

Vol. 26, n° 2

**Quel est le sens du droit d'exécuter
ou représenter une œuvre
« en public » ?**

René Pepin*

1. INTRODUCTION.....	629
2. AU CANADA.....	631
3. EN ANGLETERRE.....	636
4. EN AUSTRALIE.....	643
5. AUX ÉTATS-UNIS.....	647
6. CONCLUSION.....	652

© René Pepin, 2014.

* Professeur, faculté de droit, Université de Sherbrooke.

[Note de la rédaction : cet article a été soumis à une évaluation à double anonymat.]

« The words “in public” are not capable of precise definition »¹

1. INTRODUCTION

L'article 3 de la *Loi sur le droit d'auteur*² énumère les droits exclusifs reconnus aux créateurs. Le premier, et le plus important, est celui de reproduire des exemplaires additionnels de l'œuvre. Le deuxième est celui d'exécuter ou de représenter l'œuvre « en public ». À première vue, cette expression ne semble pas poser problème. On devine que ce droit est inclus dans la loi parce que les compositeurs de musique ne sont pas intéressés simplement par la vente de partitions. Ils veulent que leurs créations soient jouées par des musiciens, entendues par un public, et qu'ils soient rémunérés pour cela. De même pour un auteur de pièce de théâtre. Il a tout intérêt à ce que sa pièce soit jouée. Il ne veut pas se contenter de vendre des livres contenant le texte des répliques.

Mais on peut deviner que l'expression *en public* peut receler des difficultés. Il y a certes des situations où aucun problème ne se pose. Une pièce jouée dans un théâtre où le public a payé un droit d'entrée a certainement été exécutée en public. À l'opposé, une pièce musicale jouée par des enfants, à la maison, devant leurs parents, a sûrement un caractère privé. Mais, entre les deux, il y a une zone d'ombre assez importante. Les auteurs s'accordent, globalement, pour dire que l'expression *en public* vise un endroit où le public en général peut se présenter, sans avoir besoin d'une invitation spécifique. Ainsi sont considérés des endroits publics les restaurants, les brasseries, les lobbys d'hôtels, les gares, les centres commerciaux, et les divers

-
1. Harold G. Fox, *Canadian Law of Copyright and Industrial Designs*, 2^e éd., (Toronto, Carswell, 1967), à la p 390. Pour une version plus récente du même constat, voir Makeen Foad Makeen, *Copyright in a Global Information Society: the Scope of Copyright Protection under International, US, UK and French Law*, (LaHaye, Kluwer, 2000), à la p 148 : « no problem in contemporary copyright law appears to have been debated more extensively or intensely ».
 2. LRC 1985, ch C-42, ci-après la LDA.

lieux de divertissement comme les clubs, discothèques, etc. Par contre, une personne qui invite des amis chez elle pour voir à la télévision un match de boxe de championnat ne pourra pas être accusée de les avoir conviés à une représentation *en public* du match.

C'est le sens de cette notion de représentation ou d'exécution *en public* que nous voulons cerner. Il est vrai que ce n'est pas la question qui fait le plus les manchettes. On traite bien plus ces dernières années de la notion de « communication au public » d'une œuvre, comme prévu à l'alinéa 3(1)f) de la loi. Mais nous estimons qu'il est encore valable de se pencher sur le sens des mots « en public » et ce, pour deux raisons. La première est qu'il y a encore des situations où il est important de déterminer si la loi exonère les gens concernés du paiement des droits d'auteur. Prenons quelques exemples. On a mentionné qu'une exécution ne sera pas considérée faite en public lorsqu'elle a lieu devant un groupe de personnes invitées à titre personnel. Si c'est exact, cela a pour conséquence qu'à l'occasion d'une réception de mariage, devant un groupe de 400 personnes invitées par les futurs mariés, on peut engager un orchestre et lui demander de jouer n'importe quelle pièce musicale sans se préoccuper d'acquitter des droits d'auteur. Leur exécution aura été faite *en privé*. À l'opposé, imaginons la salle d'attente d'un dentiste, où on ne trouve pas plus de trois ou quatre personnes. Supposons qu'on y fasse jouer des disques³ de musique relaxante. Devra-t-on considérer que la musique entendue par les clients est exécutée *en public* vu que toute personne qui a pris rendez-vous peut se présenter à cet endroit ? Si c'est la règle qui s'applique, cela semble à tout le moins créer une situation fort inéquitable pour les détenteurs de droits d'auteur.

Le second intérêt est que notre examen nous fera vérifier, encore une fois, que dans les cas où la loi ne définit pas un terme et que les juges sont laissés à eux-mêmes pour l'interpréter, tout ce à quoi on peut logiquement penser comme critère applicable va trouver écho en jurisprudence. Et ce, malgré l'aide que sont censées apporter les lois d'interprétation ou les études de méthodologie juridique. Ainsi, on verra que les tribunaux ont considéré tour à tour que le critère pour départager ce qui est une exécution en public et ce qui ne l'est pas est tantôt la nature du lieu où l'œuvre est représentée, ou la nature de l'auditoire, ou le nombre de personnes dans l'auditoire, ou le but de la loi, ou le lien juridique qui existe entre l'auditoire et les exécutants d'une œuvre, ou entre l'auditoire et le créateur de l'œuvre, etc.

3. Nous disons bien « des disques », car si une œuvre est entendue à la radio, il n'y a plus de problème. Le paragraphe 69(2) de la LDA prévoit depuis 1938 une exonération pour le fait de faire fonctionner un appareil radio en public.

2. AU CANADA

Au Canada, notre première loi « moderne » sur le droit d'auteur, adoptée en 1921⁴, prévoyait déjà, à son article 3, le droit exclusif des créateurs de reproduire leur œuvre, et celui de l'exécuter ou de la représenter *en public*. Cette expression n'a jamais été définie, cependant, ce qui a fait dire à Harold Fox qu'il s'agit d'une question de droit et de fait. Une question de droit, parce que les juristes auront à élaborer un ou des critères pour la préciser, et une question de fait pour déterminer ensuite si la situation factuelle en jeu rencontre ces critères⁵. On peut mentionner aussi que la loi définit, à l'article 2, les mots *représentation et exécution*. On y précise qu'il s'agit de toute représentation sonore ou visuelle d'une œuvre, y inclus une représentation faite à l'aide d'un appareil mécanique, ou d'une radio ou d'un appareil de télévision. On voit donc que le fait qu'une exécution ait lieu *en public* n'a rien à voir avec le fait qu'une pièce musicale ou de théâtre soit jouée par des interprètes en chair et en os, ou soit entendue à la radio, ou soit contenue sur un disque. L'article 2.3, pour sa part, établit en quelque sorte une distinction entre une exécution *en public* d'une œuvre et sa communication *au public*. Il a été adopté pour viser, entre autres, les entreprises de télévision par câble. Il prévoit que le seul fait de communiquer au public par télécommunication une œuvre ne signifie pas pour autant qu'elle a été représentée ou exécutée en public.

En jurisprudence, à la différence de l'Angleterre⁶, il semble y avoir eu relativement peu de cas où l'expression « en public » a été considérée. Une première décision pertinente a été rendue en 1935 par la Cour supérieure du Québec dans l'affaire *Ford Hotel*⁷. Les faits sont simples. Un orchestre a exécuté des pièces musicales dans une salle de l'hôtel Mount Royal. La station de radio CKAC a eu la permission de reproduire en ondes cette représentation. L'hôtel Ford, situé aussi à Montréal, avait installé sur le toit de son immeuble une antenne réceptrice, qui pouvait relayer le signal émis par les différentes stations de radio⁸ jusque dans le lobby de l'hôtel, dans le restaurant, et dans les chambres des clients. La principale question

4. *Loi sur le droit d'auteur*, 11-12 Geo V, c 24.

5. Voir *supra*, note 1, à la p 390. C'est aussi l'opinion de John S. McKeown, *Fox Canadian Law of Copyright and Industrial Designs*, 3^e éd., (Toronto, Carswell, 2000), à la p 479 : « The question must involve both law and fact ».

6. Probablement parce que nous n'avons pas une loi sur le droit d'auteur dont on a fêté le tricentenaire en 2010. Voir le Statute of Anne, 8 Anne, c 19 (1710).

7. *Canadian Performing Right Society c Ford Hotel* (1935), 2 DLR 391 (QCCS).

