



THE CANADIAN
BAR ASSOCIATION
L'ASSOCIATION DU
BARREAU CANADIEN

**Mémoire sur le projet
de loi C-32,
*Loi sur la modernisation
du droit d'auteur***

**SECTIONS NATIONALES DE LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE ET
DU DROIT DE LA VIE PRIVÉE ET DE L'ACCÈS À L'INFORMATION
ASSOCIATION DU BARREAU CANADIEN**

Février 2011

AVANT-PROPOS

L'Association du Barreau canadien est une association nationale qui regroupe plus de 37 000 juristes, dont des avocats, des notaires, des professeurs de droit et des étudiants en droit dans l'ensemble du Canada. Les principaux objectifs de l'Association comprennent l'amélioration du droit et de l'administration de la justice.

Le présent mémoire a été préparé par le Groupe de travail sur le droit d'auteur des sections nationales de la propriété intellectuelle et du droit de la vie privée et de l'accès à l'information de l'Association du Barreau canadien, avec l'aide de la Direction de la législation et de la réforme du droit du bureau national. Ce mémoire a été examiné par le Comité de la législation et de la réforme du droit et approuvé à titre de déclaration publique de la Section nationale de la propriété intellectuelle et la Section nationale du droit de la vie privée et de l'accès à l'information de l'Association du Barreau canadien.

TABLE DES MATIÈRES

Mémoire sur le projet de loi C-32, Loi sur la modernisation du droit d'auteur

I.	SOMMAIRE EXÉCUTIF	1
II.	INTRODUCTION	9
III.	MESURES TECHNIQUES DE PROTECTION (MTP).....	10
	A. Le projet de loi C-32 et les MTP	11
	B. Anticontournement et appareils	12
	C. Contrôle de l'accès par opposition au contrôle de la reproduction	12
	D. Exceptions relatives au contournement	13
	E. La recherche d'un équilibre entre droits des utilisateurs et MTP	16
IV.	EXCEPTIONS À LA VIOLATION DU DROIT D'AUTEUR.....	19
	A. Utilisation équitable (art. 29).....	19
	B. Contenu non commercial généré par l'utilisateur (CGU).....	25
	C. Enregistrement pour écoute en différé et changement de support.....	27
	D. Exception pour l'éducation visant la prestation de leçons sur Internet, la reproduction numérique et l'utilisation de contenu Internet	29
	E. Interopérabilité de programmes d'ordinateur, recherche sur le chiffrement, sécurité, reproduction temporaire pour processus technologiques	31
V.	RESPONSABILITÉ / OBLIGATIONS DES FSI ET DES MOTEURS DE RECHERCHE, Y COMPRIS EN MATIÈRE D'« AVIS ET AVIS »	34
	A. Violation – fournisseurs de service	34
	B. Services réseau et services d'hébergement	35
	C. Avis de prétendue violation (« avis et avis »).....	37
VI.	DROIT DE METTRE À LA DISPOSITION DU PUBLIC ET DROIT DE DISTRIBUTION	38
	A. Droit de distribution	38
	B. Mettre à la disposition du public	40

VII.	DOMMAGES-INTÉRÊTS PRÉÉTABLIS.....	41
VIII.	CONCLUSION	44

Mémoire sur le projet de loi C-32, *Loi sur la modernisation du droit d'auteur*

I. SOMMAIRE EXÉCUTIF

Le droit d'auteur est un sujet qui suscite la controverse, mettant en jeu les intérêts d'un vaste éventail de Canadiens et de Canadiennes. Les avocats spécialistes du droit d'auteur représentent donc une multitude de perspectives. En raison de cette diversité, la Section nationale de la propriété intellectuelle et la Section nationale du droit de la vie privée et de l'accès à l'information de l'Association du Barreau canadien (sections de l'ABC) ont choisi de résumer dans le présent mémoire les paramètres légaux des diverses perspectives pertinentes aux politiques sur le droit d'auteur afin d'aider les parlementaires dans leur examen du projet de loi C-32. Le but de toute nouvelle loi sur le droit d'auteur doit consister à concilier les droits de toutes les parties tout en reconnaissant la valeur de la propriété intellectuelle associée au droit d'auteur.

Pour élaborer ce mémoire sur le projet de loi C-32, les sections de l'ABC ont constitué le Groupe de travail sur le droit d'auteur (le Groupe de travail) réunissant des membres de l'ABC ayant des connaissances sur le droit d'auteur et la protection de la vie privée. Ceux-ci n'ont pas toujours pu s'entendre sur l'évaluation de dispositions précises dans l'optique des politiques. Par conséquent, au lieu de présenter des recommandations précises, le Groupe de travail a choisi de cerner les problèmes que pourrait soulever chaque disposition en soulignant la diversité des points de vue à leur égard. Il présente aussi pour chaque sujet un tableau résumant les commentaires pertinents du point de vue, d'une part, des créateurs ou des titulaires de droits d'auteur et, d'autre part, des utilisateurs.

Le Groupe de travail présente des commentaires sous les rubriques suivantes: mesures techniques de protection; exceptions à la violation du droit d'auteur; responsabilité des fournisseurs de services Internet (FSI) et des moteurs de recherche; droit de mettre à la disposition du public et droit de distribution; et dommages-intérêts préétablis. À la fin de chaque rubrique se trouve le tableau mentionné ci-dessus.

Mesures techniques de protection

Le projet de loi C-32 a notamment parmi ses buts déclarés de faire en sorte que le Canada puisse ratifier le Traité sur le droit d'auteur et le Traité sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes de l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (les traités Internet de l'OMPI), et de rehausser la protection des œuvres et autres objets du droit d'auteur par la reconnaissance de mesures techniques de protection (MTP). Le Groupe de travail appuie cette volonté et reconnaît la nécessité de prévoir des dispositions sur les MTP dans la *Loi sur le droit d'auteur*, mais certains de ses membres se demandent si le projet de loi C-32 ne va pas au-delà de ce qui est exigé par ces traités. Certains croient que le projet de loi ne devrait pas s'appliquer à des dispositifs de contournement, puisque l'utilisation de ces dispositifs à mauvais escient serait visée par les dispositions anticontournement, et nul n'est besoin de prévoir des restrictions à des dispositifs pour ratifier les traités Internet de l'OMPI. D'autres croient que de telles restrictions sont nécessaires pour protéger les droits des créateurs d'œuvres protégées par le droit d'auteur et des titulaires de droits.

La portée des exceptions a aussi été signalée comme question méritant d'être examinée. Le projet de loi comprend plusieurs exceptions à l'application des MTP qui abritent d'éventuelles responsabilités les utilisateurs d'œuvres protégées par le droit d'auteur. Il crée aussi un pouvoir de réglementation permettant d'adopter de nouvelles exceptions, au besoin. Certains membres du Groupe de travail pensent que bon nombre des exceptions proposées sont excessivement complexes ou impossibles à appliquer. Par exemple, l'exigence prévue en vertu de l'exception concernant le chiffrement d'informer la partie visée du contournement prévu risque d'être impossible à appliquer, et l'exception ne permet pas nécessairement à des pairs examinateurs de contourner pour évaluer une recherche. De même, les limitations aux exceptions pour la recherche ne répondent pas nécessairement aux besoins de ceux qui doivent recourir à un contournement pour accéder à du contenu à des fins de travaux de recherche liés entre autres aux critiques des médias, aux technologies de recherche et à la diffusion de contenu dans des réseaux. Enfin, on peut se poser des questions sur l'efficacité des exceptions prévues pour permettre le contournement afin de protéger des renseignements personnels ou pour rendre des œuvres protégées par le droit d'auteur perceptible à des personnes ayant une déficience perceptuelle, vu que le projet de loi impose des restrictions à ceux qui apportent une aide technique aux personnes ayant une déficience perceptuelle. De plus, certains membres du Groupe de travail s'inquiètent de ce que la restriction à laquelle

recourent les mesures ne doive pas « nuire indûment » au fonctionnement de la MTP. Il est difficile d'imaginer une situation où cette aide ne nuirait pas au fonctionnement d'une MTP.

Certains membres du Groupe de travail ont aussi évoqué d'éventuelles exceptions supplémentaires au contournement des MTP qui pourraient être prévues par de nouvelles dispositions législatives sur le droit d'auteur : utilisation équitable; archivage numérique; utilisations personnelles; protection des mineurs; programmes de filtrage; et serrures numériques désuètes ou inopérantes. Certains croient aussi à la nécessité d'une disposition générale (comme celle qui figurait dans le projet de loi C-60)¹ permettant aux utilisateurs de contourner une MTP à des fins légitimes. D'autres ont rejeté la nécessité d'une disposition générale puisque le projet de loi pourrait permettre par voie réglementaire qu'une MTP soit contournée dans un but légitime qui ne serait pas déjà prévue.

Exceptions à la violation du droit d'auteur

Le projet de loi C-32 prévoit un certain nombre d'exceptions à la violation du droit d'auteur, visant par exemple l'utilisation équitable, l'enregistrement pour écoute en différé, le changement de support, les utilisations non commerciales et les fins éducatives. En ce qui concerne la modification proposée par le projet de loi C-32 à l'article 29 de la *Loi sur le droit d'auteur*, la disposition actuelle sur « l'utilisation équitable », le Groupe de travail a jugé que des précisions supplémentaires pourraient être nécessaires en vue de l'ajout proposé de la satire, la parodie et l'éducation; ses membres ne se sont toutefois pas entendus sur le sens ou le contenu des changements éventuels. Le problème principal au sujet de la parodie et de la satire est de savoir s'il doit y avoir un dédommagement pour l'utilisation commerciale de l'œuvre visée par une satire ou une parodie. En ce qui concerne l'éducation, la portée de l'exception doit être précisée pour offrir de la certitude et de la clarté aux créateurs et aux utilisateurs du milieu de l'éducation, pour tenter de limiter les litiges et pour pallier d'éventuelles incohérences dans la loi (en particulier, quant aux liens entre la disposition sur l'utilisation équitable et les nombreuses exceptions particulières prévues pour l'éducation dans le projet de loi C-32).

La portée de l'exception visant le contenu généré par l'utilisateur (CGU) a suscité de grands débats au sein du Groupe du travail. Premièrement se pose la question de l'utilisation active par opposition à passive. Par exemple si un site Web permet à ses utilisateurs d'y charger

¹ [Projet de loi C-60, Loi modifiant la loi sur le droit d'auteur](#), 1^{re} session, 38^e législature.

(« upload ») du contenu puis affiche de la publicité à côté de ce contenu (ou même y insère de la publicité), certains membres du Groupe de travail estiment que le site Web utilise le contenu à une fin commerciale. D'autres croient que le site Web sert simplement d'intermédiaire et ne distribue pas « activement » le contenu, et ne devrait pas encourir de responsabilité. Les créateurs et les titulaires de droits d'auteur veulent s'assurer que l'exception ne s'applique pas à des intermédiaires ou à d'autres services qui reproduisent ou communiquent activement du CGU à des fins commerciales, et certains membres du Groupe de travail pensent que la disposition en cause devrait être clarifiée. D'autres sont d'avis que la disposition n'est pas problématique, compte tenu des dispositions de protection dont peuvent se prévaloir les sites Web ou les fournisseurs de services offrant l'hébergement informatique.

Au sujet de l'enregistrement pour écoute en différé et du changement de support, la question centrale abordée par le Groupe de travail est de savoir si les créateurs peuvent et devraient être dédommagés. Il existe actuellement un régime permettant aux créateurs d'œuvres musicales de toucher des redevances sur la vente de supports audio vierges. Cependant, les enregistreurs audionumériques (comme les iPod), les téléphones cellulaires, les ordinateurs et d'autres supports ne sont pas visés. Selon le projet de loi C-32, il n'y aurait pas de dédommagement à l'égard des copies pour usage privé (enregistrement pour écoute en différé et changement de support), mais un créateur ou un titulaire pourrait protéger une œuvre en recourant à une MTP. La question qui se pose pour le législateur est de savoir si un équilibre judicieux a été établi entre les intérêts des utilisateurs et des titulaires.

Le projet de loi propose aussi dans le domaine de l'éducation des modifications qui autoriseraient des utilisations supplémentaires d'œuvres protégées par des établissements d'enseignement sans paiements aux titulaires de droits d'auteur, pour la prestation de leçons sur Internet, la reproduction d'œuvres par voie numérique et l'utilisation de documents Internet. Certains membres du Groupe de travail ont suggéré que ces nouvelles exceptions soient élargies (en supprimant les dates prescrites pour la destruction), tandis que selon d'autres, un dédommagement sous forme de tarif serait en l'occurrence avantageux pour toutes les utilisations sur Internet.

L'article 31 du projet de loi C-32 exempterait les utilisations d'œuvres protégées par le droit d'auteur devant servir à assurer l'interopérabilité de programmes d'ordinateur, à la recherche sur le chiffrement ou à la sécurité, ainsi que les « reproductions temporaires pour processus technologiques ». Cette dernière exception pourrait avoir des conséquences imprévues. Le

Groupe de travail est d'avis qu'elle devrait être examinée pour s'assurer qu'elle correspond à l'objectif de fond qui la sous-tend (c'est-à-dire présumément d'exempter les utilisations passagères dans des transmissions de réseaux) et que sa portée n'est pas excessivement vaste.

