

## **Mesures de protection technique: Partie II – Protection juridique des MPT**

**Ian Kerr, Alana Maurushat et  
Christian S. Tacit\***

1. Introduction . . . . .	807
2. Contexte . . . . .	808
3. Concept de MPT . . . . .	810
3.1 Le concept de MPT dans le WCT et le WPPT . . . . .	810

---

© 2003 Les auteurs et le Gouvernement du Canada.

\* Ian Kerr, Ph.D., conseiller spécial, Droit des technologies, Nelligan O'Brien Payne LLP; titulaire d'une chaire canadienne de recherche en déontologie, droit et technologies, Faculté de droit, Université d'Ottawa; Alana Maurushat, suppléante, LL.M. (avec concentration en droit et technologies), Faculté de droit, Université d'Ottawa, stagiaire chez Nelligan O'Brien Payne LLP; M. Christian S. Tacit, associé de Nelligan O'Brien Payne LLP et chef du groupe des Pratiques du droit des technologies du cabinet conseil. Les auteurs sont grandement reconnaissants à l'endroit de Loris Mirella pour ses précieuses observations et suggestions. Ils souhaitent également remercier Andrew Huzar, Steven Pink, Tracey Ross, Shannon Ross, Christopher Rootham, Erin Smith et Wing Yan pour leur apport à une version antérieure du présent document. Financée par le ministère du Patrimoine canadien (PCH), cette étude reflète les opinions des auteurs. Elle ne représente pas nécessairement les politiques ni les perspectives du PCH ou du Gouvernement du Canada. Traduction de Luc Larivière. Note de la rédaction: La partie 7 dans le tapuscrit des auteurs s'intitulait: Interventions législatives dans d'autres juridictions: pour intéressante qu'elle soit, elle n'a pas été reproduite pour des raisons d'espace disponible.

---

3.2	Les catégories de protection juridique . . . . .	817
4.	Aspects philosophiques . . . . .	820
5.	Fourniture d'une protection juridique des MPT. . . . .	827
5.1	Les couches existantes de protection des titulaires de droits d'auteur . . . . .	829
5.1.1	Les technologies des MPT et des SGDN . . . . .	829
5.1.2	Les règles du droit d'auteur en vigueur. . . . .	830
5.1.3	La législation sur les contrats. . . . .	831
5.2	Les deux réponses possibles . . . . .	833
6.	Mise en œuvre éventuelle des traités de l'OMPI . . . . .	835
6.1	Les mesures générales de contrôle de l'accès . . . . .	835
6.2	Les mesures restreintes de contrôle de l'accès. . . . .	840
6.3	Les mesures de contrôle de l'utilisation . . . . .	841
6.4	Les mesures anti-dispositifs . . . . .	846
6.5	Les recours efficaces . . . . .	848
6.6	Le sommaire des méthodes de mise en œuvre des traités de l'OMPI . . . . .	852
7.	Conclusions . . . . .	853

## 1. Introduction

Le présent document constitue la seconde de deux études indissociables préparées pour la Direction générale de la politique du droit d'auteur du ministère du Patrimoine canadien par le cabinet d'avocats Nelligan O'Brien Payne LLP. Ces études abordent toute une gamme de questions de politiques relatives à l'utilisation des mesures de protection technique (MPT) comme mesures d'élargissement du droit d'auteur aux environnements numériques. Les études passent également en revue les divers scénarios de politiques pris en compte dans la décision de fournir une protection juridique aux MPT dans le contexte des règles du droit d'auteur au Canada<sup>1</sup>.

L'objectif de la première étude était de clarifier la compréhension de l'essence même des MPT, de leurs modalités d'utilisation et des considérations liées à leur contournement. Ces visées étaient réalisées par des descriptions techniques des diverses MPT et des systèmes de gestion des droits numériques (SGDN). La première étude faisait ressortir un certain nombre d'interrogations quant à l'avenir des MPT. Compte tenu de l'incertitude d'un si grand nombre de facteurs nécessaires à la réussite à long terme de l'utilisation des MPT comme moyen de protéger les droits à la propriété intellectuelle sur un contenu numérique, il semblerait qu'une grande prudence doive être manifestée de la part des décideurs qui étudient une intervention juridique immédiate à ce qui demeure une technologie relativement méconnue, voire à peine naissante.

Les ramifications de politiques de l'approche juridique présentée dans notre seconde étude reposeront dans une large mesure sur cette observation. Ici, nous fournirons à la lumière des politiques sur le droit d'auteur une analyse de l'utilisation et de la protection juridique des MPT dans le contexte de la décision du Canada quant à

---

1. L'étude d'accompagnement s'intitule «Mesures de protection technique: Partie I – Tendances en matière de mesures de protection technique et de technologies de contournement» (appelée «la première étude» dans le présent document).

l'adéquation ou non et aux modalités de mise en œuvre du *Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur* (WCT)<sup>2</sup> et du *Traité de l'OMPI sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes* (WPPT)<sup>3</sup>.

Notre seconde étude est structurée comme suit. La Partie 2 débute par certains éléments contextuels, y compris la réitération de certains points clés provenant de la première étude<sup>4</sup>. La Partie 3 procure une analyse conceptuelle des éléments de base énoncés dans le mandat de l'OMPI en matière de prestation de protections juridiques relativement aux MPT. L'analyse comprend une énumération des interprétations possibles des exigences de conformité stipulées dans les dispositions pertinentes du WCT et du WPPT. Dans la Partie 4, nous jetons les fondements de l'analyse de politique qui suivra, en présentant brièvement certains principes philosophiques clés sous-jacents aux règles canadiennes en matière de droit d'auteur. L'analyse contenue dans les Parties 3 et 4 détermine le contexte de la discussion élargie présentée dans la Partie 5 et portant sur diverses considérations qui pourraient aider le Canada à déterminer l'adéquation de fournir une protection juridique aux MPT à ce moment-ci. Dans la Partie 6, nous examinons en détail quatre catégories de mesures juridiques susceptibles d'être mises en œuvre conformément au WCT et au WPPT en vue de protéger les MPT. Les avantages et les inconvénients de chaque catégorie sont envisagés, avec une insistance particulière sur leurs effets et liens éventuels avec les règles du droit d'auteur. Enfin, la Partie 7 offre un certain nombre de commentaires constituant le mot de la fin.

## 2. Contexte

Notre première étude révélait que les MPT affichent un haut niveau de fonctionnalité en équilibrant l'utilisation du contenu numérique et peuvent donc servir à promouvoir l'accès légitime aux œuvres numérisées. Cependant, le recours aux MPT peut également mener à un *verrou virtuel* – les MPT peuvent être programmées par les titulaires de contenu pour contrôler la capacité du public d'accéder aux œuvres numérisées et de les utiliser. Les SGDN à MPT

2. *Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur*, 20 décembre 1996, 36 I.L.M. 65 (1997), en ligne (français): <http://www.wipo.int/clea/docs/fr/wo/wo033fr.htm>. Le WCT est entré en vigueur par suite du dépôt de la 30<sup>e</sup> ratification le 2 mars 2002.

3. *Traité de l'OMPI sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes*, 20 décembre 1996, 36 I.L.M. 76 (1997), en ligne (français): <http://www.wipo.int/clea/docs/fr/wo/wo034fr.htm>. Ce traité est entré en vigueur le 20 mai 2002.

4. Aux fins de la seconde étude, nous présumons que le lecteur est déjà familiarisé avec le contenu de la première étude.

activées permettent aux œuvres d'être contrôlées par les titulaires de droits d'auteur dans une mesure beaucoup plus large que celle permise par les règles canadiennes du droit d'auteur par le passé. En fait, les titulaires de contenu sont capables d'exercer un plus grand degré de contrôle sur l'utilisation de leurs œuvres par des accords contractuels supplémentaires, tels que la délivrance de licences<sup>5</sup>. Comme le dévoilait notre première étude, les régimes contractuels sont souvent intégrés dans les SGDN. Bref, il a été déterminé que l'utilisation des MPT, jumelée à la capacité d'établir les modalités d'octroi de licences, pourrait mener au transfert du contrôle de la définition des utilisations autorisées des œuvres depuis le Parlement<sup>6</sup> vers les arrêts privés des titulaires de contenu. Par conséquent, l'avènement des MPT et des SGDN a le potentiel de perturber le fragile équilibre des règles du droit d'auteur entre les droits privés des titulaires de droits et l'intérêt public dans la capacité d'utiliser les œuvres assujetties au droit d'auteur. Le transfert de contrôle qui en résulte du public au privé aurait également de graves ramifications éventuelles sur l'accès public à l'information, la vie privée des consommateurs et la liberté d'expression.

Il est suggéré que l'analyse de politiques connexes soit guidée par ces constatations importantes de notre première étude. À titre de signataire du WCT et du WPPT, le Canada semble<sup>7</sup> actuellement engagé à fournir un certain degré de protection juridique contre le contournement des MPT. Cependant, comme nous l'avons également indiqué dans notre première étude, les technologies sur lesquelles reposent les SGDN ne sont pas encore suffisamment évoluées pour refléter les règles du droit d'auteur étant donné que les MPT mêmes demeurent incapables de distinguer entre la violation et la non-violation des utilisations des œuvres numérisées<sup>8</sup>. Une question

---

5. Voir B. HUGENHOLTZ, «Copyright, Contract and Code: What Will Remain of the Public Domain», 26 *Brook. J. Int'l L.* 77, p. 89. L'auteur décrit la tendance croissante en matière de distribution des œuvres assujetties aux règles du droit d'auteur, qu'elles soient sous forme de livres numérisés ou de logiciels, en vue de restreindre les modalités d'utilisation par voie d'accords de licences. Voir aussi L. GUIBAULT, «Contracts and Copyright Exemptions», dans B. HUGENHOLTZ (éd.), *Copyright and Electronic Commerce: Legal Aspects of Electronic Copyright Management* (La Haye: Kluwer Law International, 2000), p. 125.

6. Dans ses règles établies en vertu de la *Loi sur le droit d'auteur*, L.C. 1985, c. C-42, telle qu'amendée.

7. Bien que les deux traités aient été signés par le Canada, ils demeurent sujets à ratification.

8. Voir aussi K.J. KOELMAN, *The protection of technological measures vs. the copyright limitations*, Congrès ALAI 2001; D. NIMMER, «A Riff on Fair Use in the Digital Millennium Copyright Act», (2000) 148 *U. Pa.L.Rev.* 673.

qui demeure, donc, est de savoir s'il est possible de protéger légalement les MPT sans miner la tradition des règles du droit d'auteur et son corpus bien établi d'exceptions dans l'intérêt public. Les tenants de la protection juridique des MPT allégueraient que les mesures de protection technique servent simplement à préserver le *statu quo* déjà établi en vertu de la législation sur le droit d'auteur. D'un autre côté, les opposants craignent que permettre une protection juridique supplémentaire des MPT ne fasse pencher la balance du droit d'auteur nettement en faveur des propriétaires de droits d'auteur, au détriment de l'intérêt public. Ajouter une autre couche de protection juridique, comme l'affirmeraient les opposants, facilite la vie aux personnes qui utilisent les MPT pour miner, au lieu de préserver, l'équilibre souhaité que cherchent à assurer les règles du droit d'auteur. Évidemment, cela fait une proposition de principe à savoir si les limitations traditionnelles sur le droit d'auteur demeurent pertinentes dans un environnement numérique. Cette étude envisage ce point et d'autres questions connexes dans le cadre d'une enquête plus rigoureuse portant sur l'ampleur de la protection juridique, le cas échéant, qu'il faudrait offrir aux MPT pour empêcher la violation du droit d'auteur par suite de leur contournement.

### 3. Concept de MPT

#### 3.1 Le concept de MPT dans le WCT et le WPPT

En décembre 1996, les délégués de 150 pays se sont réunis pour déterminer si la réforme du droit d'auteur international était jugée nécessaire à la lumière de la prolifération des copies illicites transmises par voies électroniques<sup>9</sup>. La question de savoir s'il faut offrir une protection juridique aux MPT était l'un des points envisagés. Selon la reconnaissance générale que les MPT sont vulnérables au contournement, on a atteint un consensus qui exigerait une protection juridique anti-contournement. Ce consensus a finalement été traduit dans l'article 11 du WCT et l'article 18 du WPPT<sup>10</sup>. Afin de comprendre ces dispositions et leur application éventuelle dans le droit national canadien, il est utile de décrire brièvement comment ces dispositions ont évolué jusqu'à leur forme actuelle.

9. T. CHRISTIAN, «Implementation of the WIPO Copyright Treaty – How Hard Can it Be?», 15 *NO. 3 Computer Law* 8.

10. *Supra*, notes 2 et 3. Le WCT et le WPPT sont entrés en vigueur avec le dépôt de la 30<sup>e</sup> ratification.

Comme nous l'avons indiqué dans la Partie 4 de notre première étude, certaines estimations au sujet du coût du contournement illicite, tant en termes de pertes de recettes que d'augmentation des coûts de sécurité, sont découpées. Une bonne part de l'incitatif derrière les deux dispositions de l'OMPI découle des pressions fermes exercées par les titulaires de contenu et les organisations logicielles aux États-Unis, bien que les versions actuelles de l'article 11 du WCT et de l'article 18 du WPPT soient beaucoup plus faibles que celles proposées à l'origine par les États-Unis<sup>11</sup>. La proposition initiale des États-Unis à l'endroit de l'OMPI était plus forte en ce sens qu'elle comprenait une interdiction générale sur le contournement des MPT (plutôt qu'une restriction de l'interdiction sur le contournement à des fins de violation). De plus, en vertu de la proposition américaine, un fabricant pourrait être passible de dommages-intérêts même lorsqu'il n'a aucune connaissance qu'un dispositif a été utilisé à des fins de violation. L'Union européenne a également fait une proposition à l'OMPI au sujet de la protection juridique des MPT<sup>12</sup>. La proposition européenne a été privilégiée au détriment de celle des États-Unis étant donné que l'Europe n'imposait aucune exigence en matière de connaissance, même si elle interdit toujours le contournement *en soi*, plutôt que le contournement à des fins de violation<sup>13</sup>.

En vertu d'un document de l'OMPI connu sous le nom de «Proposition de base»<sup>14</sup>, qui a été diffusé avant la dernière main au libellé du Traité sur le WCT, le terme «mesures techniques» a été défini comme «tout procédé, traitement, mécanisme ou système destiné à prévenir ou empêcher tout acte auquel s'appliquent les droits prévus par le présent traité»<sup>15</sup>. L'article 13 de la Proposition de base abordait la protection juridique des MPT comme suit:

11. L'adoption de dispositions assouplies est dite attribuable à l'opposition interne de l'Administration américaine face à un projet de loi similaire diffusé aux États-Unis. Un récit fort intéressant de la participation des États-Unis aux pourparlers ayant mené au WCT de l'OMPI est fourni par J. LITMAN dans *Digital Copyright* (Amherst: Prometheus Books, 2001). Le chapitre 9, intitulé «The Bargaining Table» (La table des négociations) fournit un portrait général de l'influence américaine à la rédaction du WCT et du WPPT. Voir aussi P. SAMUELSON, «The U.S. Digital Agenda at WIPO», (1997) 37 *Va. J. Int'l L.* 369.
12. T.C. VINJE, «The New WIPO Copyright Treaty: A Happy Result in Geneva », (1997) 5 *E.I.P.R.* 230, p. 234.
13. *Ibid.*
14. «Proposition de base concernant les dispositions de fond du traité sur certaines questions relatives à la protection des œuvres littéraires et artistiques soumise à l'examen de la conférence diplomatique», préparée par le président du Comité d'experts sur un éventuel protocole relatif à la Convention de Berne (OMPI, Doc. CRNR/DC/4, 30 août 1996).
15. Art. 13(3) de la Proposition de base, *supra*, note 14.

1) Les Parties contractantes doivent déclarer illégale l'importation, la fabrication ou la distribution de dispositifs de neutralisation de la protection, ou l'offre ou la prestation de tous services ayant un effet identique, par quiconque sait ou peut raisonnablement penser que les dispositifs ou les services seront utilisés aux fins ou dans le cadre de l'exercice des droits prévus par le présent traité sans que celui-ci soit autorisé par le titulaire des droits ou par la loi.

2) Les Parties contractantes doivent prévoir des sanctions appropriées et efficaces contre les actes illégaux visés à l'alinéa 1).

3) Dans le présent article, l'expression «dispositif de neutralisation de la protection» s'entend de tout dispositif, produit ou composant incorporé dans un dispositif ou un produit ayant essentiellement pour objet ou pour effet de déjouer tout procédé, traitement, mécanisme ou système destiné à prévenir ou empêcher tout acte auquel s'appliquent les droits prévus par le présent traité.<sup>16</sup>

Bien que la disposition introduise une exigence de connaissance axée sur la violation des droits d'auteur, les chercheurs européens ont allégué que cette disposition viendrait en fait retirer les diverses exceptions existantes des règles du droit d'auteur, créant ainsi des monopoles de l'information, sans aucune étude à savoir si pareille modification de la législation sur le droit d'auteur est appropriée<sup>17</sup>. Les fabricants ont convenu de ce mode d'évaluation, en plus d'en souligner les menaces pour l'électronique de grande consommation innovatrice et les produits informatiques<sup>18</sup>. Par exemple, les fabricants de produits électroniques grand public se sont dits préoccupés par le fait que la Proposition de base pourrait exiger d'eux qu'ils modifient leur équipement, par exemple, les magnétoscopes, pour en assurer le bon fonctionnement avec un certain nombre de systèmes de protection variés<sup>19</sup>. Les fabricants d'ordinateurs étaient méfiants à l'égard du fait que la Proposition de base pouvait dé-légaler les ordinateurs comme des dispositifs «de neutralisation de la protection»<sup>20</sup>.

16. *Ibid.*

17. T.C. VINJE, *supra*, note 12, p. 234.

18. *Ibid.*, p. 235.

