

*Vol. 26, n° 3*

## **L'affaire *Aereo* aux États-Unis : la télévision sur Internet, gratuitement ! ? Rêve ou réalité ?**

**René Pepin\***

Introduction . . . . .	793
1. Aux États-Unis : l'origine du litige . . . . .	796
1.1 La décision <i>Aereo</i> en première instance . . . . .	799
1.2 En appel . . . . .	803
1.3 En Cour suprême . . . . .	807
2. Au Canada . . . . .	811
Conclusion . . . . .	819

---

© René Pepin, 2014.

\* Professeur, Faculté de droit, Université de Sherbrooke.

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



## Introduction

C'est une chose devenue courante maintenant depuis une vingtaine d'années. Des nouveautés technologiques posent des défis difficiles à surmonter pour les lois sur le droit d'auteur, rédigées pour traiter des façons d'exploiter les œuvres relevant d'une autre époque<sup>1</sup>. Cette fois, c'est la compagnie Aereo qui s'est retrouvée devant les tribunaux depuis 2012, quelques mois à peine après avoir lancé son service.

Le modèle d'affaires de cette entreprise consiste, globalement, à capter les émissions de télévision diffusées dans l'air libre par les grandes chaînes américaines par des centaines, voire des milliers d'antennes miniatures, qui ont le diamètre d'une pièce de dix sous. Chaque client d'Aereo a le contrôle d'une antenne et, à partir de son domicile, peut décider d'écouter une émission en direct, ou la faire enregistrer pour l'écouter plus tard. Le signal choisi lui est envoyé sur le réseau Internet. Le client peut ainsi visionner, pour un prix mensuel très modique<sup>2</sup>, les émissions de télévision qui l'intéressent, sur son ordinateur, ou une tablette, ou un téléphone dit intelligent ou un appareil de télévision relié à Internet. La compagnie Aereo se trouve, en fait, à diffuser les émissions de télévision sur Internet. Elle ne paie pas de droits d'auteur aux réseaux de télévision. Ses clients peuvent, éventuellement, décider de se dispenser de leur abonnement au câble<sup>3</sup>. Aereo a un avantage indéniable par rapport à des services comme ceux de Youtube, Apple, Amazon, ou Hulu, qui

1. Il y a en anglais une expression qui nous apparaît bien appropriée : « A square peg in a round hole ». C'est-à-dire qu'il y a de ces cas où, sans intervention législative, les décisions des tribunaux ne pourront jamais être autre chose qu'une position mi-figue, mi-raisin.
2. Le prix de base est de seulement huit dollars.
3. Selon le fondateur d'Aereo, Chet Kanojia, l'idée de lancer cette entreprise lui est venue en constatant que la plupart des consommateurs ont accès par leur abonnement au câble à une centaine de canaux de télévision, mais qu'en fait, ils se contentent d'en regarder 6 ou 7. Si on peut alors leur offrir cet accès presque gratuitement, ils n'auront plus besoin d'un abonnement mensuel au câble. Voir « Plan B TV », [26 mai 2014] *Forbes Magazine* aux pp 50-54. Ce texte rapporte que la compagnie a présentement environ 350 000 abonnés.

paient des droits pour rendre des contenus accessibles au public<sup>4</sup>. La question, évidemment, est de savoir si c'est légal !

Aereo a lancé son service au début de l'année 2012, dans la ville de New-York. Elle l'a ensuite étendu dans près d'une dizaine de grandes villes américaines. Mais les grands réseaux de télévision n'ont pas tardé à réagir. On le comprend aisément, car ils ont deux sources de financement. La vente de messages publicitaires dont le coût est fonction de la taille de l'auditoire de l'émission diffusée, et les compagnies de câble, qui doivent depuis le milieu des années '70 acquitter des droits d'auteur déterminés par le Copyright Office<sup>5</sup>. Dès mars 2012<sup>6</sup>, des poursuites ont été intentées devant les tribunaux. Et plusieurs décisions ont déjà été rendues. Ainsi, en décembre 2012, un des premiers investisseurs dans la compagnie Aereo, Barry Diller, avait lancé un service identique en Californie, et a été reconnu coupable par une Cour de district<sup>7</sup>. Le motif principal était que le service offert violait le droit des réseaux d'exécuter les œuvres en public<sup>8</sup>. Aereo, pour sa part, a déjà fait l'objet de plusieurs

4. Voir Daniel Brenner, « "Gently Down the Stream" : When is an Online Performance Public Under Copyright ? » (2013) 28:2 *Berkeley Technology Law Journal* 1167 à la p 1172. Hulu est une création des réseaux Fox et NBC, pour offrir en ligne des émissions produites par l'un ou l'autre réseau. Youtube, qui est propriété de Google, désirait lancer à l'été 2014 un service de musique pour concurrencer le géant suédois Spotify. Mais on apprend que les négociations avec les artistes indépendants sont difficiles. Youtube leur offre de très faibles redevances, au motif qu'elle les aide à se constituer un public. Voir le journal La Presse, du 2014-06-06, p 7 du cahier Arts.
5. Pour être plus précis, il faut dire que jusqu'en 1992 les compagnies de télévision par câble étaient obligées par l'américaine Federal Communications Commission (FCC) de transmettre les signaux émis par les stations locales de radio et télévision, sans payer de droits. Cette situation a changé lorsque le Congrès a adopté une loi qui touche davantage la question de la protection du consommateur que le droit d'auteur : la *Cable Television Consumer Protection and Competition Act* (106 Stat 1460, à laquelle on réfère parfois comme le « *Cable Act* »). Ainsi, depuis 1992, elles doivent acquitter des droits, que les émissions retransmises soient considérées des signaux locaux ou éloignés. Et les stations de télévision locales peuvent, à leur guise, exiger que la compagnie de câble retransmette leurs signaux, ou, au contraire, le leur interdire. Voir 47 USC §325(b). Encore aujourd'hui, dans la loi américaine sur le droit d'auteur, l'obligation pour les compagnies de câble de payer des droits apparaît à l'article 111 (c)(2)(b), et l'exonération relative aux signaux locaux, ceux de la *local service area* est à l'article 111 (d)(1)(B)(i).
6. Voir John M. Gatti et Crystal Y. Jonelis, « Second Circuit Deals Blow to Rights of Broadcasters under the Copyright Act » (2013) 25:7 *Intellectual Property Technology Law Journal* 16 à la n 2. Les poursuites ont été intentées deux semaines avant qu'Aereo lance la première version de son service !
7. *Fox Television Stations, inc v BarryDriller Content Systems plc*, 915 F Supp 2d 1138 (CA D 2012). Plus précisément, le tribunal a accordé une injonction.
8. *Ibid* à la p 1143 : « Instead, the Court would find that Defendants' transmissions are public performances, and therefore infringe Plaintiffs' exclusive right of public performance ».

décisions. En juillet 2012, une cour de première instance a refusé d'émettre une injonction interlocutoire demandée entre autres par le réseau ABC<sup>9</sup>, en se sentant liée par une décision antérieure, dont nous traiterons bientôt, l'affaire *Cablevision*. En juillet 2013, la Court of Appeals a confirmé la décision de première instance, quoique pour des motifs un peu différents<sup>10</sup>. Le même mois, ce tribunal a rejeté une demande de ré-audition devant tous les juges de la cour<sup>11</sup>. En janvier 2014, la Cour suprême des États-Unis a accordé la permission d'en appeler<sup>12</sup>. L'affaire a été entendue au printemps de cette année. La Cour suprême n'avait pas vraiment le choix d'entendre cette affaire, à cause de l'importance de la question juridique en jeu, mais aussi parce que les décisions des tribunaux se multipliaient, avec des résultats contradictoires. Ainsi, en février 2014, Aereo a été poursuivie avec succès en Utah. La Cour de district de cet État a estimé qu'il était évident qu'elle violait le droit des réseaux de télévision d'exécuter les œuvres en public<sup>13</sup>.

Dans le présent texte, notre intention est de faire un retour en arrière pour voir comment s'est articulé aux États-Unis le droit d'exécuter les œuvres en public. Nous examinerons ensuite les décisions des tribunaux de l'État de New-York, qui ont fourni les motifs les plus détaillés concernant la légalité du *modus operandi* d'Aereo. Nous verrons évidemment ensuite comment la Cour suprême a tranché ce litige. Enfin, nous examinerons la situation au Canada. Il faudra voir, si la même chose arrivait ici, si la question se poserait de la même façon, puis ce qui est prévu dans la *Loi sur le droit d'auteur*<sup>14</sup> et, selon l'état de la jurisprudence, quelle réponse notre droit apporterait à la question ou aux questions soulevées dans l'affaire *Aereo*.

9. *ABC Inc v Aereo, Inc*, 874 F Supp 2d 373 (CA D 2012). Aereo a aussi remporté une victoire à Boston en 2013 : *Hearst Stations Inc v Aereo Inc*, 2013 US Dist Lexis 146825 (MA D 2013). Le tribunal s'est senti lié par l'affaire *ABC*.

10. *WNET, Thirteen, Fox Television Stations v Aereo Inc*, 712F 3d 676 (2<sup>e</sup> Cir 2013).

11. En février 2014 Aereo a pu obtenir le report d'une injonction interlocutoire parce que d'autres décisions de tribunaux étaient imminentes : *Nexstar Broad Inc v Aereo Inc*, n<sup>o</sup> 2 :13-cv-975, (UT D 2013-10-24).

12. 134 S Ct 896 (2014).