Responsabilité / obligations des FSI et des moteurs de recherche, y compris en matière d'« avis et avis »

Le projet de loi C-32 ajoute un paragraphe 27(2.3) à la *Loi sur le droit d'auteur*, de sorte que la prestation d'un service principalement destiné à servir pour violer le droit d'auteur soit elle-même une violation du droit d'auteur. Cette disposition s'accorde avec le principe voulant que la Loi soit neutre sur le plan de la technologie en ajoutant un nouveau genre de violation nécessaire au vu des progrès technologiques. La question est de savoir si l'expression « principalement destiné » (à faciliter des actes constituant une violation du droit d'auteur) garantit que soient visés les fournisseurs délinquants (d'échanges pair à pair et de Torrent, entre autres) sans entraver indûment l'utilisation d'Internet. Certains membres du Groupe de travail croient que les mots créeraient une ambiguïté inutile qui serait favorable aux fournisseurs de services délinquants et encouragerait les litiges. En revanche, d'autres membres croient que l'expression « principalement destiné » est bien choisie pour assurer l'innovation et l'utilisation efficace d'Internet tout en créant une interdiction de la violation.

Le projet de loi C-32 ajouterait à la Loi un article 31.1 dispensant les services réseau de responsabilité pour violation, sous réserve de certaines restrictions. L'article 31.1 serait considéré comme une disposition de protection au Canada, faisant en sorte que les FSI ne puissent pas être tenus pour responsables des actes de leurs utilisateurs. Un des principaux soucis discutés par le Groupe de travail est que les dispositions de protection proposées n'exigent pas l'observation d'une des autres exigences du projet de loi, à savoir les dispositions sur les « avis et avis » (un mécanisme par lequel les titulaires de droits d'auteur peuvent signaler à un FSI ou un moteur de recherche une violation possible, et le FSI ou le moteur de recherche est tenu de transmettre un avis au « propriétaire » du contenu incriminé pour l'en informer). Certains membres du Groupe de travail croient que l'ajout à l'article 31.1 d'un renvoi direct aux dispositions sur les « avis et avis » devrait être envisagé afin que les FSI souhaitant se prévaloir des dispositions de protection soient tenus de respecter les exigences en matière d'avis.

En ce qui concerne les dispositions sur les « avis et avis » elles-mêmes, certains membres du Groupe de travail pensent que le régime proposé pourrait ne pas être satisfaisant pour les titulaires de droits d'auteur parce qu'il n'est pas assorti de dispositions efficaces visant

l'application de la loi ou l'identification de parties mises en cause. Une modification qui a été suggérée obligerait un FSI ou un moteur de recherche à identifier une partie incriminée afin que le titulaire de droit d'auteur puisse intenter un recours civil à son endroit. D'autres croient qu'une ordonnance judiciaire devrait être nécessaire pour exiger la divulgation de l'identité, ceci afin de protéger la vie privée, entre autres. D'autres membres encore croient que le régime d'« avis et avis » de fait existant au Canada a bien fonctionné pendant plus d'une décennie et devrait être expressément sanctionné dans la loi.

Droit de mettre à la disposition du public et droit de distribution

Le projet de loi C-32 modifie le paragraphe 3(1) de la *Loi sur le droit d'auteur* pour traiter du droit de distribution, encore une fois pour permettre la ratification des traités Internet de l'OMPI. Le projet de loi ferait de la distribution de copies légitimes d'une œuvre une infraction dans certaines circonstances (vente ou transfert de propriété après la première vente ou cession autorisée si l'œuvre est un « objet tangible »). Certains membres du Groupe de travail ont exprimé des soucis à propos de l'importation parallèle (marché gris) de biens légitimes fabriqués à l'étranger avec le consentement du titulaire du droit d'auteur. Certains membres se sont aussi demandé si la disposition risquait d'être interprétée de façon à nier le principe de l'« épuisement des droits » au Canada (un droit de limiter l'importation d'un produit tangible n'existe plus une fois qu'il a été commercialisé dans un autre endroit au monde avec le consentement des détenteurs de la propriété intellectuelle pertinente dans ce ressort). Il s'agirait de veiller à ce que les règles de droit existantes au sujet de l'« épuisement des droits » et des « importations parallèles » ne soient pas modifiées par inadvertance.

L'article 3 du projet de loi C-32 modifierait la Loi pour traiter du droit « de mettre à la disposition du public » (le droit exclusif des créateurs d'autoriser toute communication de leurs œuvres au public) prévu par le Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur. La disposition vise l'utilisation répandue de l'échange de fichiers entre pairs. Certains membres du Groupe de travail croient que la disposition est inutile puisque le droit « de mettre à la disposition du public » est reconnu au Canada (du moins pour les auteurs) et qu'elle peut avoir des conséquences négatives non voulues pour l'activité Internet légitime. D'autres membres croient que la disposition clarifie le droit et est nécessaire pour ratifier les traités Internet de l'OMPI.

Dommages-intérêts préétablis

Le projet de loi C-32 prévoit des changements au régime actuel de dommages-intérêts préétablis (montants minimums que les titulaires de droits d'auteur peuvent choisir de demander au lieu des dommages réels). Le projet de loi C-32 limiterait le montant maximal qui peut être réclamé de personnes qui violent un droit d'auteur « dans le cas de violations commises à des fins non commerciales »; il permet aussi la réduction dans certaines circonstances des dommages-intérêts préétablis à un montant inférieur au nouveau minimum de 100 \$ par violation pour les particuliers. Certains membres du Groupe de travail pensent que les modifications proposées au régime des dommages-intérêts préétablis sont conformes aux valeurs canadiennes et évitent une justice punitive. D'autres croient que le régime des dommages-intérêts préétablis est un élément essentiel de l'application de la loi au Canada en matière de droit d'auteur, et qu'il devrait continuer de s'appliquer sans modification étant entendu qu'il existe des moyens de protection pour éviter que des particuliers soient contraints de verser des dommages-intérêts disproportionnés.

Conclusion

Tous les membres du Groupe de travail sont d'accord sur la nécessité d'une réforme de la loi en matière de droit d'auteur afin de faire entrer le Canada dans l'ère numérique. Malgré les différences d'opinions entre eux, ils ont pu s'entendre sur les éléments suivants :

- la Loi devrait comprendre des dispositions sur le contournement des MTP afin de permettre la ratification des traités Internet de l'OMPI;
- la portée des exceptions aux MTP prévues par le projet de loi C-32 mérite d'être soigneusement étudiée pour s'assurer que les exceptions produiront les effets voulus et ne sont pas inutilement complexes ou limitées;
- il y aurait lieu d'envisager de préciser encore la disposition prévoyant la parodie et la satire dans l'exception de « l'utilisation équitable », afin de déterminer si un dédommagement s'impose pour une utilisation commerciale d'une œuvre qui fait l'objet d'une satire ou d'une parodie;
- il serait nécessaire de préciser encore la disposition prévoyant l'éducation comme exception au titre de « l'utilisation équitable », pour offrir de la certitude et de la clarté pour les créateurs et les utilisateurs du milieu de l'éducation ainsi que pour pallier des incohérences au sein de la Loi.

Les sections de l'ABC espèrent que les commentaires exprimés dans le présent mémoire aideront à clarifier les questions de fond qui se posent dans le contexte du projet de loi C-32, et seront utiles au Parlement dans ses délibérations sur le projet de loi.

II. INTRODUCTION

La Section nationale de la propriété intellectuelle et la Section nationale du droit de la vie privée et de l'accès à l'information de l'Association du Barreau canadien (sections de l'ABC) sont heureuses de pouvoir présenter leurs commentaires sur le projet de loi C-32, *Loi sur la modernisation du droit d'auteur*. Le droit d'auteur est un sujet qui suscite la polémique et met en jeu les intérêts d'un large éventail de Canadiens et de Canadiennes. Sont concernés les titulaires de droits d'auteur, qui peuvent être aussi bien des conglomerats du marché du divertissement que des artistes indépendants, et les utilisateurs d'œuvres protégées par le droit d'auteur, y compris des sociétés de radiodiffusion aussi bien que des adolescents téléchargeant de la musique dans le sous-sol de la maison familiale. Les avocats travaillant dans le domaine du droit d'auteur ont un éventail tout aussi vaste de perspectives.

Pour élaborer le présent mémoire, les sections de l'ABC ont constitué le Groupe de travail sur le droit d'auteur (le Groupe de travail) réunissant des membres de l'ABC avec des connaissances sur le droit d'auteur et la protection de la vie privée. Le mémoire n'est pas une analyse exhaustive du projet de loi. Le Groupe de travail a abordé les sujets qu'il croit être les plus importants au sujet du projet de loi C-32 : mesures techniques de protection; exceptions à la violation du droit d'auteur; responsabilité des fournisseurs de services Internet (FSI) et des moteurs de recherche; droit de mettre à la disposition du public et droit de distribution; et dommages-intérêts préétablis.

Les membres du Groupe de travail n'ont pas toujours pu s'entendre sur l'évaluation de dispositions précises dans l'optique des politiques. Par conséquent, au lieu de présenter des recommandations précises, le Groupe de travail a choisi de cerner les problèmes que pourrait soulever chaque disposition en soulignant la diversité des points de vue à leur égard. Il présente aussi pour chaque sujet un tableau résumant les commentaires pertinents du point de vue, d'une part, des créateurs ou titulaires et, d'autre part, des utilisateurs.

Le but de tout nouveau texte de loi sur le droit d'auteur doit être de trouver un équilibre judicieux entre les intérêts de toutes les parties tout en reconnaissant la valeur de la propriété intellectuelle rattachée au droit d'auteur. Nous espérons que notre mémoire sera utile aux parlementaires poursuivant ce but dans leur étude du projet de loi C-32.

III. MESURES TECHNIQUES DE PROTECTION (MTP)

Le Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur (ODA) et le Traité de l'OMPI sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes (OIEP), que le Canada a signés en 1997 mais pas encore ratifiés, ont eu une grande incidence sur le débat au sujet du droit d'auteur au Canada. Ces traités, qu'on appelle collectivement les traités Internet de l'OMPI (Organisation mondiale de la propriété intellectuelle), exigent entre autres « une protection juridique appropriée et des sanctions juridiques efficaces » pour parer le contournement des mesures techniques de protection (MTP), qui doivent être efficaces. Les pays qui ratifient les traités Internet de l'OMPI doivent mettre en place des lois qui protègent contre le contournement des MTP utilisées par les propriétaires de contenu protégé par le droit d'auteur afin de limiter l'accès ou l'utilisation de contenu numérique.

Un des buts déclarés du projet de loi C-32 est de faire en sorte que le Canada puisse ratifier les traités Internet de l'OMPI et rehausser la protection des œuvres et autres objets protégés par le droit d'auteur en reconnaissant les MTP. Le gouvernement a reconnu que la protection des MTP pourrait être nécessaire à l'appui de certains projets d'entreprises :

Le projet de loi reconnaît que certaines protections, comme le contenu à accès restreint sur les sites Web de nouvelles ou les jeux vidéo verrouillés, constituent un outil important pour la protection des œuvres numériques des titulaires du droit d'auteur et une partie importante des modèles d'affaires en ligne et numériques. [...] Même si l'industrie de la musique a pratiquement abandonné le recours aux serrures numériques sur les CD, ces serrures sont encore utilisées par de nombreux services de musique en ligne. Les producteurs de logiciels, l'industrie du jeu vidéo et les distributeurs de films continuent aussi d'utiliser les serrures numériques afin de protéger leurs investissements. De nombreux emplois canadiens reposent sur la rentabilisation de ces investissements. Les entreprises qui choisissent d'utiliser des serrures numériques dans le cadre de leurs modèles d'affaires bénéficieront de la protection de la loi.²

² Industrie Canada, fiche technique, « Ce que dit la nouvelle *Loi sur la modernisation du droit d'auteur* au sujet des serrures numériques » (2 juin 2010), en ligne : <www.ic.gc.ca/eic/site/crp-prda.nsf/fra/rp01182.html>.

Cependant, certains commentateurs, ainsi que certains membres du Groupe de travail, croient que les traités Internet de l'OMPI contiennent des éléments de souplesse et que le projet de loi C-32 va au-delà de ce qui est nécessaire à leur ratification³.

A. Le projet de loi C-32 et les MTP

Le projet de loi C-32 aborde les MTP d'une façon très semblable à ce que prévoit aux États-Unis la *Digital Millennium Copyright Act* (DMCA). Comme la DMCA et les lois de certains autres pays⁴, le projet de loi C-32 crée trois interdictions principales :

1. contourner une MTP;
2. fournir ou offrir au public des services visant le contournement;
3. fabriquer, importer, distribuer, offrir en vente ou fournir une technologie, un dispositif ou une composante conçus ou produits principalement en vue de contourner une MTP.

Le projet de loi C-32 comprend aussi un petit nombre d'exceptions à ces interdictions générales, y compris aux titres de l'application de la loi et de la sécurité nationale, de l'interopérabilité de programmes d'ordinateur, de la recherche sur le chiffrement, de l'information personnelle, de la sécurité, des personnes ayant une déficience perceptuelle, des entreprises de radiodiffusion et des appareils radio.

