par les technologies actuelles et futures auxquelles la radiodiffusion est ou sera confrontée. Il s'agit donc d'un premier signe de manque d'adaptabilité du droit. En effet, un radiodiffuseur qui diffuse sur Internet ses émissions qu'il diffuse également par voie hertzienne semble ne disposer d'aucune protection au titre de l'article 21 LDA sur son émission électronique puisque ce dernier médium ne s'effectue pas exclusivement par « onde radioélectrique diffusée dans l'espace sans guide artificiel ». On devra par ailleurs déterminer si cette définition englobe l'accès direct à Internet par satellite ou par micro-ondes. Le fait que la définition soit simplement de l'essence de celle que l'on retrouve dans la *Convention de Rome*, autorise les plus sérieux doutes à cet égard²²².

En France, le choix de la définition de l'objet de communication s'est effectué au profit de la notion de « programme ». Par contraste, au Canada, la protection sur les signaux n'inclut pas les programmes qui sont techniquement véhiculés par les signaux. Ainsi, on peut imaginer que des signaux sont émis sans pour autant contenir des programmes. De même, on peut imaginer que des programmes sont captés avant qu'ils ne

²²⁰ Art. 2 LDA.

²²¹ Décision de la Commission du droit d'auteur, *Tarif des droits à percevoir pour l'exécution ou la communication par télécommunication, au Canada, d'œuvres musicales ou dramatico-musicales*, 27 octobre 1999, (1999) 1 C.P.R. (4^e) 417. Voir C.P. Spurgeon, « Chronique du Canada » (2000) 185 R.I.D.A. à la p. 205.

²²² Cf. développements *supra* relatifs à la *Convention de Rome*.

soient émis. Ils ne bénéficieraient cependant d'aucune protection au titre de l'article 21 LDA.

De plus, lorsque le signal n'est pas destiné à être reçu par le public, c'est-à-dire lorsque, par exemple, il est simplement convoyé en vue de sa télédistribution ultérieure, il ne fait pas l'objet d'une protection puisque seules « les ondes radioélectriques diffusées [...] aux fins de réception par le public » sont protégées. En fait, on retrouve ici l'hypothèse de l'ancien problème de la communication indirecte au public des signaux, c'est-à-dire lorsque la communication au public passait par un intermédiaire tel un télédiffuseur. La décision *Capac c. C.T.V. Television Network*²²³ avait considéré que ce type de communication n'était générateur d'aucune responsabilité au titre du droit d'auteur. Cependant, lors de l'adoption du projet C-130 en 1988, cette approche fut rejetée au profit d'une théorie de la communication unique qui ne permettait plus de distinguer entre l'organisme d'origine et le câblo-distributeur²²⁴. La disposition législative en question ne s'applique qu'à la communication au public par télécommunication. Elle s'inscrit donc en principe dans le cadre juridique de l'article 31 LDA et ne concerne pas le régime de l'article 21 LDA. Il a été remarqué plus haut que la télécommunication comprend la radiodiffusion par voie hertzienne²²⁵. On pourrait, dès lors, envisager l'extension de l'article 2.4(1)c) LDA à l'article 21 LDA. Cependant l'article 2.4(1)c) LDA dispose que seule « l'exploitation même d'un réseau au sens de la *Loi sur la radiodiffusion* ou d'une entreprise de programmation » constitue une communication unique. Or, il ne semble pas que la retransmission sur Internet par un *webdiffuseur* indépendant puisse être considérée comme ressortissant à ces types d'exploitation. Ceci fait peu de doute eu égard à la définition de réseau au sens de la *Loi sur la radiodiffusion* : en l'absence de délégation, l'existence d'un réseau n'est pas qualifiée²²⁶. Il en est de

²²³ (1968) R.C.S. 676.

²²⁴ Art. 2.4, anciennement 3(1.4) de la LDA. Voir V. Nabhan, *op.cit.* note 172.

²²⁵ Voir aussi dans ce sens N. Tamaro, *The 2001 Annotated Copyright Act*, Scarborough,, Carswell, 2001 aux pp. 133-137.

²²⁶ Art. 2 *Loi sur la radiodiffusion* qui énonce qu'est assimilée à un réseau toute exploitation où le contrôle de tout ou partie des émissions ou de la programmation d'une ou plusieurs entreprises de radiodiffusion est déléguée à une autre entreprise ou personne. Voir P. Trudel et F. Abran, *op.cit.* aux pp. 339 et s., notamment en ce qui concerne la possibilité d'étendre la notion de réseau.

même en ce qui concerne celle d'« entreprise de programmation » qui, adoptée par règlement du gouverneur en conseil²²⁷, est définie comme

[...] un réseau, autre qu'un réseau au sens de la *Loi sur la radiodiffusion*, constitué :

- a) d'une part, d'une personne qui transmet par télécommunication tout ou partie de ses émissions ou de sa programmation directement ou indirectement à la personne visée à l'alinéa b) ;
- b) d'autre part, d'une personne qui communique au public par télécommunication tout ou partie des émissions ou de la programmation visées à l'alinéa a)²²⁸.

Ainsi, si l'entité visée à b) n'est pas celle qui retransmet sur Internet, alors l'existence d'une entreprise de programmation n'est pas qualifiée.

Surtout, la logique d'unicité n'est d'aucun secours lorsqu'il s'agit des propres droits du radiodiffuseur puisqu'il manque l'élément tiers nécessaire au mécanisme de cet article pour fonctionner. De plus, l'article 2.4(1) de la LDA ne répond pas directement à la question de savoir ce qui constitue une communication publique et contourne le problème en créant une responsabilité solidaire de l'organisme d'origine et du câblo-distributeur au profit des titulaires des droits d'auteur prévus à l'article 31 de la LDA. Ces diverses remarques dénotent, en fin de compte, un manque d'adaptabilité du droit des radiodiffuseurs sur leurs signaux aux environnements électroniques.

Enfin, on peut imaginer que la technologie à venir permettra de désolidariser le signal du programme au cours de son émission sans avoir à recourir à la fixation du signal ou à sa retransmission simultanée²²⁹. En ce qui concerne ce dernier aspect particulier, la retransmission en différé n'est pas protégée s'il n'y a pas de fixation²³⁰. Les critères de la

²²⁷ Art. 2.4(2) LDA.

²²⁸ *Règlement sur les entreprises de programmation* (DORS/93-436) *Gazette du Canada*, Partie II, vol. 127, Édition spéciale n°1, 31 août 1993.

²²⁹ Art. 21 LDA : droit exclusif a) de le [signal de communication] fixer ; c) d'autoriser un autre radiodiffuseur à le [signal de communication] retransmettre au public simultanément à son émission.

²³⁰ Il est rappelé que la retransmission en différé nécessite de stocker l'objet de la retransmission jusqu'au moment choisi.

fixation sont, en général, établis en vue de la protection d'un objet de droit de propriété intellectuelle. Qui plus est, le critère de fixation ne vise que les œuvres originales et se situe au plan du critère de protection par le droit d'auteur. Le droit de fixer le signal de communication n'a rien à voir avec une œuvre ni avec un quelconque prérequis à la protection par le droit d'auteur. Par conséquent, il n'est peut-être pas évident que les développements concernant le champ du critère de fixation en matière d'œuvres littéraires, artistiques, dramatiques ou musicales soient pertinents pour déterminer le point à partir duquel il y a un acte de fixation en matière de signal de communication²³¹. Il reste ainsi à déterminer s'il existe une spécificité de la fixation en matière de signaux de communication, si ce régime se distingue de celui du droit de reproduction²³² et si le régime de la fixation applicable aux œuvres est transposable en matière de signaux de communication. On doit aussi se demander, par exemple, si le fait de capter un signal radioélectrique pour le numériser en vue de sa diffusion sur Internet constitue une fixation. Bien plus, si le signal émis à l'origine se trouve déjà sous forme numérique – ce qui n'est pas exceptionnel en raison de l'apparition de la radio et la télévision numériques – et qu'il ne requiert donc pas de subir un processus de numérisation, y a-t-il acte de fixation lors de son chargement en vue de sa transmission sur le réseau Internet ? A la manière dont le droit d'auteur canadien répondra à ces cas de figure correspondra son degré d'adaptabilité aux nouvelles situations issues des environnements électroniques. La distinction entre le régime des droits d'auteur et celui des droits voisins est consacrée par la doctrine majoritaire qui postule l'autonomie de l'un par rapport à l'autre²³³. La question de la fixation est au surplus un élément de distinction des deux régimes puisque ce critère constitue le prolongement historique de l'origine du droit d'auteur liée à l'essor de

²³¹ D'ailleurs, la présomption de fixation en matière de communication par télécommunication prévue à l'article 3. (1.1) de la LDA ne concerne que les œuvres musicales, littéraires, dramatiques, musicales ou artistiques.

²³² Certaines exceptions au droit de reproduction existent en matière électronique, notamment la « copie technique temporaire ». Une distinction a été faite entre la « copie technique temporaire » et la « copie technique volatile », seule cette dernière pouvant justifier, selon certains, une exception au droit de reproduction. Voir (2000) 131 *Bulletin d'actualité – Lamy droit de l'informatique et des réseaux* à la p. 14. Il faudra déterminer si ces distinctions sont opératoires en matière de régime de la fixation.

²³³ Voir H. Cohen Jehoram, « The relationship between copyright and neighboring rights » (1990) 144 *R.I.D.A.* 81 ; voir A & H.-J. Lucas, *op.cit.* note 118 aux pp. 646-647 ; voir C. Doutrelepon, *op. cit.* note 218 aux pp. 36-37 ; voir M.-C. Janssens, *op.cit.* note 216 aux pp. 102-103 ; voir W. Nordemann, K. Vinck, P.W. Hertin et G. Meyer, *op. cit.* note 62 à la p. 326.

l'imprimerie au 18^{ème} siècle²³⁴. La fixation est un problème qui ne se pose pas, en théorie, en matière de droits voisins puisqu'ils n'ont pas été historiquement liés à l'imprimerie, alors que, par ailleurs, l'activité des artistes-interprètes s'exerce par définition sans support, que celle des producteurs d'enregistrements sonores est fixée par essence et que celle des radiodiffuseurs est par nature non fixée²³⁵.

