

L'« opinion d'un créateur de contenu canadien » au sujet de la Loi sur la modernisation du droit d'auteur (projet de loi C-32)

Novembre 2010

George Geczy, cofondateur et copropriétaire
des Studios BattleGoat à Ancaster (Ontario)

Table des matières

| | |
|---|--|
| L'auteur..... | |
| Premières impressions du projet de loi C-32, Loi sur la modernisation du droit d'auteur..... | |
| Comment corriger le projet de loi C-32 | |
| L'« opinion d'un créateur de contenu canadien » au sujet de la Loi sur la modernisation du droit d'auteur..... | |
| Réflexions sur les retombées culturelles et sociétales du projet de loi C-32..... | |
| Quelques exemples généraux de problèmes associés aux limitations anti-contournement prévues dans le projet de loi C-32..... | |
| Conclusion..... | |
| Autres organismes opposés aux dispositions anti-contournement du projet de loi C-32..... | |

La diffusion de ce document est autorisée en vertu de la licence Attribution-ShareAlike 3.0 de Creative Commons.
On peut le copier, le distribuer, le transmettre, l'adapter à condition d'en citer l'auteur.

L'auteur

Il y a, dans le débat entourant la question du droit d'auteur, énormément de rhétorique au sujet de ceux qui auraient des « intentions douteuses » et le désir de voir adopter une loi déséquilibrée (dans un sens ou dans l'autre). Je crois donc important de rappeler que je suis un créateur de contenu numérique depuis 1980 et propriétaire d'une entreprise depuis 1982. J'ai commencé par créer des logiciels pour des systèmes informatiques antérieurs à l'ordinateur personnel d'IBM. Aujourd'hui, je suis copropriétaire des Studios BattleGoat, une entreprise de création de jeux pour ordinateur qui a produit deux jeux distribués à l'échelle mondiale dans plus d'une vingtaine de pays et dans sept langues. Nous travaillons actuellement à la production de notre troisième titre, qui devrait sortir en 2011. Mon passé, mon présent et mon avenir sont

tous liés à la création de contenu pour des supports numériques. Je n'ai pas d'autres sources de revenu et je ne fais pas partie de commissions de lobbying. **Tout mon revenu actuel et celui que je peux espérer obtenir dans l'avenir immédiat proviennent de la vente de contenu créatif protégé par le droit d'auteur.**

Je m'intéresse également aux questions relatives au droit d'auteur depuis le début des années 1980, et les premières observations sur la réforme du droit d'auteur que j'ai présentées au gouvernement remontent à septembre 2001. J'ai depuis présenté d'autres observations à chaque fois qu'il y a eu des consultations et j'ai donné mon avis sur le droit d'auteur, la ZLEA et l'ACRC. Je fais également du bénévolat pour un certain nombre d'organismes communautaires, et je ne suis payé pour aucune des fonctions que j'y assume. J'ai été président du Comité des sciences et de la technologie de la Chambre de commerce de Hamilton et du Conseil des bibliothèques publiques de Hamilton. Je suis également membre du Conseil Industrie-Éducation.

Premières impressions du projet de loi C-32, Loi sur la modernisation du droit d'auteur

Certains éléments du projet de loi C-32 sont très louables. Il faut notamment s'incliner devant le choix d'appuyer le système d'avis plutôt que le système d'avis et retrait souvent employé abusivement. La reconnaissance précise de nouveaux droits en matière d'utilisation équitable (exceptions relatives aux copies de sauvegarde, au changement de support, à la protection des renseignements personnels, à l'accessibilité, au contenu d'utilisateur non commercial et à l'éducation) est également un élément très positif du projet de loi.

Malheureusement, l'article 47, qui ajoute la nouvelle réglementation des mesures techniques de protection, est si intrinsèquement défectueux et partial que non seulement il obscurcit les progrès que représentent les autres dispositions du projet de loi, mais aussi qu'il les élimine en raison de sa nature « dérogatoire ».

Dans des commentaires formulés en juin 2010, la ministre du Patrimoine a déclaré que le projet de loi instaure un équilibre et que « tout le monde a mis de l'eau dans son vin ». Pourtant, l'article 47 ressemble plus à de l'arsenic qu'à du vin, puisqu'il détruit les éléments progressistes du projet de loi en les invalidant. C'est pourquoi, s'il n'est pas modifié, le projet de loi tel quel est inacceptable et parfaitement partial.

Comment corriger le projet de loi C-32

Il suffit d'ajouter un principe simple au projet de loi pour le rendre acceptable :

Il faut que les mesures techniques de protection puissent être contournées pour les usages n'ayant pas pour but la contrefaçon.

Cela permettrait de respecter les dispositions des traités de l'OMPI et de laisser les consommateurs faire valoir à bon droit leurs privilèges en matière d'utilisation équitable. Les créateurs et éditeurs de contenu resteraient protégés, notamment contre la contrefaçon « à grande échelle » que les ministres Moore et Clement disent être l'objet de la réforme du droit d'auteur.