Selon les dispositions sur les MTP, qui sont essentiellement inchangées par rapport à celles de l'ancien projet de loi C-60, le contournement d'une MTP serait une violation même si l'utilisation prévue de l'œuvre en cause ne constitue pas une violation du droit d'auteur. L'effet est quelque peu atténué par le fait que les recours sont limités au titulaire du droit d'auteur. Par ailleurs, certains membres du Groupe de travail font valoir qu'au vu de récentes décisions de cours d'appel⁵ et du *Librarian of Congress*⁶ aux États-Unis, le projet de loi C-32 va peut-être

³ Voir Michael Geist, « The Case for Flexibility in Implementing the WIPO Internet Treaties: An Examination of the Anti-Circumvention Requirements », dans *"Radical Extremism" to "Balanced Copyright": Canadian Copyright and the Digital Agenda*, Irwin Law, 2010 [Radical Extremism].

⁴ Par exemple, 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, [2001] Journal officiel des Communautés européennes 167/10.

⁵ *MGE UPS Systems, Inc. v. GE Consumer and Indus., Inc* 612 F.3d 760. Le résultat a été confirmé en banc pour différentes raisons, le 29 septembre 2010.

⁶ *Federal Register* /vol. 75, n° 143 /mardi 27 juillet 2010 /Rules and Regulations, p. 4382.

plus loin que la DMCA pour ce qui est de protéger les MTP et de limiter les droits des utilisateurs.

B. Anticontournement et appareils

Une des questions litigieuses entourant le projet de loi C-32 est la décision d'axer les dispositions contre le contournement des MTP sur les appareils⁷. Les dispositions sur les MTP interdisent les dispositifs qui peuvent servir à faciliter un contournement illégal. Dans l'optique de la ratification des traités de l'OMPI, rien n'exige l'interdiction d'appareils. De fait, le projet de loi C-60, qui est mort au Feuilleton en 2006, présentait un modèle qui ne traitait pas des appareils en soi, choisissant plutôt de viser le comportement supposant un contournement comme violation du droit d'auteur.

Certains membres du Groupe de travail avaient des réserves au sujet de l'interdiction de dispositifs, surtout du fait que de nombreux dispositifs qui peuvent servir à contourner des MTP peuvent aussi servir à des fins légitimes et même à protéger les droits des particuliers au respect de la vie privée. Nombreux sont ceux qui croient que l'interdiction de dispositifs n'est pas plus logique que ne le serait l'interdiction des photocopieurs, des magnétoscopes ou des ordinateurs – qui tous peuvent servir à des fins tant légitimes qu'illégitimes. Les membres du Groupe de travail croient que la loi ne devrait pas avoir pour effet d'interdire un dispositif qui a une importante utilisation légitime. Il s'agit d'un principe reconnu de longue date dans les domaines du droit d'auteur et des brevets.

C. Contrôle de l'accès par opposition au contrôle de la reproduction

Le Groupe de travail a tenu compte de l'intense débat entre ceux qui croient que les traités Internet de l'OMPI exigent la protection de mesures de « contrôle de l'accès » et ceux qui soutiennent qu'ils exigent seulement la protection des mesures de « contrôle de la reproduction ». Le codage régional qui empêche les consommateurs nord-américains de visionner des disques de format DVD ou BlueRay d'Asie ou d'Europe est un exemple de mesure de contrôle de l'accès. Les mesures de contrôle de la reproduction sont plus limitées et protègent contre la reproduction d'œuvres protégées, mais non contre l'accès. Par exemple, les vidéocassettes protégées par le codage Macrovision peuvent être visionnées n'importe où, mais

⁷ Voir les articles 41 et suivants modifiés qui sont proposés.

elles comportent une technologie entravant ou empêchant la reproduction. Un autre exemple commun est l'utilisation des mesures de sécurité des documents PDF pour empêcher la reproduction du contenu d'un document électronique.

Le projet de loi C-32 souscrit au concept plus vaste de « contrôle de l'accès », mais certains membres du Groupe de travail croient que ce n'est pas nécessaire aux fins des traités Internet de l'OMPI et que ce serait contre-productif et nuisible pour les Canadiens. Ils mettent par exemple en cause l'opportunité d'empêcher que des disques DVD ou BlueRay achetés à l'étranger ou envoyés en cadeau soient accessibles au Canada, puisque la restriction produit d'évidents effets négatifs sur le plan de la diversité culturelle et même de la liberté d'expression.

D. Exceptions relatives au contournement

Le projet de loi prévoit plusieurs exceptions à l'application de la protection des MTP qui abritent d'éventuelles responsabilités les utilisateurs d'œuvres protégées par le droit d'auteur. Il crée aussi un pouvoir réglementaire de prévoir de nouvelles exceptions au besoin.

Certains membres du Groupe de travail pensent que plusieurs des exceptions proposées sont excessivement complexes ou impossibles à appliquer. Ils ont en particulier soulevé les problèmes suivants :

Exception concernant la recherche sur le chiffrement – Cette exception exige que le chercheur informe la partie concernée de son intention de contourner à des fins de recherche, ce qui peut être difficile ou impossible, tout dépendant de la nature de la recherche.

L'exception concernant le chiffrement risque aussi de créer une restriction à l'évaluation par les pairs, qui est un aspect essentiel du processus scientifique et qui est souvent nécessaire à la publication des résultats. À moins que les pairs examinateurs ne soient considérés comme des collaborateurs, le paragraphe 41.13(3) proposé limite leur droit de contourner pour évaluer une recherche.

Exception concernant le respect de la vie privée – Les MTP suscitent notoirement une préoccupation généralisée quant à leurs implications sur le plan du respect de la vie privée. Divers commissaires à la vie privée du Canada ont écrit au gouvernement dans le passé pour souligner les implications de projets de loi sur le droit d'auteur pour la vie privée, y

compris en ce qui concerne les MTP⁸. Même si la *Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques* (LPRPDE) et d'autres lois générales sur le respect de la vie privée dans le secteur privé s'appliqueront à de nombreuses situations (mais pas toutes) où des organisations recueillent, utilisent et communiquent des renseignements personnels au moyen de MTP, le projet de loi C-32 propose des protections supplémentaires de la vie privée adaptées au contexte du droit d'auteur. Dans l'optique des dispositions anticcontournement, on voit ainsi une exception visant à protéger les renseignements personnels (article 41.14 proposé).

L'efficacité de l'exception est incertaine parce que les particuliers n'auront en général pas les connaissances ou les moyens voulus pour contourner les MTP en vue de protéger leurs renseignements personnels. Les particuliers auront besoin d'une aide technique pour le faire. Même si le paragraphe 41.14(2) prévoit une exception pour ceux qui apportent une aide technique afin de permettre le contournement en vue de la protection des renseignements personnels, il est encore incertain que les particuliers seront en mesure de profiter de l'exception. L'exception est valable seulement « dans la mesure où les services, la technologie ou le dispositif ou composant ne nuisent pas indûment au fonctionnement de la mesure technique de protection ». Une fois que la plupart des mesures technologiques sont contournées, le contenu protégé est en clair. En d'autres termes, il est difficile de concevoir qu'un service permettant le contournement d'une MTP en vue de protéger les renseignements personnels ne nuirait pas indûment au fonctionnement de la MTP.

Exceptions pour la recherche – Le projet de loi C-32 prévoit deux exceptions pertinentes aux chercheurs : l'article 41.13 proposé pour la recherche sur le chiffrement et l'article 41.15 proposé pour la vérification de la sécurité. Parmi les chercheurs peuvent figurer un vaste éventail de personnes qui ont besoin de contourner afin d'accéder à du contenu, par exemple aux fins de critiques des médias, de recherches sur les technologies ou de diffusion de contenu dans des réseaux. De nombreux chercheurs peuvent se trouver dans l'impossibilité d'effectuer leur recherche sans les exceptions limitées.

Exception pour les Canadiens ayant une déficience perceptuelle – La gestion des droits numériques (GDN) peut limiter ou éliminer la possibilité d'utiliser des technologies pour lire du texte à haute voix, de sorte que le contenu soit inaccessible à des personnes qui ont une déficience

⁸ Voir par exemple la lettre de Jennifer Stoddart, commissaire à la protection de la vie privée du Canada, aux ministres Prentice et Verner (18 janvier 2008), en ligne : www.priv.gc.ca/parl/2008/let_080118_f.cfm; lettre de Jennifer Stoddart, commissaire à la protection de la vie privée du Canada, aux ministres Oda et Bernier (17 mai 2006), en ligne : www.priv.gc.ca/media/let/let_ca_060517_f.cfm; lettre de David Loukidelis, commissaire à l'information et à la protection de la vie privée de la Colombie-Britannique, aux ministres Oda et Bernier (17 mai 2006), en ligne : http://oipc.bc.ca/publications/Comm_Public_Comments/F06-28751.pdf; lettre ouverte d'Ann Cavoukian, commissaire à l'information et à la protection de la vie privée de l'Ontario, aux ministres Oda et Bernier (12 mai 2006), en ligne : www.ipc.on.ca/images/Resources/up-drm_letter.pdf; et lettre de Frank Work, commissaire à l'information et à la protection de la vie privée de l'Alberta, aux ministres Oda et Bernier (26 mai 2006), en ligne : www.oipc.ab.ca/ims/client/upload/Copyright_ltr_May_26_06.pdf.

perceptuelle. Le paragraphe 41.16(1) proposé prévoit une exception permettant aux personnes ayant une déficience perceptuelle de contourner à la seule fin de rendre perceptible du contenu protégé par le droit d'auteur. Il souffre ainsi des mêmes faiblesses que l'exception concernant la protection de la vie privée, de même que l'exception semblable du paragraphe (2) s'appliquant à une personne qui fournit une aide technique au contournement à des personnes ayant une déficience perceptuelle. Le but même du contournement est d'assurer l'accès au contenu pour les personnes ayant une déficience perceptuelle. Le contenu sera évidemment en clair puisque c'est ce qui est nécessaire pour assurer l'accès voulu. Il est difficile de concevoir des circonstances où le dispositif ou les services utilisés ne nuiraient pas indûment au fonctionnement de la MTP.

Le projet de loi confère aussi au gouvernement le droit de prévoir par voie de règlement de nouvelles exceptions, en précisant les critères applicables en l'occurrence. Certains membres du Groupe de travail croient qu'il devrait y avoir une structure administrative chargée d'examiner périodiquement l'utilisation faite de ce pouvoir. D'autres croient que l'article 41.21 proposé prescrit un processus souple qui permettra au gouvernement d'envisager de nouvelles exceptions quand il le jugera opportun, le cas échéant.

Certains membres du Groupe de travail ont évoqué d'autres exceptions éventuelles qui ne se trouvent pas présentement dans le projet de loi :

Utilisation équitable – La disposition anticontournement ne contient pas d'exception expresse pour l'utilisation équitable, de sorte que les Canadiens qui contournent une MTP pour des fins liées à la recherche, l'étude privée, le journalisme ou la critique (ou la parodie, la satire ou l'éducation, si les changements à l'utilisation équitable sont adoptés) peuvent violer la loi nonobstant que leur utilisation prévue d'une œuvre protégée par le droit d'auteur est par ailleurs permise.

Archivage numérique – Le projet de loi C-32 laisse essentiellement de côté la question des obstacles créés par la GDN à la préservation de contenu numérique, ce qui pourrait entraver la capacité des services d'archives de préserver l'histoire canadienne sous forme numérique. Le projet de loi prévoit une limitation à la responsabilité des services d'archives à l'égard du contournement, et indique que l'archivage serait éventuellement un facteur pour de nouvelles exceptions, mais rien ne garantit que l'archivage numérique ne sera pas entravé par les dispositions anticontournement.

Utilisations personnelles – De nombreux Canadiens croient qu'ils devraient avoir le droit à une utilisation personnelle équitable de leurs biens sans que la loi en fasse des délinquants. Le fait de distinguer les utilisations commerciales et les utilisations personnelles de contenu protégé par le droit d'auteur aurait l'avantage non seulement de préserver les utilisations personnelles, mais aussi d'imposer à ceux qui utilisent des MTP de veiller à ce que le public conserve ses droits. Il faut noter toutefois que certaines

utilisations non commerciales sont déjà protégées en vertu du droit sur le droit d'auteur.

Protection des mineurs – Les dispositions anticcontournement du projet de loi C-32 ne prévoient pas une exception explicite pour la protection des mineurs d'âge. Par exemple, des parents peuvent chercher à empêcher leurs enfants de regarder certaines scènes d'un film. En vertu du projet de loi C-32, un parent qui veut le faire en recourant à des services comme ClearPlay pour modifier du contenu pourrait se trouver à violer la loi. À Taïwan, les dispositions anticcontournement prévoient une exception générale pour protéger les mineurs. La *Copyright Act* de Singapour comporte une exception à la disposition anticcontournement pour les cas où le contournement vise à « empêcher l'accès par des mineurs d'âge à du contenu Internet ». Des services comme ClearPlay pourraient profiter d'une telle exception.

Programmes de filtrage – Les programmes de filtrage peuvent servir à filtrer ou bloquer du contenu inapproprié ou violant les droits d'auteur, mais ils peuvent aussi avoir une portée trop vaste et bloquer du contenu parfaitement légitime. La seule façon pour une partie de déterminer si son site figure dans la liste de sources bloquées est d'accéder aux listes se trouvant dans un programme – ce qui exige habituellement le contournement. En 2000, le *Copyright Office* des États-Unis a estimé qu'une exception était nécessaire pour les programmes de filtrage. Il a réaffirmé sa décision en 2003.