Le Pr. Gendreau a cependant fait remarquer l'élargissement du champ de la fixation sous l'influence des technologies informatiques et numériques²³⁶. Vont dans ce sens deux décisions américaines qui ont considéré qu'il y a une fixation lorsqu'un ensemble de données informatiques est chargé dans la mémoire vive (RAM) de l'ordinateur, laquelle n'existe que lorsque l'ordinateur est sous tension²³⁷. La permanence et la durée de la fixation deviennent ainsi des concepts relatifs. Au surplus, comme le note l'auteur,

[I]a notion de fixation évolue au même rythme que celle de reproduction. Les recherches sur la portée du droit de reproduction ont des conséquences directes sur les modalités de fixation des œuvres et l'avènement de la technologie informatique a fait progresser très rapidement ce que l'on doit comprendre par une fixation de l'œuvre²³⁸.

L'autonomie des régimes des droits d'auteur et des droits voisins ne devrait remettre nullement en cause leur parallélisme qui ne saurait être affecté face à une question de fixation. Il serait très surprenant que les développements concernant le champ de la fixation ne soient pas exploités pour résoudre des problèmes de même nature en

²³⁴ Entretien avec Y. Gendreau, Montréal, 22 juin 2001.

²³⁵ *Ibid.*

²³⁶ Y. Gendreau, « Le critère de fixation en droit d'auteur » (1994) 159 *R.I.D.A.* 111.

²³⁷ *Triad Syst., Corp. c. Southeastern Express CO.* 64 F.3d 1330, 1336-37 (9th Cir. 1995) ; *MAI Sys., Corp. c. Peak Comp., Inc.* 991 F.2d 511 (9th Cir. 1993), *cert. dismissed*, 510 U.S. 1033 (1994). Pour une discussion sur la question de l'évolution de la notion de fixation dans le cyberspace, voir D. Fishman, « Copyright in a Digital World: Intellectual Property Rights in Cyberspace » in S.J. Drucker & G. Gumpert (éd.), *Real Law at Virtual Space: Communication Regulation in Cyberspace*, Cresskill, NJ, Hampton Press, 1999 aux pp. 218 et s. ; I. Brandiss, « Writing in Frost on a Window Pane: E-mail and Chatting on RAM and Copyright Fixation » (1996) 43 *J. of the Copyright Soc' of the USA* 237.

²³⁸ Y. Gendreau, *op.cit.* note 236 à la p. 142 ; voir aussi A. Kéréver, « La problématique de l'adaptation du droit de reproduction et du droit de représentation publique dans l'environnement numérique multimédia » (1997) 31-2 *Bull. Droit d'auteur* aux p. 9 et s.

dépit de la différence de nature des droits à propos desquels ils s'appliquent principalement. Par conséquent, le droit fait montre, à travers le critère de la fixation tel que conçu aujourd'hui, d'une bonne adaptabilité aux environnements électroniques. La fixation en matière de retransmission des signaux sur l'Internet correspond à une étape importante de l'opération puisqu'elle concerne la phase suivant celle de captation des signaux en vue de leur numérisation et/ou de leur chargement sur le réseau *via* le serveur du *webdiffuseur*. A la différence du droit d'autoriser la retransmission simultanée du signal, le droit d'autoriser la fixation du signal (article 21(1) a) LDA) bénéficie au radiodiffuseur quel que soit le statut de celui qui effectue la fixation non autorisée. En effet, le droit d'autoriser la retransmission simultanée ne vise que les cas où elle est effectuée par « un autre radiodiffuseur » (article 21(1) b) LDA). Or selon la *Loi sur le droit d'auteur*, un radiodiffuseur n'est jamais un retransmetteur à titre principal et n'émet que des signaux de communication²³⁹.

Le choix du programme en tant qu'objet de communication a au moins le mérite de ne pas se heurter à la problématique des signaux de communication. Il a aussi l'avantage de ne se limiter à aucun vecteur de transmission particulier, l'affranchissant par la même occasion de toutes les subtiles nuances juridiques et technologiques. Par contraste avec la notion de signal, celle de programme favorise ainsi l'adaptabilité du droit aux environnements électroniques, d'autant plus que la loi ne donne aucune définition du « programme ». De sorte que le droit français, à travers le choix de l'objet de communication, apparaît plus large et plus souple que le droit canadien sur cette question. Cependant, comme relevé plus haut, le programme n'étant pas défini dans la loi française, il prend naissance au moment de sa télédiffusion. Est donc programme ce qui est télédiffusé indépendamment de la présence ou non d'œuvres originales protégées par le droit d'auteur²⁴⁰. Ceci nous renvoie donc au statut de l'organisme de radiodiffusion qui, à partir du moment où il se qualifie « entreprise de communication audiovisuelle », voit ce qu'il télédiffuse protégé par la loi.

²³⁹ Voir *infra* III/A/(2), les développements se rapportant à cet aspect particulier.

L'entreprise de communication audiovisuelle n'est pas définie expressément dans le *Code de propriété intellectuelle* qui dispose que

[s]ont dénommées entreprises de communication audiovisuelle les organismes qui exploitent un service de communication audiovisuel au sens de la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication, quel que soit le régime applicable à ce service²⁴¹.

On note en premier lieu que le régime des droits voisins reste indépendant de celui du droit des communications (« quel que soit le régime applicable à ce service ») même s'il y renvoie. La définition donnée par la loi de « communication audiovisuelle » est formulée dans ces termes :

[o]n entend par communication audiovisuelle toute mise à la disposition du public ou de catégories de public, par un procédé de télécommunication, de signes, de signaux, d'écrits, d'images, de sons ou de messages de toute nature qui n'ont pas le caractère d'une correspondance privée²⁴².

Nous avons déjà fait état de la largeur de la définition d'entreprise de communication audiovisuelle qui inclut les services télématiques interactifs²⁴³. La « télématique » est décrite comme terme désignant « [...] la conjonction de l'informatique et des télécommunications » et prenant la forme de réseau, national ou international, ouvert ou fermé, voire d'un « réseau des réseaux » comme Internet²⁴⁴. La notion de service télématique correspond à l'activité de mise en circulation de données informationnelles sur le réseau concerné²⁴⁵. Un service télématique est considéré interactif lorsqu'il permet une circulation bilatérale du flux d'information. L'entreprise de communication audiovisuelle s'effectue au moyen d'un « procédé de télécommunication » que l'on doit

²⁴⁰ Voir C. Dutrelepon, *op.cit.* note 218 à la p. 17 ; voir C. Debbasch, *op.cit.* note 79 à la p. 583 : « [...] le code de la propriété intellectuelle n'exige pas [...] que le programme d'une entreprise de communication audiovisuelle diffuse des œuvres pour être protégée par un droit voisin ».

²⁴¹ Art. L.216-1, al. 2, CPI.

²⁴² Art. L.2, al. 2, loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986.

²⁴³ *Supra*, II/A/(2)ii)(b). Voir Rapport Jolibois, 2^e session extraordinaire 1984-1985, Doc. Sénat, n°212, t. 2, p. 128.

²⁴⁴ *Lamy informatique*, 2103 la p. 1179.

interpréter comme faisant référence aux techniques « [...] de l'acheminement à distance de sons ou d'images, voire de données »²⁴⁶, c'est-à-dire des programmes de communication audiovisuelle ou seulement audio. L'ensemble du domaine de définition de la communication audiovisuelle - et, par conséquent, de l'entreprise de communication audiovisuelle - est tel qu'il s'applique indubitablement à l'entreprise de *webdiffusion*. Cette dernière bénéficie ainsi d'une protection sur les programmes qu'elle transmet sur Internet.

Le droit voisin des entreprises de communication audiovisuelle permet notamment à ces dernières d'autoriser la télédiffusion de leurs programmes²⁴⁷. Or il est remarquable que la définition de « télédiffusion », *i.e.* « la diffusion par tout procédé de télécommunication de sons, d'images, de documents, de données et de messages de toute nature »²⁴⁸, ressemble de façon presque identique à celle de « communication audiovisuelle », *i.e.* « toute mise à disposition du public ou de catégorie publique par un procédé de télécommunication de signes, de signaux, d'écrits, d'images, de sons ou de messages de toute nature [...] »²⁴⁹. Cependant, la définition de télédiffusion ne comprend pas l'aspect « mise à disposition du public » que contient celle de la communication audiovisuelle. De nouveau, cette nuance dans la ressemblance entre les deux définitions optimise la protection des radiodiffuseurs dans la mesure où le programme n'a pas à être destiné au public pour bénéficier d'une protection. Ceci est cohérent avec le droit voisin des entreprises de communication audiovisuelle qui distingue le droit d'autoriser la mise à disposition du public des programmes par vente, louage ou échange du droit d'autoriser leur télédiffusion. Ainsi, la radiodiffusion indirecte ou privée, *i.e.* de station à station, est englobée dans le droit voisin des entreprises de communication audiovisuelle²⁵⁰.

²⁴⁵ *Ibid.*

²⁴⁶ *Lamy informatique*, 1773 à la p. 973.

²⁴⁷ Art. L. 216-1, al. 1, CPI.

²⁴⁸ Art. L. 122-2, 2°, al. 1, CPI.

²⁴⁹ Art. L. 2, al. 2, loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986.

²⁵⁰ De sorte que l'acheminement par satellite des programmes, vers un serveur de proximité aux fins de mise en antémémoire ou de création de sites miroirs, en prévision de leur exploitation publique sera protégé. Ces techniques visent à décongestionner le réseau et gérer la bande large. Elles consistent à charger les données informationnelles sur des serveurs à proximité des usagers les sollicitant. Cette méthode

En résumé, le choix du programme en tant qu'objet de communication présente des avantages sur celui du signal en même temps qu'il fait ressortir les inconvénients de ce dernier. La question de la fixation joue un rôle clé dans l'opération de *webdiffusion*. Or l'attribution d'un droit d'autoriser la fixation au profit du radiodiffuseur permet à celui-ci, malgré les « défauts » attachés au choix du signal en tant qu'objet de communication, de contrôler dans une certaine mesure l'utilisation de ses signaux sur l'Internet. Cependant l'efficacité de cette prérogative dépend du processus de raffinement de la notion de fixation qui ne semble pas achevé lorsqu'elle est placée dans le contexte du cyberspace. Par ailleurs, on peut regretter que la définition de signal de communication ne débouche pas sur la protection des entreprises de *webdiffusion*. En droit français, le choix de programme en tant qu'objet de communication et sa définition indirecte, à travers celle d'entreprise de communication audiovisuelle, offrent aux *webdiffuseurs* une protection sur leurs programmes. Du point de vue de l'analyse de droit comparé, le droit français présente ainsi à travers la notion de programme une protection supérieure à son homologue canadien. Ceci ne manquera pas de remettre en question certains préjugés relatifs à l'intégrité des deux systèmes juridiques vue sous l'angle de la tradition, tout en soulignant l'adaptabilité réelle, même si relative, des deux droits face à la *webdiffusion*. On doit cependant étudier davantage cette question à travers celle de la retransmission des objets de communication.

