

La modernisation des recours en droit d’auteur au Canada : un survol en droit comparé

Jean-Philippe Mikus*

Introduction	1101
1. Contrefaçon par fourniture de moyens	1101
1.1 États-Unis	1102
1.2 Canada	1104
1.3 Europe	1105
2. Protection des fournisseurs de services Internet.	1106
2.1 Canada	1106
2.2 États-Unis et Europe	1107
3. Mesures techniques de protection	1108
3.1 États-Unis	1108
3.2 Canada	1111

© Jean-Philippe Mikus, 2013.

* Associé, Fasken, Martineau DuMoulin S.E.N.C.R.L., s.r.l., Montréal. L’auteur tient à remercier Marcelo Ciechanowiecki, étudiant au cabinet, pour ses efforts et sa contribution importante à la rédaction de cet article.

3.3	Europe	1113
3.4	France	1113
3.5	Royaume-Uni.	1114
4.	Information sur le régime des droits	1115
5.	Dommages-intérêts préétablis	1115
	Conclusion	1116

Introduction

La réforme des recours en droit d'auteur de 2012 est le fruit d'années de mûrissement (après de multiples projets de lois infructueux) et vise notamment à ce que le Canada puisse ratifier les traités de l'OMPI de 1996. De nombreux partenaires commerciaux du Canada ont choisi d'agir beaucoup plus tôt. En bon dernier, le Canada a donc eu l'avantage de pouvoir étudier les effets des mesures mises en place à l'étranger dans le cadre de sa rédaction. C'est largement le commerce numérique qui est le point focal de la modernisation des recours en droit d'auteur, et largement à ce titre la question de la responsabilité des intermédiaires. D'ailleurs dès 2004, la Cour suprême du Canada interpellait le législateur en indiquant qu'une réforme du régime de responsabilité des intermédiaires était souhaitable¹. Un second aspect important de la modernisation vise le régime des mesures de protection techniques. Cet aspect a fait couler beaucoup plus d'encre que la responsabilité des intermédiaires car il touche plus directement le quotidien de citoyens. Le dernier aspect important de la réforme des recours en droit d'auteur est la modulation des dommages statutaires en ce qui concerne les comportements ne relevant pas du domaine commercial.

La modernisation du droit d'auteur ne change pas les paramètres de base d'un recours en contrefaçon de droit d'auteur et nous ne discuterons pas de ceux-ci. L'entrée en vigueur de la quasi-totalité des nouvelles dispositions ayant eu lieu en novembre 2012, il y a très peu de décisions canadiennes qui ont interprété celles-ci. Nous nous proposons donc de mieux situer la modernisation canadienne dans le contexte des réformes ayant déjà eu lieu chez trois partenaires commerciaux importants du Canada, soit les États-Unis, la France et le Royaume-Uni.

1. Contrefaçon par fourniture de moyens

Un aspect important de la modernisation de 2012 est de clarifier la responsabilité d'intermédiaires qui sont en marge d'activités

1. *SOCAN c. Assoc. canadienne des fournisseurs Internet*, 2004 CSC 45, par. 127.

de contrefaçon. Comme nous le verrons plus loin, la réforme procure aux intermédiaires technologiques un bouclier relativement solide afin de les protéger de recours en contrefaçon dans la majorité des situations. Afin d'atteindre un équilibre, un nouveau recours est toutefois introduit afin de combler une incertitude en droit canadien en ce qui concerne la facilitation d'activités de contrefaçon. Une incertitude pesait notamment en ce qui concerne les services peer-to-peer permettant aux utilisateurs de s'échanger entre eux des films, séries télévisées et enregistrements musicaux. Le nouveau paragraphe 27(2.3) de la *Loi sur le droit d'auteur* fait en sorte que le fait de « fournir un service sur Internet ou tout autre réseau numérique principalement en vue de faciliter l'accomplissement d'actes qui constituent une violation du droit d'auteur » devient un acte de contrefaçon du droit d'auteur. Comme il s'agit d'un acte de contrefaçon, il donne ouverture aux remèdes usuels en matière de droit d'auteur. Il est manifeste que cette disposition s'inspire d'une lignée de jurisprudence américaine qui traite de la responsabilité de personnes qui fournissent des moyens technologiques permettant à divers degrés de contrefaire des œuvres protégées par le droit d'auteur.

1.1 États-Unis

Il n'y a pas de disposition dans la loi américaine qui prévoit explicitement que l'assistance ou la facilitation d'actes de contrefaçon de droit d'auteur, y compris par des fournisseurs de services internet, constitue un acte de contrefaçon. C'est plutôt par l'application de doctrines générales de droit de la responsabilité civile que la responsabilité de tels intermédiaires a été étudiée par les tribunaux, ce qui a donné naissance à une série de jugements analysant la notion de « contributory infringement » (ainsi que le concept voisin de « vicarious liability »).