8. N'oublions pas que la télévision n'est arrivée au Canada qu'à l'automne de l'année 1952.

qui s'est posée était de savoir s'il y avait eu une seule exécution ou représentation des œuvres, à l'hôtel Mount Royal, ou si par la magie des ondes on devait considérer qu'il y avait aussi eu représentation ailleurs. On connaît la réponse aujourd'hui à cette question. Mais il fallait aussi déterminer s'il y avait eu représentation *en public*. Le juge Mackinnon s'est appuyé sur une décision américaine qui avait eu à trancher cette question en 1917. Il a conclu qu'il y avait exécution en public des œuvres musicales aux endroits dans l'hôtel où le public a accès librement, soit le lobby et le restaurant. Mais il n'y avait pas d'exécution *en public* dans les chambres des clients. Et il importait peu que la représentation soit faite dans un but de profit ou non, ni que les clients aient ou non déboursé une somme d'argent pour entendre la musique. On a rejeté l'argument à l'effet que l'hôtel ne pouvait savoir à l'avance que la station de radio allait diffuser une œuvre protégée par la loi⁹.

Il a fallu attendre ensuite presque 20 ans pour voir la Cour de l'Échiquier se pencher sur cette question, dans la fameuse décision *Canadian Admiral*¹⁰. Cette affaire est normalement très bien connue par toute personne intéressée par le domaine du droit d'auteur. C'est elle qui a tranché la question de savoir si les compagnies de télévision par câble doivent payer des droits d'auteur. Nous pouvons donc en rappeler rapidement les faits. La demanderesse, fabricant d'appareils de télévision, avait conclu une entente avec Radio-Canada et le club de football Les Alouettes de Montréal. Un certain nombre de matchs joués à domicile étaient ainsi radiodiffusés, ce qui devait convaincre les gens de l'intérêt de se procurer un appareil de télévision. La compagnie défenderesse était une compagnie de télévision par câble. Elle a reproduit pour ses abonnés, comme le fait toute entreprise de câble, les signaux émis par les stations de radio ou de télévision que son antenne réceptrice pouvait capter. La question qui s'est posée était de savoir si elle avait violé les droits d'auteur de la demanderesse. Le juge Cameron est arrivé à la conclusion que non, parce qu'il n'y avait pas d'œuvre : ce qui se déroule sur le terrain n'est le fruit du travail intellectuel de personne, et il n'y avait pas eu d'enregistrement des matchs à domicile¹¹. Mais il a tout de même étudié les autres questions posées, notamment de savoir si la compagnie de câble avait retransmis ou exécuté l'œuvre¹². Il a conclu que oui, mais la loi n'avait pas été enfreinte, parce que cela n'avait pas été fait *en public*.

9. C'est suite à cette décision que des pressions ont été faites sur le gouvernement fédéral pour que la loi soit modifiée. Ce qui a amené à l'adoption de ce qui est maintenant le paragraphe 69(2).

10. *Canadian Admiral c Rediffusion*, [1954] RCÉ 382.

11. *Ibid.*, aux p 393-397.

12. *Ibid.*, à la p 401 *in fine*.

Sur ce point, il a estimé, après consultation de la jurisprudence britannique, que le critère applicable était la nature de l'auditoire¹³. Comme chaque abonné du câble regardait l'émission dans l'intimité de son foyer, on ne pouvait parler d'exécution *en public*. Il a rejeté l'argument de la demanderesse selon lequel une émission qui peut être vue par des milliers de personnes devait être considérée avoir été représentée *en public*. Selon lui, la nature de l'auditoire n'en est pas changée : il reste *privé* ou *domestique*¹⁴. Il n'y avait eu, en fin de compte, exécution en public qu'à un seul endroit : sur la rue Berri, à Montréal, où la compagnie Rediffusion avait pignon sur rue et où elle avait installé des téléviseurs dans une vitrine. À cet endroit, toute personne qui déambulait sur la rue pouvait, sans invitation particulière, s'arrêter et voir le déroulement de l'action au match de football.

On voit donc que le critère de la nature de l'auditoire a été déterminant dans la décision *Canadian Admiral*. Mais cela ne règle pas tout, parce que la question posée était assez circonscrite. Il fallait seulement déterminer si on pouvait considérer que le fait que plusieurs abonnés du câble puissent voir la même émission de télévision faisait qu'on excédait ce qui est considéré faire partie du cadre *domestique* ou *privé*. Cela ne nous dit rien quant au sort des autres hypothèses que nous avons mentionnées en introduction. Quoi qu'il en soit, la question est revenue devant les tribunaux au début des années 1990 dans une affaire opposant l'Association des entreprises de câble d'une part, et la Commission du droit d'auteur et la CAPAC¹⁵ d'autre part. La division de première instance de la Cour fédérale a rendu sa décision en 1991¹⁶. La question était de savoir si les compagnies de télévision par câble devaient payer un tarif lorsqu'elles transmettent à leurs clients tout ce qui fait partie des « services autres que de radiodiffusion ». C'est-à-dire tout ce qui n'est pas un signal émis par ondes hertziennes par une station de radio ou de télévision, et capté par la « tête de ligne » de la compagnie de câble. On pense alors aux canaux spécialisés, tels MuchMusic ou Arts and Entertainment.

La demanderesse prétendait qu'aucun tarif ne pouvait être adopté par la Commission à ce sujet, notamment parce qu'elle ne pouvait trancher des questions de droit. En ce qui nous concerne plus précisément, on a soulevé que ce qu'une compagnie de câble fait n'est pas visé par l'alinéa 3(1)f) de la loi. Elle ne se trouve pas à *commu-*

13. *Ibid.*, à la p 404 *in fine*.

14. *Ibid.*, à la p 408.

15. Pour Composers, Authors and Publishers Association of Canada.

16. *Association canadienne de télévision par câble c Canada (Commission du droit d'auteur)* (1991), 34 CPR (3d) 521 (CFPI).

niquer au public par télécommunications des œuvres. Parce que ce qui rend la musique audible est l'appareil de télévision se trouvant chez l'abonné, qui a été mis en position de marche par celui-ci. Le juge Strayer a rejeté cet argument en disant qu'on ne peut ignorer la réalité contemporaine¹⁷. Selon lui, « ...il est tout à fait concevable que l'on puisse communiquer au public au moyen d'une série de communications individuelles simultanées à de nombreuses personnes dans des sites différents »¹⁸. Le juge traitait ici évidemment de l'application du concept *communiquer au public*. Mais ses propos sont notables, car ils nuancent ce qui a été dit par la Cour de l'Échiquier dans l'affaire *Canadian Admiral*. Il a traité spécifiquement ensuite de la portée du paragraphe 3(1) de la loi, donnant aux créateurs le droit exclusif d'exécuter leurs œuvres *en public*. L'argument de la demanderesse ici était à l'effet que ses membres ne font que transmettre des ondes électromagnétiques. Elles ne font pas de reproduction sonore des œuvres. Cet argument a été rejeté. Même si on admet que c'est l'abonné qui, techniquement, en faisant fonctionner son appareil, se trouve à exécuter l'œuvre, il reste qu'à tout le moins, l'entreprise de télévision par câble l'a autorisé à poser ce geste. Restait à déterminer s'il y avait exécution *en public*. Ici le juge Strayer s'est contenté d'écrire que la jurisprudence était claire à l'effet que des appareils de radio ou de télévision peuvent être placés dans des endroits publics, et dans ces cas il est sûrement question d'exécutions *en public* des œuvres. La Commission du droit d'auteur pouvait donc établir un tarif, au minimum, pour viser de tels cas¹⁹.

Cette décision a été portée en appel, et la décision de la Cour fédérale d'appel a été rendue en 1993²⁰. La décision du juge Strayer a été infirmée en ce qui concerne le sens de l'alinéa 3(1)f) de la loi. Le juge Létourneau a plutôt réaffirmé la position de la Cour suprême en 1968 dans l'affaire *CAPAC*²¹. Dans cette dernière affaire, il s'agissait de déterminer si un tarif est applicable lorsqu'une station de télévision, qui est à la tête d'un réseau, envoie à ses affiliées des émissions. Devait-on dire qu'il y avait deux transmissions, l'une entre la station-mère et ses affiliées, et une autre entre la station locale et les auditeurs ? Le juge Pigeon, en appliquant à la lettre la définition d'« œuvre musicale » qui se trouvait alors dans la loi²², a déterminé

17. *Ibid*, au para 24.

18. *Ibid*

19. *Ibid*, au para 31.

20. [1993] 2 CF 138, 46 CPR (3d) 138 (CAF).

21. *CAPAC v CTV Television Network Ltd*, [1968] RCS 676.

22. De 1921 jusqu'en 1993, la définition d'« œuvre musicale » était ainsi formulée : « Toute combinaison de mélodie et d'harmonie, ou l'une ou l'autre, imprimée, manuscrite, ou d'autre façon produite ou reproduite graphiquement ».

que ce qui était transmis en l'occurrence était non pas une œuvre musicale, mais une exécution de l'œuvre²³ ! En effet, telle qu'alors définie, une œuvre musicale, devait être exprimée graphiquement, quelque chose sous forme manuscrite.

