Vol. 17, nº 2

Les mesures techniques de protection du droit d'auteur – Aperçus des conséquences possibles en droit canadien : copie pour usage privé et exceptions au droit d'auteur – Partie I

Philippe Morin*

INTRODUCTION 283

1. LA SOURCE JURIDIQUE DES MESURES TECHNIQUES DE PROTECTION DU DROIT D'AUTEUR 285

1.1 Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur 285

1.1.1 Une protection juridique 286

1.1.2 Sanctions juridiques 287

1.1.3 Actes non autorisés par les auteurs 287

1.2 Traité de l'OMPI sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes 287

© Philippe Morin, 2005.

* Philippe Morin est étudiant en maîtrise en droit à l'Université de Moncton. Cet article est la première partie de deux. La deuxième partie abordera l'atteinte à la liberté d'expression en tant que conséquence face à l'utilisation de mesures techniques de protection du droit d'auteur.

2. TENTATIVE DE DÉFINITION JURIDIQUE DES MESURES TECHNIQUES DE PROTECTION DU DROIT D'AUTEUR 288

2.1 *Digital Millennium Copyright Act* (États-Unis) 289

2.2 *Copyright Act 1968* (Australie) 290

2.3 *The Copyright and Related Rights Regulations 2003* (Angleterre) 290

2.4 Tentative de définition générale d'une mesure technique de protection du droit d'auteur 291

2.5 Les mesures techniques de protection du droit d'auteur 292

2.5.1 Aperçu de mesures techniques de protection du droit d'auteur 293

2.5.1.1 Mesures techniques protégeant le droit de reproduction (anti-copie) 294

2.5.1.1.1 La cryptographie 294

2.5.1.1.1.1 *Content Scramble System* . . 295

2.5.1.1.1.2 *Decryption Content Scramble System* (*DeCSS*) 295

2.5.1.1.2 *Key2audio* 297

2.5.1.1.3 *Cactus Data Shield* 298

2.5.1.1.4 *Digital Transmission Copy Protection* (*DTCP*). 299

2.5.1.1.5 *Secure Digital Music Initiative* (*SDMI*). 300

2.5.1.1.6 Le tatouage 301

2.5.1.1.7 *Serial Copy Management System* (*SCMS*) 301

2.5.1.2 Mesures techniques protégeant l'accès illégitime aux œuvres 302

2.5.1.2.1 Le cryptage 302

2.5.1.2.2 *Proprietary viewer* 302

2.5.1.2.3 L'enveloppe numérique 303

2.5.1.3 Mesures techniques protégeant les droits moraux 303

2.5.1.3.1 Le tatouage 303

2.5.1.4 Systèmes de gestion électronique 303

2.5.1.4.1 Système de Gestion des Droits Numériques (SGDN) 304

2.5.1.4.2 *Metering system* 304

2.5.1.4.3 *Proprietary viewer* 304

2.5.1.4.4 Identifiants numériques 305

2.6 Conclusion 305

3. LES CONSÉQUENCES JURIDIQUES DES MESURES TECHNIQUES DE PROTECTION DU DROIT D'AUTEUR EN DROIT CANADIEN 306

3.1 Copie pour usage privé 306

3.1.1 La partie VIII de la *Loi sur le droit d'auteur*. . 307

3.1.1.1 Non-violation du droit exclusif de reproduction 307

3.1.1.1.1 « Pour usage privé ». 308

3.1.1.1.2 « Support audio » 309

3.1.1.1.3 Qu'achète-t-on en achetant un disque compact audio ? 311

3.1.2 Le fonctionnement du système de redevances de la partie VIII – Copie pour usage privé . . 312

3.1.2.1 Le droit à une rémunération 312

3.1.2.2 Redevances 313

3.1.2.3 Répartition des redevances. 317

3.1.2.4 Exemptions 317

3.1.2.5 Recours civils 319

3.1.3 Conclusion 320

3.2 Limitations et exceptions au droit d'auteur 321

3.2.1 Le domaine public 322

3.2.1.1 Les mesures techniques et le domaine public 323

3.2.1.1.1 Une protection de l'œuvre à perpétuité 323

3.2.1.1.2 Une protection pour les œuvres historiquement non protégées . . . 324

3.2.1.2 Conclusion 325

3.2.2 L'utilisation équitable 325

3.2.2.1 Critères définissant le caractère équitable de l'utilisation 327

3.2.2.1.1 Le but de l'utilisation 327

3.2.2.1.2 La nature de l'utilisation 328

3.2.2.1.3 L'ampleur de l'utilisation 328

3.2.2.1.4 Les solutions de rechange 328

3.2.2.1.5 La nature de l'œuvre 328

3.2.2.1.6 L'effet de l'utilisation 329

3.2.2.2 Les mesures techniques et l'utilisation équitable 329

3.2.2.2.1 La légitimité de l'exercice de l'utilisation équitable 330

3.2.2.2.2 L'accès à l'œuvre 330

3.2.2.2.2.1 L'entiercement 331

3.2.2.3 Conclusion 331

3.2.3 Les mesures techniques et quelques autres exceptions 332

3.2.3.1 Conclusion 334

CONCLUSION 335

Considérant la future mise en œuvre des deux traités de l'OMPI de 1996 par le Canada, cet article aborde les conséquences possibles, en droit canadien, de l'utilisation de mesures techniques de protection du droit d'auteur. Publié en deux parties, cette première partie, après avoir examiné le fonctionnement de quelques mesures techniques et de quelques lois sur le sujet, jette un coup d'œil sur le paradoxe juridique entre la copie pour usage privé des œuvres musicales et la protection des mécanismes anti-copie. Ensuite, nous abordons les conséquences face au domaine public et exceptions au droit d'auteur comme suite à l'utilisation, ainsi qu'à la protection juridique, des mesures techniques de protection du droit d'auteur. La deuxième partie pour sa part, se concentrera uniquement sur l'atteinte à la liberté d'expression.

Considering the near implementation of the two 1996 WIPO treaties, this article looks at the possible consequences in Canadian law of using technological measures of copyright protection. Published in two parts, the first part, after examining the functionality of a few technological measures and some legislations on the subject, looks at the legal paradox between private copying and the legal protection of anticopying mecanisms. It then follows by examining the consequences on the public domain and the copyright's exceptions. The second part will solely focus on the infringement of the freedom of expression.

INTRODUCTION

L'idée d'un mécanisme de protection pour les œuvres numériques existe déjà depuis un certain temps. Au départ, ce sont les programmes d'ordinateur qui ont bénéficié de tels mécanismes. Ces derniers existaient (et existent toujours) sous la forme d'un code que l'on devait inscrire afin de poursuivre l'installation du programme. Les mesures techniques, telles que nous les connaissons aujourd'hui, ont bien évolué depuis lors.

Les mesures techniques de protection du droit d'auteur peuvent prendre diverses formes et jouer différents rôles. Par exemple, le cryptage est une forme très répandue, car il revêt une certaine polyvalence et est donc utilisé à des fins de protection d'accès ou de reproduction de l'œuvre, ce qui représente les deux plus grandes préoccupations des titulaires de droit d'auteur d'œuvres numériques.

Cependant, certaines industries, telles que celle de la cinématographie, ne faisaient pas complètement confiance aux seules mesures techniques de protection et revendiquaient une protection juridique. La raison en est simple : pour chaque mesure technique de protection, il existe un moyen de contournement de cette mesure. Par conséquent, si le moyen de contournement se retrouvait sur Internet, la mesure technique de protection serait pratiquement inutile.

En 1996, l'Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle (OMPI) a élaboré deux traités : le *Traité sur le droit d'auteur* et le *Traité sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes*. Ces deux traités constituaient les premiers instruments juridiques internationaux portant mention des obligations relatives aux mesures techniques de protection du droit d'auteur. Deux ans plus tard, les États-Unis mettaient en œuvre ces deux traités de l'OMPI par l'adoption du *Digital Millennium Copyright Act*.

Cette loi a provoqué un émoi considérable dans les milieux informatiques et a également fait couler beaucoup d'encre. Toutes ces réactions n'ont toutefois pas empêché l'Union européenne d'élaborer, trois ans plus tard, la *Directive européenne 2001/29 et du conseil du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information* qui a reproduit de façon quasi identique la section portant sur les obligations relatives aux mesures techniques du *Digital Millennium Copyright Act*. L'intervention de ces deux acteurs, avec les États-Unis en tête, provoque une influence presque inévitable dans tous les domaines connexes au droit d'auteur. Dans ce contexte, le Canada est l'un des derniers pays du monde occidental à ne pas avoir ratifié, ni mis en œuvre les deux traités de l'OMPI.

Devant cette forte influence économique et politique, le Canada n'aura d'autre choix que de mettre en œuvre les deux traités de l'OMPI. De fait, cette mise en œuvre figure à l'agenda du ministère du Patrimoine canadien pour l'année 2005. Ayant de bonnes raisons

de croire (en se basant sur l'expérience européenne et la proximité géographique des États-Unis) que la section portant sur les obligations relatives aux mesures techniques ressemblera à celle des États-Unis, et donc forcément à celle de la *Directive européenne 2001/29*, cet article examine les conséquences d'une telle mise en œuvre par rapport au droit canadien. Les conséquences abordées dans cette première partie portent sur la copie pour usage privé et les exceptions au droit d'auteur. La partie II portera sur la liberté d'expression.

1. LA SOURCE JURIDIQUE DES MESURES TECHNIQUES DE PROTECTION DU DROIT D'AUTEUR

Le 9 mars 2004, la nouvelle ministre responsable de la Loi, l'honorable Liza Frulla, indiquait au Comité permanent du patrimoine canadien « que la modernisation de la *Loi sur le droit d'auteur* devenait une des grandes priorités [...] »[1]. Durant les mois de mars et avril, une série de réunions ont eu lieu autour d'enjeux importants sur le sujet. En mai 2004, le comité permanent du Patrimoine canadien émettait un rapport intérimaire sur la réforme du droit d'auteur. Ce rapport aborde plusieurs problématiques reliées au droit d'auteur et à l'arrivée des nouvelles technologies et de leurs interactions.

Il a notamment émergé de ces réunions une recommandation présentée au gouvernement afin de ratifier immédiatement les deux traités de l'OMPI, ainsi que le dépôt d'un projet de loi de mise en œuvre à la Chambre des communes au courant de l'année 2005.

1.1 Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur

L'article traitant des mesures techniques est rédigé de manière générale du fait que plusieurs des mesures techniques n'existaient pas encore en 1996[2]. De plus, l'évolution de ces dernières se fait à un rythme tel qu'il serait impossible de conclure un traité, voire

1. Rapport intérimaire sur la réforme du droit d'auteur, en ligne : Parlement du Canada <http://www.parl.gc.ca/InfocomDoc/Documents/37/3/parlbus/commbus/house/reports/herirp01/07-rap-f.htm> ; *Loi sur le droit d'auteur*, L.R.C. (1985), c. C-42, art. 5, en ligne : Ministère de la Justice Canada <http://canada.justice.gc.ca> [Loi sur le droit d'auteur].
2. John B. KENNEDY et Shoshana R. DWECK, « WIPO pacts go digital ; proposed international treaties will open up domestic debate on treatment of electronic works », (1997) 19:22 *Nat'l L.J.* C1.

d'adopter une loi, qui tiendrait compte de tous ces changements technologiques. L'article 11 du Traité se lit comme suit :

> Les Parties contractantes doivent prévoir une protection juridique appropriée et des sanctions juridiques efficaces contre la neutralisation des mesures techniques efficaces qui sont mises en œuvre par les auteurs dans le cadre de l'exercice de leurs droits en vertu du présent traité ou de la Convention de Berne et qui restreignent l'accomplissement, à l'égard de leurs œuvres, d'actes qui ne sont pas autorisés par les auteurs concernés ou permis par la loi.[3]

Quelques points importants ressortent de ce texte : une protection juridique appropriée, des sanctions juridiques contre la neutralisation et des actes qui ne sont pas autorisés par les auteurs. Examinons ces points de plus près car certains d'entre eux sont au cœur même de la controverse entourant les mesures techniques de protection du droit d'auteur.

1.1.1 Une protection juridique

Les États membres du Traité devront offrir une protection juridique appropriée. Une incertitude persiste à ce niveau : protège-t-on les mesures techniques ou interdit-on la neutralisation des mesures techniques ? Notons que certains pays de common law comme les États-Unis, l'Australie et l'Angleterre possèdent déjà une loi à cet effet et qu'ils semblent plutôt avoir opté pour une protection contre le contournement des mesures techniques[4].

La formulation peut prendre une forme différente d'un État à l'autre. Par exemple, on peut trouver le terme « contournement » alors que le Traité utilise le terme « neutralisation » des mesures techniques de protection et bien qu'il puisse y avoir une distinction entre les deux, dans ce contexte, on s'entend pour dire que ces deux

---

3. *Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur*, 20 décembre 1996, en ligne : Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle <http://www.wipo.int/clea/docs/fr/wo/wo033fr.htm> [*Traité sur le droit d'auteur*].
4. Voir *The Digital Millenium Copyright Act*, 17 U.S.C. § 1200 (1998) des États-Unis, en ligne : Legal Information Institute <http://www.law.cornell.edu/uscode/html/uscode17/usc_sup_01_17_10_12.html> [*DMCA*] ; *The Copyright and Related Rights Regulations 2003*, S.I. 2003/2498 de l'Angleterre, en ligne : Her Majesty's Stationery Office <http://www.legislation.hmso.gov.uk/si/si2003/20032498.htm> [*The Copyright and Related Rights Regulations*] ; le *Copyright Act 1968* de l'Australie, en ligne : Copyright Agency Limited CAL <http://www.copyright.com.au/Copyright1968.pdf> [*Copyright Act 1968*].

termes sont synonymes et que l'un ou l'autre conduira à des sanctions.

1.1.2 Sanctions juridiques

La formulation souple de l'article 11 du Traité semble permettre les recours civils ainsi que les sanctions criminelles. Les États signataires ont carte blanche quant à l'élaboration des sanctions juridiques face à la neutralisation. De fait, ils ont carte blanche face à l'élaboration de la protection juridique des mesures techniques, pourvu qu'ils agissent et légifèrent à leur sujet.

1.1.3 Actes non autorisés par les auteurs

Les auteurs d'œuvres numériques peuvent, par le biais de mesures techniques, protéger leurs œuvres. Cette protection n'est pas définie dans le Traité, ce qui veut dire que le titulaire du droit d'auteur peut interdire toute action à son gré. Pour reprendre les mots du Traité, ils peuvent restreindre des « actes qui ne sont pas autorisés par les [titulaires de droit d'auteur] concernés ou permis par la loi ». Ce dernier peut interdire certains actes comme l'impression, l'enregistrement ou la reproduction de son œuvre, pour n'en nommer que quelques-uns. Il semblerait, de ce fait, que les détenteurs de droit d'auteur pourraient interdire des comportements qui déborderaient le cadre même de la loi.

1.2 Traité de l'OMPI sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes

L'article 18 de ce Traité, tout comme l'article 11 du *Traité sur le droit d'auteur*, est formulé de manière générale et contient les mêmes éléments clés. De fait, les deux textes sont identiques sauf que l'un concerne les auteurs et l'autre, les interprètes, exécutants et producteurs de phonogrammes. L'article 18 se lit comme suit :

> Les Parties contractantes doivent prévoir une protection juridique appropriée et des sanctions juridiques efficaces contre la neutralisation des mesures techniques efficaces qui sont mises en œuvre par les artistes interprètes ou exécutants ou les producteurs de phonogrammes dans le cadre de l'exercice de leurs droits en vertu du présent traité et qui restreignent l'accomplissement, à l'égard de leurs interprétations ou exécutions ou de leurs phonogrammes, d'actes qui ne sont pas autorisés par

> les artistes interprètes ou exécutants ou les producteurs de phonogrammes concernés ou permis par la loi.[5]

Mentionnons ici que la fixation de l'œuvre est un préalable technique face aux obligations relatives aux mesures techniques. Nul n'est besoin de reproduire les sections portant sur la protection juridique appropriée, les sanctions juridiques contre la neutralisation et les actes qui ne sont pas autorisés par les auteurs, car les mentions ci-dessus s'appliquent *mutatis mutandis* à l'article 18 du *Traité sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes*.