L'arrêt *Sony Corp. of America v. Universal City Studios*² fait figure de pionnier en droit d'auteur en cette matière et a établi un test selon lequel si l'appareil distribué possède une utilité significative à des fins ne violant pas le droit d'auteur, le distributeur ne peut être tenu responsable des actes de contrefaçon commis par les utilisateurs de l'appareil. Dans ce cas, Sony distribuait des enregistreurs de vidéocassettes, dont la fonction principale était la reproduction d'émission de télévision pour écoute différée (qui faisait l'objet d'une exception en vertu du régime de « fair use ») et non la contrefaçon du

2. 464 U.S. 417 (1984).

droit d'auteur³. La Cour a ainsi jugé que la distribution des enregistreurs était légale. Dans l'arrêt *A&M Records, Inc. v. Napster*⁴, le tribunal a précisé que le fournisseur de technologies doit prendre des mesures pour mettre fin à des actes de contrefaçon spécifiques portés à sa connaissance s'il est en mesure de le faire. À défaut il en sera tenu responsable. En l'espèce, *Napster* avait une maîtrise suffisante de l'opération de son logiciel de manière à pouvoir intervenir, notamment parce qu'il tenait une liste maîtresse des usagers détenant des œuvres contrefaites et souhaitant les partager. Par la suite, les services *peer-to-peer* ont été configurés de façon à limiter le contrôle des personnes ayant créé le logiciel ou participé à sa dissémination, et les fournisseurs de tels services comptaient de cette manière échapper aux contraintes de la loi. En principe, c'est ce que les tribunaux ont permis dans le jugement de première instance et en appel du recours de MGM Studios et autres compagnies de médias et divertissement contre *Grokster*, un fournisseur de service de partage de fichiers *peer-to-peer*. Ils n'ont pas trouvé approprié de responsabiliser les fournisseurs qui n'avaient pas de contrôle sur les activités des usagers, même si ce manque de contrôle était prémédité.

L'arrêt de la Cour suprême *MGM Studios, Inc. v. Grokster Ltd.*⁵ a renversé ces jugements, mettant l'accent sur les objectifs poursuivis par la personne fournissant un logiciel ou un service en ligne : s'il est démontré que le fournisseur a fourni le produit ou service dans le but qu'il soit utilisé à des fins de contrefaçon du droit d'auteur, même si d'autres usages sont possibles et que le fournisseur est incapable de contrôler les contrefaçons, il sera tenu responsable pour contrefaçon par fourniture de moyens.

La Cour a tenu compte d'un ensemble de facteurs pour établir une intention manifeste de faciliter la violation du droit d'auteur soit (1) que l'usage principal des logiciels en cause était de commettre des contrefaçons de droit d'auteur ; (2) que les défendeurs étaient au courant de ceci, notamment en raison d'échanges et de communications avec des usagers qui laissaient paraître que des actes de contrefaçon

3. Jane GINSBURG, « Secondary Liability for Copyright Infringement in the U.S. : Anticipating the Après-Grokster » publié sur le site web de Columbia Law School, extrait d'un article plus long de Jane C. GINSBURG and Sam RICKETSON (University of Melbourne Law School) « Inducers and Authorisers : A Comparison of the U.S. Supreme Court's Grokster Decision and the Australian Federal Court's KaZaa Ruling, »" dans *Media and Arts Law Review* (University of Melbourne, Mars 2006).

4. 239 F.3d 1004 (9th Cir. 2001).

5. 125 S. Ct. 2764 (2005).

étaient en cause ; (3) visait à satisfaire une demande du marché pour des services assistant la contrefaçon de droit d'auteur ; (4) les défendeurs avaient exprimé le fait que leur logiciel avait pour objectif de faciliter des actes de contrefaçon ; (5) des gestes actifs ont été posés par les défendeurs pour promouvoir la contrefaçon (notamment en attirant activement les anciens utilisateurs du service Napster) ; (6) il y avait absence de mécanismes de filtrage pour empêcher l'échange de matériel en violation du droit d'auteur.

1.2 Canada

L'approche proposée par la Cour suprême des États-Unis qui consiste à analyser une série de facteurs afin de déterminer si la responsabilité d'un intermédiaire ou fournisseur de technologie est engagée a clairement inspiré le législateur canadien. Les facteurs énoncés expressément au paragraphe 27(2.4) de la *Loi sur le droit d'auteur* sont les suivants : (1) le fait que la personne ait fait valoir (même implicitement) dans le cadre de la commercialisation ou la publicité du service qu'il pourrait servir à violer le droit d'auteur ; (2) le fait que le fournisseur du service savait (ou non) que son service était utilisé pour violer le droit d'auteur ; (3) l'existence d'utilisations importantes du service en question autres que la commission d'actes qui ont comme résultat la violation du droit d'auteur ; (4) la capacité du fournisseur de limiter les violations du droit d'auteur qui résultent de l'utilisation de son service et les mesures prises à cet effet ; (5) les avantages économiques découlant de la facilitation de l'accomplissement des actes qui violent le droit d'auteur, et (6) la viabilité économique du service si la facilitation des violations ne faisait pas partie de ses activités. Il est prévu clairement que le tribunal « peut » s'inspirer de ces facteurs, ce qui signifie donc que la question fondamentale à trancher demeure de déterminer si le défendeur a fourni un service « principalement en vue de faciliter » une violation de droit d'auteur. Le tribunal peut vraisemblablement considérer d'autres facteurs non énumérés, pour autant qu'ils soient directement pertinents à la question que le tribunal doit trancher.

Les facteurs mis de l'avant par la législation canadienne se rapprochent de ceux développés par la jurisprudence américaine, sans toutefois reprendre la même formulation. Il en découle que l'étude de la jurisprudence américaine aura un grand intérêt, sans toutefois avoir une portée déterminante. Les tribunaux canadiens devront prendre position quant à l'interrelation entre les facteurs et l'importance relative de chacun d'entre eux. À tout le moins, il nous semble que le comportement du défendeur devra être apprécié dans

son contexte afin de déterminer s'il y a responsabilité plutôt que sous la loupe d'un seul des facteurs.

