

Soumission sur le projet de loi C-11 de l'Association canadienne des éditeurs de musique

**DOCUMENT FINAL
29 novembre 2011**

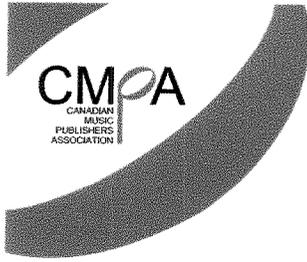
Introduction

L'Association canadienne des éditeurs de musique (ACEM) est la plus ancienne association de l'industrie de la musique au Canada. Elle fut fondée en 1949 et constituée en vertu d'une loi fédérale comme société à but non lucratif en 2005. L'ACEM représente 75 membres de toutes les régions du pays; son règlement intérieur stipule que ses adhérents ainsi que son conseil d'administration doivent être constitués d'une majorité de sociétés appartenant à des intérêts canadiens et gérés par des intérêts canadiens. Toutefois, nos éditeurs membres représentent les intérêts de centaines d'auteurs-compositeurs, autant canadiens qu'étrangers, des plus notoires aux jeunes débutants prometteurs. L'ACEM défend les intérêts des éditeurs de musique et de leurs partenaires auteurs-compositeurs en prônant une législation progressiste sur le droit d'auteur, une rémunération juste et une reconnaissance, par le secteur public et les autres parties intéressées, de la valeur de notre travail, à la fois sur le plan culturel et comme force économique. De plus, nous représentons le point de vue des éditeurs de musique canadiens par le biais de notre participation à de nombreuses autres associations de l'industrie de la musique à la fois au Canada et à l'étranger.

Les éditeurs de musique gèrent et administrent les droits d'auteur musicaux, c'est-à-dire la propriété intellectuelle qui est créée lors de la composition d'une chanson. Également, et ce qui est peut-être plus important encore, les éditeurs de musique sont la clé « de la recherche et du développement » dans l'industrie musicale. Il n'est pas rare qu'un auteur-compositeur signe un contrat d'édition avant de signer un contrat d'enregistrement et cette situation devient de plus en plus courante. Les éditeurs de musique fournissent un soutien crucial aux artistes et aux auteurs-compositeurs qui démarrent et que nous considérons comme le moteur de notre industrie.

L'ACEM est convaincue que la gestion des droits de propriété intellectuelle ne fera que croître en importance suite au déclin constant de la fabrication de supports durables. Dans le cadre de leurs efforts constants pour influencer cette évolution fondamentale du marché et pour s'y adapter, les éditeurs de musique ont la responsabilité de contribuer à l'examen qui a été entrepris par ce comité législatif du projet de loi C-11, *Loi modifiant la Loi sur le droit d'auteur*.

La propriété intellectuelle est un secteur critique de l'économie canadienne; l'aptitude, le talent et l'expérience nécessaires pour écrire une chanson à succès sont mieux nourris si l'on permet à



ceux qui le font de gagner leur vie. L'association a signé la déclaration des industries de la culture sur le projet de loi C-32 et souscrit à toutes les positions exposées dans ce document.

Le gouvernement a déclaré que les objectifs clés du projet de loi C-11 étaient les suivants :

- 1) moderniser la *Loi sur le droit d'auteur* pour qu'elle corresponde mieux aux progrès technologiques et aux normes internationales actuelles ;
- 2) protéger les intérêts des Canadiens, tant ceux des créateurs de contenu que des consommateurs qui profitent de ce contenu;
- 3) veiller à ce que la législation sur le droit d'auteur soit flexible et tournée vers l'avenir et qu'elle aide à protéger et à créer des emplois, à stimuler l'économie et à attirer de nouveaux investissements au Canada;
- 4) établir des règles neutres sur le plan technologique afin que la législation s'adapte plus facilement à un environnement technologique en constante évolution tout en assurant une protection adéquate aux créateurs et aux consommateurs.

Nous reconnaissons le bien-fondé de ces objectifs, mais nous considérons qu'à bien des égards, le projet de loi C-11 ne les atteint pas.

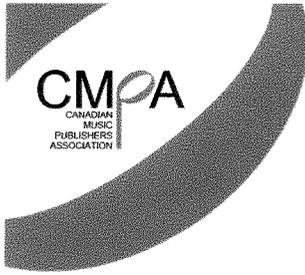
Cela dit, nous savons que le gouvernement, lui, considère que le projet de loi C-11 atteint effectivement les objectifs de sa politique et qu'il souhaite donc le voir adopter dès que possible.

Depuis l'introduction du projet de loi C-11, l'ACEM nous avons rencontré des membres du gouvernement qui ont indiqué qu'ils prendraient en considération des amendements de forme compatibles à leurs objectifs en matière de politiques. Nous avons donc proposé des amendements qui renforceraient encore davantage le projet de loi.

1. Enregistrements éphémères

L'élimination de l'article 30.9 (6) de la Loi sur le droit d'auteur va coûter des millions de dollars aux créateurs et aux détenteurs de droits à cause de l'élimination de fait du droit de reproduction mécanique et de diffusion et des régimes de licences qui s'y rattachent. Le gouvernement propose une exemption de 30 jours. Nous recommandons au gouvernement d'assurer que l'exemption voulue soit claire et qu'il soit impossible de s'en servir pour se jouer du système.

Lorsqu'une chanson arrive à une station de radio pour être ajoutée à une liste de diffusion, le fichier d'origine est reproduit sur le disque dur de programmation de la station de radio. Permettons-nous d'insister, le fichier est reproduit, faisant donc usage du droit de reproduction.



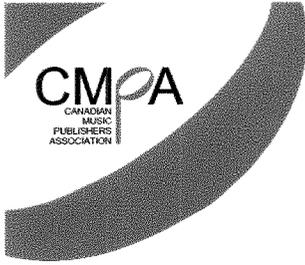
La création de copies de fichiers musicaux sur disque dur améliore considérablement l'efficacité des stations de radio. De plus, la Commission du droit d'auteur du Canada a toujours été d'avis que ces copies avaient effectivement une valeur et a attribué des barèmes de redevances pour refléter cette valeur.

Les créateurs de chansons et les détenteurs de droits sont actuellement rémunérés pour cet usage de leurs droits, tant que ces droits puissent être facilement l'objet d'une licence par le biais d'une société de gestion. Ce droit a actuellement une valeur d'environ 21 millions de \$ par an pour les créateurs et les détenteurs de droits, et il est payé par les stations de radio. L'indemnisation pour cette reproduction existe dans de nombreux pays et bien que les sociétés de diffusion américaines ne paient pas cet usage, la loi les oblige à le faire lorsque les détenteurs de droits le demandent.

La *Loi sur le droit d'auteur* comporte actuellement une exemption qui permet aux sociétés de diffusion de faire des copies « éphémères » de toute musique enregistrée pour leurs émissions, sans avoir à obtenir des licences ou à verser des droits. Cependant, après 30 jours, les sociétés doivent détruire ces copies éphémères ou bien obtenir une licence auprès des détenteurs de droits d'auteur concernés. Lorsque cette exemption a été introduite en 1997, elle comportait une mise en garde selon laquelle l'exemption ne s'appliquerait pas s'il était possible d'obtenir une licence auprès d'une société de gestion des copies éphémères. La logique de cette mise en garde était très simple : il peut être excessivement onéreux pour les stations de radio de s'adresser à un grand nombre de détenteurs de droits d'auteurs et de négocier avec chacun d'eux les licences nécessaires; en revanche, un système de licence collective constituerait pour ces diffuseurs un moyen simple d'obtenir les licences et de payer pour l'usage de ces copies, de telle manière que l'exemption ne serait pas nécessaire.

Ce régime a fonctionné très efficacement. Il a encouragé les détenteurs de droits à recourir à la licence collective, fournissant ainsi aux diffuseurs une procédure d'obtention de licences plus efficace. De plus, les droits agréés par la Commission du droit d'auteur du Canada ont garanti la juste rémunération des détenteurs de droits pour l'usage de leurs œuvres. Pourtant, le projet de loi C-11 propose d'abroger le paragraphe 30.9(6) de la loi (la mise en garde relative à la licence collective) et d'assujettir le versement de droits aux auteurs-compositeurs et aux éditeurs de musique pour l'enregistrement de ces copies éphémères à l'exemption générale de 30 jours. En d'autres termes, une fois cette exemption abrogée, les sociétés de diffusion pourront conserver des copies des chansons sur leurs serveurs pendant 30 jours sans les payer, tant que les chansons sont détruites à l'issue de cette période.

