

*Vol. 22, n° 1*

## **Vers une nouvelle Loi sur le droit d'auteur**

**Anthony Hémond\***

INTRODUCTION . . . . .	3
1. Histoire du droit d'auteur au Canada . . . . .	3
2. L'équilibre dans la <i>Loi sur le droit d'auteur</i> . . . . .	7
2.1 Accords internationaux . . . . .	8
3. NOUVEAUX DROITS ACCORDÉS PAR LES TRAITÉS INTERNATIONAUX . . . . .	10
3.1 Droit de mise à disposition . . . . .	10
3.2 Droit de distribution . . . . .	14
4. L'AVÈNEMENT DE NOUVELLES SOLUTIONS . . . . .	16
4.1 L'économie du droit d'auteur . . . . .	17
4.2 Riposte graduée . . . . .	18
4.3 Modèles à suivre . . . . .	28

---

© Anthony Hémond, 2010.

\* Avocat, analyste Télécommunications, Radiodiffusion, Inforoute, Vie privée à l'Union des consommateurs. L'auteur souhaite remercier Me Marcel Boucher pour son apport inestimable à l'écriture de cet article.

4.4	Schématisation du fonctionnement des applications « Peer-to-peer » à la lumière du droit des auteurs . . .	31
5.	EXTENSION DE LA PARTIE VIII SUR LE DROIT D'AUTEUR . . . . .	32
5.1	Droit de communication au public . . . . .	33
6.	DOMMAGES STATUTAIRES . . . . .	37
7.	MESURES TECHNIQUES DE PROTECTION . . . . .	37
	CONCLUSION . . . . .	40

## INTRODUCTION

Suite aux précédentes tentatives de modifications de la *Loi sur le droit d'auteur*, et aux projets de lois morts-nés C-60 et C-61, le gouvernement a décidé de procéder à des consultations pour élaborer un nouveau projet de loi, qui visera notamment la ratification des traités internationaux de l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle que le Canada a signés. Avec le recul, le Canada a l'opportunité d'éviter les écueils de certaines lois étrangères qui furent très loin de faire l'unanimité au sein de la population. La *Loi sur le droit d'auteur* canadienne repose sur un équilibre entre droits des créateurs et droits des utilisateurs, celui-ci devant être maintenu et tout nouveau projet de loi devant veiller au maintien de cet équilibre.

### 1. HISTOIRE DU DROIT D'AUTEUR AU CANADA

Il faut remonter au *Statute of Anne (1710)* pour connaître la première loi sur le copyright. Il est nécessaire également de considérer le titre de cette loi : « An Act for the Encouragement of Learning, by vesting the Copies of printed Books in the Authors or Purchasers of such Copies »<sup>1</sup>. Cette loi octroyait aux auteurs un droit de reproduction d'une durée limitée, et ce, afin de mettre un terme aux pratiques des imprimeurs et des libraires qui imprimaient, reproduisaient et publiaient les œuvres sans le consentement desdits auteurs ou des propriétaires des œuvres (éditeurs).

Il faut noter que, bien qu'un droit exclusif ait été concédé aux auteurs ou aux éditeurs, le but visé était d'encourager l'accroissement des connaissances en assurant que les œuvres soient disponibles au plus grand nombre, et ce, aussi rapidement que possible.

De façon similaire, la Constitution américaine a reconnu l'existence d'un tel droit (copyright). Une fois encore, cette reconnaissance

---

1. Loi disponible à l'adresse : [http://en.wikisource.org/wiki/Statute\\_of\\_Anne](http://en.wikisource.org/wiki/Statute_of_Anne) (site consulté le 3 août 2009).

cherchait à atteindre un but précis, soit le progrès des sciences et des arts utiles. C'est ainsi que l'auteure Ginsburg déclare :

The U.S. Constitution's copyright clause, echoing the English Statute of Anne, makes the public's interest equal, if not superior, to the author's. This clause authorizes the establishment of exclusive rights of authors as a means to maximize production of and access to intellectual creations.

(Ginsburg 1990, 992)

Toujours selon Ginsburg, il semblerait que les droits octroyés à l'auteur ne le soient que si ceux-ci bénéficient également au public (compris au sens de « peuple » et non de « consommateur »). Pour cela, l'auteure cite un rapport visant à la révision de la législation sur le *copyright* :

Not primarily for the benefit of the author, but primarily for the benefit of the public, such rights are given. Not that any particular class of citizens, however worthy, may benefit, but because the policy is believed to be for the benefit of the great body of people, in that it will stimulate writing and invention to give some bonus to authors and inventors. (Ginsburg 1990, 999)

L'intérêt public et celui du public restent les éléments fondamentaux dans les différentes lois dites de *copyright*. Nous avons mentionné le titre de la loi anglaise (*Statute of Anne*), et évoqué la raison pour laquelle étaient octroyés les droits de *copyright* dans la Constitution américaine. Nous pouvons également mentionner que la première loi américaine sur le *Copyright* avait pour titre : « An Act for the encouragement of learning, by securing the copies of maps, charts and books, to the authors and proprietors of such copies, during the time mentioned »<sup>2</sup>. Il est manifeste que les droits octroyés ne le sont que dans un but très précis, soit celui de la promotion de l'éducation, qui est dans l'intérêt public.

Le droit continental, et plus précisément le droit français sur les droits d'auteur, est bien souvent perçu comme ayant une approche personnaliste, à la différence de l'approche des pays de *copyright* qui se concentrent sur la reproduction de l'œuvre<sup>3</sup>, et l'intérêt écono-

---

2. Loi disponible à l'adresse : <http://www.copyright.gov/history/1790act.pdf> (site consulté le 4 août 2009).

3. « Les terminologies sont porteuses de sens puisque « droit d'auteur » ou « propriété littéraire et artistique », font clairement référence à l'auteur, à la personne

---

mique sous-jacent. On oppose souvent ces deux conceptions, comme le souligne l'auteur Strowell :

Il est courant d'opposer le droit d'auteur et le copyright, autrement dit la conception civiliste et l'approche de common law en matière de protection des œuvres de l'esprit. D'un côté, le droit d'auteur, souvent sacralisé, est rattaché au droit naturel ; de l'autre côté, le copyright est traditionnellement considéré comme un droit positif, créé par le législateur. (Strowell 1993, 285)

Étonnamment, certaines des circonstances et des raisons ayant mené à l'institution des droits d'auteur et du *copyright* au XVIII<sup>e</sup> siècle sont les mêmes que celles qui nous sont aujourd'hui présentées par ceux qui demandent le renforcement de ces mêmes droits. Ainsi, l'auteur Latournerie mentionne :

Des causes plus ou moins identiques suscitent l'émergence d'un système de protection de la propriété intellectuelle : à la fois la volonté d'affranchissement des auteurs à la suite des Lumières et les *pressions et nécessités économiques invoquées par les imprimeurs-éditeurs pour défendre leurs activités (en intervenant souvent « au nom » des auteurs)*. (Latournerie, 2001) [les italiques sont nôtres]

Aujourd'hui, ce ne sont plus les imprimeurs-éditeurs qui montent aux barricades pour le renforcement des droits d'auteur, mais les producteurs et éditeurs de musique, de films, ou de jeux vidéo et, encore une fois, ceux-ci déclarent intervenir au nom des auteurs.

Néanmoins, il n'est pas si évident que le droit français, bien que personnaliste, fasse fi de l'intérêt du public. En effet, toujours selon Ginsburg :

The 1791 text predominantly is preoccupied with the recognition and enlargement of the public domain. The committee report in favor of the 1793 law emphasizes that protecting authors will not prove detrimental to society. (Ginsburg 1990, 1006)

---

créatrice, alors que la notion de « copyright », dont le terme apparaît pour la première fois par écrit en 1791, renvoie davantage à l'œuvre et l'exemplaire que l'on cherche à préserver de la copie. » Anne Latournerie, « Petite histoire des batailles du droit d'auteur », <http://multitudes.samizdat.net/Petite-histoire-des-batailles-du#nh3> (site consulté le 4 août 2009).

Cette approche est d'ailleurs confirmée par Latournerie, qui mentionne à propos du contexte relatif à l'adoption de la première loi française sur les droits d'auteur :

*Les auteurs se présentent, à l'opposé des intérêts privés particuliers des éditeurs et des directeurs de théâtre, comme les serviteurs du bien public, de l'utilité publique, de la propriété publique, au nom de l'accroissement des connaissances.* (Latournerie, 2001) [les italiques sont nôtres]

La Loi française visait également à atteindre un équilibre, comme le précise Latournerie :

*Bien au contraire, le point d'ancrage de la réflexion sur les droits d'auteur est l'équilibre à trouver entre les conflits d'intérêts opposant l'ensemble des acteurs du marché : les auteurs, les intermédiaires économiques qui produisent et diffusent les œuvres, le public. Trouver un compromis acceptable entre les impératifs de la création et ceux de la diffusion et de l'exploitation des œuvres devient le sujet numéro un des débats. La législation sur le droit d'auteur est présentée comme ayant précisément une fonction conciliatrice entre des jeux d'intérêts divers.* (Latournerie, 2001) [les italiques sont nôtres]

L'histoire du droit d'auteur au Canada est brièvement rappelée dans un article de l'auteur Moyse, qui évoque les ramifications particulières de la *Loi sur le droit d'auteur* avec les lois britanniques, mais souligne également que le droit canadien s'est aussi inspiré du droit continental européen, puisque « le droit d'auteur canadien a ceci de particulier qu'il se situe à la croisée des systèmes de droit de type continental et ceux de common law. » (Moyse 1998, 558).

Le Canada, qui a signé la Convention de Berne (1886)<sup>4</sup>, a également adapté son droit aux nombreuses modifications postérieures de cette Convention.

Il faut noter que le Canada fut « le premier pays de tradition de copyright à avoir adopté une disposition consacrant le droit moral dans la législation » (Moyse 1998, 559). Nous avons, encore une fois, la preuve de la remarquable adaptation des lois canadiennes sur le

---

4. Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques, disponible à l'adresse : [http://www.wipo.int/treaties/fr/ip/berne/trtdocs\\_wo001.html](http://www.wipo.int/treaties/fr/ip/berne/trtdocs_wo001.html) (site consulté le 10 septembre 2009).

---

droit d'auteur au contexte international. En l'occurrence, le droit moral est une conception issue des lois continentales en la matière, et consacre un principe parfaitement étranger aux lois anglo-saxonnes de type *copyright*.

Le droit d'auteur au Canada est donc un savant mélange de droit d'auteur à la française et de *copyright* anglo-saxon.

## 2. L'ÉQUILIBRE DANS LA LOI SUR LE DROIT D'AUTEUR

L'équilibre, c'est bien là le concept essentiel sur lequel repose la *Loi sur le droit d'auteur*.

La Cour suprême du Canada a d'ailleurs mentionné dans la décision *Théberge*, au §30 :

La Loi est généralement présentée comme établissant un équilibre entre, d'une part, la promotion, dans l'intérêt du public, de la création et de la diffusion des œuvres artistiques et intellectuelles et, d'autre part, l'obtention d'une juste récompense pour le créateur (ou, plus précisément, l'assurance que personne d'autre que le créateur ne pourra s'approprier les bénéfices qui pourraient être générés).<sup>5</sup>

Pour appuyer cette affirmation, la Cour mentionne, toujours dans ce même paragraphe, une décision de 1769 d'un juge anglais :

Il est sage de toute manière d'encourager les lettres et les recherches ardues des gens instruits. La façon la plus facile et égalitaire de le faire consiste à leur garantir la propriété de leurs propres œuvres [...]<sup>6</sup>

Comme la Cour suprême le rappelle en mentionnant cette décision britannique, l'équilibre entre droits des auteurs et droit du public a toujours été présent dans la législation sur le droit d'auteur ; cet équilibre constituait déjà l'un des fondements de la première loi anglaise, voire également de la loi américaine.

Cet équilibre se doit de perdurer dans l'écriture de la nouvelle loi canadienne sur le droit d'auteur.