1.3 Europe

La situation canadienne et américaine contraste avec celle qui prévaut en Union européenne. Les directives de l'Union Européenne traitent de la responsabilité des intermédiaires en des termes généraux à l'article 8(3) de la Directive sur la société de l'information, sans faire référence à des facteurs particuliers⁶. Cette directive impose aux États membres la responsabilité de veiller « à ce que les titulaires de droits puissent demander qu'une ordonnance sur requête soit rendue à l'encontre des intermédiaires dont les services sont utilisés par un tiers pour porter atteinte à un droit d'auteur [...] ». Ce droit que les États européens doivent garantir aux détenteurs de droits n'est qu'un plancher. Il n'impose pas aux États membres de prévoir l'octroi de dommages et intérêts à l'encontre d'intermédiaires y compris sur Internet.

Ainsi, les États membres peuvent établir leur propre réglementation, et la France a adopté en 2006 une approche plus stricte quant à la contrefaçon par fourniture de moyens que les pays nord-américains. Les dispositions du *Code de la propriété intellectuelle* français rendent punissable par une amende de 300 000 euros et trois ans d'emprisonnement le fait de mettre à la disposition du public ou de communiquer au public un logiciel *manifestement* destiné à la mise à disposition du public non autorisée d'œuvres ou d'objets protégés ou d'inciter sciemment un tel usage⁷. Certains auteurs français étaient en 2012 curieux de voir la réelle efficacité du nouvel article de loi, notant que les difficultés rencontrées par les juges américains se répéteront au moment de décider si le logiciel est *manifestement* destiné aux violations du droit d'auteur⁸.

Au Royaume-Uni, plutôt que de responsabiliser l'intermédiaire qui fournit les moyens de contrefaçon du droit d'auteur, le remède applicable est une demande d'injonction contre le fournisseur de service internet qui a connaissance du fait que ses services sont

6. 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.

7. Art. 335-2-1, *Code de la propriété intellectuelle*.

8. André LUCAS *et al.*, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, 4^e éd. (Paris, LexisNexis, 2012), par. 1067.

employés pour contrefaire le droit d'auteur, le tout en vertu de la *Copyright, Designs and Patents Act 1988*⁹. Le fournisseur a la responsabilité, dans le cas d'une injonction rendue contre lui en ce sens, de bloquer l'accès au contenu en cause.

2. Protection des fournisseurs de services Internet

Ceci nous amène à la question de la responsabilité des entreprises exploitant l'infrastructure du réseau Internet au sens large, c'est-à-dire des entreprises qui fournissent des moyens permettant à d'autres personnes de communiquer et reproduire des œuvres. Il s'agit d'entités incontournables dans le cadre de l'emploi d'œuvres sur Internet et il est donc important de voir de quelle manière leur responsabilité est modulée par la législation en droit d'auteur.

2.1 Canada

La loi canadienne a été mise à jour pour être sur le même pied d'égalité que les autres juridictions¹⁰ en créant certaines exceptions au bénéfice de fournisseurs de services Internet¹¹. La nouvelle disposition indique que le seul fait de fournir à des tiers le moyen d'effectuer la télécommunication ou la reproduction d'une œuvre ou d'un objet protégé par droit d'auteur ne constitue pas une contrefaçon de droit d'auteur. Elle crée aussi des exceptions pour les processus habituels qui rendent le service plus efficace, tel que la mise en antémémoire d'une œuvre¹². Ceci n'exclut pas la responsabilité de l'intermédiaire s'il fournit son service « principalement » en vue de faciliter l'accomplissement d'actes qui constituent une violation du droit d'auteur aux termes du paragraphe 27(2.3) de la *Loi sur le droit d'auteur*.

Au-delà du régime du paragraphe 27(2.3), la réforme apportera une responsabilisation des fournisseurs même lorsqu'ils offrent purement des services d'infrastructure sans qu'ils soient axés sur la

9. Art. 97A ; voir pour l'application de cet article le jugement de 2011, *Twentieth Century Fox Film corporation and others v British Telecommunications PLC*, [2011] EWHC 1981 (Ch). L'article 17 du *Digital Economy Act* de 2010 donne les mêmes pouvoirs mais a été mis de côté par le gouvernement (<<http://www.bbc.co.uk/news/technology-14372698>>).

10. Voir l'article 512(a), *Title 17 of the United States Code* ; art. 12(1), Directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000, « directive sur le commerce électronique ».

11. Art. 31.1(1), *Loi sur le droit d'auteur*.

12. Art. 31.1(2), *Loi sur le droit d'auteur*.

contrefaçon. Il s'agit du régime d'avis et avis (« *notice and notice* ») permettant aux titulaires de droits d'aviser les fournisseurs de services d'internet ou les fournisseurs d'outils de repérage de cas de prétendue violation de leur droit d'auteur¹³. Ceci imposera aux fournisseurs l'obligation de transférer l'avis à la personne dont l'emplacement électronique est la source de la violation, et de garder l'information de l'emplacement électronique qui est la source des violations afin de faciliter les recours des détenteurs de droits¹⁴. Afin d'établir un juste équilibre, le législateur a imposé au titulaire de droits l'obligation de payer les frais pour les envois d'avis et la sauvegarde d'information, mais a aussi prévu que le ministre peut mettre une limite aux frais applicables¹⁵.