Sur la question de savoir si les œuvres transmises par les compagnies de câble sont exécutées *en public*, le juge s'est complètement dissocié de la décision *Admiral*. Il lui semblait qu'elle allait contre le sens commun. À son avis, lorsque, par exemple, le premier ministre du pays s'adresse à la nation dans un discours télévisé, on peut certainement dire qu'il apparaît *en public* et s'exécute *en public*²⁴. S'appuyant sur la jurisprudence britannique et australienne, il a conclu que sa position était plus réaliste et en lien avec les développements technologiques. Ainsi, dans une affaire *Messenger*, décidée en Angleterre en 1927²⁵, un opéra a été joué dans un petit studio, et retransmis à la radio. Il y a été jugé qu'il s'agissait d'une exécution *en public* de l'œuvre. Car on avait ainsi rejoint davantage de gens que si on les avait conviés à assister en personne à la représentation de l'opéra en question. Dans une affaire australienne de 1925²⁶, il a été décidé qu'une exécution est en public même lorsque les auditeurs ne sont pas assemblés au même endroit, ou ne peuvent communiquer entre eux, et une exécution n'est pas toujours *en privé* du seul fait que les auditeurs sont dans l'intimité de leur foyer. Cela devrait être, aux yeux du juge Létourneau, encore plus vrai lorsqu'il s'agit d'œuvres transmises à la télévision²⁷.

Ces propos, bien qu'intéressants, ne nous éclairent pas autant qu'on souhaiterait. D'abord, en ce qui concerne la décision australienne, il s'agissait uniquement de savoir si les émissions captées à la radio constituaient une exécution *en public* des œuvres. De plus, les propos du juge Létourneau traitent seulement de cette question de savoir si une émission de radio ou de télévision visionnée par les auditeurs chez eux doit être considérée avoir été représentée ou exécutée en public. Or on sait que cette question est considérée maintenant académique, parce que les émissions radiodiffusées sont visées par l'alinéa 3(1)f de la LDA. On peut donc simplement affirmer que le critère le plus utilisé par la jurisprudence canadienne pour déterminer ce qui constitue une représentation en public ou en privé est la nature de l'auditoire.

23. *Supra*, note 20, à la p 149.

24. *Ibid*, à la p 152.

25. *Messenger v BBC*, [1927] 2 KB 543.

26. *Chappell Co Ltd v Associated Radio Co of Australia Ltd*, [1925] VLR 350 (CF Austr.).

27. *Supra*, note 20, à la p 154.

Quelle est la position de la doctrine sur ce sujet ? Elle est assez peu loquace. Sunny Handa rapporte quelques cas traités en jurisprudence pour illustrer la différence entre une exécution en public ou en privé. Il affirme cependant, en citant l'arrêt de la Cour fédérale dont nous venons de traiter, qu'une émission de radio ou télévision captée par les abonnés au câble et écoutée dans leur foyer n'est pas exécutée en public²⁸. David Vaver, pour sa part, estime que le critère le plus important pour départager les exécutions dites en public ou en privé est la nature de l'auditoire²⁹. À son avis, constitue une exécution en privé tout ce qui ne dépasse pas le cadre de la famille ou des amis. Cela couvrirait ainsi les salles réservées pour des réceptions privées, comme un mariage ou une bat mitzvah. Constituerait une représentation en public la musique entendue dans des clubs réservés aux membres, qui peuvent avoir des invités, celle entendue dans des usines, des ascenseurs, des magasins de disques. Mais il admet que « Gray areas abound »³⁰. Enfin, David McKeown écrit que le critère de la nature de l'auditoire est le plus important, mais pas le seul³¹. Il se dit d'accord avec la proposition suivante : est *en public* tout ce qui est fait ouvertement, au su et au vu de tous. Il propose aussi comme critère le lien qui peut exister entre l'auditoire et le détenteur des droits d'auteur. Il faudrait se demander si l'auditoire en cause est celui que le créateur de l'œuvre cherche à rejoindre³². Pour le reste, il fait une revue de la jurisprudence britannique. C'est ce que nous allons faire nous aussi, car la plupart des auteurs en droit canadien s'appuient sur la jurisprudence de l'Angleterre pour appuyer leurs dires.

3. EN ANGLETERRE

En Angleterre, la *Dramatic Copyright Act* de 1833³³ ne contenait pas l'expression *in public*. Elle mentionnait seulement le droit exclusif des créateurs de représenter leur œuvre *in any place of dramatic entertainment*. Il faudra donc regarder avec un certain recul la première décision des tribunaux sur le sujet. Précisons que c'est en 1842³⁴ que les protections de la loi de 1833 ont été étendues aux

28. Sunny Handa, *Copyright Law in Canada*, (Toronto, Butterworths, 2001), à la p 198. Il estime que la décision en première instance a été totalement confirmée en appel. Voir la note de bas de page 457.

29. David Vaver, *Intellectual Property Law*, (Toronto, Irwin Law, 2010), à la p 170.

30. *Ibid*, à la p 171.

31. John S. McKeown, *supra*, note 5, à la p 479.

32. *Ibid*, aux p 479-480. C'est aussi un critère que proposait Harold G. Fox, *supra*, note 1, aux p 392-393.

33. 3 & 4 Will 4, c 15, art 1.

34. 5 & 6 Vict, c 45.

compositions musicales. Et ce n'est que lors de la grande refonte de 1911³⁵ que l'expression *in public* est apparue.

La toute première décision est vite devenue un incontournable, en ce sens que toutes les suivantes la mentionnent, et tous les auteurs de doctrine en traitent. Elle a été rendue en 1884 dans l'affaire *Duck c Bates*³⁶, par la Court of Appeals. Les faits sont très simples. Une représentation théâtrale a été donnée à quelques reprises dans un hôpital, à l'intention du personnel et des étudiants en médecine. Environ 200 personnes ont assisté aux représentations, de même que quelques invités. Il n'y avait pas de frais d'admission à acquitter. La question posée, évidemment, était de savoir si la loi de 1833 avait été respectée ou non. Trois juges ont rendu la décision. Le premier, le juge Brett, est celui qui nous semble avoir fourni les motifs les plus originaux. Il nous semble même avoir fait preuve de prescience. Une première question dont il a traité était de savoir si les termes utilisés dans la loi, *in any place of dramatic entertainment* signifiaient qu'elle s'applique seulement aux endroits spécifiquement réservés aux représentations théâtrales. À son avis, non³⁷, car cela aurait permis facilement à des personnes malhonnêtes d'éviter l'application de la loi. À son avis aussi, il fallait surtout considérer l'objectif de la loi, c'est-à-dire protéger les droits des créateurs. C'est de ce point de vue qu'il faut considérer si la loi a été violée. Il faut se demander si l'auditoire en question est composé des personnes qui auraient normalement été intéressées à aller assister à une représentation de la pièce de théâtre. Si c'est le cas, la loi a été violée, car la représentation a été faite *en public*. En effet, le créateur de la pièce serait floué par le fait que ces personnes n'iront plus assister à une représentation de sa pièce, vu qu'elles l'auront déjà vue³⁸. Il n'est en conséquence pas déterminant de se demander si un prix d'entrée était exigé, ni de savoir si les acteurs ont été rémunérés. Par contre, une représentation dite *privée* n'aura pas d'impact financier négatif sur l'auteur de la pièce, de sorte qu'elle est exonérée³⁹. À son avis, le cas soumis était un cas limite, mais on pouvait considérer que les représentations avaient été faites *en privé* vu le lien quasi-familial unissant tout le personnel hospitalier.

Pour le second juge, le juge Bowen, il est important de considérer l'endroit où la pièce a été jouée, et si cela a été fait dans un but de profit. Dans le cas soumis, une salle dans l'hôpital n'est pas un

35. 1 & 2 Geo V, c 46, au para 1(2).

36. [1884] 13 QB 843.

37. *Ibid*, à la p 846.

38. *Ibid*, à la p 847.

39. *Ibid*, à la p 848.

endroit utilisé pour des représentations, et la pièce n'avait pas été jouée dans un but de lucre⁴⁰. Il n'y a donc pas eu violation de la loi.