Ce qui nous amène à regarder de plus près quelques textes de mise en œuvre qui existent actuellement portant sur les mesures techniques de protection du droit d'auteur. Nous tenterons, par le fait même, d'élaborer une définition juridique des mesures techniques de protection du droit d'auteur étant donné que le Canada ne possède pas, au moment de la rédaction de cet article, de texte législatif mettant en œuvre ces traités ou tout autre texte de loi traitant des mesures techniques de protection du droit d'auteur.

2. TENTATIVE DE DÉFINITION JURIDIQUE DES MESURES TECHNIQUES DE PROTECTION DU DROIT D'AUTEUR

Définir les mesures techniques est une tâche dont l'OMPI a d'abord été saisie, suivie de près par quelques États dont les États-Unis, l'Australie et l'Angleterre ainsi que l'Union européenne[6]. Le problème rencontré par ces entités dans l'élaboration d'une définition est l'impossibilité de connaître les futurs dispositifs de protection, d'où la rédaction habituellement large de ces définitions. Jetons

5. *Traité de l'OMPI sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes*, 20 décembre 1996, en ligne : Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle <http://www.wipo.int/clea/docs/fr/wo/wo034fr.htm> [*Traité sur les interprétations*].
6. Il est à noter que la *Directive 91/250 du Conseil, du 14 mai 1991, concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur*, [1991] J.O.L. 122/0042 fait mention, à l'article 7(c), d'une définition des mesures techniques mais se rapportant uniquement aux programmes d'ordinateur. Les définitions plus récentes se concentrent surtout sur les mesures techniques pouvant s'appliquer à n'importe quelles œuvres numériques (jeu vidéo, œuvre musicale, œuvre cinématographique, logiciel et des textes protégés par le droit d'auteur) et qui suivent la définition énoncée par l'OMPI dans le *Traité sur le droit d'auteur*, *supra*, note 3 et le *Traité sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes*, *supra*, note 5, art. 11 et 18 respectivement.

un coup d'œil aux définitions juridiques portant sur les mesures techniques élaborées par les États mentionnés ci-dessus et voyons si nous pouvons en arriver à une définition générale des obligations relatives aux mesures techniques.

2.1 *Digital Millennium Copyright Act* (États-Unis)

Les États-Unis possèdent une loi concernant les mesures techniques de protection du droit d'auteur nommée *Digital Millennium Copyright Act*[7] depuis 1998. On trouve deux définitions des mesures techniques. Voici la première :

> A technological measure *effectively controls access to a work* if the measure, in the ordinary course of its operation, requires the application of information, or a process or a treatment, with the authority of the copyright owner, to gain access to the work.[8] (Nos italiques)

La deuxième définition est identique quant au rôle de la mesure technique sauf qu'elle se réfère aux droits des ayants droit au lieu de l'accès à l'œuvre. Elle indique que :

> A technological measure *effectively protects a right of a copyright owner under this title* if the measure, in the ordinary course of its operation, prevents, restricts, or otherwise limits the exercise of a right of a copyright owner under this title.[9] (Nos italiques)

La distinction entre les deux, bien que mince dans certains cas, peut s'expliquer par exemple, par l'entremise d'un numéro de série que l'on doit inscrire afin d'accéder à l'œuvre (ou plus souvent au logiciel) et dans l'autre cas par le fait de rendre inopérante la fonction « enregistrer » dans les documents de format « .pdf » (*portable document format*). Donc, dans le premier cas le numéro de série protège l'accès tandis que dans le second cas, l'utilisateur a accès à l'œuvre, mais l'auteur du document empêche, par le biais de mesures techniques, l'enregistrement (et donc la reproduction) de l'œuvre.

7. *DMCA*, *supra*, note 4.
8. *Ibid.*, § 1201a)(3)(B).
9. *Ibid.*, §1201b)(2)(B).

2.2 *Copyright Act 1968* (Australie)

La Loi australienne énonce une définition un peu plus précise quant à la nature de la mesure technique, mais en bout de ligne, semble adopter les mêmes concepts que la définition américaine. Elle indique à ce sujet :

> Technological protection measure means a device or product, or a component incorporated into a process, that is designed, in the ordinary course of its operation, to prevent or inhibit the infringement of copyright in a work or other subject-matter by either or both of the following means :
>
> > (a) by ensuring that access to the work or other subject matter is available solely by use of an access code or process (including decryption, unscrambling or other transformation of the work or other subject-matter) with the authority of the owner or exclusive licensee of the copyright ;
> >
> > (b) through a copy control mechanism.[10]

Cette définition, plus précise sur la conception de ce qu'est une mesure technique, se rapproche tout de même de la définition américaine en ce sens qu'elle porte sur deux aspects : elle protège l'accès à l'œuvre et le droit de reproduction, droit exclusif appartenant à l'auteur. En somme, la formulation de cette dernière est un peu plus restreinte mais semble couvrir les mêmes actes prohibés.

2.3 *The Copyright and Related Rights Regulations 2003* (Angleterre)

Cette Loi est la première de son genre à énoncer une distinction entre les mesures techniques se rapportant aux programmes d'ordinateur et celles se rapportant à toute autre œuvre protégée par le droit d'auteur :

> (1) [...] "technological measures" are any technology, device or component which is designed, in the normal course of its operation, to protect a copyright work *other than a computer program.* (Nos italiques)

10. *Copyright Act 1968*, *supra*, note 4.

(2) Such measures are « effective » if the use of the work is controlled by the copyright owner through :

(a) an access control or protection process such as encryption, scrambling or other transformation of the work, or

(b) a copy control mechanism, which achieves the intended protection.

(3) In this section, the reference to :

(a) protection of a work is to the prevention or restriction of acts that are not authorised by the copyright owner of that work and are restricted by copyright ; and

(b) use of a work does not extend to any use of the work that is outside the scope of the acts restricted by copyright.[11]

En plus de cette distinction, la loi modifie aussi le vocable utilisé pour décrire la mesure technique. Pour ce qui a trait aux programmes d'ordinateur, la loi indique « technical devices » et pour les autres œuvres, elle utilise la terminologie fréquemment utilisée en anglais de « technological measures ».

Il apparaît que cette distinction, accompagnée de la différence terminologique, s'explique en deux temps. D'abord, cette loi est la transposition de la *Directive 91/250/CEE du Conseil, du 14 mai 1991, concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur* – ce qui explique la spécificité de l'article 296 portant sur les programmes d'ordinateur ainsi que la terminologie qui est celle utilisée dans la Directive – ensuite, l'autre partie est la transposition de la *Directive 2001/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information* – ce qui explique la partie 296ZF plus générale portant sur les mesures techniques.

2.4 Tentative de définition générale d'une mesure technique de protection du droit d'auteur

À la suite d'un examen et d'une comparaison de ces trois textes, certains éléments dominent par leur fréquence et d'autres sont plus

11. *The Copyright and Related Rights Regulations*, *supra*, note 4, art. 296ZF.

significatifs de par leur clarté. Nous retrouvons notamment la nature d'une mesure technique (*device*, *product*, *component incorporated into a process*, et de *any technology*), le cadre du fonctionnement de la mesure technique (« dans le cadre normal de son fonctionnement »), le rôle de la mesure technique (« protect » ou « prevent ») et le moyen utilisé pour empêcher la violation du droit d'auteur (l'accès à l'œuvre et les droits d'un ayant droit).

Cette tentative de définition générale d'une mesure technique de protection du droit d'auteur n'est qu'une partie de ce qui compose les obligations relatives aux mesures techniques. Aucune mention n'a été faite par rapport au contournement, aux actes préparatoires (fabrication, importation, etc.) ainsi qu'à tout autre élément composant ces lois. Nous proposons donc la définition générale suivante :

> Une mesure technique est un appareil, un produit, une composante, un procédé ou toute forme technologique qui protège, efficacement, le droit d'auteur en contrôlant l'accès ainsi que la reproduction, ou tout autre droit d'un ayant droit, des œuvres protégées par le droit d'auteur.

Maintenant que nous avons élaboré une définition juridique des mesures techniques, nous proposons de jeter un regard sur les mesures techniques les plus populaires au moment de la rédaction de cet article. De cette façon, nous aurons une meilleure vue d'ensemble du sujet en ayant examiné les aspects juridiques et techniques. La compréhension de l'étendue des moyens employés pour protéger des œuvres numériques contre la copie et la diffusion permettra de mieux appréhender la futilité, selon nous, des efforts juridiques et législatifs en vue de chercher à protéger ces mesures et éviter leur contournement d'une part, et leur incohérence par rapport à des usages légitimes du droit de copie, d'autre part.

2.5 Les mesures techniques de protection du droit d'auteur

« Le secret de la machine est dans la machine »[12]. Cette phrase de Charles Clark est omniprésente dans les textes portant sur les mesures techniques et semble, dans bien des cas, faire l'unanimité quant à sa véracité au sein de la communauté des auteurs. Il n'est

12. Charles Clark, *The Copyright Environment for the Publisher in the Digital World*, UNESCO, Paris, 1996, en ligne : <http://gateway.library.uiuc.edu/icsu/clark.htm#six>.

pas question ici de contester cette fameuse expression (qui contient beaucoup de vérité), mais il s'agit plutôt d'examiner ce qu'elle recèle concrètement.

Les mesures techniques, bien qu'elles existent depuis longtemps – du moins à l'ère numérique – ont bien évolué depuis leur première apparition et évoluent encore à ce jour. Les premières formes de mesures techniques (tel que mentionné ci-dessus), qui existent toujours, consistaient à entrer un code ou un numéro de série à l'écran. L'entrée du code était réalisée à l'aide du clavier[13]. Le code provenait d'une source et devait équivaloir au code de destination. De manière assez brève, le concept opérant de l'insertion d'un code est la vérification. Les variables sont inscrites (source), elles sont vérifiées (destination) et si les variables inscrites par l'utilisateur sont acceptées, l'accès est accordé. Ces mesures techniques, qui protègent surtout l'accès à l'œuvre dans l'environnement numérique, ont reçu du renfort grâce à des mesures techniques inédites protégeant non seulement l'accès mais aussi le droit exclusif de reproduction de l'œuvre ainsi que tout autre droit prévu par la Loi.

C'est à ce point-ci que les problèmes juridiques des utilisateurs surgissent. Cependant, avant d'entamer l'analyse de ces problèmes, examinons diverses mesures techniques additionnelles qui peuvent avoir un effet sur les droits d'auteur.

2.5.1 Aperçu de mesures techniques de protection du droit d'auteur

Comme leur nom l'indique, les mesures techniques protègent certains droits d'auteur. Ces droits semblent être principalement le droit exclusif de reproduction de l'œuvre, l'accès illégitime à l'œuvre et les droits moraux de l'auteur. Nous les examinerons en suivant cette classification afin de faciliter la compréhension de leur rôle. Il est à noter qu'une attention particulière sera portée aux mesures techniques protégeant un contenu numérique[14] et principalement

13. Alain STROWEL et Séverine DUSOLLIER, « La protection légale des systèmes techniques », Genève, 6-7 décembre 1999, en ligne, CRID : <http://www.droit.fundp.ac.be/Textes/Dusollier %2016.pdf>, p. 2, explique le concept du dongle (clé physique) que l'on branchait à l'ordinateur pour accorder l'accès à l'utilisateur. Le dongle démontre l'utilisation d'une composante physique autre que le clavier pour accorder l'accès [Strowel et Dusollier].
14. Les mesures techniques de protection du droit d'auteur existent aussi sous des formes non-numériques telle une marque quelconque (provenant habituellement du commerçant) apposée sur des épreuves de photos.

un contenu fixé sur un support physique comme un disque compact ou un *DVD*, puisque ce sont celles qui semblent soulever le plus de questions juridiques.

2.5.1.1 Mesures techniques protégeant le droit de reproduction (anti-copie)

Le droit de reproduction semble être le droit le plus violé ou celui dont la transgression s'avère la plus coûteuse pour les détenteurs de droits, considérant le nombre élevé de mesures techniques protégeant ce droit comparativement aux autres droits protégés. Parmi les mesures techniques les plus populaires, on retrouve la cryptographie (sous diverses formes, qui seront explicitées ci-dessous), le *Key2audio*, le *Cactus Data Shield*, le *Digital Transmission Copy Protection* (DTCP), le *Secure Digital Music Initiative* (SDMI), le tatouage (*watermarking*), le *Serial Copy Management System* (SCMS) et les *copy control flags*. Jetons un coup d'œil sur ces mesures techniques afin de voir leur fonctionnement et ce qu'elles protègent.

2.5.1.1.1 La cryptographie

La cryptographie, aussi nommée chiffrement, est le processus de brouillage de l'œuvre afin de la rendre illisible ou imperceptible[15]. En revanche, le décryptage est le processus de débrouillage de l'œuvre embrouillée, ce qui la rend lisible, visible ou audible selon la situation. Le cryptage, ainsi que le décryptage, est réalisé par l'entremise d'algorithmes qui, à leur tour, utilisent des clés alphanumériques. Par exemple, pour brouiller un texte, une clé de cryptage sera nécessaire afin de rendre le texte illisible. À l'opposé, une clé de décryptage sera nécessaire pour lire le texte par la suite. De cette manière, seules les personnes possédant la clé de décryptage pourront lire le texte, ce qui offre un contrôle à l'auteur du texte crypté.

C'est ce concept qu'ont adopté les grands studios de cinématographie (*motion picture studios*), les fabricants d'appareils électroniques pour les consommateurs (*consumer electronics manufacturers*) et l'industrie informatique (*computer industry*)[16] et qu'ils ont nommé *Content Scramble System* (*CSS*).

15. Kory D. CHRISTENSEN, « Fighting software piracy in cyberspace : legal and technological solutions », (1997) 28:2 *Law & Pol'y Int'l Bus*. 435, 467.
16. Dean S. MARKS et Bruce H. TURNBULL, « Technical protection measures : The intersection of technology, law and commercial licences », (2000) 22:5 *E.I.P.R.* 198, 205 [Marks et Turnbull].

2.5.1.1.1.1 *Content Scramble System*

Matsushita Electric Industrial Co. et Toshiba Corporation ont proposé une mesure anti-copie qui avait les caractéristiques suivantes :

(i) designed specifically for the DVD format ;

(ii) met the design needs of the consumer electronics industry ;

(iii) met the computer industry's basic criterion for encryption of the content to be protected, and ;

(iv) would impose legally enforceable rules against unauthorized copying and transmission at a level acceptable to the motion picture industry through a private commercial licensing agreement.[17]

Après quelques ébauches et l'acceptation par les trois acteurs principaux, la mesure technique de cryptage *CSS* allait devenir la technologie utilisée pour protéger l'accès à l'œuvre, et par le fait même, le droit de reproduction des œuvres cinématographiques fixées sur les supports *DVD*.

CSS a comme objectif d'empêcher l'accès illégitime et la reproduction des œuvres contenues sur un *DVD*[18]. En somme, le fonctionnement est le même que celui décrit ci-dessus, *i.e.* qu'il comporte des clés de cryptage et des clés de décryptage. Les clés de cryptage, sous le contrôle des trois industries en question, composent de l'information confidentielle très précieuse pour ces industries. De fait, non seulement les clés de cryptage sont-elles très précieuses mais les clés de décryptage le sont probablement encore plus. Le Norvégien Jon Johansen a pourtant réussi à créer par ingénierie inverse une clé de décryptage pour *CSS* qu'il a d'ailleurs nommée *DeCSS*.

2.5.1.1.1.2 *Decryption Content Scramble System* (*DeCSS*)

Au mois d'octobre 1999, Johansen affichait sur Internet le code du moyen de contournement de la mesure technique de protection *CSS*. Personne ne semble pouvoir affirmer la raison pour laquelle Johansen a piraté la mesure technique *CSS*, mais beaucoup sou-

17. *Ibid*.
18. Patricia AKESTER, « Survey of technological measures for protection of copyright », (2001) *Ent. L.R.* 36 [Akester].

tiennent que c'était pour visualiser des *DVDs* sur des systèmes d'exploitation autres que *Windows* et *MacOS* comme *Linux*, étant donné qu'il n'existait aucun logiciel possédant les clés de décryptage sur ces autres systèmes d'exploitation. Le revers de la médaille est que *DeCSS* permet aussi au consommateur de copier les *DVDs* et donc contrevient au droit exclusif de reproduction que possède l'auteur sur son œuvre, dans ce cas-ci, les producteurs de cinéma. *DeCSS* a aussi comme conséquence de rétablir la situation au même point qu'avant l'adoption de *CSS*. L'une des raisons de l'existence de *CSS* était de rassurer les producteurs de cinéma qui craignaient jusqu'alors d'offrir leurs œuvres en format numérique, car, le cas échéant, l'œuvre pouvait être reproduite et transférée illégalement sur Internet[19].