Voici quelques raisons pour lesquelles l'article 47 du projet de loi C-32 (dispositions anti-contournement) est gravement problématique :

1) Ces dispositions sont radicalement anti-consommateurs et elles déséquilibrent les principes du droit d'auteur en donnant aux entreprises de distribution de médias un contrôle sans précédent sur l'utilisation des produits qu'achètent les consommateurs.

- Le projet de loi C-32 autorise le changement de support, SAUF s'il y a usage de verrous numériques.
- Le projet de loi C-32 autorise les copies de sauvegarde, SAUF s'il y a usage de verrous numériques.
- Le projet de loi C-32 ajoute un certain nombre de dispositions concernant l'utilisation équitable, SAUF s'il y a usage de verrous numériques.
- Le projet de loi C-32 ajoute des dispositions concernant les bibliothèques et l'éducation, SAUF s'il y a usage de verrous numériques.
- Le projet de loi C-32 autorise la programmation et l'enregistrement sur enregistreur personnel de vidéo, SAUF s'il y a usage de verrous numériques.
- Le projet de loi C-32 n'autorise pas le contournement de verrous numériques protégeant du contenu « abandonné » légalement obtenu.

Jeux anciens exigeant une vérification par utilisation; magasins de musique ne pratiquant plus la gestion numérique des droits.

2) Les droits limités de contournement en cas de déficience perceptuelle, pour des raisons de protection des renseignements personnels et de sécurité et pour d'autres usages précis sont entravés par une limitation déraisonnable des technologies de contournement.

- Les restrictions imposées à la production et au partage de technologies de contournement rendent quasi-impossible aux bénéficiaires d'exceptions d'obtenir licitement les moyens d'obtenir ce qui leur revient de droit¹.
- Les restrictions imposées à l'utilisation de ces moyens rendent leur usage légal contestable, voire impossible².

¹ Par exemple, le paragraphe 41.14 du projet de loi autorise le contournement pour empêcher ou vérifier la communication de renseignements personnels à des tiers; le paragraphe 41.14(2) prévoit que les fournisseurs de moyens de contournement veillent à ce que ces moyens ne servent qu'à cette fin et qu'ils « ne nuisent pas indûment » au fonctionnement de la mesure technique de protection. Ces deux exigences ne sauraient être raisonnablement appliquées dans beaucoup de circonstances.

² L'article 41.16 du projet de loi autorise le contournement en cas de déficience perceptuelle, mais le paragraphe 41.16(2) ajoute la condition qu'il « ne nuise pas indûment » au fonctionnement de la mesure technique de protection. L'utilisation d'un lecteur écran, par exemple, suppose une élimination considérable de mesures techniques de protection et ne remplirait donc pas ce critère.

3) Les droits et garanties en matière d'utilisation équitable pour les bibliothèques et l'enseignement doivent être protégés.

- Rubrique de la foire aux questions du gouvernement : « Les utilisateurs veulent pouvoir se servir des œuvres protégées par le droit d'auteur avec plus de souplesse³ ».
- Dans le projet de loi C-32, les règles anti-contournement sont prépondérantes dans tous les cas, ce qui élimine toute souplesse d'application.

4) Les consommateurs doivent pouvoir disposer de moyens pour équilibrer les mesures prises par les entreprises privées.

- Les créateurs de contenu, dont les auteurs-compositeurs, les réalisateurs de films, beaucoup d'auteurs, les studios de production de jeux et d'autres, sont opposés à des dispositions anti-contournement trop strictes.
- Les ministres Clement et Moore ont donné l'exemple de l'abandon des MTP dans le domaine de la musique numérique sous la pression des consommateurs, mais l'une des grandes raisons de cette décision a justement été la capacité des consommateurs à contourner ces mesures et à les rendre inefficaces. Si les consommateurs perdent la possibilité d'avoir accès aux usages n'ayant pas pour but la contrefaçon, les distributeurs de contenu auront un contrôle excessif sur les produits qu'achètent les consommateurs.

5) L'histoire montre que l'innovation est étouffée par des restrictions trop artificielles et qu'elle est encouragée lorsque les restrictions appliquées au droit d'auteur sont allégées.

Les deux plus importantes transformations observées dans la consommation de médias depuis 30 ans :

- *Home Video Recording (Sony Corp v Universal Studios, 1984)*⁴. Universal Studios, qui représentait les principaux studios de production cinématographique américains, s'est battue jusque devant la Cour suprême pour empêcher Sony Corporation de vendre des magnétoscopes à usage domestique aux consommateurs, en invoquant les garanties offertes par la US Copyright Act. La Cour suprême a tranché en faveur de Sony Corporation et a permis la vente de magnétoscopes à usage domestique. Au cours des années qui ont suivi, Universal Studios a gagné plus d'argent des revenus de la vente des versions enregistrées de la plupart de ses films que des billets de cinéma.
- *MP3 Player (Diamond Multimedia Systems v Recording Industry Assoc of America, 1999)*⁵. La Recording Industry Association of America, qui représente la plupart des grandes maisons d'enregistrement américaines, affirmait que le MP3 Diamond « Rio » violait les

³ Site Web d'Industrie Canada : <http://www.ic.gc.ca/eic/site/crp-prda.nsf/fra/rp01183.html>.