19. *Ibid.*

20. *Ibid.*



Pendant la Conférence diplomatique tenue à Genève en décembre 1996, ces préoccupations étaient également exprimées par de nombreuses délégations, et aucun pays n'a insisté sur le passage de la Proposition de base tel que présenté initialement<sup>21</sup>. Certains pays étaient opposés à l'inclusion de toute protection juridique des MPT dans le WCT<sup>22</sup>. D'autres pays s'opposaient à la Proposition de base du fait qu'elle viendrait restreindre l'accès aux œuvres du domaine public et les utilisations de documents protégés autorisées par la loi<sup>23</sup>. D'autres délégations, y compris le Canada, se disaient préoccupées par les restrictions sur les activités légitimes<sup>24</sup>. En bout de ligne, la formulation finale de l'article 11 du WCT a été adoptée à la suite d'un compromis accepté par certaines des parties avant la Conférence diplomatique et mis de l'avant par l'Afrique du Sud à la Conférence<sup>25</sup>. Les textes définitifs de l'article 11 du WCT et de l'article 18 du WPPT se lisent comme suit:

Article 11 (*WCT*) Les Parties contractantes doivent prévoir une protection juridique appropriée et des sanctions juridiques efficaces contre la neutralisation des mesures techniques efficaces qui sont mises en œuvre par les auteurs dans le cadre de l'exercice de leurs droits en vertu du présent traité ou de la Convention de Berne et qui restreignent l'accomplissement, à l'égard de leurs œuvres, d'actes qui ne sont pas autorisés par les auteurs concernés ou permis par la loi.<sup>26</sup>

Article 18 (*WPPT*) Les Parties contractantes doivent prévoir une protection juridique appropriée et des sanctions juridiques efficaces contre la neutralisation des mesures techniques efficaces qui sont mises en œuvre par les artistes interprètes ou exécutants ou les producteurs de phonogrammes dans le cadre de l'exercice de leurs droits en vertu du présent traité et qui restreignent l'accomplissement, à l'égard de leurs interprétations ou exécutions ou de leurs phonogrammes, d'actes qui ne sont

---

21. *Ibid.*

22. *Ibid.*

23. *Ibid.*

24. *Ibid.*

25. *Ibid.*

26. *Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur*, 20 décembre 1996, *supra*, note 2.

pas autorisés par les artistes interprètes ou exécutants ou les producteurs de phonogrammes concernés ou permis par la loi.<sup>27</sup>

Conformément à l'article 11 du WCT, les seules MPT assujetties à la protection juridique anti-contournement sont celles qui: 1) sont efficaces; 2) sont utilisées par les auteurs pour exercer leurs droits d'auteur; 3) restreignent les actes non autorisés par les auteurs ou non autorisés par la loi<sup>28</sup>.

**Efficace:** Dans cette disposition, le sens du terme «efficace» demeure flou. Certains chercheurs ont suggéré que le mot «efficace» a été inséré afin de s'assurer que les MPT qui peuvent être trop facilement ou accidentellement contournées ne sont pas sujettes à une protection juridique<sup>29</sup>. Ce raisonnement, cependant, génère une antinomie plutôt étrange: si les MPT sont efficaces, elles obtiennent une protection intégrale mais n'en ont besoin d'aucune; si les MPT sont inefficaces, elles nécessitent une protection complète mais n'en obtiennent aucune<sup>30</sup>.

D'autres explications plus politiques ont également été fournies. Par exemple, Samuelson émet comme postulat que le critère «efficace» a été inclus afin de fournir un mécanisme par lequel contester les législations nationales étrangères qui auraient adopté des dispositions insuffisantes ou faibles en matière de protection des MPT<sup>31</sup>.

27. *Traité de l'OMPI sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes*, 20 décembre 1996, *supra*, note 3. Puisque le libellé des deux dispositions est très similaire, l'analyse qui suit est fournie dans le contexte de l'Article 11 du WCT. Cependant, elle s'applique par analogie à l'article 18 du WPPT aussi.

28. K.J. KOELMAN et N. HELBERGER, «Protection of Technological Measures», dans B. HUGENHOLTZ (éd.), *Copyright and Electronic Commerce Legal Aspects of Electronic Copyright Management* (Londres: Kluwer Law International, 2000), p. 165 à 171. L'exigence de «mise en œuvre par les auteurs» s'applique dans le cas du WCT. Pour ce qui est du WPPT, l'exigence porte sur la «mise en œuvre par les artistes interprètes ou exécutants ou les producteurs de phonogrammes».

29. J. DE WERRA, «Le régime juridique des mesures techniques de protection des œuvres selon les traités de l'OMPI, la *Digital Millennium Copyright Act*, les Directives européennes et d'autres législations (Japon, Australie)», Congrès ALAI 2001, p. 10. Voir aussi K. KOELMAN et N. HELBERGER, *supra*, note 28, p. 172. Les deux auteurs puisent dans l'œuvre d'A. Lucas, *Droit d'auteur et numérique*, (Paris, 1998), p. 274. Lucas démystifie l'exigence réelle, en affirmant ce qui suit: «Elle s'explique probablement par l'idée que le droit n'a pas à venir au secours de celui qui n'utilise pas toutes les ressources de la technique».

30. DE WERRA soulève un point similaire, *supra*, note 29, p. 10.

31. P. SAMUELSON, *supra*, note 11, p. 445.

Fait intéressant à souligner, la plupart des cryptologues sont d'avis qu'il n'existe absolument aucune mesure technique efficace pour empêcher la copie. Comme le formulait récemment un cryptologue: «Si je peux voir quelque chose, je peux l'enregistrer. Et si je peux l'enregistrer, je peux éventuellement le copier»<sup>32</sup>. La plupart des informaticiens sont d'avis que toute chose qui peut être encodée peut, en bout de ligne, être décodée. Cela rend peu plausible l'idée qu'une MPT «efficace» en est une difficile ou impossible à pirater. Peut-être, donc, que la compréhension la plus sensée à donner à ce phénomène est de dire qu'une MPT est «efficace» s'il en coûte normalement plus cher pour contourner la MPT que ce qu'il faudrait déboursier pour l'acquisition du produit qu'elle est censée protéger.

Une conclusion relativement peu controversée qui peut être tirée de la présence du mot «efficace» dans ces dispositions est que ce n'est *pas toutes* les MPT qui sont sujettes à la protection juridique<sup>33</sup>. Le mot «efficace» est nettement destiné à restreindre les paramètres de la protection juridique offerte aux MPT.

Les États contractants se voient également accorder une liberté considérable à propos de la mise en œuvre de l'exigence de recours juridiques «efficaces» du WCT concernant le contournement. En d'autres termes, les États sont libres d'utiliser des recours criminels et/ou civils selon leur propre législation nationale<sup>34</sup>. Cependant, l'utilisation du mot «efficace» suggère que les recours choisis doivent avoir à tout le moins certains effets correctifs (voire un effet dissuasif) à l'égard des activités de contournement que proscrit chaque État.

**Mises en œuvre par les auteurs pour l'exercice de leurs droits d'auteur:** Une interprétation littérale des exigences que les MPT doivent i) être «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 ii) «restreignent l'accomplissement, à l'égard de leurs œuvres, d'actes qui ne sont pas autorisés par les auteurs concernés ou permis par la loi» laisse entendre que les MPT doivent restreindre les actes qui sont protégés par les règles du droit d'auteur afin d'être admissibles à la protection juridique conformément à l'article 11 du WCT<sup>35</sup>.

32. Des paroles à cet effet ont été prononcées par un chercheur et informaticien canadien du nom de Matthew Scala durant son intervention à la récente consultation sur les droits d'auteur à l'ère numérique, tenue à Ottawa le 11 avril 2002.

33. K.J. KOELMAN et N. HELBERGER, *supra*, note 28, p. 172.

34. DE WERRA, *supra*, note 29, pp. 13 et 14.

35. *Ibid.*, p. 11.

Selon cette interprétation, l'article 11 du WCT n'exige pas des États qu'ils interdisent le contournement d'une MPT afin de bénéficier d'une des dérogations au droit d'auteur (notamment l'utilisation équitable au Canada). Cela laisse entendre que seuls les contournements résultant d'une violation du droit d'auteur seront sujets à l'article 11<sup>36</sup>. Par conséquent, les États ne sont pas tenus de conférer une protection juridique aux MPT utilisées à d'autres fins (telles que la distribution géographique des œuvres, les bases de données ou le simple accès aux œuvres)<sup>37</sup>.

**Actes non autorisés permis par la loi:** D'autres ont interprété le passage «qui restreignent l'accomplissement, à l'égard de leurs œuvres, d'actes qui ne sont pas autorisés par les auteurs concernés ou permis par la loi» pour signifier que l'article 11 du WCT vise à protéger les titulaires de droits contre le contournement des MPT de contrôle de l'accès<sup>38</sup>. Ceux qui adoptent cette interprétation croient que le WCT crée implicitement un droit *sui generis* de contrôle de l'accès<sup>39</sup>.

36. *Ibid.*, p. 11 et 12. Voir aussi K. KOELMAN et N. HELBERGER, *supra*, note 28, p. 173.

37. DE WERRA, *supra*, note 29, p. 12.

38. *Ibid.* Notre première étude précisait que les MPT de contrôle de l'accès sont utilisées pour empêcher les personnes non autorisées d'obtenir l'accès aux œuvres numériques. Les MPT de contrôle de l'accès sont perçues comme l'équivalent d'un verrou virtuel sur pareilles œuvres.

39. Un grand nombre d'éminents universitaires sont en désaccord, alléguant que l'introduction d'un droit au contrôle de l'accès dans les règles du droit d'auteur serait sans précédent. Voir, par exemple, P. SAMUELSON, «Intellectual Property and the Digital Economy: Why the Anti-Circumvention Regulations Need to be Advised», (1999) 14 *Berk. Tech. L. J.* 519. Voir aussi K. KOELMAN, *supra*, note 8. D'autres comme Ginsburg caractérisent ce droit à l'accès comme une évolution selon laquelle «le droit à l'accès fait partie intégrante du droit d'auteur et, par conséquent, devrait être assujéti aux exceptions et restrictions de manière analogue à celles qui restreignent le droit d'auteur» [Traduction libre]. Voir J. GINSBURG, *From Having Copies to Experiencing Works: the Development of an Access Right in U.S. Copyright Law*, (2000), en ligne (anglais seulement) [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=222493](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=222493). Voir aussi la présentation de CANCOPY au Processus de réforme du droit d'auteur où elle avance que «l'absence d'exceptions ne constitue pas un nouveau droit à l'accès; elle procure simplement un mode efficace de contrôle de la distribution des œuvres dans un environnement numérique de sorte qu'elles puissent être exploitées commercialement. Cette capacité de contrôler la distribution d'une œuvre a toujours relevé des règles du droit d'auteur» [Traduction libre], en ligne (anglais seulement) <http://strategis.ic.gc.ca/SSGF/rp00344f.html>. Les ramifications de politiques d'un nouveau droit sur le contrôle de l'accès sera abordé plus à fond ci-après.

Des approches divergentes quant à l'interprétation exacte à donner aux MPT (à des fins de conformité à l'article 11) sont plus manifestes dans les régimes juridiques dissemblables adoptés par certains États qui ont déjà mis en œuvre les dispositions du WCT dans leur législation nationale. Pour les pays qui n'ont pas encore mis en œuvre le WCT, et c'est le cas du Canada, choisir une interprétation appropriée constitue une première étape cruciale – sans doute beaucoup plus importante que les détails ardues contenus dans les statuts qui seront en bout de ligne rédigés. Pour cette raison, les différences entre les diverses approches seront abordées plus en détail ci-après, dans la Partie 6.

Afin de résumer notre discussion préliminaire du concept de MPT, il est évident qu'il n'y a pas une seule approche correcte aux articles 11 et 18. Le WCT et le WPPT fournissent aux membres de l'OMPI une grande latitude à savoir comment un État particulier pourrait choisir de s'acquitter de ses obligations touchant les dispositions pertinentes. Par conséquent, il se dégage une souplesse considérable quant à la façon dont le Canada pourrait mettre en œuvre ces dispositions, si le gouvernement choisissait de ratifier les deux traités de l'OMPI.

### 3.2 *Les catégories de protection juridique*

Outre l'importante latitude laissée aux États membres dans la mise en place du concept de MPT, le WCT et le WPPT ont également laissé une marge de manœuvre pour l'instauration de plusieurs catégories de protection juridique.

Par exemple, l'article 11 du WCT n'exige pas que des mesures anti-contournement soient intégrées dans la législation sur le droit d'auteur. Les États ont donc un choix. Pareilles mesures pourraient être traitées dans d'autres types d'articles de lois, notamment le droit criminel ou la législation sur la concurrence<sup>40</sup>.

De plus, l'article 11 demeure silencieux quant aux types de mesures anti-contournement pouvant être utilisés pour assurer la

---

40. DE WERRA, *supra*, note 29, p. 12 et 13. Par exemple, le Japon a choisi d'adopter des dispositions sur les dispositifs de contournement dans le cadre de sa *Anti-Unfair Competition Law (Loi de lutte contre la concurrence déloyale)*, tel qu'il est discuté ci-après, dans la Partie 7. Évidemment, ces dispositions pourraient également être abordées dans le cadre de multiples régimes juridiques.

conformité. Puisque l'article 11 du WCT exige simplement qu'un État contractant empêche le contournement par une «protection juridique appropriée», la protection juridique pourrait en principe prendre l'une ou l'autre des formes suivantes: i) une interdiction contre les actes de contournement; ii) une interdiction contre le trafic de dispositifs de contournement; ou iii) une interdiction contre les deux types d'activités. Par suite du plan de classification des MPT élaboré dans la Partie 3 de notre première étude, les mesures anti-contournement pourraient, de façon générale, être réputées relever de l'une ou l'autre des quatre catégories suivantes: i) les mesures générales de contrôle de l'accès; ii) les mesures restreintes de contrôle de l'accès; iii) les mesures de contrôle de l'utilisation; et iv) les mesures anti-dispositifs. Compte tenu de l'importance clé de ces concepts, chacun d'eux est exposé plus à fond ci-après.

**Mesures générales de contrôle de l'accès:** Cette catégorie de protection juridique instaure une interdiction *générale* contre le contournement d'une MPT de contrôle de l'accès<sup>41</sup>. Une mesure générale de contrôle de l'accès interdit *tout* acte qui sert à contourner une MPT de contrôle de l'accès – peu importe si la MPT qui a été contournée sert à contrôler une œuvre assujettie au droit d'auteur et peu importe si l'acte de contournement viole en fait le droit d'auteur.

**Mesures restreintes de contrôle de l'accès:** Cette catégorie de protection juridique instaure une interdiction *restreinte* contre le contournement d'une MPT de contrôle de l'accès. Une mesure restreinte de contrôle de l'accès interdit seulement *certaines* actes qui contournent une MPT de contrôle de l'accès. Elle protégera une MPT de contrôle de l'accès *seulement si* la MPT sert à empêcher un accès à une œuvre assujettie au droit d'auteur. Dans la mesure où la MPT empêche l'accès aux œuvres protégées par les règles du droit d'auteur, une mesure de protection restreinte de l'accès fonctionnerait – même si l'acte de contournement ne viole pas en bout de ligne le droit d'auteur.

**Mesures de contrôle de l'utilisation:** Cette catégorie de protection juridique instaure une interdiction contre le contournement d'une MPT de contrôle de l'utilisation<sup>42</sup>. Habituellement, il s'agit d'une interdiction contre le contournement d'une MPT destinée à

41. Les MPT de contrôle de l'accès sont décrites en détail dans la Partie 3.2 de notre première étude.

42. Les MPT de contrôle de l'utilisation sont décrites en détail dans la Partie 3.3 de notre première étude.

contrôler les copies non autorisées d'une œuvre<sup>43</sup>. Comme le révélait notre première étude, bon nombre des MPT actuelles affichent à la fois des caractéristiques de contrôle de l'accès et des caractéristiques de contrôle de l'utilisation. Les décideurs doivent donc faire preuve de prudence dans l'adoption d'une mesure de contrôle de l'utilisation puisque, comme telle, une décision de politique pourrait (par hasard) se trouver à protéger le contrôle de l'accès.

**Mesures anti-dispositifs:** Plutôt que d'interdire l'acte de contournement, cette catégorie de protection juridique proscrit la fabrication, la distribution ou la vente de dispositifs utilisés pour contourner les technologies servant à protéger le droit d'auteur. Pareilles mesures sont destinées à dissuader efficacement la violation du droit d'auteur en l'enrayant à la source. Les mesures anti-dispositifs partent du principe selon lequel sanctionner les actes de contournement au cas par cas est une formule coûteuse et peu efficace.

Ces quatre catégories de protection juridique peuvent être précisées davantage au moyen d'exemples.

Tel qu'il est indiqué précédemment, les mesures générales de contrôle de l'accès interdisent le contournement des MPT, peu importe si les œuvres protégées par MPT sont assujetties ou non aux règles du droit d'auteur. Par exemple, une mesure générale de contrôle de l'accès empêcherait le contournement d'une MPT qui est utilisée de manière illicite pour empêcher l'accès à l'œuvre de Shakespeare ou à toute autre œuvre du domaine public. Ce phénomène s'avère, de toute évidence, hautement problématique. Cela augmente ainsi l'attrait relatif d'une mesure restreinte de contrôle de l'accès puisque cette solution ne protégera pas une MPT utilisée pour verrouiller les œuvres qui ne sont pas assujetties au droit d'auteur. Cependant – et c'est là l'aspect non attrayant de *toutes* les mesures de contrôle de l'accès – à la fois les mesures générales et les mesures restreintes de contrôle de l'accès interdiront certains actes de contournement entrepris à une fin que permet la législation sur le droit d'auteur<sup>44</sup>.

---

43. Même si, comme nous l'avons constaté dans la Partie 3.3 de notre première étude, les MPT de contrôle de l'utilisation protègent également contre les autres utilisations d'une œuvre (par exemple, droit d'exécution publique ou droit de diffusion).

44. Par exemple, le *fair use* aux États-Unis ou l'utilisation équitable au Canada – à moins que des exemptions particulières ne soient imbriquées dans la législation de manière conforme aux exceptions contenues dans les règles sur le droit d'auteur. Le problème quant à l'autorisation de pareilles exemptions est qu'elles



En principe, l'avantage relatif des mesures de contrôle de l'utilisation est qu'elles ne fonctionnent pas au niveau de l'accès à *proprement parler*. Elles visent plutôt à empêcher le contournement d'une MPT qui contrôle la manière dont est utilisée une œuvre assujettie au droit d'auteur. Par exemple, une mesure de contrôle de l'utilisation empêcherait le contournement d'une MPT qui restreint la reproduction ou l'impression d'une œuvre<sup>45</sup>. En principe, les mesures de contrôle de l'utilisation n'interdiront pas le contournement d'une MPT qui ne fait que permettre à une personne de visionner ou d'écouter une œuvre protégée par les règles du droit d'auteur<sup>46</sup>. La réalité pratique, toutefois, est que l'accès à une œuvre numérisée (en mode visionnement ou écoute) exige habituellement une forme quelconque d'utilisation<sup>47</sup>. Par conséquent, une ramification à l'adoption d'une mesure de contrôle de l'utilisation est que, dans bien des cas, cette mesure se retrouvera à présenter les mêmes failles juridiques qu'une mesure de contrôle de l'accès<sup>48</sup>. Un des problèmes avec cette mesure est que les MPT sont incapables de faire la distinction entre les utilisations frauduleuses et non frauduleuses d'une œuvre.

#### 4. Aspects philosophiques

Après avoir analysé le concept de MPT et avoir déterminé qu'une décision de mettre en œuvre ce concept dans la législation nationale exigerait du Canada qu'il choisisse parmi un certain nombre de catégories de protection juridique, il semble approprié de situer brièvement le débat de politiques qui s'ensuit dans un contexte philosophique élargi.

C'est bien connu: les règles du droit d'auteur canadiennes puisent aux traditions à la fois anglo-américaine et continentale en matière de propriété intellectuelle. Beaucoup d'encre a coulé à propos des influences de chacune de ces traditions, et il est donc

---

rendront presque impossible l'application de mesures de contrôle d'une utilisation restreinte. Après tout, si les dispositifs de contournement sont créés à des fins licites, il y a un risque que ces mêmes dispositifs soient ultérieurement utilisés à des fins illicites.

