

Mémoire présenté au Comité législatif chargé du projet de loi C-11

Par Russell McOrmond¹

« Il est très important de vous rappeler qu'il s'agit de votre propriété intellectuelle², non de votre ordinateur. Dans la recherche d'une protection de la propriété intellectuelle, il est important de ne pas rejeter ou de mettre en cause les mesures de sécurité que les gens ont besoin d'adopter de nos jours ». [traduction libre]

- Stewart Baker, ancien sous-secrétaire à la Politique, US Department of Homeland Security³

Introduction

J'ai participé au comité chargé du projet de loi C-32 en présentant un mémoire⁴ et en faisant une intervention le 8 mars 2011⁵. Le présent mémoire est soumis pour clarifier des réponses aux questions posées par les députés et pour veiller à ce que les intérêts des propriétaires de la technologie soient reconnus comme un groupe d'intervenants important dans le débat sur les aspects du projet de loi C-11 relatifs aux « mesures techniques ».

On dit souvent que le droit d'auteur exige le maintien d'un équilibre entre les droits et les intérêts des détenteurs d'un droit d'auteur et ceux des utilisateurs d'œuvres protégées.

¹ Pour les coordonnées complètes, reportez-vous à : <http://flora.ca/#contact>

² L'expression « propriété intellectuelle » est à éviter autant que possible, parce qu'elle peut prêter à confusion. J'en ai discuté dans mon intervention devant le comité sur le projet de loi C-32 en réponse à une question. Ce sujet est abordé dans les « Mots à éviter (ou à utiliser avec précaution), car connotés ou prêtant à confusion » du projet GNU, à l'adresse <http://www.gnu.org/philosophy/words-to-avoid.html#IntellectualProperty>.

³ Ce commentaire a été largement diffusé dans les médias couvrant un événement parrainé par la U.S. Chamber of Commerce en 2005. Le contexte était celui d'une discussion au sujet de la GDN de Sony concernant des disques compacts de musique très largement distribués qui ont infecté de nombreux ordinateurs et révélé des vulnérabilités supplémentaires en matière de sécurité. <http://c11.ca/1211>.

⁴ Le mémoire figure aux adresses suivantes : <http://www.flora.ca/documents/BillC32-mcormond-201101-brief.pdf> (format PDF) et <http://www.flora.ca/documents/BillC32-mcormond-201101-brief.odt> (format ouvert OpenDocument).

⁵ Séance n° 17 du Comité législatif chargé du projet de loi C-32 : <http://www.parl.gc.ca/CommitteeBusiness/CommitteeMeetings.aspx?Cmte=CC32&Language=F&Mode=1&Parl=40&Ses=3#DT20110308CC32MEE17>, qui était accompagnée d'un procès-verbal, de transcriptions et d'enregistrements audiovisuels.

Bien que cet ensemble d'intérêts puisse être approprié pour analyser la composante « droit d'auteur » du projet de loi C-11, il est inapproprié pour l'analyse de celle relative au paradroit⁶.

La politique relative au paradroit est considérée comme une forme de protection juridique des « mesures techniques de protection », ainsi qu'il sera défini dans l'article 41 de la nouvelle loi telle qu'elle a été modifiée par le projet de loi C-11, et dans tous les autres articles qui y font référence.

Le contenu codé numériquement ne peut pas lui-même prendre de décisions tout comme un livre de poche ne peut pas lire à haute voix. S'il y a des règles à appliquer, notamment pour établir si une œuvre peut être copiée, elles sont codées dans le logiciel qui fonctionne sur un appareil. La compréhension des répercussions de ces technologies sur le marché du monde réel et les droits de la personne nécessite une compréhension de toutes les composantes, ainsi que des droits et des intérêts de toutes les catégories concernées de propriétaire.

Les droits et les intérêts des auteurs de logiciels, de même que les éventuels conflits d'intérêts que ces auteurs peuvent avoir avec leurs concurrents, doivent être reconnus. Tel qu'il est actuellement rédigé, le projet de loi C-11 peut être violé (et le sera très probablement) par des vendeurs de logiciels qui adoptent une conduite anticoncurrentielle et nuisent à leurs concurrents et, par ailleurs, au marché libre du logiciel informatique.