Le juge Fry, lui, était dissident. À son avis, la loi visait tout endroit pouvant être utilisé à des fins de représentation ou d'exécution publique. De plus, il importe peu que la représentation ait été donnée gratuitement. Car alors une troupe d'amateurs pourrait donner plusieurs représentations, et priver l'auteur de la pièce de toute possibilité d'en tirer un profit financier⁴¹. Et puisque la loi n'exige pas spécifiquement que les exécutions soient données « en public », il pourra arriver que « there may be internal and domestic representations, which are well within the purview of the statute »⁴². Mais ces situations doivent rester exceptionnelles. Ce serait le cas, par exemple, pour une personne possédant une grande demeure de campagne, qui inviterait plusieurs amis ainsi que les domestiques de la maison à une représentation théâtrale donnée sur place. Tolérer davantage cependant priverait l'auteur de la pièce de sommes d'argent qui lui reviennent légitimement.

On retient de cette décision que deux critères ont été proposés : la nature de l'auditoire et le lien entre l'auditoire et le détenteur du droit d'auteur. Dans les décisions subséquentes, c'est principalement le critère de la nature de l'auditoire qui a été utilisé. Ainsi, en 1933 dans *P.R.O. v Hawthorns Hotel Ltd*⁴³, on a considéré que de la musique jouée dans le hall d'entrée d'un hôtel était une exécution en public. Car toute personne qui logeait à cet établissement et tous ceux et celles qui fréquentaient la salle à manger pouvaient entendre la musique. Il en fut de même en 1979 dans la décision *Harlequin*⁴⁴, concernant un magasin de disques. Il s'agissait d'un établissement typique, doté en plus d'un comptoir de vente de billets de spectacles. De la musique était diffusée en continu par des haut-parleurs. Ainsi, toute personne fréquentant l'établissement entendait les pièces musicales jouées. L'argument principal du défendeur était que la musique jouée ne l'était pas en public. Car il n'y avait en même temps dans le magasin que seulement une dizaine ou une quinzaine de personnes, et la musique diffusée leur permettait, en quelque sorte, de connaître le contenu des disques offerts en vente, et de se faire une idée à savoir si elles voulaient se procurer tel ou tel disque. Mais, aux yeux du juge Browne-Wilkinson, « It is established that in deciding whether a

40. *Ibid.*, aux p 849-850.

41. *Ibid.*, aux p 852-853.

42. *Ibid.*, aux p 853-854.

43. [1933] 1 Ch 855.

44. *Performing Right Society Ltd v Harlequin Record Shops Ltd*, [1979] 2 All ER 828 (Ch D).

performance is “in public” the character of the audience is the decisive factor »⁴⁵. À son avis, on ne pouvait ici conclure autrement qu'en disant que les pièces musicales étaient jouées en public. Car toute personne pouvait fréquenter le magasin, n'avait pas de frais à acquitter, et le fait de faire jouer des disques servait sûrement à augmenter les revenus du propriétaire de l'établissement. Cette façon de voir correspondrait aussi à ce que dicte le sens commun. Mais le juge a également utilisé le critère relatif aux intérêts économiques du détenteur des droits d'auteur. Il s'est demandé ce qui allait vraisemblablement arriver si les propriétaires de magasins de disques devaient payer des droits d'auteur. Vont-ils arrêter de faire jouer les disques qu'ils cherchent à vendre ? Les ventes vont-elles chuter ? Probablement pas. Les compositeurs seront alors doublement gagnants : ils vont recevoir des redevances pour la musique jouée en public, et les ventes de disques vont se maintenir au même niveau⁴⁶. Leurs intérêts économiques seront ainsi mieux protégés.

Un autre critère utilisé en jurisprudence pour départager les exécutions données en public ou en privé a été de savoir si la représentation était motivée par des considérations économiques⁴⁷. Ainsi, en 1926, dans l'affaire *Harms and Chappel*⁴⁸, une représentation théâtrale a été donnée à l'Embassy Club, à Londres, un club social comme il y en avait bien d'autres à l'époque. Tous ne pouvaient évidemment en faire partie. Les membres devaient payer des frais annuels, et à la fin de l'année, acquitter un montant lorsque les finances du club étaient déficitaires. La représentation a été donnée devant des membres du club, environ 150 à cette occasion, et une cinquantaine d'invités. Le juge Hanworth, l'un des magistrats qui ont rendu la décision, s'est déclaré d'accord avec tout ce qui avait été écrit par le juge Brett dans l'affaire *Bates*, et a cherché à appliquer au cas soumis les critères qu'il y avait identifiés, soit de savoir où la représentation a lieu, qui y a assisté, le nombre de personnes impliquées, et si les activités du défendeur étaient à caractère lucratif⁴⁹. En l'occurrence, les membres du club payaient un montant non négligeable pour devenir membre du club, ils avaient acquitté un droit d'entrée pour assister à la représentation et le club avait payé l'orchestre pour son travail. Les représentations données ont donc été exécutées *en public*.

45. *Ibid*, à la p 833.

46. *Ibid*, à la p 834.

47. C'est l'avis des auteurs Lionel Bentley et Brad Sherman dans leur traité *Intellectual Property Law*, (London, OUP, 2008), à la p 147.

48. *Harms and Chappel v Martans Club*, [1927] 1 Ch 526.

49. *Ibid*, aux p 533-534.

L'autre juge qui a fourni des motifs, le juge Sarjant, est arrivé à la même conclusion, mais en se basant davantage sur l'élément relatif à la protection des intérêts économiques des créateurs. À son avis aussi la décision *Bates* était correcte, mais traitait d'un cas limite⁵⁰ quand elle est arrivée à la conclusion que la représentation de la pièce de théâtre à l'hôpital était en privé. Ici la question était plus facile à résoudre. La représentation avait clairement eu lieu en public. Car les membres du club, en payant les frais exigés, avaient le privilège de se rendre fréquemment au club, où des soirées dansantes étaient organisées à chaque semaine et où des pièces de théâtre étaient représentées de temps à autre. Et ils pouvaient inviter des amis lors de ces occasions. À son avis cela ne créait pas une situation juridique différente du cas où le public intéressé paie à la pièce pour assister à des représentations musicales ou théâtrales⁵¹.

Enfin, un troisième critère utilisé en jurisprudence cherche à préserver le monopole du détenteur des droits d'auteur. Ce fut un motif important dans la décision *Jennings v Stephens*⁵², rendue en 1936. Les faits sont assez typiques, de sorte que la même problématique peut facilement se poser dans n'importe quel pays. Une pièce de théâtre a été jouée lors de la réunion mensuelle de la Duston Women's Institute. Le village de Duston est situé près de la ville de Northampton. L'association féminine locale comptait environ une centaine de membres. Toute femme intéressée pouvait en faire partie, en acquittant des droits annuels minimes. Il n'y a pas eu de frais à payer pour assister à la représentation, mais les dames membres avaient été averties de ne pas amener d'amies, pour qu'on soit certain que la représentation soit considérée *en privé*. Les acteurs étaient des membres d'un groupe social d'un village voisin, et n'ont pas été rémunérés.

Trois juges ont participé à la décision.

Le premier, Lord Wright, a écrit, après avoir fait une revue de la jurisprudence, que l'expression *en public* voulait évidemment signifier une partie du public en général. Elle ne pouvait viser toute la population du pays ou d'une grande ville. Pour le reste, il faut juger selon le contexte de l'affaire à trancher. Mais, selon lui, le critère déterminant ne peut être seulement le nombre de personnes qui assistent à une représentation. La présence ou non d'invités ne peut non plus être un facteur décisif, ni le fait que les acteurs ont été payés ou non, ni le fait qu'il y avait ou non un droit d'entrée à acquitter. À son avis,

50. *Ibid.*, aux p 535-536.

51. *Ibid.*, à la p 537.

52. [1936] 1 Ch 469 (CA).

« The true criterion seems to be the character of the audience »⁵³. En l'occurrence, la pièce avait été jouée *en public* parce que toute femme qui voulait y assister pouvait facilement le faire en devenant membre de l'association féminine⁵⁴. Mais il ajouta ensuite des motifs plus spécifiquement liés à la protection des intérêts économiques de l'auteur de la pièce de théâtre. À son avis, si le tribunal concluait que la pièce a été jouée en privé, ses droits ne seraient pas protégés parce qu'un grand nombre de personnes pourraient assister gratuitement à une représentation. La pièce perdrait son caractère de nouveauté, et moins de personnes seraient intéressées à se rendre dans un théâtre pour assister à une représentation⁵⁵.

Le juge Romer, pour sa part, a utilisé le critère de la nature de l'auditoire⁵⁶. La pièce jouée l'a été en public, car on dépassait le cadre du cercle familial. Il faut se demander dans ce cas si la personne qui est responsable du fait qu'une représentation soit donnée exerce un choix sur ceux et celles qui peuvent y assister⁵⁷. Les femmes membres du Duston Woven's Institute ne font tout simplement pas partie d'un cercle familial ou quasi-familial.