Cette partie du nouveau régime canadien n'est pas encore entrée en vigueur. Le législateur fixera par décret la date d'entrée en vigueur suite à la création d'un régime réglementaire complémentaire afin d'assurer la bonne exécution du régime¹⁶.

2.2 États-Unis et Europe

Sur le plan comparatif, les régimes américain, britannique et français imposent un fardeau plus lourd en bien des circonstances aux fournisseurs de services Internet. Le premier impose la responsabilité au fournisseur d'enlever le matériel violant le droit d'auteur (« *notice-and-takedown* »)¹⁷ et les deuxième¹⁸ et troisième¹⁹ permettent de limiter et même de suspendre entièrement l'accès à l'Internet des emplacements électroniques qui violent trop souvent le droit d'auteur. Au Royaume-Uni, le fournisseur de services internet qui n'impose pas ces mesures peut avoir à payer une amende maximale de 250 000 livres²⁰. En France, avant une modification récente du 8 juillet 2013 il pouvait y avoir suspension de l'accès Internet sous peine d'amende de 5 000 euros pour les fournisseurs qui ne se conformaient pas²¹. Il faut noter que dans ces deux derniers pays le public

13. Art. 47(41.25), *Loi sur la modernisation du droit d'auteur*.

14. *Loi sur la modernisation du droit d'auteur*, art. 47(41.26).

15. *Loi sur la modernisation du droit d'auteur*, art. 47(41.26)(1).

16. Décret, *Gazette Officielle du Québec* (TR/2012-85, 7 novembre 2012).

17. Art. 512(c)(1)(C), *Title 17 of the United States Code*.

18. Art. 10, *Digital Economy Act 2010* ; voir aussi Mary VITORIA *et al.*, *The Modern Law of Copyright and Designs*, 4th ed. (London, Butterworths, 2011), 37.21.

19. Art. 335-7 et 335-7-1, *Code de la propriété intellectuelle*.

20. Art. 14, *Digital Economy Act 2010*.

21. Art. 335-7, *Code de la propriété intellectuelle*.

s'est insurgé contre ces mesures qu'il considère draconiennes²², allant jusqu'à dire que l'accès à l'internet est un droit fondamental²³.

Au Canada, le choix de ne pas aller aussi loin que ces autres juridictions a été conscient. Un défaut du régime d'avis et de retrait est qu'en plusieurs circonstances ce régime transforme le fournisseur de service Internet en autorité quasi-judiciaire, puisqu'à défaut de retirer le matériel faisant l'objet de la plainte il pourrait en devenir responsable. Ceci impose de créer des mécanismes internes au sein des entreprises qui permettent de départager les situations dans lesquelles il faut agir de celles dans lesquelles il faut ménager la clientèle. Un régime par lequel il y a simplement retransmission de l'avis et préservation des données évite de faire des choix qui peuvent être déchirants en certaines circonstances. Il y a là clairement une volonté de favoriser la croissance de l'industrie des services Internet.

3. Mesures techniques de protection

Le nouveau régime de la *Loi sur le droit d'auteur* encadrant le contournement de mesures techniques de protection ressemble à bien des égards au régime des États-Unis, qui a été le premier pays à établir un tel régime suite à la signature du traité sur le droit d'auteur de l'OMPI de 1996. Le régime canadien tient toutefois compte de certains problèmes rencontrés dans l'expérience américaine, et propose des mesures supplémentaires.

3.1 États-Unis

Le régime américain a été le premier à établir une distinction entre les mesures techniques protégeant l'accès aux œuvres et celles qui empêchent la reproduction de celles-ci. La distinction existe parce que la prohibition contre le contournement existe pour le contrôle d'accès aux œuvres, et non pour la reproduction de celles-ci. Il y a toutefois des dispositions qui interdisent l'offre au public de moyens conçus ou produits principalement pour contourner les mesures techniques qui contrôlent entre autres la reproduction d'œuvres. Comme le droit de reproduire est un droit exclusif du

22. Voir, à titre d'exemple : « Digital Economy Bill passed by House of Commons », article dans <www.out-law.com> ; « Hadopi : le pire du pire de l'Assemblée » dans <www.bakchich.info>.

23. Voir Internet « Access is a "fundamental right" » (<<http://news.bbc.co.uk/2/hi/8548190.stm>>).

détenteur du droit d'auteur faisant l'objet d'exceptions en matière d'usage personnel, cette distinction permet aux usagers ayant acquis une copie de l'œuvre de la reproduire en plusieurs circonstances pour leur usage personnel. Cet usage permis peut s'étendre à tout ce qui découle du *fair use*, dont l'enregistrement pour visionnement en différé (*time-shifting*) et la reproduction à des fins privées (*format-shifting*). La protection des mécanismes qui contrôlent l'accès exclut donc le recours à la défense de *fair use* pour permettre le contournement à des fins d'accéder à l'œuvre.