Selon l'ACEM, il serait bien préférable que le comité refuse d'éliminer l'article 30.9 (6) de la *Loi sur le droit d'auteur*. Reconnaisant, toutefois, que la politique du gouvernement semble être qu'une exemption de 30 jours serait appropriée quelle que soit la disponibilité des licences collectives, nous souhaitons plutôt nous assurer que l'intégrité de cette limite de 30 jours est

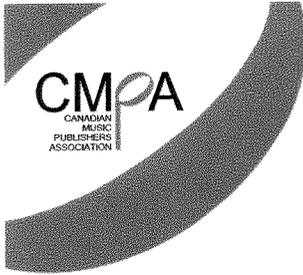


respectée. Selon la formulation actuelle de l'article 30.9, les sociétés de diffusion pourront se jouer du système, en effaçant un fichier musical au bout de 30 jours puis en le restituant immédiatement. La technologie rend ce tour de passe-passe très simple. Dans le cadre d'une étude commandée par la CMRRA-SODRAC Inc. et soumise au comité qui a examiné le projet de loi C-32, le professeur Michael Murphy explique :

...Les sociétés de diffusion canadiennes pourraient en effet observer la prescription technique du paragraphe 30.9(4) du projet de loi C-32 de détruire toute reproduction dans les 30 jours, conformément au projet de loi. ...Les stations de radio et de télévision se servent de nombreuses reproductions qui sont détruites dans un délai de trente jours ou qui pourraient l'être grâce à une simple modification de leurs procédés. Quant aux copies numériques qui sont actuellement conservées au-delà des 30 jours, les sociétés de diffusion disposent d'options techniques et procédurales qui leur permettent de « recréer » ou de réactualiser leurs collections d'œuvres musicales tous les 30 jours et donc de se conformer, dans le cas de ce type de copie également, à la disposition des 30 jours. Par conséquent, chaque copie d'une œuvre musicale destinée à la diffusion resterait une copie éphémère, quel que soit le type de copie. La société de diffusion, en faisant des copies de copies, aurait accès à l'œuvre pour aussi longtemps que cela lui serait avantageux. Les changements qu'il serait nécessaire de mettre en place pour se conformer à la disposition des 30 jours impliquent peu ou pas de frais supplémentaires, et ils seraient adaptés à la fois aux exploitations de télévision et de radio. Les changements nécessaires seront d'autant plus viables à l'avenir, à mesure que la bande passante devient plus rapide et que la technologie numérique continue d'augmenter en capacité et de baisser en coût. (C'est nous qui soulignons.)

En d'autres termes, les sociétés de diffusion peuvent facilement se conformer à la contrainte des 30 jours en copiant les copies, à peu ou pas de frais, tout en continuant indéfiniment de profiter de l'usage de la copie de l'œuvre. En fait, il est possible d'automatiser toute la procédure consistant à « copier des copies » afin de l'intégrer parfaitement aux opérations quotidiennes de la société de diffusion. Les amendements proposés, en liaison avec les progrès technologiques, transformeraient une exception visant uniquement les enregistrements éphémères en une règle générale qui inclurait les nombreux enregistrements de valeur faits par les sociétés de diffusion dans le cours normal de leurs activités.

Par conséquent, la question soulevée par la proposition d'amendement n'est pas de savoir si les sociétés de diffusion devraient bénéficier d'une exemption pour les reproductions. La question est de savoir si elles devraient bénéficier d'une complète exemption quant à l'obligation de payer pour la reproduction d'œuvres musicales.

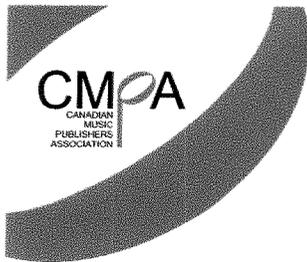


Afin de réaliser l'intention déclarée du gouvernement de limiter l'exemption à 30 jours, des amendements de forme sont nécessaires pour empêcher les sociétés de diffusion de profiter de la nouvelle technologie et de faire des reproductions qui, en théorie, sont conservées seulement 30 jours, mais qui en fait, constituent une collection permanente d'œuvres musicales. En garantissant que toute reproduction d'un enregistrement sonore sera détruite dans les 30 jours qui suivent la première reproduction (en excluant la possibilité de faire de multiples reproductions au cours de cette période de 30 jours, ce qui prolongerait la période de 30 jours supplémentaires, voire plus) et qu'aucune reproduction supplémentaire du même enregistrement ne pourra être faite ultérieurement sans l'autorisation du détenteur de droits, les amendements au paragraphe 30.9(4) énumérés spécifiquement ci-dessous permettraient d'atteindre cet objectif :

30.9 (4) L'entreprise de diffusion est tenue de détruire toute(s) reproduction(s) lorsqu'elle n'est plus en possession de l'enregistrement sonore ou de la prestation ou œuvre fixée au moyen d'un enregistrement sonore, ou à la date d'expiration de la licence l'autorisant à faire usage de l'enregistrement sonore, la prestation ou œuvre fixée au moyen d'un enregistrement sonore, ou au plus tard dans les 30 jours qui suivent la réalisation de la première reproduction, sauf autorisation à l'effet contraire du titulaire du droit d'auteur, et ne peut pas reproduire ultérieurement le même enregistrement sonore, ou prestation ou œuvre fixée au moyen d'un enregistrement sonore, sauf autorisation à cet effet du titulaire du droit d'auteur.

Cependant, ces seuls amendements de forme ne suffiront pas à préserver ces rentrées d'argent qui sont d'une importance cruciale pour les propriétaires de contenu. Plusieurs autres dispositions du projet de loi, si elles sont adoptées, risqueraient également de contrarier l'intention du gouvernement de limiter l'exemption pour les enregistrements éphémères à 30 jours et de sauvegarder le droit de reproduction mécanique. Les dispositions spécifiques en question et les solutions et amendements de forme que nous recommandons sont les suivants :

- **Article 30.71 : Reproductions temporaires pour processus technologiques.** Ce nouveau paragraphe proposé stipule qu'il n'y a pas violation du droit d'auteur pourvu que la reproduction d'une œuvre ou d'un autre objet de droit d'auteur « constitue une partie essentielle d'un processus technologique » et « qu'elle n'existe que pour la durée du processus technologique ». Le gouvernement a indiqué que l'objectif de cette nouvelle exemption était de viser les activités telles que la remise en forme des pages Web pour l'affichage sur des téléphones intelligents ou les processus purement techniques comme la transmission de la mémoire cache sur Internet. Toutefois, la formulation de ce paragraphe est assez vague pour couvrir un vaste éventail d'autres activités, notamment



la grande majorité des reproductions faites par des stations de radiodiffusion et de télédiffusion, dont l'objectif est de faciliter le processus technologique de la diffusion. Par conséquent, si le paragraphe 30.71 est adopté tel qu'il est actuellement rédigé, il pourrait élargir de manière significative l'exemption actuelle dont bénéficient les sociétés de diffusion, et priver les détenteurs de droits d'auteur des revenus correspondants.

Solution : amender l'article 30.71 proposé en le limitant aux reproductions qui n'ont pas de valeur économique significative et en excluant de sa portée toute reproduction qui est déjà incluse dans les exemptions existantes stipulées aux articles 30.8 et 30.9.

Reproductions temporaires

Article 30.71 Ne constitue pas une violation du droit d'auteur le fait de reproduire une œuvre ou tout autre objet du droit d'auteur si les conditions suivantes sont réunies :

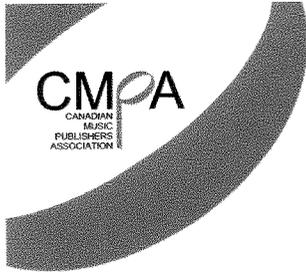
(a) la reproduction est un élément essentiel d'un processus technologique;

(b) elle a pour seul but de faciliter une utilisation qui ne constitue pas une violation du droit d'auteur, et la reproduction elle-même n'a pas une valeur économique importante;

(c) elle n'existe que pour la durée du processus technologique une période transitoire.

Pour être plus précis, ce paragraphe ne s'applique pas aux reproductions faites par ou sous l'autorité d'une « entreprise de programmation » au sens du paragraphe 30.8(11) ou par une « entreprise de radiodiffusion » au sens du paragraphe 30.9(7).

- **Article 29.23 : Écoute en différé.** On comprend très bien que le gouvernement veuille moderniser la *Loi sur le droit d'auteur* afin de permettre l'enregistrement d'émissions diffusées pour une écoute ou un visionnement en différé, et qu'il veuille élargir cette exception aux émissions qui sont diffusées uniquement sur Internet. Toutefois, ce changement pourrait avoir une conséquence inattendue et d'une importance significative : ajoutée à l'utilisation du terme large d'« émission » qui n'est pas défini, il semblerait que la reproduction de certaines webémissions audio, qui sont

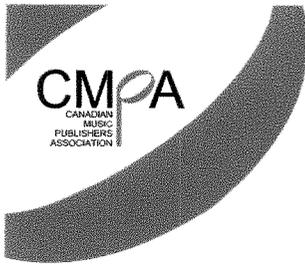


souvent titulaires d'une licence de la CSI, soit maintenant exemptée. De même, il semblerait que l'exemption s'appliquerait aux émissions diffusées par des services de radio par satellite, bien que la réalisation de copies de ces émissions à des fins d'écoute en différé soit déjà sous licence CSI par le biais des tarifs de la CSI pour la radio satellitaire. Il en résultera probablement que les personnes utilisant Internet se sentiront libres de créer et de conserver de vastes bibliothèques numériques contenant une variété croissante d'émissions audio et audiovisuelles, ce qui entraînera nécessairement une réduction de la demande pour des copies payantes des mêmes œuvres.