---

5. *Théberge c. Galerie d'Art du Petit Champlain inc.*, [2002] 2 R.C.S. 336.

6. *Ibid.*

La Cour suprême, toujours dans l'arrêt *Théberge*, précise également comment l'on atteint l'équilibre sur un droit conféré à l'auteur, plus spécifiquement pour le droit de reproduction :

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.*<sup>7</sup> [les italiques sont nôtres]

La Cour suprême a confirmé à maintes reprises l'équilibre entre droits des auteurs et droits du public que prescrit la Loi<sup>8</sup>.

## 2.1 Accords internationaux

Nombreux sont ceux qui mentionnent les accords internationaux et la nécessité d'adapter, voire de renforcer les droits des auteurs pour permettre le développement de nouveaux modèles économiques<sup>9</sup>. Toutefois, il importe de veiller à ce que soit maintenu l'équilibre, sur lequel insiste la Cour suprême, entre les deux objectifs de la *Loi sur le droit d'auteur*.

Les accords internationaux, loin de les écarter, rappellent d'ailleurs ces objectifs et la nécessité de maintenir l'équilibre entre eux. À ce titre, les accords sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ADPIC)<sup>10</sup> disposent dans leur préambule :

Reconnaissant les objectifs fondamentaux de politique générale publique des systèmes nationaux de protection de la pro-

7. *Ibid.*, §31.

8. Voir les décisions *CCH Canadienne Ltée c. Barreau du Haut Canada*, [2004] 1 R.C.S. 339 ; *Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c. Assoc. canadienne des fournisseurs Internet*, [2004] 2 R.C.S. 427 ; *Robertson c. Thomson Corp.*, [2006] 2 R.C.S. 363, ou encore *Euro-Excellence Inc. c. Kraft Canada Inc.*, [2007] 3 R.C.S. 21.

9. Barry Sookman : « [...] we need to modernize our laws to help re-calibrate the balance of copyright, so that rights holders can develop economic models that create businesses out of cultural products », Robert TODD, C61 a political hot potato, 4 août 2009, <http://www.lawtimesnews.com/200908045183/Headline-News/C61-a-political-hot-potato> (site consulté le 5 août 2009).

10. Annexe 1C, Aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ADPIC), disponible à la page Textes juridiques de l'OMC, sur le site de



priété intellectuelle, y compris les objectifs en matière de développement et de technologie.<sup>11</sup>

Nous pouvons également lire dans la partie I de l'accord ADPIC, Dispositions générales et principes fondamentaux, à l'article 7 intitulé « Objectifs » :

*La protection et le respect des droits de propriété intellectuelle devraient contribuer à la promotion de l'innovation technologique et au transfert et à la diffusion de la technologie, à l'avantage mutuel de ceux qui génèrent et de ceux qui utilisent des connaissances techniques et d'une manière propice au bien-être social et économique, et à assurer un équilibre de droits et d'obligations.*<sup>12</sup> [les italiques sont nôtres]

Une fois encore sont rappelés les objectifs de toute loi sur la propriété intellectuelle, ainsi que la nécessité d'un équilibre entre droits et obligations. En aucune façon l'intérêt du public n'est écarté ou restreint par les lois sur la propriété intellectuelle dans ces accords.

Intéressons-nous aux traités internationaux que le Canada se doit de ratifier.

Les traités de l'Organisation mondiale de la Propriété Intellectuelle (OMPI), qu'il s'agisse des traités sur le droit d'auteur (WCT)<sup>13</sup> ou de celui sur les droits voisins (WPPT)<sup>14</sup>, ont également des dispositions similaires, qui visent à garantir le maintien de l'équilibre entre les différents intérêts en jeu.

En effet, on retrouve au préambule de chacun de ces traités une disposition similaire, qui rappelle cette notion d'équilibre :

Reconnaissant la nécessité de maintenir un équilibre entre les droits des auteurs et l'intérêt public général, notamment en matière d'enseignement, de recherche et d'accès à l'informa-

---

l'Organisation mondiale du commerce, au : [http://www.wto.org/french/docs\\_f/legal\\_f/legal\\_f.htm#TRIPs](http://www.wto.org/french/docs_f/legal_f/legal_f.htm#TRIPs) (site consulté le 5 août 2009).

11. *Ibid.*

12. *Ibid.*

13. Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur, [http://www.wipo.int/treaties/fr/ip/wct/trtdocs\\_wo033.html](http://www.wipo.int/treaties/fr/ip/wct/trtdocs_wo033.html) (site consulté le 5 août 2009).

14. Traité de l'OMPI sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes, [http://www.wipo.int/treaties/fr/ip/wppt/trtdocs\\_wo034.html](http://www.wipo.int/treaties/fr/ip/wppt/trtdocs_wo034.html) (site consulté le 5 août 2009).

tion, telle qu'elle ressort de la Convention de Berne (préambule du traité WCT).<sup>15</sup>

et :

Reconnaissant la nécessité de maintenir un équilibre entre les droits des artistes interprètes ou exécutants et des producteurs de phonogrammes et l'intérêt public général, notamment en matière d'enseignement, de recherche et d'accès à l'information [...] (préambule du traité WPPT).<sup>16</sup>

Cet objectif d'équilibre doit demeurer prioritaire pour le législateur canadien.

### 3. NOUVEAUX DROITS ACCORDÉS PAR LES TRAITÉS INTERNATIONAUX

#### 3.1 Droit de mise à disposition<sup>17</sup>

Les traités internationaux ont introduit de nouveaux droits pour les auteurs ; notamment, le droit de mise à disposition, qui figure à l'article 8 du traité WCT :

Les auteurs d'œuvres littéraires et artistiques jouissent du droit exclusif d'autoriser toute communication au public de leurs œuvres par fil ou sans fil, *y compris la mise à la disposition du public de leurs œuvres de manière que chacun puisse y avoir accès de l'endroit et au moment qu'il choisit de manière individualisée*.<sup>18</sup> [les italiques sont nôtres]

---

15. Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur, [http://www.wipo.int/treaties/fr/ip/wct/trtdocs\\_wo033.html](http://www.wipo.int/treaties/fr/ip/wct/trtdocs_wo033.html) (site consulté le 5 août 2009).

16. Traité de l'OMPI sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes, [http://www.wipo.int/treaties/fr/ip/wppt/trtdocs\\_wo034.html](http://www.wipo.int/treaties/fr/ip/wppt/trtdocs_wo034.html) (site consulté le 5 août 2009).

17. Voir également sur ce nouveau droit : Mihály Ficsor, *The Law of Copyright and the Internet, The 1996 WIPO Treaties, their Interpretation and implementation*, (Oxford : OUP, 2002), p. 168.

18. Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur, [http://www.wipo.int/treaties/fr/ip/wct/trtdocs\\_wo033.html](http://www.wipo.int/treaties/fr/ip/wct/trtdocs_wo033.html) (site consulté le 5 août 2009).

De même, les articles 10<sup>19</sup> et 14<sup>20</sup> du traité WPPT octroient le même type de droit aux artistes-interprètes ou exécutants et aux producteurs de phonogrammes.

Curieusement, le projet de loi C-61 ne prévoyait pas explicitement l'octroi à l'auteur, aux artistes-interprètes, ou même aux producteurs d'un droit de mise à disposition. Ce droit de mise à disposition devait naturellement être intégré au droit de communication au public.

Ainsi, le droit de communication au public, selon les dispositions du projet de loi C-61, aurait dû être interprété comme comprenant le droit de mise à disposition au public. En effet, la lecture de l'article 7 du projet de loi C-61<sup>21</sup> mentionnait quant à l'artiste-interprète que celui-ci disposait du droit exclusif de « communiquer l'enregistrement sonore au public par télécommunication de manière que chacun puisse y avoir accès individuellement de l'endroit et au moment qu'il choisit. » De même, nous trouvions dans le projet de loi C-61 (à l'article 9) une disposition similaire pour les producteurs de phonogrammes<sup>22</sup>.

Le *Copyright Act* américain n'établit pas non plus un tel droit. Selon certains auteurs (Sydnor, 2009), ce droit de mise à disposition serait tout de même présent dans la législation américaine, en vertu de l'interprétation des termes « to authorize » et « to distribute ». Néanmoins, la jurisprudence américaine, notamment dans l'affaire *Capital Records*<sup>23</sup>, a rejeté l'existence même d'un droit de mise à disposition dans la loi américaine. Est-ce à dire que la loi américaine, en n'intégrant pas ce nouveau droit, ne se conforme pas aux exigences internationales ? Ou alors que ce nouveau droit n'est en fait qu'une communication au public, au sens élargi du terme ? (Ginsburg, 2004)

---

19. *Ibid.*, Article 8 WPPT : « Les artistes interprètes ou exécutants jouissent du droit exclusif d'autoriser la mise à la disposition du public de l'original et de copies de leurs interprétations ou exécutions fixées sur phonogrammes par la vente ou tout autre transfert de propriété. ».

20. *Ibid.*, Article 12 WPPT : « Les producteurs de phonogrammes jouissent du droit exclusif d'autoriser la mise à la disposition du public de l'original et d'exemplaires de leurs phonogrammes par la vente ou tout autre transfert de propriété. ».

21. Projet de Loi C-61, disponible à <http://www2.parl.gc.ca/HousePublications/Publication.aspx?DocId=3570473&Mode=1&Language=F> (site consulté le 6 août 2009).

22. *Ibid.*

23. *Capitol Records, Inc. c. Thomas*, 579 F. Supp. 2d 1210 (D. Minn. 2008).

Dans cette perspective, le Canada doit-il intégrer ce nouveau droit de mise à disposition ?

Les auteurs Hagen et Engfield (Hagen 2006, 492) rendent parfaitement compte de la situation canadienne quant à l'existence de ce nouveau droit. Les auteurs évoquent la jurisprudence de la Cour fédérale dans l'affaire *BMG*<sup>24</sup>, où le juge Von Finckenstein précisa que ce droit de mise à disposition ne faisait pas partie du droit positif canadien, le Canada n'ayant pas ratifié les traités internationaux qui créaient ce nouveau droit.

L'arrêt *SOCAN*<sup>25</sup> quant à lui est particulièrement révélateur du travail d'interprétation des lois de la Cour suprême. Concernant ce droit de mise à disposition, le juge Le Bel, bien que dissident, souligne que la loi canadienne comporte déjà ce droit de mise à disposition. Ainsi, aux paragraphes 149 et suivants, le juge Le Bel rappelle l'article 8 du traité sur le droit d'auteur qui édicte ce nouveau droit, ainsi que les règles d'interprétation des lois qui doivent tenir compte des normes internationales (§150). L'interprétation faite selon la Cour des dispositions relatives au droit de communication au public de la *Loi sur le droit d'auteur* est conforme aux dispositions figurant dans le traité de l'OMPI, y compris le droit de mise à disposition.

Suivant cette interprétation, force est de conclure qu'il n'est pas nécessaire de créer ce droit de mise à disposition, puisqu'il est déjà inclus dans le droit de communication au public.

La situation en Europe n'est pas claire quant à l'intégration de ce nouveau droit, et à la nécessité de le créer.

La directive européenne<sup>26</sup> dite « directive Société de l'information », qui intègre les traités internationaux, prévoit un tel droit de mise à disposition. L'article 3 de la directive se lit comme suit :

Les États membres prévoient pour les auteurs le droit exclusif d'autoriser ou d'interdire toute communication au public de leurs œuvres, par fil ou sans fil, y compris la mise à la disposition du public de leurs œuvres de manière que chacun puisse y

24. *BMG Canada Inc. c. John Doe* (C.F.), [2004] 3 R.C.F. 241.

25. *Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c. Assoc. canadienne des fournisseurs Internet*, [2004] 2 R.C.S. 427.

