

Mémoire de Russell McOrmond

Résumé

Au cours des dix dernières années, j'ai eu l'occasion à maintes reprises de discuter de la question du droit d'auteur avec des créateurs et beaucoup d'autres Canadiens. J'ai ainsi pu me faire une opinion sur presque tous les aspects de la *Loi sur le droit d'auteur* et sur les diverses activités commerciales et non commerciales qui y sont assujetties. J'ai commenté bon nombre de ces aspects dans une Foire aux questions¹, mais, pour les besoins de ce mémoire, je m'en tiendrai à la question des mesures de protection techniques.

Je suis consultant indépendant en technologie depuis 1995², après avoir été réparateur de matériel informatique et administrateur de systèmes. Mon expérience de la technologie remonte au début des années 1980³. Je crée également des logiciels.

À titre de technicien, je peux traduire la terminologie du marketing et de la promotion de marque en technologie du monde réel. J'ai constaté qu'une grande partie de l'analyse des mesures techniques dans le contexte de la réglementation du droit d'auteur ne comprend jamais d'analyse de la technologie du monde réel. On emploie presque toujours des expressions comme « contrôle de transfert », « contrôle de l'utilisation » ou « gestion des droits numériques », mais ce dont il est vraiment question, c'est du mode de livraison d'un contenu dépendant du fournisseur.

Le problème, c'est que, si des non-techniciens croient que le « contrôle de transfert » est autre chose qu'une expression de marketing, ils vont favoriser des lois qui réglementent ces plates-formes technologiques comme s'il s'agissait d'autre chose qu'une plate-forme technologique.

La façon dont ces technologies sont réglementées est d'une importance capitale. Si nous traitons ces plates-formes comme si elles relevaient du droit d'auteur, nous permettons aux créateurs de ces technologies d'outrepasser les limites imposées par les principes contractuels, la concurrence, la protection des consommateurs, le droit d'auteur, le commerce électronique, la protection des renseignements personnels, le droit de la propriété et le droit commercial.

La formulation actuelle du projet de loi C-32 protège juridiquement ce contournement des limites imposées traditionnellement par ces réglementations. Il faut absolument que le Comité prenne le temps de s'initier à la façon dont fonctionnent ces technologies pour pouvoir les réglementer comme il convient. L'idéal serait de ne pas mentionner de mesures techniques dans la loi et de relier les lois applicables aux activités réglementées par la technologie (par exemple, le droit contractuel pour les MPT protégeant des contrats, y compris en ce qui concerne les licences de droit d'auteur). On pourrait aussi – mais ce serait moins sûr – veiller à ce que le contournement de la réglementation du droit d'auteur soit étroitement lié aux activités d'infraction, comme le proposent les traités de l'OMPI sur Internet adoptés en 1996.

¹ FAQ complète sous forme html et PDF (pour impression) : <http://BillC32.ca/faq>.

² Site Web de travail et coordonnées utiles : <http://Flora.ca>.

³ Expérience de travail affichée sur mon site de travail : <http://www.flora.ca/experience.shtml>.

Je crois qu'il vaut mieux, pour les créateurs et autres titulaires de droits d'auteur, le secteur technologique et les Canadiens en général, ne pas modifier du tout la *Loi sur le droit d'auteur* que d'adopter un projet qui légalise les activités des fournisseurs de plates-formes technologiques permettant de contourner la réglementation du droit d'auteur et d'autres lois. J'estime que les règles anti-contournement prévues dans le projet de loi C-32 sont une épine qui justifie le rejet intégral du projet.

Introduction

Je m'occupe activement du dossier de la réglementation du droit d'auteur depuis l'été 2001, lorsque j'ai appris que le Canada envisageait d'adopter une loi semblable à la loi américaine dite *Digital Millennium Copyright Act* (DMCA). J'étais déjà très au courant des conséquences imprévues des éléments anti-contournement de la DMCA et je ne voulais pas que l'on connaisse les mêmes problèmes au Canada. J'ai participé à de nombreuses conférences depuis dix ans et j'ai eu, au sujet du droit d'auteur, de très longues conversations avec des créateurs aussi bien qu'avec des gens qui se considèrent d'abord comme des consommateurs d'œuvres originales. J'ai eu de multiples rencontres avec les bureaucrates de la Direction générale de la politique du droit d'auteur (Patrimoine canadien) et de la Direction de la politique de la propriété intellectuelle (Industrie Canada). J'ai également eu l'occasion de débattre de la réglementation du droit d'auteur avec des avocats devant des auditoires.