2) Exploitation des objets de communication

Il est des situations où la retransmission des signaux s'effectuera sans qu'ils ne soient fixés, notamment dans les cas de rediffusion simultanée. Il faut alors se poser la question de savoir si les radiodiffuseurs ont à leur disposition des moyens pour contrôler la retransmission simultanée de leur signal sur Internet. La question n'est pertinente que dans la mesure où il existe une possibilité technique de retransmettre simultanément,

s'effectue notamment par satellites. Voir H. Wong, « Webcaching Via Satellite: Internet Highway or Copyright Infringement ? » (1998) 20 *Comm. & the Law* 63 ; B. H. Fan, *op.cit.* note 198 aux pp. 626-628.

c'est-à-dire sans qu'il y ait fixation du signal. Elle va ensuite dépendre de la façon dont la notion de simultanéité est définie ou interprétée juridiquement. La simultanéité est envisagée dans le droit d'auteur canadien qui dispose que

[...] le radiodiffuseur a un droit d'auteur qui comprend le droit exclusif, à l'égard du signal de communication qu'il émet ou de toute partie importante de celui-ci :

- a) d'autoriser un autre radiodiffuseur à le retransmettre au public simultanément à son émission ;

Toutefois, cette disposition ne s'applique pas en matière de retransmission simultanée sur Internet puisqu'elle ne peut être opposée qu'à un « autre radiodiffuseur ». En effet l'article 2 LDA exclut de la définition de radiodiffuseur « l'organisme dont l'activité principale, liée au signal de communication, est la retransmission de celui-ci ». De plus, le radiodiffuseur est défini comme « [l']organisme qui, dans le cadre de l'exploitation d'une entreprise de radiodiffusion, émet un signal de communication [...] ». Or la définition de signal de communication dans la *Loi sur le droit d'auteur* ne comprend pas la transmission sur Internet²⁵¹.

En droit français, nous avons constaté que la question de retransmission est englobée dans la notion de « télédiffusion »²⁵². La doctrine considère par ailleurs que cette notion permet aux titulaires de droits d'auteur de contrôler la transmission des œuvres sur Internet :

[t]he first method of communicating musical works over the internet or webcasting that allows users to listen to or view broadcast programmes in real time via the internet through Real Audio Player undoubtedly constitutes *telediffusion* in accordance with Article L. 122-2 of the CPI and therefore falls within the sphere of public performance right. The fact that broadcasters choose to disseminate their works through computer networks rather than through wireless means does not change the nature of the act as dissemination in non-material form²⁵³.

²⁵¹ Voir *supra*, paragraphe précédent, et art. 2 LDA.

²⁵² Voir *supra* II/A/(2)(a)(ii)β).

²⁵³ Makeen Fouad Makeen, *op.cit.* note 91 à la p. 297.

Par analogie, on doit reconnaître que les radiodiffuseurs bénéficient d'un droit d'autoriser ou d'interdire la télédiffusion de leurs programmes sur Internet. Ce droit bénéficie aussi bien aux *webdiffuseurs* qu'aux organismes de radiodiffusion traditionnels à partir du moment où ils se qualifient entreprises de communication audiovisuelle²⁵⁴.

Sur un plan plus général, il a été avancé que la transmission numérique devait recevoir la même qualification juridique que n'importe quel autre type de transmission :

[c]e qui est vrai de la diffusion sans fil le demeure de la transmission par fil. Ainsi, il n'y a aucune raison d'appliquer une qualification différente selon que les câblodistributeurs diffusent des programmes de radio ou de télévision par voie analogique ou numérique, comme de refuser de voir un acte de communication publique dans le fait pour un radiodiffuseur de diffuser son programme de radio via Internet ou un autre réseau à destination des possesseurs d'ordinateurs qui l'écouteront grâce à un logiciel (tel Real audio ou Audiosoft) qui le convertira en temps réel sous forme de sons²⁵⁵.

Parallèlement, le droit d'autoriser la télédiffusion des programmes est complété par un droit d'autoriser la reproduction des programmes²⁵⁶. On remarque une tendance à distinguer, en matière de propositions de régime juridique de la *webdiffusion*, entre les services à la demande et les services de radiodiffusion pure²⁵⁷. Les premiers consistent à livrer par voie électronique des programmes audio ou audiovisuels qui sont stockés de façon permanente par l'utilisateur sur son ordinateur et font donc aussi appel au droit de reproduction. Les seconds sont consommés en temps réel et reproduits sur la mémoire vive de l'ordinateur de façon éphémère. On considère que ce dernier type de service fait appel au droit de représentation ou, plus génériquement, au droit de communication au public. D'aucun ont adopté le point de vue selon lequel le caractère éphémère de la reproduction lors de la diffusion en flux continu ne doit pas pour autant écarter

²⁵⁴ Voir sous-paragraphe précédent.

²⁵⁵ T. Desurmont, « Qualification juridique de la transmission numérique » (1996) 170 *R.I.D.A.* 55 à la p. 61.

²⁵⁶ Art. L. 216-1, al. 1 CPI.

²⁵⁷ Makeen Fouad Makeen, *op.cit.* note 91 aux pp. 297-298 ; B.H. Fan, *op.cit.* note 198 ; T. Desurmont, *op.cit.*

l'obligation d'obtenir l'autorisation des ayants droit²⁵⁸. Les organismes de radiodiffusion ont donc ainsi à leur disposition un outillage complet et adapté aux environnements électroniques.

La présence de certaines carences en fait d'adaptabilité aux environnements électroniques pose la question de la nécessité d'une adaptation du droit d'auteur.

B/ L'éventualité d'une adaptation du droit

Des deux pays, le Canada semble celui dont le droit pourrait le plus bénéficier d'une adaptation. Elle ne paraît pas requérir d'efforts particuliers puisqu'elle consisterait simplement à étendre la notion de télécommunication au droit voisin des radiodiffuseurs. La France, avec sa notion sœur de télédiffusion, aurait ainsi un régime juridique comparable à celui du Canada en ce qui concerne le droit voisin des radiodiffuseurs. Ce pas à franchir est d'autant moins important pour le législateur que le droit d'auteur canadien contient déjà en lui la modernité attachée au concept de télécommunication. Il lui faudrait cependant être plus sensible aux problèmes des *webdiffuseurs* qui ne disposent pas à l'heure actuelle d'un droit voisin sur leurs signaux émis sur Internet. De fait, la notion de programme gagnerait à se substituer à celle de signaux puisqu'elle présente des caractéristiques d'adaptabilité supérieures. Toutefois, l'opportunité d'une intervention législative dépend aussi de la façon dont le reste du droit d'auteur permet de traiter les problèmes soulevés. A cet égard, il est remarquable que le droit d'auteur canadien ne soit pas dénué de ressources permettant de juridiciser la notion de programme (1). Une fois

²⁵⁸ T. Desurmont, *op.cit* à la p. 81. Au Canada, un point de vue similaire a été adopté par les tribunaux : *Bishop c. Stevens*, [1990] 2 S.C.R. 467. Cet aspect de la retransmission fait l'objet des interrogations du gouvernement canadien quant à savoir si le régime actuel de retransmission ne dépasse pas son cadre juridique : « [l]es ministères font également remarquer qu'en vertu d'une partie ou même de la totalité des configurations techniques actuellement réalisables, la retransmission par Internet pourrait faire appel à d'autres protections du droit d'auteur ne tombant peut-être pas dans le champ de juridiction de la licence, p. ex. les droits de reproduction », *Document de consultation* à la note 9. La Directive 2001/29/CE reconnaît ce principe à l'article 2 (« Les Etats membres prévoient le droit exclusif d'autoriser ou d'interdire la reproduction directe ou indirecte, provisoire ou permanente, par quelque moyen et sous quelque forme que ce soit, en tout ou en partie : a) pour les auteurs, de leurs œuvres ; e) pour les organismes de radiodiffusion,

ceci constaté, il reste cependant nécessaire d'envisager le corollaire de l'existence de droits d'auteur sur le programme, à savoir l'exception à son régime reliée au droit de retransmission, laquelle conditionne au final la question de l'adaptabilité du droit d'auteur aux environnements électroniques (2).

1) Les droits d'auteur sur les programmes de radiodiffusion

Si les droits voisins sur les signaux ne peuvent bénéficier de la modernité des dispositions de la loi applicables aux auteurs et leur ayants droit, il faudrait envisager l'existence d'un droit d'auteur sur les programmes. Ceci permettrait de tirer profit de l'étendue de la notion de télécommunication. Le programme n'est pas un objet du droit d'auteur et n'est pas défini dans la *Loi sur le droit d'auteur*. Cependant il n'est pas incongru qu'il puisse paraître sous une forme reconnue par la *Loi sur le droit d'auteur*. Ainsi, le programme, lorsque qualifié d'œuvre littéraire, dramatique, musicale ou artistique, donne au titulaire du droit d'auteur l'avantage de pouvoir invoquer l'article 3(1) f) LDA qui confère le droit exclusif de communiquer au public, par télécommunication, « l'œuvre-programme ». Le titulaire d'un droit d'auteur sur « l'œuvre-programme » bénéficie aussi de la présomption de fixation prévue à l'article 3(1.1) LDA²⁵⁹.

Il convient donc de questionner le droit canadien pour déterminer si le programme est assimilé à une œuvre protégeable au titre du droit d'auteur. Dans l'affaire *Canadian Admiral Corp. c. Rediffusion Inc*²⁶⁰, la télédiffusion d'enregistrements filmés de rencontres sportives a été reconnue protégeable. Les enregistrements filmés des rencontres sportives ont été assimilés à des œuvres artistiques à titre de photographies. Par ailleurs, leur statut d'œuvre dramatique aurait été accepté si « the arrangement or

des fixations de leurs émissions, qu'elles soient diffusées par fil ou sans fil, y compris par câble ou par satellite » en même temps qu'elle prévoit une série d'exceptions à l'article 5.