Le juge Greene s'est fondé uniquement sur le lien qu'il y a entre l'auditoire et le créateur de la pièce : « In the case of dramatic works it is, I think, particularly important to bear in mind the position of the owner of the copyright in relation to the audience »⁵⁸. Si la représentation, donnée par lui ou avec son consentement, en a été une devant un auditoire formant partie de son public cible, il importe peu alors que les acteurs aient joué pour leur propre plaisir et celui de leurs amis⁵⁹. La situation aurait été différente dans le cas où la pièce aurait été jouée dans une maison privée, devant les parents et amis des propriétaires. Dans ce cas, il s'agit d'une réunion d'intimes, pas de personnes susceptibles d'être intéressées à se déplacer pour assister à une représentation de la pièce⁶⁰.

La décision *Gillette Industries*⁶¹, en 1943, est allée dans le même sens. Il s'agissait d'émissions de radio de la BBC diffusées deux fois par jour, relayées par 33 haut-parleurs dans une usine d'environ 600 travailleurs. Les émissions, appelées « While You Work », visaient

53. *Ibid*, à la p 479.

54. *Ibid*

55. *Ibid*, à la p 480.

56. *Ibid*, à la p 482.

57. *Ibid*

58. *Ibid*, à la p 486.

59. *Ibid*

60. *Ibid*, aux p 487-488.

61. *Performing Right Society Ltd v Gillette Industries Ltd*, [1943] 1 All ER 228 (Ch.).

précisément ce public. Elles cherchaient à divertir les employés, tout en augmentant leur productivité. Le juge Bennett a rapidement conclu que, compte tenu des faits, il y avait exécution en public des œuvres⁶². Il a fait une revue de la jurisprudence, mais a admis qu'il était très difficile d'en dégager un seul grand principe applicable à tous les cas. Il ne pouvait pas formuler une seule règle générale pour départager les exécutions publiques de celles qui ne le sont pas⁶³. Mais, dans le cas soumis, il n'y avait pas lieu de faire de différence avec ce qui avait été dit dans l'affaire *Jennings*⁶⁴.

Enfin, une décision plus récente nous est venue d'Écosse, en 1973, concernant encore un club social, dans l'affaire des supporteurs du club de football appelé les « Rangers »⁶⁵. La décision a été rendue par trois juges, mais elle a été partagée. Les faits étaient les suivants. Le club en question était privé, c'est-à-dire réservé aux membres. Il comptait environ 300 adhérents, qui devaient acquitter une cotisation annuelle. Le club n'était pas à but lucratif. Il se finançait par la vente de billets de loteries, et la vente de boissons alcooliques lors de soirées dansantes au local du club. Chaque membre avait une clé d'accès pour ce local. Le club avait aussi pour fonction d'aider les membres dans leurs démarches de locations d'autobus pour aller assister aux matchs non joués à domicile. Lors d'une soirée typique dans le local du club, un petit groupe de trois musiciens a interprété quelques pièces musicales devant environ 150 personnes, dont 25 invités. La question était évidemment de savoir si des droits d'auteur auraient dû être acquittés.

Deux juges en sont arrivés à la conclusion que les exécutions des pièces musicales avaient été faites en public.

Ainsi, selon le juge Wheatley, l'élément le plus important à considérer est le but de la loi. Elle cherche à empêcher les tierces parties d'utiliser sans autorisation l'œuvre du créateur, à son détriment, au point de vue financier⁶⁶. Il faut donc limiter les exemptions aux cas où on peut parler de situation domestique ou quasi-domestique. Et ce qui explique ces cas est la nature du lien qui existe entre l'auditoire et le détenteur du droit d'auteur⁶⁷. Dans l'intimité du foyer, une représentation n'est pas donnée devant des personnes qui auraient

62. *Ibid.*, à la p 231.

63. *Ibid.*

64. *Ibid.*, à la p 232.

65. *Performing Right Society Ltd v Rangers F.C. Supporters Club*, [1975] RPC 626 (Court of Session).

66. *Ibid.*, à la p 634.

67. Le juge écrit, à la p 636 : « [...] the matter has to be tested by looking at the relation of the owner of the copyright to the audience... ».

normalement payé pour y assister⁶⁸. Le juge admet qu'il y a une zone grise assez importante entre ce qui constitue une exécution en public ou en privé. Mais dans le cas soumis, l'affaire ressemblait beaucoup à n'importe quel endroit de divertissement où le public est invité à se rendre. Les membres du club se trouvaient à profiter du fruit du travail intellectuel du compositeur, exactement comme cela aurait été le cas dans un endroit clairement reconnu comme *public*⁶⁹.

Pour sa part, Lord Milligan est arrivé à la même conclusion, en soulignant qu'il faut examiner la question du point de vue du créateur des pièces musicales. Il sait que lorsque ses disques sont achetés, ils vont évidemment être écoutés, mais il ne souhaite pas que cela dépasse le cercle familial⁷⁰.

Quant au juge Stott, il a été dissident. Il était bien d'accord pour affirmer qu'il faut interpréter les mots « en public » de façon à protéger autant que faire se peut les droits des auteurs. Mais il reste qu'un club est constitué de personnes qui veulent s'assembler privéement⁷¹. Dans le cas soumis, il fallait pour devenir membre que sa candidature soit acceptée, les soirées dansantes n'étaient pas publicisées, et les membres du club ne tiraient pas de bénéfice financier direct de ces activités. La situation aurait été différente, cependant, s'il s'était agi d'une association dont tout le monde peut faire partie en payant une cotisation annuelle, et dont l'intérêt principal était de se rendre à des spectacles ou soirées dansantes organisées régulièrement⁷². Il aurait décidé aussi dans le même sens si le critère à appliquer était non pas de savoir si une représentation est en public ou en privé, mais entre ce qui a un caractère domestique ou quasi-domestique. Il écrit : « I should regard such a purpose as falling within the quasi-domestic rather than the public category »⁷³.

4. EN AUSTRALIE

En Australie, le droit des créateurs d'exécuter ou représenter leurs œuvres en public était prévu dès le début du siècle dernier, dans la *Copyright Act* de 1905⁷⁴. Et la *Copyright Act* de 1912 a simplement prévu que la loi britannique adoptée l'année précédente s'appliquerait intégralement en Australie, sous réserve de modifications ultérieu-

68. *Ibid*

69. *Ibid*

70. *Ibid*, aux p 486-7.

71. *Ibid*, à la p 630.

72. *Ibid*

73. *Ibid*

74. L'article 12 prévoyait le « exclusive right to perform (a musical work) in public ».

res⁷⁵. Aujourd'hui, la dernière refonte est datée de 1988 et le droit qui nous intéresse est formulé à l'article 31⁷⁶. Le droit des producteurs de films ou de disques de faire voir ou entendre leurs œuvres en public est également prévu aux articles 84 et 85.

Quelques décisions ont été rendues au cours des ans qui méritent notre attention. Une première, de 1964, l'affaire *Canterbury-Bankstown*⁷⁷ concerne une situation très semblable à celle étudiée en Angleterre à propos des amateurs du club de football Rangers. Il s'agissait d'un club social, à caractère sportif. De façon régulière, les samedis soirs, étaient organisées des soirées dansantes, pour le bénéfice des membres et leurs invités. Le club engageait un orchestre, et aussi un maître de cérémonie qui avait carte blanche quant au déroulement des soirées, et du choix des pièces jouées par l'orchestre. Aucune somme n'avait été versée à titre de droit d'auteur. Dans le cas sous étude, il y avait entre trois et quatre cents personnes dans la salle de spectacles du club. Deux questions se sont posées. La première, de savoir jusqu'à quel point le club était responsable de violation de la loi parce qu'il aurait autorisé illégalement des gens à poser des gestes réservés au détenteur du droit d'auteur. L'autre, évidemment, était de déterminer, dans un premier temps, si les pièces musicales avaient été exécutées *en public*.

Deux juges ont fourni des motifs.

Le premier, le juge Ferguson, a fait une longue revue de la jurisprudence canadienne et britannique. Il a conclu qu'une représentation musicale donnée devant public doit être considérée avoir été faite *en public*, sauf exception, c'est-à-dire à moins qu'on montre qu'elle a un caractère domestique ou quasi-domestique⁷⁸. Et ici c'est l'étude du lien entre l'auditoire et le détenteur du droit d'auteur qui est l'élément qui doit être considéré. Dans le cas soumis, on ne pouvait absolument pas parler d'auditoire à caractère domestique. En fait, il s'agissait de toutes les personnes qui étaient devenues membres du club, en

75. Tel qu'expliqué par le juge Asprey dans *Australian Performing Right Association Ltd v Canterbury-Bankstown League Club Ltd* (1964), 5 FLR 415, 425.

