

Vol. 18, n° 1

**Les mesures techniques de protection
du droit d’auteur : aperçus des
conséquences possibles en droit
canadien : atteinte à la liberté
d’expression – Partie II**

Philippe Morin*

Introduction	101
1. La liberté d’expression au Canada	102
2. <i>Universal City Studios, Inc. v. Reimerdes</i>	105
2.1 Les faits	105
2.2 La réponse de la Cour de première instance	106
2.2.1 L’affichage des liens hypertextes	108
2.3 Conclusion de la décision <i>Universal Studios</i>	109

© Philippe Morin, 2005.

* Philippe Morin est étudiant en maîtrise en droit à l’Université de Moncton. Cet article est la partie II d’un article, dont la partie I a été publiée dans les Cahiers de Propriété Intellectuelle, volume 17:2. La première partie aborde, outre la description de certaines mesures techniques et lois, le paradoxe juridique entre la copie pour usage privé et la protection des mesures techniques anti-copie, les conséquences face au domaine public et les exceptions au droit d’auteur.

3.	L'interdiction de communication des moyens de contournement restreint-elle la liberté d'expression au Canada ?	110
3.1	La première étape : la communication des moyens de contournement fait-elle partie de la sphère des activités protégées par la liberté d'expression ?	111
3.2	La deuxième étape : l'objet ou l'effet de l'action gouvernementale restreint-il la liberté d'expression ? .	114
3.2.1	L'objet de la loi	115
4.	L'interdiction de communication retrouvée à l'article 34.02 du projet de loi C-60 est-elle justifiée en vertu de l'article 1 de la <i>Charte</i> ?	117
4.1	Le contexte	118
4.2	La première étape : objectif urgent et réel ?	123
4.3	La deuxième étape : critère de proportionnalité	125
4.3.1	Le lien rationnel	125
4.3.2	Critère de proportionnalité : porter le moins possible atteinte au droit ou à la liberté. . . .	126
4.3.2.1	La solution fondée sur le modèle de la redevance de la copie pour usage privé	127
4.3.3	Critère de proportionnalité : les effets préjudiciables.	129
4.4	Les avantages d'une interdiction de communication des moyens de contournement sur Internet	130
4.4.1	Le contrôle du marché	130
4.4.1.1	La prévention du piratage des œuvres numériques.	131

4.4.2	Les désavantages d'une interdiction de communication des moyens de contournement sur Internet	131
4.4.2.1	Le choix d'un système d'exploitation	131
4.4.2.2	L'accès à l'information	134
4.5	Conclusion de l'analyse de l'article 1 de la <i>Charte</i> . . .	136
	Conclusion	137

Introduction

Les mesures techniques de protection du droit d'auteur ont une incidence sur la liberté d'expression. Dans cette optique, ce sont principalement les moyens de contournement des mesures techniques de protection du droit d'auteur qui sont visés. La Loi de mise en œuvre des deux traités de 1996 de l'OMPI, soit le *Traité sur le droit d'auteur* et le *Traité sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes*, renferme habituellement l'interdiction de communication de ces derniers¹. Par exemple, la *Directive européenne 2001/29* indique que les États doivent prévoir une protection juridique contre la fabrication, l'importation, la distribution, la vente, la location, la publicité en vue de la vente ou de la location ou la possession à des fins commerciales des moyens de contournement². Aux États-Unis, cette interdiction de communication s'est traduite notamment par la prohibition d'affichage des moyens de contournement et des liens hypertextes sur les sites Web, ce qui, selon nous, portera atteinte à la liberté d'expression au Canada lorsque ce dernier mettra en œuvre les deux traités de l'OMPI³.

Nous proposons d'effectuer un survol du droit canadien en matière de liberté d'expression afin de comprendre comment elle peut s'appliquer aux mesures techniques de protection du droit d'auteur. Nous examinerons ensuite l'affaire *Universal Studios*, por-

-
1. *Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur*, 20 décembre 1996, en ligne : Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle <http://www.wipo.int/treaties/fr/ip/wct/trtdocs_wo033.html> [*Traité sur le droit d'auteur*] ; *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/treaties/fr/ip/wppt/trtdocs_wo034.html> [*Traité sur les interprétations*].
 2. [2001] J.O.L. 167/10, en ligne : Europa <http://europa.eu.int/eur-lex/pri/fr/oj/dat/2001/l_167/l_167200_10622fr00100019.pdf>, art. 6(2)(a)-(c) [*Directive 2001/29*].
 3. Au sujet de la prohibition d'affichage des codes sources, voir *Universal Studios v. Reimerdes*, 111 F. Supp. 2d 294 [*Universal Studios 1*] et *Universal City Studios, Inc. v. Corley*, 273 F. 3d 429 [*Universal Studios 2*] ; au moment de la rédaction de cet article, le Canada a fait la première lecture à la Chambre des communes du projet de loi C-60 mettant en œuvre les deux traités de 1996 de l'OMPI, *infra*, note 33.

tant sur l'affichage du moyen de contournement *DeCSS* sur un site Web, survenu après la mise en œuvre des deux traités de 1996 de l'OMPI par les États-Unis⁴. Nous poursuivrons en examinant l'atteinte à la liberté d'expression et l'analyse en vertu de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*⁵ qui résulte de l'interdiction de communication des moyens de contournement au Canada.

1. La liberté d'expression au Canada

La liberté d'expression joue un rôle important au Canada, non seulement dans les domaines politique et démocratique, mais aussi dans l'enrichissement et l'épanouissement personnels tant d'un côté économique qu'au niveau de la participation sociale⁶. La Cour suprême du Canada a énoncé que les valeurs qui sous-tendent cette liberté dans la société canadienne étaient au nombre de trois :

- 1) la recherche de la vérité est une activité qui est bonne en soi ;
- 2) la participation à la prise de décisions d'intérêt social et politique doit être encouragée et favorisée ; et
- 3) la diversité des formes d'enrichissement et d'épanouissement personnels doit être encouragée dans une société qui est essentiellement tolérante, même accueillante, non seulement à l'égard de ceux qui transmettent un message, mais aussi à l'égard de ceux à qui il est destiné⁷.

La liberté d'expression tire principalement⁸ sa source de la *Charte canadienne des droits et libertés*, et est libellée de la façon suivante :

4. Cette mise en œuvre du *Traité sur le droit d'auteur* de l'OMPI a eu comme résultat le *Digital Millennium 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>, le 28 octobre 1998 [DMCA].

5. Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R.-U.), 1982, c. 11 [Charte].

6. Henri Brun et Guy Tremblay, *Droit constitutionnel*, 3^e éd., (Les Éditions Yvon Blais Inc., 1997) [Brun et Tremblay].

7. *Irwin Toy Ltd. c. Québec (P.G.)*, [1989] 1 R.C.S. 927 au para. 53 [Irwin Toy].

8. Outre la *Charte*, *supra*, note 5, voir la *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., c. C-12 et la *Déclaration canadienne des droits*, L.R.C. (1985), app. II, font aussi mention de la liberté d'expression ; Brun et Tremblay, *supra*, note 6 à la p. 995.

Chacun a les libertés fondamentales suivantes :

[...]

liberté de pensée, de croyance, d'opinion et d'expression, y compris la liberté de la presse et des autres moyens de communication⁹ ;

Outre l'identification explicite de la liberté d'expression à l'alinéa 2b) de la *Charte*, on y retrouve d'autres libertés fondamentales étroitement liées à celle-ci. Cette dernière comprend non seulement l'écrit et l'oral, mais aussi l'expression au moyen d'un geste ou comportement et donc la « liberté de réunion pacifique », voire la « liberté d'association ». La « liberté de conscience » est par la force des choses un préalable à la liberté d'expression et pour ce qui est de la liberté « de religion », elle permet en quelque sorte l'expression théologique de l'être.

La liberté d'expression, comme les autres libertés fondamentales et les droits prévus dans la *Charte*, n'est pas absolue¹⁰. La question qui se pose est donc celle de savoir « s'il existe une raison pour laquelle la garantie ne devrait pas s'étendre à un type particulier d'expression »¹¹. L'article 1 de la *Charte* joue ce rôle capital dans la délimitation de la liberté d'expression au Canada. Comme le juge en chef Dickson l'indique :

L'article premier remplit deux fonctions : premièrement, il enchâsse dans la Constitution les droits et libertés énoncés dans les dispositions qui le suivent ; et, deuxièmement, il établit explicitement les seuls critères justificatifs [...] auxquels doivent satisfaire les restrictions apportées à ces droits et libertés¹².

L'article 1 se lit comme suit :

La *Charte canadienne des droits et libertés* garantit les droits et libertés qui y sont énoncés. Ils ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique¹³.

9. *Charte, ibid.*, al. 2b).

10. *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103 au para. 65 [*Oakes*].

11. *Ford c. Québec (P.G.)*, [1988] 2 R.C.S. 712 au para. 46 [*Ford*].

12. *Oakes, supra*, note 10 au para. 63.

13. *Charte, supra*, note 5, art. 1.

L'article 1 de la *Charte* renferme le critère normatif utilisé afin de mesurer l'atteinte à un droit ou une liberté garantis. Ce critère est de savoir si une limite raisonnable à un droit ou une liberté se justifie dans une société libre et démocratique.

Dans l'arrêt *R. c. Oakes*¹⁴, le juge Dickson a élaboré un critère afin de faciliter la délimitation des droits et libertés ou autrement dit, afin d'appliquer l'article premier de la *Charte*. Ce critère en deux parties s'énonce ainsi :

1. l'objectif que visent à servir les mesures qui apportent une restriction à un droit ou à une liberté garantis par la Charte, doit être « suffisamment important pour justifier la suppression d'un droit ou d'une liberté garantis par la Constitution » [...] Il faut à tout le moins qu'un objectif se rapporte à des préoccupations urgentes et réelles dans une société libre et démocratique [...] ¹⁵.
2. Critère de proportionnalité :
 - 2.1 les mesures adoptées doivent avoir un lien rationnel avec l'objectif en question ;
 - 2.2 le moyen choisi doit être de nature à porter « le moins possible » atteinte au droit ou à la liberté en question ;
 - 2.3 il doit y avoir proportionnalité entre les effets des mesures restreignant un droit ou une liberté garantis par la Charte et l'objectif reconnu comme « suffisamment important » ¹⁶.

Ce critère a été nuancé par la jurisprudence ultérieure. L'analyse du concept de « limites raisonnables » doit tenir compte du contexte particulier de chaque affaire, de l'importance du droit revendiqué par rapport à la gravité de l'atteinte et du caractère impérieux de l'objectif poursuivi par la loi, et du rapport entre les effets négatifs et les effets positifs de la mesure envisagée par comparaison au droit garanti. En tout état de cause, l'analyse sous l'article premier n'est pas un exercice mécanique : c'est une démarche souple qui doit tenir compte de l'ensemble des facteurs pertinents à la situation ¹⁷.

14. *Oakes*, *supra*, note 10.

15. *Ibid.* au para. 69.

16. *Ibid.* au para. 70.

17. Voir L.E. Trakman, W. Cole-Hamilton et S. Gatién, « R. v. Oakes 1986-1997 : Back to the Drawing Board », (1998) 36 *Osgoode Hall L.J.* 83 pour une analyse plus détaillée de l'évolution du critère énoncé dans l'arrêt *Oakes*.

Avant d'aborder les étapes préliminaires en ce qui a trait à la liberté d'expression et à l'analyse constitutionnelle de cette dernière au Canada, nous allons examiner la décision clé des États-Unis sur le sujet.

2. *Universal City Studios, Inc. v. Reimerdes*

Cette décision, impliquant le *Digital Millennium Copyright Act*¹⁸ (*DMCA*) – soit la loi de mise en œuvre des deux traités de 1996 de l'OMPI – et les mesures techniques de protection du droit d'auteur, trace le tableau des conséquences possibles de l'interaction qui peut survenir entre la liberté d'expression et l'interdiction de communication des moyens de contournement. Nous focaliserons notre attention sur les sections du jugement de première instance traitant de la liberté d'expression dont il a été question dans cette affaire¹⁹.