⁴ SONY CORP. OF AMER. v. UNIVERSAL CITY STUDIOS, INC., 464 U.S. 417 (1984) (http://www.law.cornell.edu/copyright/cases/464_US_417.htm).

⁵ U.S. 9th Circuit Court of Appeals RECORDING v DIAMOND (<http://caselaw.lp.findlaw.com/cgi-bin/getcase.pl?court=9th&navby=case&no=9856727>).

dispositions de la US Copyright Act parce qu'il permettait le changement de support d'enregistrements de disques compacts (ce qu'on appelle « space shifting » dans la décision). La Cour a tranché en faveur de Diamond Multimedia, et le MP3 est devenu légal, ouvrant la voie au iPod, à iTunes et à de tout nouveaux moyens de distribuer et de consommer de la musique.

Il ne convient pas que de nouvelles restrictions fassent obstacle à de nouveaux usages novateurs des médias, faute de quoi la « prochaine » grande innovation ne survivra peut-être pas à une contestation en vertu du droit d'auteur. Par ailleurs, les entreprises et entrepreneurs qui travaillent à la création de nouvelles technologies seront incités à s'installer dans des régions favorables, qui appliquent une réglementation plus souple en matière de contournement.

6) Dernièrement, les lois et négociations visent, dans le monde entier, à alléger les règles de verrouillage numérique.

L'adoption de la United States Digital Millennium Copyright Act en 1998 a marqué la « ligne de hautes eaux » en matière de protection des verrous numériques et MTP, mais l'évolution récente atteste que le pendule a commencé à revenir vers une perspective plus équilibrée dans le monde entier. Voici quelques exemples :

- Aux États-Unis, la Bibliothèque du Congrès a adopté cette année d'importantes nouvelles exemptions à la DMCA en matière de contournement des MTP pour l'enseignement, les documentaires et beaucoup d'usages privés⁶.
- L'OMPI elle-même est en train de discuter de diverses exemptions et restrictions concernant les garanties associées aux verrous numériques, par exemple dans le cadre du « [p]rojet de Traité de l'OMPI sur les exceptions et limitations pour les personnes handicapées, les institutions d'éducation et de recherche, les bibliothèques et les centres d'archives⁷ ».
- Les nouvelles lois sur le droit d'auteur en Nouvelle-Zélande (2008), en Finlande (2006), en Norvège (2005), mais aussi de nouveaux projets de loi en ce sens en Inde⁸ et au Brésil⁹ envisagent autant les unes que les autres des dispositions plus souples que celles du projet de loi C-32.

Le désir déclaré du gouvernement est de se doter d'une loi sur le droit d'auteur prête pour l'avenir, mais les protections dérogatoires des MTP dans le projet de loi C-32 sont déjà désuètes et tournées vers le passé.

Réflexions sur les retombées culturelles et sociétales du projet de loi C-32

Au cours des dernières décennies, la population comme les entreprises ont progressivement modifié leur point de vue sur le droit d'auteur : on ne le voit plus comme un droit temporaire et limité, mais comme la garantie de droits d'exploitation commerciale à long terme. On ne peut

⁶ Voir le site : <http://www.copyright.gov/1201/>.

⁷ WIPO Draft Treaty: Voir le site du projet de traité de l'OMPI :

http://www.wipo.int/edocs/mdocs/copyright/fr/sccr_20/sccr_20_11.pdf.

⁸ Voir le site : <http://prsindia.org/uploads/media/Copyright%20Act/Copyright%20Bill%202010.pdf>.

⁹ Voir le site : <http://www.cultura.gov.br/consultadireitoautoral/lei-961098-consolidada/>.

cependant pas oublier le contexte historique ni que la « promotion des progrès de la science et des arts appliqués » suppose non seulement une incitation à créer de nouvelles œuvres, mais aussi l'espoir qu'elles tomberont dans le domaine public au terme de la durée du droit d'auteur.