Je suis l'hôte du forum Digital Copyright Canada⁴ (qui utilise également le domaine BillC32.ca), le coordonnateur de la collectivité GOSLING (Getting Open Source Logic INto Governments)⁵ et le coordonnateur des politiques de CLUE (Canada's association for Open Source⁶).

Je coordonne quelques pétitions utiles à l'intention du Parlement du Canada. La pétition en faveur des droits des utilisateurs a obtenu près de 3 000 signatures, et la pétition en faveur de la protection des droits de propriété technologiques en a obtenu près de 400.

Je ne vous envie pas le travail que vous avez devant vous. La réglementation du droit d'auteur est complexe, et, comme le droit fiscal, il peut y avoir aussi bien trop que pas assez. J'ai souvent dit que le droit d'auteur est à la créativité ce que l'eau est aux êtres humains : trop peu, vous vous déshydratez; trop, vous vous noyez.

Un projet de loi voué à la ratification des traités de l'OMPI de 1996 aurait été suffisamment complexe. Le projet de loi que vous devez évaluer est un projet de loi global comprenant de nombreux éléments sans rapport les uns avec les autres, et il est peu probable que vous ayez le temps d'en examiner suffisamment les retombées. Même si le projet de loi est parvenu au stade de la deuxième lecture, ces éléments extérieurs continuent de faire l'objet de mémoires et de questions.

J'espère que j'aurai la possibilité de me présenter au Comité pour répondre à ses questions.

⁴ Voir : <http://Digital-copyright.ca>. Renseignements chronologiques : <http://www.digital-copyright.ca/about>.

⁵ Voir : <http://GOSLINGcommunity.org>. Nous nous rencontrons informellement tous les vendredis au Parliament Pub, à Ottawa.

⁶ Pour un résumé de la politique, voir : <http://cluecan.ca/policy> ou <http://linux.ca/policy>.

Pour comprendre les droits de propriété liés à la technologie de l'information⁷

Je donne un exposé depuis de nombreuses années pour aider les gens à comprendre les questions que soulèvent les droits de propriété associés à la TI et les fameuses mesures de protection techniques. J'utilise certains accessoires pour faciliter la compréhension.

Comme je le dis toujours, je tiens quatre choses dans mes mains.

Dans l'une, j'ai un DVD qui représente deux choses : un contenu protégé par le droit d'auteur et un le support tangible sur lequel est enregistré ce contenu. Ces deux choses ont des propriétaires différents, et les droits de chacun doivent être respectés.

Dans l'autre, j'ai une technologie numérique⁸ qui représente deux choses : un appareil matériel et un logiciel, qui peuvent également avoir deux propriétaires différents, à savoir le titulaire du droit sur le logiciel et le propriétaire de la technologie de l'information.

On vous a dit que les mesures techniques ont trait intégralement au contenu protégé par le droit d'auteur, mais ce n'est pas du tout ainsi que fonctionne la technologie du monde réel. Il n'est pas possible de comprendre les répercussions du projet de loi C-32 dans le monde réel à moins de mieux comprendre cette technologie.

Pour ce qui est du contenu, il est possible de le chiffrer de telle sorte qu'il ne soit accessible qu'à condition que vous ayez les bonnes clés. C'est un exemple de contrôle de l'accès. J'explique sur le site de la FAQ concernant le projet de loi C-32 comment l'accès est un concept nouveau dans le domaine du droit d'auteur et comment la protection et le contrôle de l'accès créent, en fait, une « option de retrait » du reste de la réglementation du droit d'auteur pour ceux qui font usage de moyens de contrôle de l'accès. J'y explique également comment la protection juridique des moyens de contrôle de l'accès dans le domaine du droit d'auteur peut faire l'objet d'une exploitation abusive pour outrepasser les limites imposées par les principes contractuels, le commerce électronique, la protection des renseignements personnels, le droit commercial, la protection des consommateurs et le droit de la propriété.

Le contenu ne peut pas lui-même prendre de décisions, par exemple en ce qui concerne sa reproduction, le nombre de fois qu'il est reproduit ou toute autre action que le titulaire du droit d'auteur aimerait prévoir dans l'accord de licence. Le contenu à lui seul ne peut pas plus prendre de décisions qu'un livre n'est capable de se lire tout seul à voix haute.

