

symposium sur la  
technologie numérique  
et le droit d'auteur



maison Willson, lac Meech, le 3 mars 1995

Ministère de la Justice  
Industrie Canada  
Patrimoine canadien



DEPT OF JUSTICE  
MIN DE LA JUSTICE

JUL 3 1996  
JUIL

LIBRARY BIBLIOTHÈQUE  
CANADA

# Symposium sur la technologie numérique et le droit d'auteur

---

---

le 3 mars 1995  
maison Willson, lac Meech  
Québec, Canada

Séminaire d'une journée organisé par le Secrétariat  
de la propriété intellectuelle du ministère  
de la Justice avec la participation  
de  
Industrie Canada  
et  
Patrimoine canadien

Pour tout autre exemplaire, veuillez vous adresser au  
Secrétariat de la propriété intellectuelle  
Secteur des services juridiques  
Ministère de la Justice du Canada  
235, rue Queen  
Ottawa (Ontario)  
K1A 0H5

(613) 941-8381

## Comité organisateur et promoteurs

Cal Becker, Coordonnateur  
Secrétariat de la propriété intellectuelle  
Ministère de la Justice

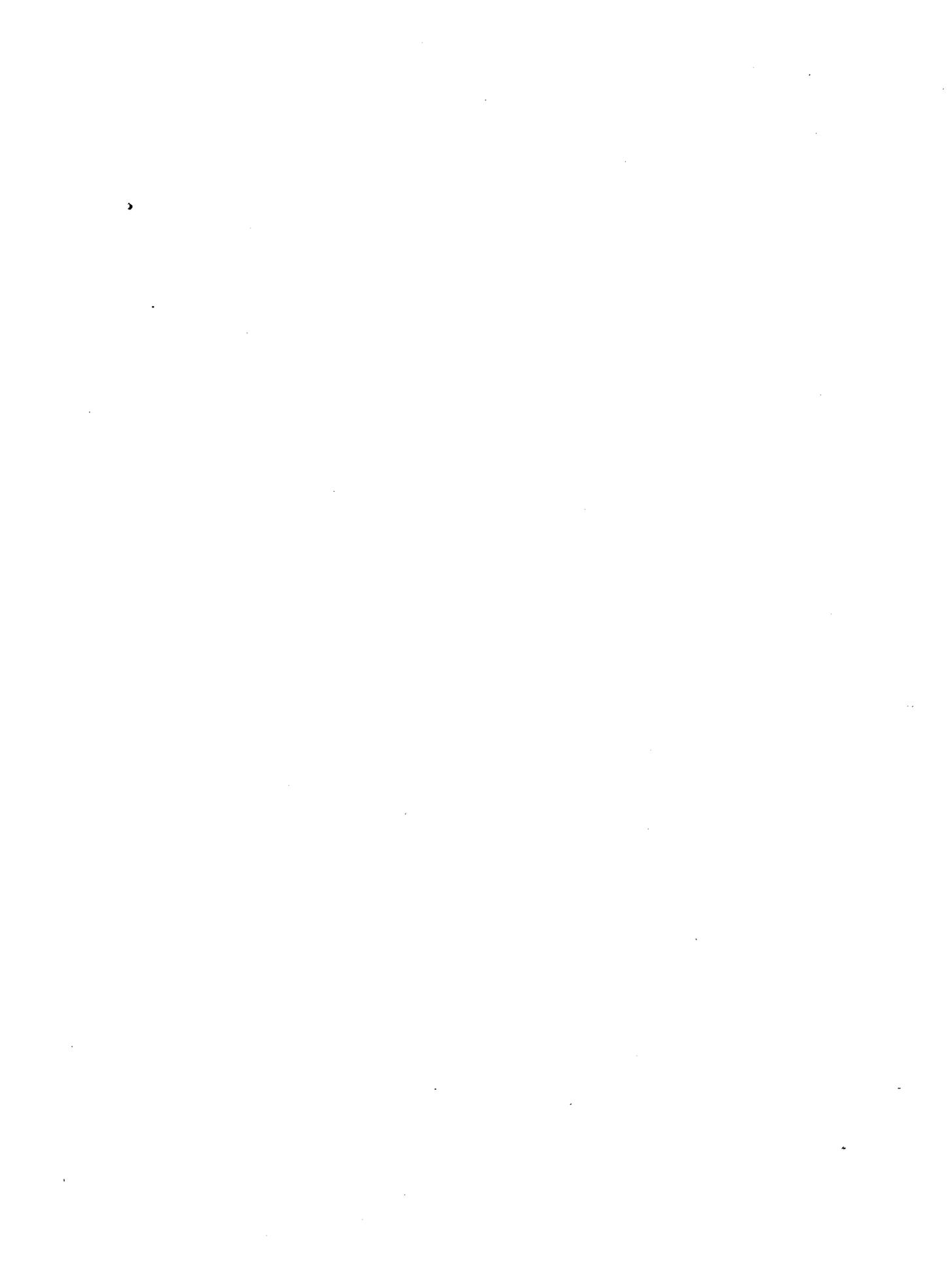
Brenda Patterson  
Conseillère principale, Politique  
Communications internationales  
Ministère de l'Industrie

Danielle Bouvet, Directrice  
Direction de la politique visant la  
propriété intellectuelle  
Ministère de l'Industrie

Claude Lafontaine  
Conseiller en politique  
Patrimoine canadien

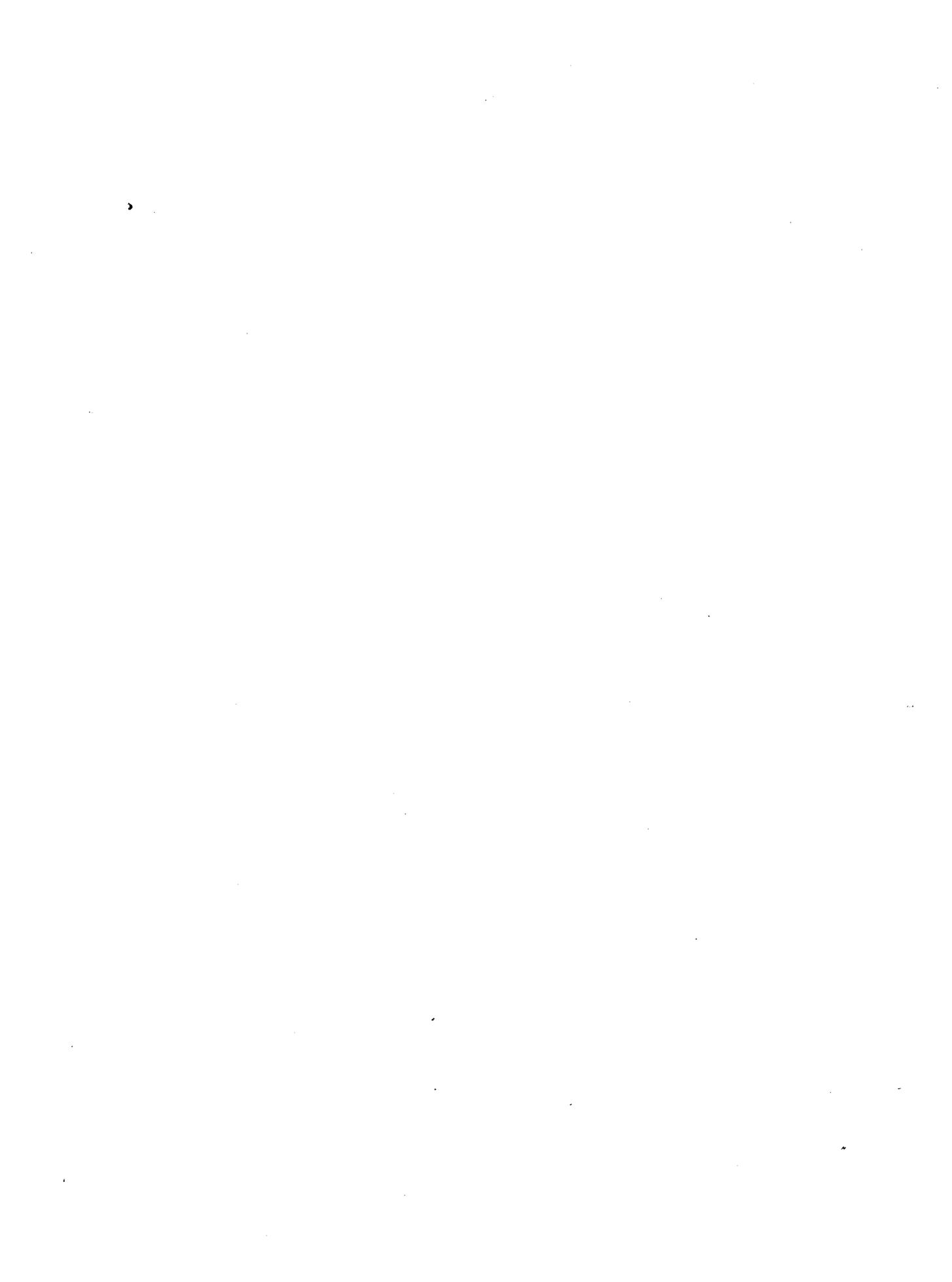
Alan Blackwell  
Conseiller juridique  
Conseil national de recherches

Jeff Richstone  
Services juridiques  
Patrimoine canadien



## Table des matières

<b>Avant-propos</b> .....	vii
<i>Cal Becker</i> , coordonnateur, Secrétariat de la propriété intellectuelle, ministère de la Justice	
<b>Mot d'ouverture</b> .....	1
<i>George Thomson</i> , sous-ministre de la Justice et sous-procureur général du Canada	
<b>Rajeunir le droit d'auteur, numériquement</b> .....	5
<i>David Vaver</i> , professeur de droit, Osgoode Hall Law School	
<b>Le droit d'auteur et l'inforoute :</b> <b>catayseur de progrès ou cause de paralysie?</b> .....	29
<i>Howard Knopf</i> , directeur exécutif Institut canadien de la propriété intellectuelle	
<b>Les défis que pose la technologie numérique</b> <b>pour le droit d'auteur</b> .....	79
<i>Pamela Samuelson</i> , professeur de droit Université de Pittsburgh	
<b>La technologie numérique et le droit d'auteur :</b> <b>la disparition des documents papier entraînera-t-elle</b> <b>la disparition des auteurs ?</b> .....	141
<i>Ysolde Gendreau</i> , professeur de droit Université de Montréal	
<b>La technologie numérique et la notion de propriété</b> .....	161
<i>Lucie Guibault</i> , Direction de la politique visant la propriété intellectuelle, Industrie Canada	
<b>Les poursuites pénales pour violation du droit d'auteur</b> .....	195
<i>Wanda Noel</i> , avocate, spécialiste et consultante en droit d'auteur	
<b>Biographie des conférenciers</b> .....	235



## **AVANT-PROPOS**

La présente publication est le produit du Symposium sur la technologie numérique et le droit d'auteur tenu le 3 mars 1995 et organisé par les ministères de la Justice, de l'Industrie et du Patrimoine canadien.

Un certain nombre d'éminents spécialistes du droit d'auteur, tant universitaires que praticiens, ont été invités à rédiger les documents compris dans le présent volume et à présenter ces documents à un symposium de hauts fonctionnaires des ministères organisateurs et des autres ministères fédéraux qui s'intéressent aux questions de droits d'auteur. Je suis très reconnaissant aux personnes qui ont accepté l'invitation de partager avec nous leurs points de vue en ce qui concerne les problèmes juridiques et sociaux issus du conflit entre la technologie numérique et le droit d'auteur.

Au départ, l'idée du symposium est née de la perception selon laquelle la technologie numérique rendait pratiquement impossible l'application de notre régime de droits d'auteur. Outre le préjudice à caractère économique que pourrait occasionner un régime de droits d'auteurs inapplicable, nous, au ministère de la Justice, commençons à nous inquiéter des répercussions du phénomène numérique sur les institutions du domaine de la justice. On a tendance à ne pas respecter un régime juridique inapplicable. De fait, dans certaines circonstances, un tel régime peut contribuer à déconsidérer l'administration de la justice. En outre, on craint que l'application du droit d'auteur, au civil et au criminel, devienne arbitraire et difficile dans un contexte de violation pratiquement universelle du droit d'auteur.

Telles étaient certaines des préoccupations à la base du symposium, dont l'orientation est cependant devenue plus générale lorsque les ministères de l'Industrie et du Patrimoine canadien se sont joints au ministère de la Justice dans le projet. La question posée est alors devenue la suivante : quels problèmes juridiques et sociaux posera le conflit entre le droit d'auteur et la technologie numérique? C'est le problème général qu'abordera notre groupe de spécialistes du droit d'auteur. Comme vous le constaterez dans les documents qui font partie de ce volume, chacun des panélistes aborde le problème d'une façon qui lui est propre, et chacun y est allé de ses réflexions les plus sérieuses sur ce qu'il convient de qualifier de question très complexe. J'espère vraiment que ces réflexions aideront les principaux artisans de la politique du ministère de la Justice ainsi que ses ministères clients à prévoir les répercussions juridiques et sociales du phénomène numérique.

Outre les personnes dont les documents figurent dans le présent volume, il convient de remercier d'autres personnes pour leur contribution à la réussite du symposium. Ce sont Brenda Patterson (d'Industrie Canada) et Danielle Bouvet (de Patrimoine canadien), qui ont partagé le point de vue selon lequel il s'agit de questions très importantes dans l'ensemble du gouvernement fédéral et qui ont versé une généreuse contribution financière au nom de leurs ministères respectifs; George Thomson (Sous-ministre de la Justice et Sous-procureur général du Canada), qui a gentiment accepté de participer au symposium et de prononcer le mot d'ouverture; Claude Brunet, (du cabinet d'avocats Martineau Walker), qui a présenté, au symposium, les recommandations du rapport fraîchement publié du Sous-comité sur le droit d'auteur du Conseil consultatif national de l'autoroute de l'information; le professeur Ejan Mackaay (de la Faculté de Droit de l'Université de Montréal), qui a commenté le symposium et en a résumé les séances, ainsi que le juge Frederick E. Gibson (de la Section de première instance de la Cour fédérale) qui a très généreusement offert ses talents comme président et qui, sans jamais utiliser ses pouvoirs en matière d'outrage au tribunal, a veillé à ce que les délibérations se déroulent de façon civilisée, rapide et opportune.

Enfin, j'aimerais remercier le comité organisateur du symposium, qui était formé, outre Brenda Patterson et Danielle Bouvet, de Claude Lafontaine (Patrimoine canadien), d'Alan Blackwell (Services juridiques, Conseil national de recherches) et de Jeff Richstone (Services juridiques, Patrimoine canadien).

Cal Becker  
Coordonnateur  
Secrétariat de la propriété intellectuelle  
Ministère de la Justice

## Mot d'ouverture

George Thomson  
Sous-ministre de la Justice et  
sous-procureur général du Canada

---

Tout d'abord, je souhaite la bienvenue à notre assemblée distinguée composée de juges, d'universitaires et de praticiens.

- M. le juge Fred Gibson de la Cour fédérale du Canada, qui a accepté gentiment de présider le symposium d'aujourd'hui;
- Les professeurs Ejan Mackaay et Ysolde Gendreau, de la faculté de droit de l'Université de Montréal;
- La professeure Pamela Samuelson, de la faculté de droit de l'Université de Pittsburgh;
- Le professeur David Vaver, de la faculté de droit d'Osgoode Hall;
- M<sup>e</sup> Claude Brunet, du bureau Martineau Walker, à Montréal, qui, bien sûr, est président du Sous-comité du droit d'auteur du Comité consultatif national sur l'autoroute de l'information.
- Sont également présents M. Howard Knopf, de l'Institut canadien de la propriété intellectuelle; Mme Wanda Noel, avocate et consultante d'Ottawa, spécialiste du droit d'auteur, qui est également secrétaire du comité conjoint du droit d'auteur de l'Association du barreau canadien/Institut des brevets et des marques de commerce; Mme Lucie Guibault, fraîche émoulue de l'Institut Max Planck (Allemagne) et de l'Université de Montréal, qui fait maintenant partie de la Direction de la politique sur la propriété intellectuelle, à Industrie Canada.

Je commence en disant quelque mot de la genèse de ce symposium. Il tire son origine du fait que le ministère de la Justice craignait que le conflit entre la technologie numérique et le droit d'auteur ne s'avère une importante « question juridique ». On craignait que la reprographie facile assurée par la technologie numérique n'entraîne des modalités inapplicables en matière de droit d'auteur, non pas un régime de droit d'auteur désuet, mais un régime inapplicable. Ou bien, ce qui risque d'être encore pire, des modalités arbitrairement mises en oeuvre ou exécutées d'une façon systématiquement

discriminatoire. En d'autres termes, la préoccupation initiale était qu'un régime juridique inapplicable, ou encore arbitrairement appliqué, pouvait très bien discréditer l'administration de la justice. J'entends par là que l'expérience m'a prouvé que les gens ne respectent pas les lois inapplicables ou arbitraires.

Nous avons également eu le sentiment qu'il ne s'agissait pas seulement d'une « question juridique » intéressant le ministère de la Justice. Nous avons envisagé la situation comme une question horizontale visant un certain nombre de ministères fédéraux. Je suis heureux de constater que l'horizontalité de cette question se reflète dans la liste des participants au symposium, à savoir Industrie Canada, le ministère du Patrimoine canadien, Travaux publics et Services gouvernementaux Canada, la Bibliothèque nationale, le Bureau du Conseil privé, le Conseil du Trésor, le Conseil national de recherches et d'autres.

À titre de sous-ministre ayant des ressources limitées, je me suis également réjoui de constater que l'horizontalité de la question se traduisait par les modalités de financement relatives au symposium. Nous sommes ravis de l'appui financier que nous a fourni Mme Brenda Patterson, qui, au moment où les dispositions en matière de financement ont été élaborées, était directrice du Développement des produits et de la Recherche à la Direction générale de l'information stratégique d'Industrie Canada, et de Mme Danielle Bouvet, qui était à l'époque directrice de la Politique du droit d'auteur au ministère du Patrimoine canadien. En outre, nous sommes naturellement très reconnaissant à M. Cal Becker et à son comité organisateur d'avoir mis sur pied ce symposium.

Au début de mes observations, j'ai parlé un peu de la genèse du symposium. Lorsque j'examine le programme d'aujourd'hui, je pense que j'ai tout lieu de déclarer que les universitaires et les praticiens que nous avons invités se sont inspirés du projet initial pour le développer et en faire une tribune de pointe en matière de technologie numérique et de droit d'auteur.

La technologie numérique et le droit d'auteur sont-ils vraiment deux notions distinctes? Ou bien l'une est-elle comprise dans l'autre? On n'a qu'à examiner l'industrie du divertissement pour constater qu'il ne s'agit pas seulement d'une question théorique.

Qui n'oubliera jamais d'avoir vu Sam Neal fuir devant un groupe de dinosaures dans le film *Le parc jurassique*? Or nous apprenons en coulisse que cet acteur était photographié réellement devant un écran double, tandis que les dinosaures avaient tous été créés au moyen de techniques numériques faisant appel à la « réalité synthétique ». Par la suite, les deux séries d'images ont été fusionnées.

À noter que plusieurs sociétés canadiennes, notamment Soft Image et Discreet Logic, ont fait leur marque grâce à une technologie numérique de traitement de l'image, et cette technologie elle-même est sous les feux de la rampe dans l'industrie du divertissement, a) parce qu'elle réduit de moitié le coût du tournage d'un film, et b) qu'au moins sept des dix films qui, depuis les débuts du cinéma, ont rapporté le plus d'argent, ont été des films à effets spéciaux.<sup>1</sup> Imaginez le plaisir que doivent avoir actuellement les avocats des sociétés Apple et Disney spécialisés dans les questions de droit d'auteur.

Mais l'intégration du droit d'auteur à la technologie numérique ne touche-t-elle que l'industrie du divertissement? Ce n'est plus le cas. L'explosion des connaissances a été accompagnée d'une demande de produits d'information plus nombreux et plus efficaces. Dans une certaine mesure, cela a obscurci la ligne de démarcation entre l'information et le divertissement. Les outils d'information classiques, soit le texte et les tableaux, sont actuellement remplacés par des graphismes et des images vidéo de pointe, grâce aux nouveaux appareils de visualisation multimédias. Par exemple, d'ici la fin de l'année, bon nombre d'entre nous qui lisent actuellement des coupures de journaux portant sur des événements d'actualité, recevront probablement des messages par courrier électronique, qui contiendront des vidéoclips du plus récent discours du Premier ministre. Nous pourrions voir ses lèvres bouger et entendre sa voix, grâce à notre ordinateur personnel.

Cette technologie multimédia a de profondes répercussions pour un gouvernement de plus en plus axé sur les connaissances, qui essaie d'aider ses citoyens à instaurer une économie fondée sur le savoir. Il nous faudra diffuser nos renseignements sous une forme multimédia et divertissante, tout simplement pour soutenir la concurrence de tous les autres produits d'information qui surgissent à l'horizon.

Un défi spécial est par conséquent lancé aux avocats et autres professionnels qui exercent leur activité dans le domaine du droit d'auteur. Nous avons bien appris les règles du jeu, mais le jeu a changé. Nous devons commencer à songer à de nouvelles règles, et le plus tôt sera le mieux. À cette fin, nous avons réuni cet aréopage distingué composé d'universitaires et de praticiens de premier plan, pour qu'ils partagent avec vous leurs idées et leurs connaissances sur le conflit entre la technologie numérique et le droit d'auteur.

<sup>1</sup> « Computers come to Tinseltown », *The Economist*, 24 décembre 1994, p. 87.



# RAJEUNIR LE DROIT D'AUTEUR, NUMÉRIQUEMENT

David Vaver

## Introduction

C'est devenu un lieu commun de dire que l'arrivée des technologies numériques influence énormément la société toute entière, peut-être autant que l'introduction de l'électricité. Les secteurs d'activité industrielle, les gouvernements et d'autres institutions réorganisent leur mode de fonctionnement; de nouvelles applications technologiques sont conçues et mises au point, et entraînent à leur tour la création de nouveaux secteurs d'activité; la transmission du savoir, de l'information et de la publicité s'effectue différemment à mesure qu'Internet et d'autres services interactifs, le courrier électronique et les produits issus de la réalité virtuelle suppléent la presse écrite, les bibliothèques, la poste, le téléphone et les moyens habituels de se divertir; et les gens modifient leurs habitudes de travail et de jeu à mesure que les technologies numériques leur offrent de nouvelles possibilités. Les technologies numériques sont là pour de bon et chacun, où qu'il soit, veut être certain de ne pas passer à côté.

Avec les nouvelles technologies viennent les pressions pour modifier le régime juridique qui les régit. Comme Mihály Ficsor l'a récemment déclaré sur un ton las et résigné :

*[TRADUCTION] C'est devenu une espèce de tradition [...] que les changements technologiques servent maintes et maintes fois de fondement à des tentatives pour aller au-delà de l'adaptation et de la modification réellement justifiées de certains aspects du régime de protection du droit d'auteur et des droits voisins, à des tentatives pour remettre en question les raisons d'accorder certains droits ou de les accorder d'une certaine façon [...] ou jusqu'aux raisons de l'existence même du régime. Cette tradition est séculaire [...]*<sup>1</sup>

## Justification du droit d'auteur : instincts protectionnistes et fausses analogies

Ficsor évite diplomatiquement de dire quels changements iraient au-delà de ce qui est «réellement justifié», ou quelles sont en fait les justifications du droit

d'auteur. La technologie numérique est en partie responsable de la reprise d'un débat que les meneurs de claque du droit d'auteur auraient préféré ne pas rouvrir. Chaque mot de la formule du droit naturel habituellement invoquée pour justifier le régime, à savoir «Je l'ai fait, donc j'en suis le possesseur», a été attentivement examiné et débattu :

- Qui est «je», c.-à-d. qu'est-ce que cela veut dire être un auteur? Qui est l'auteur d'une oeuvre interactive?
- Que signifient les mots «j'ai fait»? Est-ce qu'une création intellectuelle surgit toute prête du cerveau et des mains de son auteur ou bien s'il s'agit de quelque chose de social, qui est construit sur l'apprentissage et les conventions du passé? Dans le deuxième cas, qu'est-ce que la société doit à l'auteur et qu'est-ce que l'auteur doit à la société?
- Qu'est-ce que j'ai fait : est-ce l'objet matériel qu'on peut toucher, la démarche intellectuelle qui a été faite ou la partie qu'on peut voir, entendre ou sentir?
- Que signifie le mot «donc» dans «Je l'ai fait, *donc* j'en suis le possesseur»? Est-il exact de dire que *parce que* j'ai fait quelque chose, j'ai le droit d'en être le possesseur? Et si l'on découvre que d'autres personnes ont pris part à la fabrication, s'il y a plus de «je» que «l'auteur ne voudrait l'admettre, est-il juste de conclure qu'un seul «je» en est le possesseur? Cette affirmation est-elle seulement exacte quant aux faits, à une époque où les employeurs possèdent le produit du travail de leurs employés et où les pigistes, qui ont désespérément besoin de travail, cèdent leurs droits d'auteur juste pour obtenir le travail? Le slogan plus réaliste ne devrait-il pas être «j'ai payé pour cela, donc j'en suis le possesseur, donc je peux me considérer comme l'auteur»?
- Et que veut dire l'expression «j'en suis le *possesseur*»? Est-elle descriptive ou normative? N'est-il pas plus exact de dire «je *devrais* en être le possesseur»? On peut ensuite se demander si la production mérite réellement d'être possédée par quelqu'un et, dans l'affirmative, quels devraient être les accessoires de la possession. Car il ne s'ensuit pas que celui qui possède des idées et leur expression devrait ou même peut avoir les mêmes droits que celui qui possède un bien tangible comme un bien-fonds ou des marchandises : les idées et leur expression peuvent être reproduites à l'infini, mais un bien-fonds et (comme nous sommes en train nous le découvrir) les matières premières à partir desquelles les biens matériels sont fabriqués ne sont pas des

ressources inépuisables. Et sauf dans *Star Trek*, nous ne télécommuniquons pas encore les biens-fonds et les objets matériels, par opposition aux représentations de ceux-ci.

Une version très modifiée de la justification du droit naturel émerge de tout ceci : «Je suis responsable avec d'autres personnes de la production de cette oeuvre, donc peut-être que je devrais et peut-être que d'autres personnes devraient pouvoir empêcher qui que ce soit d'autre d'utiliser l'oeuvre d'une quelconque façon ou obtenir une rétribution en contrepartie de l'utilisation de l'oeuvre par quelqu'un d'autre, ou peut-être que non.»

À première vue, peut-être que tout ce que ce débat semble indiquer, c'est qu'il y a beaucoup de spécialistes là-bas qui ont beaucoup de temps libre. Réflexion faite, toutefois, le débat semble avoir directement rapport au genre et au degré de protection que les participants dans le domaine de la technologie numérique devraient recevoir. Le débat contribue à faire connaître les hypothèses de départ des questions techniques soulevées par la technologie numérique. Il peut décourager le genre de raisonnement analogique fallacieux qui est presque naturel chez les avocats qui découvrent un nouveau phénomène : simplement parce que X est protégé (ou ne l'est pas), la nouvelle chose Y devrait également être protégée (ou ne pas l'être).

Imaginez la première personne sans formation juridique à avoir aperçu un éléphant. Elle aurait immédiatement compris qu'il s'agissait d'une nouvelle espèce. Par contre, le premier avocat à avoir aperçu un éléphant se serait probablement demandé : à quoi ressemble cette chose? À une vache, mis à part quelques petits détails comme la trompe, les cornes de chaque côté, la grosseur, la couleur et le bruit que cela fait. Néanmoins, cette bête court, marche et se nourrit d'herbes, et elle a quatre pattes, une tête et une queue. Ce n'est donc en fait qu'une grosse vache avec des caractéristiques en plus : donnons-lui l'étiquette de «quasi-vache» ou un nom à la limite de l'(in)intelligibilité (peut-être *bos ferax*?) Un soupçon de désillusion pourrait régler la question seulement après que la bête aurait foncé sur l'avocat parce qu'il aurait tenté de la traire et découvert tardivement qu'il s'agissait d'un mâle.

Le raisonnement par analogie fonctionne dans la mesure où le choix de l'analogie repose sur une compréhension de ce qui est fait et des conséquences : des données empiriques devraient autant que possible étayer ce choix. La technologie numérique a déjà été la victime d'une analogie fallacieuse. On a en effet affirmé dans le rapport préliminaire Lehman sur l'autoroute de l'information qu'un utilisateur qui télécharge un fichier dans la mémoire intérimaire de son ordinateur dans le but de le lire «reproduit» ce fichier et, par conséquent, porte atteinte au droit d'auteur, à moins que le propriétaire du fichier n'ait autorisé le téléchargement<sup>2</sup>. Comme la seule

façon de lire un fichier dans l'état actuel de la technologie est de le charger dans la mémoire d'un ordinateur, les titulaires du droit d'auteur se voient donc attribuer un nouveau droit, «le droit exclusif de lire»<sup>3</sup>. L'analogie implicite à laquelle songeait Lehman était celle de la photocopie qu'on fait, qu'on lit et qu'on jette ensuite. Il existe toutefois une autre analogie tout aussi plausible : celle du lecteur qui feuillette un livre dans une bibliothèque ou une librairie, ou du passant qui écoute des musiciens des rues. La désobéissance à l'ordre de ne pas flâner près des revues qui est inscrit sur une affiche dans une librairie ne fait pas de celui qui lit l'*Economist* en diagonale d'un couvert à l'autre un contrefacteur, pas plus que l'auditoire d'un musicien ambulant ne porte atteinte au droit d'auteur en écoutant la musique qui est jouée, que la SOCAN ait ou non autorisé le musicien à faire une exécution publique.

Un tribunal américain a toutefois rendu une décision surprenante en 1993 en statuant que le téléchargement d'un fichier est un acte qui relève du contrôle du titulaire du droit d'auteur. Dans cette affaire, une entreprise spécialisée dans la fabrication et l'entretien d'ordinateurs et de logiciels avait fourni ces produits à des utilisateurs conformément à une licence qui autorisait l'utilisation des logiciels [TRADUCTION] «uniquement pour satisfaire les propres besoins internes de traitement de l'information du client». Certains utilisateurs sont allés faire réparer les logiciels chez un concurrent lorsque leur ordinateur est tombé en panne. Pour réparer un programme défectueux, les techniciens devaient d'abord le télécharger de la mémoire permanente à la mémoire intérimaire de manière à pouvoir diagnostiquer le problème. Le fabricant a intenté une poursuite contre l'entreprise de réparation pour le motif que ses employés violaient le droit d'auteur lorsqu'ils procédaient à ce téléchargement provisoire. Un tribunal d'appel fédéral a donné raison au fabricant : il s'agissait d'une «utilisation» exorbitante de la licence afférente aux logiciels et, partant, d'une violation du droit d'auteur protégeant les programmes. Les clients étaient aussi coupables de l'atteinte au droit d'auteur que l'entreprise de réparation à laquelle ils s'étaient adressés. L'entreprise de réparation a dû arrêter le téléchargement et son atelier de réparation a fermé<sup>4</sup>.

On est loin de la solution retenue dans des causes britanniques et américaines du début du siècle qui étaient considérées comme du bon droit au Canada à l'époque. Bien avant que le droit mêlé d'économie ne devienne à la mode, les juges étaient parfaitement conscients des répercussions économiques de l'extension des droits des titulaires du droit d'auteur chaque fois qu'une nouvelle technologie surgissait et s'en sont souvent remis aux législatures à cet égard. Par conséquent, lorsque des éditeurs de musique ont intenté un procès aux fabricants de rouleaux de piano mécanique<sup>5</sup> parce qu'ils reproduisaient leur musique, les tribunaux tant aux États-Unis qu'au Royaume-Uni se sont prononcés contre les éditeurs. Pourquoi interdire le

commerce des rouleaux perforés alors que celui de dispositifs analogues comme les boîtes à musique et les disques se poursuivait sans la moindre opposition des titulaires du droit d'auteur<sup>6</sup>? La «neutralité technologique», qui est actuellement l'expression à la mode pour ce qui est d'étendre les droits détenus par les titulaires du droit d'auteur, avait alors une signification très différente! En fait, les législatures américaine et du Commonwealth ont réagi à ces décisions en assujettissant le nouveau droit mécanique concernant la musique à un régime de licences obligatoires qui existe encore dans de nombreux pays<sup>7</sup>.

Par contre, les juges américains, en 1993, ont semblé indifférents au fait qu'ils sanctionnaient l'utilisation du droit d'auteur pour faire obstacle à la concurrence sur le marché secondaire de la réparation et des pièces de rechange dans le cas non seulement des programmes d'ordinateur, mais de n'importe quelle oeuvre protégée par le droit d'auteur. Suivant cette théorie, n'importe qui peut être empêché de s'essayer à réparer n'importe quoi qui est protégé par le droit d'auteur, même à restaurer des oeuvres d'art; aucune entreprise ne peut mettre sur pied un atelier interne de réparation ou demander à un employé compétent d'effectuer des réparations ponctuelles. Les coûts inutiles imposés aux utilisateurs et l'atteinte aux libertés ordinaires des gens<sup>8</sup> sont écartés.

On pourrait espérer mieux des juges canadiens, bien que, de nos jours, beaucoup d'entre eux s'inclinent devant les tribunaux américains dans des décisions qui portent sur les nouvelles technologies, comme si plus d'expérience procurait nécessairement plus de sagesse. Quand même, un tribunal canadien pourrait refuser de dire que le téléchargement d'un fichier est une reproduction [TRADUCTION] «sous une forme matérielle» en vertu de la *Loi sur le droit d'auteur*<sup>9</sup>; la présence provisoire d'une oeuvre dans une mémoire non rémanente n'est peut-être pas assez «matérielle». Ou bien il pourrait contourner le résultat économique auquel on est arrivé dans l'affaire américaine en question en invoquant des décisions britanniques qui autorisent la réparation, voire la fabrication de pièces de machine par des fournisseurs secondaires de biens et de services : nul ne peut [TRADUCTION] «porter atteinte à leur concession», c'est-à-dire utiliser un bien qu'ils conservent (un bien-fonds ou un droit d'auteur) pour entraver la jouissance d'un autre bien transféré (un bien-fonds ou des marchandises). Le propriétaire d'un bien tangible a le droit légal de le rendre apte à l'utilisation à laquelle il est destiné sans demander la permission de qui que ce soit, peu importe le contenu du contrat ou de la licence de droit d'auteur<sup>10</sup>. S'il en est ainsi pour les pièces pour automobiles, il devrait en être ainsi pour les pièces pour ordinateurs (après tout, beaucoup de pièces pour automobiles ne sont plus mécaniques, mais sont plutôt composées de programmes d'ordinateur).

Le téléchargement d'un fichier devrait-il seulement porter atteinte au droit d'auteur? Uniquement si l'on interprète la loi de façon très littérale, comme le programme informatique d'une authenticité douteuse qui a traduit «nous avions» («we had») par «we airplane». Le droit d'auteur n'a jamais voulu empêcher les gens de réparer, de revendre, de lire ou d'utiliser du matériel comme on le fait habituellement. Lorsque le législateur veut empêcher l'exercice des droits ordinairement accordés à un titulaire ou un utilisateur, par exemple la location (comme dans le cas des modifications de l'ALÉNA proposées par le Canada), il le dit explicitement, et cible alors habituellement de façon précise l'activité afin de ne pas nuire à des activités parallèles inoffensives<sup>11</sup>. Si les juges ne sont pas sûrs que le législateur songeait à un problème en particulier, ils feraient mieux de se retenir et de laisser le législateur faire son travail.

## Une loi distincte pour la technologie numérique?

Le téléchargement d'un fichier est un exemple simple que j'ai utilisé pour montrer que les juges et le législateur doivent se méfier des faux dieux que sont l'analogie fallacieuse et la protection instinctive. Les mêmes tentations existent relativement à d'autres oeuvres numériques sur l'autoroute de l'information ou en dehors de celle-ci : quelle est la nature des transmissions et des offres sur l'autoroute? Celles-ci ressemblent-elles à des appels téléphoniques privés, à des émissions par câble ou à des émissions radiodiffusées? Avec les technologies convergentes, leur nature doit-elle être repensée? Quelles responsabilités les utilisateurs, les fournisseurs de services et les moniteurs de conférence ont-ils à l'égard de ce qu'ils disent? Les oeuvres numériques devraient-elles être classées dans une catégorie distincte de celle des oeuvres traditionnelles? Devraient-elles être régies par des dispositions complètement distinctes de celles qui régissent le droit d'auteur?

Sur ce dernier point, le législateur fédéral pourrait sans aucun doute valablement adopter une loi distincte en vertu d'un titre de compétence autre que le droit d'auteur, par exemple ceux qui l'autorisent à réglementer la téléphonie et la radiodiffusion. Cette mesure paraît cependant inutile. On pourrait aisément élaborer un ensemble de règles applicables aux oeuvres numériques dans le contexte du droit d'auteur. Prenons l'économie de la loi actuelle : il y a d'abord (comme dans toutes les lois sur le droit d'auteur) des règles communes qui régissent toutes les oeuvres (possession du droit d'auteur, commercialisation, droits moraux, recours contre les contrefacteurs). Il y a ensuite des règles portant sur des cas spéciaux comme l'art<sup>12</sup>, la musique<sup>13</sup> et les programmes d'ordinateur<sup>14</sup>. Ces règles spéciales, qu'on trouve un peu partout dans la loi, équivalent en réalité à des «mini-lois» sur le droit d'auteur réunies dans une loi générale sur le droit d'auteur.

Il paraît donc tout à fait approprié et faisable d'adopter une «mini-loi» sur le droit d'auteur pour régir les oeuvres électroniques. Les questions importantes sont les suivantes :

- quelles pratiques voulons-nous soutenir relativement à ces oeuvres?
- ces pratiques sont-elles propres aux oeuvres numériques, ou si les oeuvres numériques font simplement ressortir des pratiques qui existent déjà dans d'autres médias et qui devraient recevoir un appui systématique?

## **Faire une transfusion de moralité au droit d'auteur**

Tout ceci suppose que le droit d'auteur sera le principal outil qui régira ces technologies. Cette constatation nous ramène à l'observation de Ficsor selon laquelle le changement technologique sert souvent à mettre en question [TRADUCTION] «jusqu'aux raisons de l'existence même du régime»<sup>15</sup>. Les technologies numériques ont rétabli cette «tradition» dans une autre perspective. Tout en reconnaissant les vertus abstraites du droit d'auteur, certains se demandent si le droit d'auteur, dans ce monde nouveau, est déjà devenu hors de propos. Après tout, le droit d'auteur est fondé sur la production initiale d'une oeuvre originale tangible, qui est ensuite exploitée au moyen de la commercialisation de masse d'exemplaires, de l'exécution ou de la représentation publique, ou encore de la radiodiffusion. Les intrusions non autorisées dans ce marché sont habituellement détectées et arrêtées assez rapidement et aisément grâce à l'imposition de sanctions civiles ou pénales, ce qui entraîne peut-être certains frais, mais pas plus que pour d'autres droits de propriété. Cependant, à mesure que les oeuvres existantes sont numérisées (avec ou sans autorisation) ou que de nouvelles oeuvres sont produites uniquement sous forme numérique, le droit d'auteur devient impuissant à régir la manipulation et le déplacement de chaînes électroniques intangibles. La détection et l'application deviennent difficiles, parfois quasiment impossibles; les droits qui figurent dans les textes ne sont pas respectés en pratique. En effet, l'accès à la musique, aux arts, à la littérature et à d'autres matériels sous forme numérique a donné aux utilisateurs le pouvoir de modifier ces oeuvres ou ces données à volonté, de les reproduire presque à l'infini et de les transmettre n'importe où dans le monde à d'autres personnes qui disposent elles aussi des mêmes moyens; et une fois qu'un pouvoir est donné, il est immanquablement utilisé.

Dans ce monde, la thèse est que chaque utilisateur est potentiellement en mesure de recréer et de redistribuer le matériel qui est mis à sa disposition par des moyens électroniques. Dans ce monde, la seule façon dont le fournisseur initial d'une oeuvre ou d'une information peut, dans la pratique,

profiter de son investissement est de miser sur des accords moraux réciproques, sur le chiffrement et sur une bonne commercialisation (p. ex. la prestation de services comme les lignes secours et les mises à jour périodiques auxquelles les utilisateurs veulent s'abonner). Dans ce monde, le droit d'auteur n'est qu'un spectateur vieux jeu qui observe avec envie le déroulement d'une soirée extravagante à laquelle personne n'a pris la peine de l'inviter<sup>16</sup>.

Ce scénario alarmiste du droit d'auteur n'a pas été accepté dans les récentes études de Lehman aux États-Unis, et de NGL Nordicity et Brunet au Canada<sup>17</sup>. Dans toutes ces études, on a affirmé que le régime du droit d'auteur était bien en vie et approprié à l'ère numérique. Selon les auteurs de ces études, les seules questions graves sont celles-ci : quelles sont les activités sur lesquelles les titulaires du droit d'auteur devraient être en mesure d'exercer un contrôle, qu'est-ce que les utilisateurs devraient avoir le droit de faire et quels changements devrait-on apporter aux règles qui régissent le droit d'auteur pour atteindre ces buts.

Il reste à voir si le droit d'auteur va ou non bientôt rendre l'âme. Comme c'est souvent le cas des prédictions diamétralement opposées, la vérité finira peut-être par surgir quelque part au milieu. Cependant, presque tous semblent d'accord sur un point : dans le contexte de la numérisation, le droit d'auteur, quelque réorganisé qu'il soit, fera face à de graves difficultés s'il doit constituer le principal mécanisme de rétribution des producteurs et des distributeurs. Il est donc important, maintenant plus que jamais, que le droit d'auteur aie un sens pour tous ceux qui évoluent dans son ombre, pour qu'il ait [TRADUCTION] «un centre moral cohérent que la personne ordinaire peut comprendre et accepter»<sup>18</sup>. Sans cela, les appels à tous pour promouvoir la probité ou faire connaître les avantages du droit d'auteur seront voués à l'échec dès le début.

Il ne sera pas facile de créer ce centre moral. Nous devons aller au-delà de panacées comme «Je l'ai fait, donc j'en suis le possesseur», «chacun a le droit de récolter ce qu'il a semé», «la propriété intellectuelle, c'est comme la propriété foncière» ou d'autres bon mots couramment débités - qui conviennent mieux à un intervalle comique qu'à un programme de secours du droit d'auteur -, qui soulèvent plus de questions qu'ils ne fournissent de réponses. Une démarche plus convaincante pourrait consister à commencer par imaginer un monde sans droits d'auteur, puis à demander : la reproduction ou l'utilisation d'une catégorie donnée de produits d'une certaine manière a-t-elle pour effet de dissuader sa production en premier lieu, parce que le producteur serait incapable de réaliser un bénéfice normal avec son investissement? Dans l'affirmative, il pourrait y avoir d'autres questions pertinentes :

- Voulons-nous d'abord encourager la production dans ce secteur?
- Quels sont le type et le degré de stimulant nécessaires pour le type et le degré de production que nous voulons?
- À qui devrait profiter ce stimulant? Au(x) premier(s) producteur(s)? Aux distributeurs ultimes? Dans quelles proportions et jusqu'à quel point<sup>19</sup>?

Lorsqu'on compare le droit d'auteur à un gabarit comme celui-là, on est à même de constater l'ampleur véritable de son incohérence, d'ailleurs antérieure à la révolution numérique. Le droit d'auteur était censé rétribuer les travailleurs dans les domaines des arts, de la littérature, de la musique et du théâtre, et pourtant les employeurs, les remballeurs et les distributeurs sont souvent beaucoup plus avantagés par le régime que ceux qui peinent sur le terrain<sup>20</sup>. Le droit d'auteur était censé encourager la production d'oeuvres qui n'auraient pas vu le jour autrement; pourtant, beaucoup de choses courantes ou sans originalité sont protégées : la correspondance commerciale et personnelle, les journaux intimes, de simples logos commerciaux (largement protégés par les dispositions sur les marques de commerce et la commercialisation trompeuse), même les gribouillages de jeunes enfants qui n'ont jamais entendu parler du droit d'auteur et qui ne pourraient même pas épeler ce terme, si on le leur demandait<sup>21</sup>. Le droit d'auteur est censé favoriser la diffusion de la culture locale; pourtant, d'une part, cet objectif est contrecarré par des prescriptions internationales comme la Convention de Berne, l'ALÉNA et maintenant le GATT, aux termes desquelles le matériel étranger doit être diffusé aussi librement et protégé aussi pleinement que le matériel local; et, d'autre part, une grande partie de la culture traditionnelle des peuples autochtones du Canada ne bénéficie d'aucune protection. Le droit d'auteur est censé protéger des produits culturels : pourtant, on n'a jamais expliqué - en fait, c'est inexplicable - comment il se fait que les programmes d'ordinateur (qui sont principalement des pièces détachées électroniques) ou les formules commerciales et juridiques, qui sont tous classés avec les écrits de Margaret Atwood et de Roch Carrier dans la catégorie des oeuvres littéraires originales, sont qualifiés de produits culturels, bien qu'au sens banal du terme.

Les technologies numériques ont rendu les anomalies du droit d'auteur encore plus flagrantes. Non seulement elles ont augmenté les possibilités et accru l'ampleur de ce travail et, de ce fait, accentué les distorsions existantes, mais elles ont aussi mis en question beaucoup d'hypothèses qui servent de fondement au fonctionnement du régime du droit d'auteur.

Parmi les nombreux exemples qu'on pourrait prendre, il y en a trois qui retiennent mon attention : les oeuvres autochtones, la reproduction à domicile et les pratiques artistiques postmodernes. Ce sont des exemples de problèmes qui existaient avant l'apparition des technologies numériques, mais qui peuvent devenir plus urgents à mesure que ces technologies deviennent le point de mire de la pratique culturelle.