2.1 *Les faits*

Au mois de septembre 1999, un jeune norvégien du nom de Jon Johansen a créé une clé de décryptage, par méthode d'ingénierie inverse, qu'il a nommée *DeCSS*. Cette clé a été créée à partir de la formule de cryptage *Content Scramble System (CSS)* utilisée comme mesure technique de protection du droit d'auteur pour les œuvres cinématographiques contenues sur des *Digital Versatile Discs (DVD)*²⁰. Au mois de novembre de cette même année, le défendeur Eric Corley²¹ a affiché la clé de décryptage *DeCSS* sur son site Web ainsi que des liens hypertextes menant à d'autres sites Web offrant également le code source *DeCSS*, ce qui a donné lieu à ce litige.

Selon les demandeurs, huit grands studios de cinéma, ce comportement contrevenait au *DMCA*. Les demandeurs ont d'abord demandé une injonction interlocutoire empêchant Corley d'afficher le moyen de contournement *DeCSS* ainsi que des liens hypertextes menant à d'autres sites Web affichant le code. Ils ont obtenu l'injonction pour l'affichage du code source *DeCSS*, mais ne l'ont pas reçue pour ce qui est des liens hypertextes. Ces deux questions allaient être examinées davantage en première instance.

18. *DMCA*, *supra*, note 4.

19. La décision de la Cour d'appel n'apporte rien de plus, elle ne fait que confirmer la décision du juge Kaplan en première instance, qui elle, est plus détaillée.

20. *Universal Studios I*, *supra*, note 3 à la p. 312.

21. Eric Corley, aussi connu sous le pseudonyme de Emmanuel Goldstein, est le directeur et fondateur du site Web 2600.com ainsi que de la revue *The Hacker Quarterly*.

2.2 La réponse de la Cour de première instance

Corley est accusé selon la disposition 1201(a)(2) du *DMCA*, dite « anti-traffic », et interdisant la communication des moyens de contournement²². Cette disposition se lit comme suit :

No person shall manufacture, import, offer to the public, provide, or otherwise traffic in any technology, product, service, device, component, or part thereof, that –

(A) is primarily designed or produced for the purpose of circumventing a technological measure that effectively controls access to a work protected under this title ;

(B) has only limited commercially significant purpose or use other than to circumvent a technological measure that effectively controls access to a work protected under this title ; or

(C) is marketed by that person or another acting in concert with that person with that person's knowledge for use in circumventing a technological measure that effectively controls access to a work protected under this title.

Corley conteste la constitutionnalité de cette disposition et argumente qu'elle contrevient à son droit de communiquer le code source *DeCSS*, lequel est, dit-il, protégé par la liberté d'expression²³. La Cour va donc examiner, à la lumière des critères établis antérieurement dans la jurisprudence des États-Unis, la constitutionnalité de la restriction à la liberté d'expression causée par la disposition 1201(a)(2) du *DMCA*.

La Cour énonce d'abord que le code source d'un programme d'ordinateur est protégé par la liberté d'expression, qui protège donc, par le fait même, le code source *DeCSS*²⁴. Après avoir établi cette prémisse, le juge Kaplan entame l'analyse de la constitutionnalité de la disposition 1201(a)(2) du *DMCA* interdisant l'affichage de tels dispositifs.

22. Bien que l'on ne retrouve pas explicitement le terme « post » (afficher), cet article fut interprété comme interdisant également l'affichage sur Internet.

23. *Universal Studios I*, *supra*, note 3 à la p. 327.

24. *Ibid.* aux pp. 326-327 ; le grand dictionnaire, en ligne : Office québécois de la langue française <http://www.granddictionnaire.com/btml/fra/r_motclef/index1024_1.asp>, s.v. code source : « Instructions originales d'un programme écrites dans un langage lisible par l'homme et qui doivent être compilées (traduites) pour être lues par un ordinateur ».

Aux yeux de la Cour, il existe une différence considérable entre une loi qui restreint la liberté d'expression selon qu'elle vise le contenu du message ou non. La Cour parle alors de *content based* ou de *content neutral*. Puisqu'en général, le gouvernement des États-Unis n'a pas le pouvoir de restreindre la liberté d'expression à cause du contenu du message (*content based*), une telle restriction serait seulement permise si elle répondait, de manière à porter atteinte le moins possible à la liberté d'expression, à un intérêt gouvernemental contraignant²⁵. Par ailleurs, les restrictions gouvernementales qui ne visent pas directement le message véhiculé (*content neutral*) seront maintenues si elles répondent à un intérêt gouvernemental substantiel et ne restreignent pas plus que nécessaire la liberté d'expression²⁶.

La Cour doit donc déterminer si le code source *DeCSS* tombe dans la catégorie de *content based* ou de *content neutral*. Corley soutient que la prohibition de l'affichage du code *DeCSS* est due à son contenu et par conséquent tombe dans la catégorie de *content based*. Bien que nous soyons du même avis, la Cour croit tout de même que cette explication n'est pas complète et qu'elle ne tient pas compte de tous les facteurs. Elle mentionne que le code source ne fait pas que transmettre un message mais possède également une fonction. À l'aide d'un ordinateur, le code *DeCSS* permet le décryptage de la mesure technique de protection du droit d'auteur *CSS*. En somme, selon la Cour, la disposition dite « anti-traffic » du *DMCA* ne vise pas la suppression des idées élaborées par les programmeurs informatiques, mais vise surtout l'aspect fonctionnel, c'est-à-dire le contournement des mesures techniques de protection du droit d'auteur, en l'espèce *CSS*.

Considérant ces deux éléments du code *DeCSS*, dit d'expression d'une part et fonctionnel de l'autre, la Cour énonce que la disposition 1201(a)(2) du *DMCA* est *content neutral*. Par conséquent, elle n'excède pas les pouvoirs du Congrès et cette restriction de la liberté d'expression représente un intérêt gouvernemental substantiel qui ne restreint pas plus que nécessaire la liberté d'expression²⁷.

25. *Universal Studios 1, ibid.* « [...] content based restrictions on speech are permissible only if they serve compelling state interest by the least means available ».

26. *Ibid.* aux pp. 327-328 « Because restrictions of this type are not motivated by a desire to limit the message, they will be upheld if they serve a substantial governmental interest and restrict First Amendment freedoms no more than necessary ». Il est à noter que cette distinction *content based* et *content neutral* n'est pas présente en droit canadien. Au Canada, dès qu'une activité transmet une signification et donc a un contenu, elle est protégée par la liberté d'expression.

27. *Ibid.* à la p. 332.

2.2.1 L'affichage des liens hypertextes

Selon le juge Kaplan, les liens hypertextes sont également protégés par la liberté d'expression. Tout comme le code source *DeCSS*, ils ont eux aussi un élément expressif et non expressif (un élément fonctionnel) et tombent donc sous la catégorie de *content neutral*²⁸. Après tout, afficher le code sur son site Web ou le relier à un autre, affichant le code, sont deux comportements qui aboutissent au même résultat : l'obtention du moyen de contournement par l'internaute.

Malgré tout, le juge Kaplan avait certaines préoccupations quant à l'interdiction d'affichage des liens hypertextes. Il se demandait notamment si l'intérêt substantiel que poursuit la loi serait atteint moins efficacement sans cette loi²⁹. À ce questionnement, le juge note qu'une action en justice contre des opérateurs de site Web affichant le code *DeCSS* serait un moyen plus efficace pour contrer la propagation des moyens de contournement sur le Web. Par contre, considérant l'aspect transfrontalier du Web ainsi que l'impossible extraterritorialité du *DMCA*³⁰, l'injonction empêchant Corley d'afficher des liens hypertextes reliant son site Web à d'autres sites Web offrant le code source *DeCSS* a été accordée.

Le juge Kaplan était préoccupé par cette restriction, car les liens hypertextes composent une partie cruciale de la toile. Le juge ne voulait pas, en émettant une telle injonction, susciter la crainte chez les fournisseurs de contenu de se retrouver responsable d'avoir affiché un lien reliant leur site Web à un autre sur lequel pourrait se trouver un moyen de contournement. Afin de combler cette lacune, le juge Kaplan a élaboré un critère à trois volets qu'il faudra satisfaire pour démontrer la responsabilité en cas d'affichage de tels liens. Le critère est satisfait lorsqu'il est possible d'établir :

28. *Ibid.* à la p. 339.

29. *Ibid.* « whether the regulation promotes a substantial government interest that would be achieved less effectively absent the regulation ».

30. Voir Adam D. Fuller, « Extraterritorial implications of the Digital Millennium Copyright Act », (2003) 35 *Case W. Res. J. Int'l L.* 89, pour une analyse historique de la présomption contre l'application extraterritoriale des lois américaines. En se basant sur la jurisprudence pertinente ainsi que sur l'événement impliquant la compagnie russe Elcomsoft et un de ses programmeurs, Dmitry Sklyarov, qui a été arrêté et poursuivi aux États-Unis pour avoir rédigé un programme d'ordinateur : *Advanced eBook Processor* permettant aux propriétaires de *ebooks* de les imprimer ou les reproduire. Fuller a conclu que la présomption contre l'application extraterritoriale devrait s'appliquer en ce qui concerne le *DMCA*, du moins en autant qu'une grande importance soit accordée à la présomption. Sinon, l'extraterritorialité risque d'être une conséquence inévitable et malheureuse à l'ère numérique ; voir également *U.S. v. Elcom Ltd.* 203 F.Supp.2d 111.

[...] absent clear and convincing evidence that those responsible for the link

a) know at the relevant time that the offending material is on the linked-to site,

b) know that it is circumvention technology that may not lawfully be offered, and

c) create or maintain the link for the purpose of disseminating that technology³¹.

En l'espèce, *Universal Studios* a satisfait aux exigences du critère en démontrant que Corley affichait des liens hypertextes sachant pertinemment que le code *DeCSS* se trouvait sur les sites Web en question et que des liens étaient maintenus en vue de répandre ce moyen de contournement des mesures techniques de protection du droit d'auteur.

2.3 Conclusion de la décision *Universal Studios*

Le juge Kaplan a conclu que le différend entre ces deux perceptions – qui peuvent être résumées comme étant la protection de l'information d'un côté et la liberté d'information de l'autre – a été résolu par le Congrès en élaborant le *DMCA*³². Comme cette loi ne contrevient pas à la liberté d'expression, et est donc constitutionnelle, une injonction permanente a été émise empêchant Corley d'afficher le code source *DeCSS* ainsi que des liens hypertextes sur son site Web menant à d'autres sites Web offrant le moyen de contournement *DeCSS*.

Un litige semblable pourrait fort bien surgir au Canada à la suite de la mise en œuvre du *Traité sur le droit d'auteur* et du *Traité sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes*. Par exemple, il suffirait que les mesures techniques jointes aux nouveaux formats *DVD* – *Blue Ray* et *HD DVD* – soient neutralisées et que leurs moyens de contournement soient publiés sur un site Web au Canada.

31. *Universal Studios 1, supra*, note 3 à la p. 341. La Cour poursuit en disant que : « [s]uch standard will limit the fear of liability on the part of web site operators just as the New York Times standard gives the press great comfort in publishing all sorts of material that would have been actionable at common law, even in the face of flat denials by the subjects of their stories ».

32. Il est à noter que le jugement de la Cour d'appel *Universal Studios 2, supra*, note 3 confirme la décision de première instance.

Cela entraînerait nécessairement une analyse de l'interdiction de communication des moyens de contournement selon l'alinéa 2b) de la *Charte*.

3. L'interdiction de communication des moyens de contournement restreint-elle la liberté d'expression au Canada ?

Au moment de la rédaction de cet article, le projet de loi C-60 du Canada prévoit ce qui suit au sujet de la protection des mesures techniques :

34.02 (1) Le titulaire d'un droit d'auteur sur une œuvre, une prestation fixée au moyen d'un enregistrement sonore ou un enregistrement sonore ou de droits moraux sur une œuvre ou une telle prestation est admis, sous réserve des autres dispositions de la présente loi, à exercer tous les recours – en vue notamment d'une injonction, de dommages-intérêts, d'une reddition de compte ou d'une remise – que la loi accorde ou peut accorder contre la personne qui, sans son autorisation, contourne les mesures techniques protégeant toute forme matérielle de l'œuvre, la prestation ou l'enregistrement sonore, les supprime ou les rend inefficaces en vue d'accomplir un acte qui constitue une violation du droit d'auteur ou des droits moraux ou de faire la reproduction visée au paragraphe 80(1).

(2) Le titulaire de droit d'auteur ou de droits moraux visé au paragraphe (1) a les mêmes recours contre la personne qui offre ou fournit des services visant à rendre inefficaces les mesures techniques protégeant la forme matérielle de l'œuvre, la prestation ou l'enregistrement sonore ou à en permettre le contournement ou la suppression, alors qu'elle sait ou devrait savoir que le fait de les fournir aura pour effet d'entraîner la violation du droit d'auteur ou des droits moraux.

