Le lisible et l'illisible

The Legible and the Illegible

Sous la direction de
Ysolde Gendreau
Editor

Les Éditions Thémis

CRDP

Université de Montréal

Éloge du lisible

David Nimmer*

Avant de commencer, je voudrais tout d'abord remercier Mme la professeure Ysolde Gendreau de m'avoir invité à prononcer cette conférence. Il me fait plaisir de voir ici mon très estimé confrère le professeur André Lucas, avec qui j'ai fait une conférence à Cannes il y a quelques années. Je suis heureux également de revoir le professeur Ejan Mackaay après notre rencontre au congrès en Israël en 1999. Enfin, je vous remercie tous de supporter mon français pendant ces remarques.

Je suis fort impressionné par le titre « *Le lisible et l'illisible* ». En effet, on peut dire que le droit d'auteur américain est un mélange d'éléments lisibles et illisibles. Les archéologues de l'avenir qui fouilleront le Titre 17 du *Code du droit d'auteur*[1] arriveront sans doute à la conclusion, comme l'ont fait récemment des théoriciens de *La Bible*, que le Titre 17 provient de deux textes différents rassemblés par un rédacteur anonyme pour des raisons mystérieuses. Le premier texte contient une série de règlements simples et limpides. Le deuxième contient plutôt une suite interminable de règlements rédigés de façon minutieuse mais qui semblent affreusement contournés et souvent fort obscurs.

---

* Visiting Professor, UCLA School of Law, Distinguished Scholar, Berkeley Center of Law & Technology. Traduction par Cynthia Vroom.
©2003 David Nimmer.

1 17 U.S.C. (1976).

Pour illustrer cette réflexion je parlerai d'abord des dispositions lisibles de la loi américaine, puis de celles qui sont illisibles. Commençons par présenter des exemples du lisible. Dans les arrêts de jurisprudence du droit d'auteur américain, les deux notions qui font le plus souvent l'objet des litiges sont (1) la *substantial similarity* (ressemblance importante) et (2) le *fair use* (utilisation justifiée).

En matière de ressemblance importante, dans toute action en contrefaçon, il incombe au demandeur de fournir des preuves que l'ouvrage du défendeur est *substantially similar* au sien. Dans une affaire récente devant la Cour d'appel fédérale du 2e Circuit[2], la société de production Castle Rock prétendait que le défendeur avait empiété sur son droit exclusif aux épisodes de la série télévisée *Seinfeld* produite par Castle Rock, par la publication d'un livre intitulé *The Seinfeld Aptitude Test*, une série de questions sur le programme. Évidemment, un livre composé d'une série de questions est dissemblable de 84 épisodes d'une série télévisée. Néanmoins, le demandeur dans cette affaire a réussi à démontrer que, dans son ensemble, le livre était *substantially similar* à l'œuvre (la série télévisée) qui faisait l'objet du copyright.

Quant à la doctrine de *fair use*, si un demandeur fournit des preuves satisfaisantes de ressemblance importante, il incombe au défendeur, à son tour, de démontrer que son utilisation de l'œuvre était justifiée. Autrement dit, même si le demandeur établit l'existence des éléments d'une contravention au *copyright*, le défendeur peut tout de même prouver que son utilisation de l'œuvre était *fair*, c'est-à-dire compatible avec le but fondamental du droit d'auteur, qui est de « promouvoir les progrès des sciences et des arts utiles. » C'est pourquoi, bien que le demandeur Castle Rock ait établi les éléments de la contravention, le rédacteur du *Seinfeld Aptitude Test* a eu la possibilité de présenter des faits justificatifs et donc d'éviter un jugement contre lui.

---

2 *Castle Rock Entertainment Inc.* v. *Carol Publishing Group*, (2nd Cir. 1998) 150 F.3d 132.