Que Johansen l'ait su ou non, *DeCSS* allait donner lieu à des poursuites judiciaires et occasionner bien d'autres maux de tête à l'industrie. L'un des aspects intéressants dans cette affaire est que *DeCSS* n'est pas la propriété des industries comme l'est *CSS*. Cependant, c'est un dispositif de contournement de mesures techniques de protection du droit d'auteur et c'est sur ce fondement que *DeCSS* est considéré comme étant illégal dans certains pays, notamment aux États-Unis.

Voici une partie[20] de la première clé de décryptage affichée sur Internet, nommée *Anonymous C source code* :

```
Void CSSdescramble (unsigned char *sec,unsigned char *key)
{

        unsigned int t1,t2,t3,t4,t5,t6 ;
        unsigned char *end=sec+0x800 ;

        t1=key[0]^sec[0x54] | 0x100 ;
        t2=key[1]^sec[0x55] ;
        t3=(*((unsigned int *)(key+2)))^(*((unsigned int *)(sec+0x56))) ;
        t4=t3&7 ;
        t3=t3*2+8-t4 ;
        sec+=0x80 ;
        t5=0 ;
        while(sec !=end)
        {21
```

19. Nous disons que le transfert est illégal car pour le faire, on doit reproduire l'œuvre ce qui est une violation du droit d'auteur et va aussi à l'encontre des mesures techniques de protection du droit d'auteur.
20. Voir D.S. TOURETZKY, (2000) Gallery of CSS Descramblers, en ligne : <http://www.cs.cmu.edu/~dst/DeCSS/Gallery>, pour la clé au complet.
21. *Ibid*.

Cette partie de clé de décryptage énoncée ici n'a aucune fonction informatique quelconque sous cette forme littérale[22]. Son rôle, sous cette forme brute, ne sert qu'à un petit pourcentage des internautes ayant les connaissances nécessaires pour comprendre et utiliser ce code. Tout compte fait, ce code, tel qu'il apparaît ci-dessus, n'est que de l'information pour comprendre le fonctionnement de la mesure technique de cryptage *CSS* et de l'information pour créer des logiciels de visionnement de *DVD* pour les systèmes d'exploitation pour lesquels il n'existe pas de logiciel à cet effet.

2.5.1.1.2 *Key2audio*

Cette mesure technique de protection du droit d'auteur, créée par Sony DADC, est utilisée pour protéger les disques compacts audio contre la reproduction[23]. Cette mesure technique a été utilisée sur environ 30 millions de disques compacts vendus dont les disques de Céline Dion et de Shakira[24]. Une signature numérique cachée est insérée à l'extérieur de la section contenant l'information musicale sur le disque compact[25]. De cette manière, l'information contenant la musique n'est aucunement affectée, donc la qualité de la musique demeure la même[26]. Seuls ceux qui tentent de reproduire le contenu du disque compact se butent à cette mesure technique[27]. Le raisonnement qui sous-tend cette mesure technique est que l'impossibilité de lire le contenu des disques compacts à l'aide des dispositifs techniques CD-ROM, CD-R, CD-RW, DVD-ROM et DVD-R, rendra la reproduction impossible. Cette restriction ne fait pas le bonheur de tous, dont les consommateurs qui utilisent l'ordinateur comme lecteur de disque compact audio.

Sony DADC a depuis fignolé cette mesure technique et la nouvelle version, nommée *Key2audioXS*, permet la lecture à partir d'un ordinateur tout en possédant une protection anti-copie[28]. Il est donc toujours impossible de faire une copie, bien que les ayants

22. Notons que malgré sa forme textuelle dans ce texte, il est loin d'être certain que l'on puisse afficher *DeCSS* de la sorte, comme nous venons de le faire, dans certains pays, notamment aux États-Unis.
23. Tricia MOHAN, « *Freedom* vs. *Control* : Private copying and technological protection measures » (2003) *Law-tech*. 19.
24. Key2audioXS, en ligne : <http://www.key2audio.com> [Key2audio].
25. CD Media World, en ligne : <http://www.cdmediaworld.com/hardware/cdrom/cd_protections_key2audio.shtml>.
26. *Ibid*.
27. *Ibid*.
28. *Ibid*.

droit reçoivent une ristourne grâce aux tarifs payés par les consommateurs canadiens de supports audio vierges[29].

2.5.1.1.3 *Cactus Data Shield*

Cette mesure technique, développée par la compagnie israélienne Midbar, achetée en 2002 par la compagnie américaine Macrovision, est présente sur environ 45 millions de disques compacts audio[30]. *Cactus Data Shield* (*CDS*) prévient le piratage des disques compacts en empêchant la transmission et la conversion des fichiers musicaux en fichiers de format « .mp3 », par exemple.

Il existe trois différentes versions de *Cactus Data Shield* : *CDS-100*, *CDS-200* et *CDS-300*. Le *CDS-100* interdit la lecture du disque compact sur ordinateur, rendant presque nulles les chances de piratage du contenu du disque compact. De plus, il empêche la copie à l'aide de graveurs ainsi que la compression des fichiers musicaux en formats populaires comme le « .mp3 »[31]. Le *CDS-200*, tout comme le *CDS-100*, rend impossible la duplication et la compression des fichiers musicaux mais permet la lecture par ordinateur du disque compact original à l'aide d'un logiciel spécifique de lecture sécurisée[32]. Finalement, le *CDS-300* semble répondre aux attentes à la fois des consommateurs et des ayants droit. Cette mesure technique protège toujours contre la transmission et la duplication des œuvres contenues sur les disques compacts tout en offrant l'opportunité de transférer les œuvres du disque compact à un lecteur de fichier « mp3 » à l'aide de *Windows Media Player* et son *Digital Rights Management* (*DRM*). À partir de *Windows Media Player*, les consommateurs peuvent graver les œuvres musicales sur un disque compact selon les droits accordés par la maison d'édition (*record label*). De plus, le disque original permet d'accéder à un contenu boni, soit contenu sur le disque soit sur Internet et accessible à partir d'un lien hypertexte[33].

L'évolution dans ces différentes versions de mesures techniques de protection du droit d'auteur démontre que les demandes des

29. *Loi sur le droit d'auteur*, *supra*, note 1, art. 80-81.
30. Estelle DUMOUT, « Droit d'auteur : un avant-projet de loi remet en cause la copie privée », (2002) ZDNet, en ligne : <http://www.zdnet.fr/actualites/technologie/0,39020809,2127034,00.htm>.
31. Macrovision, en ligne : <http://www.macrovision.com/products/cds/cds100/index.shtml>.
32. *Ibid*.
33. *Ibid*.

consommateurs sont fondées. Le *CDS-300* comporte nombre d'avantages comme une certaine flexibilité de manipulation des œuvres numériques en permettant le transfert d'un dispositif audio quelconque à un autre. Par contre, il tend aussi à créer un monopole en imposant l'utilisation de certains logiciels, comme *Windows media player* et par le fait même, l'imposition du système d'exploitation de l'ordinateur. Cette histoire ressemble étrangement à celle d'il y a quelques années alors que Microsoft imposait, à toutes fins utiles, son fureteur *Internet Explorer* en l'insérant sur le disque compact de ses distributions *Windows*, en écartant *de facto* son concurrent principal *Netscape*.

2.5.1.1.4 *Digital Transmission Copy Protection* (*DTCP*)

Cette mesure technique, suggérée par Hitachi, Intel, Panasonic, Sony et Toshiba, a comme but de prévenir la reproduction de signaux digitaux. La spécificité de cette mesure est qu'elle s'intéresse au transfert entre dispositifs de lecture d'œuvres audionumériques. Elle distingue quatre différentes catégories de reproduction des œuvres transmises : « *copy never* » qui ne permet aucune reproduction, « *copy-one-generation* » qui permet une reproduction seulement, « *copy-no-more* » qui empêche la reproduction d'une reproduction et « *copy-freely* » qui permet la reproduction sans restriction.

La mesure technique est insérée dans le *IEEE-1394*, soit un câble bidirectionnel transportant toute information numérique. De cette manière, à la suite de la communication entre la source et la destination, selon l'autorisation accordée, la clé de décryptage nécessaire sera téléchargée (envoyée de la source à la destination).

Cette mesure technique a comme objectif la préservation du signal numérique contre le piratage en dirigeant ce signal vers un ordinateur muni du dispositif et donc empêche la reproduction du contenu du signal. Le *DTCP* sera surtout utilisé pour les *pay-per-views* et *pay-on-demand*. À première vue, il ne semble pas y avoir de conséquences néfastes pour le consommateur. Au contraire, son rôle est d'assurer la transmission d'information numérique et non de restreindre le consommateur dans son comportement face à certains supports physiques achetés par ce dernier. Or, nous verrons dans la section portant sur la liberté d'expression dans la partie II de cet article, quelles conséquences peuvent découler du fait d'encrypter un certain signal.

2.5.1.1.5 *Secure Digital Music Initiative* (*SDMI*)

SDMI est un forum qui a fait appel à des compagnies de l'industrie du disque, des fournisseurs de service Internet, des technologies de l'information, des représentants des consommateurs de dispositifs électroniques et des sécurités des technologies[34]. Ce système complexe consiste à authentifier le contenu numérique transféré au dispositif en question licencié par *SDMI* afin de répondre à cette exigence. Cette mesure technique vise donc à offrir un système d'anti-copie en gérant l'accès et le transfert. Elle prévient la compression des fichiers musicaux, mais non la reproduction intégrale du disque compact, ce qui permet la copie pour usage privé[35]. En somme, il y a deux procédés de protection : un procédé de tatouage et un autre d'identification. Les fichiers musicaux contenus sur le disque compact sont tatoués et le disque est authentifié. Le tatouage permet de détecter la nouveauté du disque alors que l'authentification empêche la compression des fichiers[36]. La mesure technique de protection vérifie donc deux choses, i) si le disque est tatoué et ii) si la signature est la bonne. Le transfert du disque compact est possible sous une forme « .iso »[37], *i.e.* en créant une image du disque compact audio[38]. Cependant, les fichiers de ce genre sont très volumineux et leur transmission risque de décourager plusieurs internautes.

Ce forum, dont la dernière rencontre remonte à mai 2001, ne semble pas très actif à ce jour. Certaines de leurs techniques, sous forme de tatouage, ont été neutralisées par le département de génie électrique de l'Université de Princeton à la suite d'un concours organisé par *SDMI* afin de vérifier l'efficacité de ses mesures techniques[39].

34. SDMI, en ligne : <http://www.sdmi.org/>.
35. DeSDMI, en ligne : <http://www.julienstern.org/sdmi/fr/index.php3> [DeSDMI].
36. *Ibid*.
37. Contrairement à ce que l'on pourrait croire, « .iso » n'est pas un acronyme. « iso » provient plutôt du mot grec « *iso* » qui veut dire « égal ». Le format « .iso » est, malgré tout, un format uniformisé, faisant partie de l'Organisation internationale portant le même nom (ISO), et bien que ce dernier soit communément connu comme étant le *International Organization for Standardization*, la définition de son appellation est la même que celle du format « .iso ». Voir notamment, Webopedia, en ligne : <http://www.webopedia.comTERM/I/ISO.html> et Undisker, en ligne : <http://www.undisker.com/faq.html#2>.
38. DeSDMI, *supra*, note 35.
39. Scott A. CRAVER, Min WU et Bede LIU, « Reading between the lines : Lessons from the SDMI Challenge » (2001) en ligne : <http://www.usenix.org/events/sec01/craver.pdf>.

2.5.1.1.6 Le tatouage

Le tatouage permet d'incorporer de l'information diverse en filigrane dans le code de l'œuvre numérique[40]. Pour ce faire, certains bits, dits « inutiles », sont modifiés. De fait, ils ne sont pas vraiment inutiles, mais leur modification entraîne de minimes conséquences imperceptibles pour les auditeurs ou spectateurs. Cette mesure technique est réalisée par la technique de sténographie qui est décrite par Leymonerie comme étant « l'art et la science de communiquer de manière à masquer l'existence même de la communication »[41].

Le tatouage peut contenir de l'information quant à l'auteur, aux droits de propriété intellectuelle, à la reproduction de l'œuvre, à la transmission, etc. Par contre, le dispositif de lecture, *e.g.* un logiciel de lecture audio, doit être habileté à détecter ce tatouage, sinon le tatouage passera inaperçu et sera donc improductif[42].

2.5.1.1.7 *Serial Copy Management System* (*SCMS*)

Le *SCMS* est une mesure technique de protection contre la reproduction à partir d'une copie de l'original[43]. C'est-à-dire que l'on peut reproduire l'original pour en faire une copie, mais qu'il est impossible de reproduire la réplique.

Un code[44] est incorporé dans un bit du disque compact (le disque compact est le support audio qui utilise le plus souvent cette méthode) indiquant si la copie est permise ou non. Si le disque compact est protégé par le droit d'auteur, le bit contrôlant la reproduction est en mode actif (« on ») et si le disque compact ne contient aucune restriction quant à la reproduction, ce bit est en mode éteint (« off ») ; lorsqu'une copie d'une version originale est produite avec le bit « on », les bits « on » et « off » seront basculés à toutes les cinq trames, rendant sa reproduction impossible.

Cette mesure technique requiert l'appui des dispositifs de lecteur de disque compact qui doivent être programmés pour détecter

40. Séverine DUSOLLIER, « Le droit d'auteur et son empreinte digitale », (1999) *Ubiquité* 31 [Dusollier].
41. R. LEYMONERIE, « Cryptage et Droit d'auteur », (1998) 10:2 *C.P.I.* 423.
42. MARKS et TURNBULL, *supra*, note 16, Annex A.
43. Akester, *supra*, note 18, p. 37.
44. Ce code est aussi connu sous le nom de *copy control flags*. De fait, SCMS utilise la technique de *copy control flags* afin de gérer la reproduction des œuvres numériques protégées ; voir également Marks et Turnbull, *supra*, note 16.

ce bit. Il n'est pas certain que cette mesure permette également la dématérialisation des œuvres. Enfin, comme la majorité des mesures techniques, cette dernière peut être contournée[45].

2.5.1.2 Mesures techniques protégeant l'accès illégitime aux œuvres

Contrairement à ce que nous venons de voir, certaines mesures techniques ont comme objectif de contrôler l'accès illégitime aux œuvres numériques. Comme nous le verrons aussi, plusieurs mesures techniques jouent plus d'un rôle, c'est le cas notamment du cryptage.

2.5.1.2.1 Le cryptage

L'œuvre cryptée nécessite les clés de décryptage afin de permettre l'accès au contenu de l'œuvre. Cette mesure technique semble d'abord jouer un rôle de contrôleur d'accès et parallèlement un rôle d'anti-copie. Par exemple, le cryptage est utilisé afin de gérer l'accès des signaux diffusés par satellite où son rôle de contrôleur d'accès est au premier plan. Notons que l'utilisation de la cryptographie pour contrecarrer le problème de reproduction des œuvres cinématographiques fixées sur *DVD*, comme nous venons de le voir, joue aussi un rôle de contrôleur d'accès illégitime à ces œuvres.

2.5.1.2.2 *Proprietary viewer*

Ce système de protection requiert une autorisation du « propriétaire » afin d'accéder à l'œuvre protégée par le droit d'auteur. *America Online* (*AOL*) semble utiliser ce procédé comme mesure de protection face aux documents attachés en pièces jointes dans son système de courriel[46]. Un autre exemple de ce concept est la lecture en continu (*streaming*). La compagnie Realnetworks avec son logiciel Realplayer utilise beaucoup ce mode de fonctionnement. En somme, cette technologie fait en sorte que le spectateur ne possède pas le document visualisé et donc n'est pas en mesure de le reproduire ou de le retransmettre. Qui plus est, l'accès, ou le début du *streaming*, peut être permis moyennant certains frais.