Serrures numériques désuètes ou inopérantes – Le projet de loi C-32 n'aborde pas la question du contournement de MTP désuètes ou inopérantes. Le *Registrar of Copyrights* des États-Unis a établi en 2000 une exception visant précisément cette situation.

Par ailleurs, certains membres du Groupe de travail croient qu'il devrait y avoir une disposition générale dans le projet de loi C-32 (comme il y en avait dans le projet de loi C-60) permettant aux utilisateurs de contourner une MTP à des fins légitimes. Ces membres croient qu'une telle disposition serait compatible avec les traités Internet de l'OMPI, tandis que d'autres en doutent. D'autres encore ne croient pas à la nécessité d'une disposition générale étant entendu que le contournement de MTP à des fins légitimes qui n'est pas déjà prévu pourrait faire l'objet d'une exception par voie de règlement.

E. La recherche d'un équilibre entre droits des utilisateurs et MTP

Certains pays ont constaté qu'une combinaison de GDN et de dispositions législatives anticcontournement peuvent effectivement éliminer les droits des utilisateurs ou les exceptions au droit d'auteur dans l'environnement numérique. L'Italie, la Norvège et le Danemark figurent parmi les pays qui ont adopté une perspective voulant que les droits soient assortis de

responsabilités. En l'occurrence, si les entreprises vont obtenir de nouveaux droits légaux pour la GDN, elles doivent aussi assumer la responsabilité de déverrouiller leur contenu lorsque des utilisateurs le leur demandent pour des buts licites.

En outre, une des préoccupations persistantes à l'égard des dispositions anticcontournement est la possibilité que les règles légales créent des incitations à utiliser – éventuellement à mauvais escient – les MTP. En France, la loi sur le droit d'auteur établit une autorité en matière de GDN chargée d'assurer l'interopérabilité. L'autorité est un organisme administratif indépendant voué aux MTP. La création d'un organe spécifique à ces questions constitue une reconnaissance de la nécessité d'un examen régulier des préoccupations suscitées par l'utilisation de MTP soutenues par des mesures législatives anticcontournement. Le projet de loi C-32 ne prévoit aucune protection contre les conséquences non voulues des dispositions anticcontournement.

En somme, le Groupe de travail a conclu qu'il importe d'avoir des dispositions sur les MTP dans la *Loi sur le droit d'auteur* pour pouvoir ratifier les traités Internet de l'OMPI, mais aucune entente n'est intervenue sur la portée de la protection, l'inclusion des appareils et la portée des exceptions pour les MTP. Certains membres du Groupe de travail croient que le projet de loi devrait être modifié pour supprimer les restrictions aux dispositifs de contournement, étant entendu que leur mauvaise utilisation serait visée par les dispositions anticcontournement et qu'il n'est nul besoin de limiter les dispositifs pour pouvoir ratifier les traités Internet de l'OMPI. D'autres croient que des restrictions aux dispositifs de contournement sont nécessaires pour protéger les droits des créateurs d'œuvres protégées par le droit d'auteur et des titulaires de droits. La portée des exceptions a aussi été signalée comme une question qui mérite d'être examinée. Le Groupe de travail a commenté certains aspects des exceptions existantes et décrit certaines exceptions supplémentaires qui devraient être prévues, y compris pour l'utilisation équitable et la protection des mineurs.

Par souci de clarté, le Groupe de travail a dressé des tableaux, des points de vue du titulaire des droits d'auteur et de l'utilisateur d'œuvres protégées par le droit d'auteur, balisant le débat sur les MTP (ainsi que sur les autres enjeux abordés dans le présent mémoire).

Perspective du titulaire / créateur	Perspective de l'utilisateur
<p>Les dispositions sur les MTP permettront présumément au Canada de ratifier les traités Internet de l'OMPI. Les titulaires de droits d'auteur qui le souhaitent peuvent recourir à des MTP, mais il reste des inquiétudes que les exceptions concernant le contournement pourraient priver les titulaires d'une protection adéquate dès lors que les utilisateurs pourraient – dans certaines circonstances – contourner les MTP impunément.</p> <p>Les titulaires reconnaissent qu'il peut y avoir des raisons légitimes justifiant le contournement des MTP dans certaines circonstances précises. L'article 41.21 prévoit même l'adoption par voie de règlement d'autres genres d'exceptions pour lesquelles il n'y a aucune disposition précise dans le projet de loi. Cependant, les titulaires ne sont guère favorables au contournement sans protection adéquate.</p>	<p>Les dispositions sur les MTP permettront présumément au Canada de ratifier les traités Internet de l'OMPI, mais les utilisateurs croient que la protection prévue par le projet de loi C-32 va trop loin. La plupart des utilisateurs croient que les traités Internet de l'OMPI exigent une protection uniquement au titre de MTP de « contrôle de la reproduction », et non de mesures de « contrôle de l'accès ». Le projet de loi C-32 adopte justement cette dernière option, ce que les utilisateurs jugent excessif.</p> <p>De nombreux utilisateurs croient à la nécessité non seulement d'une protection pour les MTP, mais aussi d'une protection contre les MTP. Le projet de loi C-60 de 2005 réalisait un meilleur compromis, où le contournement est permis dans le cas de fins par ailleurs légales, comme l'utilisation équitable, sans qu'il y ait d'interdiction fondamentale de dispositifs. L'interdiction des dispositifs de contournement va trop loin et dépasse largement les exigences des traités Internet de l'OMPI.</p> <p>L'interdiction de dispositifs qui ont d'importantes utilisations ne violant pas les droits serait contre-productive pour l'innovation et incompatible avec les principes fondamentaux du droit de la propriété intellectuelle.</p>
<p>Un régime est nécessaire pour parer à l'abus des exceptions permettant le contournement, surtout si une exception générale au titre des « fins légales », comme il s'en trouvait dans le projet de loi C-60, est adoptée par voie de règlement.</p>	<p>Le projet de loi C-32 l'emporterait sur les dispositions visant l'utilisation équitable de la <i>Loi sur le droit d'auteur</i>, en permettant les protections au moyen de MTP sans permettre de contournement. Les utilisateurs croient que le contournement en vue d'une utilisation équitable et d'autres fins légales devrait être permis, et clarifié dans la Loi.</p>

Perspective du titulaire / créateur	Perspective de l'utilisateur
Les créateurs et les titulaires tiennent à s'assurer que le titulaire de droit d'auteur dispose d'un droit d'action viable si une MTP est violée ou percée, et qu'il y ait des pénalités valables et applicables. Il n'est nullement nécessaire de préciser que la protection des MTP se limite aux œuvres protégées par le droit d'auteur puisque seul un titulaire de droit d'auteur a le pouvoir d'exécuter les dispositions anticcontournement.	Le projet de loi ne semble pas limiter la protection des MTP aux œuvres protégées par le droit d'auteur. Elle pourrait s'étendre à des œuvres appartenant au domaine public dès lors qu'elles se trouvent dans une compilation ou une autre forme « à valeur ajoutée » protégée par des MTP. Le contournement des MTP devrait être permis dans de telles circonstances, pour garantir le droit d'accès et le droit de reproduction de tout contenu appartenant au domaine public.
Des dommages-intérêts préétablis pourraient être versés pour le contournement d'une MTP.	Il ne devrait pas y avoir de dommages-intérêts préétablis pour le contournement de MTP, par quelque personne que ce soit, à des fins non commerciales.

IV. EXCEPTIONS À LA VIOLATION DU DROIT D'AUTEUR

Le projet de loi C-32 comprend un certain nombre d'exceptions à la violation du droit d'auteur, y compris aux titres de l'utilisation équitable, de l'enregistrement pour écoute en différé, du changement de support, d'utilisations non commerciales et d'utilisations en éducation.

A. Utilisation équitable (art. 29)

1. Généralités

Le projet de loi C-32 prévoit une modification à l'article 29, la disposition sur l'« utilisation équitable » de la loi actuelle. Jusqu'à ce que la Cour suprême du Canada rende sa décision dans l'affaire *CCH*⁹ en 2004, l'article 29 avait été interprété de façon restrictive et il était généralement supposé que les exceptions pour les utilisateurs devaient être comprises dans un sens étroit. Dans *CCH*, la Cour suprême, par la voix de la juge en chef McLachlin, a affirmé que les exceptions comme celle prévue pour la recherche correspondent à des droits des utilisateurs et doivent recevoir une interprétation large et libérale. Cet arrêt s'inscrivait dans la foulée d'une autre importante décision de la Cour suprême, *Théberge c. Galerie d'Art du Petit Champlain inc.* (2002), dans laquelle le juge Binnie affirmait la nécessité de déterminer le « juste équilibre » dans le domaine du droit d'auteur :

⁹ *CCH Canadienne Ltée c. Barreau du Haut-Canada*, 2004 CSC 13.

Un contrôle excessif de la part des titulaires du droit d'auteur et d'autres formes de propriété intellectuelle pourrait restreindre indûment la capacité du domaine public d'intégrer et d'embellir l'innovation créative dans l'intérêt à long terme de l'ensemble de la société, ou créer des obstacles d'ordre pratique à son utilisation légitime. Ce risque fait d'ailleurs l'objet d'une attention particulière par l'inclusion, aux art. 29 à 32.2, d'exceptions à la violation du droit d'auteur...¹⁰

En revanche, les défenseurs des créateurs et les titulaires de droits d'auteur demandent si une interprétation libérale des droits des utilisateurs respecte adéquatement l'origine des droits de propriété intellectuelle, censés apporter l'encouragement nécessaire à la création en assurant au créateur ou au titulaire la capacité de conserver des droits économiques et moraux lui permettant de contrôler l'œuvre même diffusée auprès du public.

Le projet de loi C-32 élargirait le sens de l'utilisation équitable pour englober la parodie, la satire et l'éducation. Les membres du Groupe de travail ont exprimé des opinions divergentes sur la nécessité et l'incidence des changements proposés. Certains croient que la jurisprudence actuelle est allée assez loin dans l'élargissement du concept d'« utilisation équitable » ou des « droits des utilisateurs », tandis que d'autres ont bien accueilli les changements. Quelques-uns croient même que certains changements aux exceptions ne vont pas assez loin. En outre, il est des membres du Groupe de travail estimant qu'au vu des décisions récentes, aux États-Unis, de cours d'appel¹¹ et du *Librarian of Congress*¹², le projet de loi C-32 n'accorderait pas aux Canadiens les mêmes droits des utilisateurs à une utilisation équitable que ceux dont bénéficient les Américains, y compris le droit général de contourner légalement pour des utilisations équitables légitimes.

Certains membres du Groupe de travail croient qu'il doit y avoir un « équilibre des intérêts » entre les créateurs et les utilisateurs. D'autres ne sont pas de cet avis, estimant que le concept d'équilibre, dans le domaine du droit d'auteur :

[TRADUCTION]

... a ses limites en tant qu'outil d'interprétation au sens où : 1) il simplifie à l'excès les objectifs de fond de la *Loi sur le droit d'auteur*, en particulier lorsque l'équilibre est considéré comme se jouant entre deux intérêts

¹⁰ *Théberge c. Galerie d'Art du Petit Champlain inc.*, 2002 CSC 34, [2002] 2 R.C.S. 336, para. 32.

¹¹ *MGE UPS Systems, Inc. v. GE Consumer and Indus., Inc.*, supra note 5.

¹² *Supra* note 6.

concurrents; et 2) il suggère une forme d'égalité entre les intérêts des utilisateurs et des créateurs qui ne se trouve pas dans la loi.¹³

Pour cette raison, certains membres du Groupe de travail croient qu'il importe que le projet de loi C-32 incorpore les termes du « test des trois étapes » pour s'assurer que les tribunaux limitent les exceptions à des cas spéciaux qui ne s'opposent pas à l'exploitation normale de l'œuvre et qui n'empiètent pas déraisonnablement sur les intérêts légitimes de l'auteur, y compris le droit à une rémunération équitable¹⁴.

Les membres du Groupe de travail ont convenu qu'il serait nécessaire de clarifier certains des changements proposés.

2. Parodie, satire et éducation en tant qu'utilisations équitables

L'exception prévue par le projet de loi C-32 pour la satire et la parodie vise vraisemblablement à faire suite à la décision très critiquée de la Cour fédérale (Section de première instance) *Compagnie Générale des Établissements Michelin-Michelin & Cie c. TCA-Canada et autres* (1996), parfois considérée comme ayant limité la liberté d'expression au Canada¹⁵. Les utilisateurs soutiennent que l'exception proposée pour la satire et la parodie ne prive les titulaires de droits d'auteur d'aucune source importante de revenus et permet le travail des créateurs au Canada. L'exception serait compatible avec la loi en Australie¹⁶ et aux États-Unis¹⁷.

Certains titulaires de droits d'auteur s'opposent à cette exception au motif qu'elle conférerait à d'autres créateurs et utilisateurs un contrôle à l'égard d'œuvres protégées par le droit d'auteur.

¹³ « Overbalancing: The Supreme Court of Canada and the Purpose of Canada's Copyright Act », *Canadian Intellectual Property Review*, vol.25, n° 2, décembre 2009.

¹⁴ Le test des trois étapes découle de la Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques (1967). Il exige que toute « exception » en vertu de la loi sur le droit d'auteur soit limitée à (1) des cas particuliers (2) qui ne portent pas atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre (3) ni ne causent un préjudice injustifié aux intérêts légitimes de l'auteur. Ce test ne s'applique pas aux exceptions pour l'éducation ou du moins aux exceptions pour l'enseignement, qui sont abordées dans une autre disposition de la Convention de Berne (10(2)), qui permet des exceptions pour l'enseignement pour une utilisation conforme aux bons usages dans la mesure justifiée par le but de l'enseignement.