Il serait utile à cet égard de considérer la manière dont la notion de *fair use* est codifiée. Le Congrès américain a promulgué cette disposition de la loi, l'article 107 du *Code du droit d'auteur* (le *Copyright Act*), de la façon suivante:

§ 107. Limitations on exclusive rights: Fair use

Notwithstanding the provisions of sections 106 and 106A the fair use of a copyrighted work, including such use by reproduction in copies or phonorecords or by any other means specified by that section, for purposes such as criticism, comment, news reporting, teaching (including multiple copies for classroom use), scholarship, or research, is not an infringement of copyright. In determining whether the use made of a work in any particular case is a fair use the factors to be considered shall include—

(1) the purpose and character of the use, including whether such use is of a commercial nature or is for nonprofit educational purposes;

(2) the nature of the copyrighted work;

(3) the amount and substantiality of the portion used in relation to the copyrighted work as a whole; and

(4) the effect of the use upon the potential market for or value of the copyrighted work.

> The fact that a work is unpublished shall not itself bar a finding of fair use if such finding is made upon consideration of all the above factors.

Comme vous voyez, cette disposition est extrêmement brève; et pourtant elle a donné lieu à d'innombrables arrêts. En fait, parmi les affaires tranchées par la Cour suprême américaine, plus d'entre elles concernent la notion de *fair use* plus que tout autre aspect du droit d'auteur.

1. Quant au premier élément de la notion de *fair use*, dans la célèbre affaire *Sony Betamax*[3] la Cour suprême a discuté « le but et le caractère de l'utilisation ». Dans cette affaire des studios avaient entamé une action pour empêcher la distribution d'un magnétoscope. La Cour a fait remarquer que l'utilité du magnétoscope était de permettre un « déplacement » du temps (au sens figuré, bien sûr). C'est-à-dire que le magnétoscope permettait aux consommateurs tout simplement de regarder une émission télévisée à une heure plus avancée que l'heure à laquelle ils avaient déjà été invités à la regarder – gratuitement – par le propriétaire du *copyright*. Parce que le but de cette utilisation était évidemment légitime, la Cour suprême a maintenu la défense de *fair use*.

2. Quant au deuxième élément de la notion de *fair use*, dans son arrêt *Stewart* c. *Abend*[4], la Cour suprême a fait allusion au « caractère de l'œuvre qui fait l'objet du *copyright* ». L'œuvre en question était une histoire policière fantasque que le metteur en scène Alfred Hitchcock avait adapté pour l'écran dans le film *Rear Window*. Parce que l'œuvre qui faisait l'objet du *copyright* était considérée comme une oeuvre créative et

---

[3] *Sony Corp.* v. *Universal City Studios*, (1984) 464 U.S. 417.

[4] *Stewart* v. *Abend*, (1990) 495 U.S. 207.

expressive (par opposition à un compendium de statistiques sur la croissance du blé, par exemple), la Cour suprême a conclu que le fait d'avoir copié l'ouvrage ne constituait pas un *fair use*.

3. Le troisième élément de la notion de *fair use* est l'importance de la partie de l'œuvre utilisée (c'est-à-dire copiée). Dans son arrêt *Acuff-Rose* c. *Campbell*[5], la Cour suprême a examiné une parodie non autorisée de la chanson classique de Roy Orbison, *Pretty Woman*, enregistrée par les chanteurs *rap* 2 Live Crew. Bien que les *rappers* se sont appropriés du caractère essentiel de la chanson et semblaient donc aller à l'encontre de ce troisième élément, la Cour suprême a fait observer que dans le cas d'une parodie, c'est précisément ce caractère essentiel auquel le parodiste doit viser. La Cour a donc maintenu la défense de *fair use*.