45. Leon WOESTENBERG, « Defeating SCMS » en ligne : <http://www.esrac.ele.tue.nl/~leon/scms/>.
46. Enligne : AOL <http://www.fmca.com/membership/features/2003/computer_outline.pdf>.

2.5.1.2.3 L'enveloppe numérique

L'enveloppe numérique[47] est une mesure technique contenant l'œuvre numérique ainsi que les conditions d'utilisation et les informations relatives à cette dernière[48]. On ne peut y accéder qu'en répondant aux conditions, par exemple en inscrivant un mot de passe ou en payant les frais[49]. Par analogie, c'est comme si l'œuvre était contenue dans un fichier compressé de format « .zip » et qu'on ne pouvait l'extraire que par un paiement ou un mot de passe. L'enveloppe numérique, dans son procédé, ressemble aussi au cryptage.

2.5.1.3 Mesures techniques protégeant les droits moraux

Les droits moraux (*e.g.* le droit à la paternité et à l'intégrité de l'œuvre) sont également à risque dans l'environnement numérique. Bien qu'ils n'aient pas la même valeur que les droits d'accès et de reproduction (droits patrimoniaux), ils sont protégés par le droit d'auteur. La mesure technique la plus populaire, remplissant ce rôle, est le tatouage.

2.5.1.3.1 Le tatouage

Le tatouage d'une œuvre permet d'insérer de l'information de tout genre dans le code numérique de cette dernière. De cette manière, il est possible de maintenir l'information quant à son créateur, à la date, etc. Comme mentionné ci-dessus, le tatouage, généralement invisible et inaudible, est réalisé par la technique de sténographie. En plus de protéger les droits moraux de l'auteur, le tatouage protège aussi le client contre le piratage en garantissant l'authenticité de l'œuvre aux acheteurs, en ligne, d'œuvres numériques.

2.5.1.4 Systèmes de gestion électronique

Les systèmes de gestion électronique sont tous les dispositifs techniques ou logiciels ou une combinaison des deux, contrôlant l'utilisation des œuvres sur un réseau donné. La gestion électronique

47. La signature digitale suit un procédé très similaire ; voir *Strowel et Dusollier*, *supra*, note 13, p. 3.
48. Dusollier, *supra*, note 40, p. 3.
49. *Ibid*.

peut comprendre également « la répartition des droits perçus, la perception des paiements, l'envoi de factures, la réalisation de données de profilage des utilisateurs, etc. »[50]. On y trouve divers systèmes de gestion électronique dont, celui qui apparaît comme le plus populaire, le *Electronic Right Management Systems* ou Système de Gestion des Droits Numériques.

2.5.1.4.1 Système de Gestion des Droits Numériques (SGDN)

Le SGDN, comme son nom l'indique, consiste en un système de gestion électronique. Ce n'est donc pas un seul dispositif technique, ou un logiciel, qui protège l'accès ou la reproduction, mais bien un système de contrôle des droits rattachés aux œuvres numériques. Par exemple, le cryptage peut être utilisé pour protéger l'accès illégitime et le tatouage afin d'en assurer l'authenticité et tous deux combinés composent le SGDN[51].

2.5.1.4.2 *Metering system*

Le *metering system* ou système de comptage ou de mesurage, voire un système de suivis, surveille tous les usages de l'œuvre et tient compte de toutes les données. Ce concept, à lui seul, ne semble pas posséder de mesures anti-copie ou de défenses d'accès. Son rôle principal est de compter l'usage d'un certain dispositif et de facturer le client. Les utilisations de cette technologie ne se limitent pas seulement aux ordinateurs à proprement parler, mais s'étendent à des systèmes de mesure de la consommation d'énergie par exemple[52].

2.5.1.4.3 *Proprietary viewer*

Comme mentionné ci-dessus, le *Proprietary viewer* nécessite l'autorisation de l'auteur (propriétaire) de l'œuvre afin d'accéder à cette dernière. En sorte, il peut être perçu comme un système de prévention anti-copie et d'accès illégitime, mais son concept, qui ne semble pas se situer au même degré technique que les mesures techniques de protection proprement dites, fait en sorte qu'il tombe aussi sous la catégorie de gestion électronique. C'est-à-dire que le *Proprietary viewer* semble posséder un certain niveau d'inter-

50. *Ibid*., p. 4.
51. *Ibid*., p. 5.
52. À ce sujet voir en ligne : Power measurement : <http://www.pwrm.com/products/ION6100/>.

activité, lui donnant, par conséquent, un caractère de gestion électronique, et non seulement de protection des œuvres électroniques.

2.5.1.4.4 Identifiants numériques

Les identifiants numériques sont des données insérées dans l'œuvre. Ces données contiennent de l'information de tous genres par rapport à l'œuvre et à son utilisation. Par exemple, un identifiant numérique peut contenir de l'information, quant au droit d'auteur, existant sur cette œuvre, explicitant ainsi notamment, la possibilité de reproduire l'œuvre ou non.

Pour ce faire, les auteurs, ou détenteurs de droit sur des œuvres, deviennent membres d'une agence de gestion[53] de ces identifiants numériques. L'agence s'occupe de gérer l'information ou les droits en conséquence. *Crossref* par exemple relie le lecteur au document désiré par l'entremise de sa base de données. *CAL* pour sa part s'occupe plutôt de récupérer et de répartir les montants perçus face à l'utilisation des œuvres par les consommateurs.

2.6 Conclusion

Comme nous avons pu le voir, les mesures techniques de protection du droit d'auteur existent sous différentes formes et protègent différents droits. Bien que certaines mesures techniques protègent plus d'un droit, elles semblent habituellement avoir une prédominance envers la protection d'un droit en particulier, ce qui nous permet de les catégoriser.

Il y a également eu une évolution technique dans leur fonctionnement et dans leur rigidité face aux consommateurs. Avec ces mesures techniques, les producteurs se sentaient plus en sécurité et pouvaient donc se permettre d'investir dans la réalisation des œuvres numériques sachant qu'ils recevraient la protection nécessaire de leurs droits. Le revers de la médaille est que ces mesures techniques de protection du droit d'auteur ont des conséquences qui vont au-delà de celles de la protection du droit d'auteur.

Tournons-nous maintenant vers un aperçu des conséquences possibles de l'inclusion des mesures techniques de protection du droit d'auteur en droit canadien ou autrement dit, de la mise en

53. Voir à cet effet, en ligne : Copyright Agency Limited (CAL) <http://www.copyright.com.au/home.htm> ; voir également en ligne : Crossref.org <http://www.crossref.org/>.

œuvre du *Traité sur le droit d'auteur* et du *Traité sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes* de l'OMPI.

3. LES CONSÉQUENCES JURIDIQUES DES MESURES TECHNIQUES DE PROTECTION DU DROIT D'AUTEUR EN DROIT CANADIEN

Dans cette section, il sera question des contradictions potentielles ainsi que des inconvénients juridiques possibles que peut causer l'adoption d'un texte de loi portant sur les mesures techniques de protection du droit d'auteur en droit canadien. Il sera question notamment de la copie pour usage privé et de son impossibilité potentielle ou du moins du paradoxe juridique que causera l'adoption des mesures techniques en droit d'auteur canadien. Il sera aussi fait mention des limitations et exceptions au droit d'auteur qui seront dénuées de sens et de raison d'être.

3.1 Copie pour usage privé

Durant les années 1980, soit avant l'arrivée des ordinateurs dans les foyers et d'Internet, le droit à la copie pour usage privé faisait l'objet d'études complexes essayant de déterminer les conséquences de la reproduction pour les auteurs et consommateurs[54]. L'un des problèmes encourus par les chercheurs était l'incertitude du cadre théorique, c'est-à-dire qu'ils ne pouvaient intégrer certaines variables comme le coût de reproduction et le remplacement parfait ou imparfait de la copie. Or, l'ordinateur vient délimiter un cadre théorique beaucoup plus précis qu'auparavant en fixant les paramètres qui étaient inconnus, tels que les coûts inexistants de reproduction et la copie comme remplacement parfait de l'original. Il s'en est suivi, le 19 mars 1998, l'adoption de la partie VIII de la *Loi sur le droit d'auteur*.

Le droit de copie pour usage privé peut entrer en conflit avec les mesures techniques de protection du droit d'auteur. Dans cette éventualité, nous ferions face d'un côté à la possibilité de copier un disque et de l'autre, à la permission légale d'empêcher de copier ce disque. Ce problème n'a pas été soulevé aux États-Unis, là où le *DMCA* cause beaucoup de controverse et de mécontentement, car les États-Unis ne possèdent pas de droit à la copie privée[55]. Examinons donc, d'un peu plus près, ce droit à la copie privée.

54. Stanley M. BESEN et Sheila NATARAJ KIRBY, « Private copying, appropriability, and optimal copying royalties », (1989) 32:2 *J.L. & Econ.* 255.
55. 17 U.S.C. § 114, en ligne : legal information institute <http://assembler.law.cornell.edu/uscode/html/uscode17/usc_sec_17_00000114—— 000-.html>.

3.1.1 La partie VIII de la Loi sur le droit d'auteur

Cette partie, intitulée copie pour usage privé, a été créée afin de pallier un problème de violation du droit d'auteur des œuvres musicales. On y retrouve, outre la dispense quant au droit exclusif de reproduction, un droit à la rémunération, un régime de redevances, la répartition des redevances, des exemptions et des recours civils pour l'organisme de perception[56]. Comme le juge Rothstein de la Cour fédérale l'indique, cette partie a été adoptée pour trois raisons :

1) afin de légaliser la copie pour usage privé [...] ;

2) afin de prévoir un système de paiement aux titulaires de droits d'auteur de redevances perçues sur les bandes vierges que vendent les importateurs et les fabricants ;

3) afin de déléguer à la Commission du droit d'auteur le pouvoir d'homologuer le tarif fixant les redevances sur la vente de bandes vierges par des importateurs et des fabricants[57].

Comme nous le verrons, dans bien des cas, ceux qui bénéficient des redevances de ce modèle sont ceux-là même qui veulent se prévaloir des mesures techniques de protection du droit d'auteur.

3.1.1.1 Non-violation du droit exclusif de reproduction

Comme l'indique la juge en chef McLachlin de la Cour suprême du Canada, « le droit d'auteur tire son origine de la loi »[58], c'est donc vers cette dernière que nous nous tournons. La *Loi sur le droit d'auteur* prévoit, à l'article 80, que :

> [...] ne constitue pas une violation du droit d'auteur protégeant tant l'enregistrement sonore que l'œuvre musicale ou la prestation d'une œuvre musicale qui le constituent, le fait de reproduire *pour usage privé* l'intégralité ou toute partie importante de cet enregistrement sonore, de cette œuvre ou de cette prestation sur un *support audio.* (Nos italiques)

56. *Loi sur le droit d'auteur*, *supra*, note 1, art. 80-88.
57. *Alliance évangélique du Canada* c. *Agence canadienne des droits de reproduction musicaux*, [2000] 1 C.F. 586, par. 3 [*Alliance évangélique*].
58. *CCH Canadienne Ltée* c. *Barreau du Haut-Canada*, [2004] 1 R.C.S. 339.

Il est important de souligner que la copie pour usage privé ne se rapporte, à ce jour, qu'aux enregistrements sonores et ne s'étend pas aux œuvres cinématographiques. Autrement dit, il est permis de faire une copie pour usage privé de ses œuvres musicales fixées sur un support audio quelconque, mais il est interdit de faire de même avec ses films.

Deux extraits de l'article 80 méritent qu'on se penche sur le sens exact que l'on doit leur accorder. Il s'agit de l'expression : « pour usage privé » et « support audio ». La Commission sur le droit d'auteur a formulé des remarques intéressantes à ce sujet.

3.1.1.1.1 « Pour usage privé »

Sur ce point, la Commission indique que « [l]'exemption prévue à l'article 80 s'applique uniquement lorsqu'une personne fait une copie pour son usage privé »[59], ce qui exclut :

a) [la] vente ou location, ou exposition commerciale ;

b) distribution dans un but commercial ou non ;

c) communication au public par télécommunication ;

d) exécution ou représentation en public[60].

La Commission, afin de délimiter le cadre de l'usage privé, ajoute que « la copie du dernier succès de l'interprète de l'heure, faite en vue de la donner à un ami, viole toujours le droit d'auteur, puisqu'il ne s'agit pas d'une copie pour usage privé. La distribution de cette même copie à des amis en ligne est elle aussi interdite »[61].

Ces remarques correspondent au texte et à l'intention du législateur. Cependant, nous estimons que la Commission s'aventure en terrain inconnu lorsqu'elle mentionne que la partie VIII de la Loi ne traite pas de la source et que donc, il n'existe aucune exigence à ce « que la copie d'origine soit une copie légale. Il n'est donc pas nécessaire de savoir si la source de la pièce copiée est une piste appartenant au copiste, un CD emprunté, ou encore une piste téléchargée d'Internet »[62]. Effectivement, la partie VIII est muette à

59. *Copying for private use (Re)*, [2003] C.B.D. 7, 20 [*Copying for private use*].
60. *Ibid.* ; *Loi sur le droit d'auteur*, *supra*, note 1, art. 80(2).
61. *Copying for private use*, *supra*, note 59, p. 20.
62. *Ibid.*

ce sujet, et mis à part le fait que la Commission se contredit sur ce point[63], nous croyons tout de même que la source est cruciale dans la détermination de la légalité de la copie pour usage privé[64]. Exclure la provenance de la chanson copiée, dans l'optique de la copie pour usage privé, aurait comme tendance de légitimer le partage d'œuvres musicales sur Internet et ce, sans rémunérer les détenteurs de droit d'auteur. Le cas échéant, la partie VIII perdrait partiellement sa raison d'être. Bien qu'à première vue, le sens de « copie pour usage privé » nous semble clair, nous devrons attendre l'interprétation judiciaire de l'article 80 afin d'en établir la signification exacte.

Cependant, pour les fins de la discussion, nous allons suivre l'interprétation offerte par la Commission. De toute façon, pour ce qui est des mesures techniques de protection du droit d'auteur, il s'agit de regarder l'effet de la mesure technique sur le droit à la copie (pour usage privé), et dans bien des cas, cette dernière contrevient à cette reproduction.

3.1.1.1.2 « Support audio »

Il est possible, à la lecture de l'article 80, de concevoir le support audio comme une exigence à la reproduction. Effectivement, la fixation de l'œuvre reproduite est un préalable à la rémunération pour les ayants droit. Certes, il est impossible de reproduire une œuvre sans la fixer sur un support quelconque. Cependant, on peut fixer une œuvre sur un disque dur et bien que ce dernier ait aussi la capacité de jouer le rôle de support audio, il n'est pas principalement un support audio et il est capable de bien plus. Une telle catégorisation du disque dur soulèverait toute une panoplie de problèmes.