Le DMCA comprend des exceptions aux prohibitions sur le contournement des mesures techniques de protection. Les exceptions les plus accommodantes se font pour les enquêtes liées à la mise en application d'une loi ou pour des questions de sécurité nationale²⁴. Ensuite, les bibliothèques à but non lucratif, les archives et les institutions d'éducation bénéficient d'une exception s'il s'agit de contourner pour voir s'ils voudraient éventuellement obtenir un accès à l'œuvre²⁵. Il y a aussi des exceptions pour le contournement visant à rendre des programmes d'ordinateurs interopérables²⁶, aux fins de recherche sur le chiffrement²⁷, afin de permettre le développement de technologies normalement prohibées qui seraient utiles pour bloquer des sites web aux mineurs²⁸, si c'est nécessaire afin de s'assurer que la mesure technique ne collecte pas des renseignements personnels de l'utilisateur, et si ce n'est que pour vérifier la vulnérabilité d'un ordinateur²⁹.

Une des premières problématiques soulevées à l'égard de la loi américaine découle de la transposition de la distinction entre les mesures techniques protégeant l'accès et celles empêchant la reproduction, aux prohibitions imposées aux fournisseurs de produits de contournement. D'une part, les copies à des fins privées sont permises, mais d'autre part, la fourniture de moyens de contournement est prohibée, que ce soit des moyens de contournement des mesures protégeant l'accès ou empêchant la reproduction³⁰. Ceci a rendu la tâche des individus voulant faire des copies légales plus difficile³¹. Notam-

24. Art. 1201(e), *Title 17, United States Code*.

25. Art. 1201(d), *Title 17, United States Code*.

26. Art. 1201(f), *Title 17, United States Code*.

27. Art. 1201(g), *Title 17, United States Code*.

28. Art. 1201(h), *Title 17, United States Code*.

29. Art. 1201(j), *Title 17, United States Code*.

30. Art. 1201(a)(2), 1201(b), *Title 17, United States Code*.

31. Fred VON LOHMANN, « Unintended Consequences: Twelve Years under the DMCA », dans *Electronic Frontier Foundation*, p. 9-10.

ment, il est rendu de plus en plus difficile de faire des copies de films pour avoir des versions informatiques et en faire des copies de sauvegarde, ou de faire des cédéroms de musique mélangée pour la voiture, par exemple. De plus, suite à un recours intenté en vertu de l'article 1201 contre un développeur technologique³², les possibilités d'enregistrement qui existaient avec les vidéocassettes n'ont pas été développées pour le téléchargement continu (*streaming*).

Un autre problème soulevé en ce qui concerne les prohibitions contre le contournement est que, alors qu'elles sont en place pour protéger les droits des détenteurs de droits d'auteur, elles peuvent potentiellement être employées par des compagnies afin de maintenir leur position dominante dans le marché de produits liés à ceux qu'ils fournissent. Ceci peut être fait en invoquant la protection de l'article 1201 pour protéger des systèmes de blocage d'accès³³. Par exemple, Apple a demandé au site web BluWiki d'enlever une conversation entre des usagers sur le site qui portait sur le contournement des mesures de protection des iPod et iPhone. Les usagers se demandaient s'il serait possible de configurer ces appareils pour les utiliser avec des programmes autres que iTunes³⁴. Sans même que ces utilisateurs se rendent à l'étape du contournement, Apple a demandé par une lettre à BluWiki que la conversation soit enlevée. BluWiki a dû tenter un recours contre Apple pour atteinte à la liberté d'expression, qui est d'ailleurs protégée à l'article 1201(c)(4), pour que la conversation soit réintégrée au site.

En fait, la problématique peut se poser pour tout le marché secondaire de produits, comme par exemple lorsque le fabricant d'un appareil oblige les utilisateurs d'acheter les applications de son magasin virtuel uniquement. Les téléphones intelligents qui sont « attachés » (*locked*) à des fournisseurs de services relèvent de la même problématique. Les fournisseurs de services d'entreposage de données peuvent aussi exercer un contrôle similaire afin d'empêcher à des concurrents d'offrir des services d'entretien en liaison avec

32. *Real Networks, Inc. v. Streambox, Inc.*, No. C99-2070P, 2000 WL 127311 (W.D. Wash. Jan. 18, 2000), cité dans Fred VON LOHMANN, « Unintended Consequences: Twelve Years under the DMCA », dans *Electronic Frontier Foundation*, p. 11.

33. André LUCAS *et al.*, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, 4^e éd. (Paris, LexisNexis, 2012), par. 971.

34. Robert MCMILLAN, « Apple is Sued after Pressuring Open-Source iTunes Project », (29 avril 2009) *PC World*, cité dans Fred VON LOHMANN, « Unintended Consequences: Twelve Years under the DMCA », dans *Electronic Frontier Foundation*, p. 3.

leurs produits³⁵. La législation régissant le contournement des mesures techniques de protection peut avoir un impact sur l'innovation technologique et le développement de produits et services complémentaires.

3.2 Canada

Au Canada, le législateur s'est inspiré de l'expérience américaine et a prévu des solutions à certains des problèmes rencontrés par son voisin du sud, mais pas tous. L'approche générale entreprise par la législation canadienne sur les mesures techniques de protection est similaire à ce que l'on observe aux États-Unis, distinguant d'emblée les mesures protégeant l'accès à l'œuvre de celles qui protègent la reproduction de l'œuvre. Comme dans la loi américaine, il y a prohibition du contournement de mesures protégeant l'accès mais pas la reproduction, préservant ainsi la possibilité pour les usagers de faire des reproductions pour leur usage personnel. La *Loi sur le droit d'auteur* contient la même prohibition générale contre la fourniture de moyens de contournement. C'est-à-dire, elle ne distingue pas entre les mesures protégeant l'accès et celles protégeant la reproduction. Ceci établit la même situation qu'aux États-Unis en ce que l'on promet aux usagers de reproduire les œuvres, sans permettre au marché de leur donner des moyens efficaces de le faire.

