

Cory Doctorow

Objet : Examen législatif de la *Loi sur le droit d'auteur*

Le 10 décembre 2018

À l'intention des membres du Comité permanent de l'industrie, des sciences et de la technologie

Je suis un auteur canadien de science-fiction à succès dont les œuvres ont été publiées dans le monde entier dans de nombreuses langues et adaptées pour l'audio, la scène, l'audiovisuel et d'autres formats. Je suis l'auteur de dizaines de livres, y compris des romans pour adultes, des romans pour la jeunesse, des ouvrages pédagogiques, des livres illustrés, des recueils de nouvelles et des ouvrages non romanesques.

Je participe aussi très activement à divers débats sur le droit d'auteur. J'ai été délégué d'une ONG auprès de l'OMPI; j'ai participé à la création d'un organisme à but non lucratif de politique d'Internet au Royaume-Uni appelé Open Rights Group. J'ai aussi travaillé sur le droit d'auteur à plusieurs postes universitaires : à titre de professeur stagiaire invité à la Library and Information Sciences School de l'Université de la

Caroline du Nord, professeur invité en sciences informatiques à l'Open University du Royaume-Uni et chercheur associé au MIT'S Media Lab.

Au niveau mondial, la réglementation du droit d'auteur et de l'Internet s'éloigne de plus en plus d'un Internet libre, équitable et ouvert pour s'orienter de plus en plus vers les intérêts étriqués de l'industrie du divertissement.

J'aimerais attirer votre attention sur certains phénomènes internationaux et souligner les failles de ces orientations et discuter des meilleurs choix que le Canada peut faire.

Mes observations portent sur les régimes de responsabilité, le blocage de sites et les mesures de protection technologiques (MPT).

Les régimes de responsabilité

La Directive du Parlement européen et du Conseil sur le droit d'auteur dans le marché unique numérique vise à modifier radicalement la responsabilité intermédiaire de toutes les plateformes en ligne, à l'exception des plus petites. L'article 13 de la Directive énonce que les prestataires de services ont l'obligation d'empêcher la mise à disposition, même temporairement, des contenus protégés chargés par leurs utilisateurs. Bien que certains partisans de l'article 13 affirment ne pas souhaiter que ce régime donne le

pouvoir de recourir au filtrage automatisé pour censurer des contenus qui semblent violer le droit d'auteur, c'est le résultat inévitable auquel on assistera.

Il est illusoire de penser que des humains chargés de contrôler des contenus réussissent à regarder la totalité des 300 heures de vidéos que YouTube reçoit *chaque minute*. Même si l'on réussissait à mobiliser de tels effectifs, ils ne pourraient jamais suffire à constituer la main-d'œuvre qui serait nécessaire pour évaluer l'ensemble des contenus diffusés sur Twitter, Facebook et Instagram.

La question n'est pas de savoir si les plateformes ne voudront pas ou ne pourront pas consacrer l'argent nécessaire pour affecter au bureau de censure le personnel nécessaire : il suffit d'un instant pour prendre une photo et pour la télécharger sur Instagram (éventuellement sans aucune intervention humaine) et il faut des minutes, des heures, voire des jours pour évaluer le statut de tout le contenu de la même image au regard du droit d'auteur. On comprend donc aisément qu'il serait facile d'affecter tous les humains qui vivent actuellement sur la planète à la tâche d'évaluer le droit d'auteur et ne pas réussir pour autant à tenir compte de tout ce contenu.

On revient donc aux filtres. Or, un filtre n'est pas un outil efficace pour évaluer le statut d'une œuvre au regard du droit d'auteur. Le filtre Content ID de YouTube – considéré

comme la référence en matière de reconnaissance de contenus protégés par le droit d'auteur – confond régulièrement les silences, les chants d'oiseaux et les interprétations par les pianistes eux-mêmes de compositions faisant partie du domaine public avec des œuvres protégées par le droit d'auteur. Le fonctionnement de Content ID est simple : il compare les bandes sonores de vidéos mises en ligne à un corpus d'œuvres protégées par le droit d'auteur fourni par un petit groupe fiable de titulaires de droits.