Il serait facile de se laisser embarquer sur la pente savonneuse de la définition du « support audio », mais elle comprend également certains problèmes. Nous croyons aussi qu'il faut évaluer attentivement l'utilisation des disques durs de façon à ce qu'ils ne fassent pas

63. La Commission, qui venait d'affirmer que la copie faite en vue de la donner à un ami violait le droit d'auteur parce qu'elle n'était pas pour l'usage privé du copieur, indique ici que la source n'est pas importante et que donc elle peut provenir d'un disque compact emprunté. Or, il n'y a pas de différence entre emprunter un disque compact et le copier ou copier un disque compact que l'on possède et donner la copie à un ami. La Commission, en tentant de définir la copie pour usage privé semble s'aventurer un peu trop loin en terrain cahoteux.
64. Philippe MORIN, « *BMG Canada Inc.* c. *John Doe* », (2004) 6:1 *R.C.L.F.* 129.

partie des catégories de support audio tel qu'on les connaît aujourd'hui, par crainte de causer un effet boule de neige et d'éviter des scénarios dans lesquels on factureraît des dispositifs ou des services ne possédant qu'un rapport infime avec la copie pour usage privé. À ce sujet, par exemple, l'Association canadienne des télécommunications sans fil (ACTS) craint que les téléphones cellulaires puissent être inclus dans une définition trop large des supports audio[65]. Cette crainte s'est avérée vaine, du moins pour l'instant, puisque la Commission n'a pas retenu la demande de la SCPCP d'imposer un tarif sur les disques durs. Ceci dit, la *Loi sur le droit d'auteur* définit un support audio comme étant « [t]out support audio habituellement utilisé par les consommateurs pour reproduire des enregistrements sonores, à l'exception toutefois de ceux exclus par règlement »[66]. La Commission a énoncé une distinction entre les disques durs et la mémoire intégrée. Selon elle, « le trait distinctif des supports intégrés en permanence à un appareil est qu'il devient possible de les catégoriser et d'établir l'utilisation que l'on en fait en tant que « types » particuliers de « support audio », en fonction de caractères intrinsèques des appareils dans lesquels le support a été incorporé ». Autrement dit, selon la Commission, le disque dur ne serait pas « habituellement utilisé par les consommateurs pour reproduire des enregistrements sonores », puisqu'ils ont d'autres utilités et qu'on ne saurait les qualifier au même titre que les enregistreurs audionumériques. Ceci dit, ils abritent très souvent bon nombre d'œuvres musicales et donc pourraient facilement se voir imposer un tarif. Ce que nous proposons est de les inclure dans une catégorie accessoire de mémoire pouvant comporter des œuvres musicales. Cette distinction aurait comme conséquence une évaluation du tarif qui reflèterait davantage la réalité du disque dur et donc se verrait accorder un tarif moindre que si le disque dur était évalué en tant que support audio[67].

Comme le juge Linden de la Cour d'appel fédérale l'indique dans *AVS Technologies Inc*. c. *Canadian Mechanical Reproduction*

65. *Copie privée 2003-2004*, (2003) 28 C.P.R. (4e) 417, en ligne : Commission du droit d'auteur Canada <http://www.cb-cda.gc.ca/decisions/c12122003-b.pdf>, p. 5 [*Copie privée 2003-2004*].
66. *Loi sur le droit d'auteur*, *supra*, note 1, art. 79.
67. À ce même titre, nous pourrions imaginer l'ajout d'un tarif imposé aux fournisseurs de service Internet (FSI). Contrairement à l'arrêt *SOCAN* c. *ACFI*, [2004] 2 R.C.S. 427, selon nous ce tarif ne doit pas être imposé en vue de la protection du droit d'auteur, ou bien d'un risque potentiel de rendre les FSI responsables, mais plutôt d'une politique du gouvernement canadien utilisant ce moyen pour contribuer aux violations du droit d'auteur des détenteurs, comme il l'a fait avec la partie VIII de la *Loi sur le droit d'auteur*.

Rights Agency[68] « [i]l faut se rappeler que l'intention du législateur était de rémunérer de façon équitable les artistes et autres créateurs contre la violation du droit d'auteur par ceux qui reproduisent illégalement leurs œuvres ». Cependant, dans le contexte des redevances pour les supports audio, il faudra se poser la question à savoir pourquoi l'on paie des redevances si les mesures techniques nous empêchent de nous prévaloir de la copie pour usage privé prévue dans la Loi, et par ce fait même, nous empêche de copier l'œuvre et de la fixer sur le disque pour lequel nous avons payé des redevances. Sur ce, une question pourrait être posée comme suit : qu'achète-t-on en achetant le disque compact d'un artiste ? Un droit d'écoute ou un bien personnel ?

3.1.1.1.3 Qu'achète-t-on en achetant un disque compact audio ?

Le droit d'auteur se définit notamment comme le droit *exclusif* de reproduction[69]. C'est-à-dire que la seule personne autorisée à reproduire l'œuvre est l'auteur ou le titulaire du droit d'auteur[70]. Lorsque nous achetons un disque, nous n'achetons pas ce droit de reproduction car le cas échéant, nous pourrions le commercialiser ou le vendre à notre tour et nous enrichir aux dépens des artistes-interprètes, des auteurs et des producteurs de disques. De plus, ce scénario rendrait l'article 80, ainsi que toute la partie VIII, de la *Loi sur le droit d'auteur* tout à fait futile. L'achat du disque pourrait être décrit comme l'équivalent d'aller entendre l'artiste en concert, sur quoi nous ajoutons la flexibilité de la fréquence et l'endroit, voire le choix personnel du moment opportun d'écouter l'artiste en question. Donc, il semblerait que nous achetions un droit d'écoute, accompagné parallèlement, depuis 1998, d'un droit à la copie privée que l'on obtient lors de l'achat de supports audio vierges.

La Commission sur le droit d'auteur se demande « si les échantillons [de musique disponible sur Internet] gratuits sont assortis du droit de copie privée ». La réponse, qu'elle soit positive ou négative, ne semble pas pertinente dans la question des redevances dues à la suite de l'achat des supports audio. Le droit de copie pour usage privé, bien qu'il provienne de la Loi, semble plutôt se matérialiser

68. [2000] A.C.F. 960 au para. 7 [*AVS Technologies*].
69. *Loi sur le droit d'auteur*, *supra*, note 1, par. 3(1) et al. 3(1)a).
70. Sunny HANDA, *Copyright Law in Canada*, Canada, Butterworths, 2002, p. 336, où il est fait mention de cession des droits d'auteur [Handa] ; *Loi sur le droit d'auteur*, *supra*, note 1, art. 13(1)-(5) où il est question de possession du droit d'auteur ainsi que de cession des droits d'auteur.

lors de l'achat du support audio vierge. Après tout, la redevance aux ayants droit provient de l'achat du support audio vierge et non du disque compact préenregistré.

En somme, le système de redevances joue un rôle important au Canada. Malgré l'initiative législative en vue de rétablir l'équilibre qui est censé exister entre les auteurs et la société, il est important de comprendre que, dans ce système, certains consommateurs seront surtaxés et d'autres pas assez, tout comme certains auteurs seront trop rémunérés et d'autres pas assez. Comme le juge Linden l'indique, « [c]e régime ne peut être parfait ; il s'agit d'un calcul approximatif, qui suppose que certains seront surtaxés et d'autres pas assez »[71]. Le régime n'a pas été mis en place pour régler complètement tous les problèmes pécuniaires des ayants droit concernés par la copie pour usage privé, ni pour imposer des tarifs sur tout support numérique.

3.1.2 Le fonctionnement du système de redevances de la partie VIII – Copie pour usage privé

La rémunération des ayants droit pour la violation de leur droit exclusif de reproduction est théoriquement une bonne façon de pallier cette violation. Par contre, pour concrétiser cette théorie, toute une procédure a dû être élaborée. Nous allons examiner ce système de redevances plus en détail afin de bien saisir les conséquences que peut causer la protection juridique des mesures techniques de protection du droit d'auteur en droit canadien.

3.1.2.1 Le droit à une rémunération

Pour les ayants droit admissibles, une rémunération provenant du tarif ajouté aux supports audio est prévue dans la partie VIII de la *Loi sur le droit d'auteur*. L'article 81 prévoit que :

> [c]onformément à la présente partie et sous réserve de ses autres dispositions, les auteurs, artistes-interprètes et producteurs admissibles ont droit, pour la copie à usage privé d'enregistrements sonores ou d'œuvres musicales ou de prestations d'œuvres musicales qui les constituent, à une rémunération versée par le fabricant ou l'importateur de supports audio vierges.

71. *AVS Technologies*, *supra*, note 68, par. 7.

Ces ayants droit admissibles sont pour la plupart membres d'une société de gestion, agissant en tant qu'intermédiaire entre la Société canadienne de perception de la copie pour usage privé (SCPCP) et l'ayant droit admissible. Si un ayant droit n'est pas membre d'une société de gestion, ce dernier possède quand même un recours et peut :

> [r]éclamer la rémunération visée à l'article 81 auprès de la société de gestion désignée par la Commission, d'office ou sur demande, si pendant la période où une telle rémunération est payable, un tarif homologué s'applique à leur type d'œuvre musicale, de prestation d'une œuvre musicale ou d'enregistrement sonore constitué d'une œuvre musicale ou d'une prestation d'une œuvre musicale, selon le cas.[72]

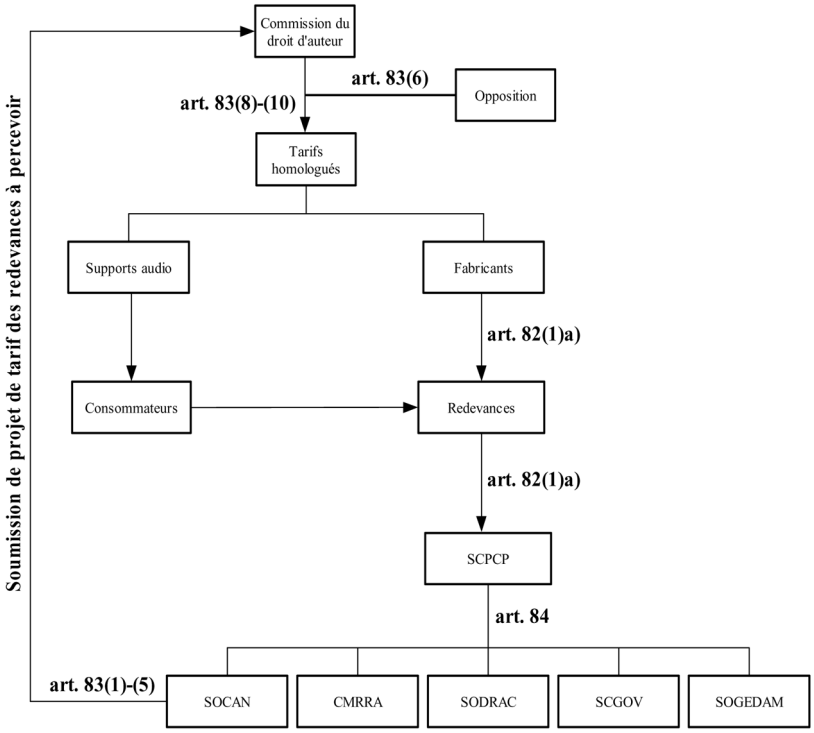
3.1.2.2 Redevances

Le diagramme ci-dessous démontre le fonctionnement du système de redevances de la copie pour usage privé. Les sociétés de gestion, agissant au nom des ayants droit, déposent leur projet de tarif des redevances à percevoir à la Commission du droit d'auteur. Ensuite, la Commission publie les tarifs proposés dans la *Gazette du Canada* tout en indiquant que quiconque peut s'opposer dans les soixante jours suivant la publication. Après quoi, la Commission tranchera et homologuera les tarifs qui seront également publiés dans la *Gazette du Canada* et seront en vigueur pour une période déterminée. Ces tarifs sont ajoutés au support audio en vue d'être payés par les consommateurs afin de combler les redevances payées par les fabricants à la SCPCP. Par la suite, la SCPCP distribue les redevances parmi les sociétés de gestion agissant au nom des ayants droit qui les retournent à leurs membres (auteurs, artistes-interprètes, etc.)[73].

---

72. *Loi sur le droit d'auteur*, *supra*, note 1, par. 83(11).
73. Depuis le 13 décembre 2003, et jusqu'au moment de la rédaction de cet article, le taux de redevances sur les supports audio est de 0,29 $ par cassette audio d'une durée de 40 minutes ou plus ; 0,21 $ par CD-R ou CD-RW ; 0,77 $ par CD-R audio, CD-RW audio ou MiniDisc, *Tarif des redevances à percevoir par la SCPCP en 2003 et 2004 sur la vente, au Canada, de supports audio vierges*, Gaz. C. 2003.I.Supplément (Commission sur le droit d'auteur) [*Tarif des redevances 2003-2004*] ; *Projet de tarif des redevances à percevoir par la SCPCP sur la vente, au Canada, de supports audio vierges pour l'année 2005*, Gaz. C. 2004.I.Supplément (Commission sur le droit d'auteur), les tarifs proposés dans ce projet sont exactement les mêmes que ceux dans *Tarif des redevances 2003-2004*.

Système de redevances pour la copie pour usage privé



La Commission sur le droit d'auteur a maintenu les tarifs imposés sur les cassettes audio, les CD-R, CD-RW, CD-R audio, CD-RW audio et MiniDisc au même montant que les tarifs imposés dans sa décision du 16 décembre 2000[74]. La question de savoir ce qui constituait un support audio a cependant été soulevée dans la décision du 12 décembre 2003, à la suite d'une demande de la SCPCP d'imposer des tarifs sur la mémoire intégrée à certains appareils mais non aux appareils mêmes.

74. *Tarif des redevances à percevoir par la SCPCP en 2001 et 2002 pour la vente de supports audio vierges, au Canada, pour la copie pour usage privé d'enregistrements sonores ou d'œuvres musicales ou de prestations d'œuvres musicales qui les constituent*, Gaz. C. 2000.I.Supplément (Commission sur le droit d'auteur).

Sur ce point, la Commission indique que la définition de « support audio », dans la *Loi sur le droit d'auteur*[75], n'aurait pas pu être formulée de façon plus large et « le sens ordinaire de ces mots exclut la possibilité que la redevance ne devrait s'appliquer qu'aux supports amovibles »[76]. D'autant plus, rien n'indique dans cette définition que le support ne peut être intégré. En plus de la formulation de la définition de « support audio », la Cour d'appel fédérale a énoncé dans l'arrêt *SOCAN* c. *ACFI* que « [l]orsque son libellé et son objet fondamental le permettent, un texte de loi devrait être interprété de manière à tenir compte des progrès technologiques »[77].

La Commission a donc conclu que refuser la proposition tarifaire sur la mémoire intégrée irait à l'encontre de la définition et du principe énoncé par la Cour d'appel fédérale. Pour ces raisons, les tarifs ci-dessous ont été ajoutés aux tarifs préexistants :

> pour la mémoire non amovible intégrée en permanence à un enregistreur audionumérique, 2 $ par enregistreur pouvant enregistrer au plus 1 Gigaoctet (Go) de données, 15 $ par enregistreur pouvant enregistrer plus de 1 Go et au plus 10 Go de données, et 25 $ par enregistreur pouvant enregistrer plus de 10 Go de données.[78]

Cette décision de la Commission du droit d'auteur d'imposer un tarif sur la mémoire non amovible a été renversée dans l'affaire *Canadian Private Copying Collective* c. *Canadian Storage Media Alliance*[79] de la Cour d'appel fédérale. Le juge Noël a conclu que cette décision n'était pas « correcte »[80]. La mémoire non amovible intégrée dans les enregistreurs audionumériques n'est pas prévue dans la définition de « support audio » contenue dans la *Loi sur le droit d'auteur*. Par conséquent, la Commission n'avait pas compétence pour imposer un tarif aux enregistreurs audionumériques et c'est en fonction de ces derniers qu'elle a maintenu sa décision. La Commission ne peut donc pas déterminer un tarif pour un enregistreur audionumérique et l'appliquer à la mémoire non amovible intégrée dans ces enregistreurs (support audio)[81]. Le juge a conclu que c'est

75. *Loi sur le droit d'auteur*, *supra*, note 1, art. 79.
76. *Copie privée 2003-2004*, *supra*, note 65.
77. *SOCAN* c. *ACFI*, [2002] 4 C.F. 3, par. 122 [*SOCAN*].
78. *Tarif des redevances 2003-2004*, *supra*, note 73.
79. [2004] FCA 424 [*Canadian Storage Media Alliance*].
80. *Ibid*., par. 146-148, le juge explique que le critère de contrôle judiciaire applicable est la décision correcte et qu'en l'espèce, la Commission n'a pas interprété la définition de « support audio » correctement.
81. *Ibid*., par. 152.

au Parlement de décider si les enregistreurs audionumériques doivent être compris dans la définition de « support audio ». La partie VIII ne confère pas ce pouvoir de décision à la Commission du droit d'auteur.

La SCPCP a annoncé le 13 janvier 2005 qu'elle allait « demander à la Cour suprême du Canada la permission d'en appeler de la décision de la Cour fédérale d'appel du 14 décembre 2004 »[82]. La SCPCP argumentera que la Commission du droit d'auteur avait la compétence pour imposer ces redevances sur la mémoire intégrée aux enregistreurs audionumériques et que la définition de « support audio » devrait tenir compte de l'évolution des appareils utilisés par les consommateurs qui s'adonnent à la copie pour usage privé[83].