C'est au niveau des exceptions que la loi canadienne se démarque le plus de la loi américaine. La loi canadienne contient toutes les mêmes exceptions que celles de la loi américaine, sauf la permission donnée aux bibliothèques à but non lucratif, aux archives et aux institutions éducationnelles de contourner, et la permission de mettre en marché des mesures permettant de bloquer des sites web aux enfants. La loi canadienne contient toutefois une disposition similaire à celle de la loi américaine limitant les recours contre les bibliothèques à but non lucratif, les archives et les institutions éducationnelles à une injonction seulement³⁶. Dans la loi américaine, les reproductions éphémères par les entreprises de radiodiffusion font aussi l'objet d'une disposition limitant les recours disponibles, tandis que dans la loi canadienne, ceux-ci bénéficient d'une exception³⁷. La loi canadienne étend une exception aux person-

35. Fred VON LOHMANN, « Unintended Consequences: Twelve Years under the DMCA », dans *Electronic Frontier Foundation*, p. 12-14 ; <<https://www.eff.org/es/wp/unintended-consequences-under-dmca>>.

36. Art. 41.2, *Loi sur le droit d'auteur* et 1203(c)(5)(B), *Title 17, United States Code*.

37. Art. 41.17, *Loi sur le droit d'auteur*.

nes ayant une déficience perceptuelle et pour lesquelles le contournement permettrait de percevoir une œuvre³⁸.

Enfin, la loi canadienne contient une exception pour le déblocage des téléphones cellulaires, ce qui répond précisément à un des problèmes rencontrés par les usagers américains³⁹. Il est donc possible d'acquérir un téléphone cellulaire, de le débloquer et de choisir le réseau qui convient à l'utilisateur, plutôt que d'être lié à un fournisseur. Une autre disposition qui découle d'une leçon de l'expérience américaine est à l'article 41.21 de la *Loi sur le droit d'auteur*. Cette disposition donne au gouverneur en conseil la discrétion de soustraire aux prohibitions de contournement toute mesure technique de protection s'il est d'avis que la prohibition « diminuerait indûment la concurrence sur le marché secondaire où celle-ci est utilisée ».

Un dernier point de démarcation entre les deux juridictions, qui avantage encore les usagers canadiens, concerne les dommages. Aux États-Unis, pour les violations à des fins commerciales, la peine s'élève jusqu'à 500 000 \$, cinq ans de prison, ou les deux pour la première infraction, et jusqu'à 1 000 000 \$, dix ans de prison, ou les deux pour les infractions subséquentes. La loi américaine donne l'option à la partie demanderesse de choisir entre les dommages réellement subis⁴⁰ et des dommages statutaires d'entre 200 \$ et 2 500 \$ par violation même pour les violations non-commerciales de contournement⁴¹.

Au Canada, par contre, les contournements de mesures techniques à des fins commerciales peuvent plutôt donner lieu à une peine de 1 000 000 \$, cinq ans d'emprisonnement, ou les deux s'il s'agit d'une déclaration de culpabilité par mise en accusation, et une peine de 25 000 \$, six mois d'emprisonnement, ou les deux si c'est par procédure sommaire⁴². Les contraventions à des fins privées échappent complètement au régime de recours criminels de la loi, et les contournements de mesures techniques de protection échappent même aux dommages statutaires de l'article 38.1 de la *Loi sur le droit d'auteur*⁴³. Par conséquent, les individus contournant des mesures techniques de protection pour des fins privées ne seraient responsables que des dommages réellement subis par le détenteur du droit

38. Art. 41.16, *Loi sur le droit d'auteur*.

39. Art. 41.18, *Loi sur le droit d'auteur*.

40. Art. 1203(2), *Title 17, United States Code*.

41. Art. 1203(3), *Title 17, United States Code*.

42. Par. 42(3.1), *Loi sur le droit d'auteur*.

43. Par. 41.1(3), *Loi sur le droit d'auteur*.

d'auteur, selon le régime général de l'article 35(1) de la *Loi sur le droit d'auteur*. Enfin, les deux juridictions donnent au tribunal la discrétion de réduire ou annuler les dommages s'il s'agit de contournements innocents, c'est-à-dire, sans que la personne sache qu'elle a contrevenu.

3.3 Europe

La Directive sur la société de l'information de l'Union Européenne prévoit à son article 6 les mesures que doivent prendre les États membres concernant les mesures techniques de protection. Cet article indique premièrement que les États devront fournir une protection adéquate contre tout contournement des mesures techniques de protection, sans distinguer entre les mesures protégeant l'accès et celles empêchant la reproduction de l'œuvre. Ensuite, comme dans les lois canadienne et américaine, il y a une interdiction de fournir des moyens de contourner, encore une fois sans distinguer selon le type de mesures. Un point sur lequel la directive européenne est moins avantageuse pour les usagers que les lois nord-américaines, est que les protections juridiques requises à l'article 6(1) sont activées par le contournement d'une mesure technique quand celle-ci protège un usage non autorisé par le titulaire du droit, et ce, même lorsqu'une exception éventuelle permettrait l'usage⁴⁴.

