MÉMOIRE sur le projet de loi C-11

union des consommateurs

Montréal
31 octobre 2011

Mémoire publié par

union des consommateurs

6226 rue Saint-Hubert
Montréal (Québec) H2S 2M2

Téléphone : 514-521-6820
Sans frais : 1 888 521-6820
Télécopieur : 514-521-0736

info@uniondesconsommateurs.ca
www.uniondesconsommateurs.ca

Membres de l'Union des consommateurs
ACEF Abitibi-Témiscamingue
ACEF Amiante – Beauce – Etchemins
ACEF de l'Est de Montréal
ACEF de l'Île-Jésus
ACEF de Lanaudière
ACEF Estrie
ACEF Grand-Portage
ACEF Montérégie-est
ACEF du Nord de Montréal
ACEF Rive-Sud de Québec
ACQC
Membres individuels

Rédaction
- Union des consommateurs

Recherche
- Me Anthony Hémond, analyste politiques et réglementation en matière de télécommuncations, radiodiffusion, inforoute, vie privée

Direction
- Me Marcel Boucher, responsable des affaires juridiques et de la recherche

Union des consommateurs est membre de l'Organisation internationale des consommateurs (CI), une fédération regroupant 234 membres en provenance de 113 pays.

L'usage du masculin, dans ce rapport, a valeur d'épicène.

© Union des consommateurs — 2011

UNION DES CONSOMMATEURS, *la force d'un réseau*

Union des consommateurs est un organisme à but non lucratif qui regroupe plusieurs Associations coopératives d'économie familiale (ACEF), l'Association des consommateurs pour la qualité dans la construction (ACQC) ainsi que des membres individuels.

La mission d'Union des consommateurs est de représenter et défendre les droits des consommateurs, en prenant en compte de façon particulière les intérêts des ménages à revenu modeste. Les interventions d'Union des consommateurs s'articulent autour des valeurs chères à ses membres : la solidarité, l'équité et la justice sociale, ainsi que l'amélioration des conditions de vie des consommateurs aux plans économique, social, politique et environnemental.

La structure d'Union des consommateurs lui permet de maintenir une vision large des enjeux de consommation tout en développant une expertise pointue dans certains secteurs d'intervention, notamment par ses travaux de recherche sur les nouvelles problématiques auxquelles les consommateurs doivent faire face; ses actions, de portée nationale, sont alimentées et légitimées par le travail terrain et l'enracinement des associations membres dans leur communauté.

Union des consommateurs agit principalement sur la scène nationale, en représentant les intérêts des consommateurs auprès de diverses instances politiques, réglementaires ou judiciaires et sur la place publique. Parmi ses dossiers privilégiés de recherche, d'action et de représentation, mentionnons le budget familial et l'endettement, l'énergie, les questions liées à la téléphonie, la radiodiffusion, la télédistribution et l'inforoute, la santé, l'alimentation et les biotechnologies, les produits et services financiers, les pratiques commerciales, ainsi que les politiques sociales et fiscales.

Finalement, dans le contexte de la globalisation des marchés, Union des consommateurs travaille en collaboration avec plusieurs groupes de consommateurs du Canada anglais et de l'étranger. Elle est membre de l'*Organisation internationale des consommateurs* (CI), organisme reconnu notamment par les Nations Unies.

Table des matières

UNION DES CONSOMMATEURS, *la force d'un réseau* **3**

1) Mesures techniques de protection **5**
Proposition d'amendement 13

2) Nouvelles exceptions au droit d'auteur au bénéfice des utilisateurs **14**

a) « Contenu non commercial généré par l'utilisateur » **14**
Proposition d'amendement 16

b) Reproduction à des fins privées **17**

c) Risques de poursuite contre le Canada **19**
Proposition d'amendement 20

d) Fixation d'un signal et enregistrement d'une émission pour écoute ou visionnement en différé **21**

e) Copies de sauvegarde **21**
Proposition d'amendement 24

3) Responsabilisation des fournisseurs de service Internet **24**

4) Responsabilité des fournisseurs de service **25**

1) Mesures techniques de protection

L'article 47 du projet de loi C-11 propose l'ajout à la Loi sur le droit d'auteur d'un nouvel article 41, intitulé « Mesures techniques de protection et information sur le régime des droits ».

Les mesures techniques de protection y sont définies comme :

> *Toute technologie ou tout dispositif ou composant qui, dans le cadre normal de son fonctionnement : a) soit contrôle efficacement l'accès à une œuvre, à une prestation fixée au moyen d'un enregistrement sonore ou à un enregistrement sonore et est autorisé par le titulaire du droit d'auteur; b) soit restreint efficacement l'accomplissement, à l'égard d'une œuvre, d'une prestation fixée au moyen d'un enregistrement sonore ou d'un enregistrement sonore, d'un acte visé aux articles 3, 15 ou 18 ou pour lequel l'article 19 prévoit le versement d'une rémunération*[1].

Le même article du projet de loi interdit le contournement de ces mesures techniques de protection (article 41.1(2) de la Loi sur le droit d'auteur), et permet aux titulaires de droit de poursuivre tout contrevenant. Cette interdiction du contournement des mesures techniques de protection limite par ailleurs l'exercice par les utilisateurs des droits que leur confèrent les nouvelles exceptions introduites au projet de loi, comme le droit à la reproduction à des fins privées ou encore à l'enregistrement pour visionnement différé.

On ne peut que déplorer l'inclusion, dans la définition des mesures techniques, des technologies qui contrôlent l'accès à une œuvre. Les mesures techniques protégées vont de ce fait bien au-delà de ce que les Traités de l'Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle (OMPI) prévoyaient. En effet, l'article 11 du Traité OMPI sur le droit d'auteur (WCT), intitulé « obligations relatives aux mesures techniques », se lit comme suit[2] :

> *Les Parties contractantes doivent prévoir une protection juridique appropriée et des sanctions juridiques efficaces contre la neutralisation des mesures techniques efficaces qui sont mises en œuvre par les auteurs dans le cadre de l'exercice de leurs droits en vertu du présent traité ou de la Convention de Berne et qui restreignent l'accomplissement, à l'égard de leurs œuvres, d'actes qui ne sont pas autorisés par les auteurs concernés ou permis par la loi*[3].

---

[1] Projet de loi C-11, article 47 du, [en ligne] http://www.parl.gc.ca/HousePublications/Publication.aspx?Docid=5144516&file=4 (page consultée le 4 octobre 2011)

[2] L'article 18 du Traité de l'OMPI sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes (WPPT) contient une disposition similaire à celle de l'article 11 WCT. Traité de l'OMPI sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes. Traité de l'OMPI sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes [en ligne] http://www.wipo.int/treaties/fr/ip/wppt/trtdocs_wo034.html (page consultée le 13 janvier 2011)

[3] Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur (WCT), article 11 [en ligne] http://www.wipo.int/treaties/fr/ip/wct/trtdocs_wo033.html (page consultée le 13 janvier 2011)

En établissant une protection juridique pour les mesures techniques de protection qui contrôlent l'accès aux œuvres, l'article 41 va au-delà de la simple protection des droits dont disposent les auteurs, en permettant aux auteurs et aux titulaires de droit de limiter, par le biais de mesures techniques, les droits que la Loi confère aux utilisateurs. En effet, les droits conférés à l'auteur, droits à la sauvegarde desquels devraient contribuer les mesures de protection dont traitent les Traités OMPI, se retrouvent tous édictés à l'article 3 de la Loi sur le droit d'auteur; à aucun moment le droit de contrôler l'accès à l'œuvre n'est identifié comme étant un droit conféré à l'auteur. Les seules références dans la Loi sur le droit d'auteur à un droit d'accès dont disposerait l'auteur se retrouvent aux articles 30.8 et 30.9, qui traitent des enregistrements éphémères et du droit des auteurs d'avoir accès aux registres des entreprises. Comme le fait justement remarquer Thomas Heide, ni les Traités OMPI, ni la convention de Berne ne confèrent à l'auteur un tel droit d'accès, pas plus qu'un droit d'intervenir sur les droits d'accès conférés aux utilisateurs[4].

L'accès à l'œuvre est le droit qu'exerce l'utilisateur suite, par exemple, à l'exercice par les artistes interprètes et les producteurs d'enregistrement sonore de leur droit de mise à disposition, droit de mise à disposition qui n'est lui-même qu'une composante du droit de communication au public[5]. Ainsi, « l'artiste interprète a un droit d'auteur qui comporte le droit exclusif, à l'égard de sa prestation ou de toute partie importante de celle-ci : (…) d) d'en mettre l'enregistrement sonore à la disposition du public et de le lui communiquer, par télécommunication, de manière que chacun puisse y avoir accès de l'endroit et au moment qu'il choisit individuellement[6]», et le producteur d'un enregistrement sonore a un droit d'auteur qui comporte le droit exclusif, à l'égard de la totalité ou de toute partie importante de cet enregistrement sonore « (…) (1.1) a) de le mettre à la disposition du public et de le lui communiquer, par télécommunication, de manière que chacun puisse y avoir accès de l'endroit et au moment qu'il choisit individuellement[7]».

La lecture de ces articles sur le droit de mise à disposition par télécommunication nous amène à souligner l'incohérence du projet de loi. En effet, l'exercice par le titulaire du droit de mise à disposition par télécommunication confère aux utilisateurs un droit d'accès aux œuvres, droit d'accès qui devient illusoire et peut être nié à l'utilisateur si le titulaire des droits d'auteur met en place des mesures techniques de protection qui contrôlent l'accès aux œuvres et restreignent ou empêchent l'exercice de ce droit d'accès.

---

[4] HEIDE Thomas, « Copyright in the E.U. and United States : What "Access Right"? » (2001) E.I.P.R. 469, 470. « Does copyright provide a "right against the gaining of unauthorised access" to copyrighted works, a right which would give rise to a power to control access to such works if it could be said to exist? To be sure, neither the WIPO Copyright treaty nor the Berne Convention explicitly articulate such right. (…) It is instantly observable that there is no "right against the gaining of unauthorised access" to a copyrighted work.»