La Commission sur le droit d'auteur a compétence notamment sur l'établissement et le calcul des redevances[84]. Bien que la Commission ne possède pas une compétence exclusive en matière d'interprétation législative, car elle ne saurait prétendre à une plus grande compétence que les tribunaux en ce domaine, elle a tout de même compétence pour interpréter la définition de « support audio » afin d'exercer sa compétence spécialisée en matière de calcul des redevances.

L'interprétation de la définition de « support audio » était, selon nous, conforme à l'objet de la partie VIII de la Loi, soit de légaliser la copie pour usage privé[85]. De plus, la définition était conforme aux propos du juge Evans dans l'affaire *SOCAN* c. *ACFI*, c'est-à-dire que l'interprétation de « support audio » doit « tenir compte des progrès technologiques »[86]. Nous sommes d'avis que la Commission avait raison d'élargir la définition afin d'y inclure les enregistreurs audionumériques. Sinon, nous sommes d'avis que le droit ne sera jamais en mesure de s'acquitter de ses tâches dans ce domaine, car le libellé de la Loi sera toujours en retard face à l'avancement technologique.

---

82. « La Société canadienne de perception de la copie privée ira en appel de la décision de la Cour fédérale d'appel concernant les enregistreurs audionumériques », en ligne : Société Canadienne de Perception de la Copie Privée <http://cpcc.ca/francais/pdf/AppelDecisionCourFederale.pdf>.
83. *Ibid*.
84. *Loi sur le droit d'auteur*, *supra*, note 77, art. 83(6) ; *SOCAN*, *supra*, note 77, par. 98.
85. *Alliance évangélique*, *supra*, note 57.
86. *SOCAN*, *supra*, note 77, par. 122.

3.1.2.3 Répartition des redevances

La Société canadienne de perception de la copie privée (SCPCP) s'occupe de rémunérer les auteurs, les artistes-interprètes et les producteurs admissibles. La distribution s'effectue de la façon suivante :

a) 66 % à être partagé entre la Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique (SOCAN), l'Agence canadienne des droits de reproduction musicaux (CMRRA) et la Société du droit de reproduction des auteurs, compositeurs et éditeurs au Canada (SODRAC), pour les auteurs admissibles ;

b) 18,9 % à être partagé entre la Société canadienne de gestion des droits voisins (SCGDV) et la Société de gestion des droits des artistes-musiciens (SOGEDAM), pour les artistes-interprètes admissibles ;

c) 15,1 % à la Société canadienne de gestion des droits voisins (SCGDV) pour les producteurs admissibles.

Ces organismes, tels la Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique (SOCAN), s'occupent par la suite de rémunérer leurs membres afin de pallier la violation de leur droit exclusif de reproduction. Il existe tout de même des exemptions face à ces redevances.

3.1.2.4 Exemptions

La vente effectuée par les fabricants à une société, à une association ou à une personne morale représentant des personnes ayant des déficiences perceptuelles est exemptée de redevances[87]. Dans l'éventualité où le support audio n'est pas acheté chez le fabricant ou l'importateur, l'organisme représentant les personnes ayant des déficiences perceptuelles peut demander un remboursement à la SCPCP[88]. La seule condition pour ces organismes est d'être inscrits en conformité avec les règlements établis par le gouverneur en conseil[89].

On trouve également, dans la *Loi sur le droit d'auteur*, une autre forme d'exemption concernant les fabricants de supports audio

87. *Loi sur le droit d'auteur*, *supra*, note 1, art. 86(1).
88. *Ibid.*, art. 86(2).
89. *Ibid.*, art. 86(3).

vierges. Effectivement, si « [l']exportation est une condition de vente ou autre forme d'aliénation »[90] aucune redevance n'est due de la part du fabricant.

Finalement, la SCPCP a mis en place en 1999 un système d'exonération des tarifs à payer pour la copie pour usage privé. Ce programme, aussi nommé « taux zéro », a été créé pour répondre aux besoins des gens et organismes nécessitant l'usage de supports vierges habituellement assujettis à des redevances mais à des fins autres que la copie pour usage privé. Il semblait injuste que ces derniers paient alors qu'ils ne s'adonnaient pas à la copie pour usage privé. À ce jour, les acheteurs pouvant bénéficier du programme d'exonération sont :

> les établissements d'enseignement, les radiodiffuseurs, les organismes d'application de la loi, les agences publicitaires, les industries de la musique, du cinéma et de la vidéo, les cours, tribunaux et sténographes judiciaires, les organismes religieux, les firmes de télémarketing, les sociétés de services et d'ingénierie en informatique, les services de duplication, les institutions médicales, les compagnies technologiques, les compagnies spécialisées en conférences et formation, les gouvernements et les autres firmes faisant de la duplication de données audio et autres pour utilisation commerciale.[91]

Ces acheteurs peuvent se procurer des cassettes audio, des MiniDiscs, des CD-R audio, des CD-RW audio, des CD-R et des CD-RW sans avoir à payer les tarifs normalement imposés sur ces supports audio vierges. Une procédure administrative a été mise en place comprenant des modalités d'inscription, des restrictions quant à l'utilisation, un système de numéro de certificat validant une vente, des frais d'administration, des rapports annuels à remettre ainsi qu'une liste de distributeurs agréés par la SCPCP pouvant vendre ces supports audio vierges hors redevances[92].

Ce programme d'exonération a été contesté dans le dossier copie privée 2003-2004 de la Commission du droit d'auteur. À deux contre un, la Commission a conclu que « le programme est sans fondement juridique, et donc illégal »[93]. La SCPCP, qui est en

90. *Ibid*., par. 82(2).
91. Taux zéro et exemptions, en ligne : La Société canadienne de perception de la copie privée <http://cpcc.ca/francais/dispositions.htm>.
92. *Ibid*.
93. *Copie privée 2003-2004*, *supra*, note 65, p. 27.

désaccord avec la décision majoritaire de la Commission, a déposé une demande de contrôle judiciaire à la Cour d'appel fédérale.

La Cour d'appel fédérale a conclu que la Commission sur le droit d'auteur, en énonçant que le programme d'exonération était illégal, voulait dire qu'elle n'allait pas en tenir compte lors de la détermination des tarifs à percevoir sur les supports audio vierges[94], contrairement au vœu de la SCPCP, que le programme d'exonération soit pris en compte en tant que réalité du marché de sorte que les tarifs soient plus élevés et compensent les pertes éventuelles du programme d'exonération. Une telle décision aurait comme conséquence de créer de nouvelles exceptions à la *Loi sur le droit d'auteur*, lesquelles seraient tout simplement contraires à l'intention du législateur[95].

Nous sommes d'avis que la SCPCP ne possède pas la compétence pour créer un tel programme d'exonération. De fait, les rôles de l'organisme de perception se limitent plutôt à la cueillette des redevances, la répartition des redevances aux sociétés de gestion et au remboursement de redevance payée par une personne souffrant de déficience perceptuelle ou toute association, société ou personne morale agissant en son nom, ce qui correspond à la seule exemption prévue dans la *Loi sur le droit d'auteur*[96]. Nulle part dans la Loi, le législateur ne confère-t-il la compétence à la SCPCP de créer un programme d'exonération. De plus, si le législateur avait voulu exempter les personnes visées par le programme d'exonération de la SCPCP, il l'aurait fait à l'article 86 où il a énoncé la seule exception, soit celle portant sur les personnes souffrant de déficience perceptuelle.

3.1.2.5 Recours civils

Cette section de la *Loi sur le droit d'auteur*, en sus de tout autre recours, prévoit la possibilité de recouvrer les redevances dues à la SCPCP[97]. Le besoin de créer un effet dissuasif en cas de non-paiement permet au tribunal compétent, saisi d'un tel recours, de condamner le fautif à payer la SCPCP jusqu'au quintuple du montant des redevances dues[98]. Cette section a aussi comme but de

94. *Canadian Storage Media Alliance*, *supra*, note 79, par. 125.
95. *Ibid*.
96. *Loi sur le droit d'auteur*, *supra*, note 1, art. 82, 84 et 86.
97. *Ibid.*, par. 88(1).
98. *Ibid.*, par. 88(2) et (4).

démontrer le caractère impératif des redevances et par le fait même de tout le système de redevances pour la copie pour usage privé[99].

3.1.3 Conclusion

La partie VIII de la *Loi sur le droit d'auteur*, même expliquée de façon rigoureuse, est en bout de ligne une compensation de la violation du droit exclusif de reproduction appartenant aux auteurs ou tout autre ayant droit, payée par les consommateurs. Elle vient, comme nous l'avons vu, légaliser la copie pour usage privé par le biais d'un système de redevances.

Il s'ensuit, selon nous, une contradiction entre les mesures techniques et la copie pour usage privé. La partie VIII de la *Loi sur le droit d'auteur* permet aux Canadiens de reproduire légalement les œuvres musicales. À l'opposé, les disques compacts sont protégés par des mesures techniques rendant bon nombre de reproductions impossibles. Bien qu'il y ait une évolution de certaines mesures techniques permettant notamment une reproduction du disque compact, rien n'indique que la copie pour usage privé se limite à un seul exemplaire. De fait, comme mentionné ci-dessus, ce droit se matérialise lors de l'achat de support audio vierge. Par conséquent, une personne pourrait avoir une copie du disque dans sa voiture, une autre de sauvegarde, etc. et demeurer, malgré tout, dans le cadre légal de la copie pour usage privé. La mise en œuvre du *Traité sur le droit d'auteur* et du *Traité sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes* de l'OMPI en droit canadien causerait donc un paradoxe juridique, à première vue, inconciliable. Les consommateurs se retrouveraient dans la position où ils paieraient pour le transfert illégal d'œuvres musicales sur Internet, ce qui est selon nous une affaire tout à fait différente de la copie pour usage privé[100]. La question qui se poserait donc à ce moment-là serait la suivante : pourquoi paie-t-on les tarifs sur les supports audio vierges ? En ce sens, l'inclusion des mesures techniques de protection du droit d'auteur – et donc l'appui législatif de leur utilisation en sol canadien – serait un pas en arrière dans la rémunération des ayants droit admissibles car les ventes de support audio vierge risqueraient de chuter, considérant l'impossibilité de reproduire les œuvres musicales. Sinon, le consommateur paierait pour un droit fictif.

---

99. *Ibid.*, par. 88(3).
100. Insinuant que l'augmentation des tarifs est due en partie au transfert d'œuvres musicales sur Internet.

Certes, les mesures techniques de protection du droit d'auteur existent malgré l'absence de la mise en œuvre des deux traités de 1996 de l'OMPI en droit canadien. Toutefois, l'intégration des mesures techniques au Canada causerait une contradiction juridique et pourrait possiblement créer un effet de rébellion auprès des consommateurs qui se verraient doublement pénalisés. Cette conséquence n'est pas la seule. Les mesures techniques affectent même certains éléments fondamentaux du droit d'auteur.

3.2 Limitations et exceptions au droit d'auteur

C'est grâce aux limitations et exceptions au droit d'auteur qu'il existe un juste équilibre entre les ayants droit et la société. Sans ces exceptions, le système de protection d'œuvres serait très onéreux et par conséquent, l'information serait réservée à ceux et à celles qui peuvent se l'offrir. Un tel système ne favoriserait pas l'enrichissement intellectuel et culturel de la société. Le cas échéant, le système de droit d'auteur serait contraire à son développement historique et offrirait un monopole absolu sur l'information. Il n'existe aucun système de droit d'auteur de la sorte dans le monde d'aujourd'hui, car tous les États ont convenu que la dissémination de la richesse littéraire, dramatique, musicale et artistique était souhaitable. Cet objectif social a eu comme conséquence de multiplier les exceptions aux droits d'auteur.

Il existe plusieurs exceptions dans la *Loi sur le droit d'auteur* afin de balancer les intérêts divergents. Tel que l'indiquait la juge en chef McLachlin,

> [...] l'objet de la Loi *sur le droit d'auteur* était d'établir un juste équilibre entre la promotion, dans l'intérêt public, de la création et de la diffusion des œuvres artistiques et intellectuelles, d'une part, et l'obtention d'une juste récompense pour le créateur, d'autre part.[101]

Les exceptions sont de l'ordre du domaine public[102], de l'utilisation équitable, des établissements d'enseignement, des bibliothèques, musées et services d'archives, des programmes d'ordinateur,

101. *CCH Canadienne*, *supra*, note 58, par. 23.
102. Il n'y a aucune mention du domaine public dans la *Loi sur le droit d'auteur*. Le domaine public ne semble donc pas être une exception au même titre que les autres. En ce sens, le domaine public est davantage une limitation au droit d'auteur qu'une exception.

des incorporations incidentes, des enregistrements éphémères, des retransmissions, des personnes ayant des déficiences perceptuelles, des obligations découlant de la loi et d'autres cas de non-violation[103]. Nous ne nous attarderons qu'au domaine public, à l'utilisation équitable ainsi qu'à certaines autres exceptions de la Loi afin de mesurer l'ampleur des conséquences possibles de la protection juridique des mesures techniques de protection du droit d'auteur en relation avec ces exceptions.

3.2.1 Le domaine public

De façon générale, la durée de protection, offerte par le droit d'auteur sur une œuvre, correspond à la vie de l'auteur (plus précisément, du détenteur des droits sur l'œuvre) plus 50 ans[104]. À la suite de cette période de protection, l'œuvre fait partie du domaine public et peut, par exemple, être reproduite sans l'autorisation du titulaire de droit d'auteur[105].

Cette vision du domaine public date de plus de 200 ans. En 1769 dans l'affaire *Millar* c. *Taylor*[106], la Cour du Banc du Roi avait penché en faveur de l'argument du droit de propriété naturel perpétuel, qui semblait exister en common law, entre l'auteur et l'œuvre. Cinq ans plus tard, dans l'affaire *Donaldson* c. *Beckett*[107], la House of Lords énonçait que le droit de common law était fusionné avec celui fourni dans le *Statute of Anne*[108]. Les deux ne faisant qu'un, la durée du droit de propriété était par le fait même limitée. Cette limitation dans le temps, par opposition à un droit perpétuel, a donné naissance à ce que nous connaissons aujourd'hui sous le nom de « domaine public ».

Outre l'échéance de la durée de protection de l'œuvre offerte par la *Loi sur le droit d'auteur*, il semble y avoir deux raisonnements populaires expliquant la nature du domaine public. D'un côté, les œuvres dans le domaine public sont celles qui ne peuvent bénéficier d'un droit d'auteur (*e.g.* une nouvelle, une idée, un fait, un néologisme) et de l'autre côté, le domaine public est perçu comme étant la

103. *Loi sur le droit d'auteur*, *supra*, note 1, art. 29-32.2.
104. HANDA, *supra*, note 70, p. 243-244 ; *Loi sur le droit d'auteur*, *supra*, note 1, art. 6.
105. *Ibid*.
106. [1769] 4 Burr. 2303, 98 E.R. 201 (K.B.)
107. [1774] 4 Burr. 2408, 1 E.R. 837 (H.L.).
108. *An Act for the Encouragement of Learning by vesting the Copies of printed Books in the Authors or Purchasers of such copies, during the Times therein mentioned*, (U.K.), 8 Anne, c. 21.

pierre angulaire du système de protection permettant l'utilisation des œuvres[109]. Dans un cas comme dans l'autre, le propre du domaine public est de permettre une utilisation de certains éléments qui, s'ils étaient protégés, étoufferaient la créativité en limitant de façon significative les sources dont s'inspirent les auteurs.

En somme, le domaine public existe pour alléger un système de protection qui serait, le cas échéant, trop onéreux et aurait tendance à limiter la création. Tel que l'indiquait le juge Binnie, de la Cour suprême du Canada :

> [u]n contrôle excessif de la part des titulaires du droit d'auteur et d'autres formes de propriété intellectuelle pourrait restreindre indûment la capacité du domaine public d'intégrer et d'embellir l'innovation créative dans l'intérêt à long terme de l'ensemble de la société, ou créer des obstacles d'ordre pratique à son utilisation légitime.[110]

Le domaine public peut donc être décrit comme étant le prix à payer en échange du droit de propriété offert aux auteurs pendant un temps limité. En ce sens que la période de protection des œuvres n'est pas perpétuelle. La question qui se pose maintenant est de savoir si les ayants droit paieront toujours par le biais du domaine public avec l'utilisation de mesures techniques de protection du droit d'auteur ?