Les décisions qu'il faut prendre sont codées dans le logiciel qui fonctionne sur l'appareil informatique. Ce qu'on appelle souvent les « contrôles d'utilisation » dans le contexte du droit d'auteur sont presque toujours des logiciels informatiques. Il faut donc absolument non seulement songer aux intérêts du titulaire du droit d'auteur sur le contenu, mais aussi à ceux de l'auteur du logiciel et aux droits des propriétaires de la technologie de l'information.

⁷ Pour plus de détails, voir : <http://flora.ca/own>, où l'on trouve des résumés, des documents à distribuer et un enregistrement sonore où je fais une présentation.

⁸ Le plus souvent, mon téléphone intelligent Google Nexus One (<http://www.google.com/phone/detail/nexus-one>), qui comprend une copie convertie sur un autre support du contenu du DVD.

Je suis un créateur de logiciels. Avant que le droit d'auteur me donne quoi que ce soit, je dois veiller à ce que les propriétaires de la technologie aient le droit de faire leurs propres choix de logiciel. S'ils ne sont pas en mesure de faire ces choix, comment pourraient-ils choisir le mien? Cela signifie que les droits de propriété sur la TI, dont le droit, pour les propriétaires, de choisir leurs logiciels, sont beaucoup plus importants que le droit d'auteur pour les créateurs de logiciels.

Prenons quelques exemples de technologie du monde réel. Un DVD comporte un dispositif de contrôle de l'accès appelé Content Scramble System (CSS) ou système de brouillage du contenu. Les clés qui permettent de déverrouiller ce système sont gérées par la DVD CCA ou Copy Control Association (Association pour le contrôle de copie des DVD). Il est important de ne pas croire qu'il s'agit d'une mesure de contrôle de transfert ou de contrôle technique, car ce n'est pas le cas.

La DVD CCA est une association composée des grands studios, des principaux fabricants de matériel informatique et des principaux fournisseurs de logiciels. Elle négocie les caractéristiques qui seront permises dans les appareils et les logiciels et auxquelles seront assorties des clés pour déverrouiller l'accès au contenu. C'est la relation contractuelle entre ces grands fournisseurs que protège ce contrôle de l'accès et non le droit d'auteur.

Si vous êtes un concurrent des membres de la DVD CCA ou si, pour une raison quelconque, vous ne pouvez pas assumer les obligations contractuelles qu'elle prévoit, vous n'aurez pas les clés nécessaires au codage de votre propre contenu et au décodage d'autres contenus. Il incombe au Bureau de la concurrence de décider si ces obligations contractuelles devraient être autorisées, étant donné que le fait d'associer l'accès à du contenu codé et des clés fournies par la DVD CCA à condition d'avoir le dispositif d'accès autorisé semble être un cas classique de vente liée selon l'article 77 de la *Loi sur la concurrence*.

Quand on entend le mot « serrure », il faut toujours se demander qui est chargé des clés. Ce n'est pas le propriétaire qui a le contrôle, mais l'entité chargée des clés. Lorsqu'il est question de mesures techniques dans le monde réel, les titulaires de droits d'auteur ne sont presque jamais ceux qui contrôlent les clés donnant accès au contenu verrouillé. Ils ont parfois, pas toujours, la possibilité de décider si le contenu doit être verrouillé ou non, mais c'est à peu près tout.

Dans le cas du verrouillage des appareils informatiques et des logiciels, les clés sont très explicitement refusées aux propriétaires de matériel. La serrure vise à priver le propriétaire de ce qu'il possède.

On n'y songerait même pas pour tout autre type de propriété. Il ne viendrait jamais à l'idée de protéger juridiquement des serrures d'armes de non-propriétaire dans un pays où beaucoup n'apprécient guère l'idée de simplement enregistrer les armes d'épaule. Nous n'accepterions jamais de protéger des serrures de non-propriétaire pour nos maisons sous le prétexte que le secteur de l'assurance en a besoin pour se garantir contre la fraude. Nous n'accepterions jamais de protéger des serrures de non-propriétaire pour nos voitures sous le prétexte d'éviter les délits de fuite.

Quelques réponses à des questions courantes

Voici quelques réponses aux questions que soulève le projet de loi C-32. La FAQ compte 22 pages, ce qui est beaucoup trop pour un mémoire au Comité, mais je crois que la lecture vous en serait utile. J'y parle surtout des traités de l'OMPI de 1996 et des mesures techniques, mais j'y explique également chacun des éléments soulignés dans le résumé du projet de loi, ainsi que les aspects les plus importants – comme l'expansion du régime de copie pour usage privé, dont il n'est pas question dans le projet de loi C-32.