Cela reste vrai même du point de vue commercial : non seulement on s'attend à ce que les entreprises, en tant qu'« entreprises citoyennes », tiennent compte des avantages pour la société tout entière, mais les entreprises de création de contenu ont besoin de s'appuyer sur les acquis antérieurs pour progresser et innover. Qu'il s'agisse des compositions classiques modernes qui s'inspirent de la musique de la Renaissance ou des films de Disney qui renouvellent les contes de fée traditionnels, il y a, dans les médias, une tradition d'évolution. Le projet de loi C-32 a des effets sur cette tradition à bien des égards :

- Il n'est pas possible de contourner les MTP appliquées au contenu tombé dans le domaine public.
- Il n'est pas possible de contourner les MTP appliquées au contenu n'ayant pas pour but la contrefaçon, par exemple du contenu faisant l'objet d'une licence de Creative Commons.
- Il n'est pas possible de contourner les MTP appliquées à du contenu abandonné ou les MTP obsolètes (entreprises en faillite, auteurs non identifiables, etc.). Dans certains cas, le contenu abandonné n'est fonctionnel que si les MTP sont contournées (par exemple, les jeux vidéo qui supposent une activation en ligne après la disparition du serveur ou de la musique faisant l'objet d'une gestion des droits numériques qui suppose une licence en ligne après disparition de l'authentificateur de la licence).
- Il n'est pas possible de contourner les MTP appliquée au contenu dont le droit d'auteur est expiré.

En juin 2010, l'OMPI a publié un rapport exhaustif intitulé « Étude exploratoire sur le droit d'auteur et les droits connexes et le domaine public¹⁰ ». Cette étude très fouillée porte sur les nombreuses questions entourant le contenu tombé dans le domaine public et dénonce le fait que les MTP sont une menace importante à l'accès raisonnable au contenu tombé dans le domaine public. On y trouve également des recommandations précises, par exemple que « [l]es traités de l'OMPI devraient être modifiés en vue d'interdire tout empêchement technique à la reproduction, la communication publique ou la mise à disposition d'une œuvre qui est tombée dans le domaine public. Il n'existe aucun fondement juridique à l'application de mesures de protection techniques au domaine public (...) ». Les auteurs du rapport vont jusqu'à critiquer les tentatives d'« appropriation » de contenu tombé dans le domaine public sous le prétexte de « l'existence connexe et minimale d'œuvres protégées », par exemple lorsqu'une introduction moderne est ajoutée à une pièce de Shakespeare¹¹. Le rapport de l'OMPI recommande expressément que, même si l'on ajoute ou change de support du nouveau contenu connexe et minimal, le contenu tombé dans le domaine public ne doit pas être protégé, car « [d]es mesures techniques qui protègent principalement des œuvres relevant du domaine public, compte tenu de l'existence connexe et minimale d'œuvres protégées, ne devraient pas bénéficier d'une protection juridique¹² ».

¹⁰ Étude exploratoire sur le droit d'auteur et les droits connexes et le domaine public (p. 81) : http://www.wipo.int/export/sites/www/ip-development/fr/agenda/pdf/scoping_study_cr.pdf.

¹¹ *Ibid.*, p. 52.

¹² *Ibid.*, p. 81.

Par ailleurs, la commercialisation généralisée de contenu au XX^e siècle s'est accompagnée d'une perte de conscience de sa valeur culturelle. Personne ne songerait à nier l'importance culturelle et la nécessité absolue de préserver les pièces de Shakespeare ou les symphonies de Beethoven, mais les médias culturels ont souffert, au cours des dernières décennies, de considérables pertes de contenu parce que des entités commerciales ne voient pas d'intérêt financier à les préserver. L'exemple par excellence de ce genre de situation est le fait que la plupart des épisodes de la première saison de l'une des plus longues séries de télévision de tous les temps et parmi les plus reconnues, la célèbre « Doctor Who » de la BBC, n'existent sur aucun support de copie. La BBC a utilisé et réutilisé la bande originale pour économiser de l'argent. Aux États-Unis, des épisodes importants de l'histoire de la télévision, par exemple le premier de « Tonight Show » avec Johnny Carson, sont également perdus.

Les distributeurs de médias modernes se rendent compte aujourd'hui de l'intérêt commercial de conserver des émissions de télévision et des films, mais le même effet de « culture perdue » se produit avec les nouvelles technologies, qu'il s'agisse de jeux informatiques, de sites Web, de blogs, de contenu produit par les utilisateurs ou d'interactions sur les réseaux sociaux.

Le projet de loi C-32 amplifie le problème de la protection du contenu culturel :

- Il n'y a pas d'exception aux règles anti-contournement pour les archives numériques intéressant des institutions comme les bibliothèques.
- Il n'y a pas d'exception aux règles anti-contournement pour les archives de contenu personnel (sauvegarde/autres supports).
- Il n'y a pas d'exception aux règles anti-contournement pour les bibliothèques et établissements d'enseignement jouissant de droits en matière d'utilisation équitable.

Les consultations du gouvernement sur la réforme du droit d'auteur en 2009 ont suscité de nombreuses réactions, et si les deux camps ont souvent fait parvenir leur avis sous forme de lettre, des centaines de Canadiens ont fait connaître directement leur point de vue. Il s'agissait très souvent de créateurs de contenu (artistes, écrivains, auteurs-compositeurs, musiciens, créateurs de logiciels) qui s'opposaient à des MTP trop strictes. La grande majorité des gens ont exprimé leur inquiétude à l'égard des effets délétères de garanties trop restrictives¹³.