3.2.1.1 Les mesures techniques et le domaine public

Tel que mentionné ci-dessus, le domaine public représente un ensemble d'œuvres ou d'éléments qui, en raison notamment de leur manque d'originalité[111], ou en raison de l'expiration d'un délai ou de la nature de l'œuvre, ne sont pas protégés par le droit d'auteur. Comment se manifestera l'interaction entre les mesures techniques de protection du droit d'auteur et le domaine public ?

3.2.1.1.1 Une protection de l'œuvre à perpétuité

De façon générale, les mesures techniques accordent certaines possibilités qui autrement, ne seraient pas permises par la *Loi sur*

---

109. Jessica LITMAN, « The Public Domain », (1990) 39 *Emory L.J.* 965, 967-968.
110. *Théberge* c. *Galerie d'Art du Petit Champlain inc.*, [2002] 2 R.C.S. 336, par. 32.
111. À ce sujet, voir LITMAN, *supra*, note 109.

le droit d'auteur. La durée de l'œuvre n'échappe pas à cette liste. Les mesures techniques de protection du droit d'auteur, indépendamment de l'utilisation que l'on fait de l'œuvre ou de sa durée de protection, vont protéger les œuvres à perpétuité, diminuant ainsi de façon considérable les œuvres comprises dans le domaine public[112]. En ce sens, les mesures techniques de protection du droit d'auteur outrepassent la législation et vont à l'encontre du principe de droit constitutionnel de la primauté du droit[113].

Paradoxalement, l'insertion de nouvelles technologies dans le droit d'auteur a plutôt tendance à nous ramener, environ 225 ans en arrière, à une pensée lockéenne, tout comme dans l'affaire *Millar* c. *Taylor* en offrant une protection à perpétuité[114]. Outre la durée de protection, les mesures techniques peuvent aussi faire fi de la *Loi sur le droit d'auteur* quant aux œuvres susceptibles de bénéficier d'une protection.

3.2.1.1.2 Une protection pour les œuvres historiquement non protégées

L'un des éléments importants dont il faut tenir compte, dans le choix d'adjoindre ou non des mesures techniques de protection du droit d'auteur aux œuvres numériques, est que ce choix revient aux auteurs, ce qui leur permet d'outrepasser la *Loi sur le droit d'auteur* par le biais d'une mesure technique de protection de l'œuvre. La conséquence d'un tel phénomène est que certaines œuvres, qui ne pouvaient se voir accorder une protection par le droit d'auteur, se verront maintenant offrir une protection équivalente[115]. Cette protection peut comporter les mêmes avantages que le droit d'auteur, *e.g.* une protection contre l'accès ou la reproduction.

L'utilisation de mesures techniques pour protéger des œuvres, historiquement non protégées par le droit d'auteur, va également diminuer l'ensemble des œuvres faisant partie du domaine public.

112. Ian KERR, Alana MAURUSHAT et Christian S. TACIT, « Mesures de protection technique : Partie II – Protection juridique des MPT », (2003) 15:3 *C.P.I.* 805, 824 [Kerr *et al.*].
113. Voir notamment *Roncarelli* c. *Duplessis*, [1959] R.C.S. 121 ; *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721 ; *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217.
114. Voir à ce sujet, Carys J. CRAIG, « Locke, Labour and Limiting the Author's Right : A Warning against a Lockean Approach to Copyright Law », (2002) 28 *Queen's L.J.* 1.
115. KERR *et al.*, *supra*, note 112, p. 840.

Une vision stricte d'un tel concept aura comme conséquence d'étouffer les créateurs en diminuant la quantité d'information accessible. Ce concept n'est pas si futile qu'il peut y paraître à première vue. L'accès bloqué sur un disque compact de musique contenant un mélange d'œuvres classiques ou un recueil électronique de jurisprudence sont des exemples de restrictions face à des œuvres supposées libres[116].

3.2.1.2 Conclusion

Les mesures techniques, par leur essence même, restreignent l'accès à l'information, comme l'indique Dusollier et Strowel, « [...] en matière de compilations d'informations et même d'œuvres, la possibilité de barrer l'accès à des contenus non protégés demeure un vrai problème »[117].

Les mesures techniques de protection du droit d'auteur, par le biais de la durée de protection et des œuvres potentiellement protégeables, ont comme incidence de diminuer l'étendue du domaine public. Cette diminution nuit conséquemment à l'accès aux œuvres et donc affecte également de façon négative la prolifération d'œuvres au sein d'une société.

3.2.2 L'utilisation équitable

L'utilisation équitable est certainement une des exceptions les plus utilisées et les plus connues, en plus de jouer un rôle fondamental dans le maintien du juste équilibre qui est censé exister entre les ayants droit et la société. L'utilisation équitable n'est cependant pas un droit d'usage privé comme bien des gens aimeraient qu'elle le soit. Plutôt, elle permet, comme son nom l'indique, une utilisation équitable d'une œuvre à des fins d'étude privée ou de recherche, à des

116. Voir notamment, Séverine DUSOLLIER et Alain STROWEL, « La protection légale des systèmes techniques, Analyse de la directive 2001/29 sur le droit d'auteur dans une perspective comparative », [2001] 1 P.I. 10, 27 [Dusollier et Strowel « Analyse de la directive 2001/29 »] ; il est à noter, en ce qui concerne les décisions des tribunaux, que Sa Majesté détient un droit d'auteur sur ces œuvres. Cependant, elle ne revendique pas l'exécution de son droit d'auteur, ce qui pousse certains auteurs de doctrine à dire que les décisions font partie du domaine public. Malgré tout, les mesures techniques pourraient protéger un droit non revendiqué par Sa Majesté, et le protéger plus longtemps qu'il est prévu dans la *Loi sur le droit d'auteur* ; *Loi sur le droit d'auteur*, *supra*, note 1, art. 12.

117. *Ibid*.

fins de critique ou de compte rendu, et à des fins de communication de nouvelles[118]. Aussi, doit-elle contenir l'information pertinente par rapport à la source de l'œuvre[119].

La Loi n'est pas très explicite quant à l'étendue et à l'application de cette exception. La jurisprudence n'est pas abondante non plus sur le sujet. L'affaire *Zamacoïs* c. *Douville*[120] de la Cour de l'Échiquier a offert quelques lignes directrices afin de déterminer si l'utilisation de l'œuvre était équitable. La Cour a énoncé notamment que la reproduction entière d'une œuvre ne peut être qualifiée d'utilisation équitable, bien que, nonobstant cette affirmation, la quantité de texte reproduit n'est pas nécessairement indicatrice d'une utilisation équitable. La Cour a également mentionné que l'utilisation n'est pas équitable s'il existe un aspect de compétition entre les deux œuvres[121].

L'arrêt, plus récent, de la Cour d'appel de l'Ontario *Allen* c. *Toronto Star Newspapers Ltd.*[122] est un peu plus révélateur quant à l'étendue et à l'application de l'utilisation équitable. Cette affaire concernait la reproduction totale de la page couverture d'un périodique (*Saturday Night*) par le journal *Toronto Star*. Le problème a surgi du fait que le demandeur Allen était l'auteur d'une photographie principale contenue sur la page couverture. Ce dernier poursuit donc le *Toronto Star* pour violation de son droit d'auteur sur la photographie. Les défendeurs plaident que cette reproduction était dans le but de communiquer une nouvelle et par conséquent, ne font qu'exercer l'exception de l'utilisation équitable.

D'abord, le juge rejette la décision faisant, jusqu'à ce moment, autorité sur le sujet, *Zamacoïs*, sur la base que la reproduction d'une œuvre dans sa totalité peut quand même faire l'objet d'une utilisation équitable[123]. Alors, bien que la portion utilisée soit un facteur important dans l'analyse, le critère principal est le but de l'utilisation et non la quantité de reproduction[124]. Dans cette affaire, l'utilisation était bel et bien dans le but de communiquer une nouvelle, en conformité avec le texte de loi, et non de profiter financièrement de cette reproduction.

118. *Loi sur le droit d'auteur*, *supra*, note 1, art. 29-29.2.
119. *Ibid*.
120. [1944] Ex. C.R. 208.
121. *Ibid*., par. 93-94, 102.
122. 36 O.R. (3d) 201, [1997] O.J. 4363.
123. *Ibid*., p. 210-211.
124. *Ibid*., p. 209.

Ce profit dont il est question semble plutôt faire référence à l'éventualité où des rivaux utilisent les œuvres de leur adversaire, dans un but déloyal, voire inéquitable. Cela ne veut pas dire pour autant que l'utilisation équitable ne peut pas servir un but commercial. Tout récemment, la Cour suprême du Canada a affirmé que la « recherche », dont il est question dans l'énoncé de l'utilisation équitable (à des fins d'études privées ou de « recherche »), ne se limitait pas au contexte non commercial ou privé[125].

La Cour indique qu'afin de se prévaloir de cette exception, il faut donc, dans un premier temps, que l'utilisation soit à une des fins énoncées dans la *Loi sur le droit d'auteur*. Aussi ces exceptions doivent-elles recevoir une interprétation large afin de maintenir un juste équilibre entre les ayants droit et les utilisateurs[126]. De plus, il faut démontrer que l'utilisation de l'œuvre est « équitable ». Étant donné que la *Loi sur le droit d'auteur* n'établit aucun critère permettant de conclure à l'utilisation « équitable » d'une œuvre, la Cour, en s'inspirant d'un passage de Lord Denning dans *Hubbard* c. *Vosper*[127], souvent cité lorsqu'il est question d'utilisation équitable, reprend les six critères énoncés par le juge Linden de la Cour d'appel fédérale. Ces critères sont le but de l'utilisation, la nature de l'utilisation, l'ampleur de l'utilisation, les solutions de rechange à l'utilisation, la nature de l'œuvre et l'effet de l'utilisation sur l'œuvre[128].

3.2.2.1 Critères définissant le caractère équitable de l'utilisation

Ces facteurs ne sont pas tous obligatoires, mais peuvent être pris en considération pour déterminer l'équité de l'utilisation d'une œuvre[129]. Afin de bien saisir la portée de cette exception, passons en revue ces critères repris par la Cour suprême du Canada.

3.2.2.1.1 Le but de l'utilisation

Le but de l'utilisation se rapporte aux situations énumérées dans la *Loi sur le droit d'auteur*, c'est-à-dire la recherche, l'étude privée, la critique, le compte rendu et la communication de nouvel-

125. *CCH Canadienne*, *supra*, note 58, par. 51.
126. *Ibid*., par. 48 et 51.
127. [1972] 2 W.L.R. 389, 394.
128. *CCH Canadienne*, *supra*, note 58, par. 53.
129. *Ibid*.

les. Si le but de l'utilisation de l'œuvre ne correspond pas à un de ces scénarios, on ne peut prétendre à une utilisation équitable d'une œuvre[130].

3.2.2.1.2 La nature de l'utilisation

La nature de l'utilisation a trait à la façon dont l'œuvre est utilisée. Par exemple, si plusieurs copies sont diffusées par opposition à une seule, l'utilisation tend à être inéquitable[131].

3.2.2.1.3 L'ampleur de l'utilisation

L'ampleur de l'utilisation, bien que ce ne soit pas là un critère déterminant, peut tout de même être utile dans la détermination de l'utilisation équitable, ou non, de l'œuvre. Il est également important de noter que, contrairement à une rumeur courante, « il est possible d'utiliser équitablement une œuvre entière »[132].

3.2.2.1.4 Les solutions de rechange

Si des solutions de rechange à l'utilisation étaient disponibles, telles qu'une œuvre non protégée, la Cour doit le prendre en compte. Il est aussi important dans l'application de ce critère d'évaluer « si l'utilisation [de cette œuvre précise] était nécessaire » dans les circonstances[133].

Notons également que le fait de ne pas obtenir une licence pour l'utilisation de l'œuvre, octroyée par le titulaire du droit d'auteur, n'est pas pertinent dans l'évaluation de solutions de rechange, voire de l'utilisation équitable. Si tel était le cas, le monopole de l'ayant droit serait drastiquement accru, sans compter qu'il serait incompatible avec la *Loi sur le droit d'auteur* et l'équilibre qui est censé exister entre les titulaires de droit d'auteur et la société[134].

3.2.2.1.5 La nature de l'œuvre

La nature de l'œuvre n'est pas un caractère décisif, mais peut être d'une certaine utilité dans la détermination de l'utilisation. Par

130. *Ibid*., par. 54.
131. *Ibid*., par. 55.
132. *Ibid*., par. 56.
133. *Ibid*., par. 57.
134. *Ibid*., par. 70.

exemple, la Cour peut conclure que l'utilisation était inéquitable si l'œuvre était confidentielle par opposition à une œuvre publiée[135].

3.2.2.1.6 L'effet de l'utilisation

Finalement, l'effet de l'utilisation de l'œuvre rejoint un de nos commentaires précédents portant sur la concurrence de l'œuvre. Si l'utilisation de l'œuvre crée un effet de concurrence par rapport à l'œuvre originale, son utilisation ne sera probablement pas équitable. C'est d'ailleurs cette incompréhension de l'exception d'utilisation équitable qui a donné lieu au conflit dans l'affaire *CCH Canadienne*. Le gain que réalisaient les avocats en utilisant les œuvres de CCH Canadienne, sans rétribuer ces derniers, a laissé croire à CCH qu'elle était en droit de recevoir une rémunération. Or, la Cour a établi que la recherche pouvait également inclure la recherche à des fins commerciales. Il est donc important de bien discerner entre l'utilisation de l'œuvre qui peut mener à un gain d'argent et l'utilisation d'une œuvre d'un concurrent. C'est dans ce sens que l'appellation anglaise *fair dealing* est peut-être plus éclairante. En consultant un dictionnaire de référence, l'on constate que *dealing* signifie notamment « transaction » et « vente »[136]. Et donc, *dealing* semble être plus indicatif d'un contexte de concurrence que ne l'est le terme équitable, du moins à première vue[137].

Voilà ce qui résume l'étendue et l'application de l'exception d'utilisation équitable telle que nous la connaissons au Canada à ce jour. Examinons maintenant l'interaction entre les mesures techniques de protection du droit d'auteur et cette exception fondamentale au système de droit d'auteur.

3.2.2.2 Les mesures techniques et l'utilisation équitable

L'utilisation équitable permet la manipulation d'une œuvre protégée de façon qui, ne serait-ce de cette exception, résulterait en une violation du droit d'auteur. Auparavant, le contrôle de la légiti-

135. *Ibid.*, par. 58.
136. *Harrap's Shorter Dictionnaire anglais-français*, 2000, *s.v.* « dealing ».
137. Ce ne serait bien sûr qu'à première vue puisque le mot « équitable » ou « équité » a également un sens commercial qui se rapproche du sens de « dealing », Le Petit Robert, *s.v.* « équitable, équité ». Cependant, le terme « équitable » au sens premier du terme démontre une : « Notion de la justice naturelle dans l'appréciation de ce qui est dû à chacun ; vertu qui consiste à régler sa conduite sur le sentiment naturel du juste et de l'injuste », d'où une certaine compréhension plus directe du contexte avec l'utilisation du terme « dealing ».

mité de l'utilisation de cette exception semblait être fondé sur la bonne foi de l'utilisateur. Elle a surtout été invoquée comme défense lors de litiges[138]. Avec l'arrivée des mesures techniques de protection du droit d'auteur, c'est justement cet élément du contrôle de la légitimité de l'usage qui est modifié et passe de la bonne foi de l'utilisateur au contrôle de l'auteur, ce qui entraîne deux conséquences.

3.2.2.2.1 La légitimité de l'exercice de l'utilisation équitable

Une des conséquences principales est que la mesure technique ne peut déterminer si l'activité qu'elle bloque relève, à juste titre, d'une exception de la *Loi sur le droit d'auteur* telle que l'utilisation équitable[139]. Ce phénomène rendrait, par le fait même, l'exception d'utilisation équitable inopérante et élargirait de façon considérable le contrôle que possèdent les ayants droit sur les œuvres.