¹⁵ *Compagnie Générale des Établissements Michelin-Michelin & Cie c. TCA-Canada et autres* (1^{re} inst.), [1997] 2 C.F. 306. Selon cette décision, une caricature du personnage « Bidendum » de Michelin piétinant des syndiqués constituait une violation de droit d'auteur. Les arguments évoquant la liberté d'expression n'ont pas porté.

¹⁶ *Copyright Act* (1968), art. 41A (Australie).

¹⁷ *Campbell v. Acuff-Rose Music* (92-1292), 510 U.S. 569 (1994).

Il pourrait en découler une dilution de la vigueur ou du caractère de l'œuvre. Ils s'inquiètent aussi du fait que l'exception minerait la possibilité d'accorder une licence à l'égard d'une œuvre à des fins de parodie. Pour le Groupe de travail, il n'est pas clair que l'exception pour utilisation équitable éliminerait la nécessité d'une licence dans le cas d'une utilisation commerciale (p. ex., une parodie d'une œuvre musicale).

Bien qu'il soit dans l'intérêt de la société de permettre la parodie et la satire (et de permettre que l'auteur d'une parodie ou d'une satire en tire profit), le Groupe de travail s'est demandé s'il est équitable de permettre qu'un tiers profite financièrement de l'exploitation de l'œuvre d'un autre créateur lorsque cette œuvre est utilisée, en entier ou en partie, sans dédommagement. Aux États-Unis, la Cour suprême a déterminé dans la décision « *Pretty Woman* » de 1994¹⁸ que même une parodie manifestement commerciale peut être une utilisation légitime pourvu qu'elle suppose une transformation suffisante. Le cas échéant, il ne faudrait ni permission ni paiement pour avoir le droit de réaliser la parodie bien qu'un paiement serait requis pour le droit d'exécution d'une chanson parodiée. Certains membres du Groupe de travail pensent qu'il faudrait plus de précisions dans le projet de loi C-32 pour définir la portée de l'exception pour la parodie et la satire, y compris la mesure dans laquelle l'exception s'applique à la parodie et la satire créées pour des fins commerciales.

Certains membres du Groupe de travail ont soulevé des préoccupations au sujet des droits moraux, en particulier du droit à la préservation de l'intégrité d'une œuvre, au sens du paragraphe 14.1(1) de la *Loi sur le droit d'auteur*. Certains membres du Groupe de travail se sont demandé si les droits à la parodie et à la satire au titre de l'utilisation équitable doivent l'emporter sur les droits moraux du créateur. Certains membres du Groupe de travail croient que les droits moraux méritent une considération particulière par rapport à la parodie et la satire, tandis que d'autres croient à la possibilité d'une coexistence sans autres précisions, comme dans d'autres pays tel que l'Australie¹⁹.

L'ajout proposé de l'« éducation » comme exception au titre de l'utilisation équitable a été bien accueilli par de nombreux intervenants du secteur de l'éducation et décrié par d'autres, comme les créateurs et ceux qui assurent la gestion collective de droits d'auteur. Des groupes

¹⁸ *Campbell v. Acuff-Rose Music* (92-1292), 510 U.S. 569 (1994).

¹⁹ *Copyright Act 1968* (modifiée), art. 41(a) (Australie).

d'utilisateurs de droits d'auteur souhaiteraient plus de clarté sur la portée de l'exception au titre de l'éducation, tandis que les titulaires de droits d'auteur préféreraient qu'elle soit simplement supprimée.

Les mesures législatives tant actuelles que proposées contiennent des dispositions permettant aux établissements d'enseignement et aux bibliothèques certaines activités qui pourraient être considérées comme des violations. Dans *CCH* cependant, la Cour suprême du Canada n'a pas limité son examen à l'exception particulière applicable aux bibliothèques. Elle a soutenu qu'une bibliothèque n'est pas tenue de compter sur une exception particulière lorsqu'elle peut plutôt invoquer l'exception plus générale de l'article 29 pour l'utilisation équitable. Celle-ci peut toujours justifier la reproduction de parties d'œuvres voire d'œuvres entières pour les besoins de recherche d'avocats et de leurs clients. Elle a aussi jugé que la « recherche » pouvait viser des fins commerciales et même comporter la production de copies multiples, tant que le critère de ce qui est « équitable » était respecté. En revanche, une décision récente de la Cour d'appel fédérale a statué que les copies produites par un enseignant et devant être utilisées dans des classes de la maternelle à la 12^e année ne relevaient pas de l'utilisation équitable selon le critère de *CCH*²⁰. Nous restons donc dans l'incertitude au sujet de l'utilisation équitable dans le cas des bibliothèques et des établissements d'enseignement.

Le gouvernement a affirmé que l'utilisation équitable permet à des particuliers et des entreprises d'utiliser du contenu protégé par le droit d'auteur de certaines façons qui ne menacent pas indûment les intérêts légitimes des titulaires des droits d'auteur, mais qui peuvent produire d'importants avantages économiques, sociétaux et culturels. Il a soutenu qu'en élargissant la disposition sur l'utilisation équitable pour qu'elle s'applique à l'« éducation », les coûts administratifs et financiers seront réduits pour les utilisations de contenu protégé par le droit d'auteur qui enrichissent l'environnement éducatif.

Compte tenu des problèmes budgétaires du réseau de l'éducation, le fait que les éducateurs jouissent d'un plus grand accès à des œuvres protégées par le droit d'auteur produira assurément d'importants avantages sociétaux. Du point de vue des titulaires de droits d'auteur par contre, l'exception proposée est si vaste qu'elle pourrait avoir une incidence majeure sur leurs revenus. Elle réduirait ainsi l'incitation à créer du contenu éducatif.

²⁰ Alberta (Éducation) c. Access Copyright, 2010 CAF 198.

Une des préoccupations soulevées par le Groupe de travail est que la portée de l'exception proposée pour l'« éducation » n'est pas claire, ce qui créerait de l'incertitude et encouragerait les litiges. Faute d'une définition plus concise de l'éducation dans le projet de loi, il reviendrait aux tribunaux de déterminer la portée de l'exception. Le Groupe de travail a étudié la possibilité de modifier l'exception en remplaçant « éducation » par « enseignement », mais a jugé qu'il resterait un problème de clarté.

Le Groupe de travail a aussi noté que la *Loi sur le droit d'auteur* et le projet de loi contiennent déjà de nombreuses exceptions particulières pour l'éducation qui permettent aux établissements d'enseignement d'utiliser certains ouvrages protégés par le droit d'auteur dans certains contextes. Il peut en découler de la confusion dans l'applicabilité de l'exception proposée pour l'utilisation équitable. Le Groupe de travail a examiné la loi des États-Unis, étant entendu que l'expérience des États-Unis en matière de droits d'auteur est très différente de celle du Canada. La loi américaine (17 USC §107) prévoit que « l'enseignement (y compris dans le cas de copies multiples utilisées en salle de classe), les études ou la recherche » seraient considérés comme relevant de l'utilisation équitable.

En résumé, il serait nécessaire de mieux définir et préciser les ajouts proposés de la parodie, de la satire et de l'éducation à la disposition sur l'utilisation équitable. En ce qui concerne la parodie et la satire, le problème principal que le Groupe de travail a étudié est de savoir s'il doit y avoir dédommagement en cas d'utilisation d'une œuvre dans une satire ou une parodie. En ce qui concerne l'éducation, une définition plus précise de la portée de l'exception est nécessaire pour offrir de la certitude et de la clarté aux créateurs et aux utilisateurs du milieu de l'éducation ainsi que pour pallier d'éventuelles incohérences dans la Loi.

Perspective du titulaire / créateur	Perspective de l'utilisateur
Les exceptions pour la satire et la parodie sont acceptables, tant que le créateur de l'œuvre visée ou le titulaire des droits reçoit un dédommagement pour son utilisation.	L'ajout de la satire, de la parodie et de l'éducation à l'article 29 serait utile et à tout le moins un progrès en vue de faire suite à la façon dont la Cour suprême du Canada a considéré les droits des utilisateurs et de s'harmoniser avec les lois d'autres pays comme l'Australie, la France et les États-Unis.
L'ajout du mot « éducation » est problématique, surtout sans une définition ou de plus amples précisions.	L'ajout du mot « éducation » est positif puisqu'il assure aux utilisateurs du milieu de l'éducation et aux établissements d'enseignement un vaste droit d'utilisation équitable assorti d'avantages économiques, financiers et culturels.

Perspective du titulaire / créateur	Perspective de l'utilisateur
Certaines sociétés de gestion de droits d'auteur considèrent l'ajout de l'éducation au titre de l'utilisation équitable comme une érosion complète des droits des créateurs et des titulaires, entrevoyant même l'élimination des sociétés de gestion de droits d'auteur.	L'exception pour l'éducation peut réduire les coûts administratifs et financiers des établissements d'enseignement, leur permettant d'investir davantage dans l'enseignement et les étudiants plutôt que dans les coûts administratifs.
Les droits des établissements d'enseignement et les utilisations à des fins d'éducation sont déjà visés par les exceptions pour la recherche et l'étude privée, donc il n'est pas nécessaire d'ajouter le mot « éducation ».	Le mot « éducation » devrait être mieux défini pour que les établissements d'enseignement comprennent l'application du droit au titre de l'utilisation équitable. Le droit de produire des copies multiples devant servir en classe devrait aussi être clarifié, de la même façon que dans la loi américaine.

B. Contenu non commercial généré par l'utilisateur (CGU)

L'article 29.21 proposé par le projet de loi C-32 accorderait certaines exceptions à la violation en ce qui concerne le contenu généré par l'utilisateur (CGU) de nature non commerciale²¹.

L'article vise à permettre de diffuser du CGU en affichant l'œuvre protégée d'autres personnes en tant qu'« autre œuvre ».

La disposition sur le CGU a fait l'objet d'importants débats au sein du Groupe de travail. Premièrement, ses membres ont discuté de ce qui constitue une utilisation « active » ou « passive » de CGU à des fins commerciales. Par exemple, si un site Web permet à ses utilisateurs d'y charger du contenu puis affiche de la publicité à côté de ce contenu (ou même y insère de la publicité), certains membres du Groupe de travail estiment que le site Web utilise activement le contenu à une fin commerciale. D'autres croient que le site Web sert simplement d'intermédiaire « passif » et ne distribue pas « activement » le contenu, et ne devrait pas encourir de responsabilité. Les créateurs et les titulaires de droits d'auteur veulent s'assurer que l'exception ne s'applique pas à des intermédiaires ou à d'autres services qui reproduisent ou communiquent activement du CGU à des fins commerciales, tandis que les utilisateurs veulent s'assurer que les dispositions de protection pour les intermédiaires passifs (comme les FSI, dont il est question ci-dessous) sont maintenues.

²¹ Exemples de CGU : YouTube, Wikipédia, commentaires affichés en ligne par un lecteur d'un article de nouvelles paru en ligne.

À la lumière de ce débat, certains membres du Groupe de travail croient que l'article pourrait avoir des conséquences non voulues. Par exemple, des sites Web pourraient prétendre que le CGU qu'ils hébergent n'exige pas de licence malgré les avantages financiers que peut apporter le trafic en ligne attiré au site pour diverses raisons, y compris l'accès à des œuvres protégées par le droit d'auteur de tiers qui est affiché par des personnes autres que le titulaire. Certains membres du Groupe de travail s'inquiètent de ce que le libellé du projet de loi ouvre la voie à l'exploitation du CGU par de tels sites Web, tandis que d'autres n'y voient pas de problème surtout compte tenu des dispositions de protection.

Les dispositions de protection prévues par le projet de loi s'appliquent lorsqu'un site Web ou un fournisseur de services est un service d'hébergement plutôt qu'un diffuseur actif. Le projet de loi créerait un système dans lequel les fournisseurs de services et les moteurs de recherche peuvent échapper à toute responsabilité en mettant en place certaines formalités face à l'éventuelle violation des droits d'auteur. Certains membres du Groupe de travail croient que le but essentiel de cette disposition consiste à immuniser les intermédiaires hébergeant du CGU qui remplit une fonction utile et transformatrice sans produire d'effets nuisibles pour les propriétaires du contenu. La disposition de protection est examinée plus amplement sous la rubrique « Services réseau et services d'hébergement » ci-dessous.

Des préoccupations ont aussi été soulevées au sujet de l'application de cette disposition à des œuvres autres qu'audiovisuelles. Certains membres croient que la disposition risque de permettre des amalgames (combinaisons d'œuvres) et l'affichage de programmes d'ordinateur, de sites Web et d'autres genres d'œuvres qui pourraient soulever d'importantes questions juridiques non prévues par les rédacteurs.