Les droits et les intérêts des propriétaires des appareils doivent être reconnus, mais ils ont été jusqu'à maintenant ignorés par le projet de loi C-11 et par une bonne partie du débat se déroulant au Parlement et au comité chargé du projet de loi. Tel qu'il est rédigé actuellement, le projet de loi C-11 peut être violé (et le sera très probablement), ce qui portera atteinte aux droits des propriétaires de la technologie.

Je suis un créateur de logiciels et propriétaire d'un ordinateur. Avant que le droit d'auteur me donne quoi que ce soit en tant que détenteur d'un droit d'auteur de logiciels, je dois veiller à ce que les propriétaires d'ordinateur aient le droit de faire leurs propres choix de logiciel. S'ils ne sont pas en mesure de faire ces choix, alors, il peut leur être refusé le droit de choisir le mien, ce qui sera de loin plus préjudiciable aux créateurs de logiciel et aux propriétaires d'ordinateur que la violation du droit d'auteur peut l'être aux détenteurs de ces droits.

⁶ Pour en savoir davantage sur le paradroit, on peut consulter l'adresse : <http://en.wikipedia.org/wiki/Paracopyright> où il est mentionné que le terme [traduction] « désigne un cadre de protection juridique qui s'ajoute au droit d'auteur traditionnel.

Modifications proposées au projet de loi C-11

Les traités de l'OMPI de 1996 exigent une certaine forme de paradoxe pour être ratifiés, mais ils offrent une flexibilité considérable⁷. Il est possible de ratifier les deux traités de l'OMPI de 1996 de manière à causer le minimum de préjudice aux droits et aux intérêts légitimes des propriétaires de la technologie. Les modifications suivantes du projet de loi C-11 sont axées sur l'aspect « paradoxe » du projet de loi.

- Retirer le « contrôle de l'accès » (partie a) de la définition des mesures techniques, ainsi que toutes les autres références, dans le projet de loi, à cette partie de la définition⁸
- Lier le « contrôle de l'utilisation » (partie b de la définition des mesures techniques) aux activités de contrefaçon en ajoutant des précisions et en supprimant les limites imposées à l'utilisation équitable qui se rapporte aux mesures techniques⁹.
- Préciser que la protection juridique ne s'applique qu'aux mesures techniques visant le contenu protégé par le droit d'auteur et autorisé par le détenteur. La protection juridique prévue dans *la Loi sur le droit d'auteur* fédérale ne devrait pas s'appliquer aux mesures techniques visant les appareils. Aucun ordre de gouvernement ne devrait accorder la protection de mesures techniques appliquées par une personne autre que le propriétaire de l'appareil en question.
- Préciser qu'il ne s'agit pas d'un contournement d'une mesure technique visant un logiciel si celui-ci fait partie du fonctionnement fondamental de l'ordinateur (tel que BIOS, UEFI et autre micrologiciel analogue), et qu'un tel contournement est nécessaire pour que le propriétaire puisse supprimer les verrous étrangers et utiliser son bien à toute fin légitime.
- Rien ne devrait interdire les produits ou les services polyvalents de contourner les mesures techniques, étant donné que le contournement peut être justifié par des fins légitimes qui doivent être protégées par le gouvernement. Cela est particulièrement vrai dans le cas des mesures techniques appliquées aux appareils par une personne autre que le propriétaire, où ce dernier doit avoir accès à des outils de contournement afin de mettre en place ses propres mesures en matière de sécurité et protéger son droit de propriété, son droit en matière de protection des renseignements personnels et d'autres droits.

⁷ Cette question est examinée de façon approfondie dans un chapitre tiré de *From "Radical Extremism" to "Balanced Copyright" : Canadian Copyright and the Digital Agenda*, ISBN-13: 978-1-55221-204-2. Certains lobbyistes prétendent faussement que cette flexibilité n'existe pas et soutiennent une interprétation étroite comme si c'était la seule interprétation possible. J'aborde cette question sur le site de la FAQ concernant le projet de loi C-11 : <http://c11.ca/faq#wipoguide>.

⁸ L'accès et le contrôle de l'accès sont de nouveaux concepts dans le domaine du droit d'auteur; ils peuvent banalement faire l'objet d'une exploitation abusive pour outrepasser toutes les autres limites imposées par la loi sur le droit d'auteur.

⁹ À titre d'exemple, mentionnons l'alinéa 29.22 c) traitant de la reproduction à des fins privées, l'alinéa 29.23 b), de l'écoute ou du visionnement en différé et l'alinéa 29.24 c) des copies de sauvegarde.