(3) Si la suppression des mesures techniques protégeant la forme matérielle de l'œuvre, la prestation ou l'enregistrement sonore ou le fait de les rendre inefficaces ne donnent pas lieu aux recours prévus au paragraphe (1), le titulaire du droit d'auteur ou des droits moraux peut toutefois les exercer contre la personne qui, sans son autorisation, accomplit tout acte ci-après en ce qui a trait à toute forme matérielle de l'œuvre, à la prestation ou à l'enregistrement sonore, alors qu'elle sait ou

devrait savoir que les mesures techniques ont été supprimées ou rendues inefficaces :

- a) la vente ou la location ;
- b) la mise en circulation de façon à porter préjudice au titulaire du droit d'auteur ;
- c) la mise en circulation, la mise ou l'offre en vente ou en location, ou l'exposition en public, dans un but commercial ;
- d) l'importation au Canada en vue de l'un ou l'autre des actes visés aux alinéas a) à c)³³.

Contrairement à la *Directive européenne 2001/29*, la section traitant des mesures techniques du projet de loi C-60 n'est pas une copie conforme de celle du *DMCA*³⁴. Cela ne veut pas dire pour autant que le message est différent, bien au contraire. L'essentiel de la mise en œuvre des traités, que l'on retrouve dans le projet de loi, est l'interdiction de communication des moyens de contournement et de la neutralisation des mesures techniques. Également, aux termes de ce projet de loi, le Canada n'a pas prévu de modèle d'interactions portant sur les points soulevés dans la partie I de cet article³⁵, c'est-à-dire le paradoxe de la protection des mesures techniques et de la copie pour usage privé ainsi que l'impact de l'utilisation des mesures techniques sur les exceptions au droit d'auteur et le domaine public. C'est donc sur ce fondement que nous entreprenons l'analyse de l'interdiction de communication des moyens de contournement comme atteinte à la liberté d'expression.

3.1 La première étape : la communication des moyens de contournement fait-elle partie de la sphère des activités protégées par la liberté d'expression ?

D'abord, il faut déterminer si l'article 34.02 du projet de loi C-60 porte atteinte à la liberté d'expression garantie à l'alinéa 2b) de la

33. Canada P.L. C-60, *Loi modifiant la Loi sur le droit d'auteur*, 1^{re} sess., 38^e Parl., 2005, art. 34.02, en ligne : Parlement du Canada <http://www.parl.gc.ca/PDF/38/1/parlbus/chambus/house/bills/government/C-60_1.PDF>.

34. Voir Philippe Morin, « Les mesures techniques de protection du droit d'auteur de la *Directive Européenne 2001/29/CE* : élaboration consécutive aux traités de l'OMPI ou influence du *Digital Millennium Copyright Act* ? », (2004) 6 *R.C.L.F.* 83 pour une analyse plus approfondie sur le sujet.

35. Philippe Morin, « 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 » *C.P.I.* 17-2, 277 [Partie I].

Charte. Pour ce faire, l'on doit se demander si l'activité visée fait partie de la sphère des activités protégées par la liberté d'expression. Si l'activité n'est pas protégée par l'alinéa 2b), on ne peut prétendre que l'action gouvernementale porte atteinte à la liberté d'expression.

Contrairement aux tribunaux des États-Unis, la Cour suprême du Canada n'a pas entamé la catégorisation hasardeuse des activités protégées et non protégées par la liberté d'expression. Par exemple, la terminologie *content based* et *content neutral* n'est pas utilisée en droit canadien. Cependant, elle a émis quelques lignes directrices permettant de déterminer si l'activité visée est protégée ou non par l'alinéa 2b) de la *Charte*.

Dans l'arrêt *Irwin Toy*, la Cour suprême du Canada a statué que si l'activité « transmet ou tente de transmettre une signification, elle a un contenu expressif et relève à première vue du champ de la garantie »³⁶. Cette liberté est tellement fondamentale dans une société libre et démocratique que, pour le juge Rand de la Cour suprême, elle était « tout aussi vitale à l'esprit humain que l'est la respiration à l'existence physique de l'individu »³⁷. La Cour poursuit en énonçant que la liberté d'expression s'est vu attribuer un statut constitutionnel afin « que chacun puisse manifester ses pensées, ses opinions, ses croyances, en fait, toutes les expressions du cœur ou de l'esprit, aussi impopulaires, déplaisantes ou contestataires soient-elles »³⁸. En somme, on ne peut interdire une activité expressive en se basant sur sa signification ou son contenu. Si l'on peut démontrer que l'activité, quelle qu'elle soit, transmet une signification, un contenu ou un message, elle fera partie, à première vue, des activités protégées par l'alinéa 2b) de la *Charte*.

Toute activité expressive est donc comprise dans la sphère d'activité protégée par la liberté d'expression. On ne peut cependant pas en dire autant quant aux formes qu'elle peut prendre³⁹. L'écrit, le discours, les arts, les gestes et les actes sont tous des formes d'expression acceptables. Par contre, des actes de violence tels un meurtre ou un viol ne pourraient se voir accorder une protection sous

36. *Irwin Toy*, *supra*, note 7 au para. 41.

37. *Switzman v. Elbling*, [1957] S.C.R. 285 à la p. 306.

38. *Irwin Toy*, *supra*, note 7 au para. 41.

39. *Ibid.* au para. 42 ; voir aussi *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313 ; *AFPC c. Canada*, [1987] 1 R.C.S. 424 et *SDGMR c. Saskatchewan*, [1987] 1 R.C.S. 460 où la Cour suprême a décidé que le droit à l'association (et donc dans une certaine mesure, la liberté d'expression) ne comprenait pas le droit de grève.

l'alinéa 2b) de la *Charte*⁴⁰. En somme, « la liberté d'expression est la garantie que nous pouvons communiquer nos pensées et nos sentiments, de façon non-violente, sans crainte de la censure »⁴¹.

Pour ce qui est des moyens de contournement, ils sont généralement créés par ingénierie inverse. L'ingénierie inverse peut être définie comme étant :

une méthode utilisée par les programmeurs pour extraire les *idées* et le processus utilisés dans un logiciel existant afin de produire de nouveau programme compatibles avec celui-ci⁴².
[les italiques sont nôtres]

Cette méthode est souvent utilisée à des fins d'interopérabilité et est permise selon la *Loi sur le droit d'auteur*⁴³. Imaginons le scénario suivant : *Microsoft*, lors de la sortie de son système d'exploitation *Windows XP*, a intégré son logiciel de messagerie –*Windows messenger* –⁴⁴, rattachant du même coup beaucoup de membres à son service de messagerie par opposition à d'autres fournisseurs de services de messagerie tels que *Yahoo Messenger* ou *AOL Instant Messenger*. Maintenant, supposons qu'une personne utilise un autre système d'exploitation tel que *Linux* et qu'elle désire communiquer avec ses amis qui utilisent le service *MSN messenger*. Étant donné que *Microsoft* n'offre pas de logiciel de messagerie fonctionnant sur *Linux* (seulement *Windows* et *MacOS*⁴⁵), cette personne devra créer son propre logiciel de messagerie pour son système d'exploitation. Pour ce faire, elle devra, par ingénierie inverse, trouver le fonctionnement de ce protocole et, de cette façon, être en mesure de créer son logiciel compatible avec les services de messagerie des serveurs de *Microsoft*.

Pareillement, les moyens de contournement, que l'on retrouve souvent sous la forme de code source, procurent l'information nécessaire en vue de créer des logiciels compatibles avec d'autres systèmes d'exploitation. Tout comme c'était le cas avec le contournement de la

40. *Irwin Toy, ibid.* au para. 42.

41. *Ibid.*

42. Sunny Handa, « Reverse engineering computer programs under Canadian copyright law », (1995) 40 *McGill L.J.* 621.

43. *Loi sur le droit d'auteur*, art. 30.6 a), prévoit une exception à cet égard, parlant toutefois de compatibilité au lieu d'interopérabilité [*Loi sur le droit d'auteur*].

44. Il est à noter que *Windows messenger 4.7* est distribué avec *Windows XP*, mais que *MSN messenger* ne l'est pas. Les deux logiciels sont, à toute fin pratique, identiques et utilisent le même service de messagerie.

45. En ligne : [msn.fr <http://messenger.msn.fr/download/>](http://messenger.msn.fr/download/) et est même disponible pour les pocket PC et Smartphones.

mesure technique *CSS*, *DeCSS* a permis la création d'un logiciel de visualisation de *DVD* compatible avec le système d'exploitation *Linux*. Le résultat final de l'ingénierie inverse dans le domaine de l'informatique est donc un texte écrit en langage de programmation contenant de l'information portant soit sur le fonctionnement d'un protocole de communication, soit sur une mesure technique de protection, soit sur un logiciel, etc.⁴⁶. Ce texte, ou code source, est alors utilisé afin de créer des logiciels pouvant être utilisés par bon nombre d'utilisateurs qui ne possèdent pas nécessairement les connaissances informatiques requises à la création de logiciels compatibles avec leur système d'exploitation.

En l'espèce, il est certain que la communication des moyens de contournement transmet une signification sous une forme non violente⁴⁷. L'activité transmet différentes significations : elle représente l'idée d'un programmeur informatique, elle informe sur la façon de contourner une mesure technique de protection du droit d'auteur et, par exemple, sur la façon de visualiser un film contenu sur un *DVD* pour les utilisateurs de systèmes d'exploitation autres que *Windows*. Nous sommes d'avis que la communication des moyens de contournement ou des liens hypertextes, menant à l'affichage de tels dispositifs, répond aux exigences d'activités expressives et par conséquent font partie de la sphère des activités protégées par l'alinéa 2b) de la *Charte*. Nous sommes maintenant en mesure de déterminer s'il y a atteinte à cette liberté d'expression.

3.2 La deuxième étape : l'objet ou l'effet de l'action gouvernementale restreint-il la liberté d'expression ?

Afin de déterminer si l'action gouvernementale restreint la liberté d'expression, les tribunaux devront examiner respectivement « l'objet » et « l'effet » de la loi. À cet égard, le juge Dickson, dans l'arrêt *R. c. Big M Drug Mart*, indique que :

l'objet et l'effet d'une loi sont tous les deux importants pour déterminer sa constitutionnalité : un objet inconstitutionnel ou un effet inconstitutionnel peuvent l'un et l'autre rendre une loi invalide. Toute loi est animée par un but que le législateur

46. Voir le code *DeCSS* en Annexe.

47. Pour plus d'informations au sujet des formes d'expression, voir notamment *Rocket c. Collège royal des chirurgiens dentistes d'Ontario*, [1990] 2 R.C.S. 2328 [*Rocket*] ; *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573 [*Dolphin Delivery*] ; *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c) du Code criminel (Man.)*, [1990] 1 R.C.S. 1123 ; *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697 [*Keegstra*] ; *R. c. Sharpe*, [2001] 1 R.C.S. 45.

compte réaliser. Ce but se réalise par les répercussions résultant de l'opération et de l'application de la loi. L'objet et l'effet respectivement, au sens du but de la loi et de ses répercussions ultimes, sont nettement liés, voire inséparables. On s'est souvent référé aux effets projetés et aux effets réels pour évaluer l'objet de la loi et ainsi sa validité.

De plus, il est essentiel d'examiner le but de la loi si l'on veut que des droits soient pleinement protégés. L'évaluation par les tribunaux de l'objet d'une loi est axée sur les objectifs poursuivis par le législateur et vise à assurer leur compatibilité avec les garanties enchâssées dans la Charte. La déclaration que certains buts outrepassent la compétence du législateur a pour effet d'arrêter l'action du gouvernement à la première étape d'une conduite inconstitutionnelle.⁴⁸

Cette première étape est celle de l'examen de l'objet de la loi. Ce n'est que si l'objet de la loi est valable, c'est-à-dire qu'il ne restreint aucune signification, que l'on se penchera sur les effets de la loi. Pareillement, si l'objet de la loi restreint la transmission d'une signification, la loi porte atteinte à la liberté d'expression et l'on doit poursuivre l'analyse en vertu de l'article 1 de la *Charte* afin de déterminer si la loi est compatible avec les droits ou libertés garantis.