45. Par exemple, certaines technologies en continu.

46. Lorsque pareil visionnement ou pareille écoute n'est pas accompagné d'une violation du droit d'auteur.

47. Notamment une reproduction – même si elle n'est que temporaire.

48. Lorsque l'accès à une œuvre est protégé par une MPT.



inutile de relater tous les faits ici<sup>49</sup>. Aux fins présentes, il est moins crucial de cerner les subtiles différences entre ces deux régimes plutôt que d'en tracer les grandes lignes. Voici une façon plutôt grossière et simpliste de s'en rappeler: nous empruntons aux Européens la perspective du créateur d'une œuvre; et aux Anglo-Américains, la perspective de la société pour laquelle cette œuvre a été créée<sup>50</sup>.

Cette juxtaposition de longue date, enracinée sans contredit dans le choc des traditions entre Kant et Mill, a fait le saut à l'ère post-moderne par les débats publics récents entre Lawrence Lessig et Jack Valenti<sup>51</sup>. Les tensions historiques ont été rejouées et se manifestent sans doute le mieux dans le quolibet de l'un des plus brillants penseurs du MIT Media Lab, Stewart Brand, qui nous a transmis le paradoxe suivant. La première partie du slogan de Brand est bien connue et a été racolée à toute une gamme de pare-chocs virtuels sur l'autoroute de l'information: «*L'information veut être libre*».

Cependant, comme l'a déjà souligné John Perry Barlow<sup>52</sup>, très peu de gens sont conscients de tout le passage:

49. W.L. HAYHURST, «Intellectual Property Laws in Canada: The British Tradition, the American Influence and the French Actor», (1996) 10 *I.P.J.* 265; M. GOUDREAU, «Le droit moral de l'auteur au Canada», (1994) 25 *R.D.G.* 403; Y. GENDREAU, «Moral Rights», dans G.F. HENDERSON (éd.), *Copyright and Confidential Information Law in Canada* (Toronto: Carswell, 1994) 161; D. VAVER, *Copyright Law* (Toronto: Irwin Law, 2000), p. 12; D. VAVER, *Intellectual Property Law: Copyrights, Patents, Trade-Marks* (Concord: Irwin Law, 1997); S. HANDA, *Copyright Law in Canada* (Markham: Butterworths, 2002), p. 28 à 40, 62 à 69 et 369 à 387; H.G. FOX, *The Canadian Law of Copyright* (Toronto: University of Toronto Press, 1944), p. 12 à 32; R.J. DESILVA, «Droit Moral and the Amoral Copyright: A Comparison of Artists' Rights in France and the United States», (1980) 28 *Bull. Copyright Soc'y* 1; J. GINSBURG, «A Tale of Two Copyrights: Literary Property in Revolutionary France and America», (1990) 64 *Tul. L. Rev.* 991; R.R. KWALL, «Copyright and the Moral Right: Is an American Marriage Possible?», (1985) 38 *Vand. L. Rev.* 1; R. MONTA, «The Concept of «Copyright» Versus the «Droit d'Auteur»», (1959) 32 *S. Cal. L. Rev.* 177; E. DAMICH, «The Right of Personality: A Common-Law Basis for the Protection of Moral Rights of Authors», (1988) 23 *Ga. L. Rev.* 1; J. GINSBURG, «French Copyright Law: A Comparative Overview», (1989) 36 *J. Copyright Soc'y* 269; J.P. MIKUS, *Droit de l'édition et du commerce du livre* (Montréal: Éditions Thémis, 1996).

50. Voir, *p. ex.*, MONTA, *ibid.*

51. Voir *The Future of Intellectual Property on the Internet*, en ligne (anglais seulement), <http://cyber.law.harvard.edu/futureofip/> (date de consultation: 19 juin 2002).

52. Y compris (semble-t-il) Barlow lui-même, qui, au moment de discuter du passage à une table ronde en ligne, a cité l'avant-dernière version du document désormais classique. Voir *Life, Liberty and the Pursuit of Copyright*, en ligne (anglais seulement), <http://www.theatlantic.com/unbound/forum/copyright/barlow2.htm> (date de consultation: 10 avril 2002).

L'information veut être libre. D'un autre côté, l'information veut être coûteuse. L'information veut être libre parce qu'elle est devenue si abordable à distribuer, copier et re-combiner – trop abordable pour en permettre la mesure. Elle veut être coûteuse parce qu'elle peut être infiniment précieuse pour le destinataire. Cette tension ne s'estompera pas. Elle mène à un débat inlassable et déchirant au sujet des prix, des droits d'auteur, de la «propriété intellectuelle», de la correctitude morale au sujet de la distribution occasionnelle, étant donné que chaque ronde de nouveaux dispositifs intensifie la tension, plutôt que de l'alléger.<sup>53</sup> [Traduction libre]

Malgré le fait que ce passage ait été écrit il y a 15 ans environ, avant même la préparation de la présente étude<sup>54</sup>, Brand pouvait certainement entrevoir, sinon contribuer à forger, notre avenir. Les tensions entourant notre «plus récente ronde de dispositifs» sont palpables. Pareilles tensions, comme le notait Barlow, sont les «rêves d'ériger des clôtures autour d'une tornade»<sup>55</sup>. [Traduction libre] Barlow allait même jusqu'à qualifier la stratégie sous-jacente aux MPT de proposition «selon laquelle toute nouvelle création intellectuelle serait insérée dans des bouteilles cryptographiques». [Traduction libre] Ce que Barlow (voire Brand) n'avait pas prévu était que la capacité technologique des MPT pourrait fonctionner indéfiniment, «transformant du même coup un marché où le vin est vendu dans des bouteilles auxquelles tout le monde peut s'abreuver à l'infini – comme c'est le cas des livres – dans un marché où tout vin est vendu à petits coups. Pour toujours»<sup>56</sup>. [Traduction libre]

Or, la question de politique qui s'ensuit n'a pas simplement trait à la capacité du droit d'auteur de maintenir un équilibre mais aussi au pouvoir de la technologie d'assurer un contrôle. Comment l'équilibre tripartite du droit d'auteur (celui entre les droits des créateurs, des propriétaires et du public) peut-il être conservé dans une architecture qui promet aux propriétaires de droits d'auteur un contrôle absolu et une facilité – comme jamais auparavant – de regrouper les droits d'auteur en parcelles aussi délimitées?

53. S. BRAND, *The Media Lab: Inventing the Future at MIT* (New York: Viking Penguin Inc., 1987), p. 202.

54. Étude écrite à une période où la durée de vie d'une œuvre classique semble être devenue trois ans.

55. Barlow, *supra*, note 52.

56. *Ibid.* Évidemment, l'idée qu'une œuvre numérique puisse être protégée indéfiniment mine la protection à temps fixe prévue par les règles du droit d'auteur et, comme l'a décrit Lessig, cela équivaut à «câbler le régime juridique dans la technologie», L. LESSIG, *Code and Other Laws of Cyberspace* (New York: Basic Books, 1999), p. 139.

Chacun des divers intéressés peut interjeter un appel fondé sur différents aspects de la toile complexe que constituent les règles du droit d'auteur. Les créateurs de contenu fonderaient leur appel sur la doctrine continentaliste des droits moraux<sup>57</sup>, en particulier à son droit à l'intégrité<sup>58</sup>. Selon la perspective des droits moraux, prétendraient-ils, les créateurs d'œuvres originales devraient jouir d'une certaine capacité de contrôler l'utilisation qui est faite de ces œuvres. Non seulement en raison de leur survie financière qui en dépend, mais aussi en raison de la facilité avec laquelle une œuvre numérisée peut être dégroupée. Le dégroupage d'une œuvre numérique menace l'intégrité de l'œuvre et soulève d'importants défis pour les créateurs qui souhaitent s'assurer que les éléments de leur œuvre reçoivent une rétribution adéquate. En fait, les droits à la bonne réputation des auteurs, qui sont si profondément et étroitement liés aux produits de leur création, sont compromis. En principe, la stratégie sous-jacente aux MPT ne menace pas directement les créateurs. En fait, les MPT de contrôle de l'utilisation *pourraient* être utilisés par les créateurs pour restreindre les utilisations d'une œuvre d'une manière qui protège leurs droits moraux. Cependant, les réalités commerciales et industrielles d'ordre pratique font que les propriétaires de contenu, habituellement des personnes morales, sont les mieux placés pour mettre en œuvre les MPT et ils le font principalement à leur avantage personnel.

Les propriétaires de contenu peuvent aller en appel en se basant sur les aspects de la tradition anglo-américaine et sa dépendance à l'égard de l'utilité sociale et de l'économie comme outils de justification de leur contrôle sur les utilisations qui sont faites des œuvres numérisées. Ils allégueraient qu'une protection vigoureuse du droit d'auteur est nécessaire afin d'optimiser l'utilité sociale. Protéger les titulaires de droits contre la violation du droit d'auteur, diraient-ils, facilite la production et la diffusion de l'information, qui se traduit par un progrès technologique, produisant ainsi une société mieux renseignée et plus éclairée et, en bout de ligne, une démocratie plus participative; tous des aspects qui mèneront à

57. Voir en général *supra*, note 49. D. VAVER, *Copyright Law* (Toronto: Irwin Law), p. 158 à 168; S. HANDA, *Copyright Law in Canada* (Markham: Butterworths Canada Ltd., 2002), p. 63 à 69 et 369 à 386. Voir aussi LIPTON, *supra*, note 11, p. 335. Lipton décrit le régime continental comme une «tradition [qui] voit le droit d'auteur comme découlant des droits à la bonne réputation ou du créateur individuel du sujet thématique. Les entreprises et les organisations [sic] comme telles ne peuvent être des créateurs. Le droit d'auteur est donc ancré dans la protection de la réputation individuelle et des intérêts de l'auteur tel qu'il est exprimé dans son œuvre» [Traduction libre].

58. VAVER, *ibid.*, p. 161 à 164; HANDA, *ibid.*, p. 380 à 381.

l'avancement de notre civilisation<sup>59</sup>. Comme nous le rappelait très récemment l'un des plus éminents chercheurs canadiens dans le domaine, le droit d'auteur est également «un *droit industriel stratégique* qui permet à des industries culturelles clés, notamment l'édition de livres et de musique, l'enregistrement sonore, la programmation informatique et la réalisation de films, de grandir»<sup>60</sup>. De l'avis des propriétaires de contenu, la protection juridique des MPT est nécessaire pour uniformiser les règles du jeu, qui ont été grandement transformées avec l'avènement de la capacité d'encoder divers types de renseignements sur support numérique, de dupliquer le contenu numérisé sans perte de fidélité et de transmettre le tout à un nombre incroyable de destinataires partout dans le monde à un coût incrémentiel négligeable. Dans l'univers branché, une fois perdue la capacité de contrôler l'accès, il devient quasi impossible d'assurer l'utilisation légitime et autorisée du contenu numérisé.

Les utilisateurs feraient également un pourvoi fondé sur divers aspects philosophiques sous-jacents aux règles du droit d'auteur en vue de protéger leurs intérêts, y compris la notion fondamentale selon laquelle le droit d'auteur ne permet pas un monopole des idées mais seulement une protection à durée limitée pour l'expression de ces idées dans des circonstances prescrites et spécifiques. Une fois la période de protection légiférée échuë, l'œuvre – libre comme l'air – devient du domaine public. Ces pivots des règles du droit d'auteur s'articulent autour de la reconnaissance que «lorsque le droit d'auteur accorde le contrôle à une personne, il s'en déduit une certaine mesure de liberté à imiter une autre»<sup>61</sup>. [Traduction libre] Du point de vue des utilisateurs, lorsque le droit d'auteur donne le contrôle aux créateurs ou aux éditeurs des œuvres, il retire aux utilisateurs éventuels une liberté de consultation, de lecture, d'apprentissage, d'enseignement et de participation au processus d'établissement des décisions d'ordre social et politique, ainsi qu'un certain nombre d'autres aspects cruciaux de toute société ouverte qui privilégie la libre expression.

Un grand nombre de défenseurs du point de vue des utilisateurs ont exprimé une préoccupation selon laquelle la stratégie des

---

59. Voir VAVER, *ibid.*, c. 1; HANDA, *ibid.*, p. 119.

60. Voir «Gestion collective du droit d'auteur et des droits voisins au Canada: Perspective internationale», dans un rapport préparé pour le ministère du Patrimoine canadien (2002), en ligne (français): [http://www.pch.gc.ca/culture/cult\\_ind/cpd-pdd/collective/cont\\_r.cfm](http://www.pch.gc.ca/culture/cult_ind/cpd-pdd/collective/cont_r.cfm).

61. P. GOLDSTEIN, *Copyrights Highway: From Gutenberg to the Celestial Jukebox* (New York: Hill & Wang, 1994), p. 6.

MPT, si elle était concrétisée, signifierait la mort des bibliothèques. Cela transformerait de façon draconienne les strates sociales d'une société de l'information étant donné que les bibliothèques sont, comme l'a déjà mentionné Carnegie:

Les meilleures agences pour l'édification de masses de personnes, puisqu'elles ne donnent rien pour rien. Elles n'aident que les gens qui s'aident eux-mêmes. Elles ne paupérisent jamais. Elles desservent les esprits avides et leur donnent accès aux grands trésors du monde – ceux qui dorment dans les livres. Alimenter le goût de lire, c'est évacuer les goûts inférieurs.<sup>62</sup> [Traduction libre]

Barlow, bien connu comme porte-parole du point de vue des utilisateurs, décrit les MPT comme un régime qui «paupériserait sur le plan de l'information les personnes qui étaient déjà pauvres sur le plan économique et augmenterait grandement et institutionnaliserait en permanence l'adage selon lequel «les riches s'enrichissent»<sup>63</sup>. [Traduction libre] Selon Barlow, «[c]ela conduirait également à aménager un jardin secret dans l'écologie des idées, cachant à nos yeux à tous la nouvelle richesse des idées que pourraient ériger les pauvres à partir du compost des réflexions antérieures auxquelles ils n'auraient plus accès»<sup>64</sup> [Traduction libre]. Dans la mesure où les MPT transforment les environnements numériques depuis des architectures de liberté vers des architectures de contrôle, les utilisateurs avanceraient que les MPT perturbent l'équilibre que le droit d'auteur tente d'installer.

Étant donné que les règles canadiennes du droit d'auteur partent, parfois, de la tradition continentale et, à d'autres moments, de la tradition anglo-américaine, il n'est pas tout à fait évident lequel de ces fondements doit être accueilli le plus favorablement. Nos tribunaux se sont récemment attardés quelque peu à ces deux points de vue.

Par exemple, nos cours ont à plusieurs reprises étudié le rôle central des droits d'auteur ou des droits moraux<sup>65</sup>. Dans un

62. T. RUB, «The Day of Big Operations: Andrew Carnegie and His Libraries», (1985) 173:7 *Architectural Record* 81, p. 81.

63. BARLOW, *supra*, note 52.

64. BARLOW, *ibid.*

65. Les jugements reconnaissant le rôle des droits moraux dans les règles canadiennes du droit d'auteur comprennent: *CCH Canadienne Limitée c. Le Barreau du Haut-Canada*, [2000] 2 C.F. 451; *Bishops c. Stevens*, [1990] 2 R.C.S. 467; et *Snow c. The Eaton Centre Ltd.* (1982), 70 C.P.R. (2d) 105 (C.S. Ont.).

jugement récent dans l'affaire *Desputeaux c. Les Éditions Chouette (1987) Inc.*, la Cour d'appel du Québec écrivait:

Le droit d'auteur est reconnu comme bi-frontal, droit de la personnalité et droit pécuniaire. L'œuvre protégée par le droit d'auteur est, en effet, à la fois une émanation de la personnalité de l'auteur et une source d'intérêts économiques. Une œuvre n'est pas seulement un produit que l'on peut vendre, c'est le résultat d'un acte de création personnelle. L'auteur communique sa pensée, ses émotions de sorte que l'œuvre fait partie de la personnalité de l'auteur et lui demeure attachée toute sa vie.

La *Loi canadienne sur le droit d'auteur* protège sous le titre *Des droits moraux* cet aspect éminemment personnel du droit d'auteur.<sup>66</sup>

D'un autre côté, et même plus récemment, la Cour suprême du Canada a non seulement réitéré le bien-fondé d'une approche équilibrée mais également insisté sur l'importance pour le domaine public d'intégrer et d'embellir la notion d'innovation créative:

On atteint le juste équilibre entre les objectifs de politique générale, dont ceux qui précèdent, non seulement en reconnaissant les droits du créateur, mais aussi en accordant l'importance qu'il convient à la nature limitée de ces droits. D'un point de vue grossièrement économique, il serait tout aussi inefficace de trop rétribuer les artistes et les auteurs pour le droit de reproduction qu'il serait nuisible de ne pas les rétribuer suffisamment. Une fois qu'une copie autorisée d'une œuvre est vendue à un membre du public, il appartient généralement à l'acheteur, et non à l'auteur, de décider du sort de celle-ci.

Un contrôle excessif de la part des titulaires du droit d'auteur et d'autres formes de propriété intellectuelle pourrait restreindre indûment la capacité du domaine public d'intégrer et d'embellir l'innovation créative dans l'intérêt à long terme de l'ensemble

---

66. *Desputeaux c. Les Éditions Chouette (1987) Inc.*, QCCA 500-09-006389-985, 18 avril 2001. Ce jugement retiendra sans doute beaucoup l'attention des chercheurs en droit d'auteur étant donné que la requête en autorisation d'appel a été autorisée par la Cour suprême. Il sera intéressant de voir si cette solide rhétorique reposant sur les droits moraux sera utilisée par la Cour suprême ou si une approche plus dosée en ressortira.

de la société, ou créer des obstacles d'ordre pratique à son utilisation légitime. Ce risque fait d'ailleurs l'objet d'une attention particulière par l'inclusion, aux articles 29 à 32.2, d'exceptions à la violation du droit d'auteur. Ces exceptions visent à protéger le domaine public par des moyens traditionnels, comme l'utilisation équitable d'une œuvre aux fins de critique ou de compte rendu, ou à ajouter de nouvelles protections, adaptées aux nouvelles technologies, telles que la reproduction limitée d'un programme d'ordinateur et l'«enregistrement éphémère» de prestations exécutées en direct.<sup>67</sup>

Certains chercheurs canadiens sont d'avis que les considérations philosophiques de la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Théberge* devraient influencer sur le traitement canadien des MPT. Un éminent chercheur canadien en droit relatif à Internet est même allé jusqu'à affirmer ce qui suit:

«[e]n envoyant un message clair au sujet de son appui à un juste équilibre en matière de droit d'auteur, la Cour suprême a indirectement fourni la plus importante soumission relativement à l'actuelle consultation sur la réforme du droit d'auteur à l'ère numérique. La Cour a commencé à tracer les limites de la protection du droit d'auteur et ces limites comprennent la reconnaissance des droits des utilisateurs et l'importance de favoriser une créativité et une innovation plus poussées».<sup>68</sup>  
[Traduction libre]

## 5. Fourniture d'une protection juridique des MPT

Tel qu'il est indiqué dans la Partie 2 de notre première étude, la prolifération de la capacité d'encoder divers types de renseignements en format numérique, de dupliquer le contenu numérisé sans perte de fidélité et de transmettre le tout à un nombre incroyable de destinataires partout dans le monde à un coût incrémentiel négligeable soulève des défis particuliers pour l'application à la fois des droits sur la propriété intellectuelle (notamment les droits d'auteur) et des autres droits (tels que les droits de licences) sur divers types d'œuvres numérisées<sup>69</sup>. Par conséquent, les propriétaires de droits

67. *Théberge c. Galerie d'Art du Petit Champlain inc.* (2002), CSC 34, par. 31 et 32.

