

Le 30 janvier 2011

Mémoire aux membres du Comité chargé d'étudier le projet de loi C-32

Je vous écris pour exprimer mon inquiétude concernant certains aspects du projet de loi C-32 qui vise à modifier la *Loi sur le droit d'auteur*. Pour situer ma réaction dans son contexte, sachez que j'ai récemment terminé des études de maîtrise, et que mon emploi actuel m'oblige à produire quotidiennement un code de programmation informatique protégé. Durant mes études universitaires, j'ai créé de nombreuses œuvres protégées par le droit d'auteur. Bien que conscient des avantages que procurent en principe les lois en la matière, je constate que leur objectif premier a été faussé et qu'elles vont au-delà des attentes raisonnables. Une de ces exagérations indésirables, et celle qui me préoccupe le plus, a trait aux clauses contre le contournement des mesures techniques de protection des œuvres (MTP). Outre ces préoccupations majeures, j'émetts des commentaires à propos des changements par rapport aux principes d'utilisation équitable, aux dommages-intérêts légaux et aux responsabilités des fournisseurs de service Internet.

Parlons d'abord des règles contre le contournement des MTP : le projet de loi leurre la population. Bien que les utilisateurs canadiens se voient accorder explicitement plusieurs nouvelles exemptions, par exemple pour la préprogrammation, le transfert d'un format à un autre, les copies d'appoint, etc., pour qu'elles soient applicables, il ne doit pas y avoir en place de MTP. Si ce qu'ils achètent est restreint par des MTP, les consommateurs sont privés de l'exercice de ces nouveaux droits. Si un consommateur canadien doit en l'occurrence outrepasser des MTP, cela constitue une entrave à ses nouveaux droits. C'est inacceptable. Il n'appartient pas à l'éditeur ou au titulaire d'un droit d'auteur de décider si une action quelconque des consommateurs canadiens enfreint ou non la loi. D'ailleurs, les exceptions relatives à l'utilisation équitable ont justement pour but de préciser les actions jugées acceptables, que le titulaire du droit d'auteur ait ou non donné son accord. Les clauses anticontournement vont à l'encontre de ce principe et font que les droits d'utilisation équitable deviennent des faveurs consenties au gré de l'éditeur. Subséquemment, on peut s'attendre raisonnablement à ce que les producteurs ou distributeurs appliquent des MTP triviales sur la quasi-totalité des contenus visés, retirant ainsi au consommateur ces droits additionnels.

Pour corriger cette anomalie qui affaiblit le projet de loi, il suffirait de modifier de façon relativement simple la définition de contournement en y ajoutant la mention « *dans n'importe quel but illégal* ». Ainsi, ma responsabilité légale pour un transfert de format de documents que j'ai achetés ne dépendrait plus de la décision arbitraire d'un éditeur d'appliquer ou non des MTP. Si j'enfreins cette serrure numérique pour faire une action par ailleurs légale, on ne devrait pas alors rendre illégal le fait de contourner la serrure numérique elle-même. Par contre, le contournement d'une serrure numérique afin de distribuer sans autorisation des documents en masse demeurerait une pratique interdite si bien que le titulaire du droit d'auteur pourrait alors tenter des poursuites. L'omission d'une telle distinction a pour effet d'induire en erreur les Canadiens, dont les droits d'utilisation seront sûrement bafoués par des éditeurs de contenu tatillons portés à imposer systématiquement des MTP

Certains prétendent qu'il est nécessaire d'appliquer des mesures de protection contre le contournement pour respecter les normes de l'OMPI sur le droit d'auteur, mais je suis plutôt en désaccord. Le libellé actuel de l'article 11 du traité de l'OMPI stipule que : « 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. » Les changements que je propose à la définition de « contournement » respecteraient tout de même cette norme. D'abord, vu que l'on accorde une exemption explicite pour protéger le droit d'auteur dans le cas de certaines activités (préprogrammation, etc.), les auteurs n'ont aucun droit à protéger en l'occurrence. De même, puisqu'il s'agit d'usages permis par la loi, il n'est pas nécessaire de restreindre les activités en question. Enfin, si l'activité est interdite, la nouvelle définition assurerait effectivement une protection adéquate et permettrait des recours légaux efficaces. Des clauses anticontournement inflexibles vont au-delà de ce qu'exige la ratification du Traité de l'OMPI, et constituent une restriction induite aux droits prévus pour les Canadiens.