## Les oeuvres autochtones

À l'heure actuelle, le droit d'auteur protège les oeuvres des artistes et des écrivains autochtones *contemporains*, ainsi que leurs éditeurs et leurs distributeurs, de la même façon qu'il protège les oeuvres de leurs homologues non autochtones. Les oeuvres autochtones *traditionnelles* sont toutefois plus vulnérables. Qu'est-ce qui peut empêcher quelqu'un de numériser et de commercialiser, avec ou sans embellissement, des histoires et des oeuvres d'art autochtones traditionnelles, même si cela peut être profondément choquant pour le groupe qui considère ces histoires et ces oeuvres d'art comme une partie intégrante de sa culture, comme une partie du ciment qui assure sa cohésion? Néanmoins, les peuples autochtones ont des raisons valables de s'inquiéter de la façon dont leurs histoires et leurs oeuvres d'art sont prises et commercialisées, parfois par les leurs, plus souvent par d'autres. Parfois, la commercialisation elle-même peut être choquante, par exemple lorsque l'histoire ou l'oeuvre d'art en question a un caractère sacré pour le groupe auquel elle appartient; dans d'autres cas, la commercialisation, bien qu'elle ne soit pas choquante en soi, déforme l'histoire ou l'oeuvre d'art originale.

Le droit d'auteur et les droits moraux passent à côté de ces questions. Les obstacles à la protection en vertu du régime actuel sont souvent insurmontables : il se peut que l'identité du créateur de l'oeuvre soit impossible à établir parce que celui-ci est mort depuis longtemps, ou bien il peut s'agir d'une oeuvre collective; il peut s'agir d'une oeuvre orale et non fixée; il se peut qu'aucune personne ne puisse valablement revendiquer la paternité de l'oeuvre ou les droits d'auteur dans la mesure où le titre n'a pas été transmis par un ou des auteurs identifiables; enfin, il se peut que toute durée possible du droit d'auteur soit expirée.

D'une certaine façon, la protection de la culture traditionnelle soulève la controverse parce qu'elle donne à penser que certaines zones de pensée et d'expression sont interdites à tous sauf à un groupe bien défini : c'est une espèce de censure que les écrivains et les artistes ont en abomination. Les groupes autochtones peuvent répliquer que l'acte de traduction lui-même peut être une forme d'oppression culturelle qui recrée, volontairement ou non, des histoires traditionnelles selon le point de vue du traducteur. Les histoires

modifiées peuvent alors être traitées comme l'expression authentique de la culture du groupe, même par le groupe concerné<sup>22</sup>. Il est préférable de régler des différences comme celles-là au moyen de règles non pas élaborées par des fonctionnaires, mais issues de discussions auxquelles prennent part les dirigeants, les écrivains et les artistes autochtones et non autochtones intéressés.

Il est important de souligner que la situation actuelle a été créée de propos délibéré. La question de la protection de la culture traditionnelle («folklore») a été débattue en 1967 dans le cadre des travaux de révision de la Convention de Berne à Stockholm. Un consensus international s'est dégagé en faveur de cette protection et un groupe de travail a été mis sur pied pour approfondir la question, ce qui a immédiatement forcé le délégué canadien à se montrer. Il aurait déclaré :

[TRADUCTION] [...] *il n'avait été en mesure de parler plus tôt de la question du folklore. Son pays avait un folklore très important, qui avait toujours été considéré comme acquis au domaine public. Le Canada était donc opposé à toute mesure susceptible de restreindre l'utilisation publique du matériel folklorique. Sa délégation n'était absolument pas disposée à prendre part à une discussion sur la question de savoir qui était propriétaire de ce matériel ou qui avait le droit de l'utiliser. Il espérait que le nouveau groupe de travail tiendrait compte de ses remarques, étant donné que cette question préoccupait beaucoup sa délégation*<sup>23</sup>.

Vu la règle de l'unanimité prévue par la Convention, cette objection a été suffisante pour réduire la disposition sur la culture traditionnelle au régime facultatif qui figure maintenant dans la version de 1971 de la Convention de Berne.

Au Canada et ailleurs, c'est dans le domaine des revendications territoriales que les intérêts des Autochtones ont été reconnus pour la première fois. Il se pourrait bien que l'étape suivante soit celle de la présentation et de la reconnaissance de leurs revendications culturelles. L'orientation prise à Stockholm en 1967 ne fera probablement pas long feu au XIX<sup>e</sup> siècle.

## **L'exploitation privée : la reproduction à domicile**

Comme je l'ai déjà mentionné, la technologie numérique permet aux utilisateurs de modifier sans difficulté un texte ou une oeuvre d'art et d'obtenir un résultat plus ou moins différent de l'original; cette technologie leur permet aussi d'envoyer par voie électronique des copies instantanées

partout dans le monde. Les titulaires du droit d'auteur et les auteurs soutiennent qu'ils devraient pouvoir exercer un contrôle sur ces activités. Par le mot contrôle, ils entendent des mesures comme celles-ci : a) interdire complètement cette production, cette reproduction ou cette distribution, b) autoriser ces activités moyennant le paiement d'une taxe que le marché supportera, ou c) traiter les titulaires ou les auteurs comme des copropriétaires ou des coauteurs et leur permettre de prendre part aux décisions concernant l'exploitation et de se voir attribuer une partie des redevances et du mérite.

Les utilisateurs s'opposent d'ordinaire aux tentatives pour contrôler leurs impulsions créatrices; si l'oeuvre est exploitée commercialement, certains peuvent accepter de mauvaise grâce d'avoir à payer pour utiliser l'original ou de reconnaître qu'ils ont été inspirés par celui-ci.

La façon dont la loi devrait traiter certains aspects de ces activités paraît claire à première vue. Ce que font les gens, rivés à leur écran d'ordinateur, dans l'intimité de leur foyer ne peut et, partant, ne devrait pas être réglementé. Le droit d'auteur ne se soucie pas de ce que font les gens dans leur salon ou (dans une certaine limite) dans leur salle de bain : ils peuvent y faire leurs imitations de Céline Dion, Karen Kane, Roch Carrier ou Murray Schaefer par eux-mêmes, ou avec et pour les membres de leur famille et leurs amis, sans demander la permission de qui que ce soit<sup>24</sup>. Dans le même ordre d'idées, la loi ne devrait pas se mêler de ce que font les citoyens chez eux avec leur ordinateur. On ne devrait pas chercher à réglementer la reproduction à domicile ou la distribution privée limitée aux membres de la famille et aux amis<sup>25</sup>. Au contraire, il existe de bonnes raisons sociales et économiques pour lesquelles la loi devrait appuyer les tentatives des individus pour se renseigner et progresser, et pour créer des liens de parenté et d'amitié avec d'autres et les renforcer.

Quoi que dise la loi, c'est ainsi que les choses se passent en pratique. Y a-t-il quelqu'un qui croit sincèrement de nos jours que les millions de Canadiens - parmi lesquels figurent sûrement des ministres et des fonctionnaires normalement respectueux des lois - qui utilisent régulièrement des magnétophones et des magnétoscopes pour enregistrer leurs chansons et leurs émissions préférées portent atteinte au droit d'auteur chaque fois qu'ils appuient sur le bouton d'enregistrement? Il se peut que la loi sur le droit d'auteur, interprétée de façon littérale, dise qu'il s'agit d'une violation<sup>26</sup>; le ministre du Patrimoine canadien peut le penser<sup>27</sup>; c'est aussi ce que peuvent penser les titulaires du droit d'auteur qui courent ça et là en affirmant que la population entière porte atteinte à leurs droits d'auteur, mais qui n'osent traduire personne en justice de crainte de provoquer un mouvement de rессac

dans la population et d'être tournés en ridicule par un juge qui en est à son quatrième magnétoscope, après avoir usé les trois derniers en enregistrant des épisodes de *Rumpole of the Bailey* et la saga de O. J. Simpsons.

Cependant, la loi reste lettre morte pas seulement pour l'enregistrement à domicile, mais pour toute activité de reproduction en privé. L'artiste qui tire un texte ou des illustrations du livre d'art qui se trouve sur son CD-ROM, qui les manipule avec son programme Paintbrush et qui imprime le résultat pour l'accrocher à un mur de son salon considérerait qu'il travaille selon la vieille tradition qui veut que les artistes se servent des techniques contemporaines, qu'il s'agisse d'un bâton pointu, d'un crayon fusain, de couleurs ou de leurs équivalents électroniques. Dans le même ordre d'idées, la circulation privée entre amis du fruit de son travail et d'autres articles qui présentent un intérêt ne date pas d'hier; c'est une pratique qui existait dans la Grèce et la Rome antiques. La remise en main propre d'hier est devenue la livraison de photocopies par la poste et la reproduction sur support papier ou sur support électronique par fax/modem et par téléphone d'aujourd'hui; aux coupures et aux photocopies de journaux et de revues se sont ajoutés les produits téléchargés du réseau Internet. La reproduction à domicile et la distribution limitée à la famille et aux amis ne devraient pas porter atteinte au droit d'auteur de qui que ce soit.

Les tentatives actuelles pour assujettir ce genre de distribution au contrôle du titulaire du droit d'auteur sont malencontreuses. Même avant que les modes ne deviennent la norme, les gens photocopiaient et télécopiaient des coupures de journaux et de revues à leurs amis et à leurs collègues. Demander aux expéditeurs d'obtenir l'autorisation préalable du titulaire du droit d'auteur de l'original, ou leur demander de déclarer qu'ils font une utilisation équitable d'une oeuvre pour des fins d'«étude privée» ou de «recherche»<sup>28</sup>, c'est demander la lune. Les gens considéreraient à juste titre comme une ineptie une loi qui permet en principe à un titulaire du droit d'auteur de saisir une oeuvre d'art et de la conserver ou de la détruire<sup>29</sup>, si l'artiste est assez bête pour admettre qu'il a créé l'oeuvre dans le seul but de donner libre cours à une impulsion créatrice, de s'amuser ou de distraire sa famille et ses amis, ou encore de s'occuper.

La suggestion de ne pas toucher à la reproduction à domicile n'implique pas :

- la sanction de la reproduction sans autorisation par des utilisateurs *commerciaux*, de la distribution *publique* de produits copiés, du «piratage» informatique (contre lequel il existe déjà beaucoup de sanctions civiles et pénales) ou de la réduction des sanctions pénales contre la distribution commerciale de matériel contrefait;

- l'impossibilité pour les titulaires du droit d'auteur d'être rétribués au moyen de la perception d'une taxe sur les rubans vierges ou les disquettes, ou par les distributeurs qui facilitent la reproduction à domicile, lorsque la production initiale serait sans cela découragée<sup>30</sup>; ou
- l'impossibilité pour les titulaires du droit d'auteur d'utiliser des moyens technologiques comme le chiffage pour exercer un contrôle sur la reproduction non désirée, ou de chercher à convaincre le public (comme le fait actuellement l'industrie des logiciels) que certaines pratiques de reproduction sont illicites ou préjudiciables aux intérêts à long terme du public.

Cette suggestion permet en fait de reconnaître qu'une loi qui est inapplicable et qui n'est pas appliquée est une absurdité : non seulement cette loi, mais aussi ceux qui la font et la perpétuent deviennent à juste titre des objets de dérision publique<sup>31</sup>.

## **L'exploitation publique : la pratique postmoderne**

Lorsqu'une personne donne un caractère public à une oeuvre en la présentant à l'extérieur de son domicile ou de celui de sa famille ou de ses amis, p. ex. dans une galerie d'art ou sur un babillard électronique, ou en vue d'une exploitation commerciale, l'aspect éthique de la situation devient plus ambivalent. La reproduction non autorisée de l'oeuvre d'autrui en vue d'une distribution publique porte manifestement atteinte au droit d'auteur. L'équivalent électronique de cette démarche, c.-à-d. la diffusion d'un document par la télécopie de masse ou l'affichage sur un babillard électronique en vue d'un téléchargement, que ce soit dans un but lucratif ou non lucratif, devrait pareillement relever du contrôle du titulaire du droit d'auteur. Du point de vue de l'application, ces activités sont assez facilement détectables et impliquent une moins grande atteinte aux intérêts privés.

La question de l'oeuvre qu'un artiste ou un écrivain modifie est plus troublante. Ces problèmes, qui étaient assez connus bien avant l'apparition de la technologie numérique, ont pris une nouvelle dimension à l'ère numérique. Le cas de l'échantillonnage est typique : un musicien possédant un échantillonneur électronique intègre dans sa composition un instrument ou un élément vocal distinct, parfois aussi peu qu'une note et souvent modifiée électroniquement, tiré d'un enregistrement existant. La légalité de cette pratique est censée dépendre de la question de savoir si le deuxième utilisateur s'est injustement approprié l'élément ou a pris une partie importante ou essentielle de l'oeuvre existante<sup>32</sup>. Cette question soulèverait à son tour des questions de fait et de degré qui dépendent plus de la *qualité* que

de la *quantité* de ce qui a été pris. Les arguments invoqués ici hésitent entre l'esthétique (un son unique n'est pas/ne devrait pas être une composition), l'économie (le son doit de toute évidence avoir une valeur, sinon pourquoi le prendre?) et le terrain glissant ou l'avalanche à redouter (si cet utilisateur s'en tire à bon compte, d'autres pourraient aussi s'en tirer à bon compte avec d'autres éléments, si bien qu'il ne restera en définitive plus rien au premier artiste).

Les législatures ont jusqu'à maintenant laissé aux tribunaux le soin de résoudre cette question, mais le dossier est incomplet. C'est évidemment aux États-Unis que la situation bouge le plus : à titre d'exemple, des musiciens de rap qui ont échantillonné des enregistrements de «vieux succès» se sont fait rappeler le septième commandement<sup>33</sup>, qui a par la suite été commenté par un autre tribunal pour donner quelque chose comme «tu ne voleras point à moins de parodier et de marcher ailleurs que dans les plates-bandes du titulaire»<sup>34</sup>. L'affaire *Rogers v. Koons*, qui a été décidée en 1992, est peut-être la décision la plus intéressante dont les répercussions se sont fait sentir sur les pratiques numériques<sup>35</sup>. Dans cette affaire, un tribunal américain a statué qu'une sculpture de l'artiste new-yorkais Jeff Koons, qui représentait un couple assis sur un banc et tenant huit jeunes bergers allemands, portait atteinte au droit d'auteur protégeant une photographie prise par un obscur photographe commercial de Los Angeles. Koons n'a pas travaillé lui-même avec la technologie numérique (en réalité, il n'a pratiquement rien fait puisqu'il a confié la fabrication proprement dite de la sculpture à un atelier italien), mais son art dénote la façon dont beaucoup d'artistes numériques travaillent, en utilisant la souplesse que procure la numérisation pour manipuler et recontextualiser des images et des textes.

Koons, qui a soutenu en défense qu'il travaillait selon une tradition bien établie de l'art postmoderne qui consiste à commenter ironiquement la culture et les images modernes, a été traité sans ménagement. Le premier message des juges a été de dire que le postmodernisme devait payer sa part : Rogers devait être payé libéralement pour l'utilisation non autorisée de l'oeuvre sans autorisation<sup>36</sup>, et s'est aussi vu attribuer le dernier exemplaire de la sculpture (qui valait plus de 100 000 \$, et probablement plus à cause du procès). Leur deuxième message implicite était plus terrifiant : juridiquement parlant, le postmodernisme à la Koons était mort. Car même si Koons avait demandé l'autorisation préalable de Rogers, celui-ci n'avait pas besoin de la lui donner, quelque argent qu'on lui ait offert<sup>37</sup>. En ce qui concerne le postmodernisme, le «publiez et faites l'objet d'une injonction» a éclipsé le «publiez et soyez critiqué».

Des décisions comme celle-ci ne sont pas neutres sur le plan technologique ni sur le plan du mouvement artistique. Depuis les années 80 au moins, les juges, quoique prompts à étendre la protection conférée par le droit d'auteur

aux produits de la technologie numérique (p. ex. les programmes d'ordinateur, les vidéogrammes, etc.), ne sont pas aussi habiles à reconnaître les nouvelles pratiques engendrées par les nouvelles technologies. Leurs conceptions modernistes de l'art, centrées sur l'auteur en tant que créateur héroïque d'une oeuvre stable, s'accordent mal avec les technologies qui encouragent n'importe qui à être un auteur et où la seule caractéristique stable et permanente des produits de monsieur et madame tout le monde est l'instabilité et l'impermanence.

Les juges peuvent être très sûrs de la valeur de pratiques artistiques comme celles de Koons, mais les artistes et les philosophes de l'art eux-mêmes sont profondément divisés. Certains réproouvent, comme le tribunal américain, la «citation» et les pratiques critiques des artistes postmodernes, et réclament une protection plus étendue qui pourrait même aller jusqu'à protéger les styles individuels des artistes. D'autres reconnaissent la validité et l'importance des pratiques postmodernes et rejettent les allégations de plagiat qui sont, selon eux, [TRADUCTION] «presque risiblement dénués de pertinence»<sup>38</sup>. D'autres encore proposent un compromis : tout cela n'est qu'une question d'argent et de reconnaissance; permettons aux artistes subséquents d'emprunter libéralement, mais obligeons-les à reconnaître ceux à qui ils sont redevables. Le credo postmoderne devrait être «payez et reconnaissez d'abord, empruntez ensuite»<sup>39</sup>.

Comme les choses ont changé! Il y a cent ans - peut-être à peine soixante-dix au Canada -, Koons aurait obtenu gain de cause. À l'époque, les législateurs et les juges canadiens-anglais et américains définissaient la légalité et l'illégalité de façon complètement différente. Un artiste pouvait empêcher d'autres artistes de reproduire son oeuvre sous forme de gravure ou de motif de papier peint, mais il ne pouvait pas s'opposer à la transformation d'une peinture, d'une photographie ou d'une gravure en une oeuvre d'art en trois dimensions<sup>40</sup>. De même, au XIX<sup>e</sup> siècle, personne ne semblait croire que les traducteurs<sup>41</sup>, les rédacteurs de résumés, les parodistes et les écrivains satiristes avaient besoin du consentement de quelqu'un d'autre pour travailler, et d'autres emprunts transmédias étaient également considérés comme acceptables, p. ex. le fait de transférer les illustrations d'un livre d'histoire dans un livre appartenant à une autre catégorie comme celle des livres de cuisine<sup>42</sup>, ou le fait de faire des enregistrements sonores de musique<sup>43</sup>. Selon cette conception de l'art, les gens qui créaient une nouvelle oeuvre à partir de matériel existant jouissaient d'une estime aussi grande que celle des producteurs de l'oeuvre qu'ils avaient transformée et avaient droit à leurs propres droits d'auteur comme le producteur de l'oeuvre originale. Et les arts étaient alors aussi florissants que de nos jours.

Il ne s'agit pas d'un plaidoyer en faveur du recul de l'horloge numérique à un quelconque âge d'or pré-électrique imaginaire du droit d'auteur. Nous devrions plutôt reconnaître que lorsque de nouvelles technologies engendrent de nouvelles pratiques, les normes qui fonctionnaient jusqu'alors peuvent ne plus être adaptées à la nouvelle situation. Dans un certain sens, la loi devrait être «technologiquement neutre» : elle devrait, d'une part, protéger la création intellectuelle, quelle que soit la technologie à laquelle l'auteur décide de recourir et, d'autre part, être ouverte à la technologie et au mouvement artistique.

## **Conclusion**

La mesure dans laquelle le droit d'auteur parviendra à relever le défi des technologies numériques dépendra de plusieurs facteurs. Il faudra que les pouvoirs publics et les législatures élaborent des règles qui permettront aux nouvelles technologies d'acquiescer de la flexibilité. Il faudra que les avocats et les juges règlent les différends en se montrant réceptifs et sensibles à l'économie, à l'esthétique et aux pratiques culturelles et technologiques ainsi qu'à leurs antécédents. Et il faudra surtout que les principes et les règles générés par ce processus soient acceptés par des utilisateurs de ces technologies remplis de bonne foi, car sans leur collaboration ces règles subiront le sort des limitations de vitesse peu réalistes affichées sur les autoroutes non surveillées : un autre élément d'information sans importance à l'intention des automobilistes qui roulent vers leur destination à une vitesse qu'ils - et non quelqu'un d'autre - jugent prudente dans les circonstances.

## NOTES

- Le document présenté a été légèrement modifié pour tenir compte des commentaires utiles faits par les participants au symposium.
- <sup>1</sup> Ficsor, «New Technologies and Copyright: "The Fundamental Things Apply as Time goes By"», p. 2, document présenté à la conférence *Copyright in Transition* qui a eu lieu à Ottawa les 13 et 14 octobre 1994. M. Ficsor est le directeur général adjoint de l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle, dont le siège est situé en Suisse.
- <sup>2</sup> Working Group on Intellectual Property Rights, *Intellectual Property and the National Information Infrastructure* (juillet 1994), p. 35, 65. Le groupe de travail était présidé par le commissaire américain des brevets, M. Lehman.
- <sup>3</sup> Litman, «The Exclusive Right to Read» (1994) 13 *Cardozo Arts & Ent. L.J.* 29, 40
- <sup>4</sup> *MAI Systems Corp. v. Peak Computer Inc.* 991 F. 2d 511 (9th Circ., 1993).
- <sup>5</sup> Les célèbres «rouleaux perforés [...] à l'aide desquels des sons peuvent être reproduits mécaniquement» dont parle encore la *Loi sur le droit d'auteur* du Canada, L.R.C. (1985), ch. C-42, par. 5(3).
- <sup>6</sup> *Boosey v. Whight* [1990] 1 Ch. 122 (C.A.); *White-Smith Music Co. v. Apollo Co.* (1907) 209 U.S. 1.
- <sup>7</sup> Le Canada a aboli ce régime en 1988 seulement.
- <sup>8</sup> Je ne veux pas donner à entendre que ni la Constitution américaine ni la Constitution canadienne ne protègent le droit des citoyens de faire faire des réparations, quoique l'industrie des hommes à tout faire au Canada pourrait en faire son cheval de bataille en vue d'un amendement constitutionnel. De toute façon, les libertés n'ont pas toutes besoin d'être constitutionnalisées pour mériter d'être reconnues.
- <sup>9</sup> *Loi sur le droit d'auteur*, par. 3(1).

- <sup>10</sup> *BLMC v. Armstrong Patents Ltd.* [1986] A.C. 577 (H.L.).
- <sup>11</sup> Les modifications de l'ALÉNA portaient uniquement sur la location commerciale de programmes d'ordinateur et d'enregistrements sonores, et même alors elles autorisaient délibérément les bibliothèques sans but lucratif à continuer de prêter ce matériel. Voir, par exemple, pour les programmes : *Loi sur le droit d'auteur*, art. 3(1)h), 3(2), 3(3).
- <sup>12</sup> Par exemple, l'art a un droit d'exposition publique et des droits moraux plus solides; la durée du droit d'auteur pour une oeuvre artistique non publiée est plus courte (la vie de l'auteur et une période de cinquante ans après sa mort) que pour d'autres oeuvres (potentiellement perpétuelle jusqu'à la première publication posthume, ou exécution ou représentation publique); et il y a des dispositions spéciales qui donnent aux artistes une certaine latitude pour retravailler d'anciennes idées ou pour incorporer une oeuvre d'art architecturale ou une sculpture publique dans leur oeuvre. *Loi sur le droit d'auteur*, art. 3(1)g), 28.01(2), 7, 27(2)b) et c).
- <sup>13</sup> Ainsi, une structure relative aux droits d'exécution musicale est en place depuis les années 30, de même qu'une liste des activités sur lesquelles les titulaires du droit d'auteur n'exercent aucun contrôle.
- <sup>14</sup> Les titulaires du droit d'auteur ont un droit de location commerciale pour leurs programmes, tandis que les utilisateurs ont le droit de faire des copies de sauvegarde et de modifier le langage informatique pour le rendre compatible avec leurs ordinateurs : *Loi sur le droit d'auteur*, art. 3(1)h), 27(2)l) et m).
- <sup>15</sup> Texte accompagnant la note 1.
- <sup>16</sup> P. ex., Barlow, «The Economy of Ideas: A framework for rethinking patents and copyright in the Digital Age», *Wired* 2:03 (1994).
- <sup>17</sup> Voir Lehman, note 2, ci-dessus. NGL Nordicity Ltd. a préparé en avril 1994 une étude intitulée *New Media and Copyright* pour Industrie Canada. Brunet a présidé, sous l'égide du Comité consultatif sur l'autoroute de l'information, un sous-comité sur le droit d'auteur qui a présenté un «projet de rapport final» intitulé *Le droit d'auteur et l'autoroute de l'information*, décembre 1994.

- 18 Vaver, «Rejuvenating Copyright», p. 14, document présenté à la conférence *Copyright in Transition* qui a eu lieu à Ottawa les 13 et 14 octobre 1994 et a été organisée par l'Institut canadien de la propriété intellectuelle. Ce document sera publié dans (1995) 74 *Can. Bar. Rev.* 000.
- 19 J'ai proposé quelque chose de semblable dans «Rejuvenating Copyright», note précédente, p. 10. Pour répondre à de telles questions, il se pourrait qu'on doive non seulement découvrir ce que pensent les économistes ou trouver un terrain d'entente parmi les groupes d'intérêt suspects habituels, mais peut-être aussi convoquer des groupes de producteurs et d'utilisateurs ordinaires pour voir à quoi ressemble la situation à tous les niveaux.
- 20 Selon certains, ce sont simplement les lois de l'économie qui sont à l'oeuvre. C'est peut-être vrai, mais nous devrions alors laisser tomber ces règles en tant que conditions d'une protection fondée sur la vie de l'auteur et une période de cinquante ans après sa mort pour reconnaître que les auteurs et leur succession ne sont nullement avantagés par le régime tel qu'il a été conçu. Nous pouvons alors poser la question plus délicate que voici : de quel genre de protection une entreprise a-t-elle besoin avant de risquer de l'argent dans un projet?
- 21 Les dessins du regretté John Lennon, griffonnés en classe dans un cahier d'exercices, viennent d'être mis aux enchères au Royaume-Uni. Le prix de départ : entre 30 000 \$ CAN et 40 000 \$ CAN (*Globe & Mail*, 23 février 1995, C4). À ce prix, est-ce que l'acheteur obtient les droits d'auteur (une cession écrite sera nécessaire) ou si la succession de Lennon les conserve?
- 22 Voir, p. ex., Niranjana, *Siting Translation: History, Post-Structuralism and the Colonial Context* (1992).
- 23 *Procès-verbaux de la Convention de Berne, Conférence de Stockholm* (1967), p. 878.
- 24 Seules les représentations «publiques» sont visées par le droit d'auteur : *Loi sur le droit d'auteur*, par. 3(1).
- 25 En Allemagne, les exemptions relatives à l'utilisation équitable mises à part, la reproduction interne privée, même d'oeuvres complètes, est permise : *Copyright Act of 1965* (mod.), par. 53(1), mais la redistribution est interdite. Ces utilisations sont rémunérées au moyen de

redevances perçues sur les rubans vierges et les photocopieurs. Voir Dietz, *Germany*, dans Nimmer & Geller, *International Copyright Law & Practice* (1994), § 8 [2] [a] [i].

- 26 Même si l'on aurait pu croire que les revendications du droit d'auteur seraient maintenant rendues irrecevables par des défenses fondées sur l'acquiescement dû au manque de diligence, si ces revendications étaient jamais soumises aux tribunaux.
- 27 Dans son communiqué du 22 décembre 1994, le ministre du Patrimoine canadien, l'honorable Michel Dupuis, a fait part de son intention de mettre en place un mécanisme de perception de redevances à l'égard des bandes sonores vierges afin de dédommager l'industrie du disque des «pertes phénoménales» qu'elle a subies à cause de l'enregistrement sonore à domicile qui s'est fait librement jusqu'ici. Il a fait remarquer que ce mécanisme [TRADUCTION] «aurait pour effet d'autoriser la reproduction à domicile», ce qui laisse supposer que la reproduction à domicile était jusqu'à présent illégale en vertu de la *Loi sur le droit d'auteur*.
- 28 *Loi sur le droit d'auteur*, al. 27(2)a) et a.1), reprenant avec de légères modifications la loi britannique dite *Copyright Act 1911 (U.K.)*, al. 2(1)t).
- 29 *Loi sur le droit d'auteur*, art. 38.
- 30 Voir, p. ex., la situation en Allemagne, note 25, précitée.
- 31 À propos de la loi britannique de 1956 sur le droit d'auteur qui interdisait l'enregistrement sonore à domicile, le plus haut tribunal britannique a déclaré : [TRADUCTION] «Du point de vue de la société, la situation actuelle est lamentable. Des millions de manquements à la loi doivent être commis chaque année par ceux qui s'adonnent à la reproduction à domicile. Certains peuvent contrevenir à la loi sans le savoir, malgré la publicité considérable et les mises en garde sur les disques, les rubans et les films. D'autres peuvent enfreindre la loi parce qu'ils estiment qu'il y a fort peu de chances pour qu'ils soient découverts. D'autres encore peuvent considérer que les industries du spectacle et du disque présentent déjà toutes les caractéristiques d'un monopole peu souhaitable, de dépenses somptuaires, de revenus faramineux et de profits exorbitants, et que le ruban vierge est le seul frein à d'autres majorations du prix des disques. Quelle que soit la raison de la reproduction à domicile, le rythme de Sergeant Pepper et les airs enlevants du *Miserere* provenant de copies illégales sont plus

puissants que les cas de respect de la loi ou les remords. Une loi qui est traitée avec un tel mépris devrait être modifiée ou abrogée.» *CBS Songs Ltd. v. Amstrad Consumer Electronics plc* [1988] 2 All E.R. 484 [H.L.].

- <sup>32</sup> Le critère de la «partie importante» est utilisé plus fréquemment de nos jours puisqu'il s'agit de l'expression qui est employée au par. 3(1) de la *Loi sur le droit d'auteur* et qui provient de la loi britannique de 1911. L'expression «appropriation injuste» était employée de façon interchangeable avec l'expression «appropriation d'une partie importante» auparavant, et figure encore dans la jurisprudence du Commonwealth. L'«appropriation injuste» semble être le précurseur du critère américain de l'«utilisation équitable» avant que celui-ci ne devienne une liste de contrôle formalisée de variables changeantes au § 107 de la loi américaine de 1976. Il y a une différence de taille : le demandeur doit prouver que le défendeur s'est «injustement approprié» son oeuvre, alors que l'«utilisation équitable» aux États-Unis doit être soulevée et prouvée par le défendeur.
- <sup>33</sup> *Grand Upright Music Ltd. v. Warner Bros. Records Inc.* 22 U.S.P.Q. 2d 1556 (D.C.N.Y. 1991).
- <sup>34</sup> *Campbell v. Acuff-Rose Music Inc.* (1994) 114 S.Ct. 1164.
- <sup>35</sup> 22 U.S.P.Q. 2d 1492 (2d Circ., 1992). Pour des critiques, voir Ames, «Beyond Rogers v. Koons: A Fair Use Standard for Appropriation» (1993) 93 *Columbia L.R.* 1473; Woodmansee & Jaszi (éd.), *The Construction of Authorship: Textual Appropriation in Law & Literature* (1994), p. 41 et ss. (par Jaszi); Bowrey, «Copyright, The Paternity of Artistic Works, and the Challenge Posed by Postmodern Artists» (1994) 8 *I.P.J.* 285, p. 311 et ss.
- <sup>36</sup> Rogers s'est vu attribuer un droit de licence raisonnable et une partie des bénéfices nets provenant de la vente des trois sculptures de Koons. Le tribunal a déclaré que Rogers pouvait aussi demander au juge de première instance de lui attribuer des dommages-intérêts statutaires pouvant aller jusqu'à 300 000 \$ pour [TRADUCTION] «la conduite intentionnelle et détestable» de Koons : 22 U.S.P.Q. 2d 1502; *Copyright Act of 1976*, 17 U.S.C. § 504 (c) (2).
- <sup>37</sup> On ne sait pas très bien si le tribunal aurait été plus ou moins indulgent envers Koons, dans le cas où celui-ci aurait donné suite à son projet malgré un refus. Le tribunal aurait-il déclaré que le refus de Rogers était «raisonnable» («Je ne veux pas que l'art sérieux que je pratique soit parodié par des gens comme Koons»)? La décision de

Koons d'aller de l'avant avec son projet après avoir obtenu un «non» catégorique n'aurait-elle pas été une conduite encore plus détestable et intentionnelle que le fait de n'avoir demandé aucune permission?

- 38 Danto, *The Transfiguration of the Commonplace: A Philosophy of Art* (1981), 142-4, où il est question du tableau peint par Roy Lichtenstein en 1963, lequel s'est approprié le schéma de composition de l'historien de l'art Erle Loran du *Portrait de Mme Cézanne* de Cézanne : l'appropriation de l'appropriation d'un original.
- 39 Ce sont peut-être des causes comme *Rogers v. Koons* qui ont récemment incité un juge américain du rang le plus élevé à dire qu'on devrait accorder des dommages-intérêts seulement, et non des injonctions, dans le cas des oeuvres [TRADUCTION] «ayant un caractère original et une valeur indépendante [qui] constituent une menace assez peu importante pour les droits économiques de l'auteur de l'original» : Leval, «*Campbell v. Acuff-Rose: Justice Souter's Rescue of Fair Use*» (1994) 13 *Cardozo Arts & Ent. L.J.* 19, p. 24. Au mieux, cela veut dire que Rogers n'aurait pas obtenu la dernière sculpture de Koons, mais un montant supplémentaire pour permettre à Koons de la conserver. Au Canada, le point de vue selon lequel les dommages-intérêts sont une réparation plus appropriée qu'une injonction a été rejeté par la Cour d'appel fédérale, qui a affirmé que souscrire à ce point de vue revenait à imposer une licence obligatoire sans autorisation législative : *R. v. James Lorimer & Co. Ltd.* (1984) 77 C.P.R. (2d) 262, p. 269.
- 40 *Hanfstaengl v. Empire Palace* [1894] 2 Ch. 1 (C.A.) : un tableau vivant ne porte pas atteinte au droit d'auteur protégeant la peinture, le dessin ou la photographie qu'il reproduit. Il y a violation uniquement si la copie est elle-même une peinture, un dessin ou une photographie. La décision inverse a été rendue à partir du libellé apparemment plus large de la loi britannique sur le droit d'auteur de 1911 (*Bradbury Agnew & Co. v. Day* (1916) 32 T.L.R. 349); cette décision s'est sans doute appliquée au Canada après 1924, année de l'entrée en vigueur l'actuelle *Loi sur le droit d'auteur*, qui reprenait le libellé de la loi britannique de 1911.
- 41 À partir de 1868, toutefois, les traducteurs canadiens ont eu besoin du consentement du titulaire du droit d'auteur de l'oeuvre originale, dans la mesure où ce droit d'auteur était reconnu au Canada. La reconnaissance internationale des droits d'auteur étrangers n'a évidemment pas été complète au Canada et ailleurs avant le premier quart du XX<sup>e</sup> siècle : Vaver, «*Translation and Copyright: A Canadian Focus*» (1994) 16 *E.I.P.R.* 159.

<sup>42</sup> *Bradbury v. Hotten* (1872) L.R. 8 Ex. 1.

<sup>43</sup> *Boosey v. Whight; White-Smith Music Co. v. Apollo Co.*; précités, note 6.

# LE DROIT D'AUTEUR ET L'INFOROUTE

## CATALYSEUR DE PROGRÈS OU CAUSE DE PARALYSIE ?

Howard P. Knopf

### Table des matières

#### LA QUESTION

- ▶ *L'inforoute offre en principe l'accès à presque toutes les oeuvres susceptibles de numérisation, à peu près n'importe où, n'importe quand, ainsi qu'aux logiciels et aux bases de données qui permettent de trouver et de consulter plus facilement ces oeuvres. Les lois sur le droit d'auteur ont la capacité de rendre l'autoroute de l'information réalisable ou impraticable ..... 31*
  
- ▶ *Le problème que pose tout cela c'est que deux coalitions principales, bizarres, se livrent une importante bataille pour la mainmise sur ce Far West cybernétique..... 32*
  
- ▶ *La plus grande partie de l'information échangée par l'inforoute est susceptible d'être protégée par le droit d'auteur. Le droit d'auteur est l'instrument de gestion privée et publique le plus visible dont nous disposons ..... 34*
  
- ▶ *Toutes ces oeuvres n'ont pas été rendues accessibles sur l'inforoute avec l'assentiment du propriétaire. Il est assez simple et peu coûteux de récupérer par «balayage» le texte d'un livre, une photographie ou même un morceau de musique sans l'aide ou la permission du titulaire du droit d'auteur. Ce qui est étrange c'est qu'on le fasse si peu ..... 36*
  
- ▶ *Nous avons déjà des lois qui traitent de la plupart des aspects de la technologie, des comportements et des opérations sur l'inforoute... Pourquoi alors toute cette agitation autour du droit d'auteur et de l'inforoute? ..... 37*

▣	<i>Que craignent les titulaires de droits d'auteur? .....</i>	38
---	---	----

## ASPECTS POLITIQUES DE LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE

▣	<i>Rôle des États-Unis .....</i>	39
▣	<i>Ambiguïté de la position américaine : le syndrome chinois .....</i>	42
▣	<i>Questions touchant les lois sur la concurrence .....</i>	44
▣	<i>Les autorités canadiennes chargées de l'application des lois sur la concurrence. ....</i>	47

## CONSIDÉRATIONS TECHNOLOGIQUES

▣	<i>La technologie peut-elle régler les problèmes qu'elle a créés? .....</i>	48
	<i>Le chiffrement : le programme Clipper .....</i>	49
	<i>Marquage et empreintes digitales .....</i>	51
	<i>Païement électronique .....</i>	52
	<i>Le concept de l'«agent de la propriété intellectuelle» («Intellectual Property Engine») .....</i>	52

## LES MAUVAISES NOUVELLES

▣	<i>Le danger est que, sur l'inforoute, une nouvelle horde de fanatiques du droit d'auteur politiquement corrects et de leurs avocats avides cherchent à assujettir toutes sortes de comportements utiles sur le marché à l'exigence d'une autorisation ou même à des poursuites pénales, et que d'innombrables nouvelles causes d'action soient inventées qui entravent ou empêchent le développement de l'infrastructure. ....</i>	53
▣	<b>RÉACTIONS EXCESSIVES POSSIBLES DANS LE DOMAINE DU DROIT D'AUTEUR .....</b>	60
	<i>Le rapport Lehman .....</i>	60
	<i>Rapport du Comité consultatif sur l'autoroute de l'information .....</i>	63
	<i>Le détour de la radiodiffusion sous la férule du CRTC .....</i>	67

## LES BONNES NOUVELLES -- SOLUTIONS POSSIBLES

▣	<b>SUGGESTIONS CONCERNANT LA PHASE II .....</b>	69
▣	<b>PHASE II ET ULTÉRIEUREMENT .....</b>	72

## Les lois ne persuadent pas parce qu'elles menacent<sup>1</sup> Plutôt moins que plus<sup>2</sup>

Je suis heureux et honoré d'être ici aujourd'hui. À bien des égards, ce symposium fait suite à la conférence intitulée «Le droit d'auteur en période de transition» que j'ai organisée pour le compte de l'Institut canadien de la propriété intellectuelle (ICPI/CIPI) et qui a eu lieu les 13 et 14 octobre 1994 à Ottawa. Plusieurs des conférenciers et des participants à cette conférence sont ici présents. Ce n'est peut-être pas une pure coïncidence. Il me fait plaisir d'être l'un de ceux-là et je suis reconnaissant à la haute direction du ministère de la Justice de m'avoir invité.

La création d'Internet est attribuable en grande partie à la volonté des milieux militaires américains de mettre en place un réseau de communication qui résisterait à une attaque nucléaire.

- Q. Qu'est-ce qui causerait un plus grand préjudice à l'autoroute de l'information qu'un pirate informatique diabolique, un terroriste psychotique, un bureaucrate maladroit, un complot commercial ou même une guerre atomique planétaire?
- R. Un avocat spécialiste du droit d'auteur en mal de causes.

### LA QUESTION

- *L'inforoute offre en principe l'accès à presque toutes les oeuvres susceptibles de numérisation, à peu près n'importe où, n'importe quand, ainsi qu'aux logiciels et aux bases de données qui permettent de trouver et de consulter plus facilement ces oeuvres. Les lois sur le droit d'auteur ont la capacité de rendre l'autoroute de l'information réalisable ou impraticable.*

En l'occurrence, le nouvel habit de l'empereur est à la fois neuf et remarquable, encore qu'il soit un peu mince, mal ajusté et loin d'être terminé. Mais c'est ce qui en fait toute l'élégance. Il sera toujours en évolution et à la mesure de la silhouette et des besoins changeants de l'empereur. Je parle de l'autoroute de l'information -- de l'inforoute (sur le modèle du terme anglais «Infoway» proposé par mon collègue Paul Hoffert). L'inforoute c'est entre autres ce qui suit, mais c'est bien d'autres choses encore :

- Un système presque instantané de distribution de courrier et de diffusion d'informations/d'idées, à l'échelle mondiale, qui permet d'envoyer et de recevoir le genre de documents qu'on recherche, peu importe avec qui on veut communiquer.
- Une bibliothèque de bibliothèques qui améliore sans cesse son organisation, qui met à jour ses répertoires et qui agrandit ses collections -- suivant une courbe de progression plus qu'exponentielle.
- Un forum de forums permettant aux âmes soeurs (physiciens ou sadomasochistes) de comparer leurs notes et de partager leurs secrets.
- Une source de fichiers accessibles et susceptibles de téléchargement portant sur tous les sujets de l'acupuncture à la zoologie.
- Un réseau de réseaux, qui offre à quiconque possède un simple micro-ordinateur muni d'un modem, l'accès à toutes les informations censées être accessibles (et souvent à bien d'autres qui ne sont pas censées l'être) sur tout autre ordinateur, où qu'il soit situé et à toute heure. Vraiment. C'est aussi simple que cela.
- Toutes les techniques qui l'ont précédée et plus que la somme de tous ses éléments, y compris la câblodistribution, les journaux et d'autres supports de l'art et de l'information. Il est intéressant de noter que toutes ces sources sont maintenant en grande partie raccordées et intégrées horizontalement.

▣ ***Le problème que pose tout cela c'est que deux coalitions principales, bizarres, se livrent une importante bataille pour la mainmise sur ce Far West cybernétique.***

Au risque de simplifier à outrance, je dirai que, d'un côté, on observe un mélange étrange de squatters, de pirates et de mordus de l'informatique qui ont des traits communs avec des idéologues, des universitaires, des bibliothécaires et des chercheurs, voire avec bien des chefs d'entreprises. Ils veulent tous une réglementation réduite au strict minimum, un accès maximum et un coût le plus bas possible. De l'autre côté, on retrouve les titulaires de droits d'auteur (surtout des éditeurs, des concepteurs de logiciels et l'industrie du divertissement) et les diffuseurs d'information qui ont toujours répugné à céder la moindre parcelle de leur droit de regard sur la reproduction, la segmentation des marchés, la revente, la location, la présentation et, en fin de compte, tous les autres aspects d'un nouveau droit de «distribution» qu'ils estiment essentiel à un monopole valide et naturellement mérité. Ce dernier

groupe est généralement partisan d'une réglementation plus stricte et d'une meilleure protection de la propriété intellectuelle (du droit d'auteur en particulier). Ironiquement, cette meilleure protection de la propriété intellectuelle est à bien des égards compatible avec une augmentation de l'intervention étatique et de la réglementation à cause de la nature inhérente de ces droits «concedés à titre de monopole».

Il importe de faire remarquer que, jusqu'à maintenant, deux modèles principaux d'inforoute se sont fait jour. D'une part, on trouve les systèmes commercialisés et indépendants dans lesquels l'accès à la base de données ou l'interactivité sont subordonnés à un abonnement payant ou limité. On compte parmi ceux-ci CompuServe, Quicklaw, Infoglobe et d'innombrables autres services. Fréquemment, ils servent de «passerelle» l'un à l'autre et sont dotés des mécanismes de perception voulus. Dans une certaine mesure, les propriétaires de ces services sont responsables de ce qu'ils offrent ou n'offrent pas et ils en fixent les conditions. D'ordinaire, ils sont faciles d'utilisation. En fait, ils doivent l'être pour attirer les clients. C'est que bon nombre d'entre eux se contentent de reconditionner des documents déjà tombés dans le domaine public, soustraits à toute exclusivité ou raisonnablement accessibles par des moyens non électroniques ou électroniques (mais peu commodes ou peu économiques). Par conséquent, il faut que les gens aient une raison de payer un prix pour une chose qu'ils peuvent obtenir gratuitement ou à moindre coût, bien que cela leur cause quelque inconvénient.

Le second modèle est celui de l'Internet, qui a toujours été inorganisé, désorganisé, à but non lucratif, non gouverné, spontané et pas très facile d'utilisation. Jusqu'à ce jour, l'Internet a été quelque chose qui a le caractère d'un «bien public». Son coût de fonctionnement est peu élevé<sup>3</sup>. En effet, il a été l'objet de peu d'effort concerté de «gestion publique». Les coûts en capital initiaux ont été engagés en grande partie par le gouvernement des États-Unis et le ministère de la Défense américain qui voulaient disposer d'un système de communication fiable, comportant le reroutage des données et la capacité de liaisons avec toutes les régions de la planète même après une guerre atomique. Ce sont les universités et les gouvernements qui en sont devenus les «propriétaires» les plus récents. Son architecture repose sur des petits ordinateurs, dont bon nombre ne peuvent pas échanger entre eux directement en raison de problèmes de compatibilité. D'où son caractère universel et son recours au plus petit commun dénominateur au niveau des interfaces, des protocoles et des langages. C'est en outre un projet presque entièrement «à but non lucratif», on n'y fait aucune opération commerciale apparente et il n'est pas conçu pour cela. Ce qu'il y a de génial dans son architecture et sa conception, c'est qu'il ne dépend pas seulement de supercalculateurs très coûteux ou d'autres installations nécessitant de gros investissements. L'Internet utilise surtout votre micro-ordinateur et le mien et celui de votre

voisin, des moyens de télécommunication de technologie moyenne ou rudimentaire (c'est-à-dire les lignes téléphoniques et les lignes d'acheminement de données), ainsi que des protocoles et des logiciels courants (la plupart tombés dans le domaine public) pour former un tout systématique à l'échelle mondiale.