68. M. GEIST, «Key Case Restores Copyright Balance», *Globe and Mail*, 18 avril 2002, en ligne (anglais seulement): <http://www.theglobeandmail.com/servlet/ArticleNews/printarticle/gam/20020418/TWGEIS>.

69. Voir aussi *A&M Records, Inc. c. Napster, Inc.*, 239 F. 3d 1004 (9<sup>e</sup> Circuit, 2001).



sur le contenu numérique ont de plus en plus recours aux MPT et aux SGDN pour appliquer et protéger leurs droits et pour assurer des utilisations autorisées. En fait, bon nombre de titulaires de droits d'auteur<sup>70</sup> affirment que les lois existantes *ne sont pas adéquates* pour empêcher la diffusion illégale massive d'œuvres numérisées qui se produit en ligne et hors ligne tous les jours. Ainsi, les créateurs et les propriétaires de contenu allèguent que la protection juridique des MPT est requise et que le Canada doit mettre en œuvre des lois qui rendent illicites les MPT de contournement et l'achalandage des dispositifs de contournement.

En réponse à ces affirmations et aux obligations invoquées dans le WCT et le WPPT, plusieurs chercheurs ont souligné le fait qu'il n'existe actuellement aucune donnée empirique suggérant que la protection juridique des MPT est justifiée<sup>71</sup>. Une partie du problème pour les stratèges et les législateurs est que les caractéristiques de l'offre et de la demande dans les nouveaux marchés de MPT et d'autres produits liés à l'information numérique demeurent inconnues. Comme nous l'avons conclu dans notre première étude, les technologies des MPT et des SGDN sont encore à des étapes relativement précoces de leur développement, et les nouveaux modèles d'affaires pour la prestation des produits d'information numérique n'en sont qu'à l'étape des essais pilotes. De plus, l'état d'évolution des MPT ne permet pas encore de tracer une nette distinction entre les utilisations frauduleuses et les usages non frauduleux. Par conséquent, les MPT sont actuellement incapables de fournir un accès sélectif aux œuvres dans des situations où pareil accès ne résulterait pas en une violation du droit d'auteur.

Compte tenu de tout ce qui précède, il est sans doute trop tôt pour prédire si la protection juridique des MPT est en fait nécessaire pour la réussite des œuvres numérisées sur les marchés de masse. Il est peut-être également trop tôt pour déterminer si l'omission d'adopter de pareilles mesures froisserait éventuellement ces marchés. En fait, nous ne savons tout simplement pas si la protection juridique des MPT minerait bel et bien l'objet même de la stratégie des MPT en retardant la recherche-développement de MPT plus nouvelles et plus sécuritaires et d'autres moyens innovateurs de distribution des produits d'information numérique, menant ainsi à une consommation sous-optimale.

---

70. Y compris un grand nombre de très grandes et puissantes sociétés.

71. K. KOELMAN et N. HEILBERGER, *supra*, note 28, p. 221.



Les MPT et les SGDN à MPT activées<sup>72</sup> permettent actuellement aux œuvres d'être contrôlées par les propriétaires de droits d'auteur et titulaires d'autres droits selon une manière et un degré jamais envisagés jusqu'ici par les règles du droit d'auteur. Les MPT permettent aux titulaires de droits d'exercer un important degré de contrôle sur l'accès et sur les modalités d'utilisation des œuvres numérisées. De plus, les titulaires de droits sont maintenant davantage capables d'exercer un degré de contrôle sur l'utilisation de leurs œuvres au moyen d'accords contractuels, notamment la délivrance de licences<sup>73</sup>. De pareils régimes contractuels sont souvent intégrés dans les SGDN. Tel qu'il est indiqué dans notre première étude, le recours aux MPT, jumelé à la capacité d'établir les conditions d'obtention des licences, pourrait mener à un transfert du contrôle en définissant les utilisations permises des œuvres à la lumière des règles publiques établies par le Parlement en vertu de la *Loi sur le droit d'auteur* aux arrêts privés des titulaires de droits. Tout cela pourrait avoir de graves répercussions sur la vie privée des consommateurs et la liberté d'expression, en plus de perturber l'équilibre historique instauré par les règles du droit d'auteur énoncées précédemment.

### **5.1 Les couches existantes de protection des titulaires de droits d'auteur**

Les propriétaires de droits d'auteur jouissent actuellement de trois méthodes pour assurer l'accès à leurs œuvres: i) les technologies des MPT et des SGDN; ii) les règles du droit d'auteur en vigueur; et iii) la législation sur les contrats.

#### *5.1.1 Les technologies des MPT et des SGDN*

La première couche de protection est la capacité de restreindre l'accès à une œuvre ou l'utilisation de cette œuvre grâce à la technologie. Tel que nous l'avons vu, les MPT ont été construites pour servir de barrières technologiques au-delà de la protection juridique prévue

---

72. Tel qu'il est indiqué dans les Parties 4 et 5 de notre première étude, une «SGDN à MPT activée» renvoie à un système de gestion des droits numériques qui utilise des mesures techniques comme un logiciel dans le cadre de son infrastructure.

73. Voir B. HUGENHOLTZ, *supra*, note 5, p. 89. L'auteur décrit la tendance grandissante en matière de distribution des œuvres assujetties aux règles du droit d'auteur, qu'elles soient sous forme de livres numérisés ou de logiciels, en vue de restreindre les modalités d'utilisation par voie d'accords de licences. Voir aussi L. GUIBAULT, *supra*, note 5, p. 125; et D. GERVAIS, *supra*, note 60.

par l'actuelle législation sur le droit d'auteur<sup>74</sup>. Comme le révélait notre première étude, les MPT peuvent être contournées et la fréquence de cette possibilité augmente rapidement. Par conséquent, on ne sait pas actuellement avec précision dans quelle mesure la stratégie des MPT sera éventuellement adoptée et si les nouvelles architectures de MPT<sup>75</sup> seront plus résistantes au contournement à grande échelle sans une couche additionnelle de protection juridique similaire à ce qui est envisagé dans le WCT et le WPPT. Du même coup, il est important de se rappeler que les SGDN utilisent les MPT de pair avec d'autres instruments juridiques en vigueur, notamment les régimes de contrats et de licences<sup>76</sup>.

### 5.1.2 Les règles du droit d'auteur en vigueur

La législation sur le droit d'auteur protège déjà les œuvres numérisées tant et aussi longtemps que l'œuvre sous-jacente satisfait aux tests applicables<sup>77</sup>. Par conséquent, le contournement d'une MPT de contrôle de l'utilisation mènera à une violation du droit d'auteur passible de sanctions. Il en sera de même pour quelques MPT de contrôle de l'accès, dans la mesure où le contenu numérique protégé par les MPT est assujéti au droit d'auteur et que son contournement entraîne une forme quelconque de copie non assujéti aux exceptions prévues par la législation sur le droit d'auteur.

En outre, les MPT à base de logiciels peuvent en elles-mêmes être protégées en vertu de la *Loi sur le droit d'auteur*. Comme

74. À cet égard, il faut souligner que les MPT à base de logiciels et les œuvres imbriquées dans des MPT peuvent être des œuvres admissibles à la protection en vertu des règles du droit d'auteur. Il est également important de réitérer que certaines MPT sont utilisées pour élargir indéfiniment la portée du terme droit d'auteur, c'est-à-dire «verrouiller» les œuvres qui sont ou qui deviendront du domaine public.

75. Les architectures plus récentes comprennent des fonctions telles que le «renouvellement» et la «révocation». Ces fonctions sont exposées dans la Partie 6 de notre première étude. Voir aussi KOELMAN et HELBERGER, *supra*, note 28, p. 221.

76. HUGENHOLTZ, *supra*, note 5, p. 84.

77. Pour qu'une œuvre bénéficie de la protection du droit d'auteur au Canada, trois exigences doivent être satisfaites: i) l'œuvre doit être originale; ii) l'œuvre doit être fixée; et iii) l'œuvre doit être reliée au Canada (ou à un État-membre de l'Organisation mondiale du commerce, de la Convention de Berne ou de la Convention universelle sur le droit d'auteur). Le test à effectuer pour savoir si une œuvre est assujéti à la protection du droit d'auteur prenait auparavant la forme d'une épreuve de «talent et travail». Est toutefois survenu un virage vers une épreuve fondée sur l'«originalité». Pour une discussion détaillée de ce virage, voir HANDA, *supra*, note 49, p. 217.

l'explique Dusolliers: «[L]orsque la mesure de protection technique qui sert à empêcher la copie, qui prévient l'accès à l'œuvre ou qui en assure l'authentification, est un programme informatique, le pirater constituerait une violation du droit d'auteur inhérent au logiciel. Comme on pourrait l'alléguer, altérer le mécanisme de protection pourrait impliquer un acte de reproduction, même transitoire, du logiciel»<sup>78</sup> [Traduction libre]. Dans le contexte canadien, la *Loi sur le droit d'auteur* permet une reproduction unique d'un programme informatique à condition que la personne possède une copie du programme informatique<sup>79</sup>. Or, comme on pourrait l'avancer, lorsqu'une personne possède une copie d'une MPT à base de logiciel, elle peut être autorisée à l'«altérer». Cependant, la capacité de contourner ou d'altérer la MPT serait assujettie aux restrictions contenues à l'article 30.6 de la *Loi sur le droit d'auteur*, ainsi qu'aux modalités et conditions des licences logicielles applicables. Par conséquent, altérer ou contourner d'une manière qui va à l'encontre des restrictions imposées par la *Loi sur le droit d'auteur* ou des modalités et conditions de l'accord de licence peut entraîner une violation du droit d'auteur passible de poursuites. En ce sens, on pourrait dire que l'acte de contournement d'une MPT relève déjà du champ de protection prévu par la *Loi sur le droit d'auteur*.

### 5.1.3 La législation sur les contrats

La législation contractuelle est maintenant une autre couche de protection dont peuvent se prévaloir les titulaires de droits d'auteur. Ceux-ci sont capables d'établir les modalités d'utilisation par voie de licences. Ces licences sont souvent intégrées dans les SGDN. L'utilisation des SGDN peut faciliter la «négociation» automatique des contrats entre les fournisseurs de contenu et les utilisateurs. Dans cet environnement, le pouvoir de négociation entre ces deux parties pourrait bien être inégal<sup>80</sup>. L'utilisation combinée des MPT et des contrats de cette manière pourrait donc mener à des transactions abusives. Comme l'ont exprimé certains commentateurs:

Nous dirigeons-nous vers un monde où chaque utilisation de l'information sera dictée par des systèmes entièrement automatisés? Un monde où chaque produit de l'information

78. S. DUSOLLIERS, «Situating legal protections for copyright-related technological measures in the broader legal landscape: Anti-Circumvention Protection Outside of Copyright», Congrès ALAI 2001, p. 13.

79. Par. 30.6.

80. HUGENHOLTZ, *supra*, note 5, p. 79.

s'accompagne de ses propres conditions de licence ineffaçables et insurpassables? Un monde où ce qui est permis et ce qui ne l'est pas n'est plus soumis à un code de loi mais bien à un code informatique?<sup>81</sup> [Traduction libre]

Où les contraintes technologiques se substituent aux contraintes juridiques, où les droits sur la conception de l'information se retrouvent entre les mains d'intérêts privés, qui peuvent ou non honorer les politiques publiques qui animent les doctrines d'accès public telles que l'utilisation équitable. Un monde où les titulaires de droits peuvent efficacement écrire leur propre statut sur la propriété intellectuelle dans un code informatique.<sup>82</sup> [Traduction libre]

Les licences d'utilisateurs deviennent la règle et les fournisseurs de contenu ont de plus en plus souvent recours aux conditions de ces licences pour surpasser les limitations du droit d'auteur existantes<sup>83</sup>. De fait, cela devient rapidement un domaine suscitant beaucoup de débats et de travaux universitaires<sup>84</sup>. Dans quelle mesure les modalités d'une licence peuvent-elles avoir préséance sur les exemptions statutaires prévues dans les règles du droit d'auteur? Comme l'énonçait si bien Guibault:

Des préoccupations sont soulevées par la possibilité qu'une utilisation débridée des mesures techniques jumelée à des pratiques législatives et contractuelles anti-contournement permettrait aux propriétaires de droits d'élargir leurs droits bien au-delà des frontières du régime du droit d'auteur, au détriment des utilisateurs et de la libre circulation de l'information. Le marché conclu en matière de droit d'auteur entre accorder aux auteurs une protection pour leurs œuvres et encourager la libre circulation de l'information serait gravement compromis si, sans égard aux règles du droit d'auteur, les propriétaires de droits pouvaient imposer impunément leurs modalités et conditions d'utilisation au moyen de contrats types. Si tel était le cas, le régime du droit d'auteur succomberait aux licences de

81. *Ibid.*, p. 86 et 87.

82. D.L. BURK et J.L. COHEN, «Fair Use Infrastructure for Rights Management Systems», 15 *Harv. J.L. et Tech.* 41, p. 51.

83. HUGENHOLTZ, *supra*, note 5, p. 80.

84. Voir, *p. ex.*, GUIBAULT, *supra*, note 5. Voir aussi J. REICHMAN et J. FRANKLIN, «Privately Legislated Intellectual Property Rights: Reconciling Freedom of Contract with Public Good Uses of Information», 14 *U. Pa. L. Rev.* 875.

marchés de masse et aux mesures techniques. À moins que le législateur ne clarifie la question, ces préoccupations peuvent devenir bien trop réelles avec la mise en œuvre graduelle des systèmes de gestion des droits d'auteur électroniques, qui reposent sur des liens technologiques-contractuels, avec la généralisation des licences à grande diffusion comme principal véhicule des transactions en matière d'information [...].<sup>85</sup> [Traduction libre]

La protection déjà accordée aux propriétaires de droits par voie des trois couches de protection existantes fait une pétition de principe de la question à savoir si une couche additionnelle de protection juridique est requise.

## 5.2 Les deux réponses possibles

L'analyse précédente laisse entendre qu'il n'y a pas de trajectoire claire favorisant la stratégie de protection des MPT à cette étape précoce de son développement. Cette suggestion mène à l'une de deux réponses possibles qui s'offrent au Canada.

D'abord, le Canada pourrait choisir de ne pas conférer de protection juridique additionnelle aux MPT mais de simplement leur permettre de s'épanouir ou de s'affaïsser dans un cadre non réglementé jusqu'à ce qu'il dispose de preuves plus concluantes du bien-fondé d'une législation en la matière. Il existe un certain nombre de justifications pour ne pas offrir de protection juridique additionnelle aux MPT à ce moment-ci. Premièrement, tel qu'il est expliqué précédemment, les titulaires de droits d'auteur bénéficient déjà de multiples couches de protection. Deuxièmement, comme l'indiquait notre première étude, on ne connaît pas encore comment évoluera le marché de l'information. Même si les architectures ouvertes sur Internet semblaient à l'origine faire pencher la balance du côté de l'intérêt public en matière d'accès aux œuvres, l'architecture évolutive du Net et le recours aux MPT pourraient encore présenter plus d'avantages que d'inconvénients aux propriétaires de contenu, compte tenu des coûts réduits de distribution et du besoin éventuellement décroissant pour l'application de règles du droit d'auteur. Troisièmement, si la protection juridique des MPT interfère avec l'intérêt public quant à l'accès aux œuvres telles que traditionnellement définies, il est difficile d'expliquer pourquoi ces droits fon-

---

85. GUIBAULT, *supra*, note 5, p. 160.

damentaux devraient avoir moins de poids dans l'environnement numérique que dans d'autres contextes. Quatrièmement, fournir une protection juridique peut avoir peu d'incidences compte tenu des enjeux exécutoires. Napster et d'autres phénomènes en ligne démontrent en termes de simple volume la difficulté à exercer une sorte de contrôle policier des activités sur chaque ordinateur dans le monde<sup>86</sup>. Cette situation est complexifiée par l'augmentation de la disponibilité de moyens et de dispositifs de contournement nouveaux et plus évolués. Comme le déclarait Koelman:

Si la protection par mesures techniques ne règle pas le problème qu'elle est censée résoudre, on pourrait alléguer qu'elle ne devrait pas être insérée. Le difficile choix entre la protection des mesures et le maintien des limites du droit d'auteur ne doit donc pas être posé.<sup>87</sup> [Traduction libre]

La décision de ne pas offrir de protection juridique aux MPT pourrait affecter la possibilité du Canada de ratifier les traités de l'OMPI. La principale conséquence de pareille décision est que le Canada serait privé de la protection réciproque offerte par d'autres États en vertu des traités dans le domaine du droit d'auteur. On pourrait affirmer, toutefois, que pareil choix offrirait au Canada la souplesse maximale dans l'établissement d'une politique nationale légitime au moment opportun plutôt que d'offrir une réponse immédiate comme simple moyen tactique<sup>88</sup>.

Ensuite, le Canada pourrait choisir de fournir une certaine mesure de «protection juridique appropriée». Il est suggéré que, si le Canada ratifie les traités de l'OMPI et procède à une intervention juridique, les dispositions législatives devraient être conçues pour

86. KOELMAN, *supra*, note 8, p. 3 et 4. Voir aussi G.S. LUNNEY, Jr., «The Death of Copyright: Digital Technology, Private Copying, and the *Digital Millennium Copyright Act*», 87 *Va. L. Rev.* 813, p. 911: «Au moment de concevoir une protection à l'ère numérique, nous devons d'abord déterminer si la possibilité d'une copie privée à grande échelle compromet l'intérêt public dans un approvisionnement adéquat et une distribution convenable d'œuvres créatrices, ou simplement l'intérêt privé dans l'optimisation des recettes provenant de l'industrie du droit d'auteur». [Traduction libre]

87. KOELMAN, *supra*, note 8, p. 4.

88. Évidemment, il serait possible d'alléguer que l'envers de cette même médaille serait qu'un échec du Canada à ratifier maintenant – selon ses propres conditions – pourrait engendrer une grave pression de la part du gouvernement américain et du puissant lobby composé des divers intérêts corporatifs multinationaux en vue d'adopter une législation nationale similaire à la *Digital Millennium Copyright Act*. Ce texte législatif sera abordé en détail ci-après, dans la Partie 7.

préservé dans la mesure du possible en matière de droits d'auteur le fragile équilibre entre les droits privés et l'intérêt public. Il est en outre suggéré que de pareilles mesures législatives cherchent également à promouvoir les objectifs de politiques en matière de droits d'auteur sur les œuvres numériques déjà identifiés par le Gouvernement du Canada. Ces objectifs sont les suivants: i) le cadre politique doit promouvoir les valeurs canadiennes; ii) le cadre politique doit être clair et permettre un accès et un usage faciles et transparents; iii) le cadre politique doit s'insérer dans un contexte mondial; iv) le cadre politique devrait, autant que possible, être technologiquement neutre<sup>89</sup>.