L'article 13 interdit de rendre publiques sans autorisation préalable les œuvres des titulaires de droits, peu importe qu'il s'agisse d'un photographe individuel ou d'un poète amateur, ou encore d'Universal Music Group ou d'Electronic Arts.

Le filtre adapté à cette fin coûtera beaucoup plus que les 100 millions de dollars américains que YouTube aurait dépensés pour Content ID, et il lui faudra effectuer des comparaisons en se servant d'un corpus d'œuvres bloquées d'une ampleur plus grande que celle que Content ID évalue.

De plus, l'article 13 ne prévoit aucune pénalité pour avoir faussement revendiqué un droit d'auteur sur des œuvres qui ne vous appartiennent pas, que ce soit par négligence ou par tentative sournoise de censurer l'Internet (des services de police américains ont

utilisé de fausses déclarations de droits d'auteur pour censurer des vidéos de caméra corporelle ayant enregistré des passages à tabac par des policiers).

L'article 13 crée donc un Internet où chacun peut fournir n'importe quoi à une base de données élaborée avec l'aide d'un réseau de volontaires et constituée de paroles incompréhensibles, de sons inaudibles et d'images qui ne peuvent être visualisées. Il n'existe aucun mécanisme de contrôle permettant de vérifier si ces œuvres sont effectivement protégées par le droit d'auteur et, le cas échéant, si elles ont été revendiquées par leur titulaire légitime ou par un troll ou par un escroc qui cherche à faire disparaître l'œuvre de quelqu'un ou à en tirer une valeur monétaire.

Certaines ébauches de l'article 13 proposent un système d'examen par des humains pour s'attaquer à ces problèmes. Cette solution est insuffisante. Le type de jugement qu'il faut exercer pour évaluer des revendications d'utilisation équitable ou de primauté de création, etc. est largement tributaire des faits et les tribunaux prennent parfois des années à se prononcer sur ce type de revendications. Un arbitre d'entreprise à qui l'on demande de trier le fouillis que constitue le million de contenus créés par un algorithme boîte noire instable ne contentera personne, surtout pas les gens pour qui le temps c'est de l'argent et dont les communications qui revêtent une importance capitale sur le plan politique – par exemple, dans le cas d'une élection à venir – auront perdu toute utilité à

cause des délais écoulés avant qu'ils n'aient obtenu la permission de diffuser leurs œuvres.

La raison d'être de l'article 13 est de hausser la rémunération dont jouissent les entreprises de divertissement et les créateurs. Mais en augmentant de centaines de millions de dollars les frais à engager pour se conformer aux critères d'exploitation d'une plateforme, l'article 13 fera en sorte que seuls les géants américains de la technologie auront les moyens de survivre, alors que les plus petits acteurs devront rester petits ou disparaître. En effet, dès qu'ils auront atteint une taille où ils doivent ajouter des filtres, ils devront trouver des capitaux considérables pour se conformer à l'article 13, ce qui les défavorisera de façon permanente par rapport aux Google et Facebook de ce monde, qui ont pu se développer sans cette contrainte.

C'est un principe économique élémentaire que les marchés qui comptent moins d'acheteurs sont moins favorables aux vendeurs. Comme l'article 13 consacre la domination de Google et compagnie, les entreprises de divertissement seront encore *plus* dépendantes d'elles, et elles auront moins d'occasions de monter les sociétés les unes contre les autres dans l'espoir d'augmenter leurs revenus. Si nous voulons rééquilibrer le partage des revenus du divertissement, accorder plus de pouvoir au principal acteur – les intermédiaires technologiques – n'est pas la bonne façon de le faire.

