



CANADIAN PUBLISHERS' COUNCIL

Representing Canadian publishing since 1910



Canadian Educational
Resources Council

Mémoire

sur

Loi sur la modernisation du droit d'auteur

Projet de loi C-11

Février 2012

présenté par

Jacqueline C. Hushion

Directrice générale, Canadian Publishers' Council

Gerard W. McIntyre

Directeur général, Canadian Educational Resources Council

250, rue Merton

bureau 203

Toronto (Ontario) M4S 1B1

jhushion@pubcouncil.ca

gmcintyr@cerc-ca.org

Représentant les éditeurs de livres au Canada depuis 1910

Un milieu de la création sain soutient une économie du savoir dynamique. Un régime de protection des droits d'auteur qui empêche nos créateurs d'être rémunérés pour leurs créations la compromet.

Aperçu

Synthèse	3
Présentation du Canadian Publishers' Council et du Canadian Educational Resources Council.	5
Commentaires sur la réforme du droit d'auteur	7
A. Titulaires de droits d'auteur – nouveaux droits et nouvelles protections	8
B. Utilisateurs – ajout et élargissement d'exceptions	9
➤ Menace à la gestion collective	10
➤ Fins d'utilisation équitable.....	10
➤ Modifications et ajouts aux exceptions actuelles relatives à l'éducation.....	13
➤ Modifications et ajouts aux exceptions actuelles relatives aux bibliothèques, aux archives et aux musées	17
➤ Exceptions relatives à l'utilisation privée par un consommateur.....	19
C. Intermédiaires – FSI	20
➤ Services de réseau	21
➤ Utilisation de l'antémémoire d'un système	21
➤ Services d'hébergement	21
➤ Outils de localisation de l'information	22
D. Exécution des droits du créateur	22
➤ Changement du modèle de distribution.....	22
➤ Avis et avis.....	22
➤ Facilitation de la violation du droit d'auteur	23
➤ Effet concret sur l'exécution	23
Objet du droit d'auteur et équilibre entre le créateur et l'utilisateur	24
Nouveaux rôles – créateur, titulaire de droits d'auteur, consommateur – intermédiaires (bibliothèques, FSI, entreprises de télécommunications)	27
Les besoins de l'économie du savoir – prévisibilité, clarté, gérabilité	28
Conclusion	29

Synthèse

À titre de principales associations sectorielles d'éditeurs de livres en langue anglaise du Canada, le Canadian Publishers' Council (Conseil canadien des éditeurs) (CPC) et le Canadian Educational Resources Council (CERC) représentent depuis longtemps les intérêts des sociétés qui publient des livres ainsi que des œuvres électroniques, notamment numériques, à l'intention des élèves et des enseignants des écoles primaires et secondaires, des étudiants et des professeurs des collèges et des universités, des professionnels (du droit, de la médecine et de la comptabilité), des marchés de référence de même que des secteurs du commerce de détail et des bibliothèques.

Employant près de 4 500 Canadiens, nos membres ont des intérêts considérables en jeu à l'égard de la *Loi sur la modernisation du droit d'auteur* (projet de loi C-11). L'année dernière seulement, les auteurs canadiens ont reçu plus de 50 millions de dollars de redevances pour des œuvres dans lesquelles les membres du CPC et du CERC ont investi. Plus des trois quarts des œuvres nouvelles et originales canadiennes de langue anglaise publiées au Canada annuellement dans toutes les disciplines et tous les genres sont publiées (sous formats papier et électronique) par des sociétés membres du CPC et du CERC. De plus, nos éditeurs membres génèrent à chaque année 70 millions de dollars d'activités pour la production de livres canadiens sous format papier et de nombreux autres millions de dollars pour le développement numérique en croissance rapide.

Nous avons un intérêt direct à ce que la modernisation de la *Loi sur le droit d'auteur* en vue de l'adaptation aux nouvelles technologies ne compromette pas gravement notre industrie. ***Un manque de confiance envers l'intégrité du marché de même que l'absence de recours nécessaires réduiraient l'investissement et l'innovation des éditeurs de même que le développement par ces derniers de contenu canadien original sous format papier et numérique.*** Il s'agirait de l'inverse des projections de [Canada 3.0 2010](#) (10 et 11 mai à Stratford), le principal forum de médias numériques du Canada, ainsi que du processus gouvernemental de consultation qui a suivi, soit [Accroître l'avantage numérique du Canada](#).

La réforme du droit d'auteur est nécessaire pour permettre la mise en œuvre des traités de l'OMPI en introduisant la protection des mesures techniques de protection (MTP) et la gestion des droits numériques (GDN). Cette protection proposée des MTP est essentielle car de nombreux modèles commerciaux de création d'œuvres dépendent des MTP. Toutefois, il ne devrait pas être nécessaire de recourir à des MTP (qui sont quelque peu contraires à la raison d'être des éditeurs, dont le rôle est de diffuser) afin d'obtenir une protection fiable du droit d'auteur. La réforme du droit d'auteur doit aussi protéger les droits des titulaires de droit d'auteurs, éditeurs, distributeurs, etc., au moyen de définitions claires et de recours efficaces.

Si on définit avec soin les exceptions et qu'on prévoit des moyens efficaces de contrôler les violations des droits d'auteur, les MTP n'ont pas à constituer une partie indispensable d'un modèle commercial¹.

¹ [Le CPC et CERC ont l'intention de proposer des modifications dans un document distinct]

Enchâsser les utilisations de consommation dans des exceptions dont la portée est mal définie et pour lesquelles la responsabilité est vague et minimale, et, ce qui est encore plus préoccupant, avec des conséquences limitées en cas de non-conformité, sera dévastateur pour l'industrie du savoir. Cette approche compromet les modèles de diffusion actuels (comme l'octroi de licences collectives). On reconnaît peu l'intérêt propre des nouveaux acteurs (fournisseurs de services Internet (FSI), les bibliothèques et les établissements d'enseignement), de sorte que leur rôle dans des activités attentatoires (que l'absence d'application soit active ou passive) n'est pas redressé convenablement. On semble s'attendre à ce que le titulaire de droits gère ses droits directement avec l'utilisateur, à des frais d'application impossibles, ou qu'il verrouille tout.

La négation de l'octroi de licences collectives semble être, ce qui est troublant, une conséquence voulue d'un élargissement à plusieurs volets des exceptions relatives à l'éducation – l'élargissement de l'utilisation équitable par l'ajout de l'« éducation » comme but et l'élargissement des exceptions pour permettre l'utilisation à des fins pédagogiques et l'utilisation par les bibliothèques. L'octroi de licences collectives s'est développé partout dans le monde pour répondre au volume et à la complexité des autorisations de réutilisation et afin d'atténuer l'effet négatif sur la rémunération du créateur de la reproduction d'œuvres au moyen de technologies de reproduction de plus en plus perfectionnées. L'octroi de licences collectives joue un rôle clé dans le contexte de l'éducation.

L'élargissement des exceptions relatives à l'éducation n'est pas dû au défaut par les éditeurs de fournir l'accès. Il s'agit plutôt de faire économiser de l'argent au milieu de l'éducation aux dépens des éditeurs, nationaux et mondiaux. C'est là où le Canada divergera grandement d'orientation par rapport à ses partenaires internationaux.

Dans un même ordre d'idées, la réforme du droit d'auteur propose l'élargissement des exceptions relatives aux bibliothèques afin d'englober la reproduction numérique et la diffusion des œuvres. Ironiquement, il devait y avoir un examen et une évaluation officiels de l'effet des prêts interbibliothèques trois ans après la modification de la *Loi sur le droit d'auteur* en 1997. Cela ne s'est pas produit. Nous croyons toujours qu'un examen et une évaluation officiels sont nécessaires.

Le gouvernement a énoncé comme objectif que la réforme du droit d'auteur devait être technologiquement neutre. Il y a un manque de sensibilité regrettable par rapport aux intérêts personnels des divers groupes d'intérêt liés aux nouvelles technologies qui mettent à l'épreuve les principes fondamentaux du droit d'auteur.

1. Le **milieu des intermédiaires** n'est désormais plus neutre.
2. Le système de distribution aux **utilisateurs finaux** et aux pairs en vue du partage des œuvres protégées par le droit d'auteur ne prévoit aucune rémunération pour les titulaires de droits.
3. Les **FSI et les entreprises de télécommunications** effectuant activement la diffusion du contenu n'ont pas besoin d'obtenir de licence ni de verser une rémunération aux titulaires de droits.
4. Les **services de moteur de recherche** élargissent leurs outils de détermination de l'emplacement des renseignements, numérisent le contenu et fournissent des parties du contenu qui peuvent surpasser une quantité « équitable » sur les plans qualitatifs et quantitatifs sans rémunération pour les titulaires de droits.

Il y a également une tendance évidente à favoriser l'ajout de nombreuses exceptions pour l'utilisation personnelle « sans frais » d'œuvres protégées par le droit d'auteur. Il s'agit d'un reflet totalement irréaliste de l'objet du droit d'auteur sur le marché de même qu'un grave obstacle à l'évolution normale des modèles commerciaux.

En résumé, nous devons nous rappeler à chaque étape de l'objet original du droit d'auteur – favoriser le développement d'œuvres de création et en assurer l'accès.

Les nouvelles notions, exceptions et utilisations doivent être clairement définies. Laisser aux tribunaux le soin de les clarifier n'est pas une solution – il s'agit d'un processus long et coûteux et les décisions, qui sont limitées par les faits de chaque affaire, sont souvent incapables de donner des règles prévisibles au secteur commercial, qui tente de gérer le risque dans ses démarches futures. De lourds processus d'introduction d'action pour violation ainsi qu'une réduction considérable des dommages-intérêts préétablis sont tout aussi insatisfaisants. **Pour le milieu des affaires, l'approche judiciaire ne remplace pas une portée et des conséquences claires intégrées dans la législation.**

Les titulaires de droits ne diffuseront leurs œuvres au Canada que s'ils croient que leurs droits économiques et moraux seront protégés. On sert bien mal notre économie du savoir en laissant entendre que les créateurs, les titulaires de droits, les éditeurs et les producteurs sont... les « méchants ». On la sert tout aussi mal en encourageant la notion selon laquelle le droit d'auteur est un jeu où il y a nécessairement un gagnant et un perdant, par lequel une protection accordée au créateur prive l'utilisateur de quelque chose, de sorte qu'elle est contraire à l'intérêt public.

Un milieu de la création sain soutient une économie du savoir dynamique. Un régime de protection des droits d'auteur qui empêche nos créateurs d'être rémunérés pour leurs créations la compromet.

Présentation du Canadian Publishers' Council et du Canadian Educational Resources Council

Le Canadian Publishers' Council (Conseil canadien des éditeurs) (CPC) a été fondé en 1910. À titre de principale association sectorielle d'éditeurs de livres en langue anglaise du Canada, le Canadian Publishers' Council (Conseil canadien des éditeurs) (CPC) représente depuis longtemps les intérêts des sociétés qui publient des livres ainsi que des œuvres électroniques, notamment numériques, à l'intention des élèves et des enseignants des écoles primaires et secondaires, des étudiants et des professeurs des collèges et des universités, des professionnels (du droit, de la médecine et de la comptabilité), des marchés de référence de même que des secteurs du commerce de détail et des bibliothèques.

Nos membres ont des intérêts considérables en jeu à l'égard du projet de loi C-11, *Loi sur la modernisation du droit d'auteur*. Les sociétés membres du CPC maintiennent leur engagement à l'égard de l'économie du savoir au Canada :

- Nos éditeurs membres emploient près de 4 500 Canadiens.