Solution : amender l'article 29.23 afin d'assurer que les copies issues d'un enregistrement en différé seront utilisées uniquement pour le plaisir personnel de la personne qui a fait l'enregistrement, que ces copies ne seront pas partagées avec d'autres personnes, que les émissions diffusées par les services d'abonnement, et pas seulement les services à la demande seront exclues, et afin d'assurer que le terme « émission » ne sera pas interprété de manière à s'appliquer à des œuvres individuelles, ce qui entraînerait un risque sérieux d'érosion du marché des téléchargements numériques.

Article 29.23(1) Ne constitue pas une violation du droit d'auteur le fait, pour une personne physique, de fixer un signal de communication, de reproduire une œuvre ou un enregistrement sonore lorsqu'il est communiqué par radiodiffusion ou de fixer ou de reproduire une prestation lorsqu'elle est ainsi communiquée, afin d'enregistrer une émission pour l'écouter ou la regarder en différé, si les conditions suivantes sont réunies :

- (a) la personne reçoit l'émission de façon licite;
- (b) elle ne contourne pas ni ne fait contourner une mesure de protection, au sens de ces termes à l'article 41, pour enregistrer l'émission;
- (c) elle ne fait pas plus d'un enregistrement de l'émission;
- (d) elle ne conserve l'enregistrement que le temps vraisemblablement nécessaire pour écouter ou regarder l'émission en différé à un moment plus opportun;
- (e) elle ne met pas l'enregistrement en vente, en distribution ou en location;



(f) l'enregistrement n'est utilisé ~~qu'à des fins privées~~ qu'à son usage personnel.

Restriction

(2) Le paragraphe (1) ne s'applique pas si la personne reçoit l'œuvre, la prestation ou l'enregistrement sonore dans le cadre de la fourniture d'un service sur demande ou d'un service d'abonnement.

Définitions

(3) Les définitions qui suivent s'appliquent au présent article :

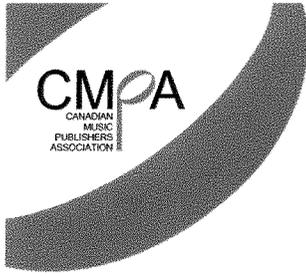
« radiodiffusion » ~~Transmission par télécommunication d'une œuvre ou de tout autre objet du droit d'auteur~~ d'une émission destinée à être reçue par le public, à l'exception de celle qui est faite uniquement à l'occasion d'une exécution en public.

« service sur demande » ~~Service qui permet à la personne de recevoir une œuvre, une prestation des prestations ou un enregistrement sonore, ou des émissions contenant des œuvres, des prestations et des enregistrements sonores au moment qui lui convient.~~

« émission » ~~Sons ou images visuelles, ou une combinaison de sons et d'images visuelles contenant plus d'une œuvre ou autre objet du droit d'auteur.~~

« service d'abonnement » ~~Service qui permet à la personne de recevoir des émissions moyennant un paiement ou une autre contrepartie de valeur, y compris dans le cas d'un essai gratuit ou d'une autre promotion.~~

- **Article 29.24 : Copies de sauvegarde.** Il y a clairement un intérêt à permettre aux personnes et peut-être aussi aux institutions de créer des copies de sauvegarde pour une variété d'œuvres. Cependant, l'article 20.24 proposé va beaucoup plus loin que cela. Comme à l'article 30.71, beaucoup de reproductions faites par les sociétés de diffusion dans le but de faciliter le processus de diffusion pourraient être considérées comme des « copies de sauvegarde » qui seraient autorisées en vertu de la nouvelle exemption et qui



ne seraient donc plus assujetties aux tarifs et aux systèmes d'octroi de licences, y compris le tarif de la CSI visant la radio commerciale et le tarif de la CSI visant la radio satellitaire. Cela aurait pour résultat d'anéantir la valeur économique de ces tarifs et de ces systèmes d'octroi de licences.

Solution : amender l'article 29.24 proposé pour que l'exemption soit limitée à une seule copie de sauvegarde, par des personnes autres que les sociétés de diffusion, et dans le cas où la copie ne fait pas déjà l'objet d'une licence ou d'un contrat ou tarif existant, ou d'une autre exemption prévue par la Loi sur le droit d'auteur.

Copies de sauvegarde

Article 29.24(1) Ne constitue pas une violation du droit d'auteur le fait, pour la personne qui est propriétaire de la copie (au présent article appelée « copie originale ») d'une œuvre ou de tout autre objet du droit d'auteur, ou qui est titulaire d'une licence en autorisant l'utilisation, ~~de la reproduire~~ faire une reproduction unique si les conditions ci-après sont réunies :

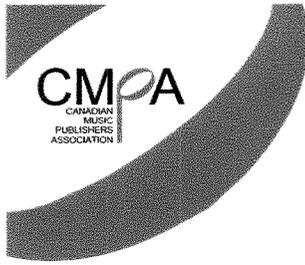
a) la reproduction est effectuée exclusivement à des fins de sauvegarde au cas où il serait impossible d'utiliser la copie originale, notamment en raison de perte ou de dommage, autrement que par acte délibéré de la part de la personne qui a effectué la reproduction;

(b) la copie originale n'est pas contrefaite;

(c) dans le cas où la personne serait titulaire d'une licence pour faire usage de la copie d'origine, celle-ci n'interdit pas la réalisation de copies de sauvegarde, et la personne se conforme à toutes les autres conditions pertinentes de la licence;

(ed) la personne ne contourne pas ni ne fait contourner une mesure technique de protection, au sens de ces termes à l'article 41, pour faire la reproduction;

~~(de) elle ne donne aucune reproduction à personne~~ met pas la reproduction en vente, en distribution ou en location.



Assimilation

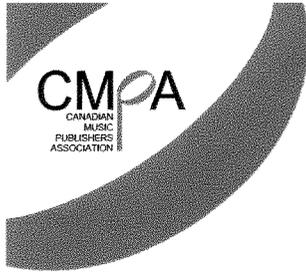
(2) ~~Une des reproductions~~ La reproduction faites au titre du paragraphe (1) est assimilée à la copie originale en cas d'impossibilité d'utiliser celle-ci, notamment en raison de perte ou de dommage, autrement que par acte délibéré de la part de la personne qui a fait la reproduction au titre du paragraphe (1).

Destruction

(3) La personne est tenue de détruire toutes les reproductions faites au titre du paragraphe (1) dès qu'elle cesse d'être propriétaire de la copie originale ou d'être titulaire de la licence qui en autorise l'utilisation.

Application

(4) Le présent article ne s'applique pas aux reproductions en vertu de l'article 30.71 ou de la partie VIII, ou aux reproductions qui sont faites par l'entremise ou sous l'autorité d'un « intermédiaire » au sens du paragraphe 29.21, d'une « entreprise de programmation », au sens du paragraphe 30.8(11) ou d'une « entreprise de radiodiffusion », au sens du paragraphe 30.9(7).



Reproductions assujetties à une licence, un contrat ou un tarif

(5) Si la personne est liée par une licence ou autre contrat qui régit la mesure dans laquelle elle peut reproduire la copie d'origine aux fins visées au paragraphe (1), ou si la reproduction de la copie d'origine est assujettie aux conditions d'un tarif approuvé, la licence, le contrat ou le tarif l'emportent sur le paragraphe (1) dans la mesure de toute incompatibilité entre eux.

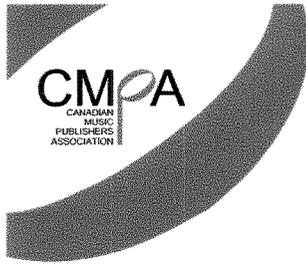
2. Responsabilité des fournisseurs de services Internet (FSI) dans la réduction du piratage en ligne.

Les dispositions concernant la responsabilité des FSI doivent être améliorées pour être compatibles avec les objectifs du gouvernement.

Les fournisseurs de services Internet (FSI) font office de sentinelles entre le créateur de contenu et le consommateur; par conséquent, ils sont le partenaire logique des détenteurs de droits dans leurs efforts pour obtenir une rémunération juste et raisonnable pour l'usage de leurs œuvres en ligne.

Dans l'affaire *SOCAN v. Canadian Association of Internet Providers*, la Cour suprême du Canada a confirmé que les FSI et autres intermédiaires, qui ne font que fournir les moyens nécessaires à la communication des œuvres au public par voie de télécommunication, ont droit à la protection de la clause « refuge » du paragraphe 2.4(1)(b) de la *Loi sur le droit d'auteur*. Toutefois, cette protection peut être refusée à un fournisseur de services qui a connaissance de l'existence de contenu illicite sur ses serveurs. La cour a jugé que « le fournisseur de services Internet pourrait violer le droit d'auteur si ses activités avaient une incidence sur le contenu, c'est-à-dire s'il savait qu'un fournisseur de contenu rendait du matériel illicite disponible grâce à son système et ne prenait pas de mesures pour y remédier » et que, dans certaines circonstances, un FSI pourrait être jugé coupable d'avoir autorisé la violation du droit d'auteur.¹

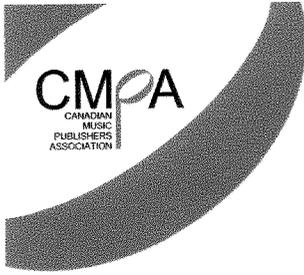
¹ [2004] 2 R.C.S. 427, paragraphes 110 et 123-128.