Quelques exemples généraux de problèmes associés aux limitations anti-contournement prévues dans le projet de loi C-32

L'incertitude associée à la portée des restrictions : dans une entrevue avec Jesse Brown, du podcast « Search Engine » de TVO le 14 juin 2010, le ministre de l'Industrie Tony Clement a discuté des restrictions anti-contournement¹⁴. Il a déclaré précisément que les radiodiffuseurs avaient le droit de contourner les MTP pour permettre une utilisation équitable des médias en vertu de la disposition relative aux « entreprises de radiodiffusion (art. 41.17 du projet de loi sur le droit d'auteur). Après enquête par des spécialistes juridiques et autres, on s'est aperçu que ce

¹³ Consultations sur le droit d'auteur 2009: http://www.ic.gc.ca/eic/site/008.nsf/fra/h_00001.html.

¹⁴ « Search Engine » de TVO : http://feeds.tvo.org/~r/tvo/searchengine/~5/CzAROARjUjo/800837_48k.mp3.

n'était justement pas vrai et que le projet d'article 41.17 ne prévoit pas ce droit de contournement pour utilisation équitable¹⁵.

Il est intéressant de constater que l'un des ministres responsables de cette loi comprenne si mal les restrictions que ce projet de loi impose aux utilisations équitables de médias verrouillés.

Il est également intéressant de constater que les réponses fournies par le ministre Clement à des questions qui lui ont été posées sur Twitter sont parfois très étonnantes, par exemple : « Question : le projet de loi C-32 rend-il illégal de posséder ou de faire des logiciels qui peuvent déverrouiller un contenu? Député Tony Clement : On ne peut pas en fabriquer, en vendre ou en utiliser. Mais on PEUT en posséder »¹⁶! (Il existerait donc cette étrangeté juridique de pouvoir « posséder » un logiciel que l'on ne peut pas « utiliser »). Puis, ayant répondu par l'affirmative à la question « Puis-je quand même acheter des CD et les défoncer? », il a précisé, après correction de l'interlocuteur (« Mais pas s'ils sont verrouillés? ») : « Exact. Mais ce n'est pas ainsi que les choses se passent¹⁷ ». Il semble donc que cette loi laisse l'impression qu'il y a un équilibre dans la pratique actuelle des entreprises, mais le déséquilibre provoqué par les restrictions proposées permettra aux entreprises de supprimer des droits auxquels les utilisateurs sont habitués.

Une autre question intéressante se pose également : comment le projet de loi traiterai-il l'approche « Sony Rootkit »¹⁸, c'est-à-dire la façon dont Sony a employé une forme de MTP des disques compacts consistant à installer à leur insu un logiciel sur les ordinateurs des utilisateurs sans leur demander la permission. L'une des interprétations du projet de loi C-32 permettrait d'affirmer que l'élimination du fichier « Rootkit » non autorisé serait en réalité illégal (à titre de contournement d'une MTP) si le logiciel ne recueille ni ne transmet de renseignements personnels.

L'OMPI exige-t-elle ce genre de strictes garanties?

La réponse est un « non » sans équivoque. Il existe d'importantes études juridiques qui concluent qu'une approche plus souple permettant le contournement à des fins licites est permise en vertu des traités Internet de l'OMPI. Et c'est cette perspective qu'ont adopté la plupart des États qui ont ratifié les traités Internet de l'OMPI. On peut trouver des exemples de réglementations autorisant l'utilisation de moyens de contournement à des fins licites dans la Copyright Amendment Act d'Australie (2006)¹⁹ et la Copyright (New Technologies) Amendment Act de Nouvelle-Zélande (2008)²⁰.

L'OMPI est-elle en train d'écarter les garanties trop restrictives?

¹⁵ « Search Engine » de TVO :

http://feeds.tvo.org/~r/tvo/searchengine/~3/6MFvC33A1hw/800839_48k.mp3.

¹⁶ http://twitter.com/TonyClement_MP/status/15419224665.

¹⁷ http://twitter.com/TonyClement_MP/status/15284063109.

¹⁸ Sony Rootkit – Wired :

<http://www.wired.com/politics/security/commentary/securitymatters/2005/11/69601>.

¹⁹ Copyright Amendment Act 2006 (Australie) :

http://www.copyright.org.au/pdf/acc/infosheets_pdf/g096.pdf.

²⁰ Nouvelle-Zélande, 2008 :

<http://www.legislation.govt.nz/act/public/2008/0027/latest/whole.html#DLM1122643>.