76. *Copyright Act 1968*, (Cth) art 31(1)(a)(iii) : « For the purposes of this Act, unless the contrary intention appears, copyright, in relation to a work, is the exclusive right, in the case of a literary, dramatic or musical work, to do all or any of the following acts: [...] to perform the work in public ».

77. *Supra*, note 75. C'est une décision de la Supreme Court de la Nouvelle-Galles du Sud, donc de première instance, mais la demande d'en appeler à la High Court a été rejetée quelques mois plus tard. Pour une bonne étude générale du droit australien, voir Mark J. Davison, Ann L. Monotti et Leanne Wiseman, *Australian Intellectual Property Law*, (Londres, Cambridge University Press, 2012).

78. *Supra*, note 75, à la p 422.

payant une cotisation annuelle, et qui profitaient des avantages que cela leur procurait, notamment avoir accès à des soirées dansantes. Comme le dit le juge, cela est précisément le genre de public que le détenteur du droit d'auteur sur une pièce musicale vise. S'il fallait juger autrement, ce serait tourner le droit d'auteur en dérision, car tout club en Australie pourrait faire la promotion de concerts pour ses membres et leurs invités, et s'éviter de payer des droits d'auteur⁷⁹.

Le juge Asprey, pour sa part, a fait une étude de décisions britanniques dont nous avons traité, les affaires de l'*Embassy Club*, *Jennings v Stephens*, et la décision *Gillette*. Il en a conclu que, manifestement, dans le cas soumis, il y avait eu représentation en public. Ce qui lui a semblé déterminant est le fait qu'il était très facile de devenir membre du club, et qu'un des objets du club était de fournir des occasions de divertissement à ses membres⁸⁰. Pour que la situation soit différente, il aurait fallu une plus grande difficulté à devenir membre du club et qu'il y ait un dénominateur commun important à tous les adhérents, comme un lien familial ou qu'ils soient des adeptes d'un sport en particulier.

Une autre décision, à laquelle beaucoup d'arrêts ultérieurs réfèrent, a été rendue par la Cour fédérale en 1992 impliquant une succursale de la Banque d'Australie⁸¹. Il s'agissait d'une cassette vidéo destinée aux employés de la succursale, leur transmettant de l'information provenant du siège social de la banque. Onze personnes ont été conviées dans une salle, où elles l'ont visionnée. Personne n'a eu à payer pour cela, et personne n'était obligé d'assister à la représentation. La vidéo durait moins de 15 minutes. La difficulté, au point de vue juridique, est venue du fait que la cassette contenait de la musique, d'une durée de quelques minutes. Il s'agissait, ici aussi, de déterminer si la musique avait été exécutée *en public*. Le juge Gummow a rendu des motifs élaborés.

L'une de ses premières considérations est à l'effet que la loi sur le droit d'auteur doit être interprétée largement. Elle ne doit pas être vue comme une exception aux règles générales concernant le droit de propriété⁸². Il a ensuite étudié le texte de la Convention de Berne, traité que l'Angleterre a signé, et qui a inspiré les rédacteurs

79. *Ibid*

80. *Ibid*, aux p 428-429.

81. *Australasian Performing Right Association Ltd v Commonwealth Bank of Australia* (1993), 25 IPR 157 (CF Austr).

82. *Ibid*, à la p 160. Il écrit : « In construing the provisions of the 1968 Act, the High Court and House of Lords have had regards to what might be called general concepts of copyright law which involve looking beyond the universe of legal norms created by that statute. ».

de la loi britannique de 1911. Le texte de la convention prévoit que les auteurs d'œuvres musicales ont le droit exclusif d'autoriser une représentation ou exécution publique de leurs œuvres. Le texte ne définit pas ce qui est « en public » ni « en privé ». Il en résulte que la ligne de démarcation n'est pas facile à tracer. Mais le juge note que la disposition pertinente de la convention traite des droits économiques des créateurs. Ainsi, le droit d'exécution publique des œuvres doit avoir un lien avec la capacité du créateur d'autoriser des exécutions de ses œuvres devant « son » public, c'est-à-dire ceux et celles qui consentiraient à payer une certaine somme pour assister à une représentation. Ce qui fait dire au juge que l'expression « en privé » devrait viser seulement le cercle familial⁸³.

Il a ensuite traité du rapport du comité Gregory, qui s'était penché sur la question de la révision de la loi sur le droit d'auteur en Angleterre au début des années 1950. Après avoir étudié la jurisprudence d'alors, il a conclu « ...it seems to us wise to assume that unless a performance takes place in a purely domestic setting the probability is that it will be regarded by the courts as taking place in public »⁸⁴. Enfin, après une longue revue de la jurisprudence, en Australie et en Angleterre, il a conclu que dans le cas soumis, même si cela peut surprendre, il faut dire que l'exécution des pièces musicales contenues dans la cassette vidéo a été faite *en public*. Le juge Gummow note que le libellé de la loi australienne traite du droit *to perform the work in public*, et non *devant des membres du public* ni *devant un auditoire à caractère public* ni *devant le public en général*⁸⁵. Le juge a déjà écrit qu'il faut interpréter étroitement l'exception concernant les exécutions en privé. Il faut donc regarder la nature de l'auditoire en jeu, et se demander si les personnes concernées ont un lien commun qu'on pourrait appeler « domestique » ou « privé », ou s'il s'agit de gens dont le lien a rapport avec leur travail⁸⁶. À son avis, lorsqu'une exécution a lieu et a un lien avec une activité commerciale, il faudra presque toujours dire qu'elle a lieu *en public*.

Dans le cas soumis, il est vrai que l'auditoire n'était pas constitué du public en général, ni des clients de la succursale bancaire, et que la musique contenue dans la vidéo n'aurait pas pour effet de faire en sorte que les gens soient moins enclins à se procurer le disque. Mais il reste que ces éléments ne sont pas décisifs. Ce qui importe, c'est que l'exécution des pièces musicales a eu lieu lorsque la banque voulait transmettre de l'information à un groupe de ses employés, et

83. *Ibid.*, à la p 164.

84. *Ibid.*, à la p 165.

85. *Ibid.*, à la p 171.

86. *Ibid.*

la musique en jeu servait à faciliter cette activité. L'auditoire était constitué d'employés de la banque, et ils ont été rassemblés dans le cadre d'une activité commerciale de leur employeur. Ce sont les éléments qui permettent de conclure que l'exécution a eu lieu *en public*⁸⁷.

Enfin, une décision plus récente mérite d'être mentionnée. En 1983, dans *Rank Film Production*⁸⁸ s'est posée la question de savoir si des personnes qui occupent des chambres d'un hôtel ou motel et qui visionnent un film qui leur est transmis en circuit fermé assistent à une exécution *en public*. Nous avons vu que cette question ne se pose plus vraiment au Canada, depuis que l'article 2.4 de notre loi, qui traite de la *communication au public par télécommunication* mentionne que font partie du public les personnes qui occupent un même immeuble d'habitation, tel une chambre d'hôtel. Le juge Rath a estimé que l'exécution du film était *en public*, principalement parce que juger autrement aurait un impact négatif sur les droits économiques des créateurs. De plus, il fallait dire que les clients du motel, même quand ils regardent un film dans l'intimité de leur chambre, font partie du « public ». Car le film est montré à un groupe de personnes qui dépasse le cadre familial : il s'agit de tous les clients du motel, et le film s'inscrit dans le cadre d'une transaction commerciale. Ils font partie du public cible de l'auteur du film⁸⁹. Encore ici, on le constate, le critère important a été la nature de l'auditoire et son lien avec le détenteur du droit d'auteur. Le juge conclut : « Performance “in public” means performance to the public of the owner of the copyright, and “public” includes a portion of the public, however small »⁹⁰.

5. AUX ÉTATS-UNIS

Aux États-Unis, la problématique se présente différemment⁹¹. Dans la première refonte au 20^e siècle, dans la loi de 1909, il était prévu que les auteurs ont, à l'égard de leurs créations, le droit exclusif *to perform it in public*⁹². Dans la loi actuelle, cependant, dont la der-

87. *Ibid*, à la p 172.

88. *Rank Film Production Ltd v Dodds* (1983), 2 IPR 113 (NSW SC).

89. *Ibid*, à la p 119. Le juge écrit : « It is not the restricted size of the audience, or the privacy of the surroundings, that is decisive on the issue; the critical matter is the presentation of the movie by the occupier of the motel to his guest in that capacity ».