Aujourd'hui, à la fois la capacité technologique et les opérations concrètes des FSI montrent clairement qu'ils ne sont pas engagés dans le type d'hébergement neutre et de facilitation qui était devant la Cour suprême en 2004. Aujourd'hui, les FSI jouent un rôle actif et influencent le trafic Internet qui passe par leur système. Le débat constant au sujet de ce qu'on appelle « la neutralité du Net » contredit toute suggestion que les FSI de notre époque ne sont rien de plus que des conduits passifs. En fait, à l'aide de techniques comme la « deep-packet inspection » (inspection approfondie du contenu des paquets), ils sont en mesure de savoir – et savent – avec une relative certitude quand et où le contenu illicite est hébergé et transmis. Les FSI savent – et surveillent d'ailleurs régulièrement – quel volume de leur trafic prend la forme de « torrents » et d'autres formes de transmission qui sont en grande majorité utilisées pour transmettre des fichiers de manière illicite. Les volumes sont loin d'être insignifiants. Nous savons que l'un des services « torrent » les plus populaires, Isohunt, facilite l'accès non autorisé et non payé à plus de 10 pétaoctets de contenu partagé – l'équivalent de 10 milliards de mégaoctets – avec plus de 40 millions de recherches uniques par mois. Ce trafic non autorisé éclipsé complètement le commerce payant de contenu numérique.

Nombre de ces sites se trouvent hors de la juridiction canadienne et ne peuvent donc pas être fermés à la source. Toutefois, les FSI canadiens sont en mesure de bloquer l'accès à ces sites.

À l'article 8(3) de la directive 2001/29/CE du Parlement européen et du Conseil (plus connu sous le nom de *directive sur la société de l'information*), la Communauté européenne a imposé aux États membres de veiller « à ce que les titulaires de droits puissent demander une injonction à l'encontre des intermédiaires dont les services sont utilisés par un tiers pour porter atteinte à un droit d'auteur ou à un droit voisin ». Au Royaume-Uni, la *Copyright, Designs and Patents Act* (loi sur le droit d'auteur, les dessins et modèles et les brevets) de 1988 a été modifiée en 2003 pour mettre en œuvre cette directive par l'ajout de l'article 97A, qui donne à la Haute Cour des pouvoirs relativement larges pour prononcer une injonction contre tout fournisseur de services Internet qui « aurait connaissance du fait qu'une personne utiliserait ses services pour commettre une violation du droit d'auteur ». Tout récemment, la Haute Cour a eu recours à cette disposition pour prononcer une injonction obligeant un des FSI britanniques les plus importants à utiliser des mesures technologiques raisonnables pour bloquer l'accès à Newzbin, un service très sophistiqué de partage de fichiers qui, tout en étant accessible aux utilisateurs d'Internet en Grande-Bretagne, était situé à l'étranger et se trouvait donc à l'abri de l'autorité des tribunaux britanniques : voir *Twentieth Century Fox Film Corp. et al. c. British Telecommunications PLC*, [2011] EWHC 1981 (Ch.). Sans exiger la coopération des FSI, il n'y aurait eu aucun moyen efficace d'éradiquer la présence de Newzbin au Royaume-Uni.



Il est important de reconnaître qu'une injonction de ce genre ne constitue pas un jugement de violation de droit d'auteur à l'encontre du fournisseur de services et qu'elle n'expose pas non plus le fournisseur à des dommages pécuniaires. Au contraire, elle crée simplement l'obligation positive selon laquelle le fournisseur de services est tenu d'empêcher toute utilisation de ses services qui constituerait une violation de droits d'auteur. Des mesures semblables, si elles étaient adoptées au Canada, contribueraient largement à rétablir un solide marché en ligne pour le contenu acquis légalement.

La formulation proposée est la suivante :

Amendement proposé

41.28(1) Nonobstant toute disposition de la présente loi, un tribunal peut prononcer une injonction contre une personne visée aux paragraphes 41.25(1)(a), (b) ou (c), lui imposant de faire des efforts raisonnables pour empêcher que les services, la mémoire numérique ou les outils de repérage qu'elle fournit soient utilisés pour violer le droit d'auteur.

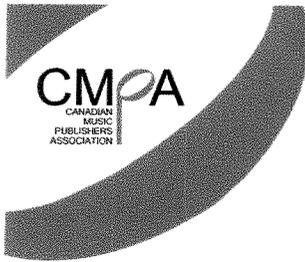
Annotation

La formulation de cette proposition d'amendement est alignée sur l'article 8(3) de la directive sur la société d'information. Il est significatif qu'une injonction prononcée en vertu de ce paragraphe ne constitue *pas* une constatation de violation de droits d'auteur. Elle exigerait simplement que le fournisseur de services en ligne fasse un effort raisonnable pour empêcher que ses services soient utilisés pour accéder à des « facilitateurs en ligne ». Le fournisseur de services pourrait continuer de se prévaloir de la limitation de la responsabilité prévue à l'article 31.1.

Autrement, une version plus limitée de la formulation ci-dessus permettrait de recourir à une injonction seulement dans le but d'obliger les fournisseurs de services à bloquer l'accès à tout service qui est « principalement destiné à, ou habituellement utilisé pour faciliter l'accomplissement d'actes qui constituent une violation du droit d'auteur », soit, les mêmes facilitateurs en ligne qui sont ciblés au paragraphe 27(2.3). Une telle formulation serait sans doute moins efficace pour empêcher la violation du droit d'auteur en général, mais elle aurait tout de même un impact significatif sur les facilitateurs en ligne en donnant aux tribunaux canadiens un moyen efficace de limiter l'accès à des services qui, autrement, échapperaient à leur compétence.

Amendement proposé

Annotation



41.28(1) Nonobstant toute disposition de de la présente loi, un tribunal peut prononcer une injonction contre une personne visée aux paragraphes 41.25(1)(a), (b) ou (c), obligeant cette personne à faire un effort raisonnable pour empêcher que les services, la mémoire numérique ou les outils de repérage qu'elle fournit soient utilisés pour accéder à un service ou programme d'ordinateur dont la fourniture constitue une violation du droit d'auteur en vertu du paragraphe 27(2.3).

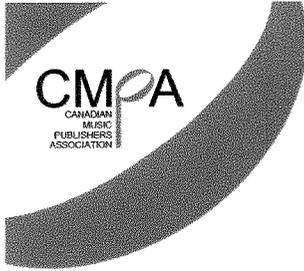
Reconnaissant que la politique du projet de loi C-11 consiste à limiter la responsabilité des fournisseurs d'accès à Internet, cette formulation constitue une version limitée de l'article 97A de la Loi du Royaume-Uni sur le droit d'auteur, les dessins et modèles et les brevets de 1988, selon laquelle il est possible d'avoir recours à des injonctions uniquement dans le but de bloquer l'accès aux facilitateurs en ligne, au sens du paragraphe 27(2.3).

3. Responsabilité subsidiaire en matière de la violation du droit d'auteur : facilitateurs en ligne

Certains soutiennent que l'élimination de la responsabilité de la majorité des intermédiaires Internet serait compensée par les paragraphes 27(2.3) et (2.4) du projet de loi qui ciblent les « facilitateurs en ligne » : les services tiers qui fournissent des services en ligne « facilitant des actes de violation du droit d'auteur » en donnant accès à des contenus contrefaits aux dépens des créateurs, des éditeurs et des diffuseurs qui investissent dans la créativité et qui la soutiennent.

Bien que ces dispositions constituent un premier pas très apprécié, elles sont rédigées de manière trop étroite et ambiguë pour que cette nouvelle façon de procéder aboutisse à un résultat significatif contre les sites et les services qui sont ciblés. Entre autres choses :

- Le fait de limiter l'interdiction aux services qui sont « principalement destinés » à faciliter des actes de violation du droit d'auteur crée une importante faille de la législation pour ceux qui ont peut-être été conçus comme des services qui seraient utilisés à des fins inoffensives mais qui, en pratique, sont principalement *conçus* ou habituellement *utilisés* pour faciliter la violation du droit d'auteur.
- Le fait de limiter l'interdiction aux services qui facilitent les actes de violation du droit d'auteur produit une faille involontaire de la législation qui déchargerait de leur responsabilité les services qui donnent accès à de vastes collections numériques de contenus non autorisés en flux continu, faisant souvent concurrence à des services titulaires de licences tels que Spotify, Pandora et Hulu. Étant donné que les usagers qui accèdent au contenu illégal en flux continu plutôt que par téléchargement ne commettent sans doute pas un acte de violation du droit d'auteur, le fait de donner accès à ce contenu



en flux continu risque de ne pas être non plus considéré comme un « acte facilitant la violation du droit d'auteur ».