C'est bien ce qu'il semble, et, en fait, l'OMPI est en train d'essayer de codifier les exceptions et limitations dans de futurs traités sur le droit d'auteur. La Vingtième session du Comité permanent du droit d'auteur et des droits connexes de l'OMPI a eu lieu du 21 au 24 juin à Genève et elle a permis de produire un certain nombre de rapports et de documents provisoires qui visent à élargir considérablement les exceptions au droit d'auteur, tout en limitant la portée des MTP²¹. L'« Étude exploratoire sur le droit d'auteur et les droits connexes et le domaine public » dont il a été question plus haut est l'un de ces rapports. Il y a aussi le « Projet de Traité de l'OMPI sur les exceptions et limitations pour les personnes handicapées, les institutions d'éducation et de recherche, les bibliothèques et les centres d'archives²² ». Comme son titre l'indique, ce document provisoire vise à définir les exceptions au droit d'auteur pour un certain nombre de groupes, de la même façon que les exceptions liées à l'utilisation équitable dans le projet de loi C-32. Mais, contrairement au projet de loi, cette version provisoire d'un traité autorise expressément le contournement des MTP à ces fins. L'article 13 s'en lit comme suit : « Les Parties contractantes veillent à ce que les bénéficiaires des exceptions et limitations énoncées à l'article 2 aient les moyens de jouir de cette exception lorsque des mesures techniques de protection sont appliquées à une œuvre, y compris, le cas échéant, le droit de neutraliser la mesure technique de protection pour rendre l'œuvre accessible²³ ». Il est clair que les versions provisoires de traités de l'OMPI ont du chemin à faire (et beaucoup de lobbying à surmonter) avant d'en arriver à l'étape de la ratification, mais les résultats de la Vingtième session du Comité permanent attestent qu'un grand nombre des membres de l'OMPI souhaitent vivement « rééquilibrer » les traités sur le droit d'auteur et en définir plus clairement les exceptions et limitations, notamment en permettant le contournement des MTP à des fins licites. Il n'y a aucune raison que le projet de loi C-32 n'aille pas dans le même sens.

Les restrictions imposées à la fabrication et à l'importation de technologies de contournement en empêcheront-elles l'usage?

Il y a trois groupes principaux d'utilisateurs de technologies de contournement : les faussaires commerciaux, les « pirates » individuels et les consommateurs qui les emploient en vertu de leurs droits liés à l'utilisation équitable (changement de support, sauvegarde, etc.). Les premiers n'auront aucun problème à créer ces moyens en utilisant leurs profits illicites pour financer les travaux techniques nécessaires. Les deuxièmes seront capables d'avoir accès à des moyens de contournement par le biais des réseaux d'enthousiastes et de pirates informatiques en ligne. Ce sont les derniers (le groupe licite) qui seront le plus touchés. Il ne s'agit pas de dire que les moyens de contournement disponibles dans le commerce ne sont pas employés à des fins illicites, mais il y a un lien logique dans le fait que ceux qui achètent des moyens de contournement achètent généralement aussi leurs autres supports, alors que ceux qui obtiennent des copies illégales de médias sont également plus susceptibles d'obtenir leurs moyens de contournement de la même façon.

Des limitations trop strictes compromettent le respect de la réglementation du droit d'auteur dans son ensemble

²¹ Vingtième session du Comité permanent de l'OMPI :

http://www.wipo.int/meetings/fr/details.jsp?meeting_id=20200.

²² Projet de traité de l'OMPI : http://www.wipo.int/edocs/mdocs/copyright/fr/sccr_20/sccr_20_11.pdf.

²³ *Ibid.*, p. 8, article 13.

C'est ce que traduit un article paru dans le Globe and Mail le 14 juin 2010 sous le titre de « Magic seals are made to be broken²⁴ » (les sceaux magiques sont faits pour être brisés), entre autres articles et blogues qui font remarquer qu'une réglementation du droit d'auteur que l'on juge « stupide » et injuste a plus de chances d'être enfreinte. De toute façon, beaucoup d'utilisateurs continueront de contourner les MTP pour exercer leurs droits en matière d'utilisation équitable, et c'est ainsi que le projet de loi C-32 en fera des criminels alors que ce sont des consommateurs aux activités licites. Et, dans le pire des cas, ils estimeront que, comme la loi est injuste, elle mérite encore moins d'être respectée.

Les nouvelles technologies dépendant des MTP

Certains estiment qu'il faut solidement protéger les MTP pour accueillir les nouvelles technologies comme les services de transmission de musique en flux continu²⁵, les locations numériques et les versions d'essai de logiciels. Rappelons que, en permettant le contournement des MTP à des fins licites, on ne rend pas plus licite le contournement à des fins illégales. De plus, il est relativement facile pour les utilisateurs compétents de créer les moyens de contourner les MTP de ces nouvelles technologies, de sorte que, si ces utilisateurs enfreignent déjà la réglementation du droit d'auteur en acquérant illégalement ou en copiant des médias, un acte illicite de plus ne fera guère de différence pour eux. L'interdiction d'accès aux moyens de contournement fait bien plus de tort à ceux qui les emploient à des fins licites (utilisation équitable, accessibilité) qu'à ceux qui les emploient à des fins illicites et qui peuvent continuer à obtenir ces moyens autrement. Comme nous l'avons vu, beaucoup de nouvelles technologies dépendent précisément de l'accessibilité aux médias, et des dispositions trop limitatives en matière de MTP empêcheront l'avènement de ces technologies (voir les exemples ci-haut du lecteur MP3 et du magnétoscope à usage domestique).