- Dans la dernière année civile, les membres ont versé plus de 50 millions de dollars de redevances aux auteurs canadiens.
- Plus des trois quarts des œuvres canadiennes nouvelles et originales publiées au Canada par année dans toutes les disciplines et dans tous les genres (sous formats papier et électronique) sont publiées par des sociétés membres du CPC.
- Ces œuvres et les livres importés représentés dans le marché canadien par nos membres comptent pour près des trois quarts de toutes les ventes nationales annuelles des livres en langue anglaise.
- De plus, nos éditeurs membres génèrent annuellement 70 millions de dollars d'activités pour la production de livres canadiens sous format papier et de nombreux autres millions de dollars pour le développement numérique en croissance rapide.

Le Conseil représente les éditeurs canadiens sur la scène internationale auprès de l'International Publishers Association (Association internationale des éditeurs) (IPA) et est membre de l'International Federation of Reprographic Rights Organizations (Fédération internationale des organisations sur les droits de reproduction) (IFFRO). Le CPC maintient aussi une liaison avec d'autres associations professionnelles canadiennes d'éditeurs, avec l'Association of American Publishers (Association des éditeurs américains) et la U.K. Publishers Association (Association des éditeurs du R.-U.) de même qu'avec les collègues canadiens dans tous les domaines des arts littéraires, de l'éducation, des bibliothèques et des commerces de détail.

Comme il a été mentionné, nos membres prennent un engagement permanent énorme et consacrent des sommes considérables à l'égard des ressources créatives et culturelles canadiennes et du divertissement pour les Canadiens de tous les âges, d'un océan à l'autre. Le CPC participe activement à toutes les tables rondes et au groupe de travail pour le document **Canadian Digital Information Strategy / Stratégie canadienne de l'information numérique** (Bibliothèque et Archives Canada) publié au printemps 2008.²

Le CPC a participé comme intervenant dans l'affaire CCH, qui a donné lieu à une importante décision de la Cour suprême du Canada sur de nombreuses questions liées au droit d'auteur et, avec le CERC, il a été intervenant lors de la récente audience de la Cour d'appel fédérale sur le tarif des droits d'auteur El-Hi.

Le Canadian Educational Resources Council, né du « groupe école » du CPC en 1988, est l'association des principaux éditeurs de matériel pédagogique destiné aux écoles primaires et secondaires au Canada. Les membres du CERC conçoivent, publient et mettent en marché du matériel spécifiquement canadien -- en format imprimé et numérique -- afin de répondre aux exigences changeantes des programmes d'enseignement des ministères de l'Éducation à travers le Canada. Pour compléter ces produits, nos membres offrent du matériel de formation aux enseignants et produisent également du matériel d'évaluation.

² Accroître l'avantage numérique du Canada : Stratégies pour une prospérité durable, document de consultation sur la Stratégie sur l'économie numérique du Canada, 2010

Le CPC et le CERC intercèdent, non seulement au nom de nos membres, mais aussi comme Canadiens engagés qui croient en la valeur irremplaçable de nos écrivains, nos poètes, nos chanteurs, nos compositeurs, nos artistes, nos sculpteurs, nos photographes et de tous ceux qui contribuent à l'industrie de l'information, à l'industrie du jeu et des logiciels, à notre grande tradition de théâtre et de films et, naturellement, à notre industrie d'édition originale. La protection du droit d'auteur est ce qui leur donne vie – sans eux, il n'y a pas de culture canadienne à consommer.

Commentaires sur la réforme du droit d'auteur

Le CPC et le CERC reconnaissent que le gouvernement du Canada s'est engagé à atteindre des objectifs relatifs à l'économie numérique (comme l'indique le document de consultation sur la stratégie numérique du gouvernement), dont la modernisation du régime de droit d'auteur en constitue un pilier important. Par conséquent, il paraît essentiel que la modernisation contribue à la vitalité de l'économie du savoir en garantissant la rémunération équitable des créateurs et des éditeurs afin de favoriser la création tout en assurant des investissements dans de nouvelles grandes possibilités. Cela fournira aux consommateurs un accès à des œuvres plus créatives.

De façon générale, nous appuyons les principaux objectifs énoncés par le gouvernement dans le projet de loi C-11. Les renseignements contextuels et préambules (tels que ceux qui accompagnent ce projet de loi et son prédécesseur, le projet de loi C-32) aident les Canadiens à interpréter la portée et l'objet des dispositions. Nous réitérons cependant que les changements proposés à la législation sur le droit d'auteur doivent refléter ces objectifs de façon claire et efficace³.

Dans ce contexte, nous contestons un élargissement débridé des exceptions – de l'ajout de l'objet d'utilisation équitable à des fins éducatives à l'ajout proposé de nombreuses exceptions d'utilisation. Nous croyons fermement qu'une telle approche législative et les conséquences négatives (intentionnelles ou non) qu'elle comporte compromettront l'atteinte des objectifs énoncés par le gouvernement en matière de modernisation du droit d'auteur.

³La *Loi sur le droit d'auteur* du Canada, adoptée initialement en 1924, ne contient aucun énoncé d'objet (http://www.pch.gc.ca/progs/ac-ca/progs/pda-cpb/faq-info/index_f.cfm). La législation tente de refléter un régime hybride de notions de common law et de droit civil, c'est-à-dire le modèle de common law de l'« ingéniosité » et le modèle de droit civil de la créativité ou de la personnalité. Dissident dans l'arrêt Théberge (Théberge c. Galerie d'Art du Petit Champlain Inc. [2002] R.C.S. 336, au par. 116), Gonthier mentionne ce caractère hybride :

D'autre part, il est important de rappeler que les sources du droit d'auteur canadien sont multiples et s'inspirent notamment de la tradition de common law et des notions civilistes continentales.

En common law ou selon l'approche économique, l'intérêt public à l'égard de la diffusion des connaissances doit être pondéré par rapport à l'intérêt public à l'égard de l'accès. Selon l'approche de droit civil, l'intérêt privé du créateur doit être pondéré par rapport à l'intérêt public à l'égard de l'accès (Brunet, remarques à l'AGA, Access Copyright, 2008). L'inclusion de droits moraux dans la législation reflète manifestement l'importance attribuée à l'intérêt privé du créateur suivant la tradition civiliste.

A. Titulaires de droits d’auteur – nouveaux droits et nouvelles protections

En raison de la modernisation et de la nécessité de s’aligner avec les standards internationaux, de nouvelles protections pour les créateurs de contenu canadien sont requises. Ces protections atteignent en majeure partie l’objectif du gouvernement de mettre en œuvre les traités de l’Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI) – le Traité sur le droit d’auteur (ODA) et le Traité sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes (OIEP)⁴.

Nous serions heureux de voir introduire le droit de distribution relatif aux œuvres corporelles et la précision voulant que le droit de diffusion pour les auteurs s’inscrit dans le droit d’un titulaire d’effectuer la première communication au public. Pour éviter que l’on dise qu’il y a une différence de traitement entre le droit d’auteur afférent à une œuvre et le droit d’auteur afférent à une prestation quant aux droits de diffusion et de distribution, ne serait-il pas préférable d’utiliser la même formulation et la même terminologie?

Les dispositions sur les mesures techniques de protection (MTP) doivent être conformes aux normes internationales. Des exceptions raisonnables à l’interdiction d’évitement pourraient être incorporées (application de la loi et sécurité nationale, création de programmes informatiques interoperables, recherches sur le chiffrement, protection des renseignements personnels, sécurité informatique et sécurité des réseaux, accès au matériel pour les personnes ayant une déficience de la perception, protection par les consommateurs de leurs renseignements personnels, enregistrements temporaires par des entreprises de radiodiffusion et déverrouillage d’un appareil sans fil). Le projet de loi C-11 propose également de permettre au gouvernement d’adopter des règlements élargissant les exceptions « dans l’intérêt du public ». Le projet de loi doit comprendre des principes directeurs limitant la portée des exceptions susceptibles d’être créées par règlement, plutôt que d’énoncer une liste de facteurs non exclusifs. Ne pas circonscrire la portée d’une telle disposition soulève de réelles préoccupations parce que cela pourrait entraîner l’ajout d’exceptions faisant en sorte que le Canada s’écarte des normes de la collectivité internationale. Une disposition exigeant du titulaire de droits qu’il fournisse l’accès à une œuvre à quiconque a le droit d’invoquer l’une des exceptions à l’interdiction d’évitement d’une MTP doit être contrebalancée (de façon similaire à une directive de l’UE) au moyen d’exigences obligeant l’utilisateur qui désire invoquer l’exception à prendre les mesures nécessaires contre l’utilisation non autorisée ultérieure de l’œuvre.

La protection de l’information sur la gestion des droits numériques (GDN) doit aussi être incluse et être compatible avec les normes internationales. La protection des métadonnées constitue un important pilier des œuvres protégées par le droit d’auteur dans l’économie numérique. Elle garantit que les œuvres incorporelles demeurent liées à leur auteur ou leur créateur. Il peut aussi s’agir d’un mode d’application de conditions prédéterminées relatives à l’utilisation et à l’attribution. La GDN est une forme de mesure technique de protection qui permet l’accès mais définit les utilisations autorisées et garantit l’attribution. Si l’information GDN n’est pas protégée (et efficace), les titulaires de droits seront

⁴ Organisation mondiale de la propriété intellectuelle, Traité de l’OMPI sur le droit d’auteur, (1996) http://www.OMPI.int/treaties/fr/ip/wct/trtdocs_wo033.html, Organisation mondiale de la propriété intellectuelle, Traité de l’OMPI sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes, (1996) http://www.OMPI.int/treaties/fr/ip/wppt/trtdocs_wo034.html

forcés d'utiliser des serrures numériques, ce qui limitera l'accès au contenu protégé par le droit d'auteur.

La protection proposée des MTP et des GDN est positive puisque de nombreux modèles commerciaux afférents aux œuvres de création dépendent des MTP. Il faudrait cependant protéger suffisamment le droit d'auteur au moyen de définitions claires de la portée des exceptions, de dispositions d'application et d'indemnités pour dommages, de sorte qu'il ne s'agisse pas d'une exigence commerciale de faire appel au MTP (ce qui est quelque peu contraire à la raison d'être d'un éditeur, à savoir la diffusion).

Nous recommandons une diligence extrême dans la définition de toute exception et recommandons la prise de moyens efficaces de contrôle des violations pour que les MTP n'aient pas à constituer une partie essentielle d'un modèle commercial.

B. Utilisateurs – ajout et élargissement d'exceptions

Alors que les utilisateurs finaux ont plus d'accès et plus de souplesse que jamais et que les créateurs sont aux prises avec un milieu commercial en évolution rapide, le gouvernement semble juger nécessaire de prévoir de nouvelles exceptions pour les utilisateurs finaux. En réalité, chaque exception au droit d'auteur est susceptible de réduire l'incitatif à investir dans le processus de publication, l'innovation, les redevances versées aux auteurs, l'emploi ainsi que la production de biens intellectuels originaux. Est-il possible que le gouvernement estime que ces issues sont raisonnables dans la mesure où les demandes immédiates des utilisateurs sont satisfaites?