- Il n'est pas clair si le fait de distribuer des logiciels qui, une fois installés sur l'ordinateur d'un usager, facilitent des actes de violation du droit d'auteur soit équivalent au fait de fournir un « service » qui facilite la violation du droit d'auteur.
- Les facteurs proposés au paragraphe 27(2.4), dont le but est d'établir une distinction entre les fournisseurs d'accès légitimes et illégitimes, sont utiles à certains égards, mais ils sont souvent ambigus et, à moins d'être précisés, feront l'objet de nombreux litiges avant d'être clairement compris dans toute leur ampleur.
- Le paragraphe 38.1(6) exclut tout octroi de dommages-intérêts préétablis contre les facilitateurs en ligne. Par conséquent, les détenteurs de droits qui souhaitent exercer un recours en vertu de ce paragraphe seront forcés de fournir des preuves de dommages réels en vertu du paragraphe 34(1). Cette exclusion des dommages-intérêts préétablis va fondamentalement à l'encontre de l'intention déclarée que la disposition relative aux facilitateurs en ligne serve à sévir contre le partage des fichiers en ligne et le piratage. Pour les situations où il est difficile de prouver des dommages réels, ce qui est souvent le cas, les dommages-intérêts préétablis constituent un outil essentiel à l'application de la loi.

Afin d'aborder ces questions particulières, nous proposons les amendements suivants, accompagnés d'annotations explicatives en regard de chaque révision proposée :

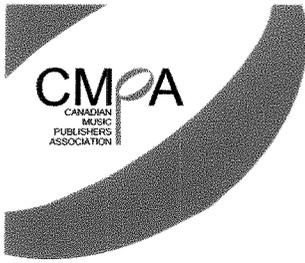
Amendement proposé

27 (2.3) Constitue une violation du droit d'auteur le fait pour une personne de fournir un service ou de distribuer ou rendre disponible un programme d'ordinateur sur Internet ou sur tout autre réseau numérique, si les conditions suivantes sont réunies :

(a) la personne sait ou devrait savoir qu'il est principalement destiné à a pour objectif principal de, ou qu'il est habituellement utilisé pour, faciliter l'accomplissement d'actes qui constituent une violation du droit d'auteur, ou pour

Annotation

En traitant essentiellement de ce à quoi un service est *principalement destiné*, le paragraphe 27(2.3) perd énormément de son efficacité à lutter contre le piratage en ligne. Très souvent, un site ou un service qui n'est pas « principalement destiné » à faciliter des actes de violation du droit d'auteur est néanmoins largement utilisé à cette fin. Un service peut être principalement destiné à être parfaitement inoffensif, mais cela ne l'empêche pas d'être habituellement utilisé pour inciter, aider ou encourager des activités de violation du droit d'auteur. En se concentrant moins sur



fournir l'accès à la copie d'une œuvre ou tout autre objet de droit d'auteur dont la personne sait ou devrait savoir qu'elle serait en violation du droit d'auteur si la personne qui l'avait faite l'avait produite au Canada, ou

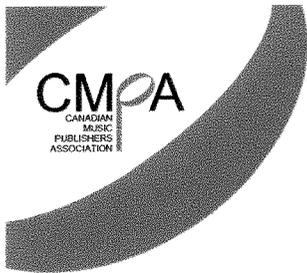
(b) il constitue une incitation à des actes de violation du droit d'auteur.

si une réelle violation du droit d'auteur est commise sur Internet ou tout autre réseau numérique en conséquence de l'utilisation de ce service ou programme d'ordinateur.

ce à quoi un service est principalement destiné et davantage sur son objectif principal et ce à quoi il est habituellement utilisé, le paragraphe s'appliquerait efficacement à des services qui, même s'ils ne sont pas principalement destinés à faciliter des actes de violation du droit d'auteur, permettent néanmoins à des œuvres et autres objets du droit d'auteur d'être échangés librement entre consommateurs.

De même, en traitant essentiellement du fait de fournir un « service », la disposition risque d'omettre les distributeurs de logiciels et d'applications sur ordinateur, comme LimeWire et FrostWire, qui facilitent le partage de fichiers P2P et d'autres types de violation du droit d'auteur. Cette omission est abordée par l'ajout d'une référence expresse au fait de « distribuer ou rendre disponible un programme d'ordinateur » qui a pour objectif principal ou qui est habituellement utilisé à des fins de violation du droit d'auteur, et par l'ajout, là où le cas se présente, de références supplémentaires aux programmes d'ordinateur, dans le reste des paragraphes (2.3) et (2.4).

En élargissant la disposition pour inclure non seulement les services et programmes qui facilitent les actes de violation du droit d'auteur mais aussi les services et programmes qui donnent accès aux copies contrefaites, l'interdiction s'appliquera aux services non autorisés de diffusion en flux continu qui, autrement, ferait concurrence déloyale aux services titulaires de licences



qui versent une rémunération aux détenteurs de droits pour l'utilisation de leurs contenus. La formulation proposée est alignée sur le paragraphe 27(2) de la *Loi sur le droit d'auteur*, qui traite, de manière générale, de la violation à une étape ultérieure.

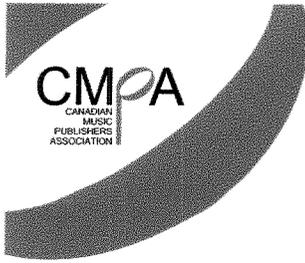
Enfin, pour assurer que la disposition atteindra son objectif, il y est fait référence au type de service et/ou programme d'ordinateur qui constitue une « incitation à des actes de violation du droit d'auteur », autrement dit, les services et/ou programmes qui agissent activement pour encourager la violation directe du droit d'auteur par des tiers, plutôt que de se contenter de « faciliter » de tels actes. L'incitation à la violation du droit d'auteur a été citée comme le fondement juridique de la revendication gagnée par les propriétaires de contenu dans *MCM c. Grokster*, un procès instruit par la Cour suprême des États-Unis en 2005.

(2.4) Lorsqu'il s'agit de décider si une personne a commis une violation du droit d'auteur prévue au paragraphe (2.3), le tribunal peut prendre en compte les facteurs suivants :

a) le fait que la personne a fait valoir, même implicitement, dans le cadre de la commercialisation et de la publicité relative au service ou au programme d'ordinateur, qu'il pouvait faciliter l'accomplissement d'actes qui constituent une violation du droit d'auteur;

b) le fait que la personne savait que le

S'il est amendé selon la proposition ci-



~~service était utilisé pour faciliter l'accomplissement d'un nombre important de ces actes;~~

~~(e) (b) le fait que le service ou programme d'ordinateur a des utilisations importantes est habituellement utilisé pour autre chose que pour faciliter l'accomplissement de ces actes;~~

~~(e) (c) la capacité de la personne, dans le cadre de la fourniture du service, de limiter la possibilité d'accomplir des actes de violation du droit d'auteur au moyen de l'utilisation du service ou du programme d'ordinateur et les mesures qu'elle a prises à cette fin;~~

~~(e) (d) les avantages que la personne a tirés en facilitant l'accomplissement de ces actes ou en incitant à cela;~~

~~f) la viabilité économique de la fourniture du service si celui-ci n'était pas utilisé pour~~

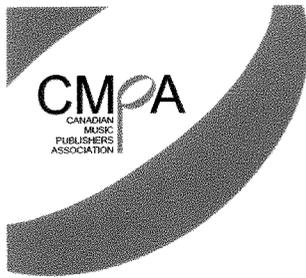
dessus, le paragraphe 27(2.3) inclura déjà l'exigence de la connaissance relative au fait que le service est « habituellement utilisé » pour faciliter des actes de violation du droit d'auteur, et les facteurs visés au paragraphe 27(2.4) auront pour objectif d'examiner l'intention et/ou la connaissance chez la personne concernée. Cela rendra l'alinéa (b) redondant.

En tout cas, l'exigence selon laquelle un « nombre important » d'actes de violation du droit d'auteur doivent avoir eu lieu introduit dans ce paragraphe une ambiguïté inutile et en complique l'application.

L'utilisation de la phrase « utilisations importantes » à l'alinéa (b), actuellement le sous-alinéa (c), est semblablement ambigu et inutile. Il vaut mieux se concentrer sur la façon dont le service est effectivement utilisé et non sur les autres façons hypothétiques dont il *pourrait être* utilisé.

Il se peut que les fournisseurs de service soient capables de limiter les actes de violation du droit d'auteur par des moyens distincts de la fourniture directe du service en soi. S'ils n'ont pas pris toutes les mesures possibles pour le faire, cela devrait être perçu comme témoignant de leur intention de faciliter la violation du droit d'auteur.

Tel qu'il est formulé, l'alinéa (f) a la conséquence inattendue de limiter la portée du paragraphe 27(2.4) aux seuls services



faciliter l'accomplissement de ces actes.

commerciaux. En fait, de nombreux services qui facilitent les actes de violation du droit d'auteur n'ont pas pour objectif le bénéfice commercial de leurs opérateurs. L'alinéa (f) semble aussi être redondant, étant donné que l'alinéa (b), anciennement le sous-alinéa (c), examine déjà la question de savoir si le service est utilisé (ou « habituellement utilisé », si la formulation proposée est adoptée) pour autre chose que la facilitation des actes de violation du droit d'auteur. Vraisemblablement, cette formulation inclurait toute utilisation économiquement viable aussi bien que les utilisations non commerciales.

* * * * *

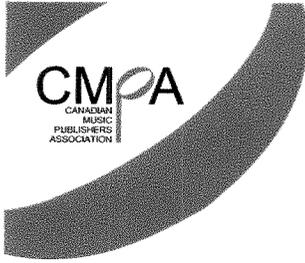
* * * * *

38.1(6) Ne peuvent être condamnés aux dommages-intérêts préétablis :

...