13. *Community Television of Utah LLC v Aereo Inc*, 109 USPQ2d 2099 (D UT 2009). On peut ainsi lire, à la page 8, sous la plume du juge Kimball, qui cite une autre décision : « ...the legislative history makes clear that Congress intended the sweeping language of the Copyright Act to apply not only to cable television but any device or process that could be developed in the future to transmit copyrighted works in any form to the public ».

14. LRC 1985, c C-42 ; ci-après « la LDA ».

## 1. Aux États-Unis : l'origine du litige

Il faut remonter aux années '60 et '70 pour trouver des décisions de tribunaux qui ont porté sur la légalité des activités des compagnies de télévision par câble. Ce n'est pas surprenant, car il faut se rappeler que ces entreprises se sont d'abord développées dans les régions rurales, une vingtaine d'années auparavant, pour permettre aux gens vivant dans ces régions d'avoir accès à la télévision. C'est lorsque ces compagnies se sont implantées dans les grandes villes qu'elles ont inquiété les stations de radio et de télévision. Leur argument de vente, qui a eu du succès, était de montrer à leurs clients qu'elles pouvaient leur fournir une meilleure réception de l'image que celle venant d'une antenne placée sur le toit de leur maison, et elles offraient un plus grand nombre de canaux.

Les stations de radio et télévision ont alors décidé de poursuivre des compagnies de télévision par câble pour les obliger à leur payer des droits d'auteur. Deux affaires se sont rendues jusqu'en Cour suprême des États-Unis, en 1968 et en 1974 : *Fortnightly Corp* et *Teleprompter*<sup>15</sup>. Sans examiner ces décisions de façon détaillée, on peut dire que la Cour suprême a essentiellement jugé en 1968 que les compagnies de câble ne faisaient pas plus que ce qu'un citoyen fortuné aurait pu faire lui-même : ériger une antenne de réception puissante, pour capter clairement les signaux des stations de radio et télévision, et les acheminer chez lui, ou les offrir aussi à des voisins pour un prix convenu entre eux. En 1974 une deuxième tentative a été faite. La technologie ayant progressé, les compagnies de câble pouvaient alors capter et relayer des signaux dits « éloignés », *i.e.* des signaux relayés par une autre compagnie de télévision par câble, ce à quoi le citoyen fortuné n'avait pas accès. Mais la plus haute cour n'a pas changé fondamentalement sa façon de voir la nature du service offert par les compagnies de télévision par câble.

En 1976, lors de la dernière grande révision de la loi américaine sur le droit d'auteur<sup>16</sup>, le Congrès a décidé que les entreprises de télédistribution devraient acquitter des droits d'auteur lorsqu'elles retransmettent à leurs abonnés les signaux des stations de radio et de télévision. Nous allons reproduire en version originale ce qui est prévu sur ce sujet, car ce sont ces dispositions qui sont au cœur du

15. *Fortnightly Corp v United Artists Television*, 392 US 390 (1968) et *Teleprompter Corp v Columbia Broadcasting System, Inc*, 415 US 394 (1974).

16. *Copyright Act*, 17 USCA.

litige impliquant la légalité ou non des agissements de la compagnie Aereo.

L'article 106 de la loi prévoit, comme à l'article 3 de notre loi, une liste des droits exclusifs des détenteurs de droits d'auteur. Le paragraphe pertinent est à l'effet que : « The owner of a copyright [...] has the exclusive right [...] to perform the copyrighted work publicly ». L'article 101 définit un ensemble de termes techniques qu'on trouve dans la loi. On y lit que l'expression *public performance* signifie : « To “perform” a work means to recite, play, or act it, either directly or by means of any device or process, or, in the case of a motion picture...to show its images in any sequence... »

Le même article définit aussi l'expression : « to perform or display a work publicly ». Nous la reproduisons intégralement, car c'est la disposition de loin la plus importante pour notre sujet :

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.

On voit immédiatement que c'est la seconde partie de cette définition qui est cruciale. La première partie est semblable à ce qu'on trouve dans le droit de plusieurs pays, où on définit comme « exécution publique d'une œuvre » ce qui dépasse le cercle familial ou des amis intimes<sup>17</sup>. Il importe peu que l'œuvre soit représentée par les acteurs ou musiciens en chair et en os, ou qu'il s'agisse de musique jouée par des disques, ou entendue à la radio ou à la télévision. Le second paragraphe, appelé la « transmit clause », veut augmenter la portée de ce qu'on vise traditionnellement par l'expression « exécuter en public ». Il traite essentiellement d'œuvres disséminées par

17. Voir René Pepin « Quel est le sens du droit d'exécuter ou représenter une œuvre “en public” ? » (2014) 26:2 *Cahiers de propriété intellectuelle* 627.

l'électronique, et se rapproche de ce qu'on trouve à l'alinéa 3(1)f de la LDA, soit la communication au public par télécommunication de l'œuvre. Il suffit, selon la loi américaine, que l'œuvre soit accessible au « public », peu importe le procédé en jeu, et peu importe que ceux qui peuvent y avoir accès soient au même endroit, ou y aient accès en même temps. En ce sens, la loi est presque prémonitoire, car elle semble avoir prévu les cas de diffusion par Internet par le procédé appelé « streaming » ou « diffusion en continu ».

Il y a seulement quelques cas portant sur cette problématique qui ont été étudiés par les tribunaux avant l'affaire *Aereo*, mais qui n'ont pas fait consensus. Ainsi, en 1984, dans l'affaire *Redd Horne*<sup>18</sup>, alors qu'on était au début de l'ère des appareils vidéo, et donc que tous les foyers n'en étaient pas munis, une entreprise de location de cassettes louait des espaces de visionnement sur place à des clients. Pas plus de quatre personnes à la fois pouvaient occuper une cabine de visionnement. Le tribunal, une cour d'appel, a estimé que cela ressemblait à ce qui se passe dans un cinéma, et donc qu'il s'agissait d'une exécution en public d'une œuvre<sup>19</sup>. Par contre, dans l'affaire *Professional Real Estate Investors*<sup>20</sup>, un hôtel louait à ses clients des disques vidéo, et chaque chambre était équipée d'un appareil capable de les faire jouer. On a estimé qu'il n'y avait pas d'exécution publique des œuvres, puisque seuls les occupants d'une chambre pouvaient visionner l'œuvre. Mais dans l'affaire *On Command Video*<sup>21</sup>, un hôtel offrait à ses clients un service de visionnement de films. La différence factuelle avec l'affaire *Redd Horn* est que le client n'empruntait pas un exemplaire d'une cassette, pour la faire jouer à sa chambre. C'est l'employé à la réception qui lui envoyait le signal. Même si un seul signal était envoyé à une chambre, le tribunal a déterminé qu'il y avait exécution publique de l'œuvre.

Une différence qu'on peut établir entre ces affaires est que, dans l'affaire *Professional Real Estates*, la cour s'est appuyée sur la première partie de la définition que donne la loi de l'expression « to perform a work publicly », qui traite d'endroit public, alors que dans l'affaire *On Command*, c'est la « transmit clause », soit la seconde partie, qui a été jugée pertinente pour trancher le litige.

18. *CBS v Redd Horne Inc*, 749 F2d 154 (3<sup>e</sup> Cir 1984).

19. Au même effet, voir *Columbia Pictures v Aveco*, 612 FSupp 315 (D CA 1985), confirmé 800 F2d 59 (3<sup>e</sup> Cir 1986).

20. *Columbia Pictures Industries v Professional Real Estate Investors Inc*, 866 F2d 278 (9<sup>th</sup> Cir 1989).

21. *On Command Video Corp v Columbia Pictures Industries*, 777 FSupp. 787 (CA D 1991).



Nous ne traiterons pas davantage de ces décisions, car on voit que les faits en cause sont assez éloignés de ce qui est en jeu dans l'affaire *Aereo*. Il y a une autre décision qui est cependant très importante pour nous, l'affaire *Cablevision*<sup>22</sup>. L'affaire *Aereo* a porté principalement sur la question de savoir si les motifs du tribunal dans l'affaire *Cablevision* étaient concluants, et alors il fallait appliquer le *stare decisis*, ou s'il y avait lieu de faire du « *distinguishing* ». Dans l'affaire *Cablevision*, les faits sont simples. Une compagnie de télévision par câble a offert à ses clients un nouveau service, appelé RS-DVD (« Remote-Service Digital Video Recorder »). Grâce à ce service, les abonnés n'avaient plus à posséder chez eux un appareil vidéo. Par leur télécommande, ils pouvaient accéder à des fonctions de la même manière que s'ils avaient un tel appareil. Ils pouvaient choisir une émission, la faire enregistrer, et la regarder plus tard, à leur convenance. Le tout se faisait sur des serveurs de la compagnie *Cablevision*. Une particularité notable de ce système est que chaque abonné se voyait assigné un certain espace sur les disques durs des ordinateurs de *Cablevision*. De sorte que même lorsque plusieurs clients demandaient à visionner une émission, chacun recevait un signal reproduisant son enregistrement de l'émission. La question, évidemment, était de savoir si c'était légal. S'agissait-il d'une percée technologique, qui ne faisait que simplifier la vie des abonnés de la compagnie, ou devait-on dire que *Cablevision* utilisait un artifice pour contourner ce qui était évident : elle exécute en public les émissions de télévision, puisqu'elle les transmet « au public » ?