Relativement aux nouvelles exceptions, l'objet énoncé par le gouvernement consiste à fournir une neutralité technologique tout en définissant les activités permises des utilisateurs qui découlent spécifiquement de l'évolution technologique. Lorsqu'on ajoute des exceptions, il faut bien s'assurer que l'activité exonérée est vraiment nécessaire pour maintenir un « équilibre » dans le marché. Le critère à trois étapes de Berne (paragraphe 9(2))⁵ est la norme internationale par rapport à laquelle le Canada devrait mesurer les exceptions proposées. Ce critère impose des conditions précises qui doivent être respectées avant que des exceptions ou des restrictions puissent être prévues par le droit national :

- a. L'exception est réservée à « certains cas spéciaux »;
- b. La reproduction conformément à l'exception « ne porte pas atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre »;
- c. L'exception ou la restriction « ne cause [pas] un préjudice injustifié aux intérêts légitimes de l'auteur ».

Dans ce cadre, le CPC et le CERC croient fermement que l'inclusion de l'« éducation » comme fin d'utilisation équitable ainsi que l'élargissement des exceptions actuelles relatives à l'éducation sont contraires aux trois étapes susmentionnées. L'éducation est un concept large et sa portée n'est pas formulée. Il semble donc que le gouvernement ait l'intention de viser non seulement les établissements et les étudiants des établissements élémentaires, secondaires et postsecondaires (ainsi que tous les rôles au sein de ces établissements), mais également l'acquisition de nouvelles compétences,

⁵ Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques du 9 septembre 1886, 1 B.D.I.E.L., Commerce Clearing House, Inc., 711

l'apprentissage permanent, la formation en entreprise, etc. La portée devra être déterminée dans l'arène judiciaire et ce fait aura une incidence sur la volonté des investisseurs, comme les éditeurs d'ouvrages pédagogiques qui sont membres de nos associations, de s'engager à long terme à l'égard du développement de contenu pédagogique canadien.

Si les éditeurs sont amenés à cesser d'investir sur le marché canadien, les étudiants canadiens ne disposeront que d'ouvrages pédagogiques créés à l'étranger pour apprendre – ce qui ne correspond pas à la vision gouvernementale d'une économie du savoir prospère.

➤ **Menace à la gestion collective**

L'une des conséquences, apparemment voulue, d'une stratégie consistant à ajouter plusieurs nouvelles exceptions est d'éliminer l'octroi de licences collectives comme outil de maintien d'un équilibre sur le marché et de combler les besoins d'accès des utilisateurs. Partout dans le monde, l'octroi de licences collectives s'est développé en réponse au volume et à la complexité des autorisations de réutilisation. Il s'agit d'un système de permissions pré-approuvées visant des types d'utilisation qui, sans ces permissions, seraient considérés comme des violations du droit d'auteur. Il faut reconnaître que la réutilisation est une activité de consommation en croissance stimulée par des technologies de reproduction en amélioration constante. L'octroi de licences collectives est un modèle logique, souple et raisonnable. Il maintient l'équilibre sur le marché pour les créateurs, remplaçant une certaine perte de revenu direct par des redevances de licence – les utilisateurs peuvent utiliser des parties déterminées d'œuvres à un coût équitable.

Les exceptions menacent gravement le rôle de l'octroi de licences collectives dans le contexte de l'éducation et pour les bibliothèques. L'octroi de licences collectives institutionnelles a augmenté considérablement le nombre d'occasions pour les utilisateurs de bénéficier d'œuvres de création de nouvelles façons sans priver les créateurs et les titulaires de droits de revenu découlant des autorisations. Sans l'octroi de licence et suivant les nouvelles exceptions proposées, les secteurs des bibliothèques et de l'éducation remettront du contenu aux utilisateurs sans rémunération pour les créateurs de ce contenu – au moins jusqu'à ce que la source de nouvelles créations et de contenu se tarisse.

Nous devons nous rappeler à chaque étape de l'objet initial du droit d'auteur et veiller à ce que cet objet ne soit pas sacrifié à l'autel d'objectifs de politique générale qui ont trait non pas à l'accès ou à l'utilisation, mais aux économies réalisées par deux secteurs qui consomment de l'information. Il s'agit d'une expropriation pure et simple touchant les créateurs.

➤ **Fins d'utilisation équitable**

Le gouvernement a proposé d'ajouter trois fins à l'exception d'utilisation équitable – la parodie, la satire et l'éducation.

• **Parodie et satire**

Ces fins sont par nature transformatrices et engendrent de nouvelles œuvres. La question de l'équité doit toujours être déterminée et une utilisation inéquitable constitue une violation.

- **Éducation**

L'ajout de l'éducation comme fin d'utilisation équitable est sans précédent dans le monde et est contraire à nos obligations internationales. Comme il a été mentionné, cet ajout contredit directement bon nombre des objectifs énoncés par le gouvernement en matière de droit d'auteur et d'économie du savoir. À long terme, la portée de cet élargissement proposé de l'utilisation équitable pourrait causer un tort irréparable aux créateurs canadiens et, en particulier, aux secteurs de l'éducation, des sciences, des techniques, de la médecine et des universités en matière de publication (encore plus en combinaison avec l'exception élargie relative aux prêts interbibliothèques). Nuire à ces secteurs de l'industrie canadienne du savoir ne peut que contribuer à réduire le contenu canadien original disponible.

En matière de portée des exceptions relatives à l'éducation, le gouvernement avait toujours adopté la position voulant que la meilleure façon de protéger les intérêts de la société consistait à prévoir une rémunération équitable et raisonnable aux fins d'éducation grâce à un partenariat prévoyant l'octroi de licences et l'établissement de tarifs, puisqu'un tel régime fournirait un accès tout en protégeant les intérêts économiques des détenteurs de droits d'auteur et en assurant une rémunération juste et raisonnable pour l'accès au matériel⁶. Selon l'expérience de nos membres, rien n'empêche l'accès aux fins d'éducation et la Commission du droit d'auteur s'est révélée compétente pour établir les tarifs relatifs aux fins d'éducation.

Il n'y a aucune lacune du marché justifiant l'ajout de cette fin. À l'inverse, l'ajout de cette fin causerait très probablement une lacune du marché. La raison de cette inclusion est clairement énoncée dans la fiche technique du gouvernement sur le projet de loi C-11 – ***l'argent***. Contrairement aux autres secteurs commerciaux ou fournisseurs de service participant à la prestation de l'« éducation », le créateur est privé de rémunération gagnée directement et au moyen de l'octroi de licences collectives afin de réduire les coûts pour le secteur de l'éducation.

Le gouvernement énonce clairement qu'il croit que cette fin

... permet aux individus et aux entreprises de se servir, sous réserve de certaines conditions, des œuvres protégées par le droit d'auteur d'une manière qui ne menace pas indûment les intérêts légitimes des titulaires du droit d'auteur [...] L'application de cette disposition au domaine de l'éducation réduira les frais administratifs et financiers pour les utilisateurs d'œuvres protégées par le droit d'auteur, qui enrichissent le milieu de l'éducation⁷.

Ces énoncés sont problématiques – « indûment », « intérêts légitimes », « frais ». Utiliser la *Loi sur le droit d'auteur* pour appliquer une politique sociale de traitement économique préférentiel pour une fin publique en privant les créateurs et les éditeurs du droit légitime d'être rémunérés pour l'utilisation de leurs œuvres est tout simplement injuste et dénote une vision à courte vue – encore plus parce que cela

⁶ Comité permanent du patrimoine canadien, « Rapport intérimaire sur la réforme du droit d'auteur » (2004), à la p. 20

⁷ *Ce que la Loi sur la modernisation du droit d'auteur signifie pour les enseignants et les élèves*, fiche technique du gouvernement datée du 28 septembre 2011. On nous a dit que la nouvelle exception d'utilisation équitable à des fins pédagogiques devait se limiter à l'utilisation dans un « milieu d'apprentissage structuré », mais pas nécessairement dispensé par des établissements d'enseignement au sens actuel de la Loi.

pourrait entraîner l'effondrement total du régime d'indemnisation par l'octroi de licences collectives qui protège le titulaire du droit d'auteur dans un marché où la reproduction est omniprésente.

Cette fin ne correspond pas non plus aux autres « fins » prévues à l'exception d'utilisation équitable; des particuliers s'en chargent. Une fin d'« éducation » peut être servie par un particulier ou une institution. Dans ce cas, il n'y a aucune œuvre transformatrice créée comme dans les autres fins d'utilisation équitable – la disposition permet la reproduction exacte de tout ou partie d'une œuvre dans la mesure où la reproduction est considérée « équitable ». Le terme « équitable » a trait à l'objectif et au motif qu'a le particulier d'utiliser une œuvre protégée par le droit d'auteur. Dans le domaine de l'éducation, l'évaluation de l'« équité » devrait porter sur l'utilisation globale de l'œuvre; l'utilisation ne consiste pas seulement en une copie, mais en de nombreuses copies, pour et par de nombreux particuliers ou institutions. Comment peut-on déterminer la portée de l'utilisation et, encore pire, comment peut-on calculer les dommages subis? Les frais et l'incertitude associés à l'issue des litiges sur les violations où il faut démontrer le dommage économique afin d'établir qu'un acte n'était pas « équitable » sont sources de sérieuses préoccupations pour les éditeurs.

La foire aux questions et les fiches d'information du gouvernement sur le projet de loi C-11 laissent entendre

1. que l'éducation a trait seulement à des cadres structurés

[Commentaire: ce n'est pas la définition qu'en donne le projet de loi], et

2. que cette fin élargie ne causera aucun tort

[Commentaire: elle causera manifestement un tort aux marchés – directement en raison de la perte de ventes et d'investissement dans de nouveaux projets et indirectement en raison de l'élimination de la possibilité d'octroi de licences collectives].

Il s'agit d'une atteinte au droit du créateur, du titulaire du droit d'auteur et de l'éditeur d'obtenir un rendement sur des efforts de création et l'investissement dans ces efforts⁸.

Normes internationales aux fins d'éducation

Quelle est la réaction de la collectivité internationale à cet élargissement de l'utilisation équitable? Nos collègues internationaux sont unanimes pour dire que la nouvelle fin contrevient aux obligations qu'imposent au Canada la Convention de Berne, soit l'Accord sur les ADPIC⁹ et l'ODA.

Le CPC et le CERC insistent sur l'importance du critère à trois étapes, que nous énonçons de nouveau :

- a. L'exception est réservée à « certains cas spéciaux »;

⁸ Il faut aussi souligner qu'il y a un important déséquilibre dans la capacité économique de contester ces exceptions à la Cour. Le créateur qui conteste une utilisation ou sollicite la définition de la portée par la Cour pourrait se heurter à une résistance prodigieuse de la part des milieux de l'éducation et des bibliothèques, qui semblent plus enclins à dépenser des sommes importantes pour contester la demande d'un créateur à la Cour qu'à payer pour l'utilisation de l'œuvre d'un créateur.

⁹ Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce, http://www.wto.org/french/docs_f/legal_f/27-trips.pdf

- b. La reproduction conformément à l'exception « ne porte pas atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre »;
- c. L'exception ou la restriction « ne cause [pas] un préjudice injustifié aux intérêts légitimes de l'auteur ».

Suivant la proposition actuelle, l'utilisation équitable aux fins d'éducation pourrait s'appliquer à toutes les œuvres pédagogiques et à toutes les reproductions effectuées à des fins pédagogiques ainsi qu'à toutes les utilisations de ces œuvres reproduites dans le processus d'« éducation » (dans la mesure où cela est « équitable », selon les tribunaux); par conséquent, cette fin ne peut être considérée comme un « certain cas spécial ». Dans la législation comparable de nos partenaires internationaux de traité, l'éducation est définie restrictivement, p. ex., l'enseignement, la salle de classe, une bourse ou des recherches, ou des limites quantitatives sont prévues quant à la partie d'une œuvre qui peut être reproduite. Selon les fiches techniques du gouvernement, l'« éducation » vise à englober l'apprentissage permanent, l'acquisition de nouvelles compétences, la formation dans le secteur commercial – presque tout échange d'information pourrait, semble-t-il, être considéré comme de l'« éducation » et, partant, donner le droit, en raison de cette fin, d'utiliser les œuvres protégées par le droit d'auteur en vue d'une utilisation équitable.