- Les dispositions pénales, qui ciblent les fournisseurs de produits et de services polyvalents anti-contournement, doivent être retirées du projet de loi.
- Préciser que l'article 30.63 permet aux propriétaires de l'ordinateur de déverrouiller leurs appareils mobiles, consoles de jeux ou autres ordinateurs en vue de mettre en œuvre les politiques en matière de sécurité. Il faudrait aussi tenir compte du fait qu'ils puissent faire valoir leurs droits en ce qui touche la protection des renseignements personnels et d'autres droits vis-à-vis les fabricants et tout autre propriétaire antérieur de ces appareils.
- Préciser que l'article 30.61 s'applique non seulement à l'interopérabilité entre les programmes informatiques, mais aussi à l'interopérabilité entre les programmes informatiques et les œuvres protégées par le droit d'auteur acquises licitement qui ne sont pas des programmes informatiques. Comme l'énonce le projet de loi C-11, les mesures techniques visant le contenu peuvent faire l'objet d'une exploitation abusive pour créer un lien anticoncurrentiel entre des produits de commerce protégés par le droit d'auteur et des marques particulières de technologie d'accès.
- Retirer le terme « protection » de la définition des mesures techniques et reprendre la formulation employée dans les projets de loi précédents et les traités de l'OMPI sur Internet. On ne sait pas vraiment ce que ces mesures essaient de « protéger ». S'agit-il de faire en sorte que les détenteurs de droits d'auteur et les fabricants d'appareils puissent faire valoir leurs droits vis-à-vis des droits légitimes des propriétaires d'ordinateurs, ou de protéger ces fabricants de la concurrence? Il n'a pas été prouvé que ce type de mesures permettront de réduire la violation des droits d'auteur ou protégeront les revenus des détenteurs de droits d'auteur. De nombreuses preuves anecdotiques semblent indiquer que des mesures techniques mal comprises et mal appliquées incitent à une violation des droits d'auteur et réduisent les revenus des détenteurs de ces droits.

Les pires contrefacteurs des droits de propriété technologique

Lorsqu'il est question de droits d'auteur, nous entendons souvent parler des destructeurs de richesse les plus importants que sont des entités telles ISOHunt, The Pirate Bay ou autres du même genre. Ces entités qui font souvent l'objet de discussion ne sont pas accusées en soi de violation de droits d'auteur, mais plutôt qu'elles inciteraient les autres à le faire ou qu'elles leur faciliteraient la tâche.

Lorsqu'il est question des droits de propriété légitimes des propriétaires de la technologie, la nature de l'infraction, de même que la personne qui commet l'infraction, incite ou permet de le faire, sera bien sûr différente.

L'application d'une mesure technique (verrou numérique) au bien de quelqu'un d'autre constitue une violation des droits de propriété du propriétaire et peut faire en outre l'objet d'une exploitation abusive dans le but d'enfreindre d'autres droits. Un appareil qui se conforme aux instructions de la personne autre que le propriétaire peut violer les droits du propriétaire en matière de protection des renseignements personnels. La valeur du bien du

propriétaire est réduite, étant donné qu'il ne peut utiliser son bien à une fin légitime de son choix, plutôt qu'uniquement aux activités autorisées ou, sinon, non restreintes par l'entité qui a appliqué la mesure technique. Les activités respectueuses de la loi, restreintes par le non-propriétaire, peuvent être de nature commerciale ou non commerciale, et il peut s'ensuivre une diminution de la valeur des activités non commerciales ou une diminution de la richesse des activités commerciales.

Certes, la violation du droit d'auteur n'est pas un vol¹⁰, mais elle peut réduire la valeur du bien, dans certaines circonstances, du propriétaire du droit d'auteur au même titre que la violation des droits de propriété technologiques peut réduire la valeur. La réduction de la valeur du bien est ce à quoi nous faisons référence lorsque nous parlons de « destructeurs de richesse ».

Les entités qui appliquent les mesures techniques à la technologie sont le plus souvent des fabricants d'appareils. Les plus importants contrefacteurs sont des entreprises telles que Apple avec ses appareils mobiles iOS, Sony, avec sa console de jeu Playstation et d'autres équipements multimédias, de même que Microsoft avec ses consoles de jeu Xbox. Il existe d'autres contrefacteurs, mais ces trois entreprises ont été les plus offensives dans l'application des mesures techniques, le dénigrement des propriétaires de technologie et le lobbying exercé pour légaliser et protéger juridiquement leur violation des droits de propriété technologiques.