Q. : Le gouvernement dit que le projet de loi C-32 « établit un équilibre logique entre les intérêts des consommateurs et les droits des créateurs ». Êtes-vous d'accord?

Je pense que le gouvernement emploie une balance incorrecte pour déterminer le degré d'équilibre du projet de loi, étant donné que la séparation supposée entre les intérêts des uns et des autres est largement illusoire. Tous les créateurs sont les consommateurs de plus de contenu qu'ils n'en créent, et presque tous les créateurs s'appuient sur des œuvres antérieures pour créer. Un nombre croissant de gens qui n'auraient été que des consommateurs jusqu'ici créent désormais leurs propres œuvres, et les activités des créateurs amateurs sont aussi réglementées que celles des professionnels du point de vue du droit d'auteur.

Dans des domaines comme la photographie, les photographes amateurs et les adeptes de la photographie automatisée représentent la majorité des photographes, tandis que les photographes professionnels ne sont qu'une toute petite fraction de ce secteur.

Il est également impropre de dire que les créateurs ont des droits tandis que les autres Canadiens n'ont que des intérêts.

À titre de défenseur des droits des créateurs activement engagé dans le dossier depuis 2001, c'est avec mes collègues créateurs, et non avec les titulaires de droits d'auteur qui ne sont pas des créateurs, que j'ai eu le plus de discussions et que je suis le plus souvent en désaccord⁹.

Il serait plus juste de mesurer l'équilibre d'un projet de loi sur le droit d'auteur en se demandant s'il protège effectivement les droits de tous les créateurs, passés et présents, amateurs ou professionnels plutôt que les seuls intérêts de puissantes entreprises titulaires de droits d'auteur. On voit bien alors, je crois, que le projet de loi C-32 penche trop du côté des puissants intermédiaires titulaires des droits d'auteur.

Q. : Beaucoup de Canadiens estiment que la réglementation du droit d'auteur au Canada est obsolète. Est-ce vrai?

Voici trois dates intéressantes :

- 1996 : Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur (TODA) et Traité de l'OMPI sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes (TOIEP)¹⁰.
- 1997 : Principale refonte récente de la réglementation du droit d'auteur au Canada (c'est aussi le cas du projet de loi C-32)¹¹.

⁹ Deux articles utiles illustrent ce propos : *Differentiating allies and opponents in the Copyright debate* (<http://BillC32.ca/5162>) et *Is there a copy left vs copy right?* (<http://BillC32.ca/5182>).

¹⁰ Traités de l'OMPI sur le droit d'auteur et les droits connexes : <http://wipo.int/copyright/fr/treaties.htm>.

- 1998 : Principale refonte récente de la réglementation du droit d'auteur aux États-Unis¹² (US DMCA).

Autrement dit, il est absurde de laisser entendre que le droit américain est moderne et que le droit canadien est désuet ou que les traités de l'OMPI signés en 1996 doivent nécessairement servir de modèle à la modernisation du droit canadien.

Il est vrai que la réglementation du droit d'auteur, au Canada et à l'étranger, a besoin d'être modernisé. Je crois que c'est la raison pour laquelle l'OMPI a organisé des réunions sur les limitations et exceptions¹³, un aspect particulièrement désuet de la réglementation. Certains pays et ONG estiment que le Canada fait obstruction à cette modernisation.

Des traités ultérieurs servent souvent à moderniser des traités plus anciens, et j'escompte que l'OMPI adoptera un traité qui supprimera les « mesures techniques » des deux traités de 1996 et clarifiera les questions de la gestion des droits et de la mise à la disposition du public. J'escompte également qu'on clarifiera des choses comme les « formalités », étant donné que nous ne voyageons plus à cheval et que nous vivons à l'ère informatique. L'enregistrement et le renouvellement sont désormais des choses triviales et elles simplifieraient l'attribution des licences en facilitant la localisation des titulaires de droits.

Q. : Les dispositions du projet de loi C-32 relatives aux mesures techniques découlent-elles simplement des dispositions correspondantes dans les traités de l'OMPI signés en 1996?

Les extraits suivants seront utiles pour répondre à cette question.

Article 11: Obligations relatives aux mesures techniques¹⁴

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.

Loi américaine sur le droit d'auteur (ou *Digital Millennium Copyright Act* - DMCA), par. 1201 : Contournement des systèmes de protection du droit d'auteur¹⁵

a) Violations relatives au contournement des mesures techniques. — (1)(A) Il est interdit de contourner une mesure technique contrôlant l'accès à une œuvre protégée en vertu du présent titre (traduction).