## 6. Mise en œuvre éventuelle des traités de l'OMPI

Après avoir recensé diverses considérations philosophiques et avoir examiné les conséquences fondamentales d'offrir des protections juridiques aux MPT, nous sommes maintenant prêts à exposer en détail les quatre catégories de protections juridiques énoncées précédemment, dans la Partie 3.2.

### 6.1 Les mesures générales de contrôle de l'accès

Souvenez-vous qu'une mesure générale de contrôle de l'accès interdit *tout* acte qui contourne une MPT de contrôle de l'accès – peu importe si la MPT qui a été contournée sert à contrôler une œuvre assujettie aux règles du droit d'auteur et peu importe si l'acte de contournement viole en fait le droit d'auteur.

Traditionnellement, un titulaire de droits d'auteur ne pouvait pas facilement interdire l'accès à une œuvre. La seule manière d'empêcher les utilisateurs d'accéder à une œuvre était de garder l'œuvre privée et, par conséquent, non publiée. Dès qu'une œuvre était publiée ou diffusée au public, l'auteur perdait la capacité de contrôler l'accès à l'œuvre et, dans une certaine mesure, son utilisation. Par conséquent, l'adoption d'une mesure générale de contrôle de l'accès dans la législation nationale pourrait s'apparenter à l'introduction d'un «droit d'accès»<sup>90</sup>. Une nouveauté en matière de

89. «Document de consultation sur les questions de droit d'auteur à l'ère numérique», (Patrimoine canadien: Ottawa, 2001).

90. Plus précisément, un *droit de contrôle de l'accès* (puisque'il ne prévoit pas un droit d'accès mais bien le contraire – il permet un contrôle de l'accès). Voir le texte d'accompagnement à la note 39. Les ramifications de politiques d'un nouveau droit d'accès seront abordées plus à fond ci-après.



droit d'auteur, l'introduction d'un droit de contrôle de l'accès n'est nullement une exigence en vertu des articles 11 du WCT ou 18 du WPPT<sup>91</sup>. Un droit de contrôle de l'accès sur les œuvres numérisées devrait-il permettre au titulaire de droits de contrôler chaque fois qu'une œuvre est consultée, ou une œuvre qui a été consultée de façon légitime devrait-elle être accessible au public<sup>92</sup>? Le dilemme est bien illustré dans l'énoncé suivant:

Dans l'univers physique, la publication comporte trois caractéristiques importantes: elle est publique; elle est irrévocable; et elle procure une copie fixée de l'œuvre. Dans l'univers virtuel, aucune de ces affirmations ne peut être vraie. Dans l'univers physique, la publication est fondamentalement publique et irrévocable étant donné que, même si l'œuvre ne devient pas la propriété du public, suffisamment de copies sont habituellement achetées (par exemple, par les bibliothèques et les particuliers) pour l'amener à faire partie du registre socioculturel accessible au grand public. La publication est synonyme d'irrévocabilité, puisqu'une fois l'œuvre diffusée, elle devient accessible. Les œuvres peuvent devenir épuisées, mais elles ne sont jamais explicitement «retirées de la publication» et rendues inaccessibles sur le plan universel; des copies des œuvres imprimées persistent [...]. Les œuvres publiées en format électronique ne sont pas nécessairement irrévocables, fixées ou publiques. Elles peuvent être retirées du regard public au gré du titulaire de droits. Elles ne sont pas non plus intrinsèquement publiques: le logiciel permet un contrôle minutieux de l'accès, offrant aux œuvres une diffusion aussi large ou aussi restreinte que ce que spécifie le titulaire de droits, avec une capacité considérable de préciser qui a quel type d'accès.<sup>93</sup> [Traduction libre]

Les droits de contrôle de l'accès posent un certain nombre de difficultés, surtout en ce qui a trait à la manière d'assurer un équilibre entre les droits privés et l'intérêt public. Permettre aux

91. On note un certain débat à savoir si un pareil droit de contrôle de l'accès est en fait nouveau ou si le concept est simplement évolutif. Toutefois, ce débat se caractériserait davantage par une quête visant à déterminer si un droit de contrôle de l'accès est un prolongement approprié des règles du droit d'auteur. Voir T. HEIDE, «Copyright in the E.U. and United States: What «Access Right»?», (2001) *E.I.P.R.* 469.

92. National Academy of Sciences, «The Origins of the Digital Dilemma», (Symposium on The Digital Dilemma: Intellectual Property Rights and the Emerging Infrastructure), 62 *Ohio St. L. J.* 951.

93. *Ibid.*, p. 956 et 957.



titulaires de droits la capacité de contrôler les modalités d'obtention de l'accès et l'identité des personnes autorisées à accéder aux œuvres menace l'intérêt public. En particulier, créer un droit de contrôle de l'accès qui n'est pas accompagné d'un jeu robuste et soigneusement adapté d'exceptions aura des incidences sur la capacité du public de faire valoir une défense selon le principe d'utilisation équitable et diverses dérogations statutaires aux règles de violation du droit d'auteur aura une incidence élargie sur le regroupement de droits sous la bannière de la libre expression. La mise en œuvre d'un droit de contrôle de l'accès pourrait éventuellement permettre aux sociétés chargées de recueillir le contenu culturel d'empêcher l'utilisation légitime d'une œuvre. Ce type d'interdiction pourrait également avoir l'effet suffocant de nier l'accès à des œuvres qui sont du domaine public ou à des œuvres qui seraient autrement exemptées des dispositions relatives à l'utilisation équitable en vertu de l'actuel régime du droit d'auteur. Puisque la combinaison de MPT et de formules contractuelles peut déjà être utilisée pour empêcher l'accès à des œuvres que même les dérogations aux règles du droit d'auteur (par exemple, l'utilisation équitable) autorisent, une interdiction juridique de contourner les MPT de contrôle de l'accès aux œuvres du domaine public, selon les modalités de rédaction des instruments statutaires pertinents, pourrait davantage empêcher le public d'exercer les droits existants.

L'inclusion d'une mesure générale de contrôle de l'accès qui, par définition, n'est pas accompagnée d'un jeu robuste et soigneusement adapté d'exceptions pourrait également miner les valeurs de la libre expression<sup>94</sup>. En d'autres termes, une disposition anti-contournement qui empêche les individus d'accéder aux œuvres (qu'elles soient assujetties au droit d'auteur ou pas) pourrait bien interférer avec la réalisation de soi, la recherche de vérité, la participation à la prise de décisions d'intérêt social et politique, et l'instauration d'une société tolérante et diversifiée<sup>95</sup>. L'interdiction de contournement au moyen d'une mesure générale de contrôle de l'accès pourrait grandement freiner la liberté d'expression, tout comme elle pourrait offrir un outil efficace de censure pour les organismes privés. Par exemple, il est concevable qu'une entreprise ou une organisation puisse recourir aux MPT pour nier à certains individus l'accès à son site et à ses publications (même si ces indivi-

94. Pour un énoncé plus complet des principes et des valeurs qui sous-tendent la libre expression, voir, p. ex., *R. c. Keegstra* [1990] 3 R.C.S. 697 (C.S.C.).

95. Les principes ont d'abord été appliqués dans *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927 (C.S.C.).

des ou groupes se verraient autrement autoriser l'accès en vertu de l'actuel régime du droit d'auteur). Peut-être encore plus problématiques seraient les situations où une MPT est conçue pour bloquer l'accès à des groupes ciblés.

Ainsi, l'effet net d'une mesure générale de contrôle de l'accès est de fournir un catalyseur juridique à ce que certains chercheurs ont baptisé le «second mouvement des enclosures»<sup>96</sup>. Le premier mouvement du genre avait débuté en Angleterre au XV<sup>e</sup> siècle et s'était prolongé jusqu'au XIX<sup>e</sup> siècle. Ce processus consistait à entourer d'une clôture les champs communs (dits «communaux») et à les transformer en propriétés privées<sup>97</sup>. Le second mouvement des enclosures, écrivent Boyle, Samuelson<sup>98</sup>, Lessig<sup>99</sup> et d'autres, est en cours et il met en jeu l'installation de barrières virtuelles autour des cyber-communaux, en les transformant en espaces contrôlés exclusivement par les intérêts privés.

Si une MPT peut être utilisée pour enclore des espaces auparavant accessibles au grand public pour atteindre la réalisation de soi, la recherche de vérité, la participation à la prise de décisions d'intérêt social et politique, et l'instauration d'une société tolérante et diversifiée, alors la mise en œuvre d'une mesure générale de contrôle de l'accès pourrait bien aller à l'encontre de l'alinéa 2b) de la *Charte*<sup>100</sup>. La promulgation d'une mesure générale de contrôle de l'accès est donc susceptible d'être renversée pour cause d'inconstitutionnalité<sup>101</sup>. Même si une loi qui enfreint la liberté d'expres-

96. Voir J. BOYLE, «The Second Enclosure Movement», (2001) extrait de la *Duke Law Conference on the Public Domain*, en ligne (anglais seulement): <http://law.duke.edu/pd/rcalcust.htm> (date de consultation: 8 avril 2002).

97. *Ibid.*, p. 1 à 3.

98. Voir P. SAMUELSON, «Digital Information, Digital Networks & the Public Domain», extrait de la *Duke Law Conference on the Public Domain*, en ligne (anglais seulement): <http://law.duke.edu/pd/rcalcust.htm> (date de consultation: 18 avril 2002).

99. L. LESSIG, *The Future of Ideas: The Fate of the Commons in a Connected World* (New York: Random House, 2001). Voir aussi L. LESSIG, «The Architecture of Innovation», (2001) extrait de la *Duke Law Conference on the Public Domain*, en ligne (anglais seulement): <http://law.duke.edu/pd/rcalcust.htm> (date de consultation: 8 avril 2002).

100. L'article 2 de la *Charte canadienne des droits et libertés* (la *Charte*) prévoit, en partie, ce qui suit: «Chacun a les libertés fondamentales suivantes: [...] b) liberté de pensée, de croyance, d'opinion et d'expression, y compris la liberté de la presse et des autres moyens de communication [...]».

101. A. MAURUSHAT, *Technological Measures in the Digital Era and Freedom of Expression: Global Anarchic Conversation or Global Monopolistic Conversion?*, document non publié. En dossier, sous la garde des auteurs.

sion peut être épargnée, conformément à l'article 1 de la *Charte*<sup>102</sup>, cela ne surviendra que si la loi est étroitement ciblée, aborde une préoccupation pressante et est jugée raisonnable et proportionnelle à l'objectif visé<sup>103</sup>. Il est douteux à savoir si une loi qui crée indirectement un droit d'enclosure sur les espaces publics réussirait ce test.

Il y a deux grands arguments en faveur de l'introduction d'une mesure générale de contrôle de l'accès. L'un de ces arguments est que, en l'absence d'une protection adéquate, les producteurs sont peu motivés à rendre le contenu accessible en format numérique capable d'être distribué sur des réseaux. L'autre argument a été soulevé à l'effet que la législation doit introduire à la fois des mesures de contrôle de l'accès et des mesures anti-dispositifs, puisque s'en remettre exclusivement aux mesures anti-dispositifs rendrait fastidieuse et inefficace l'application juridique des règles du droit d'auteur.

Il est douteux à savoir si l'argument en faveur de la mise en œuvre de pareilles mesures selon le motif qu'elles faciliteraient l'application du droit d'auteur est justifié à une étape aussi précoce du développement de l'Internet et des diverses technologies utilisées pour protéger et contourner les œuvres numérisées. Il n'est pas clair à l'heure actuelle si le partage de l'information serait en bout de ligne facilité et favorisé dans l'environnement numérique, si l'information serait enfermée dans des domaines sujets au contrôle exclusif d'un propriétaire, ou si un juste milieu peut être négocié entre ces deux perspectives opposées de notre avenir en ligne. Ce n'est que le début du phénomène. Le marché n'est pas assez mûr pour que l'on puisse tirer des conclusions. Par conséquent, il est suggéré que la portée et le type de protection juridique des MPT soient déterminés en réponse au développement, à l'usage et aux effets *réels* des MPT et des techniques de contournement, et qu'ils ne reposent pas sur la spéculation.

Compte tenu de la forte probabilité qu'une mesure générale de contrôle de l'accès vienne perturber de façon draconienne le fragile équilibre entre les droits privés et l'intérêt public – en particulier là où des questions d'utilisation équitable et de libre expression sont en jeu – il est suggéré que cette catégorie de protection juridique addi-

---

102. L'article 1 de la *Charte* prévoit ce qui 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 démocratique».

103. *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103 (C.S.C.).

tionnelle n'est pas justifiée à ce moment-ci. L'introduction d'un droit de contrôle de l'accès qui, par définition, n'est pas accompagné d'un jeu robuste et soigneusement adapté d'exceptions est excessive et indue<sup>104</sup>.

## 6.2 Les mesures restreintes de contrôle de l'accès

Souvenez-vous qu'une mesure restreinte de contrôle de l'accès impose une interdiction *limitée* contre le contournement d'une MPT de contrôle de l'accès. Une mesure restreinte de contrôle de l'accès interdit seulement *certaines* actes qui contournent une MPT de contrôle de l'accès. Contrairement à une mesure générale de contrôle de l'accès, elle protégera une MPT de contrôle de l'accès *seulement si* la MPT sert à empêcher l'accès à une œuvre assujettie aux règles du droit d'auteur. Tant que la MPT empêche l'accès aux œuvres protégées, une mesure restreinte de protection de l'accès fonctionnerait – même si l'acte de contournement ne mène pas en bout de ligne à une violation du droit d'auteur.

L'avantage d'adopter une mesure restreinte de contrôle de l'accès est que sa capacité d'exclure l'accès est moins profonde. Puisque des mesures restreintes de contrôle de l'accès sont ciblées sur le contournement des MPT servant à protéger les œuvres assujetties au droit d'auteur, pareilles mesures semblent être reliées sur un plan plus rationnel aux objectifs de la législation sur le droit d'auteur. Bien que cela puisse être vrai en théorie, les avantages pratiques des mesures restreintes de contrôle de l'accès sont en fait illusoire.

L'illusion est étagée. D'un point de vue technologique, l'adoption d'une mesure restreinte de contrôle de l'accès n'empêchera pas la possibilité de recourir à une MPT pour nier l'accès à une œuvre non protégée. À l'heure actuelle, les MPT ne permettent pas de détecter si elles protègent des œuvres assujetties au droit d'auteur. De plus, puisque toute technologie donnée peut servir à plus d'une fin, il serait difficile pour un procureur ou un juge de distinguer entre une MPT ayant pour but de bloquer l'accès en général et une MPT dont le but serait de bloquer l'accès à seule fin de protéger le droit d'auteur. De même, comme le concluait notre première étude, une MPT ne peut faire la distinction entre une utilisation frauduleuse et un usage non frauduleux. Compte tenu de ces réalités pratiques impor-

104. Ce point sera élaboré plus à fond au cours de l'exposé portant sur la législation américaine, dans la Partie 7.4.

tantes, l'adoption d'une mesure restreinte de contrôle de l'accès est problématique pour les mêmes raisons qu'une mesure générale de contrôle de l'accès: les deux mesures pourraient indirectement engendrer un nouveau droit général de contrôle de l'accès *suivant* la législation sur le droit d'auteur.

La principale différence entre les deux est que, dans le cas d'une mesure restreinte de contrôle de l'accès, on pourrait concevoir un régime d'exceptions au droit de contrôle de l'accès en vue de rétablir l'équilibre entre les droits privés et l'intérêt public. Si un tel régime d'exceptions pouvait être conçu, cette différence semblerait rendre les mesures restreintes de contrôle de l'accès plus attrayantes qu'une mesure générale de contrôle de l'accès. À nouveau, son attrait apparent est fort probablement illusoire.

Il est important de comprendre avec précision ce que pareil régime d'exceptions servirait à concrétiser. Essentiellement, il permettrait à une personne de contourner une MPT de contrôle de l'accès dans certaines circonstances prescrites par voie de statut<sup>105</sup>. Cela ne pose pas de problème, tant et aussi longtemps que la personne qui souhaite exercer l'exception selon le principe d'utilisation équitable dispose du savoir-faire technologique pour contourner les MPT. Puisque la plupart des Canadiens et des Canadiennes n'ont tout simplement pas ces connaissances spécialisées, il serait difficile d'imaginer un pareil régime d'exceptions couramment accessible à la majorité du public canadien de manière à rétablir dans les faits l'équilibre qui serait perturbé si le droit de contrôle de l'accès était introduit.

### **6.3 Les mesures de contrôle de l'utilisation**

Une mesure de contrôle de l'utilisation impose une interdiction sur le contournement d'une MPT de contrôle de l'utilisation<sup>106</sup>. Habituellement, il s'agit d'une interdiction contre le contournement des MPT ayant pour but de contrôler les copies non autorisées d'une œuvre<sup>107</sup>. Pareille MPT déterminerait ce qui suit: i) si l'utilisateur est autorisé à copier une œuvre; ii) le cas échéant, combien de copies

105. Par exemple, l'utilisation équitable.

106. Les MPT de contrôle de l'utilisation sont décrites en détail dans la Partie 3.3 de notre première étude.

107. Cependant, comme nous l'avons constaté dans la Partie 3.3 de notre première étude, les MPT de contrôle de l'utilisation protègent également contre les autres utilisations d'une œuvre, notamment le droit d'exécution publique ou le droit de distribution.

sont autorisées; et iii) dans quelles circonstances. Une mesure de contrôle de l'utilisation pourrait avoir un important avantage sur les mesures de contrôle de l'accès étant donné que les déterminations au sujet de la nature du travail<sup>108</sup> pourraient être faites avant le contournement. Ce genre de mesure serait, du moins en théorie, plus compatible avec la législation sur le droit d'auteur que les mesures de contrôle de l'accès.

L'argument en faveur des mesures de contrôle de l'utilisation est, cependant, quelque peu mince. D'abord, comme le révélait notre première étude, une MPT affiche très souvent à la fois des caractéristiques de contrôle de l'accès et des caractéristiques de contrôle de l'utilisation. On doit par conséquent faire preuve de prudence au moment d'utiliser une mesure juridique pour empêcher le contournement d'une MPT de contrôle de l'utilisation, puisque la mesure juridique pourrait finir par protéger le contrôle de l'accès aussi. Là où les MPT de contrôle de l'utilisation ont des caractéristiques liées à la fois à l'accès et à l'utilisation, l'adoption d'une mesure de contrôle de l'utilisation soulèverait un bon nombre des mêmes questions que celles abordées précédemment dans le contexte des mesures générales et restreintes de contrôle de l'accès.