26. Directive 2001/29/CE du Parlement Européen et du Conseil du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32001L0029:FR:HTML>.

avoir accès de l'endroit et au moment qu'il choisit individuellement.<sup>27</sup>

Les États membres de l'Union européenne disposent d'une certaine liberté dans la transposition interne des directives. L'état de la transposition de cette directive en Europe est remarquablement retracé par une étude de l'Institut voor Informatierecht<sup>28</sup>. Cette étude mentionne d'ailleurs que ce droit de mise à disposition est bien souvent intégré dans le droit de représentation ou dans le droit de communication au public reconnu à l'auteur.

Par exemple, la France n'a pas introduit de nouveau droit de mise à disposition, ce dernier étant couvert par le droit de communication au public, lui-même intégré dans le droit de représentation. En l'occurrence, l'article L122-2 du *Code de la propriété intellectuelle* définit le droit de représentation<sup>29</sup>, qui intègre le droit de communication au public.

Au Royaume-Uni, le *Copyright, Designs and Patents Act 1988*<sup>30</sup> a été modifié en 2003 par *The Copyright and Related Rights Regulations 2003*<sup>31</sup>. La section 16 du *Copyright Act 1988*, a été modifiée pour intégrer le droit de communication au public. Cette section se lit comme suit :

(1) The owner of the copyright in a work has, in accordance with the following provisions of this Chapter, the exclusive right to do the following acts in the United Kingdom—

27. *Ibid.*

28. L. GUIBAULT, G. WESTKAMP, T. RIEBER-MOHN, P.B. HUGENHOLTZ, (*et al.*) Study on the Implementation and Effect in Member States' Laws of Directive 2001/29/EC on the Harmonisation of Certain Aspects of Copyright and Related Rights in the Information Society, report to the European Commission, DG Internal Market, February 2007.

29. Article L122-2 du *Code de propriété intellectuelle* : « La représentation consiste dans la communication de l'œuvre au public par un procédé quelconque, et notamment :

1° Par récitation publique, exécution lyrique, représentation dramatique, présentation publique, projection publique et transmission dans un lieu public de l'œuvre télédiffusée ; 2° Par télédiffusion. La télédiffusion s'entend de la diffusion par tout procédé de télécommunication de sons, d'images, de documents, de données et de messages de toute nature. Est assimilée à une représentation l'émission d'une œuvre vers un satellite. » Code disponible sur le site Internet : <http://www.legifrance.com/> (site consulté le 26 août 2009).

30. *Copyright, Designs and Patents Act 1988* (c. 48), disponible à l'adresse : [http://www.opsi.gov.uk/acts/acts1988/ukpga\\_19880048\\_en\\_1](http://www.opsi.gov.uk/acts/acts1988/ukpga_19880048_en_1) (site consulté le 26 août 2009).

31. *The Copyright and Related Rights Regulations 2003*, disponible à l'adresse : <http://www.opsi.gov.uk/si/si2003/20032498.htm#7> (site consulté le 26 août 2009).

[...]

(d) to communicate the work to the public (see section 20).<sup>32</sup>

La section 20 du *Copyright Act 1988* a également été modifiée pour inclure la mise à disposition du public. Cependant cette section mentionne la violation au droit de communication au public conféré à l'auteur. Ainsi, en droit britannique il n'y a pas non plus de droit spécifique de mise à disposition, le droit de communication au public comprenant le droit de mise à disposition. La lecture de ladite section 20 est éclairante à ce sujet :

(2) References in this Part to communication to the public are to communication to the public by electronic transmission, and in relation to a work include – [...] (b) the making available to the public of the work by electronic transmission in such a way that members of the public may access it from a place and at a time individually chosen by them.<sup>33</sup>

Au final, nous ne croyons pas qu'un nouveau droit de mise à disposition soit nécessaire dans la future législation sur le droit d'auteur au Canada ; en effet nombre d'autres législations n'ont pas intégré ce nouveau droit. Le droit de communication au public existant au Canada serait parfaitement conforme aux traités internationaux sur la propriété intellectuelle que le Canada souhaite ratifier.

### 3.2 Droit de distribution

Selon l'article 6 du traité WCT<sup>34</sup>, les auteurs jouissent du droit exclusif d'autoriser la mise à disposition du public de l'original et d'exemplaires de leurs œuvres par la vente ou tout autre transfert de propriété. Il s'agit en l'occurrence du droit de distribution. On retrouve ce même droit aux articles 8 et 12 du traité WPPT<sup>35</sup>.

Il est également intéressant de noter que la formulation de ce droit emploie à nouveau les termes de mise à disposition, comme dans le cas du droit de communication au public.

---

32. *Ibid.*

33. *Ibid.*

34. Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur, [http://www.wipo.int/treaties/fr/ip/wct/trtdocs\\_wo033.html](http://www.wipo.int/treaties/fr/ip/wct/trtdocs_wo033.html) (site consulté le 5 août 2009).

35. Traité de l'OMPI sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes, [http://www.wipo.int/treaties/fr/ip/wppt/trtdocs\\_wo034.html](http://www.wipo.int/treaties/fr/ip/wppt/trtdocs_wo034.html) (site consulté le 5 août 2009).

Si ce droit de distribution est présent dans la *Loi sur le droit d'auteur*, il n'est mentionné que par la négative, c'est-à-dire sous forme d'interdiction. Les alinéas 27(2)b) et c) de la *Loi sur le droit d'auteur* précisent en effet :

Constitue une violation du droit d'auteur l'accomplissement de tout acte ci-après en ce qui a trait à l'exemplaire d'une œuvre, d'une fixation d'une prestation, d'un enregistrement sonore ou d'une fixation d'un signal de communication alors que la personne qui accomplit l'acte sait ou devrait savoir que la production de l'exemplaire constitue une violation de ce droit, ou en constituerait une si l'exemplaire avait été produit au Canada par la personne qui l'a produit :

[...]

b) la mise en circulation de façon à porter préjudice au titulaire du droit d'auteur ;

c) la mise en circulation, la mise ou l'offre en vente ou en location, ou l'exposition en public, dans un but commercial ;<sup>36</sup>

Il est à noter, concernant ce droit de distribution, que le droit français fait plutôt mention du droit de destination. Dans l'affaire *Théberge*, la Cour suprême a d'ailleurs mentionné que le droit d'auteur au Canada ne comprenait pas ce droit de destination. Par « droit de destination », il faut entendre, comme le précisent les auteurs Lucas :

Il s'agit pour l'auteur de contrôler non seulement les modalités de la commercialisation des exemplaires, mais aussi, en aval, certains usages faits par les acquéreurs ou les détenteurs.

Toutefois :

Pareille prétention est inconcevable dans les systèmes où l'auteur se voit seulement reconnaître, en principe, un droit de mise en circulation ou de distribution sujet à épuisement. (Lucas 2006, 206)

---

36. *Loi sur le droit d'auteur* disponible à l'adresse : <http://lois.justice.gc.ca/fr/frame/cs/C-42/20090909/fr> (site consulté le 9 septembre 2009).

Ce qui est d'ailleurs confirmé par la Cour suprême dans *Théberge* :

Généralement, les droits économiques du titulaire du droit d'auteur ne lui permettent pas de conserver le contrôle sur les usages ultérieurs que font les tiers acquéreurs des copies autorisées de son œuvre.<sup>37</sup>

Il est également à noter que l'article 6, alinéa 2 du traité WCT laisse une grande liberté aux parties pour déterminer les conditions de l'épuisement de ce droit de distribution.

#### 4. L'AVÈNEMENT DE NOUVELLES SOLUTIONS

La réforme de la *Loi sur le droit d'auteur* représente une occasion pour le Canada de se démarquer des autres pays qui ont ratifié les accords internationaux, en évitant les écueils sur lesquels se heurtent nombre de ces pays. Au premier rang de ceux-ci, nous ne manquerons pas de nommer les États-Unis, et leur non moins fameux *Digital Millenium Copyright Act*<sup>38</sup>, dont la constitutionnalité même est attaquée<sup>39</sup> (Schwartz 2004, 93).

Dans la continuité de ce type de loi répressive et restrictive, nous constatons des propositions de mesures législatives présentées par certains titulaires de droit comme étant la solution au « vol » ou au « piratage » sur Internet, la « riposte graduée » par exemple.

La principale raison avancée à l'appui d'un renforcement des droits de propriété intellectuelle est le « piratage », qui serait, aux dires de l'industrie, à l'origine de tous les maux. Cependant, l'analyse économique actuelle des revenus du droit d'auteur ne soutient pas la thèse selon laquelle les droits d'auteurs connaissent une crise profonde.

Malheureusement, nous constatons que les modifications proposées par certains à la *Loi sur le droit d'auteur* ne visent qu'à inter-

37. *Théberge c. Galerie d'Art du Petit Champlain inc.*, [2002] 2 R.C.S. 336.

38. *Digital Millenium Copyright Act* disponible à l'adresse [www.copyright.gov/legislation/dmca.pdf](http://www.copyright.gov/legislation/dmca.pdf) (site consulté le 28 août 2009).

39. « The DMCA is an unconstitutional law that violates Article I, §8 of the U.S. Constitution in that the DMCA : (1) allows copyright holders to prevent the public from ever copying a work, which is in direct contravention of the limited times provision of that article ; and (2) hinders the progress of the sciences and useful arts of copying and storage technology which is also in direct contravention of the same section. » (Schwartz 2004, 96).



dire certaines utilisations déjà très répandues et n'amènent aucune solution qui aurait pour effet une rémunération additionnelle des auteurs.

#### 4.1 L'économie du droit d'auteur

Nous pouvons lire sur le site Internet de la Confédération Internationale des Sociétés d'Auteurs et Compositeurs (CISAC), dans un communiqué de presse relatant l'exceptionnelle année 2007 en matière de perception de droits d'auteurs, ces quelques lignes et statistiques :

*Les perceptions mondiales de droits d'auteur ont atteint en 2007 leur niveau le plus élevé de l'histoire : 7,141 milliards d'euros. Malgré la stagnation des droits de reproduction mécanique (associés aux œuvres enregistrées), les perceptions des sociétés ont crû de 4,2 % entre 2006 et 2007 (Fig. 1) et quasiment doublé sur les 12 dernières années. La hausse globale des perceptions a dépassé le taux de croissance du PIB mondial enregistré durant la même période (3,6 %), ce qui témoigne de la force relative de la création au sein de l'économie mondiale.<sup>40</sup> [les italiques sont nôtres]*

Toujours dans ce communiqué de presse, nous lisons :

Ce sont les droits d'exécution publique – c'est-à-dire ceux perçus lorsqu'une œuvre est « communiquée » au public, par exemple à la radio, à la télévision ou sur Internet – qui enregistrent l'augmentation la plus conséquente (Fig. 2). Ces chiffres traduisent les efforts réalisés par les sociétés d'auteurs de la communauté CISAC pour développer leurs activités d'octroi de licence auprès des médias, qu'ils soient hertziens, en ligne ou mobiles, et pour étendre leur couverture vers de nouveaux territoires.

La soi-disant crise des droits d'auteurs semble fournir à l'industrie les munitions pour une vaste campagne de désinformation.

Si les perceptions liées à la reproduction mécanique régressent, ceci est dû notamment à la dématérialisation des supports. Il n'est en

---

40. 2007 : une année record pour les droits d'auteurs ! Disponible à l'adresse Internet <http://www.aoutw.cisac.org/CisacPortal/listeArticle.do?numArticle=1018&method=afficherArticleInPortlet> (site consulté le 28 août 2009).

---

effet plus nécessaire de posséder un support physique pour avoir accès à une œuvre.

Dans ce contexte, il peut être intéressant d'étendre certaines dispositions de l'actuelle *Loi sur le droit d'auteur* relative à la copie privée.

En effet, les internautes se tournent de plus en plus vers l'Internet pour accéder à la musique, à la vidéo, aux jeux, etc.