Projet de loi C-60¹⁵ déposé par les Libéraux le 20 juin 2005

¹¹ Chronologie de la Loi canadienne sur le droit d'auteur : <http://www.digital-copyright.ca/chronology>.

¹² Modifications au titre 17 depuis 1976 : <http://www.copyright.gov/title17/92preface.html>.

¹³ Activités de l'OMPI, Droit d'auteur et droits connexes, Limitations et exceptions : <http://wipo.int/copyright/fr/limitations/index.html>.

¹⁴ Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur, article 11 : http://www.wipo.int/treaties/fr/ip/wct/trtdocs_wo033.html#P87_12240.

¹⁵ <http://www.copyright.gov/title17/92chap12.html#1201>.

¹⁵ Liens vers le texte du projet de loi : <http://www.digital-copyright.ca/billc60>.

« mesure technique » Toute technologie ou tout dispositif ou composant qui, dans le cadre normal de son fonctionnement, restreint, à l'égard de toute forme matérielle d'une œuvre, d'une prestation fixée au moyen d'un enregistrement sonore ou d'un enregistrement sonore, l'accomplissement d'un acte visé aux articles 3, 15 ou 18 ou susceptible de constituer une violation des droits moraux applicables.

Projet de loi C-61¹⁶ déposé par les Conservateurs le 12 juin 2008 et projet de loi C-32¹⁷ déposé par les Conservateurs le 2 juin 2010 (remarque : la définition formulée dans le projet de loi C-32 est légèrement différente puisqu'on y ajoute le terme « protection » pour définir les « mesures techniques de protection »)

« mesure technique » 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.

Quelques observations rapides :

- Les traités de l'OMPI protègent les activités qui sont déjà des infractions aux termes des traités existants de l'OMPI.
- La DMCA protège des systèmes de contrôle de l'accès et elle n'a pratiquement aucun rapport avec les activités qui seraient, sinon, des infractions.
- Le projet de loi libéral C-60 est effectivement une traduction du traité de l'OMPI en droit canadien.
- Les deux projets de loi conservateurs traduisent le projet de loi C-60 (ou le langage de l'OMPI) et la DMCA en droit canadien.

Cela fait des deux projets de loi conservateurs une mise en œuvre non seulement des traités de l'OMPI, mais des aspects les plus controversés de la DMCA. Cela explique également pourquoi certaines personnes appellent ces deux projets une DMCA « version empirée au Canada »¹⁸.

Q. : Pourquoi la protection des « contrôles de l'accès » dans la DMCA et le projet de loi C-32 est-elle un problème?

¹⁶ Liens vers le texte du projet de loi : <http://www.digital-copyright.ca/billc61>.

¹⁷ Liens vers le texte du projet de loi : <http://www.digital-copyright.ca/billc32> ou <http://BillC32.ca/>.

¹⁸ Voir aussi : Michael Geist, « Setting the Record Straight: 32 Questions and Answers on C-32's Digital Lock Provisions, Part One » (<http://www.michaelgeist.ca/content/view/5097/125/>).

La notion de droit d'auteur renvoie à une série d'activités qui supposent la permission du titulaire du droit d'auteur. Certaines activités très précises comportent des exceptions, auxquels cas une permission n'est pas nécessaire, tandis qu'un paiement suffit, selon les termes d'un système de licence obligatoire. Il existe d'autres exceptions qui ne nécessitent ni autorisation ni parlement : elles sont définies sous la notion d'utilisation équitable. D'autres activités ne sont pas énumérées et ne sont pas réglementées du tout.

Au Canada, ces activités sont énumérées à l'article 3 pour la plupart des œuvres, aux articles 15 et 26 pour les interprétations, à l'article 18 pour les enregistrements sonores, et à l'article 21 pour les signaux de communication. Remarquez que les projets de loi récents renvoient à « un acte visé aux articles 3, 15 ou 18 ou pour lequel l'article 19 prévoit le versement d'une rémunération » pour référencer certaines de ces activités.

Depuis les origines de la notion de droit d'auteur, l'idée d'« accès » à une œuvre n'a jamais été une activité visée par la réglementation¹⁹. Toutes les activités en cause découlent du fait que vous avez déjà accès à l'œuvre. L'idée d'accès a toujours été laissée de côté par les autres lois.