Une forme courante de technologie de contrôle de l'utilisation est un système de gestion des droits numériques ou SGDN. Comme nous l'avons vu, un SGDN comprend deux éléments: une base de données contenant l'information qui identifie le contenu d'une œuvre et ses titulaires de droits, ainsi qu'un accord de licence qui établit les modalités d'utilisation de l'œuvre sous-jacente<sup>109</sup>. Tel qu'il est indiqué dans notre première étude, un SGDN comprend souvent un logiciel de langage de droits numériques tel que XrML. Les technologies de contrôle de l'utilisation (par exemple, XrML) ont la capacité d'établir les modalités de délivrance de licences et la capacité technologique de contrôler les utilisations qui sont faites d'une œuvre bien au-delà des frontières du régime des droits d'auteur. Un SGDN peut présenter le problème le plus important en assurant le maintien d'un régime de droit d'auteur équilibré. Comme le notent Burk et Cohen:

Les industries du droit d'auteur ont également réussi à obtenir une protection juridique extrêmement vaste pour les systèmes de gestion des droits [...]. Le développement des systèmes de

108. En d'autres termes, la décision à savoir si l'œuvre est assujettie aux règles du droit d'auteur.

109. Voir D. GERVAIS, *supra*, note 60.

gestion des droits démontre avec puissance la capacité de la technologie de réguler le comportement [...]. Cependant, comme l'ont souligné Larry Lessig et Joel Reidenberg, les normes techniques relèvent du champ de contrôle du concepteur et lui confèrent donc le pouvoir de régir le comportement à l'égard de ce système [...]. La conception de jeux de règles technologiques, toutefois, n'est pas le seul apanage de l'État; en fait, elle est le plus souvent confiée aux parties privées. Dans le cas des systèmes de gestion des droits, les propriétaires de droits d'auteur déterminent les règles qui sont imbriquées dans les contrôles techniques. En mettant en œuvre des contraintes techniques sur l'accès à l'information numérique et l'utilisation de cette information, un propriétaire de droits d'auteur peut bien surpasser les règles édictées dans la législation sur la propriété intellectuelle [...]. Les incidences de ces développements sont désolantes: là où les contraintes technologiques se substituent aux contraintes juridiques, le contrôle exercé sur la conception des droits à l'égard de l'information se retrouve entre les mains des parties privées, qui peuvent ou non honorer les politiques publiques qui animent les principes d'accès public, notamment l'utilisation équitable.<sup>110</sup> [Traduction libre]

Les SGDN offrent aux titulaires de droits d'auteur de formidables façons de contrôler à la fois l'accès à leurs œuvres et l'utilisation de ces œuvres, même lorsque les utilisateurs seraient autorisés à accéder aux œuvres sans violer le droit d'auteur. Bien qu'il puisse être vrai que certains utilisateurs admissibles à accéder aux œuvres numérisées sont capables de contourner un SGDN, la vaste majorité des utilisateurs n'est pas portée à contourner pareilles MPT, ni ne possède les connaissances techniques pour le faire. Le pouvoir éventuel que les titulaires de droits d'auteur pourraient avoir est essentiellement sans précédent.

En outre, les mesures de contrôle de l'utilisation soulèvent un certain nombre de questions relatives à la vie privée<sup>111</sup>. Au Canada, comme c'est le cas ailleurs, une certaine copie privée est tolérée. Ce phénomène est grandement attribuable au fait que, dans une société libre et démocratique, nous ne souhaitons pas que le politique s'occupe de la surveillance générale des activités privées. À l'ère

110. BURK et COHEN, *supra*, note 82, p. 49 (notes de bas de pages omises).

111. L. BYGRAVE et K. KOELMAN, «Privacy, Data Protection and Copyright», dans B. HUGENHOLTZ (éd.), *Copyright and Electronic Commerce: Legal Aspects of Electronic Copyright Management* (La Haye: Kluwer Law International, 2000).



numérique, la préoccupation n'a pas autant trait à la police ou au gouvernement qui surveille l'activité privée qu'à l'industrie privée qui surveille l'activité au moyen de SGDN et d'autres technologies de contrôle de l'utilisation. Dans certains cas, les techniques de contrôle de l'utilisation font appel à des outils de surveillance ou de dépistage pour surveiller comment une œuvre est utilisée, de même que les renseignements personnels au sujet des personnes qui utilisent une œuvre. Une interdiction juridique du contournement des MPT de contrôle de l'utilisation a le potentiel de constituer une grave intrusion dans la vie privée des individus puisque l'interdiction rendrait illicite pour une personne le fait de choisir de désactiver les mécanismes servant au dépistage de l'usage des œuvres en vue de recueillir et de transmettre l'information au sujet des attributs personnels des utilisateurs de pareilles œuvres<sup>112</sup>.

Au même moment, les technologies d'amélioration de la vie privée peuvent être utilisées pour réduire ou éliminer la collecte de renseignements personnels<sup>113</sup>. Le recours aux technologies d'amélioration des données personnelles pour préserver la vie privée des utilisateurs pourrait dans certains cas être interprété comme un acte de contournement. Bien que toute catégorie de protection juridique offerte aux MPT doive être conciliée avec les intérêts privés, le besoin de conciliation serait amplifié dans le cas des mesures de contrôle de l'utilisation.

Les SGDN intègrent souvent des technologies de contrôle de l'utilisation dans leur infrastructure. Bon nombre d'autorités sont d'avis que les SGDN deviennent une norme dans l'industrie, si ce n'est déjà fait<sup>114</sup>. Les traités de l'OMPI contiennent des obligations

---

112. Il a été allégué que la Constitution américaine protège le droit à une lecture anonyme. Voir J. COHEN, «Right to Read Anonymously: A Closer Look at Copyright Management in Cyberspace», (1996) 28 *Conn. L. Rev.* 981. Pour un exposé général de l'anonymat en ligne dans le contexte canadien, voir I.R. KERR, «The Legal Relationship Between Online Service Providers and Users », (2001) 35 *Canadian Business Law Journal / Revue canadienne du droit de commerce*, p. 1 à 40.

113. L. BYGRAVE et K. KOELMAN, *supra*, note 111, p. 95.

114. Voir M. EINHORN, «Digital Rights Management and Access Protection: An Economic Analysis», Congrès ALAI 2001. Voir aussi J. KAESTNER, «Law and Technology Convergence: Intellectual Property Rights», en ligne (anglais seulement): [http://www.europa.eu.int/information\\_society/newsroom/documents/drm\\_workingdoc.pdf](http://www.europa.eu.int/information_society/newsroom/documents/drm_workingdoc.pdf) (date de consultation: 31 mars 2002). Il s'agit d'une étude préparée pour le compte de l'Union européenne. L'auteur y discute des nombreuses activités d'uniformisation en matière de protection du droit d'auteur. L'une de ces initiatives est le DOI (Digital Object Identifier ou identifi-



distinctes à l'égard des SGDN. L'article 12 du WCT<sup>115</sup> et l'article 19 du WPPT<sup>116</sup> traitent des obligations des États contractants dans le domaine de l'information sur la gestion des droits.

Le but de ces dispositions est d'interdire la suppression des données SGDN à partir des œuvres, ainsi que le traficage des œuvres où les données SGDN ont été supprimées ou altérées sans

---

cateur d'objet numérique), une démarche concertée entreprise par 40 maisons d'édition internationales, l'Association of American Publishers et l'Alliance of European Music Rights Societies, en vue de promouvoir un SGDN standardisé.

115. Art. 12 (WCT): 1) Les Parties contractantes doivent prévoir des sanctions juridiques appropriées et efficaces contre toute personne qui accomplit l'un des actes suivants en sachant, ou, pour ce qui relève des sanctions civiles, en ayant des raisons valables de penser que cet acte va entraîner, permettre, faciliter ou dissimuler une atteinte à un droit prévu par le présent traité ou la Convention de Berne: (i) supprimer ou modifier, sans y être habilitée, toute information relative au régime des droits se présentant sous forme électronique; (ii) distribuer, importer aux fins de distribution, radiodiffuser ou communiquer au public, sans y être habilitée, des œuvres ou des exemplaires d'œuvres en sachant que des informations relatives au régime des droits se présentant sous forme électronique ont été supprimées ou modifiées sans autorisation. 2) Dans le présent article, l'expression «information sur le régime des droits» s'entend des informations permettant d'identifier l'œuvre, l'auteur de l'œuvre, le titulaire de tout droit sur l'œuvre ou des informations sur les conditions et modalités d'utilisation de l'œuvre, et de tout numéro ou code représentant ces informations, lorsque l'un quelconque de ces éléments d'information est joint à l'exemplaire d'une œuvre ou apparaît en relation avec la communication d'une œuvre au public.
116. Art. 19 (WPPT): 1) Les Parties contractantes doivent prévoir des sanctions juridiques appropriées et efficaces contre toute personne qui accomplit l'un des actes suivants en sachant, ou, pour ce qui relève des sanctions civiles, en ayant des raisons valables de penser que cet acte va entraîner, permettre, faciliter ou dissimuler une atteinte à un droit prévu par le présent traité: (i) supprimer ou modifier, sans y être habilitée, toute information relative au régime des droits se présentant sous forme électronique; (ii) distribuer, importer aux fins de distribution, radiodiffuser, communiquer au public ou mettre à la disposition du public, sans y être habilitée, des interprétations ou exécutions, des copies d'interprétations ou exécutions fixées ou des exemplaires de phonogrammes en sachant que des informations relatives au régime des droits se présentant sous forme électronique ont été supprimées ou modifiées sans autorisation. 2) Dans le présent article, l'expression «information sur le régime des droits» s'entend des informations permettant d'identifier l'artiste interprète ou exécutant, l'interprétation ou exécution, le producteur du phonogramme, le phonogramme, le titulaire de tout droit sur l'interprétation ou exécution ou sur le phonogramme ou des informations sur les conditions et modalités d'utilisation de l'interprétation ou exécution ou du phonogramme, et de tout numéro ou code représentant ces informations, lorsque l'un quelconque de ces éléments d'information est joint à la copie d'une interprétation ou exécution fixée ou à l'exemplaire d'un phonogramme ou apparaît en relation avec la communication au public ou la mise à la disposition du public d'une interprétation ou exécution fixée ou d'un phonogramme.

autorisation. Lorsque les SGDN intègrent des MPT dans leur infrastructure, notamment un logiciel de langage des droits numériques, ils deviennent, en fait, une forme avancée de MPT<sup>117</sup>. Par conséquent, la protection juridique des technologies de contrôle de l'utilisation peut rendre les SGDN sujets à une protection redondante.

Il peut être souhaitable de restreindre la portée de la protection offerte aux SGDN peu importe le type de mesure anti-contournement adoptée. Cela pourrait se faire soit par une définition rigoureuse d'une MPT, une définition stricte d'un SGDN ou une combinaison des deux principes. Ces possibilités sont abordées dans notre première étude.

#### 6.4 Les mesures anti-dispositifs

Toutes les mesures juridiques discutées précédemment interdisent l'*acte de contournement* sous une forme ou une autre. Une mesure anti-dispositifs, d'une part, est une interdiction, habituellement de la fabrication, de la distribution et de la vente de dispositifs servant à contourner une MPT. Pareilles mesures sont promulguées comme des manières de fournir une dissuasion de plus haut niveau en matière de violation des droits d'auteur. S'apparentant à l'approche adoptée dans la soi-disant «guerre à la drogue» – qui se concentre sur les vendeurs et les distributeurs plutôt que les utilisateurs – l'interdiction de fabrication et de commerce de dispositifs servant à contourner les mécanismes technologiques part du principe que sanctionner les actes de contournement au cas par cas constitue une démarche coûteuse et peu efficace. Par conséquent, certains ont allégué que la seule façon efficace d'appliquer les mesures de lutte contre le contournement des MPT est l'interdiction des dispositifs de contournement mêmes.

Les adeptes d'une vaste interdiction touchant les dispositifs de contournement allégueraient que toute mesure inférieure à une interdiction absolue serait vide de sens. Certains ont suggéré des solutions de rechange plus modestes. Adoptant une approche plus étroite en matière d'interdiction, on pourrait interdire seulement la

---

117. K. KOELMAN et N. HELBERGER, *supra*, note 28, p. 169. Selon ces auteurs, «les MPT évoluées de la seconde catégorie [technologies de contrôle de l'utilisation] peuvent être qualifiées de «systèmes de gestion des droits d'auteur électroniques» (SGDAÉ) à part entière. Le sigle SGDAÉ renvoie habituellement à des mesures qui dépassent la simple prévention de l'accès ou de l'utilisation [...]. Un SGDAÉ fournirait toute l'infrastructure dont les titulaires de droits ont besoin pour accorder des licences d'exploitation directement aux utilisateurs des œuvres protégées». [Traduction libre]

mise en marché des dispositifs visant principalement la violation des droits d'auteur. Sinon, on pourrait permettre la vente de dispositifs à condition qu'une déclaration personnelle soit faite à l'effet que le dispositif de contournement est vendu à une fin autre que la violation du droit d'auteur. Les proposants d'une interdiction absolue ont critiqué cette dernière solution comme une mesure peu efficace et s'apparentant à un régime de bonne foi visant à prévenir la violation des droits numériques. Selon eux, on n'a pas besoin de regarder autre chose que le phénomène Napster<sup>118</sup> pour démontrer la futilité des approches selon un régime de confiance en matière de gestion du droit d'auteur. D'un autre côté, des cas comme celui de Napster illustrent une tendance croissante de la part du gouvernement et de notre appareil judiciaire à légiférer, à poursuivre et à résoudre les différends à l'encontre de la norme sociale<sup>119</sup>. Lorsqu'une norme sociale est dominante parmi le grand public, une législation ou une décision de la cour sera-t-elle jamais un moyen efficace de promouvoir le changement? Essentiellement, les instances législatives et les tribunaux sont confrontées à la difficile question à savoir comment elles souhaitent approcher les interdictions touchant les dispositifs de contournement. Souhaitent-elles s'en remettre au régime de bonne foi ou adopter la perspective populaire du vol courant et promulguer une législation restrictive?

Il y a plusieurs autres problèmes inhérents à une mesure anti-dispositifs. Tel qu'indiqué précédemment, puisque la majorité du public ne possède pas la capacité technique de déjouer une MPT, le droit de contourner une MPT en vertu d'une dérogation au principe d'utilisation équitable serait jugé vide. Un autre écueil, indiqué dans notre première étude, est que certains dispositifs sujets à l'interdiction auront également des fonctions légitimes et importantes qui n'ont rien à voir avec le contournement. Un stéthoscope peut être utilisé pour surveiller un cœur en crise ou pour ouvrir un coffre-fort. Les dispositifs logiciels peuvent également servir à des fins doubles ou multiples. Du point de vue des politiques, il est important de reconnaître que l'interdiction des dispositifs de contournement pourrait également décourager la libre circulation des capitaux destinés aux technologies innovatrices, brimant ainsi l'un des buts premiers de la législation sur le droit d'auteur, qui est de garantir et d'encourager l'innovation. Enfin, et c'est sans doute là

118. *A&M Records, Inc. c. Napster, Inc.*, *supra*, note 69.

119. Posner discute des écueils d'une loi habilitante qui va à l'encontre des pratiques sociales acceptées grâce à une analyse des motifs pour lesquels les gens respectent les règles fiscales. Voir E. POSNER, «Law and Social Norms: The Case of Tax Compliance», 86 *Va. L. Rev.* 1781.

le point le plus important de tous, une interdiction touchant la fabrication des dispositifs de contournement pourrait avoir des incidences dévastatrices sur la recherche-développement et sur la sécurité nationale. Interdire la fabrication de pareils dispositifs aurait certainement comme effet de freiner la recherche dans le domaine de la cryptographie et des autres sciences qui font la promotion de l'innovation. Cela viendrait également ralentir la recherche de diverses applications touchant la sécurité<sup>120</sup>.

### 6.5 Les recours efficaces

Le WCT et le WPPT ne précisent pas si la législation à mettre en œuvre doit inclure des sanctions civiles ou criminelles pour satisfaire à l'exigence des «recours efficaces». Tel que discuté précédemment, cela offre une marge de manœuvre considérable quant aux modalités de satisfaction des obligations de l'OMPI. Le Canada pourrait donc choisir de limiter ses sanctions aux recours civils similaires à ceux traditionnellement offerts aux plaideurs en matière de droits d'auteur, notamment les mesures de redressement par voie d'injonction<sup>121</sup>, les dommages-intérêts compensatoires<sup>122</sup>, les dommages-intérêts punitifs<sup>123</sup> ou les dommages-intérêts légaux<sup>124</sup>. Sinon, le Canada pourrait introduire des dispositions quasi criminelles à la *Loi sur le droit d'auteur* grâce à une mesure anti-contournement ou anti-dispositifs. Une autre option serait d'amender le *Code criminel* pertinent, faisant du contournement un crime informatique<sup>125</sup>. Toute combinaison des recours susmentionnés serait également une possibilité. Certaines possibilités sont plus indiquées comme mesures anti-contournement, tandis que d'autres prennent tout leur sens à titre de mesures anti-dispositifs.

120. Voir le bref *amicus curiae* à l'appui des requérants, *Universal c. Reimerdes* (26 janvier 2001), Openlaw, en ligne (anglais seulement): <http://eon.law.harvard.edu/openlaw/DVD/crypto-amicus.html/> (date de consultation: 16 avril 2002): «Les *amici curiae* (amis de la Cour) sont les cryptographes, les personnes dont le travail ou les loisirs comprennent de la recherche, de la conception, des analyses et des mises à l'essai de technologies de chiffrement. Ces amis sont préoccupés par le fait que l'article 1201 de la *Digital Millennium Copyright Act* («DMCA»), selon l'interprétation de la Cour de district [...], priverait les cryptographes du langage le plus efficace par lequel communiquer leur recherche et ses résultats, avec comme effet d'affaiblir les systèmes de sécurité et les protections technologiques des données pour le public» [Traduction libre].

121. Ayant pour but de stopper les actes constants de contournement.

122. Ayant pour but de restaurer les pertes subies par suite d'un acte de contournement/violation.

123. Ayant pour but de punir l'auteur du méfait dans un cadre civil.

124. Ayant pour but de dissuader les auteurs de méfaits de poser des actes prohibés sans égard ou en remplacement des dommages-intérêts réels.

125. L.R. 1985, c. C-46 (par exemple, par. 342.1 et 342.2).

L'une des principales difficultés conceptuelles dans l'élaboration d'un régime de recours efficaces est le fait que l'acte de contourner une MPT est habituellement distinct de l'acte d'enfreindre le droit d'auteur qu'elle vise à protéger<sup>126</sup>.

Dans le contexte des sanctions civiles, on voit mal ce que devrait être le recours approprié pour les contournements qui n'ont pas trait à la violation des droits d'auteur puisqu'il n'est pas clair si tous les dommages-intérêts seraient subis. Probablement, une forme quelconque de dommages-intérêts légaux serait par conséquent offerte. C'est difficile de préciser les objectifs qu'atteindrait pareille sanction autres que de servir de facteur de dissuasion spécifique ou général<sup>127</sup>. Puisque les dispositions pertinentes du WCT et du WPPT visent toutes à fournir des recours efficaces aux propriétaires de droits d'auteur dont les MPT ont été minées (du moins dans le contexte civil), on ne connaît pas avec exactitude dans quelle mesure les sanctions autres que les recours sont appropriées. Quoi qu'il en soit, un tel recours est un choix peu probable, la présente étude suggérant que des mesures anti-contournement ne peuvent être justifiées à moins d'être reliées à une violation du droit d'auteur. Lorsque le contournement a trait à pareille violation, un différent type de problème conceptuel se présente. Étant donné que la victime d'un contournement frauduleux est *déjà* admissible à des recours conformément à la législation sur le droit d'auteur et, dans bien des cas, en vertu de la législation relative aux contrats (par suite de la délivrance d'une licence), en quoi une sanction additionnelle est-elle nécessaire<sup>128</sup>?