Perspective du titulaire / créateur	Perspective de l'utilisateur
L'exception pour le CGU est acceptable tant qu'elle ne s'applique pas aux tiers intermédiaires qui tirent un revenu de l'utilisation de CGU. La portée de l'exception pour le CGU doit donc être clarifiée.	L'exception pour le CGU favorise la créativité sans inconvénients économiques pour les propriétaires du contenu. Le fait d'en priver les intermédiaires la rendrait futile.
Il doit y avoir une distinction entre utilisation active et utilisation passive par les intermédiaires. Un intermédiaire actif (qui tire directement ou indirectement un avantage financier de l'utilisation « active » de CGU) devrait être tenu de rémunérer le titulaire de droits d'auteur.	Les dispositions de protection prévoient qu'un intermédiaire fournissant simplement une plate-forme devrait bénéficier des dispositions sur le CGU, peu importe qu'il touche ou non des revenus de publicité ou autres.

C. Enregistrement pour écoute en différé et changement de support

Le projet de loi ajouterait les articles 29.22 et 29.33 visant l'enregistrement pour écoute en différé et le changement de support, et permettrait la reproduction d'une œuvre à des fins privées pourvu que l'œuvre originale ait été obtenue légalement par la personne produisant la copie privée et qu'aucune MTP n'ait été contournée. D'une part, ces droits de l'utilisateur seront accueillis comme un progrès légitimant ce que les consommateurs font déjà (quoique cet avantage risque d'être sensiblement circonscrit tout dépendant du recours à des MTP par les titulaires de droits d'auteur). D'autre part, les titulaires de droits d'auteur croient que le droit d'un utilisateur de produire une copie devrait être assorti d'un droit du titulaire à un dédommagement.

Les dispositions sur l'enregistrement pour écoute en différé et le changement de support ont pour but de permettre aux consommateurs canadiens une utilisation raisonnable de contenu qu'ils ont obtenu légalement. Le projet de loi C-32 légitime l'enregistrement pour écoute en différé dans le cas, par exemple, de programmes de télévision de sorte que les consommateurs puissent en profiter à un moment ultérieur. Il permet aussi aux consommateurs de copier du contenu obtenu légitimement sur des appareils qui leur appartiennent, comme des lecteurs MP3, pourvu que ce soit à des fins privées et non commerciales, et que l'utilisateur ne viole pas un verrou numérique pour ce faire. L'enregistrement de programmes de télévision pour écoute en différé est légal aux États-Unis depuis l'importante décision que la Cour suprême des États-

Unis a rendue en 1984 dans l'affaire « Betamax »²². L'industrie américaine de l'enregistrement a reconnu le droit des consommateurs de transférer des CD obtenus légalement à un autre support, comme des iPod. Aucun dédommagement n'est requis.

De nombreux propriétaires de contenu croient que le régime des redevances applicables à la copie pour usage privé de la partie VIII de la *Loi sur le droit d'auteur* devrait être élargi de façon à prévoir des redevances pour les enregistreurs audionumériques, comme les iPod. De nombreux utilisateurs s'y opposent au motif que les redevances sont un moyen très inefficace de récompenser les créateurs réels et imposeraient une « taxe » nuisible sur la technologie, qui toucherait les téléphones intelligents et d'autres appareils polyvalents ainsi que des utilisateurs qui n'exploitent pas la technologie pour produire des copies privées d'enregistrements sonores ou qui ne le font qu'accessoirement. Les adversaires d'une soi-disant « taxe sur les iPod » font remarquer que les redevances sont en voie d'être réduites en Europe et n'existent pas aux États-Unis, en Australie ou au Royaume-Uni. Ils ajoutent que la plupart des recettes d'une redevance iraient aux États-Unis sans qu'il y ait de paiements réciproques. Quoi qu'il en soit, les opposants croient que comme la partie VIII de la Loi n'a pas été modifiée par le projet de loi C-32, les règles de procédure de la Chambre des communes interdiraient une modification après la deuxième lecture. Certains membres du Groupe de travail croient que la vive polémique juridique et politique que la question ne manquerait pas de susciter condamnerait le projet de loi C-32.

Il existe déjà un régime permettant aux créateurs d'œuvres musicales d'être dédommagés pour les ventes de supports audio vierges. Selon le projet de loi C-32, il n'y aurait pas de dédommagement pour la production de copies personnelles (enregistrement pour écoute en différé et changement de support), mais un créateur ou un titulaire pourrait protéger une œuvre au moyen d'une MTP. Pour les législateurs, la question est de savoir si cette situation établit un équilibre judicieux entre utilisateurs et titulaires.

²²

Sony Corp. of America v. Universal City Studios, Inc., 464 U.S. 417 (1984).

Perspective du titulaire / créateur	Perspective de l'utilisateur
Les créateurs et les titulaires devraient être dédommagés pour les utilisations qui seraient autrement permises uniquement au titulaire du droit d'auteur, y compris la production de copies. Même si les copies sont destinées à une utilisation privée, un dédommagement devrait être versé comme c'est le cas actuellement avec les cassettes et CD.	Le changement de support en vue d'une utilisation privée non commerciale est avantageux pour l'utilisateur et pour la société. Le droit d'enregistrer du contenu pour écoute en différé et de changer de support à des fins privées non commerciales est essentiel pour tout contenu obtenu légalement.
Il faudrait envisager d'ajouter les enregistreurs audionumériques aux redevances prévues par le régime de la copie pour usage privé de la <i>Loi sur le droit d'auteur</i> .	La capacité des titulaires ou créateurs de limiter le droit de changer de format en recourant à une MTP devrait être limitée ou supprimée tant que l'utilisation est limitée à des fins privées non commerciales.
Le dédommagement pour la reproduction est une redevance et non une « taxe ». Les taxes sont des montants que les gouvernements demandent de leurs citoyens. Des régimes de redevances existent partout au monde hormis les exceptions notables des États-Unis, du Royaume-Uni et de l'Australie.	Un dédommagement ne devrait pas être requis pour les copies produites en vue d'un changement de format à des fins privées. Les régimes de redevances sont inefficaces et désuets, et constituent une « taxe » sur la technologie. Il n'existe aucun régime de redevances comparable en Australie, aux États-Unis ou au Royaume-Uni.

D. Exception pour l'éducation visant la prestation de leçons sur Internet, la reproduction numérique et l'utilisation de contenu Internet

La *Loi sur le droit d'auteur* permet actuellement aux établissements d'enseignement certaines utilisations limitées d'œuvres protégées par le droit d'auteur sans paiement au titulaire du droit d'auteur. Les modifications proposées ajouteraient des utilisations autorisées par les enseignants, les étudiants et les écoles de contenu protégé par le droit d'auteur, au-delà de l'exception pour utilisation équitable évoquée plus haut. Les modifications proposées créeraient des exceptions à la violation dans divers domaines :

- éducation à distance (prestation de leçons sur Internet), permettant aux écoles de diffuser des leçons comprenant des sections protégées par le droit d'auteur (p. ex., trousse de cours numériques), pourvu que l'utilisation dans une leçon de sections protégées par le droit d'auteur ne constitue pas par ailleurs une violation;
- mesures législatives prévoyant des licences de reproduction pour copies numériques;
- utilisation éducative d'Internet, permettant aux enseignants et aux étudiants d'utiliser du contenu Internet accessible au public qui a été

affiché légitimement sans protection technologique ou avis de restriction des titulaires de droits d'auteur, à des fins d'enseignement et d'éducation. Par exemple, un enseignant pourrait produire des documents à distribuer comprenant une illustration librement accessible dans un site Web.

Le secteur de l'école maternelle à la 12^e année souhaite une exception spéciale pour l'utilisation de contenu accessible au public sur Internet, mais de nombreux acteurs d'autres secteurs du milieu de l'éducation, surtout au niveau postsecondaire, croient qu'une exception spéciale est inutile et serait nuisible. Ces derniers estiment que le régime actuel de l'utilisation équitable et de licence implicite est satisfaisant. Ils croient aussi qu'une exception spéciale créerait *a contrario* l'implication que quiconque à l'extérieur du milieu de l'éducation commet une violation en utilisant du contenu accessible au public sur Internet.

Encore une fois, le Groupe de travail avait des opinions variées sur cette disposition. Certains membres ont soutenu que les nouvelles exceptions doivent être élargies (en supprimant les dates limites de suppression ou de destruction), et d'autres croient qu'un dédommagement sous forme de tarif serait dans ce contexte avantageux pour toutes les utilisations d'Internet. Une question a aussi été soulevée au sujet de l'interaction entre les exceptions propres à l'éducation et l'exception proposée pour l'utilisation équitable à des fins éducatives, qui devrait être étudiée et clarifiée.

Perspective du titulaire / créateur	Perspective de l'utilisateur
Les créateurs et les titulaires devraient être dédommagés pour l'utilisation sur Internet et la reproduction numérique dans le contexte de l'éducation.	Si le secteur de l'école maternelle à la 12 ^e année est favorable à l'exception pour l'éducation, la plupart des autres utilisateurs y compris de nombreux acteurs du secteur postsecondaire croient qu'elle est inutile et même nuisible. Le danger est que les tribunaux interpréteraient la disposition <i>a contrario</i> .
La disposition permettant à un propriétaire de site Web ou un titulaire de droit d'auteur de limiter l'utilisation ultérieure de contenu protégé par le droit d'auteur sans permission est inappropriée.	Il ne semble pas y avoir de nécessité d'un dédommagement pour l'utilisation de contenu accessible au public sur Internet.
Les créateurs se posent des questions sur l'interaction entre cette disposition et l'utilisation équitable à des fins éducatives.	Les utilisateurs se posent des questions sur l'interaction entre cette disposition et l'utilisation équitable à des fins éducatives.

Perspective du titulaire / créateur	Perspective de l'utilisateur
L'exception pour la prestation sur Internet élargit des exceptions existantes sans dédommagement pour les titulaires.	L'exception permise impose la destruction du contenu de la leçon dans les 30 jours suivant la fin du cours, si un tel contenu a été utilisé. Les utilisateurs remettent en cause la nécessité de cette disposition sur la destruction, surtout si l'utilisation se poursuivra dans les années suivantes d'un cours.
La disposition sur la reproduction numérique réduit la liberté des détenteurs de droits de chercher à obtenir un dédommagement supérieur pour la reproduction numérique que pour le papier, à moins qu'une nouvelle entente ou un nouveau tarif ne soient fixés. Un détenteur de droits qui choisit de renoncer au régime d'octroi de licences prévu par la loi serait limité aux dommages-intérêts qui auraient été possibles en redevances dans le cas d'une licence non numérique.	Il est avantageux que l'utilisation pédagogique de contenu présent sur Internet soit autorisée; le fait qu'un titulaire puisse limiter l'utilisation au moyen d'un avis à l'utilisateur ou d'une MTP suscite des inquiétudes.
Le fait d'exiger des avis restrictifs et des MTP pour protéger du contenu Internet impose un fardeau supplémentaire aux propriétaires de contenu.	La reconnaissance de la source de contenu Internet peut poser des problèmes pratiques lorsque la source n'est pas aisément discernable.

E. Interopérabilité de programmes d'ordinateur, recherche sur le chiffrement, sécurité, reproduction temporaire pour processus technologiques

L'article 31 du projet de loi C-32 exempterait l'utilisation d'œuvres protégées par le droit d'auteur à des fins liées à l'interopérabilité de programmes d'ordinateur, la recherche sur le chiffrement, la sécurité et la « reproduction temporaire pour processus technologiques ». Ces exceptions semblent être destinées du moins en partie à répondre aux critiques qui ont été formulées à l'égard de la DMCA. Les exceptions se présentent comme suit :

- Une personne qui est propriétaire d'un programme d'ordinateur peut le reproduire dans le seul but d'obtenir de l'information lui permettant de rendre ce programme et un autre programme interopérables par voie de rétro-ingénierie.
- Une personne peut reproduire une œuvre dans les seuls buts d'évaluer la vulnérabilité d'un ordinateur, d'un système informatique ou d'un réseau d'ordinateurs ou de rectifier

toute faille de sécurité pourvu que le propriétaire ou l'administrateur de l'ordinateur, du système informatique ou du réseau d'ordinateurs y consente.

- Une personne peut reproduire une œuvre si la reproduction est un élément essentiel d'un processus technologique, si elle a pour seul but de faciliter une utilisation qui ne constitue pas une violation du droit d'auteur et si elle n'existe que pour la durée du processus technologique.

Ces modifications visent à favoriser l'essor d'un marché compétitif de logiciels indépendants au Canada. Elles permettent à des entreprises innovatrices – qui créent par exemple des jeux vidéo – de disposer des outils nécessaires à l'innovation en autorisant des reproductions temporaires, techniques et accessoires de contenu protégé par le droit d'auteur. Les entreprises pourront ainsi procéder à des vérifications de sécurité, à de la recherche sur le chiffrement, à des tests de compatibilité et à de la rétro-ingénierie. Ces dispositions permettraient aussi à des fournisseurs de téléphones intelligents de mener à bien certaines activités pour s'assurer de l'utilité de leurs produits pour les consommateurs, par exemple en reconfigurant une page Web pour qu'elle puisse être lue plus facilement au moyen d'un téléphone intelligent.

La première de ces exceptions, dans le but de rendre des programmes d'ordinateur interopérables, semble élargir l'exception existante d'une façon avantageuse pour les utilisateurs. Dans certains cas, elle peut être avantageuse pour les titulaires de droits d'auteur parce qu'elle augmenterait le marché du produit du titulaire de droits d'auteur. Si ce dernier s'oppose à la création de programmes interopérables, il peut refuser de mettre le code source à la disposition des développeurs, ce qui compliquerait leur tâche ou même la rendrait impossible malgré la disposition.