Si vous enjambez un portillon et regardez un film sans payer, on ne vous accusera pas d'infraction au droit d'auteur, mais d'effraction. Il en va de même dans le commerce (électronique ou non) : l'accès à quelque chose qu'il vous est possible d'acheter (qu'il s'agisse d'œuvres protégées par le droit d'auteur ou d'autre chose) n'est pas régie par la réglementation du droit d'auteur, mais par d'autres lois comme celles qui ont trait au commerce électronique ou à la propriété. Si vous sortez d'une librairie un livre à la main sans l'avoir payé, il s'agit bien d'un vol et non pas d'une infraction au droit d'auteur.

L'un des domaines juridiques le plus intimement liés à la réglementation du droit d'auteur est le droit contractuel. Si vous passez devant un tribunal pour avoir enfreint un contrat de licence d'utilisation, on ne présumera pas que vous avez porté atteinte au droit d'auteur. Plusieurs scénarios sont possibles, dont l'annulation de dispositions du contrat, la reconnaissance de la culpabilité du défendeur pour bris de contrat, la reconnaissance de la culpabilité du défendeur pour atteinte au droit d'auteur ou une combinaison de ce qui précède. Il serait préjudiciable à toutes les parties que l'équilibre entre la réglementation du droit d'auteur et le droit contractuel était brisé par l'idée que tout accès non autorisé à une œuvre ou l'utilisation de cette œuvre est automatiquement une infraction.

Songez-y : si l'idée d'« accès » est intégrée à la réglementation du droit d'auteur, presque tous les autres aspects de la loi deviennent redondants. Les titulaires de droits d'auteur n'auront plus qu'à autoriser l'accès à une œuvre moyennant toutes les conditions qu'ils voudront et à le refuser autrement, et ils pourront réécrire à certains aspects de la réglementation à leur guise dans ces contrats. Sans autorisation d'accès au contenu, aucune des limitations ou exceptions au droit d'auteur ne peut exister.

Je crois que le Canada doit fermement rejeter l'idée d'ajouter les notions d'« accès » et de « contrôle d'accès » à la loi canadienne sur le droit d'auteur afin de préserver la définition traditionnelle de la notion de droit d'auteur.

¹⁹ Cet argument a également été avancé par le professeur David Vaver (Osgood Hall) (http://www.osgoode.yorku.ca/faculty/Vaver_David.html) dans *Digital Locks, Circumvention and The Copyright Reforms Proposed By Bill C-32* (<http://www.iposgoode.ca/2010/11/digital-locks-circumvention-and-the-copyright-reforms-proposed-by-bill-c-32/>).

Q. : Pour permettre l'avènement de nouveaux modèles opérationnels, j'ai besoin de la protection des mesures techniques, y compris du contrôle de l'accès!

Que cela soit vrai ou non ferait l'objet d'un débat intéressant, mais ce débat n'est pas nécessaire ici.

La question n'est pas de savoir s'il convient d'accorder une protection juridique aux mesures techniques (contrôle de l'accès compris), mais si la *Loi sur le droit d'auteur* est la loi qu'il faut modifier à cet égard.

Si une mesure technique protège les modalités d'un contrat, y compris un contrat de licence de droit d'auteur, la protection juridique devrait relever du droit contractuel provincial.

Si une mesure technique protège le commerce électronique, la protection juridique devrait relever du droit provincial sur le commerce électronique.

Et ainsi de suite...

Aucune des justifications que j'aie eu à connaître concernant la protection des mesures techniques ne justifie qu'on les inclue dans la réglementation du droit d'auteur. Elles donnent plutôt à penser qu'il faudrait moderniser plusieurs autres lois puisque ces mesures techniques protègent plusieurs aspects que concernent ces lois. Rien ne justifie de permettre à une mesure technique d'outrepasser les limites de ces lois, et c'est quelque chose à quoi il faut toujours faire très attention. Nous devons veiller à la préservation de l'équilibre entre les lois canadiennes au moment d'envisager la protection juridique des mesures techniques.

Q. : Des questions constitutionnelles risquent-elles d'être soulevées au sujet des mesures techniques dans la réglementation du droit d'auteur?

Jeremy deBeer, professeur de droit à l'Université d'Ottawa, en a fait une analyse détaillée dans un article intitulé *Constitutional Jurisdiction Over Paracopyright Laws*²⁰, qui se trouve être un chapitre d'un ouvrage d'Irwin Law intitulé *In the Public Interest: The Future of Canadian Copyright Law*²¹.

Des arguments semblables ont été avancés dans la revue *Journal of Information Law and Technology* par le professeur Emir Aly Crowne-Mohammed et par Yonatan Rozenszajn²², tous deux de l'Université de Windsor.