Aussi difficile à comprendre que cela puisse être pour ceux qui ne s'intéressent qu'à ce qui rapporte, l'Internet s'est développé dans une large mesure spontanément grâce aux efforts de bénévoles et aux idées apportées par les usagers. Beaucoup de personnes se dévouent ainsi parce qu'elles croient que l'inforoute est une bonne chose et qu'il convient de la laisser prospérer sans lui imposer de modèles et de métaphores commerciaux.

Tout cela est en train de changer à mesure que les gouvernements et les consortiums se rendent compte des possibilités immenses de l'Internet sur les plans politique et commercial. L'inforoute constitue l'exemple le plus parfait dans l'évolution de l'humanité de l'aphorisme de MacLuhan : «The Medium is the Message». L'Internet redéfinit la démocratie aux États-Unis<sup>4</sup>. Par exemple, une disposition d'un projet de loi qui aurait eu des effets très favorables pour l'empire West de l'édition juridique a été présentée récemment, puis retirée au bout de quelques jours parce que des membres d'un influent groupe intéressé au droit d'auteur sur l'information et l'Electronic Frontier Foundation (dont vous entendrez encore parler) en a eu vent et a harcelé de courrier électronique les membres du comité compétent<sup>5</sup>.

L'inforoute est le nouveau Far West qui sera soumis, exploité et peut-être ruiné par ceux qui possèdent les armes les plus rapides ou les tireurs les mieux payés (p. ex. les avocats). Mais il est à espérer que beaucoup de bonnes choses auront été irrévocablement accomplies avant que cela n'arrive.

▣ ***La plus grande partie de l'information échangée par l'inforoute est susceptible d'être protégée par le droit d'auteur. Le droit d'auteur est l'instrument de gestion privée et publique le plus visible dont nous disposons.***

Naturellement, quand on pense à l'inforoute, on pense au droit d'auteur. Dans une large mesure, les informations qui y transitent, dans bien des cas la sélection et la compilation des informations, les logiciels utilisés pour trouver les informations, pour y accéder et pour les traiter, sont susceptibles d'être protégés par le droit d'auteur. En effet, le droit d'auteur, comme on pouvait s'y attendre, est en train de devenir le principal moyen de réglementation des comportements dans le Far West cybernétique.

En effet, il n'y a pas beaucoup d'autres outils évidents qui se rapportent clairement à l'inforoute. Hormis les politiciens, les bureaucrates, les institutions culturelles protégées (telles que Radio-Canada) et leurs avocats, peu de gens appuient un mode de réglementation fondé sur le droit classique de la radiodiffusion ou des télécommunications. Comme je vais le démontrer plus loin, l'inforoute ne comporte essentiellement aucune «radiodiffusion» au sens littéral ou suivant une interprétation fondée sur son objet. Si elle comporte des télécommunications, c'est d'une manière très éloignée. Après tout, des milliers de fournisseurs non titulaires de licences, allant des petits babillards électroniques aux grandes bases de données commerciales, situés tant à l'étranger qu'au Canada, exercent leur activité au pays depuis des années. En outre, cet instrument ne permet qu'un droit de regard très limité, voire inexistant, sur le contenu.

Les règles sur la diffamation et le libelle peuvent bien sûr s'appliquer et les médias y ont recouru dans une certaine mesure au Canada. En effet, le Canada est l'un des pays favoris des politiciens étrangers corrompus qui ne peuvent pas obtenir d'audience aux États-Unis mais qui estiment avoir été victimes de diffamation aux mains des médias américains. En fait, c'est généralement aux tribunaux ontariens qu'un titulaire de charge publique fera appel. Sir Lyndon Pindling, ex-premier ministre des Bahamas, n'a intenté qu'en Ontario, sa fameuse action contre NBC, qui avait allégué que ce dernier aurait tiré profit de trafic de drogues illicites, alors que l'émission de NBC était diffusée à partir de New York. C'est qu'en droit américain, il incombait à Pindling de prouver que NBC avait agi avec malveillance, tandis qu'en droit ontarien, les présomptions favorisent le demandeur. Bien que l'affaire n'ait jamais été inscrite au rôle, on en trouve des détails dans un recueil<sup>6</sup>. Des magnats de la presse (Conrad Black) et de riches gens d'affaires (les Reichman) ont souvent eu recours aux lois exceptionnelles du Canada au chapitre de la diffamation pour fuir la publicité non sollicitée.

Il semble que des poursuites pour méfait, fraude ou d'autres infractions criminelles relatives aux télécommunications puissent être engagées contre des pirates informatiques comme Kevin Mitnick. Toutefois, dans d'autres cas tels que l'affaire *U.S. v. LaMachhia*<sup>7</sup>, que nous étudierons plus loin, le système pénal semble déficient pour certains. D'autres jugent la justice pénale trop draconienne, en particulier au Canada. Voir ci-après. Au surplus, les pirates informatiques font l'objet d'un certain mysticisme pervers, romantique et folklorique<sup>8</sup>.

Comme l'attestent nombre d'études, il est difficile, voire impossible, du point de vue technologique et politique, d'exercer un droit de regard sur le contenu de l'information. Malgré les efforts héroïques de la police canadienne pour faire respecter l'interdiction de publication intrinsèquement inapplicable dans l'affaire *Homolka* et une étonnante observation de cette interdiction hors

frontières, il a toujours été possible d'user de plusieurs détours bien indiqués pour éviter le barrage routier sans précédent, inefficace et, comme on pouvait le prévoir, vain, que le procureur général Marion Boyd a mis en place.

Nous verrons que les lois sur le droit d'auteur dans leur état actuel conviennent étonnamment à certains égards à titre de modèle de gestion publique des droits de propriété. En revanche, nous verrons que, sous d'autres aspects, elles sont singulièrement inapplicables et ne se prêtent probablement pas à une adaptation facile. Dans les cas les plus flagrants, dont certains sont peut-être en train de se produire, les lois sur le droit d'auteur telles que nous les connaissons ont la capacité de paralyser la plus grande partie du trafic sur l'inforoute ou du moins de créer des bouchons perpétuels.

Quand je dis que la «plupart» des oeuvres accessibles sur l'inforoute sont susceptibles d'être protégées par le droit d'auteur, je m'abstiens à dessein de dire la «totalité». Aujourd'hui, les tribunaux américains et étrangers ont fortement tendance à refuser la protection aux oeuvres qui ne sont que de simples compilations de données ou d'autres produits d'un travail analogue<sup>9</sup>. Cette tendance se confirme au niveau des instances supérieures et à propos d'autres types d'oeuvres, dont les programmes d'ordinateur, qui ne seraient pas susceptibles de faire l'objet du droit d'auteur selon certaines allégations formulées dans des causes entendues par les tribunaux<sup>10</sup>. Pour ce qui est du Canada, on observe une tentative en cours pour supprimer le droit d'auteur sur la plupart des documents issus de l'État ou produits pour son compte. Bien entendu, c'est un dilemme qui a été résolu depuis longtemps aux États-Unis, bien que West Publishing prétende à certains droits de propriété sur la pagination à «valeur ajoutée», etc. Voir plus haut.

☐ *Toutes ces oeuvres n'ont pas été rendues accessibles sur l'inforoute avec l'assentiment du propriétaire. Il est assez simple et peu coûteux de récupérer par «balayage» le texte d'un livre, une photographie ou même un morceau de musique sans l'aide ou la permission du titulaire du droit d'auteur. Ce qui est étrange c'est qu'on le fasse si peu.*

En principe, il est assez facile de «télécharger» en aval ou en amont sur l'Internet, sans autorisation, des oeuvres protégées par le droit d'auteur.

Toutefois, cela se fait peu. Si ce genre de pratique n'est pas plus flagrante c'est probablement dû en grande partie à l'étiquette ou «netiquette»<sup>11</sup> qui est très stricte à ce chapitre. Mais c'est facile avec un balayeur à 500 \$ ou même

moins cher. La seconde raison tient sans doute à la simple crainte des poursuites au civil ou au pénal, le «facteur de refroidissement» que nous verrons plus loin.

Il est assez facile d'établir un site sur Internet -- pour Gopher<sup>12</sup>, FTP<sup>13</sup>, WWW<sup>14</sup>, etc. qui permet la diffusion rapide des informations. Le nombre de tels sites s'accroît à une vitesse incroyable -- littéralement un nouveau à la minute. Chaque site peut être à la fois une bibliothèque, un éditeur ou un groupe d'action politique.

Aussi les administrateurs de l'Internet (d'habitude des administrateurs d'université sans permanence) sont extraordinairement prudents même selon les normes bureaucratiques universitaires politiquement correctes. Par exemple, le service Internet de l'Université d'Ottawa ne permet pas les abonnements aux conférences virtuelles «Alt», parce que certaines d'entre elles peuvent être offensantes pour certaines personnes. Toutefois, il y a plusieurs milliers de groupes «Alt» qui ne sont pas le moindre choquants pour qui que ce soit. Ils traitent de tous les sujets de la viticulture à l'ethnomusicologie. La simple réponse bureaucratique consiste cependant à supprimer tous les groupes «Alt» pour le lecteur de Usenet. Pareille décision ne nécessite aucun jugement de valeur. Dans le passé, l'imposition de telles politiques de censure des ouvrages faisant partie des collections des bibliothèques a provoqué des bouleversements sociaux.

Mais en général le fait qu'une abondance de documents protégés par le droit d'auteur soient accessibles gratuitement et sans autorisation témoigne probablement du fait que notre système juridique existant a vraisemblablement un effet dissuasif adéquat en ce qui concerne la contrefaçon systématique. Nous verrons dans les pages qui suivent pourquoi il pêche par excès de prudence au chapitre de la dissuasion et qu'il n'y pas lieu d'en être fier.

☐ ***Nous avons déjà des lois qui traitent de la plupart des aspects de la technologie, des comportements et des opérations sur l'inforoute... Pourquoi alors toute cette agitation autour du droit d'auteur et de l'inforoute?***

Il est vrai qu'à un moment donné, on s'est demandé si un rouleau de piano mécanique était une reproduction d'une oeuvre musicale (voir l'affaire *Boosey v. Whight*<sup>15</sup>), ou si l'inscription d'une oeuvre sur une disquette ou sur une mémoire morte («ROM») pouvait constituer une violation du droit d'auteur<sup>16</sup>.

Il n'était vraiment pas nécessaire que divers gouvernements retiennent les services d'un grand nombre d'experts et désignent un grand nombre de comités pour en arriver à la conclusion que le téléchargement d'une oeuvre sans permission viole le droit d'auteur. Le téléchargement sur un disque dur ou la sortie sur imprimante sont aussi des violations du droit d'auteur. «Éditer» une oeuvre électroniquement sans permission, surtout au sens commercial, c'est s'attirer toutes sortes de poursuites au civil et au pénal qui sont déjà possibles.

En axant le débat sur la question de savoir si les lois existantes sont suffisantes au regard des pratiques et des possibilités offertes par l'inforoute, on a eu tendance assez logiquement à préférer des réponses qui vont de : «le système actuel est essentiellement adéquat, mais pourrait être rajusté», à : «nous avons besoin d'importants nouveaux droits et recours pour lutter contre la menace que posent la numérisation et la facilité de contrefaçon et de transmission». C'est un parti pris assez prévisible, étant donné le caractère très conservateur des titulaires de droits d'auteur et le penchant assez récent mais marqué du gouvernement pour le rôle de défenseur des intérêts des titulaires de droits d'auteur plutôt que pour son rôle historique d'arbitre des intérêts des titulaires et des utilisateurs.

#### ▣ *Que craignent les titulaires de droits d'auteur?*

Dans le passé, les titulaires de droits d'auteur ont souvent eu devant une nouvelle technologie l'une ou l'autre des réactions suivantes :

- d'abord, tenter de la supprimer ou du moins, de l'entraver;
- puis, tenter de la faire interdire;
- ensuite, tenter d'imposer des droits, des licences ou d'autres solutions participant du droit d'auteur;
- désintéresser les concepteurs;
- finalement, apprendre à s'y adapter et à réaliser de jolis bénéfices, bien qu'ils aient fait tout leur possible pour accomplir ce qui précède.

Un exemple classique est celui de la réaction d'Hollywood devant le phénomène des vidéocassettes au début des années 1980. Les producteurs et distributeurs d'Hollywood ont été fâchés de ne pas pouvoir maîtriser la pléthore de vidéocassettes. Ils ont mené une dure campagne pour l'abrogation de la «théorie de la première vente»<sup>17</sup> et pour l'imposition d'un nouveau régime de droit d'auteur qui leur permettrait de percevoir des redevances sur la location. En raison principalement de préoccupations tenant aux pratiques anti-concurrentielles, le Congrès des États-Unis est resté sceptique. La tentative a échoué<sup>18</sup>. Cela a eu un résultat intéressant. À Hollywood, on s'est vite mis à faire ce que les économistes spécialistes des lois antitrust lui avaient conseillé de faire dès le départ. On a baissé

radicalement et rapidement le prix des vidéocassettes, le prix du gros passant de 100 \$ et plus à moins de 20 \$ en général au détail, de sorte que les propriétaires de clubs vidéo et le public ont voulu en acheter plus. Les ventes ont beaucoup augmenté. Les producteurs ont fini par réaliser des bénéfices bien plus considérables sur la vente des vidéocassettes aux marchands et directement au consommateur («vente directe») qu'aux guichets. Tout le monde a été content. Le marché a fourni la solution sans qu'il soit nécessaire de légiférer. Le piratage florissant qui avait été prévu ne s'est pas produit. D'autres faux scénarios pessimistes avaient été élaborés par l'industrie du disque et du cinéma lors de la venue de la télévision, du magnétophone à bande, du magnétocassette, de la diffusion par satellite, du magnétophone numérique, etc.

Ce qui est réellement déconcertant pour les titulaires de droits d'auteur dans les nouvelles technologies, c'est l'impression de perdre leur mainmise. Cette mainmise comporte bien des aspects, mais le plus important pour ce qui nous intéresse, c'est la mainmise sur la technologie et la mainmise économique.

La nouvelle technologie peut certainement sembler une menace pour cette mainmise. Anciennement, il n'était pas facile d'exercer une activité de piratage. Les installations et le matériel nécessaires à la contrefaçon de livres ou de disques, ou en particulier de films, étaient très dispendieux. Les canaux de distribution légitimes étaient très étroitement surveillés. Les pirates devaient surmonter un grand nombre d'obstacles techniques. Les entraves à l'accès sont bien moins nombreuses de nos jours.

Le piratage des vidéocassettes, des disques compacts, des logiciels peut se faire très efficacement, surtout outre-mer. L'équipement est peu coûteux. Toutefois, des sanctions pénales sévères frappant les pirates ont été remarquablement efficaces en Amérique du Nord et en Europe, et on signale beaucoup moins d'activité de piratage aujourd'hui qu'il y a dix ou quinze ans. Le problème s'est déplacé outre-mer, principalement en Chine, d'après les Américains.

## ASPECTS POLITIQUES DE LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE

### ☐ *Rôle des États-Unis*

L'un des legs durables de l'élection de Ronald Reagan à la présidence des États-Unis en 1984 a peut-être été de transformer les lois sur le droit d'auteur en une question économique et juridique d'importance mondiale. Bien entendu, Reagan était un produit d'Hollywood. L'industrie du cinéma et Jack

Valenti font partie des groupes de pression les plus puissants et les plus craints aux États-Unis. Le droit d'auteur a toujours été jugé important à Hollywood, mais il a pris le devant de la scène durant les années Reagan. Des alliés tels Bill Gates de Microsoft, IBM et l'industrie de la musique étaient aussi importants.

À l'heure actuelle, même si la Maison blanche est occupée par un démocrate, l'influence d'Hollywood est encore très grande. Mickey Kantor est un ancien avocat de l'industrie du divertissement. C'est lui, à titre de représentant des États-Unis pour le commerce, qui mène la charge à l'Organisation mondiale du commerce (OMC), à l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI), en Chine et là où la propriété intellectuelle est au premier plan de leurs préoccupations.

Ironiquement, les efforts du Canada pour renforcer le nationalisme culturel et encourager nos créateurs par une protection accrue des droits d'auteur ont de très fortes chances de faire le jeu des industries américaines du divertissement, de l'édition et de l'informatique. Cela s'explique simplement par le fait que les lois sur le droit d'auteur exigent de par leur nature un traitement national. Nous ne pouvons pas reconnaître des droits d'auteur à nos ressortissants sans faire de même à ceux des autres pays. Les États-Unis voient de toute évidence d'un mauvais œil l'idée que nous pourrions utiliser les «droits voisins» (droits des interprètes et exécutants, droits sur les enregistrements sonores, etc.), ou un régime de copie privée de façon à favoriser les Canadiens au détriment des autres. Cela serait possible avec ou sans recours à l'exemption controversée pour les industries culturelles contenue dans l'ALENA<sup>19</sup>. Que ce recours soit possible ou non sur le plan juridique, il entraînerait des représailles (légales ou non). Il semble que tous les interprètes du droit ne s'entendent pas sur ce texte. Nous allons sûrement avoir à payer un jour ou l'autre.

Il existe des moyens plus sûrs, plus rapides, moins chers et plus efficaces d'aider les créateurs canadiens méritants, sans qu'il faille renforcer le régime des droits d'auteur au-delà de ce que même les Américains sont prêts à appuyer dans leur propre pays. Si nous voulons favoriser les intérêts culturels canadiens et atteindre des objectifs culturels canadiens, nous devons reconnaître que peu d'options judicieuses du point de vue économique s'offraient à nous avant l'ALENA et le GATT, et encore moins maintenant. Toutefois, nous disposons encore de l'instrument que constituent les programmes et subventions directes, ciblées stratégiquement, que le Bureau de la politique de concurrence semble approuver à nouveau<sup>20</sup>. Un exemple pratique de programme de cette nature est le régime du droit du prêt public destiné à rémunérer les auteurs pour l'utilisation de leurs ouvrages par les usagers des

bibliothèques. Ce qui fait problème évidemment c'est que ces subventions sont mal vues politiquement dans le rude climat actuel de réduction du déficit.

Maintes et maintes fois, que ce soit à propos des droits de retransmission par câble, des exemptions pour l'éducation, des droits sur la location, des copies privées ou d'autres questions, nous avons vu notre gouvernement se laisser persuader d'accorder aux titulaires des droits d'auteur plus généreux que ceux accordés aux États-Unis, immanquablement dans des situations où entre 80 et 90 p. 100 ou plus des redevances produites sont versées à des intérêts américains. Parfois, nous devrions songer, quand il s'agit des États-Unis, à suivre la maxime qui dit que l'on imite avant tout ceux qu'on estime. De quoi se plaindraient-ils si nos lois sur le droit d'auteur sont semblables aux leurs?

Il reste à décider si les lois sur le droit d'auteur peuvent jouer un rôle important en ce qui a trait à la culture «sérieuse» ou «classique». Il ne faut pas oublier que le régime des droits d'auteur, à mesure de son évolution, a eu tendance à récompenser la popularité plutôt que le mérite. Ce résultat est probablement inévitable, bien sûr, et même égalitariste. Toutefois, ce fait est la source d'une forte tension sous-jacente dans les débats jurisprudentiels et politiques qui se font jour. Le problème a été énoncé avec justesse par l'une des autorités en matière de culture au Canada, M. Louis Applebaum, OC, dans son importante étude parue en 1982 :

*[...] Il ne faudrait pas s'imaginer pour autant que le droit d'auteur est la panacée aux problèmes économiques et sociaux de tous les intéressés. Il sert surtout les auteurs ayant un large public, même international. Ajoutons qu'il ne résout pas les difficultés de ceux dont, malgré leur valeur esthétique ou intellectuelle, les travaux rapportent peu car touchant un public assez restreint. Pour une société, la valeur des poètes, des compositeurs de musique classique, des essayistes, des historiens, des philosophes et des professions de ce genre doit être mesurée et rétribuée autrement.<sup>21</sup>*

Il y a, au Canada, par exemple, de nombreux compositeurs et chercheurs «sérieux», importants, qui sont respectés et qui ont eu une influence énorme sur notre culture et notre savoir. Ils jouissent d'un prestige considérable et ont obtenu les plus hautes distinctions. Cependant, bon nombre ne touchent que quelques centaines de dollars par année -- où même moins de cent dollars -- en redevances de droits d'auteur. Heureusement, certains de ces gens peuvent gagner leur vie autrement -- comme enseignants, administrateurs dans le domaine des arts, professeurs, interprètes ou exécutants,

fonctionnaires, etc. Heureusement, nous avons toujours Radio-Canada, le Conseil des arts et le Conseil de recherches en sciences humaines -- du moins pendant quelque temps encore.

Malheureusement, nous ne pouvons pas changer grand-chose au régime des droits d'auteur pour améliorer le sort des créateurs non commerciaux sans, soit générer des droits exagérés pour ceux qui en ont le moins besoin, soit créer des catégories élitistes, injustes et artificielles de droits ou de règles de répartition qui offenserait la vaste majorité de ceux qui sont au milieu et à la droite de la courbe en cloche du succès commercial.

#### ▣ *Ambiguïté de la position américaine : le syndrome chinois*

Un bon exemple de l'ambiguïté et de la difficulté du point de vue américain sur la propriété intellectuelle nous est fourni par sa position vis-à-vis de la Chine. Autrefois, il y a eu les guerres de l'opium avec la Chine. Jusqu'à tout récemment, il semblait qu'une guerre des droits d'auteur était imminente.

Les États-Unis ont lâché la première bordée dans une guerre commerciale avec la Chine qui risque de prendre des proportions gigantesques et de ne mener qu'à une victoire à la Pyrrhus. Ils ont déclaré que la Chine n'accordait pas de protection «suffisante et efficace» aux oeuvres protégées par le droit d'auteur des sociétés américaines, en particulier, dans les industries du cinéma, des programmes d'ordinateur et de la musique. C'est sans aucun doute exact à bien des égards. Toutefois, ceux qui croient que l'étude du droit et de l'histoire peut être utile pour éviter la répétition des mêmes erreurs ne manqueront pas de relever ce qu'il y a de fort ironique dans les faits suivants :

- Durant le siècle dernier et longtemps durant le présent, les États-Unis ont été un refuge des contrefacteurs<sup>22</sup>. Les bibliothèques, les universités, les entreprises et les chercheurs avaient accès à des éditions américaines bon marché des ouvrages et des oeuvres européennes. En effet, jusqu'à la fin des années 1980, les États-Unis avaient une politique très protectionniste en matière de droit d'auteur. Ce n'est qu'après 1984 qu'ils ont abrogé leur fameuse clause de la «fabrication» qui exigeait que tout livre soit imprimé aux États-Unis pour être protégé par le droit d'auteur. Ce n'est qu'en 1988 qu'ils ont adhéré à la Convention de Berne, la norme internationale depuis 102 ans à ce moment-là concernant la protection du droit d'auteur fondée

sur le principe du «traitement national» et l'absence de formalités comme l'enregistrement. Ce n'est qu'en 1972 que les États-Unis ont prévu au niveau fédéral la protection du droit d'auteur pour les enregistrements sonores. Les États-Unis sont beaucoup en retard sur d'autres pays, notamment le Canada, quant à la protection transparente et efficace des «droits moraux» de leurs créateurs.

- L'économie chinoise est très stratifiée. De grandes richesses sont possédées par un très petit nombre qui ont les moyens de payer facilement les prix «occidentaux» des disques compacts, des logiciels, etc. En revanche, 100 \$ US pour un exemplaire licite d'un logiciel peuvent représenter une somme supérieure à ce que gagne une famille de paysans en une année ou une famille urbaine de travailleurs d'usine en un mois. C'est aussi une somme importante pour bien des entreprises chinoises légitimes et pour l'État chinois.
- Les États-Unis sont capables de vendre leurs produits à des prix beaucoup plus bas en Chine et dans d'autres pays en voie de «développement», tout en réalisant de jolis bénéfices, mais ils hésitent à le faire. Le coût marginal de fabrication de ces produits est souvent très faible (c'est-à-dire inférieur à un dollar américain dans le cas d'un disque compact). Les intérêts américains craignent naturellement la réimportation, par le «marché gris», de ces produits légitimes peu chers aux États-Unis et dans d'autres pays à haut niveau de vie, comme le Canada et les pays d'Europe. En théorie, les sociétés multinationales pourraient régler elles-mêmes le problème du marché gris, si elles y tenaient. Tout indique cependant que nombre d'entre elles ont une attitude un peu ambiguë et souvent incohérente là-dessus. On peut en dire autant de la politique intérieure américaine. Des mesures trop sévères contre les marchandises sur le marché gris peuvent rapidement conduire à des agissements anti-concurrentiels et amener le consommateur à se plaindre des prix élevés.
- Il faut noter que l'Internet constitue une menace énorme pour la capacité de réaliser la segmentation des marchés pour la simple raison qu'il n'y a pas de moyen manifeste d'exercer sa compétence sur un «serveur» ou une personne exploitant un serveur à l'étranger, et qu'il n'existe pas de moyen efficace connu, acceptable politiquement, de surveiller ou de contrôler le flux transfrontière des données, surtout lorsqu'il s'agit de particuliers.
- Les États-Unis veulent que la Chine corrige très rapidement tous les défauts qu'ils perçoivent dans son régime d'application. Il ne fait aucun doute que l'application est inégale. L'offre que la Chine aurait faite en 1994 d'exécuter certains contrefacteurs n'a pas semblé

impressionner les intérêts américains, sans aucun doute au soulagement des quelques rares personnes encore intéressées à la cause des droits de la personne en Chine. D'aucuns soulignent que les États-Unis ont mis plus d'un siècle à combler les lacunes de leurs lois sur le droit d'auteur.

Maintenant que les États-Unis exercent une domination planétaire sur les industries dont la propriété intellectuelle est une composante essentielle, ils ne veulent peut-être pas que d'autres imitent leur succès passé dans la mesure où ce succès reposait sur le piratage. Ils ne sont pas flattés d'être imités, quand il est question de droits ou même de politique en matière de propriété intellectuelle. Mais rendons-leur cette justice : il ne faut pas nécessairement empêcher ceux qui ont péché dans le passé de faire du prosélytisme. Sans quoi, le droit international ou la diplomatie n'existeraient pas.

Toutefois, on peut peut-être comprendre la répugnance d'un pays comme la Chine (dont les produits culturels susceptibles de faire l'objet du droit d'auteur remontent à des milliers d'années) à voir le caractère évident ou inévitable de la position américaine. À tout le moins, les menaces de guerre proférées aux plus hauts niveaux et les milliards de dollars américains dont il est question dans les discussions montrent l'importance que présente la propriété intellectuelle dans le commerce international. De plus, il est clair qu'en ce qui a trait à la propriété intellectuelle, ce qui est bon pour Bill Gates et pour Bill Clinton n'est pas nécessairement bon pour la Chine et pour bien d'autres pays qui sont loin d'avoir la même position de force dans les négociations. Ces questions et d'autres questions connexes domineront sans doute la prochaine ronde du GATT/de l'OMC.

#### ▣ *Questions touchant les lois sur la concurrence*

La réforme des lois sur le droit d'auteur et le mouvement pour une protection accrue des droits ont reçu une certaine impulsion favorable et acquis une certaine légitimité parce que leur objet est d'aider les créateurs. Ce serait merveilleux si seulement c'était vrai.

La tendance au fusionnement et le regroupement horizontal de champs d'activité sont un danger pour les particuliers qui sont des utilisateurs ou des créateurs. Il est maintenant difficile pour ces derniers de traiter avec les maisons de disques, par exemple, qui possèdent et contrôlent la majeure partie des maisons d'édition d'œuvres musicales. Il fut un temps où un éditeur luttait contre une maison de disques au nom d'un compositeur. Et ainsi de suite tout au long de la «chaîne alimentaire» pour emprunter l'expression employée par Paul Hoffert. Depuis qu'on a assisté à l'intégration

des entreprises (fusions et conglomérats), c'est devenu rare. La formule des conglomérats a des chances de s'étendre aux autres médias. Les créateurs et les consommateurs en souffriront également.

Ce type de question -- intégration verticale et horizontale des industries dont la propriété intellectuelle est une composante essentielle, comme toute la question de la «convergence» dans ce milieu -- devrait être l'une des priorités les plus pressantes des responsables de l'application des lois sur la concurrence. Toutefois, cela n'a pas été le cas en Amérique du Nord ces derniers temps.

Je parle des lois sur la concurrence dans le contexte des politiques sur la propriété intellectuelle, parce que, franchement, depuis quelque temps, les lois dans ce domaine sont fondées bien plus sur des considérations politiques que sur des objectifs juridiques ou économiques. Pour employer un euphémisme, il s'agit désormais bien plus d'un art que d'une science, qui repose plus sur une «règle de raison» que sur une liste inflexible d'interdictions.

Au milieu des années 1980, deux sociétés japonaises dont l'activité est axée sur le matériel (Sony et Matsushita) ont pris le contrôle de deux entreprises américaines dont l'activité touche le divertissement et les logiciels (CBS et MCA) sans qu'on entende un murmure de protestation des gens chargés d'appliquer les lois antitrust. Un certain nombre de fusions d'entreprises du domaine des médias qui ont été entourées de beaucoup de publicité ont eu lieu au début des années 1990, encore une fois apparemment sans qu'on s'en soucie beaucoup. Certaines ont échoué, mais ce n'est pas tant les pourfendeurs de trusts que le marché qu'il fallait blâmer pour ce résultat.

Au Canada, tant le Bureau de la politique de concurrence, par l'entremise du Directeur des enquêtes et recherches, que le CRTC ont approuvé sans manifester de grande inquiétude une fusion importante concernant l'inforoute (celle de Rogers et de Maclean Hunter). Ces deux groupes ont eux aussi des intérêts considérables intégrés verticalement qui touchent le contenu des émissions et, bien entendu, la diffusion.

Si cette approbation a été donnée, c'est au nom de la compétitivité internationale -- c'est qu'une grande entreprise réussit mieux qu'une petite et est plus efficiente au sens où l'entend l'«école de Chicago». Toutefois, on observe quelques signes importants de changement d'attitude au niveau des politiques et de l'application.

Les consommateurs canadiens et le juge américain Stanley Sporkin opposent une résistance. La révolte contre Rogers a fait couler beaucoup d'encre et nous avons peu de choses à y ajouter. Ce qui choque les gens en réalité c'est que Rogers ait tenté de leur refiler une «vente liée», bien que ce terme n'ait pas été utilisé souvent, si tant est qu'il l'ait été, dans ce contexte. De toute évidence, le CRTC et le Bureau de la politique de concurrence se sont peu inquiétés, voire pas du tout, de cela avant les événements de janvier 1995 (la «révolte» des consommateurs contre le plan de marketing de Rogers concernant les nouveaux canaux).

Le juge Stanley Sporkin de la Cour de district des États-Unis (District de Columbia) a rejeté le règlement négocié entre la Division antitrust du Département de la Justice américain et Microsoft Corporation. À mon avis, ce jugement (porté en appel par les deux parties) revêt une importance immense pour les raisons suivantes :

- Le succès extraordinaire de Microsoft repose sur des droits de propriété intellectuelle sur certains produits qui ont eu un succès phénoménal sur un marché où elle détient un monopole ou une position dominante.
- Le juge Sporkin a conclu que le règlement négocié n'était pas conforme à l'intérêt public.
- L'importance intrinsèque (effet sur le public) de cette question transcendait nettement l'effet des négociations intensives menées entre des parties aux intérêts opposés, dont l'une était un organisme public qui a une grande visibilité et qui est responsable de ces questions.
- Finalement, le tribunal n'allait pas se contenter d'approuver l'accord sans discussion.

Bien que les lois sur la concurrence et la réglementation du Canada soient différentes des lois américaines, cette décision comporte sans doute nombre de conséquences claires et d'autres moins évidentes pour le Canada. Ces effets peuvent se manifester tant au niveau des procédures axées sur l'observation des lois que des instances plus contradictoires sur le plan de la forme ou de la procédure ou à caractère réglementaire, qui font jouer l'intérêt public.

Je cite à titre d'exemple quelques passages des motifs du juge Sporkin qui ne manqueront pas de donner froid dans le dos à tout bureaucrate ordinaire :

[TRADUCTION] *Bien qu'elle soit sans doute formée de l'un des groupes de professionnels les plus compétents et dévoués de l'Administration, la Division antitrust du Département de la Justice est néanmoins composée d'êtres humains et, malheureusement, tout le monde peut se tromper*<sup>23</sup>.

[...]

*Le gouvernement est tellement impatient lui-même de régler cette affaire qu'il a interprété certains agissements anti-concurrentiels si restrictivement qu'il a peut-être donné à des personnes le feu vert pour se livrer à de tels agissements impunément*<sup>24</sup>

[...]

*Le tribunal comprend très bien le rôle que joue le pouvoir judiciaire dans notre société. Celui-ci n'a aucunement intérêt à empiéter sur les prérogatives du pouvoir exécutif. Le tribunal n'intervient dans cette affaire qu'en raison des prescriptions de la Tunney Act. Pour conclure qu'il y va de l'intérêt public en l'espèce, le tribunal doit avoir confiance dans sa décision. Il n'a pas confiance dans le projet d'ordonnance antitrust qui lui a été présenté. En partie, ce manque de confiance résulte des «réponses évasives» données par le gouvernement*<sup>25</sup>.

#### ▣ ***Les autorités canadiennes chargées de l'application des lois sur la concurrence***

On observe certains signes d'un regain d'intérêt pour les principes classiques dans le domaine de la concurrence à Ottawa. Dans deux interventions récentes, le Directeur des enquêtes et recherches a fait preuve d'une certaine sensibilité à l'égard de possibles causes d'inquiétude touchant la concurrence suscitées par l'inforoute<sup>26</sup>.

Toutefois, l'élaboration de politiques n'équivaut pas à l'application des lois. L'approbation des fusions controversés semble encore être automatique dans les cas où se posent des questions intéressant la propriété intellectuelle et l'inforoute (par exemple, la prise de contrôle de Maclean Hunter par Rogers et la fusion des chaînes de librairies Smith Books et Coles). Par surcroît, il y a peu d'indications qu'on ait recouru à la confrontation pour faire respecter les dispositions relatives à l'abus des droits de propriété intellectuelle depuis l'affaire unique en son genre *NutraSweet*<sup>27</sup>, qui mettait en cause les art. 78 et 79 de la *Loi sur la concurrence*.

Ce qui fait aussi problème c'est le fait que certaines dispositions de la *Loi sur le droit d'auteur* semblent contenir une construction elliptique sinon un défaut. Ainsi, aux art. 70.5 et 70.6 est prévu un régime conçu pour encourager le dépôt d'ententes entre des personnes privées auprès de la Commission du droit d'auteur. Ce qui incite ces personnes à y recourir c'est l'immunité limitée contre les poursuites pour complot prévues dans la *Loi sur la concurrence*. Cependant, la loi n'exige pas que ces ententes soient portées à la connaissance du Bureau de la politique de concurrence par quiconque, y compris la Commission du droit d'auteur. Même si le Directeur venait à en prendre connaissance d'une autre façon, il n'a apparemment aucune obligation d'intervenir.

## CONSIDÉRATIONS TECHNOLOGIQUES

### ▣ *La technologie peut-elle régler les problèmes qu'elle a créés?*

Le problème fondamental que pose la technologie numérique c'est qu'elle facilite trop la contrefaçon. En effet, les copies d'une oeuvre numérisée sont identiques à l'original. Les reproductions successives d'exemplaires n'entraînent aucune détérioration.

On a essayé diverses techniques au cours des dix dernières années ou à peu près, soit depuis que les oeuvres numérisées sous la forme de logiciels produits en série ont été mises sur le marché. Il est assez simple d'encoder un logiciel pour qu'il ne puisse être copié sans autorisation. Il est également assez simple d'acheter un programme qui permet de contourner cet obstacle. Il est en outre assez facile d'encoder des logiciels pour qu'ils cessent de fonctionner après une certaine date ou qu'ils ne puissent être utilisés au complet à moins que des droits n'aient été versés, etc. De toute façon, les jeunes enfants éveillés et même les adultes considèrent que ces mécanismes de protection constituent des puzzles amusants et des défis à relever.

Toutefois, la principale raison pour laquelle ce type de mécanismes de protection n'a pas été utilisé autant qu'il aurait pu l'être est simplement que les consommateurs ne les aiment pas. Toute personne qui a mis un peu de temps à charger même le meilleur des programmes sait que des complications peuvent survenir, qu'il faut parfois recommencer le chargement, qu'il faut lancer des versions précédentes et des versions nouvelles simultanément pour faire la transition, etc. Il y a bien des années, Lotus a lancé sur le marché une version 1-2-3 qui ne pouvait être chargée qu'une seule fois et seulement avec le numéro de série valide. Personne ne l'a achetée, pour les raisons que je viens de donner.

Un autre point important dont il faut se rappeler c'est que les utilisateurs ne vont pas nécessairement faire des copies parce qu'ils en sont capables. Il y a sept ou huit ans, l'industrie de l'enregistrement sonore avait élaboré un scénario pessimiste au sujet de la bande audionumérique. Selon elle, tout consommateur pouvait devenir un pirate instantanément, en faisant des exemplaires qui seraient la source de multiples reproductions. On craignait de ne faire qu'une poignée de ventes légitimes et que les copies piratées se répandraient comme des rumeurs dictées par la méchanceté dans le monde entier.

Cela ne s'est pas produit. La technologie de l'enregistrement audionumérique, allant de la MIC (modulation par impulsions codées) qui remonte à 1980 au plus récent magnétophone à microcassettes audionumériques, est entrée dans les foyers et est offerte à un prix inférieur à 1 000 \$ depuis longtemps. Elle n'a simplement pas trouvé beaucoup de preneurs. Soit que les consommateurs ont mieux à faire, soit qu'ils ne sont pas intéressés au piratage. Bien qu'elle soit légale au Canada et dans la plupart des autres pays, la technologie n'est simplement jamais devenue populaire.

Les Américains ont élaboré un régime juridique complexe -- le Serial Copy Management System (SCMS) -- qui vise la copie privée et qui prévoit le versement de redevances au titre de la copie privée que le phénomène de la bande audionumérique était censé engendrer. Les redevances n'apportent qu'un maigre revenu. Tout ce phénomène est pour l'essentiel une question qui ne présente aucun intérêt. De plus, il cause de graves inconvénients aux musiciens professionnels et amateurs comme le doyen de la faculté de droit de Harvard qui ont besoin de faire des copies numérisées de leurs propres compositions pour des raisons parfaitement légitimes<sup>28</sup>.

Toutefois, la technologie peut offrir plus de solutions créatives à certains de ces problèmes, que de solutions qui causent un préjudice ou des inconvénients.

### **Le chiffrement : le programme Clipper**

Le chiffrement est aussi ancien que la tour de Babel. L'humanité a toujours utilisé les codes et les signaux pour garder secrètes des communications publiques. Dans le monde de l'informatique, on recourt à cette fin aux programmes de chiffrement.

La plupart des programmes de traitement de texte offrent la possibilité d'inscrire un mot de passe sur un fichier. On dit qu'il est très difficile de contourner cet élément. À un niveau de complexité supérieur, il existe

nombre de programmes et de systèmes commerciaux qui permettent le chiffrement des communications transmises par des réseaux à caractère tout à fait public.

Un type bien connu de chiffrement qui touche l'inforoute est celui de la télévision payante. Le décodeur à canaux multiples que l'utilisateur loue à M. Rogers débrouille les longs métrages pour vous si vous payez le prix à M. Rogers. La télé payante par émission vous permet de faire cela sur demande.

Il serait assez simple d'utiliser le chiffrement sur l'Internet de sorte que seuls les usagers du Net aient le droit de lire et de télécharger les fichiers chiffrés ou d'utiliser les services chiffrés.

En effet, nombre de services offerts sur l'Internet exigent déjà, pour l'accès complet, une forme quelconque de paiement par carte de crédit, mais c'est un autre concept.

En principe, les titulaires de droits d'auteur peuvent obtenir l'accès autorisé et les usagers peuvent s'assurer le secret intégral grâce à des logiciels de chiffrement. Les programmes existent. Les concepteurs désirent même vivement l'offrir gratuitement dans certains cas<sup>29</sup>.

Le problème que pose le chiffrement c'est qu'il est si efficace que le gouvernement des États-Unis en a maintenant peur. En 1993, il a -- aux plus hauts échelons -- annoncé avec fierté l'initiative «Clipper Chip». Ce projet aurait encouragé et peut-être exigé la conception d'une microplaquette ou d'un programme standardisé permettant un niveau élevé de chiffrement et de protection de la vie privée. C'étaient les bonnes nouvelles pour tous les intéressés. Les mauvaises nouvelles c'était que le gouvernement aurait eu accès aux codes nécessaires pour déjouer le chiffrement et aurait contrôlé l'exportation de cette technologie à l'extérieur des États-Unis, pour éviter qu'elle ne tombe entre les mains de terroristes, de trafiquants de drogue, etc. Les États-Unis appliquent déjà des lois sur le contrôle de l'exportation de logiciels plus performants, offerts sur le marché et fréquemment utilisés, de telle façon que même les voyageurs munis d'ordinateurs portatifs peuvent violer ces lois par inadvertance.

Le gouvernement a proposé que les codes soient détenus, en pièces, par quelques «dépositaires légaux» qui ne pourraient rassembler les éléments nécessaires pour déchiffrer une communication qu'en conformité avec des mesures de protection strictes. Il s'agissait de la proposition dite du «dépôt de la clef en mains tierces» («*key escrow*»).

Le programme Clipper a provoqué une vigoureuse campagne d'opposition, dont le fer de lance a été l'EFF (Electronic Frontier Foundation), mais probablement avec l'appui de puissants commanditaires. L'initiative du programme Clipper a rapidement été perçue par certains comme la mise à disposition du gouvernement d'un passe-partout lui ouvrant la porte de tous les domiciles du pays et lui donnant la possibilité de faire des perquisitions et des saisies subrepticement et sans mandat. Les engagements à assurer l'application régulière de la loi n'ont pas semblé satisfaire les critiques.

On peut soutenir qu'il n'est pas certain que les inquiétudes américaines au sujet de la sûreté de l'État, des contrôles à l'exportation et de la prévention de la criminalité intérieure auraient dû orienter le débat sur un progrès qui, à part cela, était prometteur. Bon nombre d'inventions sont susceptibles de servir à des fins légitimes et illégitimes. Si les titulaires de droits d'auteur, les exploitants de réseaux et les usagers sont tous en faveur du chiffrement, ne devrait-on pas laisser le marché fixer les règles? Est-il vraiment si dangereux pour la société de prévoir un petit peu de protection de la vie privée<sup>30?</sup>

### **Marquage et empreintes digitales**

En principe, on peut «marquer» ou affecter d'«empreintes digitales» les oeuvres numériques afin d'établir un droit d'auteur et aider à retracer le piratage. Des codes ou même des emblèmes visibles peuvent être insérés, tels que les logos de CBC ou de CNN dans les actualités. Des sous-codes invisibles ou inaudibles peuvent être insérés dans les oeuvres audiovisuelles.

Cela pose un peu plus de problèmes sur l'Internet car les fichiers sont d'ordinaire stockés et transmis en code ASCII -- le plus petit commun dénominateur du codage moderne alphanumérique. Le code ASCII est très transparent. Il est aussi très avantageux du point de vue du nombre de multiplets nécessaires pour transmettre les informations. Mais il n'est pas compatible avec les techniques sophistiquées comme le marquage ou les programmes d'empreintes digitales.

L'encodage binaire et les techniques de compression plus sophistiquées rendent l'utilisation de ce genre de références ou d'empreintes digitales plus difficile à déjouer. Toutefois, l'absence de standardisation, ou du moins de compatibilité entre les divers formats qui sont l'objet de marques déposées entrave l'utilisation de ces moyens. Quiconque a essayé de recevoir par l'Internet un fichier hautement formaté Macintosh sur un PC tournant sur Windows comprendra la nature des problèmes.

## **Paiement électronique**

Sur les réseaux commerciaux, la perception du prix des services particuliers est tout à fait simple. Sur CompuServe par exemple certains services sont offerts contre un supplément d'ordinaire facturé à la minute. Ils peuvent aussi être facturés selon le nombre de multiplets téléchargés ou selon d'autres critères. En principe, CompuServe est en mesure de répartir les redevances parmi les titulaires des droits d'auteur sur le contenu.

Cette capacité de CompuServe de percevoir et de répartir les redevances et le peu d'intérêt évident qu'a manifesté ce serveur pour cette répartition expliquent peut-être en partie l'action en justice engagée par Frank Music.

Les cartes de débit, les virements de fonds et d'autres moyens de percevoir de l'argent pour des transactions faites sur l'Internet font à l'heure actuelle l'objet d'essais et d'expériences. L'inquiétude suscitée par les possibilités de fraude est la principale raison de la lenteur des progrès de ces essais. On prétend que la sécurité de l'Internet est très déficiente et qu'on a l'impression que l'introduction des cartes de crédit dans le Net comporte des risques importants.

La solution au problème de sécurité des virements de fonds réside dans la cryptographie. Mais, je le répète, le gouvernement des États-Unis veut avoir en sa possession le passe-partout pour toutes les serrures.