## 4.2 Riposte graduée

Certains<sup>41</sup> voudraient voir la mise en place de la riposte graduée, qu'elle soit calquée sur le modèle anglais<sup>42</sup>, néo-zélandais<sup>43</sup> ou français<sup>44</sup>. Cette mesure consiste, en son premier stade, en l'envoi par courriel, de façon automatisée, d'avertissements aux abonnés des fournisseurs de services Internet soupçonnés de télécharger certains contenus qui seraient protégés par des droits d'auteur. En cas de récidive alléguée, un second avertissement est expédié par lettre recommandée<sup>45</sup>. Finalement, une autorité administrative (et non un tribunal) serait chargée de prononcer une sanction, notamment la suspension de l'abonnement au service d'accès Internet pendant une certaine période de temps<sup>46</sup>.

Ces solutions répressives se heurtent à de nombreux écueils légaux. Les mesures en ce sens qu'ont tenté d'adopter les gouvernements ont été, par exemple, en France, censurées par le Conseil Constitutionnel, ou, en Nouvelle-Zélande, ont entraîné la reprise du processus de consultation législative devant le tollé déclenché par une telle réforme. En Angleterre, l'opposition des fournisseurs de services Internet a freiné l'adoption de ce type de mesure : « UK ISP

---

41. Barry Sookman, and Stephen Stohn, « What happens when copyright goes digital », National Post, <http://www.nationalpost.com/todays-paper/story.html?id=1863819&p=1> (site consulté le 1<sup>er</sup> septembre 2009).

42. Lire l'article « Anger at UK File-sharing policy » disponible à l'adresse <http://news.bbc.co.uk/2/hi/technology/8219652.stm> (site consulté le 10 septembre 2009).

43. Section 92A Review Policy Proposal Document, disponible à l'adresse [http://www.med.govt.nz/templates/MultipageDocumentTOC\\_\\_\\_41169.aspx](http://www.med.govt.nz/templates/MultipageDocumentTOC___41169.aspx) (site consulté le 10 septembre 2009).

44. Texte du projet de loi déposé par le Ministère de la culture en France : <http://www.culture.gouv.fr/culture/actualites/dossiers/internet-creation08/6%20-%20Projet%20de%20loi.pdf> (site consulté le 31 août 2009).

45. *Ibid.*, art. L. 331-24 du projet de loi.

46. *Ibid.*, art. L. 331-25 du projet de loi.

---

Talk Talk said the recommendations were likely to “breach fundamental rights” and would not work »<sup>47</sup>.

En outre, comme le mentionne l'auteur Vaidhyanathan (Vaidhyanathan, 2005) :

In other words, the more repressive the regime, the more people struggle to escape it. Efforts to curb or damn up the flow of information generate opposition and indignation, and end undermining the very norms they hope to bolster. The stronger the laws get, the harder they are to enforce. The more combative the rhetoric of protection, the more belligerent the rebels become.

Pour en revenir à la France, la décision du Conseil Constitutionnel est explicite :

Considérant qu'aux termes de l'article 11 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 : « La libre communication des pensées et des opinions est un des droits les plus précieux de l'homme : tout citoyen peut donc parler, écrire, imprimer librement, sauf à répondre de l'abus de cette liberté dans les cas déterminés par la loi » ; *qu'en l'état actuel des moyens de communication et eu égard au développement généralisé des services de communication au public en ligne ainsi qu'à l'importance prise par ces services pour la participation à la vie démocratique et l'expression des idées et des opinions, ce droit implique la liberté d'accéder à ces services.*<sup>48</sup> [les italiques sont nôtres]

Ainsi, le Conseil Constitutionnel a fait de l'accès Internet une composante de la liberté d'expression, un droit protégé par la Constitution. Nous ne manquerons pas de souligner également que ce projet de loi a de plus été censuré pour violation du principe de présomption d'innocence, de même que pour violation du principe de séparation des pouvoirs. D'ailleurs, nous ne manquerons pas non

---

47. « Anger at UK file-sharing policy », <http://news.bbc.co.uk/2/hi/technology/8219652.stm> (site consulté le 3 septembre 2009).

48. Décision n°2009-580 DC du 10 juin 2009 disponible à l'adresse <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/2009/decisions-par-date/2009/2009-580-dc/decision-n-2009-580-dc-du-10-juin-2009-42666.html> (site consulté le 31 août 2009).

plus de citer le professeur Dominique Rousseau, à propos de la décision du Conseil Constitutionnel :

Cette censure est nette, sans appel, claire et particulièrement motivée. C'est la plus sévère depuis une bonne dizaine d'années. Le Conseil constitutionnel offre une motivation particulièrement sévère, puisqu'il accuse le gouvernement, à l'origine de cette loi, d'avoir méconnu à la fois la liberté d'expression, le principe de la séparation des pouvoirs et la présomption d'innocence.<sup>49</sup>

De façon similaire, la *Charte canadienne des droits et libertés*<sup>50</sup> énonce à l'article 2 b) :

2. 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 ;<sup>51</sup>

À la différence de la France<sup>52</sup> et des États-Unis<sup>53</sup>, le droit de propriété et par incidence les droits de propriété intellectuelle

49. « Malgré sa censure, les partisans d'Hadopi ne désarment pas », article publié dans le quotidien *Le Monde* du 10 juin 2009.

50. Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, disponible à l'adresse [http://lois.justice.gc.ca/fr/charte/1.html#anchorbo-ga:l\\_I-gb:s\\_2](http://lois.justice.gc.ca/fr/charte/1.html#anchorbo-ga:l_I-gb:s_2) (site consulté le 31 août 2009).

51. *Ibid.*

52. Articles 2 et 17 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789 : « Article 2 – Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté et la résistance à l'oppression. [...] Article 17 – La propriété étant un droit inviolable et sacré, nul ne peut en être privé, si ce n'est lorsque la nécessité publique, légalement constatée, l'exige évidemment, et sous la condition d'une juste et préalable indemnité. » Disponibles à l'adresse <http://www.textes.justice.gouv.fr/index.php?rubrique=10086&ssrubrique=10087&article=10116> (site consulté le 31 août 2009).

53. Le cinquième Amendement de la Constitution américaine protège le droit de propriété : « No person shall be held to answer for a capital, or otherwise infamous crime, unless on a presentment or indictment of a grand jury, except in cases arising in the land or naval forces, or in the militia, when in actual service in time of war or public danger ; nor shall any person be subject for the same offense to be twice put in jeopardy of life or limb ; nor shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself, nor be deprived of life, liberty, or property, without due process of law ; nor shall private property be taken for public use, without just compensation. » disponible à l'adresse <http://www.law.cornell.edu/constitution/constitution.billofrights.html#amendmentv> (site consulté le 31 août 2009).

n'ont pas une valeur constitutionnelle au Canada<sup>54</sup>. La jurisprudence nous offre tout de même quelques pistes de réflexion. Ainsi, la décision de la Cour suprême dans l'arrêt *Harrison*<sup>55</sup> mentionne :

La jurisprudence anglo-canadienne reconnaît traditionnellement comme une liberté fondamentale le droit de l'individu à la jouissance de ses biens et le droit de ne s'en voir privé, même partiellement, si ce n'est par l'application régulière de la loi.<sup>56</sup>

Cependant, cette liberté fondamentale n'apparaît pas parmi celles qui sont nommées dans la *Charte canadienne des droits et libertés*.

La Cour fédérale a déjà eu l'occasion de traiter du conflit entre liberté d'expression et droits d'auteur. En effet, dans la décision *Compagnie Générale des Établissements Michelin*<sup>57</sup>, un syndicat a utilisé le « Bibendum » Michelin dans certains de ses tracts. Michelin a poursuivi pour violation de droit d'auteur le syndicat qui invoqua quant à lui sa liberté d'expression pour pouvoir utiliser une reproduction du « Bibendum » Michelin. Dans cette décision, le juge Teitelbaum reprend la citation de l'arrêt *Harrison* précédemment mentionnée<sup>58</sup> sur le droit de propriété. Mais le point essentiel de l'arrêt est résumé dans la citation de la décision *New Brunswick Broadcasting*<sup>59</sup> :

The freedom guaranteed by the Charter is a freedom to express and communicate ideas without restraint, whether orally or in print or by other means of communication. It is not a freedom to use someone else's property to do so. It gives no right to anyone to use someone else's land or platform to make a speech, or someone else's printing press to publish his ideas.<sup>60</sup> [les italiques sont nôtres]

54. Même s'il fut un temps où le gouvernement canadien a étudié la possibilité de constitutionnaliser ce droit de propriété. Voir tout particulièrement David JOHANSEN, Le droit à la propriété et la Constitution, disponible sur <http://dsp-psd.communication.gc.ca/Pilot/LoPBdP/BP/bp268-f.htm> (site consulté le 31 août 2009)

55. *Harrison c. Carswell*, [1976] 2 R.C.S. 200.

56. *Ibid.*, p. 219.

57. *Compagnie Générale des Établissements Michelin-Michelin & Cie c. National Automobile, Aerospace, Transportation and General Workers Union of Canada (CAW-Canada)*, [1997] 2 C.F. 306.

58. *Supra*, note 55.

59. *New Brunswick Broadcasting Co., Limited c. Canadian Radio-television and Telecommunication Commission*, [1984] 2 C.F. 410 (C.A.).

60. *Ibid.*

Le juge Teitelbaum conclut qu'il y avait eu violation des droits d'auteur de Michelin sur le « Bibendum ».

Il ressort que la liberté d'expression ne peut justifier à elle seule l'utilisation de la propriété d'autrui, y compris la propriété intellectuelle.

Nous souhaiterions faire une remarque concernant cette décision du juge Teitelbaum, qui déclare :

Parody is not explicitly discussed in the Copyright Act. [...] This long stream of Canadian cases held that parody is not an exception to acts of copyright infringement.<sup>61</sup>

Il nous apparaît à la lecture de cette décision que les exceptions de parodie, pastiche, caricature devraient être intégrées dans la *Loi sur le droit d'auteur*. Il doit être permis de reproduire, comme dans le cas de l'affaire *Michelin*, certains objets protégés par le droit d'auteur, pour caricaturer ou parodier certains personnages. Le *Code de propriété intellectuelle* en France reconnaît ces exceptions à l'article L. 122-5-4<sup>62</sup>. En outre, la directive Société de l'Information, à l'article 5.3 k), énonce également ces exceptions<sup>63</sup>, ce qui tend à démontrer qu'elles sont conformes aux traités internationaux de l'OMPI, puisque cette directive intègre ces traités au niveau européen.

Dans le cas de la riposte graduée, la pénalité serait une interdiction de l'accès Internet à certaines personnes pour cause de violation alléguée d'un droit d'auteur. À l'inverse de ce que l'on voyait dans l'affaire *Michelin*, plutôt que de vérifier si la liberté d'expression autorise à faire fi du droit d'auteur, il s'agit ici d'une limite

61. *Compagnie Générale des Établissements Michelin – Michelin & Cie c. National Automobile, Aerospace, Transportation and General Workers Union of Canada* (CAW-Canada), [1997] 2 C.F. 306.

62. « Lorsque l'œuvre a été divulguée, l'auteur ne peut interdire : [...] 4° La parodie, le pastiche et la caricature, compte tenu des lois du genre ; » Code disponible sur le site Internet [www.legifrance.com](http://www.legifrance.com) (site consulté le 1<sup>er</sup> septembre 2009).

63. Directive 2001/29/CE du Parlement Européen et du Conseil du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information Article 5 : « 3. Les États membres ont la faculté de prévoir des exceptions ou limitations aux droits prévus aux articles 2 et 3 dans les cas suivants : [...] k) lorsqu'il s'agit d'une utilisation à des fins de caricature, de parodie ou de pastiche ; » disponible à l'adresse <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32001L0029:FR:HTML> (site consulté le 1<sup>er</sup> septembre 2009).

---

imposée à la liberté d'expression en représailles de la violation alléguée de droits d'auteur.

Si une loi autorisant ce type de mesure était adoptée, se poserait inéluctablement la question de la proportionnalité d'une telle mesure, selon l'article 1 de la *Charte canadienne des droits et libertés* :

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.<sup>64</sup>

Ainsi, la suspension de l'accès Internet d'une personne est-elle une sanction qui apparaîtrait comme raisonnable dans une société libre et démocratique ? Cette sanction n'est-elle pas au contraire disproportionnée ?