[5] REINBOTHE Jörg, et Silke Von LEWINSKI, The WIPO Treaties 1996, Butterworths Canada Ltd, Markham, Ontario, 2002 p. 103 « (…) the making available right was considered to be an aspect of the communication right (…) »

[6] Article 9(1) du projet de loi C-11, [en ligne] http://www.parl.gc.ca/HousePublications/Publication.aspx?Docid=5144516&file=4 (page consultée le 4 octobre 2011)

[7] Article 11(1) du projet de loi C-11, [en ligne] http://www.parl.gc.ca/HousePublications/Publication.aspx?Docid=5144516&file=4 (page consultée le4 octobre 2011)

L'article 11 du Traité OMPI WCT, qui ne définit en aucune façon ce qu'il faut entendre par mesure technique efficace, laisse donc aux États membres une grande flexibilité pour l'intégration de ces mesures, comme le soulignent les auteurs Reinbothe et Von Lewinski : « Contracting Parties' legislators have a wide range of flexibility for implementing the obligations under Article 11 WCT[8] », qui tempèrent pourtant : « At the same time, Article 11 WCT does give some guidance and indicates the limits to such flexibility[9]. »

Le Traité OMPI WCT n'énonçant que l'obligation minimale de l'existence d'une protection juridique appropriée, il revient aux États d'établir le type de mesures techniques visées et la protection qu'ils entendent accorder à ces mesures techniques de protection. Séverine Dusollier abonde dans le même sens :

> *Il ressort de ces discussions que cette formulation, et particulièrement le critère de protection appropriée, vise à soumettre la protection des mesures techniques à l'économie générale du droit d'auteur et cherche à atteindre un équilibre entre les intérêts en jeu. Il n'est donc plus question d'une protection précise, mais d'une simple obligation de protéger les mesures techniques dont l'étendue et la portée adéquates doivent être trouvées par chaque législateur national[10].*

Depuis 1996, date à laquelle ces Traités OMPI WCT et WPPT ont été adoptés, nombreux sont les pays qui les ont ratifiés. À titre d'exemple, les États-Unis ont, avec le Digital Millenium Copyright Act, introduit dans la Copyright Law le chapitre 12 relatif aux mesures techniques de protection. L'article 1201 (a) mentionne : « No person shall circumvent a technological measure that effectively control access to a work protected under this title. (…)[11] » À cela s'ajoute la définition de l'efficacité d'une mesure technique : « a technological measure "effectively controls access to a work" if the measure, in the ordinary course of its operation, requires the application of information, or a process or a treatment, with the authority of the copyright owner, to gain access to the work[12]. »

On constate que l'approche adoptée par la loi américaine, sur laquelle semblent prendre exemple les mesures avancées dans le projet de loi canadien, se concentre sur les mesures techniques de protection qui contrôlent l'accès à l'œuvre. Cela est d'autant plus vrai que l'interdiction de contourner les mesures techniques de protection ne vise que celles qui contrôlent l'accès[13]. Il est important de tenir compte du fait que la loi américaine n'est pas construite sur le même modèle que la Loi canadienne et qu'elle n'intègre pas, par exemple, de

[8] REINBOTHE Jörg, et Silke Von LEWINSKI, The WIPO Treaties 1996, Butterworths Canada Ltd, Markham, Ontario, 2002 p. 142
[9] *Ibid.*
[10] DUSOLLIER Séverine, Droit d'auteur et protection des œuvres dans l'univers numérique, Larcier, Bruxelles, 2007 p. 89
[11] Copyright Law of the United States and related Laws contained in Title 17 of the United States Code, [en ligne] http://www.copyright.gov/title17/ (page consultée le 21 janvier 2011)
[12] *Ibid.*
[13] Article 41.1 de la Loi sur le droit d'auteur : « 41.1 (1) Nul ne peut :
a) contourner une mesure technique de protection au sens de l'alinéa a) de la définition de ce terme à l'article 41; »

droit de mise à disposition pour les titulaires de droit[14]. Il importe donc de faire preuve de la plus grande prudence lorsque l'on désire importer dans le droit canadien des mesures calquées sur la législation américaine.

La Directive 2001/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information, J.O.C.E., 22 juin 2001, L 167/10, dite *Directive société de l'information* (ci-après « la Directive »), adopte une approche plus neutre des mesures techniques de protection et ne se concentre pas essentiellement sur les mesures qui contrôlent l'accès aux œuvres. L'article 6 (1) de cette Directive précise : « Les États membres prévoient une protection juridique appropriée contre le contournement de toute mesure technique efficace, que la personne effectue en sachant, ou en ayant des raisons valables de penser, qu'elle poursuit cet objectif[15]. » Une mesure technique est définie comme :

> *toute technologie, dispositif ou composant qui, dans le cadre normal de son fonctionnement, est destiné à empêcher ou à limiter, en ce qui concerne les œuvres ou autres objets protégés, les actes non autorisés par le titulaire d'un droit d'auteur ou d'un droit voisin du droit d'auteur prévu par la loi, ou du droit sui generis prévu au chapitre III de la directive 96/9/CE. Les mesures techniques sont réputées efficaces lorsque l'utilisation d'une œuvre protégée, ou celle d'un autre objet protégé, est contrôlée par les titulaires du droit grâce à l'application d'un code d'accès ou d'un procédé de protection, tel que le cryptage, le brouillage ou toute autre transformation de l'œuvre ou de l'objet protégé ou d'un mécanisme de contrôle de copie qui atteint cet objectif de protection[16].*

Outre le fait que cette disposition ne vise que les mesures de protection qui visent à assurer l'exercice des droits qui sont déjà conférés au titulaire des droits d'auteur, il est intéressant de constater que la Directive s'attarde à définir la notion d'efficacité, qui est une condition essentielle à l'interdiction du contournement de ces mesures techniques de protection. En effet, seules les mesures techniques qui sont efficaces dans l'atteinte de l'objectif de protection mentionné à cet article (soit la protection des droits existants des titulaires) sont protégées. Cette définition d'efficacité étant absente dans le projet de loi C-11, le texte proposé ouvre la porte à des litiges quant à l'interprétation du terme « efficace » qui est utilisé, sans y être défini, dans la définition de ces mesures techniques de protection[17]. Et ces litiges ne manqueront pas de soulever la question du type de traitement qui devra être réservé à des mesures de protection qui sont efficaces quant aux fins visées par celui qui les utilise, mais qui ne visent pas exclusivement à protéger un droit conféré par la Loi au titulaire.

---

[14] Sydnor, Thomas D., 2009 «The Making-Available Right Under U.S. Law » Progress & Freedom Foundation Progress on Point Paper, Vol. 16, No. 7, March 2009. [en ligne] : http://ssrn.com/abstract=1367886 (page consultée le 27 janvier 2011)

[15] Directive 2001/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information

[16] *Ibidd.*

[17] Article 41 de la Loi sur le droit d'auteur tel que proposé par l'article 47 du projet de loi C-11.

Les États membres disposent, nous l'avons vu, d'une certaine flexibilité pour intégrer dans leur droit national les dispositions de la Directive. La Suède, qui a également ratifié les Traités OMPI WCT et WPPT, a adopté en ce sens l'article 52 de la Loi sur le droit d'auteur concernant les œuvres littéraires et artistiques (la Loi sur le droit d'auteur suédoise):

> *The expression ""Technological measure"" as used in this Chapter, means any effective technology, device or component designed to prevent or restrict, in the normal course of its operation, the reproduction or the making available to the public of a copyright-protected work without the consent of the author or his successor in title. (…) It is prohibited to circumvent, without the consent of the author or his successor in title, any digital or analogue lock which prevents or limits the making of copies of a work protected by copyright, to circumvent a technological process, such as encryption, that prevents or limits the making available to the public of a work protected by copyright, or to circumvent any other technological measure that prevents or limits such acts of making available*[18]*.*

Les mesures techniques qui sont visées par la Loi sur le droit d'auteur suédoise sont exclusivement, conformément à ce qui est prévu aussi bien dans le Traité OMPI que dans la Directive, celles qui protègent les droits existants, soit les droits de reproduction et de mise à disposition. Il n'est donc pas question de protéger les mesures techniques de protection qui contrôlent l'accès aux œuvres.

La Suède entend au contraire s'assurer que le droit d'accès conféré aux utilisateurs est lui aussi bien protégé. Le second alinéa de ce même article 52 de la Loi sur le droit d'auteur suédoise prévoit en effet que l'interdiction de contourner les mesures techniques de protection ne s'applique pas aux utilisateurs qui ont un accès légal aux œuvres, à qui il est donc permis de contourner les mesures techniques de protection[19].

Le projet de loi C-11 ne prévoit malheureusement aucune disposition dans ce sens. L'absence d'une précision semblable est regrettable lorsqu'on considère les types de problèmes que posent à l'utilisateur certaines de ces mesures techniques de protection. Par exemple, certaines mesures de protection empêchent la lecture de CDs de musique sur des ordinateurs afin d'empêcher la copie de son contenu – alors que le droit d'accès conféré à l'utilisateur se doit, logiquement, d'inclure le droit de cet utilisateur d'accéder à l'œuvre à partir de tout appareil compatible. Le choix du type d'appareil que pourra utiliser le consommateur ne relève évidemment pas des droits conférés par la Loi au titulaire des droits d'auteur. D'autres mesures techniques de protection empêchent également la lecture de DVDs sur des ordinateurs portables. D'autres encore rendent impossible la lecture des DVD achetés en Europe sur un lecteur DVD canadien. Et ce ne sont là que quelques exemples.

Aussi, nous croyons que le Canada devrait fortement s'inspirer de l'approche adoptée par la Loi sur le droit d'auteur suédoise, attendu que cette approche, qui protège à la fois les droits

[18] Act on Copyright in literary and artistic Works (Act 1960:729, of December 30, 1960, as amended up to April 1, 2009)

[19] *Ibid.*, article 52d) Act on Copyright in literary and artistic Works : « The provisions of the first Paragraph do not apply when someone, who in a lawful way has access to a copy of a work protected by copyright, circumvents a technological measure in order to be able to watch or listen to the work. »

existants des ayants droit et du public, parvient à maintenir l'équilibre que devrait absolument viser la législation canadienne sur le droit d'auteur.

On retiendra qu'un nombre non négligeable de pays qui ont signé et ratifié les Traités OMPI WCT et WPPT n'ont pas intégré dans leur législation de protection pour les mesures techniques qui ont pour objet de contrôler l'accès aux œuvres, se limitant à reconnaître les mesures techniques qui protègent les droits existants. Au Japon, par exemple :

> *"technological protection measures" means measures to prevent or deter such acts as constitute infringements on moral rights of authors or copyright mentioned in Article 17, paragraph (1) or moral rights of performers mentioned in Articles 89, paragraph (1) or neighboring rights mentioned in Article 89, paragraph (6) (hereinafter in this item referred to as "copyright, etc.") ("deter" means to deter such acts as constitute infringements on copyright, etc. by causing considerable obstruction to the results of such acts; the same shall apply in Article 30, paragraph (1), item (ii)) by electronic or magnetic means or by other means not perceivable by human perception (in next item referred to as "electro-magnetic means"), excluding such measures as used not at the will of the owner of copyright, etc., which adopt means of recording in a memory or transmitting such signals as having specific effects on machines used for the exploitation of works, performances, phonograms, broadcasts or wire diffusions (in next item referred to as "works, etc.") ("exploitation" includes acts which would constitute infringements on moral rights of authors of performers if done without the consent of the author or the performer), together with works, performances, phonograms, or sounds or images of broadcasts or wire diffusions*[20].