3.2.1 L'objet de la loi

L'objet de la loi « doit être évalué du point de vue de la garantie elle-même »⁴⁹, c'est-à-dire que l'on doit regarder la relation entre l'action gouvernementale et la liberté d'expression. Pour reprendre les mots de la Cour suprême, « [p]our ce qui concerne la liberté d'expression, si le gouvernement a voulu contrôler la transmission d'un message soit en restreignant directement le contenu de l'expression soit en restreignant une forme d'expression liée au contenu, son objet porte atteinte à la garantie »⁵⁰.

Il peut parfois paraître difficile de déterminer l'objet de la loi, en l'espèce, le gouvernement argumentera probablement que l'objet de la loi est de protéger les droits d'auteur et non de restreindre une signification. Le juge Dickson énonce, à ce sujet, que « [s]i l'objet que poursuit le gouvernement est de restreindre le contenu de l'expres-

48. *R. c. Big M Drug Mart*, [1985] 1 R.C.S. 295 à la p. 331.

49. *Irwin Toy*, *supra*, note 7 au para. 48.

50. *Ibid.* au para. 51.

sion en écartant des messages précis qui ne doivent pas être transmis, il restreint nécessairement la garantie de la liberté d'expression »⁵¹. En l'espèce, l'objet vise le contenu de l'activité expressive en prohibant une panoplie d'actes tels que la mise en circulation des moyens de contournement. Cette mise en circulation peut se faire de différentes façons dont l'affichage constitue le principal moyen sur la toile.

Nous avons vu que les moyens de contournement transmettent une signification, un contenu, voire un message et c'est sur ce fondement que l'on veut les interdire. Dans un environnement numérique, où tout est information et contenu, il est difficile de prétendre, lorsque l'on interdit un contenu spécifique – que ce soit des moyens de contournement ou d'autres – que l'on vise la prévention des effets matériels. La seule façon de différencier ce contenu d'un autre est de s'en remettre à son message. Ce faisant, « le gouvernement a voulu contrôler la transmission d'un message [...] en restreignant directement le contenu de l'expression [ou ...] en restreignant une forme d'expression liée au contenu »⁵². Lorsqu'on évalue l'objet du point de vue de la liberté d'expression, il est clair que l'interdiction de communication retrouvé à l'article 34.02 du projet de loi porte atteinte à cette liberté en restreignant la mise en circulation, l'affichage, etc. des moyens de contournement. L'objet de l'action gouvernementale porte donc atteinte à la liberté d'expression.

Par analogie, l'interdiction des moyens de contournement est comparable à l'interdiction de fomenter la haine dans l'affaire *Keegstra*⁵³. L'interdiction prévue au paragraphe 319(2) du Code criminel « vise directement les paroles [...] dont le contenu et l'objet est de favoriser la haine raciale ou religieuse »⁵⁴. Bien que cette interdiction ait vu le jour afin d'éviter les conséquences fâcheuses que nous lui connaissons, il n'empêche que l'on vise les paroles et donc l'objet du paragraphe 319(2) vise le contenu. Il serait erroné d'énoncer que l'objet du paragraphe 319(2) est d'éviter les conséquences de la fomentation de la haine et que ce serait l'interdiction qui aurait pour effet de porter atteinte à la liberté d'expression. À ce sujet, le juge en chef Dickson, dans l'arrêt *Irwin Toy*, émet la mise en garde suivante :

[d]ans l'application du critère de l'objet à la garantie de la liberté d'expression, il faut se garder de dériver vers l'un ou

51. *Ibid.* au para. 49.

52. *Ibid.* au para. 51.

53. *Keegstra, supra*, note 47.

54. *Ibid.* au para. 33.

l'autre de deux extrêmes. D'un côté, la plus grande part de l'activité humaine comporte un élément d'expression et l'on pourrait conclure, selon un critère objectif, que l'un des aspects de l'objet poursuivi par le gouvernement est presque toujours de restreindre l'expression. D'un autre côté, le gouvernement peut presque toujours prétendre que le but poursuivi, d'un point de vue subjectif, correspondait à un besoin social véritable ou perçu, et non de restreindre l'expression. Pour éviter ces deux extrêmes, l'objet doit être évalué du point de vue de la garantie elle-même.⁵⁵

En l'espèce, il serait également erroné d'affirmer que l'objet est de protéger les droits d'auteur, ce qui aurait comme effet de porter atteinte à la liberté d'expression. L'objectif poursuivi par la loi peut éventuellement être la protection des droits d'auteur, mais le moyen choisi par le gouvernement est l'interdiction de communication des moyens de contournement, visant directement le contenu, ce qui peut avoir pour effet la protection du droit d'auteur. L'objet de l'interdiction vise directement le contenu. Par conséquent, « le méfait est dans le message de l'activité ou dans l'influence qu'il est susceptible d'avoir sur le comportement des autres [...] » et non « uniquement dans le résultat matériel direct de l'activité ». Il est donc inutile d'évaluer les effets de la loi sur la liberté d'expression⁵⁶. Comme cet article restreint la liberté d'expression, il doit être justifié en vertu de l'article 1 de la *Charte* afin d'être maintenu.

4. L'interdiction de communication retrouvée à l'article 34.02 du projet de loi C-60 est-elle justifiée en vertu de l'article 1 de la *Charte* ?

Ayant conclu que la communication des moyens de contournement sur Internet fait partie de la sphère des activités protégées par la liberté d'expression, et que l'objet de la loi porte atteinte à cette liberté, il est temps d'analyser, en vertu de l'article premier de la *Charte*, si cette atteinte est justifiable dans une société libre et démocratique. Afin de répondre aux exigences normatives du libellé de l'article 1, nous allons suivre la démarche telle qu'énoncée dans l'arrêt *Oakes* de la Cour suprême du Canada mais, afin de situer cette analyse, faisons un survol du contexte.

55. *Irwin Toy*, *supra*, note 7 au para. 48.

56. *Ibid.*

4.1 Le contexte

Le présent contexte peut être résumé par l'affrontement de deux philosophies, soit la diffusion libre d'une part et la diffusion contrôlée d'autre part. Ces deux philosophies, à leur tour, causent certains problèmes. D'un côté, la diffusion libre d'information mène habituellement à la violation du droit d'auteur en permettant aux internautes d'obtenir les moyens de contournement nécessaires pour passer outre les mesures techniques jointes aux œuvres numériques afin de protéger les droits. De l'autre côté, la diffusion contrôlée porte atteinte à la liberté d'expression, à la diversité des formes d'enrichissement et d'épanouissement personnels, à l'accès à l'information et encourage la participation à un monopole informatique.

La protection des droits d'auteur est importante dans les sociétés capitalistes occidentales. Les œuvres artistiques, cinématographiques, musicales, et autres représentent un revenu considérable pour les grandes corporations et une panoplie de créateurs. Depuis quelques années, ces revenus sont affectés par ce que l'on considère un des outils premiers à l'ère de l'information : Internet.

Avec l'arrivée du numérique, les créateurs ont été en mesure de nous offrir des produits de bien meilleure qualité. Cependant, ces produits se sont avérés très vulnérables sur la toile. Plusieurs internautes ont vite compris que le troc allait redevenir à la mode. Créant des logiciels de partage de fichiers, le piratage des œuvres numériques est devenu chose courante. Du coup, la protection traditionnelle qu'offrait le droit d'auteur était insuffisante.

Plusieurs compagnies se sont donc lancées dans le développement des mesures techniques de protection du droit d'auteur. Plusieurs techniques ont été développées⁵⁷, mais elles semblaient toutes souffrir d'une grande faiblesse : leur contournement. Les mesures techniques de protection, qui peuvent être comparées à un cadenas, ont forcément comme conséquence de posséder une clé. Cette clé était cependant nécessaire afin de profiter de l'œuvre cadenassée, mais sa dissémination devait être contrôlée. Par exemple, en ce qui concerne les œuvres fixées sur *DVD*, seuls les fabricants de lecteur *DVD* devaient posséder la clé afin de l'insérer dans le lecteur et, du coup, rendre la visualisation du disque possible par le consommateur, mais sans l'intervention de ce dernier. De cette façon, la sécurité du disque et le contrôle de la clé étaient assurés.

57. Partie I, *supra*, note 35 aux pp. 293-305.

Cette protection était nécessaire, mais les industries, qui avaient peut-être prévu le coup, désiraient avoir une protection juridique spécifique interdisant la neutralisation des mesures techniques en plus de la protection existante par le droit d'auteur. En 1996, l'OMPI répondait à l'appel en élaborant le *Traité sur le droit d'auteur* et le *Traité sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes*. Ces traités, décrits comme étant l'actualisation du droit d'auteur aux nouvelles technologies⁵⁸, arboraient chacun un article interdisant la neutralisation des mesures techniques.

En 1999, l'inévitable est arrivé et la clé de décryptage de la mesure technique apposée sur les *DVD* était publiée sur Internet. Cet événement a donné lieu à des poursuites judiciaires aux États-Unis⁵⁹ et a changé la face du Web dans ce pays. Pour une des premières fois, le contenu textuel véhiculé sur la toile était contrôlé. Ce jugement, par les tribunaux américains, a causé beaucoup d'émoi, car pour plusieurs cette interdiction de communication des moyens de contournement portait atteinte à la liberté d'expression et était, par conséquent, inconstitutionnelle.

Malgré tout cela, et bon nombre de critiques publiées à ce sujet⁶⁰, le Canada va de l'avant avec la mise en œuvre de ces deux traités de l'OMPI. Cependant, le Canada possède un environnement

58. *Traité sur le droit d'auteur, supra*, note 1. Le préambule indique notamment que : « [...] Reconnaissant la nécessité d'instituer de nouvelles règles internationales et de préciser l'interprétation de certaines règles existantes pour apporter des réponses appropriées aux questions soulevées par l'évolution constatée dans les domaines économique, social, culturel et technique, Reconnaissant que l'évolution et la convergence des techniques de l'information et de la communication ont une incidence considérable sur la création et l'utilisation des œuvres littéraires et artistiques, [...] ».

59. Des poursuites ont également été intentées, en Norvège, contre Jon Lech Johansen. Ce dernier a finalement été acquitté, en ligne : The Register <http://www.theregister.co.uk/2003/01/07/dvd_jon_is_free_official/>.

60. 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 ; Simon Fitzpatrick, « Copyright imbalance : U.S. and Australian responses to the WIPO digital copyright treaty », (2000) 22 *E.I.P.R.* 214 ; Julie E. Cohen, « WIPO Copyright Treaty implementation in the United States : will fair use survive », (1999) 21 *E.I.P.R.* 236 ; 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 *Nat'l L.J.* 22 p. C1 ; Ian Kerr *et al.*, « Mesures de protection technique : Partie II – Protection juridique des MPT », (2003) 15-3 *C.P.I.* 805 ; 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 ; Tricia Mohan, « Freedom vs. Control : Private copying and technological protection measures », (2003) *Law-tech.* 19.

juridique qui lui est propre et, ce faisant, il risque de rencontrer quelques problèmes en légiférant sur l'interdiction de communication des moyens de contournement. Premièrement, il créera un paradoxe entre la protection des mesures techniques anti-copies des enregistrements sonores et la copie pour usage privé⁶¹. Alors que l'on pouvait penser que le législateur allait prévoir un mécanisme d'interaction pour protéger la copie pour usage privé, il fait tout le contraire dans son projet de loi lorsqu'il indique :

[...] que la loi accorde ou peut accorder contre la personne qui, sans son autorisation, contourne les mesures techniques protégeant toute forme matérielle de l'œuvre, la prestation ou l'enregistrement sonore, les supprime ou les rend inefficaces en vue d'accomplir un acte qui constitue une violation du droit d'auteur ou des droits moraux ou de faire la reproduction visée au paragraphe 80(1).

La reproduction visée au paragraphe 80(1) est, bien entendu, la copie pour usage privé. Il est alors illégal selon ce libellé⁶² de contourner une mesure technique anti-copie en vue de s'adonner à la copie pour usage privé permise par la *Loi sur le droit d'auteur* et pour laquelle les consommateurs paient lors de l'achat des supports audio vierges⁶³.

Deuxièmement, la protection et l'utilisation des mesures techniques, et non seulement pour le Canada, causent certains problèmes face aux exceptions et limitations du droit d'auteur⁶⁴. Par exemple, la protection à perpétuité qu'offrent les mesures techniques mine le domaine public en diminuant le nombre d'œuvres qui en fera partie. Cet impact n'est pas à négliger puisqu'il semble perturber l'équilibre qui est censé exister entre la société et les créateurs. Cet équilibre est nécessaire afin d'éviter l'enrichissement des riches et la paupérisation des pauvres au niveau de la culture.