### 1.1 La décision *Aereo* en première instance

Une remarque préliminaire doit être faite. Il faut préciser que la décision a été rendue dans le cadre d'une demande d'injonction interlocutoire. Les juges ont certes étudié le mérite de l'affaire, mais il reste que cela a été fait dans un contexte qui est le même que celui qu'on connaît au Canada. Il fallait regarder l'apparence de droit du demandeur, peser ce qu'on appelle communément la balance des inconvénients, voir si une partie risquait de subir un préjudice irréparable, et, ultimement, si l'intérêt public requérait que l'injonction soit accordée ou non.

Il est nécessaire aussi de décrire plus précisément le fonctionnement technique du système utilisé par *Aereo*. Lorsqu'on se place du point de vue d'un client, on doit dire qu'il s'agit d'une personne qui

22. *The Cartoon Network LP v CSC Holdings Inc*, 536 F3d 121 (2<sup>nd</sup> Cir 2008).

s'est rendue sur le site Internet de la compagnie, a ouvert un compte, et a consenti à payer un abonnement mensuel. Il a alors accès à un guide-horaire, pour voir les émissions qui sont en cours de diffusion, et celles qui le seront plus tard. Il doit alors faire le choix entre la fonction « regarder » et « enregistrer ». Lorsqu'il choisit de regarder une émission, Aereo lui envoie une page Internet qui, après un court délai, lui permet de visionner l'émission en question. L'abonné peut alors évidemment regarder l'émission, mais aussi arrêter temporairement le visionnement, ou faire un retour en arrière, ce qui crée un décalage plus ou moins grand entre le moment où l'émission est diffusée en direct par la station de télévision, et celui où elle est visionnée.

Le bouton « enregistrer » fonctionne comme celui sur un appareil vidéo, *i.e.* pour enregistrer une émission en même temps qu'elle est visionnée, ou pour en faire une copie, qu'on pourra voir plus tard. Si le client d'Aereo n'a pas utilisé la fonction « enregistrer », l'émission n'est plus disponible. Ainsi, du point de vue de l'utilisateur, le système d'Aereo fonctionne comme un appareil vidéo traditionnel, sauf qu'il n'est pas situé dans son domicile. Les deux différences notables sont qu'il a accès au système par Internet, plutôt que par le câble, et qu'il peut visionner les émissions sur un ordinateur conventionnel, ou un portable, ou une tablette, ou sur un téléphone dit intelligent.

En arrière-scène, le système est plus complexe. Quand le client choisit la fonction « regarder », son navigateur envoie une demande au serveur d'Aereo qui, à son tour, retransmet un signal à l'une des antennes miniatures pour qu'elle syntonise la fréquence demandée. Une telle antenne ne sert qu'à un abonné à la fois<sup>23</sup>. Le signal est ensuite envoyé à un appareil qui le traite de façon à ce qu'il puisse être transmis sur le réseau Internet. Les serveurs d'Aereo conservent une copie d'une émission jusqu'à la fin de sa diffusion, au cas où l'abonné veuille utiliser la fonction « pause » ou « rewind ». Si le client choisit d'appuyer sur le bouton « enregistrer », la conséquence principale est qu'Aereo conserve une copie de l'émission sur un serveur, mais pour l'usage exclusif de ce client.

La poursuite a été entamée en mars 2012, au nom de plusieurs compagnies qui produisent et diffusent des émissions de télévision. Initialement, on a allégué plusieurs violations de la loi américaine sur le droit d'auteur : violation du droit d'exécution des œuvres en

23. *American Broadcasting Companies, Inc v Aereo*, 874 FSupp. 2d 373 (CA D 2012) à la p 378 « No two users are assigned a single antenna at the same time ».

public, du droit de reproduction, et « contributory infringement »<sup>24</sup>. Un mois plus tard, cependant, les demandeurs ont ciblé leur demande sur un seul point, savoir si Aereo viole leur droit d'exécuter les œuvres en public lorsqu'elle permet à ses clients de voir une œuvre en même temps qu'elle est diffusée par les stations de télévision.

Le moyen de défense principal d'Aereo était que la question en jeu avait été décidée dans l'affaire *Cablevision*<sup>25</sup>. Les demandeurs prétendaient qu'il y avait suffisamment de différences factuelles entre le système d'Aereo et de Cablevision pour qu'il y ait lieu de ne pas appliquer *Cablevision*. Le juge Nathan a donc dû regarder le fonctionnement du système de la compagnie Cablevision. Il l'a décrit de la façon suivante. La compagnie recevait un flux de données contenant les émissions de télévision diffusées par les différents réseaux. Ce flux était dédoublé, en ce sens qu'une partie était envoyée aux abonnés, de façon traditionnelle. L'autre partie était acheminée dans une mémoire tampon, pendant une fraction de seconde, le temps que le système vérifie si un ou des clients demandaient l'enregistrement d'une émission. Si c'était le cas, le signal était enregistré sur un disque dur, et il y avait autant d'enregistrements effectués qu'il y avait de demandes. En première instance, la cour de district a estimé qu'il y avait eu clairement violation du droit d'exécuter les œuvres en public. Car, au fond, Cablevision, qui était une compagnie de câble, se trouvait à retransmettre aux abonnés les émissions de télévision reçues. Et la loi de 1976 prévoit clairement que ces entreprises doivent avoir un permis pour faire cela, et payer des droits d'auteur. Cablevision avait un permis pour retransmettre directement aux abonnés les émissions de radio ou télévision, mais pas pour enregistrer ces émissions et les faire parvenir par la suite à ses clients.

En appel, cependant, la décision a été renversée. Le tribunal a insisté sur les deux points suivants. D'abord, il ne fallait pas se contenter de regarder si ce que peuvent visionner les abonnés est la même chose que ce qui a été diffusé initialement par les chaînes de

24. Cela correspond en partie au droit prévu à la fin du para 3(1) de la LDA, relatif au droit exclusif d'autoriser une personne à poser les gestes réservés au détenteur du droit d'auteur.

25. Cela a été accepté par le tribunal, voir *supra* note 5 à la p 382 : « Because this case turns on determining if the analysis in *Cablevision* is controlling... ». Pour une brève étude de la décision *Aereo* dans un texte canadien, voir Kevin P. Siu, « Technological Neutrality : Toward Copyright Convergence in the Digital Age » (2013) 71 *University of Toronto Faculty of Law Journal* 76 aux pp 99-100.

télévision. Selon la cour, lorsque HBO<sup>26</sup> diffuse une œuvre, elle transmet sa propre exécution d'une œuvre, et Cablevision fait la même chose lorsqu'elle envoie aux clients l'œuvre dont l'enregistrement a été demandé<sup>27</sup>. En termes peut-être plus clairs, ceci signifie que lorsque la « transmit clause » vise une transmission faite « au public », il faut rechercher non pas qui a accès à l'œuvre qui a fait l'objet d'une première transmission, mais qui a accès à la dernière transmission. En l'occurrence, c'est chaque abonné de Cablevision qui avait accès individuellement à une transmission de l'œuvre. Deuxièmement, dans le même sens, la « transmit clause » réfère aux gens « qui sont capables de recevoir une émission ». D'après le tribunal en appel, c'est chaque abonné individuellement qui peut visionner son propre enregistrement d'une œuvre, et alors donc on ne peut parler d'exécution « en public ».

Le tribunal a examiné attentivement l'argument principal d'Aereo, à l'effet qu'il s'agit d'un système contrôlé par les clients, que les antennes fonctionnent de façon indépendante, et que chacun reçoit sa propre copie de l'œuvre dont il a demandé l'enregistrement. Selon les plaignants, tout cela n'est qu'un leurre. Aereo fonctionne essentiellement comme une compagnie de câble, surtout lorsqu'elle transmet sur Internet à ses abonnés les émissions que ses antennes viennent de capter. Le tribunal a estimé qu'il n'y avait pas de différence notable entre la situation dans l'affaire *Cablevision* et celle en jeu. Car le système d'Aereo ne crée qu'une copie d'une émission par client intéressé, et ne lui envoie que cette copie, et à lui seul. Le système fonctionne comme si le client avait un appareil vidéo à sa disposition, qu'il s'agisse de la première génération ou d'un appareil numérique<sup>28</sup>. Et même lorsque l'abonné regarde une émission « en direct », en choisissant la fonction « regarder », il reçoit immédiatement une copie dont il vient de demander la sauvegarde temporaire.

Les poursuivants ont soulevé aussi que selon la jurisprudence, la diffusion en continu, appelée « streaming », constituait une exécution en public d'une œuvre. Mais, encore une fois, le tribunal a estimé qu'il y avait une distinction importante à faire, car Aereo crée une

26. Pour Home Box Office, une chaîne spécialisée dans les films.

27. Ces propos sont repris ainsi dans l'affaire *Aereo* de première instance, *supra* note 23 aux pp 384-385 : « HBO transmits its own performance of a work when it transmits to Cablevision, and Cablevision transmits its own performance of the same work when it retransmits the feed from HBO ».

28. *Supra* note 23 à la p 385 : « Whether a user watches a program through Aereo's service as it is being broadcast or after the initial broadcast ends does not change that the transmission is made from a unique copy, previously created by that user, accessible and transmitted only to that user... ».

copie unique d'une émission pour chaque client qui le demande<sup>29</sup>. Les poursuivants ont enfin invoqué le texte pourtant assez limpide de la « transmit clause », à l'effet qu'exécuter une œuvre publiquement « means to transmit or otherwise communicate a performance or display of the work...to the public, by means of any device or process ». Malgré cela, le tribunal a estimé que cet argument avait été considéré et rejeté dans l'affaire *Cablevision*. Le seul fait qu'un fournisseur de contenu rende une œuvre accessible à tous ses abonnés ne signifie pas automatiquement qu'il y a une exécution publique des œuvres<sup>30</sup>. Si c'était le cas, il y aurait des mots dans la « transmit clause » qui seraient inutiles. Or, cette disposition exige qu'on identifie les personnes « qui sont capables de recevoir une émission ». Enfin, le tribunal a rappelé que la Cour suprême dans les affaires *Fortnightly* et *Teleprompter* avait considéré que les compagnies de câble n'exécutaient pas les œuvres des stations de télévision lorsqu'elles les retransmettaient à leurs abonnés. Le Congrès, en 1976, a créé une exception à ce principe, mais, comme toute exception, elle doit être interprétée restrictivement. Seules les compagnies de câble sont ainsi visées.