Rappelons que le critère de la « limite raisonnable » a été édicté dans l'arrêt *Oakes*<sup>65</sup>, qui précise :

Pour établir qu'une restriction est raisonnable et que sa justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique, il faut satisfaire à deux critères fondamentaux. En premier lieu, l'objectif que visent à servir les mesures qui apportent une restriction à un droit ou à une liberté garantis par la Charte, doit être « suffisamment important pour justifier la suppression d'un droit ou d'une liberté garantis par la Constitution » : *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, précité, à la p. 352. La norme doit être sévère afin que les objectifs peu importants ou contraires aux principes qui constituent l'essence même d'une société libre et démocratique ne bénéficient pas de la protection de l'article premier. Il faut à tout le moins qu'un objectif se rapporte à des préoccupations urgentes et réelles dans une société libre et démocratique, pour qu'on puisse le qualifier de suffisamment important.<sup>66</sup>

---

64. Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, disponible à l'adresse [http://lois.justice.gc.ca/fr/charte/1.html#anchorbo-ga:l\\_I-gb:s\\_2](http://lois.justice.gc.ca/fr/charte/1.html#anchorbo-ga:l_I-gb:s_2) (site consulté le 31 août 2009).

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

66. *Ibid.*, §69.

Dans le cadre de la riposte graduée, l'objectif poursuivi serait de faire cesser les actes de contrefaçon et les violations du droit exclusif de communication au public des auteurs en mettant fin à l'accès à Internet de l'utilisateur. Cet objectif est-il suffisamment important pour limiter la liberté d'expression des personnes ? Nous croyons que non.

On notera que cette sanction qui consisterait en l'interdiction d'abonnement ou d'utilisation d'Internet n'est d'ailleurs pas prévue spécifiquement dans le *Code criminel* pour des infractions reliées aux crimes informatiques. Ainsi, l'article 342.1 du *Code criminel*<sup>67</sup> définit l'infraction d'utilisation non autorisée d'ordinateur<sup>68</sup>. Pour déterminer la peine appropriée les juges doivent se référer à son article 718<sup>69</sup>, qui prévoit :

Le prononcé des peines a pour objectif essentiel de contribuer, parallèlement à d'autres initiatives de prévention du crime, au respect de la loi et au maintien d'une société juste, paisible et sûre par l'infliction de sanctions justes visant un ou plusieurs des objectifs suivants :

- a) dénoncer le comportement illégal ;
- b) dissuader les délinquants, et quiconque, de commettre des infractions ;
- c) isoler, au besoin, les délinquants du reste de la société ;

67. *Code criminel* (L.R.Q. (1985), ch. C-46) <http://lois.justice.gc.ca/fr/frame/cs/C-46//20090909/fr> (site consulté le 10 septembre 2009).

68. *Ibid.*, article 342.1 :

342.1 (1) Quiconque, frauduleusement et sans apparence de droit :

- a) directement ou indirectement, obtient des services d'ordinateur ;
- b) au moyen d'un dispositif électromagnétique, acoustique, mécanique ou autre, directement ou indirectement, intercepte ou fait intercepter toute fonction d'un ordinateur ;
- c) directement ou indirectement, utilise ou fait utiliser un ordinateur dans l'intention de commettre une infraction prévue à l'alinéa a) ou b) ou une infraction prévue à l'article 430 concernant des données ou un ordinateur ;
- d) a en sa possession ou utilise un mot de passe d'ordinateur qui permettrait la perpétration des infractions prévues aux alinéas a), b) ou c), ou en fait le trafic ou permet à une autre personne de l'utiliser,

est coupable d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement maximal de dix ans ou d'une infraction punissable sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire.

69. *Ibid.*



- d) favoriser la réinsertion sociale des délinquants ;
- e) assurer la réparation des torts causés aux victimes ou à la collectivité ;
- f) susciter la conscience de leurs responsabilités chez les délinquants, notamment par la reconnaissance du tort qu'ils ont causé aux victimes et à la collectivité.<sup>70</sup>

La jurisprudence révèle que certaines condamnations ont entraîné des conditions particulières touchant à l'usage d'Internet<sup>71</sup>. De façon générale, l'interdiction d'utiliser un ordinateur au sens de l'article 342.1 du *Code criminel* a été imposée pour les infractions d'ordre sexuel prévues à son article 161<sup>72</sup>. D'ailleurs, au Québec, deux décisions ont assorti l'ordonnance d'une interdiction d'être abonné à un service Internet<sup>73</sup>. Ainsi, on peut concevoir que dans le cadre de la protection du public, l'atteinte à un droit fondamental comme la liberté d'expression paraît juste et proportionnée pour certains délinquants sexuels.

Cependant dans notre société, est-il judicieux et nécessaire de placer au même niveau, quant à la sanction, une infraction d'ordre sexuel qui vise à protéger le public et une violation d'un droit d'auteur, qui est une atteinte à un droit privé ?

Advenant l'hypothèse, peu probable, que le premier critère puisse être satisfait dans le cadre d'une riposte graduée insérée dans la *Loi sur le droit d'auteur*, une telle mesure ne satisferait pas les exigences du second critère développé dans l'arrêt *Oakes*, à savoir :

Premièrement, les mesures adoptées doivent être soigneusement conçues pour atteindre l'objectif en question. Elles ne doi-

---

70. *Ibid.*

71. *R. c. Rodrigue*, 2005 QCCQ 22261 : « USAGE DE SERVICE INTERNET : L'accusé ne pourra utiliser les services internet que pour les fins suivantes : a) dans le cadre et pour les fins d'un travail rémunéré, b) pour fins de recherche dans le cadre de ses études. »

72. Article 161 du *Code criminel* : « (1) Dans le cas où un contrevenant est déclaré coupable, ou absous en vertu de l'article 730 aux conditions prévues dans une ordonnance de probation, d'une infraction mentionnée au paragraphe (1.1) à l'égard d'une personne âgée de moins de seize ans, le tribunal qui lui inflige une peine ou ordonne son absolution, en plus de toute autre peine ou de toute autre condition de l'ordonnance d'absolution applicables en l'espèce, sous réserve des conditions ou exemptions qu'il indique, peut interdire au contrevenant : c) d'utiliser un ordinateur au sens du paragraphe 342.1(2) dans le but de communiquer avec une personne âgée de moins de seize ans. »

73. *R. c. Garneau*, 2006 QCCQ 12581 ; *R. c. Roy*, 2007 QCCQ 857.

vent être ni arbitraires, ni inéquitables, ni fondées sur des considérations irrationnelles. Bref, elles doivent avoir un lien rationnel avec l'objectif en question. Deuxièmement, même à supposer qu'il y ait un tel lien rationnel, le moyen choisi doit être de nature à porter « le moins possible » atteinte au droit ou à la liberté en question : *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, précité, à la p. 352. Troisièmement, il doit y avoir proportionnalité entre les effets des mesures restreignant un droit ou une liberté garantis par la Charte et l'objectif reconnu comme « suffisamment important ».<sup>74</sup>

Il faut savoir que le test de l'arrêt *Oakes* a été affiné au fil des ans et, concernant cette étape, on retiendra ce que précise l'arrêt *Dagenais*<sup>75</sup> :

Dans ce cas, j'estime que la troisième étape du second volet du critère formulé dans *Oakes* nécessite que l'*objectif* qui sous-tend la mesure et les *effets bénéfiques* qui résultent en fait de sa mise en application soient proportionnels à ses effets préjudiciables sur les libertés et droits fondamentaux.<sup>76</sup> [les italiques sont nôtres]

Une mesure de la nature de la riposte graduée serait extrêmement préjudiciable pour le consommateur. Le consommateur se trouverait privé d'un moyen de communication aujourd'hui qualifié d'essentiel, comme l'a notamment souligné le premier ministre britannique Gordon Brown :

A fast Internet connection is now seen by most of the public as an essential service, as indispensable as electricity, gas and water.<sup>77</sup>

Le Parlement européen s'est prononcé, dans le cadre de la révision de certaines directives européennes, sur la question de la déconnexion d'Internet comme sanction :

Reconnaissant que l'Internet est essentiel pour l'éducation et pour l'exercice pratique de la liberté d'expression et l'accès à

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

75. *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835.

76. *Ibid.*

77. Gordon Brown, « The Internet is as vital as water and gas », disponible à l'adresse : [http://www.timesonline.co.uk/tol/comment/columnists/guest\\_contributors/article6506136.ece](http://www.timesonline.co.uk/tol/comment/columnists/guest_contributors/article6506136.ece) (site consulté le 1<sup>er</sup> septembre 2009).

l'information, toute restriction imposée à l'exercice de ces droits fondamentaux devrait être conforme à la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.<sup>78</sup>

En outre, il faut également savoir que la *Loi sur le droit d'auteur* prévoit déjà des recours pour les titulaires de droit en cas de contrefaçons. Ces recours sont prévus aux articles 34 et suivants<sup>79</sup>.

Il faut également prendre conscience de ce qui constitue une difficulté majeure dans l'application de ce type de mesure, qui ne pourra être mise en place que s'il est possible d'identifier les œuvres contrefaites et les auteurs de contrefaçon. Il faut donc fournir des preuves de cette contrefaçon. Bien souvent, la première preuve avancée par les personnes souhaitant poursuivre les utilisateurs des réseaux d'échanges de fichiers consiste en l'adresse IP de l'utilisateur. Or, cette information est détenue par les fournisseurs de services Internet et non par les ayants droit.

Au Canada, la Cour d'appel fédérale s'est prononcée dans le cadre de l'affaire *BMG*<sup>80</sup> sur la façon dont les titulaires de droit devaient procéder pour obtenir cette information tout en garantissant la protection de la vie privée :

*[...] dans les cas où les demandeurs démontrent la légitimité de leur prétention selon laquelle des personnes inconnues violent leur droit d'auteur, ils ont le droit d'exiger que l'identité de ces personnes leur soit révélée afin d'être en mesure d'intenter une action. Toutefois, les cours de justice doivent faire preuve de prudence lorsqu'elles ordonnent une telle divulgation pour s'assurer que l'on empiète le moins possible sur le droit à la vie privée.*<sup>81</sup>  
[les italiques sont nôtres]

78. Position du Parlement européen arrêtée en deuxième lecture le 6 mai 2009 en vue de l'adoption de la directive 2009/.../CE du Parlement européen et du Conseil modifiant les directives 2002/21/CE relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques, 2002/19/CE relative à l'accès aux réseaux de communications électroniques et aux ressources associées, ainsi qu'à leur interconnexion, et 2002/20/CE relative à l'autorisation des réseaux et services de communications électroniques <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=TA&language=FR&reference=P6-TA-2009-0361> (site consulté le 1<sup>er</sup> septembre 2009).

79. *Loi sur le droit d'auteur* (L.R.Q. (1985), ch. C-42) disponible à l'adresse <http://lois.justice.gc.ca/fr/frame/cs/C-42//20090909/fr> (site consulté le 11 septembre 2009).

80. *BMG Canada Inc. c. John Doe*, 2005 CAF 193.

81. *Ibid.*, §42.

Il faut distinguer cette exigence, soit la « légitimité de leur prétention » mentionnée par le juge dans l'arrêt *BMG*, de l'énoncé de l'article 41.25 du projet de loi C-61 qui ne suggérait pour sa part qu'« une prétendue violation »<sup>82</sup>. Le projet de loi C-61 prévoyait une diminution du niveau de preuve requis pour les titulaires de droit, et diminuait de ce fait la protection de la vie privée des citoyens. Or, on peut s'interroger sur le caractère proportionnel d'une telle mesure, entre respect du droit à la vie privée des usagers et renforcement des droits des auteurs. Il semble évident qu'une telle approche modifie l'équilibre qui doit prévaloir dans la *Loi sur le droit d'auteur* et fait dangereusement pencher la balance du côté des ayants droit, faisant fi de certains droits fondamentaux.