²⁵⁹ L'art. 3(1.1) dispose que « [d]ans le cadre d'une communication effectuée au titre de l'alinéa (1)f), une œuvre est fixée même si sa fixation se fait au moment de sa communication ».

²⁶⁰ *Admiral Corp. c. Rediffusion Inc* (1954), 20 C.P.R. 75.

acting form or combination of incidents represented has given the work original character »²⁶¹. Aujourd'hui, suite aux amendements à la *Loi sur le droit d'auteur* de 1997²⁶², il ne semble plus possible de classer une œuvre cinématographique dépourvue d'originalité dans la catégorie des photographies²⁶³. Bien plus, « [...] toutes les œuvres cinématographiques, auxquelles les dispositifs de la mise en scène ou les combinaisons des incidents représentés donnent ou non un caractère original, sont protégées en tant qu'œuvres dramatiques »²⁶⁴. Ainsi, l'enregistrement d'un événement, sportif ou non, et sa communication au public par télécommunication constituent une œuvre cinématographique. En effet, l'œuvre cinématographique n'a pas à être originale pour être protégée en tant que telle²⁶⁵. La doctrine s'exprime à ce sujet ainsi :

[u]nder the current Act, a "cinematographic work" is protected as a dramatic work without any express requirement for original character. In addition, a "cinematographic work" is defined as including any work expressed by any process analogous to cinematography, whether or not accompanied by a soundtrack. In light of these definitions, it seems fair to assume that the degree of originality required by the Act, where the arrangement or acting form or the combination of incidents represented do not give the work an original character, is similar to that required for a photograph. In other words, the requirements for originality is satisfied by the "expression" of the images contained in the "cinematographic work". For example, in the case of a nature film, this will be satisfied by the skill required to successfully make a visual depiction of a scene from nature²⁶⁶.

L'œuvre cinématographique, lorsque communiquée au public par télécommunication, bénéficie aussi de la présomption de fixation – qui peut être considérée comme une condition à la protection par le droit d'auteur – prévue à l'article 3.(1.1) LDA.

²⁶¹ *Ibid.* ; Sur cet aspect de la décision, voir J.-P. Blais, « The Protection of Exclusive Television Rights to Sporting Events Held in Public Venues: An Overview of the Law in Australia and Canada » (1992) 18 *Melbourne U. L. Rev.* aux pp. 526-527.

²⁶² L.C. 1997, c. 24.

²⁶³ N. Tamaro, *The 2001 Annotated Copyright Act*, Scarborough, Carswell, 2001 à la p. 40.

²⁶⁴ J. S. McKeown, *Fox on Canadian Law of Copyright and Industrial Designs*, , Scarborough, Carswell, 3^e éd., 2000 aux pp. 185, 233 [notre traduction].

²⁶⁵ Cf. art. 2 LDA et art. 11.1 LDA.

²⁶⁶ J.S. McKeown, *op.cit.* à la p. 234.

Dans l'affaire *FWS Joint Sports Claimants c. Commission du droit d'auteur et al.*²⁶⁷ le juge Linden confirmait la décision de la Commission du droit d'auteur établissant « [q]u'il n'y avait pas de droits d'auteur sur le déroulement d'un match en soi étant donné que ce déroulement représentait une série d'événements fortuits »²⁶⁸. Par conséquent, seuls les événements sportifs filmés et communiqués au public par télécommunication constituent un programme protégé par le droit d'auteur. Les rencontres sportives ne forment cependant pas l'ensemble du programme des chaînes généralistes. La protection du programme demeure ainsi incomplète puisqu'elle se limiterait aux programmes des chaînes spécialisées dans le sport et ne protégerait qu'une partie du programme des premières. Lorsque le radiodiffuseur n'a pas lui-même filmé l'événement, qu'il soit sportif ou non, son programme ne sera protégé que dans la mesure où il est cessionnaire des droits sur l'œuvre cinématographique. Ceci n'est pas systématiquement le cas. La protection s'avère donc à nouveau incomplète d'autant plus qu'elle ne concerne que la radiodiffusion télévisée, les signaux de radio ne transportant jamais d'œuvres cinématographiques. Les *webdiffuseurs*, en revanche, se trouvent dans une position plus avantageuse en raison du caractère multimédia de leur radiodiffusion.

Dans la même affaire *FWS Joint Sports Claimants c. Commission du droit d'auteur et al.*, une demande de protection de la « journée de radiodiffusion » ou « grille de programmation » au titre de compilation fut rejetée par la Cour d'appel fédérale. Par la suite, les amendements à la LDA découlant de la mise en œuvre de l'*Accord de libre-échange nord-américain* ont introduit des dispositions relatives à la compilation²⁶⁹. La Commission du droit d'auteur fut amenée en conséquence à revoir son point de vue sur la question et arriva à la conclusion que « [...] les compilations d'émissions de télévision constituent des compilations d'œuvres dramatiques, protégées à ce titre par la *Loi* telle

²⁶⁷ *FWS Joint Sports Claimants c. Commission du droit d'auteur et al.* (1991), 81 D.L.R. (4^e) 412.

²⁶⁸ H.G. Intven, « Révision judiciaire de la première décision de la Commission du droit d'auteur en matière de droits de retransmission » (1992) 4-2 C.P.I. aux pp. 250-251.

²⁶⁹ Art. 2 LDA, L.C. 1993, c. 44, art. 53(3) : sont des compilations « [l]es œuvres résultant du choix ou de l'arrangement de tout ou partie d'œuvres littéraires, dramatiques, musicales ou artistiques ou de données ». Au surplus, l'art. 2.1(1) LDA dispose que « [l]a compilation d'œuvres de catégories diverses est réputée constituer une compilation de la catégorie représentant la partie la plus importante ».

que modifiée »²⁷⁰. Les émissions de radiodiffusion ne sont pas mentionnées dans cette décision. Gageons cependant que les conclusions s'appliquent *mutatis mutandis* à elles. L'effet pratique de la reconnaissance d'un droit d'auteur, distinct du droit voisin prévu à l'article 21 LDA, est l'attribution d'une rémunération pour la retransmission des signaux éloignés transportant l'œuvre de compilation. L'importance de cette rémunération reste cependant marginale en comparaison de celles obtenues sur la base des autres droits d'auteur²⁷¹.

La principale source de revenus pour les radiodiffuseurs repose sur leur statut de titulaires de droits d'auteur sur leurs programmes par l'effet de la *Loi sur le droit d'auteur* et/ou par l'effet de contrats de cession des droits d'auteur appartenant à des tiers sur les émissions radiodiffusées. Cependant, les radiodiffuseurs n'agissent pas principalement en tant que producteurs des émissions qu'ils radiodiffusent, mais plutôt en tant que distributeurs de celles-ci. De fait, la majeure partie des redevances perçues sur la base du droit de retransmission revient aux fournisseurs ou producteurs d'émissions, indépendants des radiodiffuseurs, qui n'auront qu'autorisé la radiodiffusion des émissions ainsi distribuées et conservé le droit à rémunération²⁷².

²⁷⁰ Décision de la Commission du droit d'auteur relative au *tarif des droits à percevoir pour la retransmission des signaux éloignés de radio et de télévision en 1995, 1996 et 1997 (et modification au tarif de 1994)* (1996), 71 C.P.R. (3^e) 223 [ci-après « Décision de la Commission du droit d'auteur du 28 juin 1996 »].

²⁷¹ La décision de la Commission du droit d'auteur a fixé le pourcentage de la redevance payable au titre du droit de retransmission relatif aux compilations à 0.67 % du total des redevances allouées. Par exemple, l'Association du droit de retransmission canadien (ADRC) a reçu 11.1068 % du total des redevances perçues alors que la quote-part au titre de compilation était de 0.2615 % (Répartition finale corrigée pour 1994). Le montant total reçu par l'ADRC en 1994 s'élevait à 4,946,105.42\$ (montant non officiel, source ADRC, www.cbrc.ca/retrans.html (accédé le 10 juillet 2001)), soit environ 12,934\$ au titre de la compilation.

²⁷² La Société de perception de droit d'auteur du Canada (SPDAC) représentant les fournisseurs d'émissions est celle qui reçoit le plus haut pourcentage du total des redevances perçues au titre du droit de retransmission, soit 56.86 %. En comparaison, les radiodiffuseurs représentés par l'ADRC et par l'Agence des droits des radiodiffuseurs canadiens (ADRC) reçoivent respectivement 16.21 % et 6.05 % du même total (source : Commission du droit d'auteur, *Tarif des droits à percevoir pour la retransmission de signaux éloignés de radio et de télévision, au Canada, en 1998, 1999 et 2000*, Supplément, Gazette du Canada, Partie I, 26 février 2000). Voir E. Redler et T. Scapillati, « A Summary of the Canadian Retransmission Rights Regime », www.cbrc.ca/retrans.html (accédé le 10 juillet 2001).

A la suite de ces remarques, on voudra bien constater deux éléments. Le premier s'articule autour du fait que si les radiodiffuseurs disposent de droits d'auteur sur leur programme, il faut se rendre à l'évidence que ces derniers restent à la fois incomplets et marginaux en valeur par rapport à ceux des autres titulaires de droits d'auteur. Le second a trait au fait que le droit voisin des radiodiffuseurs ne leur permet pas de recevoir une rémunération pour la retransmission simultanée par câble de leurs signaux. *In fine*, ni le régime de droit voisin, ni celui de droit d'auteur ne sont satisfaisants, qu'il s'agisse de la cohérence intellectuelle du système du droit d'auteur ou qu'il s'agisse de la clarté des principes à la base du régime de la radiodiffusion. Dans cette optique, l'étude du régime de la retransmission des programmes ne suscite pas moins de questions.