## 1.2 En appel

La décision de la Court of Appeals a été rendue en avril 2013, par trois juges, dont une dissidence. Les deux juges majoritaires ont décrit le fonctionnement du système d'Aereo, ont explicité les arguments des parties et ont mentionné que la question à trancher était la même que celle identifiée en première instance<sup>31</sup>. Après avoir étudié à fond la décision dans l'affaire *Cablevision*, les juges en ont retenu quatre principes qui devront les guider pour trancher l'affaire *Aereo*<sup>32</sup>. Ces principes peuvent se formuler ainsi. Premièrement, la « transmit clause » demande aux tribunaux d'identifier l'auditoire potentiel de chaque transmission d'une œuvre, prise individuellement. Si elle est capable d'être reçue « par le public », alors c'est une transmission « au public ». Si l'auditoire potentiel est un seul abonné, la transmission n'aura pas été faite au public, sauf exception. En deuxième lieu, les transmissions en privé, *i.e.* qui ne sont pas capa-

29. *Supra* note 23 aux pp 391 et 392.

30. *Supra* note 23 à la p 392.

31. *Supra* note 10 à la p 686 n 9 : « Plaintiffs assert that Aereo's transmissions of recorded programs when the original program is no longer airing on broadcast television are also public performances...Plaintiffs did not, however, present these claims as a basis for the preliminary injunction. They are therefore not before us and we will not consider them. »

32. *Supra* note 10 à la p 689.

bles d'être reçues par le grand public, ne doivent pas être regroupées, de façon à conclure artificiellement qu'il s'agit d'une transmission au public. En troisième lieu, il a une exception au second principe, lorsque les transmissions ont été faites à partir de la même copie d'une œuvre. Elles peuvent et doivent alors être regroupées. Enfin, quatrième, tout facteur qui limite l'auditoire potentiel d'une transmission d'une œuvre doit être pris en considération pour interpréter et appliquer la « transmit clause ».

Les juges ont ensuite étudié tour à tour les arguments des plaignants, et les ont tous rejetés. Leurs motifs essentiels sont à l'effet qu'il n'y a pas lieu de faire de distinctions entre la décision rendue dans l'affaire *Cablevision* et la présente affaire<sup>33</sup>. Dans les deux cas, il y a une copie unique d'une œuvre qui est faite pour chaque client, et c'est chaque abonné qui reçoit individuellement le signal qui contient l'œuvre enregistrée par et pour lui.

Le premier argument des plaignants était à l'effet que dans l'affaire *Cablevision*, l'entreprise détenait un permis pour diffuser des émissions à ses abonnés, et la question se posait seulement de savoir si elle devait détenir un permis additionnel : Aereo ne détient aucun permis. Cet argument a été rapidement rejeté, car la question posée était plutôt de savoir si Aereo violait la loi sur le droit d'auteur en faisant une exécution en public d'œuvres protégées. Le second motif des plaignants était qu'il fallait considérer collectivement les exécutions d'une œuvre pour déterminer s'il s'agit d'exécutions publiques. Mais, selon la cour, cela avait été examiné et rejeté dans l'affaire *Cablevision*. Ce qu'il faut identifier, ce qui est déterminant, c'est l'auditoire potentiel d'une transmission spécifique<sup>34</sup>.

Selon le troisième argument, l'affaire *Cablevision* a été décidée en faisant une analogie avec le fonctionnement des appareils vidéo, alors que le modèle d'affaires d'Aereo ressemble davantage à celui d'une entreprise de télévision par câble. Ce qui fut aussi rejeté, au motif que dans l'affaire *Cablevision* on n'a étudié le lien avec les appareils vidéo que lorsqu'il s'est agi de déterminer s'il y avait violation du droit de reproduction des œuvres. Le quatrième argument, qui nous semble le plus sérieux, était à l'effet que dans l'affaire *Cablevision* la chaîne de transmission des émissions au public était

33. *Supra* note 10 à la p 690.

34. *Supra* note 10 à la p 691 : « Cablevision made clear that the relevant inquiry under the Transmit Clause is the potential audience of a particular transmission, not the potential audience for the underlying work or the particular performance of that work being transmitted ».

brisée, vu leur enregistrement, alors que ce n'est pas le cas dans l'affaire *Aereo*. Selon les plaignants, les copies faites par Aereo sont exactement comme les copies temporaires qui sont faites par les mémoires-tampons des ordinateurs lorsqu'une personne reçoit une œuvre en « streaming ». Or, ces procédés ont été considérés par les tribunaux être des transmissions « au public » d'œuvres. Cet argument a été rejeté pour deux motifs. D'abord, le système d'Aereo fait toujours une copie d'une émission, au moins temporaire, que le client choisisse de regarder immédiatement ou enregistrer une émission. On a donc raison de comparer cela à un enregistrement vidéo. Alors que dans le cas d'une personne qui regarde sur son ordinateur une œuvre diffusée en continu, il n'a pas accès à toutes les fonctions telles que pause, recul ou enregistrement pour visionner ultérieurement. Il y a aussi le fait que les antennes d'Aereo ne sont assignées qu'à une personne à la fois, et qu'elles ne génèrent qu'une copie d'une œuvre, à la disposition d'une seule personne.

Enfin, selon le dernier argument, décider que le système d'Aereo était légal signifie qu'on donne préférence à la forme plutôt qu'à la substance. Ce serait accepter qu'on puisse user d'un artifice pour contourner la loi, vu qu'Aereo fonctionne virtuellement comme une compagnie de télévision par câble. La réponse du tribunal a été qu'Aereo a réussi à élaborer techniquement son système de façon à le rendre conforme aux principes émis dans l'affaire *Cablevision*. On ne peut lui en tenir rigueur. En fait, ce dernier argument demande aux tribunaux de renverser la décision rendue dans l'affaire *Cablevision*, ce que la règle du précédent ne permet pas. D'autres compagnies ont d'ailleurs réussi à utiliser un modèle d'affaires qui est légal en vertu des règles précisées dans l'affaire *Cablevision*, comme celles qui offrent des services appelés « infonuagerie », permettant à leurs clients de stocker et partager des œuvres musicales<sup>35</sup>.

Le tribunal a aussi examiné les modifications apportées en 1976 à la loi américaine sur le droit d'auteur, pour s'assurer de bien saisir l'intention du Congrès. À son avis, un examen de l'histoire législative montre que le Congrès a réalisé qu'une définition trop large du terme « exécution » pourrait avoir des conséquences non voulues. On voulait éviter que celui qui fait jouer un disque ou qui ouvre la radio ou la télévision de ce seul fait viole automatiquement la loi. On a donc précisé qu'une exécution d'une œuvre devait l'être « publiquement », au sens de la loi, pour être visée par les droits énumérés des détenteurs de droits d'auteur. Cette limite s'applique

35. *Supra* note 10 à la p 694.



aussi aux transmissions. De la même façon qu'une transmission d'une antenne sur le toit d'une maison au téléviseur est légale, le consommateur peut se faire transmettre chez lui l'enregistrement qu'il a fait effectuer sur les serveurs d'Aereo<sup>36</sup>.

Il y a eu une opinion dissidente dans cette affaire, exprimée sous la plume du juge Chin. Il est manifeste, à son avis, que le système d'Aereo n'est qu'un moyen factice pour contourner la loi. Il écrit sans ambage : « Aereo's "technology platform" is, however, a sham. »<sup>37</sup>. Il lui apparaît que cette entreprise viole « carrément » la loi américaine sur le droit d'auteur. Il a accepté virtuellement tous les arguments des plaignants. Selon lui, il n'existe pas de motif valable au point de vue technologique, pour qu'Aereo utilise des centaines de petites antennes plutôt qu'une seule. Et si elle utilisait une seule antenne réceptrice, appelée « tête de ligne », elle ferait la même chose que les compagnies de télévision par câble et celles qui font de la diffusion en continu sur le réseau Internet : capter des émissions diffusées par les stations de télévision, et les retransmettre à des abonnés<sup>38</sup>. L'essence de l'entreprise d'Aereo est de faire de la transmission en continu sur Internet des émissions de télévision. Et la fonction « enregistrer » ne peut rendre légitime une retransmission illégale d'œuvres protégées par la loi sur le droit d'auteur<sup>39</sup>.

Selon lui, il y a deux différences importantes à faire avec la décision *Cablevision*. Dans cette affaire, la compagnie détenait un permis reconnaissant son statut d'entreprise de télévision par câble, et elle acquittait des droits d'auteur, comme l'exige la loi. Dans le cas présent, Aereo ne possède aucun permis. Les clients de Cablevision recevaient des émissions pour lesquelles les droits ont été acquittés, ce qui n'est pas le cas en l'occurrence. À son avis, le système d'Aereo est clairement visé par la « transmit clause ». La loi dit bien que « transmettre » une « exécution » signifie : la communiquer par n'importe quel procédé ou appareil par lequel des sons ou images sont reçus ailleurs qu'à l'endroit d'où ils ont été émis. Cela semble être manifestement le cas d'Aereo. Il écrit : « It is apparent that Aereo's system fits squarely within the plain meaning of the statute<sup>40</sup>. » Pour déterminer si une transmission est faite au public, il faut regarder l'identité de la personne qui effectue la transmission. Ici, Aereo transmet les signaux de télévision à tous ceux qui

36. *Supra* note 10 aux pp 694-5.