Par ailleurs, avant même qu'une mesure du type de la riposte graduée ne soit intégrée dans notre droit, celle-ci serait déjà technologiquement dépassée, les méthodes disponibles pour éviter la détection de l'adresse IP se multipliant sans cesse. En effet, il existe déjà des réseaux d'échanges de fichiers cryptés ou anonymes, le plus connu d'entre eux étant Freenet<sup>83</sup>, mais les alternatives ne manquent pas, comme Ants<sup>84</sup>, Mute<sup>85</sup>, ou encore GNUnet<sup>86</sup>, etc. Il est également possible d'utiliser les services d'un fournisseur de réseau privé virtuel, ce qui là encore garantira un anonymat certain.

Dans cette perspective, il serait beaucoup plus opportun de tirer profit des technologies actuelles pour rémunérer les ayants droit pour des pratiques qui se sont démocratisées, et banalisées, plutôt que de vouloir criminaliser le public et les consommateurs.

### 4.3 Modèles à suivre

L'Espagne, qui a ratifié les traités OMPI et la directive Société de l'Information, a fait preuve en la matière de beaucoup de clairovoyance et d'à-propos. En effet, dans le cadre d'un procès pour télé-

---

82. Article 41.25 du projet de loi C-61, disponible à <http://www2.parl.gc.ca/HousePublications/Publication.aspx?DocId=3570473&Mode=1&Language=F> (site consulté le 6 août 2009).

83. Site Internet du projet de loi à l'adresse <http://freenetproject.org/> (site consulté le 1<sup>er</sup> septembre 2009).

84. Site Internet du projet de loi à l'adresse <http://antsp2p.sourceforge.net/> (site consulté le 1<sup>er</sup> septembre 2009).

85. Site Internet du projet de loi à l'adresse <http://mute-net.sourceforge.net/> (site consulté le 1<sup>er</sup> septembre 2009).

86. Site Internet du projet de loi à l'adresse <http://gnunet.org/> (site consulté le 1<sup>er</sup> septembre 2009).

chargement d'œuvres protégées par des droits d'auteur sur des réseaux d'échanges « Peer-to-peer », un juge espagnol a déclaré :

*Condamner impliquerait la pénalisation d'une pratique socialement admise et d'un comportement largement pratiqué où le but n'est pas de s'enrichir illégalement mais d'obtenir des copies privées.*<sup>87</sup> [les italiques sont nôtres]

D'ailleurs, la jurisprudence espagnole sur la question est maintenant bien fixée<sup>88</sup>.

Ces décisions des juges espagnols semblent avoir irrité le gouvernement américain, qui a placé l'Espagne sur la « watch list » de son « 2009 Special 301 report »<sup>89</sup> :

The United States strongly urges that the Spanish Government take prompt and significant action to address the serious problem of Internet piracy. The Spanish Government has expended minimal effort to change the widespread misperception in Spain that peer-to-peer file sharing is legal.<sup>90</sup>

Néanmoins, et à notre connaissance, l'Espagne n'a pas été poursuivie devant la Cour de justice des communautés européennes pour non-conformité des lois espagnoles avec les directives européennes qui intègrent les traités de l'OMPI. Les lois espagnoles seraient donc conformes aux traités internationaux qu'elles ont ratifiés. Dès lors, les critiques américaines sur l'état du droit espagnol semblent mal fondées<sup>91</sup>.

87. Lire l'article sur le site Internet Numerama à l'adresse <http://www.numerama.com/magazine/3519-Le-partage-par-P2P-est-legal-en-Espagne-selon-la-Justice.html> (site consulté le 1<sup>er</sup> septembre 2009) ; également lire la citation en espagnol sur le site du journal El País : « considerar delito las descargas de música sin ánimo de lucro implicaría la criminalización de comportamientos socialmente admitidos y además muy extendidos en los que el fin no es en ningún caso el enriquecimiento ilícito, sino el ya reseñado de obtener copias para uso privado » [http://www.elpais.com/articulo/internet/juez/Santander/sentencia/descargar/musica/Internet/animo/lucro/delito/elpportec/20061101elpepunet\\_1/Tes](http://www.elpais.com/articulo/internet/juez/Santander/sentencia/descargar/musica/Internet/animo/lucro/delito/elpportec/20061101elpepunet_1/Tes).

88. Lire l'article sur le site Numerama à l'adresse : <http://www.numerama.com/magazine/13049-En-Espagne-un-P2Piste-a-le-droit-de-partager-3322-films.html> (site consulté le 1<sup>er</sup> septembre 2009).

89. 2009 Special 301 Report, disponible à l'adresse : <http://www.ustr.gov/sites/default/files/Full%20Version%20of%20the%202009%20SPECIAL%20301%20REPORT.pdf> (site consulté le 3 septembre 2009).

90. *Ibid.*, p. 31.

91. Il faut noter que le Canada figure également dans ce rapport, le Canada étant dénoncé pour ne pas avoir ratifié les traités internationaux de l'OMPI.

---

Par le passé, certains acteurs de l'industrie ont voulu criminaliser les actes de reproduction effectués par les utilisateurs à leur domicile. La question de la copie privée a été l'objet de nombreux débats. Toutefois :

Realistically, Parliament found it was difficult to detect infringers and adequate enforcement of the law was a somewhat distant hope that would, in effect, only serve to clog the judicial system.<sup>92</sup>

De la même manière, aujourd'hui, l'émergence des plateformes « Peer-to-peer » et des technologies « Bittorrent » posent des questions similaires à celles que nous avons connues au moment de l'avènement des appareils électroniques qui permettaient d'effectuer des copies privées. Détecter les contrefacteurs ne serait pas chose aisée, comme l'a démontré une étude américaine :

Copyright holders utilize inconclusive methods for identifying infringing BitTorrent users. We were able to generate hundreds of DMCA takedown notices for machines under our control at the University of Washington that were not downloading or sharing any content.<sup>93</sup>

Il est à prévoir que l'autorisation d'une mesure du type de la riposte graduée, telle que souhaitée par certains, ne ferait qu'encombrer les tribunaux.

Dans la continuité des décisions sur la copie privée, Lord Templeman précise, dans l'arrêt *Amstrad*, au sujet de la désuétude des dispositions législatives :

From the point of view of society the present position is lamentable. Millions of breaches of the law must be committed by home copiers every year. Some home copiers may break the law in ignorance, despite the extensive publicity and warning notices on records, tapes, and films. Some home copiers may break the law because they estimate that their chances of

---

92. Mark K.J. Rushton et Virginia H.L. Jones, « The Tortoise and the Hare : Canadian legislative copyright reforms race against copyright infringement over Kazaa and other new generation peer-to-peer networks », (2004), 32 *AIPLA Q. J.* 197.

93. Michael Piatek, Tadayoshi Kohno et Arvind Krishnamurthy, « Challenges and Directions for monitoring P2P File Sharing Networks », disponible à l'adresse [http://dmca.cs.washington.edu/dmca\\_hotsec08.pdf](http://dmca.cs.washington.edu/dmca_hotsec08.pdf) (site consulté le 3 septembre 2009).

detection as non-existent. Some home copiers may consider that the entertainment and recording industry already exhibit all the characteristics of an undesirable monopoly, lavish expenses, extravagant earnings and exorbitant profits and that the blank tape is the only restraint on further increases in the price of records. Whatever the reason for home copying, *the beat of Sergeant Pepper and the soaring sounds of Miserere from unlawful copies are more powerful than law abiding instincts or twinges of conscience. A law which is treated with such contempt should be amended or repealed.*<sup>94</sup> [les italiques sont nôtres]

De façon similaire, la loi canadienne sur le droit d'auteur doit être modifiée pour tenir compte des pratiques actuelles des internautes canadiens qui utilisent les technologies d'échanges de fichiers, tout en tenant compte de l'équilibre nécessaire entre droit des auteurs et des ayants droit. Comme la Cour suprême l'a affirmé dans la décision *SCACEM c. ACFI* au §40 :

La possibilité de diffuser des « œuvres artistiques et intellectuelles » grâce à l'Internet est l'une des grandes innovations de l'ère de l'information. Le recours à l'Internet doit être facilité, et non découragé, mais pas de manière injuste, au détriment des auteurs d'œuvres artistiques et intellectuelles.<sup>95</sup>

C'est pourquoi nous proposons, dans ce cadre, l'aménagement de solutions existantes, soit l'extension de la partie VIII de la *Loi sur le droit d'auteur* relative à la copie privée, et l'instauration d'une nouvelle licence.

#### **4.4 Schématisation du fonctionnement des applications « Peer-to-peer » à la lumière des droits des auteurs**

Le fonctionnement des applications « P2P » peut être résumé succinctement comme étant un mode de transfert de fichiers qui permet aux utilisateurs de ces applications d'obtenir des copies de fichiers à partir de sources décentralisées qui permettent à d'autres utilisateurs d'obtenir simultanément des copies de ces mêmes fichiers.

94. *CBS Songs Ltd. c. Amstrad Consumer Elecs.*, [1988] 2 All E.R. 484 (H.L.).

95. *Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c. Association Canadienne des fournisseurs Internet*, [2004] 2 R.C.S. 427.

Ainsi, dans les cas où les fichiers échangés sont des œuvres artistiques ou intellectuelles protégées par le droit d'auteur, les droits des auteurs qui seraient en cause seraient d'une part le droit de reproduction au moment du téléchargement de l'œuvre et, lorsqu'un internaute la communique à d'autres internautes, le droit de communication au public.

## 5. EXTENSION DE LA PARTIE VIII SUR LE DROIT D'AUTEUR

Actuellement, la partie VIII de la *Loi sur le droit d'auteur* est extrêmement limitative, se cantonnant aux supports audio<sup>96</sup>. La Cour d'appel fédérale, dans l'affaire *Canadian Storage Media Alliance*<sup>97</sup>, a d'ailleurs mentionné à ce sujet :

À mon humble avis, c'est au législateur fédéral qu'il appartient de décider si les enregistreurs audionumériques comme les lecteurs MP3 doivent faire partie de la catégorie d'articles assujettis à une redevance en vertu de la partie VIII. Dans sa rédaction actuelle, la partie VIII n'accorde pas le pouvoir d'homologuer des redevances sur ce type d'appareil ou sur la mémoire qui y est intégrée.<sup>98</sup>

Nous suggérons donc l'extension de cette partie VIII de la *Loi sur le droit d'auteur*, notamment aux appareils tels que les enregistreurs audionumériques, mais aussi vidéonumériques tels que Tivo et autres décodeurs à disque dur intégrés, aux appareils téléphoniques qui disposent d'une mémoire permettant de lire des fichiers numériques, aux DVD. L'extension suggérée de cette partie VIII de la *Loi sur le droit d'auteur* devra être rédigée en termes suffisamment ouverts pour inclure les développements technologiques à venir.

Cela permettrait d'intégrer dans la *Loi sur le droit d'auteur* des utilisations qui sont déjà courantes, comme l'enregistrement

---

96. Article 80 de la *Loi sur le droit d'auteur* : « Sous réserve du paragraphe (2), ne constitue pas une violation du droit d'auteur protégeant tant l'enregistrement sonore que l'œuvre musicale ou la prestation d'une œuvre musicale qui le constituent, le fait de reproduire pour usage privé l'intégralité ou toute partie importante de cet enregistrement sonore, de cette œuvre ou de cette prestation sur un support audio. » disponible à l'adresse <http://lois.justice.gc.ca/fr/frame/cs/C-42//20090909/fr> (site consulté le 9 septembre 2009).

97. *Société canadienne de perception de la copie privée c. Canadian Storage Media Alliance*, 2004 CAF 424.

98. *Ibid.*, au §164.



d'émissions de télévision ou autres programmes retransmis par les entreprises de câble ou satellite, ou encore le transfert de fichiers téléchargés sur le réseau Internet sur les lecteurs numériques, tout en permettant une rémunération des ayants droit pour ces reproductions faites par les utilisateurs.