La deuxième exception, aux fins de recherche sur le chiffrement et de sécurité, pourrait dans certains cas correspondre à l'actuelle exception pour utilisation équitable et ainsi n'augmente pas les droits de l'utilisateur d'une façon qui nuirait aux titulaires. En outre, elle est conforme à des exceptions existantes prévues par la DMCA, en les appliquant aussi à la violation de droit d'auteur plutôt que seulement la disposition anticcontournement; elle est ainsi une exception plus vaste et plus importante.

La troisième exception, pour « reproduction temporaire pour processus technologiques » est formulée de telle sorte qu'elle pourrait avoir des conséquences imprévues. Les dispositions européennes correspondantes sont sensiblement plus étroites, et limitées à des utilisations passagères dans des transmissions de réseaux. La problématique est illustrée par l'exemple suivant. Supposons un processus industriel exigeant un programme d'ordinateur privé de contrôle. Une partie souhaite exploiter le processus sans acheter le logiciel privé. Si cette partie peut reproduire le logiciel de contrôle d'une autre source, on peut soutenir que l'exception proposée lui permettrait d'utiliser la copie du logiciel pour contrôler le processus (c.-à-d. faciliter l'exploitation du processus, ce qui ne serait pas en soi une violation du droit d'auteur) pendant sa durée. La formulation de la modification proposée, qui ne semble pas être fondée sur des dispositions législatives d'autres ressorts, devrait être examinée pour s'assurer qu'elle répond à l'objectif de fond et n'est pas excessivement vaste.

Certains membres du Groupe de travail croient aussi que des exceptions appropriées sont nécessaires pour permettre d'utiliser des programmes d'ordinateur et autre contenu obtenus légitimement sur des plates-formes différentes. Ce besoin découle du risque de panne ou d'obsolescence du matériel.

Perspective du titulaire / créateur	Perspective de l'utilisateur
Les dispositions sur la reproduction temporaire pour processus technologiques pourraient avoir des conséquences imprévues et doivent être examinées avant d'être adoptées.	Les dispositions sur l'interopérabilité de programmes d'ordinateur, la recherche sur le chiffrement, la sécurité et la reproduction temporaire pour processus technologiques sont utiles et ne devraient pas être modifiées.
Il y aurait lieu d'envisager la création de régimes de rémunération lorsque des œuvres – comme celles actuellement visées par le régime de la copie pour usage privé – peuvent être reproduites de sorte que de nouvelles technologies puissent les exploiter.	Des modifications sont nécessaires pour prévoir le droit des consommateurs et des utilisateurs de logiciels et autre contenu protégés par le droit d'auteur d'effectuer : <ul style="list-style-type: none">• l'enregistrement pour écoute en différé;• le changement de support;• le changement d'appareil;• le changement de plate-forme, dans le cas de contenu qu'ils ont obtenu légalement, mais qu'ils ne peuvent guère ou pas du tout utiliser en raison de divers problèmes pratiques.

V. RESPONSABILITÉ / OBLIGATIONS DES FSI ET DES MOTEURS DE RECHERCHE, Y COMPRIS EN MATIÈRE D'« AVIS ET AVIS »

A. Violation – fournisseurs de service

Le projet de loi C-32 ajoute à la *Loi sur le droit d'auteur* le paragraphe 27(2.3) concernant la prestation de services principalement destinés à la violation du droit d'auteur :

Constitue une violation du droit d'auteur le fait pour une personne de fournir sur Internet ou tout autre réseau numérique un service dont elle sait ou devrait savoir qu'il est principalement destiné à faciliter l'accomplissement d'actes qui constituent une violation du droit d'auteur, si une autre personne commet une telle violation sur Internet ou tout autre réseau numérique en utilisant ce service.

Cette disposition s'accorde avec le principe voulant que la Loi doive être neutre sur le plan de la technologie²³, en ajoutant un nouveau genre de violation qui reconnaît les progrès de la technologie. Cependant, certains membres du Groupe de travail s'inquiètent de ce que les mots « principalement destiné » créent une ambiguïté inutile qui serait favorable aux fournisseurs de services délinquants. La solution qu'ils ont suggérée est de remplacer l'expression « principalement destiné » par « utilisé » ou « exploité ».

En revanche, d'autres membres croient que le changement suggéré donnerait à la disposition une portée bien trop vaste, englobant tout site Web qui permet les commentaires ou toute forme de contenu généré par l'utilisateur. Ils croient qu'une expression telle que « principalement destiné » est nécessaire pour favoriser l'innovation et l'utilisation efficace d'Internet. Les échanges pair à pair, la technologie BitTorrent ou d'autres technologies qui peuvent servir à la fois à des fins légitimes et des fins illégitimes ne posent pas de problèmes sur le fond. En tenant compte de l'affaire *CCH*, la loi devrait supposer qu'une technologie pouvant servir à des fins importantes qui ne constituent pas des violations sera utilisée légalement, et non autrement.

La question est de savoir si l'expression « principalement destiné » garantit que soient visés les fournisseurs délinquants (d'échanges pair à pair et de Torrent, entre autres) sans entraver indûment l'utilisation d'Internet.

²³

Voir le renvoi à ce principe dans le résumé législatif du projet de loi C-32.

Perspective du titulaire / créateur	Perspective de l'utilisateur
La formulation de la disposition sur les services laisse trop d'échappatoires pour les délinquants. Les mots « destiné » et « principalement » peuvent empêcher toute application significative et efficace de la loi.	Toute technologie et tout service qui comportent ou permettent d'importantes utilisations légitimes et échappent au contrôle immédiat du fournisseur devraient être légaux. Des dispositions législatives qui les rendraient illégaux entraveraient l'innovation utile, allant à l'encontre de la décision <i>CCH</i> .
Les mots « utilisé » ou « exploité » devraient remplacer les mots « destiné » ou « principalement destiné ».	Les mots « destiné » et « principalement » sont importants et devraient rester dans l'article proposé.
Des ambiguïtés dans cette disposition mèneront à des litiges.	Des ambiguïtés dans cette disposition mèneront à des litiges.
Les dommages-intérêts préétablis ne sont pas d'application dans cette disposition, ce qui limite la capacité des titulaires de droits d'auteur d'exercer un recours égal dans tous les cas de violation. Les créateurs croient que les dommages-intérêts préétablis sont un important mécanisme permettant à un créateur ou un titulaire de protéger une œuvre en prouvant la violation, mais sans avoir à prouver des dommages particuliers. Les dommages-intérêts préétablis sont destinés à dissuader la violation des droits d'auteur. Les créateurs croient qu'il n'y a aucune raison d'en abriter ceux qui facilitent une violation.	Les dommages-intérêts préétablis ne devraient pas s'appliquer dans cette disposition. Il n'y a aucune raison, dans le contexte des fournisseurs de services en ligne, de dispenser les titulaires de droits d'auteur de la règle de droit générale voulant que les dommages doivent être prouvés. L'obligation potentielle d'un fournisseur de services soumis à un minimum de dommages-intérêts prescrit par la loi est énorme. Les utilisateurs croient que l'application de dommages-intérêts préétablis dans ce contexte entraverait de nombreux services innovateurs et utiles.

B. Services réseau et services d'hébergement

Les dispositions législatives proposées reconnaissent que les fournisseurs de services Internet (FSI), entre autres, devraient jouer un rôle dans la réduction des violations de droits d'auteur en ligne. Le Groupe de travail était partagé quant à savoir si les dispositions proposées vont assez loin pour venir en aide aux titulaires de droits d'auteur face à ce problème.

Le projet de loi C-32 ajouterait à la Loi un article 31.1 abritant les services réseau de toute responsabilité pour violation de droits d'auteur, sous réserve de certaines restrictions.

L'article 31.1 serait considéré au Canada comme une disposition de protection faisant que les FSI ne puissent pas être tenus pour responsables des actes de leurs utilisateurs.

Certains membres du Groupe de travail croient que l'article 31.1 fait inutilement double emploi si l'actuel alinéa 2.4(1)*b*) de la Loi n'est pas supprimé²⁴. D'autres membres font remarquer que cet alinéa est semblable à l'article 31.1 proposé, mais que ce dernier est limité à Internet ou « autre réseau numérique » alors que l'alinéa 2.4(1)*b*) s'applique à toute personne qui « fournit à un tiers les moyens de télécommunication ». Il peut y avoir un chevauchement, mais il peut aussi exister des fournisseurs de services de télécommunication qui ne relèvent pas d'Internet ou « autre réseau numérique ».

Un des soucis soulevés par le Groupe de travail est que les dispositions de protection proposées n'exigent pas l'observation d'une des autres exigences du projet de loi, à savoir les dispositions sur les « avis et avis ». Une disposition « avis et avis » est un mécanisme par lequel les titulaires de droits d'auteur peuvent signaler à un FSI ou un moteur de recherche une violation possible, et le FSI ou le moteur de recherche est tenu de transmettre un avis au « propriétaire » du contenu incriminé pour l'en informer. Le « propriétaire » du contenu peut alors choisir soit de retirer le contenu, soit de maintenir qu'il n'y a pas de violation. Le système des « avis et avis » est résolument différent du système « avis et retrait » américain, selon lequel un FSI ou un moteur de recherche est tenu de retirer le contenu incriminé sur réception d'un avis du détenteur de droit d'auteur.

Certains membres du Groupe de travail se sont inquiétés de ce que les dispositions de protection ne renvoient pas expressément aux dispositions sur les « avis et avis ». D'aucuns souhaitent que l'article 31.1 affirme la nécessité pour un FSI d'observer les exigences des dispositions sur les « avis et avis » afin de pouvoir se prévaloir de l'article 31.1 et être considéré comme n'étant pas en violation. Parmi le Groupe de travail, certains craignent que selon sa formulation actuelle, l'article 31.1 n'incite pas suffisamment les fournisseurs de services réseau à aider les titulaires de droits d'auteur à prévenir les violations.

²⁴ La disposition se lit comme suit :

2.4(1) Les règles qui suivent s'appliquent dans les cas de communication au public par télécommunication :

[...]

b) n'effectue pas une communication au public la personne qui ne fait que fournir à un tiers les moyens de télécommunication nécessaires pour que celui-ci l'effectue...

Perspective du titulaire / créateur	Perspective de l'utilisateur
Il devrait y avoir un lien entre les dispositions de protection et les dispositions sur les « avis et avis », exigeant que les fournisseurs de services réseau et de services d'hébergement observent ces dernières pour pouvoir profiter d'une protection.	Aucun lien n'est nécessaire entre les dispositions de protection et les dispositions « avis et avis » puisque les unes et les autres peuvent fonctionner de façon autonome.
L'alinéa 2.4(1) <i>b</i>) recoupe l'article 31.1. Ce recoupement serait réglé le plus efficacement en supprimant l'alinéa 2.4(1) <i>b</i>).	L'alinéa 2.4(1) <i>b</i>) assure aux fournisseurs de services de télécommunication un droit important qui n'est pas garanti par l'article 31.1 proposé. Les deux dispositions devraient se trouver dans la version révisée de la Loi.

C. Avis de prétendue violation (« avis et avis »)

Les articles 41.25, 41.26 et 41.27 du projet de loi C-32 ajoutent un régime d'« avis et avis » pour les fournisseurs de services réseau (p. ex., les FSI) et les moteurs de recherche. Ce régime prévoit qu'un titulaire de droit d'auteur peut envoyer un avis de prétendue violation à un fournisseur de services ou un moteur de recherche, cet avis devant être transmis soit au détenteur du compte ou à la partie responsable de l'affichage du contenu visé par l'avis.

Certains membres du Groupe de travail pensent que le régime d'« avis et avis » proposé risque d'être inadéquat pour les détenteurs de droits d'auteur parce qu'il n'est pas assorti de dispositions d'application efficaces. Des personnes violant des droits d'auteur peuvent recevoir un nombre illimité d'avis sans autres conséquences, et le contenu incriminé continuera d'être accessible sur Internet à d'autres personnes violant les droits d'auteur. Une modification a été suggérée pour contraindre un FSI ou un moteur de recherche à identifier une personne qui aurait violé des droits d'auteur, de sorte que le titulaire puisse intenter un recours civil à son endroit. D'autres croient qu'une ordonnance judiciaire devrait être nécessaire à la communication de l'identité, de façon à protéger la vie privée, entre autres intérêts. D'autres encore pensent que l'actuel régime d'« avis et avis » de fait a bien fonctionné au Canada depuis plus d'une décennie, et devrait être explicitement sanctionné par la loi.

Perspective du titulaire / créateur	Perspective de l'utilisateur
Les dispositions sur les « avis et avis » proposées risquent de ne pas être efficaces pour ce qui est de prévenir une violation, la dissuader ou y mettre fin.	Les dispositions sur les « avis et avis », telles qu'elles sont rédigées, suffisent à protéger les fournisseurs de services réseau et autres services quant au contenu qui violerait des droits d'auteur.
Des dispositions supplémentaires devraient être envisagées pour assurer un régime plus efficace d'application de la loi, y compris en contraignant le FSI à communiquer au titulaire de l'information sur une personne qui aurait violé des droits d'auteur. La disposition pourrait aussi prévoir des conséquences négatives et croissantes si une personne qui viole des droits ou une personne qui facilite une violation persiste à le faire après avoir reçu plusieurs avis.	L'actuel régime d'« avis et avis » de fait a bien fonctionné au Canada depuis plus d'une décennie, et devrait être explicitement sanctionné par la loi. Tout élargissement des dispositions mènerait à des abus et à d'intolérables atteintes à la vie privée s'il permettait une divulgation sans ordonnance judiciaire.