Troisièmement, il cause une entorse à la démocratie en restreignant la liberté d'expression par le biais d'une interdiction d'un certain contenu sur la toile, limitant par le fait même l'accès à l'information et la diversité des formes d'enrichissement et d'épanouissement personnels. Bien que les moyens de contournement se retrouvent

61. Partie I, *supra*, note 35 aux pp. 306-320.

62. Nous sommes bien conscient qu'il ne s'agit là que du projet de loi, mais cela nous sert de piste afin de connaître les intentions du législateur.

63. Partie I, *supra*, note 35 aux pp. 306-320.

64. *Ibid.* aux pp. 321-335.

sous différentes formes (e.g. texte et programme d'ordinateur), ils sont, en bout de ligne, du texte protégé par l'alinéa 2b) de la *Charte*. Il apparaîtrait un peu illogique d'avancer que les programmes d'ordinateurs, quels qu'ils soient, bénéficient d'une protection par le droit d'auteur⁶⁵ – dû à leur aspect textuel – mais à l'inverse qu'ils ne puissent profiter de la protection offerte par la liberté d'expression due à leur fonction.

De plus, cette interdiction de communication porte atteinte à l'accès à l'information ; non seulement à l'information inaccessible en vertu de la mesure technique, mais aussi au moyen de contournement proprement dit. Une restriction en vue de l'accès à l'information peut aussi vouloir dire une interdiction de l'accès à la culture. Dans l'affaire *R. c. D'Argy*⁶⁶, une interdiction de contourner un signal crypté avait pour effet de restreindre l'accès à un contenu culturel, ce qui n'a pu être justifié dans une société libre et démocratique. Cet argument n'a pas été soulevé dans l'affaire *Universal Studios*, mais l'on pourrait avancer qu'il était nécessaire de contourner la mesure technique afin de visualiser un contenu culturel fixé sur un *DVD*. Également, dans l'arrêt de la Cour suprême du Canada *Thomson Newspaper Co. c. Canada*⁶⁷, la constitutionnalité de la *Loi électorale du Canada*, empêchant la publication des résultats de sondages électoraux durant une période de trois jours avant la journée d'élections, était contestée. La Cour a conclu que la disposition de la loi en question portait atteinte à la liberté d'expression et que cette atteinte n'était pas justifiée en vertu de l'article premier de la *Charte*.

Cet arrêt consacre le droit d'accès à l'information. Comme l'affirme le juge Bastarache :

[c]ette interdiction porte atteinte, d'une part, aux droits des électeurs qui veulent avoir accès à l'information la plus à-propos disponible en matière de sondage, et, d'autre part, aux droits des médias et des sondeurs qui désirent fournir cette information. Il s'agit d'une atteinte à la circulation d'information [...] ⁶⁸.

Bien que le contexte de cette affaire portait sur les élections, la Cour suprême du Canada semble accorder, de façon générale, une

65. *Loi sur le droit d'auteur*, supra, note 43, art. 2 : « œuvre littéraire » Y sont assimilés les tableaux, les programmes d'ordinateur et les compilations d'œuvres littéraires ».

66. [2004] J.Q. 11142 [*D'Argy*].

67. [1998] 1 R.C.S. 877 [*Thomson Newspapers*].

68. *Ibid.* au para. 127.

place appréciable à l'accès à l'information car elle permet d'atteindre certaines des valeurs qui sous-tendent la liberté d'expression, dont la recherche de la vérité et la diversité des formes d'enrichissement et d'épanouissement personnels. L'accès à l'information – ou la libre circulation des idées et de l'information – est nécessaire dans le processus de recherche de la vérité⁶⁹. Certes, d'un point de vue purement méthodologique, l'on ne peut s'aventurer dans le processus de recherche de la vérité sans être en mesure de comparer différentes idées et différentes informations. La recherche de la vérité est impossible si un seul courant d'idées est permis et accessible. Dans un tel contexte, il ne serait pas question de liberté d'expression, mais plutôt d'endoctrinement (de l'expression et des idées auxquelles il faut adhérer). Par analogie, interdire la communication des moyens de contournement serait comme interdire toutes publications portant sur la laïcité alors que l'on ne prône qu'une seule religion.

De plus, cette impossibilité d'accéder à un certain contenu va à l'encontre de la valeur démocratique qu'est l'épanouissement personnel. L'épanouissement personnel face aux mesures techniques de protection du droit d'auteur se traduit notamment en l'imposition d'un système d'exploitation d'ordinateur. On se souviendra qu'une des raisons pour lesquelles le moyen de contournement de la mesure technique *CSS* apposée sur les *DVD* avait vu le jour était de pouvoir visualiser les *DVD* sur le système d'exploitation *Linux*. En ce sens, ce que nous considérons être une atteinte à la démocratie a donc également comme conséquence de limiter l'épanouissement de la personne en matière informatique et lui imposer un système d'exploitation au lieu d'un autre.

Dans ce qui pourrait être caractérisé comme le combat de David contre Goliath, les droits des consommateurs feront la lutte aux intérêts pécuniaires des auteurs. La croyance populaire semble s'être alignée avec la position des auteurs. Nous n'avons qu'à nous référer à une annonce publicitaire de l'ADISQ sur laquelle on peut lire « Quand on aime la musique pour **vrai** – La copie, non merci »⁷⁰ afin de constater que les médias profitent de leur pouvoir d'influence dans un but de désinformation. Que l'on aime la musique pour vrai ou non, la copie est parfaitement légale et prévue, comme nous l'avons vu dans la partie I de cet article, dans la *Loi sur le droit d'auteur*⁷¹.

69. *Ford, supra*, note 11 aux para. 48-52 ; voir également *Edmonton Journal c. Alberta (procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326 aux para. 82-83.

70. Salle de presse, en ligne : ADISQ <<http://www.adisq.com/doc/press-images.html>>.

71. *Loi sur le droit d'auteur, supra*, note 43, para. 80(1).

La discussion sur le contexte est importante à plusieurs niveaux. Elle fait ressortir l'objectif législatif et le degré de déférence dont la Cour fera preuve dans l'analyse de l'article 1 de la *Charte*⁷². Ceci étant dit, considérant le paradoxe de la copie pour usage privé, l'impact sur le domaine public et les exceptions au droit d'auteur⁷³, la liberté en cause ainsi que les corollaires quant à l'accès à l'information et l'encouragement d'un monopole qui en découlent et l'atteinte sérieuse à la démocratie que provoque l'interdiction de communication de moyen de contournement, nous sommes d'avis qu'il ne s'agit pas d'un cas où le tribunal devra faire preuve de retenue à l'égard du choix du législateur.

4.2 La première étape : objectif urgent et réel ?

La première étape du critère de l'arrêt *Oakes* consiste à savoir si l'objectif de l'action gouvernementale est urgent et réel. Comme c'est le cas pour bien d'autres États, l'objectif poursuivi par la loi semble être de mettre la *Loi sur le droit d'auteur* à jour en offrant une protection juridique qui répondra aux avancées technologiques et aux œuvres numériques.

Comme l'indique le juge LaForest, « [g]énéralement parlant, les traités internationaux sont interprétés d'une manière semblable aux lois »⁷⁴. L'objectif de l'action gouvernementale tire donc sa source du *Traité sur le droit d'auteur* et du *Traité sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes* de l'OMPI, car l'action gouvernementale en question est la loi de mise en œuvre de ces deux traités. L'obligation relative aux mesures techniques énonce que :

[l]es 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 loi⁷⁵.

72. *Rocket*, *supra*, note 47 aux pp. 246-249.

73. Partie I, *supra*, note 35 aux pp. 306-335.

74. *Thomson c. Thomson*, [1994] 3 R.C.S. 551. Le juge LaForest poursuit en indiquant que l'article 31 de la *Convention de Vienne sur le droit des traités* indique, au sujet de l'interprétation, « [qu'un] traité doit être interprété de bonne foi suivant le sens ordinaire à attribuer aux termes du traité dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but ».

75. *Traité sur le droit d'auteur*, *supra*, note 1, art. 11.

L'objectif législatif est donc d'offrir « une protection juridique appropriée et des sanctions juridiques efficaces contre la neutralisation des mesures techniques [...] ». Il existe un problème réel de violation du droit d'auteur sur Internet⁷⁶. Certes, bon nombre d'internautes sont en mesure de s'approprier des œuvres numériques gratuitement alors qu'elles sont censées être vendues. Il est de l'intérêt du gouvernement de répondre à la pression internationale ainsi qu'aux détenteurs de droit d'auteur et d'actualiser sa *Loi sur le droit d'auteur* afin d'être en harmonie avec la majorité des pays occidentaux⁷⁷.

La Cour suprême du Canada a énoncé dans *R. c. Big M Drug Mart* :

[...] que ce n'est pas tout ce qui est dans l'intérêt du gouvernement ni tous les objectifs visés par ses politiques qui se prêtent à un examen en fonction de l'art. 1. Il sera nécessaire d'élaborer des principes qui permettront de déterminer quels objectifs gouvernementaux sont suffisamment importants pour justifier la suppression d'un droit ou d'une liberté garantis par la Constitution⁷⁸.

Il serait effectivement possible de conclure à l'inconstitutionnalité d'une action gouvernementale dont l'objectif ne serait pas urgent et réel⁷⁹. Ce volet du critère représente le niveau minimal auquel il faut répondre en vue de justifier une atteinte à un droit ou une liberté garantis par la Constitution ; pour cette raison, l'objectif doit être suffisamment important⁸⁰. Sans quoi, le gouvernement pourrait interdire, avec trop d'aisance, des droits et libertés garantis.

76. À ce sujet, voir notamment les démarches entreprises par les compagnies de disques dans l'affaire *BMG Canada c. untel*, 2004 FC 488 [*BMG Canada*] et en appel, 2005 FCA 193 et les nombreuses poursuites de la Recording Industry Association of America, en ligne : RIAA <<http://www.riaa.com/news/newsletter/072805.asp>>. L'association de l'industrie canadienne de l'enregistrement (CRIA), quant à elle, n'a pas encore entamé de poursuites judiciaires au Canada, mais elle joue un rôle actif dans la publicité et l'information portant sur le piratage des œuvres musicales au Canada.

77. Selon la Cour suprême du Canada dans *Théberge c. Galerie d'Art du Petit Champlain Inc.*, [2002] 2 R.C.S. 336 au para. 6 « À la lumière de la mondialisation des « industries culturelles », il est souhaitable, dans les limites permises par nos propres lois, d'harmoniser notre interprétation de la protection du droit d'auteur avec celle adoptée par d'autres ressorts guidés par une philosophie analogue à celle du Canada ».

78. *Big M Drug Mart*, *supra*, note 48 au para. 139.

79. *R. c. Zundel*, [1992] 2 R.C.S. 731.

80. *Keegstra*, *supra*, note 47 au para. 42 ; *Irwin Toy*, *supra*, note 7 au para. 70.

Or, il ne fait aucun doute que la protection des droits d'auteur constitue un objectif gouvernemental urgent et réel. D'autant plus que selon la Cour dans *Universal Studios*, l'arrivée substantielle des films piratés vers la fin de l'année 1999 est survenue à la suite de l'affichage du code source *DeCSS*⁸¹. Par-dessus tout, la section VIII – copie pour usage privé – de la *Loi sur le droit d'auteur* n'aurait pas de raison d'être si ce phénomène de reproduction illégale d'œuvres (du moins en ce qui à trait aux œuvres musicales) ne constituait pas un point d'actualité et d'intérêt sur lequel le gouvernement doit se pencher. La première étape de l'analyse est rencontrée : la protection des droits d'auteur constitue un objectif gouvernemental urgent et réel.

4.3 La deuxième étape : critère de proportionnalité

À cette étape, il faudra démontrer que l'action gouvernementale, choisie pour rencontrer l'objectif urgent et réel, doit être raisonnable et que sa justification puisse se démontrer dans une société libre et démocratique afin d'être maintenue⁸². Le critère de proportionnalité comprend trois volets : 1) le lien rationnel entre les moyens choisis et l'objectif poursuivi ; 2) l'atteinte minimale au droit ou à la liberté et 3) il doit y avoir proportionnalité entre les effets préjudiciables et l'objectif législatif ainsi qu'entre les avantages et les désavantages de cette mesure gouvernementale.