Cependant, il sera également nécessaire de modifier le paragraphe (2) de l'article 80 de la *Loi sur le droit d'auteur*, qui prévoit les limites du droit à la copie privée. En effet, sont exclues la distribution<sup>99</sup> et la reproduction pour communication au public par télécommunication<sup>100</sup> ; or, il pourrait sembler que, lors de l'utilisation des applications de type « P2P », les droits de distribution ou de communication au public par télécommunication pourraient entrer en jeu.

Ces modifications permettraient donc de rétribuer les titulaires de droits pour les reproductions des œuvres, tout en permettant aux consommateurs de télécharger les œuvres, de les reproduire sur leurs différents appareils numériques.

## 5.1 Droit de communication au public

Les applications « P2P » permettent à leurs utilisateurs de communiquer au public les fichiers. À la différence des systèmes fonctionnant avec un serveur centralisé, le « P2P » repose sur une architecture décentralisée où ce sont les utilisateurs qui mettent les fichiers à la disposition des autres utilisateurs de ces applications.

Si les fichiers échangés sont des œuvres artistiques ou intellectuelles, alors il faut tenir compte du droit exclusif de communication au public des auteurs. Dans le cadre de la gestion du droit de communication au public d'œuvres au moyen des applications « peer-to-

---

99. Article 80 de la *Loi sur le droit d'auteur* : « Le paragraphe (1) ne s'applique pas à la reproduction de l'intégralité ou de toute partie importante d'un enregistrement sonore, ou de l'œuvre musicale ou de la prestation d'une œuvre musicale qui le constituent, sur un support audio pour les usages suivants : [...] b) distribution dans un but commercial ou non ; [...] » <http://lois.justice.gc.ca/fr/frame/cs/C-42//20090909/fr> (site consulté le 9 septembre 2009).

100. Paragraphe 80(2) de la *Loi sur le droit d'auteur* : « Le paragraphe (1) ne s'applique pas à la reproduction de l'intégralité ou de toute partie importante d'un enregistrement sonore, ou de l'œuvre musicale ou de la prestation d'une œuvre musicale qui le constituent, sur un support audio pour les usages suivants : [...] c) communication au public par télécommunication ; [...] » <http://lois.justice.gc.ca/fr/frame/cs/C-42//20090909/fr> (site consulté le 9 septembre 2009).

peer » serait créée une société de gestion collective qui serait chargée de percevoir les montants perçus au titre de ce droit.

Il existe dans la *Loi sur le droit d'auteur* des dispositions qui permettraient la gestion collective ; il s'agit de ses articles 70.1 et suivants, qui mentionnent la gestion collective relative aux droits visés aux articles 3, 15, 18 et 21<sup>101</sup>.

Les systèmes alternatifs de compensation sont légion et de nombreux auteurs et associations s'y sont intéressés. L'auteur Litman (Litman 2005,31) en fait le rappel, en énumérant les différents modèles proposés : Fischer, Ku, Lunney, Netanel, Zimmerman, Gervais (Gervais 2005, 315) ou de la fondation EFF. On mentionnera également l'auteur Zarsky (Zarsky 2007, 645), et l'association UFC Que Choisir<sup>102</sup>.

Concernant la question de la conformité d'une telle disposition à la lumière des traités internationaux, la Convention de Rome<sup>103</sup> mentionne à l'article 12 :

Lorsqu'un phonogramme publié à des fins de commerce, ou une reproduction de ce phonogramme, est utilisé directement pour la radiodiffusion ou *pour une communication quelconque au public*, une rémunération équitable et unique sera versée *par l'utilisateur aux artistes interprètes ou exécutants, ou aux producteurs de phonogrammes ou aux deux*. La législation nationale peut, faute d'accord entre ces divers intéressés, déterminer les conditions de la répartition de cette rémunération. [les italiques sont nôtres]

Ainsi, concernant les droits des artistes-interprètes ou des producteurs de phonogrammes, il est tout à fait envisageable d'instaurer un droit à rémunération pour ces titulaires de droit concer-

101. *Loi sur le droit d'auteur* disponible à l'adresse <http://lois.justice.gc.ca/fr/frame/cs/C-42//20090909/fr> (site consulté le 9 septembre 2009).

102. Lire le document de synthèse d'UFC « Que Choisir, La loi Création et Internet : une mauvaise solution à un faux problème », disponible à l'adresse <http://www.quechoisir.org/positions/Etude-de-la-loi-Creation-et-Internet-Une-mauvaise-solution-a-un-faux-probleme/3BCE70FA23559B9AC12575740037BDA4.htm> (site consulté le 9 septembre 2009).

103. Convention internationale sur la protection des artistes interprètes ou exécutants, des producteurs de phonogrammes et des organismes de radiodiffusion, disponible à l'adresse [http://www.wipo.int/treaties/fr/ip/rome/trtdocs\\_wo024.html#P116\\_13209](http://www.wipo.int/treaties/fr/ip/rome/trtdocs_wo024.html#P116_13209) (site consulté le 9 septembre 2009).

nant la communication au public d'œuvres, qui pourrait par exemple être versée par les utilisateurs des applications « P2P ».

Concernant les auteurs, la Convention de Berne<sup>104</sup> dispose en son article 11bis (2) :

Il appartient aux législations des pays de l'Union de régler les conditions d'exercice des droits visés par l'alinéa 1)<sup>105</sup> ci-dessus, mais ces conditions n'auront qu'un effet strictement limité au pays qui les aurait établies. Elles ne pourront en aucun cas porter atteinte au droit moral de l'auteur, ni au droit qui appartient à l'auteur d'obtenir une rémunération équitable fixée, à défaut d'accord amiable, par l'autorité compétente.<sup>106</sup>

Il faut ajouter à cela l'article 8 du traité OMPI WCT<sup>107</sup>, qui précise :

Sans préjudice des dispositions des articles 11.1)ii), 11bis.1)i) et ii), 11ter.1)ii), 14.1)ii) et 14bis.1) de la Convention de Berne, les auteurs d'œuvres littéraires et artistiques jouissent du droit exclusif d'autoriser toute communication au public de leurs œuvres par fil ou sans fil, y compris la mise à la disposition du public de leurs œuvres de manière que chacun puisse y avoir accès de l'endroit et au moment qu'il choisit de manière individualisée.<sup>108</sup>

---

104. Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques, disponible à l'adresse [http://www.wipo.int/treaties/fr/ip/berne/trtdocs\\_wo001.html#P158\\_33109](http://www.wipo.int/treaties/fr/ip/berne/trtdocs_wo001.html#P158_33109) (site consulté le 9 septembre 2009).

105. Article 11bis (1) de la Convention de Berne : « Les auteurs d'œuvres littéraires et artistiques jouissent du droit exclusif d'autoriser :

(i) la radiodiffusion de leurs œuvres ou *la communication publique de ces œuvres par tout autre moyen servant à diffuser sans fil les signes, les sons ou les images* ; [les italiques sont nôtres]

(ii) toute communication publique, soit par fil, soit sans fil, de l'œuvre radiodiffusée, lorsque cette communication est faite par un autre organisme que celui d'origine ;

(iii) la communication publique, par haut-parleur ou par tout autre instrument analogue transmetteur de signes, de sons ou d'images, de l'œuvre radiodiffusée.

disponible à l'adresse [http://www.wipo.int/treaties/fr/ip/berne/trtdocs\\_wo001.html#P158\\_33109](http://www.wipo.int/treaties/fr/ip/berne/trtdocs_wo001.html#P158_33109) (site consulté le 9 septembre 2009).

106. *Ibid.*

107. Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur, [http://www.wipo.int/treaties/fr/ip/wct/trtdocs\\_wo033.html](http://www.wipo.int/treaties/fr/ip/wct/trtdocs_wo033.html) (site consulté le 9 septembre 2009).

108. *Ibid.*

le plus intéressant étant la note accolée à cet article, qui précise :

Il est entendu en outre que rien, dans l'article 8, n'interdit à une Partie contractante d'appliquer l'article 11bis.2.<sup>109</sup>

Le Canada est donc libre de se prévaloir des dispositions d'exception pour la mise en place d'une gestion collective du droit de communication au public.

Ainsi, on pourrait par exemple imaginer un système par le biais duquel les utilisateurs des systèmes « P2P » verseraient de façon volontaire, et tant qu'ils souhaiteraient utiliser les applications de type « P2P » pour s'échanger des fichiers protégés par des droits d'auteur, un montant restant à déterminer aux fournisseurs de services Internet, qui collecteraient pour les sociétés de gestion collective les sommes versées, à charge pour ces sociétés de redistribuer aux auteurs, artistes et producteurs les sommes ainsi perçues.

Les fournisseurs d'accès Internet ont un rôle à jouer, tout comme les applications « P2P » : en effet, les adresses IP des abonnés permettraient de distinguer les abonnés canadiens qui mettent à disposition les œuvres, et cela aiderait à identifier également les titulaires de droit qui doivent recevoir des montants au titre de cette nouvelle licence légale.

Pour garantir l'adhésion des utilisateurs à un tel système, les utilisateurs d'applications « P2P » qui n'adhéreraient pas à cette licence et qui s'échangeraient des fichiers protégés par droit d'auteur s'exposeraient alors à des sanctions.

Cette solution innovante à deux volets permettrait d'une part aux utilisateurs de continuer d'utiliser les applications « P2P » et, d'autre part, de rémunérer les auteurs, artistes-interprètes, ainsi que producteurs pour les téléchargements et communication au public des œuvres sur les plateformes d'échange « P2P ».

---

109. *Ibid.*

## 6. DOMMAGES STATUTAIRES

Les dommages statutaires (ou préétablis) devraient être limités aux seuls cas de « piraterie » tels que définis par Lord Templeman dans la décision *Amstrad*<sup>110</sup> :

There are broadly two types of infringers who concern BPI. First there are 'pirates' who make large numbers of copies of a sound recording *for the purposes of sale*. [...] A home copier makes a copy for his own private use and is thus to be distinguished from a pirate who makes infringing copies for sale.<sup>111</sup> [les italiques sont nôtres]

Les dommages statutaires ne devraient donc être instaurés que dans le cas où les violations du droit d'auteur sont faites dans un but commercial.

Il importe d'éviter que se manifestent en sol canadien les dérives que l'on a pu observer aux États-Unis avec les procès médiatisés de Jammie Thomas<sup>112</sup> ou encore de Joel Tenenbaum<sup>113</sup>, tous les deux condamnés à des dommages nettement excessifs.

## 7. MESURES TECHNIQUES DE PROTECTION

L'article 11 du traité OMPI WCT dispose :

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,

---

110. Précité, note 94.

111. *Ibid.*, p. 488.

112. Il s'agit de la condamnation d'une femme reconnue coupable de téléchargement illégal aux États-Unis et condamnée à payer 1,92 millions de dollars US : [http://en.wikipedia.org/wiki/Capitol\\_v.\\_Thomas](http://en.wikipedia.org/wiki/Capitol_v._Thomas) (site consulté le 10 septembre 2009).