Il a été suggéré que les sanctions soient axées sur le contournement commercial plutôt qu'individuel. C'est là une proposition utile, non seulement d'un point de vue économique mais également selon une perspective de réduction des risques de cas tels que *Sklyarov*, l'informaticien russe qui s'est retrouvé en prison aux États-Unis pendant près de cinq mois après avoir été accusé de traficage et

---

126. En mettant de côté, pour le moment, la question complexe (et en grande partie non pertinente) de savoir si le processus de contournement viole le droit d'auteur sur le code logiciel contenu dans la MPT contournée (par opposition à la violation du droit d'auteur sur le contenu que la MPT était censée protéger). Cette possibilité a été abordée antérieurement, dans le texte qui précède la note 78.

127. Compte tenu du fait que la plupart des actes réussis de contournement des MPT ne pourraient être accomplis par des non-initiés, les «contourneurs» seraient habituellement: i) des chercheurs et analystes en sécurité légitimes; ou ii) des pirates informatiques aux visées illicites.

128. À l'exception, peut-être, de plus amples redressements par injonction dans les cas d'actes continus de contournement.

d'offre au public d'un programme logiciel permettant de contourner les protections techniques sur des œuvres assujetties au droit d'auteur lorsqu'il est arrivé aux États-Unis pour présenter une communication sur le sujet à une conférence<sup>129</sup>.

Dans le contexte canadien, il serait de même possible d'introduire une disposition quasi criminelle. Une telle disposition pourrait ressembler à l'article 42 de la *Loi sur le droit d'auteur*<sup>130</sup>. Sinon, elle pourrait s'apparenter aux dispositions anti-contournement contenues dans les articles 9 et 10 de la *Loi sur la radiocommunication*<sup>131</sup>. Selon cette approche, le trafiquage non autorisé de dispositifs de contournement serait interprété comme une infraction criminelle. Ici aussi, comme point de politique, des poursuites pourraient être intentées au niveau commercial et non au niveau individuel pour l'utilisation de pareils dispositifs par des particuliers<sup>132</sup>.

Une disposition anti-contournement et anti-dispositifs pourrait également être promulguée par l'intermédiaire du *Code criminel* grâce à l'amendement des dispositions relatives aux crimes informatiques. Par exemple, un amendement pourrait être apporté à la disposition sur l'«utilisation non autorisée d'ordinateur»<sup>133</sup>, élargissant la portée de cette disposition depuis les notions de «service informatique» et de «système informatique» jusqu'à l'inclusion des actes de trafiquage des MPT. Dans le *Document de consultation sur les questions de droit d'auteur à l'ère numérique*<sup>134</sup>, il a été proposé que :

[d]ans le cas où il y a une motivation commerciale et où l'échelle de contrefaçon a des conséquences pour l'ensemble des sec-

129. Bien qu'on puisse alléguer que ce genre d'événement puisse survenir tout aussi facilement dans un contexte commercial puisque le comportement soi-disant illicite de Sklyarov s'est déroulé en cours d'emploi comme ce sera le cas de la plupart des chercheurs. Le cas de Sklyarov est abordé en détail dans la Partie 7.4 [non reproduite].

130. *Loi sur le droit d'auteur*, L.C. 1985, c. C-42, art. 42.

131. *Loi sur la radiocommunication*, L.C. 1985, c. R-2, telle qu'amendée. Le paragraphe 10b) fait du trafiquage d'équipement utilisé pour décoder, sans l'autorisation du distributeur légitime ou en contravention avec celui-ci, un signal d'abonnement ou une alimentation réseau une infraction criminelle. Les alinéas 9 b), c) et d) contiennent diverses interdictions relatives au décodage non autorisé. En outre, l'article 18 prévoit un recours civil.

132. C'est là la stratégie existante pour les poursuites courantes à l'égard des dispositifs de débrouillage des signaux de transmission par satellite et de télévision par câble, conformément à la *Loi sur la radiocommunication*, L.C. 1985, c. R-2, telle qu'amendée.

133. *Code criminel*, L.R. 1985, c. C-46, par. 342.1 et 342.2.

134. *Supra*, note 89.

teurs du droit d'auteur, des sanctions criminelles appropriées devraient être prévues.<sup>135</sup>

Bien qu'il puisse être souhaitable d'empêcher le contournement des MPT lorsqu'il y a d'importantes répercussions commerciales, quel serait un seuil approprié de «motivation commerciale» et de «conséquences pour l'ensemble des secteurs du droit d'auteur»? Il s'agit là d'énoncés vastes et flous qui pourraient ne pas survivre à un examen de leur constitutionnalité.

Les dispositions criminelles et quasi criminelles soulèvent un certain nombre d'autres préoccupations particulières. Par exemple, quel niveau de *mens rea* (c'est-à-dire d'intention criminelle) serait exigé? Le critère «sciemment» contenu à l'article 42 de la *Loi sur le droit d'auteur* semble être un point de départ approprié. Au fait, quels aspects doivent être connus? Dans le cas d'une disposition anti-contournement, la *mens rea* requise consiste-t-elle simplement en une exigence de connaissance, c'est-à-dire que X «contourne sciemment une MPT»? Ou s'agit-il d'une infraction intentionnelle spécifique, c'est-à-dire que X «contourne sciemment une MPT à une fin frauduleuse [...]»? De ces deux possibilités, il est suggéré de privilégier la seconde puisqu'elle lie le contournement à la violation du droit d'auteur et offre une défense claire pour les chercheurs et pour toute personne autorisée à obtenir l'accès à l'œuvre en vertu des exceptions à la législation sur le droit d'auteur.

Qu'en est-il d'une disposition anti-dispositifs? L'infraction pertinente est-elle la fabrication, le commerce, etc. d'un dispositif dont le but est de contourner une MPT? Ou est-ce plutôt la fabrication, le commerce, etc. d'un dispositif dont le but est de violer le droit d'auteur par le contournement d'une MPT? Le problème de la première approche est qu'elle n'est pas liée à la violation du droit d'auteur. Quant à la seconde approche, son écueil consiste au fait que les fabricants et distributeurs légitimes qui vendent les produits à un grand nombre de fins non frauduleuses pourraient être piégés par une pareille disposition si la MPT peut également être utilisée à des fins de manquement aux règles du droit d'auteur. Pis encore, les fabricants et distributeurs illégitimes pourraient ne pas être visés par pareille disposition s'ils peuvent démontrer que leurs produits peuvent être utilisés à des fins autres que la violation du droit d'auteur. Tel qu'il est mentionné précédemment, un stéthoscope peut être utilisé pour surveiller un cœur en crise ou pour ouvrir un

---

135. *Ibid.*



coffre-fort. Des dispositifs logiciels peuvent également servir à des fins doubles ou multiples.

Si l'objet d'une disposition criminelle est de dissuader les membres de la société d'enfreindre le droit d'auteur, une interdiction criminelle contre le contournement ou le trafiquage de dispositifs de contournement atteindrait-elle ce but? Lorsqu'on pense à la récente controverse entourant Napster et à la prolifération constante des coffrets satellites, la simple suggestion de s'en remettre à la notion d'infractions criminelles pour dissuader des actes qu'un si grand nombre de membres de la société ne jugent pas fautifs au point de départ soulève des difficultés, y compris une diminution du respect public à l'égard du droit et une augmentation réelle du taux de transgression de la loi.

Une autre considération est l'incidence que pourraient avoir les sanctions criminelles sur le développement de la technologie innovatrice. Le stigmatisme éventuel d'une accusation criminelle peut contribuer à décourager la libre circulation de capitaux à partir d'une technologie innovatrice et pourrait dissuader des formes nouvelles et importantes de programmations informatiques, telles que le développement d'un logiciel à source ouverte<sup>136</sup>. Cela pourrait également empêcher des chercheurs de haut calibre de venir au Canada.

Tous les aspects mentionnés précédemment laissent entendre que les sanctions criminelles devraient être évitées. Bien qu'elles puissent avoir l'effet salutaire d'exiger une preuve plus onéreuse d'une intention d'enfreindre les règles du droit d'auteur et qu'elles devraient donc mener à moins d'actions en justice, de pareilles dispositions sont sujettes à un usage abusif, contribuant souvent à refroidir diverses formes importantes de participation sociale.

### **6.6 *Le sommaire des méthodes de mise en œuvre des traités de l'OMPI***

En somme, la conformité aux traités de l'OMPI pourrait s'accomplir par une interdiction de l'acte de contournement, par une interdiction de trafiquer les dispositifs de contournement ou par les

---

136. Souvent, on contourne, analyse et modifie les logiciels afin de les rendre compatibles et opérables avec différents systèmes d'exploitation tels que Linux. De pareils actes sont couramment permisibles en vertu de la *Loi sur le droit d'auteur*.



deux mesures combinées. La Proposition de base invitait à une interdiction sur le traficage des dispositions à validation du contournement<sup>137</sup>. Par opposition, l'article 11 du WCT exige simplement qu'un État contractant fournisse une «protection juridique appropriée» aux MPT contre tout acte de contournement. La protection juridique appropriée pourrait fort bien consister en une promulgation de l'une ou l'autre des interdictions susmentionnées ou d'une combinaison des deux. Évidemment, il est également possible que les protections prévues en vertu des couches existantes de protection juridique fournissent déjà une «protection juridique appropriée».

Sinon, d'autres types de réforme législative pourraient être amorcés grâce à un remaniement judiciaire des dispositions civiles, criminelles ou quasi criminelles existantes.

Les stratégies devraient conserver à l'esprit que, peu importe les mesures retenues, ils doivent être conscients des écarts possibles entre ce que pareilles mesures de politiques cherchent à atteindre et ce qu'elles atteignent *en réalité*\*\*.

## 7. Conclusions

Les stratégies canadiens devraient-ils choisir de laisser les MPT s'épanouir ou s'affaïsser d'elles-mêmes? Ou devraient-ils conférer une certaine forme particulière de protection juridique supplémentaire pour l'utilisation légitime des MPT, en s'inspirant des dispositions pertinentes du WCT et du WPPT? La première option risque de permettre en masse la violation des œuvres numériques et menace donc l'existence même des principales industries culturelles telles que l'édition de livres et de musique, la production de disques, les logiciels informatiques, la réalisation cinématographique, les médias, les sports et le divertissement. Le second choix, par contre, risque de fausser le fragile équilibre en matière de droits d'auteur, d'interférer avec la vie privée des gens, de refroidir la libre expression, d'étouffer la recherche scientifique d'importance, de rétrécir le domaine public, de miner la capacité du public d'accéder à l'information et, même, de compromettre la sécurité nationale.

137. Voir DE WERRA, *supra*, note 29, p. 13. Référence originale tirée de S. DUSOLLIERS, «Electrifying the Fence: The Legal Protection of Technological Protection Measures for Protecting Copyright», (1999) 21 *Eur. Int. Prop. R.* 285.

\*\* Note de la rédaction: La partie 7 dans le tapuscrit des auteurs s'intitulait «Interventions législatives dans d'autres juridictions»: pour intéressante qu'elle soit, elle n'a pas été reproduite pour des raisons d'espace disponible.

Compte tenu des graves répercussions d'un choix ou de l'autre, il est suggéré que les stratèges canadiens soient guidés non par la spéculation mais par les faits connus.

À l'heure actuelle, il existe une pénurie de données empiriques indiquant un net besoin d'adopter des mesures juridiques. La majeure partie de la documentation existante met plutôt l'accent sur l'avènement récent des SGDN et sur leur promesse de sécuriser le contrôle exercé par les propriétaires de droits d'auteur sur les œuvres numérisées. Les SGDN à MPT activés offrent actuellement aux propriétaires de droits d'auteur trois couches de protection: i) les MPT; ii) les règles du droit d'auteur; et iii) la législation relative aux contrats.

Une autre source existante de données empiriques est l'application judiciaire et son sillage de lois habilitantes américaines. Comme nous l'avons vu, l'application de la *DMCA* fournit un avertissement suffisant des éventuels effets des mesures anti-contournement et démontre que la mise en œuvre de politiques similaires doit être envisagée avec énormément de prudence. L'application de la *DMCA* révèle également la tension entre ce qui est souhaitable en principe et réalisable en pratique. Comme l'a résumé Lipton:

Il est important que ceux qui participent à des débats au sujet de l'équilibre approprié des droits à l'ère numérique n'oublient pas le besoin de trouver un juste équilibre entre la paternité de la propriété intellectuelle et la nécessité d'un débat libre et d'une expression libre dans une société démocratique. Cependant, il est tout aussi important que les impératifs d'ordre pratique ne s'effacent pas dans l'oubli. Il est futile de résoudre les enjeux politiques pour se rendre compte en bout de ligne que la législation efficace est impossible dans la pratique. Ce serait un résultat regrettable et quelque peu paradoxal si la nouvelle législation sur le droit d'auteur avait comme effet d'empêcher l'accès aux œuvres protégées et autres documents par ceux qui ont légalement le droit de les utiliser, mais n'ont pas les compétences techniques pour y accéder, tout en omettant d'empêcher ou de redresser efficacement les activités de ceux qui n'ont aucun droit légal sur le matériel en question mais qui ont les compétences techniques nécessaires pour y obtenir accès.<sup>138</sup> [Traduction libre]

138. J. Lipton, «Copyright in the Digital Age: A comparative Survey», 27 *Rutgers Computer & Tech. L.J.* 333, p. 368 et 369.

Jusqu'à ce que le marché du contenu numérique et les normes entourant l'utilisation et le contournement des MPT (et leurs incidences sur ce marché) deviennent mieux connus, il est simplement trop tôt pour tenter de préciser avec certitude ce que devrait être une intervention juridique appropriée *d'ordre pratique*. Tel qu'indiqué à plusieurs reprises tout au long de la présente étude, prendre des décisions de politiques sans pareilles connaissances pourrait gravement nuire à l'intérêt public. Par conséquent, cette étude suggère que le Canada ne devrait mettre en œuvre aucune nouvelle mesure juridique pour protéger les MPT à ce moment-ci. Pour l'instant, nous ne sommes absolument pas convaincus qu'une nouvelle législation visant à protéger l'utilisation légitime des MPT est nécessaire pour satisfaire aux exigences en matière de MPT énoncées dans le WCT et le WPPT<sup>139</sup>.

S'il devait survenir un temps où il est évident qu'une pareille législation est indiquée, plusieurs options pourraient être envisagées. Une option serait de créer un régime législatif qui soit conforme avec la politique du droit d'auteur nationale du Canada sans égard aux exigences stipulées dans le WCT et le WPPT. Cela aurait évidemment comme effet de priver le Canada de l'avantage d'une application réciproque d'un certain nombre de domaines régis par ces traités. En outre, un certain nombre de partenaires commerciaux du Canada pourraient être en rogne contre le Canada et chercher à appliquer une forme quelconque de représailles en matière de commerce.

Une seconde option serait d'adopter une approche de politiques visant à créer aussi peu de changements juridiques que possible pour atteindre le seuil de «protection juridique appropriée» conformément aux traités de l'OMPI. Selon cette approche, les mesures adoptées au Canada intégreraient tout un train d'exceptions en vue de maintenir l'équilibre promu par la législation canadienne sur le droit d'auteur

---

139. Si nous vous offrons la suggestion susmentionnée, c'est en étant pleinement conscients du fait qu'il y a peut-être un certain nombre d'arguments politiques convaincants en faveur de la mise en œuvre de la législation conforme à l'OMPI du genre qui ne convient pas à une analyse dans le cadre de la présente étude. Pour ne mentionner que deux exemples, peut-être les décideurs seront contraints de mesurer le préjudice éventuel à l'intérêt public énoncé dans la présente étude par opposition à d'autres torts éventuels pouvant se faire sentir si le Canada perturbe un certain nombre de ses partenaires commerciaux habituels en refusant de promulguer une nouvelle législation. Ou encore, peut-être, les décideurs voudront mesurer l'effet de la promulgation d'une législation quelconque à conformité minimale maintenant plutôt que de succomber à une pression politique d'adopter une législation comme la *DMCA* éventuellement.

avant la réforme du droit d'auteur à l'ère numérique. Dans la mesure du possible, ces mesures seraient élaborées de manière à protéger les valeurs de la libre expression, à préserver la vie privée et à maintenir un vigoureux domaine public. Si le Canada devait emprunter ce parcours, de plus amples études seraient utiles afin de déterminer le niveau minimal de protection juridique permettant de se conformer aux dispositions du WCT et du WPPT.

Une troisième option serait pour le Canada de suivre la direction d'autres pays de l'OMC et de retenir une ferme protection juridique des MPT. Si le Canada emprunte cette avenue, la présente étude révèle que les détails de pareil régime *devraient* être énoncés à la lumière des problèmes pratiques identifiés ici par rapport à d'autres régimes nationaux de cette nature. En particulier, jusqu'à ce que les MPT soient capables de distinguer entre les utilisations d'œuvres numérisées frauduleuses et non frauduleuses<sup>140</sup>, les mesures qui seront éventuellement adoptées doivent s'efforcer le plus possible de *ne pas* introduire un droit de contrôle de l'accès. Un pareil droit a le potentiel de miner les fondements philosophiques de la législation et de la politique sur le droit d'auteur. Dans la mesure où la création *sui generis* de pareil droit est une conséquence indirecte et inévitable des mesures adoptées, les mesures qui seront finalement adoptées devront absolument intégrer un vigoureux éventail d'exceptions visant à rétablir l'équilibre promu à l'origine par la législation canadienne sur le droit d'auteur.

Les règles du droit d'auteur au Canada contiennent actuellement une exception pour l'utilisation équitable lorsqu'une œuvre est utilisée pour fins d'étude privée, de recherche, de compte rendu, de critique ou de communication des nouvelles et lorsque les modalités d'utilisation sont équitables<sup>141</sup>. Une liste plutôt longue d'autres exceptions explicites au droit d'auteur existe au Canada afin de protéger l'accès des établissements d'enseignement<sup>142</sup>, des bibliothèques, musées et services d'archives<sup>143</sup>, et l'accès des individus en

140. Comme le suggérait récemment David Nimmer à la Duke Law Conference on the Public Domain, en ligne (anglais seulement) <http://law.duke.edu/pd/rcalcust.htm> (date de consultation: 18 avril 2002), le jour où le logiciel sera suffisamment apte à établir pareille distinction pourrait être bien lointain, surtout depuis que les cours d'appel ne sont pas encore assez évolués pour s'en occuper de manière cohérente et uniforme.

141. *Loi sur le droit d'auteur*, L.C. 1985, c. C-42, par. 29, 29.1 et 29.2, tels qu'amendés.

142. *Loi sur le droit d'auteur*, L.C. 1985, c. C-42, par. 29.3, 29.4, 29.5, 29.6, 29.7, 29.8, 29.9 et 30, tels qu'amendés.