La Loi sur le droit d'auteur de la Slovaquie ne fait pas mention non plus des mesures techniques qui protègent l'accès aux œuvres. L'article 59(2) précise à cet effet : « Technological measure pursuant to par. 1 shall mean any procedure, product or component integrated into a procedure, product or device designed to avoid, limit or prevent infringement of copyright in a work[21]. » Outre la Suède, la Slovaquie et le Japon, on pourra ajouter à la liste des pays qui ont veillé, tout en protégeant les mesures techniques de protection, à préserver l'équilibre entre les droits des titulaires et les droits des utilisateurs : la Finlande, le Danemark, le Mexique, la Chine, certains de ces pays se trouvant être parmi les plus importants partenaires commerciaux du Canada[22].

Il est important de noter que le rattachement d'une protection des mesures techniques de protection qui contrôlent l'accès au critère d'efficacité des mesures techniques de protection prévu dans les Traités est fortement remis en question. À ce sujet, concernant l'absence de définition du critère d'efficacité, Séverine Dusollier précise : « La protection des mesures techniques mises en place par le texte international ne vise en effet que les outils qui satisfont au critère d'efficacité, critère qui n'est pourtant pas défini par les traités[23]. » Si le Traité OMPI

[20] Copyright Law of Japan, Article 2 (xx), [en ligne], http://www.cric.or.jp/cric_e/clj/cl1.html#cl1+S1 (page consultée le 26 janvier 2011)
[21] Copyright, Act No. 618, as amended, 2008 [en ligne] http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file_id=189475 (page consultée le 11 janvier 2010)
[22] Gouvernement du Canada, Droit d'auteur équilibré, [en ligne] http://www.ic.gc.ca/eic/site/crp-prda.nsf/fra/h_rp01153.html (page consultée le 11 janvier 2011)
[23] DUSOLLIER Séverine, Droit d'auteur et protection des œuvres dans l'univers numérique, Larcier, Bruxelles, 2007, p. 137

n'oblige pas les parties contractantes à traiter des mesures techniques de protection qui contrôlent l'accès aux œuvres, certains considèrent que le Traité doit être interprété comme les incluant, attendu que c'est ce qu'a fait la législation américaine. Séverine Dusollier réfute à bon droit cette interprétation : « un commentateur des traités (FICSOR, p. 545, C11.04) trouve l'interprétation de la notion dans le texte américain du DMCA. Une telle méthode d'interprétation, recourant à un texte postérieur et émanant d'un autre législateur, nous paraît erronée[24]. »

Selon certains auteurs, la prise en considération des mesures techniques protégeant l'accès aux œuvres est essentielle pour se conformer aux exigences des Traités OMPI WCT et WPPT[25].

Comme nous l'avons mentionné, les Traités OMPI WCT et WPPT ne visent pas expressément les mesures techniques de protection qui protègent l'accès aux œuvres, se limitant à celles « qui sont mises en œuvre par les auteurs dans le cadre de l'exercice de leurs droits. » Certains pays européens qui ont ratifié les Traités WCT et WPPT ainsi que la Directive ont fait le choix de ne pas inclure parmi les mesures techniques de protection, qu'il est interdit de contourner, celles qui protègent l'accès aux œuvres; il est donc tout à fait possible de ratifier ces Traités OMPI WCT et WPPT sans inclure de mesures techniques de protection qui contrôlent l'accès aux œuvres.

Dans son ouvrage de référence sur le droit d'auteur et la protection des œuvres dans l'univers numérique, Séverine Dusollier mentionne à propos de la Directive société de l'information :

> *Les simples actes de réception et d'utilisation de l'œuvre, et notamment l'accès à celle-ci, peuvent désormais, par le truchement de mécanismes subordonnant l'accès à l'œuvre et par la protection légale de ceux-ci, faire l'objet d'un contrôle par l'ayant droit. Cette avancée de la propriété littéraire et artistique sur le terrain de l'accès et de l'utilisation de l'œuvre bat en brèche le principe essentiel de l'indépendance de l'œuvre et de son support. Tandis que l'accès à l'œuvre constitue une prérogative normalement réservée au propriétaire matériel du support de l'œuvre ou au fournisseur du service portant sur l'œuvre la couverture par le droit d'auteur des dispositifs techniques portant sur cet accès brouille les cartes en s'écartant de la notion d'exploitation publique des œuvres, qui définit en principe l'étendue de la réservation conférée sur l'œuvre[26].*

Le consommateur qui se procure une copie d'une œuvre dans un magasin, suite à l'exercice par l'ayant-droit de ses droits existants, soit ceux de mise à disposition ou de distribution, s'attend à pouvoir accéder à l'œuvre, et cela sans difficulté, puisque « l'accès à l'œuvre constitue une prérogative normalement réservée au propriétaire matériel du support de l'œuvre[27]. » Cette volonté de contrôle excessif a un effet pervers : les mesures techniques de protection atteignent aujourd'hui un tel degré dans la volonté de contrôler l'accès aux œuvres que le consommateur se détourne souvent des œuvres qu'il pourrait d'autre part légalement se

---

[24] *Ibid.*
[25] FICSOR Mihály, « Legends and reality about the 1996 WIPO Treaties in the light of certain comments on Bill C-32 » [en ligne] http://www.iposgoode.ca/wp-content/uploads/2010/Ficsor-Legends-and-Reality-about-the-1996-WIPO-Treaties-C-32-and-TPMs.pdf (page consultée le 10 janvier 2011)
[26] DUSOLLIER Séverine, Droit d'auteur et protection des œuvres dans l'univers numérique, Bruxelles, Larcier, 2007, p. 581
[27] *Ibid.*

procurer. Ironiquement, les titulaires des droits d'auteur vont jusqu'à pousser les consommateurs à chercher à se procurer auprès de sources non autorisées des œuvres qu'ils auraient été prêts à acquérir par les voies traditionnelles, qu'ils bouderont en raison des restrictions abusives qui leur sont imposées. Le cas du jeu vidéo « Spore » illustre parfaitement cette situation – les mesures techniques de protection ont gravement affecté les ventes de ce jeu. Pour jouer à ce jeu vidéo, le consommateur devait en effet nécessairement disposer d'une connexion Internet et activer un compte en ligne. Le consommateur devait par conséquent être continuellement connecté à Internet pour jouer[28]. Outrés par ces mesures techniques de protection abusives, les consommateurs se sont tournés vers des sources « alternatives » pour se procurer l'œuvre dans un format qui n'était pas muni de ces mesures de protection[29]. L'éditeur du jeu a par la suite décidé de supprimer les mesures techniques de protection pour offrir le jeu en téléchargement sur Internet[30].

Selon certains, les mesures techniques de protection qui contrôlent l'accès par l'utilisateur aux plateformes de téléchargement, qui sont d'après eux nécessaires parce qu'elles soutiennent des modèles d'affaires, doivent être protégées dans la Loi sur le droit d'auteur[31]. On rétorquera que la Loi sur le droit d'auteur n'a pas pour objet de protéger des modèles d'affaires, mais bien de conférer aux auteurs certains droits et obligations, tout en assurant un équilibre entre ces droits et ceux du public. La protection des mesures techniques qui contrôlent l'accès ne relève pas selon nous de la Loi sur le droit d'auteur, les modèles d'affaires dont il est question concernant la prestation d'un service et non le droit d'auteur.

Comme le rappelle si bien Séverine Dusollier: « Délivrer un accès à l'œuvre, en autoriser une utilisation limitée, mettre l'œuvre à disposition du public, permettre son téléchargement, sont autant d'actes de prestations de services[32]. » L'auteure mentionne à titre d'exemple, les projections cinématographiques :

> *[…] l'acte de projeter publiquement un film est un acte de communication pour lequel l'exploitant doit avoir l'autorisation de l'auteur, tandis que l'acte de contrôler l'accès des personnes dans son lieu d'exploitation ne relève que des conditions de la prestation de services qu'il offre au public. Cette délivrance de l'accès n'est pas un acte soumis au monopole de l'auteur, il ne relève que de la prestation de services ou, le cas échéant, de l'exercice d'un droit de propriété sur le support[33].*

---

[28] CHAMPEAU Guillaume, Spore lapidé à cause de ses DRM, [en ligne] http://www.numerama.com/magazine/10584-spore-lapide-a-cause-de-ses-drm.html (page consultée le 11 janvier 2011)

[29] Fabien H., Spore : le piratage bat son plein depuis son lancement [en ligne] http://www.generation-nt.com/spore-piratage-drm-telechargement-actualite-152821.html (page consultée le 11 janvier 2011)

[30] EA commercialise Spore sans DRM [en ligne] http://www.cnetfrance.fr/news/ea-commercialise-spore-sans-drm-39385763.htm (page consultée le 11 janvier 2011)

[31] SOOKMAN Barry, An FAQ on TPMs, Copyright and Bill C-32 [en ligne] http://www.barrysookman.com/2010/12/14/an-faq-on-tpms-copyright-and-bill-c-32/ (page consultée le 11 janvier 2011) ; GANNON James, TPMs : A compréhensive guide for Canadian copyright law [en ligne] http://jamesgannon.ca/category/2010-copyright-bill/ (page consultée le 11 janvier 2011)

[32] DUSOLLIER Séverine, Droit d'auteur et protection des œuvres dans l'univers numérique, Bruxelles, Larcier, 2007, p. 398

[33] *Ibid.*

Il importe donc de ne pas céder à la confusion qui semble voulue et entretenue par certains titulaires de droit. L'accès non autorisé ou frauduleux à de tels services est déjà sanctionné par la loi, par le biais de dispositions pertinentes figurant, par exemple, au Code criminel. Ne cherchons pas à faire de la Loi sur le droit d'auteur un fourre-tout qui viserait à protéger l'ensemble des intérêts des entreprises qui transigent, d'une manière ou d'une autre, des biens ou des services en relation avec des œuvres sur lesquelles il pourrait exister un droit d'auteur.