Les exceptions en matière d'interopérabilité

L'article 41.12 proposé (Interopérabilité) suscite en fait de nombreuses questions et « zones grises », puisque le degré de contournement et d'accès nécessaire à l'interopérabilité de programmes et de médias est important et suppose généralement l'élimination ou le contournement de toutes les MTP. Cet article est un élément important du projet de loi, quoique beaucoup l'emploieront comme « porte arrière » pour partager de l'information et des moyens de contournement. L'article 41.14, qui concerne les renseignements personnels, crée lui aussi des zones grises, quoiqu'il soit plus restrictif. Compte tenu de tout cela, il est plus valable d'ouvrir d'emblée la « porte avant » et d'autoriser l'emploi de moyens de contournement aux fins licites.

La position de la Chambre de commerce du Canada à l'appui du projet de loi C-32

La Chambre de commerce du Canada a raison de s'inquiéter de la contrefaçon et du piratage à des fins financièrement intéressées²⁶, mais le fait d'élargir ces préoccupations aux activités

²⁴ Globe And Mail, 14 juin 2010 : <http://www.theglobeandmail.com/news/technology/ivor-tossell/magic-sealsare-made-to-be-broken/article1602902/>.

²⁵ Exemples de transmission de musique en flux continu : www.rhapsody.com, www.spotify.com.

²⁶ Chambre de commerce du Canada : « Des pistes d'intervention prometteuses » (2007).

personnelles non commerciales semble plus découler de la pression de groupes de lobbyistes américains et de statistiques généralement discréditées²⁷ attestant à tort que le Canada est le « paradis des pirates ». Concernant la mesure dans laquelle les règles anti-contournement devraient être appliquées aux fins licites, il semble qu'il n'y ait eu ni consultations ni discussions avec des entreprises canadiennes ou des membres de chambres de commerce du pays. Je suis moi-même membre de la Chambre de commerce de Hamilton depuis 25 ans et je n'ai pas eu l'occasion de faire connaître mon point de vue à la Chambre de commerce du Canada à ce sujet. Il ne semble y avoir aucune base tangible à l'appui que la Chambre de commerce du Canada accorde à une stricte réglementation anti-contournement, sauf l'influence de lobbys américains.

Les inquiétudes des associations du secteur des jeux vidéo concernant les garanties relatives aux MTP

L'Association canadienne du logiciel de divertissement (ALD) s'est montrée particulièrement directe dans l'expression de son désir de voir consolider les garanties relatives aux MTP. Danielle LaBrossière-Parr, directrice exécutive de l'ALD pour le Canada, a récemment écrit une page en regard de l'éditorial²⁸, où elle explique cette position. Rappelons tout d'abord qu'ALD Canada ne représente pas le secteur canadien des jeux vidéo en général. Les plus importantes entreprises de ce secteur au Canada ne sont pas membre de l'ALD ni d'ALD Canada, et, en fait, aucune des entreprises membres d'ALD Canada n'appartiennent à des intérêts canadiens²⁹.

Plus précisément au sujet de la position d'ALD Canada, la directrice déclare que « le Canada a besoin d'un cadre juridique à l'appui d'une nouvelle économie de plus en plus concurrentielle et novatrice » et que, sans garanties solides, « les emplois et la compétitivité au Canada sont en jeu. (...) Nous devons tout faire pour maintenir la position du marché canadien » (traduction). Pourtant, dans le même article, elle fait remarquer que « le Canada est aujourd'hui le troisième pays producteur de jeux vidéo, avec des entreprises évaluées au minimum à 2 milliards de dollars par an et employant quelque 14 000 personnes » (traduction). Dans un communiqué de presse antérieur³⁰, l'ALD a déclaré ceci : « Un projet de loi solide (...) est indispensable à la réussite de l'économie numérique au Canada. »

Il faut dire que, depuis les dix dernières années, le secteur des jeux vidéo a connu une expansion extraordinaire au Canada, bien plus que partout ailleurs, au point qu'on le considère comme le troisième producteur au monde. Et pourtant, tout cela a été réalisé dans le cadre d'une réglementation du droit d'auteur dite « obsolète ». Il n'existe absolument aucune preuve attestant que la faiblesse des garanties associées aux MTP a entravé la croissance du secteur numérique au Canada. Dans le domaine des jeux vidéo, la croissance des entreprises canadiennes est sans équivalent et sans précédent. Il n'existe aucune preuve non plus attestant que des entreprises songeraient à quitter le Canada à moins que les garanties associées aux MTP soient « absolues ». En fait, beaucoup de nouveaux studios importants (qui sont des

²⁷ Business Software Alliance on Canada Piracy Statistics:
<http://www.michaelgeist.ca/content/view/4005/125/>.