Lorsqu'on combine cet élargissement de l'utilisation équitable et les modifications proposées aux exceptions aux fins d'éducation de même qu'à l'exception proposée pour les documents accessibles au public sur Internet, l'effet négatif sur les secteurs de l'éducation et des périodes des éditeurs est sans précédent – ***que les œuvres soient nationales ou internationales.***

➤ **Modifications et ajouts aux exceptions actuelles relatives à l'éducation**

• **Reproduction à des fins pédagogiques**

La Loi actuelle permet la « reproduction à des fins pédagogiques » au moyen de certaines « technologies » autorisées – les tableaux-papier, les tableaux et la projection. Selon la fiche technique du projet de loi C-11, ces formats ont été éliminés et remplacés par l'« affichage » en vue de la neutralité technologique. Ce terme n'est pas défini quant à sa portée et à l'emplacement. Est-ce seulement la reproduction qui doit avoir lieu sur les lieux ou est-ce aussi l'affichage? Si la véritable intention du gouvernement est de remplacer la notion de rétroprojecteur par l'affichage d'une présentation PowerPoint utilisée en classe, il devrait l'indiquer clairement. Suivant le libellé actuel du projet de loi C-11, il ne serait pas exagéré d'interpréter cette modification comme permettant qu'une copie d'une œuvre soit faite et « affichée » à l'ensemble des écoles d'un conseil ou d'une commission scolaire ou d'une province, à un réseau d'organismes ou à des centaines de foyers étudiants.

Cette possibilité est renforcée ailleurs dans le projet de loi car la portée du terme locaux est très largement définie dans l'« exception relative aux leçons », un étudiant étant réputé être « dans les locaux » **partout** dans la mesure où il reçoit une transmission de l'établissement d'enseignement.

Le terme « affichage » doit être clairement défini. Ce terme, particulièrement en raison des nouvelles technologies numériques, englobe toute utilisation visuelle d'une œuvre. Il serait inéquitable de permettre la numérisation et la reproduction d'œuvres complètes dans des sites Web aux fins d'un

cours ou à destination de serveurs, permettant ainsi l'accès aux fins d'utilisation dans la salle de classe, dans les bibliothèques ou ailleurs.

Il doit y avoir des restrictions quant à ce que l'étudiant peut faire avec les reproductions « affichées ».

Le CPC et le CERC soulignent que la reproduction à des fins pédagogiques couvre l'utilisation sous des formes incorporelles, de sorte qu'elle devrait au moins introduire les obligations afférentes aux autres exceptions, par exemple l'exception relative aux leçons.

Toute exception relative à la reproduction à des fins pédagogiques doit être inapplicable si l'œuvre reproduite est « accessible sur le marché ». Encore une fois, il faut ici fournir une définition claire quant à la question de savoir si l'œuvre doit être accessible dans le format précis désiré par l'établissement. Si c'est le cas, cela obligera les éditeurs de matériel pédagogique à prévoir chaque option, à grands frais, ou de ne prévoir aucune option du tout. Autre élément important, l'accessibilité au moyen d'une licence collective doit rendre l'œuvre « accessible sur le marché ».

- **Leçons**

Clarté et portée sont deux éléments clés dans le contexte d'un possible élargissement de cette exception. La leçon ne doit pas constituer une violation du droit d'auteur et les institutions devraient avoir l'obligation de prendre des mesures « raisonnables » pour limiter la distribution aux étudiants inscrits. Une définition des mesures « raisonnables » doit être fournie. Tel que libellée dans le projet de loi C-11, l'exception permet aux étudiants de reproduire la leçon afin de l'avoir plus tard. L'obligation de détruire la leçon dans les 30 jours de l'évaluation finale du cours n'est pas légalement exécutoire et conviendrait mieux comme exigence applicable à l'utilisation personnelle seulement. Il doit y avoir une restriction explicite à l'évitement d'une mesure technique de protection en vue de la reproduction, car sans cela, les titulaires de droits d'auteur sont sans protection et sans recours.

- **Reprographie**

Le gouvernement semble vouloir permettre aux établissements de numériser des œuvres de la même nature générale et de la même portée que la reproduction par reprographie autorisée aux termes d'une licence collective, mais pas en cas de licence de reproduction numérique. Puisque les redevances réputées payables sont les mêmes qu'aux termes d'une licence collective de documents sous format papier, il n'y aurait aucun incitatif pour l'établissement à conclure une licence collective pour les œuvres numériques.

Il est proposé que les dommages-intérêts soient limités à ce qui aurait été payable aux termes de la licence. En réalité, cela en fait une licence obligatoire – sans montant de base payable. Les redevances ne seraient payables que si l'œuvre a été communiquée par télécommunications, ce qui laisse une échappatoire béante si la copie numérique est distribuée sur d'autres supports comme dans un CD, un DVD ou une clé de mémoire.

Les difficultés devant être prises en compte relativement à cette exception sont les suivantes:

- Un établissement doit être obligé de prendre des mesures pour contrôler l'utilisation de l'œuvre et il doit y avoir des conséquences spécifiques s'il ne le fait pas (un libellé efficace aurait nié la protection de l'exception en l'absence de « mesures »).

- La notion du caractère « raisonnable » des « mesures » devrait être utilisée de façon cohérente et elle devrait être définie.

Il n'existe aucun précédent international connu pour une exception de cette ampleur. Même lorsqu'il y a un régime de licences prévu par la loi (Singapour, Australie et Danemark), il y a une limite au pourcentage de l'œuvre qui peut être reproduit de façon numérique.

Par ailleurs, il doit y avoir des recours efficaces, une simplification du processus et des dommages-intérêts appropriés.

- ***Œuvre accessible sur Internet (OAP)***

Le secteur de l'éducation a réclamé cette exception durant plusieurs années - le droit de l'utilisateur du secteur de l'éducation de prendre une 'œuvre accessible sur Internet'. Il n'y a aucun précédent international pour une exception de ce type et de cette portée.

Telle que proposée dans le projet de loi C-11, elle s'applique à toute œuvre ou tout objet, de sorte qu'elle peut s'appliquer à des sites Web, bases de données et œuvres complètes. Les établissements peuvent utiliser les œuvres, de façon transformatrice ou non, notamment en les reproduisant. L'attribution est exigée, mais il n'y a aucune autre restriction. Il ne semble y avoir aucune restriction à la reproduction ultérieure de ces œuvres au moyen des exceptions liées à la reproduction privée, et il n'y a aucune mesure de protection contre la distribution ultérieure des œuvres.

Cette exception proposée par le projet de loi C-11 n'atteint pas un seul des objectifs du gouvernement. Il est incompatible avec les normes internationales, il viole les obligations que nous imposent les principaux traités et il est injuste et commercialement préjudiciable pour les titulaires de droits d'auteur. S'il comble initialement les besoins du secteur de l'éducation, il ne le fera que jusqu'à ce que les titulaires de droits d'auteur imposent des conditions qui énoncent clairement les utilisations autorisées ou mettent en œuvre des MTP en vue d'en contrôler l'accès. Cela rendra le contenu moins accessible pour le secteur canadien de l'éducation.

Comme si cette exception ne suscitait pas suffisamment de préoccupations, la nature de l'avis de droit d'auteur nécessaire pour éviter l'exception doit être définie par règlement – cette absence de prévisibilité constitue un autre facteur qui dissuadera les éditeurs d'afficher des œuvres sur Internet.

Les titulaires de droits d'auteur Internationaux sont extrêmement troublés par cette proposition puisqu'une bonne partie de leur contenu sera aussi visée par l'exception, qui ne répond manifestement pas au critère à trois étapes de la Convention de Berne.

Il n'y a aucune raison justifiable de traiter les œuvres protégées par le droit d'auteur affichées sur Internet différemment des mêmes œuvres sur un autre support.

Définition d'« œuvre accessible » (OAP)

Pour éviter qu'un contenu soit considéré « publiquement accessible », le projet de loi C-11 suggère qu'il faut un avis bien visible interdisant l'utilisation – et non pas simplement un symbole de droit d'auteur. Cela semble aller clairement à l'encontre du paragraphe 5(2) de la Convention de Berne, qui prévoit ce qui suit :

La jouissance et l'exercice de ces droits ne sont subordonnés à aucune formalité.

L'existence d'un droit d'auteur devrait être présumée lorsqu'il n'y a aucun avis officiel, mais cette disposition, suivant son libellé, indique qu'un avis de droit d'auteur ne suffira même pas pour assurer la reconnaissance des droits du titulaire. ***Cette approche ne tient pas compte de la présentation concrète de la plupart des sites Internet. Souvent, les conditions figurent exclusivement à la page d'accueil ou sont enfouies dans le contenu descriptif. Des avis de droit d'auteur peuvent s'appliquer au site et à la conception mais ne pas concerner du tout le contenu. De même, on peut faire valoir un droit d'auteur à l'égard de certains volets d'un site, mais non pas à l'égard des autres. Les sites portail sont un excellent exemple de cette situation. Sur de nombreux sites, les conditions d'utilisation sont invisibles pour l'utilisateur qui clique sur un « lien profond » pour se rendre à un certain contenu.*** S'attendra-t-on à ce que les titulaires de droits d'auteur prévoient les problèmes de conception des sites Web et les liens intersites sur lesquels ils n'ont aucun contrôle?

Qu'est-ce qui est « publié »? En quoi consiste une « attente de paiement »? En quoi consiste l'« accès » par rapport à la « disponibilité »? Il y a d'innombrables exemples de documents « accessibles » sur Internet dont la reproduction est interdite¹⁰.

Le dernier facteur, qui est loin d'être le moindre, ***c'est qu'il n'est pas nécessaire de viser des fins pédagogiques en matière de droit d'auteur ou de propriété intellectuelle pour tirer profit de l'exception.*** La disposition proposée non seulement pervertit les principes établis depuis longtemps en droits d'auteur, mais le fait d'une façon qui donnera l'impression aux étudiants qui quittent les établissements d'enseignement qu'ils peuvent s'emparer de tout le contenu figurant sur Internet dans la mesure où il n'est pas verrouillé. Où les étudiants apprendront-ils que lorsqu'ils quittent le monde de l'éducation, leur droit aux documents figurant sur Internet n'est plus protégé par l'exception « OAP »?

¹⁰ Par exemple :

- **Distribution aux pairs.** L'une des utilisations initiales de l'Internet consistait à faciliter l'examen par des pairs des « œuvres en cours ». Il n'y a aucune attente de paiement, mais l'imposition de MTP fait obstacle à cet exercice d'examen par les pairs. L'OAP pourrait faire en sorte que des versions préliminaires de recherche sont diffusées de façon prématurée à grande échelle ou utilisées dans le monde de l'éducation.
- **Sites « pédagogiques » commandités ou appuyés par la publicité.** Ces fonds disparaîtront rapidement si le contenu est retiré de l'« emballage » et que le commanditaire ou l'annonceur n'obtient aucune exposition pour son investissement. Sans les fonds, il n'y aura pas de contenu.
- **Autopromotion.** Les photographes, les écrivains et les consultants font la promotion de leurs œuvres. Des MTP complexes seront nécessaires pour qu'ils ne perdent pas leurs œuvres dans un milieu sans contrôle et qu'ils ne perdent pas leur valeur aux fins d'exploitation économique – en vue de gagner leur vie.
- **Multimédias.** Le libellé de cette partie ne tient pas compte de la complexité des œuvres accessibles sur Internet – une seule œuvre peut combiner de nombreux éléments visuels et audio.