Proposition d'amendement

Nous proposons que soit amendé l'article 47 du projet de loi C-11 relatif à la définition de mesures techniques de protection par la suppression du point a) de cet article et par une modification du point b) de ce même article.

Suite à ces modifications, cet article se lirait donc comme suit :

> **« Mesure technique de protection » : Toute technologie ou tout dispositif ou composant mis en œuvre par les titulaires de droits d'auteur dans le cadre de l'exercice des droits que leur confère la présente loi et qui, dans le cadre normal de son fonctionnement, restreint efficacement l'accomplissement, à l'égard d'une œuvre, d'un acte visé aux articles 3, 15 ou 18.**

Concernant le critère d'efficacité, le sens donné à ce terme par les auteurs Reinbothe et Von Lewinski devrait, d'après nous, être retenu dans le projet de loi. Selon ces auteurs :

> *Technological measures, which do not function properly or which interfere with the normal functioning of the equipment or services, the use of which they are intented to apply to and to control, do not qualify for protection under Article 11 WCT. If, for example, a copy control mechanism interferes with the playability of a television or a VCR, it is not protected against circumvention or abuse*[34]*.*

Aussi, devrait être intégrée dans le projet de loi une définition de l'efficacité, comme le proposent Reinbothe et Von Lewinski, ainsi que Séverine Dusollier[35]. Cette définition se lirait comme suit :

> **Une mesure technique de protection qui empêche le fonctionnement ou interfère avec l'activité normale des équipements de lecture ou des services ou avec une utilisation légitime des œuvres est réputée ne pas être efficace.**

Cette définition de mesures techniques de protection serait conforme aux exigences des Traités internationaux de l'OMPI, serait limitée aux seules mesures techniques de protection

[34] REINBOTHE Jörg, et Silke Von LEWINSKI, The WIPO Treaties 1996, Butterworths Canada Ltd, Markham, Ontario, 2002 p. 145

[35] DUSOLLIER Séverine, Droit d'auteur et protection des œuvres dans l'univers numérique, Bruxelles, Larcier, 2007, p. 138

qui relèvent de l'exercice des droits d'auteur et maintiendrait le nécessaire équilibre entre les droits des titulaires des droits d'auteur et ceux des utilisateurs.

2) Nouvelles exceptions au droit d'auteur au bénéfice des utilisateurs

Le projet de loi C-11 introduit de nouvelles exceptions au bénéfice des utilisateurs. Il s'agit des exceptions intitulées « contenu non commercial généré par l'utilisateur [36]», « reproduction à des fins privées[37]», et « fixation ou reproduction pour écoute ou visionnement en différé[38].»

Ces nouvelles exceptions, qui confèrent aux utilisateurs certains droits nouveaux, sont les bienvenues et cette initiative est d'autant plus appréciable que ces nouvelles exceptions viennent légaliser des pratiques largement répandues chez les consommateurs, pratiques supportées par le marché, qui leur offre depuis longtemps certains des outils qui permettent ou facilitent ces pratiques.

Les dispositions qui prévoient ces exceptions doivent toutefois, à notre avis, être amendées; en effet, certaines conditions rattachées à l'exercice ou l'encadrement de ces exceptions risquent fort de se révéler inapplicables, ou semblent ne pas atteindre la cible qu'elles devraient viser. De plus, certaines des limites qui sont apportées à l'exercice de ces droits ne nous semblent pas justifiées. En outre, le libellé de ces articles n'apparaît pas toujours propre à permettre aux utilisateurs de bien connaître et comprendre la nature, la portée et les limites de ces droits qui leur sont conférés.

a) « Contenu non commercial généré par l'utilisateur »

L'article 22 du projet de loi C-11, qui propose l'ajout de l'article 29.21 à la Loi sur le droit d'auteur, introduit une nouvelle exception au droit d'auteur relativement au contenu non commercial généré par l'utilisateur. Cet article se lit comme suit :

> *(1) Ne constitue pas une violation du droit d'auteur le fait, pour une personne physique, d'utiliser une œuvre ou tout autre objet du droit d'auteur ou une copie de ceux-ci — déjà publiés ou mis à la disposition du public — pour créer une autre œuvre ou un autre objet du droit d'auteur protégés et, pour cette personne de même que, si elle les y autorise, celles qui résident habituellement avec elle, d'utiliser la nouvelle œuvre ou le nouvel objet ou d'autoriser un intermédiaire à le diffuser, si les conditions suivantes sont réunies :*

[36] Article 22 du projet de loi C-11 proposant l'ajout de l'article 29.21 à la Loi sur le droit d'auteur, [en ligne] http://www.parl.gc.ca/HousePublications/Publication.aspx?Docid=5144516&file=4 (page consultée le 4 octobre 2011).
[37] Article 22 du projet de loi C-11 proposant l'ajout d'un article 29.22 à la Loi sur le droit d'auteur, [en ligne] http://www.parl.gc.ca/HousePublications/Publication.aspx?Docid=5144516&file=4 (page consultée le 4 octobre 2011).
[38] Article 22 du projet de loi C-11 proposant l'ajout d'un article 29.23 à la Loi sur le droit d'auteur, [en ligne] http://www.parl.gc.ca/HousePublications/Publication.aspx?Docid=5144516&file=4 (page consultée le 4 octobre 2011)

> *a) la nouvelle œuvre ou le nouvel objet n'est utilisé qu'à des fins non commerciales, ou l'autorisation de le diffuser n'est donnée qu'à de telles fins;*
>
> *b) si cela est possible dans les circonstances, la source de l'œuvre ou de l'autre objet ou de la copie de ceux-ci et, si ces renseignements figurent dans la source, les noms de l'auteur, de l'artiste-interprète, du producteur ou du radiodiffuseur sont mentionnés;*
>
> *c) la personne croit, pour des motifs raisonnables, que l'œuvre ou l'objet ou la copie de ceux-ci, ayant servi à la création n'était pas contrefait;*
>
> *d) l'utilisation de la nouvelle œuvre ou du nouvel objet, ou l'autorisation de le diffuser, n'a aucun effet négatif important, pécuniaire ou autre, sur l'exploitation — actuelle ou éventuelle — de l'œuvre ou autre objet ou de la copie de ceux-ci ayant servi à la création ou sur tout marché actuel ou éventuel à son égard, notamment parce que l'œuvre ou l'objet nouvellement créé ne peut s'y substituer*[39]*.*

Nous sommes d'avis que le libellé des exceptions devrait permettre aux utilisateurs de comprendre facilement la portée des droits qui leurs sont conférés et de savoir aussi précisément que possible le cadre à l'intérieur duquel ils peuvent profiter de l'exercice de ces exceptions aux droits des auteurs. Si, en adoptant ces nouvelles dispositions, on vise à normaliser les pratiques des utilisateurs, il nous semblerait important de veiller aussi à ce que la rédaction soit elle-même un tant soit peu normalisée, afin d'assurer que les utilisateurs comprennent bien le cadre de ces exceptions. La certitude qu'auront les utilisateurs que ce qu'ils font est tout à fait légal amènera une plus grande sécurité juridique, et un cadre clair leur permettra de savoir à quel moment ils excèdent la portée des droits qui leur sont conférés.

Nous soulignerons ici certains des problèmes que nous percevons dans les exceptions telles que rédigées.

L'alinéa a) de ce nouvel article 29.21 exclut l'application de cette exception à toute exploitation commerciale de la nouvelle œuvre créée par l'utilisateur. Si elle est exploitée commercialement ou si l'utilisateur autorise une exploitation commerciale de la nouvelle œuvre, l'utilisation de l'œuvre source sera considérée être faite en violation du droit d'auteur. Cette nouvelle exception a été présentée comme l'exception « YouTube ». Or, « YouTube » n'est pas une organisation à but non lucratif, mais bien une entreprise commerciale. Il faut savoir que le contenu généré par les utilisateurs est exploité commercialement par la compagnie « Google », le site affichant des bandeaux publicitaires sur les pages où le contenu généré par l'utilisateur est diffusé. Aussi, tel que libellé, cet article ne permettrait pas à l'utilisateur qui entend se prévaloir de l'exception d'autoriser YouTube à diffuser ce nouveau contenu qu'il aurait généré.

L'alinéa b), quant à lui, crée une exception à la reconnaissance des droits moraux des auteurs[40], puisque l'obligation imposée à l'utilisateur qui génère du contenu à partir d'une autre

[39] Article 22 du projet de loi C-11 proposant l'ajout de l'article 29.21 à la Loi sur le droit d'auteur, [en ligne] http://www.parl.gc.ca/HousePublications/Publication.aspx?Docid=5144516&file=4 (page consultée le 4 octobre 2011).

[40] Loi sur le droit d'auteur, L.R. C. 1985, c. C-42, article 14.1 : « L'auteur d'une œuvre a le droit, sous réserve de l'article 28.2, à l'intégrité de l'œuvre et, à l'égard de tout acte mentionné à l'article 3, le droit, compte tenu des usages raisonnables, d'en revendiquer, même sous pseudonyme, la création, ainsi que le droit à l'anonymat. »

œuvre de citer le nom du créateur de l'œuvre originelle est toute relative, le droit à la paternité de l'auteur sur l'œuvre originelle devenant ainsi accessoire. Si la justification dans ce contexte de cette entorse aux droits moraux apparaît évidente, il n'en demeure pas moins que l'équilibre est rompu et qu'il serait bon de chercher à minimiser autant que possible cette atteinte aux droits moraux.

Si la Loi ne peut raisonnablement imposer à l'utilisateur, dans le cadre de cette exception, de contrainte supérieure à celle qui y est prévue, une généralisation des licences « creative commons » pourrait combler cette faille. Les créateurs auraient en effet intérêt à adopter des licences de type « creative commons », qui permettent non seulement la modification des œuvres, mais qui garantissent le droit à la paternité[41].

Proposition d'amendement

Le fait de permettre aux utilisateurs de générer du contenu et de créer de nouvelles œuvres à partir d'œuvres existantes est souhaitable et le fait de légaliser une pratique qui est courante l'est tout autant, pourvu que les droits des créateurs ne soient pas mis en péril. Le fait de prévoir que ce droit de créer une nouvelle œuvre à partir d'une œuvre existante ne pourra être exercé que si cela n'a « aucun effet négatif important, pécuniaire ou autre, sur l'exploitation — actuelle ou éventuelle — de l'œuvre (…), notamment parce que l'œuvre ou l'objet nouvellement créé ne peut s'y substituer » nous apparaît maintenir à ce titre une protection équilibrée.