VI. DROIT DE METTRE À LA DISPOSITION DU PUBLIC ET DROIT DE DISTRIBUTION

A. Droit de distribution

Le projet de loi C-32 modifie le paragraphe 3(1) de la *Loi sur le droit d'auteur* afin de traiter du droit de distribution. Cette modification est nécessaire pour pouvoir ratifier les traités Internet de l'OMPI. Actuellement, selon la Loi, la distribution de copies légitimes d'une œuvre n'est en général pas une violation²⁵. Le projet de loi C-32 ferait que ce soit une violation dans certaines circonstances. La modification proposée se limite aux « objets tangibles » (ce qui exclurait présumément des copies numériques d'œuvres distribuées en ligne), et exclut les ventes ou les transferts de propriété après la première vente ou le premier transfert autorisés.

Certains membres du Groupe de travail craignent que cette disposition modifie par inadvertance la loi à l'égard de l'importation parallèle de biens légitimes fabriqués à l'étranger avec le consentement du titulaire du droit d'auteur. La disposition n'est peut-être pas nécessaire à la ratification des traités de l'OMPI non plus que pour aucune autre raison,

²⁵

Selon l'alinéa 27(2)b).

puisque les jugements des cours d'appel canadiennes ont maintes fois confirmé un droit à la « communication »²⁶, la « reproduction » et la « distribution ».

Par ailleurs, certains membres du Groupe de travail croient que selon sa formulation, la disposition pourrait être interprétée de façon à nier le principe de l'« épuisement des droits » au Canada. Selon ce principe, qui est expressément permis par les traités Internet de l'OMPI, une fois qu'un objet tangible a été commercialisé où que ce soit au monde avec le consentement des détenteurs de la propriété intellectuelle pertinente dans ce ressort, il peut ensuite être importé au Canada sans obstacles relevant de la propriété intellectuelle. Tout droit de limiter le commerce de l'objet tangible est ainsi considéré avoir été « épuisé ». Ce principe est perçu par les consommateurs et la plupart des détaillants comme étant essentiel pour maintenir la concurrence et faire obstacle à une discrimination internationale par les prix susceptible de faire en sorte que les Canadiens paient plus cher que d'autres pour les mêmes produits. Certains membres du Groupe de travail croient que le projet de loi ne devrait pas contenir de disposition qui pourrait par inadvertance changer les règles de droit sur l'« épuisement » et les « importations parallèles », qui ont récemment été confirmées par la Cour suprême du Canada²⁷; il y a en la matière un débat vif et complexe dans le domaine du droit d'auteur, et les ramifications économiques pourraient être importantes.

Perspective du titulaire / créateur	Perspective de l'utilisateur
Les modifications prévues par le projet de loi C-32 sont nécessaires pour clarifier les droits de distribution.	Cette disposition est inutile et pourrait produire des effets non voulus. Elle devrait être supprimée puisque la question est déjà traitée dans la loi actuelle.
	Cette disposition pourrait avoir un effet imprévu et grave pour les biens légitimes qui sont achetés légalement puis apportés au Canada (importations parallèles). Elle pourrait nier le principe bien établi de l'« épuisement ».

²⁶ Association canadienne des télécommunications sans fil c. SOCAN, 2008 CAF 6; Shaw et autres c. SOCAN, 2010 CAF 220.

²⁷ Euro-Excellence Inc. c. Kraft Canada Inc., 2007 CSC 37, [2007] 3 R.C.S. 21.

B. Mettre à la disposition du public

L'article 8 de l'ODA, Droit de communication au public, prévoit que :

... 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.

L'article 3 du projet de loi C-32 modifierait l'article 2.4 de la Loi pour traiter du droit de « mettre à la disposition du public » et du problème répandu des échanges pair à pair. Il adopte le vocabulaire de l'ODA, mais en l'améliorant en utilisant « télécommunication » au lieu de « (communication) par fil ou sans fil ». En l'absence d'un tel droit, lorsqu'une œuvre partagée est obtenue légitimement, les détenteurs des droits d'auteur peuvent avoir à prouver l'autorisation de la violation par la personne qui a chargé le contenu, ce qui peut être difficile²⁸. L'ajout de ce droit supplémentaire du détenteur de droit d'auteur semblerait à la fois satisfaire à l'obligation du Canada en vertu de l'ODA et ajouter une disposition bien nécessaire face au problème de la violation des droits par les échanges pair à pair.

Certains membres du Groupe de travail croient que la disposition est inutile puisque le droit « de mettre à la disposition du public » est reconnu au Canada (du moins pour les auteurs) et qu'elle peut avoir des conséquences négatives non voulues pour l'activité Internet légitime. Ces membres font valoir que l'ajout d'un droit « de mettre à la disposition du public » pourrait s'appliquer à des communications entre deux personnes sur Internet, voire des transmissions par télécopie, alors que la Cour suprême du Canada a jugé, dans l'affaire *CCH*, que de telles communications ne sont pas des communications au public.

D'autres membres du Groupe de travail sont d'avis que les dispositions du projet de loi C-32 qui établissent le droit « de mettre à la disposition du public » à l'égard des exécutions et phonogrammes et clarifient le droit à l'intention des auteurs est absolument nécessaire pour permettre la ratification de l'ODA. Deux décisions judiciaires concernant les redevances²⁹ ont

²⁸ Voir *BMG Canada Inc. c. John Doe*, 2004 CF 488.

²⁹ Association canadienne des télécommunications sans fil c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique, 2008 CAF 6, [2008] 3 R.C.F. 539 et Association canadienne des télécommunications sans fil, Bell mobilité Inc. et Telus Communications Company c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique, 2010 CAF 220.

soutenu que la « communication au public par télécommunication » englobe la transmission au public par Internet en vue d'un téléchargement. Dans la deuxième affaire cependant, une demande de pourvoi à la Cour suprême du Canada est en instance³⁰. La question reste donc posée quant à savoir si l'expression « communication au public » doit englober les téléchargements par le biais d'Internet. Ces membres du Groupe de travail croient que la disposition est nécessaire pour enchâsser ce principe dans la loi.

Perspective du titulaire / créateur	Perspective de l'utilisateur
Le droit de mettre à la disposition du public est nécessaire pour permettre au Canada de ratifier les deux traités Internet de l'OMPI. Le projet de loi C-32 prévoit expressément ce droit pour les interprètes et les producteurs de phonogrammes; comme ce droit existe déjà pour les auteurs, il a été clarifié dans le projet de loi.	Cette disposition est peut-être inutile vu la jurisprudence, voire contre-productive face à une éventuelle utilisation légitime de la technologie des échanges pair à pair.
La disposition sur la mise à la disposition du public devrait pallier certaines des préoccupations à l'égard du droit de distribution; la mise à la disposition du public est un ajout positif à la Loi puisqu'il apporte de la clarté pour les titulaires de droits et qu'il est nécessaire à la ratification des traités Internet de l'OMPI.	

VII. DOMMAGES-INTÉRÊTS PRÉÉTABLIS

Le concept de dommages-intérêts minimums préétablis donne aux détenteurs de droits d'auteur l'option de demander des dommages-intérêts minimums variant normalement entre 500 \$ et 20 000 \$ au lieu de la valeur des dommages véritables. Les dommages véritables sont souvent difficiles à prouver ou peuvent être d'un montant symbolique dans le cas d'un seul acte de violation de droits d'auteur. La possibilité d'obtenir des dommages-intérêts minimums est utile dans de nombreux cas, par exemple face à des personnes violant des droits à des fins de commerce dans des « marchés aux puces » et qui ne sont pas portées à tenir des dossiers, ou face à ceux qui violent des droits sachant que les dommages véritables sont minimes et que des poursuites ne seraient donc pas économiques.

³⁰ *Bell Canada v. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique*, 2008 CanLII 46984 (S.C.C.), dossier de la CSC : 32516.

La valeur des dommages-intérêts applicables à des particuliers pour des violations relevant par exemple de l'échange de fichiers suscite la controverse. Certains croient que des dommages-intérêts préétablis peuvent mener à des jugements d'un montant important et excessif à l'encontre de personnes ordinaires; d'autres croient que les tribunaux du Canada disposent déjà d'une latitude suffisante en vertu de la loi pour réduire le montant réclamé au titre de dommages-intérêts minimums préétablis lorsque le montant demandé « serait extrêmement disproportionné à la violation »³¹.

Le projet de loi C-32 vise à limiter le montant maximum octroyé au titre des dommages-intérêts préétablis éventuellement applicables dans le cas de particuliers qui ont violé des droits « dans le cas des violations commises à des fins non commerciales »³². Le projet de loi fixerait une limite supérieure de 5000 \$ en dommages-intérêts préétablis pouvant être réclamés d'un particulier en cas de violation non commerciale à quelque moment que ce soit. Le projet de loi prévoit aussi que les dommages-intérêts préétablis peuvent être réduits sous le nouveau montant minimum de 100 \$ par violation dans certaines circonstances, par exemple lorsqu'une personne vise des « fins non commerciales ».

Certains membres du Groupe de travail croient que les changements proposés au régime des dommages-intérêts préétablis respectent les valeurs canadiennes et évitent de verser dans la justice punitive. D'autres croient que le régime des dommages-intérêts préétablis est un élément essentiel à l'application de la loi canadienne du droit d'auteur et devrait continuer de s'appliquer, tout en veillant à ce que des particuliers ne soient pas exposés à des jugements disproportionnés.

³¹ Paragraphe 38.1(3)(b) de la *Loi sur le droit d'auteur*.

³² L'expression « fins non commerciales » n'est définie ni dans le projet de loi ni dans la *Loi sur le droit d'auteur*.

Perspective du titulaire / créateur	Perspective de l'utilisateur
Les dommages-intérêts préétablis sont un mécanisme précieux et efficace pour encourager l'observation de la loi et dissuader les personnes de violer les droits d'auteur.	Compte tenu des valeurs canadiennes, il est essentiel de limiter et d'atténuer les aspects risquant d'être punitifs des dommages-intérêts préétablis qui peuvent être octroyés aux dépens de particuliers. Ce principe devrait aussi être appliqué dans le cas d'établissements d'enseignement croyant de bonne foi se livrer à une utilisation équitable, de façon semblable à ce que prévoit la loi aux États-Unis.
Les dommages-intérêts préétablis ne devraient être ni réduits ni limités quelle que soit la personne qui a violé des droits, puisqu'ils constituent un solide fondement économique permettant de prendre les mesures voulues face aux personnes qui violent des droits d'auteur; les tribunaux ont du reste la latitude de les réduire s'ils sont disproportionnés dans le cas de particuliers.	Limiter les dommages-intérêts préétablis octroyés aux dépens de particuliers, en cas de violation à des fins non commerciales, serait conforme à l'objet et l'esprit du projet de loi et de la Loi.
Les dommages-intérêts préétablis ne seront pas disproportionnés, tel qu'indiqué aux motifs ci-dessus.	Les dommages-intérêts préétablis peuvent mener à des montants élevés et disproportionnés. Le projet de loi C-32 éviterait de tels jugements au Canada.

VIII. CONCLUSION

La loi visant le droit d'auteur est complètement désuète. Elle est un reste de l'ère de Gutenberg. Comme elle évolue par voie de réaction, elle devra probablement s'effondrer complètement avant d'être rectifiée.

– Nicolas Negroponte, directeur fondateur du MediaLab du MIT³³

Même si au Canada l'état de la loi visant le droit d'auteur n'est pas véritablement si précaire, il reste que la *Loi sur le droit d'auteur* accuse son âge. Tous les membres du Groupe de travail sont d'accord qu'elle a besoin d'une réforme pour faire entrer le Canada dans l'ère numérique. Le moment est venu d'agir.

Le Groupe de travail s'est efforcé de présenter des commentaires équilibrés sur le projet de loi C-32, selon la perspective d'avocats disposant d'une vaste expérience dans les domaines du droit d'auteur et de la vie privée. Malgré les différences d'opinions entre eux, ils ont pu s'entendre sur les éléments suivants :

- la Loi devrait comprendre des dispositions sur le contournement des MTP afin de permettre la ratification des traités Internet de l'OMPI;
- la portée des exceptions aux MTP prévues par le projet de loi C-32 mérite d'être soigneusement étudiée pour s'assurer que les exceptions produiront les effets voulus et ne sont pas inutilement complexes ou limitées;
- il y aurait lieu d'envisager de préciser encore la disposition prévoyant la parodie et la satire dans l'exception de « l'utilisation équitable », afin de déterminer si un dédommagement s'impose pour une utilisation commerciale d'une œuvre qui fait l'objet d'une satire ou d'une parodie;
- il serait nécessaire de préciser encore la disposition prévoyant l'éducation comme exception au titre de « l'utilisation équitable », pour offrir de la certitude et de la clarté pour les créateurs et les utilisateurs du milieu de l'éducation ainsi que pour pallier des incohérences au sein de la Loi.

Les sections de l'ABC espèrent que les commentaires exprimés ci-dessus aideront à clarifier les questions de fond qui se posent dans le contexte du projet de loi C-32, et seront utiles au Parlement dans ses délibérations sur le projet de loi.

³³

Being Digital (New York : Vintage Books, 1995) [TRADUCTION].