2) Le régime de retransmission des programmes sur Internet

Lorsque les radiodiffuseurs disposent d'un droit d'auteur sur leurs programmes, celui-ci se voit soumis au régime de retransmission prévu à l'article 31 LDA et réduit à un simple droit à rémunération pour la retransmission des signaux éloignés. L'activité de *webdiffusion* est venue jeter le trouble sur le principe de ce régime²⁷³. La question à résoudre est celle de savoir si la retransmission des programmes émis par les radiodiffuseurs sur Internet entre dans le cadre du régime de l'article 31 LDA²⁷⁴. Dans la négative, les *webdiffuseurs* violeraient le droit d'auteur sur les programmes. Il faut tout de suite noter que les radiodiffuseurs ne détiennent pas systématiquement un droit d'auteur sur chaque programme qu'ils diffusent même s'ils disposent en principe d'un droit d'auteur sur l'ensemble de leur programmation au titre de compilation. La question de la

²⁷³ Voir « Un an plus tard, JumpTV s'apprête à prendre la relève d'IcraVeTV », *Multimédium* (2 mars 2001), www.mmedium.com (accédé le 3 mars 2001) ; M. Geist, « IcraVeTV and the New Rules of Internet Broadcasting » (2000) 23 *U. Ark. Little Rock L. Rev.* 223 ; H.P. Knopf, « Copyright and the Internet in Canada and Beyond: Convergence, Vision and Division » (2000) 6 *E.I.P.R.* 262 ; J.S. Alexander, « The War over Internet TV » (2000) 9-4 *National* 41.

²⁷⁴ Cette question fait l'objet du *Document de consultation sur l'application de la Loi sur le droit d'auteur pour ce qui est des licences obligatoires de retransmission par Internet*, Direction générale de la politique du droit d'auteur, Patrimoine canadien, Direction de la politique de la propriété intellectuelle, Industrie Canada, 22 juin 2001, www.strategis.ic.gc.ca/SSG/rp01100e.html (accédé le 3 juillet 2001) [ci-après « Document de consultation »], s'inscrivant dans le *Cadre de révision du droit d'auteur*, *ibid.*

retransmission des programmes sur Internet se pose à tous les titulaires de droits d'auteur dont les œuvres sont susceptibles d'être retransmises sur le réseau des réseaux.

L'évolution de la présente étude a tenté de montrer la différence entre les droits des radiodiffuseurs et les droits des auteurs. Idéalement, cette différence prend forme dans l'adoption de la catégorie des droits voisins et de celle des droits d'auteur. La première obéit à une délimitation plus stricte et plus précise que la seconde en même temps qu'elle répond à une logique particulière fondée sur la relativité du lien sujet-objet du droit de propriété intellectuelle. La vertu d'une telle systématisation se vérifie lorsqu'elle fait défaut. La question de la retransmission sur Internet illustre un tel cas de figure. Certes les réponses à la question de l'applicabilité de la licence obligatoire à ce type de retransmission dépendent du domaine de la politique publique. A cet égard, on rappellera qu'Internet a été exempté du champ réglementaire pour permettre au Canada d'optimiser ce nouveau secteur concurrentiel mondial²⁷⁵. Mais il faut aussi aborder cette question sous l'angle de la cohérence du droit d'auteur en tant que système de règles organisé et autonome.

Nous sommes enclin à percevoir le problème de la retransmission sur Internet comme celui de la « dé-catégorisation » des droits d'auteur, voire l'absence de catégorisation. Il a été constaté que les radiodiffuseurs bénéficient d'une protection au titre de droits d'auteur mais aussi de droits voisins. En ce qui concerne les premiers, il n'est pas certain que le législateur, au moment de l'adoption des dispositions relatives aux compilations, ait prévu qu'elles seraient utilisées aux fins de protection des programmes radiodiffusés. En adoptant les dispositions relatives aux œuvres cinématographiques, il n'est pas non plus certain que le législateur ait prévu qu'elles favoriseraient davantage les médias de la télévision que ceux de la radio. Ce désavantage serait cependant acceptable et légitime si les radiodiffuseurs dans leur ensemble n'avaient pas à recourir au droit d'auteur pour préserver leurs intérêts économiques entourant la diffusion de la création et insuffisamment protégés par les droits voisins. De même, il aurait été judicieux de ne pas

²⁷⁵ Voir notes 209 et 210 et le texte les accompagnant.

désolidariser la notion d'œuvre, que ce soit une œuvre cinématographique ou une compilation, de celle d'originalité. En matière de compilation, il faut noter qu'en droit canadien une partie de la doctrine autorisée considère qu'il n'est pas certain que la jurisprudence *Feist Publications Inc. c. Rural Telephone Service Co. Inc.*²⁷⁶ et *Télé-direct (Publications) Inc. c. American Business Information Inc.*²⁷⁷ ait remis en cause le droit en vigueur qui accorde une protection aux compilations sur la base du labeur, du talent et du jugement²⁷⁸. Ainsi, des logiques et des notions ressortissant en principe aux droits voisins ou à des droits distincts du droit d'auteur²⁷⁹ se sont insinués dans la sphère du droit d'auteur, fait qui semble regrettable aux yeux du Juge Décary dans l'affaire *Télé-direct* :

L'emploi du mot « *copyright* » dans la version anglaise de la Loi a obscurci le fait que l'objet fondamental de la Loi est de protéger « le droit d'auteur ». Bien que la Loi ne le définisse pas, le mot « auteur » a une connotation de créativité et d'ingéniosité. Il ne me paraît pas que les décisions fondées sur la thèse de la « transpiration », en matière de compilation de données, aient affirmé que la somme de travail est en soi une source déterminante d'originalité. Si elles l'ont fait, j'estime qu'elles sont erronées et que leur approche est incompatible avec les normes d'apport intellectuel et créatif expressément prévues par l'ALENA, puis confirmées par les modifications apportées à la *Loi sur le droit d'auteur* en 1993, et déjà reconnues par le droit anglo-canadien²⁸⁰.

Parler à ce titre de « perversion » du droit d'auteur peut être intéressant du point de vue théorique, mais paraît n'alimenter que de façon abstraite un débat peu fertile sur la pureté du droit d'auteur. Pourtant, une bonne théorie peut s'avérer très pratique. En distinguant clairement les droits voisins des droits d'auteur, on éviterait les incertitudes

²⁷⁶ 111 S.Ct. 1282 (1991)

²⁷⁷ (1996), 74 C.P.R. (3^e) 72 (C.F. 1^{ère} inst.), conf. par (1997), 76 C.P.R. (3^e) 296 (C.F.A), autorisation d'appeler refusée par (1998), 228 N.R. 200 (note) (C.S.C.). Sur cette affaire, voir D. Fewer, « A Sui Generis Right to Data?: A Canadian Position » (1998) 30 *Can. Bus. L. J.* 165 ; H.P. Knopf, « The Database Dilemma in Canada: Is 'Ultra' Copyright Required ? » (1999) 48 *U.N.B.L.J.* 163 ; G.J. Segal, « Computer Databases: Domestic Protection and International Trade: A Look at American and European Issues with a Focus on Emerging Canadian Law: *Télé-direct*, Hagar, Ital-Press and Privacy Legislation » (1999) 13 *I.P.J.* 305 ; S. Handa, « Copyright Protection of Electronic Databases » (1997) 22 *Ann. Air & Space L. (Part I)* 609.

²⁷⁸ J.S. McKeown, *op.cit* note 264 aux pp. 129, 131-138. *Contra*, voir Y. Gendreau, « La civilisation du droit d'auteur canadien » (2000) 1 *R.I.D.C.* à la p. 121. Voir aussi l'affaire *CCH Canadienne Limitée c. Le Barreau du Haut-Canada*, [2000] 2 C.F. 451, allant dans le sens de l'affaire *Télé-direct*.

²⁷⁹ *I.e.* droits *sui generis*.

²⁸⁰ [1998] 2 C.F. 37-38.

liées à leur confusion. Lorsque l'on permet aux radiodiffuseurs de bénéficier d'un droit d'auteur sur leur programme, on perd de vue l'essence du régime d'exception de la licence obligatoire. Les raisons ayant présidé à l'adoption d'une licence obligatoire ou du refus de l'adoption d'une licence obligatoire, au sein de l'Union européenne, en France, aux États-Unis et au Canada, ont été identifiées comme relevant d'une question de coûts de transaction : la multitude des auteurs, des titulaires de droits d'auteur et des applications technologiques permettant l'exploitation massive des œuvres ne permettent pas d'envisager une négociation individuelle pour chaque œuvre. En revanche, l'identification des radiodiffuseurs est possible en raison de leur nombre restreint. Dans ce cas, le principe d'une reconnaissance à ces derniers d'un droit exclusif de retransmission ne risque pas d'empêcher des négociations individuelles et contractuelles.

Les exceptions au droit des radiodiffuseurs sur leur programme étaient justifiées pour des motifs différents. Il s'agissait principalement d'organiser la concurrence au sein du secteur audiovisuel de manière à assurer un accès de tous à ces services ainsi qu'une riche diversité de la programmation. En fait, l'existence d'un marché libre et concurrentiel assurerait l'atteinte de ces objectifs. Or, le marché en question, comme la plupart des marchés, repose sur une organisation territoriale. La viabilité du marché, garant de l'atteinte des objectifs d'intérêt public, dépend de cette répartition territoriale. Le marché des droits d'auteur dépend, lui, de l'absence de limites quant à leur acquisitions, qu'elles soient territoriales ou transactionnelles, les deux étant de tout façon étroitement imbriquées. Il n'est donc pas étonnant que cette contradiction se résolve dans la confusion des genres. Cette confusion est par ailleurs accentuée par l'insuffisance des droits voisins des radiodiffuseurs. On pourrait même aller jusqu'à avancer que ce dévoiement du droit d'auteur vers la logique industrielle et économique normalement propre aux régimes de droits voisins a pour cause l'inefficacité du régime de droits voisins attribués aux radiodiffuseurs. Pour y remédier, il faudrait faire bénéficier ce dernier de la modernité du concept de télécommunication caractérisé par sa neutralité

technologique²⁸¹. Il faudrait également, soit redéfinir, dans le même esprit, la notion de signal, soit recourir à la notion de programme qui présente certains avantages par rapport à la première.