Afin de régler les incertitudes qu'amènerait la rédaction de l'actuelle proposition relative au contenu généré par l'utilisateur, nous proposons une modification de cet article afin qu'il se lise comme suit :

> **(1) Ne constitue pas une violation du droit d'auteur le fait, pour une personne physique, d'utiliser une œuvre ou tout autre objet du droit d'auteur ou une copie de ceux-ci — déjà publiés ou mis à la disposition du public — pour créer une autre œuvre ou un autre objet du droit d'auteur protégés et, pour cette personne de même que, si elle les y autorise, celles qui résident habituellement avec elle, d'utiliser la nouvelle œuvre ou le nouvel objet ou d'autoriser un intermédiaire à le diffuser, si les conditions suivantes sont réunies :**
> **a) la nouvelle œuvre ou le nouvel objet n'est utilisé qu'à des fins non commerciales par l'utilisateur, et l'autorisation donnée par l'utilisateur à un tiers d'utiliser la nouvelle œuvre interdit l'exploitation commerciale directe de cette nouvelle œuvre;**
> **b) des efforts raisonnables, compte tenu des circonstances, sont entrepris par l'utilisateur pour que la source de l'œuvre ou de l'autre objet ou de la copie de ceux-ci et, si ces renseignements figurent dans la source, les noms de l'auteur, de l'artiste-interprète, du producteur ou du radiodiffuseur soient mentionnés;**

[41] Nous pensons ici à une solution semblable à celle qui a été proposée pour la reproduction d'œuvres écrites, soit la gestion collective des droits de reproduction par les titulaires de droits d'auteur, sur laquelle nous reviendrons plus loin.

c) l'utilisation de la nouvelle œuvre ou du nouvel objet par l'utilisateur ou par le tiers qui a été autorisé à le diffuser n'a aucun effet négatif important, pécuniaire ou autre, sur l'exploitation — actuelle ou éventuelle — de l'œuvre ou autre objet ou de la copie de ceux-ci ayant servi à la création, ou sur tout marché actuel ou éventuel à son égard, notamment parce que l'œuvre ou l'objet nouvellement créé ne peut s'y substituer.

b) Reproduction à des fins privées

L'article 22 du projet de loi C-11 introduit un nouvel article 29.22 dans la Loi sur le droit d'auteur, qui instaure une nouvelle exception aux droits exclusifs des auteurs. Cette exception viserait à permettre aux utilisateurs d'effectuer des reproductions des œuvres dont ils possèdent une copie. Si cette exception est souhaitable, les conditions qui l'encadrent sont, malheureusement, extrêmement restrictives et ne sont pas de nature à permettre à cette exception de procurer les avantages réels qui devraient raisonnablement en découler.

En effet, si l'utilisateur ne peut contourner les mesures techniques de protection (comme le précise le paragraphe c) de l'article 29.22 proposé), ce droit de reproduction à des fins privées risque fort de n'être applicable que selon le bon vouloir des ayants droit; il leur suffirait en effet d'utiliser une mesure de protection pour interdire la mise en œuvre par les utilisateurs d'un droit qui leur est consenti par la Loi[42]. Or, dans la recherche d'équilibre qui doit être une préoccupation constante en matière de droit d'auteur, les droits conférés aux ayants droit ne doivent pas avoir pour effet de leur permettre de restreindre indûment ceux qui sont conférés aux utilisateurs. La Cour suprême le rappelait en ces termes dans l'affaire Euroexcellence : « De même, dès que le droit d'auteur est accordé à l'égard d'une œuvre, la protection qu'il confère ne doit pas excéder ses limites naturelles et doit dûment tenir compte des droits des utilisateurs[43]. »

Afin d'assurer la mise en œuvre de ce droit à la copie privée conféré aux utilisateurs, nous proposons donc que l'interdiction de contourner les mesures de protection n'y fasse pas obstacle.

Tel que rédigé, ce droit à la copie privée semble pour le moins difficile à mettre en œuvre dans les faits; c'est l'acte que constitue le fait de faire une reproduction qui est autorisé au premier alinéa, sous réserve de certaines conditions. Les conditions dont l'existence peut être vérifiée au moment de l'acte permettent à l'utilisateur de connaître les limites de son droit (la propriété de la copie de l'œuvre, par exemple); certaines autres, qui portent sur des faits qui ne pourront être que postérieurs à l'acte autorisé (ne donner la reproduction à personne, par exemple, ou l'interdiction de céder la copie de l'œuvre qui a servi à faire la reproduction sans que n'aient été détruites au préalable toutes les reproductions), visent à interdire un acte (la reproduction) qui était permis au moment où il aura nécessairement été fait. Outre les problèmes d'application

[42] La Cour suprême du Canada reconnaît en effet dans la décision CCH Canadienne Ltée c. Barreau du Haut-Canada, 2004 CSC 13, [2004] 1 R.C.S. 339 au §48, que les « exceptions » constituent des droits reconnus aux utilisateurs : « À l'instar des autres exceptions que prévoit la Loi sur le droit d'auteur, cette exception correspond à un droit des utilisateurs. »

[43] Euro-Excellence Inc. c. Kraft Canada Inc., 2007 CSC 37

évidents que posent ces conditions (ne serait-ce que sur le plan de la vérification), cette façon de procéder, soit l'interdiction *a posteriori* de faire une chose qui était autorisée au moment où elle a été faite, n'est pas de nature à permettre aux utilisateurs de bien comprendre la portée des droits qui leurs sont conférés et de normaliser efficacement les comportements du public relativement à la copie privée.

Pour ce qui est des termes utilisés dans cet article, soulignons par ailleurs que les reproductions qu'il permet, qui sont déjà pratique courante, sont couramment appelées « copies » (plutôt que reproductions) par tous les intervenants (les utilisateurs aussi bien que les ayants droit). En nommant à cet article « copie » l'original qui sera utilisé pour effectuer une reproduction (par exemple, à l'alinéa 1a) : *la personne a obtenu la copie légalement*), le texte tel que rédigé risque fort d'entretenir une certaine confusion.

Dans une perspective de simplification qui viserait à permettre à tous une meilleure compréhension de ce qui est permis et des limites de ces autorisations, il nous semble par ailleurs qu'une exception conçue plus largement permettrait d'inclure dans un même article l'exception introduite avec l'article 29.23, soit le droit de fixer un signal et d'enregistrer une émission pour écoute ou visionnement en différé et l'exception de copie privée[44], et le droit à la copie de sauvegarde introduit par le projet de loi C-11. À notre avis, l'institution d'un régime unique pour la reproduction des œuvres[45], assorti de redevances adéquates, serait en effet possible et préférable. Un tel régime, qui serait, idéalement, neutre technologiquement, présenterait le double avantage de permettre à tous les créateurs qui voient leurs œuvres copiées d'être rémunérés, et aux utilisateurs de ne plus vivre dans l'insécurité juridique, en se demandant si le fait de copier telle ou telle œuvre sur un de leurs appareils est autorisé ou non par les titulaires de droit ou par la Loi.

Idéalement, et pour respecter les exigences des Traités de l'OMPI, cette exception de reproduction à des fins privées devrait donc être assortie d'un système qui permette une rémunération des créateurs, à l'image de celle qui est définie dans la partie VIII de la Loi sur le droit d'auteur. À cet effet, nous souhaiterions rappeler ce que les parlementaires canadiens suggéraient déjà dans les années 80 :

> *Constatant que l'on ne s'entend guère sur l'importance du préjudice économique occasionné par le phénomène de l'enregistrement à domicile, la majorité des membres du Sous-Comité ont conclu que, quelle que soit l'envergure du dommage causé, cette pratique n'en demeure pas moins une reproduction non autorisée d'une œuvre protégée, pour laquelle les titulaires de droits d'auteur ne reçoivent aucune indemnité. Le Sous-comité estime qu'un régime de redevances doit être institué. Aussi a-t-il rejeté la solution qui consiste simplement à soustraire l'enregistrement à domicile de*

[44] « En résumé, pour résoudre le problème de l'enregistrement à domicile, la majorité des membres du Sous-comité ont recommandé une solution semblable à celle qui a été proposée pour la reproduction d'œuvres écrites, soit la gestion collective des droits de reproduction par les titulaires de droits d'auteur, sous réserve seulement de l'approbation par une Commission du droit d'auteur réorganisée des tarifs contestés. » HÉBERT Monique, « La réforme de la Loi sur le droit d'auteur », Bulletin d'actualité, Bibliothèque du Parlement, 25 octobre 1982, révisé le 9 janvier 1990, p 16

[45] Rappelons que les œuvres littéraires peuvent elles aussi être reproduites.

> *l'application de la loi sur le droit d'auteur; il préconise plutôt la mise en place d'un régime d'indemnisation en échange duquel l'enregistrement à domicile serait légalisé*[46].

À cela, le Sous-Comité ajoutait :

> *[…] la majorité des membres du Sous-comité ont recommandé que les redevances soient perçues à la fois sur les appareils et sur les supports d'enregistrement sonore et magnétoscopique; cette solution est celle qui permet le mieux de respecter le principe de la responsabilité liée à la reproduction de l'œuvre, et elle tient compte de l'évolution rapide de la technologie, qui pourrait fort bien, par exemple, rendre désuète l'utilisation des bandes.*
>
> *En résumé, pour résoudre le problème de l'enregistrement à domicile, la majorité des membres du Sous-comité ont recommandé une solution semblable à celle qui a été proposée pour la reproduction d'œuvres écrites, soit la gestion collective des droits de reproduction par les titulaires de droits d'auteur, sous réserve seulement de l'approbation par une Commission du droit d'auteur réorganisée des tarifs contestés*[47].

Aussi, si nous croyons, attendu que la pratique est largement répandue et que la Loi doit veiller à la normaliser, que la reconnaissance et l'encadrement de ce droit de copie privée sont indispensables, nous proposons par ailleurs d'amender le projet de loi C-11 en vue d'y intégrer une mesure favorisant la rémunération des titulaires de droit, soit l'instauration de redevances sur les supports et appareils permettant la reproduction des œuvres. Cette mesure tiendrait ainsi compte des usages des consommateurs qui copient des œuvres sur différents supports ou appareils.