Il existe des détenteurs de droits d'auteur dans le domaine du divertissement (maisons d'enregistrement, maisons cinématographiques et studios de télévision), des logiciels de divertissement¹¹ et d'autres industries du contenu qui utilisent les mesures techniques pour s'assurer que leur contenu soit uniquement accessible sur du matériel pour lequel les droits des propriétaires ont été violés. Bien que ces détenteurs de droits d'auteur puissent ne pas faire directement l'objet d'une violation, ils peuvent **provoquer** les conditions qui permettent aux fabricants de matériel d'enfreindre leurs droits. Il est inapproprié de permettre à l'industrie du divertissement d'imposer des conditions sur l'offre d'œuvres protégées aux propriétaires de technologie ayant renoncé à leurs droits de propriété. La formulation qui interdit ce type d'imposition de conditions est déjà contenue dans la *Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques* du Canada¹² (LPRPDE). Puisque la violation des droits de propriété peut donner lieu à des invasions de la vie privée, ce genre de pratique de la part des détenteurs de droits d'auteur devrait être également illégal.

De nombreuses possibilités de contrefaçon s'offrent aux détenteurs de droits d'auteur. Si certains d'entre eux ne sont pas à l'aise de vendre leur contenu sur un marché où les

¹⁰ Cette question fait l'objet d'un examen plus approfondi dans une lettre parue dans Hill Times, le 23 janvier 2012, p. 11. Le texte est également disponible sur <http://c11.ca/5395>.

¹¹ Des représentants de l'Entertainment Software Association of Canada ont clairement indiqué qu'ils ciblent la propriété technologique dans leur lobbying (<http://c11.ca/5403>).

¹² L'article 4.3.3. de la LPRPDE énonce ce qui suit : « Une organisation ne peut pas, pour le motif qu'elle fournit un bien ou un service, exiger d'une personne qu'elle consente à la collecte, à l'utilisation ou à la communication de renseignements autres que ceux qui sont nécessaires pour réaliser les fins légitimes et explicitement indiquées » (<http://laws-lois.justice.gc.ca/fra/acts/P-8.6/>).

citoyens possèdent leur propre technologie, ils peuvent offrir leur contenu sur des marchés où la technologie est louée¹³ ou, autrement, est la propriété ou sous contrôle d'une personne en qui ils ont confiance. La technologie jouit des mêmes possibilités que d'autres biens, étant donné la vigueur du marché de la location de logements, il n'est donc pas légitime pour les détenteurs de droits d'auteur de craindre qu'une technologie appartenant au citoyen justifie le fait qu'ils incitent à une violation des droits.

Si nous voulons faire allusion **aux personnes qui facilitent** la violation du droit d'auteur, ce serait les décideurs qui proposent, favorisent ou adoptent des lois qui légalisent et protègent juridiquement ces violations ou les incitations à la violation. La première et la plus visible de ces personnes serait Bruce A. Lehman, ancien secrétaire adjoint et commissaire de Patents and Trademarks aux États-Unis, et auteur de *1995 Report of the Working Group on Intellectual Property Rights*¹⁴ qui traite du processus relatif à l'infrastructure d'information nationale des É.-U. Il semble que ce soit la première fois qu'un fonctionnaire ait proposé d'enfreindre les droits de propriété de la TI comme solution possible à la violation des droits d'auteur.

Au cours des dernières années, l'une des personnes les plus combatives ayant facilité la violation est Mihály Ficsor¹⁵; il a fait intimement partie du processus ayant donné lieu aux deux traités de l'OMPI de 1996. Depuis ce temps, il a aidé à une interprétation de ces traités, qui maximise la violation des droits de propriété de la TI. Bien que ces traités soient assortis d'une souplesse considérable, M. Ficsor et ses alliés au Canada, tels que les avocats McCarthy Tétrault, James Gannon et Barry Sookman, ont soutenu que cette souplesse n'existe pas.

Bien que je ne sois pas au courant d'un déploiement d'efforts coordonnés à l'égard de la violation des droits d'auteur, de l'incitation et de la facilitation à le faire, des efforts coordonnés doivent nécessairement être déployés lorsqu'il s'agit d'enfreindre les droits de propriété de la TI, d'inciter à les enfreindre ou de faciliter leur violation.