3.4 France

En France, le *Code de la propriété intellectuelle* spécifie que les méthodes mises en œuvre par les mesures techniques de protection ne sont pas en elles-mêmes protégées. Ceci a été précisé afin d'éviter qu'il y ait quelque contrôle que ce soit sur les programmes utilisés afin de mettre en œuvre les mesures techniques⁴⁵. Aux États-Unis⁴⁶ et au Canada, la distinction n'existe pas, et comme on a vu aux États-Unis, ceci pourrait donner lieu à une utilisation des dispositions anti-contournement à des fins potentiellement anti-concurrentielles.

Le *Code* français, comme les lois canadiennes et américaines, prévoit une exception pour tenir compte des besoins d'interopérabilité des logiciels. Par contre, il y a une procédure à suivre avant de

44. André LUCAS et al., *Traité de la propriété littéraire et artistique*, 4^e éd. (Paris, LexisNexis, 2012), par. 964, p. 776 et par. 971.

45. *Ibid.*, par. 969.

46. *Ibid.*, par. 971.

pouvoir accéder à l'information nécessaire⁴⁷. Le même article innove cependant en prévoyant que le président de l'Autorité de régulation des mesures techniques doit aviser l'Autorité de la concurrence s'il y a un abus de position dominante dans le secteur des mesures techniques⁴⁸. Le *Code* français adopte une approche différente en ce qui concerne la préservation des usages privés, comme l'enregistrement pour visionnement différé. Au lieu de n'interdire que le contournement des mesures protégeant l'accès et non celles qui empêchent la reproduction, la loi française indique simplement à l'article L331-5, alinéa 6, que « les mesures techniques ne peuvent s'opposer au libre usage de l'œuvre ou de l'objet protégé dans les limites des droits prévus par le présent code, ainsi que de ceux accordés par les détenteurs de droits ». Des clarifications supplémentaires sont ajoutées aux articles L331-8 à L331-12, spécifiant les usages permis.

L'article 335-3-1 du *Code de la propriété intellectuelle* français prévoit une amende de 3 750 euros pour contournement direct et volontaire, et 30 000 euros et six mois de prison pour le contournement volontaire fait avec un moyen procuré à cette fin ou le fait de fournir un tel moyen.

3.5 Royaume-Uni

Le Royaume-Uni est innovateur comparativement aux autres juridictions en ce qui concerne les recours pour contournement de mesures techniques de protection. La législation britannique comprend trois niveaux de violations. Premièrement, le contournement des mesures techniques en général est prohibé et expose le contrevenant aux mêmes recours civils qu'un détenteur du droit d'auteur possède contre quelqu'un qui viole son droit d'auteur⁴⁹. Le contournement des programmes d'ordinateur n'est réprimé que s'il est volontaire. Le deuxième niveau est aussi civil, et il interdit la production et la fourniture générale des moyens de contourner⁵⁰. Cette interdiction, qui est de responsabilité stricte, expose celui qui la viole, encore une fois, aux recours usuels du détenteur de droits. La violation criminelle existe pour des violations semblables à celles du deuxième niveau mais qui comportent un élément plus flagrant, où la production et la fourniture des moyens de contournement sont

47. Art. 331-7, *Code de la propriété intellectuelle*.

48. Art. 331-7, al. 7, *Code de la propriété intellectuelle*.

49. Art. 296 (pour les programmes d'ordinateur), et 296ZA (pour les contournements d'autres technologies) de la *Copyright, Designs and Patents Act 1988*.

50. Art. 296ZD de la *Copyright, Designs and Patents Act 1988*.

faits sur une échelle plus large et avec des intentions commerciales⁵¹. Ce dernier niveau n'est pas de responsabilité stricte et le défendeur peut s'en sortir s'il est capable de prouver qu'il n'était pas au courant que l'appareil ou le service servait au contournement de mesures techniques de protection. Si la poursuite est faite par procédure sommaire, la peine est d'un maximum de 5 000 livres, un emprisonnement maximal de trois mois, ou les deux. S'il s'agit d'une déclaration de culpabilité par mise en accusation, la peine sera une amende sans limite stipulée, un emprisonnement maximal de deux ans ou les deux.

Dans toutes les juridictions, la loi établit que la mesure technique doit émaner du titulaire des droits sur l'œuvre⁵², ceci évite la possibilité qu'un distributeur ne détenant pas les droits sur l'œuvre ajoute une couche additionnelle de protection technique⁵³.

4. Information sur le régime des droits

Dans le cas du Canada et des États-Unis, l'article 12 du Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur de 1996 a servi de base pour la disposition portant sur l'information sur le régime des droits. Ces dispositions visent à interdire la modification de l'information portant sur le droit d'auteur d'une œuvre faite dans le but de contrevenir au droit d'auteur. Le nouveau régime canadien interdisant la suppression ou la modification de l'information sur le régime des droits d'une œuvre est presque calqué sur la disposition américaine⁵⁴, mais avec certaines omissions. Notamment, la loi américaine interdit en plus le fait de fournir une fausse information sur le régime des droits et de distribuer ou importer de telles fausses informations⁵⁵, ce que ne prévoit pas le régime canadien.

5. Dommages-intérêts préétablis

Les dommages-intérêts préétablis existent principalement pour pallier aux situations où la négligence ou les réticences du

51. *Ibid.*

52. Art. 1201(a)(3)(B), *Title 17, United States Code* ; définition « mesure technique de protection » (a), art. 41, *Loi sur le droit d'auteur* ; art. 6(3), *Directive sur la société de l'information* ; article L331-5, *Code de la propriété intellectuelle* ; art. 296ZF du *Copyright, Designs and Patents Act 1988*.