37. *Supra* note 10 à la p 697.

38. *Supra* note 10 à la p 695.

39. *Supra* note 10 à la p 702.

40. *Supra* note 10 à la p 698.



consentent à payer un abonnement. La transmission est donc effectuée « au public »<sup>41</sup>.

Quant à la question de l'intention du Congrès reflétée dans les amendements apportés en 1976, il la perçoit de façon exactement contraire à celle de ses collègues. L'historique des modifications à la loi montrerait plutôt que l'intention du Congrès était justement d'englober des technologies nouvelles, comme celle sous étude, élaborées pour exploiter les droits d'auteur des détenteurs légitimes de ces droits. À son avis, le Congrès a rejeté spécifiquement les décisions *Fortnightly* et *Teleprompter* pour s'assurer que tout système qui retransmet des émissions doit être muni d'un permis et payer des droits d'auteur<sup>42</sup>. Il a reproduit quelques passages des propos de membres de la Chambre des Représentants lors de l'étude du projet de loi qui semblent bien renforcer son opinion. Ainsi, il avait été dit que : « Each and every method by which the images or sounds comprising a performance or display are picked up and conveyed is a transmission, and if the transmission reaches the public in any form, the case comes within the scope of clauses 4 or 5 of section 106 ». Et : « ...a performance made available by transmission to the public at large is public... »<sup>43</sup>.

### 1.3 En Cour suprême

La décision a été rendue le 25 juin 2014<sup>44</sup>. Tous les juges ont pris part à la décision. Il y a une dissidence importante, au nom des juges Scalia, Thomas et Alito, qui est à toutes fins pratiques aussi élaborée que l'opinion majoritaire. La question qui s'est posée, rappelons-le, était uniquement de savoir s'il y avait lieu d'accorder une injonction préliminaire contre Aereo, au motif qu'elle viole le droit d'exécuter en public les œuvres protégées des demandeurs. Le tribunal n'a pas traité de la question de la violation ou non de la loi lorsque des émissions sont enregistrées, ni de savoir si Aereo encourt une responsabilité indirecte, appelée « secondary liability ».

À notre avis, le motif essentiel de l'opinion majoritaire peut se résumer aisément. En 1976, lorsque le Congrès a modernisé la loi, il avait manifestement l'intention de renverser les décisions rendues

41. *Supra* note 10 à la p 699.

42. *Supra* note 10 à la p 700.

43. Propos rapportés par le juge Chin, *supra* note 10 à la p 700.

44. *American Broadcasting Cos Inc v Aereo Inc, Fka Bambooms Labs, inc*, 134 S Ct 2498 (2014).

dans les affaires *Fortnightly* et *Teleprompter*. Il fallait dorénavant considérer que les compagnies de câble exécutent les œuvres transmises aux abonnés, et ce, en public. Et il n'y a tout simplement pas suffisamment de différences entre le *modus operandi* d'Aereo et celui des compagnies de câble pour qu'on applique une autre règle<sup>45</sup>. Le juge Breyer, qui a rendu l'opinion majoritaire, écrit, avant même de scruter le texte de la loi, que son libellé ne précise pas exactement qui exécute une œuvre, tout en précisant : « But when read in light of its purpose, the Act is unmistakable : An entity that engages in activities like Aereo's performs »<sup>46</sup>.

Selon le tribunal, les modifications à la loi en 1976 ont eu pour effet d'éliminer la distinction que les tribunaux avaient faite entre les diffuseurs, d'une part, et les consommateurs et compagnies de câble, d'autre part. Seules les stations de radio ou de télévision étaient considérées exécuter les œuvres. Maintenant, en vertu des nouvelles définitions dans la loi, exécute une œuvre toute personne qui montre les images contenues dans une œuvre audiovisuelle, accompagnées de sons le cas échéant<sup>47</sup>. On doit donc dire que les diffuseurs et les consommateurs exécutent maintenant les œuvres<sup>48</sup>. C'est là aussi le but de la « transmit clause » qui prévoit qu'il y a une exécution publique chaque fois qu'une représentation de l'œuvre est transmise au public. Ainsi donc, toute compagnie qui agit globalement comme une compagnie de télévision par câble exécute les œuvres, même si son rôle se limite à rehausser la capacité des consommateurs de recevoir des signaux de télévision<sup>49</sup>.

Le tribunal a admis qu'il y avait une différence dans le mode de fonctionnement d'Aereo et celui d'une compagnie de câble. Celle-ci retransmet continuellement les signaux émis par les diffuseurs, alors que le système d'Aereo reste inerte tant qu'un consommateur n'a pas manifesté son intention de visionner une émission. Mais cet élément n'est pas signifiant, quand on considère la très grande ressemblance de fonctionnement entre Aereo et une compagnie de câble<sup>50</sup>.

45. *Ibid.*, à la p 2506, le juge Breyer écrit : « Aereo's activities are substantially similar to those of the CATV companies that Congress amended the Act to reach ».

46. *Supra* note 44 à la p 2504.

47. À l'art 101 de la loi américaine, le terme « perform » est ainsi défini, à l'égard d'une œuvre audiovisuelle : « to show its images in any sequence or to make the sounds accompanying it audible ».

48. *Supra* note 44 à la p 2506.

49. *Ibid.*

50. *Supra* note 44 à la p 2507.

Restait ensuite à déterminer si Aereo exécute les œuvres « en public ». C'est nécessaire pour qu'il y ait violation de la loi. Selon Aereo, ce qu'elle transmet est peut-être une exécution d'une œuvre, mais une exécution qui a été faite initialement par quelqu'un d'autre. Et son exécution n'est pas en public, vu que les consommateurs la reçoivent dans l'intimité de leur foyer<sup>51</sup>. Selon le tribunal, Aereo interprète mal les termes « to transmit....a performance » dans la « transmit clause ». Cela ne se limite pas à viser une seule transmission à une seule personne. Dans des termes qui rappellent ce que la Cour suprême du Canada a écrit dans l'affaire *CCH*<sup>52</sup>, le tribunal dit qu'on ne doit pas faire de distinction entre la personne qui envoie le même courriel à 10 destinataires en même temps, et celle qui l'envoie à 10 personnes individuellement. De plus, les œuvres retransmises par Aereo le sont au public, parce que communiquées à un grand nombre de personnes qui ne sont pas liées entre elles. La « transmit clause » prévoit d'ailleurs clairement qu'il y a exécution publique même dans les cas où les destinataires peuvent avoir accès aux œuvres au moment et à l'endroit de leur choix<sup>53</sup>.

Quant à l'opinion minoritaire, comme cela arrive souvent, elle apparaît à première vue plus convaincante que l'opinion majoritaire, probablement parce qu'elle identifie les faiblesses ou les conclusions hâtives que celle-ci peut contenir. De l'avis des juges qui l'ont rendue, Aereo n'exécute tout simplement pas les œuvres transmises. L'erreur de leurs collègues est double : ils ont oublié d'appliquer les règles élaborées en jurisprudence concernant la responsabilité des fournisseurs de contenu, et utiliser un critère comme « ça ressemble beaucoup à » ne tient pas la route, au point de vue juridique<sup>54</sup>.

Selon les juges Scalia, Thomas et Alito, il faut d'abord constater qu'Aereo n'est pas accusée de responsabilité dite « secondaire », qu'on peut appeler au Canada « responsabilité à une étape ultérieure ». Si c'était le cas, il y aurait lieu d'appliquer les critères élaborés pour déterminer la responsabilité de ces entreprises, tels les fabricants d'appareils et les fournisseurs d'accès au réseau Internet<sup>55</sup>. Mais on l'accuse plutôt de violation directe de la loi. Dans ce cas, le critère essentiel pertinent est de déterminer quelle est la personne qui pose un geste positif, volontaire, qui rend une œuvre accessible<sup>56</sup>. Il y a

51. *Supra* note 44 à la p 2508.

52. *CCH Canadienne Ltée c Barreau du Haut-Canada*, 2004 CSC 13.

53. *Supra* note 44 à la p 2509.

54. *Supra* note 44 à la p 2512.

55. *Supra* note 44 aux pp 2512-3.

56. Ce que les juges appellent le « volitional conduct requirement ».

certes exécution d'œuvres dans le cas soumis, mais la question est : qui est la personne responsable de cette exécution<sup>57</sup> ? Il faut se demander qui, ultimement, décide du contenu offert aux consommateurs : Aereo, ou ses clients ? En l'occurrence, ce sont ses clients. Aereo n'est pas assimilable à une entreprise de télévision par câble, car cette dernière choisit, avec l'accord de la FCC bien sûr, quelle est la liste des canaux qui seront offerts au consommateur, et à quel prix. Aereo ne fait rien de cela. Elle n'effectue aucun choix quant au contenu. Son système est inerte, jusqu'à ce qu'un abonné fasse un geste positif pour regarder telle émission ou l'enregistrer. On pourrait comparer Aereo à une compagnie qui met à la disposition de ses clients des appareils à photocopier, munis d'une carte d'abonné<sup>58</sup>.