4.3.1 Le lien rationnel

Pour emprunter les mots de la Cour suprême du Canada, les mesures adoptées ne doivent être « ni arbitraires, ni inéquitables, ni fondé[e]s sur des considérations irrationnelles »⁸³. En l'espèce, il est clair qu'une interdiction de communication des moyens de contournement (ou des liens hypertextes reliant un site Web à un autre site Web offrant des moyens de contournement), possède un lien rationnel avec l'objectif et ce, malgré le fait qu'Internet ne possède aucune frontière. Comme le Juge Kaplan l'a souligné dans *Universal Studios*⁸⁴, cette interdiction ne saurait répondre complètement aux objectifs poursuivis étant donné que les citoyens du pays peuvent accéder à des sites Web étrangers où cet affichage ne serait pas interdit.

81. *Universal Studios 1, supra*, note 3 à la p. 315.

82. *Oakes, supra*, note 10 au para. 70.

83. *Ibid.*

84. *Universal Studios 1, supra*, note 3 à la p. 340.

Malgré tout, l'interdiction de communication des moyens de contournement empêche l'accès aux œuvres numériques protégées par des mesures techniques ou la reproduction illégale de celles-ci. Ce faisant, il est impossible de contourner la mesure technique. Cette situation permet de rencontrer l'objectif législatif qu'est la protection des droits d'auteur. Il existe donc un lien rationnel entre l'action gouvernementale et l'objectif législatif jugé important. Par conséquent, l'on doit poursuivre l'analyse.

4.3.2 Critère de proportionnalité : porter le moins possible atteinte au droit ou à la liberté

À ce stade-ci de l'analyse, les tribunaux doivent examiner si l'action gouvernementale choisie est de « nature à porter le moins possible atteinte [...] à la liberté »⁸⁵ d'expression. Dans *RJR-MacDonald*, la Cour suprême du Canada a effectué la nuance suivante :

le gouvernement doit établir que les mesures en cause restreignent le droit à la liberté d'expression aussi peu que cela est raisonnablement possible aux fins de la réalisation de l'objectif législatif. La restriction doit être « minimale », c'est-à-dire que la loi doit être soigneusement adaptée de façon à ce que l'atteinte aux droits ne dépasse pas ce qui est nécessaire. Le processus d'adaptation est rarement parfait et les tribunaux doivent accorder une certaine latitude au législateur. Si la loi se situe à l'intérieur d'une gamme de mesures raisonnables, les tribunaux ne concluront pas qu'elle a une portée trop générale simplement parce qu'ils peuvent envisager une solution de rechange qui pourrait être mieux adaptée à l'objectif et à la violation. [...] Par contre, si le gouvernement omet d'expliquer pourquoi il n'a pas choisi une mesure beaucoup moins attentatoire et tout aussi efficace, la loi peut être déclarée non valide⁸⁶.

Il ressort de l'analyse contextuelle que l'objectif législatif du gouvernement est la protection des droits d'auteur. La question que l'on doit se poser maintenant est celle de savoir s'il était nécessaire pour protéger les droits d'auteur d'adopter une interdiction totale de communication ? Autrement dit, le gouvernement aurait-il pu mettre en œuvre les deux traités de 1996 de l'OMPI sans interdire la communication des moyens de contournement ?

85. *Oakes, supra*, note 10 au para. 70.

86. *RJR MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199 au para. 160.

Le libellé de l'article 11 du Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur indique que « [le]s Parties contractantes doivent prévoir une protection juridique appropriée et des sanctions juridiques efficaces contre la neutralisation des mesures techniques [...] », aucune mention n'est faite de l'interdiction de communication des moyens de contournement, bien que cette méthode ait été adoptée par les autres parties ayant mis en œuvre les traités.

Par conséquent, le Canada aurait été en mesure de mettre en œuvre ces traités en offrant une protection juridique aux mesures techniques et procurant, par le fait même, un recours en cas de violation de ces dernières. Comme le juge Von Finckensetein l'indiquait dans *BMG Canada c. Untel*⁸⁷, « [t]he exclusive right to make available is included in the *World Intellectual Property Organization* [...] ». Bien qu'il s'agissait d'un sujet différent, le juge se référait directement au contenu du Traité en vue de rechercher un certain droit. En l'espèce, en se référant directement au contenu du Traité, aucune mention n'est faite des interdictions de communication et donc le recours contre la neutralisation des mesures techniques pourrait être mis en œuvre au Canada sans ces interdictions. Ce faisant, il n'y aurait pas d'atteinte à la liberté d'expression et le libellé de l'action gouvernementale serait soigneusement adapté. Cette façon de procéder nous dirigerait plutôt vers le transfert d'œuvres piratées sur Internet. Le point de mire serait davantage le partage des fichiers piratés que l'interdiction de communication des moyens de contournement.

Finalement, bien « [qu']l n'incombe toutefois pas au Tribunal de trouver les solutions alternatives qui pourraient être envisagées [...] »⁸⁸, il existe une solution distincte de l'interdiction de communication.. Cette solution, en plus d'avoir l'avantage de jouer un rôle de dissuasion face au piratage, offrirait une compensation pécuniaire aux ayants droit concernés.

4.3.2.1 La solution fondée sur le modèle de la redevance de la copie pour usage privé

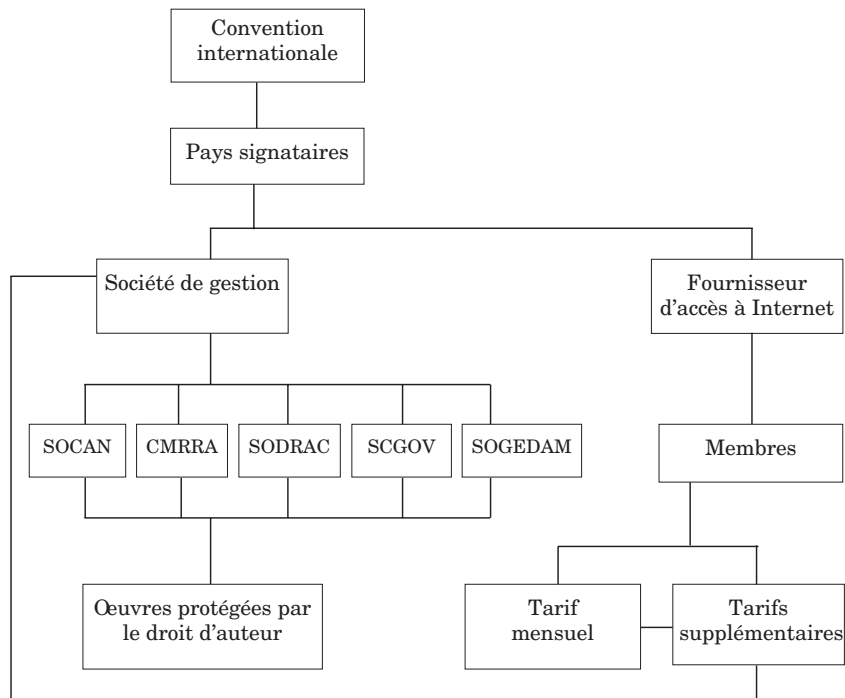
Ce système modelé sur celui de la copie pour usage privé consiste à élaborer un schème de redistribution des tarifs recueillis par les fournisseurs d'accès à Internet. Au lieu du *Traité sur le droit d'auteur* de l'OMPI, il pourrait même y avoir une convention internationale, ou nationale, énonçant des conditions, voire des normes à

87. *BMG Canada, supra*, note 76 au para. 28.

88. *D'Argy, supra*, note 66 au para. 503.

suivre par les fournisseurs d'accès à Internet. Ces fournisseurs pourraient retransmettre les tarifs recueillis, pour une consommation d'octets dépassant le quota du client, à une société équivalente à la Société canadienne de perception de la copie privée (SCPCP). Cette société, à son tour, répartirait les redevances aux sociétés de gestion des ayants droit comme la Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique (SOCAN). On contribuerait de cette façon à la rémunération des détenteurs de droit d'auteur tout en contraignant le moins possible la communication des moyens de contournement sur Internet et, par le fait même, la liberté d'expression.

Ce concept représente une solution viable en diminuant les pertes pécuniaires subies par les ayants droit, et ceci, tout en restreignant le moins possible la liberté d'expression. Par ailleurs, ce raisonnement pourrait s'étendre aux mesures techniques elles-mêmes : point n'est besoin d'interdire la communication des moyens de contournement si les mesures techniques de protection sont elles-mêmes interdites. Un tel modèle permettrait donc d'atteindre l'objectif de la diffusion des œuvres tout en préservant la juste rémunération des titulaires de droit.



Les tribunaux devront se prononcer et déterminer si, effectivement, l'interdiction de communication porte le moins possible atteinte à la liberté d'expression. Nous maintenons que le libellé de cette interdiction n'est pas suffisamment « soigné » mais, dans l'éventualité où les tribunaux arriveraient à la conclusion que l'interdiction totale de communication était le seul moyen de parvenir à l'objectif poursuivi par la loi, passons au troisième volet de l'analyse.

4.3.3 Critère de proportionnalité : les effets préjudiciables

À ce volet-ci de l'analyse, il est question de mesurer l'impact de l'action gouvernementale en rapport avec l'atteinte à la liberté d'expression. L'arrêt *R. c. Oakes*, nous indique à ce sujet que :

[l]a gravité des restrictions apportées aux droits et libertés garantis par la Charte variera en fonction de la nature du droit ou de la liberté faisant l'objet d'une atteinte, de l'ampleur de l'atteinte et du degré d'incompatibilité des mesures restrictives avec les principes inhérents à une société libre et démocratique⁸⁹.

La liberté d'expression est plus qu'une création de la *Charte*, c'est un concept fondamental et historique qui a participé au développement des sociétés démocratiques occidentales⁹⁰. Cette liberté est certes l'une des plus importantes au Canada et, ce faisant, elle doit peser lourd dans la balance lorsque vient le temps d'évaluer une restriction à son égard.

Au départ, ce volet du critère avait forcément le même rôle que les deux premiers, c'est-à-dire évaluer la « proportionnalité entre les effets préjudiciables des mesures restreignant un droit ou une liberté et l'objectif »⁹¹. Depuis l'arrêt *Dagenais*, ce volet a été élargi et doit maintenant aussi évaluer la « proportionnalité entre les effets préjudiciables des mesures et leurs effets bénéfiques »⁹².

En l'espèce, cela supposerait qu'en plus d'évaluer la proportionnalité entre les effets préjudiciables de l'interdiction de communication et l'objectif législatif poursuivi, il faudrait évaluer la proportionnalité entre les avantages et les désavantages d'interdire la communication des moyens de contournement sur Internet.

89. *Oakes, supra*, note 10 au para. 71.

90. *Dolphin Delivery, supra*, note 47 à la p. 583.

91. [1994] 3 R.C.S. 835 au para. 95 [*Dagenais*].

92. *Ibid.*

Cet exercice peut être entaché de subjectivité. Mais sur ce point, le juge Bastarache énonce que « cette lacune est atténuée par l'analyse des objectifs, du lien rationnel et de l'efficacité de la disposition législative qui est requise par les volets précédents du critère de l'arrêt *Oakes* »⁹³. Il semblerait donc qu'il ne faille pas perdre de vue le contexte dans lequel cette évaluation proportionnelle des avantages et des désavantages de l'action du gouvernement s'effectue, ainsi que les conclusions tirées précédemment. Passons donc à l'évaluation de cette dernière portion du volet final de l'analyse de l'article premier de la *Charte*.

4.4. Les avantages d'une interdiction de communication des moyens de contournement sur Internet

Nous soulevons deux avantages : le contrôle du marché et la protection des œuvres numériques contre la reproduction interdite.

4.4.1. Le contrôle du marché

Le contrôle du marché se réfère surtout au contrôle géographique exercé par les studios quant au choix du moment de la sortie de leurs œuvres cinématographiques. À des fins économiques, l'on ne sort pas tous les films à la même date, que ce soit en Amérique, en Europe ou ailleurs dans le monde. L'interdiction de communication des moyens de contournement a donc, dans un premier temps, cet avantage d'un contrôle géoéconomique⁹⁴. Lorsque les films sont piratés et transférés sur Internet, ils n'ont plus l'impact économique envisagé lors de leur sortie. Notons également que les mesures de protection peuvent avoir comme rôle de restreindre la visualisation non autorisée dans certaines régions du monde⁹⁵.