²⁸ Page en regard de l'éditorial de l'ALD :
<http://www.calgaryherald.com/technology/gamers+should+love+copyright+bill/3175415/story.html> .

²⁹ Membres canadiens de l'ALD : <http://www.theesa.ca/members.php#>.

³⁰ Communiqué de l'ALD au Canada : http://www.theesa.ca/press_release.php?id=22.

succursales de multinationales) ont été ouverts au cours des deux dernières années, là encore dans un environnement sans garanties de ce genre.

Enfin, l'ALD prétend qu'il faut garantir les MTP pour « prévenir la tricherie » dans les jeux vidéo. Il est évident, me semble-t-il, que la tricherie en question n'est pas un enjeu juridique et que la plupart des tricheurs (qui sont généralement des utilisateurs très compétents) ne se gêneraient pas pour contourner les MTP pour parvenir à leurs fins.

Conclusion

Après avoir lu attentivement le projet de loi C-32 par deux fois et avoir pris connaissance de la version soulignée en rouge de la *Loi sur le droit d'auteur* modifiée, j'en viens à la conclusion que, si l'on omet l'article 47 (garanties associées aux MTP), le projet de loi C-32 est en réalité tout à fait juste et raisonnable. Certaines choses pourraient être un peu différentes, selon moi, mais, dans l'ensemble, l'équilibre de la réglementation est maintenu (voire amélioré), et certains des éléments les plus draconiens appliqués dans d'autres pays (comme le système d'avis et retrait ou la loi des trois fautes) ont été évités. Cependant, comme je l'ai dit dans mon introduction, l'article 47 dans sa forme actuelle détruit une grande partie de ces progrès en raison de sa nature dérogatoire. C'est en modifiant le texte législatif pour permettre la fabrication et l'utilisation de moyens de contournement à des fins licites que l'équilibre et l'équité pourront être restaurés.

Autres organismes opposés aux dispositions anti-contournement du projet de loi C-32

Association canadienne des bibliothèques

<http://www.newswire.ca/en/releases/archive/June2010/03/c9963.html>

« L'ACB voit d'un bon œil le fait que le projet de loi C-32 confère de nouveaux droits aux utilisateurs, mais elle est déçue de constater que des droits de longue date, qui sont au cœur de l'équilibre de la réglementation du droit d'auteur, ainsi que les nouveaux droits, sont tous assujettis au contrôle des verrous numériques. »

Conseil canadien du commerce de détail

Canadian Bookseller Association

<http://www.retailcouncil.org/mediacentre/newsreleases/current/pr20100603.asp>

« Les détaillants appuient l'utilisation limitée et légitime des mesures techniques de protection dans la mesure où elle n'empêche pas les consommateurs d'exercer leurs droits en matière d'utilisation équitable et de copie privée, de sauvegarde, de programmation et de changement de support à titre privé, et d'accès aux produits tombés dans le domaine public » (traduction).

Business Coalition for Balanced Copyright

Les membres de la coalition sont les suivants : Computer and Communications Industry Association, l'Association canadienne des télécommunications sans fil, la Canadian Cable Systems Alliance, l'Association canadienne des fournisseurs Internet et des membres individuels comme Bell Canada, Cogeco Cable, Rogers Communications et Google.

<http://www.newswire.ca/en/releases/archive/June2010/03/c9749.html>

« Les membres de la BCBC conviennent que certaines parties du texte législatif limitent injustement la liberté des consommateurs et qu'elles doivent être corrigées avant que le projet de loi soit adopté par le

Parlement, notamment en ce qui concerne l'incapacité de contourner les verrous numériques pour utilisation privée » (traduction).

Documentaristes du Canada

<http://www.mediacastermagazine.com/issues/story.aspx?aid=1000373473>

« DC déplore que le gouvernement n'ait pas envisagé des exclusions pour l'accès à du contenu à des fins licites » (traduction).

Association canadienne des professeures et professeurs d'université

<http://www.caut.ca/pages.asp?page=894&lang=2&txtSearch=&nid=>

« En imposant une disposition de portée générale qui vise toute forme de cryptage, le gouvernement interdira l'accès à une vaste quantité de matériel, prévenant réellement son utilisation à des fins de recherche, d'éducation et d'innovation et diminuant les droits d'utilisation des Canadiens. »

Association des universités et collèges du Canada

http://www.aucc.ca/publications/media/2010/copyright_06_03_f.html

« L'AUCC est toutefois préoccupée par l'interdiction trop stricte de contourner les mesures techniques utilisées pour protéger les œuvres numériques. Elle craint que cette interdiction atténue les droits des utilisateurs qui sont essentiels au maintien d'un juste équilibre des droits. »