Ce qui ne veut pas dire qu'Aereo ne viole jamais la loi. La plainte contre elle allègue qu'elle viole la loi lorsqu'elle permet aux clients d'enregistrer des œuvres, et qu'elle encourt une responsabilité pour violation indirecte. Mais la question à trancher porte seulement sur l'émission d'une injonction préliminaire au motif qu'Aereo exécute les œuvres en public lorsque ses abonnés choisissent de visionner une émission en direct.

Quant à l'argument portant sur la ressemblance de fonctionnement entre Aereo et une compagnie de câble, il comporte plusieurs failles. D'abord, on ne peut isoler une ou deux phrases prononcées par un élu lors de l'étude du projet de loi en comité pour prétendre que c'est le reflet de l'intention du Congrès, composé de 535 membres<sup>59</sup>. Il faut toujours se rappeler aussi la différence qu'il peut y avoir entre ce qui peut être l'objectif général d'une loi, et ce que ses dispositions prévoient textuellement. Ce sont ces termes que les tribunaux doivent appliquer. Si le Congrès n'est pas satisfait de leur travail, il peut toujours alors amender le texte de la loi<sup>60</sup>. De plus, l'opinion majoritaire ne fournit pas de norme précise pour identifier ce qui peut être considéré comme système similaire. Ainsi par exemple, qu'aurait-il fallu conclure si Aereo avait construit son système de telle façon que même quand les clients choisissent la fonction « regarder », elle ne soit activée qu'après une période d'attente obligatoire, comme une heure ou deux plus tard<sup>61</sup> ? Enfin, il faut se rappeler que le système en cause dans l'affaire *Cablevision*, a été

57. *Supra* note 44 à la p 2513.

58. *Supra* note 44 à la p 2514.

59. *Supra* note 44 à la p 2515.

60. *Supra* note 44 à la p 2517.

61. *Ibid.*

jugé légal. Il apparaît aux juges minoritaires qu'ici, les ressemblances entre le système d'Aereo et celui où les consommateurs utilisent l'équivalent d'un appareil vidéo à distance sont plus grandes que ce que la majorité a voulu reconnaître<sup>62</sup>...

## 2. Au Canada

Au Canada, les choses se présentent de façon un peu différente. Les créateurs d'œuvres ont à toutes fins pratiques les mêmes droits, ici et aux États-Unis. Mais ces droits ne sont pas formulés exactement de la même façon. Ce qui implique qu'on doit vérifier si cela a des conséquences juridiques. Ainsi par exemple, l'article 106 de la loi américaine, qui énumère les droits exclusifs des détenteurs de droits d'auteur, mentionne le droit de distribution. Cela vise le droit de vendre des exemplaires des œuvres. Au Canada, on arrive au même constat, mais il faut combiner le droit de multiplier les exemplaires de l'œuvre, appelé à l'article 3(1) le « droit de reproduire l'œuvre », et le droit d'autoriser une autre personne à poser ce geste<sup>63</sup>. Autre exemple : dans la loi américaine, la définition à l'article 101 de ce que signifie « to perform or display a work publicly » semble ne pas faire de distinction nette entre ce qui est une exécution en public d'une œuvre, et le fait de la transmettre au public. Il est certain que ces deux droits existent aux États-Unis, mais leur formulation a peut-être été source d'imprécision ou de confusion.

Au Canada, les droits d'exécution en public et les droits de communiquer au public une œuvre par télécommunication sont bien distingués. Le paragraphe 3(1) identifie distinctement le droit, à l'égard d'une œuvre, « d'en exécuter ou d'en représenter la totalité ou une partie importante en public ». D'après la jurisprudence, cela vise clairement tout endroit où le public a accès sans invitation particulière. Il peut donc s'agir d'un restaurant, le lobby d'un hôtel, un bar, une discothèque, etc. L'élément important est que des personnes en chair et en os puissent se regrouper dans un endroit où elles entendent ou voient la représentation d'une œuvre. Cette représentation ou exécution peut être faite par des musiciens, des chanteurs ou des acteurs, ou on peut faire jouer des disques, ou on peut avoir allumé la radio ou la télévision. On considère alors que c'est la personne qui fait jouer les disques ou qui a allumé la radio ou l'appareil de télévision qui exécute une œuvre en public.

---

62. *Ibid.*

63. LDA para 3(1) *in fine*.

L'alinéa 3(1)f) de la LDA, pour sa part, traite du droit de « communiquer, au public, par télécommunication » une œuvre. Cette disposition a été adoptée précisément pour viser les technologies modernes. On voulait que les compositeurs, les auteurs de pièces de théâtre, de scénarios de films, soient rémunérés lorsque leurs œuvres sont diffusées à la radio ou à la télévision. Ici, ce sont les stations de radio ou télévision qui sont considérées « communiquer au public par télécommunication » l'œuvre. Les compagnies de télévision par câble le font aussi, mais elles bénéficient d'une exonération en vertu de l'article 31 de la loi<sup>64</sup>.

Plusieurs questions se poseraient, dans l'hypothèse où Aereo exercerait ses activités au Canada. On pourrait, dans un premier temps, se demander si elle pourrait bénéficier, elle aussi, de cette exemption prévue au paragraphe 31(2), qui exonère du paiement de droits d'auteur les compagnies de câble qui ont un permis du CRTC et retransmettent seulement des signaux canadiens. La réponse est clairement négative. Car l'article 31 est formulé de façon à ne pas viser les « retransmetteurs de nouveaux médias ». Il s'agit d'entreprises qui diffusent du contenu sur Internet. Le CRTC les a dispensées en 1999 de l'obligation de détenir un permis à titre d'entreprise d'émission ou de réception de radiodiffusion. Cela a été fait pour leur permettre de se développer dans un environnement juridique plus libre de contraintes. Dans le cas qui nous intéresse, Aereo ne fait que de la diffusion sur Internet, de sorte qu'elle ne peut pas prétendre bénéficier du statut d'entreprise de télévision par câble.

On peut aussi se poser la question de savoir si Aereo pourrait invoquer l'alinéa 2.4(1)b). Cette disposition prévoit que « n'effectue pas une communication au public la personne qui ne fait que fournir à un tiers les moyens de télécommunication nécessaires pour que celle-ci l'effectue ». L'objectif du législateur ici était que les grandes entreprises de télécommunications -comme Bell Canada- ne soient pas responsables du contenu véhiculé par leurs appareils. On a voulu avoir une règle semblable à ce qui existe depuis longtemps pour le téléphone. Ici, Aereo pourrait, à la limite, chercher à utiliser cette disposition en prétendant que tous ses appareils sont manipulés par ses clients. Ce sont eux qui contrôlent à distance des appareils permettant de visionner ou d'enregistrer des émissions.

---

64. Cette disposition prévoit qu'elles n'ont à acquitter de droits d'auteur que lorsqu'elles retransmettent des signaux dits « éloignés », qui sont définis par règlement de façon à ne viser que ceux qui viennent des États-Unis.

Mais cet argument semble avoir peu de chances de succès. Dans la décision *SOCAN c Association canadienne des fournisseurs Internet*<sup>65</sup>, la Cour suprême s'est penchée sur la question de savoir si les fournisseurs d'accès à Internet pouvaient être considérés responsables du fait que leurs clients s'échangent entre eux des pièces musicales. Dans cette affaire, les entreprises visées étaient, notamment, Bell, Telus, Aliant et MTS Communications<sup>66</sup>. Elles fournissent l'accès à Internet à leurs abonnés, qui peuvent être des fournisseurs de contenu ou les utilisateurs finaux<sup>67</sup>. Ce qui n'est pas le cas d'Aereo, qui exploite un site Internet. On ne peut dire qu'elle fournit l'accès au réseau Internet, ni qu'elle soit un fournisseur de contenu. De plus la Cour suprême a écrit, concernant les entreprises visées, que l'alinéa 2.4(1)b) « tire peut-être son origine du moyen de défense fondé sur la diffusion de bonne foi dont peuvent parfois se prévaloir librairies, bibliothèques, marchands de journaux et commerçants apparentés » et « L'intermédiaire internet qui ne se livre pas à une activité touchant au contenu de la communication...bénéficie de l'application de l'al. 2.4(1)b)<sup>68</sup> ». On comprend alors clairement qu'Aereo ne peut bénéficier de cette disposition. Elle ne peut tout simplement pas prétendre qu'elle n'a rien à voir avec le contenu de ce qui est transmis aux abonnés par son service. Elle n'existe que pour transmettre des émissions de télévision. Le seul inconnu, c'est de savoir quel client veut visionner ou enregistrer quelle émission.

Reste alors la question la plus délicate, savoir si Aereo se trouve à « communiquer au public par télécommunication » les émissions de télévision. La Cour suprême s'est prononcée à quelques reprises sur cette question de savoir quand une communication est faite « au public ». Une première occasion a été l'affaire *CCH* en 2004<sup>69</sup>. Des grandes maisons d'édition dans le monde juridique ont poursuivi pour violation de droit d'auteur le Barreau ontarien, qui assure depuis le 19<sup>ième</sup> siècle le fonctionnement de la Grande Bibliothèque d'Osgoode Hall, à Toronto. Les employés de la bibliothèque, pour donner un meilleur service au monde juridique, acceptent de photocopier des jugements, des chapitres de volumes, des articles de revues, des lois, etc. et les expédier au destinataire par la poste ou par télécopieur. L'un des arguments des plaignants était que le Barreau, en transmettant par télécopieur les œuvres des éditeurs,

65. 2004 CSC 45.

66. Pour Manitoba Communication Systems.

67. *Supra* note 65 au para 16.