~~d) la personne qui commet la violation visée au paragraphe 27(2.3);~~

Il s'agit d'un amendement de forme qui permettrait de recouvrer des dommages-intérêts préétablis auprès des facilitateurs en ligne, tout comme il est actuellement permis de les recouvrer auprès d'autres contrefacteurs, directs ou indirects. Étant donné que le paragraphe 27(2.3) stipule expressément que le fait d'agir comme un facilitateur constitue une violation du droit d'auteur au même titre que tout autre violation de la *Loi sur le droit d'auteur*, il n'y a pas de fondement juridique pour distinguer entre ces actes, et cela ne ferait qu'imposer aux détenteurs de droits la charge presque impossible de prouver les dommages en les quantifiant.



De plus, des amendements limités de forme aux clauses de responsabilité proposées des FSI sont nécessaires pour assurer que les interdictions qui ciblent les facilitateurs en ligne fonctionnent comme prévu. Tout particulièrement :

- Il n'y a pas de raison valable pour que l'article 31.1 fasse une distinction entre les fournisseurs de service de réseau, qui, lorsque reconnus comme facilitateurs en ligne au sens du paragraphe 27(2.3), n'ont pas droit à la protection de la clause « refuge » prévue par la loi, et les fournisseurs de mémoire numérique, qui semblent avoir droit à cette protection dans tous les cas. Il ne devrait pas y avoir de circonstances où des facilitateurs en ligne puissent échapper à la responsabilité liée à la violation du droit d'auteur. Le paragraphe 27(2.3) devrait donc l'emporter sur les paragraphes 31.1(1) et 31.1(6).
- Les fournisseurs de services en ligne qui fournissent plus que les simples moyens nécessaires à la télécommunication ou à la reproduction d'œuvres et autres contenus, et les fournisseurs d'outils de repérage qui reproduisent ou communiquent des œuvres à des fins autres que celles qui sont strictement nécessaires pour la fourniture de ces outils ne devraient pas avoir droit à la protection de la clause de refuge prévue par la loi.
- Ainsi que cela a été indiqué plus haut, l'application efficace d'une interdiction contre les facilitateurs en ligne exige que les tribunaux conservent l'autorité d'imposer aux fournisseurs de services de réseau et d'outils de repérage de bloquer l'accès aux services qui constituent une violation du droit d'auteur prévu au paragraphe 27(2.3) mais qui sont situés en dehors du Canada et qui peuvent donc échapper à la compétence des tribunaux canadiens.

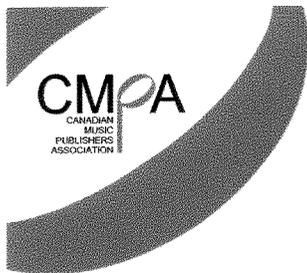
La formulation proposée est la suivante :

Amendement proposé

31.1 (1) La personne qui, dans le cadre de la prestation de services liés à l'exploitation d'Internet ou d'un autre réseau numérique, fournit des uniquement les moyens permettant nécessaires à la télécommunication ou la reproduction

Annotation

Le fait de limiter la responsabilité à la fourniture « des moyens » permettant la télécommunication ou la reproduction d'une œuvre donne aux FSI et à d'autres une très grande marge de manœuvre pour la fourniture de services facilitant la



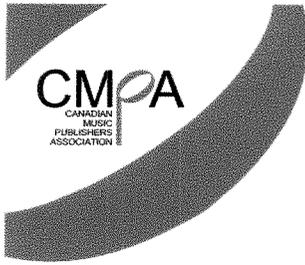
d'une œuvre ou de tout autre objet du droit d'auteur par l'intermédiaire d'Internet ou d'un autre réseau ne viole pas le droit d'auteur sur l'œuvre ou l'autre objet du seul fait qu'elle fournit ces moyens.

(2) Le paragraphe (1) ne s'applique pas dans le cas où la prestation du service par la personne constitue une violation du droit d'auteur prévue au paragraphe 27(2.3).

(3) Sous réserve du paragraphe (4), si la personne met l'œuvre ou l'autre objet du droit d'auteur en antémémoire ou effectue toute autre opération similaire à leur égard uniquement en vue de rendre la télécommunication plus efficace, elle ne viole pas le droit d'auteur sur l'œuvre ou l'autre objet du seul fait qu'elle accomplit un tel acte.

violation du droit d'auteur. Au contraire, le paragraphe 31.1(1) devrait être limité aux personnes qui fournissent « seulement les moyens nécessaires » à l'exploitation d'Internet. Autrement dit, la protection de la clause de refuge qui est accordée aux FSI et autres intermédiaires d'Internet devrait être limitée à ceux qui fournissent des services qui sont *nécessaires* à l'exploitation d'Internet, conformément à la clause de refuge prévue au paragraphe 2.4(1)(b) de la *Loi sur le droit d'auteur*. Cela devrait aussi servir à minimiser toute répétition inutile et toute confusion par rapport au paragraphe 2.4(1)(b) de la loi, dont il a déjà été reconnu par la Cour suprême du Canada qu'il décharge les FSI de leur responsabilité en matière de violation du droit de communication des œuvres au public, du moment que leurs services se limitent à « fournir les moyens nécessaires à la télécommunication » pour communiquer ces œuvres au public.

En accord avec l'affaire *SOCAN v. Canadian Association of Internet Providers*, la Cour suprême du Canada, la mise en antémémoire et autres actes réalisés à l'égard de contenus illicites devraient être exemptés de responsabilité seulement si ces actes sont réalisés « uniquement » en vue de rendre la télécommunication plus efficace.



...

(5) Sous réserve du paragraphe (6), quiconque fournit à une personne une mémoire numérique pour qu'elle y stocke une œuvre ou tout autre objet du droit d'auteur en vue de permettre leur télécommunication par l'intermédiaire d'Internet ou d'un autre réseau numérique ne viole pas le droit d'auteur sur l'œuvre ou l'autre objet du seul fait qu'il fournit cette mémoire.

(6) Le paragraphe (5) ne s'applique pas à l'égard d'une œuvre ou de tout autre objet du droit d'auteur si

(a) la fourniture de cette mémoire numérique constitue une violation du droit d'auteur en vertu du paragraphe 27(2.3);

(b) la personne qui fournit la mémoire numérique sait ou devrait savoir qu'un tribunal compétent a rendu une décision portant que la personne qui y a stocké l'œuvre ou l'autre objet viole le droit d'auteur du fait de leur reproduction ou en raison de la manière dont elle les utilise.

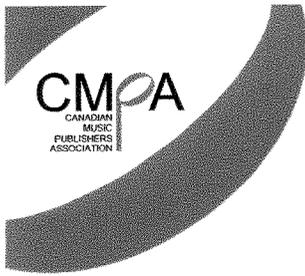
* * * * *

41.26 (3) Les seuls recours dont dispose le demandeur contre la personne qui

Le paragraphe 31.1(6) tel que rédigé actuellement limiterait la responsabilité des « casiers numériques » et autres services d'informatique en nuage dont principalement destinés ou habituellement utilisés à faciliter des actes de violation du droit d'auteur en fournissant aux contrefacteurs à grande échelle des installations à distance où stocker les contenus qu'ils ont obtenus illégalement. Cela entraîne un curieux déséquilibre entre la responsabilité des fournisseurs de services du réseau, au titre du paragraphe 31.1(1) et celle des fournisseurs de mémoire numérique, au titre du paragraphe 31.1(6). Ni l'une ni l'autre de ces catégories de fournisseurs de services ne devraient avoir droit aux avantages d'une exception se ce sont en fait des « facilitateurs en ligne » qui se livrent à la violation du droit d'auteur au titre du paragraphe 27(2.3).

* * * * *

Il peut y avoir des raisons légitimes de limiter la responsabilité des fournisseurs de



n'exécute pas les obligations que lui impose le paragraphe (1) sont les suivants :

(a) Le recouvrement des dommages-intérêts préétablis dont le montant est, selon ce que le tribunal estime équitable en l'occurrence, d'au moins 5 000 \$ et d'au plus 10 000 \$;

(b) À la discrétion d'un tribunal compétent, une injonction obligeant la personne à respecter ses obligations en vertu du paragraphe (1).

(4) Le gouverneur en conseil peut, par règlement, changer les montants minimal et maximal des dommages-intérêts préétablis visés au paragraphe (3).

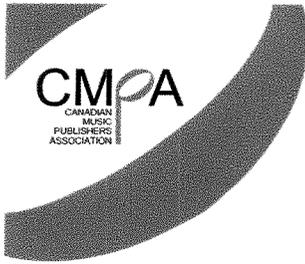
41.27 (1) Dans les procédures pour violation du droit d'auteur, le titulaire du droit d'auteur ne peut obtenir qu'une injonction comme recours contre le fournisseur d'un outil de repérage en cas de détermination de responsabilité pour violation du droit d'auteur découlant de la reproduction de l'œuvre ou de l'autre objet du droit d'auteur ou de la communication de la reproduction au public par télécommunication.

(2) Le paragraphe (1) ne s'applique que si le fournisseur respecte les conditions ci-après en ce qui a trait à l'œuvre ou à l'autre objet du droit d'auteur

services du réseau, en particulier dans les cas où ils réagissent de manière constructive aux avis de violation.