### **Le concept de l'«agent de la propriété intellectuelle» («Intellectual Property Engine»)**

En combinant les techniques précitées, ainsi que d'autres, un fournisseur de réseau peut, en principe, concevoir un système qui permet la flexibilité totale et un choix de conditions qui conviennent à tout fournisseur, propriétaire ou usager. La société A peut permettre l'accès gratuit aux oeuvres. La société B peut demander un prix pour le survol. La société C peut faire payer un prix à la minute ou à l'heure. La société D peut demander un prix basé sur les multiplets utilisés. La société E peut payer l'utilisateur, parce qu'il accepte de recevoir de la publicité.

Le système Intercom développé par le Cultech Collaborative Research Centre et mis à l'essai à Newmarket porte sur un «agent de la propriété intellectuelle» qui intégrera tous ces modèles<sup>31</sup>. Il utilisera le concept de l'intermédiaire de confiance, qui fait une place aux sociétés de gestion. Les sociétés émettrices de cartes de crédit ou les institutions financières peuvent y jouer un rôle. Le chiffrement et les régimes de protection de la vie privée pourraient être utilisés.

Le fournisseur de réseau peut faciliter une relation directe ou indirecte à laquelle il n'est pas partie intéressée, entre le titulaire du droit d'auteur/fournisseur, et/ou une société de gestion et/ou une «chambre de compensation» comme VISA ou Mastercharge. C'est le concept du centre commercial électronique -- dans lequel Intercom Ontario agit à titre de gestionnaire du centre commercial, sans participer directement aux transactions entre les marchands et les consommateurs.

Le concept du centre commercial électronique est aussi intéressant parce qu'il permet une comparaison utile par rapport à la question de savoir dans quels cas le fournisseur de réseau engagerait sa responsabilité. Certainement, personne ne dirait qu'on doit imputer à la direction du centre commercial Eaton Centre à Toronto la responsabilité de tous les vols à l'étalage, du trafic de stupéfiants, des agressions et de toutes les autres petites choses désagréables qui surviennent dans un grand centre commercial. Elle ne peut pas surveiller toutes les actions et opérations. Mais si un marché aux puces qui fait ouvertement et notoirement le commerce des marchandises volées ou contrefaites loue des locaux et exerce son activité d'une manière visible, c'est une toute autre affaire. Ce modèle de participation et d'autorisation est visé par nos règles actuelles de droit pénal et de droit civil.

Dans le domaine de l'édition sur l'Internet, il semble qu'il soit désormais possible de retracer et de comptabiliser les oeuvres mises à disposition sur le réseau. L'Information Access Company (récemment achetée par Thomson Corporation du Canada moyennant 465 millions de dollars américains) a annoncé qu'elle [TRADUCTION] «était prête à assister ses fournisseurs en donnant toute l'information qu'elle pouvait (dont les données sur les transactions) afin qu'ils puissent s'acquitter de leurs obligations financières envers les auteurs<sup>32</sup>.» De plus, la CARL Corporation a mis à disposition des milliers d'articles de journaux sur l'Internet au moyen d'un système qui permet à ceux qui ont besoin d'exemplaires d'utiliser leurs cartes de crédit pour le paiement<sup>33</sup>.

## LES MAUVAISES NOUVELLES

- ▣ *Le danger est que, sur l'inforoute, une nouvelle horde de fanatiques du droit d'auteur politiquement corrects et de leurs avocats avides cherchent à assujettir toutes sortes de comportements utiles sur le marché à l'exigence d'une autorisation ou même à des poursuites pénales, et que d'innombrables nouvelles causes d'action soient inventées qui entravent ou empêchent le développement de l'infrastructure.*

L'application des lois pénales avec trop de zèle, trop de rigueur et de mauvaise foi n'est pas inquiétante seulement pour les infortunés accusés qui se voient inopinément transformer en chair à canon dans des guerres complexes auxquelles ils sont étrangers. Elle peut aussi, en fin de compte, avoir des suites fâcheuses pour les titulaires de droits d'auteur responsables et pour les poursuivants responsables. D'après le sous-ministre George Thompson, il y a un danger que la loi soit déconsidérée. Or, c'est la situation peu souhaitable vers laquelle on se dirige peut-être au Canada.

Des poursuites controversées ont été intentées au Canada. Parmi celles-ci, on compte les affaires *R. v. Miles of Music*, *R. v. Rexcan* et *R. v. Laurier Office Mart*. Celle-ci a été portée en appel.

Dans l'affaire *R. v. Miles of Music*, l'Association de l'industrie canadienne de l'enregistrement (AICE) a été pour quelque chose dans la poursuite engagée par la GRC contre un disc-jockey qui faisait des compilations, sur la foi d'une dénonciation et d'une plainte d'un ex-employé mécontent. La valeur de la licence en cause était très faible. Malgré la preuve des efforts de l'accusé pour obtenir une licence, de la grande animosité personnelle de certaines personnes dans les coulisses, de l'intention de certains de forcer l'accusé à fermer boutique, de l'intention de certains de faire un exemple, etc., la Cour d'appel de l'Ontario, dont le jugement a été rendu par le juge Kreever, n'a pas conclu à un cas d'abus de procédure. Le juge Blair a exprimé une solide dissidence. Fait intéressant, le ministère public n'a pas ouvert de nouveau procès après que la première déclaration de culpabilité eut été infirmée. La décision du juge Kreever<sup>34</sup> a été l'objet de fortes critiques<sup>35</sup>. L'accusé a intenté une action au civil pour abus de procédure et complot pour causer un préjudice. D'après l'exposé de M<sup>e</sup> Scott, on peut [TRADUCTION] «probablement supposer sans risque d'erreur que l'accusé a obtenu une certaine réparation avant d'accepter d'abandonner son action<sup>36</sup>.»

Dans l'affaire *R. v. Rexcan*<sup>37</sup>, l'accusée a été condamnée à une amende de 50 000 \$ après avoir plaidé coupable à une inculpation de distribution à l'intérieur d'une petite entreprise. Les faits relatés dans un exposé conjoint ont révélé tout au plus un manque de soin et non un propos délibéré. En fait, la seule preuve de connaissance produite consistait dans une note de service intimant aux employés l'ordre de se débarrasser des logiciels contrefaits, qui datait de trois mois avant la descente de la GRC. De toute évidence, une puissante association commerciale avait aidé la police et le ministère public. Dans la transcription des débats, il n'est pas facile de distinguer les arguments du ministère public et de la défense. Selon la thèse du ministère public -- puisqu'il s'agissait d'une activité interne -- une distribution «criminelle» aurait été commise. On trouvera dans l'excellent exposé de David Scott un commentaire critique de cette décision<sup>38</sup>. Ce qui fait problème dans ce genre d'affaire c'est que même si elle peut avoir peu d'importance comme

précédent, elle jette un froid dont l'effet est disproportionné et risque d'empêcher des comportements parfaitement légitimes dans les salles de cours et les entreprises.

L'affaire controversée la plus récente est *R. v. Laurier Office Mart*. Comme l'appel est pendant, mes propos seront plus circonspects. L'accusée est une petite entreprise familiale de fournitures de bureau et de reprographie dont la clientèle se recrute surtout sur le campus de l'Université d'Ottawa. Par suite d'une enquête menée par un agent de la GRC qui suivait des cours en criminologie, on a constaté qu'une partie des documents utilisés dans certains cours par les professeurs de l'université et offerts en vente par Laurier n'auraient pas été l'objet d'une autorisation régulière sur le plan des droits de reproduction. Laurier s'est empressée de solliciter une licence de CanCopy, la société de gestion torontoise qui est devenue la source de l'octroi de licences aux boutiques de reprographie, aux universités, à l'État et à tous ceux qui ont besoin de photocopies.

En réalité, CanCopy n'octroie pas de licence mais vend de l'assurance. Il s'avère que, dans la plupart des cas, CanCopy pourrait ne pas détenir les droits de propriété ou de licence à l'égard des droits sur lesquels portent ses opérations. La «chaîne de propriété» ou son absence était une question importante en litige dans l'affaire *Laurier*. CanCopy aurait joué un rôle important dans la poursuite et une dirigeante de celle-ci, une certaine M<sup>me</sup> White, directrice de l'observation de la loi, a été un témoin à charge clef et ses propos ont été souvent cités dans la presse au sujet de cette affaire.

Dans l'affaire *R. v. Laurier Office Mart* (entendue les 17 et 18 octobre 1994), le jugement a été rendu le 15 novembre 1994. L'accusée a été acquittée à l'égard de tous les chefs d'accusation de violation du droit d'auteur. Le jugement présente un certain intérêt du point de vue de la procédure, de la preuve de la «chaîne de propriété», de l'élément moral de l'infraction et de l'utilisation équitable dans le contexte des poursuites pénales au Canada. Ce qui présente une importance particulière, à mon sens, c'est la conclusion qu'il est essentiel que le ministère public réfute l'applicabilité de l'exception de l'utilisation équitable dans une affaire pénale. En outre, CanCopy n'a pas été capable de prouver l'existence d'une «chaîne de propriété» suffisante<sup>39</sup>.

J'aurais pensé que ce jugement aurait eu des répercussions surtout dans les milieux universitaires et les centres de recherche où l'utilisation équitable peut poser des problèmes. Toutefois, ceux qui représentent les intérêts des titulaires de droits d'auteur dans les industries du divertissement semblent être très préoccupés eux aussi, en particulier par la conclusion que les certificats d'enregistrement visés à l'art. 53 de la *Loi sur le droit d'auteur* doivent être enregistrés avant que les accusations soient portées. Ils estiment qu'il s'agit là d'une entrave excessive à l'application des lois pénales<sup>40</sup>.

Il y a clairement un risque d'application abusive des lois pénales au Canada dans le domaine du droit d'auteur. Les questions de principe en cause et la plupart des données connues et facilement accessibles qui s'y rapportent ont été l'objet de communications à la conférence de l'ICPI, «Le droit d'auteur en période de transition», tenue à Ottawa, les 13 et 14 octobre 1994, de David Scott, c.r., de Donald Piragoff, du professeur Ray Patterson, de Ronald Melchers, de Frank Monteleone et du gendarme Vern Rose.

Plusieurs points clairs sont ressortis des exposés, bien que les conférenciers aient exprimé des vues divergentes sur quelques questions :

- Il n'y a pas de démarcation bien comprise entre les recours civils et les recours pénaux au Canada.
- Des ressources considérables sont employées, aux frais des contribuables, dans la lutte contre le piratage -- probablement des centaines d'années-personnes<sup>41</sup>.
- Ce ne sont pas tous les titulaires de droits d'auteur qui sont prompts à recourir au régime pénal. Par exemple, la SOCAN et ses prédécesseurs disposent depuis des décennies d'un recours pénal pour la violation des droits d'exécution. Or, ils n'en ont jamais fait usage. Les recours au civil auront vraisemblablement suffi.
- L'une des raisons pour lesquelles certaines associations préfèrent les dures sanctions pénales et l'application rigoureuse des lois pénales est leur effet dissuasif. Toutefois, tout comme il n'existe pas, en principe, de ligne de démarcation claire entre une cause civile et une affaire pénale, il ne peut pas y avoir de démarcation nette entre une action qui «dissuade» et une action qui «jette un froid».
- Le régime actuel donne prise aux «abus», encore que tous ne soient pas d'accord sur ce qui constitue un abus soit au sens politique ou au sens technique d'«abus de procédure» suffisant pour justifier l'arrêt des procédures ou le non-lieu.

Les dispositions en vigueur au Canada en ce qui concerne les poursuites pénales pour violation du droit d'auteur sont déjà plus draconiennes qu'il n'est nécessaire suivant les principes d'une politique pénale démocratique, moderne, et de tous les traités internationaux qui lient le Canada, et elles

sont plus sévères que celles des États-Unis, dont nous semblons principalement protéger les intérêts. L'auteur du présent exposé n'est pas d'accord avec la proposition qu'a présentée l'une des participantes au symposium et selon laquelle il y a lieu de faire d'autres études et de donner plus d'information. Selon toute vraisemblance, la plupart des observateurs qualifiés croient qu'il est grand temps que l'on modifie la loi en ce qui concerne les mesures d'application en matière pénale.

Par exemple, si certains des plus grands juristes du Canada et d'ailleurs, y compris au sein de la magistrature, ne peuvent en arriver même à un consensus élémentaire sur ce que doit constituer une utilisation équitable, comment pourrait-on donner aux simples enquêteurs une «formation» sur des questions aussi complexes? Même si l'on établissait des procédures de révision des décisions discrétionnaires en matière d'engagement de poursuites, il ne faudrait pas oublier que l'une des principales fonctions de la police est d'intenter des poursuites. C'est là sa culture propre et sa mission. Seuls les tribunaux et, en définitive, le législateur -- par les garanties inscrites dans les lois qui ne prêtent pas aux abus dans l'application -- exercent un contrôle sur les erreurs commises de bonne foi et sur les abus traduisant parfois des intentions moins honorables.

Le système actuel fait de nous et de nos enfants techniquement des criminels chaque fois que nous photocopions quelque chose d'intéressant et que nous le faisons circuler au bureau ou à l'école, que nous enregistrons une oeuvre sur une cassette destinée à notre voiture et à celle de notre conjoint, que nous donnons à un ami une copie d'un logiciel afin qu'il en fasse l'essai ou que nous enregistrons une émission de télévision et que nous donnons la vidéocassette à quelqu'un d'autre. Conserver de telles lois crée d'énormes problèmes, car elles sont violées inévitablement à l'occasion de comportements normaux et acceptables en société. Il est vrai que même le vol à l'étalage d'une barre de chocolat peut entraîner une sanction pénale. Mais la plupart des Canadiens ne commettent jamais de vol à l'étalage. Presque inévitablement, la plupart d'entre nous serons coupables de violations techniques du droit d'auteur, et cela de façon très courante au cours de notre vie et de notre carrière.

L'expérience démontre que des lois trop sévères, susceptibles d'être appliquées abusivement, seront à coup sûr utilisées abusivement<sup>42</sup>. Il ne faut pas un grand nombre d'affaires de cette nature pour déconsidérer le régime dans son ensemble, au détriment de même ceux qui n'en ont jamais abusé. Il faut des dispositions moins brutales qui ne peuvent donner prise à des abus par l'exercice imprudent du pouvoir discrétionnaire (soit par la police ou par le ministère public) ou par les pressions trop enthousiastes exercées sur les

pouvoirs publics par des groupes du secteur privé. Des solutions précises sont proposées plus loin. Essentiellement, il s'agit de dépenaliser les infractions mineures.

Il convient de mettre en contraste la décision américaine récente *US v. LaMacchia*<sup>43</sup> avec l'approche largement simpliste et non critique suivie au Canada jusqu'à maintenant dans bien des poursuites et des jugements. Cette affaire mettait en cause un étudiant du MIT qui avait établi un serveur pour distribuer des exemplaires de logiciels protégés. La preuve n'a pas montré qu'il avait tiré un gain de l'entreprise. Voici un passage des motifs de la cour :

*Ce que le gouvernement cherche à faire c'est punir une conduite qui mérite aux yeux des gens raisonnables une sanction pénale. Mais comme le juge Blackmun l'a fait observer dans l'arrêt Dowling, le droit d'auteur est un domaine à l'égard duquel le Congrès a décidé d'agir avec prudence, en recourant «principalement [...] à un éventail de recours civils conçus pour protéger les titulaires de droits d'auteur contre la contrefaçon», tout en imposant des «peines soigneusement graduées» dans les cas où le Congrès a estimé que l'effet dissuasif des sanctions pénales était nécessaire (arrêt Dowling, précité, aux p. 221 et 225). «Cette approche point par point, mûrement pesée, est compatible avec la sensibilité traditionnelle du Congrès aux préoccupations particulières impliquées par le droit d'auteur» (id., à la p. 225). En effet, la réceptivité du Congrès à l'impact de la nouvelle technologie sur le droit d'auteur dont il a été question plus haut dans la présente opinion confirme la conviction du juge Blackmun «qu'il est sage de laisser au législateur le soin de définir les crimes et de déterminer les peines applicables» (arrêt Dowling, précité, à la p. 228).*

*«Les tribunaux ont souvent déclaré qu'ils répugnaient à étendre les protections accordées par le droit d'auteur sans directive explicite du législateur. Des raisons de principe valables et l'histoire commandent que les tribunaux défèrent à l'avis du Congrès quand des innovations techniques importantes modifient le marché des oeuvres protégées par le droit d'auteur. Le Congrès a l'autorité légitime et la capacité légitime pour concilier les diverses permutations d'intérêts opposés qui sont inévitablement impliquées par cette nouvelle technologie.» Arrêt Sony Corporation of America v. Universal City Studios, Inc., 464 U.S. 417, 431 (1984) (références omises).*

*Naturellement, nous n'entendons pas par là que la conduite reprochée à LaMacchia était le moins édifiante. Si l'on en croit l'acte d'accusation, ses actions pourraient au mieux être taxées d'étourderie irresponsable, et en mettant les choses au pis, de nihilisme, de sybaritisme et d'inconscience morale. Les contrefaçons multiples, délibérées, de logiciels protégés par le droit d'auteur, même quand elles ne sont pas commises dans un but de lucre, devraient probablement justifier des sanctions pénales et une réparation au civil. On peut imaginer des manières dont la législation sur le droit d'auteur pourrait être modifiée pour que de telles poursuites soient possibles. Mais, «[“il appartient au législateur, et non aux tribunaux, de définir les crimes et de déterminer les peines applicables”]» (arrêt Dowling, précité, à la p. 214 (citant l'arrêt United States v. Wiltberger, 5 Wheat. 76, à la p. 95 (1820)).*

D'autres excès manifestes dans l'application des lois et dans les politiques menacent d'avoir des suites fâcheuses pour les titulaires de droits d'auteur.

Le brevet Compton est un exemple d'opportunisme fanatique d'une société et de myopie du bureau des brevets qui ont failli frapper d'une taxe privée toute activité multimédia et qui ont mis en doute la pertinence même de la législation sur les brevets par rapport à la technologie informatique<sup>44</sup>. Les États-Unis octroient presque 5 000 brevets de logiciels chaque année. Officiellement, les logiciels ne peuvent pas être brevetés en tant que tels. Ils doivent faire partie d'un dispositif ou d'une méthode utilisée pour faire quelque chose d'utile, comme exploiter un système comptable ou une pompe à essence, etc. En pratique, il est facile de satisfaire à l'exigence de l'incorporation dans un dispositif ou une méthode selon les critères admis par les bureaux des brevets américain et canadien.

La validité de bon nombre de ces brevets est probablement très douteuse. Aux yeux de tous, sauf des avocats spécialisés en propriété intellectuelle, un brevet est un instrument redoutable et absolu. En fait, ce n'est qu'une présomption de validité. Le problème c'est qu'une contestation de brevet dans le cadre d'un procès, surtout contre un demandeur qui a les reins solides, coûte très cher et oblige souvent à jouer l'avenir de l'entreprise. Par conséquent, un grand nombre de brevets manifestement mauvais restent inscrits dans les registres et sont utilisés pour extorquer des redevances et d'autres concessions à ceux qui sont incapables de plaider leur cause ou incapables de négocier sur un pied d'égalité.

Le procès intenté récemment contre CompuServe est un exemple de tentative légitime de l'industrie de la musique pour se défendre, qui pourrait nuire à des activités utiles dans le domaine de l'enseignement de la musique<sup>45</sup>. Cette affaire, intitulée *Frank v. CompuServe*, concerne des questions d'utilisation équitable, la définition de la reproduction et les notions d'autorisation et de contrefaçon contributive. Voir la note 9 ci-dessus. Le «MIDI FORUM» sur CompuServe permet aux compositeurs et aux étudiants de partager leurs expériences en se servant de synthétiseurs pour faire les arrangements d'oeuvres célèbres et pour modifier celles-ci. C'est ainsi que les musiciens apprennent leur métier. Le FORUM les dispense des tâches fastidieuses que comporte la saisie des oeuvres musicales au moyen du clavier. Ironiquement, cela se fera bientôt de manière très efficace grâce à des logiciels de balayage de la musique.

## RÉACTIONS EXCESSIVES POSSIBLES DANS LE DOMAINE DU DROIT D'AUTEUR

### Le rapport Lehman

Le rapport Lehman<sup>46</sup> est la plus importante des études récentes sur les questions relatives au droit d'auteur et à l'autoroute de l'information. Il faut faire remarquer à son crédit que, pour un rapport rédigé par des fonctionnaires, il contient des recommandations très précises et repose sur une connaissance très approfondie du droit américain. En revanche, ses recommandations pourraient jeter la confusion ou même ralentir l'expansion de l'autoroute de l'information. On peut soutenir qu'il penche nettement pour les titulaires de droits d'auteur, qu'il ne tient pas compte des réalités de tous les jours dans le domaine de l'information et qu'il risque de décourager sérieusement le progrès si l'on y donne suite.

La protection excessive du droit d'auteur pourrait bien arrêter net l'autoroute de l'information. Pour rabâcher la métaphore : Si nous interdisons les voies express, si nous imposons des limites de vitesse déraisonnables, si nous faisons un usage abusif de la photo radar, si nous munissons les moteurs de régulateurs de vitesse, si nous subordonnons l'achat d'une voiture à l'obtention de la permission du vendeur d'essence -- alors nous incitons la population à tourner la loi.

La plupart des études effectuées à ce jour par l'Establishment du droit d'auteur ou pour son compte parlent de ce que nous devons faire pour renforcer la législation sur le droit d'auteur -- et certaines des questions soulevées le sont à juste titre. Mais l'on n'a pas examiné suffisamment la question de savoir s'il y a lieu de montrer plus d'indulgence, de reporter

l'augmentation de la protection du droit d'auteur à certains égards afin de laisser l'autoroute de l'information progresser. Est-il possible que, sous certains aspects, la modération soit profitable?

Voici mes observations sur les diverses recommandations du rapport Lehman :

- 1) Le rapport recommande que soit prévu le droit d'interdire la diffusion d'enregistrements sonores par transmission. Ce droit s'ajouterait-il au droit de reproduction? Pourquoi est-il nécessaire? En plus des nombreux litiges qu'il ne manquerait pas de susciter, engendrerait-il le versement d'un double droit pour le même acte?
- 2) Le rapport recommande que la transmission soit définie comme la diffusion à l'extérieur du lieu d'origine. En outre, il recommande que, lorsqu'un acte peut constituer la transmission par communication de l'exécution ou de la présentation ET la diffusion d'une reproduction, il doit être assimilé à la diffusion, si la diffusion est son objet principal. Pour paraphraser seulement un peu, le critère selon lequel on détermine s'il s'agit de communication d'une exécution ou d'une présentation, d'une part, ou de reproduction, d'autre part, dépend de l'objet principal de la transmission. Mais comment vérifier l'intention du «transmetteur»? Cela ne va-t-il pas jeter encore plus de confusion alors qu'il y a déjà un chevauchement des droits? Les litiges récents au Canada dans le domaine des droits de retransmission et de la télédistribution (c'est-à-dire la confusion et le chevauchement de la «communication au public» et du droit d'«exécuter» ou de «représenter») montrent qu'une telle ambiguïté risque d'entraîner la prolifération des litiges<sup>47</sup>.
- 3) L'importation par transmission serait une violation. Le problème que pose le flux transfrontière des données c'est qu'il ne reconnaît pas les frontières. Le rapport le concède. Et la segmentation des marchés ne s'accorde pas non plus avec l'esprit du libre-échange. L'application de cette recommandation nous semble difficile, voire impossible. Elle créerait une incitation nouvelle et peut-être très lucrative à la segmentation des marchés et à la discrimination de prix. Des observations semblables peuvent être faites à propos de la recommandation que l'acte consistant dans la transmission ne déclenche pas l'application de la théorie de la première vente - principe de common law ancien et bien établi qui veut qu'une

fois qu'une oeuvre a été lancée sur le marché avec l'acquiescement du titulaire du droit d'auteur, elle puisse dès lors faire l'objet d'un commerce libre. En revanche, d'aucuns croient que la divisibilité territoriale est essentielle à l'intégrité du régime du droit d'auteur. Cela fait jouer toute la question du «marché gris» et de l'importation parallèle, qui est peut-être le point le plus complexe, le plus controversé et le plus important laissé en suspens dans le cadre des récentes négociations de l'ALENA et du GATT. Il ne serait peut-être pas sage d'en traiter en passant et en toute hâte à l'occasion d'une réaction spontanée au phénomène de l'autoroute de l'information.

- 4) Le rapport Lehman renferme en outre une proposition d'une grande portée tendant à l'interdiction de tout dispositif dont l'«objet ou l'effet principal» est d'éviter ou de contourner les intentions, etc. des titulaires de droits d'auteur. De l'avis des auteurs du rapport, la règle de droit américaine actuelle concernant la contrefaçon contributive (énoncée par la Cour suprême dans l'arrêt *Universal v. Sony* il y a dix ans) n'est pas adéquate. Cette proposition traduit de bonnes intentions et comporte des aspects positifs dans la mesure où elle peut viser les «boîtes noires» illicites qui n'ont qu'un seul objet utile et clairement illégal. Toutefois, à première vue, cette recommandation participe d'une telle généralisation -- et est tellement incertaine en ce sens qu'elle dépend de la signification donnée aux mots «objet ou effet principal» -- qu'elle causera, à tout le moins, de grandes difficultés aux fabricants de matériel et peut-être une grave perturbation générale. Il se peut que, si une telle loi avait été en vigueur en 1950, elle aurait été un sérieux obstacle au développement du magnétophone à bande, du magnétocassettes, du magnétoscope, des ordinateurs et de nombreux autres produits utiles dont toute la société et les titulaires de droits d'auteur en particulier ont profité, grâce à la création de marchés beaucoup plus vastes. Le rapport fait remarquer qu'il existe des précédents d'une telle loi dans le domaine du vol des télécommunications. Il se peut que les lois existantes puissent être utilisées ou adaptées de telle façon qu'il en résulte une moins grande perturbation. Les actes délibérés qui constituent une dérobade, un subterfuge ou une fraude doivent être punis par les lois pénales. Toutefois, une technologie utile ne doit pas être interdite dès son avènement. Les questions soulevées par cette recommandation vont au delà de simples problèmes de rédaction. Elles font entrer en jeu de profondes questions de

principe qui concernent les rapports réciproques de la loi, de la technologie et des droits des titulaires de droits d'auteur et des usagers.

## Rapport du Comité consultatif sur l'autoroute de l'information

Le récent rapport du Comité consultatif sur l'autoroute de l'information, intitulé *Le droit d'auteur et l'autoroute de l'information*, préparé sous la direction distinguée de Claude Brunet, présentateur au présent symposium, est peut-être moins dogmatique et inquiétant que le rapport Lehman, mais il atteste tout de même à certains égards une possibilité de grave réaction excessive. Il a été qualifié de «livre vert» en décembre 1994. Les pages qui suivent contiennent mes observations (en italique) sur certaines des recommandations clefs \* de ce rapport.

### A. UTILISATION DES OEUVRES

#### A.1 Communication au public par télécommunication

Le Sous-comité est d'avis que le droit d'auteur englobe la communication au public d'une oeuvre, peu importe si cette oeuvre est rendue accessible «sur demande». Si une étude plus approfondie permet d'établir que la législation n'est pas claire à cet égard, la Loi sur le droit d'auteur doit être modifiée pour indiquer clairement que la communication d'une oeuvre au public par télécommunication est assujettie aux dispositions du droit d'auteur eu égard à l'autorisation préalable, même si cette communication est faite sur demande et séparément à des usagers individuels.

NON. MÊMES OBSERVATIONS QUE SUR LE RAPPORT LEHMAN QUANT À LA SUPERPOSITION DES DROITS. LE CONCEPT MÊME DE «LA COMMUNICATION PAR TÉLÉCOMMUNICATION» DONT LA PORTÉE ENGLOBE TOUT ET QUI S'APPLIQUE EN PLUS DES AUTRES DROITS APPLICABLES, COMME LE DROIT D'EXÉCUTION OU LE DROIT DE REPRODUCTION (DANS LE CAS DES RÉSEAUX INFORMATIQUES), NON SEULEMENT N'EST PAS NÉCESSAIRE POUR PROTÉGER LES TITULAIRES, MAIS EST EN FAIT NUISIBLE CAR IL ENTRAÎNE DE NOMBREUX LITIGES STÉRILES. UN GRAND NOMBRE D'AFFAIRES RÉCENTES AU CANADA DÉJÀ MENTIONNÉES DANS LE CONTEXTE DU RAPPORT LEHMAN EN TÉMOIGNENT. À L'HEURE ACTUELLE, UNE OEUVRE NE PEUT PAS ÊTRE TÉLÉCHARGÉE EN AVAL SANS CONSENTEMENT. LE CONSENTEMENT IMPLIQUERAIT NORMALEMENT UNE NÉGOCIATION FONDÉE SUR LA NATURE DE L'UTILISATION SUR LE RÉSEAU QUI EST ENVISAGÉE.

## A.2 Droit de location

Des recours criminels doivent s'appliquer au cas de violation du droit de location, comme c'est le cas actuellement pour les autres droits.

NON. LA DISPOSITION ACTUELLE EST IMPRÉCISE. ELLE PEUT VISER LES PRATIQUES NORMALES EN MATIÈRE DE LOCATION, QUI FONT INTERVENIR DES APPAREILS QUI CONTIENNENT FORCÉMENT DES LOGICIELS D'EXPLOITATION ET D'APPLICATION. ELLE MONTRE UN MANQUE DE SENSIBILITÉ AUX PRATIQUES COMMERCIALES ET TECHNIQUES COURANTES. IL EST DANGEREUX ET INUTILE DE DONNER UN CARACTÈRE PÉNAL À UNE DISPOSITION MAL CONÇUE ET IMPRÉCISE, ET CELA VA EXACÉRBER LES PROBLÈMES POSÉS PAR LE RÉDACTION ACTUELLE.

Le langage de la Loi sur le droit d'auteur doit être précisé pour empêcher ou interdire la location commerciale non autorisée ou cachée dans le cas des programmes d'ordinateur et des enregistrements sonores.

On doit introduire dans la loi des dispositions prévoyant le versement de dommages-intérêts statutaires sur le modèle de la loi américaine.

NON. C'EST UN PIÈTRE EXEMPLE DE CE QU'IL CONVIENT D'IMITER DANS LE DROIT AMÉRICAIN. CELA CONDUIT À DES ABUS FLAGRANTS DE LA PART DES DEMANDEURS, QUI PEUVENT RESTER À L'AFFÛT POUR RECOUVRER POUR CHAQUE VIOLATION UNE ACCUMULATION DE DOMMAGES-INTÉRÊTS QUI EXCÈDENT DE LOIN LE PRÉJUDICE SUBI. SI L'ON EST PRÉOCCUPÉ PAR LES VIOLATIONS À PETITE ÉCHELLE, IL VAUDRAIT MIEUX INSTAURER UN MÉCANISME DE «PETITES CRÉANCES» QUI SERAIT RATTACHÉ AU TRIBUNAL COMPÉTENT EN MATIÈRE DE PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE.

Compte tenu que le «survol» constitue un acte de reproduction et qu'il est, par conséquent, assujéti au droit de reproduction, le Sous-comité doit déterminer s'il est nécessaire de préciser le principe d'utilisation équitable pour que le survol d'une oeuvre puisse être autorisé dans certaines circonstances.

NON. LE SURVOL NE SUPPOSE PAS NÉCESSAIREMENT UNE REPRODUCTION. LORSQU'IL COMPORTE UNE REPRODUCTION, CELLE-CI DOIT ÊTRE RÉPUTÉE NE PAS CONSTITUER UNE VIOLATION. SI LE TITULAIRE NE VEUT PAS QU'UNE OEUVRE FASSE L'OBJET D'UN SURVOL, ELLE PEUT ÊTRE MISE À DISPOSITION SEULEMENT CONTRE PAIEMENT OU CHIFFRÉE. LE NOUVEAU DROIT SERAIT D'UNE COMPLEXITÉ CAUCHEMARDIQUE. IL N'EXISTE PAS DE DROIT DE SURVOL DANS LES LIBRAIRIES ET LES USAGERS JUGERAIENT QU'IL S'AGIRAIT LÀ D'UN ÉLARGISSEMENT INTOLÉRABLE ET INUTILE D'UN MONOPOLE.

## B. DROITS MORAUX

La pertinence des dispositions relatives à la renonciation aux droits moraux doit être réexaminée dans le contexte de la révision actuelle de la Loi sur le droit d'auteur.

NON. DES DROITS MORAUX NON SUSCEPTIBLES DE RENONCIATION IMPOSERAIENT AU CANADA UNE NOTION «CIVILISTE» QUI PROVOQUERAIT UNE VIVE OPPOSITION DES GROS INTÉRÊTS NORD-AMÉRICAINS, QUI ESTIMENT QUE LEUR ACTIVITÉ SERAIT ENTRAVÉE PAR UNE RESPONSABILITÉ SANS LIMITE EN CAS DE VIOLATION DE DROITS MORAUX. C'EST UNE PROPOSITION PATERNALISTE.

## C. PROPRIÉTÉ DU DROIT D'AUTEUR

Le principe de la «première vente» ne doit être introduit dans la Loi sur le droit d'auteur que si, et seulement si, le droit de distribution y est introduit.

IL NE FAUDRAIT PAS ENVISAGER DE DROIT DE DISTRIBUTION. CE SERAIT PRESQUE UN MONOPOLE ABSOLU. LE LÉGISLATEUR N'A JAMAIS EU L'INTENTION QUE LE DROIT D'AUTEUR VISE LA «LECTURE» D'UN LIVRE, LE FAIT DE REGARDER UNE OEUVRE D'ART, ETC. DE TOUTE FAÇON, NOUS AVONS DÉJÀ UN DROIT DE PREMIÈRE VENTE EN COMMON LAW.

## D. UTILISATION ÉQUITABLE

Le Sous-comité étudiera plus avant la possibilité de recourir à la défense d'utilisation équitable dans certaines situations où l'utilisateur ne fait que survoler rapidement une oeuvre.

NON. VOIR L'OBSERVATION QUI PRÉCÈDE. TOUT SURVOL DEVRAIT ÊTRE LÉGAL.

Le Sous-Comité ne voit pas la nécessité de revoir les dispositions de la Loi sur le droit d'auteur en ce qui a trait à l'utilisation équitable, puisque ces dispositions semblent offrir une protection suffisante pour les usagers de matériel protégé sur l'autoroute de l'information.

## E. ADMINISTRATION

### E.1 Application

Le gouvernement fédéral doit encourager la mise au point et l'adoption de techniques permettant de contrôler l'utilisation des oeuvres protégées qui soient acceptables pour les usagers.

Le gouvernement fédéral doit soutenir la mise au point et l'utilisation d'«identificateurs» pouvant être incorporés aux oeuvres protégées distribuées sous une forme numérique afin de faciliter l'identification des titulaires de droits d'auteur et de décourager l'utilisation non autorisée d'oeuvres protégées.

Une campagne d'éducation publique sur le droit d'auteur et l'utilisation responsable des oeuvres de l'esprit dans un environnement numérique doit être menée conjointement par le gouvernement et l'industrie.

Le gouvernement doit envisager tout l'éventail des instruments politiques à sa disposition pour assurer une protection efficace du droit d'auteur afin de favoriser la création d'un contenu canadien.

L'altération ou le contournement des mesures de protection de toutes sortes, telles que le cryptage ou les procédés anticopie, doivent être assimilés à un acte criminel en vertu de la Loi sur le droit d'auteur.

## **E.2 Affranchissement des droits**

Le gouvernement doit encourager l'industrie à créer des systèmes administratifs pour faciliter l'affranchissement des droits afin de permettre l'utilisation des oeuvres protégées sous leur forme numérique.

Le Sous-comité n'est pas convaincu qu'un mécanisme d'octroi obligatoire de licences doive être envisagé pour le marché commercial.

## **F. ÉDUCATION DU PUBLIC**

Les usagers et les créateurs doivent assumer davantage leurs responsabilités en s'informant sur le droit d'auteur et sur l'application des autres droits dans un environnement numérique.

Le gouvernement fédéral doit donner l'exemple à la fois comme «créateur» et comme «usager» de droits d'auteur en étant un modèle sur ces deux plans.

Le gouvernement fédéral doit prendre une part active, en collaboration avec l'industrie, à une campagne visant à mieux informer à la fois les créateurs et les usagers sur l'utilisation du droit d'auteur.

OUI, MAIS DE TELLE FAÇON QUE L'ARGENT DES CONTRIBUABLES NE SERVE PAS À FAVORISER UN POINT DE VUE NON CONTREBALANCÉ, SOIT CELUI DES TITULAIRES DE DROITS D'AUTEUR. LES MILIEUX UNIVERSITAIRES ET LES ASSOCIATIONS INDÉPENDANTES DEVRAIENT ÊTRE INVITÉS À Y JOUER UN RÔLE CONVENABLE.

L'altération ou le contournement des mesures de protection de toutes sortes, telles que le cryptage ou les procédés anticopie, doivent être assimilés à un acte criminel en vertu de la Loi sur le droit d'auteur.

PEUT-ÊTRE, MAIS AVEC DE GRANDES PRÉCAUTIONS. VOIR L'OBSERVATION SUR LE RAPPORT LEHMAN CI-DESSUS.

## G. CONTEXTE INTERNATIONAL

Le Canada doit prendre des mesures pour que les services de programmation audiovisuelle offerts au public sur l'autoroute de l'information continuent à être classés comme des services de radiodiffusion, que leurs prestataires soient soumis ou non à l'obligation d'obtenir une licence.

ABSOLUMENT PAS. LES RÉSEAUX N'ONT RIEN À VOIR AVEC LA RADIODIFFUSION POUR LA RAISON DONNÉE PLUS HAUT. DE TOUTE FAÇON, CELA EST IMPOSSIBLE DU POINT DE VUE TECHNOLOGIQUE.

### **Le détour de la radiofusion sous la férule du CRTC**

Un important mouvement politique se manifeste au Canada en faveur de l'extension du modèle du protectionnisme culturel à l'information. Une telle orientation sert à court terme les intérêts de ceux qui ont tiré profit de la réglementation sur le contenu canadien dans le passé et les intérêts des bureaucrates fédéraux. Toutefois, elle n'est pas réaliste sur les plans technologique ou politique.

Déjà, un dilemme typiquement canadien commence à se faire jour : doit-on assimiler les diverses activités envisagées sur l'autoroute de l'information à la radiodiffusion ou aux télécommunications? Non seulement une lutte interne peut être observée entre plusieurs officines bureaucratiques, mais encore, si la première solution est retenue, le gouvernement sera peut-être plus tenté de réglementer le «contenu canadien» et s'estimera plus compétent pour ce faire, à cause de l'exemption pour les industries culturelles de l'ALENA. S'il est décidé qu'une activité donnée se rapporte à des «services de télécommunication de pointe» ou à des «services informatiques», le CRTC ne peut pas en contrôler le contenu «canadien» et est empêché d'exiger le dépôt de tarifs, etc, sauf dans les cas d'agissements anti-concurrentiels ou monopolistiques<sup>48</sup>.

Par surcroît, l'option «radiodiffusion» pourrait impliquer qu'il y a communication d'une oeuvre au public par télécommunication au sens de la *Loi sur le droit d'auteur*, entraînant une superposition de droits (sans droit matériel nouveau) qui pourrait être jugée inutile, une multiplication des affranchissements et probablement des litiges incessants, comme l'expérience l'a démontré récemment, savoir les difficultés qu'a posées la rédaction des dispositions concernant la retransmission. Certes, le CRTC peut soustraire des entreprises de radiodiffusion à son pouvoir réglementaire en matière de culture et de contenu canadiens, mais il subsiste un régime protecteur de surveillance réglementaire. Selon toutes les indications, le CRTC et les ministres responsables sont peut-être enclins à assimiler les activités des sociétés de téléphone et d'autres sur l'autoroute de l'information à la radiodiffusion plutôt qu'aux télécommunications<sup>49</sup>.

Comme, depuis la conclusion de l'ALENA, aucune solution de rechange ne s'offre au gouvernement en ce qui a trait au contenu, on comprend qu'il soit tenté de conserver sa compétence souveraine de la seule manière apparemment possible -- en assimilant les activités sur l'autoroute de l'information à la «radiodiffusion». Toutefois, cela va à l'encontre de l'intuition et peut-être des faits.

La réglementation de la «radiodiffusion» tire son origine de la notion que le spectre est limité et qu'il faut répartir les fréquences selon ce qui est avantageux pour le «public» et pour la société canadienne. Cette notion de ressources limitées s'adapte mal à l'autoroute de l'information. Les exploitants de réseaux et les usagers disposent de ressources quasi illimitées -- et il s'en ajoute tous les jours. L'insuffisance de la largeur de bande est le moindre des obstacles au progrès sur l'inforoute. Au surplus, la nature «individuelle» et «interactive» de l'échange d'informations sur l'autoroute de l'information rend l'absence d'analogie avec la radiodiffusion encore plus frappante.

Il ressort de l'ordre du jour et des rapports de la réunion du G-7 sur l'autoroute de l'information la semaine dernière que le Canada (avec l'appui partiel de la France) fait valoir l'argument culturel/protectionniste. Si c'est là notre programme d'action national, nous devons peut-être utiliser le détour de la radiodiffusion, aussi illogique soit-il.

Quant à moi, j'ai beaucoup de peine à comprendre comment nous pourrions, sur les plans technologique ou politique, imposer des structures de menu, une restriction des choix, des pourcentages de contenu ou d'autres mesures destinées à encourager la culture canadienne sur l'inforoute. De plus, il est très ironique que, même à l'heure actuelle, les meilleurs «sites» pour trouver de l'information sur le droit canadien (par exemple) sont offerts par les serveurs américains.

## LES BONNES NOUVELLES -- SOLUTIONS POSSIBLES

### ▣ SUGGESTIONS CONCERNANT LA PHASE II

Selon l'hypothèse éternellement optimiste que la phase II de la révision de la loi aboutira à un texte bien conçu susceptible d'être adopté dans un proche avenir, certaines mesures pratiques et pas particulièrement controversées pourraient être prises pour améliorer la circulation sur l'autoroute de l'information :

1. Il convient d'examiner (on pourrait dire de «redresser») de toute urgence la question des poursuites pénales, à la lumière des avis de la plupart des experts et des observateurs indépendants. Vu la nature peut-être draconienne des peines prévues et la nature trop agressive et même abusive, selon certains, de certaines des poursuites engagées jusqu'ici, il est nécessaire d'envisager une réforme. Même certains titulaires de droits d'auteur craignent peut-être d'être victimes des répercussions de la situation actuelle.

a) Il est peut-être souhaitable de «dépénaliser» toutes les infractions mineures ou à petite échelle et toutes les violations privées qui ne visent pas un gain. À cette fin, il faudrait peut-être fixer dans la loi un seuil d'activité commerciale au-delà duquel la répression pénale entrerait en jeu, c'est-à-dire une fourchette de 5 000 \$ à 50 000 \$ de dommages par «opération»<sup>50</sup>. En outre, on pourrait reformuler la disposition de façon à exiger l'intention de priver le titulaire du droit d'auteur de bénéfices équitables, la malhonnêteté délibérée, l'intention claire de tirer un gain et le commerce d'exemplaires contrefaits ou piratés (par contraste avec les exemplaires ou les activités qui peuvent avoir pour objet l'utilisation équitable ou l'importation parallèle, etc.). En outre, les amendes maximales pourraient être réduites sensiblement, peut-être à 2 500 \$ pour les infractions punissables par procédure sommaire et à 250 000 \$ pour les infractions punissables par voie de mise en accusation. Ces mesures rapprocheraient davantage la loi canadienne du droit américain. Les lois pénales américaines, révisées en 1992, semblent beaucoup moins sévères que la loi canadienne.

b) Il y aurait lieu d'envisager d'apporter d'autres améliorations au régime pénal, par exemple, l'insertion des dispositions en cause dans le *Code criminel*, la suppression de l'application, dans les poursuites pénales, de la présomption prévue à l'art. 53 de la *Loi sur le droit d'auteur*, la dépénalisation totale de l'importation parallèle (lorsque les marchandises, par définition, ne sont pas contrefaites). Et en dernier,

mais non par ordre d'importance, on devrait envisager sérieusement la possibilité d'abroger toutes les dispositions créant des infractions criminelles en matière de droit d'auteur et de recourir plutôt aux dispositions de l'art. 380 du *Code criminel* concernant la fraude, qui ont été utilisées avec succès dans les affaires de droit d'auteur, une option proposée dans l'étude de M<sup>e</sup> Piragoff du ministère de la Justice.

c) Les propositions précitées présenteraient en outre l'avantage de permettre une grande économie de ressources de la GRC qui pourraient vraisemblablement être affectées à des priorités plus pressantes, telles que l'application de la loi sur l'immigration. Le porte-parole de la GRC à la conférence de l'ICPI intitulée «Le droit d'auteur en période de transition» qui a eu lieu les 13 et 14 octobre 1994 appartenait à une section qui était chargée de l'application des lois sur l'immigration et sur le droit d'auteur. Sa communication a confirmé le fait assez remarquable que la GRC s'occupe de plus de mille affaires par année en moyenne en matière de droit d'auteur (1 078 en 1991; 2 182 en 1992; 740 en 1993). Cela doit mobiliser des douzaines voire des centaines d'agents. On pourrait soutenir qu'il s'agit là dans bien des cas d'affaires qui auraient pu ou qui auraient dû être réglées devant les tribunaux civils et non aux frais des contribuables. Ce ne sont pas toutes les sociétés de gestion ou associations commerciales qui recourent aux lois pénales. La Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique, par exemple, n'a jamais invoqué les dispositions pénales pour faire respecter des droits au nom de ses membres, à ce que je sache.

d) Cette solution atténuerait un peu le «froid» que l'on observe dans les établissements d'enseignement canadiens (à tous les niveaux) en ce qui a trait aux activités qui bien souvent sont légitimes ou qui ont des chances de le devenir quand la loi découlant de la phase II aura été votée.

e) Pour terminer, ces suggestions relatives au régime pénal sont, à mon sens, conformes à l'esprit de l'important rapport intitulé «Le droit pénal dans la société canadienne» publié en 1982 par l'honorable Jean Chrétien, alors ministre de la Justice.