En ce qui concerne les exemptions par rapport à l'utilisation équitable, à mon avis, nous sommes rendus à un point où une liste exhaustive deviendrait bientôt périmée. Puisque dans chaque cas d'utilisation équitable potentielle (parodie, éducation, analyse critique), on peut appliquer un test en six points pour voir si un usage individuel constitue bel et bien une utilisation *équitable*, est-il vraiment nécessaire d'en dresser une liste complète? Je pense qu'il est raisonnable d'entrevoir des usages futurs non inclus dans la liste proposée que les utilisateurs et les citoyens en général finiront par considérer acceptables. Rappelez-vous que ce fut le cas quand les gens se sont mis à enregistrer des émissions télévisées sur leur magnétoscope (ce que nous faisons maintenant avec des enregistreurs vidéo numériques ou DVR et appelons préprogrammation), et ce, peu de temps après la dernière refonte de la *Loi sur le droit d'auteur*. Je crois qu'en modifiant ainsi le projet de loi, cela lui permettrait de résister au temps et laisserait plus de latitude pour les éventuels usages encore inconnus qui sembleraient alors équitables. L'énumération actuelle ne laisse aucune place aux futures innovations, à moins pour en tenir compte d'entreprendre un long processus de réforme.

La nouvelle formulation à propos des dommages-intérêts préétablis représente une amélioration, surtout parce qu'elle fait une distinction entre les infractions à des fins commerciales et celles à des fins personnelles, et permet de mieux juger chaque usage individuel plutôt qu'en bloc. Le problème, c'est qu'il n'y a pas de définition précise de ce qui est une « violation commise à des fins commerciales ». Il m'apparaît évident que ce serait le cas d'un propriétaire de boutique qui vend en fraude des DVD, mais pas pour des amis qui s'envoient mutuellement par Internet des versions en MP3 de nouvelles chansons. Mais qu'en est-il d'un blogueur amateur qui afficherait un document en MP3 sur son site Web contenant des annonces? Ces annonces lui rapporteraient probablement un peu d'argent à chaque mois provenant de son petit auditoire, mais serait-ce suffisant pour considérer cela comme une activité commerciale? Et que se passera-t-il si le blogueur recourt à un service d'hébergement de contenu gratuit qui met des annonces sur son site Web, sans que cela ne lui rapporte un sou (c'est le service d'hébergement qui en profite)? Ce sont là les types de questions auxquels nous serons bientôt confrontés, et qui mèneront à d'innombrables réclamations abusives de dommages-intérêts à cause d'un usage « commercial »; pour l'éviter, il faudrait préciser soigneusement les conditions faisant que l'activité peut-être considérée commerciale. Si le libellé du projet de loi est laissé aussi ambigu, cela réduira grandement les avantages qu'offre le traitement distinct prévu par ces modifications.

Enfin, je tiens à applaudir la décision d'officialiser une formule d'avis suivi d'avis pour informer les contrevenants. J'approuve entièrement cette méthode, car elle vise à rendre imputable la partie responsable qui est aussi la mieux placée pour y répondre. Les formules comme l'infâme mécanisme d'avis suivi d'un démontage appliqué dans le cadre de la loi DMCA aux États-Unis, qui transfère la responsabilité d'agir aux fournisseurs de service Internet, restreignent trop la liberté d'expression. C'est une structure de responsabilité des FSI semblable qui a permis

l'établissement de ce qu'on appelle habituellement la « grande muraille (firewall) de Chine ». Contrairement à ce que bien des gens croient, il n'y a pas réellement en Chine de système de filtrage ou de muraille « pare-feu » centralisé pour contrôler les communications. Le gouvernement impose plutôt d'autres sanctions aux FSI qui autorisent les utilisateurs chinois à diffuser du contenu « non autorisé ». Pour ne pas qu'on le accuse d'avoir permis à tort la diffusion d'un contenu discutable à la limite du permis, les FSI ont (raisonnablement) opté pour une politique d'éradication massive, supprimant tout contenu susceptible d'être jugé illégal. Durant les 10 dernières années d'existence du mécanisme de démontage en vertu de la loi DMCA, les FSI aux États-Unis ont pris des décisions similaires et continuent à supprimer tout contenu soupçonné d'être illégal, même si d'excellents arguments tendent à démontrer qu'il s'agit là d'une utilisation équitable et digne d'être maintenue. Nous ne voulons pas d'un tel système au Canada. Par conséquent, je vous encourage à prendre la bonne décision à cet égard.

J'attends avec impatience de voir la version remaniée du projet de loi d'ici quelques mois, et j'espère que certains de ces problèmes auront été corrigés.

Merci d'avoir pris le temps de lire mes réflexions.

Brendan Moore

CC : Bryon Wilfert, député de la circonscription de Richmond Hill
Peter Milliken, président de la Chambre des communes, député de la circonscription de Kingston et Mille-Îles
Charlie Angus, député de la circonscription de Timmins et baie James