143. *Loi sur le droit d'auteur*, L.C. 1985, c. C-42, par. 30.1, 30.2, 30.21, 30.3, 30.4 et 30.5, tels qu'amendés.

vertu de la *Loi sur le droit d'auteur*, L.C. 1985, c. C-42, aux programmes d'ordinateur<sup>144</sup>, aux incorporations incidentes<sup>145</sup>, aux enregistrements éphémères<sup>146</sup>, et aux enregistrements sonores<sup>147</sup>. Tel qu'il est indiqué dans la présente étude, il est absolument crucial de noter que *l'exercice de toute exception énumérée précédemment repose sur la capacité d'obtenir l'accès à l'œuvre en question*. Par conséquent, dans la mesure où la création *sui generis* d'un droit de contrôle de l'accès est une conséquence indirecte et inévitable des mesures adoptées, cette étude révèle que de pareilles mesures juridiques doivent inclure une obligation positive de la part du titulaire de droits d'auteur de s'assurer que les moyens de rechange pour obtenir l'accès à une œuvre demeurent disponibles – une «obligation de copie» [Traduction libre] comme l'a appelée Lessig<sup>148</sup>. En d'autres termes, tout droit de contrôle de l'accès nouvellement introduit doit être compensé par un droit d'accès à une œuvre nouvellement introduit<sup>149</sup>. Selon cette approche, les propriétaires de droits d'auteur auraient une obligation positive de fournir un accès à une œuvre lorsque les personnes ou institutions tombent sous le coup d'une exception ou d'une limitation énoncée dans la *Loi sur le droit d'auteur*. Une pareille obligation pourrait comprendre l'obligation positive de permettre l'accès aux œuvres du domaine public, ou de fournir un accès inconditionnel aux œuvres aux établissements d'enseignement et autres organismes actuellement exemptés d'un certain nombre de dispositions prévues à la *Loi sur le droit d'auteur*<sup>150</sup>.

La suggestion susmentionnée n'est pas simplement un caprice passager d'universitaires chimériques. Reposant sur le droit constitutionnel canadien, cette suggestion bénéficie déjà de l'appui en principe de la Cour suprême du Canada, comme l'illustre le passage suivant de l'arrêt *Haig c. Canada*<sup>151</sup>:

- 
144. *Loi sur le droit d'auteur*, L.C. 1985, c. C-42, par. 30.6, tel qu'amendé.  
145. *Loi sur le droit d'auteur*, L.C. 1985, c. C-42, par. 30.7, tel qu'amendé.  
146. *Loi sur le droit d'auteur*, L.C. 1985, c. C-42, par. 30.8 et 30.9, tels qu'amendés.  
147. *Loi sur le droit d'auteur*, L.C. 1985, c. C-42, par. 80 et 81, tels qu'amendés.  
148. L. LESSIG, *supra*, note 56, p. 127. Voir aussi KOELMAN, *supra*, note 8.  
149. Un exemple de pareille mesure est la création d'un droit de prêt numérique qui pourrait servir à assurer une utilisation équitable. Voir J. FOLEY, «Comment: Enter the Library: Creating a Digital Lending Right», 16 *Conn. J. Int'l J.* 369.  
150. L.C. 1985, c. C-42, par. 29 et 30, tels qu'amendés. Dans une variante de cette approche, une tierce partie fiable, qui détient une copie de l'œuvre numérique sous condition, pourrait être chargée de régler les différends en matière d'accès: BURK et COHEN, *supra*, note 82, p. 63.  
151. *Haig c. Canada*, [1993] 2 R.C.S. 995.

[...] il pourrait se présenter une situation dans laquelle il ne suffirait pas d'adopter une attitude de réserve pour donner un sens à une liberté fondamentale, auquel cas une mesure gouvernementale positive s'imposerait peut-être. Celle-ci pourrait, par exemple, revêtir la forme d'une intervention législative destinée à empêcher la manifestation de certaines conditions ayant pour effet de museler l'expression, ou à assurer l'accès du public à certains types de renseignements.<sup>152</sup>

Une application du principe *Haig* au phénomène des MPT soulève une question intéressante. L'omission de fournir une *obligation de copie* (c'est-à-dire l'omission d'assurer un accès public à certains types de renseignements) peut-elle entraîner une poursuite gouvernementale de mandatement des tribunaux pour préserver la libre expression ou assurer autrement l'accès à une œuvre? Peut-être que, à l'ère numérique, le public a besoin d'être protégé par un droit légiféré d'accès à l'information numérisée<sup>153</sup>. Pareille réflexion fournit une réponse raisonnable aux critiques qui justifient les mesures de contrôle de l'accès selon le principe que les règles du droit d'auteur «n'ont ni astreint les propriétaires de droits d'auteur à effectuer une divulgation générale de leurs œuvres, ni obligé traditionnellement les titulaires de droits à rendre leurs œuvres, une fois divulguées, disponibles d'une manière qui faciliterait soit l'accès ou la copie, même à des fins d'utilisation équitable»<sup>154</sup>.

La présente étude serait incomplète (voire totalement insouciante) si elle concluait sans – à tout le moins – mentionner une erreur possible dans l'approche que le processus de consultation du Canada en matière de droits d'auteur a adoptée à l'égard des MPT. En particulier, il vaut la peine de noter la manière dont la question des MPT continue d'être balisée. Prenez l'exemple suivant, tiré du *Document de consultation sur les questions de droit d'auteur à l'ère numérique*:

La question qui se pose est de savoir si, et dans quelles circonstances, la législation sur le droit d'auteur devrait prévoir des sanctions contre les personnes qui s'adonnent à des activités visant à contourner ces mesures de protection.<sup>155</sup>

152. *Ibid.*, p. 1039.

153. J.E. COHEN, «Intellectual Privacy and Censorship on the Internet», 8 *S.H.C. L.J.* 693, pp. 700 et 701.

154. J. GINSBURG, «Copyright Control over new Technologies of Dissemination», 101 *Columb. L. Rev.* 1613, p. 1635.

155. Ministère du Patrimoine canadien, *supra*, note 89. Partie 4.2 du Document de consultation.

Au moment d'aborder la question susmentionnée, il est sans doute utile de se rappeler qu'il y a d'autres questions qui *précèdent logiquement* celle-ci. Avant de demander si, et dans quelles circonstances, la législation sur le droit d'auteur devrait protéger les MPT, il est nécessaire de se demander auparavant *si, et dans quelles circonstances, les MPT devraient être autorisées à s'épanouir*<sup>156</sup>. Tel qu'il est indiqué tout au long de la présente étude, on s'avance sur un terrain quasi nouveau. Néanmoins, compte tenu du corpus grandissant de documentation critique des logiciels brevetés et des architectures de contrôle mentionnés et abordés tout au long de cette étude, il est à tout le moins possible que l'accent récent sur la protection juridique des MPT soit mal instruit. Il pourrait bien s'avérer que c'est le grand public (et non les groupes d'intérêts privés) qui exigera la protection juridique. Tel qu'il est suggéré ci-dessus, la protection juridique peut devenir nécessaire pour assurer que le public obtienne un accès raisonnable aux documents qui pourraient autrement ne pas leur être accessibles en raison d'un contrat ou de restrictions imbriquées dans les MPT. Les premières architectures Internet régissant la libre expression permettaient certainement aux utilisateurs de contenu numérique de contrecarrer l'application du droit d'auteur avec une facilité relative, et c'est exactement cela qui a motivé bon nombre d'intéressés à voir la protection juridique des MPT comme nécessaire. Cependant, il est extrêmement important de reconnaître que ces architectures primitives contiennent d'évoluer<sup>157</sup>. À mesure que les MPT et les SGDN s'imposent en ligne, non seulement la protection juridique des MPT pourrait rapidement devenir inutile, mais on pourrait même constater que ce qui est nécessaire c'est une protection juridique *contre* les MPT. Comme le souligne Hugenholtz:

Selon une perspective pessimiste de l'avenir, Internet perdra graduellement une bonne part de son caractère ouvert. Les produits et services d'information encodés imposeront automatiquement leurs propres conditions d'utilisation prépro-

---

156. Fait intéressant à souligner, même si la question de consultation était, à nouveau, énoncée selon les termes «si, et dans quelles circonstances, la législation sur le droit d'auteur devrait protéger les MPT», la question préliminaire *sous-entendue*, à savoir «si, et dans quelles circonstances, les MPT devraient être autorisées à s'épanouir», a été soulevée à maintes reprises, et elle a reçu le plus d'attention de la part des participants à la consultation tenue à Ottawa le 11 avril 2002.

157. Lessig a rappelé l'erreur de présumer qu'Internet comporte une essence fixe qu'il a baptisée «the IS-ism» (que l'on pourrait rendre par «le SI-isme»). Voir *Code and other Laws of Cyberspace, supra*, note 56, p. 24 à 29.



grammées. Le code régira Internet suivant une logique inébranlable. Selon un scénario de la pire éventualité, seul un nouveau corpus de règles de droit sur l'information publique, pouvant garantir un droit d'accès à l'information «importante», pourra protéger le domaine public.<sup>158</sup> [Traduction libre]

Les remarques susmentionnées ne cherchent nullement à suggérer que la protection juridique ne devrait *jamais* être accordée aux MPT, ni que le public devrait *dorénavant* être protégé légalement contre les MPT. Plutôt, elles visent à souligner le fait que les stratégies pourraient être tentées d'avancer trop rapidement et de chercher à résoudre des questions qui ne sont pas encore pleinement éclairées ou comprises. Les stratégies ne devraient pas procéder à l'adoption d'une nouvelle législation dans ce domaine sans une étude plus approfondie des préoccupations exprimées dans le présent document. Tel qu'énoncé précédemment, jusqu'à ce que le marché du contenu numérique et les normes entourant l'utilisation et le contournement des MPT (et leurs incidences sur ce marché) deviennent mieux connus, il est simplement trop tôt pour tenter de préciser une intervention juridique appropriée *d'ordre pratique*. Compte tenu de cette réalité sur le plan pratique, ainsi que d'importantes incidences sur le plan des politiques, qui résultent d'une décision de mettre en œuvre une législation nouvelle, conforme aux traités de l'OMPI, il est réitéré que le Canada devrait s'abstenir d'offrir une protection juridique aux MPT à ce moment-ci.

Comme dernière remarque, au moment d'examiner ces enjeux, il est utile de se rappeler l'un des grands principes du commerce électronique et du droit du cyberspace: *la doctrine de la neutralité technologique*. Essentiellement, ce principe:

renvoie aux tests ou lignes directrices statutaires qui ne dépendent pas d'un progrès ou d'une évolution technologique spécifique, mais plutôt des principes de base qui peuvent être adaptés aux technologies évolutives. Puisque le changement technologique est constant, des normes créées en prévision de technologies spécifiques se retrouveront fort probablement périmées à mesure qu'évoluera la technologie [notes de bas de pages omises].<sup>159</sup> [Traduction libre]

158. HUGENHOLTZ, *supra*, note 5, p. 89 et 90.

159. M. GEIST, «Is There A There There? Towards Greater Certainty for Internet Jurisdiction», (2001) 16:3 *Berkeley Tech L. J.* 1345, p. 1360, en ligne (anglais seulement): [http://boalt363-1.law.berkeley.edu/journals/btlj/articles/16\\_3/geist/geist.pdf/](http://boalt363-1.law.berkeley.edu/journals/btlj/articles/16_3/geist/geist.pdf/) (date de consultation: 14 avril 2002); voir aussi G. HERRMANN,



Par conséquent, la poursuite de la neutralité technologique comme objectif de politique nous informe que nous devrions orienter nos lois non pas selon la saveur technologique du mois mais bien suivant de solides décisions juridiques au sujet des fonctions sous-jacentes que les diverses technologies pertinentes tentent de concrétiser.

Même si les stratégies dans le domaine du droit des technologies ont généralement plutôt réussi en s'en remettant à cette doctrine à ce jour<sup>160</sup>, il est révélateur d'envisager les motifs pour lesquels la doctrine n'est pas entièrement applicable aux questions actuellement à l'étude. Bien que les dispositions anti-contournement et anti-dispositifs, si elles sont adoptées, puissent et doivent être rédigées de manière à ne pas viser des technologies spécifiques<sup>161</sup>, *la simple motivation en faveur ou au détriment de l'adoption d'une législation anti-contournement est dans une certaine mesure technologiquement dépendante plutôt que technologiquement neutre.*

Dans les cas où la neutralité technologique est applicable, la validité de la législation en question ne dépend pas de l'existence des technologies qu'elle régit. Nettement et sans l'ombre d'un doute, ce n'est pas là le cas de la législation pouvant être mise en œuvre pour protéger les MPT. Dans le cas des MPT, si les technologies adoptées par le grand public changent, alors le bien-fondé d'adopter ou de ne pas adopter une législation de la sorte pourrait également changer. Par conséquent, il est impossible pour la législation anti-contournement et anti-dispositifs d'invoquer complètement le principe de la neutralité technologique au sens pur, puisque la simple motivation en faveur de la mise en œuvre d'une loi sur les MPT relève d'un point de vue qui n'est pas technologiquement neutre mais exactement le contraire<sup>162</sup>.

---

secrétaire, Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI), Travaux des organisations internationales (16 septembre 1999), OMPI, en ligne (anglais seulement): <http://ecommerce.wipo.int/meetings/1999/papers/pdf/herrmann.pdf/> (date de consultation: 14 avril 2002).

160. Voir, *p. ex.*, *Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique et Guide pour son incorporation 1996*, en ligne (français): <http://www.uncitral.org/fr-index.htm> (date de consultation: 14 avril 2002) et son équivalence canadienne, la *Loi uniforme sur le commerce électronique*, en ligne (français): <http://www.law.ualberta.ca/alri/ulc/current/fueca.htm> (date de consultation: 14 avril 2002).

161. En d'autres termes, ces dispositions ne devraient pas être conçues pour s'appliquer uniquement à des types de dispositifs particuliers tels que le SBC ou l'IMNS.

162. Pour une excellente étude complète de l'impossibilité d'atteindre la neutralité technologique dans le contexte de la réforme de la législation sur le droit d'auteur, voir Y. GENDREAU, «A Technologically Neutral Solution for the Internet: Is It Wishful Thinking?», dans P. TORREMANS et I. STAMATOUDI (éd.), *Copyright in the New Digital Environment: The Need to Redesign Copy-*

Cela illustre le défi particulier que doivent relever ceux qui sont contraints de mettre en œuvre une législation sur les MPT conformément aux traités de l'OMPI, lesquels doivent tailler dans la pierre des règles entourant des technologies qui ne sont pas encore gravés dans le silicium. Par comparaison de pareils défis sont plus facilement relevés dans d'autres domaines législatifs qui sont moins technologiquement dépendants et comportent moins de valeurs, par exemple l'élaboration de contrats en ligne. Bien que les technologies reposant sur des agents intelligents soulèvent un certain nombre de questions intéressantes qui exigent une clarification des règles touchant l'élaboration de contrats dans un contexte en ligne<sup>163</sup>, l'état d'évolution et les caractéristiques particulières de toute technologie donnée à base d'agents ne dictent pas les objectifs de politiques. Dans le cas de la passation de marchés en ligne, l'objectif de la réforme législative est plutôt simple; notamment, choisir un jeu cohérent de règles offrant de la clarté et favorisant une certitude en affaires. Une énorme distinction entre la passation de marchés en ligne et la réforme du droit d'auteur à l'ère numérique est que, dans le cas de la passation de marchés en ligne, les créateurs des technologies d'automatisation pertinentes et les entreprises qui les utilisent sont tout à fait indifférents à l'essence même des règles adoptées, tant et aussi longtemps que les règles mises en œuvre permettent d'atteindre l'objectif de politique, *qui est en soi aussi neutre qu'entre les créateurs et les utilisateurs* des technologies pertinentes.

Les questions soulevées dans le domaine du droit d'auteur à l'ère numérique sont pleines de défis précisément du fait que les *objectifs de politiques* sous-jacents à la protection juridique des MPT *ne sont pas neutres sur le plan des valeurs*. De même, – et ce point passe beaucoup trop souvent sous silence –, *les mesures technologiques* utilisées par les propriétaires de droits d'auteur dans les systèmes de gestion des droits numériques ou SGDN *ne sont pas d'eux-mêmes neutres sur le plan des valeurs*. Comme l'indique de manière si éloquente Postman:

---

right, (Londres: Sweet & Maxwell, 2000), p. 1 à 16; et dans Formation permanente du Barreau du Québec (éd.), *Développements récents en droit du divertissement* (Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2000), p. 17 à 35.

163. I.R. KERR, «Spirits in the Material World: Intelligent Agents as Intermediaries in Electronic Commerce», (1999) 22 *Dalhousie L.J.* 189-249; I.R. KERR, «Providing for the Use of Electronic Devices in the *Uniform Electronic Commerce Act*», dans *Annual Proceedings of the Uniform Law Conference of Canada* (Ottawa, 2000), en ligne (anglais seulement): <http://www.law.ualberta.ca/alri/ulc/current/ekerr.htm> (date de consultation: 14 avril 2002); I.R. KERR, «Ensuring the Success of Contract Formation in Agent-Mediated Electronic Commerce», (2001) 1 *Electronic Commerce Research Journal* 183, p. 183 à 202.

Chaque technologie contient une idée puissante, et parfois même deux ou trois idées puissantes. Tout comme le langage, une technologie nous prédispose à favoriser et à valoriser certaines perspectives et réalisations et à en subjuguier d'autres. Toute technologie comporte une philosophie, qui s'exprime dans la manière dont la technologie amène les gens à utiliser leur cerveau, dans la façon dont elle codifie le monde, dans lequel de nos sens elle s'amplifie, dans laquelle de nos tendances émotionnelles et intellectuelles elle ne tient pas compte.<sup>164</sup> [Traduction libre]

Comme le dit l'adage, «les cas d'exception font de mauvais précédents»<sup>165</sup> [Traduction libre]. De toute évidence, nous pourrions en dire de même des choix quant aux politiques rigoureuses. Dans le domaine de la réforme des droits d'auteur à l'ère numérique, lorsque les stratèges sont invités à mettre en œuvre des mesures qui ne sont neutres ni sur le plan des technologies ni sur le plan des valeurs, il est difficile (voire impossible) de satisfaire tous les intéressés, et ce, tout le temps. Comme le laisse entendre la présente étude, la meilleure stratégie de maintien de l'équilibre en matière de règles du droit d'auteur, c'est d'adopter une approche qui préserve le mieux le *statu quo* jusqu'au moment où les normes culturelles entourant l'utilisation de ces technologies fournissent une indication claire du bien-fondé d'une réforme, dans un sens ou dans l'autre.

- 
164. N. POSTMAN, *The End of Education: Redefining the Value of School* (New York: Alfred A. Knopf, 1996), p. 192 et 193. Ou, comme l'a affirmé Jerry Mander, «[L]es Américains n'ont pas saisi le fait que bon nombre des technologies déterminent leur propre usage, leurs propres effets, et même le type de personnes qui les contrôlent. Nous n'avons pas encore appris à voir que la technologie comporte une idéologie aménagée à même sa forme» [Traduction libre] [Four Arguments For The Elimination of Television (New York: William Morrow, 1978), p. 350].
165. J. HOLMES, *Northern Securities Company v. United States*, 193 U.S. 197 [1904], p. 400 et 401.