90. *Ibid*

91. Pour un exposé du droit américain, voir, *inter alia*, Michael Leaffer, *Copyright Law*, (San Francisco, LexisNexis, 2010), aux p 342 et s de même que Sheldon W. Halpern, Craig Allen Nard et Kenneth L. PORT, *Fundamentals of United States Intellectual Property Law: Copyright, Patent, and Trademark*, 2^e éd., (Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2007), aux p 83 et s.

92. *Copyright Act*, 1909, 17 USC, art 1.

nière refonte date de 1976, il est prévu à l'article 106 le droit exclusif suivant : *to perform the copyrighted work publicly*. On voit tout de suite qu'on n'utilise plus les mots « en public ». Le terme clé maintenant est de déterminer si une œuvre a été exécutée *publiquement*. L'article 101 donne une définition de ce qui constitue une exécution publique. Vu son importance, nous en reproduisons intégralement le texte :

To perform or display a work “publicly” means:

- (1) To perform or display it at a place open to the public or at any place where a substantial number of persons outside of a normal circle of a family and its social acquaintances is gathered, or
- (2) To transmit or otherwise communicate a performance or display of the work to a place specified by clause (1) or to the public, by means of any device or process, whether the members of the public capable of receiving the performance or display receive it in the same place or in separate places and at the same time or at different times.

La loi envisage donc quatre situations où l'on dira qu'une œuvre a été exécutée *publiquement*, deux dans chacun des paragraphes. Dans le premier, on vise i) les représentations ouvertes à tous ou, à tout le moins, ii) les cas où un nombre substantiel de personnes a accès à la représentation. L'exception vise ce qui ne dépasse pas le cadre de la famille, et des amis, ou des personnes qui ont un lien (*social acquaintances*) avec la personne qui les a invitées à une représentation. Le second paragraphe vise i) les représentations transmises par un moyen quelconque (radio, télévision, satellite, internet) aux personnes visées dans le premier paragraphe, et ii) toute représentation transmise *au public* en général, par télécommunications. Il importe peu alors que les personnes qui auront accès à la représentation soient physiquement dans un même endroit, ni qu'elles visionnent ou entendent les œuvres en même temps. On pense ici évidemment à la musique accessible sur des sites Internet.

C'est l'hypothèse envisagée au premier paragraphe qui doit retenir notre attention. Le deuxième vise davantage, à notre avis, ce qui est prévu à l'alinéa 3(1)f) de la LDA, soit la communication au public par télécommunication d'une œuvre.

Le droit américain est particulier ici en ce sens qu'il n'utilise pas l'expression « en public », en l'opposant à « en privé ». On traite des exécutions *publiques* des œuvres. Ce qui est aussi surprenant est la constatation que la jurisprudence semble fonctionner en vase clos,

en ce sens que les juges ne s'inspirent pas du tout de la jurisprudence canadienne, britannique ou australienne. Les juges ne considèrent que les décisions des États-Unis. Les décisions ont tout de même l'avantage d'avoir toutes été rendues par la Court of Appeals, un tribunal qui a acquis une spécialité, au cours des ans, en matière de litiges concernant la propriété intellectuelle.

Il y a quelques décisions qui ont étudié la portée du terme « publicly », la plupart dans les années où les appareils vidéo ont commencé à se populariser, mais avant que le consommateur typique possède son propre appareil à la maison. Ainsi en 1984, dans *CBS v Redd Horne inc*⁹³, les défendeurs opéraient deux commerces en Pennsylvanie, où ils vendaient et louaient des cassettes vidéo préenregistrées. Le litige est venu du fait qu'il y avait dans chaque commerce plusieurs isoloirs permettant à un maximum de quatre clients à la fois de visionner les cassettes louées⁹⁴. Il peut être pertinent de noter que c'est un employé du magasin qui insérait la cassette louée dans un appareil vidéo, et le signal était transmis à l'appareil de télévision dans l'isoloir en question. La demanderesse, la compagnie Columbia Pictures, prétendit qu'il s'agissait alors d'une exécution publique des films, œuvres dont les droits d'auteur lui appartenaient⁹⁵. Le juge du procès se dit d'accord avec cette prétention. Le magasin en question exécutait publiquement les œuvres⁹⁶.

En effet, la loi considère qu'une représentation est *publique* lorsque faite dans un endroit accessible à tous, ou dans un endroit *semi-public*, compte tenu de la composition de l'auditoire et du nombre de personnes impliquées. Dans le cas soumis, il n'y avait pas lieu de se demander s'il s'agissait d'un endroit *semi-public*, car l'exécution a eu lieu dans un endroit public. Le juge a assimilé le cas soumis à une représentation dans un cinéma, mais avec une possibilité pour les spectateurs d'avoir une certaine intimité⁹⁷. Cette conclusion serait appuyée par le deuxième paragraphe de la définition de ce qui est une exécution publique. Le magasin de disques serait aussi visé par ces dispositions, car il se trouvait à transmettre *au public* au moyen

93. *Columbia Pictures Industries Inc v Redd Horne Inc* (1984), 749 F.2d 154 (CA 3^e circ).

94. *Ibid*, aux p 156 et 157.

95. La compagnie prétendait que son entente avec les magasins en jeu ne leur permettait que de *distribuer* des copies des œuvres, dont de les vendre ou les louer. Mais elle conservait tous les autres droits exclusifs énumérés à l'article 106 de la loi.

96. *Ibid*, à la p 158 : « We agree with the conclusion of the district court that these activities constitute a public performance, and are an infringement ».

97. *Ibid*, à la p 159.

d'un dispositif électronique une œuvre et la loi n'exige pas que les spectateurs soient au même endroit ni qu'ils voient la représentation en même temps. Même si le magasin n'avait qu'un exemplaire de chaque film, il la montrait à répétition à différentes personnes faisant partie du public. Cela constituait une exécution *publique*⁹⁸.

Deux ans plus tard, en 1986, dans l'affaire *Aveco*⁹⁹, la même question s'est posée, mais les faits étaient un peu différents. Le magasin de la compagnie Aveco vendait et louait des cassettes vidéo. La particularité ici était qu'il offrait à la clientèle la location d'une trentaine de pièces privées, de différentes dimensions, où les clients pouvaient visionner la cassette qu'ils venaient de louer. Le prix demandé variait en fonction du nombre de cassettes louées et de la dimension de la pièce réservée. Un client pouvait aussi louer seulement un isoloir et y visionner ses propres cassettes vidéo. La pratique du commerce était de ne permettre la location d'isoloirs qu'à des membres d'une même famille ou à un groupe de parents ou amis¹⁰⁰. Encore une fois, il a fallu se demander si Aveco violait le droit exclusif du studio de film de montrer *publiquement* les films ou si, à tout le moins, Aveco agissait illégalement en autorisant ses clients à exécuter une œuvre publiquement¹⁰¹. Le juge du procès, le juge Stapleton, a étudié la décision de son collègue dans l'affaire *Redd Horne* et a conclu qu'il n'était pas pertinent qu'un client insère lui-même une cassette dans un appareil ou que cela soit fait par un employé du magasin qui se trouve au comptoir des ventes¹⁰². En effet, la loi traite du résultat d'une action : s'agit-il d'une exécution *publique* d'une œuvre au sens de la définition de ce terme ? À son avis, oui, puisqu'une cabine téléphonique, un taxi, et même une toilette publique sont des endroits *publics* au sens de la loi, même s'ils ne sont utilisés que par une personne à la fois¹⁰³. Le critère important est de voir s'ils sont accessibles au public en général. On doit donc regarder la nature du commerce en jeu. Le magasin d'Aveco acceptait de louer des cassettes et des isoloirs à toute personne qui voulait se prévaloir de ces services. Ce qui faisait du commerce un endroit où les exécutions sont *publiques*. Il n'y avait donc pas lieu de faire quelque distinction entre la décision *Redd Horne* et la présente affaire.

98. *Ibid*

99. *Columbia Pictures Industries Inc v Aveco Inc* (1986), 800 F2d 59 (CA 3^e circ.).

100. *Ibid*, à la p 61.

101. Nous n'étudierons pas les motifs de la cour relatifs à la notion d'autorisation. Qu'il suffise de dire que le tribunal a conclu qu'il y avait eu autorisation donnée illégalement par Aveco.

102. *Ibid*, à la p 63.