113. Joel Tenenbaum a été condamné à verser 675 000 dollars US pour avoir téléchargé 30 chansons. <http://arstechnica.com/tech-policy/news/2009/07/o-tenenbaum-riaa-wins-675000-or-22500-per-song.ars> (site consulté le 10 septembre 2009).

d'actes qui ne sont pas autorisés par les auteurs concernés ou permis par la loi.<sup>114</sup>

Le professeur DeBeer, dans un article intitulé « Locks and Levies » (DeBeer 2007, 143), revient sur la problématique de ces mesures techniques de protection et mentionne l'adéquation du droit canadien à cette disposition du traité OMPI WCT :

Because “adequate legal protection” can be provided through diverse areas of law, it would be inaccurate to suggest that Canadian law does not contain any anti-circumvention laws [...] Although Canadian law does not include specific prohibitions against circumventing TPMs, like the DMCA does, Canada’s Copyright Act provides some protection. Specifically, TPMs involving computer programs may be protected as literary works. Canada’s Criminal Code also protects TPMs in various ways (DeBeer 2007, 154)

Les mesures techniques de protection ont été l'objet de nombreuses critiques, que ce soit parce que celles-ci procurent des monopoles aux compagnies qui créent les mesures techniques de protection, ou encore du fait du manque d'interopérabilité de ces mesures<sup>115</sup> ; aux États-Unis, les systèmes de protection Content Scramble System (CSS), ou encore le « rootkit » de Sony ont aussi causé plusieurs problèmes. Le « CSS » est décrit dans un article des auteurs Kerr, Maurushat, et Tacit (Kerr *et al.* 2003, 17). Il s'agit d'un système de cryptage des DVD. Les continents sont identifiés par région ; ainsi, un DVD acheté au Canada est identifié comme région 1, alors qu'un DVD acheté en Europe est identifié comme région 2. Les lecteurs DVD ne peuvent lire que les DVD d'une région. Ainsi, un DVD acheté légalement en Europe ne peut être visionné sur un lec-

114. Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur, [http://www.wipo.int/treaties/fr/ip/wct/trtdocs\\_wo033.html](http://www.wipo.int/treaties/fr/ip/wct/trtdocs_wo033.html) (site consulté le 5 août 2009).

115. Dale Clapperton et Stephen Coronos, « Locking in customers, locking out competitors : anti-circumvention laws in Australia and their potential effect on competition in high technology markets » (2006), 30 *Melbourne University Law Review* 657, à la p. 713 :

Legislators in many countries appear to have given insufficient consideration to the need for competition in markets where DRM is employed. In their desire to condemn tools to facilitate copyright infringement, legislators have prohibited the production of DRM-interoperable products unless they meet arbitrary and restrictive conditions. In many cases, it may not be possible to produce or market DRM-interoperable products without running afoul of these laws. The result is a de facto legislative monopoly for the DRM owner to control the production of interoperable products.

---

teur DVD au Canada. De façon similaire, les utilisateurs de système d'exploitation libre ne peuvent lire les DVD qu'en contournant cette protection technique parce que le système de protection CSS en est un propriétaire et les compagnies qui utilisent ce système de protection ont refusé de donner l'accès au code aux systèmes d'exploitation libres. Ironiquement, le système permettant de contourner le CSS, soit le DeCSS, a permis l'élaboration d'une nouvelle technologie, soit le DivX, qui est maintenant utilisé par de grandes compagnies comme Sony...

Un autre épisode malheureux de l'utilisation de ces mesures techniques de protection fut l'instauration par l'entreprise Sony d'un petit programme sur les CD de certains artistes, qui s'installait insidieusement sur les ordinateurs des consommateurs ayant acheté légalement des CD. Le professeur DeBeer résume l'affaire :

Tens of millions of discs included software that was designed to control consumers' uses of music, but which in fact installed on their computers a « rootkit » or another program that interfered with normal system operations, caused serious security vulnerabilities, was practically impossible to uninstall and surreptitiously reported information about users' computers and listening activities. (DeBeer 2007, 153)

En outre, les mesures techniques de protection peuvent restreindre les utilisations légitimes des œuvres, mais également empêcher les utilisateurs d'exercer leur droit à la copie privée, ou encore empêcher l'utilisation de logiciels libres.

L'Electronic Frontier Foundation mentionne également comment ces dispositions sur les mesures techniques de protection peuvent aussi porter atteinte à la liberté d'expression et à la recherche<sup>116</sup>. En effet, des chercheurs ont reçu des injonctions leur interdisant de présenter leurs travaux parce que ceux-ci contrevenaient à certaines dispositions du *Digital Millenium Copyright Act* relatives à la protection légale de ces mesures techniques de protection.

---

116. Lire l'article « Unintended Consequences : Ten Years under the DMCA », disponible à l'adresse <http://www EFF.org/wp/unintended-consequences-ten-years-under-dmca> (site consulté le 10 septembre 2009).

Par ailleurs, les mesures techniques de protection sont en voie d'abandon par la plupart des grandes industries, que ce soit Microsoft<sup>117</sup>, Apple<sup>118</sup>, EMI<sup>119</sup>, Universal<sup>120</sup>, etc.

Dès lors, le Gouvernement se doit de s'interroger sur la pertinence et le bien-fondé d'intégrer spécifiquement de telles dispositions au sein de la *Loi sur le droit d'auteur*, alors que l'échec des mesures techniques de protection est évident, et que celles-ci seraient déjà protégées dans notre arsenal législatif. Nous avons aujourd'hui le recul nécessaire pour affirmer que la protection légale des mesures techniques de protection est dangereuse pour la vie privée des consommateurs, que bien souvent elle porte atteinte à la liberté d'expression et qu'elle limite les utilisations légitimes des œuvres.

## CONCLUSION

Dans le cadre d'un futur projet de loi, il serait opportun de veiller au maintien de l'équilibre entre les droits des auteurs et les droits des utilisateurs, cet équilibre étant à la base même de notre droit d'auteur. Le remettre en cause revient à changer fondamentalement toute l'approche relative à la protection des droits des auteurs, mais également des droits du public. En outre, il n'est pas nécessaire de créer un nouveau droit de mise à disposition dans la *Loi sur le droit d'auteur* pressentie, celui-ci étant déjà présent dans la *Loi sur le droit d'auteur* actuelle, ni de créer un droit de distribution.

Il serait par contre opportun de créer de nouvelles exceptions au droit d'auteur telles que la caricature, la parodie ou le pastiche, et d'étendre la Partie VIII de la *Loi sur le droit d'auteur* afin de per-

---

117. Lire l'article « DRM : 3 ans de plus pour contourner les verrous MSN Music » disponible à l'adresse <http://www.generation-nt.com/drm-msn-music-musique-numerique-microsoft-actualite-110091.html> (site consulté le 10 septembre 2009).

118. Lire l'article « iTunes Plus : bientôt 10 millions de titres sans DRM » disponible à l'adresse <http://www.generation-nt.com/apple-itunes-plus-drm-abandon-musique-telechargement-actualite-212211.html> (site consulté le 10 septembre 2009).

119. Lire l'article « EMI teste l'abandon des DRM sur les CD de musique » disponible à l'adresse <http://www.itespresso.fr/emi-teste-labandon-des-drm-sur-les-cd-de-musique-17557.html> (site consulté le 10 septembre 2009).

120. Lire l'article « Abandon définitif des DRM chez Universal Music Group » disponible à l'adresse <http://www.generation-nt.com/universal-music-drm-abandon-verrous-numeriques-actualite-146341.html> (site consulté le 10 septembre 2009).



mettre les nouvelles utilisations telles que le « format shifting », le « time shifting » et l'usage des plateformes « P2P » pour obtenir des copies privées d'œuvres, tout en rétribuant les titulaires de droit. En outre, il serait tout à fait envisageable de mettre en place une licence légale pour le droit de communication d'œuvres au public par les utilisateurs des plateformes « P2P ». Nous écartons ainsi les mesures de type riposte graduée qui sont à proscrire puisqu'elles remettent en cause l'équilibre dans la *Loi sur le droit d'auteur*, en plus de poser des problèmes de constitutionnalité, tout comme l'utilisation des mesures techniques de protection qui sont abandonnées partout dans le monde. Il serait également judicieux de limiter les dommages statutaires aux actes de contrefaçon effectués en vue d'une exploitation commerciale.

### Bibliographie

- Jeremy DEBEER, « Locks & Levies », (2007) 84 *Denver University Law Review* 143.
- Mihály FICSOR, *The Law of Copyright and the Internet, The 1996 WIPO Treaties, their Interpretation and implementation* (Oxford : OUP, 2002), p. 168.
- Daniel GERVAIS, « The Purpose of Copyright Law in Canada », (2005) 2 *University of Ottawa Law & Technology Journal* 315.
- Daniel GERVAIS, « Application of an extended collective licensing regime in Canada : Principles and issues related to implementation. Study Prepared for Heritage Canada » (2003), [http://aix1.uottawa.ca/~dgervais/publications/extended\\_licensing.pdf](http://aix1.uottawa.ca/~dgervais/publications/extended_licensing.pdf).
- Jane GINSBURG, « A tale of two copyrights : Literary property in revolutionary France and America », (1990) 64 *Tulane Law Review* 991.
- Jane GINSBURG, « The (new ?) right of making available to the public », (2004) <http://ssrn.com/abstract=602623>.
- Gregory R. HAGEN et Niall ENGFIELD, « Canadian Copyright Reform : P2P Sharing, Making Available and the Three Step Test », (2006) 3 *University of Ottawa Law and Technology Journal* 477.
- Anne LATOURNERIE, « Petite histoire des batailles du droit d'auteur », (2001) <http://multitudes.samizdat.net/Petite-histoire-des-batailles-du#nh3>.

- 
- Jessica LITMAN, « Sharing and Stealing », (2005) 27 *Hastings Communication and Entertainment Law Journal* 1.
- André LUCAS et Henri-Jacques LUCAS, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, 3<sup>e</sup> éd., (Paris, Litec, 2006).
- Pierre-Emmanuel MOYSE, « La nature du droit d'auteur : droit de propriété ou monopole ? », (1998) 43 *McGill Law Journal* 1997-1998.
- Sam RICKETSON et Jane GINSBURG, *International Copyright and Neighbouring Rights The Berne Convention and Beyond, Vol. I et II* (Oxford : OUP, 2006).
- Mark K.J. RUSHTON et Virginia H.L. JONE, « The Tortoise and the Hare : Canadian legislative copyright reforms race against copyright infringement over Kazaa and other New Generation peer-to-peer networks », (2004) 32 *AIPLA Quarterly Journal* 197.
- Joshua SCHWARTZ, « Thinking outside the Pandora's box : why the DMCA is unconstitutional under article I, § 8 of the U.S. Constitution », (2004) 10 *Journal of Technology Law and Policy* 93.
- Alain STROWELL, « Le droit d'auteur et le copyright entre histoire et nature », (1993) *Images et usages de la nature en droit*, p. 285 [http://books.google.ca/books?id=beDqVYpkw5oC&pg=PA297&lp\\_g=PA297&dq=condorcet+fragments+sur+la+libert%C3%A9+de+la+presse&source=bl&ots=3uo7xBUDyt&sig=A0nm4lrqaLSRCHrxpYR36JWyzKc&hl=fr&ei=GUh4Sr22KoOGtgfmkNmWCQ&sa=X&oi=book\\_result&ct=result&resnum=7#v=twopage&q=&f=false](http://books.google.ca/books?id=beDqVYpkw5oC&pg=PA297&lp_g=PA297&dq=condorcet+fragments+sur+la+libert%C3%A9+de+la+presse&source=bl&ots=3uo7xBUDyt&sig=A0nm4lrqaLSRCHrxpYR36JWyzKc&hl=fr&ei=GUh4Sr22KoOGtgfmkNmWCQ&sa=X&oi=book_result&ct=result&resnum=7#v=twopage&q=&f=false).
- Thomas D. SYDNOR, « The Making-Available Right Under U.S. Law », (mars 2009), *Progress & Freedom Foundation Progress on Point Paper*, Vol. 16, No. 7. Disponible à l'adresse SSRN : <http://ssrn.com/abstract=1367886>.
- Victor W. TUOMI, « Music, Copyrights, and the Internet : The Copyright board chimes in », (2002) 18 *Canadian Intellectual Property Review* 69.
- Siva VAIDHYANATHAN, « Celestial Jukebox : The paradox of Intellectual property », (2005) *The American Scholar*, Vol. 74, n° 2, p. 131-135.
- Peter YU, « Anticircumvention and Anti-anticircumvention », (2007) 84 *Denver University Law Review* 13.
- Tal ZARSKY, « Assessing Alternative Compensation Models for online content consumption », (2007) 84 *Denver University Law Review* 645.