4. Enfin, dans l'arrêt *Harper & Row* c. *Nation*[6], la Cour suprême a été appelée à décider si un *scoop* des mémoires du président Ford qui allaient paraître constituait un *fair use*. La revue *Nation* avait publié des extraits de cette autobiographie avant que *Time Magazine*, qui avait un contrat avec la maison d'édition, ne puisse les publier lui-même. La Cour suprême a considéré « l'effet de l'utilisation sur le marché éventuel » pour décider s'il y avait eu un effet nuisible sur ce marché. La Cour a découvert un tel effet parce que *Time*, privée de son droit exclusif de publier des extraits des mémoires, avait annulé le versement de 12 500 $ dû à la maison d'édition selon le contrat. Pour cette raison la Cour a rejeté la défense de *fair use*.

Ce bref examen de la notion de *fair use* nous montre comment chaque élément a été interprété par la Cour suprême au cours des 25 années passées depuis l'entrée en vigueur de la loi. Je soumettrais que le caractère fort lisible de cette disposition rédigée en 1976 a permis à la Cour

---

5 *Luther R. Campbell aka Luke Skyywalker et al.* v. *Acuff-Rose Music Inc.*, (1994) 510 U.S. 569.

6 *Harper & Row Publishers Inc.* v. *Nation Enterprises*, (1985) 471 U.S. 539.

suprême de l'interpréter avec beaucoup de liberté. À leur tour, les tribunaux fédéraux ont interprété les arrêts de la Cour suprême pour élaborer le champ d'application de chacun de ces éléments.

On quitte maintenant le domaine de *fair use* pour examiner l'autre élément du droit d'auteur qui domine la jurisprudence, la doctrine de *substantial similarity*. Voici la disposition du Code du droit d'auteur qui expose les éléments de cette notion :

Non, l'équipement informatique n'est pas en panne. La raison pour laquelle le carré est demeuré blanc est qu'aucune disposition du Code du droit d'auteur ne définit les éléments de *substantial similarity*. Et pourtant cette notion est parmi les mieux développées dans les arrêts des tribunaux fédéraux (notamment des cours d'appel).

De cette incursion rapide sur le terrain on peut tirer deux conclusions provisoires. Premièrement, une disposition courte et lisible permet aux tribunaux d'élaborer et de développer cette notion. Deuxièmement, même sans texte législatif pour servir de guide d'analyse, les tribunaux sont parfaitement capables de développer des critères pour le développement du droit jurisprudentiel.

On passe maintenant du lisible à l'illisible. Le Congrès impose une limite au droit exclusif aux transmissions secondaires (le *cable compulsory license*).

§ 111. Limitations on exclusive rights : Secondary transmissions

(a) Certain secondary transmissions exempted. The secondary transmission of a performance or display of a work embodied in a primary transmission is not an infringement of copyright if—

(1) the secondary transmission is not made by a cable system, and consists entirely of the relaying, by the management of a hotel, apartment house, or similar establishment, of signals transmitted by a broadcast station licensed by the Federal Communications Commission, within the local service area of such station, to the private lodgings of guests or residents of such establishment, and no direct charge is made to see or hear the secondary transmission; or

(2) the secondary transmission is made solely for the purpose and under the conditions specified by clause (2) of section 110; or

(3) the secondary transmission is made by any carrier who has no direct or indirect control over the content or selection of the primary transmission or over the particular recipients of the secondary transmission, and whose activities with respect to the secondary transmission consist solely of providing wire, cables, or other communications channels for the use of others: provided, that the provisions of this clause

extend only to the activities of said carrier with respect to secondary transmissions and do not exempt from liability the activities of others with respect to their own primary or secondary transmissions; or

(4) the secondary transmission is made by a satellite carrier for private home viewing pursuant to a statutory license under section 119; or

(5) the secondary transmission is not made by a cable system but is made by a governmental body, or other nonprofit organization, without any purpose of direct or indirect commercial advantage, and with-out charge to the recipients of the secondary transmission other than assessments necessary to defray the actual and reasonable costs of maintaining and operating the secondary transmission service.

* * *

(c) Secondary transmissions by cable systems.