3.2.2.2.2 L'accès à l'œuvre

Comme nous le savons maintenant, certaines mesures techniques ont comme rôle de bloquer l'accès aux œuvres numériques. Ce blocage peut anéantir toute possibilité de se prévaloir de l'utilisation équitable ou du moins, restreindre l'utilisation de l'exception à plusieurs personnes ne possédant pas les connaissances informatiques nécessaires pour contourner la mesure technique de protection[140]. Selon certains auteurs de doctrine, il est indispensable que les institutions ou les particuliers, désireux de se prévaloir de cette exception (ainsi que des autres exceptions), soient en mesure d'obtenir le moyen de contournement de l'œuvre[141]. D'autres soulignent que des systèmes de la sorte, tels l'entiercement, n'existent pas encore et que leur implantation serait très coûteuse et complexe[142].

Avant d'analyser le concept de l'entiercement, notons également que le fait de transférer le contrôle de l'exercice de l'utilisation équitable à l'auteur ou au titulaire de droit d'auteur aurait pareillement comme conséquence de donner un pouvoir décisionnel, normalement dévolu au pouvoir judiciaire, à ces ayants droit.

---

138. David W. SCOTT et Timothy COLLINS, « Criminal Copyright Offences : The Defence Perspective », (1995) 38 *Crim. L.Q.* 158, 167-171.
139. DUSOLLIER et STROWEL, « Analyse de la directive 2001/29 », *supra*, note 116, p. 18.
140. Éric LABBÉ, « L'accès aux dispositifs de neutralisation des œuvres verrouillées : une condition nécessaire à l'exercice d'exceptions au droit d'auteur », (2002) 14:3 *C.P.I.* 741, 747-748 [Labbé].
141. KERR *et al.*, *supra*, note 112, p. 857.
142. LABBÉ, *supra*, note 140, p. 772-773.

3.2.2.2.2.1 L'entiercement

L'entiercement est une solution possible à cet enchevêtrement d'interactions entre les mesures techniques de protection et les exceptions au droit d'auteur. L'entiercement consiste à remettre les moyens de contournement des mesures techniques apposées aux œuvres par les auteurs à une tierce partie, laquelle accorderait ces dispositifs aux utilisateurs qui rencontrent certaines exigences. Outre ces exigences, quelques conditions s'ajouteraient à l'attribution du moyen de contournement tel que le tatouage numérique de la copie, une déclaration de bonne foi de la part de l'utilisateur et l'identification de ce dernier, lesquelles seraient détenues par le tiers[143].

Cependant, cette façon de faire s'accompagne également de certaines lacunes, notamment la garantie que l'utilisation sera dans le cadre de l'exception. L'entiercement offre un système permettant la possibilité de se prévaloir des exceptions au droit d'auteur dont l'utilisation équitable face aux œuvres numériques protégées par des mesures techniques. Bien que l'entiercement vaille la peine d'être mentionné, ce système n'existe pas encore contrairement aux mesures techniques de protection du droit d'auteur qui, elles, sont bien réelles.

3.2.2.3 Conclusion

L'utilisation équitable joue un rôle important dans la transmission de nouvelles, la recherche et, de façon générale, dans l'enrichissement culturel et l'épanouissement d'une société libre et démocratique. De plus, cette exception occupe une place de premier plan dans l'équilibre qui est censé exister entre les producteurs d'œuvres et les utilisateurs.

Les mesures techniques de protection du droit d'auteur peuvent interdire à certains utilisateurs de se prévaloir de cette exception bien que ces derniers soient pleinement en droit d'utiliser l'œuvre en question. Les conséquences concrètes de cette restriction nuisent également à l'avantage de la dématérialisation que procure le numérique. On peut imaginer qu'une mesure technique, qui interdirait la reproduction de certains documents de recherche, entraverait non seulement le droit d'exercer l'exception d'utilisation équitable, mais aussi la flexibilité qu'offre le format numérique dans le travail d'un ordinateur à l'autre, voire du lieu de travail à la maison.

143. *Ibid.*, p. 772.

Le débat sur le sujet est loin d'être terminé au Canada, surtout si la Cour suprême du Canada maintient que cet équilibre entre les ayants droit et la société doit exister et que l'utilisation équitable joue un rôle clé dans cet équilibre[144]. D'autant plus qu'étant donné que la Cour offre une interprétation large de cette exception, nous estimons qu'elle sera d'avis que les mesures techniques de protection du droit d'auteur ne peuvent entraver l'exercice des utilisateurs de se prévaloir des exceptions de cette façon et, plus particulièrement, de se prévaloir de l'utilisation équitable.

3.2.3 Les mesures techniques et quelques autres exceptions

Parmi les autres exceptions, nous aimerions souligner certaines particularités touchant aux bibliothèques et les programmes d'ordinateur tout en abordant quelques notions portant sur les licences. En ce qui a trait aux bibliothèques, des complications pourraient survenir lors d'échange entre bibliothèques si certaines œuvres littéraires numériques possédaient des mécanismes anti-copie empêchant l'enregistrement de ces documents.

Notons que les licences émises par *Access Copyright* n'autorisent pas l'utilisation d'œuvres protégées par des mesures techniques de protection du droit d'auteur, ce qui risque d'affecter la circulation d'information entre les bibliothèques et, par le fait même, nuire aux plus petites bibliothèques qui n'ont pas les moyens des plus grands établissements.

Par-dessus tout, la description de licence pour documents numériques offerts par *Access Copyright* met en garde les utilisateurs face à l'utilisation équitable des œuvres numériques protégées par le droit d'auteur[145]. Ce comportement de *Access Copyright* est compréhensible si l'on considère que cette société de gestion a été créée par des éditeurs et des créateurs craignant certaines utilisations illégales des œuvres numériques puisqu'elles constituent une copie parfaite et pourraient servir à la publication. En n'offrant pas de licence de maniement d'œuvres numériques protégées par des mesures techniques, *Access Copyright* limite la portée des exceptions et renforce le droit des détenteurs de droit d'auteur d'instaurer des mesures techniques de protection bien que ce droit n'existe pas encore en droit canadien.

---

144. *CCH Canadienne*, *supra*, note 58, par. 10, 23, 48 et 70.
145. Licence pour documents numériques, en ligne : Access Copyright – The Canadian Copyright Licensing Agency <http://www.accesscopyright.ca/licenses.asp?a=10&lang=fr>.

À la limite, des licences ponctuelles[146] peuvent être octroyées pour la reproduction d'œuvres numériques. La licence doit être obtenue avant toute reproduction et ce pour chaque reproduction. Les coûts de la licence sont calculés selon le média utilisé et le nombre de pages reproduites[147].

En ce qui à trait aux programmes d'ordinateur, la section relative à l'adaptation, à la modification, à la conversion ou à la traduction d'un programme d'ordinateur n'a pratiquement plus d'application aujourd'hui puisque les programmes d'ordinateur se vendent maintenant dans des emballages prêts à être utilisés conformément aux systèmes d'exploitation[148]. Cet énoncé est vrai pour la plupart des ordinateurs personnels sauf ceux utilisant un système d'exploitation plus avancé tel que Linux dont la plupart des programmes d'ordinateur sont « *open source* » ou distribués sous la licence *GPL* (*General Public Licence*)[149] et donc ne nécessitant pas d'exception au droit d'auteur de toute façon.

C'est donc dire que la protection des programmes d'ordinateur par l'utilisation de mesures techniques n'aurait pratiquement aucun impact face à cette exception puisqu'elle n'est que théorique et ne semble avoir aucune application pratique dans l'industrie du logiciel. L'exception prévoit des comportements qui sont tout simplement impossibles, en raison de la façon dont sont fabriqués les programmes d'ordinateur et à la dissimulation du code source, ou tous éléments nécessaires à l'adaptation, à la modification, à la conversion ou à la traduction. D'autre part, l'exception n'est pas nécessaire pour la majorité des utilisateurs pouvant s'en prévaloir (e.g. utilisateurs du système d'exploitation Linux) étant donné que la manipulation des programmes qu'ils utilisent (*open source*) ne constitue pas une violation du droit d'auteur.

---

146. Licences ponctuelles, en ligne : Access Copyright – The Canadian Copyright Licensing Agency <http://www.accesscopyright.ca/licenses.asp?a=21>, ces licences « sont destinées aux utilisateurs – occasionnels ou d'un jour – d'œuvres protégées par le droit d'auteur ».
147. *Ibid*. ; il est à noter que les licences ponctuelles peuvent être octroyées pour toutes œuvres indépendamment du format.
148. Handa, *supra*, note 70, p. 82.
149. GNU General Public Licence Version 2, June 1991 en ligne : <http://www.gnu.org/licenses/gpl.txt>, le préambule de cette licence indique que contrairement à la plupart des licences de programme d'ordinateur, qui empêchent toutes modifications de ce dernier, celle-ci garantit la liberté de partager et modifier les programmes d'ordinateur distribués sous la licence GPL. En somme, elle permet la reproduction, la distribution et la modification des programmes d'ordinateur puisque le code source est disponible au gré de l'utilisateur ; voir également, Alana MAURUSHAT, « Open Source, Open Arms : An Open-Ended Question », (2002) 1:3 *C.J.L.T.* 39, 44.

La section portant sur la copie de sauvegarde, quant à elle, soulève plusieurs questions à différents niveaux. Certaines questions se posent au niveau de la sémantique de cette exception, notamment du fait que les programmes d'ordinateur sont accompagnés de licences d'utilisation. De plus, dans l'hypothèse où un programme d'ordinateur serait protégé par une mesure technique, l'autorisation d'en faire une copie de sauvegarde découlerait de l'obtention du moyen de contournement de cette dernière[150]. À prime abord, le titulaire de droit d'auteur hésiterait grandement à émettre ce moyen de contournement par crainte d'une fuite de ce dispositif. Outre cette crainte, il est également plausible que la mesure technique de protection utilisée soit une mesure standardisée et que l'octroi du moyen de contournement viole la licence d'utilisation de la mesure technique, rendant du même coup cette exception caduque[151].

En somme, pour ce qui est des exceptions des programmes d'ordinateur, les mesures techniques enfonceraient le dernier clou dans le cercueil empêchant l'usage de l'exception des copies de sauvegarde. Ces exceptions, ambiguës dès le départ, ne seraient que rendues plus compliquées par l'ajout d'une protection juridique de mesures techniques de protection du droit d'auteur.

3.2.3.1 Conclusion

Les exceptions au droit d'auteur permettent d'établir un équilibre entre les ayants droit et la société. Cet équilibre est important afin de ne pas étouffer l'innovation littéraire, dramatique, musicale ou artistique. Cet équilibre est également une façon de compenser la protection offerte aux auteurs par le droit d'auteur. Les exceptions au droit d'auteur jouent donc un rôle crucial dans ce système de protection d'œuvres.

Les actions les plus répandues et les plus visées par les mesures techniques de protection du droit d'auteur sont l'accès et la reproduction des œuvres. Ces deux mêmes éléments constituent une grande part des aspects des exceptions au droit d'auteur. Par exemple, l'uti-

150. La plupart des mesures techniques apposées aux programmes d'ordinateur protègent l'accès et non la copie. Malgré ce constat, rien n'empêche les fabricants de tenter de protéger la copie s'ils croient que cette façon de procéder serait plus utile dans la lutte contre le piratage.

151. À titre d'exemple, nous n'avons qu'à considérer la licence d'utilisation de la mesure technique *Content Scrambling System* (CSS), voir notamment la section 5.2 « Confidentiality » de la *CSS License Agreement* version 1.2, en ligne : DVD Copy Control Association <http://www.dvdcca.org/>.

lisation équitable d'une œuvre à des fins d'études privées ou de recherche implique souvent la reproduction de l'œuvre, et toujours l'accès.

Par conséquent, les mesures techniques de protection restreignent, voire abolissent dans bien des cas, les exceptions telles que formulées dans la *Loi sur le droit d'auteur*. Il est donc essentiel de considérer les impacts fondamentaux que la protection juridique des mesures techniques peut avoir sur les exceptions au droit d'auteur.

Nous devons également être attentifs à la pratique grandissante d'octroi de licences d'utilisation des œuvres numériques. En ce sens, les licences peuvent être considérées comme une forme de mesure technique de protection du droit d'auteur[152]. Les licences peuvent parfois outrepasser la *Loi sur le droit d'auteur* ; elles représentent donc un déséquilibre entre la position de force de l'ayant droit et celle d'impuissance du consommateur. Prenons l'exemple d'un programme d'ordinateur. Les stipulations de la licence d'utilisation pourraient imposer des conditions contraignantes envers les utilisateurs. Un des problèmes provient du fait que le programme d'ordinateur étant déjà acheté, l'utilisateur n'est « pratiquement » pas en moyen de refuser ces conditions. Tout comme les mesures techniques de protection du droit d'auteur, les licences d'utilisation agrandissent, de façon injustifiée, le monopole existant que possèdent déjà les auteurs sur leurs œuvres. Dans cette optique, les licences contribuent au déséquilibre qui est censé exister entre les ayants droit et la société.

CONCLUSION

Les mesures techniques de protection du droit d'auteur, ainsi que leur protection juridique ne sont pas passées sous silence dans le monde informatique et juridique. Elles affectent les informaticiens, les chercheurs, les internautes pour ne nommer que ceux-là, et provoquent un impact considérable sur l'ensemble du système de droit d'auteur et du droit en général.

Parmi les conséquences juridiques, nous retrouvons un paradoxe entre la protection juridique des mesures techniques et la copie pour usage privé. La section VIII de la *Loi sur le droit d'auteur* permet la reproduction d'œuvres musicales pour usage privé. Cette

152. Bernt HUGENHOLTZ, « Why the Copyright Directive is Unimportant, and Possibly Invalid », (2000) 11 *EIPR* 501, en ligne : Institute for Information Law <http://www.ivir.nl/publications/hugenholtz/opinion-EIPR.html>.

même section prévoit un système tarifaire de supports audio vierges dont les redevances sont redistribuées aux ayants droit. Les mesures techniques de protection du droit d'auteur, dans le domaine du disque, se retrouvant sous forme de mesures anti-copie, créent, par conséquent, un paradoxe vis-à-vis la section VIII – copie pour usage privé.

De plus, la protection juridique ainsi que l'utilisation des mesures techniques de protection du droit d'auteur limitent, abolissent et minent le domaine public et les exceptions au droit d'auteur. Les mesures techniques de protection du droit d'auteur peuvent restreindre le domaine public notamment en protégeant des œuvres qui ne répondent pas aux critères de protection par le droit d'auteur et en offrant une protection à perpétuité. De plus, l'utilisation de ces mesures de protection, ainsi que leur protection juridique, limitent l'exercice des exceptions prévues au droit d'auteur aux particuliers ou aux personnes visées. L'atteinte la plus flagrante est certes celle face à l'utilisation équitable. Les mécanismes de contrôle d'accès et de copie rendent effectivement très difficile la possibilité de se prévaloir de l'exception.

Ce phénomène a également comme conséquence d'accorder un pouvoir, jusqu'ici sans précédent, aux titulaires de droit d'auteur, non seulement vis-à-vis le domaine public et les exceptions du droit d'auteur, mais également face à la problématique du conflit de la copie pour usage privé et à l'atteinte à la garantie constitutionnelle de la liberté d'expression (laquelle sera étudiée en long et en large dans la partie II). Les titulaires de droit d'auteur sont à l'origine de ces conséquences grâce au pouvoir qu'ils obtiennent en raison de l'utilisation de mesures techniques de protection de leurs droits d'auteur. De plus, ils ont l'appui de leur gouvernement, du moins en ce moment aux États-Unis et dans l'Union européenne, pour ce qui est des pays occidentaux. Cette attribution de pouvoir est démesurée et injustifiée. Les mesures techniques ont une portée trop large et, bien que nous reconnaissions le sérieux du problème de piratage d'œuvres numériques protégées sur Internet, nous sommes d'avis qu'elles ne justifient pas pareil gain de pouvoir des ayants droit.

L'atteinte à la liberté d'expression constitue une des conséquences importantes de la protection juridique des mesures techniques de protection du droit d'auteur et fera l'objet de la partie II de cet article. La restriction injustifiée de la liberté d'expression dans ce domaine constitue l'élément final dans le déclin potentiel de cette pratique restrictive qu'est l'utilisation des mesures techniques de protection du droit d'auteur.