68. *Supra* note 65 aux para 89 et 92.

69. *Supra* note 52.



violait l'alinéa 3(1)f) de la LDA parce qu'il communiquait alors les œuvres « au public ». Cet argument a été rapidement rejeté, car la commande était expédiée à une seule personne, celle qui avait requis les photocopies. Mais le tribunal a laissé la porte ouverte à une interprétation souple de ce concept en écrivant : « Transmettre une seule copie à une seule personne par télécopieur n'équivaut pas à communiquer l'œuvre au public. Cela dit, la transmission répétée d'une copie d'une même œuvre à de nombreux destinataires pourrait constituer une communication au public et violer le droit d'auteur »<sup>70</sup>. Il n'a pas élaboré davantage, car les faits de la cause ne soulevaient pas cette question. On peut seulement dire que le tribunal a été prudent, et a fait une remarque conforme au bon sens, *i.e.* qu'il ne faut pas uniquement regarder si une communication a été faite simultanément à une ou plusieurs personnes. Comme la juge en chef l'a écrit, la transmission répétée d'une œuvre à plusieurs personnes pourrait constituer, selon les circonstances, une communication « au public ». Aereo peut être visée par cet *obiter* puisque, en fait, elle transmet à chaque heure du jour la même émission à plusieurs clients qui demandent de la visionner.

La Cour fédérale d'appel a également eu l'occasion, au tout début de l'année 2008, de se pencher sur la signification de l'expression « communication au public » dans ce qu'on surnomme familièrement « l'affaire des sonneries »<sup>71</sup>. La Commission du droit d'auteur avait approuvé un tarif applicable lors du téléchargement, par les abonnés des fournisseurs d'accès à Internet, de la sonnerie de leur choix pour leur téléphone cellulaire. Les grandes entreprises de télécommunications ont prétendu qu'il ne devait pas y avoir de tarif applicable, puisque chaque client accède seul au site de la compagnie, où il peut entendre un éventail de sonneries, faire son choix, et alors l'entreprise lui envoie un fichier pour lui seul. La question était de savoir si les compagnies offrant ce service effectuaient une « communication au public par télécommunication » d'une œuvre musicale. Le tribunal a compris ce qui avait été dit par la Cour suprême dans le litige dont nous venons de traiter comme signifiant que le fait qu'une communication soit faite de point à point n'est pas toujours déterminant<sup>72</sup>. Il faut plutôt se placer du point de vue de

70. *Ibid* au para 78.

71. *Association canadienne des télécommunications sans fil c SOCAN*, 2008 CAF 6 (CAF) ; permission d'en appeler à la Cour suprême du Canada refusée [2008] CSC 135.

72. *Ibid* au para 35.



l'émetteur, davantage que du récepteur. En l'occurrence, les entreprises en cause cherchent à vendre le plus grand nombre de sonneries possible au plus grand nombre de clients. Dans ce cas, le fait que le téléchargement du choix de sonnerie soit initié par une décision du client ne change pas le fait qu'il s'agisse d'une communication « au public »<sup>73</sup>. C'est également ce qui permet de dire qu'une émission de télévision est communiquée au public, même s'il peut arriver que personne ne la regarde, ou que chaque personne qui la regarde le fasse dans l'intimité de son foyer. C'était d'ailleurs l'objectif de la modification apportée dans les années '80 à la formulation de l'alinéa 3(1)f)<sup>74</sup> de la LDA.

Quoi qu'il en soit sur ce point, la Cour suprême a pu préciser sa pensée dans l'affaire *Rogers Communications c. SOCAN*<sup>75</sup>. La question posée était justement de savoir si le « streaming », *i.e.* la transmission en continu de données permettant de voir ou d'entendre du contenu au moment de sa transmission, où il y a un stockage d'une copie temporaire sur le disque dur de l'utilisateur, est visé par l'alinéa 3(1)f). La Commission du droit d'auteur avait établi que les entreprises de télécommunications doivent acquitter des redevances tant lorsque leurs clients téléchargent des fichiers musicaux que lorsqu'ils écoutent de la musique en mode « streaming ». La question était donc précisément de déterminer « si la transmission en continu de fichiers sur internet à la demande d'un utilisateur individuel constitue une communication "au public" par le service de musique en ligne qui offre une telle transmission aux utilisateurs, des œuvres musicales contenues dans les fichiers »<sup>76</sup>. De l'avis de la Cour suprême, c'était le cas.

Les appelants misaient évidemment sur le fait que chaque fichier était envoyé individuellement à un client qui en faisait la demande. Mais le tribunal, en reprenant ce qu'il avait écrit dans le cadre de l'affaire *CCH*, a montré l'illogisme qu'il y aurait à conclure qu'un fichier expédié individuellement à cent personnes devrait être considéré une communication privée, alors que le même fichier envoyé en même temps à cent personnes serait une communication

73. *Ibid* au para 42.

74. La définition initiale, formulée dans la loi de 1921 et restée inchangée pendant plus de 70 ans, prévoyait que : « s'il s'agit d'une œuvre littéraire, dramatique, musicale ou artistique, de transmettre cette œuvre au moyen de la radiophonie ».

75. [2012] CSC 35.

76. *Ibid* au para 5.

publique<sup>77</sup>. Les appelants ont également plaidé que même en admettant qu'on doive se placer du point de vue de l'expéditeur, plutôt que du client, il reste que son intention est de transmettre un seul exemplaire de l'œuvre, uniquement à la demande d'un client. Selon le tribunal, cet argument amène aussi à des résultats incompatibles avec la nature véritable de la communication. Comme l'a écrit la Commission du droit d'auteur dans cette affaire, « les téléchargements sont destinés à un groupe de personnes » et sont « offerts à quiconque possède l'appareil approprié et est disposé à remplir les conditions établies<sup>78</sup> ». Il n'est donc pas possible de soutenir que « l'expéditeur n'a pas l'intention de transmettre de nouveau la même œuvre »<sup>79</sup>. La Cour suprême a aussi appuyé sa conclusion sur une étude historique de l'alinéa 3(1)f). À son avis, la modification apportée en 1988 a voulu en faire une disposition neutre, sur le plan technologique, pour rester en phase avec un contexte technologique en constante évolution. La protection d'une œuvre ne doit donc pas dépendre du modèle technologique utilisé par une personne qui cherche à contrevenir au droit d'auteur<sup>80</sup>.

Le tribunal a aussi fait une brève allusion à la décision rendue dans l'affaire *Cablevision*, invoquée par les appelants. À son avis, cet arrêt ne pouvait étayer leur thèse, car cette décision a été rendue en fonction du libellé explicite de la disposition dans la loi américaine relative à la transmission, qui exige de tenir compte des personnes qui peuvent recevoir soit « l'émission » ou la « représentation » ou « l'exécution » en cause, et non l'auditoire potentiel d'une œuvre donnée<sup>81</sup>. Ainsi donc, selon la cour, « Lorsqu'on conclut à l'existence d'une série de communications point à point de la même œuvre à un groupe de personnes, il importe peu, pour déterminer si la protection du droit d'auteur s'applique, que les destinataires reçoivent la communication au même endroit ou en des endroits différents, au même moment ou à des moments différents, à leur initiative ou à celle de l'expéditeur »<sup>82</sup>. En un sens, on peut dire que le tribunal avait déjà intégré dans sa jurisprudence la modification qui allait être bientôt effectuée dans la loi, soit le nouveau paragraphe 2.4(1.1) ainsi formulé : « ...constitue notamment une communication au public par télécommunication le fait de mettre à la disposition du public par

77. *Ibid* au para 29.

78. *Ibid* au para 33.

79. *Ibid*.

80. *Ibid* au para 40.

81. *Ibid* au para 51.

82. *Ibid* au para 52.

télécommunication une œuvre ou un autre objet du droit d'auteur de manière que chacun puisse y avoir accès de l'endroit et au moment qu'il choisit individuellement »<sup>83</sup>.

Enfin, la dernière occasion du plus haut tribunal de se prononcer sur le sens et la portée de l'alinéa 3(1)f) de la LDA a été l'affaire *Entertainment Software Association c SOCAN*<sup>84</sup>. Les faits sont fort simples. Les compagnies éditrices de jeux vidéo offrent maintenant un choix au consommateur désireux de faire l'achat d'un jeu. En plus du fait, évidemment, de s'en procurer un exemplaire en magasin, il peut s'en faire livrer une copie par la poste, sous forme de disque compact, ou en télécharger directement un exemplaire à partir du site Internet de la compagnie. Tous les droits d'auteur exigibles ont été acquittés lors de la création des jeux. Mais la SOCAN, la Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique, a prétendu que lorsqu'un exemplaire est acheté selon cette dernière modalité, il y a un droit supplémentaire à payer. Car non seulement le consommateur a-t-il alors acquis un nouvel exemplaire du jeu, il y a eu aussi « communication au public par télécommunication » lorsqu'il a reçu son exemplaire à partir du site Internet. Cet argument heurte le sens commun, car on est porté à penser qu'il ne devrait pas y avoir de différence juridique selon qu'on utilise un moyen ou un autre de se procurer une copie du jeu. Pourtant, la question se pose sérieusement quant à l'application de l'alinéa 3(1)d) de la LDA. Quand il y a distribution d'une copie d'une œuvre sur Internet, cela emporte-t-il l'exigibilité de deux redevances, une pour la reproduction, et une pour la communication au public par télécommunication ? On sait que dans l'affaire des sonneries, les tribunaux ont jugé qu'il y a communication au public par télécommunication lorsque le client choisit sa sonnerie de téléphone. Et la Cour suprême du Canada a écrit dans l'affaire *Rogers* : « ...l'œuvre protégée est mise à la disposition d'un groupe de personnes faisant partie du grand public<sup>85</sup>. »

Le point essentiel de la décision, nous semble-t-il, est que la Cour suprême nous enseigne qu'il faut distinguer nettement le fait de créer un nouvel exemplaire d'une œuvre, et le fait de communiquer au public par télécommunication une œuvre. Ce dernier droit a

83. LC 2012, c 20 art 3. La décision de la Cour suprême a été rendue le 12 juillet 2012, et la nouvelle disposition a été adoptée le 6 novembre de la même année.