(Tiré d'une étude préparée pour le groupe de travail par Catherine Campbell, intitulée *A Report on Publicly Available Material on the Internet: An Examination of the State of the Internet* (le rapport Campbell) – **Le droit d'auteur et l'utilisation éducative du contenu Internet, rapport du groupe de travail** – <http://strategis.ic.gc.ca/eic/site/crp-prda.nsf/fra/rp01115.html>)

➤ **Modifications et ajouts aux exceptions actuelles relatives aux bibliothèques, aux archives et aux musées**

• ***Gestion et tenue des collections***

Il a été proposé de conférer aux bibliothèques, services d'archives et musées le droit de reproduire une œuvre au motif que le support ou les technologies nécessaires pour y accéder sont désuets ou non disponibles, et ce, selon la croyance d'un employé de l'une de ces institutions. Aucune responsabilité n'est apparemment prévue dans le cas où cette croyance n'est pas raisonnable.

• ***Prêts interbibliothèques***

Le gouvernement cherche à moderniser les prêts interbibliothèques en ajoutant le terme « numérique ». Cela soutient un modèle permettant aux bibliothèques de regrouper leurs ressources en vue de l'abonnement à des journaux et à des périodiques et d'offrir une livraison sur demande au moyen de l'accès en ligne, notamment par Internet ou courriel. Cela réduira inévitablement le nombre d'abonnements aux versions sous format papier de ces documents, mais cela touchera aussi le développement de nouveaux modèles commerciaux offrant des versions numériques et un accès en ligne aux bases de données. La diminution des revenus pour les éditeurs de périodiques, journaux et magazines scientifiques, techniques et médicaux, en particulier, entraînera la fin de la publication de nombreuses œuvres spécialisées. ***Les bibliothèques constituent une partie importante du marché – seulement l'une d'elle devra s'abonner avec cet élargissement « technologiquement neutre ».***

Il doit au minimum y avoir des obligations imposées aux bibliothèques aux fins de la réduction de l'effet potentiel sur le marché.

- Test de suivi pour assurer que les copies ne sont pas redistribuées
- Façon de confirmer que la copie numérique du client est détruite comme prescrit
- Tenue de registre requise
- Limite quant à la fréquence d'utilisation de l'exception par une bibliothèque participante ou un client
- Clarté quant à la question de savoir si le client peut invoquer d'autres exceptions pour en modifier le format, l'afficher sur Internet ou l'utiliser comme contenu non commercial généré par l'utilisateur.

L'obligation par la bibliothèque de prendre des « mesures » devrait être claire. Toutefois, s'il peut être établi qu'aucune mesure, ou aucune mesure raisonnable, n'a été prise, la bibliothèque ne devrait pas pouvoir invoquer l'exception.

Exiger moins que cela conduirait à une norme très faible.

L'impact sur le marché d'un élargissement des exceptions relatives aux bibliothèques afin d'englober la reproduction numérique et la diffusion des œuvres n'a pas été évalué. Ironiquement, il devait y avoir un examen et une évaluation officiels de l'effet des prêts interbibliothèques existants trois ans après la modification de la *Loi sur le droit d'auteur* en 1997. Cela ne s'est pas produit. Nous croyons toujours qu'un examen et une évaluation officiels sont nécessaires. Par conséquent, nous recommandons que les

dispositions de la Loi actuelle soient conservées, améliorées par des exigences de tenue de registres efficace dans l'attente de cette évaluation.

- **Exception du contenu non commercial généré par l'utilisateur**

La technologie a créé une demande des consommateurs de pouvoir utiliser les œuvres protégées par le droit d'auteur comme si ces œuvres étaient dans le domaine public afin de créer de nouvelles œuvres, p. ex., le regroupement de séquences vidéo ou l'utilisation de musique populaire avec des vidéos maison. Cette disposition, telle que libellée dans le projet de loi C-11, a une portée sans précédent dans le monde – ce deuxième exemple de cet état de choses que nous constatons dans le projet de loi C-11, le premier étant la proposition de faire de l'éducation une fin d'utilisation équitable. L'exception n'impose aucune limite sur la quantité d'œuvres protégées par le droit d'auteur utilisé – un album ou une série télévisée. En théorie, l'utilisation doit être « non commerciale », mais la personne peut diffuser l'œuvre sur des sites commerciaux, d'où le nom « exception YouTube ». Les partisans de l'exception proposée semblent oublier entièrement l'effet de telles utilisations sur les droits économiques et de propriété des titulaires de droits d'auteur, mais aussi l'effet sur leurs droits moraux.

Cette exception permet que les compilations soient considérées comme « transformatrices », p. ex., une collection de travaux de détective. Contrairement à d'autres exceptions pour usage privé, pour que cette exception soit applicable, la propriété légale ou une licence légale concernant le fichier source n'est pas requise.

Les tenants de cette exception la défendent au motif que l'œuvre créée doit être « originale ». Toutefois, les tribunaux canadiens ont établi une norme d'originalité relativement faible. Dans CCH, la juge McLachlin énonce les deux approches extrêmes de la définition de l'« originalité » : l'une étant que l'œuvre doit être créative pour être « originale » et l'autre étant la norme de l'« effort ou du labeur » qui exige seulement un auteur et un effort. Elle conclut que la bonne définition de l'originalité se situe entre les deux :

[...] une œuvre doit être davantage qu'une copie d'une autre œuvre. Point n'est besoin toutefois qu'elle soit créative, c'est-à-dire novatrice ou unique. L'élément essentiel à la protection de l'expression d'une idée par le droit d'auteur est l'exercice du talent et du jugement¹¹.

Il faut souligner que les compilations faisaient partie de l'objet du litige dans CCH et qu'elles ont été jugées suffisamment originales pour se mériter la protection du droit d'auteur. Il n'y a aucune limite à la portée, quantitative ou qualitative, de l'utilisation de l'œuvre protégée par le droit d'auteur dans cette disposition, à l'exception du fait qu'elle doit être non commerciale.

En vertu de cette exception proposée, l'« auteur » du contenu généré par l'utilisateur bénéficie de tous les droits exclusifs d'un auteur en vertu de la Loi à l'égard de la création d'une nouvelle œuvre – le contenu généré par l'utilisateur peut faire l'objet d'un droit d'auteur, mais **le droit d'exploiter l'œuvre sur le plan commercial est refusé**. Toutefois, la personne peut diffuser (terme non défini) l'œuvre par des intermédiaires qui peuvent être des exploitants de site commercial, générant des revenus indirects

¹¹ CCH Canadienne Limitée c. Barreau du Haut-Canada [2004] 1 R.C.S. 339, au par. 16, Feist Publications Inc. c. Rural Telephone Service Co. [(1991),] 111 S.Ct. 1282

de ce contenu au moyen de la publicité et atteignant potentiellement un vaste auditoire – sans rémunération pour les titulaires de droits ou aux créateurs originaux.

Fait plus troublant, c'est le titulaire du droit d'auteur original qui doit démontrer que la nouvelle œuvre a un effet préjudiciable sur l'original – la norme de preuve est lourde et semble constituer un autre exemple de disposition ne respectant pas le critère à trois étapes de la Convention de Berne. La disposition ne prévoit pas d'indemnisation des titulaires de droits d'auteur pour les dommages causés au marché futur de l'original en raison de la diffusion de la « nouvelle » œuvre.

➤ **Exceptions relatives à l'utilisation privée par un consommateur**

Ces exceptions proposées par le projet de loi C-11 visent à « définir » ce que les utilisateurs peuvent faire avec le contenu protégé par le droit d'auteur au moyen de toutes les nouvelles technologies dont ils disposent – d'une façon technologiquement neutre. Elles sont mal fondées parce qu'elles requièrent une capacité à réglementer les utilisateurs finaux, chose que les rédacteurs de la *Loi sur le droit d'auteur* initiale n'ont jamais envisagée. Elles ne reflètent pas les conséquences potentielles pour le marché du titulaire de droits d'auteur (ces mêmes utilisateurs finaux) si les exceptions ont un effet sur l'exploitation de l'œuvre initiale. Elles ne prévoient absolument aucun moyen d'exécution efficace.

L'aspect positif que présente la vision actuelle du gouvernement quant à ces nouvelles exceptions réside dans le fait que l'utilisateur ne peut pas briser un « verrou » afin de bénéficier de ces exceptions.

• **Reproduction à des fins privées (changement de support)**

Telle que libellée dans le projet de loi C-11, cette disposition constitue un autre exemple de portée sans précédent dans le monde (le troisième exemple dans le projet de loi C-11). Cette exception semblerait permettre à un utilisateur :

1. de faire un nombre illimité de reproductions de tout contenu, que la copie source pour cette reproduction fasse l'objet d'un « droit de propriété » ou d'une « licence », et
2. de stocker ces reproductions sur plusieurs appareils ou réseaux, y compris les enregistreurs personnels vidéo Internet, le stockage en nuage ou les casiers virtuels, qui permettent l'accès partagé ainsi que la reproduction attentatoire incontrôlable potentielle.

La clarté est requise dans la définition à donner à l'expression « à des fins ou usages privés » puisque selon le libellé actuel du projet de loi C-11, les « fins privées » pourraient vraisemblablement inclure la reproduction aux fins privées d'un autre utilisateur. **Le terme « à des fins privées » indique davantage de souplesse que le terme privilégié « utilisation privée ».** La clarté est également requise afin d'assurer que la protection relative au « don » vise le don de reproduction corporelle et incorporelle, et que l'exigence de destruction s'applique non seulement si la copie source est vendue – mais aussi la copie qui en résulte. Des protections telles que ne pas permettre la reproduction lorsqu'un contrat en ligne l'interdisant existe et ne pas permettre la location ou la distribution d'une reproduction (violation secondaire) doivent être incluses.

Des juristes experts ont posé l'hypothèse que cette exception pourrait être interprétée comme permettant le transfert de bibliothèques entières de fichiers à d'autres personnes et cela, évidemment, ne fera rien pour empêcher les activités pair à pair.

- **Fixation d'un signal et enregistrement d'une émission pour écoute ou visionnement en différé (changement de temps)**

Comme dans l'exception précédente, les protections doivent être clairement articulées, comme la restriction au stockage public auquel des tiers ont accès et l'interdiction pour une personne de faire une reproduction pour l'utilisation privée d'un tiers.

Encore une fois, la portée de l'« utilisation privée » doit être limitée à l'« utilisation privée de l'auteur de la reproduction » afin que l'utilisateur ne puisse pas établir une collection de bibliothèques ou de programmes simplement en faisant des reproductions.

- **Exception des copies de sauvegarde**

L'objet déclaré de cette exception consiste à permettre aux utilisateurs de faire des copies « de sauvegarde » pour les supports vulnérables mais sa portée, telle que libellée dans le projet de loi C-11, semble permettre un nombre illimité de copies « de sauvegarde » du contenu. L'objectif de sauvegarder les supports vulnérables aux dommages ou à la destruction doit être tempéré par des restrictions sur les usages comme les prêts, licences et supports.