* * *

(2) Notwithstanding the provisions of clause (1) of this subsection, the willful or repeated secondary transmission to the public by a cable system of a primary transmission made by a broadcast station licensed by the Federal Communications Commission or by an appropriate governmental authority of Canada or Mexico and embodying a performance or display of a work is actionable as an act of infringement under section 501, and is fully subject to the remedies provided by sections 502 through 506 and 509, in the following cases:

> (A) where the carriage of the signals comprising the secondary transmission is not permissible under the rules, regulations, or authorizations of the Federal Communications Commission; or
>
> (B) where the cable system has not deposited the statement of account and royalty fee required by subsection (d).
>
> * * *

Si le temps me le permettait, je pourrais peut-être expliquer les aspects les plus marquants de cette disposition, y compris ses nombreuses références à « une autorité gouvernementale appropriée du Canada ou du Mexique ». Mais puisque je n'ai pas été autorisé à discuter ces questions, je dois me contenter d'un résumé.

Bref, cette disposition de la loi crée un mécanisme juridique (la licence obligatoire) qui permet aux chaînes de télévision câblées de retransmettre des émissions sans l'autorisation des propriétaires des *copyrights*. Elle crée la liste des tarifs à être remis et des personnes autorisées à en collecter, l'échelonnement de programmation et de nombreuses autres dispositions techniques.

En étudiant cette question j'ai entrepris une comparaison qui a produit un résultat intéressant. Le chapitre de *Nimmer on Copyright*[7] sur la notion de *fair use* comprend approximativement 120 pages. Je ne saurais vous dire combien d'arrêts de jurisprudence sont cités la-dedans, tellement abondante est la jurisprudence sur la notion de *fair use*.

---

[7] Melville B. NIMMER et David NIMMER, *Nimmer on Copyright*, New York, Matthew Bender, 1963-2003.

Par contraste, le chapitre de *Nimmer on Copyright* sur la retransmission secondaire (*cable compulsory license*) ne comprend que 35 pages. Ce chapitre vise tout simplement à résumer et à saisir la signification du langage compliqué de cette disposition. Il y a très peu d'arrêts sur cette disposition; il n'y a donc pas d'élaboration judiciaire sur le langage détaillé rédigé par le Congrès en 1976.

À ce point dans notre analyse, nous pouvons en tirer encore une autre conclusion provisoire : plus le langage d'une disposition de la loi est détaillé, moins elle suscite des analyses judiciaires. Pourquoi? Il y a deux possibilités. La première est que le langage choisi par le législateur est si simple que tout le monde comprend ce qu'il faut faire pour se conformer à la loi et par conséquent il y a peu de litiges. La deuxième possibilité est que la matière en question est si éloignée des soucis quotidiens qu'elle n'a pas d'effet important dans la réalité.

Laquelle de ces deux possibilités explique cette dichotomie? Après de longues années d'expérience avec des clients et avec des tribunaux aux États-Unis, je peux vous assurer que la première possibilité n'est que de la science-fiction. Le Congrès ne s'exprime jamais d'une manière si claire qu'il n'y ait pas de question à soulever, certainement pas dans le domaine du droit d'auteur, et probablement nulle part ailleurs. Il suffit d'examiner le texte de l'article 111 pour arriver à cette conclusion.

En outre, même si le Congrès arrivait à éliminer toute ambiguïté du texte de ses lois, un texte simple et clair ne suffirait certainement pas pour dissuader les parties d'instituer leurs demandes si elles croyaient que cela serait dans leur intérêt économique. Aux États-Unis, le simple fait qu'un avocat avise son client qu'il n'a aucune chance de réussir sous n'importe quelle interprétation raisonnable de la loi n'a jamais dissuadé des sociétés de se lancer dans des litiges, dans la mesure où elles croient qu'il y a une possibilité de : (1) gagner un avantage en faisant ralentir des sociétés rivales; (2) intimider des rivales en entamant systématiquement une action chaque fois qu'il y a une dispute; ou (3) tomber sur un des (nombreux) juges susceptibles de donner une interprétation *non* raisonnable de la loi.