Si l'on estime plutôt que le problème est bien réel, on peut créer un régime général d'octroi de licences, administré par une société de gestion collective de la relève avec la transparence d'un projet à code ouvert et le génie analytique de Google. On peut fixer un taux de rémunération pour les œuvres de création qui est jugé équitable par les géants du divertissement et les créateurs, et on peut mettre de côté une partie des recettes pour les verser directement aux créateurs, en déclarant ces revenus inaliénables par contrat. Un tel système *encouragerait* la concurrence des petits acteurs (dont les redevances seraient proportionnellement moins élevées) et constituerait un moyen *garanti* de transférer de l'argent des grandes sociétés technologiques aux sociétés de divertissement et, surtout, aux créateurs, qui pourraient autrement voir leurs gains transférés aux actionnaires des sociétés de divertissement.

Blocage de sites

L'Australie vient de faire une démonstration qui arrive à point nommé sur les dangers que comportent les régimes de blocage de sites. La *Copyright Amendment (Online Infringement) Bill 2018* vise à combler les lacunes du *Copyright Amendment (Online Infringement) Bill 2015*. Or, tout observateur neutre peut constater que ce projet de loi donnera probablement lieu à d'autres versions du même projet de loi dans les années à venir.

En 2015, l'Australie a modifié sa loi sur le droit d'auteur pour permettre aux titulaires de droits de demander des ordonnances de blocage que les fournisseurs de services Internet de l'Australie seraient tenus de faire respecter. Ces ordonnances visaient des sites dont « l'objectif » était de faciliter des violations du droit d'auteur. Lorsque cette loi a été adoptée, ses opposants ont fait remarquer que la grande majorité des atteintes au droit d'auteur avaient lieu sur des plateformes polyvalentes comme YouTube qui hébergeaient quelques milliers de vidéos portant atteinte au droit d'auteur parmi des milliards de vidéos qui n'y portaient pas atteinte. Ils ont également prévenu que l'utilisation généralisée des réseaux privés virtuels (RPV) en Australie banaliserait le non-respect de ce type d'ordonnance. Ainsi, un Australien qui chercherait un contenu qui s'avérerait bloqué n'aurait qu'à aller sur un RPV et à le débloquent.

Les titulaires de droits ont assuré le public que le projet de loi de 2015 était suffisant et qu'aucune mesure supplémentaire ne serait nécessaire. Pourtant, en 2018, on a considérablement élargi la portée de la *Loi sur le droit d'auteur* comme l'avaient prévu les opposants en 2015.

La nouvelle loi australienne permet aux titulaires de droits d'obtenir des ordonnances de blocage de sites dont « l'effet principal » est d'entraîner la violation du droit

d'auteur (un terme qui reste dangereusement vague, mais qui pourrait englober de nombreuses plateformes polyvalentes, telles que le stockage en ligne, les plateformes d'hébergement vidéo, etc.). Elle permet également aux titulaires de droits d'obtenir des ordonnances contre des moteurs de recherche, obligeant ceux-ci à manipuler les résultats de recherche pour supprimer les mentions des sites bloqués. Elle permet enfin aux titulaires de droits d'obtenir des ordonnances de blocage pour des services qui « facilitent l'accès » à des sites bloqués.

Encore une fois, toutes ces mesures peuvent être contournées au moyen des RPV, de sorte que ceux qui portent atteinte au droit d'auteur n'auront rien à changer à leur *modus operandi* pour réussir à les contourner.

Les modifications apportées à la loi font toutefois en sorte qu'il est plus difficile pour le public de savoir quels contenus sont bloqués et la raison pour laquelle ils le sont. En bloquant les résultats des moteurs de recherche, les nouvelles modifications font en sorte qu'il est presque impossible de découvrir qu'un site a été bloqué et, partant, de contester une ordonnance de blocage abusive.

De plus, la procédure à suivre pour obtenir une ordonnance de blocage consiste à s'adresser à un tribunal bidon unilatéral à qui le titulaire de droits présente ses

arguments en faveur du blocage, sans qu'un représentant du site potentiellement bloqué soit présent pour faire valoir son point de vue (les fournisseurs de services Internet peuvent, sans y être obligés, se faire représenter par un avocat pour s'opposer au blocage).

On court directement au désastre : il s'agit d'un processus sans confrontation qui permet d'obtenir une ordonnance de censure que le public n'a pratiquement aucune possibilité de découvrir et de débattre.