93. *Thomson Newspapers*, *supra*, note 67 au para. 126.

94. 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 à l'Annexe C : Regional Playback Control for DVD Video, les auteurs indiquent les raisons de ce contrôle géographique. « [...] different companies often controlled the relevant rights for movie distribution in different countries ; and secondly, that motion picture companies frequently timed the releases of the same motion picture to be different in different parts of the world ». Marks et Turnbull expliquent qu'un film créé surtout pour la saison estivale ne paraîtra que plus tard dans l'hémisphère sud, de façon à ce qu'il coïncide avec l'été dans cette région aussi. Si le film piraté est visualisé dans l'hémisphère sud avant l'été, lorsqu'il paraîtra, il n'aura pas l'impact attendu. Subséquemment, cette explication se traduit en une perte pécuniaire pour les studios de film et donc nous pouvons parler à juste titre de contrôle géoéconomique.

95. Ce contrôle géographique n'est pas uniquement exercé par les mesures techniques. Certains États (ou gouvernements) peuvent interdire ou retarder l'apparition de

4.4.1.1 La prévention du piratage des œuvres numériques

Le piratage était la préoccupation centrale notamment des studios de cinéma lorsque est venu le temps de faire la transition des films analogiques aux films numériques. Une mesure technique de protection du droit d'auteur (*CSS*) a été mise sur pied afin de pallier ce danger. L'interdiction de communication de ce moyen de contournement (*DeCSS*), ou tout autre, sur Internet a donc comme avantage d'éviter le piratage d'œuvres numériques tel que la reproduction non autorisée des films numériques contenus sur *DVD*.

La prévention du piratage des œuvres numériques est également importante dans la protection des intérêts économiques des détenteurs de droit d'auteur. Selon plusieurs, les artistes subissent des pertes monétaires attribuées au piratage d'œuvres numériques et au transfert gratuit de ces dernières sur Internet⁹⁶.

4.4.2 Les désavantages d'une interdiction de communication des moyens de contournement sur Internet

Les désavantages, outre la négation absolue de la liberté d'expression et de toutes ses valeurs en sol canadien, portent notamment sur les choix informatiques offerts aux consommateurs et l'accès à l'information. Il ne faut pas oublier qu'il y a dans toute cette affaire un argument fondamental portant sur les systèmes d'exploitation.

4.4.2.1 Le choix d'un système d'exploitation

Comme nous le savons, l'une des raisons de l'existence de la clé de décryptage *DeCSS* était de créer un logiciel de visualisation de *DVD* pour le système d'exploitation *Linux*. Cet argument a été rejeté par la Cour des États-Unis, car le code source *DeCSS* avait cette même fonctionnalité sur le système d'exploitation *Windows* et, du coup, il devenait très difficile de prouver la raison de l'existence de ce

certaines films en raison de la préservation de la culture, d'exigences au niveau de la langue, de la censure, etc. Mais, en l'absence de telle contrainte, les mesures techniques de protection du droit d'auteur peuvent jouer et jouent ce rôle dans plusieurs régions du monde.

96. Voir le Rapport annuel 2004-2005 de l'ADISQ, en ligne : ADISQ <<http://www.adisq.com/doc/pdf/rapportannuel04-05.pdf>> ; voir aussi, en ligne : CRIA <<http://www.cria.ca/stats.php>>, en ligne : RIAA <<http://www.riaa.com/news/marketingdata/facts.asp>>, en ligne : MPAA <<http://www.mpaa.org/useconomicreview/>> pour quelques statistiques.

code source⁹⁷. Le corollaire, causant un problème dans cette situation, était que l'obtention de ce code source, rendant la lecture du disque possible, permettait également la reproduction de l'œuvre cinématographique⁹⁸.

Dans ce contexte, un des désavantages d'une interdiction de communication des moyens de contournement est donc l'endoctrinement informatique et la contribution au monopole que détient *Microsoft* et son système d'exploitation *Windows*. Afin de bien pouvoir balancer les intérêts en jeu, il est important de prendre conscience pleinement du contexte. À ce sujet, la juge Wilson, dans l'affaire *Edmonton Journal*, statue que :

La méthode contextuelle tente de mettre clairement en évidence l'aspect du droit ou de la liberté qui est véritablement en cause dans l'instance ainsi que les aspects pertinents des valeurs qui entrent en conflit avec ce droit ou cette liberté. Elle semble mieux saisir la réalité du litige soulevé par les faits particuliers et être donc plus propice à la recherche d'un compromis juste et équitable entre les deux valeurs en conflit en vertu de l'article premier.

[...]

C'est pour cette raison que je crois que l'importance du droit ou de la liberté doit être évaluée en fonction du contexte plutôt que dans l'abstrait et que son objet doit être déterminé en fonction du contexte. Cette étape franchie, le droit ou la liberté doit alors, en conformité avec les arrêts de notre Cour, recevoir une interprétation généreuse qui vise à atteindre cet objet et à assurer à l'individu la pleine protection de la garantie.⁹⁹

Une chose doit être bien limpide dans tout ceci, il s'agit bel et bien d'un problème d'ordinateur. Cette situation n'aurait jamais vu le jour n'eût été de l'arrivée du numérique. Le rôle de *Microsoft* en tant que géant informatique ne doit donc pas être minimisé. Dès 1990, la *Federal Trade Commission* des États-Unis investiguait les comportements de *Microsoft* et *IBM*, soupçonnées de collusion¹⁰⁰.

97. Il est vrai que Corley affichait ce code source à des fins de piratage, mais l'incertitude demeure quant aux intentions du créateur, Jon Johansen.

98. De fait, l'obtention du code source *DeCSS* permet de créer des logiciels de visualisation de *DVD* comprenant toutes les options qu'on leur connaît habituellement.

99. *Edmonton Journal*, *supra*, note 69 au para. 51-52.

100. « Microsoft's extensive legal history », en ligne : BBC News <<http://news.bbc.co.uk/1/hi/business/3489516.stm>>.

Ensuite, en 1995, le gouvernement des États-Unis intentait la première action antitrust contre *Microsoft*¹⁰¹. Par la suite, en 1998, une deuxième action en justice antitrust était intentée par le gouvernement des États-Unis¹⁰². Enfin, dans *Microsoft III*, ce dernier tentait notamment d'écraser la compagnie rivale du fureteur *Netscape*, en insérant son propre fureteur, *Internet Explorer*, dans ses distributions du système d'exploitation *Windows*¹⁰³. Au lieu d'imposer la fragmentation de *Microsoft*, comme on l'avait fait pour la compagnie de télécommunication *AT&T*¹⁰⁴, l'entente conclue avec le gouvernement l'obligeait notamment à rendre publiques certaines informations relatives à son système d'exploitation afin de faciliter l'interopérabilité entre son système *Windows* et des logiciels fabriqués par d'autres compagnies¹⁰⁵. Ensuite, la Commission européenne a aussi intenté une action contre le géant informatique pour concurrence déloyale¹⁰⁶. Le 24 mars 2004, la Cour a imposé une amende de 497 millions d'euros et, dans le cadre des lois contre les monopoles, a exigé que *Microsoft* lance une version de son programme d'ordinateur *Windows* ne contenant pas son logiciel *Media player* qui était au cœur de ce conflit. Sans compter quelques poursuites par des compagnies informatiques telles que *Sun Microsystems, Inc.* et *Netscape Communications Corporation*¹⁰⁷.

-
101. Voir *U.S. v. Microsoft Corp.*, 159 F.R.D. 318, D.D.C., 1995 ; *U.S. v. Microsoft Corp.*, 56 F.3d 1448, C.A.D.C., 1995.
 102. *U.S. v. Microsoft Corp.*, 980 F.Supp. 537, D.D.C. ; *U.S. v. Microsoft Corp.*, 147 F.3d 935, D.C.Cir.
 103. *U.S. v. Microsoft Corp.*, 84 F.Supp. 2d 9 (findings of facts) ; *U.S. v. Microsoft Corp.*, 87 F.Supp. 2d 30 (conclusion) ; *U.S. v. Microsoft Corp.*, 97 F.Supp. 2d 59 (final judgment) ; *U.S. v. Microsoft Corp.*, 253 F.3d 34 (*Microsoft III*).
 104. Voir à ce sujet, « A Brief History : Origins », en ligne : AT&T <<http://www.att.com/history/history1.html>> ; *U.S. v. American Tel. and Tel. Co.*, 552 F.Supp. 131, D.C.D.C., 1982.
 105. *Massachusetts v. Microsoft Corp.*, 373 F.3d 1199, 362 U.S.App.D.C. 152, 2004 à la p. 1216 : « In order to facilitate such interoperation the district court required Microsoft to disclose Application Program Interfaces 'used by Microsoft Middleware to interoperate with a Windows Operating System Product' » ; voir également au sujet de l'entente, *U.S. v. Microsoft Corp.*, 215 F.Supp.2d 1 : « The United States and Microsoft were able to reach a resolution in United States v. Microsoft Corp., No. 98-1232 (D.D.C.), in the form of a proposed consent decree, which was filed with the Court as the « Revised Proposed Final Judgment » on November 6, 2001 ».
 106. Décision de la Commission du 24 mars 2004 relative à une procédure d'application de l'article 82 du traité CE (Affaire COMP/C-3/37.792 Microsoft), en ligne : Europa <<http://europa.eu.int/comm/competition/antitrust/cases/decisions/37792/fr.pdf>> [*L'affaire Microsoft*].
 107. Voir notamment *In re Microsoft Corp. Antitrust Litigation*, 232 F.Supp.2d 534, D.Md., 2002 ; *In re Microsoft Corp. Antitrust Litigation*, 355 F.3d 322, C.A.4 (Md.), 2004.

Un des désavantages semble donc être de soumettre des utilisateurs d'ordinateur personnel au monopole que détient *Microsoft*. Il est tout aussi vrai que les philosophies derrière ces deux « antipodes informatiques » sont totalement différentes. D'un côté se trouve la protection, à tout prix, de l'information (*Windows*) et de l'autre côté, la liberté des idées (*Linux*). En ce sens, *Linux* reflète l'une des valeurs de la liberté d'expression et de la démocratie au Canada : l'accès à l'information.

4.4.2.2 L'accès à l'information

Le deuxième désavantage est la restriction de l'accès à l'information. Il y a, sans aucun doute, une atteinte à la circulation d'information provoquée par une interdiction complète de la liberté d'expression, le tout portant atteinte aux droits des consommateurs d'accéder à des produits culturels tout en appuyant, ou non, un monopole informatique et économique. Le juge Gonthier, dans la décision de la Cour suprême *Thomson Newspapers*, indique, en traitant d'une interdiction de publication de résultat de sondage dans les trois jours précédant la tenue des élections selon la *Loi électorale du Canada*, que :

[...] l'al. 2b) de la Charte vise à permettre la liberté d'expression « dans le but de promouvoir la vérité, la participation politique ou sociale et l'accomplissement de soi ». Selon ces objectifs, la liberté d'expression ne devrait pas être considérée comme une fin en soi. Le fait de favoriser le vote éclairé pour éliminer le vote « à l'aveuglette » est compatible avec ces trois objectifs et sert vraiment les valeurs fondamentales de la liberté d'expression dans une société libre et démocratique : en permettant la discussion, en temps utile, de tous les résultats de sondages publiés, l'art. 322.1 vise à faire ressortir la vérité [...] ¹⁰⁸.

En l'espèce, l'accès à l'information d'un moyen de contournement tel que *DeCSS* reflète deux valeurs que vise à protéger la garantie de la liberté d'expression : la recherche de la vérité et l'épanouissement personnel. La discussion des mesures techniques et des moyens de contournement vise à faire ressortir la vérité derrière les intentions monopolistes des entreprises contrôlant le marché informatique¹⁰⁹. Tout comme l'accès à cette information permet l'épanouissement personnel en s'adonnant légalement à la copie

108. *Thomson Newspapers*, *supra*, note 67 au para. 25.

109. *L'affaire Microsoft*, *supra*, note 106.

pour usage privé et l'utilisation d'un système d'exploitation de son choix pour visualiser des produits culturels sur *DVD* tout en progressant, dans ce domaine, au niveau des connaissances informatiques.