L'International Intellectual Property Alliance¹⁶ (IIPA) est une coalition du secteur privé qui comprend des associations sous le contrôle de fabricants de matériel informatique qui enfreignent les droits d'auteur, du secteur du divertissement et d'autres industries du contenu qui incitent à le faire, et de politiciens qui le facilitent. Bruce Lehman est actuellement président du conseil d'administration et président de l'IIPA, et M. Mihály Ficsor a agi comme consultant pour l'IIPA de 2003 à 2008¹⁷.

¹³ Les articles : *An honest expansion of cinema into the home* <http://c11.ca/5265> et *Targeting technology ownership rather than copyright infringement* <http://c11.ca/5403> se penchent sur la méthode entraînant une contrefaçon et n'entraînant pas une contrefaçon qui est utilisée pour créer une plateforme de communication fermée.

¹⁴ On peut consulter le rapport à l'adresse suivante : <http://www.uspto.gov/web/offices/com/doc/ipnii/>

¹⁵ Une biographie est disponible sur le site http://www.wipo.int/academy/en/meetings/iped_sym_05/cv/ficsor.html

¹⁶ L'association possède un site Web : <http://www.iipa.com/>

¹⁷ Personnel de l'IIPA de 2003 <http://web.archive.org/web/20030625040144/http://www.iipa.com/personnel.html> à 2008 <http://web.archive.org/web/20080412061108/http://www.iipa.com/personnel.html>

Bien que le « Special 301 Report »¹⁸ soit rédigé par le représentant commercial des États-Unis, c'est l'IIPA qui exerce une influence déterminante et déploie des efforts favorables à la violation des droits d'auteur et anticoncurrentiels¹⁹. Ce rapport a ajouté, ironiquement, le Canada sur sa liste de surveillance en priorité, principalement en raison de retards dans l'adoption d'une loi qui porte notamment sur la protection juridique des mesures techniques. Il est probable que si le Canada adoptait la loi, qui protégeait entièrement les droits de propriété des propriétaires de la technologie, l'IIPA poursuivrait sa campagne très active en faveur de la violation des droits d'auteur et continuerait de recourir abusivement au processus « Special 301 ».

Le gouvernement canadien semble être heureux de figurer sur cette liste, même si son inscription n'est pas valide²⁰. Les fausses allégations contenues dans ce rapport ont été utilisées pour promouvoir l'orientation prise par le gouvernement à l'égard des mesures techniques du projet de loi C-11. Plutôt que de laisser sa réputation se ternir en appuyant une loi comprenant d'importantes lacunes, le Canada devrait participer au processus « Special 301 » et fournir des données probantes qui contrecarreraient la propagande menée par l'IIPA. Le Canada ne figure pas sur cette liste parce qu'il est un paradis du piratage (ce qu'il n'est pas), mais parce que le gouvernement canadien semble vouloir être inscrit sur la liste.

¹⁸ Rapports du représentant au Commerce des États-Unis : <http://www.ustr.gov/about-us/press-office/reports-andpublications>

¹⁹ J'ai expliqué pourquoi l'IIPA préfère une violation des droits au fait que les gens choisissent le produit de concurrents des membres de l'IIPA (<http://c11.ca/5115>). Dans ses mémoires présentés aux fins du processus « Special 301 », elle a critiqué les pays qui mettaient en place des politiques encourageant le recours aux logiciels libres légalement gratuits. Cela comprenait des situations où le paiement des rentes de monopole est hors de portée et la violation des droits d'auteur, l'unique solution de rechange aux logiciels libres légalement gratuits.

²⁰ Beaucoup de personnes se sont prononcées sur le manque de validité de ce rapport, dont Nancy Segal (alors directrice adjointe, Direction de la politique commerciale sur la propriété intellectuelle, l'information et la technologie, Affaires étrangères et Commerce international Canada) qui a donné les précisions suivantes, en 2007, devant le Comité permanent de la sécurité publique et nationale : « En ce qui concerne la liste d'alerte, je précise que le Canada ne reconnaît pas la liste d'alerte spéciale 301. En ce qui nous concerne, cette dernière repose sur des analyses qui ne sont ni fiables ni objectives. C'est un processus dicté exclusivement par l'industrie américaine. D'ailleurs, nous avons à maintes reprises indiqué à nos homologues américains que cette liste d'alerte spéciale 301 ne repose pas sur des analyses objectives ». <http://www.parl.gc.ca/HousePublications/Publication.aspx?DocId=2806944&Language=F&Mode=1&Parl=39&Ses=1#T1150>.