À notre avis, en plus de veiller à assurer un meilleur équilibre entre les droits des utilisateurs et ceux des créateurs, l'instauration d'un régime de redevance généralisé applicable aux copies privées serait aussi plus prudente : advenant la mise en place d'un droit tel que celui de reproduction pour fins privées sans rémunération pour les créateurs, nous pensons que le Canada court un risque de poursuite devant l'Organisation Mondiale du Commerce.

c) Risques de poursuite contre le Canada

Nous sommes d'avis que le droit de reproduction à des fins privées sans rémunération pour les créateurs serait contraire aux obligations prévues aux Traités internationaux et exposerait le Canada à des recours devant certaines organisations internationales comme l'Organisation mondiale du commerce.

En effet, l'article 10 du Traité OMPI WCT énonce les règles qui encadrent l'introduction de nouvelles limitations ou exceptions aux droits des auteurs :

> *1) Les Parties contractantes peuvent prévoir, dans leur législation, d'assortir de limitations ou d'exceptions les droits conférés aux auteurs d'œuvres littéraires et*

[46] HÉBERT Monique, « La réforme de la Loi sur le droit d'auteur », Bulletin d'actualité, Bibliothèque du Parlement, 25 octobre 1982, révisé le 9 janvier 1990, p 14
[47] *Ibid.*, p.15-16

> *artistiques en vertu du présent traité dans certains cas spéciaux où il n'est pas porté atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre ni causé de préjudice injustifié aux intérêts légitimes de l'auteur.*
>
> *2) En appliquant la Convention de Berne, les Parties contractantes doivent restreindre toutes limitations ou exceptions dont elles assortissent les droits prévus dans ladite convention à certains cas spéciaux où il n'est pas porté atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre ni causé de préjudice injustifié aux intérêts légitimes de l'auteur*[48]*.*

Toute nouvelle limitation ou exception doit être analysée à la lumière du test en trois étapes, déjà présent dans la Convention de Berne[49] et repris dans l'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ADPIC)[50] : (1) la limitation ou exception doit être un cas spécial, (2), qui ne porte pas atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre et (3) ne cause pas de préjudice injustifié aux intérêts légitimes de l'auteur.

Ce test en trois étapes a été utilisé et analysé par un « panel » de l'OMC dans une affaire opposant les États-Unis à l'Union européenne[51]. En l'occurrence, le « Copyright Act » prévoyait certaines exceptions pour les magasins, qui étaient ainsi autorisés à diffuser de la musique sans avoir à rémunérer les créateurs pour l'utilisation qu'ils faisaient ainsi de leurs œuvres. Il faut donc retenir, au-delà de l'interprétation que le « panel » a faite du test en trois étapes, que les risques pour le Canada d'être également poursuivi devant un tel « panel » existent et que ce risque devrait être pris en compte dans l'analyse de la pertinence d'apporter des amendements au projet de loi C-11 pour tenter de limiter le préjudice que les nouvelles mesures sont susceptibles d'entraîner pour les créateurs. Afin de résoudre le problème et éviter tout recours, il serait donc préférable et souhaitable que soit étendu le système de redevance pour copie privée.

Proposition d'amendement

Nous proposons ainsi la suppression de l'actuel alinéa c) de cet article 29.22, et son remplacement par ce qui pourrait se lire comme suit :

> **c) les auteurs, artistes-interprètes et producteurs admissibles ont droit, pour les reproductions à des fins privées des œuvres, à une rémunération versée par le fabricant ou l'importateur du support ou de l'appareil, selon les modalités des articles 82 et suivants de la Loi sur le droit d'auteur.**

[48] Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur (WCT), article 11 [en ligne] http://www.wipo.int/treaties/fr/ip/wct/trtdocs_wo033.html (page consultée le 13 janvier 2011)
[49] Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques, [en ligne] http://www.wipo.int/treaties/fr/ip/berne/trtdocs_wo001.html (page consultée le 17 janvier 2011)
[50] Accord sur les aspects de droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ADPIC), [en ligne] http://www.wto.org/french/docs_f/legal_f/legal_f.htm#TRIPs (page consultée le 17 janvier 2011)
[51] Rapport du groupe spécial de l'Organisation mondiale du commerce, États-Unis— Article 110, 5 de la loi des Etats-Unis sur le droit d'auteur, 15 juin 2000, WT/DS160/R. Cette décision a été largement commentée, aussi nous ne nous commenterons pas cette décision.

De plus, les conditions actuelles qui sont liées à des actes postérieurs à la reproduction autorisée devraient idéalement se présenter comme des interdictions d'utilisation de cette reproduction. À ces réserves s'ajoutent nos critiques sur les mesures techniques de protection, déjà exprimées, qui nous amènent à demander la suppression de l'alinéa relatif à l'interdiction de contourner les mesures techniques de protection. L'article 29.22 pourrait donc se lire ainsi :

> **29.22 (1) Ne constitue pas une violation du droit d'auteur le fait, pour une personne physique, de reproduire l'intégralité ou toute partie importante d'une œuvre ou d'un autre objet du droit d'auteur si les conditions suivantes sont réunies :**
> **a) la copie de l'œuvre ou de l'autre objet du droit d'auteur reproduite n'est pas contrefaite;**
> **b) la personne a obtenu la copie légalement, autrement que par emprunt ou location, et soit est propriétaire du support ou de l'appareil sur lequel elle est reproduite, soit est autorisée à l'utiliser;**
> **c) la reproduction n'est faite et utilisée qu'à des fins privées.**
>
> **(2) Les auteurs, artistes-interprètes et producteurs admissibles ont droit, en considération des reproductions à des fins privées des œuvres, à une rémunération versée par le fabricant ou l'importateur du support ou de l'appareil, selon les modalités des articles 82 et suivants de la Loi sur le droit d'auteur;**
>
> **(3) Les termes « support et appareil » mentionnés à l'alinéa (1)*b*) et c) s'entendent notamment de la mémoire numérique dans laquelle il est possible de stocker une œuvre ou un autre objet du droit d'auteur pour en permettre la communication par télécommunication sur Internet ou tout autre réseau numérique.**
>
> **(4) Constitue une violation du droit d'auteur :**
> **a) le fait de donner la reproduction à un tiers;**
> **b) le fait de conserver la reproduction alors que la personne a cédé la copie reproduite.**

d) Fixation d'un signal et enregistrement d'une émission pour écoute ou visionnement en différé

Comme nous le mentionnions plus tôt, nous préconisons l'abandon de cet article 29.23, et la création, en lieu et place, d'un droit étendu de reproduction à des fins privées.

e) Copies de sauvegarde

L'article 22 du projet de loi C-11 propose d'introduire un article 29.24 dans la Loi sur le droit d'auteur. Il s'agirait d'une nouvelle exception au bénéfice des utilisateurs, soit le droit de faire des copies de sauvegarde.

Traditionnellement, le droit d'effectuer des copies de sauvegarde a été réservé aux logiciels (la Loi utilise les termes « programme d'ordinateur »). L'article 30.6 b) de la Loi sur le droit d'auteur prévoit en effet:

> *Ne constituent pas des violations du droit d'auteur : le fait, pour le propriétaire d'un exemplaire — autorisé par le titulaire du droit d'auteur — d'un programme d'ordinateur, de produire une seule copie de sauvegarde de l'exemplaire ou de la copie visée à l'alinéa a) s'il établit qu'elle est détruite dès qu'il n'est plus propriétaire de l'exemplaire*[52]*.*

Le projet de loi C-11 propose donc de permettre aux utilisateurs de faire des copies de sauvegarde de toutes les copies des œuvres qu'ils possèdent. Cependant, l'article 29.23 de la Loi sur le droit d'auteur, tel que proposé par le projet de loi, permet déjà d'effectuer des reproductions des œuvres. L'introduction d'une telle exception aux droits des auteurs complexifierait inutilement, à notre avis, la Loi sur le droit d'auteur : l'utilisateur pourra légitimement se demander de quelles œuvres il a le droit d'effectuer une copie de sauvegarde… et en quoi cela diffère d'une reproduction pour des fins privées?

Nous avons déjà mentionné que le projet de loi devrait chercher à rendre aussi clairs que possible les droits qui sont conférés aux utilisateurs, afin de permettre à ces derniers d'être certains que les utilisations qu'ils font des œuvres sont couvertes par les exceptions à la Loi sur le droit d'auteur, et de connaître les limites de ces droits qui leur sont conférés.

Or, l'introduction du droit à la copie de sauvegarde vient au contraire créer de la confusion et de l'incertitude, en instaurant deux régimes différents pour la copie de sauvegarde, selon qu'il s'agit d'un programme d'ordinateur ou des autres œuvres qui ne sont pas des programmes d'ordinateur.

Nous pouvons également réitérer ici nos critiques sur les conditions encadrant cette exception et portant sur les mesures techniques de protection : l'impossibilité de se prévaloir de ce droit à la copie de sauvegarde lorsqu'une mesure technique de protection est insérée dans l'œuvre limite indûment les droits des utilisateurs. On remarquera que l'article 31 du projet de loi C-11 (qui prévoit un remplacement de l'article 30.6 de la Loi sur le droit d'auteur), n'interdit pas le contournement des mesures techniques dans le cadre des copies de sauvegarde des programmes d'ordinateur.

Les articles 22 et 31 du projet de loi C-11 méritent certains commentaires particuliers.

L'article 22 du projet de loi C-11, propose un nouvel article 29.24(1) de la Loi sur le droit d'auteur, qui disposerait :

> *Ne constitue pas une violation du droit d'auteur le fait, pour la personne qui est propriétaire de la copie (au présent article appelée « copie originale ») d'une œuvre ou de tout autre objet du droit d'auteur, ou qui est titulaire d'une licence*

[52] Article 30.6 de la Loi sur le droit d'auteur

> *en autorisant l'utilisation, de la reproduire si les conditions ci-après sont réunies (…)*[53].

Cet alinéa, tel que rédigé, est de nature à faire persister une certaine confusion dans la compréhension du régime des droits d'auteur. Il en va de même pour l'article 31 du projet de loi C-11 qui modifierait comme suit l'article 30.6 de la Loi sur le droit d'auteur :

> *Ne constitue pas une violation du droit d'auteur le fait, pour le propriétaire d'un exemplaire — autorisé par le titulaire du droit d'auteur — d'un programme d'ordinateur, ou pour le titulaire d'une licence permettant l'utilisation d'un exemplaire d'un tel programme de le reproduire dans le seul but d'obtenir de l'information lui permettant de rendre ce programme et un autre programme d'ordinateur interopérables*[54].