Tout récemment, la Cour du Québec, dans l'affaire *R. c. D'Argy*¹¹⁰, a eu à se prononcer sur la constitutionnalité de l'article 9 de la *Loi sur la radiocommunication*. Plus précisément, il est interdit, au paragraphe 9(1)c) :

de décoder, sans l'autorisation de leur distributeur légitime ou en contravention avec celle-ci, un signal d'abonnement ou une alimentation réseau ;

La Cour a conclu que l'interdiction absolue de décodage, voire de décryptage, des signaux de radiodiffusion satellites portait atteinte de façon injustifiée à la liberté d'expression des gens qui désiraient avoir accès aux émissions qui ne sont pas disponibles au Canada en raison de leur rentabilité insuffisante ou de politiques du Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes (CRTC). Selon la Cour, le maintien de l'intégrité du système canadien de radiodiffusion et des titulaires de droit d'auteur sont des objectifs importants, mais qui peuvent être atteints autrement que par une interdiction totale d'accéder à l'information, soit des émissions culturelles. La Cour a donc conclu que l'interdiction totale de décodage ne répondait pas à l'exigence de l'atteinte minimale¹¹¹. De même, l'interdiction de communication des moyens de contournement sur la toile a pour effet de limiter l'accès à certains produits culturels. Cette interdiction, parfois assujettie à des sanctions¹¹², porte atteinte à la liberté d'expression d'une manière qui ne cadre pas avec les paramètres de l'article premier.

Qui plus est, outre l'interdiction de communication d'un moyen de contournement, les mesures techniques mêmes peuvent porter atteinte à l'accès à l'information en interdisant l'accès à des œuvres qui, ne serait-ce de ces mesures, se retrouveraient dans le domaine public¹¹³. Un tel régime aurait comme conséquence de « [paupériser] sur le plan de l'information les personnes qui étaient déjà pauvres

110. *D'Argy, supra*, note 66.

111. *Ibid.* aux para. 497-523.

112. Voir le *DMCA, supra*, note 4, § 1204 où il est même question de sanctions pénales. Cependant, aucune mention n'est faite, à ce jour, à cet égard dans le projet de loi C-60 au Canada.

113. Ian Kerr, Alana Maurushat et Christian S. Tacit, « Mesures de protection technique : Partie II – Protection juridique des MPT », (2003) 15 C.P.I. 805 aux pp. 836-837.

sur le plan économique et augmenterait grandement et institutionnaliserait en permanence l'adage selon lequel «les riches s'enrichissent»¹¹⁴. Dès lors, comme l'accès à l'information est un élément important de la société canadienne, toute atteinte et limitation devrait être examinée très soigneusement.

Si un nouveau modèle économique de diffusion des œuvres peut être développé, intégrant les nouvelles technologies, il deviendra inutile et spécieux de chercher à protéger les droits d'auteur au moyen d'interdictions totales, soit de communication des moyens de contournement, soit plus encore de la protection des mesures techniques, à moins que celles-ci réussissent à protéger le droit de copie privée, les exceptions au droit d'auteur, l'accès à l'information et l'épanouissement personnel, ce qui n'est pas encore le cas dans un environnement numérique.

4.5 Conclusion de l'analyse de l'article 1 de la Charte

Nous pourrions aussi résumer ce conflit comme étant l'affrontement des intérêts économiques par opposition à la liberté d'expression. L'objectif poursuivi par la loi est de protéger le droit d'auteur, mais principalement les droits patrimoniaux, c'est-à-dire les intérêts économiques. Dans cette optique, nous sommes d'avis que l'atteinte à l'alinéa 2b) de la *Charte* n'est pas proportionnel à l'objectif poursuivi par le gouvernement. La Cour suprême dans *Irwin Toy* mentionne, en traitant d'intérêts économiques, mais de différents acteurs, que « [l]a véritable préoccupation à l'origine de la contestation de la loi est qu'elle touche les revenus dans une certaine mesure. Cela signifie simplement que les annonceurs devront inventer de nouvelles stratégies de commercialisation des produits pour enfants »¹¹⁵. En l'espèce, de nouvelles stratégies de protection du droit d'auteur devront également être inventées.

Dans l'affaire *Edwards Books*, le juge Dickson indique que « [...] lorsqu'ils interprètent et appliquent la Charte, les tribunaux doivent veiller à ce qu'elle ne devienne pas simplement l'instrument dont se serviront les plus favorisés pour écarter des lois dont l'objet est d'améliorer le sort des moins favorisés »¹¹⁶. Veut-on vraiment aller

114. Barlow, « Life, Liberty and the Pursuit of Copyright » en ligne : The Atlantic online <<http://www.theatlantic.com/unbound/forum/copyright/barlow2.htm>>, tel que cité dans *Ibid.* à la p. 821, n. 52.

115. *Irwin Toy*, *supra*, note 7, au para. 89.

116. *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713 à la p. 779.

aussi loin qu'interdire l'affichage des moyens de contournement et, encore pire, des liens hypertextes ? Où cela s'arrêtera-t-il ? Veut-on vraiment restreindre l'accès à l'information parce qu'elle pourrait offenser la mémoire collective du pays, comme l'a déclaré un juge français¹¹⁷. Qu'interdirons-nous par la suite ? Des textes portant sur la déportation de 1755 des Acadiens parce qu'ils risquent de créer une tension entre les francophones et les anglophones du Nouveau-Brunswick ? Ou même des textes portant sur le mariage homosexuel parce qu'ils choquent certains chrétiens ? Nous ne pouvons conclure à une proportionnalité, d'autant plus que les désavantages de cette interdiction de communication semblent dépasser les avantages de la restreindre. La protection des droits d'auteur est un objectif législatif important, mais qui pourrait être atteint autrement que par une interdiction de communication des moyens de contournement.

Dans ce cas, le gouvernement devrait s'en remettre à l'alternative élaborée ci-dessus ou à d'autres moins attentatoires envers la liberté d'expression. Une interdiction totale de la liberté d'expression s'accompagne de conséquences non négligeables dans une société libre et démocratique, et bien qu'il soit tout à fait possible d'interdire absolument cette liberté, nous considérons, qu'en l'espèce, elle n'apporterait pas une restriction raisonnable à la liberté d'expression qui se justifie dans une société libre et démocratique.

Conclusion

La plupart des textes de loi s'y prennent de deux façons pour remplir les exigences des deux traités de l'OMPI. D'abord, ils interdisent le contournement des mesures techniques de protection du droit d'auteur afin d'offrir une protection juridique aux mesures techniques et, question de renforcer cette protection, ils interdisent toute communication, affichage, fabrication, importation, distribution et vente des moyens de contournement des mesures techniques.

Nous sommes d'avis que l'objet de ces mesures législatives représente une atteinte à la liberté d'expression visant le contenu de l'activité expressive. La question centrale sur ce sujet sera de savoir si l'atteinte est justifiée en vertu de l'analyse de l'article premier de la *Charte*. Nous avançons qu'elle ne l'est pas. Bien qu'il y ait un lien rationnel entre l'action gouvernementale et l'objectif jugé urgent et réel, la disposition ne semble pas répondre aux exigences de propor-

117. « France bans internet Nazi auctions », en ligne : BBC NEWS <<http://news.bbc.co.uk/1/hi/world/europe/760782.stm>>.

tionnalité requises par l'analyse de l'article 1 de la *Charte*. De fait, l'interdiction de communication est totale, alors qu'il existe des solutions viables moins attentatoires. Selon nous, le moyen choisi ne porte pas le moins possible atteinte à la liberté d'expression, malgré le fait qu'il y ait un argument solide à présenter face à l'opinion selon laquelle l'interdiction de communication serait la seule façon de protéger les mesures techniques de protection du droit d'auteur.

La dernière étape de l'analyse de l'article premier de la *Charte* demande que l'on évalue la proportion entre, d'une part, les effets préjudiciables qui découlent de l'action gouvernementale et, d'autre part, les effets bénéfiques de cette mesure, en l'espèce, de censure totale. Les effets bénéfiques doivent être considérables pour contrer les préjudices causés face à une interdiction totale de communication. La question est donc de savoir si les avantages qui découlent d'une telle mesure sont suffisants pour nuire à l'accès à l'information, au marché des idées, à l'épanouissement personnel, tout en niant la garantie constitutionnelle de la liberté d'expression, qui est une des valeurs fondamentales de notre société libre et démocratique et, finalement, en encourageant un monopole informatique. Nous sommes d'avis que les effets bénéfiques ne sont pas proportionnels aux préjudices causés, d'autant plus que l'utilisation des mesures techniques de protection du droit d'auteur est une tentative un peu maladroite de régler un problème de transfert de fichiers piratés sur Internet.

Tout compte fait, la mise en œuvre du *Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur* et le *Traité de l'OMPI sur les interprétations et exécution et les phonogrammes* ne peut se faire sans une réforme complète de la *Loi sur le droit d'auteur*. Bien entendu, nous sommes d'avis que le Canada ne devrait pas ratifier ces traités, considérant le fait que les obligations relatives aux mesures techniques en font intrinsèquement partie. Par conséquent, nous maintenons que la mise en œuvre des traités doit s'accompagner d'une réforme qui abordera les problématiques soulevées dans les parties I et II de cet article.

Sans cette réforme globale du droit d'auteur en vue de l'adapter à l'ère numérique, il y aura plus de perdants que de gagnants. Les principaux gagnants, contrairement à ce que l'on pourrait croire, ne sont pas nécessairement les auteurs, artistes-interprètes, etc., mais plutôt les géants économiques tels que les studios de cinéma, les maisons de disques et le géant informatique *Microsoft*. Ces industries créent de plus en plus de produits qui n'ont rien à voir avec l'originalité des auteurs d'autrefois. Les mesures techniques de protection,

développées par ces géants pour protéger leurs droits, révèlent le monopole de ces industries et accentuent l'asymétrie du pouvoir entre les différents acteurs impliqués, y compris les consommateurs. Ces industries ne visent, en bout de ligne, qu'à tirer profit des œuvres et se servir du droit pour bloquer la diffusion et la libre circulation des œuvres et en contrôler la dissémination. Avec le phénomène de la mondialisation, les géants économiques contrôlent l'information et imposent leurs modèles et structures, éteignant ainsi une partie considérable de l'originalité des auteurs. Voilà pourquoi l'UNESCO s'est penchée sur la question en élaborant la *Déclaration universelle sur la diversité culturelle*¹¹⁸. Dès l'article premier de la *Déclaration*, il est question du rôle crucial de l'originalité dans le maintien des diversités culturelles. Afin que cette diversité culturelle soit accessible à tous, il est indiqué dans la *Déclaration* :

Tout en assurant la libre circulation des idées par le mot et par l'image, il faut veiller à ce que toutes les cultures puissent s'exprimer et se faire connaître. La liberté d'expression, le pluralisme des médias, le multilinguisme, l'égalité d'accès aux expressions artistiques, au savoir scientifique et technologique – y compris sous la forme numérique – et la possibilité, pour toutes les cultures, d'être présentes dans les moyens d'expression et de diffusion, sont les garants de la diversité culturelle.¹¹⁹

C'est également dans ce schème de pensée que la Cour, dans l'affaire *D'Argy*, concluait à l'inconstitutionnalité de l'interdiction de décryptage des signaux de radiodiffusions satellites. La liberté d'expression permettait, en quelque sorte, le « pluralisme des médias, le multilinguisme, l'égalité d'accès aux expressions artistiques, au savoir scientifique et technologique » dans diverses langues de diverses cultures composant la société canadienne. Cette décision revêt une importance cruciale car elle démontre que le maintien de l'intégrité du système canadien de radiodiffusion, des titulaires des droits d'auteur et des intérêts pécuniaires ne sont pas des objectifs suffisamment importants pour l'emporter sur la liberté d'expression et la diversité culturelle.

118. *Déclaration universelle de l'UNESCO sur la diversité culturelle*, 2 novembre 2001, en ligne : UNESCO <<http://unesdoc.unesco.org/images/0012/001271/127161f.pdf>>.

119. *Ibid.*, art. 6.

Les grandes industries de ce monde ont remplacé les rois, l'Église et la *Stationer's Company*, mais le but demeure le même : contrôler l'accès et la diffusion des œuvres. Le seul espoir est que, dans un monde où l'homme est souvent retiré de l'équation monétaire, le Canada reconnaisse l'importance de l'équilibre en droit d'auteur, de nos droits énumérés dans la *Loi sur le droit d'auteur*, de la diversité culturelle et de nos libertés fondamentales.