Et ce n'est pas tout : même si les titulaires de droits ont assuré le législateur qu'ils ne chercheraient pas à faire interdire les RPV, le fait que tous ces mécanismes puissent être contournés en accédant à un RPV signifie que les partisans de ces mesures resteront sur leur faim et devront chercher d'autres solutions pour atteindre leurs objectifs.

Mais avaient-ils vraiment le choix? De nombreuses études du marché australien ont révélé que la violation du droit d'auteur en Australie était proportionnelle à la prime que l'on demande aux Australiens de payer par rapport aux autres pays riches et compte tenu de la longue période qu'il faut attendre en Australie avant la sortie de nouvelles versions. La fréquence des violations du droit d'auteur diminue lorsque les sociétés de divertissement offrent aux Australiens un accès rapide à des contenus audiovisuels à un prix raisonnable. Le fait que ces entreprises soient en mesure de réaliser des gains

modestes en Australie en persuadant le législateur australien d'arrimer une bonne politique Internet aux besoins de leurs actionnaires ne signifie pas pour autant qu'il est sage de la part du législateur d'agir de la sorte.

Les mesures de protection technologiques

Les lois visant à empêcher le contournement qui existent un peu partout dans le monde, qu'il s'agisse de la DMCA 1201 (États-Unis), de l'article 6 (DCUE) ou du projet de loi C-32 (Canada), confèrent aux entreprises un moyen d'exercer un contrôle sur leurs concurrents et leurs clients par le biais d'un système de droit privé. Force est de constater que ces lois ont eu des conséquences catastrophiques.

Ces règles trop larges interdisent de contourner les mesures de protection technologiques, même à des fins légitimes. Ainsi, le fabricant qui veut empêcher une mesure par ailleurs légale (p. ex., pour empêcher un concurrent d'offrir des App Stores concurrents pour l'iPhone ou des cartouches d'encre concurrentes pour une imprimante) n'a qu'à déployer une mesure de protection technologique pour bloquer l'action indésirable. Il empêche ainsi ses concurrents d'offrir des produits interopérables qui permettent des utilisations qui sont souhaitées par les consommateurs, mais non par les fabricants. En fait, les sanctions criminelles prévues pour la fourniture d'un tel mécanisme en font un crime passible d'emprisonnement dans le cas d'un citoyen qui

utilise ses biens à sa guise au lieu d'organiser ses affaires pour faire plaisir aux actionnaires de l'entreprise qui fabrique ces gadgets.

Mais il y a pire encore : les règles anti-contournement vagues et trop larges ont été utilisées pour réduire au silence et même emprisonner des chercheurs en sécurité qui avaient relevé des lacunes dans des produits ayant fait l'objet d'une telle mesure de protection technologique. Il existe un vif débat sur le moment et la manière dont les chercheurs en sécurité devraient divulguer de telles lacunes, mais c'est en apparence une mauvaise idée de faire des entreprises des gardiens de la vérité en ce qui concerne les failles de leurs propres produits.

Au fur et à mesure que les entreprises ont démontré la viabilité des mesures de protection technologiques comme moyen d'exercer des contrôles sur leurs clients, leurs concurrents et leurs critiques, l'utilisation des mesures de protection technologiques a proliféré, qu'il s'agisse de voitures ou de tracteurs aussi bien que de machines à voter que de stimulateurs cardiaques, en passant par les pancréas artificiels, les imprimantes 3D, les systèmes de sécurité maison, les moniteurs de surveillance pour bébés, etc.

Heureusement, il existe une solution facile à ce problème, une solution qui protège le droit d'auteur tout en renonçant une fois pour toutes à l'idée d'utiliser le droit

d'auteur pour mettre en place un système de droit privé : il suffit de restreindre les règles anti-contournement en ne retenant que celles qui interdisent de contourner des mesures de protection technologiques dans le but de porter atteinte au droit d'auteur. Ainsi, tous les contournements qui favorisent une infraction à la législation sur le droit d'auteur demeureraient interdits, mais toute autre conduite légale serait permise.

Je vous remercie.

Cory Doctorow