2. Pourtant, il faudrait songer aussi à éliminer la possibilité que le demandeur dans une action au civil réclame à la fois les dommages-intérêts qu'il a subis et des dommages-intérêts pour l'usurpation du droit de propriété. Il s'agit d'un gain fortuit qui équivaut au double ou à plus du double des dommages-intérêts qu'il a subis et qui cause une privation excessive au défendeur. C'est que le demandeur reçoit non seulement les bénéfices perdus mais encore les biens eux-mêmes ou

leur valeur réelle. Ce recours est exagéré et a été critiqué pour cette raison par Gordon F. Henderson et d'autres (voir la page 55 du rapport Henderson). Certains des experts étrangers invités à la conférence de l'ICPI en octobre 1994 se sont dits étonnés de la sévérité des recours civils au Canada.

3. Une modification de peu d'importance aux art. 70.5 et 70.6 de la *Loi sur le droit d'auteur* (ajoutés en 1988) ferait en sorte que les tarifs déposés soient effectivement portés à la connaissance du directeur des enquêtes et recherches sous le régime de la Loi sur la concurrence. À l'heure actuelle, la loi n'exige pas que ces tarifs soient déposés auprès de son bureau et il n'existe aucun mécanisme permettant au directeur de prendre connaissance d'une question, sauf si une plainte est déposée ou s'il est informé par une personne intéressée. Cela semble être une lacune du régime. Il serait obligatoire de déposer tous les projets de tarif auprès du bureau du directeur afin d'attirer son attention sur ces tarifs, surtout ceux déposés en application de l'art. 70. Il reviendrait alors au directeur de décider s'il y a lieu de prendre d'autres mesures. Une telle modification contribuerait beaucoup à créer l'impression que l'intérêt public est pris en considération.
  
4. Il faudrait songer à exiger un minimum de créativité pour l'obtention du droit d'auteur. Le Canada accorde la protection à toutes sortes de simples formulaires commerciaux, de répertoires, d'annuaires téléphoniques, etc. que même les États-Unis ne protègent pas. Le problème se fait jour dans des domaines aussi variés que les programmes d'ordinateur et d'autres techniques, ainsi que les pratiques de certaines sociétés de téléphone relativement aux frais demandés au public et aux concurrents pour des renseignements touchant l'assistance-annuaire, en particulier pour les interurbains. Nombre d'experts ont constaté au fil des ans que ces faits nouveaux mettaient le régime du droit d'auteur à rude épreuve dans la mesure où il est censé protéger les catégories traditionnelles d'oeuvres littéraires, artistiques, dramatiques et musicales au sens habituel de ces mots. Ce n'est pas une proposition radicale. Elle rendrait simplement le droit canadien en accord avec le droit américain depuis l'arrêt important *Feist v. Rural Telephone* de la Cour suprême (où la cour s'est référée au seuil d'un «minimum de créativité»), ainsi qu'avec le droit de la plupart des pays de la Communauté européenne. Les tribunaux canadiens opéreront probablement pour cette orientation de toute manière. Si le législateur le reconnaissait tout de suite, cela éviterait bien des litiges inutiles et cela irait dans le sens du rapport Henderson (à la p. 101).

## ▣ PHASE II ET ULTÉRIEUREMENT

1. Préciser dans la législation sur le droit d'auteur que les droits contractuels l'emportent sur les dispositions de la loi et qu'en l'absence de contrat, la situation est régie par la *Loi sur le droit d'auteur*. Ce n'est peut-être pas nécessaire en droit mais cela éclaircirait beaucoup les choses. Une telle approche a été adoptée à l'égard des exemptions pour le droit d'auteur concernant les logiciels dans la loi de 1988. Cela encouragerait les intérêts privés à négocier les droits de propriété au lieu de compter sur l'application de la loi par l'État. Les lois offrent un recours; elles ne doivent pas être un but. De la même façon, les usagers souhaiteront peut-être conclure des accords non régis par la loi en échange de services plus étendus et plus commodes.
2. Insérer une disposition relative à l'utilisation équitable, semblable à la disposition américaine (c'est-à-dire le critère de l'attente commerciale) qui inclut précisément la mention de l'étude privée, de la recherche et des autres travaux savants relativement à des informations recherchées, mises en mémoire et imprimées dans un but privé analogue au moyen d'un réseau informatique (noter que d'autres dérogations contractuelles ou technologique sont possibles). Si les usagers sont disposés à accepter par contrat une «utilisation équitable» de moindre portée que celle prévue par la loi en échange d'un service meilleur et plus commode à un coût raisonnable, bien des différends relatifs à l'utilisation équitable seront réglés.
3. Créer une responsabilité civile et peut-être une responsabilité pénale limitée à l'égard des actes délibérés qui visent à tourner les dispositifs techniques raisonnables, conçus pour protéger les renseignements protégés par le droit d'auteur -- analogue à la disposition concernant le vol de télécommunications contenue dans le *Code criminel*.
4. Afin de prévenir les «abus» possibles en matière de concurrence, définir le «réseau» commercial et prévoir que la communication intégrale des conditions de l'abonnement et d'autres données secrètes, le cas échéant, fournira une immunité relativement à l'art. 45 de la *Loi sur la concurrence* comme celle visée à l'art. 70 de la *Loi sur le droit d'auteur*. Toutefois, il faudrait que la loi prescrive que le Bureau de la politique de concurrence doit être avisé et que celui-ci a le mandat clair et l'obligation d'affecter activement des ressources à la préservation de l'intérêt des créateurs et des usagers individuels.

## NOTES

- <sup>1</sup> Sènèque.
- <sup>2</sup> Robert Browning, *Andrea Del Sarto*.
- <sup>3</sup> On dit couramment mais à tort que l'Internet ne coûtait rien et était «gratuit». Les dépenses en capital ont été engagées il y a longtemps, pour ce qui est des connections convenables pour le transfert des données entre les principaux sites, etc. L'organisation est réduite au minimum. Les coûts semblent être supportés par les universités, les gouvernements, IBM, etc. La plupart des gros utilisateurs fournissent «l'accès gratuit» à leurs employés, aux étudiants agréés, etc. Les serveurs commerciaux offrent du temps au public au tarif de 0,25 \$ la minute ou moins, ce qui laisse supposer que le coût d'exploitation marginal réel de l'Internet équivaut à quelques cents par minute, dont la plus grande partie représente peut-être bien des frais de télécommunication.
- <sup>4</sup> Controverse relatée dans le magazine *Time*, «Wired Democracy», 23 janvier 1995.
- <sup>5</sup> *Paperwork Reduction Act*, projet de loi HR 830, présenté le 6 février 1995, dont une clause conçue spécialement pour West Publishing (al. 3518f), portait sur la valeur ajoutée aux recueils de lois tombés dans le domaine public.
- <sup>6</sup> Voir *Pindling v. National Broadcasting Corporation*, 49 OR (2d) 58.
- <sup>7</sup> *United States of America v. David La Macchia*, n° CRIM.A. 94-10092-RGS, Cour de district des États-Unis, district de Massachusetts, 28 déc. 1994 (1994 WL 725216 (D. Mass.)).
- <sup>8</sup> Slatalla, M. et J. Quittner, «Gang War in Cyberspace», magazine *WIRED*, déc. 1994, p. 146 et suiv.
- <sup>9</sup> Voir l'affaire *Feist v. Rural Telephone*, (1991) 111 S. Ct. 1282 (Cour suprême des États-Unis) et le courant jurisprudentiel qu'elle a suscité.
- <sup>10</sup> *Computer Associates v. Altai*, 775 F. Supp. 554 (1991), conf. par 23 U.S.P.Q. 2d (2d Cir. 1992), inf. en partie par 982 F.2d 693 (2d Cir. Court of Appeal). Il semble que les tribunaux ont mis un point final au litige *Apple v. Microsoft* concernant «l'apparence et l'impression» («look and feel»). La Cour suprême a, sans faire d'observations, rejeté le pourvoi

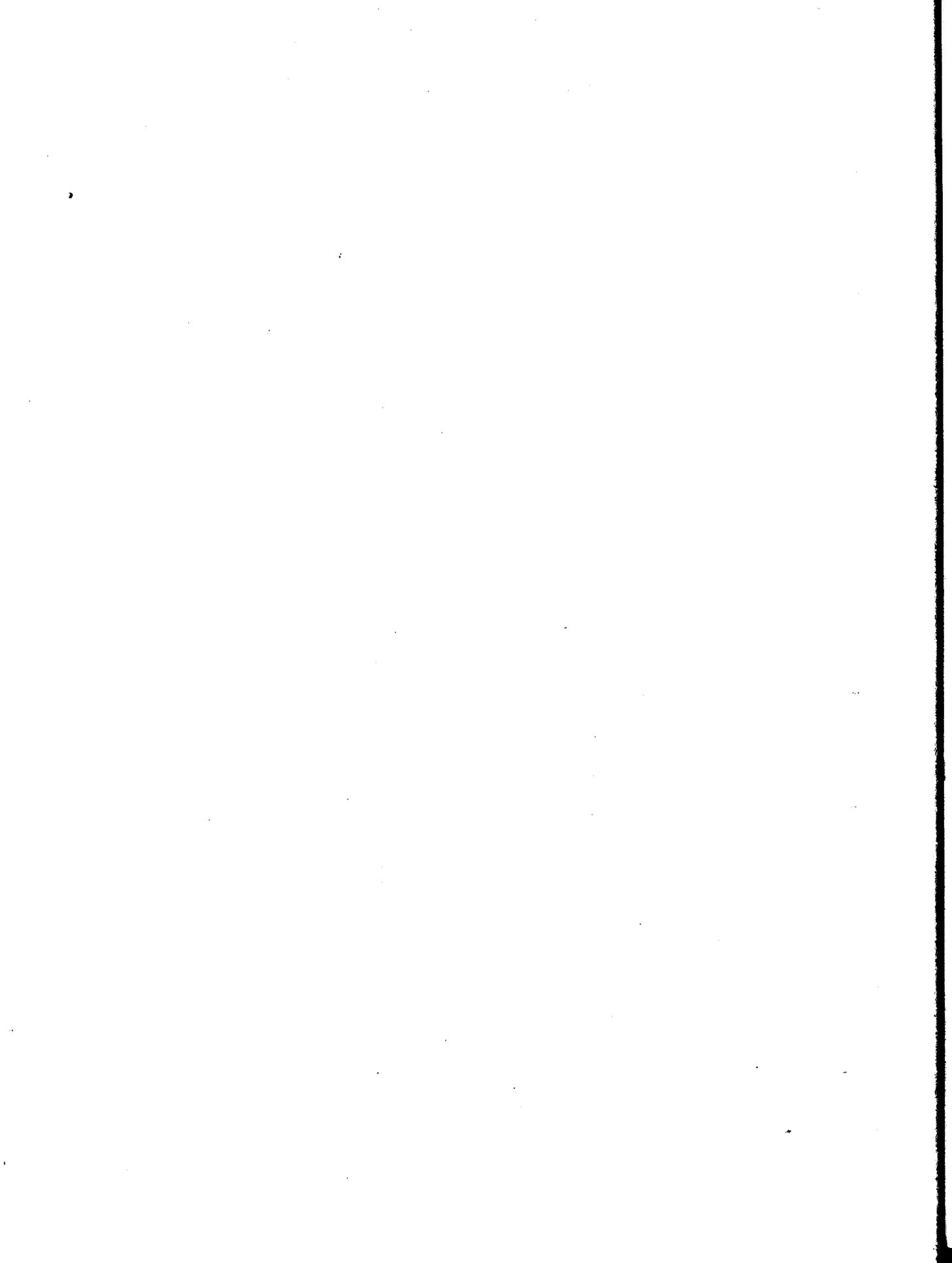
formé par Apple contre les jugements d'instance inférieure. (*New York Times*, 2/22/95 C6). La récente victoire du défendeur Borland dans l'affaire *Lotus v. Borland* (décision publiée le 9 mars 1995) concernant «l'apparence et l'impression» engagée devant la First Circuit Court of Appeals, présente une grande importance.

- 11 Lignes directrices écrites et non écrites qui sont mises en application en partie par les exploitants des systèmes («sysops») et en partie par la pression du groupe vers la conformité. Le respect du droit d'auteur est l'une des premières priorités dans la plupart des contextes.
- 12 Une structure de menus verticale, classique, qui comprend des services de recherche de domaines et d'autres sites «gopher» dans le monde entier.
- 13 «File Transfer Protocol» (protocole de transfert de fichiers).
- 14 «World Wide Web» qui permet des liens hypertexte avec d'autres informations et services, et qui comporte des caractéristiques multimédia.
- 15 *Boosey v. Whight*, [1899] 1 Ch. 836, conf. par [1900] 1 Ch. 122 (C.A.).
- 16 *Apple c. Mackintosh*, [1987] 1 CF 173, 10 C.P.R. (3d) 1, 18 C.P.R. (3d) 129, conf. par (1990) 30 C.P.R. (3d) 257 (C.S.C.).
- 17 En common law canadienne et sous le régime de la *Copyright Act* américaine, le propriétaire d'un objet tel un livre, un disque ou un programme d'ordinateur ne pouvait pas être empêché de faire des opérations de vente ou de location portant sur cet objet. Après la «première vente», le titulaire du droit d'auteur perdait tout droit sur la réalisation de l'oeuvre protégée par le droit d'auteur, laquelle était alors assimilée à toute autre chose matérielle (sauf, bien sûr, quant au droit de reproduction ou aux autres droits de propriété intellectuelle exceptionnels). C'est un principe fondamental du droit anglo-américain. Le principe a été récemment battu en brèche dans le cas de la location d'enregistrements sonores et de logiciels, à cause des traités commerciaux. C'est qu'on craignait que la location serve à faciliter le piratage.
- 18 Howard P. Knopf, *The Proposed Rental Right for Video and Audio Recordings*, Consommation et Corporations, polycopié, 1985.
- 19 Voir les chapitres 17 et 21 de l'ALENA et l'article 2005 de l'ALE.

- <sup>20</sup> Voir *Competition Policy, Regulation and the Information Economy*, mémoire du Directeur des enquêtes et recherches au CRTC, daté du 16 janvier 1995, à la p. ii.
- <sup>21</sup> Rapport Applebaum/Hébert, Ottawa, 1982, à la p. .
- <sup>22</sup> D. A. Redmond, *Sherlock Homes Among the Pirates: Copyright and Conan Doyle in America 1890-1930*, Greenwood Press, Westport, Conn., 1990.
- <sup>23</sup> *U.S. v Microsoft*, 1995 WL 59480 (D.D.C.), à la p. 5.
- <sup>24</sup> *Ibid.*, à la p. 18.
- <sup>25</sup> *Ibid.*, à la p. 18.
- <sup>26</sup> Voir les observations du Directeur présentées au CRTC le 10 janvier 1995, *Observations en guise de réplique du Directeur des enquêtes et recherches sur les entreprises de radiodiffusion directe du satellite au foyer et re Competition Policy, Regulation and the Information Economy*, en date du 16 janvier 1995.
- <sup>27</sup> *NutraSweet c. Directeur des enquêtes et recherches* (1989), 27 C.P.R. (3d) 449.
- <sup>28</sup> Voir l'allocation d'ouverture du symposium WIPO de Harvard de 1993.
- <sup>29</sup> Simon L. Garfinkel, «Cypher Wars», magazine *Wired*, novembre 1994, à la p. 129.
- <sup>30</sup> Dans le but de favoriser le développement et le progrès des techniques touchant la confidentialité et la sécurité, l'Electronic Frontier Foundation («EFF») parraine une poursuite intentée aujourd'hui devant les tribunaux fédéraux et visant à empêcher l'État de limiter la publication de documents et de logiciels cryptographiques. L'EFF soutient que les lois sur le contrôle de l'exportation, à première vue et dans leur application aux usagers des documents cryptographiques, sont inconstitutionnelles. (Communiqué de l'EFF daté du 21 février 1995).
- <sup>31</sup> Paul Hoffert, *Accounting for Content on the Infoway: Evolution or Revolution*, exposé présenté à la conférence de l'ICPI, Le droit d'auteur en période de transition, tenue les 13 et 14 octobre 1994.
- <sup>32</sup> Lettre envoyée le 2 février 1995 par J.W. Shelton d'IAC.

- 33 (Lettre de Muchnick datée du 10 février 1995 à cni-copyright listserve INFORMATION ACCESS COMPANY CONFIRMS WRITERS' RIGHTS ISSUE IN DATABASE MARKETING.
- 34 (1989) 24 C.P.R. (3d) 301.
- 35 Voir Alan Young, «Catching Copyright Criminals: R. v. Miles of Music Ltd.», (1990) 5 I.P.J. 257 et D. Scott et T. Collins, *Criminal Copyright Defences: The Defence Perspective*, exposé présenté à la conférence de l'ICPI, Le droit d'auteur en période de transition, tenue les 13 et 14 octobre 1994.
- 36 Scott, *ibid.*, à la p. 26.
- 37 *R. v. Rexcan Circuits Inc.*, [1993] O.J. N° 1896 DRS 93-11244.
- 38 D. Scott, *ibid.*
- 39 Voir les pages 17 et 18.
- 40 Voir les pages 12 à 15 des motifs dactylographiés de M<sup>me</sup> le juge Ratushny.
- 41 L'auteur des présentes a appris que la GRC, à Montréal seulement, affecte environ dix agents à plein temps uniquement aux affaires de droit d'auteur et de marques de commerce.
- 42 Voir G.F. Henderson, *La propriété intellectuelle au Canada: contestation en justice, législation et formation*, Consommation et Affaires commerciales, 1991, à la p. 78.
- 43 *USA v. David LaMacchia*, action au criminel n° 9410092-RGS, Cour des États-Unis du district de Massachusetts, 28 décembre 1994, le juge Stearns.
- 44 Simson L. Garfinkel, «Patently Absurd», magazine WIRED, San Francisco (Californie), juillet 1994, aux p. 104 et suiv.
- 45 *Frank v. CompuServe* (poursuite récente portant sur le téléchargement en aval et en amont de musique numérisée sur le réseau CompuServe<sup>md</sup>).
- 46 Bruce Lehman (coll.), *Intellectual Property and the National Information Infrastructure*, Information Infrastructure Task Force, Washington (D.C.), 1994.

- <sup>47</sup> *Assoc. canadienne de télévision par câble c. Canada (Commission du droit d'auteur)*, 46 C.P.R. (3d) 359, Cour d'appel fédérale, 1993; [Remarque : L'Association canadienne de télévision par câble a présenté une demande d'autorisation de pourvoi devant la Cour suprême du Canada le 8 mars 1993 (n° du greffe 23457). La Cour suprême a refusé l'autorisation le 23 décembre 1993. De plus, la loi de mise en oeuvre de l'ALENA (L.C. 1993, ch. 44) est entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 1994]. *Assoc. canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c. Landmark Cinemas of Canada Ltd. et autres*, 45 C.P.R. (3d) 346; *SOCAN (Re) Statement of Royalties to Be Collected for the Performance in Canada of Dramatico-musical or Musical Works for the Calendar Year 1991 for which SOCAN Holds the Performing Rights*, 7 C.P.R. (3d) 385; *Assoc. canadienne de télévision par câble c. Canada (Commission du droit d'auteur) et autres* [Voir la note : \*Avis d'appel déposé devant la Cour d'appel fédérale (n° du greffe A-69-91), 34 C.P.R. (3d) 521, 25 A.C.W.S. (3d) 253, Cour fédérale, Section de première instance, juge Strayer, 16 janvier 1991]; *Bishop c. Stevens*, 31 C.P.R. (3d) 394; 71 D.L.R. (4th) 97, 22 A.C.W.S. (3d) 568, Cour suprême du Canada, 16 août 1990.
- <sup>48</sup> Pour une excellente analyse de ces questions, voir H. Intven, «Traffic Rules on Canada's Information Highway: The Regulatory Framework for a New Cable and Telephone Services», dans *Developing Multimedia Products, Insight*, Toronto, 1994, aux p. 91 et suiv.
- <sup>49</sup> Voir les décisions du CRTC 94-8 et 94-9, le communiqué de presse en date du 16 septembre 1994, ainsi que l'article «Regulator May Police Culture at Infohighway Phone Booths», *Ottawa Citizen*, 1<sup>er</sup> oct. 1994, à la p. D-1.
- <sup>50</sup> La notion d'«opération» est bien comprise en droit pénal. Plusieurs violations individuelles qui, prises ensemble, équivalent au seuil fixé sont tenues pour une opération unique, si elles constituent une action délibérée et continue.



# LES DÉFIS QUE POSE LA TECHNOLOGIE NUMÉRIQUE POUR LE DROIT D'AUTEUR

Pamela Samuelson<sup>1</sup>

## Introduction

L'impression que les technologies numériques constituent une sérieuse menace pour le droit d'auteur et les titulaires de droits d'auteur est très répandue<sup>2</sup>. Cette menace découle de la prise de conscience du fait que la reproduction et la distribution incontrôlées d'oeuvres protégées par le droit d'auteur dans des environnements numériques interconnectés pourraient rendre le droit d'auteur inapplicable, ce qui diminuerait considérablement l'effet des mesures d'encouragement à l'investissement dans la création et la diffusion d'oeuvres littéraires et artistiques<sup>3</sup>. Face à cette menace, plusieurs gouvernements, dont ceux du Canada et des États-Unis, ont récemment publié des rapports sur les défis que les technologies numériques représentent pour le droit d'auteur<sup>4</sup>. Compte tenu du climat d'appréhension dans lequel ces rapports ont été écrits, peut-être n'est-il pas étonnant qu'ils s'attachent principalement à formuler des recommandations visant à étendre les droits des titulaires de droits d'auteur (ainsi, on a proposé d'adopter un droit de transmission numérique qui s'ajouterait aux droits exclusifs déjà accordés aux titulaires de droits d'auteur)<sup>5</sup>.

Ce climat d'appréhension explique peut-être aussi pourquoi on a refusé de dire dans ces rapports comment il pourrait être nécessaire de promouvoir les intérêts légitimes des utilisateurs d'oeuvres protégées ou de leur accorder également une protection juridique<sup>6</sup>. Dans le livre vert américain, on mentionne que le but principal du droit d'auteur est l'accès du public au savoir<sup>7</sup>, mais on ne fait pas de recommandations expressément axées sur l'amélioration de cet accès et on n'explique pas comment l'extension des droits des titulaires de droits d'auteur qui est préconisée favorisera l'accès à ce savoir. On mentionne en outre que le droit d'auteur doit maintenir un équilibre entre les intérêts des titulaires de droits d'auteur et ceux du public<sup>8</sup>, mais on fait comme si la moindre utilisation d'une oeuvre protégée sous forme numérique portera atteinte au droit d'auteur vu la nécessité de copier, ne fût-ce que provisoirement, les oeuvres numériques dans la mémoire d'un ordinateur pour permettre leur utilisation<sup>9</sup>. Par ailleurs, on considère l'usage équitable comme une doctrine qui a peu de chances de s'appliquer dans des

environnements numériques interconnectés, apparemment parce qu'on pense que toutes les utilisations d'oeuvres protégées peuvent être régies par des licences dans ces environnements<sup>10</sup>.

Dans le rapport canadien sur le droit d'auteur et l'autostrade de l'information, on fait pareillement état de la nécessité d'équilibrer les intérêts en jeu<sup>11</sup>, mais comme dans le livre vert américain, on fait des recommandations qui visent en grande partie à étendre les droits des titulaires de droits d'auteur<sup>12</sup>. Bien qu'on soit disposé à examiner la question de savoir si le survol de documents protégés sous forme numérique pourrait être une utilisation équitable dans certaines circonstances<sup>13</sup>, on ne donne pas d'exemples d'utilisations de documents numériques qui pourraient être équitables. À vrai dire, on rejette l'idée de donner de tels exemples parce que la doctrine de l'utilisation équitable «ne peut être vraiment utile que si elle demeure suffisamment vague pour être invoquée pour toute une variété de situations imprévues»<sup>14</sup>.

Le présent rapport vise principalement à explorer le sujet peu abordé des droits des utilisateurs de faire des utilisations légitimes de documents protégés dans des environnements numériques interconnectés. Il contient de nombreux exemples détaillés de la façon dont les doctrines traditionnelles du droit d'auteur, comme les dispositions sur l'utilisation équitable («fair dealing») de la loi canadienne et les dispositions sur l'usage équitable («fair use») de la loi américaine<sup>15</sup>, peuvent être appliquées pour concilier les intérêts des titulaires de droits d'auteur et ceux du public lorsque de nouvelles technologies soulèvent des questions auxquelles le régime actuel ne fournit pas de réponses simples. Le Canada a de la chance d'avoir plusieurs théories en matière de droit d'auteur qui peuvent compléter celle de l'utilisation équitable pour ce qui est de régler les différends concernant les oeuvres protégées sous forme numérique. Parmi celles-ci, il y a les règles du droit d'auteur qui s'appliquent lorsque des documents protégés sont utilisés à certaines fins non lucratives ou pour des reportages de nouvelles, ou lorsque l'auteur a implicitement consenti à l'utilisation, ou encore lorsqu'il est sage, pour des raisons fondées sur l'intérêt public ou sur la liberté d'expression, de ne pas imposer de responsabilité pour contrefaçon ou de limiter les recours<sup>16</sup>.

Il y a plusieurs raisons de procéder à une telle exploration. L'une d'elles est de montrer aux responsables de l'action gouvernementale qu'il est souhaitable qu'ils surmontent leur répugnance à aborder les questions touchant les droits des utilisateurs. Il se pourrait que les consommateurs soient mieux disposés envers l'extension du droit d'auteur et qu'ils s'y adaptent plus volontiers s'ils sont convaincus que leurs intérêts légitimes sont également pris en considération. Si le droit d'auteur veut exercer une influence morale sur les membres du public quant aux utilisations de documents protégés sous forme numérique qui leur sont permises, il faut qu'il soit respecté par ceux-ci. L'impression que le droit d'auteur protège les titulaires

de droits d'auteur outre mesure pourrait inciter les utilisateurs à désobéir à la loi, ce qui n'est pas dans l'intérêt à long terme des titulaires de droits d'auteur<sup>17</sup>.

Qui plus est, sans l'usage équitable, l'utilisation équitable et d'autres principes qui fournissent des mécanismes souples pour équilibrer les intérêts des titulaires de droits d'auteur et ceux du public, le droit d'auteur peut devenir trop fragile et rigide dans son application. Il risque bien plus de disparaître ou de devenir désuet, face aux défis que posent les technologies numériques, que s'il peut faire preuve d'une certaine souplesse et d'une certaine faculté d'adaptation grâce à l'application judicieuse de théories restrictives semblables.

Le droit d'auteur devrait continuer de réprimer les appropriations de documents protégés qui détruisent le marché. On peut et on doit y recourir pour empêcher les utilisations de documents protégés dans des environnements numériques interconnectés qui diminuent sensiblement les encouragements nécessaires pour investir dans la création et la diffusion d'oeuvres artistiques et littéraires. Comme la Cour suprême des États-Unis l'a reconnu dans l'affaire *Sony Corp. v. Universal Studios, Inc.* :

*[TRADUCTION] [l]e but du droit d'auteur est de créer des encouragements à l'effort de création. Même la reproduction à des fins non commerciales peut faire en sorte que le titulaire d'un droit d'auteur n'obtient pas la juste rémunération que le Congrès lui destinait. Cependant, il n'est pas nécessaire d'interdire une utilisation qui n'a aucun effet démontrable sur le marché potentiel ou la valeur de l'oeuvre protégée pour préserver les facteurs qui incitent un auteur à créer. Interdire ces utilisations non commerciales empêcherait simplement l'accès aux idées sans procurer aucun avantage compensatoire<sup>18</sup>.*

Ces principes peuvent guider les décideurs dans l'élaboration d'une politique du droit d'auteur équilibrée et aider les tribunaux saisis de causes portant sur l'utilisation de documents protégés dans des réseaux numériques à rendre des décisions éclairées<sup>19</sup>.

La première section du présent document aborde plusieurs questions touchant le droit d'auteur qui se sont posées dans le contexte des babillards électroniques (ou «bbs»). On peut et on doit conclure à la contrefaçon lorsque les babillards électroniques sont utilisés à des fins qui diminuent les encouragements à investir dans l'effort de création. Il y a toutefois certaines utilisations de documents protégés qui sont faites par l'intermédiaire de babillards électroniques ou d'autres services en ligne qui devraient être considérées comme licites sur la base de l'utilisation équitable, de l'usage

équitable, du consentement implicite ou pour d'autres motifs. Ni les tribunaux ni les décideurs ne devraient réagir de manière excessive aux cas assez peu nombreux de contrefaçon dans des environnements numériques interconnectés en adoptant des règles qui feraient de presque toutes les utilisations de documents protégés dans des environnements numériques interconnectés des actes de contrefaçon.

La deuxième section du document montre comment les principes de préservation du marché examinés plus haut peuvent contribuer à l'élaboration d'une politique du droit d'auteur équilibrée dans le cadre de l'examen d'un certain nombre de questions nouvelles que soulèvent divers outils logiciels conçus pour dialoguer avec d'autres oeuvres protégées sous forme numérique. Là aussi des doctrines comme l'utilisation équitable, l'usage équitable et le consentement implicite peuvent être utiles pour établir une distinction entre les utilisations d'outils d'information électronique qui devraient être régies par le droit d'auteur et celles qui ne devraient pas l'être. Ces doctrines peuvent aider le droit d'auteur à se développer pour faire face aux nouveaux enjeux technologiques.

La troisième section du document examine plusieurs questions touchant le droit d'auteur dont ne parle pas le rapport canadien sur le droit d'auteur et l'autoroute de l'information et qui influenceront considérablement sur la capacité des entreprises canadiennes d'être présentes sur l'autoroute de l'information partout dans le monde. Le rapport sur l'autoroute de l'information n'examine pas la question de savoir si la protection conférée par le droit d'auteur s'applique ou devrait s'appliquer aux interfaces de programmes d'ordinateur, ou si le droit d'auteur devrait interdire la reproduction intermédiaire du code d'un programme lorsque cet acte est nécessaire pour avoir accès à des informations d'interface. Afin d'encourager la création de nouvelles oeuvres non contrefaites pouvant dialoguer avec des logiciels existants, le droit d'auteur canadien ne devrait pas protéger les interfaces ni considérer la reproduction intermédiaire de programmes protégés sans laquelle l'accès à des informations d'interface est impossible comme un acte de contrefaçon. Cette section examine non seulement les préoccupations d'intérêt public que suscite la décompilation du code d'un programme, mais aussi les questions d'intérêt public plus générales que soulèvent les tentatives pour utiliser le droit d'auteur de manière à protéger le contenu des oeuvres protégées à titre de secrets industriels.

La dernière section du document explique pourquoi l'adoption de dispositions législatives *sui generis* visant à protéger plusieurs produits numériques pourrait tôt ou tard s'avérer nécessaire pour fournir les stimulants propres à encourager la production et la distribution commerciale de ces oeuvres. Cette section explique aussi pourquoi le droit d'auteur pourrait, à la longue, devoir se transformer davantage que ne l'envisagent actuellement les décideurs

canadiens ou américains pour relever les défis que posent les technologies numériques, et pourrait même devenir désuet. Pour l'instant, toutefois, il importe avant tout d'adapter le droit d'auteur pour qu'il relève ces défis en prenant soin de préserver les équilibres fondés sur l'intérêt public qui ont été réalisés depuis l'apparition du droit d'auteur il y a près de trois siècles.

## I. LE DROIT D'AUTEUR ET LES BABILLARDS ÉLECTRONIQUES

Pour nous convaincre que le droit d'auteur peut empêcher les utilisations abusives de documents protégés dans des environnements numériques interconnectés, il peut être utile de passer en revue quelques décisions récentes rendues par des tribunaux américains dans ce domaine. Les affaires traitées se rapportent à l'utilisation de babillards électroniques pour mettre des documents protégés à la disposition d'abonnés. Comme on le verra, les deux litiges qui concernaient des activités exercées au moyen de babillards électroniques commerciaux ont été réglés sans trop de difficulté en appliquant les principes traditionnels du droit d'auteur. Toutefois, les points de vue divergent sur les répercussions qu'auront ces décisions sur d'autres allégations éventuelles de contrefaçon visant les babillards électroniques. Dans la présente section, quelques-uns des principes examinés dans l'introduction seront utilisés pour proposer des façons de régler ces différends.

### A. Les affaires *Frena*, *MAPHIA* et *LaMacchia*

Dans l'affaire *Playboy Enterprises, Inc. v. Frena*<sup>20</sup>, l'exploitant d'un babillard électronique commercial a été reconnu coupable de contrefaçon relativement au rôle qu'il a joué en donnant aux utilisateurs du babillard électronique accès à des exemplaires numériques non autorisés de cent soixante-dix photographies parues dans le magazine *Playboy*<sup>21</sup>. Dans l'affaire *Sega Enterprises, Ltd. v. MAPHIA*<sup>22</sup>, l'exploitant d'un babillard électronique commercial qui savait que des jeux de Sega étaient téléchargés en amont et en aval par des abonnés de son babillard électronique et qui, dans les faits, encourageait activement ce téléchargement, s'est vu interdire l'exploitation ultérieure du babillard électronique dans ce but<sup>23</sup>. Étant donné que le babillard électronique de M. Frena empiétait manifestement sur le marché potentiel de *Playboy* pour ce qui est de donner accès à des images photographiques *Playboy* aux abonnés d'un babillard électronique commercial, et que MAPHIA fournissait aux abonnés des exemplaires de programmes de Sega en sachant

qu'elle évitait l'achat de ces exemplaires à ses abonnés, les conclusions de contrefaçon auxquelles sont arrivés les tribunaux dans ces affaires n'ont causé aucun étonnement<sup>24</sup>.

Dans une autre affaire américaine, des accusations de responsabilité criminelle ont été portées contre des exploitants de babillards électroniques dont les systèmes servaient à faciliter la perpétration d'actes de contrefaçon. Un étudiant du *Massachusetts Institute of Technology*, David LaMacchia, exploitait un babillard électronique au moyen d'un ordinateur du MIT dans lequel de nombreux logiciels commerciaux étaient téléchargés en amont et en aval par des abonnés du babillard électronique. M. LaMacchia a été accusé de fraude par câble au motif qu'il avait pris part à un stratagème visant à priver les titulaires des droits d'auteur protégeant les logiciels des [TRADUCTION] «sommes d'argent ou des biens» qui leur appartenaient à juste titre, et que des «câbles» de juridiction fédérale (c.-à-d. des lignes téléphoniques) avaient été utilisés pour réaliser le stratagème<sup>25</sup>. Aucune accusation de contrefaçon criminelle n'a été portée contre M. LaMacchia parce qu'il n'avait pas confectionné de copies illicites lui-même et que les copies faites par les utilisateurs du babillard électronique ne lui avaient rien rapporté<sup>26</sup>.

Les avocats de M. LaMacchia sont parvenus à faire rejeter l'accusation de fraude par câble en plaidant qu'il ne fallait pas étendre l'application des lois criminelles existantes à des activités qui relèvent avant tout du droit d'auteur et à l'égard desquelles le Congrès n'a pas encore décidé d'imposer une responsabilité criminelle<sup>27</sup>. Le gouvernement américain a décidé de ne pas interjeter appel de la décision rendue dans cette affaire<sup>28</sup>. Il y a toutefois des chances pour qu'il présente un projet de loi visant à étendre la responsabilité criminelle en matière de droit d'auteur aux exploitants «Robin des Bois» comme M. LaMacchia.

En dépit de la conduite répréhensible de MM. LaMacchia et Frena et de MAPHIA, il est important de se rendre compte que, en ce qui concerne les documents disponibles dans des environnements numériques interconnectés, les babillards électroniques pirates comme ceux dont il vient d'être question sont en réalité des phénomènes assez rares. Il est important de ne pas réagir de façon exagérée aux problèmes que présentent ces trois causes.

## **B. Les répercussions des affaires *Frena* et *MAPHIA* sur la responsabilité des prestataires de services en ligne**

Si simples que puissent paraître les décisions rendues dans les affaires *Frena* et *MAPHIA*, une polémique s'est engagée au sujet de leurs répercussions aux États-Unis. Selon certains, ces décisions devraient être comprises comme des

décisions qui établissent la responsabilité des prestataires de services en ligne relativement à toutes les contrefaçons qui peuvent être commises au moyen de leurs systèmes parce que ces contrefaçons leur rapportent de l'argent et qu'ils pourraient et devraient être plus vigilants à ce chapitre. Les tenants de ce point de vue font remarquer que la contrefaçon est une infraction de responsabilité stricte; il n'est pas nécessaire d'avoir l'intention de porter atteinte au droit d'auteur pour être un contrefacteur<sup>29</sup>. D'autres prétendent que les décisions Frena et MAPHIA ne doivent pas ou ne devraient pas être comprises comme des décisions qui permettent de tenir tous les exploitants de babillards électroniques ou autres prestataires de services en ligne pour responsables des actes de contrefaçon. À leur avis, la question de la responsabilité en matière de droit d'auteur de ces personnes physiques et morales devrait se poser seulement si, comme M. Frena et MAPHIA, les exploitants ou les prestataires de services en ligne sont au courant de l'utilisation du système dans un but de contrefaçon et en tirent des avantages pécuniaires<sup>30</sup>.

Un tribunal américain est actuellement saisi d'une cause dans laquelle des éditeurs de musique réclament des dommages-intérêts pour contrefaçon au prestataire CompuServe dont des clients ont effectué des reproductions non autorisées de compositions musicales dans le cadre de l'utilisation de ses services en ligne<sup>31</sup>. On ne prétend pas dans cette affaire que CompuServe était au courant de la contrefaçon présumée. Certains diront qu'il s'agit d'un cas patent d'absence de contrefaçon<sup>32</sup>, mais les éditeurs d'oeuvres protégées testent à juste titre les limites du droit actuel. Il serait manifestement dans leur intérêt que les tribunaux ou les décideurs obligent tous les prestataires de services d'information en ligne à être, dans les faits, une «police du droit d'auteur».

Il ressort de récentes décisions américaines sur les responsabilités des organisateurs de conférences à l'égard des actes de contrefaçon commis par des exposants que la possibilité de surveiller les clients et l'étendue de cette surveillance peuvent être des facteurs importants dans les décisions concernant la responsabilité pour contrefaçon des prestataires de services en ligne<sup>33</sup>. Les prestataires de services en ligne qui n'exercent aucune surveillance sur les comptes-clients peuvent se soustraire à la responsabilité pour contrefaçon, comme ils se soustraient actuellement à la responsabilité pour diffamation<sup>34</sup>. Toutefois, on ne sait pas très bien si un prestataire de services en ligne qui surveille les comptes-clients pour détecter les propos obscènes ou les menaces devrait aussi avoir l'obligation de surveiller ces comptes pour détecter les actes de contrefaçon. Ce genre de filtrage n'est peut-être pas aussi réalisable que ne l'est la surveillance des propos obscènes et des menaces.

Dans son rapport préliminaire sur le droit d'auteur et l'autoroute de l'information, le Sous-comité canadien sur le droit d'auteur recommande que les prestataires de services en ligne soient tenus responsables des actes de contrefaçon commis par des clients ou des utilisateurs uniquement s'ils en ont eu connaissance, s'ils les ont sciemment rendus possibles ou s'ils en ont sciemment profité<sup>35</sup>. Cette recommandation équilibre les intérêts des titulaires de droits d'auteur et ceux du public mieux que ne le fait la recommandation fondée sur la responsabilité stricte adoptée dans le livre vert américain sur la propriété intellectuelle et l'infrastructure nationale d'information<sup>36</sup>.

### C. Les répercussions des affaires *Frena* et *MAPHIA* sur la responsabilité des utilisateurs

Les décisions rendues dans ces deux causes ont des répercussions incertaines sur les utilisateurs de babillards électroniques de même que sur les prestataires de services en ligne. Il est facile de comprendre pourquoi un exploitant serait tenu responsable de la violation d'un droit d'auteur lorsqu'il participe à la fabrication d'exemplaires contrefaits de documents ayant une valeur commerciale qui sont distribués sur le réseau, ou lorsqu'il encourage activement cette contrefaçon. Il est tout aussi évident que l'utilisateur qui procède délibérément au téléchargement sur le réseau ou sur son propre ordinateur d'un exemplaire d'un programme d'ordinateur qui fait l'objet d'une distribution commerciale devrait être tenu responsable de la reproduction non autorisée du programme. Par contre, il est un peu moins sûr que le téléchargement sur le réseau de documents protégés porte aussi atteinte, en soi et dans toutes les circonstances, au droit américain exclusif de distribuer des exemplaires de l'oeuvre ou au droit canadien de contrôler la communication de l'oeuvre au public. De plus, on ne sait pas très bien si le téléchargement sur le réseau de documents protégés constitue une représentation, exécution ou audition ou un affichage public de ceux-ci. La décision *Frena* contient des remarques qui donnent à penser que le téléchargement en amont ou en aval porte atteinte non seulement au droit de reproduction, mais aussi à plusieurs autres droits exclusifs<sup>37</sup>. Cette question devra faire l'objet d'une réflexion et d'une étude plus approfondies.

Il faudra se livrer à une réflexion encore plus approfondie sur la question de savoir si les utilisateurs qui se bornent à visualiser des documents protégés par l'entremise d'un babillard électronique ou d'un autre service en ligne devraient être tenus responsables de contrefaçon. Pour visualiser un document, protégé ou non, sur un babillard électronique, il faut le reproduire temporairement dans la mémoire de son ordinateur. Selon certains, ces reproductions temporaires ne sont pas assez «fixées» pour constituer des exemplaires contrefaits<sup>38</sup>; d'autres prétendent toutefois que la reproduction temporaire d'un document protégé dans le but de le visualiser sous forme

numérique est un acte de contrefaçon, à moins que le titulaire du droit d'auteur n'ait donné son autorisation<sup>39</sup>. Si de telles reproductions temporaires sont des actes de contrefaçon, alors l'acte de visualisation proprement dit devient un acte de contrefaçon. Les utilisateurs de documents protégés n'ont pas, dans le passé, été reconnu coupables de contrefaçon pour la seule raison qu'ils ont regardé un exemplaire contrefait ou une représentation ou exécution non autorisée. Si une visualisation sans autorisation porte atteinte au droit d'auteur, il en va de même de l'utilisation non autorisée d'une oeuvre protégée, du moins lorsqu'elle est sous forme numérique. Bien qu'il soit légitime de discuter de la question de savoir si les titulaires de droits d'auteur devraient contrôler l'utilisation et la visualisation non autorisées de documents protégés, il convient de se rendre compte qu'on étend ainsi considérablement la portée du droit d'auteur, et de se demander si cette extension est nécessaire ou souhaitable<sup>40</sup>.

Quelques exemples peuvent illustrer pourquoi il pourrait être embêtant d'attribuer une éventuelle responsabilité aux utilisateurs qui visualisent des oeuvres protégées sur un babillard électronique. Si une abonnée d'un service en ligne appelée Joan envoie à une autre abonnée du service appelée Doris une copie du dernier numéro de l'un des journaux électroniques auxquels elle est abonnée parce que ce numéro contient un article sur les forêts tropicales amazoniennes qui intéressera Doris, est-ce que Doris devient une contrefactrice en regardant ce journal lorsqu'il arrive dans sa boîte aux lettres? Est-ce que la responsabilité pour contrefaçon de Doris dépend de la question de savoir si Joan a supprimé sa copie du système après l'avoir lue? Comment Doris pouvait-elle savoir si Joan avait supprimé sa copie lorsqu'elle a jeté un coup d'oeil à son courrier et trouvé ce journal?

Supposons que Joan confectionne plutôt une copie numérique d'une partie de l'article sur les forêts tropicales amazoniennes qui a paru dans le journal en question et l'envoie avec un commentaire à un groupe de news du service en ligne. Est-ce que tous les lecteurs du groupe de news deviennent des contrefacteurs en lisant le message de Joan s'il s'avère que Joan a fait un emprunt un peu trop important à l'article? La responsabilité du lecteur devrait-elle dépendre de la question de savoir s'il savait qu'il s'agissait d'un document contrefait, ou la société devrait-elle conserver la règle voulant que le droit d'auteur soit un régime de responsabilité stricte, si bien qu'une reproduction non autorisée constitue une contrefaçon sans égard à la connaissance?

Il ne suffit pas de répondre à ces questions en disant qu'il y a peu de chances pour que le titulaire d'un droit d'auteur poursuive en justice des lecteurs «de bonne foi». Il s'agit de savoir qu'est-ce que le droit devrait prévoir. En considérant que toute visualisation non autorisée d'oeuvres sous forme numérique est une contrefaçon, la société donne aux titulaires de droits

d'auteur le pouvoir de prendre des mesures contre ceux qui n'ont rien payé pour jeter un «coup d'oeil» à des documents protégés. Il devrait incomber aux partisans d'une telle règle de convaincre les consommateurs qu'elle serait dans l'intérêt public et qu'elle est nécessaire pour protéger les intérêts légitimes des auteurs. Le règlement de cette importante question de principe ne devrait pas reposer sur le fait secondaire que quiconque veut utiliser une oeuvre sous forme numérique doit la copier dans la mémoire de son ordinateur.

Dans son rapport préliminaire sur le droit d'auteur et l'autoroute de l'information, le sous-comité canadien sur le droit d'auteur indique que certaines visualisations non autorisées d'oeuvres protégées pourraient constituer une utilisation équitable<sup>41</sup>. Cette remarque est un début prometteur. Le sous-comité manifeste cependant une certaine réticence à fournir des lignes directrices ou des exemples de circonstances dans lesquelles ces visualisations pourraient être équitables<sup>42</sup>, ce qui rend moins précis qu'on ne le souhaiterait un régime visant à réglementer une conduite que les membres du public sont susceptibles d'adopter assez fréquemment.