« Les dispositions du projet de loi C-61 relatives à la GND représentent de la part du gouvernement une tentative à peine voilée pour consolider les droits contractuels des titulaires de droits d'auteur sous les apparences d'une réforme de la réglementation du

²⁰ Ce chapitre est accessible gratuitement à l'adresse suivante : <http://www.irwinlaw.com/pages/content-commons/constitutional-jurisdiction-overparacopy-laws---jeremy-f-debeer>.

²¹ Publication en 2005 par Irwin Law Inc. (ISBN: 1-55221-113-4). Pour plus de renseignements, voir : <http://www.irwinlaw.com/store/product/120/in-the-public-interest--the-future-of-canadian-copyright-law>.

²² « DRM Roll Please: Is Digital Rights Management Legislation Unconstitutional in Canada? » Voir le site : http://www2.warwick.ac.uk/fac/soc/law/elj/jilt/2009_2/cmr.

droit d'auteur et de la mise en œuvre des obligations internationales du Canada. Les avatars du projet de loi C-61 qui ne tiendront pas compte des dispositions de la *Loi sur le droit d'auteur* relatives à l'utilisation équitable (et de sa perspective globale) seront tout aussi aptes à échouer à un examen constitutionnel » (traduction).

J'ai écrit à ce sujet aux membres du gouvernement provincial de l'Ontario, dont mon député²³.

Q. : Toutes les nouvelles exceptions au droit d'auteur applicables aux établissements d'enseignement ne sont-elles pas une excellente nouvelle pour les étudiants?

J'estime que les exceptions réservées aux établissements d'enseignement sont un programme gouvernemental, payé sur le dos des titulaires de droits d'auteur, sous les dehors de la réglementation du droit d'auteur. Les programmes d'éducation devraient être financés à même les impôts généraux et gérés par les gouvernements provinciaux. Si le secteur manque de fonds dans le domaine de l'éducation, c'est un problème de secteur, qui peut être réglé par des moyens liés au marché (publication à libre accès) et qui n'est pas une question de « droit d'auteur ».

Je ne suis pas à l'aise avec l'idée de règles particulières réservées aux établissements d'enseignement. Cela me semble être une erreur pédagogique et cela compromet, à mes yeux, l'aptitude de nos enfants à agir de façon licite en dehors de la classe et, plus tard, dans la vie. J'estime que les règles du droit d'auteur axées sur les établissements d'enseignement et non sur les étudiants font du tort à ceux-ci.

L'utilisation équitable devrait être élargie pour englober des formulations comme « y compris des copies multiples destinées à l'usage en classe », comme le fait la loi américaine pour préciser que les enseignants peuvent se mettre dans la peau des étudiants et faire des choses que les étudiants seraient autorisés à faire seuls. Grâce à cette nécessaire précision, les exceptions applicables aux établissements d'enseignements et les dispositions qui s'y rattachent dans le projet de loi pourraient être éliminées.

Cette remarque s'applique aussi bien à l'actuel projet de loi C-32 qu'aux propositions invitant à imposer une licence d'accès obligatoire.

Q. : Que suggérez-vous concernant l'utilisation équitable?

Les dispositions du projet de loi C-32 en matière d'utilisation équitable sont inutilement complexes et seront obsolètes aussitôt que le projet sera adopté. Il est également très probable que leur complexité donnera lieu à une augmentation des infractions involontaires : voilà une autre conséquence nuisible de ce projet de loi excessivement complexe.

Je crois que nous devrions emboîter le pas aux États-Unis, qui abordent la question de l'utilisation équitable de façon beaucoup plus simple et facile à comprendre. On pourrait, par exemple, simplement adopter la formulation américaine, qui offre une clarté et un équilibre qui manquent au droit canadien actuel (problème empiré par le projet de loi C-32).

²³ Le projet de loi fédéral C-32 empiète sur des zones de compétence provinciale : <http://BillC32.ca/5156>.

La solution « canadienne » consisterait à adopter la solution américaine, mais avec un vocabulaire juridique canadien. Les Américains ont dressé une liste non exhaustive de catégories susceptibles de donner lieu à des utilisations équitables, puis y ont ajouté les critères définis par les tribunaux pour déterminer l'équité.

Au Canada, nous pourrions conserver la liste élargie des critères, en employant l'expression « par exemple » afin qu'il soit clair qu'il s'agit d'exemples et non pas d'une liste exhaustive.