Le propriétaire de la copie d'une œuvre n'est propriétaire que du support de l'œuvre, à moins que le créateur ait cédé tous ses droits sur l'œuvre. La licence est, pour sa part, conférée par le créateur ou le titulaire de droit à l'utilisateur et porte (ou devrait porter) véritablement sur les droits d'auteur. La propriété d'un support par l'utilisateur ne peut avoir pour effet de limiter l'exercice par le créateur de ses droits d'auteur. La licence ne peut non plus avoir pour effet de limiter les droits de l'utilisateur.

À ce sujet, Séverine Dusollier explique :

> *S'il y a bien vente, c'est d'un exemplaire d'un programme d'ordinateur ou d'une base de données qu'il s'agit et non de la vente de l'œuvre elle-même. Autrement, il s'agirait d'une cession totale des droits d'auteur sur l'œuvre, ce qui ne correspond aucunement à la réalité d'une telle distribution commerciale. La licence s'applique à l'œuvre, distincte de l'exemplaire matériel dans lequel elle se matérialise. (…)*
>
> *Il n'empêche que cette figure contractuelle, certes complexe, peut être dissociée en deux contrats distincts : d'une part, le contrat de vente relatif au support, ou de prestation de services s'il s'agit d'un téléchargement ou d'une utilisation à distance et, d'autre part, le contrat de licence relatif aux droits de l'auteur sur l'œuvre incorporée sur le support ou transmise par le vecteur informatique*[55].

Les licences octroyées interdisent systématiquement la copie de sauvegarde. C'est notamment le cas pour les jeux vidéo, préalablement à l'utilisation desquels l'utilisateur doit accepter des contrats de licence d'utilisateur final[56].

---

[53] Article 22 du projet de loi C-11 proposant l'ajout de l'article 29.24 à la Loi sur le droit d'auteur, [en ligne] http://www.parl.gc.ca/HousePublications/Publication.aspx?Docid=5144516&file=4 (page consultée le 4 octobre 2011).

[54] Article 31 du projet de loi C-11 modifiant l'article 30.6 de la Loi sur le droit d'auteur, [en ligne] http://www.parl.gc.ca/HousePublications/Publication.aspx?Docid=5144516&file=4 (page consultée le 4 octobre 2011).

[55] DUSOLLIER, Séverine, Droit d'auteur et protection des œuvres dans l'univers numérique, Larcier, Bruxelles, 2007, p. 413

[56] Par exemple, l'accord de licence de la compagnie « Rockstar » qui mentionne : « vous acceptez de ne pas : faire des copies du Logiciel en totalité ou en partie », [en ligne] http://www.rockstargames.com/eula/fr (page consultée le 20 janvier 2011); Electronic Arts) interdit

Cette pratique qui consiste à assortir la vente de support d'œuvre avec des contrats de licence commence à se répandre dans le domaine de la vidéo avec les disques Blu-Ray, ou encore dans l'édition, avec les livres électroniques, mais également dans la musique avec les plateformes telles qu'iTunes.

Aussi, devant l'incapacité du consommateur de pouvoir négocier ces contrats de licence et de faire valoir ses droits d'utilisateur, nous suggérons que le projet de loi C-11 affirme clairement que les droits conférés par la Loi aux utilisateurs, bien souvent par le biais d'exceptions aux droits exclusifs des titulaires, soient déclarés d'ordre public et que la Loi reconnaisse que les utilisateurs ne peuvent y renoncer.

Proposition d'amendement

L'article 21 du projet de loi C-11 devrait être modifié, et proposer que l'article 29 de la Loi sur le droit d'auteur prévoit aussi que :

> **Nul ne peut, par convention, imposer à un utilisateur la renonciation à un droit que lui confère l'une ou l'autre des exceptions au droit d'auteur prévu à la présente loi.**

3) Responsabilisation des fournisseurs de service Internet

Traitant de la responsabilisation des fournisseurs de service Internet, le projet de loi C-11 vient légaliser les pratiques actuelles des fournisseurs de service Internet. En effet, le système dit d'« avis et avis » est encadré par l'addition de l'article 41.26 à la Loi sur le droit d'auteur.

Ce système dit d'« avis et avis » est déjà en place et est utilisé comme moyen de prévention à destination des utilisateurs qui se livrent à certains actes qui seraient en contravention des droits d'auteur. Le fonctionnement de ce système est assez simple. Le titulaire de droit qui repère sur Internet une utilisation d'une de ses œuvres qui serait selon lui faite en contravention de ses droits expédie au fournisseur de service Internet de l'utilisateur contrevenant un message alléguant cette contravention à ses droits. Le fournisseur se chargera ainsi de communiquer cet avis à l'utilisateur.

Certains titulaires de droit demandent la modification de cet article 41.26, et son remplacement par un système d'« avis et retrait » tel celui que l'on retrouve dans le Digital Millenium copyright Act américain[57]. Contrairement au processus d'« avis et avis », le titulaire de droit ne se contenterait pas d'envoyer une allégation de violation de ses droits au fournisseur de service Internet ou à l'hébergeur du contenu : il pourrait demander, par application d'une procédure d'« avis et retrait », et sur simple avis au fournisseur d'accès, le retrait du réseau de ce contenu

---

également la copie du jeu jeu vidéo FIFA soccer 10, article 1d,du contrat de licence [en ligne] http://www.ea.com/portal/pdf/legal/EULA_en_SecuROM_Disk_and_Digi_No_Ad_PC_20090824.pdf (page consultée le 20 janvier 2011)

[57] 17 U.S.C. §§ 512

qu'il juge problématique. Il reviendrait ainsi à l'utilisateur d'envoyer au fournisseur de service, le cas échéant, un contre-avis demandant le maintien du contenu en ligne en établissant qu'il n'est pas coupable de la violation alléguée. Toutefois, ce système d'« avis et retrait » est plus qu'imparfait et il a été fortement critiqué aux États-Unis.

Certains ont reproché notamment à ce système les pouvoirs excessifs qu'il accorde aux ayants droit, ces derniers l'ayant parfois utilisé pour tenter de limiter la liberté d'expression. À ce sujet, l'organisation Electronic Frontier Foundation (EFF) publie sur son site Internet un « Takedown Hall of Shame » qui détaille les demandes de retrait faites par des titulaires de droit de façon abusive. Par exemple, Universal Music Group a demandé le retrait d'une émission qui critiquait l'un de ses artistes[58]; Warner Music Group a demandé à plusieurs occasions le retrait de vidéos amateurs sur You Tube qui chantaient une chanson dont Warner a les droits[59]. Ce ne sont que deux exemples de cette longue liste d'utilisations de cette procédure d'« avis et retrait » qu'EFF qualifie de honteuses.

D'autres titulaires de droit demandent que la Loi impose aux fournisseurs de service Internet le paiement d'une compensation pour les œuvres qui circulent sur Internet en contravention de leurs droits[60]. En fait, les titulaires de droit demandent aux fournisseurs de service Internet de payer pour tous les actes qu'ils estiment illégaux et qui seraient commis sur les réseaux par les utilisateurs. Si on imposait aux fournisseurs de service Internet le paiement de tels « droits », il est bien sûr à prévoir qu'ils augmenteraient en revanche les tarifs des abonnements Internet. Autrement dit, tous les utilisateurs, qu'ils contreviennent ou non aux droits des titulaires de droit, auraient à payer une telle compensation. Si un tel système de redevance devait être envisagé, il serait bon qu'un système plus logique et plus équitable soit proposé. Il est en effet curieux d'envisager un système qui propose d'une part de maintenir, voire de multiplier les contraventions à la Loi sur le droit d'auteur (les utilisateurs qui paieraient sans être contrevenant étant encouragés à le devenir) et qui envisage le paiement par des non-contrevenants de « redevances » qui ne devraient autant que possible être imposées qu'à ceux qui entendent avoir des agissements qui sont susceptibles de concerner des œuvres visées par le droit d'auteur. Nous reviendrons dans ce qui suit à une approche qui nous semblerait plus acceptable.

4) Responsabilité des fournisseurs de service

L'article 18 du projet de loi C-11 propose d'introduire de nouveaux alinéas (2.3) et (2.4) à l'article 27 de la Loi sur le droit d'auteur :

[58] Music Publisher Tries to Muzzle Podcast Criticizing Akon, [en ligne] https://www.eff.org/takedowns/music-publisher-tries-muzzle-podcast-criticizing-a (page consultée le 22 janvier 2011)

59 YouTube's January Fair Use Massacre, [en ligne] https://www.eff.org/deeplinks/2009/01/youtubes-january-fair-use-massacre (page consultée le 22 janvier 2011)

[60] Radio Canada, Les artistes montent aux barricades, [en ligne] http://www.radio-canada.ca/nouvelles/arts_et_spectacles/2010/11/30/001-droit-auteur-manif.shtml (page consultée le 22 janvier 2011) « Les artistes réclament notamment des redevances des fournisseurs de service Internet pour compenser les pertes qu'ils subissent en raison du téléchargement illégal de musique sur Internet. »

> *(2.3) Constitue une violation du droit d'auteur le fait pour une personne de fournir sur Internet ou tout autre réseau numérique un service dont elle sait ou devrait savoir qu'il est principalement destiné à faciliter l'accomplissement d'actes qui constituent une violation du droit d'auteur, si une autre personne commet une telle violation sur Internet ou tout autre réseau numérique en utilisant ce service.*
>
> *(2.4) Lorsqu'il s'agit de décider si une personne a commis une violation du droit d'auteur prévue au paragraphe (2.3), le tribunal peut prendre en compte les facteurs suivants :*
>
> *a) le fait que la personne a fait valoir, même implicitement, dans le cadre de la commercialisation du service ou de la publicité relative à celui-ci, qu'il pouvait faciliter l'accomplissement d'actes qui constituent une violation du droit d'auteur;*
>
> *b) le fait que la personne savait que le service était utilisé pour faciliter l'accomplissement d'un nombre important de ces actes;*
>
> *c) le fait que le service a des utilisations importantes, autres que celle de faciliter l'accomplissement de ces actes;*
>
> *d) la capacité de la personne, dans le cadre de la fourniture du service, de limiter la possibilité d'accomplir ces actes et les mesures qu'elle a prises à cette fin;*
>
> *e) les avantages que la personne a tirés en facilitant l'accomplissement de ces actes;*
>
> *f) la viabilité économique de la fourniture du service si celui-ci n'était pas utilisé pour faciliter l'accomplissement de ces actes*[61]*.*

Ces alinéas ont été présentés comme ceux qui vont s'attaquer aux services en ligne qui permettent de télécharger et de mettre à disposition sur Internet des œuvres protégées par le droit d'auteur. Autrement dit, il s'agit de mettre fin à des services tels que ceux d'« Isohunt », ou « the Pirate Bay »[62].