Un exemple patent de survol de documents protégés que des motifs comme l'utilisation équitable ou le consentement implicite peuvent facilement justifier est le survol des pages domestiques et du contenu connexe présentés par ceux qui établissent des sites sur le *World Wide Web*. Le but de la présentation de documents sur le *Web* est précisément de permettre à d'autres personnes d'y jeter un coup d'oeil. Le survol du *Web* ne peut certainement pas constituer une contrefaçon, même s'il faut télécharger des copies temporaires du contenu présenté sur un site du *Web* dans la mémoire d'un ordinateur pour visualiser le document.

#### **D. Autres restrictions apportées à la conduite des utilisateurs**

Il est bon que les décideurs sachent que le droit n'est pas le seul - en fait, ce n'est peut-être pas le principal - moyen de régir la conduite des utilisateurs dans des environnements numériques interconnectés. Ceux qui naviguent dans le réseau Internet ont établi des normes collectives («netiquette») qui ont un effet très contraignant sur la conduite des utilisateurs dans le cyberspace. Ainsi, il est convenable, du point de vue de la «netiquette» et du droit d'auteur, de citer des parties du texte de quelqu'un d'autre pour répondre aux commentaires de cette personne au moyen d'un babillard électronique ou d'une liste de messagerie. Par contre, il est inconvenant d'envoyer le message de quelqu'un d'autre sur un autre babillard sans sa permission, et ceux qui dérogent à ces règles non écrites risquent d'être châtiés («flambés»). Il est également inconvenant d'envoyer le message de quelqu'un d'autre et

d'ajouter simplement «Je suis d'accord». Cette conduite entraîne un gaspillage des ressources du réseau et fait perdre un temps précieux aux autres utilisateurs.

Il est également permis de faire des emprunts à des messages transmis au moyen d'un babillard électronique ou d'une liste de messagerie à des fins d'étude privée ou de recherche lorsqu'il s'agit d'un sujet qui suscite l'intérêt. Ces procédés seraient généralement considérés comme des utilisations équitables ou des usages équitables en vertu du droit d'auteur également. Une autre pratique répandue sur le réseau consiste à mettre à la disposition des utilisateurs des documents qu'ils pourront télécharger dans leur ordinateur, comme lorsque quelqu'un établit un site FTP («*File Transfer Protocol*») anonyme sur un ordinateur relié au réseau et un index des documents disponibles. En établissant un site FTP anonyme, la personne qui envoie les documents consent implicitement à toute reproduction ou visualisation dont ces documents pourraient faire l'objet sur ce site par les utilisateurs qui l'exploreront. Ce consentement devrait protéger les utilisateurs contre des allégations de contrefaçon par suite du téléchargement en aval, du moins dans la mesure où l'envoi initial des documents n'était pas illicite.

De nombreux prestataires de services en ligne proscrivent aussi certaines conduites, comme la contrefaçon, qu'ils qualifient d'inacceptables. Les exploitants de ces services interviennent régulièrement pour faire respecter les règles à ce chapitre. Au besoin, ils expulsent des abonnés pour inconduite. Pour beaucoup d'utilisateurs qui naviguent dans des environnements numériques interconnectés, la menace d'expulsion d'un service en ligne peut avoir un effet de dissuasion beaucoup plus puissant sur les conduites répréhensibles que la menace rattachée à la contrefaçon. Par ailleurs, des associations professionnelles renseignent les gens sur leurs responsabilités juridiques dans des environnements numériques interconnectés<sup>43</sup>.

## II. LES OUTILS D'INFORMATION ÉLECTRONIQUE

On trouve actuellement sur le marché un nombre impressionnant d'outils d'information électronique qui permettent aux utilisateurs d'expérimenter et d'exploiter la nature plastique des oeuvres sous forme numérique<sup>44</sup>. Par «plastique», j'entends la facilité avec laquelle ces oeuvres peuvent être transformées, manipulées ou incorporées dans d'autres oeuvres<sup>45</sup>. Même si beaucoup d'auteurs aimeraient mieux que leurs oeuvres demeurent aussi fixées qu'elles l'ont été dans le passé sous forme de texte imprimé, on ne peut

pas réintroduire le génie de la plasticité dans sa bouteille<sup>46</sup>. Comme on le verra dans les exemples qui suivent, le caractère manipulable des données numériques est l'un des grands avantages du support numérique.

Il ne fait aucun doute qu'il y aura de nombreuses manipulations numériques d'oeuvres protégées qui ne pourront être justifiées par l'usage équitable, l'utilisation équitable ou des principes semblables parce qu'il deviendra trop difficile pour les titulaires de droits d'auteur d'obtenir une juste rémunération en contrepartie des appropriations commerciales de leurs oeuvres<sup>47</sup>. Si ces appropriations ne sont pas empêchées, le marché pourrait s'effondrer parce que les titulaires de droits d'auteur seront incapables de recouvrer les coûts de production et de distribution d'oeuvres de l'esprit. C'est précisément cet effondrement que le régime de droit d'auteur vise à empêcher<sup>48</sup>.

Par contre, il y aura tout aussi certainement des utilisations de ces outils qui pourront être justifiées par l'usage équitable, l'utilisation équitable ou des principes semblables. Des pays comme le Canada et les États-Unis, dont les lois sur le droit d'auteur contiennent des dispositions sur l'utilisation équitable ou l'usage équitable, pourraient parvenir plus facilement que des pays où ces principes n'existent pas à s'adapter aux défis que posent les outils d'information électronique pour ce qui est de réglementer les utilisations qui peuvent être faites de documents protégés. Il sera souvent dans l'intérêt public de commercialiser ces outils et de permettre leur utilisation par des moyens qui ne diminueront pas les encouragements à la création. Voici quelques exemples à cet égard.

#### **A. Le droit d'auteur et les outils d'information électronique : les causes Game Genie**

Tant au Canada qu'aux États-Unis, des tribunaux ont été appelés à trancher une cause de contrefaçon concernant la distribution d'un outil d'information électronique qui permet aux utilisateurs d'exploiter la nature plastique d'oeuvres sous forme numérique<sup>49</sup>. La société Nintendo a en effet intenté une poursuite contre les distributeurs canadiens et américains d'un programme d'ordinateur appelé Game Genie. Fixé à des cartouches introduites dans un appareil Nintendo («Nintendo Entertainment System»), le Game Genie pouvait être programmé de manière à apporter certains changements aux caractéristiques des jeux Nintendo, par exemple augmenter le nombre de vies d'un personnage quelconque d'un jeu vidéo<sup>50</sup>. Ce programme effectuait ces changements en interceptant certains signaux émis par le programme de Nintendo et en les remplaçant par d'autres signaux<sup>51</sup>. La thèse principale de Nintendo était que le distributeur du Game Genie fournissait ce produit aux consommateurs en sachant que ceux-ci s'en serviraient pour modifier les séquences audiovisuelles des jeux Nintendo, ce qui portait atteinte aux droits d'auteur de Nintendo<sup>52</sup>.

Saisis d'un litige dont les faits étaient identiques, les tribunaux des deux pays en sont venus à la même conclusion, soit l'absence de contrefaçon, mais en s'appuyant sur des motifs différents. Le tribunal américain s'est surtout fondé sur la doctrine de l'usage équitable<sup>53</sup>. Le tribunal canadien a insisté sur le fait que la vente du Game Genie n'avait pas causé de préjudice au marché de Nintendo<sup>54</sup>. On ne devrait toutefois pas accorder trop d'importance aux différences entre ces deux décisions parce que l'absence de préjudice causé au marché de Nintendo est aussi un facteur important dont a tenu compte le tribunal américain dans sa décision fondée sur l'usage équitable<sup>55</sup>. Comme les explications données par le tribunal américain au sujet de l'absence de contrefaçon sont un peu plus complètes que celles du tribunal canadien, il pourrait être utile d'examiner l'analyse faite dans la décision américaine. Dans la foulée de la signature de l'Accord de libre-échange nord-américain, on peut aussi penser que les décisions des tribunaux américains et canadiens sur les questions relatives à l'usage équitable et à l'utilisation équitable deviendront plus convergentes qu'elles ne l'ont été jusqu'à maintenant<sup>56</sup>.

Dans la cause entendue aux États-Unis, Lewis Galoob Toys a invoqué avec succès le moyen de défense fondé sur l'usage équitable après que Nintendo eut prétendu que le programme Game Genie contribuait à la création d'une oeuvre dérivée non autorisée. Le tribunal n'a tenu aucun compte du but commercial évident de la commercialisation de ce produit par Galoob<sup>57</sup>. Selon lui, il convenait plutôt de s'attacher aux fins des activités des prétendus contrefacteurs sous-jacents, c'est-à-dire les enfants qui utilisaient le Game Genie pour modifier les caractéristiques des jeux Nintendo chez eux. S'appuyant sur la décision rendue par la Cour suprême des États-Unis dans l'affaire *Sony Betamax*, le tribunal a statué qu'il fallait retenir la thèse de l'usage équitable étant donné que les consommateurs utilisaient le produit qui contribuait prétendument à la contrefaçon à des fins privées et non commerciales<sup>58</sup>.

Le tribunal a rejeté l'argument de Nintendo selon lequel le caractère inédit de ses oeuvres rendait l'usage déloyal<sup>59</sup>. Il a toutefois convenu avec Nintendo que la portée de la doctrine de l'usage équitable était généralement restreinte dans des causes concernant des divertissements comme celle dont il était saisi, mais cette remarque n'a pas été décisive<sup>60</sup>. Par ailleurs, le tribunal a conclu que les modifications apportées aux jeux Nintendo du fait de l'utilisation du Game Genie étaient beaucoup moins importantes que la reproduction litigieuse dans l'affaire *Sony*<sup>61</sup>. Cette conclusion était également favorable à la défense d'usage équitable de Galoob<sup>62</sup>.

Nintendo a fait valoir deux grands moyens concernant le préjudice que la vente du Game Genie avait causé à son marché. Premièrement, le Game Genie entravait le système de contrôle de la qualité des jeux que Nintendo

affirmait avoir établi afin d'empêcher l'effondrement du marché des jeux vidéo<sup>63</sup>. Deuxièmement, le Game Genie nuisait aux chances de Nintendo de commercialiser des jeux modifiés.

Ces deux arguments n'ont pas convaincu le tribunal, qui a fait remarquer que Nintendo ne projetait pas de commercialiser des versions de ses jeux qui contiendraient des modifications semblables à celles créées par le Game Genie<sup>64</sup>. Le tribunal a comparé les modifications apportées par le Game Genie à la situation dans laquelle des enfants décident de changer les règles du jeu lorsqu'ils utilisent un jeu de société protégé par le droit d'auteur, ce qui, comme l'a reconnu Nintendo, ne porterait atteinte à aucun droit d'auteur<sup>65</sup>. La District Court a déclaré que [TRADUCTION] «[e]n raison de la technologie utilisée, les propriétaires de jeux vidéo sont moins à même d'expérimenter ou de modifier la méthode de jeu s'ils ne possèdent pas un accessoire électronique comme le Game Genie»<sup>66</sup>. Le tribunal a reconnu que les enfants pouvaient utiliser le Game Genie seulement s'ils avaient déjà acheté des jeux Nintendo, ce qui voulait dire que le Game Genie ne nuisait pas aux ventes des programmes de Nintendo<sup>67</sup>. [TRADUCTION] «Ayant versé une juste rémunération à Nintendo, le consommateur peut expérimenter le produit et créer de nouvelles façons de jouer, pour son propre plaisir, sans créer une oeuvre dérivée<sup>68</sup>.» Cette analyse est compatible avec la décision rendue par le tribunal canadien dans l'affaire *Camerica*<sup>69</sup>.

## **B. Les bibliothèques d'images et les outils d'interprétation des données**

Parmi les autres outils d'information électronique qui ne posent pas de problèmes sérieux au chapitre du droit d'auteur, il y a les bibliothèques d'images à découper («clip art») et les bibliothèques de sons («clip sound») qui sont très répandues sur le marché à l'heure actuelle<sup>70</sup>. Les créateurs de bibliothèques protégées par le droit d'auteur savent que les consommateurs comptent utiliser ces programmes pour copier des images ou des sons qu'ils vont réutiliser pour créer de nouvelles oeuvres. Du reste, ces programmes ont justement été conçus pour répondre à la demande des consommateurs à ce chapitre.

Au Canada, les consommateurs qui utilisent ordinairement ces programmes pour les fins auxquelles ils ont été conçus pourraient certainement invoquer la doctrine du consentement implicite pour se protéger contre la responsabilité pour contrefaçon<sup>71</sup>. Aux États-Unis, où il n'existe pas de doctrine du consentement implicite proprement dite, l'utilisation d'un nombre raisonnable d'images ou de sons par un consommateur pour son usage personnel serait certainement considérée comme un usage équitable si jamais cette question était contestée devant les tribunaux<sup>72</sup>. Le droit d'auteur sur les

programmes de clip art protégerait le créateur d'une collection de clip art contre l'appropriation de la collection d'images et sa réutilisation dans un programme de clip art concurrent<sup>73</sup>.

S'agissant des outils d'information électronique, il y a une catégorie d'utilisations à l'égard desquelles on pourrait invoquer avec succès la défense d'utilisation équitable au Canada et la défense d'usage équitable aux États-Unis : il s'agit des utilisations qui facilitent l'interprétation de données contenues dans des oeuvres protégées sous forme numérique. On a fait la démonstration d'une utilisation semblable à une conférence sur l'interaction entre l'homme et l'ordinateur il y a quelques années. À l'une des séances de la conférence, on a présenté un outil logiciel qui traitait des signaux numériques représentant des documents visuels de manière à produire des sons qui faciliteraient l'interprétation de ces documents<sup>74</sup>.

Lors d'une démonstration, on a présenté une image numérique d'un tissu qui avait été prélevé pour déceler la présence (ou, avec un peu de chance, confirmer l'absence) de cellules cancéreuses. Pour interpréter cette image avec l'aide de l'outil logiciel, il suffisait de déplacer le curseur sur différentes parties du prélèvement; l'outil traitait alors les données visuelles comme des sons. Non seulement le tissu musculaire ne ressemblait pas au tissu nerveux, mais il produisait aussi un «son» différent. Comme il était difficile de déceler des cellules cancéreuses à partir de repères visuels seulement, cette deuxième source d'information (c.-à-d. les sons) était utile pour aider à distinguer les «cellules saines» des «cellules malades».

Une autre démonstration de cet outil a consisté à interpréter l'image numérisée d'un graphique. Le graphique présentait la répartition des hommes et des femmes dans le domaine des sciences en fonction de leur échelon professionnel et de leur traitement. En attribuant un son grave aux symboles visuels représentant les hommes et un son aigu aux symboles visuels représentant les femmes, puis en déplaçant le curseur sur les différentes parties de l'image numérisée du graphique, on pouvait «entendre» (de même que voir) que fort peu de femmes occupaient des postes de commande ou recevaient des traitements élevés dans ce domaine.

Peut-être que personne ne songerait à revendiquer un droit d'auteur sur l'image numérisée d'un prélèvement de tissu, mais quelqu'un pourrait bien revendiquer un droit d'auteur sur le graphique. À mon avis, l'utilisation de cet outil pour interpréter le graphique ne porterait pas atteinte au droit d'auteur protégeant le graphique même s'il fallait accessoirement confectionner des copies du diagramme pour l'interpréter. Selon la disposition sur l'utilisation équitable de la loi canadienne, il faudrait que cette utilisation soit faite à des fins d'étude privée ou de recherche et qu'elle ne soit pas préjudiciable au marché du graphique. Selon la décision américaine *Galoob*,

l'utilisation de l'outil d'interprétation serait probablement considérée comme un usage équitable. En effet, il s'agirait d'une utilisation à des fins de recherche privée, la nature de l'oeuvre serait factuelle, ce qui milite habituellement en faveur d'un usage équitable, et l'utilisation risquerait peu, sinon pas du tout, d'être préjudiciable au marché de l'oeuvre<sup>75</sup>.

L'outil dont il vient d'être question est l'un des nombreux outils d'information électronique qui exploitent la nature plastique des oeuvres sous forme numérique<sup>76</sup>. Comme les signaux électroniques constituant une oeuvre sous forme numérique ne savent pas, avant d'être interprétés par l'ordinateur et le logiciel qui les traitent, si l'oeuvre qu'ils renferment est une chanson, une illustration, un texte, un programme ou un film, les oeuvres sous forme numérique peuvent, en réalité, appartenir à plus d'une catégorie<sup>77</sup>. Par conséquent, le graphique susmentionné, qui semblait d'abord être une oeuvre graphique, est aussi «devenu» une oeuvre musicale après avoir été traité au moyen de l'outil logiciel<sup>78</sup>.

Parmi les autres outils logiciels qui sont actuellement disponibles pour faciliter l'interprétation de données, il y a ceux qui permettent aux utilisateurs de «visualiser» des données scientifiques<sup>79</sup>. Les données scientifiques sont habituellement recueillies et représentées sous forme de texte, souvent comme une série de nombres correspondant aux différents types de données recueillies. L'une des tâches les plus difficiles du travail scientifique serait la conceptualisation d'une représentation des données qui les rende plus compréhensibles. Les outils de visualisation scientifique permettent aux chercheurs d'attribuer certaines formes ou couleurs à certaines classes de données. Les données sont ensuite traitées au moyen de l'outil pour produire des représentations visuelles dotées des caractéristiques attribuées. Souvent, ces outils sont utilisés par la personne qui a recueilli les données et qui peut revendiquer un droit d'auteur sur la compilation de données scientifiques à cause du discernement qu'elle a exercé dans la sélection ou la disposition des données dans la compilation. Évidemment, dans un cas pareil, l'utilisation d'outils de visualisation scientifique ne devrait pas soulever de difficultés au chapitre du droit d'auteur.

Ces outils peuvent cependant être utilisés par quelqu'un d'autre que la personne qui a recueilli les données. Ils pourraient, par exemple, être utilisés pour créer une nouvelle visualisation de l'ensemble de données qui pourrait mettre en question l'interprétation du scientifique qui a recueilli les données. Comme dans l'exemple précédent, la personne qui utiliserait un outil logiciel semblable pour faire une visualisation scientifique des données afin de faciliter l'interprétation d'un ensemble de données ferait, selon moi, une utilisation licite de la compilation de données<sup>80</sup>. Les principes d'utilisation équitable ou d'usage équitable pourraient aussi être invoqués, au besoin, pour justifier la publication d'un article présentant la nouvelle visualisation

des données<sup>81</sup>, même si la personne qui a recueilli les données ou l'éditeur de la compilation ou d'un article contenant une visualisation différente s'y opposerait<sup>82</sup>. Au Canada, toutefois, il pourrait être nécessaire de faire mention de la source des données<sup>83</sup>.

### C. Les outils de restructuration, de filtrage et de métamorphose

On trouve actuellement sur le marché plusieurs outils d'information électronique qui permettent aux utilisateurs de restructurer des documents électroniques afin qu'ils puissent être lus sur un ordinateur ou par un logiciel qui n'est pas celui qui a servi à leur création, de faire passer ces documents d'une structure exclusive à une autre (ou d'une structure exclusive à une structure ouverte), ou de «marquer» des éléments de documents existants afin que le contenu de ces documents puisse être extrait de la base de données d'un utilisateur en fonction des caractéristiques marquées (p. ex., titres de sections, renvois à des notes en bas de page ou listes d'articles)<sup>84</sup>. En supposant que les utilisateurs de ces documents en ont la possession légale, même lorsqu'ils ne sont pas l'auteur de tous ces documents, la question consiste à savoir si le traitement de ces documents au moyen d'un tel outil porterait atteinte au droit d'auteur<sup>85</sup>. Les décisions rendues dans les affaires *Nintendo* appuient le point de vue selon lequel ni les créateurs des outils de conversion ou de marquage, ni ceux qui se servent de ces outils pour utiliser les documents à des fins légitimes ne devraient avoir d'ennuis au chapitre du droit d'auteur<sup>86</sup>.

Une autre catégorie d'outils d'information électronique qui devrait avoir un avenir commercial prometteur est celle des outils qui permettent aux utilisateurs de «filtrer» les informations qui les intéressent (ou ne les intéressent pas)<sup>87</sup>. Ces outils pourraient, par exemple, être utilisés pour produire une version personnalisée d'un journal électronique qui supprimerait les nouvelles sportives des exemplaires lus par ceux que le sujet n'intéresse pas<sup>88</sup>. Ou encore des utilisateurs pourraient «indiquer» à un logiciel de filtrage l'ordre dans lequel ils souhaitent lire les articles qui les intéressent dans le produit ou le service d'information numérique qui constitue le journal pris dans son ensemble. La question qui se pose, cependant, est celle de savoir si l'utilisation de ces outils de filtrage devrait être régie par le droit d'auteur dans le cas où le titulaire du droit d'auteur sur le journal refuse que les consommateurs s'en servent, ou consent uniquement à ce que les consommateurs utilisent les outils de filtrage que ses porteurs de licence ou lui-même fournissent<sup>89</sup>.

Un consommateur qui se servirait d'un outil de filtrage pour adapter un produit ou un service d'information électronique à ses besoins particuliers ne porterait probablement pas atteinte au droit d'auteur sur le journal dans la mesure où il payerait le prix demandé pour obtenir l'exemplaire du journal

électronique qui fait l'objet du filtrage, conformément aux principes énoncés dans les affaires *Camerica* et *Galoob*<sup>90</sup>. Cela enlèverait du poids à l'argument selon lequel un préjudice démontrable serait causé au marché de l'oeuvre protégée qui est filtrée. En ce qui a trait au préjudice qui serait causé au marché du propre logiciel de filtrage de l'éditeur, cela reviendrait en quelque sorte à prétendre que la vente du Game Genie était déloyale parce qu'elle nuisait aux chances de Nintendo de vendre un produit semblable au Game Genie. C'est un marché potentiel que les tribunaux du Canada et des États-Unis n'ont pas semblé vouloir réserver exclusivement à Nintendo. Du point de vue du droit d'auteur, le débat devrait porter non pas sur l'incidence possible de l'outil sur la vente d'outils concurrents, mais sur le préjudice causé au marché de l'oeuvre protégée.

On trouve actuellement sur le marché un ensemble plus préoccupant d'outils d'information électronique, à savoir ceux qui permettent aux usagers de métamorphoser des images en leur donnant une autre forme<sup>91</sup>, de modifier la texture d'une image (en lui donnant une texture quadrillée plutôt qu'unie, ou en donnant à une photographie l'apparence d'une peinture de Van Gogh)<sup>92</sup>, d'enlever la tête d'une personne sur une photo et de la mettre à la place de celle d'une autre personne sur la même photo ou sur une photo différente<sup>93</sup>, ou de traiter des textes pour modifier le dialecte dans lequel ils sont rédigés<sup>94</sup>. À la différence du Game Genie, ces outils peuvent être utilisés pour apporter des changements suffisamment importants à des oeuvres existantes pour que cela porte atteinte au droit d'auteur.

Ces outils d'information électronique soulèvent la question de savoir si leur présence sur le marché devrait être interdite parce qu'ils pourraient donner lieu à des utilisations qui porteront atteinte au droit d'auteur et qu'ils seront probablement utilisés dans ce but. En se fondant sur une doctrine générale de la complicité de contrefaçon comme celle qui a été énoncée il y a une dizaine d'années dans l'affaire américaine *Sony*, on pourrait dire que la vente de ces outils numériques de manipulation devrait être interdite parce que leur créateur devait savoir que de nombreux consommateurs s'en serviraient pour porter atteinte au droit d'auteur<sup>95</sup>. Cependant, comme ces outils peuvent faire l'objet de nombreuses utilisations qui ne portent pas atteinte au droit d'auteur, la décision *Sony* semblerait protéger leurs créateurs, du moins aux États-Unis, contre d'éventuelles accusations de complicité de contrefaçon portées contre eux pour la seule raison que certaines personnes peuvent utiliser ces outils pour porter atteinte au droit d'auteur.

La question de savoir si les consommateurs qui se serviraient de ces outils pour métamorphoser des images sont des contrefacteurs est, bien entendu, une question distincte. Dans les décisions américaines *Sony* et *Galoob*, on a donné à entendre que des utilisations non commerciales privées seraient présumées licites en vertu de la doctrine de l'usage équitable. Tant que les

consommateurs se borneraient à utiliser les images métamorphosées à des fins non commerciales privées, les risques que le marché subisse un préjudice ne seraient pas assez grands pour renverser cette présomption. Même si les tribunaux canadiens n'invoquaient pas la doctrine de l'utilisation équitable pour arriver à la même conclusion, l'affaire *Camérica* donne à entendre que lorsque l'utilisation d'un outil d'information électronique par un consommateur ne cause aucun préjudice apparent aux intérêts commerciaux des titulaires de droits d'auteur, il n'y aurait pas de responsabilité pour contrefaçon<sup>96</sup>.

Une chose ressort clairement de cet examen des outils d'information électronique : le support numérique modifie sensiblement la balance du pouvoir entre les auteurs et les éditeurs, d'une part, et les consommateurs d'exemplaires d'oeuvres protégées, d'autre part. Les consommateurs ne sont plus les destinataires passifs d'un texte matériel qu'ils peuvent simplement lire ou regarder. Munis d'outils numériques, ils deviennent des utilisateurs en mesure de dialoguer activement avec des textes afin d'en multiplier les usages. Tant qu'ils verseront une juste rémunération aux titulaires de droits d'auteur en contrepartie de l'utilisation d'exemplaires d'oeuvres protégées et qu'ils ne se livreront pas à des activités de commercialisation pouvant causer au marché de ces oeuvres un préjudice semblable à celui que le droit d'auteur cherche depuis toujours à empêcher, les utilisateurs devraient avoir la possibilité de faire des utilisations raisonnables des outils d'information électronique pour accroître l'utilité des exemplaires d'oeuvres protégées qu'ils possèdent ou le plaisir rattaché à leur utilisation.

#### D. Les liens hypertextes

Lorsque des textes sont sous forme numérique, il devient possible pour les utilisateurs de ces textes de créer, au moyen d'un logiciel de système hypertexte<sup>97</sup>, des liens entre deux parties d'un même texte, entre deux documents, ou entre plusieurs documents ou parties de ces documents<sup>98</sup>. La série de liens établis par l'utilisateur de textes numériques peut constituer un document distinct dans un environnement numérique interconnecté (qui devient alors un système d'édition hypertexte). Le document de liaison consistera en une compilation de données indiquant les endroits où commencent et où se terminent les documents liés<sup>99</sup>.

Suivant la façon dont le système hypertexte est conçu, il est possible que quelqu'un d'autre que l'auteur des liens puisse suivre le chemin établi dans le document de liaison<sup>100</sup>. Lorsque le document de liaison est traité par le programme du système hypertexte, un utilisateur qui suit les liens établis par quelqu'un d'autre verra les parties des documents identifiées par l'auteur des liens<sup>101</sup>.

S'agissant des droits de propriété intellectuelle, les liens hypertextes soulèvent des questions fort similaires à celles qui étaient présentées dans l'affaire *Galoob*. L'auteur d'un document de liaison porte-t-il atteinte au droit d'auteur qui protège les oeuvres à l'égard desquelles des liens ont été créés en violation des droits exclusifs que le droit d'auteur américain accorde aux auteurs de préparer des oeuvres dérivées<sup>102</sup>? L'auteur d'un document de liaison effectue-t-il une reproduction non autorisée du texte lié en contravention avec les dispositions de la loi canadienne ou américaine sur le droit d'auteur? L'utilisateur des liens établis par quelqu'un d'autre porte-t-il atteinte à un droit quelconque conféré à l'auteur des liens<sup>103</sup>? Les auteurs de liens hypertextes souhaiteraient évidemment ne pas être la cible d'allégations de contrefaçon lorsqu'ils relient des parties de documents créés par d'autres auteurs, et malgré tout pouvoir exercer un contrôle au titre du droit d'auteur sur l'exploration de leurs liens par d'autres utilisateurs.

Comme dans le cas du produit Game Genie, le document de liaison ne contiendrait aucune expression provenant des textes des auteurs visés par les liens. Pour cette raison, un tribunal américain qui aurait à se prononcer sur la question de savoir si un auteur de liens a porté atteinte au droit de produire des oeuvres dérivées des auteurs des documents liés ne serait probablement pas convaincu qu'une oeuvre dérivée a été créée à cause de la justification donnée par la Ninth Circuit Court of Appeals dans l'affaire *Galoob*<sup>104</sup>. Comme dans l'affaire *Galoob*, le tribunal américain pourrait ensuite déterminer si, même à supposer qu'une oeuvre dérivée ait été créée, on a fait un usage équitable du droit d'auteur sur les documents sous-jacents. En effet, l'auteur des liens va souvent établir des liens entre des documents à des fins d'étude ou de recherche. De plus, les oeuvres liées ont souvent un caractère factuel, et il n'y a pas grand-chose dans les oeuvres préexistantes qui fait l'objet d'une appropriation<sup>105</sup>. Un facteur important dans une analyse fondée sur l'usage équitable serait probablement le fait que le préjudice causé au marché des oeuvres liées serait pratiquement inexistant étant donné que le document de liaison serait utilisable uniquement si l'utilisateur a accès aux documents sous-jacents; or l'utilisateur aurait probablement déjà payé pour obtenir cet accès<sup>106</sup>. D'après la décision canadienne *Cameras*, on pourrait parvenir au même résultat en invoquant l'absence de préjudice ou le consentement implicite.

Ces remarques ne fournissent toutefois pas de réponse à la question des répercussions que l'utilisation d'un document de liaison aurait sur le droit d'auteur. Face à la demande de rémunération d'un auteur de liens en contrepartie de l'utilisation des liens qu'il a établis, l'utilisateur des liens pourrait faire un parallèle entre son exploration des liens et le fait pour le lecteur d'un texte imprimé d'emprunter le chemin bibliographique créé dans

un article protégé, ce qui ne porterait évidemment pas atteinte au droit d'auteur car il n'y aurait pas d'acte de reproduction, mais simplement l'utilisation des connaissances contenues dans l'article.

L'utilisateur des liens pourrait soutenir qu'on devrait considérer l'utilisation comme équitable à cause de son caractère privé et non commercial; peut-être même qu'elle aurait été faite à des fins de recherche. Le document de liaison serait une compilation factuelle, auquel cas la protection est généralement moins étendue. Toutefois, il faut copier la totalité du document de liaison pour l'utiliser, ce qui causerait un préjudice réel au marché du document de liaison. S'il existe un marché pour les documents de liaison, il dépendra de la capacité de l'auteur des liens de faire payer aux utilisateurs la valeur du temps gagné et des efforts évités en suivant le chemin de quelqu'un d'autre au lieu de prendre la peine d'établir soi-même des liens à travers des textes numériques. Il pourrait être important d'accorder aux auteurs de liens une certaine protection à l'égard de la création de ces chemins afin d'encourager l'investissement dans ceux-ci. Au moins les doctrines de l'usage équitable et de l'utilisation équitable fournissent un cadre pour exprimer des jugements raisonnables sur la façon dont le droit d'auteur pourrait s'appliquer aux nouvelles questions que soulève l'utilisation des outils d'information électronique.

### **III. LES LIMITATIONS D'INTÉRÊT PUBLIC QUANT À LA PORTÉE DU DROIT D'AUTEUR : INTERFONCTIONNEMENT ET QUESTIONS CONNEXES**

#### **A. Les interfaces de programmes et la décompilation en vue d'accéder à des informations d'interface**

Le rapport préliminaire du Canada sur le droit d'auteur et l'autoroute de l'information ne dit rien au sujet d'une question qui a une importance capitale pour l'avenir de l'autoroute de l'information : les interfaces de programmes d'ordinateur, c'est-à-dire les règles précises de dialogue qui doivent être adoptées pour que des programmes puissent fonctionner avec d'autres programmes, sont-elles ou devraient-elles être protégées par le droit d'auteur?

Certains créateurs de logiciels ont tenté d'utiliser le droit d'auteur de deux façons pour protéger les interfaces de programmes. La façon plus directe a consisté à soutenir que l'interface d'un programme d'ordinateur fait partie de sa structure, de sa séquence et de son organisation («SSO») et que le droit d'auteur devrait les protéger comme il protège la structure, la séquence et

l'organisation des romans et des pièces de théâtre<sup>107</sup>. Une façon plus indirecte de protéger les interfaces de programmes a consisté à soutenir que la reproduction intermédiaire du code d'un programme qu'il faut faire pour avoir accès à l'information d'interface au cours de la décompilation ou du désassemblage du programme devrait être considérée comme une contrefaçon<sup>108</sup>.

Les tribunaux canadiens n'ont pas encore eu à se prononcer sur ces deux points. Les tribunaux américains l'ont fait et, dans trois décisions importantes rendues par des cours d'appel, on a permis à des créateurs subséquents d'utiliser l'information d'interface d'un autre programme pour assurer l'interfonctionnement de ce programme avec le leur, et de décompiler le programme d'une autre firme afin d'avoir accès à son information d'interface<sup>109</sup>. Dans un récent article, on a qualifié les interfaces de programmes [TRADUCTION] «d'équivalents informationnels de la denture, de l'engrenage, des leviers, des poulies et des courroies qui permettent à des machines physiques de fonctionner entre elles»<sup>110</sup>. De même que le droit d'auteur ne protégerait pas les interfaces qui permettent l'interfonctionnement de machines physiques, de même il ne devrait pas protéger les interfaces au moyen desquelles des machines logicielles s'échangent des informations entre elles<sup>111</sup>.

Dans certaines décisions canadiennes, on a donné à l'étendue de la protection que le droit d'auteur confère aux programmes une interprétation qui est compatible avec celle de décisions américaines dans lesquelles on a rejeté des revendications de protection relativement à des interfaces, encore que ces décisions canadiennes ne traitent pas directement de la question des interfaces<sup>112</sup>. Les décideurs canadiens dans le domaine du droit d'auteur devraient savoir que les décideurs européens ont adopté une directive sur la protection juridique des programmes d'ordinateur qui prévoit que les interfaces ne devraient pas être protégées par le droit d'auteur dans la mesure où elles établissent les exigences permettant d'assurer l'interfonctionnement, et que la reproduction intermédiaire qui doit être effectuée pour avoir accès à l'information nécessaire pour permettre l'interfonctionnement est également licite<sup>113</sup>. Le Sous-comité canadien sur le droit d'auteur voudra peut-être faire des recommandations sur la question des interfaces dans son rapport final sur le droit d'auteur et l'autoroute de l'information.

En raison des différences entre la doctrine canadienne de l'utilisation équitable et la doctrine américaine de l'usage équitable, on ne sait pas très bien si la défense d'utilisation équitable pourrait être invoquée avec succès dans une action en contrefaçon intentée au Canada relativement à la décompilation du code objet d'un programme d'ordinateur dans le but d'avoir accès à l'information nécessaire pour construire un programme capable de fonctionner avec un autre programme. Néanmoins, même si un tribunal

canadien décidait de ne pas se fonder sur la doctrine de l'utilisation équitable, il pourrait arriver au même résultat juridique en invoquant la limitation d'intérêt public plus générale quant à la portée du droit d'auteur que certaines décisions canadiennes semblent prêtes à reconnaître<sup>114</sup>. Une décision canadienne qui autoriserait la décompilation à des fins d'interfonctionnement pour des motifs fondés sur l'intérêt public rendrait le droit d'auteur canadien sur cette question compatible avec la directive européenne sur les logiciels, de même qu'avec la jurisprudence américaine.

Pour aider les décideurs canadiens à comprendre pourquoi il serait souhaitable, pour des considérations fondées sur l'intérêt public, de permettre la décompilation du code d'un programme d'ordinateur afin d'avoir accès à des éléments de ce programme, dont les interfaces, qui ne sont pas protégeables, il convient de s'attarder sur l'analyse faite par la Ninth Circuit Court of Appeals (la «Cour d'appel») dans la principale cause américaine sur cette question, soit *Sega Enterprises, Ltd. v. Accolade, Inc.*<sup>115</sup>.

Sega a intenté une action en contrefaçon contre Accolade après que celle-ci eut confectionné des copies de programmes de Sega alors qu'elle tentait de créer des jeux qui fonctionneraient dans les appareils Genesis de Sega<sup>116</sup>. Accolade a reconnu qu'elle avait «désassemblé» les programmes de Sega - le désassemblage nécessite un acte de reproduction - afin d'avoir accès à des informations sur la façon de construire des jeux qui seraient compatibles avec les appareils Genesis<sup>117</sup>. Il s'agissait d'informations que Sega mettait normalement à la disposition d'autres créateurs de jeux en vertu de contrats de licences restrictives qu'ils obtenaient en contrepartie du paiement d'une somme d'argent.

Sega n'a pas prétendu que les jeux d'Accolade contenaient l'expression de ses propres programmes<sup>118</sup>. Elle a plutôt fait valoir que la reproduction intermédiaire des programmes dans le but de découvrir la façon de construire un programme qui fonctionnerait dans les appareils Genesis constituait en soi un acte de contrefaçon<sup>119</sup>. Sega a cherché à faire cesser la distribution des jeux d'Accolade qui étaient compatibles avec ses cartouches au motif que ces jeux, en tant que produits d'un procédé de désassemblage illégal, étaient des oeuvres dérivées non autorisées, le fruit, en quelque sorte, de l'arbre empoisonné du désassemblage<sup>120</sup>. Accolade a fait valoir comme principal moyen de défense que cette reproduction intermédiaire du code des programmes de Sega était un usage équitable<sup>121</sup>.

Sega a soutenu qu'on devait présumer que la reproduction faite par Accolade était déloyale parce que le désassemblage de ses programmes avait été fait dans un but commercial<sup>122</sup>. La Cour d'appel a cependant considéré que le désassemblage des programmes de Sega auquel Accolade avait procédé visait principalement à étudier le contenu des programmes afin de comprendre

comment fabriquer des programmes qui seraient compatibles avec les appareils de Sega, mais qui seraient par ailleurs originaux et complètement différents. Selon la Cour d'appel, la création de nouveaux programmes licites par Accolade aidait à atteindre les principaux objectifs du régime du droit d'auteur, à savoir encourager [TRADUCTION] «l'essor de l'expression créatrice» et le lancement sur le marché de nouvelles oeuvres créées de façon indépendante<sup>123</sup>. Ces buts militaient en faveur d'une conclusion fondée sur l'usage équitable.

Sega a soutenu que le critère de la nature de l'oeuvre protégée militait contre l'usage équitable parce que son logiciel était une oeuvre inédite<sup>124</sup>, cherchant ainsi à invoquer la règle générale qui veut que la portée de la doctrine de l'usage équitable soit moins étendue lorsque l'oeuvre protégée est inédite<sup>125</sup>. La Ninth Circuit Court of Appeals a statué qu'en raison de la distribution grand public de ses programmes, Sega était dans l'impossibilité d'affirmer qu'il s'agissait d'une oeuvre inédite. La Cour d'appel a surtout insisté sur le caractère utilitaire des programmes d'ordinateur dans le cadre de son examen du critère de la nature de l'oeuvre<sup>126</sup>. Elle a fait remarquer que les programmes d'ordinateur contiennent de nombreux éléments fonctionnels qui ne sont pas susceptibles de protection par le droit d'auteur<sup>127</sup>. Certains de ces éléments non protégeables peuvent être discernés en exécutant le programme, d'autres non<sup>128</sup>. C'est la raison pour laquelle il est parfois nécessaire de procéder à la reproduction intermédiaire d'un programme pour avoir accès à des éléments non protégés, comme l'information nécessaire pour créer un programme compatible. Dans un cas pareil, on doit, selon la Cour d'appel, considérer la reproduction intermédiaire comme un usage équitable<sup>129</sup>. [TRADUCTION] «Si le désassemblage d'un code objet protégé par le droit d'auteur est en soi un usage déloyal, le titulaire du droit d'auteur obtient un monopole de fait sur les aspects fonctionnels de son oeuvre, aspects auxquels le Congrès a expressément refusé d'accorder une protection<sup>130</sup>. Selon la Cour d'appel, pour avoir un monopole légal sur l'idée ou le principe fonctionnel qui sous-tend une oeuvre, [TRADUCTION] «le créateur de l'oeuvre doit satisfaire aux normes plus sévères prévues dans les lois relatives aux brevets»<sup>131</sup>.

Bien qu'Accolade ait procédé à la reproduction intermédiaire de l'intégralité du programme de Sega, la Cour d'appel a estimé que cet acte n'était qu'une étape qui s'inscrivait dans le processus de création d'un programme non contrefait. La cour a invoqué la décision rendue par la Cour suprême dans l'affaire *Sony* au soutien de l'affirmation selon laquelle la reproduction de la totalité d'une oeuvre protégée n'empêche pas nécessairement de conclure que l'usage est équitable<sup>132</sup>. Étant donné que l'usage fait par Accolade de la copie intermédiaire était si limité, la cour a jugé que ce facteur avait [TRADUCTION] «très peu de poids»<sup>133</sup>.

Sega a soutenu que le préjudice causé à son marché était attribuable au fait que les jeux d'Accolade faisaient directement concurrence aux jeux produits par Sega et ses porteurs de licences<sup>134</sup>. La cour a cependant fait remarquer que des oeuvres non contrefaites sont souvent des produits concurrentiels sur le marché pour ce qui est de l'attrait exercé sur les consommateurs. Si les consommateurs aimaient mieux les jeux d'Accolade que ceux produits par Sega ou ses porteurs de licences, le marché de Sega risquait effectivement d'en souffrir. Mais aussi longtemps qu'Accolade produisait ses propres programmes créateurs et ne reproduisait pas l'expression des programmes de Sega, elle se livrait simplement au genre de concurrence que le droit d'auteur est censé encourager<sup>135</sup>. Par conséquent, le désassemblage des programmes de Sega effectué par Accolade n'a pas causé au marché de Sega un préjudice dont le droit d'auteur devrait se soucier.

En ce qui concerne la question de la première impression, la Ninth Circuit Court of Appeals dans l'affaire *Sega* s'est demandé si le fait de statuer que la décompilation ou le désassemblage du code objet d'un programme d'ordinateur porte atteinte au droit d'auteur appuierait les objectifs fondamentaux du droit d'auteur<sup>136</sup>. Même si le Canada et les États-Unis ont des conceptions assez différentes des objectifs du droit d'auteur - la jurisprudence américaine a tendance à considérer l'accès du public au savoir comme le principal objectif du droit d'auteur, tandis que la jurisprudence canadienne incline à penser que cet objectif est de promouvoir la création<sup>137</sup> -, la décompilation est une question à l'égard de laquelle il est sans doute possible de trouver un terrain d'entente. La jurisprudence américaine considère la décompilation effectuée dans le but de permettre l'interfonctionnement comme la règle qui favoriserait le plus la création d'autres programmes nouveaux, créateurs et non contrefaits.

Pour ne pas avoir à attendre que la question de la décompilation soit réglée par la voie judiciaire, le Sous-comité canadien sur le droit d'auteur pourrait vouloir faire une déclaration à ce sujet dans son rapport final. De toute façon, les décideurs canadiens doivent comprendre que les questions des interfaces et de la décompilation sont intimement liées. Une règle qui disposerait que le droit d'auteur ne peut protéger les interfaces parce que ce sont les éléments fonctionnels qui permettent l'interfonctionnement serait sérieusement affaiblie par une règle qui considérerait la décompilation comme un acte de contrefaçon. La décompilation est souvent le seul moyen dont disposent les créateurs de logiciels pour avoir accès à des informations d'interface.

L'interfonctionnement est important pour les créateurs canadiens de logiciels parce qu'ils vont souvent vouloir que leurs programmes puissent fonctionner avec des programmes qui obtiennent beaucoup de succès dans des

environnements numériques interconnectés. En fait, le succès de la construction de l'autoroute de l'information dépend dans une large mesure de l'interfonctionnement<sup>138</sup>.

### **B. Autres questions soulevées par la décompilation et le recours au droit d'auteur pour protéger des secrets**

Il y a plusieurs autres situations dans lesquelles des entreprises peuvent juger nécessaire de décompiler le code des programmes d'autres entreprises<sup>139</sup>, notamment pour supprimer une erreur dans un programme qui l'empêche d'accomplir correctement une tâche, pour adapter un programme à un environnement informatique différent (p. ex., pour lui permettre de travailler sur une nouvelle machine ou avec un programme obtenu ultérieurement) et pour analyser le contenu d'un programme lorsqu'on a des raisons de croire que le code décompilé porte atteinte à un droit d'auteur sur le programme du décompilateur. Dans les deux premiers cas, la décompilation serait conforme à l'esprit du privilège que la loi canadienne accorde aux utilisateurs légitimes de programmes d'ordinateur protégés<sup>140</sup>. Quant à la décompilation effectuée dans le but de détecter une contrefaçon, on pourrait la considérer comme une utilisation équitable parce qu'elle serait faite à des fins de recherche et n'aurait pas d'effet sur le marché, ou encore la juger acceptable pour des motifs fondés sur l'intérêt public ou tirés de l'*equity*<sup>141</sup>.

Les raisons du surcroît d'attention que reçoit la question de la décompilation sont doubles : premièrement, la décompilation est une question fort importante dans le contexte des technologies numériques et des défis qu'elles posent pour le droit d'auteur et, deuxièmement, l'examen minutieux des questions d'intérêt public que soulève la décompilation peut être l'occasion d'une réflexion sérieuse sur un problème plus général que posent les technologies numériques, soit la tentation qu'elles donnent aux décideurs de recourir au droit d'auteur pour protéger des secrets qui font l'objet d'une distribution grand public. Tantôt cela peut être opportun, tantôt non.