(Parfois il faut tout simplement prier Dieu pour que l'action ait un bon résultat!)

Ayant ainsi rejeté la première possibilité, il ne reste que la deuxième, c'est-à-dire que la matière en question suscite peu d'attention parce qu'elle présente peu d'intérêt. En effet, en feuilletant le Code volumineux du droit d'auteur, on trouve des articles d'intérêt général à côté des articles qui n'intéressent qu'une petite subculture à Washington. Considérez la juxtaposition suivante :

Voici un « catalogue » de toute la matière du droit d'auteur dans le *Code du droit d'auteur* :

§ 102. Subject matter of copyright: In general

(a) Copyright protection subsists, in accordance with this title, in original works of authorship fixed in any tangible medium of expression, now known or later developed, from which they can be perceived, reproduced, or otherwise communicated, either directly or with the aid of a machine or device. Works of authorship include the following categories:

(1) literary works;

(2) musical works, including any accompanying words;

(3) dramatic works, including any accompanying music;

(4) pantomimes and choreographic works;

(5) pictorial, graphic, and sculptural works;

(6) motion pictures and other audiovisual works;

(7) sound recordings; and

(8) architectural works.

(b) In no case does copyright protection for an original work of authorship extend to any idea, procedure, process, system, method of operation, concept, principle, or discovery, regardless of the form in which it is described, explained, illustrated, or embodied in such work.

Comme vous voyez, bien que cette disposition soit de caractère très large, voire vaste, elle s'exprime en les termes les plus laconiques. Par conséquent, l'ensemble du droit américain qui détermine les paramètres des œuvres qui peuvent bénéficier d'un *copyright* est basé sur une loi bien circonscrite.

Par contraste, voici une disposition voisine qui ressuscite les *copyrights* d'œuvres canadiennes et d'autres pays étrangers qui devraient être protégées aux États-Unis en vertu de nos obligations prévues à l'article 18 de la *Convention de Berne*[8].

[8] Lex Mercatoria, « Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works, of September 1886. October 2, 1979 », (1993), http://www.jus.uio.no/lm/wipo/protection.of.literary.and.artistic.works.convention.berne.1886.1979/18.html.

§ 104A. Copyright in restored works

(a) Automatic protection and term.

(1) Term.

(A) Copyright subsists, in accordance with this section, in restored works, and vests automatically on the date of restoration.

(B) Any work in which copyright is restored under this section shall subsist for the remainder of the term of copyright that the work would have otherwise been granted in the United States if the work never entered the public domain in the United States.

(2) Exception. Any work in which the copyright was ever owned or administered by the Alien Property Custodian and in which the restored copyright would be owned by a government or instrumentality thereof, is not a restored work.

(b) Ownership of restored copyright. A restored work vests initially in the author or initial right holder of the work as determined by the law of the source country of the work.

(c) Filing of notice of intent to enforce restored copyright against reliance parties. On or after the date of restoration, any person who owns a copyright in a restored work or an exclusive right therein may file with the Copyright Office a notice of intent to enforce that person's copyright or exclusive right or may serve such a notice directly on a reliance party. Acceptance of a notice by the Copyright Office is effective as to any reliance parties but shall not create a presumption

of the validity of any of the facts stated therein. Service on a reliance party is effective as to that reliance party and any other reliance parties with actual knowledge of such service and of the contents of that notice.

* * *

(g) Proclamation of copyright restoration. Whenever the President finds that a particular foreign nation extends, to works by authors who are nationals or domiciliaries of the United States, restored copyright protection on substantially the same basis as provided under this section, the President may by proclamation extend restored protection provided under this section to any work—

(1) of which one or more of the authors is, on the date of first publication, a national, domiciliary, or sovereign authority of that nation; or

(2) which was first published in that nation. The President may revise, suspend, or revoke any such proclamation or impose any conditions or limitations on protection under such a proclamation.