53. André LUCAS *et al.*, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, 4^e éd. (Paris, LexisNexis, 2012), par. 971.

54. Par. 41.22(1), *Loi sur le droit d'auteur*.

55. Art. 1202(a), *Title 17, United States Code*.

défendeur fait en sorte qu'il soit difficile d'établir les pertes subies par le demandeur et les profits effectués par le défendeur.

Ainsi, la partie lésée peut choisir, dans les juridictions qui offrent l'option, comme le Canada⁵⁶ et les États-Unis⁵⁷, des dommages préétablis (*statutory damages*) si ce choix est avantageux pour eux. Les dommages préétablis ne peuvent être réclamés par les détenteurs de droits dans la majorité des pays⁵⁸. Aux États-Unis, par contre, où les dommages préétablis sont entre 750 \$ et 30 000 \$ pour les violations non-intentionnelles et jusqu'à 150 000 \$ quand il y a une violation intentionnelle, l'option a donné lieu à des dommages excessifs, et donc des injustices⁵⁹.

En fait, la Loi sur la modernisation du droit d'auteur a fait en sorte que le Canada innove en introduisant la distinction entre les violations à des fins commerciales et celles à des fins non-commerciales⁶⁰. Ainsi, pour les violations commerciales, il n'y a aucun changement par rapport aux dommages préétablis qui étaient disponibles avant les modifications de 2012. Pour les violations non-commerciales, l'échelle passe de 500 \$ à 20 000 \$ à une échelle de 100 \$ à 5 000 \$. C'est cette dernière échelle qui serait applicable aux utilisateurs qui téléchargent, par exemple, des enregistrements musicaux illégalement sur internet. Le législateur a aussi ajouté à l'alinéa 38.1(5)d la nécessité pour le tribunal de tenir compte de la proportionnalité entre la violation et les dommages dans les cas de violations non-commerciales. Ces nouvelles dispositions ont été considérées par les tribunaux dans deux jugements, mais aucun des deux n'a pu les appliquer, ne s'agissant dans aucun cas de violations non-commerciales⁶¹.

Conclusion

Malgré que le Canada ait pris un retard considérable par rapport aux autres juridictions, suite aux comparaisons effectuées

56. Par. 38.1(1), *Loi sur le droit d'auteur*.

57. Art. 504(c), *Title 17, United States Code*.

58. Voir Pamela SAMUELSON *et al.*, « Statutory Damages: A Rarity in Copyright Laws Internationally, But For How Long ? », (2013) 60 *Journal of The Copyright Society of the U.S.A.* 1, 1-2.

59. Voir Pamela SAMUELSON *et al.*, « Statutory Damages in Copyright Law: A Remedy in Need of Reform », (2009) 51 *William and Mary Law Review* 439, 440-442.

60. Par. 38.1(1), *Loi sur le droit d'auteur*.

61. *Boire c. Lefebvre*, 2013 QCCQ 921 (Division des petites créances) et *Tency Music SAS c. Lefrançois*, 2013 QCCS 1947.

ci-haut, on peut constater que ce délai n'a pas été sans bénéfice. En effet, les modifications à la *Loi sur le droit d'auteur* témoignent de plusieurs emprunts des États-Unis, pionniers en la matière. Les similitudes avec le droit Européen sont moins évidentes, les deux juridictions de ce continent ayant pris des directions divergentes par rapport aux nord-américains.

On a vu qu'en ce qui concerne la contrefaçon par fourniture de moyens, le Canada est aussi strict que les États-Unis, mais pas aussi strict que la France. Le Royaume-Uni a adopté une approche entièrement distincte, responsabilisant non pas les intermédiaires, mais les fournisseurs de services internet. En dépit de l'encadrement juridique mis en place par toutes les juridictions abordées dans l'analyse, on constate que ce n'est pas le *peer-to-peer* en tant que tel qui est visé par législation, mais bien sa mise en disposition par les fournisseurs⁶².

En ce qui concerne les mesures techniques de protection, le Canada a de nouveau calqué sa législation sur celle des États-Unis, tout en comblant certaines lacunes. Notamment, au Canada, le déblocage des téléphones cellulaires est légal et une disposition a été incluse pour éviter les pratiques anti-concurrentielles dans le marché secondaire de certaines industries. La France a aussi joué un rôle innovateur en ce qui a trait à la protection de la concurrence, spécifiant que ce ne sont pas les mesures techniques qui bénéficient de la protection de la loi, mais bien les œuvres qu'elles protègent.

Le Canada tient compte des intérêts des usagers dans les dommages, excluant les contournements de mesures techniques de protection à des fins privées du régime de recours criminels et séparant les recours civils pour violations à des fins commerciales de celles à des fins privées.

Enfin, le nouveau régime d'avis et avis instauré par la *Loi sur la modernisation du droit d'auteur* vise à rendre responsables en partie seulement les fournisseurs de service internet quant aux violations des usagers utilisant leurs services. Comparativement aux autres juridictions qui obligent les fournisseurs soit à enlever le matériel contrevenant le droit d'auteur, soit à bloquer éventuellement l'accès au réseau internet, le législateur canadien a été moins sévère.

62. André LUCAS *et al.*, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, 4^e éd. (Paris, LexisNexis, 2012), par. 308.