Toutefois, s'ils n'y réagissent pas, il devrait être possible de recourir à des moyens plus significatifs qu'une amende, que de grands fournisseurs sont susceptibles de considérer comme un petit prix à payer. Tel qu'il est rédigé, les recours disponibles n'incitent pas les fournisseurs à exécuter leurs obligations d'avis. Au contraire, toute la gamme de dommages-intérêts préétablis devrait être disponible pour chaque œuvre ou autre objet de droit d'auteur concerné par la prétendue violation, le montant précis de l'injonction étant à la discrétion du tribunal. Le tribunal devrait aussi pouvoir, dans les cas appropriés, prononcer une injonction contre le fournisseur, lui imposant d'exécuter ses obligations.

Il s'agit d'un amendement de forme qui



(a) il reproduit l'œuvre ou l'objet et met cette reproduction en antémémoire ou effectue à son égard toute autre opération similaire, de façon automatique, et ce uniquement en vue de fournir l'outil de repérage;

(b) il communique cette reproduction au public par télécommunication, et ce uniquement en vue de fournir l'information repérée par l'outil de repérage;

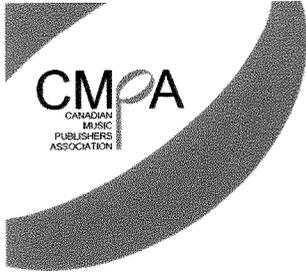
(c) il ne modifie pas la reproduction, sauf pour des raisons techniques;

(d) il se conforme aux conditions relatives à la reproduction, à la mise en antémémoire de cette reproduction ou à l'exécution à son égard de toute autre opération similaire, ou à la communication au public par télécommunication de la reproduction, qui ont été établies par la personne ayant rendu l'œuvre ou l'objet accessibles sur Internet ou un autre réseau numérique et qui se prêtent à une lecture ou à une exécution automatique;

(e) il n'entrave pas l'usage licite de la technologie pour l'obtention de données sur l'utilisation de l'œuvre ou de l'objet.

reflète les changements proposés au paragraphe 31.1(3) mentionné ci-dessus. La mise en mémoire et les autres actes réalisés à l'égard des contenus illicites, y compris la communication de ces contenus au public, devrait être exemptée de responsabilité seulement si ces actes sont réalisés *uniquement* en vue de fournir l'outil de repérage et l'information repérée par cet outil, et non pas d'autres caractéristiques de valeur ajoutée qui peuvent représenter un avantage commercial pour le fournisseur de services.

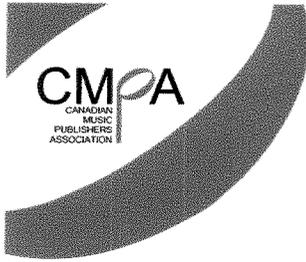
4. Le traitement proposé des dommages-intérêts préétablis entrave l'application et prive la *Loi sur le droit d'auteur* d'une grande partie de son effet dissuasif.



Dans la fiche d'information publiée avec le projet de loi C-32, le gouvernement a signalé son intention de protéger les « Canadiens contre les sanctions déraisonnables » en établissant une « distinction entre les infractions commerciales et non commerciales » et d'établir le « concept de sanctions proportionnelles aux dommages subis ». Il ne fait aucun doute que le Canada ferait bien éviter le type de dommages-intérêts astronomiques qui ont été octroyés dans certains des procès relatifs à la violation du droit d'auteur qui ont été intentés aux États-Unis par la Recording Industry Association of America (RIAA). Toutefois, l'ACEM suggère que, dans sa tentative pour établir des sanctions proportionnelles aux dommages subis, le gouvernement a en fait créé des obstacles considérables à l'application du droit d'auteur qui auront en fin de compte l'effet de priver la *Loi sur le droit d'auteur* de presque tout son effet dissuasif sur les contrefacteurs potentiels.

Dans sa modification proposée au paragraphe 38.1(1) de la loi, le gouvernement a créé deux tranches différentes de dommages-intérêts préétablis. Lorsque les violations en question sont « à des fins commerciales », les dommages-intérêts préétablis resteraient de 500 \$ à 20 000 \$ pour toutes les violations de chaque œuvre concernée par la poursuite. La simple réalité est que les modifications proposées priveraient les détenteurs de droits d'auteur de toute solution efficace à la violation « à des fins non commerciales ». Les coûts du recours en dommages-intérêts dépasseraient à tel point le recouvrement maximum qu'aucun détenteur de droits ne pourrait se permettre de faire appliquer ses droits. Étant donné la difficulté de prouver des dommages réels dans les causes relatives au droit d'auteur – ce qui est la raison pour laquelle les dommages-intérêts préétablis ont été introduits – l'effet concret serait de mettre les contrefacteurs pratiquement à l'abri de tout procès lorsque leurs violations sont ostensiblement « à des fins non commerciales ».

La signification des « fins non commerciales » n'est pas claire. Selon les modifications apportées par le projet de loi C-11, la législation utiliserait au moins trois formulations différentes pour décrire des actes qui sont jugés dignes de sanctions réduites ou d'une exemption absolue de responsabilité : le régime de copie privée continuerait à s'appliquer uniquement aux copies faites pour « l'usage privé » de la personne qui les fait, alors que les reproductions faites conformément aux exemptions dans les articles 29.22 et 29.23 proposés peuvent être utilisées uniquement « à des fins privées » et le contenu généré par l'utilisateur qui est créé et diffusé en vertu de cette exemption dans l'article 29.21 proposé doit l'être « à des fins non commerciales ». Une simple lecture de ces trois normes différentes semblerait indiquer que, bien que « l'usage privé » soit clairement personnel à l'individu qui fait la copie, l'usage « à des fins privées » pourrait étendre l'usage de la copie à d'autres personnes au sein du cercle intime de l'individu. « L'usage à des fins non commerciales » est encore plus large; vraisemblablement, il pourrait inclure la distribution étendue de copies non autorisées, tant que la personne qui les fait ou les distribue ne le fait pas à des fins de commerce.

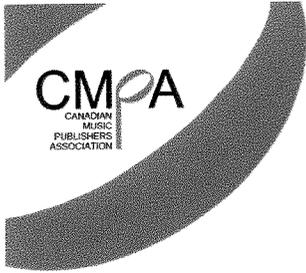


Si nous appliquons cette analyse au régime des dommages-intérêts préétablis, la difficulté avec la limitation proposée pour la violation à des fins non commerciales devient très claire. Par exemple, un organisme à but non lucratif pourrait faire 5000 copies d'un CD contenant 12 chansons, toutes protégées par le droit d'auteur, puis distribuer gratuitement ces CD, sur la base du recouvrement des coûts ou même comme activité de collecte de fonds. Cet organisme pourrait uniquement se voir réclamer un maximum de 5 000 \$ de dommages-intérêts préétablis – bien que les détenteurs de droits auraient été privés de revenus d'un montant bien supérieur à cela. De même, un individu qui remplit son iPod ou le disque dur de son ordinateur de 20 000 chansons, toutes obtenues à partir d'un service illégal poste à poste – une situation aujourd'hui courante – pourrait être tenu responsable d'un maximum de 5 000 \$ en dommages-intérêts préétablis, alors que le coût de ces chansons, si elles étaient achetées sur iTunes au prix moyen de 99 ¢, approcherait les 20 000 \$.

Qu'elles soient envisagées ensemble ou séparément, ces limitations semblent aller totalement à l'encontre des intentions déclarées du gouvernement de sévir contre le piratage et de protéger la motivation à créer. Les dommages-intérêts préétablis sont un outil nécessaire pour l'application du droit d'auteur, domaine dans lequel les dommages réels peuvent être très difficiles à prouver. S'ils sont adoptés, les plafonds proposés auront inévitablement l'effet de freiner l'exécution de la loi plutôt que de freiner le piratage.

De plus, l'ACEM suggère que le gouvernement devrait revoir les termes « usage privé », « fins privées » et « fins non commerciales » pour décrire les divers actes envisagés par le projet de loi. En l'absence d'une définition claire, l'usage de ces termes, qui sont similaires et se recouvrent jusqu'à un certain point, ne peut que mener à la confusion et, par conséquent, à des procès coûteux et superflus.

Comme nous l'avons dit dès le début, l'ACEM a limité ses suggestions d'amendements « de forme » aux domaines qui renforceraient le projet de loi C-11 et qui permettraient au gouvernement d'atteindre de manière plus efficace ses objectifs déclarés. Cela dit, il y a un certain nombre de domaines en matière de politiques où le point de vue de l'ACEM diffère de celui du gouvernement. Nous en avons tracé les grandes lignes dans le passage ci-dessous.



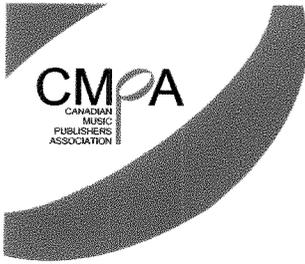
Les dispositions du projet de loi C-11 concernant le contenu généré par l'utilisateur (CGU) à des fins non commerciales sont plus générales que partout ailleurs au monde; elles violent le test en trois étapes et coûteront cher aux créateurs et aux détenteurs de droits.