C. Intermédiaires – FSI

La Cour suprême du Canada a exprimé la crainte de nuire au rôle des intermédiaires dans leur facilitation de l'accès des utilisateurs finaux. Malheureusement, le paysage technologique actuel est plus flou et volatil que celui de 2004, année où la décision CCH a été rédigée. Toutefois, même cette année-là, la Cour a reconnu que les intermédiaires ne sont pas toujours neutres et que des recours efficaces doivent exister :

[...] l'omission de « retirer » un contenu illicite après avoir été avisé de sa présence peut, dans certains cas, être considérée comme une « autorisation ». [...] La meilleure solution serait que le législateur adopte une procédure d'« avis et de retrait » à l'instar de la Communauté européenne et des États-Unis¹².

La Cour n'ignorait pas les défis que la technologie Internet pose aux professionnels traditionnels du droit d'auteur puisque l'Internet, contrairement aux nouveaux supports antérieurs, permet à l'utilisateur final d'être à la fois un diffuseur et un utilisateur. Toutefois, selon la Cour, le législateur fédéral a voulu établir une distinction entre ceux qui abusent de l'Internet et l'infrastructure Internet réelle.

Il est évident que le législateur n'a pas voulu que les intermédiaires Internet, dont l'expansion et le développement constants sont tenus pour essentiels à la croissance économique nationale, fassent les frais des différends qui opposent les créateurs et les utilisateurs relativement à l'application du droit d'auteur¹³.

L'objectif de neutralité technologique du gouvernement ne semble pas tenir compte de la nature changeante des intermédiaires, comme les FSI. Les nouveaux modèles de FSI ont rendu presque impossible pour les titulaires de droits d'auteur d'empêcher la violation.

¹² Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c. Assoc. canadienne des fournisseurs Internet, [2004] 2 R.C.S. 427, au par. 127

¹³ *Ibid.*, au par. 131

Le projet de loi C-11, tel que libellé, envisageait quatre exceptions très larges de protection des intermédiaires Internet et des fournisseurs de réseau - services de réseau, utilisation de l'antémémoire d'un système, services d'hébergement et outils de localisation de l'information.

Ces exceptions sont indéfinies et soutiennent des entités attentatoires. Les conditions normalisées qui font partie des normes internationales applicables aux FSI n'ont pas été incluses. Les dispositions ne sont pas limitées même si le fournisseur de service connaît les activités attentatoires; rien ne l'oblige à supprimer le contenu ou retirer l'accès ni à se conformer aux pratiques généralement acceptées dans l'industrie afin de tirer profit des exceptions – comme c'est le cas dans d'autres pays de l'OMPI.

Le CPC et le CERC recommandent que le gouvernement modifie ces dispositions pour garantir, à tout le moins, que les FSI se conforment aux « pratiques exemplaires » de l'industrie afin de bénéficier de la protection d'une exception.

➤ **Services de réseau**

Les normes internationales qui garantissent qu'un intermédiaire en est vraiment un devraient être considérées. Par exemple :

- La transmission de la version électronique du document est initiée par une autre personne que le fournisseur de réseau.
- La transmission est effectuée au moyen d'un processus technique automatique.
- Le fournisseur de service de réseau ne choisit pas les destinataires de la version électronique.
- Le fournisseur de service de réseau n'apporte pas de modification de fond au contenu.
- Le stockage temporaire a lieu aux seules fins d'effectuer la transmission et ne dure pas davantage que le délai raisonnable afférent à cette transmission.

Aux États-Unis et en Australie, le fournisseur de service doit adopter et appliquer une politique interdisant l'utilisation de son service par les récidivistes.

Une approche floue ne concrétisera pas l'intention déclarée par le gouvernement de limiter cette protection aux véritables intermédiaires.

➤ **Utilisation de l'antémémoire d'un système**

La façon d'aborder l'utilisation de l'antémémoire d'un système est également plus large que les normes internationales. L'exception n'est pas assujettie à la disposition de facilitation qui est introduite par le projet de loi C-11. Des fichiers peuvent être mis en antémémoire même si le fournisseur de services est avisé que le document a été retiré ou qu'un tribunal a ordonné le retrait. Rien n'exige du FSI qu'il ait une politique interdisant l'utilisation de son service par les récidivistes.

➤ **Services d'hébergement**

Les services d'hébergement FSI doivent agir à titre d'intermédiaires neutres s'ils veulent bénéficier de la protection contre la responsabilité pour violation de droit d'auteur. Si ce n'est pas le cas, cela pourrait créer une protection pour les sites Web qui autorisent ou encouragent les tiers à télécharger du contenu

attentatoire. Les entités d'hébergement devraient s'abstenir de bénéficier financièrement de l'activité de l'utilisateur attentatoire, comme c'est la norme dans la réglementation internationale. Cette disposition, telle que libellée dans le projet de loi C-11, exige que le fournisseur d'hébergement connaisse réellement une ordonnance judiciaire concluant à la violation du droit d'auteur pour qu'il soit tenu d'agir – norme d'avis et de preuve beaucoup plus élevée que ce qui est prévu dans le reste de la Loi. **À tout le moins, l'avantage financier provenant de l'utilisateur attentatoire devrait empêcher le FSI d'invoquer cette exception.**

➤ **Outils de localisation de l'information**

On ne connaît pas trop le but de cette exception. Suivant sa rédaction dans le projet de loi C-11, elle pourrait permettre une protection pour les services pirates lorsque l'exploiteur du site Web met en antémémoire le contenu d'un tiers, fournit une capacité d'indexation et de recherche et offre la transmission de fichiers au public. S'agit-il d'une conséquence voulue ou non – le soutien des services de partage des fichiers? La connaissance réelle ou présumée du matériel attentatoire devrait annuler la protection. L'établissement par le FSI d'une politique interdisant l'utilisation des services par les récidivistes doit être exigée.

D. Exécution des droits du créateur

➤ **Changement du modèle de distribution**

Dans le cadre des modifications antérieures à la *Loi sur le droit d'auteur*, on a très peu tenté de réglementer l'utilisateur final qui, dans le monde analogique, se situe à la fin de la chaîne de distribution. Gervais souligne que la *Loi sur le droit d'auteur* n'a jamais eu comme objet le contrôle des véritables activités des utilisateurs finaux :

[Traduction] Les questions de droit d'auteur devraient idéalement être abordées ailleurs dans la chaîne de distribution (p. ex., au niveau des distributeurs et des bases de données), et non pas au niveau des utilisateurs finaux¹⁴.

Le gouvernement n'a pas démontré qu'il était conscient de ce fait. Maintenant, grâce aux nouvelles technologies et exacerbés par plusieurs des exceptions mentionnées plus haut, les titulaires de droits d'auteur n'ont pas d'autre choix que de confronter leurs « clients »!

Ce déséquilibre s'aggrave en raison de la réduction considérable du soutien gouvernemental du rôle intermédiaire essentiel de la solution d'octroi de licences collectives, comme celle-ci est utilisée à l'échelle internationale.

➤ **Avis et avis**

Il s'agit de l'approche la plus « neutre » qui pouvait être adoptée pour aider les titulaires de droits d'auteur à faire retirer le contenu attentatoire de l'Internet. Cette approche exige qu'un avis – contenant des renseignements d'un degré de détail presque impossible – soit fourni au FSI, qui transmet alors un avis au présumé auteur de la violation. Le FSI doit tenir des registres pour établir la conformité à

¹⁴ Gervais, « The Purpose of Copyright Law in Canada » (2005) 2:2 315, au par. 17

l'exigence d'avis, mais les périodes prévues sont totalement irréalistes dans le contexte de la durée du déroulement normal d'un litige.

Les réparations sont limitées à des dommages-intérêts préétablis de 5 000 à 10 000 \$ si le FSI fait défaut de prendre les mesures requises. C'est totalement inadéquat pour le titulaire de droits d'auteur. La possibilité d'obtenir une injonction n'est pas prévue. En outre, contrairement à ce qu'ont prévu bien d'autres administrations, il n'existe aucune réponse progressive pour les récidivistes.

Il doit y avoir possibilité d'injonction et l'option finale que constitue le « retrait ». Cela ne devrait pas différer du retrait de documents attentatoires analogues des rayons – option offerte comme forme d'injonction aujourd'hui, de même que comme issue définitive.

Le CPC et le CERC demandent au gouvernement d'adopter un système qui prévoit des réponses progressives et qui facilite l'obtention d'une injonction pour un titulaire de droits d'auteur afin de mitiger le dommage causé à l'œuvre.

➤ **Facilitation de la violation du droit d'auteur**

La notion de facilitation a été introduite dans le projet de loi C-11 comme nouvelle cause d'action contre une personne qui fournit en connaissance de cause un système « principalement destiné à faciliter l'accomplissement d'actes qui constituent une violation du droit d'auteur ». Les éléments suivants doivent être clairement articulés dans le cadre de toute réforme :

- Quelle est la portée du terme « principalement destiné » à faciliter l'accomplissement d'actes qui constituent une violation du droit d'auteur? Un service qui comporte à la fois des actes attentatoires et non attentatoires échapperait-il à la portée de cette disposition?
- En quoi consiste la facilitation – de nombreux sites pirates ne « facilitent » pas tous les éléments de la violation du droit d'auteur; échapperaient-ils à l'application?
- Pourquoi des dommages-intérêts ne sont-ils pas prévus pour la contravention à cette disposition?
- S'appliquera-t-elle aux entités non commerciales ou à but non lucratif qui « facilitent » la violation du droit d'auteur?

➤ **Effet concret sur l'exécution**

La chaîne de distribution comporte maintenant plusieurs volets, la reproduction et la redistribution se produisant via l'utilisateur final initial. Il est impossible de réglementer les activités imprévisibles et fragmentées des utilisateurs finaux.

Une société doit internaliser des valeurs, surtout lorsque l'exécution forcée est presque impossible. Le respect de la société à l'égard du droit d'auteur et de l'intégrité des œuvres de création constituait auparavant un facteur qui contribuait considérablement à limiter la violation du droit d'auteur. Les cyniques diraient que l'absence de moyens de reproduction des œuvres protégées par le droit d'auteur était le principal facteur.

Aujourd'hui, les utilisateurs finaux estiment qu'ils ont un droit personnel à la reproduction et à la réutilisation du contenu protégé par le droit d'auteur et que ce droit devrait être une préoccupation aussi importante pour le gouvernement que pour le titulaire du droit d'auteur. Parmi les consommateurs canadiens se trouve un groupe de personnes d'un nombre et d'un militantisme troublants qui rationalise le « droit » de consommer et d'utiliser à volonté les œuvres sans obligation d'en rémunérer les créateurs, p. ex., le musicien peut quitter et donner un autre concert, des tiers achètent ce film, les journaux devraient être « gratuits ». Rien n'indique que ces utilisateurs se comporteront convenablement en raison d'un « régime de confiance ». Comment donc le gouvernement répond-il à cette tendance de consommation? Il l'approuve. ***Dans le projet de loi C-11, le gouvernement propose des exceptions permettant des actes attentatoires déjà hors de contrôle.***

En outre, la « violation du droit d'auteur » de la part d'un utilisateur final est pratiquement légitimisée lorsqu'elle est commise à des fins non commerciales ou pour d'autres fins que le gain financier personnel. ***Où sont passées les sanctions afférentes à la violation du droit d'auteur lorsqu'il y a une intention de commettre un acte attentatoire?***

L'enchevêtrement procédural découlant du moment des violations de droits d'auteur, du nombre d'œuvres en cause et du nombre de titulaires de droits d'auteur fera en sorte qu'il sera pratiquement impossible de réclamer des dommages-intérêts pour cause de violation du droit d'auteur. La « vie privée » des auteurs de violation et leur nombre considérable font en sorte que l'identification des violations et de leurs auteurs (selon les détails requis) est une tâche insurmontable. Non seulement est-il de moins en moins probable de se faire « attraper » pour violation, mais le gouvernement a réduit considérablement l'ampleur des conséquences d'une violation. La Loi prévoit maintenant des dommages-intérêts maximaux de 5 000 \$ pour toutes les violations.