103. *Ibid*

En 1989, cependant, dans la décision *Professional Real Estate Investors*¹⁰⁴, la situation en jeu était différente. Il s'agissait ici d'un motel qui offrait à sa clientèle, comme service additionnel, la location de disques vidéo, qui étaient visionnés au moyen d'un appareil situé dans chaque chambre. Encore ici, la question était de savoir si les films étaient montrés *publiquement*¹⁰⁵. Le studio de cinéma plaignant prétendait que l'exécution des films était publique dans les deux sens envisagés dans les paragraphes de la loi définissant ce terme. Le juge O'Scanllain rejeta ces prétentions. Même s'il est exact de dire que toute personne peut louer une chambre de motel, l'historique de la loi américaine sur le droit d'auteur et le sens commun font conclure qu'une chambre de motel n'est pas un endroit « public » au sens de la loi. Car une fois la chambre louée, elle n'est plus un endroit où le public en général peut se présenter¹⁰⁶. Le visionnement des vidéodisques ne se faisait pas dans des salles de rencontre du motel, ni dans des endroits qu'on peut considérer semi-publics, comme des écoles, des clubs, des camps de vacances ou une usine¹⁰⁷. Le juge dit même qu'une réunion à laquelle assiste un groupe de personnes comme des employés gouvernementaux ou d'une même entreprise ne serait pas publique au sens de la loi. Car ils ne représenteraient pas un *substantial number of persons*. Dans le cas soumis, les clients du motel sont visés par l'exemption relative au cercle familial et aux amis. Enfin, il n'y avait pas eu non plus de communication *au public* d'œuvres, car l'objet du second paragraphe de la définition vise à empêcher la diffusion d'une œuvre d'un endroit à un autre sans la permission du détenteur du droit d'auteur. Ce qui n'était pas le cas ici, vu que les œuvres étaient exécutées directement dans la pièce où elles étaient regardées¹⁰⁸. On constate qu'il est très difficile de concilier la présente décision et l'affaire *Rank Film*, rendue en Australie. Il est vrai que dans *Rank Film*, le signal vidéo était envoyé dans une chambre par un employé du motel. Mais y a-t-il vraiment lieu de faire une différence importante, au point de vue juridique, entre le cas où le client loue une cassette ou un disque vidéo qu'il apporte avec lui dans sa chambre et celui où le signal électronique origine du comptoir de la réception ?

104. *Columbia Pictures Industries Inc v Professional Real Estate Investors Inc* (1989), 866 F2d 278 (CA 9^e circ.).

105. *Ibid*, à la p 280 : « ...the narrow issue before us is whether La Mancha performed copyrighted works "publicly" ».

106. *Ibid*

107. *Ibid*, à la p 281.

108. *Ibid*, à la p 282 : « ...a public performance at least involves sending out some sort of signal via a device or process to be received by the public at a place beyond the place from which it is sent ».

Cela semble illogique¹⁰⁹. Si on se place du point de vue du détenteur du droit d'auteur, surtout, cela ne devrait pas faire de différence. On remarque aussi que dans *Rank Film* le tribunal n'est pas allé jusqu'à dire qu'une chambre d'hôtel ou de motel est un endroit public, mais il a considéré que toute personne pouvait louer ces chambres, et que la possibilité de visionner des films faisait partie d'une offre commerciale globale du motel, faite au public en général. La décision américaine a vu les choses de façon diamétralement opposée.

6. CONCLUSION

Que peut-on conclure de ce survol ? Une première constatation peut être faite : l'état du droit canadien ne permet tout simplement pas de répondre avec précision à la question qui nous intéresse. On compte peu de décisions, plusieurs datant de la première moitié du siècle dernier et d'autres portant seulement sur la question de savoir si les habitants d'un immeuble à appartements ou les clients d'un hôtel font partie du public (ce qui a été résolu par les dispositions du paragraphe 2.4(1) de la LDA). On peut dire, tout au plus, que sont considérées des exécutions en public celles qui ont lieu là où c'est l'évidence même, là où le grand public est admis, sans besoin d'invitation particulière.

Si on nous permet d'exprimer une préférence personnelle, nous dirions que le critère identifié en jurisprudence britannique relatif au caractère mercantile d'une prestation ne semble pas convaincant. En effet, il n'y a tout simplement pas de lien logique assez fort entre le fait que des musiciens soient payés pour leur prestation, ou que l'auditoire ait acquitté des frais d'entrée au spectacle, et la conclusion à l'effet que l'exécution ait été *en public*. C'est un élément à prendre en considération, certes, mais cela ne peut pas être le seul. Quant à la nature de l'auditoire, c'est un critère très pertinent, mais il comporte aussi ses limites. Car si on dit qu'une représentation est *en privé* lorsqu'elle est donnée devant des membres d'une famille, les amis et les invités, on devra conclure qu'une pièce musicale jouée devant 500 invités à un mariage est *en privé*, ce qui heurte le sens commun. On devrait plutôt dire qu'au-delà du cercle restreint de la famille et des intimes, il faut considérer l'objet de la loi, qui est d'assurer une rémunération

109. Cette contradiction est notée par Sheldon Halpern, *supra*, note 91, à la p 85 : « Thus, a hotel that electrically transmits copyrighted videotape to individual rooms upon request of the guests would be performing the work publicly, [...] on the other hand, if it rented tapes individually to guests for use in private guest rooms equipped with their own videocassette players, the performance would not be public ». Au Canada, David Vaver, pour sa part, dit qu'il préfère la solution proposée dans la décision américaine ; voir *supra*, note 29, à la p 171.

équitable aux auteurs. Il faut alors se demander si le public en cause est typiquement le public-cible du compositeur ou du dramaturge.

Peut-on penser d'autre part que la solution se trouve dans le modèle américain ? À tout le moins, on doit dire qu'il ne résout pas toutes les hypothèses. Car le premier paragraphe de l'article 101 envisage comme première situation tout endroit ouvert au public. On vise ensuite le cas d'un nombre *substantiel* de personnes. On doit donc dire qu'au sens de la loi, dès qu'une pièce de théâtre ou une pièce musicale est exécutée dans un endroit accessible au grand public, il faut acquitter des droits d'auteur. Cela mène à la conclusion, comme on l'a vu dans un arrêt américain, qu'un film visionné par deux personnes l'a été *publiquement* ou *en public*, vu que cela a été fait dans un club vidéo ! Et, à part ce scénario, comment fait-on pour déterminer ce qui constitue un nombre *substantiel* de personnes ? Et les *social acquaintances* peuvent-elles viser un groupe de deux cents collègues, par exemple tous membres d'un même syndicat ? Les tribunaux ne se sont pas encore prononcés sur ces cas...

Le mot de la fin doit peut-être revenir aux auteurs de doctrine. Hugh Laddie¹¹⁰, dans son traité, dit que la jurisprudence a voulu éviter de donner un sens trop étroit à l'expression « en public ». C'est le critère de la nature de l'auditoire qui serait le plus utilisé. L'expression « en privé » ne dépasserait pas ce qui fait partie du cercle domestique ou quasi-domestique. Il énumère ensuite une série de situations où il a été considéré qu'une exécution ou représentation a été donnée *en public* : dans le lobby d'un hôtel, dans un commerce de disques, dans une usine, devant les membres d'un club sportif, devant les membres d'une association féminine, etc. Enfin, à son avis, si les tribunaux ont tendance à donner une large portée à l'expression « en public », c'est dans le but de favoriser la reconnaissance des droits des créateurs. Mais il admet que cette façon de voir a ses limites, car, ultimement, elle couvrirait toute représentation d'une œuvre devant quelque auditoire que ce soit¹¹¹.

Quant à Harold Fox, même si la dernière version de son traité¹¹² a été publiée il y a presque un demi-siècle, ses propos sont encore d'actualité. L'état du droit n'a pas beaucoup changé depuis. Voici la liste des facteurs pertinents qu'il a relevés afin de déterminer si une exécution a eu lieu en public : i) si elle était à but lucratif, ii) si le public

110. Hugh Laddie, Peter Prescott et Mary Vitoria, *The Modern Law of Copyright and Designs*, 2^e éd., (London, Butterworths, 1995), aux p 407-408.

111. *Ibid* Il écrit : « Even so, that concept is of no use as a guide, else all showings would be covered ».

112. *Supra*, note 1.

a payé pour y assister, iii) l'endroit où elle a eu lieu, iv) le nombre de personnes présentes, et v) si la représentation a un impact sur les droits économiques du créateur¹¹³. Si une œuvre est exécutée dans un cadre *domestique*, elle est privée, même si des invités y assistent. Et, à l'opposé, si elle dépasse le cadre domestique, elle est publique, même si un nombre limité de personnes ont pu y assister. Sa préférence personnelle quant au choix du critère le plus pertinent va vers le lien entre le public en cause et le détenteur du droit d'auteur, vu que la loi cherche principalement à protéger ses intérêts. Il écrit : « The expression “in public” must be considered in relation to the owner of the copyright »¹¹⁴. On ne saurait mieux dire encore aujourd'hui.

113. *Ibid.*, à la p 391.

114. *Ibid.*, à la p 392.