Dans le rapport préliminaire canadien sur le droit d'auteur et l'autoroute de l'information, on envisage de recourir au droit d'auteur pour faire en sorte que la protection technologique (p. ex., le chiffrement) des versions numériques de documents protégés par le droit d'auteur ne puisse être déjouée légalement<sup>142</sup>. Le livre vert américain sur la propriété intellectuelle et l'infrastructure nationale d'information contient des remarques semblables<sup>143</sup>. La recommandation canadienne est moins détaillée que la proposition américaine à cet égard<sup>144</sup>, mais aucun des deux rapports ne reconnaît le changement profond des objectifs du droit d'auteur et les répercussions que ces mesures entraîneraient. L'adoption de la proposition américaine transformerait le droit d'auteur en un mécanisme de protection des secrets industriels même pour les produits informatiques qui font l'objet d'une distri-

bution sur une grande échelle<sup>145</sup>. Étant donné l'ampleur des changements que subirait le droit d'auteur, il serait sage que les décideurs se montrent plus prudents sur cette question qu'ils ne l'ont été jusqu'à maintenant.

Cela ne veut pas dire qu'il n'y a pas de circonstances dans lesquelles on devrait imposer une responsabilité pour contrefaçon lorsque quelqu'un décrypte la version numérique chiffrée d'une oeuvre protégée. Les principes actuels du droit d'auteur, comme ceux qui sont énoncés dans l'affaire américaine *Sega v. Accolade*, peuvent aider à établir une distinction entre la décompilation légitime et la décompilation illégitime d'autres catégories d'oeuvres numériques à part les programmes d'ordinateur.

À titre d'exemple, il est fort peu probable que le consommateur éventuel d'un film chiffré qui a confectionné des copies intermédiaires de la version numérique du film afin d'avoir accès à une version non chiffrée sans payer le prix habituel puisse invoquer avec succès la défense d'usage équitable devant un tribunal américain. Le but de cette reproduction intermédiaire serait d'avoir accès à une version non chiffrée afin de l'utiliser comme le ferait un consommateur qui aurait payé le prix habituel. Il ne s'agit pas d'un but légitime<sup>146</sup>. La nature de l'oeuvre serait fort probablement un divertissement, auquel cas la portée de la doctrine de l'usage équitable est généralement limitée. La totalité de l'oeuvre aurait été reproduite et le marché aurait subi un préjudice parce que le consommateur aurait obtenu gratuitement (ou, du moins, seulement pour le prix du dispositif de décryptage) ce que le producteur vend sur le marché. Par ailleurs, la doctrine de la complicité de contrefaçon permettrait de prendre des mesures contre une entreprise qui vend un dispositif de décryptage (ou un mécanisme similaire) qui ne sert pratiquement qu'à commettre des actes de contrefaçon.

Néanmoins, aussi attrayante que puisse être l'interdiction complète de toutes les technologies ou de tous les services que les titulaires de droits d'auteur jugent menaçants, une telle mesure pourrait bien constituer une réponse exagérée à un problème qui, à bien y penser, pourrait requérir une solution plus pointue. Bien que le régime canadien n'attache pas autant d'importance que le régime américain à la diffusion du savoir en tant qu'objectif du droit d'auteur<sup>147</sup>, il accorde certains privilèges aux journalistes<sup>148</sup>. De plus, certains commentateurs et certaines décisions semblent indiquer que des arguments fondés sur la liberté d'expression pourraient être opposés à des allégations de contrefaçon dans une cause appropriée au Canada<sup>149</sup>. Il n'y a pas de raison de croire que le Canada serait moins réceptif à des arguments fondés sur les reportages de nouvelles ou la liberté d'expression si le document litigieux est sous forme numérique plutôt qu'imprimée.

Si les décideurs canadiens peuvent admettre que la situation suivante est légale du point de vue du droit d'auteur canadien, ils devraient y réfléchir à deux fois avant d'interdire les technologies numériques qui pourraient être utilisées pour déjouer les mécanismes technologiques de protection des oeuvres sous forme numérique :

Supposons qu'un journaliste entre légalement en possession d'un document qui semble être un message codé et que ce journaliste est fondé à croire que le document contient des renseignements sur des activités criminelles auxquelles un personnage public bien connu a pris part. Supposons aussi qu'après avoir fait passablement de recherches sur les techniques de chiffrement, le journaliste est en mesure de «percer» le code dans lequel le document a été écrit et s'aperçoit que son pressentiment ne l'avait pas trompé. Le journaliste rédige ensuite un article au sujet de l'information puisée dans ce document et de ses efforts de décryptage. Supposons que cet article est sur le point d'être publié dans le journal pour lequel il travaille. Si le personnage public apprend l'existence de cet article (en recevant, par exemple, un coup de fil du journaliste qui lui demande de confirmer certains détails) et s'adresse aux tribunaux pour en empêcher la publication au motif que la reproduction intermédiaire du message codé effectuée par le journaliste afin de transcrire le message dans un langage non chiffré est un acte de contrefaçon, que devrait faire le tribunal? Je soutiendrais que cette reproduction intermédiaire n'est pas un acte de contrefaçon en invoquant des principes comme l'usage équitable, l'utilisation équitable, les reportages de nouvelles, la liberté d'expression ou d'autres motifs fondés sur l'intérêt public. Il serait absurde que l'issue de cette cause dépende de la question de savoir si le document a initialement été mis à la disposition du journaliste sous forme numérique.

Tantôt la reproduction intermédiaire dans le but de décrypter le contenu d'une oeuvre protégée devrait être considérée comme un acte de contrefaçon, tantôt non. Les doctrines de l'utilisation équitable et de l'usage équitable peuvent aider les tribunaux à faire la distinction entre les circonstances dans lesquelles on devrait conclure à la responsabilité pour contrefaçon et celles dans lesquelles on ne devrait pas le faire.

#### IV. L'AVENIR DU DROIT D'AUTEUR

Dans le rapport canadien sur le droit d'auteur et l'autoroute de l'information, on ne voit pas la nécessité d'adopter des dispositions législatives *sui generis* pour réglementer l'information sous forme numérique<sup>150</sup>. On ajoute que le droit d'auteur requiert assez peu de changements pour parvenir à relever les défis posés par les technologies numériques et l'autoroute de l'information<sup>151</sup>.

Dans cette dernière section, il sera question de trois catégories d'oeuvres à l'égard desquelles on pourrait devoir légiférer dans un proche avenir afin de réglementer le commerce de leurs produits d'information respectifs. Il sera aussi question de certaines des raisons pour lesquelles le droit d'auteur pourrait, avec le temps, nécessiter une révision plus considérable que celle que recommande actuellement le sous-comité dans son rapport. Il y a des raisons de croire que les sinistres prédictions voulant que les technologies numériques signifient la mort du droit d'auteur pourraient en définitive s'accomplir.

### A. La protection des bases de données

En signant l'Accord de libre-échange nord-américain, le Canada s'est engagé à adopter la norme américaine et européenne fondée sur la créativité pour déterminer quels produits d'information satisfont au critère «d'originalité» afin d'être protégés par le droit d'auteur<sup>152</sup>. Il y a deux catégories d'oeuvres sous forme numérique qui peuvent ne pas satisfaire à cette norme; toutefois, en raison de leur importance commerciale à l'heure actuelle ou dans le futur, elles pourraient nécessiter une protection juridique que le droit d'auteur ne peut leur accorder. Ces catégories sont (1) les compilations de données électroniques dont la production exige des efforts mais ne requiert aucune créativité, et (2) les oeuvres créées par des programmes d'ordinateur qui n'ont aucun créateur humain identifiable. De plus, il pourrait être nécessaire d'accorder une forme *sui generis* de protection juridique au fonctionnement utile des programmes d'ordinateur (c.-à-d. l'ensemble des résultats qui peuvent être obtenus lorsque les instructions du programme sont exécutées par un ordinateur) que le droit d'auteur n'est pas en mesure de protéger convenablement.

C'est une récente proposition de directive concernant la protection juridique des bases de données faite par la Commission européenne qui, dans l'immédiat, pourrait amener le Canada et d'autres pays industrialisés de l'Occident à adopter des dispositions législatives *sui generis*<sup>153</sup>. Cette proposition de directive vise non seulement à harmoniser les normes relatives à la protection des bases de données par le droit d'auteur en adoptant une norme fondée sur la créativité intellectuelle relativement à la sélection et à la disposition des données dans une base de données<sup>154</sup>, mais aussi à accorder une forme *sui generis* de protection juridique aux données compilées, qu'elles soient ou non incorporées dans une base de données protégée par le droit d'auteur<sup>155</sup>. Le producteur d'une base de données protégée se verrait accorder, pendant une période de quinze ans, les droits exclusifs de reproduire la compilation de données, de l'adapter et de la communiquer au public<sup>156</sup>.

Les rédacteurs de cette directive ont reconnu que bon nombre de bases de données qui sont importantes sur le plan commercial ne satisfont pas aux normes de créativité du droit d'auteur, mais doivent quand même bénéficier d'une protection juridique afin d'encourager un niveau optimal d'investissement dans leur production<sup>157</sup>. En effet, il coûte cher de produire et de mettre à jour ces compilations de données, sous forme numérique, alors qu'il est facile de les reproduire pour pas cher. Si le producteur d'une base de données ne peut pas empêcher l'appropriation du contenu de la base de données, les marchés pour cette catégorie de produits d'information s'effondreront parce que les chances de recouvrer les montants investis dans les bases de données seront trop minces. Même si le droit d'auteur peut protéger de nombreuses bases de données en raison de la créativité exercée dans la sélection et la disposition de leur contenu, il ne protège pas les données proprement dites<sup>158</sup>. Comme il est facile d'utiliser des outils d'information électronique pour procéder à une nouvelle sélection et à une nouvelle disposition du contenu des bases de données électroniques, les données contenues dans des bases de données protégées peuvent être vulnérables à des acquisitions d'équivalence peu importantes auxquelles le droit d'auteur ne peut valablement remédier<sup>159</sup>. Là aussi le marché pourrait s'effondrer si la compilation de données, par opposition à la créativité exercée dans la sélection et la disposition des données, ne jouit d'aucune protection juridique.

Bien que la directive européenne sur les bases de données n'ait pas encore été adoptée, il y a deux raisons de croire qu'elle exercera une influence à l'échelle internationale. Premièrement, la proposition de directive contient une disposition de réciprocité, ce qui veut dire que la protection qui serait normalement conférée par la directive aux bases de données des ressortissants étrangers ne s'appliquera au sein de l'Union européenne que si le pays concerné fournit une protection équivalant à celle qui est prévue dans la directive<sup>160</sup>. Si les Canadiens veulent être sur un pied d'égalité avec les ressortissants d'autres pays sur les marchés de l'information en Europe, le gouvernement canadien devra adopter des dispositions *sui generis* similaires. Deuxièmement, même si la disposition de réciprocité est par la suite retirée de la directive sur les bases de données<sup>161</sup>, les Européens semblent bien décidés à défendre la directive au sein d'instances internationales. À titre d'exemple, l'éventualité d'une adoption de la directive à l'échelle internationale a été sérieusement débattue lors d'une récente réunion d'experts convoquée par l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle<sup>162</sup>. Par conséquent, le Canada pourrait bien devoir envisager la création d'un droit *sui generis* pour les données compilées dans des bases de données dans un avenir pas très lointain.

## B. Les oeuvres créées par ordinateur

Il y a actuellement beaucoup de programmes d'ordinateur sur le marché ou en cours d'élaboration qui ont pour but de créer de la musique, du texte, des images ou des oeuvres similaires dont il est pratiquement impossible - à moins d'être prêt à se lancer dans une fiction légale - d'attribuer la paternité à qui que ce soit<sup>163</sup>. Bien qu'un être humain puisse avoir initialement programmé l'ordinateur pour produire un résultat semblable, les instructions qui constituent le texte du programme vont souvent compter sur des générateurs de nombres aléatoires pour varier le résultat obtenu. En conséquence, personne - pas même le programmeur du système - ne serait en mesure de faire une distinction entre le résultat obtenu par le programme et le résultat obtenu par un auteur en chair et en os cherchant à imiter la performance du programme. La seule contribution que l'utilisateur humain du programme pourrait avoir faite, c'est d'appuyer sur le bouton qui permet de créer l'oeuvre<sup>164</sup>. Dans un tel cas, il n'y aura pas d'«auteur» humain à qui l'on pourrait attribuer un droit sur l'oeuvre.

Au Royaume-Uni, les oeuvres créées par ordinateur bénéficient déjà d'une forme *sui generis* de protection juridique. En effet, l'utilisateur responsable de la production d'une oeuvre de cette nature se voit accorder une protection semblable à celle du droit d'auteur pour une durée de vingt-cinq ans<sup>165</sup>. L'Union européenne va fort probablement emboîter le pas à un moment donné<sup>166</sup>. Avant que la Cour suprême des États-Unis ne rende sa décision dans l'affaire *Feist Publications, Inc. v. Rural Telephone Service, Inc.*<sup>167</sup>, on aurait pu penser que les oeuvres créées par ordinateur pourraient bénéficier de la protection conférée par le droit d'auteur. Cependant, la Cour suprême a tellement insisté dans cette décision sur l'importance de la créativité ou du jugement humain comme facteur justifiant l'octroi d'une protection qu'il semble maintenant que des dispositions législatives *sui generis* devront tôt ou tard être adoptées aux États-Unis également<sup>168</sup>. La même chose pourrait se produire au Canada maintenant que celui-ci s'est engagé à adopter une norme d'originalité fondée sur la créativité en ce qui concerne la protection conférée par le droit d'auteur.

Pour l'instant, les droits de propriété sur les oeuvres créées par ordinateur n'ont pas beaucoup d'importance parce qu'un bon nombre des outils d'information électronique utilisés pour créer ces oeuvres sont encore peu importants sur le plan commercial. À mesure que les systèmes d'intelligence artificielle deviendront plus perfectionnés, toutefois, l'importance commerciale des oeuvres créées par ordinateur pourrait croître, de même que la nécessité d'accorder une protection juridique à la production de ces systèmes. Parmi les domaines d'application qui pourraient un jour avoir une importance commerciale, il y a ceux des outils de traitement de langage naturel et de la création automatique de bases de données scientifiques.

### C. Le fonctionnement des programmes

Comme je viens de publier un article dans lequel je recommande une forme *sui generis* de protection juridique pour le fonctionnement et d'autres éléments de conception industrielle des programmes d'ordinateur<sup>169</sup>, je vais expliquer brièvement pourquoi une telle protection pourrait être nécessaire au Canada de même qu'aux États-Unis et ailleurs. Le Canada est l'un des nombreux pays qui ont recours au droit d'auteur pour protéger les textes des programmes d'ordinateur<sup>170</sup>. Toutefois, l'aspect le plus important des programmes n'est pas le texte, mais le fonctionnement qui peut être obtenu lorsque le code du programme est traité dans un ordinateur<sup>171</sup>. Les gens sont prêts à déboursier des sommes considérables pour se procurer le code d'un programme non pas parce qu'ils s'intéressent au contenu du texte du programme, mais à cause du fonctionnement utile que les programmes fournissent aux utilisateurs.

Le fonctionnement d'un programme dépend beaucoup moins d'un texte donné qu'on ne l'admet généralement<sup>172</sup>. Autrement dit, un programmeur habile qui n'a jamais eu accès au texte d'un programme existant peut assez facilement écrire un deuxième programme qui est fonctionnellement indifférenciable du premier, même sans avoir rien copié. C'est important sur le plan commercial parce qu'un programme conçu de façon indépendante qui est fonctionnellement indifférenciable d'un programme existant peut être un parfait produit de substitution. Cette situation peut entraîner l'effondrement du marché si le créateur d'un programme nouveau est incapable de recouvrer ses frais de recherche et de développement parce que des clones moins dispendieux font baisser ses ventes<sup>173</sup>.

Les régimes juridiques existants ne protègent pas convenablement le fonctionnement des programmes informatiques ou d'autres éléments de conception industrielle de ces programmes. Le droit des secrets industriels ne permet pas de protéger le fonctionnement des programmes grand public parce que le savoir-faire pour créer un produit équivalent se trouve «à la surface» du produit vendu sur le marché<sup>174</sup>. Il ne permet pas non plus de protéger le savoir-faire qui se trouve «près de la surface» des logiciels (comme celui qui est discernable au moyen de la décompilation). Le droit des brevets ne permet pas de protéger convenablement le fonctionnement d'un programme ou la création industrielle responsable de ce fonctionnement à cause de son caractère habituellement complémentaire<sup>175</sup>. Enfin, le droit d'auteur ne peut pas protéger le fonctionnement utile des programmes ou d'autres éléments de conception industrielle incorporés dans ceux-ci à cause de leur caractère utilitaire<sup>176</sup>. Les tentatives pour étendre la portée du droit d'auteur de manière à protéger les programmes nouveaux contre le clonage donnent parfois des résultats<sup>177</sup>, mais le recours au droit d'auteur pour protéger les éléments fonctionnels des programmes provoquera simplement un autre genre d'effondrement du marché. Une telle protection fait obstacle à la

création de produits subséquents incorporant des innovations techniques non brevetées<sup>178</sup>. La solution appropriée pour empêcher l'effondrement du marché attribuable à l'incapacité des régimes juridiques existants de protéger les aspects des programmes qui ont le plus de valeur est de prévoir une période de protection juridique au cours de laquelle le clonage des logiciels sera interdit<sup>179</sup>.

Si la communauté internationale finit par accepter une forme anti-clonage de protection juridique en ce qui a trait au fonctionnement des programmes, il est probable que le Canada adoptera aussi un régime juridique *sui generis* analogue.

#### D. La «menace» que posent les technologies numériques pour le droit d'auteur

Malgré les multiples professions de foi dans la vitalité du droit d'auteur qui sont faites dans les rapports gouvernementaux sur l'autoroute de l'information et lors des conférences sur les incidences des technologies numériques sur le droit d'auteur<sup>180</sup>, plusieurs déclarations alarmantes ont été faites récemment par des personnes bien connues et compétentes sur le plan technique qui prédisent que les technologies numériques auront pour effet d'entraîner la disparition du droit d'auteur<sup>181</sup>.

De telles déclarations ont même été faites par un groupe de futurologues américains conservateurs dans un document immodestement appelé la [TRADUCTION] «magna carta du cyberspace»<sup>182</sup>. Ces quatre futurologues qualifient les tenants du droit d'auteur de victimes d'une pensée issue de la «deuxième vague» (c.-à-d. l'«ère industrielle» révolue du XIX<sup>e</sup> siècle) et estiment qu'il faut plutôt créer des concepts de propriété issus de la «troisième vague» (c.-à-d. l'ère de l'information tournée vers le progrès) qui favoriseront un essor incroyable sur les marchés de l'information. Cette magna carta se fait l'écho des attaques de John Perry Barlow qui a déclaré dans le magazine WIRED que ceux qui prédisent que rien ne va changer dans le domaine du droit d'auteur nient l'évidence et que ceux qui tentent de réviser le droit d'auteur pour faire face aux défis que posent les technologies numériques procèdent à un [TRADUCTION] «réarrangement effréné des chaises sur le pont» d'un navire, celui du droit d'auteur, qui sombre tranquillement<sup>183</sup>.

Il serait plus facile de ne faire aucun cas de ces prophètes de malheur si leurs paroles ne résonnaient pas des nombreux commentaires visant à reconnaître au droit d'auteur un avenir prometteur. Ces documents expriment l'inquiétude que l'expansion des environnements numériques interconnectés et la distribution grandissante de textes et d'autres oeuvres numériques par l'entremise de ces réseaux feront en sorte que le droit d'auteur pourrait être la

[TRADUCTION] «victime d'un détournement numérique» dans un avenir prévisible<sup>184</sup>. Même si l'on espère dans ces commentaires que le renforcement du droit d'auteur permettra d'éviter cette catastrophe, il reste qu'on perçoit les technologies numériques comme une menace très réelle pour le droit d'auteur.

Ceux qui prédisent que le droit d'auteur n'aura pas plus de mal à s'adapter aux technologies numériques qu'il n'en a eu à s'adapter à une foule d'autres technologies nouvelles ont peut-être raison. Si c'est le cas, la solution qui consiste à rectifier le tir du régime actuel est certainement sensée dans les circonstances.

Si, par contre, les technologies numériques finissent par entraîner la disparition du droit d'auteur, ce sera à cause de forces beaucoup plus puissantes que la foi de ses adeptes. Comme ceux qui prédisent la disparition du droit d'auteur doivent encore élaborer un nouveau paradigme en tant que métaphore unificatrice pour un régime juridique qui permettra aux marchés de l'information de se développer, le seul parti sensé à l'heure actuelle est d'expliquer aux décideurs les principales caractéristiques des technologies et des réseaux numériques afin qu'ils adaptent le droit d'auteur du mieux qu'ils peuvent, sans oublier que les lois pourraient en dernière analyse nécessiter une transformation plus radicale qu'on ne le pense.

Si le droit d'auteur ne survit pas dans des environnements numériques interconnectés, ce sera peut-être parce que le contrôle des actes de reproduction dans ces environnements n'est pas réalisable<sup>185</sup>. En effet, la reproduction et la distribution d'exemplaires multiples sont faciles et peu coûteuses dans des environnements numériques interconnectés<sup>186</sup>. Ce qui inquiète tellement les titulaires de droits d'auteur à cet égard, c'est que les copies numériques sont des répliques parfaites de l'original. À la différence des produits des techniques de reprographie précédentes, les exemplaires numériques ne sont pas de qualité inférieure. Il s'ensuit que n'importe quel exemplaire d'une oeuvre numérique peut servir d'usine virtuelle pour la confection d'un grand nombre de copies parfaites. À moins de pouvoir forcer les fabricants de procédés de reprographie numérique à produire des exemplaires imparfaits, comme on l'a fait pour les magnétophones à bande audionumérique, il est à craindre que les titulaires de droits d'auteur ne parviennent pas à faire respecter leurs droits sur les oeuvres numériques. Cette impuissance à contrôler la reproduction et la distribution d'oeuvres dans des environnements numériques interconnectés contribue à expliquer pourquoi certains éditeurs commerciaux ne veulent pas distribuer des oeuvres «sur le réseau».

Dans une série de travaux de recherche prometteurs visant à s'attaquer à ce problème, on s'intéresse à la mise au point de procédés technologiques destinés à protéger les oeuvres sous forme numérique qui bénéficient de la protection du droit d'auteur<sup>187</sup>. Certains chercheurs étudient actuellement des systèmes pour le chiffrement du contenu des oeuvres numériques dont le déchiffrement serait possible contre paiement d'une somme d'argent<sup>188</sup>. Certains s'intéressent à l'intégration de signatures numériques dans des parties d'images ou de films numériques qui paraissent peu importantes de sorte que, quelle que soit la manipulation numérique dont des parties de ces oeuvres peuvent faire l'objet, il serait encore possible de découvrir que l'oeuvre subséquente est dérivée de la première oeuvre<sup>189</sup>. Peut-être les oeuvres numériques pourront-elles un jour rendre compte des abus commis par les utilisateurs aux titulaires de droits sur ces oeuvres.

Il y a un autre secteur de recherche prometteur, soit les possibilités qu'offre l'utilisation accrue de «contrats en-tête» dans des environnements numériques interconnectés<sup>190</sup>. À l'heure actuelle, la plupart des prestataires commerciaux de services d'information électronique comptent déjà beaucoup sur les contrats et le contrôle de l'accès à l'information numérique qu'ils fournissent pour se prémunir contre la reproduction de leurs biens qui serait nuisible au marché. Dans des environnements numériques interconnectés, un utilisateur peut envoyer une demande d'accès à un certain type d'information. À l'avenir, des agents intelligents qui travailleront soit pour des prestataires d'informations soit pour l'utilisateur pourraient chercher divers gisements de données sur le réseau pour déterminer quelles sont les informations disponibles qui correspondent aux besoins de l'intéressé et, le cas échéant, à quelles conditions. L'agent intelligent pourrait ensuite envoyer à l'utilisateur les différents «en-têtes» transmis par les prestataires d'informations. En répondant à un en-tête particulier afin de commander l'information qui s'y rapporte, l'utilisateur accepterait de ce fait de se soumettre aux conditions régissant l'utilisation autorisée qui sont mentionnées dans l'en-tête. L'idée de passer des contrats avec les clients plaît aux créateurs de logiciels car elle permettrait peut-être de remédier aux problèmes d'applicabilité qui ont contrarié leurs efforts pour limiter les utilisations au moyen des licences («shrinkwrap licenses») qui accompagnent souvent les logiciels emballés vendus dans des points de vente grand public.

Si le droit d'auteur vient à disparaître dans les environnements numériques interconnectés, il se pourrait que les procédés technologiques permettant de protéger les oeuvres numériques dans ces environnements et les contrats en-tête y soient pour quelque chose. En effet, si la technologie et le droit des contrats protègent les oeuvres contre les reproductions non autorisées, le droit d'auteur pourrait ne plus avoir d'utilité, sauf peut-être celle d'être une espèce de *deus ex machina* justifiant l'utilisation de moyens technologiques et contractuels pour protéger les oeuvres sous forme numérique.

À la réflexion, le droit d'auteur a assez bien fonctionné au cours des siècles parce que la presse typographique (ou le mécanisme de fabrication équivalent pour la production en série d'objets matériels) était un goulet d'étranglement si efficace qu'il a pu servir d'assise à un régime juridique. Étant donné que la reproduction et la distribution d'exemplaires sous forme numérique sont des opérations faciles, peu coûteuses et susceptibles d'être effectuées d'une manière très décentralisée, on pourrait devoir trouver un nouveau goulet d'étranglement pour les environnements numériques interconnectés. Peut-être pourra-t-il constituer l'assise d'un nouveau mécanisme de protection (ou d'un nouveau régime juridique) des oeuvres créées et distribuées dans des environnements numériques interconnectés. À l'instar du droit d'auteur traditionnel, il devra établir un équilibre entre les intérêts des auteurs, des éditeurs et des consommateurs; peut-être y parviendra-t-il par d'autres moyens que ceux utilisés dans le monde de l'imprimé. Il aura aussi besoin de théories restrictives comme l'usage équitable et l'utilisation équitable pour réaliser cet équilibre.

Dans l'intervalle, il est sage de faire fond sur les doctrines restrictives du droit d'auteur pour aider le régime juridique actuel à acquérir la souplesse dont il aura besoin pour s'adapter aux défis que poseront les technologies numériques dans un avenir prévisible.

## NOTE

- <sup>1</sup> Professeure de droit, Faculté de droit de l'université de Pittsburgh. Le présent rapport préliminaire a été préparé pour le Secrétariat de la propriété intellectuelle du ministère de la Justice du Canada en vue d'un symposium sur la technologie numérique et le droit d'auteur qui a eu lieu au lac Meech (Québec) le 3 mars 1995. L'auteure remercie Cal Becker de lui avoir donné la possibilité de préparer et de présenter ce document. Elle se réjouit de ce que cette conférence lui permettra d'améliorer sa compréhension du droit d'auteur canadien.
- <sup>2</sup> Dans le document de convocation de la conférence, par exemple, on s'inquiétait de ce que le droit d'auteur serait la [TRADUCTION] «victime d'un détournement numérique» dans un avenir prévisible. Dans un récent essai, John Perry Barlow prédisait que les technologies numériques signifieront la mort du droit d'auteur, ce qui n'a certainement pas apaisé les craintes que les environnements numériques interconnectés inspirent aux titulaires de droits d'auteur. Voir John Perry Barlow, «The New Economy of Ideas», *Wired* 2.03 85 (mars 1994).
- <sup>3</sup> La principale fonction du droit d'auteur est d'empêcher l'effondrement du marché que la reproduction incontrôlée de ces oeuvres provoquerait. Voir, p. ex., Wendy J. Gordon, «An Inquiry Into the Merits of Copyright Law», 41 *Stan. L. Rev.* 1343, p. 1435-1469 (1989).
- <sup>4</sup> Sous-comité sur le droit d'auteur du Comité consultatif sur l'autoroute de l'information, Rapport préliminaire sur le droit d'auteur et l'autoroute de l'information (décembre 1994) (ci-après le «rapport sur l'autoroute de l'information»); Working Group on Intellectual Property Rights, Information Infrastructure Task Force, Green Paper on Intellectual Property and the National Information Infrastructure, Preliminary Draft Report (juillet 1994) (ci-après le «livre vert»).
- <sup>5</sup> Rapport sur l'autoroute de l'information, supra, note 4, p. 59; livre vert, supra, note 4, p. 120-123.
- <sup>6</sup> Ainsi, il est surprenant qu'aucun de ces rapports ne recommande l'adoption du privilège de confectionner une copie de sauvegarde des exemplaires numériques d'oeuvres protégées, alors que les lois canadienne et américaine accordent expressément le droit de confectionner une copie de sauvegarde aux propriétaires d'exemplaires

d'une catégorie particulière d'oeuvres protégées sous forme numérique, c'est-à-dire les programmes d'ordinateur. Voir la Loi sur le droit d'auteur du Canada, al. 27(2)l); 17 U.S.C. § 117.

<sup>7</sup> Livre vert, supra, note 4, p. 9.

<sup>8</sup> Id.

<sup>9</sup> Id., p. 65, n. 205.

<sup>10</sup> Id., p. 53.

<sup>11</sup> Rapport sur l'autoroute de l'information, supra, note 4, p. 2.

<sup>12</sup> Id., p. 59-62.

<sup>13</sup> Id., p. 27, 60. On ne précise pas dans le rapport quelles circonstances pourraient bien constituer une utilisation équitable.

<sup>14</sup> Id., p. 27. On dit ensuite que «[l]a clarté est le domaine des exceptions; la défense d'utilisation équitable doit, quant à elle, rester imprécise». Id.

<sup>15</sup> Loi sur le droit d'auteur du Canada, par. 27(2); 17 U.S.C. § 107.

<sup>16</sup> Voir, en général, David Vaver, Canada, dans *International Copyright Law and Practice*, vol. 1 (Melville B. Nimmer & Paul E. Geller, éd., 1994).

<sup>17</sup> L'une des raisons pour lesquelles les intérêts des utilisateurs ne retiennent guère l'attention des responsables de l'action gouvernementale dans le domaine du droit d'auteur est que, à la différence des industries du droit d'auteur, le public ne possède généralement pas l'organisation, l'information ou les ressources financières nécessaires pour défendre ses intérêts lorsque sont débattues les questions de principe sur le droit d'auteur. Cela vaut aussi pour les questions touchant l'autoroute de l'information. Voir, en général, Jessica Litman, «The Exclusive Right to Read», 16 *Cardozo Arts & Ent. L.J.* (1994).

<sup>18</sup> 464 U.S. 417, p. 450-451 (1984).

- <sup>19</sup> Pour une analyse fouillée de la façon dont le droit d'auteur pourrait se développer dans le contexte des bibliothèques numériques, voir Jane C. Ginsburg, «Copyright Without Walls», 42 *Representations* 53 (1993). Voir aussi Pamela Samuelson, «Copyright and Digital Libraries», 38 *Comm. ACM* (à paraître en avril 1995).
- <sup>20</sup> 839 F. Supp. 1552 (M.D. Fla. 1993).
- <sup>21</sup> En guise de principal moyen de défense, M. Frena a soutenu qu'il n'avait pas «téléchargé» ces exemplaires non autorisés dans le babillard électronique et qu'il ne devait donc pas être tenu responsable de la violation du droit de reproduction exclusive accordé par le droit d'auteur. *Id.*, p. 1554. Il a en outre soutenu que lorsqu'il a appris que *Playboy* avait intenté une action en contrefaçon, il a retiré ces exemplaires et surveille depuis le babillard électronique afin d'empêcher les abonnés de télécharger des exemplaires numériques de photographies parues dans le magazine *Playboy*. *Id.* Le tribunal a rejeté ces moyens ainsi que la défense d'usage équitable pour les motifs examinés ci-dessous. L'une des raisons pour lesquelles le tribunal peut ne pas avoir été disposé à accepter les moyens de défense de M. Frena est que celui-ci avait effacé les marques de commerce *Playboy* de plusieurs photographies numériques et les avaient remplacées par ses propres marques de commerce et renseignements publicitaires. *Id.*, p. 1599-1562.
- <sup>22</sup> 857 F. Supp. 679 (N.D. Cal. 1994).
- <sup>23</sup> *Id.*, p. 683-685. Certains des jeux de Sega qu'on trouvait sur ce babillard électronique étaient des versions prédiffusion.
- <sup>24</sup> L'issue de ces deux causes aurait fort probablement été la même si M. Frena et MAPHIA avaient été des prestataires de services sans but lucratif.
- <sup>25</sup> *U.S. v. LaMacchia*, 1994 U.S. Dist. LEXIS 18,602 (D. Mass. 1994).
- <sup>26</sup> *Id.*
- <sup>27</sup> Le tribunal l'a fait en grande partie à cause de la décision rendue par la Cour suprême des États-Unis dans l'affaire *Dowling v. U.S.*, 473 U.S. 207 (1985). Dans cette affaire, la Cour a annulé les déclarations de culpabilité prononcées contre des contrefacteurs d'enregistrements

sonores qui effectuaient le transport entre États de marchandises volées, au motif que le Congrès n'avait pas voulu que ces lois soient utilisées pour décourager la contrefaçon.

- <sup>28</sup> Voir «U.S. Not To Appeal Dismissal In LaMacchia Case», Boston Globe, Metro Section, p. 17 (28 janvier 1995).
- <sup>29</sup> Livre vert, supra, note 4, p. 76-78.
- <sup>30</sup> Voir, p. ex., les commentaires de Ellen M. Hirsh, America On-Line, Inc., qui a témoigné à l'audience publique sur la propriété intellectuelle et l'infrastructure nationale d'information (22 septembre 1994).
- <sup>31</sup> L'affaire Frank Music, Inc. v. CompuServe, Inc. est en instance devant le Southern District de New York.
- <sup>32</sup> Voir supra, note 29.
- <sup>33</sup> Polygram International Pub'g, Inc. v. Nevada/TIG, Inc., 855 F. Supp. 1314 (D. Mass. 1994) (COMDEX a été tenue responsable de l'exécution non autorisée d'oeuvres musicales par des exposants en partie à cause de la surveillance qu'elle exerçait).
- <sup>34</sup> Cubby, Inc. v. CompuServe, Inc., 776 F. Supp. 135 (S.D.N.Y. 1991) (pas de responsabilité pour diffamation parce que le prestataire de services en ligne ne surveillait pas les échanges entre les clients).
- <sup>35</sup> Rapport sur l'autoroute de l'information, supra, note 4, p. 59.
- <sup>36</sup> Livre vert, supra, note 4, p. 76-78.

La protection en vertu du droit d'auteur des messages transmis par l'entremise d'un babillard électronique ou d'un service semblable est une autre question obscure soulevée par les prestataires de services d'information en ligne. L'un des principaux prestataires de services en ligne demande à ses abonnés de consentir à ce qu'il revendique un droit d'auteur sur tous les messages transmis au moyen de son système comme condition de leur abonnement. Cette revendication du droit d'auteur est intéressante pour plusieurs raisons. Premièrement, il est loin d'être clair que le droit d'auteur considérerait que le prestataire du service en ligne a sélectionné et disposé les messages transmis par le babillard électronique avec la créativité voulue pour bénéficier de la protection conférée par le droit d'auteur. Deuxièmement, il est loin d'être clair qu'un tel contrat serait exécutoire, soit parce qu'il s'agit d'un contrat d'adhésion, soit pour

une raison fondée sur le droit d'auteur, étant donné que les utilisateurs donnent leur consentement à l'«accord» en cliquant sur le bouton «J'accepte» au lieu de signer un écrit. Troisièmement, à supposer qu'un groupe d'auteurs de messages décide que le reste du monde serait intéressé à prendre connaissance des propos qu'ils échangent sur un sujet donné et qu'ils s'entendaient entre eux pour trouver un éditeur, le prestataire du service en ligne pourrait-il vraiment intenter une action en contrefaçon contre ces utilisateurs, ou encore une action en rupture de contrat parce qu'on lui a refusé de revendiquer un droit d'auteur sur la compilation de tous les messages transmis par l'entremise de son système?

<sup>37</sup> Frena, 839 F. Supp., p. 1556-1557 (le tribunal a conclu qu'on avait violé les droits de distribution et d'affichage public).

<sup>38</sup> Voir, p. ex., Litman, *supra*, note 17.

<sup>39</sup> Voir, p. ex., le livre vert, *supra*, note 4, p. 36.

<sup>40</sup> Voir Pamela Samuelson, «The NII Intellectual Property Report», 37 *Comm. ACM* 23 (décembre 1994).

<sup>41</sup> Rapport sur l'autoroute de l'information, *supra*, note 4, p. 28.

<sup>42</sup> *Id.*, p. 27-29.

<sup>43</sup> Voir, p. ex., Computer Science and Telecommunications Board, National Research Council, *Rights and Responsibilities of Participants in Digital Networked Environments* (1994).

<sup>44</sup> La présente section du document reprend le texte légèrement modifié d'un article portant sur les outils d'information électronique. Voir Pamela Samuelson, «Fair Use For Computer Programs and Other Copyrightable Works In Digital Form: The Implications of Sony, Galoob, and Sega», 1 *J. Intell. Prop. L.* 49 (1993).

Le professeur Reichman est le premier spécialiste de la propriété intellectuelle à avoir employé l'expression «outils d'information électronique» et étudié les répercussions de la métaphore de l'«outil» sur la propriété intellectuelle. Voir J. H. Reichman, «Electronic Information Tools--The Outer Edge of World Intellectual Property Law», 24 *I. I. C.* 446 (1993). Dans l'industrie des logiciels, on considère généralement les programmes semblables à ceux qui sont décrits dans cette section comme des outils.

- 45 Pour une analyse de cette question et d'autres caractéristiques uniques des oeuvres sur support numérique, et des difficultés que pose ce support pour les régimes de propriété intellectuelle existants, voir Pamela Samuelson, «Digital Media and The Changing Face of Intellectual Property Law», 16 Rutgers Computer & Techn. J. 323 (1990).
- 46 Pour une discussion de plusieurs conséquences juridiques des manipulations numériques, voir Don E. Tomlinson, *Computer Manipulation and Creation of Images and Sounds: Assessing the Impact* (Annenberg Washington Program/Comm. Pol'y Stud., Northwestern Univ. Evanston, IL) 1993.
- 47 Par exemple, la conception d'une annonce publicitaire pour la télévision au moyen d'un programme de métamorphose qui permet de transformer une photographie en une autre alors que le titulaire du droit d'auteur sur la photographie n'en a pas autorisé l'utilisation serait incontestablement une utilisation illicite de ce genre d'outil d'information électronique.
- 48 Voir, p. ex., Gordon, *supra*, note 3.
- 49 *Nintendo of America Inc. v. Camerica Corp.*, 34 C.P.R. (3d) 193 (C.F. 1991); *Lewis Galoob Toys v. Nintendo of America*, 780 F. Supp. 1283 (N.D. Cal. 1991), *conf. par* 964 F.2d 965 (9th Cir. 1992), *cert. refusée*, 113 S.Ct. 1582 (1993).
- 50 Galoob, 780 F. Supp., p. 1289, n. 2.
- 51 *Id.*, p. 1288-1289.
- 52 Devant les tribunaux américains, Nintendo a surtout plaidé la complicité de contrefaçon parce que les consommateurs pouvaient utiliser le Game Genie pour créer une oeuvre dérivée non autorisée, c'est-à-dire une oeuvre audiovisuelle ayant un aspect visuel différent de celui que Nintendo avait conçu pour le jeu. Voir 17 U.S.C. § 106(2) (cette disposition accorde aux titulaires de droits d'auteur le droit exclusif de créer des oeuvres dérivées). Nintendo a aussi plaidé la contrefaçon directe fondée sur l'utilisation du Game Genie par Galoob pour modifier les caractéristiques des programmes de Nintendo au cours de l'expérimentation du produit et de sa commercialisation pour montrer ce que le Game Genie pouvait faire. Voir 780 F. Supp., p. 1298. Les tribunaux américains ont rejeté ces deux moyens. *Id.*

Dans la décision *Camerica*, la théorie de la contrefaçon directe est un peu difficile à discerner. À propos de ce moyen, le tribunal de première instance a déclaré que Nintendo avait affirmé que ses jeux vidéo étaient des oeuvres d'art et que le Game Genie reproduisait et commercialisait l'art audiovisuel contenu dans les jeux au détriment de Nintendo. Nintendo a en outre soutenu que le Game Genie portait atteinte aux droits moraux des créateurs des jeux.

<sup>53</sup> Galoob, 964 F.2d, p. 970-972.

<sup>54</sup> *Camerica*, 34 C.P.R. (3d) 193.

<sup>55</sup> Galoob, 964 F.2d, p. 971-972.

<sup>56</sup> Voir, en général, Vaver, *supra*, note 16, à CAN 96-97 (concernant la doctrine canadienne de l'utilisation équitable) et CAN 9-50 (concernant les conséquences directes de l'ALÉNA sur le droit d'auteur canadien). Voir aussi Jay Dratler, Jr., «Distilling the Witches' Brew of Fair Use in Copyright Law», 43 U. Miami L. Rev. 233 (1988) pour un survol du droit américain sur l'usage équitable.

<sup>57</sup> Au moment où l'affaire Galoob a été décidée, de nombreux tribunaux avaient appliqué de façon très littérale certaines opinions exprimées par la Cour suprême des États-Unis dans l'affaire *Sony Corp. of America v. Universal City Studios*, 464 U.S. 417 (1984), selon lesquelles on devait présumer que des fins commerciales étaient déloyales. *Id.*, p. 449. Nintendo a tenté de faire valoir que les fins de Galoob étaient suffisamment commerciales pour que la présomption de déloyauté de l'affaire Sony s'applique et, en outre, que son oeuvre faisait l'objet d'utilisations non productives. Nintendo a plaidé que ces deux facteurs empêchaient de conclure à l'usage équitable. 780 F. Supp., p. 1293, n. 6. Le tribunal a rejeté ces moyens pour le motif évident que Sony avait aussi distribué la machine Betamax dans un but commercial; néanmoins, il a axé son analyse de l'usage équitable sur les fins des prétendus contrefacteurs sous-jacents, et non sur celles du fournisseur du produit à ces consommateurs. 964 F.2d, p. 970.

<sup>58</sup> Galoob, 780 F. Supp., p. 1293, 964 F.2d, p. 970. Dans la décision Sony, la Cour suprême avait considéré la reproduction non commerciale privée d'oeuvres protégées comme présomptivement équitable. Voir Sony, 464 U.S., p. 449. Au Canada, des tribunaux ont exprimé des doutes quant à savoir si cette reproduction privée serait

une utilisation équitable en vertu du droit d'auteur canadien. Voir, p. ex., *Tom Hopkins Int'l, Inc. v. Wall & Redecop Realty Ltd.*, 5 W.W.R. 555 (C.-B. 1984), conf. par 20 D.L.R. (4th) 407 (C.A.C.-B. 1985).

- <sup>59</sup> Galoob, 964 F.2d, p. 970. Dans la mesure où Nintendo prétendait qu'elle n'avait pas publié d'oeuvres dérivées qui produisaient les mêmes caractéristiques que celles du Game Genie, son argument était hors de propos. La question consistait à savoir si les jeux que Nintendo avait distribués étaient des oeuvres publiées ou inédites. Comme Nintendo avait vendu des millions d'exemplaires de ses jeux à tous ceux qui étaient disposés à payer le prix demandé, les oeuvres ne pouvaient pas être considérées comme inédites. En soutenant que les versions de ses jeux produites par l'utilisation du Game Genie étaient des oeuvres inédites, Nintendo espérait invoquer la quasi-présomption établie dans l'affaire *Harper & Row* contre l'usage équitable dans les litiges portant sur des oeuvres inédites. *Id.*, p. 970-971. Le tribunal a en outre fait remarquer que la logique de l'argument de Nintendo éliminerait pratiquement les défenses d'usage équitable dans le cas des oeuvres créées ultérieurement. 964 F.2d, p. 970-971.
- <sup>60</sup> *Id.*, p. 972.
- <sup>61</sup> Galoob, 780 F. Supp., p. 1293. La thèse de Nintendo sur ce point n'est pas discernable dans les opinions publiées. Peut-être a-t-elle fait valoir que l'utilisation des jeux Nintendo par Galoob devait être considérée comme importante au point de vue qualitatif parce qu'elle modifiait les caractéristiques d'un nombre considérable de jeux Nintendo et que ces modifications avaient trait à des aspects fondamentaux du jeu et à des personnages importants.
- <sup>62</sup> *Id.*, 964 F.2d, p. 971.
- <sup>63</sup> Galoob, 964 F.2d, p. 971-972. Voir, en général, David Sheff, *Game Over: How Nintendo Zapped an American Industry, Captured Your Dollars and Enslaved Your Children* (1993) (l'auteur décrit l'effondrement initial du marché des jeux vidéo et la façon dont Nintendo l'a relancé au moyen de l'octroi de licences restrictives et d'autres mesures de contrôle de la qualité).
- <sup>64</sup> Galoob, 964 F.2d, p. 971-972. Le quatrième critère pour déterminer s'il s'agit d'un usage équitable fait intervenir non seulement le préjudice causé dans le présent aux débouchés existants, mais aussi [TRADUCTION] «l'effet de l'utilisation sur le marché potentiel ou la valeur de l'oeuvre». 17 U.S.C. § 107(4) (1988).