* * *

Il ne devrait pas être surprenant que ces dispositions détaillées aient suscité peu de commentaire judiciaire.

Le Chapitre 9 du Titre 17 s'intitule *the Semiconductor Chip Act*. Il consiste en 14 dispositions ajoutées au *Copyright Act* en 1984. Bien que ces dispositions soient très longues (comprenant des pages entières), elles ont suscité peu de mouvement dans la réalité. Par conséquent, dans les 19 ans depuis la mise en vigueur du Chapitre 9, il n'y a que deux arrêts de jurisprudence interprétant la portée de ce chapitre – et tous les deux proviennent de deux étapes différentes du même litige!

Bien sûr, il ne faut pas aller trop loin pour connaître la raison pour laquelle le *Semiconductor Chip Act* est largement tombé en désuétude. La loi elle-même était utilisée comme la base du Traité sur la propriété intellectuelle relative aux circuits intégrés, signé à Washington le 26 mai 1989. À ma connaissance les seuls pays signataires de ce Traité sont : la Chine, le Guatemala, la Yougoslavie, l'Égypte, l'Inde, le Ghana et le Libéria. Malheureusement cette liste ne comprend pas le Japon, le Canada, les États-Unis ou tout autre pays qui a une vraie industrie de microplaquettes. On voit donc encore une fois le phénomène d'une loi détaillée qui est pour la plupart illisible et tout entièrement écartée de la réalité.

En outre, je dois souligner le fait que ce phénomène n'est pas limité aux microplaquettes semi-conductrices. On a ajouté le chapitre 10 du *Copyright Act* en vertu du *Audio Home Recording Act of 1992*. Il est composé de dix dispositions exposant des règlements bien détaillés.

Cette loi a été promulguée en fanfare il y a à peu près onze ans dans le but d'ouvrir la voie à l'introduction universelle de bandes magnétiques digitales. Pour mettre en oeuvre le compromis historique à son origine, elle a donné aux fabricants le droit de fabriquer des magnétophones à bandes magnétiques digitales et de vendre les bandes qu'elles utilisaient; en échange, les propriétaires des *copyrights* recevraient un pourcentage du prix de chaque magnétophone ou bande vendu.

La loi prévoyait certaines dérogations. Par exemple, la loi étant centrée sur les consommateurs, l'équipement professionnel était exclu. La musique acquise par ordinateur était également exclue. Cela nous paraît curieux, voire incompréhensible, mais il ne faut pas oublier qu'au moment de sa rédaction en 1992, il n'y avait qu'une petite subculture de *geeks/propeller-heads/technonerds* qui faisait quelque chose d'aussi absurde que d'écouter de la musique grâce un ordinateur!

Il y a un autre compromis important dans l'amendement de 1992. Les propriétaires du « contenu » de la musique – les maisons d'édition, les compositeurs, les sociétés des droits des artistes, etc. – se sont mis d'accord pour inclure une exemption dans le *Code du droit d'auteur* en ce qui concerne l'enregistrement à des fins non-commerciales.

> **§ 1008. Prohibition on certain infringement actions**
>
> No action may be brought under this title alleging infringement of copyright based on the manufacture, importation, or distribution of a digital audio recording device, a digital audio recording medium, an analog recording device, or an analog recording medium, or based on the noncommercial use by a consumer of such a device or medium for making digital musical recordings or analog musical recordings.

Selon l'article 1008 de la loi, une personne qui copie la musique à des fins non commerciales n'est pas en violation de la loi. Cette exemption vise la fabrication des copies analogues ainsi que digitales. Les copies analogues ont été exclues parce qu'elles sont d'une qualité inférieure; donc, selon la théorie, aucun connaisseur de musique ne serait satisfait d'une telle interprétation imparfaite. Les copies digitales ont été exclues parce qu'on s'attendait à ce qu'elles fassent partie de la catégorie des

bandes magnétiques, déjà soumises à une réglementation juridique, qui devaient envahir les maisons américaines.