La Cour suprême du Canada a circonscrit six facteurs non exhaustifs pour aider les tribunaux à décider si une utilisation particulière est effectivement équitable : 1) l'objet de l'utilisation; 2) le caractère de l'utilisation; 3) l'importance de l'utilisation; 4) les solutions de rechange à l'utilisation; 5) la nature de l'œuvre; 6) les effets de l'utilisation sur l'œuvre. Pour plus de clarté, ces facteurs devraient être ajoutés à la *Loi sur le droit d'auteur*.

Q. : Le régime de copie pour usage privé applicable à la musique enregistrée devrait-il être élargi aux appareils?

Je crois que ce système est un échec. Il est généralement très mal compris par les lobbyistes, les avocats, les responsables politiques et la population en général. La plupart des gens ne se rendent pas compte que cette licence obligatoire légalise des activités en échange du versement d'un droit et la confondent pour toutes sortes de raisons avec une taxe²⁴.

Je crois que le régime de copie pour usage privé est un autre programme gouvernemental masqué. Parlez-en à des musiciens : ils aimeraient mieux obtenir des ressources stables pour des programmes comme FACTOR²⁵ plutôt que le faible montant d'argent versé par la SCPCP. Parlez-en à n'importe qui : certains de ceux qui sont insultés par le régime de copie pour usage privé sont d'ardents partisans du financement des arts. Écoutez les responsables politiques : lorsqu'ils parlent du régime de copie pour usage privé, ils en parlent presque toujours comme s'il s'agissait d'un programme pour les arts et non de droit d'auteur.

Je crois que la solution est la suivante : les responsables politiques devraient garantir un financement stable aux programmes de financement des arts qui sont bien gérés et arrêter d'essayer d'ajouter ces programmes à la *Loi sur le droit d'auteur*. La SCPCP devrait être abolie et remplacée par un organisme voué à la musique enregistrée qui serait semblable à la Commission du droit de prêt public²⁶. Les activités vraiment privées, comme l'enregistrement différé, le transfert de support et la création de « bandes mixtes » non distribuées à partir de musique enregistrée acquise licitement devraient être exclus de la réglementation en vertu d'une exemption claire et facile à comprendre.

Q. : Pouvez-vous expliciter votre proposition de monétisation du partage non commercial de musique sur Internet?

²⁴ « Is the private copying levy a tax? » Voir le site : <http://BillC32.ca/5237>.

²⁵ The Foundation Assisting Canadian Talent on Recordings (FACTOR) : <http://factor.ca/>.

²⁶ « Providing payments to Canadian authors for the presence of their books in public libraries ». Voir le site : <http://www.plr-dpp.ca/>.

Je crois que le régime de copie pour usage privé est un échec, mais je pense que nous avons besoin d'un système de licence obligatoire pour des activités publiques comme la distribution poste à poste non commerciale de musique²⁷.

Il existe de nombreuses formes de distribution de la musique (diffusion en flux, poste à poste, etc.) que les compositeurs et la plupart des interprètes souhaiteraient voir réglementer en vertu de termes raisonnables, mais les grandes maisons d'enregistrement refusent de convenir de termes raisonnables.

L'article 19 de la *Loi sur le droit d'auteur* est une licence obligatoire applicable aux titulaires de droits voisins (interprètes et créateurs d'enregistrements sonores) qui est appliquée aux communications au public par télécommunications (radio commerciale). Je crois que ce système obligatoire devrait être mis à jour et que l'on devrait préciser que le poste à poste est une communication sur demande au public et qu'elle inclut donc la distribution non commerciale (CD ou clés USB de compilation donnés à d'autres personnes). Ce système ne s'applique pas aux compositeurs, qui se sont montrés disposés à protéger leur musique par une licence comme il convenait. Cette proposition est compatible à bien des égards avec la proposition de l'Association des auteurs-compositeurs canadiens²⁸, mais elle est beaucoup plus simple, parce que c'est un prolongement du système actuel de licence obligatoire.

Les FSI pourraient élargir leurs services en prélevant et en payant ce droit au nom de leurs clients.

²⁷ J'ai écrit deux articles qui faciliteraient peut-être la compréhension de cette question : *Analyzing when copyright levies are a good idea, and when they are a very bad idea* (<http://BillC32.ca/4515>) et *Is the private copying levy a tax?* (<http://BillC32.ca/5237>).

²⁸ Proposition de l'Association des auteurs-compositeurs canadiens (<http://www.songwriters.ca/proposalssummary.aspx>).