Dans ces dispositions, le gouvernement n'atteint pas son objectif déclaré de remédier au préjudice causé par le partage « illégal » des fichiers aux modèles commerciaux des titulaires de droits d'auteur – traditionnels, courants et futurs.

Objet du droit d'auteur et équilibre entre le créateur et l'utilisateur

Le gouvernement a clairement énoncé l'objectif de la modernisation du droit d'auteur canadien. Toutefois, le gouvernement semble avoir suivi la stratégie qui consiste à ajouter des exceptions pour combler les attentes des utilisateurs à l'égard du « droit » de maximiser le potentiel des nouvelles technologies – cette stratégie doit être pondérée par rapport à l'objet réel et à l'avantage global pour le public du droit d'auteur – en vue de motiver le créateur afin d'assurer l'accès à son œuvre pour le bien public. Le bien public n'est pas synonyme des attentes des utilisateurs.

Comment en sommes-nous arrivés là – où tout dans la Loi sur le droit d'auteur semble être devenu un « équilibrage » des droits entre le créateur et l'utilisateur sans réflexion sur l'effet de cette approche sur les droits personnels (moraux) ou de propriété du créateur à l'égard de ses créations incorporelles.

Dans la décision qu'elle a rendue en 2002 dans *Théberge*¹⁵, la Cour suprême du Canada a entamé le processus de formulation de l'« objet » de la *Loi sur le droit d'auteur*. L'arrêt *Théberge*¹⁶ considère l'intérêt public comme un équilibre entre, d'une part, l'objet de droit d'auteur d'encourager la diffusion et de rémunérer le créateur et, d'autre part, un nouvel ensemble de droits – les droits des utilisateurs¹⁷.

Il semble que la portée des droits des utilisateurs soit seulement définie par la limitation de la portée des droits des titulaires de droits d'auteur. Parmi les utilisateurs, cette formulation d'un « droit de l'utilisateur » a créé une attente et une impression de droit à l'accès et à l'utilisation d'œuvres protégées par le droit d'auteur sans considération ou presque pour la pondération de l'objet d'intérêt public de motiver les créateurs et d'assurer leur rémunération pour leurs œuvres. Cela ne correspond plus (si tel a déjà été le cas) à la pondération de la justification d'intérêt public de la protection du droit d'auteur¹⁸.

On a applaudi l'arrêt CCH au motif qu'il approuvait et élargissait cette doctrine de l'« équilibre des droits » relativement à la portée des exceptions – le « droit de l'utilisateur »¹⁹.

À l'instar des autres exceptions que prévoit la *Loi sur le droit d'auteur*, [l'exception relative à l'utilisation équitable] correspond à un droit des utilisateurs. Pour maintenir un juste équilibre entre les droits des titulaires du droit d'auteur et les intérêts des utilisateurs, il ne faut pas l'interpréter restrictivement²⁰.

La Cour n'a pas indiqué que le droit de l'utilisateur à une utilisation équitable était **illimité** – celui qui invoque l'exception d'utilisation équitable doit toujours démontrer que la fin relève de l'exception

¹⁵ *Théberge c. Galerie d'Art du Petit Champlain Inc.* [2002] C.R.S. 336

¹⁶ Dans *Théberge*, les motifs du juge Binnie portent sur les limites des droits du créateur, mais ses motifs insistent aussi beaucoup sur l'intérêt public à l'égard de la promotion de la diffusion.

A. L'équilibre actuel entre l'intérêt économique du titulaire du droit d'auteur et le droit de propriété du public acheteur serait modifié de façon importante au détriment du public.

La Loi est généralement présentée comme établissant un équilibre entre, d'une part, la promotion, dans l'intérêt du public, de la création et de la diffusion des œuvres artistiques et intellectuelles et, d'autre part, l'obtention d'une juste récompense pour le créateur (ou, plus précisément, l'assurance que personne d'autre que le créateur ne pourra s'approprier les bénéfices qui pourraient être générés) [...] On atteint le juste équilibre entre les objectifs de politique générale, dont ceux qui précèdent, non seulement en reconnaissant les droits du créateur, mais aussi en accordant l'importance qu'il convient à la nature limitée de ces droits. [...] Un contrôle excessif de la part des titulaires du droit d'auteur et d'autres formes de propriété intellectuelle pourraient restreindre indûment la capacité du domaine public d'intégrer et d'embellir l'innovation créative dans l'intérêt à long terme de l'ensemble de la société, ou créer des obstacles d'ordre pratique à son utilisation légitime.

¹⁷ Ironiquement, dans cette décision, les juges majoritaires de la Cour ont conclu qu'il n'y avait eu aucune atteinte aux droits d'auteur, de sorte que leurs commentaires éloquentes sur les droits des utilisateurs étaient totalement dénués de lien avec la décision dans l'affaire. Néanmoins, ces commentaires reflètent l'opinion de la Cour selon laquelle il existe un vide dans le régime du droit d'auteur canadien – ce vide résidant dans le fait que ni le législateur, ni les tribunaux, jusqu'à cette date, n'avaient formulé l'objet de la protection du droit d'auteur.

¹⁸ Gervais, « The Purpose of Copyright Law in Canada » (2005) 2:2 315, au par. 10

¹⁹ « À l'instar des autres exceptions que prévoit la *Loi sur le droit d'auteur*, [l'exception relative à l'utilisation équitable] correspond à un droit des utilisateurs. Pour maintenir un juste équilibre entre les droits des titulaires du droit d'auteur et les intérêts des utilisateurs, il ne faut pas l'interpréter restrictivement. » (CCH Canadienne Limitée c. Barreau du Haut-Canada [2004] 1 R.C.S. 339, au par. 48)

²⁰ *Ibid.*, au par. 48

(même si les fins prévues par les exceptions peuvent être interprétées généreusement), et l'utilisation doit être « équitable ».

Les faits de l'affaire dont était saisie la Cour suprême dans CCH étaient extrêmement circonscrits. Cette décision portait sur l'*originalité* (si les œuvres en question méritaient la protection du droit d'auteur), les fins d'utilisation équitable (la définition de la portée des fins nommées) et la **photocopie**. Il s'agissait d'une affaire portant exclusivement sur le contenu des éditeurs juridiques (principalement en langue anglaise), et non pas sur les médias du domaine du divertissement et les romans. La « technologie » en cause était la photocopieuse.

La Cour n'a pas conclu que les photocopies faites par les utilisateurs (dont la fin leur donnait le droit d'invoquer l'exception) constituaient toutes une utilisation équitable ou, de façon prospective, que les utilisations de nouvelles technologies constitueraient toutes des utilisations équitables.

La Cour ne s'est jamais prononcée sur la question de savoir si une explosion future de technologies permettant la reproduction parfaite ou presque parfaite de matériel protégé par le droit d'auteur ainsi que la multiplicité des utilisations par les utilisateurs finaux pourraient faire pencher l'« équilibre des droits », entre le créateur et l'« intérêt du public », excessivement en faveur du consommateur.

Il ne fait aucun doute que la technologie a introduit une dynamique nouvelle qui pose des défis. Encouragés par les interprétations manifestement exagérées du « droit de l'utilisateur » dans CCH, les utilisateurs ont vu leur sentiment de droits acquis augmenter parallèlement à l'avènement des technologies numériques. Les consommateurs ont un accès beaucoup plus grand qu'auparavant au contenu des créateurs, et ils en demandent encore plus – le droit de reproduire, de réutiliser et d'utiliser à d'autres fins. La technologie a donné à l'utilisateur final la possibilité de reproduire, partager et regrouper du contenu de façons qui n'étaient pas envisagées dans l'arrêt CCH lorsqu'il a mentionné les « droits des utilisateurs ». ***Cette réutilisation des œuvres protégées par le droit d'auteur est devenue omniprésente et empêche souvent entièrement le créateur d'être rémunéré et d'obtenir une reconnaissance personnelle pour l'original.***

Suivant son libellé, la *Loi sur la modernisation du droit d'auteur* (projet de loi C-11), avec sa multitude d'exceptions nouvelles et élargies, semble entériner l'opinion selon laquelle toute reproduction d'une œuvre par un utilisateur final en vue de l'utilisation de la technologie disponible ne constitue pas une violation du droit d'auteur ou que, s'il y a violation mais que la fin n'est pas commerciale, il n'y aura pratiquement aucune sanction. ***Cela n'est ni équilibré ni juste pour le titulaire de droits d'auteur.***

Les récents projets de loi modifiant la Loi sur le droit d'auteur, à savoir les projets de loi C-60, C-61, C-32, et le projet de loi actuel, C-11, semblent tous appuyer l'approche suivie dans CCH sans reconnaître le fait que la technologie dont dispose maintenant le consommateur a fortement fait pencher la balance en faveur de l'utilisateur.

Le CPC et le CERC rappellent au gouvernement que les décisions de la Cour suprême du Canada portaient non seulement sur les « droits des utilisateurs », mais aussi sur l'« équité » et sur ***l'objectif fondamental du droit d'auteur d'encourager la créativité en assurant que le créateur a l'occasion***

d'exploiter son œuvre. Ces décisions n'indiquent aucunement que le maintien de l'équilibre approprié nécessite l'ajout de nombreuses exceptions au droit d'auteur pour satisfaire aux « droits des utilisateurs ». Le pendule s'est tant déplacé vers l'utilisateur que, si la réforme du droit d'auteur telle que décrite dans le projet de loi C-11 est adoptée, pratiquement plus aucun cas de reproduction, de regroupement ou d'utilisation à une nouvelle fin par l'utilisateur ne constituera une violation. ***Cela découragera la créativité et c'est injuste.***

Nouveaux rôles – créateur, titulaire de droits d'auteur, consommateur – intermédiaires (bibliothèques, FSI, entreprises de télécommunications)

L'accessibilité du contenu et l'ampleur des occasions par l'utilisateur de consommer du contenu grâce à la technologie ont fondamentalement transformé la relation entre le créateur et l'utilisateur et ont embrouillé les rôles du créateur, de l'utilisateur final et de l'intermédiaire. Le titulaire de droits d'auteur fait face à de nombreuses nouvelles « occasions » relatives au contenu et à l'évolution du rôle des acteurs.