Le régime de l'article 31 LDA avait été adopté dans le contexte de l'*Accord de libre-échange entre le Canada et les États-Unis* à la suite de l'insistance pressante de la *Motion Picture Association of America* (représentant les producteurs américains) dont la voix était fidèlement relayée par le gouvernement américain²⁸². A l'époque ni le Canada, ni les États-Unis n'accordaient aux radiodiffuseurs de droit sur leurs signaux. L'article 31 était donc bel et bien la chose des créateurs. Or aujourd'hui on s'aperçoit que c'est toujours le cas : la proportion des revenus tirés du droit de retransmission revient en majorité aux producteurs d'émission indépendants des radiodiffuseurs. De nos jours le principe d'une licence obligatoire ne se justifie plus du point de vue du droit d'auteur²⁸³. On remarque que dans d'autres pays on lui préfère la seule gestion collective des droits. Lorsque cette dernière n'est pas rendue obligatoire par la loi, elle s'organise spontanément et, ce, d'autant plus facilement aujourd'hui, en raison de la simplification de la gestion et de l'exploitation des droits grâce aux apports des technologies numériques²⁸⁴. Par conséquent, les problèmes relatifs à la diversité de la programmation et du champ concurrentiel pourraient être valablement traités à partir du seul droit voisin des radiodiffuseurs. La tendance naturelle de ces derniers à renforcer leur position sur le marché continuerait d'être traitée grâce à un régime de licence obligatoire portant sur

²⁸¹ Pour une réflexion sur le principe de la neutralité technologique, voir Y. Gendreau, « A Technologically Neutral Solution for the Internet: Is it Wishful Thinking » (2000) 133 *Barreau du QC : Développements récents en Droit du divertissement* 17.

²⁸² Voir C. Brunet, « Le projet de loi C-130 – Vers un nouveau droit de retransmission » (1988/89) 1 *C.P.I.* à la p. 242.

²⁸³ Un auteur écrit à ce sujet : « Although in 1928, the insertion of a compulsory licence provision seemed to have been necessary to accommodate the position of some countries, the situation is very different today. Then broadcasters and governments had every reason not to trust collecting societies, especially since broadcasting was still in its infancy. The practice of the last 70 years, however, has demonstrated that broadcasters and authors represented by collecting societies share the same goal, i.e. a wider dissemination of [musical] works. The compulsory licence in Article 11bis seems to have outlived its usefulness, as the practice of collecting societies has shown that broadcasters' fears were groundless ». Makeen Fouad Makeen, *op.cit.* note 91 à la p. 81.

²⁸⁴ Dans ce sens, voir C. Rodrigues, « L'impact de la technologie numérique sur l'exercice et la gestion collective des droits voisins dans le cadre de la Convention de Rome » (1997) 31-4 *Bull. Droit d'auteur* 16.

l'objet de communication nouvellement redéfini. A cet effet, il suffirait de faire basculer le régime de l'article 31 LDA vers celui de l'article 21 adapté. L'opportunité d'étendre ce régime nouveau à la retransmission sur Internet dépendra de la possibilité de continuer à préserver le découpage territorial des marchés de radiodiffusion²⁸⁵.

CONCLUSION

La *webdiffusion* s'inscrit dans la problématique générale inhérente à l'avènement de l'ère numérique, notamment celle reliée à la globalisation. La structure du marché de la radiodiffusion reste très sensible à ce dernier aspect puisqu'elle dépend d'une maîtrise des flux de radiodiffusion pour subsister. Au surplus, rares sont ceux qui n'associent pas la viabilité du marché de la radiodiffusion avec l'intérêt général. Surtout, la *webdiffusion* constitue l'occasion de mener une réflexion sur la santé des régimes encadrant les activités de radiodiffusion de la Société de l'information. Elle permet alors de constater la faiblesse de certains systèmes, notamment internationaux, et d'évaluer la vitalité d'autres. A cet égard, l'approche de droit comparé ne devrait pas servir à tracer un diagramme médical mais plutôt offrir le moyen de trouver les meilleurs remèdes. La *webdiffusion* permet enfin de mesurer l'autonomie et l'efficacité des systèmes de droit d'auteur. Dans certains cas elle les aura éprouvés au point de dévoiler certaines confusions de logiques en principe distinctes. La question de la retransmission sur Internet au Canada participe de ce cas de figure et pâtit en réalité d'un manque de cohérence entre le découpage des catégories sensé donner au système sa pleine autonomie fonctionnelle. Toute modification du régime de retransmission devra par ailleurs s'effectuer en conformité avec les obligations conventionnelles internationales auxquelles le Canada sera soumis. En décembre 1996, le Canada a signé le *Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur* visant à asseoir les droits des auteurs et des compositeurs dans l'environnement numérique²⁸⁶. La

²⁸⁵ Dans ce sens, voir *Document de consultation* note 274.

²⁸⁶ Voir M. Ficsor, « Copyright for the Digital Era: The WIPO "Internet" Treaties » (1997) 21-3/4 *Colum.-VLA J. L. & the Arts* 197 ; J. Reinbothe, M. Martin-Prat, S. Von Lewinski, « The New WIPO Treaties : A First Résumé » (1997) 4 *E.I.P.R.* 171. voir aussi L. Brennan, « The Copyright Wars : The WIPO Treaties and the New Information Economy » (1998) 533 *PLI/Pat* 623.

ratification du *Traité* est donc fonction du respect par le Canada des dispositions prévues, notamment dans notre optique, à l'article 8 qui exige des États membres d'attribuer aux auteurs un droit exclusif de communiquer au public leurs œuvres, par fil ou sans fil, y compris la mise à la disposition du public de leurs œuvres de manière que chacun puisse y avoir accès de l'endroit et au moment qu'il choisit de manière individualisée²⁸⁷. Les déclarations communes concernant le *Traité* adoptées par la conférence diplomatique le 20 décembre 1996 énoncent à propos de l'article 8 qu'« [i]l est entendu en outre que rien dans l'article 8, n'interdit à une Partie contractante d'appliquer l'article 11*bis*.2) »²⁸⁸. Deux interprétations de cette déclaration sont possibles : soit que l'article 8 n'affecte pas l'éventuelle application du mécanisme de la licence obligatoire prévue à l'article 11*bis*(2) de la *Convention de Berne*, soit que les lois nationales peuvent étendre le mécanisme de la licence obligatoire au droit exclusif de l'article 8 du *Traité*. Dans l'éventualité où seule la première interprétation est acceptable²⁸⁹, l'unique manière de retenir le principe d'une licence obligatoire en matière de retransmission des programmes serait de la rattacher à un droit voisin qui échappe par définition à la juridiction de la *Convention de Berne* et du *Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur*.

²⁸⁷ Document OMPI CRNR/DC/94.

²⁸⁸ *Ibid.*

²⁸⁹ Dans ce sens, Makeen Fouad Makeen, *op.cit.* note 91 à la p. 238 : « Although no records for the 1996 Conference have been published, it seems most likely that that the first interpretation was the one intended by the Conference. The compulsory licence mechanism of Article 11*bis* came under attack during the Conference, and its further extension to cover the newly recognised right is inconceivable ».

BIBLIOGRAPHIE

Ouvrages et monographies

- Beier (F.-K) et Schricker (G.) (éds), *From GATT to TRIPs*, publié par le Max Planck Institute for Foreign and International Patent, Copyright and Competition Law, Munich, VCH, vol.18, 1996 .
- Cohen-Jehoram (H.) et al. (éds), *Trade-Related Aspects of Copyright*, La Hague, Kluwer, 1997.
- Colombet (C.), *Grands principes du droit d'auteur et des droits voisins dans le monde*, Paris, Litec, 1992.
- Davies (G.), *Copyright and the Public Interest*, Munich, VCH, 1994.
- Debasch(C.) (sous la direction de), *Droit des médias*, Paris, Dalloz, 1999.
- Deliyanni (E.), *Le droit de représentation des auteurs face à la télévision transfrontalière par satellite et par câble*, Paris, L.G.D.J., 1993.
- Desbois (H.), Françon (A), Kerever (A), *Les conventions internationales du droit d'auteur et des droits voisins*, Paris, Dalloz, 1976.
- Desjeux (X.), *La Convention de Rome*, Paris, L.G.D.J., 1966 .
- Drucker (S.J), Gumpert (G), *Real Law at Virtual Space : Communication Regulation in Cyberspace*, Cresskill, NJ, Hampton Press, 1999.
- Easton (K.), *Building an Industry – A History of Cable Television and Its Development in Canada*, Lawrencetown Beach, N.-É., 2000.
- Edelman (B.), *Droit d'auteur, droits voisins – Droit d'auteur et marché*, Paris, Dalloz, 1993.
- McKeown (J.S.), *Fox on Canadian Law of Copyright and Industrial Designs*, Scarborough, Carswell, 3^e éd., 2000.
- Gendreau (Y), *The Retransmission Right : Copyright and the Rediffusion of Works by Cable*, Oxford, ESC Publishing Ltd, 1990.
- Given (J), *The Death of Broadcasting? [...] Media's Digital Future*, Australia, UNSW Press, 1998.
- Glais (M), *Economie Industrielle – Les stratégies concurrentielles des firmes*, Paris, Litec Eco., 1992.
- Guédon (J-C), *Planète cyber – Internet et cyberspace*, Paris, Gallimard, 1996

Makeen Fouad Makeen, *Copyright in a Global Information Society – The Scope of Copyright Protection Under International, US, UK and French Law*, The Hague, London, Boston, Kluwer Law International, 2000.

Masouyé (C), *Guide de la Convention de Rome et de la Convention Phonogrammes*, Genève, OMPI No. 617 (F), 1981.

Hill (K.M.) & al (ed.), *Globalization of Intellectual Property in the 21st Century*, Seattle, CASRIP, 1998.

Incidences de l'Accord sur les ADPIC sur les traités administrés par l'OMPI, Genève, OMPI No. 464(F), 1997.

Letourneau (D.), *Le droit d'auteur de l'audiovisuel : une culture et un droit en évolution*, Cowansville, Yvon Blais, 1995.

Lucas (A & H.-J.), *Traité de la propriété littéraire et artistique*, Paris, Litec, 1994.

Lucas(A), *Droit d'auteur et numérique*, Paris, Litec, 1998.

Nordemann (W.), Vinck (K.), Hertin (P.W.), Meyer (G.), *International Copyright and Neighboring Rights Law*, Weinheim, VCH, 1990.

Poulain(J.), *La protection des émissions de Radiodiffusion*, Paris, L.G.D.J., 1963.

Seignette (J.), *Challenges to the Creator Doctrine*, La Haye, Londres, Boston, Kluwer, 1994.

Straschnov (G.), *Protection internationale des droits voisins*, Bruxelles, Bruylant, 1958

Strowel (A.), *Droit d'auteur et Copyright, divergences et convergences*, Bruxelles, Paris, Bruylant/L.G.D.J., 1993.