Le projet de loi C-11 permet aux consommateurs d'utiliser du matériel acquis de manière légitime pour la création de contenu à des fins non commerciales tant que cela ne nuit pas au marché du matériel d'origine. En faisant cela, le gouvernement propose une formulation qui non seulement nuit au marché commercial mais qui entraîne des conséquences inattendues et négatives. Par exemple, il ne tient pas compte des tiers qui peuvent générer des revenus en donnant accès au CGU, tout comme il ne tient pas compte des conséquences de l'usage des dispositions CGU en liaison avec l'exemption relative à l'hébergement, qui permettrait à des sites Web de diffuser des compilations sans restriction et pour leur propre profit. Les exemptions de responsabilité dont bénéficie ce type d'entreprises commerciales sont en violation des traités internationaux. Des utilisateurs armés de l'exemption CGU peuvent penser qu'ils ont le droit de faire n'importe quel usage des œuvres protégées par le droit d'auteur. De plus, la formulation néglige d'indiquer clairement que l'usage fait en vertu de l'exemption CGU pourrait tout de même être assujéti aux dispositions relatives aux droits moraux stipulés dans la loi.

- L'usage du terme « non commercial » en l'absence d'une définition claire est révélateur d'un problème qui revient tout au long du projet de loi C-11. Le fait de laisser ces termes sans définition et de négliger de les faire correspondre à des termes existants dans la *Loi sur le droit d'auteur* entraîne une ambiguïté et nuit à la clarté que le gouvernement recherchait lorsqu'il a introduit ce projet de loi.

De plus, il n'existe de précédent pour ce type d'exemption nulle part ailleurs au monde et cette exemption, telle qu'elle est formulée, constitue une violation du test en trois étapes de la Convention de Berne à cause du laxisme des conditions imposées aux créateurs de CGU, qui se voient demander uniquement de créer une « œuvre nouvelle » qui ne doit pas forcément être transformative, portant ainsi potentiellement préjudice aux intérêts du détenteur initial des droits.

- Afin de rendre le projet de loi plus clair, d'assurer que les objectifs du gouvernement sont atteints, de protéger les marchés légitimes et de respecter nos obligations en vertu des traités internationaux, les dispositions prévues aux paragraphes (a) à (d) ont besoin d'être révisées pour veiller à ce que les actes autorisés soient toujours justes et que des activités préjudiciables ne soient pas autorisées par inadvertance.



Nous sommes d'accord sur l'amendement proposé dans le cadre de la soumission de la CSI.

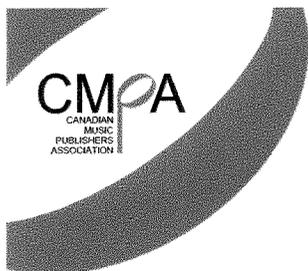
Les révisions proposées pour créer de nouvelles exemptions dans le domaine de l'éducation et étendre l'utilisation équitable sont injustes pour les créateurs et les détenteurs de droits.

Actuellement, les établissements d'enseignement sont censés payer la juste valeur marchande lorsqu'ils embauchent des enseignants et des employés, achètent des gymnases et des ballons de volley, des lampes et des câbles. Ils doivent également indemniser les créateurs et les détenteurs de droits pour la reproduction des manuels scolaires, des articles de magazines et autre matériel et ils doivent payer pour visionner des films et des vidéos.

Le projet de loi C-11 éliminerait la plupart des paiements pour l'usage des œuvres de créateurs de contenu, les forçant en fait à subventionner l'éducation contre leur gré. Cette subvention équivaldrait, pour les créateurs et les détenteurs de droits, à une perte de l'ordre de 60 millions de \$ par an... ce qui représente un petit pourcentage des dépenses en éducation mais des revenus considérables pour ceux qui produisent ces ressources d'apprentissage. De plus, bon nombre de ces exemptions nouvelles et élargies nuiraient à la capacité des créateurs d'exploiter leurs droits d'auteur de la manière dont ils le font actuellement.

Le projet de loi C-32 manque de clarté au sujet des détails concernant ces exemptions. Le projet de loi est également dangereusement obscur quant à la définition de ce qui constitue « l'éducation » à ces fins. Les représentants du gouvernement responsables de ce projet de loi ont déclaré publiquement que les aspects obscurs de la législation seraient réglés par les tribunaux. Cette réponse insouciant et frustrante condamne les détenteurs de droits à engager des dépenses énormes et a passé des années en procès avant de parvenir à un règlement. Légiférer à coups de procès n'est pas une solution acceptable. Il s'agit d'un enjeu important pour les éditeurs de musique et l'association soutient par conséquent sans réserve les positions plus détaillées présentées par Access Copyright et d'autres à ce sujet.

Le régime de copie privée était conçu de manière technologiquement neutre. Toutefois, l'article 29.22 du projet de loi C-32 menace ce principe en exemptant les copies faites sur des enregistreurs audio numériques.



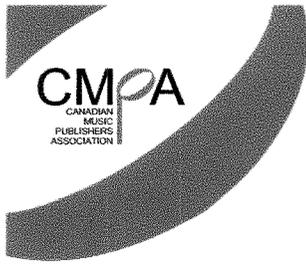
Si le projet de loi C-11 était technologiquement neutre, il étendrait le principe du régime de copie privée aux enregistreurs audio numériques, pour tenir compte de l'évolution de la manière dont les consommateurs copient et écoutent la musique. Le fait de négliger cette évolution importante représente une perte de plusieurs millions de \$ en rémunération pour les créateurs et les détenteurs de droits.

La redevance pour copie privée est un aspect important du régime des droits d'auteur au Canada depuis 1990. Jusqu'à date, la Société canadienne de perception de la copie privée, qui administre les droits d'auteur issus de la copie privée, a distribué plus de 180 millions de \$ aux détenteurs de droits.

La législation sur la copie privée a été promulguée pour combattre la reproduction illégale très répandue et incontrôlable des œuvres musicales. Cette solution, proposée par les auteurs-compositeurs, les interprètes, les maisons de disques et les éditeurs de musique, permet aux Canadiens de faire des copies d'œuvres musicales pour leur usage privé et, en échange, elle fournit aux créateurs de musique une certaine indemnisation pour cet usage.

La redevance pour copie privée est un droit d'auteur gagné par les détenteurs de droits pour l'usage de leurs œuvres. Il ne s'agit pas d'une allocation ou d'une subvention du gouvernement ni d'un impôt. Cet argent est une importante source de revenus pour les artistes, particulièrement pour les nouveaux artistes qui démarrent et il leur sert souvent à défrayer les coûts de lancement des tournées, à financer les nouveaux albums ou tout simplement à payer les factures tandis qu'ils créent la musique tant appréciée des Canadiens.

Il est important de se rappeler que, sous sa forme originale, le régime de copie privée est un modèle de neutralité technologique; la définition des « supports audio » était clairement destinée à tenir compte de l'évolution de la technologie. Si les tribunaux ne s'en étaient pas mêlés, les baladeurs MP3 seraient déjà assujettis à une redevance juste et raisonnable. Le projet de loi C-11 fournit une excellente occasion d'actualiser la Loi sur le droit d'auteur et, par là-même, de rétablir l'intention initiale du Parlement à cet égard – en apportant un petit changement de formulation qui permettrait de rétablir l'intention de la redevance pour copie privée. Une simple modification de l'article 79, Part VIII, de la Loi sur le droit d'auteur permettrait d'étendre la redevance aux baladeurs MP3. Cette redevance s'appliquerait uniquement aux appareils qui sont conçus, fabriqués et vendus aux fins de la reproduction de musique. Un amendement de cette nature permettrait aux créateurs de recevoir une rémunération juste pour leur travail en appliquant la redevance à un appareil qui est habituellement utilisé aux fins de la reproduction. La Société canadienne de perception de la copie privée a proposé une formulation précise pour amender le projet de loi C-11 de manière à régler ce problème; l'ACEM appuie sans réserve l'amendement proposé par la SCPCP.



Conclusion

Les intentions déclarées par le gouvernement dans le cadre du projet de loi C-11 sont raisonnables. Le gouvernement a affirmé que le principe primordial était le principe de l'équilibre; les amendements que nous proposons amélioreront les chances de respecter cet équilibre, à la fois pour les créateurs et pour les consommateurs.

La motivation pour s'attaquer à la question du droit d'auteur est issue en grande partie du désir de rendre les lois sur le droit d'auteur au Canada conformes aux normes internationales. Nous reconnaissons l'importance et le bien-fondé de cet objectif, et le gouvernement doit faire en sorte que le projet de loi C-11 n'implique pas les créateurs, les détenteurs de droits et les utilisateurs de droits d'auteur au Canada dans des procès coûteux pendant des décennies. De plus, les créateurs et les détenteurs de droits méritent un soutien loyal pour défendre leurs droits contre l'usage non autorisé de leurs œuvres.

L'ACEM encourage le comité à étudier soigneusement les préoccupations ci-dessus; l'association est convaincue du bien-fondé des objectifs que le gouvernement tente de réaliser dans ce projet de loi et est convaincue que tous les Canadiens méritent un projet de loi répondant à ces objectifs.