1. Les intermédiaires, en particulier les bibliothécaires et les archivistes, considèrent que le milieu numérique est une occasion extraordinaire, et c'est le cas. La Cour et le gouvernement semblent avoir appuyé un élargissement de leurs rôles (projet de loi C-61, SOCAN²¹). Les intermédiaires se présentent comme des compilateurs et des diffuseurs dans le monde numérique. Presque invariablement, la création de collections numériques est inextricablement liée à l'accès et, ensuite, à la désagrégation et à la réutilisation. Le droit d'auteur et la propriété intellectuelle sont interprétés comme des obstacles à l'avantage que peut tirer le public de la numérisation et de l'amélioration de l'accès. Cette question se trouve naturellement au cœur du droit de reproduction. Elle change considérablement l'équilibre des droits ainsi que les occasions d'exploitation commerciale par les titulaires de droits d'auteur.
2. L'utilisateur final a élaboré des systèmes de distribution entre pairs pour partager les œuvres protégées par le droit d'auteur, ce qui profite peut-être au particulier mais ce qui entraîne ***l'absence de rémunération du titulaire de droits d'auteur qui est privé d'un marché.***
3. Les FSI et les entreprises de télécommunications analysent des modèles qui comportent une gamme de contenus améliorés pour leurs abonnés, de préférence sans frais supplémentaires pour eux et ***sans rémunération pour le titulaire de droits d'auteur.***
4. Les services de moteur de recherche améliorent leurs outils de localisation d'information, numérisant leur contenu et fournissant des parties de ce contenu – augmentant leurs services, le nombre de leurs utilisateurs ainsi que l'attrait pour leurs annonceurs et commanditaires. ***Ce contenu peut dépasser largement une quantité « équitable », tant sur le plan qualitatif que***

²¹ Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c. Assoc. canadienne des fournisseurs Internet [2004] 2 R.C.S. 427

quantitatif, entraînant un effet indésirable sur la viabilité commerciale du contenu – et sans rémunération pour le titulaire de droits d’auteur.

Les besoins de l’économie du savoir – prévisibilité, clarté, gérabilité

Il ne fait aucun doute que les entreprises titulaires de droits d’auteur, les éditeurs, les créateurs et les producteurs, notamment, suivent de près l’approche adoptée par la Cour suprême, depuis l’arrêt Théberge. Ce courant jurisprudentiel survient de nombreuses années après les questions commerciales qui font l’objet de ces affaires.

Les décisions commerciales doivent être prises en fonction des résultats projetés, et si les résultats ne reflètent pas les principes fondamentaux sur lesquels les entreprises se sont fondées, cela entraînera des effets économiques néfastes et, peut-être, déterminants.

La *Loi sur la modernisation du droit d’auteur* semble indiquer que le tribunal est le forum de choix pour la définition de la portée et de l’application des nouveaux paradigmes de l’accès numérique, de l’Internet et de la technologie. Toutefois, les décisions judiciaires ont fait davantage qu’ajouter à notre droit. L’approche fondée sur les droits qui a été utilisée jusqu’à présent n’a pas mis fin aux litiges – elle a polarisé des collectivités, rompu la confiance entre des groupes qui bénéficieraient de bonnes relations de travail, aliéné les consommateurs, fait fuir les investissements et découragé l’innovation.

Fait plus important, qui ressort du libellé du projet de loi C-11, la polarisation imprègne aussi le milieu des décideurs, comme l’indique ce qui a été intégré dans la législation modificatrice.

La présent discours sur la réforme du droit d’auteur perpétue cette atmosphère contradictoire et met le titulaire de droits d’auteur dans la position de recourir aux tribunaux pour faire préciser non seulement les activités des utilisateurs, mais aussi la portée de droits et exceptions clés :

- pour définir les nouvelles fins d’utilisation équitable,
- pour définir les exceptions,
- pour faire appliquer la protection des mesures techniques de protection et
- pour définir et faire respecter les limites ambiguës des utilisations privées et des exceptions relatives à l’éducation et aux bibliothèques.

Le coût correspondant, combiné à l’absence d’échéancier et à l’imprévisibilité des résultats, rend les recours illusoires. En raison de la proposition de réduire considérablement les dommages-intérêts préétablis, même la procédure la plus méritoire imposera un fardeau financier au particulier ou à l’entreprise qui sollicite réparation.

[Traduction] La protection du droit d’auteur – le droit du titulaire du droit d’auteur d’empêcher les autres de reproduire son œuvre – opère l’échange entre les coûts liés à la restriction de l’accès à une

œuvre et les avantages liés aux incitatifs de créer l'œuvre. Trouver l'équilibre approprié entre l'accès et les incitatifs est le problème qui se situe au cœur du droit d'auteur²².

Il faudra voir si le législateur fédéral internalisera la véritable complexité de l'économie de l'information et soutiendra convenablement ses besoins dans le cadre d'une réforme avant-gardiste du droit d'auteur. La réalisation de l'objectif déclaré du Canada d'être un chef de file dans le domaine numérique en dépend.

Conclusion

La technologie a modifié l'un des aspects fondamentaux du droit d'auteur — comme il a été mentionné — celui-ci n'a jamais visé le contrôle des véritables activités des utilisateurs finaux.

Une politique qui enchâsse les utilisations des utilisateurs finaux dans des exceptions comportant des obligations minimales et floues (et, ce qui est encore plus préoccupant, des conséquences limitées pour défaut de conformité) ne peut qu'être nuisible pour l'économie du savoir. Avec la réduction des modèles de distribution actuels (comme l'octroi de licences collectives) et la réticence par le gouvernement de reconnaître l'intérêt propre des nouveaux acteurs (FSI, bibliothèques et établissements d'enseignement), on s'attend à ce que le titulaire de droits d'auteur gère les droits directement avec l'utilisateur final à un coût d'exécution insoutenable.

Quel est l'incitatif économique de créer de la propriété intellectuelle au Canada lorsque le revenu est exproprié, les modèles commerciaux sont minés et la protection des œuvres est énoncée de façon si ambivalente?

Est aussi préoccupant le fait que l'« équilibre » et le bien public sont maintenant clairement représentés comme se situant entre le créateur et l'utilisateur. Il y a un grand nombre d'attentes et de besoins différents des utilisateurs. Ces attentes et besoins ne seraient pas tous considérés comme relevant du « bien public » ou de l'« intérêt public ». Il sera très difficile de prévoir la façon dont la Cour abordera les conflits inévitables entre le bien public et les droits des utilisateurs. Il semble toutefois, selon l'interprétation du gouvernement, que les droits des créateurs et le bien public s'opposent toujours – encore une fois l'approche selon laquelle il y a nécessairement un gagnant et un perdant – de sorte que si l'on donne à l'un, on retire automatiquement à l'autre.

Où est l'analyse économique des intérêts opposés des groupes d'utilisateurs?

Malgré les mesures visant la neutralité technologique dans la proposition de réforme du droit d'auteur, il y a une absence regrettable de sensibilité à l'égard de l'effet néfaste sur les principes fondamentaux en droit d'auteur des demandes des divers groupes d'intérêt. Les objectifs de politique générale entraînent la création d'un statut spécial pour le milieu de l'éducation, les bibliothèques, les services d'archives et les musées au détriment des titulaires de droits d'auteur. Les droits et protections des créateurs sont sacrifiés; l'accent est manifestement mis sur la « protection » des possibilités

²² Landes et Posner, « An Economic Analysis of Copyright Law » (1989) XVIII, à la p. 326

économiques des nouveaux, et soi-disant neutres, acteurs comme les FSI, les entreprises de télécommunications et les services de recherche sur le Web même si ces possibilités ne peuvent être réalisées qu'au moyen de l'utilisation non rémunérée des œuvres de création et de droits d'auteur – sans licence ni permission.

L'éducation est un bon exemple d'un segment de marché qui est traité par le projet de loi comme ayant des intérêts opposés à ceux des titulaires de droits d'auteur. En réalité, les éditeurs et les établissements d'enseignement ont une relation symbiotique en tant que créateurs et consommateurs de matériel pédagogique. L'approche utilisée par le gouvernement dans la réforme du droit d'auteur suscite deux questions qui démontrent clairement ce lien.

Où est l'analyse de l'effet de cette stratégie d'exception (pour permettre au secteur de l'éducation d'économiser) sur les participants commerciaux de ce marché – les éditeurs?

Où est l'analyse de l'effet de cette stratégie sur le secteur de l'éducation si les participants commerciaux de ce marché cessent d'investir?

Des exceptions qui écrasent des éditeurs et modèles commerciaux actuels et prospectifs légitimes causeront un tort incommensurable à ces éditeurs et, par la même occasion, réduiront les œuvres canadiennes disponibles et les œuvres canadiennes accessibles aux établissements d'enseignement, aux étudiants et au public. Il y aura aussi un effet sur l'économie du pays, qui se traduira par une perte de PIB.

Où est la clarté des définitions, de la portée et des limites aux fins de réglementation?

Même si le gouvernement a indiqué ses objectifs relativement à la *Loi sur la modernisation du droit d'auteur* (projet de loi C-11) dans des fiches d'information et dans le préambule du projet de loi, il a fait défaut dans bien des cas d'établir un libellé suffisamment clair pour guider le créateur et les utilisateurs.

Le CPC et le CERC craignent sincèrement que le projet de loi C-11 n'atteigne pas l'équilibre, mais plutôt fasse disparaître d'importants revenus au détriment des milieux de la culture et des affaires, en contrepartie seulement d'un avantage à court terme pour les utilisateurs finaux et les secteurs des bibliothèques et de l'éducation.

Pour réaliser le potentiel des technologies numériques et répondre à la demande des consommateurs d'avoir la possibilité de maximiser la consommation du contenu grâce à ces technologies, le gouvernement a introduit une approche d'exception qui prévoit l'utilisation d'œuvres protégées par le droit d'auteur, « sans frais », comme s'il existait un droit individuel privé entièrement indépendant du droit du créateur d'être rémunéré pour son œuvre. Il s'agit d'un reflet complètement irréaliste du marché, au Canada ou sur la scène internationale.

La formulation d'un « droit de l'utilisateur » a créé parmi les utilisateurs une attente et une impression de droit qui ne correspondent pas à l'équilibre de la justification des intérêts publics pour la protection du droit d'auteur – **il faut interpréter l'arrêt CCH dans son contexte temporel et factuel.**

Le gouvernement en a donné un peu d'une main et en a enlevé considérablement de l'autre. Il en résulte non pas un « nouvel équilibre », mais une « nouvelle imprévisibilité ». Suivant le libellé du projet de loi, dans lequel des notions, exceptions et utilisations nouvelles sont mal définies, il semble que la seule façon d'obtenir des précisions consiste à s'adresser aux tribunaux – processus coûteux, long et limité par les faits de l'affaire (le processus judiciaire ayant mené à l'arrêt CCH représente près de dix ans d'incertitude pour les entreprises œuvrant dans le secteur de l'information juridique). Il est aussi moins probable que les titulaires de droits d'auteur sollicitent auprès des tribunaux des réparations fondées sur de présumées violations autre que le piratage en raison du lourd processus d'introduction d'actions et de la réduction considérable des dommages-intérêts préétablis pour ces violations. En outre, les nouvelles technologies font obstacle à l'identification des auteurs de violation et des actes précis de violation. **Pour le milieu des affaires, cette approche judiciaire ne remplace pas la clarté de la portée et des conséquences.**

Le milieu canadien de la création ne peut pas survivre à la perte, à toutes fins pratiques, de son droit d'offrir des œuvres, d'en gérer la distribution et la reproduction et d'être rémunéré directement ou au moyen de régimes d'octroi de licences internationalement acceptés comme Access Copyright. Les titulaires de droits d'auteur n'offriront leurs œuvres au Canada que s'ils savent que leurs droits économiques et moraux seront reconnus et protégés.

On sert bien mal notre économie du savoir en laissant entendre que les créateurs, les titulaires de droits d'auteur, les éditeurs et les producteurs sont les « méchants ». On la sert tout aussi mal en encourageant la notion que le droit d'auteur est un jeu où il y a un nécessairement gagnant et un perdant, par lequel une protection accordée au créateur prive l'utilisateur de quelque sorte, de sorte qu'elle est contraire à l'intérêt public.

Un milieu de la création sain soutient une économie du savoir dynamique. Un régime de protection des droits d'auteur qui empêche nos créateurs d'être rémunérés pour leurs créations la compromet.