Tamaro (N.), *The 2001 Annotated Copyright Act*, Scarborough, Carswell, 2001.

Teubner (G.), *Droit et réflexivité*, Collection de la pensée juridique moderne, Paris, L.G.D.J., 1996.

Teubner (G.), *Le droit, un système autopoïétique*, Paris, P.U.F., 1993.

Teubner (G.) (dir.), *Autopoietic Law: A New Approach to Law and Society*, Berlin, New-York, Walter de Gruyter, 1988.

Trudel (P.) et Abran (F.), *Droit de la radio et de la télévision*, Montréal, Thémis, 1991.

Trudel et al. (dir.), *Droit du cyberspace*, Montréal, Thémis, 1997.

Vaver (D.), *Copyright Law*, Toronto, Irwin Law, 2000.

Études et documents

CSA, « le marché du câble en France », (2000) 127 *La lettre du CSA* 2.

Celebrity IP, « Star Trek Foe Boldly Tries Patent Argument ; Icravetv does not go so boldly », (2000) 6-5 *Intell. Prop. Strategist* 9.

Direction générale de la politique du droit d'auteur, Patrimoine canadien, Direction de la politique de la propriété intellectuelle, Industrie Canada, *Document de consultation sur l'application de la Loi sur le droit d'auteur pour ce qui est des licences obligatoires de retransmission par Internet*, 22 juin 2001, www.strategis.ic.gc.ca/SSG/rp01100e.html (accédé le 3 juillet 2001), s'inscrivant dans le *Cadre de révision du droit d'auteur*, *ibid.*

L'Association Canadienne des Radiodiffuseurs, *A Submission to the Senate Subcommittee on Communications Convergence, Competition, Consumers. Policy Issues for the 21st Century. Phase I*, www.cab-acr/french/joint/submissions/sub_jun3000.htm.

L'Association Canadienne des Radiodiffuseurs, *Conceptfutur – Le Plan stratégique de l'ACR, 2000-2005 et la voie vers l'ère numérique*, *ibid.*

OCDE, Diffusion sur le « Web » et convergence : implications pour l'action des pouvoirs publics, OCDE/GD(97)221.

OMPI, Colloque Mondial de l'OMPI sur la radiodiffusion, les nouvelles techniques de communication et la propriété intellectuelle, Manille, 28-30 avril 1997, Genève, Publication OMPI, No. 757(E/F/S), 1998.

OMPI – Comité permanent du droit d'auteur et des droits connexes, *La législation en vigueur aux niveaux international, régional et national en ce qui concerne la protection des droits des organismes de radiodiffusion – Mémoire du bureau international*, 1^{ère} session, doc. SCCR/1/3 (1998).

Articles de doctrine

Abbott (F.M.), « Commentary: The International Intellectual Property Order Enters the 21st Century » (1996) 29 *Van. J. Trans'l L.* 471.

Abbott (F.M.), « Public Policy and Global Technological Integration : An Introduction », in *Public Policy and Global Technological Integration*, F.M. Abbott, D.J. Gerber (eds.), Kluwer Law Int'l, 1997.

Allard (N.W.), « The 1992 Cable Act: Just the Beginning » (1993) 15 *Hastings Comm/Ent L.J.* 305.

Atkey (R.G.), « Technological Change and Canada/US Regulatory Models for Information, Communication and Entertainment » (1999) 25 *Can.-U.S. L. J.* 359.

Bautista (E.), « Incidence de la technologie numérique sur la protection du droit d'auteur et des droits voisins dans les "autoroutes de l'information" : enjeux et propositions » (1999) 33-3 *Bull. du droit d'auteur* 4.

Blais (J.-P.), « The Protection of Exclusive Television Rights to Sporting Events Held in Public Venues: An Overview of the Law in Australia and Canada » (1992) 18 *Melbourne U. L. Rev.* 503.

Blais (J.-P.), Jones (D), « Le droit des radiodiffuseurs sur leurs signaux de communication et la mise en application de la Convention de Rome : un biscotto rassis pour le Canada » (1998) 11-1 *C.P.I.* 107.

Brandiss (I.), « Writing in Frost on a Window Pane: E-mail and Chatting on RAM and Copyright Fixation » (1996) 43 *J. of the Copyright Soc' of the USA* 237.

Brennan (L.), « The Copyright Wars : The WIPO Treaties and the New Information Economy » (1998) 533 *PLI/Pat* 623.

Brunet (C.), « Le projet de loi C-130 – Vers un nouveau droit de retransmission » (1988/89) 1 *C.P.I.* 241.

Brunet (C.), « Canada Revises its Copyright Act » (1997) 66 *Copyright World* 45.

Brunet (C.), « Le droit d'auteur au Canada de 1987 à 1997 : petit article en forme de prise d'inventaire » (1997) 10 *C.P.I.* 79.

Cassler (R.), « Copyright Compulsary Licenses – Are They Coming or Going? » (1989/90) 37 *J. COPR. SOC'Y* 231.

Chevallier (J), « Les mutations du secteur français de la communication – Opérateurs globaux et instances de régulation » (1999) 1 *R.I.D.E.* 43.

Clermont (B), « Parties II et VIII de la *Loi sur le droit d'auteur* : le Canada respecte-t-il ses obligations internationales? » (1998) 11-1 *C.P.I.* 287.

Cohen Jehoram (H.), « Rapport général : la télévision par câble – aspects des média et du droit d'auteur » in A.L.A.I., *La télévision par câble – Aspects du droit des médias et du droit d'auteur*, Paris, A.L.A.I., 1983 à la p. 479.

Cohen Jehoram (H), « The relationship between copyright and neighboring rights » (1990) 144 *R.I.D.A.* 81

Cornish (W.R.), « Les notions d'œuvre, d'originalité et de droits voisins du point de vue des traditions de la common law » in *Colloque mondial de l'OMPI sur l'avenir du droit d'auteur et des droits voisins*, Le Louvre, Paris, 1^{er}-3 juin 1994, publi. OMPI n° 731(F), 1994 à la p. 83

Côté (P.A.), « L'interprétation de la loi en droit civil et en droit statutaire : communauté de langue et différences d'accents » (1997) 31 *R.J.T.* 45.

Davies (G.), « La gestion collective des droits et l'intérêt général » (1989) *Le droit d'auteur* 85.

Davies (G), « The Convergence of Copyright and Authors' Rights – Reality or Chimera ? » (1998) 26 *I.I.C.* 964.

Desurmont (T.), « Qualification juridique de la transmission numérique » (1996) 170 *RIDA* 55.

Doutrelepoint (C.), « La notion de droit voisin – Analyse en droit comparé » in *Les journées du droit d'auteur*, Bruxelles, Bruylant, 1989 à la p. 5.

- Drucker (S.J.) & Gumpert (G.), « Legal Geography: The Borders of Cyberlaw » in Drucker (S.J.), Gumpert (G.) (ed.), *Real Law at Virtual Space : Communication Regulation in Cyberspace*, Cresskill, NJ, Hampton Press, 1999 à la p. 1.
- Dworkin (G.), « The Moral Right of the Author – Moral Rights and the Common Law Countries » in *Le droit moral de l'auteur*, ALAI, Congrès d'Anvers, 19-24 sept. 1993 à la p. 207.
- Easton (E.B.), « Annotating the News: Mitigating the Effect of Media Convergence and Consolidation » (2000) 23 *U. Ark. Little Rock. L. Rev.* 143.
- Faber (J.L.), « Culture in the Balance : Why Canada's Copyright Amendments Will Backfire on Canadian Culture by Paralyzing the Private Radio Industry » (1998) 8-2 *Ind. Int'l. & Comp. L. Rev.* 431.
- Farjat (G.), « Nouvelles technologies et droit économique » (1993) N° spécial *R.I.D.A.* 164.
- Fewer (D.), « A Sui Generis Right to Data ? : A Canadian Position » (1998) 30 *Can. Bus. L. J.* 165.
- Ficsor (M.), « Copyright for the Digital Era : The WIPO "Internet" Treaties » (1997) 21 *Colum.-VLA J.L. & the Arts* 197.
- Fishman (D.), « Copyright in a Digital World: Intellectual Property Rights in Cyberspace » in S.J. Drucker & G. Gumpert (éd.), *Real Law at Virtual Space: Communication Regulation in Cyberspace*, Cresskill, NJ, Hampton Press, 1999 à la p. 205.
- Français (J.-A.), « Le droit moral comparé : entre problématique moderne et classique » (2000) 12-2 *C.P.I.* 315.
- Gaubiac (Y.), « Une dimension nouvelle du droit d'auteur : l'Accord sur les aspects de droit de propriété intellectuelle qui touchent au commerce de l'Accord de Marrakech instituant l'OMC » (avril 1995) *R.I.D.A.* 3.
- Gaudrat (P.), « Forme numérique et propriété intellectuelle » (2000) 53-4 *R.T.D. com* 910.
- Geist (A.), « IcraveTV and the New Rules of Internet Broadcasting » (2000) 23 *U. Ark. Little Rock L. Rev.* 223.
- Gendreau (Y.), « A Canadian Retransmission Right: A Reality at Last » (1988/89) 5 *I.P.J.* 397.
- Gendreau (Y.), « La nature du droit d'auteur selon le nouveau Code civil » (1993) 27 *R.J.T.* 98.
- Gendreau (Y.), « Le critère fixation en droit d'auteur » (1994) 159 *R.I.D.A.* 111.
- Gendreau (Y.), « Nouveau visage pour la Loi canadienne sur le droit d'auteur » (1997) 76 *Rev.Bar.Can.* 384.
- Gendreau (Y.), « A Technologically Neutral Solution for the Internet : Is It Wishful Thinking? » (2000) 133 *Développements récents en droit du divertissement* 17.