Bien sûr, avec le passage du temps et le développement des nouvelles technologies de reproduction, l'illisible s'est transformé en impraticable. Combien d'entre vous possédez un magnétoscope DAT? Non seulement je n'en ai pas moi-même, mais je n'en ai jamais vu! Pendant que l'histoire progressait sur son propre chemin, la technologie envisagée de la bande magnétique digitale n'a jamais eu de succès. Par conséquent, les revenus anticipés ne se sont jamais matérialisés. Il n'est peut-être pas surprenant qu'il n'y ait pas eu un seul arrêt interprétant l'*Audio Home Recording Act* pendant les sept premières années de son existence.

Mais on aurait tort dans ce cas de conclure que cette loi illisible n'a aucune signification pratique. En 1999, un précédent judiciaire fut établi par la Cour d'appel du 9e Circuit. Dans l'arrêt *Recording Industry Association of America* c. *Diamond Multimedia*[9], un consortium des sociétés de disques avait poursuivi le fabriquant d'un appareil portable qui permettait aux utilisateurs d'écouter la musique en faisant du jogging, dans la voiture, pendant une cérémonie de mariage, etc. Pour comprendre cet arrêt il faut d'abord comprendre le développement de la technologie entre-temps. Entre la mise en vigueur de l'amendement de 1992 et le moment où cette affaire s'est posée, l'Internet s'est développé et les ordinateurs personnels ont proliférés. Par conséquent un utilisateur en 1999 pouvait graver une chanson à l'intérieur de son ordinateur personnel à partir de la bande magnétique sur laquelle elle avait été enregistrée. Une fois installée dans l'ordinateur personnel, la chanson pouvait être transmise au Diamond Rio, ce qui permettait à l'utilisateur de l'écouter en permanence sans rémunération à l'auteur.

---

9 *Recording Industry Association of America Inc. et al.* v. *Diamond Multimedia Systems Inc.*, (9th Cir.) 180 F.3d 1072.

Il y a ici plusieurs aspects intéressants dans cette affaire.

- La question en litige découlait d'un phénomène imprévu en 1992, celui d'écouter de la musique par ordinateur. Les propriétaires du contenu ont donc perdu devant le tribunal, grâce à une concession qu'ils avaient faite en 1992 sans même avoir pensé à pareille éventualité.
- L'exemption de l'article 1008 accordée aux utilisateurs non commerciaux est si mal rédigée qu'elle résiste à toute analyse raisonnée. À mon avis personnel, la Cour d'appel du 9e Circuit dans l'affaire *Diamond Multimedia* a étendu le champ d'application de cette exemption encore plus loin que le Congrès l'avait envisagé. Mais parce que la loi elle-même est tellement illisible, on peut pardonner à la Cour d'appel ses conclusions imprévues.
- La prémisse même de l'amendement de 1992 s'est révélée fausse en pratique. En 1992 on croyait que les copies analogues (ainsi que les copies tirées d'un ordinateur) pouvaient être dispensées de la loi parce que, selon la théorie, aucun audiophile ne seraient satisfait d'une copie imparfaite. Le développement de l'Internet a écrasé ces suppositions (avec tant d'autres).
- En particulier, l'Internet nous a montré qu'il y a en effet un grand marché pour la musique par ordinateur. Ce qui est peut-être plus important, l'Internet a montré que les consommateurs se contenteront bien d'une copie imparfaite – surtout quand elle est gratuite!

Si je vous donne l'impression que les germes de l'affaire *Napster* ont été semés par les compromis transigés de l'amendement incompréhensible de 1992, je ne vous détromperai pas de cette notion. Quoique je n'aie pas le temps d'approfondir les complexités de cette affaire, il est bien intéressant d'observer le point jusqu'auquel une disposition illisible peut provoquer une déformation du droit d'auteur.

On arrive enfin au *Digital Millenium Copyright Act*[10] (le « DMCA »), un archétype d'illisibilité.