---

[61] Article 18 du projet de loi C-11 proposant l'ajout de nouveaux alinéas (2.3) et (2.4) à l'article 27 de la Loi sur le droit d'auteur, [en ligne] http://www.parl.gc.ca/HousePublications/Publication.aspx?Docid=5144516&file=4 (page consultée le 4 octobre 2011).

[62] Témoignage de M. Barry Sookman devant le Comité législatif C-11, le 1er décembre 2010 : « Bien sûr, au Canada, nous avons des problèmes similaires à The Pirate Bay. Nous avons isoHunt, qui est le deuxième plus gros site BitTorrent au monde. C'est le plus gros du Canada. Nous avons sept autres sites BitTorrent en service au Canada, et de nombreux sites Leech et d'autres encore. L'affaire Pirate Bay est un bon révélateur et mérite que l'on y réfléchisse. Nous avons nous aussi ces problèmes à régler au Canada et la disposition sur la facilitation sera un bon outil à cet égard. » (nos soulignés), [en ligne] http://www2.parl.gc.ca/HousePublications/Publication.aspx?DocId=4839067&Language=F&Mode=1&Parl=40&Ses=3 (page consultée le 22 janvier 2011)

Cet article ne peut toutefois être lu indépendamment des dispositions de l'article 35 du projet de loi C-11, qui propose notamment d'introduire un article 31.1 à la Loi sur le droit d'auteur et qui viserait spécifiquement les fournisseurs de services Internet :

> *31.1 (1) La personne qui, dans le cadre de la prestation de services liés à l'exploitation d'Internet ou d'un autre réseau numérique, fournit des moyens permettant la télécommunication ou la reproduction d'une œuvre ou de tout autre objet du droit d'auteur par l'intermédiaire d'Internet ou d'un autre réseau ne viole pas le droit d'auteur sur l'œuvre ou l'autre objet du seul fait qu'elle fournit ces moyens. (2) Le paragraphe (1) ne s'applique pas dans le cas où la prestation du service par la personne constitue une violation du droit d'auteur prévue au paragraphe 27(2.3)*[63].

Ces articles proposés, soit 27(2.3), (2.4) et 31.1 de la Loi sur le droit d'auteur, lus ensemble, indiquent que les fournisseurs de services Internet, s'ils ne veulent pas voir leur responsabilité engagée et être eux-mêmes poursuivis pour violation du droit d'auteur, auraient l'obligation de bloquer des services Internet qui seraient susceptibles de permettre des violations au droit d'auteur (ou d'entraîner, à la limite, des allégations de violation de la part d'ayants droit). Une telle obligation nous amène inévitablement à nous interroger à l'atteinte qui, du fait du blocage de services sur des réseaux, serait faite à la liberté d'expression, protégée par la Charte canadienne des droits et libertés[64], et de façon plus générale à la neutralité d'Internet, qu'il nous semble essentiel de garantir. Il n'appartient certes pas aux fournisseurs d'accès de décider quels sites devraient ou ne devraient pas être accessibles aux internautes.

Si, en théorie, ce type d'approche pouvait sembler prometteuse à certains, le législateur aurait eu avantage à tenir compte des expériences étrangères dans le domaine, qui se sont toutes avérées plus inutiles les unes que les autres, et qui n'ont en aucun cas permis aux créateurs d'être rémunérés, que ce soit en Suède, avec la loi IPRED qui était censée mettre un terme au « piratage »[65], en France avec la loi HADOPI, où les internautes se sont détournés des applications surveillées par l'HADOPI pour continuer à s'adonner par d'autres biais à leurs pratiques habituelles[66]. Toutes ces tentatives désespérées pour mettre fin au « piratage » sont une perte de temps, et une perte d'argent pour les créateurs et les acteurs de l'économie numérique.

Il est déplorable de constater que le choix que plusieurs semblent encore privilégier, malgré l'échec d'une telle approche, soit celui d'une répression qui a fait la preuve de son inefficacité – il y aurait certes lieu d'enfin s'atteler à trouver de nouveaux mécanismes de rémunération pour les créateurs : une licence pour la mise à disposition des œuvres sur les réseaux, payée par les utilisateurs à leur fournisseur de services Internet nous semblerait en ce sens une approche

---

[63] Article 35 du projet de loi C-11 proposant l'ajout de l'article 31.1 à la Loi sur le droit d'auteur, [en ligne] http://www.parl.gc.ca/HousePublications/Publication.aspx?Docid=5144516&file=4 (page consultée le 4 octobre 2011).

[64] Charte canadienne des droits et libertés, Partie I de la Loi constitutionnelle de 1982, http://www.canlii.org/fr/ca/const/const1982.html (page consultée le 26 janvier 2011)

[65] CHAMPEAU Guillaume, La loi suédoise IPRED est un succès : le piratage augmente, les ventes aussi, [en ligne], http://www.numerama.com/magazine/15417-la-loi-suedoise-ipred-est-un-succes-le-piratage-augmente-les-ventes-aussi.html (page consultée le 22 janvier 2011)

[66] Rédaction de Zdnet, Hadopi : 75% des adeptes du téléchargement n'ont pas modifié leurs habitudes, [en ligne] http://www.zdnet.fr/actualites/hadopi-75-des-adeptes-du-telechargement-n-ont-pas-modifie-leurs-habitudes-39757470.htm (page consultée le 22 janvier 2011)

plus efficace, plus viable et plus équitable. Il nous semble que c'est ce genre d'approche, où les créateurs seraient rémunérés par les utilisateurs des œuvres protégées par le droit d'auteur, les sommes étant perçues par leur fournisseur de service Internet, qui serait le plus à même de satisfaire l'ensemble des parties. Une telle mesure serait certes préférable à une tentative de responsabilisation des fournisseurs de services Internet, qui n'auraient d'autres choix que de mettre en place un blocage ou un filtrage d'Internet qui non seulement est inefficace, mais nécessiterait vraisemblablement des moyens financiers importants. Des sommes qui seraient d'ailleurs prélevées dans la poche du consommateur, à n'en point douter. Puisque ce type d'approche aurait pour effets prévisibles de limiter la circulation des œuvres, de mettre en péril la neutralité d'Internet et la liberté d'expression, d'entraîner des frais pour les consommateurs, sans que ces sommes ne profitent jamais aux créateurs, qui souhaitent à n'en point douter une plus grande diffusion de leurs œuvres, nous persistons à croire qu'il est plus que temps de réévaluer les priorités et de travailler à élaborer un cadre qui avantage toutes les parties impliquées.

Nous tenons à rappeler que certains pays ont pourtant montré la voie à suivre. En Espagne, la jurisprudence a de façon constante refusé de condamner les sites qui permettaient le téléchargement et la mise à disposition des œuvres sur Internet. Comme le déclarait très lucidement le tribunal : « Condamner impliquerait la pénalisation d'une pratique socialement admise et d'un comportement largement pratiqué où le but n'est pas de s'enrichir illégalement, mais d'obtenir des copies privées[67]. »

Qu'il nous soit permis ici de faire un parallèle avec ce qu'écrivait Montesquieu dans l'Esprit des lois, et qu'il nous soit également permis de croire que le législateur canadien s'en inspirera :

> *Nous avons dit que les lois étoient des institutions particulières et précises du législateur ; et les moeurs et les manières, des institutions de la nation en général. De là il suit que lorsqu'on veut changer les moeurs et les manières, il ne faut pas les changer par les lois (…)[68] »*

Ainsi, comme l'ont prouvé certaines expériences étrangères, ce n'est pas par la loi que les mœurs actuelles pourront être changées et que l'on arrivera à détourner les internautes des applications ou des sites Internet qui leur permettent de se procurer des copies d'œuvres.

Il est bon de rappeler que la finalité d'une loi sur le droit d'auteur est de favoriser la diffusion de la création, d'une part, et d'assurer que les créateurs soient justement rémunérés, d'autre part. Si les technologies et les pratiques actuelles ont pour effet de permettre une diffusion sans précédent des œuvres créatives, il serait absurde de tenter, par le biais d'une loi qui vise justement une large diffusion, de poser quelque frein à ces possibilités d'accès phénoménales. Le plus sage serait au contraire de veiller à cette autre finalité, celle dont les pratiques actuelles n'arrivent pas à elles seules à assurer l'atteinte, soit une juste rémunération pour les créateurs.

---

[67] CHAMPEAU Guillaume, Le partage par P2P est légal en Espagne selon la Justice !, [en ligne], http://www.numerama.com/magazine/3519-Le-partage-par-P2P-est-legal-en-Espagne-selon-la-Justice.html (page consultée le 26 janvier 2011)

[68] Montesquieu, L'Esprit des lois, Livre XIX, Chap. XIV, [en ligne] http://www.voltaire-integral.com/Esprit_des_Lois/L19.htm#L19_14 (page consultée le 22 janvier 2011)

C'est pourquoi nous suggérons la mise en place d'une rémunération pour les créateurs qui serait fondée sur la gestion collective du droit de mise à disposition des œuvres. En pratique, les utilisateurs qui souhaiteraient mettre à disposition des œuvres sur Internet pourraient obtenir une licence, qui serait en fait proposée avec l'abonnement Internet de l'utilisateur. Un montant supplémentaire, soit un tarif établi par la Commission du droit d'auteur, serait ainsi perçu par le fournisseur de service Internet auprès de l'utilisateur, et cette somme serait ensuite versée à la société de gestion collective qui gérerait cette licence ainsi que la redistribution des montants perçus.

Il est faux de dire que la culture du gratuit est actuellement dominante sur les réseaux numériques et que les consommateurs refuseront de payer ce qu'ils obtiennent actuellement sans le payer directement. Les consommateurs reconnaissent la valeur de la création, et l'expérience a démontré que lorsque les créateurs laissent aux utilisateurs la liberté de fixer eux-mêmes le prix de la musique, leur donnant même la possibilité de ne rien payer du tout, les utilisateurs dans la grande majorité sont prêts à débourser pour soutenir les créateurs. Les nombreux exemples à ce sujet, comme ces offres de Misteur Valaire, de Radiohead, ou encore de Nine Inch Nail, nous semblent éloquents.

Ainsi, nous invitons le législateur à veiller, dans le cadre de sa réforme, à ce que soit maintenu l'équilibre actuel de la Loi sur le droit d'auteur, en permettant aux créateurs d'être rémunérés pour les utilisations de leurs œuvres, et en permettant aux utilisateurs d'avoir accès aux œuvres et à la culture dans le plein exercice de leurs droits.