- Gendreau (Y.), « La civilisation du droit d'auteur au Canada » (2000) 1 *R.I.D.C.* 101.
- Gerber (D.), « Intellectual Property Rights, Economic Power and Global Technological Integration », in *Public Policy and Global Technological Integration*, F.M. Abott, D.J. Gerber (eds.), Kluwer Law Int'l, 1997.
- Gertz (R.H.), « Radio Internet Streaming and the DMCA » (2000) 2-4 *E-commerce L. Rep.* 8.
- Gilker (S.), « Une nouvelle loi sur les droits d'auteur : 19504 jours et 19 études plus tard » (1988) 1 *C.P.I.* 31.
- Gitlin (P.), « Radio Infringement of Music Copyright » (1939) 1 *ASCAP Copyright Law Symposium in* (1998) 46-1 *J. Copyright Society of the USA* 7.
- Godard (F.), « Canada, construction et limites du nationalisme audiovisuel » (1995) 47 *Angle Droit* 13.
- Gross (J.), « Transborder Retransmission of T.V. Signals : A New Copyright Problem » (1985) 11 *Rutgers Computer & Tech. L. J.* 93
- Handa (S.), « Copyright Protection of Electronic Databases » (1997) 22 *Ann. Air & Space L.* (Part I) 609.
- Hayhurst (W.L.), « Audiovisual Productions: Some Copyright Aspects » (1994) 8 *I.P.J.* 319.
- Hayhurst (W.L.), « Intellectual Property Law in Canada: The British Tradition, the American Influence and the French Factor » (1996) 10 *I.P.J.* 265.
- Heppler (W.R.), « The 1992 Cable Act: Rate Regulation, Must Carry & Retransmission Consent » (1994) 380 *PLI/Pat* 269
- Hettinger (E.C.), « Justifying Intellectual Property », in *Intellectual Property – Moral, Legal and International Dilemmas*, Adam D. Moore (ed.), Rowman & Littlefield, 1997.
- Hétu (M.), « Canada Updates Copyright Acts to Cover Cable and Satellite Retransmissions of Programming » (1989) 11-2 *Comm. & the Law* 25.
- Howard (J.), « Congress Errs in Deregulating Broadcast Ownership Caps: More Monopolies, Less Localism, Decreased Diversity and Violations of Equal Protection » (1997) 5 *CommLaw Conspectus* 269.
- Hsieh Fan (B.), « When Channel Surfers Flip to the Web : Copyright Liability for Internet Broadcasting » (2000) 52-3 *Fed. Comm. L. J.* 619.
- Intven (H.G.), « Révision judiciaire de la première décision de la Commission du droit d'auteur en matière de droits de retransmission » (1992) 4-2 *C.P.I.* 245.
- Janssens (M.-C.), « The notion of work and its place in the massive flow of information » in A.L.A.I., *Droits d'auteur et connexes et convergence des médias dans le contexte numérique*, Journées d'études nordiques du 18 au 20 juin 2000, Stockholm, Suède à la p. 87.
- Jassem (H.), « Different Strokes for Different Folks: The Intersection of Regulatory Principles and Technology », in S.J. Drucker & G. Gumpert (éd.), *Real Law at Virtual*

Space: Communication Regulation in Cyberspace, Cresskill, NJ, Hampton Press, 1999 aux pp. 31-49.

Kane (T.G.), Blakey (J.A.), « Canada's Communications Regulator Will Not Regulate the Internet » (1999) 34 *The Canadian Law Newsletter* 5.

Katz (Y.), « The diminishing role of governments in cable policy » (2000) 38 *European Journal of Political Research* 288

Kéréver (A.), « Le droit public de radiodiffusion en France » in A.L.A.I, *La télévision par câble – Aspects du droit des médias et du droit d'auteur*, Paris, A.L.A.I, 1983 à la p. 305.

Kéréver (A.), « Un aspect de la loi du 3 juillet 1985 : la modernisation de la loi du 11 mars 1957 » (1986) 127 *R.I.D.A.* 17.

Kéréver (A.), « Le GATT et le droit d'auteur international – L'accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce » (1994) 47 *R.T.D.com.* 629.

Kéréver, « Réflexions sur la directive du conseil 93/83/CEE du 27 septembre 1993 relative à la coordination de certaines règles de droit d'auteur et des droits voisins du droit d'auteur applicables à la radiodiffusion par satellite et à la retransmission par câble » (1994) 4 *R.D. I. T.* 67.

Kéréver (A.), « La problématique de l'adaptation du droit de reproduction et du droit de représentation publique dans l'environnement numérique multimédia » (1997) 31-2 *Bull. Droit d'auteur* 4.

Kéréver (A.), « Les nouveaux traités de l'OMPI : Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur et Traité de l'OMPI sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes » (1998) 32-2 *Bull. Droit d'auteur* 3.

Knopf (H.P.), « The Database Dilemma in Canada: Is 'Ultra' Copyright Required ? » (1999) 48 *U.N.B.L.J.* 163.

Knopf (H.P.), « Copyright and the Internet in Canada and Beyond: Convergence, Vision and Division » (2000) 6 *E.I.P.R.* 262.

Kozamernik (F.), « Webcasting – The Broadcaster's Perspective » (2000) 282 *EBU Technical Rev.*, www.ebu.ch/trev_home.html (accédé le 14 août 2001).

Ladd (D.), « Pavane pour l'imprimerie défunte ou comment adapter le droit d'auteur aux télétechnologies », in A.L.A.I, *La télévision par câble – Aspects du droit des médias et du droit d'auteur*, Paris, A.L.A.I, 1983 à la p. 377.

Lang (J.), « La loi du 3 juillet 1985 » (1986) 127 *R.I.D.A.* 7.

Laven (P.A.), « Predicting the Future of Broadcasting » (Summer 1998) *EBU Technical Rev.*, www.ebu.ch/treu_home.html (accédé le 14 août 2001).

Leeper (S.E.), « The Game of Radiopoly: An Antitrust Perspective of Consolidation in the Radio Industry » (2000) 52 *Fed. Comm. L. J.* 473

Lubinsky (C.), « Reconsidering Retransmission Consent: An Examination of the Retransmission Consent Provision (47 U.S.C. § 325(b)) of the 1992 Cable Act », (1996) 49 *Fed. Comm. L. J.* 99.

- Lung (A.N.), « Must-Carry Rules in the Transition to Digital Television: A Delicate Constitutional Balance » (2000) 22 *Cardozo L. Rev.* 151.
- Mallet-Poujol, « Appropriation de l'information : l'éternelle chimère » (1997) 38^e *Cahier D. Chro.* 330.
- Mackaay (E.), « Les biens informationnels » in *Ordre juridique et ordre technologique*, Paris, C.N.R.S., 1986 à la p. 134.
- McLeod (M.E.), « What All Practitioners should Know about Bill C-32 » (March 1999) 88 *Copyright World* 22.
- Meyer-Heine (A.), « Les droits d'auteur et les droits voisins en matière de radiodiffusion télévisuelle : analyse critique des instruments juridiques européens » (1995/5) 122 *Légipresse VI* 51.
- Mosteshar (S.), « Cable and Broadcast Copyright: Some European Alternatives » (1989) 11-2 *Comm. & the Law* 45.
- Murphy (P.), « Retransmission Consent: A Mixed Signal for Copyright » (1993) 17 *Colum.-VLA J.L. & Arts* 237.
- Nabhan (V.), « Coup d'œil sur les modifications à la loi sur le droit d'auteur au Canada » (1989) 142 *R.I.D.A.* 175.
- Nimmer (D.), « International Trade Aspects of Intellectual Property » (1995) 15 *Loyola L. A. Entert. L. J.* 136.
- O'Connor (M.J.), « Squeezing into Traditional Frames : Intellectual Property Law in the Shadow of the Information Society » (1998) 12 *I.P.J.* 285.
- Olson (T.P.), « The Iron Law of Consensus: Congressional Responses to Proposed Copyright Reform since the 1909 Act », (1989/90) 37 *J. Copr. Soc'y* 109.
- Ost (F.), « Entre ordre et désordre : le jeu du droit. Discussion du paradigme autopoïétique appliqué au droit » (1986) 31 *Archives de philosophie du droit* Page 133.
- Papathanassopoulos (S.), « Les éditeurs de presse et le nouveau paysage audiovisuel européen : l'épineuse question de la concentration et de la propriété multimédia » (1990) 70-5 *Revue de l'UER* 19.
- Redler (E.) et Scapillati (T.), « A Summary of the Canadian Retransmission Rights Regime », www.cbra.ca/retrans.html (accédé le 10 juillet 2001).
- Reichman (J.H.), « Universal Minimum Standards of Intellectual Property Protection under the TRIPS Component of the WTO Agreement » (1995) 29-2 *Int'l Law* 345.
- Reinbothe (J.), Martin-Prat (M), Von Lewinski (S), « The New WIPO Treaties : A First Résumé » (1997) 4 *E.I.P.R.* 171.
- Rodrigues (C.), « L'impact de la technologie numérique sur l'exercice et la gestion collective des droits voisins dans le cadre de la Convention de Rome » (1997) 31 *Bull. du droit d'auteur* 16.
- Roof (E.D.), Trauth (D.M.) & Huffman (J.L.), « Structural Regulation of Cable Television: A Formula for Diversity » (1993) 15-2 *Comm. & the Law* 43.

Rumphorst (W.), « Le droit voisin des organismes de radiodiffusion » (1997) 31-2 *Bull. du droit d'auteur* 45.

Rumphorst (W.), « Un point de vue sur la radiodiffusion de service public : des malentendus persistants » (1999) 1 *R.I.D.E.* 31.

Samuelson (P.), « Is Information Property ? » (1991) 34-3 *Communications of the ACM* 15.

Segal (G.J.), « Computer Databases: Domestic Protection and International Trade: A Look at American and European Issues with a Focus on Emerging Canadian Law: Télé-direct, Hagar, Ital-Press and Privacy Legislation » (1999) 13 *I.P.J.* 305.

Simmons (C.L.), « Digital Distribution of Entertainment Content... The Battle Lines are Drawn » (2000) 33-AUG *Md. B.J.* 31

Spurgeon (C.P.), « Chronique du Canada » (2000) 185 *R.I.D.A.* 194..

Sterling (J.A.L.), « Creator's Right and the Bridge Between Author's Right and Copyright » (1998) 26 *IIC* 302.

Strowel (A.), « Droit d'auteur and Copyright : Between History and Nature » in B. Sherman & A. Strowel, dir., *Of Authors and Origins*, Oxford, Clarendon Press, 1994 à la p. 235.

Vandoren (P.), « Droit d'auteur et droits voisins dans la société de l'information » in *Congrès ALAI 17-22 sept. 1995*, p.361.

Vaver (D.), « Copyright in Canada : The New Millenium » (1997) 12 *I.P.J.* 117.

Wong (H.), « Webcaching Via Satellite : Internet Highway or Copyright Infringement? » (1998) 20 *Comm. & the Law* 63.