S'il était périlleux en 1984, avec le Chapitre 9, de consacrer 14 articles aux microplaquettes semi-conductrices, le DMCA va beaucoup plus loin – il ajoute le Chapitre 13 à la loi, avec 32 articles réglementant le design des coques des vaisseaux.

S'il était déjà périlleux de consulter l'article 111 qui prenait des pages entières pour traiter du *cable compulsory license*, le DMCA a ajouté encore plus de dispositions sur les moyens de circonvenir des mesures technologiques.

En effet, le DMCA a le mérite (douteux) d'avoir ajouté la disposition la plus impénétrable que j'ai jamais vue, qui définit quelque chose qui s'appelle « le droit à la transmission audio-digitale ». Il m'a fallu 76 pages dans un article récent pour expliquer la signification de cette expression « dadaïste »[11]. Ces 76 pages ne traitent d'aucun arrêt d'un tribunal concernant cet article car il est trop récent; mais je ne crois pas qu'il y en aura à l'avenir.

Je voudrais terminer avec ces dernières réflexions sur l'illisibilité et le droit. Pour un avocat dans le système de common law, « le droit » consiste en des structures directrices, quelles que soient leur source. Par conséquent, la jurisprudence a la même force que la loi. Si l'on examine le

---

[10] Act of Oct. 28, 1998, Pub. L. 105-304.

[11] David NIMMER, *Ignoring the Public*, (2000) 7 *UCLA Ent. L. Rev.* 189.

Code du droit d'auteur de 1976, on voit que cette loi consiste en quelques dispositions courtes qui exposent les grandes lignes du droit et qui ont été sujettes dans une large mesure à des analyses importantes dans le contexte des contentieux. « Le droit » qui émerge ainsi des dispositions courtes rayonne vers l'extérieur et exerce un effet plus large.

Par contraste, les dispositions longues et pour la plupart illisibles du *Copyright Act* ne réussissent pas à leur mission de définir « le droit ». « *There is less here than meets the eye* ».

§104A. Copyright in restored works

(a) Automatic protection and term.

(1) Term.

(A) Copyright subsists, in accordance with this section, in restored works, and vests automatically on the date of restoration.

(B) Any work in which copyright is restored under this section shall subsist for the remainder of the term of copyright that the work would have otherwise been granted in the United States if the work never entered the public domain in the United States.

(2) Exception. Any work in which the copyright was ever owned or administered by the Alien Property Custodian and in which the restored copyright would be owned by a government or instrumentality thereof, is not a restored work.

(b) Ownership of restored copyright. A restored work vests initially in the author or initial right holder of the work as determined by the law of the source country of the work.

(c) Filing of notice of intent to enforce restored copyright against reliance parties. On or after the date of restoration, any person who owns a copyright in a restored work or an exclusive right therein may file with the Copyright Office a notice of intent to enforce that person's copyright or exclusive right or may serve such a notice directly on a reliance party. Acceptance of a notice by the Copyright Office is effective as to any reliance parties but shall not create a presumption of the validity of any of the facts stated therein. Service on a reliance party is effective as to that reliance party and any other reliance parties with actual knowledge of such service and of the contents of that notice.

Le caractère séparé du langage de la loi par rapport à la réalité qui se développe dans les années après sa promulgation signifie qu'aucun arrêt de jurisprudence ne se présente pour limiter la portée de cette disposition. L'absence d'arrêts, comme je disais tout à l'heure, n'implique pas une limpidité dans la loi qui permettrait à tous de s'y conformer. Elle représente plutôt l'incapacité du Congrès de préciser le fond de la loi d'une façon qui lui permettrait d'avoir un effet réel.

Je me souviens d'une leçon donnée par mon institutrice à l'école primaire. Elle est arrivée à la conclusion que la prose lisible est quelque chose de merveilleux, alors que la prose illisible est quelque chose de très mauvais. Ma conclusion très bien considérée est qu'elle avait bien raison.