84. 2012 CSC 34.

85. *Supra* note 55 au para 40.

toujours eu un lien avec le fait de montrer l'œuvre, de la faire jouer devant un public. Une personne qui achète sur Internet un jeu vidéo et en reçoit le fichier ne fait que confectionner légalement un nouvel exemplaire de l'œuvre. Dans un passage crucial, le tribunal écrit : « A notre avis, la Commission (du droit d'auteur) conclut à tort que distribuer sur internet une copie d'un jeu vidéo qui renferme une œuvre musicale équivaut à "communiquer" cette œuvre au public. L'historique de la *Loi sur le droit d'auteur*, dont il ressort que le droit de "communiquer" a toujours été lié à celui d'exécuter ou de représenter une œuvre, et non au droit de créer une copie permanente de l'œuvre, le confirme<sup>86</sup> ». Ainsi, dès la première version de la loi, en 1921, il était question du droit d'exécuter ou représenter une œuvre. Ceci pour protéger évidemment les compositeurs et auteurs de pièces de théâtre lorsque leurs œuvres sont jouées devant public. À l'époque, le droit d'exécution supposait la présence d'un auditoire sur place. La technologie a évolué depuis, avec l'apparition de la radio, puis de la télévision, mais la consultation du texte de la Convention de Vienne en 1928, à laquelle le Canada a adhéré, et les débats à la Chambre des communes montrent que l'objectif a toujours été de protéger les créateurs quand leurs œuvres sont jouées, sont montrées devant public.

La modification de l'alinéa 3(1)f, effectuée en 1988, va dans le même sens<sup>87</sup>. L'ajout des mots « au public » est important. Car à l'époque de la radio et de la télévision, toutes les communications l'étaient au public, puisque diffusées par ondes hertziennes. Le terme « télécommunication » aurait pu alors créer une ambiguïté dans la loi, car une télécommunication peut viser une communication privée. En juxtaposant « au public » avant « télécommunication », « le législateur a clairement signifié son intention de faire en sorte que le droit de communication demeure un droit d'exécution ou de représentation<sup>88</sup>. Le tribunal a également trouvé un appui à sa position dans la rédaction de l'article 3 de la LDA. La partie introductive de cette disposition prévoit que le droit d'auteur « comporte »<sup>89</sup> le droit exclusif de reproduire une œuvre, et de l'exécuter ou

86. *Supra* note 64 au para 12.

87. Le tribunal écrit : « A notre avis, lorsqu'il a substitué le mot "télécommunication" en 1988, le législateur n'avait pas l'intention de changer la nature fondamentale du droit de communication, lequel se rapportait depuis plus de 50 ans aux activités d'exécution ou de représentation. » *Supra* note 84 au para 25.

88. *Supra* note 84 au para 26.

89. La version anglaise dit « means » ce qui aux yeux du tribunal confirme sa conclusion que la définition est exhaustive.

la représenter en public. Et ce texte est à l'effet, un peu plus loin, que le droit d'auteur « comporte, en outre » plusieurs autres droits, énumérés aux alinéas a) à i). Ce qui indique que « les droits énoncés dans la partie introductive constituent l'assise fondamentale du droit d'auteur. Ceux qui font l'objet des alinéas suivants ne sont que des exemples<sup>90</sup>. »

On peut donc avancer, à la lumière de toutes ces décisions, que les activités de la compagnie Aereo seraient probablement considérées, au Canada, comme la transmission au public par télécommunication d'œuvres. Elle ne reproduit pas les émissions de télévision, elle n'en fabrique pas elle-même un nouvel exemplaire, mais elle les rend disponibles à tout intéressé qui veut bien payer un abonnement mensuel.

### Conclusion

Aux États-Unis, la décision de la Cour suprême a scellé le sort du modèle d'affaires d'Aereo, même si techniquement elle ne portait que sur une demande d'injonction interlocutoire et que l'affaire a été renvoyée devant les instances inférieures. Mais cela n'équivaut pas à une peine de mort pour la compagnie. Elle peut renaître de ses cendres en offrant des services d'infonuagierie à des compagnies de télévision par câble, qui n'ont pas les moyens financiers de développer leur propre technologie. Elle pourrait exploiter autrement sa technologie concernant les transcodeurs, qui transforment les signaux des stations de radio et télévision en signaux numériques capables de voyager sur le réseau Internet. Certains pensent même qu'elle pourrait techniquement vendre ses antennes à ses abonnés, et elle obtiendrait des revenus pour l'entretien du système<sup>91</sup>. Elle pourrait aussi se présenter comme compagnie de câble, et conclure des ententes avec des fournisseurs de contenu. Aereo détient aussi près d'une vingtaine de brevets.

90. *Supra* note 84 au para 42.

91. *Supra*, note 3 à la p 54. D'autres ont suggéré, plus simplement, que la loi américaine soit modifiée de façon à ce que à la fois les compagnies de câble et les compagnies comme Aereo bénéficient d'un régime de licence obligatoire. Voir Sam Méndez, « Aereo and Cablevision : How Courts Are Struggling to Harmonize the Public Performance Right with Online Retransmission for Broadcasting Television » (2014) 9 *Washington Journal of Technology, Law & Arts* 239, à la section V : Looking Forward.

Il faut se rappeler aussi que toutes les questions juridiques posées dans ce litige n'ont pas trouvé réponse. Comme on l'a vu, rien n'a été dit sur la question de savoir si Aereo viole la loi lorsqu'elle permet à ses abonnés d'enregistrer des émissions, ni si elle encourt une responsabilité dite indirecte. On ne connaît pas trop non plus l'impact de la décision de la Cour suprême sur les services d'infonuage. Puisque les consommateurs peuvent présentement recevoir gratuitement des émissions de télévision, et même les enregistrer sur un appareil vidéo, qu'arrive-t-il s'ils décident de conserver ces enregistrements auprès d'une compagnie qui offre ce genre de services ? Devra-t-on dire que cette entreprise viole la loi lorsque ses clients décident de visionner une émission dont ils ont programmé l'enregistrement<sup>92</sup> ?

Sur un plan strictement juridique, nous n'aurons pas la prétention d'avancer que la décision de la Cour suprême des États-Unis est erronée. La question posée était difficile. Le fait qu'il y ait une dissidence importante le montre bien. On nous permettra peut-être la critique suivante. À notre avis, une faiblesse importante de l'opinion majoritaire est qu'on n'a pas suffisamment tenu compte d'une donnée factuelle importante. C'est qu'Aereo prenait grand soin de s'assurer que tous ses clients résidaient dans une zone où ils pouvaient capter gratuitement les signaux des stations locales de radio et de télévision. Or, la *Loi sur le droit d'auteur* est ainsi faite que ces personnes peuvent visionner les émissions gratuitement. Le compromis historique est que les diffuseurs ne sont pas floués, parce qu'ils tirent leurs revenus de la vente de messages publicitaires. Les consommateurs peuvent même enregistrer les émissions sur un appareil vidéo. Pourquoi serait-ce tout à coup illégal de visionner ces mêmes émissions sur un support autre qu'une télévision conventionnelle ? C'est pourtant ni plus ni moins ce qu'offrait Aereo.

Nous sommes aussi d'accord avec l'opinion minoritaire à l'effet qu'un critère du type « ça ressemble beaucoup à » est dangereux. Il peut avoir du mérite, car il peut parfois être utilisé pour que l'intention véritable du législateur soit respectée, lors de changements technologiques imprévus. Mais il reste qu'une *Loi sur le droit*

---

92. Les juges majoritaires dans la décision rendue dans l'affaire *Aereo* ont tenté d'éluder élégamment cette question en écrivant simplement, en traitant du sens de l'expression « au public » : « We have said that it does not extend to those who act as owners or possessors of the relevant product », et en disant que la doctrine du « fair use » pourrait trouver application dans un tel cas. Voir *supra* note 44 à la p 2510.

---

*d'auteur* est une loi d'exception<sup>93</sup>, et on s'aventure sur une pente glissante lorsqu'on accepte d'appliquer un critère aussi flou. Ainsi, pour prendre un exemple extrême, on pourrait prétendre que ce sont les mêmes règles juridiques qui doivent s'appliquer au télégraphe, au téléphone, à la radio, à la télévision, aux satellites, etc, puisque tous ces éléments se ressemblent, vu qu'ils ont un élément en commun : l'utilisation de l'électronique !

Quoi qu'il en soit, on peut certes dire que l'affaire *Aereo* est encore un exemple frappant d'une situation qui pose un défi aux lois actuelles sur le droit d'auteur. Il faudrait, idéalement, que le législateur regarde de près ces réalités et exprime un choix clair quant à la règle applicable. Après tout, c'est la fonction fondamentale d'un Parlement que de faire des choix de société.

---

93. Comme l'indique l'article 89 de notre loi, à l'effet qu'il n'y a pas d'autres droits d'auteur que ceux prévus dans la loi.