- 65 Galoob, 780 F. Supp., p. 1291.
- 66 Id.
- 67 Galoob, id., p. 1294. Voir aussi 964 F.2d, p. 971-972.
- 68 Galoob, 780 F. Supp., p. 1291.
- 69 Voir supra.
- 70 Clickart est une entreprise de logiciels qui fabrique des produits de clip art destinés à différents types d'utilisations (commerce, sports, vacances, etc.). Par exemple, un étudiant peut découper l'image d'un tracteur dans une bibliothèque d'images et la copier dans un document scolaire. Un adulte peut découper l'illustration d'une personne qui joue de la trompette pour indiquer qu'il s'apprête à faire une annonce au cours d'une présentation de diapositives à l'intention de clients de son employeur.
- 71 Voir, en général, Vaver, supra, note 16, à CAN 106.
- 72 Les tribunaux américains qualifient parfois les usages équitables d'usages auxquels consentiraient des titulaires de droits d'auteur raisonnables. Voir Harper & Row Publishers, Inc. v. Nation Enterprises, 471 U.S. 539 (1985). Certains commentateurs américains ont suggéré de recourir à une théorie fondée sur l'octroi d'une licence implicite pour les manipulations numériques faites par les consommateurs. Voir, p. ex., Richard H. Stern, «The Game Genie Case: Copyright in Derivative Works Versus Users' Rights», 3 Ent. L. Rev. 104, p. 107 (1992).
- 73 Voir, p. ex., Patricia J. Pane, «CSC Countersues SPC Over Clip Art; CSC Claims Copyright Infringements by Harvard Graphics Programs», Infoworld, p. 8 (18 juin 1990).
- 74 Pour un article dans lequel on parle de ce système, voir Stuart Smith, R. Daniel Bergeron et Georges G. Grinstein, «Stereophonic and Surface Sound Generation For Exploratory Data Analysis», Proceedings of ACM Conference on Computer Human Interaction, 125 (1990).
- 75 Le film «Soleil levant» fournit un autre exemple de l'utilisation d'outils d'information électronique pour faciliter l'interprétation de données. Dans ce film, la police de Los Angeles a permis à un analyste en informatique de confectionner des copies de la vidéocassette de

sécurité d'une société japonaise pour tenter de reconstituer le contenu de la vidéocassette originale sur laquelle un meurtre avait été enregistré. (On avait trafiqué la vidéocassette originale pour supprimer le meurtre et l'identité du meurtrier.) S'il s'était agi d'un cas réel, on peut se demander si la police de Los Angeles aurait eu à se soucier de responsabilité pour contrefaçon dans ce genre d'enquête. Il s'agissait, après tout, de confectionner des copies d'une oeuvre audiovisuelle originale afin de préparer une oeuvre dérivée d'une oeuvre dérivée qui se voulait une reconstitution de l'oeuvre originale. On n'avait pas obtenu la permission de la société pour confectionner les exemplaires intermédiaires ou l'exemplaire ultime reconstitué et, à vrai dire, si cette permission avait été demandée, elle aurait probablement été refusée. Néanmoins, la manipulation numérique d'une oeuvre protégée peut parfois être nécessaire dans des contextes d'exécution de la loi.

- <sup>76</sup> Dans un autre article, j'ai examiné la façon dont le droit d'auteur pourrait régir les oeuvres créées par ordinateur. Voir Pamela Samuelson, 47 U. Pitt. L. Rev. 1185 (1986). Il convient de faire remarquer que les oeuvres créées par ordinateur sont un exemple d'une oeuvre appartenant à une catégorie (à savoir un programme) qui est traitée numériquement pour créer une oeuvre appartenant à une deuxième catégorie (une chanson ou une image, par exemple). Aussi délicate que soit la question des oeuvres créées par ordinateur lorsque l'oeuvre créée appartient à une catégorie qui peut bénéficier de la protection du droit d'auteur, dans la mesure où l'oeuvre est originale, cette question est plus délicate encore lorsque l'oeuvre générée par le programme n'est pas protégeable (p. ex., la puce produite par un compilateur de silicium). La stéréolithographie est une technique assez nouvelle qui permet la conception assistée par ordinateur de machines, de pièces de machine ou d'outils. La première étape est la création de modèles infographiques de ces objets. On peut ensuite procéder à des simulations pour évaluer leur rendement. Au besoin, des corrections sont apportées aux modèles afin d'en améliorer le rendement, puis les modèles corrigés sont soumis à de nouvelles simulations. Lorsque les résultats des simulations sont satisfaisants, l'ordinateur peut ensuite produire le moule ou la machine-outil nécessaire pour fabriquer des exemplaires véritables de la machine, de la pièce de machine ou de l'outil. Cette technique permet de réduire sensiblement les coûts de recherche et de développement rattachés à la fabrication de pièces de machine. Voir la description d'une séance intitulée «Real Virtuality: StereoLithography--Rapid Prototyping in 3-D», Proceedings of ACM Conference on Computer Graphics (SIGGRAPH '93) 377-378 (1993) (ci-après «Siggraph Proceedings»). Voir aussi Reichman, supra, note 44.

- 77 Un de mes amis a déjà construit un système laser qui captait les signaux produits par un enregistrement sonore utilisé comme entrée. Le système traitait cette entrée pour qu'elle émette des formes lumineuses qui pouvaient être affichées dynamiquement sur un mur blanc. La forme lumineuse ainsi obtenue était-elle une oeuvre dérivée de l'enregistrement sonore protégé? L'intérêt de cette question n'est pas purement théorique. Une entreprise appelée 3DO a lancé cet automne un produit multimédia qui, entre autres choses, produit des visualisations d'enregistrements sonores. L'affaire Galoob pourrait permettre à 3DO de vendre sans risque des produits incorporant cette caractéristique particulière.
- 78 Cette caractéristique des oeuvres sous forme numérique pourrait, à long terme, avoir de profondes répercussions sur le régime de classification du droit d'auteur.
- 79 Voir, p. ex., Brian Cabral, «Imaging Vector Fields Using Line Integral Convolution», Siggraph Proceedings, supra, note 76, p. 263.
- 80 La copie d'une compilation de données confectionnée au cours du traitement des données au moyen du logiciel de visualisation serait une copie intermédiaire semblable à celle qui a été faite dans l'affaire Sega et une étape nécessaire de l'exécution de la visualisation. Quant à la question de savoir si la visualisation serait une oeuvre dérivée d'une compilation de données répondant au critère d'originalité, elle soulève plusieurs des problèmes examinés dans l'affaire Galoob. On pourrait soutenir que puisque Feist nous dit que les faits ne sont pas protégeables par le droit d'auteur, la visualisation est une nouvelle expression licite des données, plutôt qu'une reproduction ou une oeuvre dérivée de la compilation.
- 81 La note précédente présentait le raisonnement selon lequel on ne devrait pas considérer la visualisation comme une oeuvre dérivée non autorisée. Même si tel était le cas, les principes d'usage équitable s'appliqueraient car l'utilisation serait faite à des fins de recherche privée, la nature de l'oeuvre serait factuelle, auquel cas la portée de la doctrine de l'usage équitable est généralement étendue, et l'utilisation risquerait peu, sinon pas du tout, de nuire au marché. Néanmoins, une fois que la visualisation des données est publiée, elle cesse d'appartenir au domaine de l'utilisation ordinaire pour tomber dans celui de l'usage équitable concurrentiel.
- 82 L'échantillonnage numérique d'enregistrements sonores est un exemple d'utilisations potentiellement concurrentielles des outils d'information électronique afin de modifier l'usage de documents

numériques et pouvant porter atteinte au droit d'auteur. Voir, p. ex., Sheila Rule, «Record Companies Are Challenging 'Sampling' in Rap», *New York Times*, p. B1, col. 5 (21 avril 1992). Voir aussi Molly McGraw, «Sound Sampling Protection and Infringement in Today's Music Industry», 4 *High Tech. L. J.* 147 (1989).

- <sup>83</sup> Voir l'alinéa 27(2)a.1) de la Loi sur le droit d'auteur du Canada.
- <sup>84</sup> De nombreux outils logiciels permettent d'effectuer ce genre de restructuration, notamment le produit Software Bridge. Il devient de plus en plus courant pour les entreprises de traiter les documents sous forme numérique afin que la structure logique du document puisse être «marquée» de façon que les recherches puissent être faites en fonction des éléments marqués ou de leurs valeurs d'attribut. Voir, p. ex., Haviland Wright, «SGML Frees Information», *Byte* (juin 1992).
- <sup>85</sup> À titre d'exemple, un bureau d'avocats qui s'occupe d'une cause complexe qui nécessite la consultation d'une montagne de documents provenant des dossiers de la partie adverse pourrait avoir besoin de convertir les versions électroniques de ces documents en une structure que son ordinateur pourrait lire, ou pourrait vouloir «marquer» les documents de façon à faciliter leur utilisation en vue du procès. Pratiquement tous les documents de la partie adverse répondraient sans doute au critère d'originalité du droit d'auteur. Néanmoins, il serait absurde d'affirmer que les actes de reproduction accessoires à l'utilisation des documents dans ce contexte porteraient atteinte au droit d'auteur sur ces documents.
- <sup>86</sup> Voir supra, et le texte d'accompagnement.
- <sup>87</sup> Un numéro d'un magazine pour les professionnels de l'informatique qui est très lu, *Communications of the ACM*, a été consacré aux technologies de filtrage de l'information. Voir les articles dans 35 *Comm. ACM* 26-84 (décembre 1992).
- <sup>88</sup> Voir, p. ex., Paul Saffo, «The Electronic Future Is Upon Us», *New York Times*, Sec. 3, p. 13, col. 2 (7 juin 1992).
- <sup>89</sup> Lorsque des filtres d'information permettent aux consommateurs de personnaliser ce qu'ils reçoivent d'un éditeur, il devient malaisé de savoir quelle est «l'oeuvre de création» pour les fins du droit d'auteur, car il peut ne plus y avoir une oeuvre unique dont les consommateurs prendront connaissance. Pour une excellente analyse de l'incidence que les technologies d'impression ont eues sur la production sociale de connaissances et de produits d'information en raison du fait que

tous ceux qui obtenaient un exemplaire d'un livre voyaient la même chose, voir Elizabeth Eisenstein, *The Printing Press As An Agent Of Change* (198-).

- <sup>90</sup> On peut penser que les éditeurs s'inquiéteront particulièrement du préjudice que pourrait subir leur marché si des utilisateurs sont autorisés à construire des filtres qui omettent toutes les annonces du document électronique, car bien que les annonces dans les journaux imprimés puissent être sautées par les lecteurs, elles ne peuvent pas être systématiquement omises de la version que le camelot leur livre chaque matin. Le San Jose Mercury News est l'un des journaux qui ont commencé à essayer la livraison électronique de leurs produits d'information.
- <sup>91</sup> Le produit «Morph» de Gryphon Software en est un exemple. J'ai vu le résultat d'un autre outil d'information électronique qui peut être utilisé pour modifier un texte afin de l'adapter à un dialecte particulier (jargon militaire, par exemple, ou patois du sud).
- <sup>92</sup> Le produit «Pandemonium» de Xaos Tools peut être utilisé pour apporter des modifications à la texture.
- <sup>93</sup> Le Photoshop d'Adobe est l'un des nombreux produits qui peuvent être utilisés à cette fin. Cette technique a récemment été employée dans le film «Soleil levant» pour montrer à un policier qu'on ne peut plus faire entièrement confiance aux photographies et aux vidéocassettes comme moyens de preuve à cause de la facilité avec laquelle elles peuvent faire l'objet de manipulations numériques. Voir aussi Tomlinson, supra, note 46.
- <sup>94</sup> Un outil que j'ai vu à l'oeuvre permet de transformer un texte rédigé en anglais américain correct en un texte rédigé dans un parler du sud.
- <sup>95</sup> Après l'affaire Sony, il est devenu évident que les titulaires de droits d'auteur ne seraient pas en mesure de recourir au droit d'auteur pour contrôler la distribution d'autres technologies de reprographie, comme les magnétophones à bande audionumérique, qui pourraient servir à confectionner des copies non autorisées d'enregistrements sonores. Les magnétophones à bande audionumérique constituaient une menace particulièrement sérieuse pour l'industrie du disque parce que, sans modifications, ils pouvaient être utilisés pour confectionner des copies parfaites au lieu des copies de qualité inférieure produites par d'autres magnétophones. Il y a eu une longue bataille législative au cours de laquelle l'industrie du disque s'est battue pour obtenir diverses restrictions techniques à la reproduction que les

magnétophones à bande audionumérique pouvaient faire. Cette controverse a pris fin après qu'on eut décidé de permettre la vente des magnétophones à bande audionumérique uniquement s'ils étaient dotés d'un mécanisme empêchant de confectionner des copies parfaites à partir de la première copie numérique confectionnée au moyen de ces magnétophones. Pour une analyse de ces événements, voir, p. ex., Michael Plumleigh, «Comment, Digital Audio Tape: New Fuel Stokes The Smoldering Home Taping Fire», 37 UCLA L. Rev. 733, p. 761-767 (1990).

- <sup>96</sup> Camerica, 34 C.P.R. (3d) 193. Au Canada, les droits moraux des auteurs peuvent limiter l'utilisation de ces outils plus qu'ils ne le font aux États-Unis.
- <sup>97</sup> Voir Pamela Samuelson, «Some New Kinds of Authorship Made Possible By Computers and Some Intellectual Property Questions It Raises», 53 U. Pitt. L. Rev. 685 (1992), et Pamela Samuelson et Robert J. Glushko, «Intellectual Property Rights in Digital Library and Hypertext Publishing Systems», 6 Harv. J. Law & Tech. 237 (1993).
- <sup>98</sup> Voir, en général, Proceedings of ACM Conference on Hypertext (1987).
- <sup>99</sup> Ce document ressemble à un article imprimé constitué d'une série de suggestions à l'intention du lecteur : commencer la lecture au premier paragraphe de la page 50 d'un livre ou d'un article donné et la poursuivre jusqu'au dernier paragraphe de la page 56, puis passer à un autre livre ou article et lire à partir du début de la page 17 jusqu'à la fin du chapitre 2, et ainsi de suite. Ce qui est différent avec le document de liaison hypertexte, c'est que son utilisateur, contrairement au lecteur de l'article imprimé, peut suivre les liens automatiquement au lieu d'avoir à consentir l'effort supplémentaire de se procurer les livres et les articles mentionnés et de les lire de la façon indiquée. En outre, l'auteur du document de liaison pourrait vouloir être rémunéré par quiconque parcourt ses liens, alors que l'auteur d'une bibliographie imprimée n'a pas de telles attentes.
- <sup>100</sup> L'un des aspects intéressants des hypertextes, c'est que les utilisateurs peuvent abandonner le rôle passif qu'ils ont joué en tant que lecteurs de textes imprimés pour devenir des auteurs eux-mêmes grâce à la création de liens. Voir, en général, Theodor H. Nelson, *Literary Machines* 93.1 (1993).
- <sup>101</sup> Un exemple peut aider à illustrer ce point. Imaginez un instant qu'un important éditeur d'ouvrages juridiques commence à distribuer commercialement un CD-ROM contenant la loi sur le droit d'auteur et

toutes (ou presque toutes) les décisions en matière de droit d'auteur du pays. L'éditeur pourrait aussi offrir en vente sur un autre disque un recueil de jurisprudence électronique principalement composé d'une série de liens renvoyant à des parties de ce CD-ROM, ainsi que des commentaires sur la loi et les décisions, qu'un professeur de droit d'auteur aurait préparés en vertu d'un contrat passé avec l'éditeur. Imaginez maintenant qu'un autre professeur de droit d'auteur veut préparer un recueil de jurisprudence électronique qui fonctionnerait avec la compilation d'arrêts sur le CD-ROM. Les décisions Nintendo peuvent aider à répondre à la question de savoir si l'auteur du second recueil devrait obtenir la permission de l'éditeur pour préparer un recueil concurrentiel.

102

Il y a une vingtaine d'années, des spécialistes américains du droit d'auteur ont fait état des risques qu'il pourrait y avoir à donner des interprétations très larges au droit de produire des oeuvres dérivées dans l'optique des nouvelles technologies. Voir la réunion-débat entre Ralph S. Brown, Jr., Benjamin Kaplan, Dan Lacy et Caryl Haskins, «Property Rights Under the New Technology», réimprimé dans *Computers, Communications and the Public Interest* 189, 205, 210 (Martin Greenberger, éd., 1971). Voir aussi Ralph S. Brown, Jr., «The Widening Gyre: Are Derivative Works Getting Out of Hand?», 3 *Cardozo Arts & Enter. L. J.* 1 (1984). L'affaire Galoob est une affaire qui aurait pu donner lieu à une extension considérable du droit de produire des oeuvres dérivées, mais la Ninth Circuit Court of Appeals a décidé de ne pas le faire.

103

La question délicate ici est la suivante : lequel des droits exclusifs prévus à l'article 106 serait violé par un utilisateur qui parcourt les liens qu'un utilisateur précédent a construits. Il convient de faire remarquer que le lecteur d'un article imprimé qui suivrait le chemin de recherche créé dans cet article ne porterait atteinte à aucun droit conféré à l'auteur de l'article parce que l'utilisation de l'article ne comprendrait pas l'acte de reproduction.

104

Il convient de rappeler que la Ninth Circuit Court of Appeals a conclu à l'usage équitable dans l'affaire Galoob en partie parce que le Game Genie ne pouvait être utilisé qu'avec des jeux Nintendo que les consommateurs avaient déjà payés. Galoob, 965 F.2d, p. 967-969. Voir supra, notes 50, 51, etc., et texte d'accompagnement.

105

C'est-à-dire que le document de liaison contiendrait des informations sur les endroits où commence et où se termine le document à consulter.

- 106 Voir aussi *New York Times Co. v. Roxbury Data Interface, Inc.*, 434 F. Supp. 217 (D. N.J. 1977) (la préparation d'un index pour faciliter l'utilisation de l'index annuel du *New York Times* était un usage équitable en partie parce que cet index ne remplaçait pas l'utilisation des index du *Times*).
- 107 Voir, p. ex., William T. Lake et al., «*Tampering With Fundamentals: A Critique of Proposed Changes in EC Software Protection*», 6 *Computer Law*. 1 (1989).
- 108 Voir, p. ex., Allen R. Grogan, «*Decompilation and Disassembly: Undoing Software Protection*», 1 *Computer Law*. 1 (1984).
- 109 *Computer Associates Int'l, Inc. v. Altai, Inc.*, 972 F.2d 673 (2d Cir. 1992); *Sega Enterprises, Ltd. v. Accolade, Inc.*, 977 F.2d 1510 (9th Cir. 1992); *Atari Games Corp. v. Nintendo of America, Inc.*, 975 F.2d 832 (Fed. Cir. 1992). Selon la décision rendue dans l'affaire *Altai*, les interfaces de programmes existants restreignent considérablement les décisions de conception des programmeurs subséquents. Selon la décision rendue dans l'affaire *Sega*, les interfaces établissent les exigences fonctionnelles pour assurer l'interfonctionnement.
- 110 Pamela Samuelson et al., «*A Manifesto Concerning the Legal Protection of Computer Programs*», 94 *Colum. L. Rev.* 2308, p. 2321 (1994).
- 111 *Id.*, § 2.2.3.
- 112 Voir, p. ex., *Systèmes informatisés Solartronix c. Collège d'enseignement général et professionnel de Jonquière*, 38 C.P.R. (3d) 143 (C.S. Qué. 1990) et *Delrina Corp. v. Triolet Systems, Inc.*, 47 C.P.R. (3d) 1 (Ont. 1993). Dans l'affaire *Delrina*, on invoque approuvativement l'affaire américaine *Computer Associates v. Altai* au soutien de l'affirmation selon laquelle les restrictions considérables imposées aux décisions de conception des créateurs de logiciels limiteront l'étendue de la protection conférée par le droit d'auteur à ces logiciels.
- 113 Directive du Conseil 91/250 concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur, 1991 O.J. (L 122) 42, préambule, art. 6. Pour un examen détaillé de la directive européenne sur les logiciels, voir Bridget Czarnota et Robert J. Hart, *Legal Protection of Computer Programs in Europe: A Guide to the EC Directive (1991)* et *A Handbook of European Software Law* (Michael Lehmann & Colin Tapper, éd., 1993).

- <sup>114</sup> Voir, en général, Vaver, *supra*, note 16, à CAN 105-106 et les causes qui y sont mentionnées.
- <sup>115</sup> 977 F.2d 1510 (9th Cir. 1992). Certaines parties de cette section du document reprennent le texte légèrement modifié d'un article précédent. Voir Samuelson, «Fair Use», *supra*, note 44.
- <sup>116</sup> Sega, 977 F.2d 1510.
- <sup>117</sup> Les programmes sont habituellement écrits sous forme de code source lisible par l'homme, puis transformés par un programme de traduction ou d'assemblage en langage machine généralement appelé code objet. La plupart du temps, les programmes sont distribués commercialement sous forme de code objet. La décompilation ou le désassemblage permet toutefois de retraduire le code objet en un langage qui correspond en gros au code source du programme. Voir Sega, 977 F.2d, p. 1514-1515, n. 2. Pour décompiler et désassembler un code objet, il faut nécessairement confectionner des copies du code du programme. Pour un bref rappel de la controverse juridique au sujet de la décompilation aux États-Unis, voir Jessica Litman, «Copyright and Information Policy», 55 *Law & Contemp. Probs* 185, p. 196-201 (1992).
- <sup>118</sup> Ainsi, Sega n'a pas soutenu que les programmes d'Accolade portaient atteinte au droit d'auteur à cause de l'information d'interface qui avait été prise dans ses propres programmes. Bien que Sega se soit initialement bornée à plaider que l'acte de contrefaçon résidait dans la reproduction effectuée au cours du désassemblage, elle a tardivement invoqué le moyen fondé sur la reproduction d'une courte séquence du code qui était importante pour l'initialisation du programme. La Cour d'appel a traité ce moyen «tardif» dans une note en bas de page. Elle a statué que la reproduction de cette courte séquence du code n'était pas illicite et a invoqué plusieurs motifs au soutien de cette affirmation : il s'agissait d'un usage équitable, ou la séquence du code était trop fonctionnelle ou trop courte pour être protégeable par le droit d'auteur. Sega, 977 F.2d, p. 1524, n. 7. La cour n'a fait aucune allusion à la doctrine de la fusion.
- <sup>119</sup> La Computer & Business Equipment Manufacturers Association a appuyé la thèse de Sega dans un mémoire présenté à titre d'*amicus curiae* à la Ninth Circuit Court of Appeals. Ce mémoire était aussi signé par le professeur Arthur Miller. Celui-ci a récemment publié un article dans lequel il critique la décision rendue par la Ninth Circuit Court of Appeals dans l'affaire Sega. Voir Arthur R. Miller, «Copyright

Protection For Computer Programs, Databases, and Computer Generated Works: Is Anything New Since CONTU?», 106 Harv. L. Rev. 977 (1993).

<sup>120</sup> Le tribunal de première instance avait accueilli la demande de Sega en vue d'obtenir une injonction interdisant non seulement le désassemblage ultérieur de ses programmes, mais aussi la distribution par Accolade de jeux incorporant des informations obtenues dans le cadre de l'opération de désassemblage. Voir *Sega*, 785 F. Supp. 1402. Pour une critique de l'argument fondé sur le «fruit de l'arbre empoisonné», voir le mémoire présenté à titre d'amicus curiae par l'American Committee for Interoperable Systems présenté à la Ninth Circuit Court of Appeals dans *Sega Enterprises Ltd. v. Accolade, Inc.*, aux p. 12-14 (dans lequel on explique, textes à l'appui, pourquoi cette théorie est mal fondée). L'éminent spécialiste du droit d'auteur qu'est le professeur Paul Goldstein de la Stanford Law School était l'un des signataires du mémoire.

<sup>121</sup> Accolade a invoqué trois autres moyens de défense : la reproduction intermédiaire devait être excusée parce que le produit fini vendu sur le marché n'était pas illicite; la décompilation était toujours excusable afin d'avoir accès à des éléments fonctionnels qui n'étaient pas protégeables en vertu de la disposition 17 U.S.C. § 102(b); et on pouvait interpréter la disposition 17 U.S.C. § 117, qui permet la reproduction de programmes d'ordinateur en vue de leur utilisation dans un ordinateur ou pour avoir une copie de sauvegarde, comme une disposition autorisant la décompilation. La Ninth Circuit Court of Appeals a rejeté ces trois moyens. *Sega*, 977 F.2d, p. 1518-1520.

<sup>122</sup> *Sega*, 977 F.2d, p. 1522. Voir aussi *Atari Games Corp. v. Nintendo of America, Inc.*, 975 F.2d 832 (Fed. Cir. 1992) (dans cette affaire, on a en outre statué que la décompilation effectuée en vue de créer des jeux vidéo compatibles serait un usage équitable d'un programme protégé). Selon la Ninth Circuit Court of Appeals dans l'affaire *Sega*, l'opinion exprimée dans l'affaire *Atari Games* [TRADUCTION] «s'accorde tant avec notre analyse qu'avec le résultat auquel nous arrivons». *Sega*, 977 F.2d, p. 1513, n. 1.

<sup>123</sup> *Id.*, p. 1522-1523.

<sup>124</sup> Il y a au moins trois motifs sur lesquels on pourrait s'appuyer pour dire que des programmes comme les jeux de Sega devraient être considérés comme des oeuvres inédites. Premièrement, Sega distribue uniquement des versions en code objet de ses jeux, ce qui est le signe implicite d'une intention de traiter les versions en code source comme

des secrets industriels. Comme Accolade a procédé au désassemblage des programmes parce qu'elle voulait avoir accès au contenu de la version inédite en code source des programmes que Sega garde sous clef, elle aspirait à confectionner une copie de ce code source inédit (ou un équivalent de celui-ci). Deuxièmement, toute version en langage d'assemblage des programmes de Sega est un exemplaire du programme que Sega n'a pas distribué, ce qui lui donnerait un caractère inédit. Troisièmement, de nombreux programmes d'ordinateur grand public comme les jeux de Sega sont distribués avec des licences («shrinkwrap licenses») qui annoncent des restrictions en ce qui concerne l'usage, ce qui donnerait à l'exemplaire visé par une telle licence le caractère d'une oeuvre inédite. Voir Karen Pohala, «Note, The Protection of Computer Software Through Shrink-Wrap License Agreements», 42 Wash & Lee L. Rev. 1347, p. 1379-1380 (1985) (l'auteure soutient que les restrictions imposées par ces licences donnent lieu à une «publication limitée» du code objet qui en fait une oeuvre inédite). Mais voir Richard H. Stern, «Shrink-wrap Licenses of Mass-Marketed Software: Enforceable Contracts or Whistling In the Dark?», 11 Rutg. Comp. & Tech. L. J. 51 (1985) et David A. Rice, «Licensing the Use of Computer Program Copies and the Copyright Act First Sale Doctrine», 30 Jurim J. 157 (1990) (qui critiquent ce point de vue).

<sup>125</sup> Harper & Row, 417 U.S., p. 553-555.

<sup>126</sup> Id., p. 1526, n. 9, qui renvoie à Galoob, 964 F.2d, p. 970, discuté supra, notes 50,51, etc., et texte d'accompagnement.

<sup>127</sup> Id., p. 1524-1525. La Cour d'appel a fait remonter la règle selon laquelle la protection conférée par le droit d'auteur aux oeuvres dotées [TRADUCTION] «d'éléments fonctionnels importants» est moins étendue que la protection conférée aux oeuvres de fiction à la décision rendue par la Cour suprême dans l'affaire Baker v. Selden, 101 U.S. 99 (1879). Voir aussi 2 Paul Goldstein, *Copyright: Principles, Law & Practice*, § 8.5 (1989) et J. H. Reichman, «Goldstein on Copyright Law: A Realist's Approach To a Technological Age», 43 Stan. L. Rev. 943, p. 970-976 (1991) (l'auteur examine l'interprétation que Goldstein donne au droit d'auteur dans le contexte des oeuvres fonctionnelles, y compris les programmes d'ordinateur, et des raisons de considérer la protection conférée à ces oeuvres comme «mince»).

<sup>128</sup> [TRADUCTION] «L'oeil humain peut facilement discerner les aspects non protégés de la plupart des oeuvres fonctionnelles [...] Les programmes d'ordinateur, cependant, sont généralement distribués au

public sous forme de code objet incorporé dans une puce de silicium ou sur une disquette. Pour cette raison, les humains ne peuvent avoir accès aux idées non protégées et aux concepts fonctionnels contenus dans le code objet sans désassembler ce code, c'est-à-dire confectionner des copies.» Id., p. 1525.

- <sup>129</sup> Un groupe de professeurs de droit d'auteur a présenté à titre d'amicus curiae dans l'affaire Sega un mémoire qui insistait fortement sur le caractère utilitaire du logiciel en tant que facteur appuyant l'usage équitable. Voir «Brief Amicus Curiae of Eleven Copyright Law Professors in Sega Enterprises, Ltd. v. Accolade, Inc.», 33 Jurimetrics J. 147, p. 151-159 (1992) (ci-après le «mémoire des professeurs de droit»). Les signataires de ce mémoire sont : Ralph S. Brown, Yale Law School; Stephen L. Carter, Yale Law School; Peter A. Jaszi, The American University; Dennis S. Karjala, Arizona State University (l'auteur principal); David L. Lange, Duke University; Peter S. Menell, University of California at Berkeley; L. Ray Patterson, University of Georgia; Leo J. Raskind, University of Minnesota; Jerome H. Reichman, Vanderbilt Law School; David A. Rice, Rutgers Newhouse Center for Law & Justice; et Pamela Samuelson, University of Pittsburgh. Voir aussi «Last Frontier Conference Report on Copyright Protection of Computer Software», 30 Jurim. J. 15 (1989) (dans lequel on indique que dix spécialistes de la propriété intellectuelle ont unanimement reconnu que le genre de reproduction intermédiaire effectué dans Sega devrait être considéré comme un usage équitable et licite d'un programme protégé lors d'une conférence organisée par le Center for Law, Science and Technology de l'Arizona State University College of Law). Les signataires de ce rapport sont : Donald S. Chisum, University of Washington; Rochelle Cooper Dreyfuss, New York University; Paul Goldstein, Stanford University; Robert A. Gorman, University of Pennsylvania; Dennis S. Karjala, Arizona State University; Edmund W. Kitch, University of Virginia; Peter S. Menell, Georgetown University; Leo J. Raskind, University of Minnesota; Jerome H. Reichman, Vanderbilt University; et Pamela Samuelson, University of Pittsburgh.

<sup>130</sup> Id., p. 1526, qui renvoie à la disposition 17 U.S.C. § 102(b).

<sup>131</sup> Id. Voir aussi Atari Games, 975 F.2d, p. 842.

<sup>132</sup> Sega, 977, F.2d, p. 1527.

<sup>133</sup> Id.

- 134 S'agissant du préjudice, il y a un moyen plausible que Sega ne semble pas avoir invoqué : Sega fait généralement payer une redevance aux créateurs de jeux qui veulent avoir accès à l'information concernant la façon de rendre des jeux compatibles avec l'appareil Genesis. Les activités d'Accolade étaient préjudiciables jusqu'à un certain point à ce régime de licences.
- 135 La cour a fait remarquer que les consommateurs achètent généralement beaucoup de jeux pour leurs appareils Sega, de sorte qu'il était loin d'être clair que la présence des jeux d'Accolade sur le marché nuisait aux ventes de Sega. La cour a insisté sur le fait qu'Accolade avait reproduit les programmes de Sega pour avoir accès à des informations de compatibilité qu'elle ne pouvait obtenir autrement, et qu'accorder à Sega la réparation demandée ferait échec aux objectifs fondamentaux du droit d'auteur au lieu de les promouvoir. *Id.*, p. 1523.
- 136 *Id.*, p. 1523-1524.
- 137 Voir supra et texte d'accompagnement.
- 138 Julie Cohen, «Reverse Engineering and the Rise of Electronic Vigilantism: Intellectual Property Implications of "Lock-Out" Technologies», 68 *So. Cal. L. Rev.* (à paraître en 1995).
- 139 Pour une analyse plus exhaustive de ces exemples, voir Samuelson, «Fair Use», supra, note 44, p. 86-98.
- 140 Alinéas 27(2)l) et m) de la Loi sur le droit d'auteur du Canada.
- 141 Voir, en général, Vaver, supra, note 16, à CAN 96-97, 107.
- 142 Rapport sur l'autoroute de l'information, supra, note 4, p. 32-36. Dans le rapport, on propose de considérer le décryptage comme un acte criminel. *Id.*, p. 36.
- 143 Livre vert, supra, note 4, p. 125-130.
- 144 Le livre vert propose un texte législatif précis, tandis que le rapport sur l'autoroute de l'information fait une recommandation plus générale. Voir le livre vert, supra, note 4, p. 128-129, et le rapport sur l'autoroute de l'information, supra, note 4, p. 36.

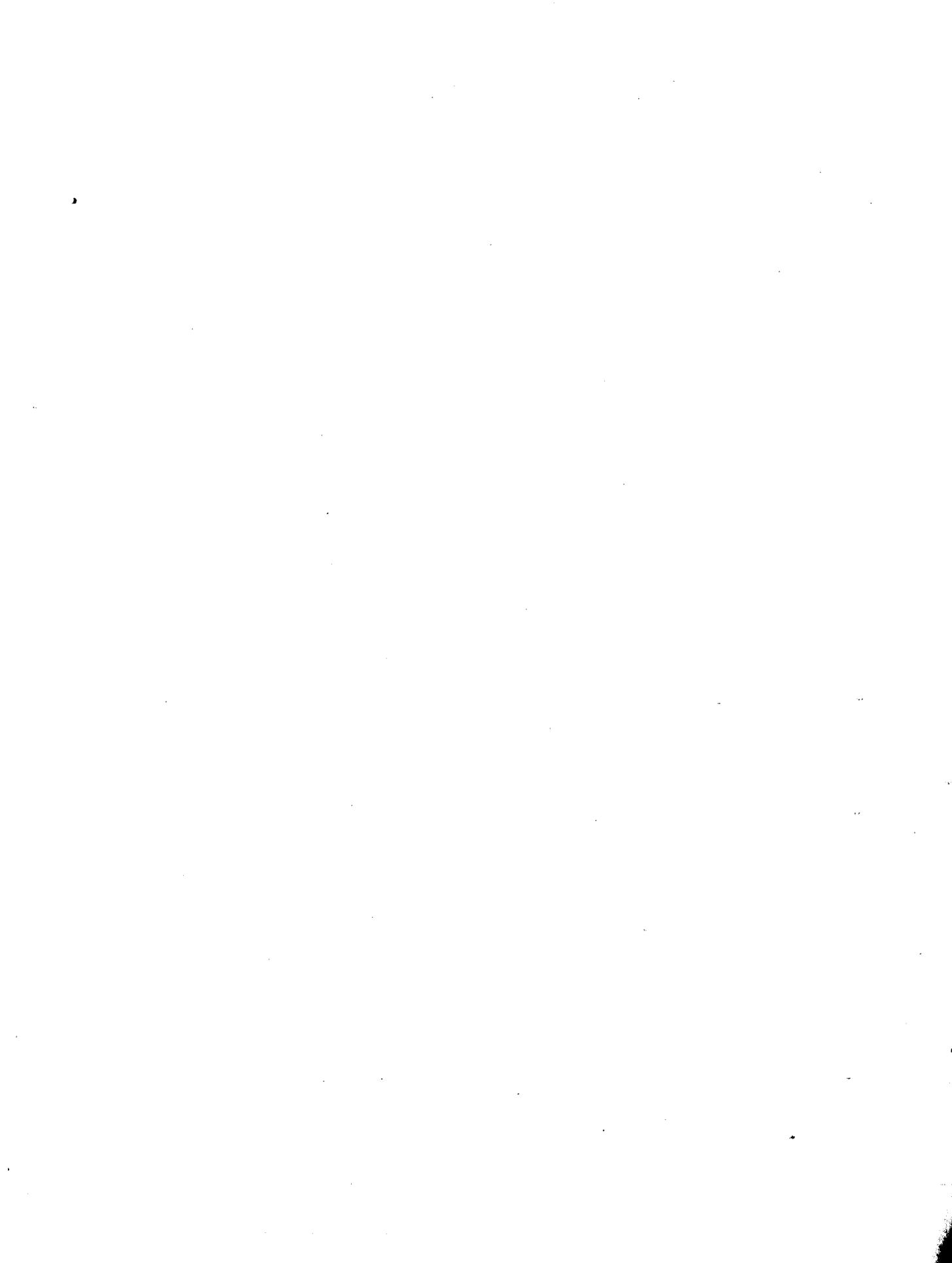
- 145 Pour une analyse plus complète de cette question, voir, p. ex., Pamela Samuelson, «Will the Copyright Office Be Obsolete in the Twenty-First Century?», 16 *Cardozo Arts & Ent. L. J.* 657 (1994).
- 146 La légitimité du but poursuivi par Accolade pour décompiler le programme de Sega a été un facteur important dans la décision de la cour de considérer la décompilation comme un usage équitable. *Sega*, 977 F. Supp., p. 1522-1523.
- 147 Voir, p. ex., *Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc.*, 114 S.Ct. 1164 (1984).
- 148 Loi sur le droit d'auteur du Canada, al. 27(2)e) et art. 28.
- 149 Voir, p. ex., Vaver, supra, note 16, à § 8 [3] [d].
- 150 Rapport sur l'autoroute de l'information, supra, note 4, p. 9 (on rejette expressément l'idée d'une loi sui generis dans le cas des oeuvres multimédias).
- 151 Id., p. 59-62.
- 152 Voir, p. ex., Vaver, supra, note 16, à CAN 13-14 (cette question y est examinée).
- 153 Voir la Proposition modifiée de directive du Conseil concernant la protection des bases de données, 1993 O.J. (C 308) (1993) (ci-après la «proposition de directive»).
- 154 Id., art. 2-5, 7-9.
- 155 Id., art. 6, 10-13.
- 156 Id., art. 6, 12. En reconnaissance du fait que les utilisateurs de bases de données doivent être assurés de leur droit de faire des utilisations raisonnables des bases de données, la proposition de directive de la CE donnerait aux utilisateurs de bases de données qui n'ont pas un caractère original le droit de prendre des parties peu importantes du contenu d'une base de données et de les réutiliser dans d'autres oeuvres. Id., art. 8. Cette disposition est digne de mention, notamment parce que les lois sur le droit d'auteur de la plupart des pays européens ne contiennent pas de dispositions sur l'usage équitable ou l'utilisation équitable. Le droit de faire des emprunts raisonnables est donc une innovation dans le domaine de la propriété intellectuelle.

- 157 C'est dans le préambule de la proposition de directive que l'objet économique de la directive est longuement examiné. *Id.*, préambule.
- 158 Voir, p. ex., *Feist Publications, Inc. v. Rural Telephone Service, Inc.*, 499 U.S. 340 (1991).
- 159 Voir, p. ex., *Manifesto*, supra, note 110, p. 2337, n. 94.
- 160 Proposition de directive, supra, art. 13.
- 161 L'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle déconseille fortement d'inclure des dispositions de réciprocité dans les lois nationales sur la propriété intellectuelle. Voir, p. ex., Steven J. Metalitz, «The Database Directive and the EC's "Direction" on Copyright: Some Reflections», 4 *Fordham Intell. Prop. Media & Ent. L. J.* 33, p. 37-38 (1993).
- 162 Report of Seth Greenstein on WIPO Experts Meeting, décembre 1994.
- 163 Voir, p. ex., Pamela Samuelson, «Allocating Rights in Computer-Generated Works», 47 *U. Pitt. L. Rev.* 1185 (1986).
- 164 Pour des exemples, voir Office of Technology Assessment, U.S. Congress, *Intellectual Property Rights in An Age of Electronics and Information* (1986).
- 165 Voir Christopher Millard, «Advanced Computer Systems and Their Output», *Proceedings of Softic Third International Symposium on The Legal Protection of Computer Software* 439-444 (1991).
- 166 Voir, p. ex., Gerald Dworkin, «Copyright, Patent, and/or Sui Generis: What Regime Best Suits Computer Programs?», dans *International Intellectual Property Law and Policy* (Hugh Hanson, éd., à paraître en 1995).
- 167 449 U.S. 340 (1991).
- 168 Les commentateurs ne sont cependant pas tous d'accord avec cette évaluation. Voir, p. ex., Miller, supra, note 119.
- 169 *Manifesto*, supra, note 110.
- 170 Loi sur le droit d'auteur du Canada, art. 22.

- 171 Manifesto, supra, note 110, § 1.1.1.
- 172 Id., § 1.1.2.
- 173 Id., § 2.1.2.
- 174 Id., § 2.2.1.
- 175 Id., § 2.2.2.
- 176 Id., § 2.2.3.
- 177 Voir, p. ex., Lotus Dev. Corp. v. Paperback Software Int'l, Inc., 740 F. Supp. 37 (D. Mass. 1990).
- 178 Id., § 2.3.1.
- 179 Id., § 4-5.
- 180 Voir, p. ex., le rapport sur l'autoroute de l'information, supra, note 4, et le livre vert, supra, note 4.
- 181 Voir, p. ex., Barlow, supra, note 2.
- 182 Esther Dyson, George Gilder, George Keyworth et Alvin Toffler, Cyberspace and the American Dream: A Magna Carta for the Knowledge Age, Release 1.2 (22 août 1994). On peut obtenir ce document via le serveur Progress & Freedom Foundation sur le réseau Internet.
- 183 Barlow, supra, note 2, p. 85.
- 184 Voir supra, note 2.
- 185 Les paragraphes suivants du présent document reprennent le texte légèrement modifié d'un ouvrage précédent de l'auteure intitulé Copyright, Digital Data, and Fair Use in Digital Networked Environments. Cet ouvrage sera l'un des chapitres d'un livre portant sur l'autoroute électronique qui sera publié prochainement par Kluwer Press. Les articles de ce livre ont été présentés à une conférence organisée par l'Université de Montréal en mai 1994.
- 186 Voir, p. ex., Samuelson, «Digital Media», supra, note 45.
- 187 En avril 1993, la Coalition for Networked Information, l'Interactive Multimedia Association, la John F. Kennedy School of Government of Harvard et le Massachusetts Institute of Technology ont organisé

conjointement un atelier sur ce genre d'initiatives de recherche. Voir Proceedings, Technological Strategies for Protecting Intellectual Property in the Networked Multimedia Environment (janvier 1994) (ci-après «IMA Proceedings»).

- <sup>188</sup> Voir, p. ex., Gary N. Griswold, IMA Proceedings, supra, note --, p. 169-178 et Marvin A. Sirbu, «Internet Billing Service Design and Prototype Implementation», IMA Proceedings, supra, note 187, p. 67-80.
- <sup>189</sup> Voir, p. ex., Kineo Matsui & Kiyoshi Tanaka, «Video-Steganography: How to Secretly Embed a Signature in a Picture», IMA Proceedings, supra, note 187, p. 187-296.
- <sup>190</sup> Voir, p. ex., Henry J. Perritt, Jr., «Permission Headers and Contract Law», IMA Proceedings, supra, note 187, p. 27-48.



# LA TECHNOLOGIE NUMÉRIQUE ET LE DROIT D'AUTEUR : LA DISPARITION DES DOCUMENTS PAPIER ENTRAÎNERA-T-ELLE LA DISPARITION DES AUTEURS ?

Ysolde Gendreau<sup>1</sup>

Le droit d'auteur s'est développé grâce aux nouvelles technologies. C'est une technologie - la presse typographique - qui en est à l'origine, et l'apparition de nouvelles autres a conduit à l'accroissement tant des catégories d'oeuvres qui sont protégées par le droit d'auteur que des utilisations qui donnent lieu à l'exercice du droit d'auteur. Photographies, films, enregistrements sonores et programmes d'ordinateur, pour n'en mentionner que quelques-uns, se sont ajoutés à la liste des oeuvres protégées<sup>2</sup>, alors que la radio, la télévision, la photocopieuse et les satellites ont fait accroître la valeur potentielle des oeuvres parce qu'ils permettent aux auteurs d'atteindre un public plus considérable. Chaque fois qu'un nouveau type d'oeuvre ou un nouveau mode de diffusion des oeuvres est apparu, il a fallu remettre en perspective les forces sous-jacentes du droit d'auteur. Il y a encore des questions à régler, mais un nouveau défi a surgi et, semble-t-il, éclipsé tous les autres : il s'agit de la technologie numérique.

Les questions soulevées par la technologie numérique dont il faut discuter visent tous les aspects du droit d'auteur. Il serait téméraire de tenter de les examiner tous ici, mais il serait intéressant d'analyser en parallèle deux notions qui sont, chacune, intimement liées à l'une des deux écoles de pensée en matière de loi sur le droit d'auteur. La première est la notion de fixation, à laquelle les pays de tradition anglo-saxonne accordent une grande importance, et la deuxième est la notion des droits moraux, qui a acquis une importance considérable dans les pays partageant la conception continentale du droit d'auteur. Naturellement, notre but n'est pas de déterminer la supériorité d'un système sur l'autre, mais plutôt de voir si des échanges entre chacun sont possibles, afin de trouver une solution acceptable pour les deux systèmes, compte tenu de l'adaptation que la technologie numérique peut exiger.

## I. FIXATION

La technologie numérique fait disparaître le support tangible des oeuvres comme forme première de leur existence. Son importance croissante nous oblige à repenser la notion de fixation. Cependant, cette réévaluation est un processus que de nombreux pays ont déjà connu et qui en a même incité certains à abandonner ce critère comme condition préalable de la protection du droit d'auteur. Comme cette question ne fait pas l'unanimité, la Convention de Berne dispose qu'«Est[...]réservée aux législations des pays de l'Union la faculté de prescrire que les oeuvres littéraires et artistiques ou bien l'une ou plusieurs catégories d'entre elles ne sont pas protégées tant qu'elles n'ont pas été fixées sur un support matériel<sup>3</sup>». Malgré tout, dans les pays où les oeuvres doivent être fixées pour être protégées, cette notion a évolué afin de tenir compte des différents moyens qui existent maintenant pour fixer les oeuvres. Les répercussions de la technologie numérique sur le critère de la fixation constitue peut-être la dernière étape de cette évolution.

### A. Évolution du critère de la fixation

Il est fort normal que la notion de fixation acquiert de nouvelles significations à mesure que la technologie produit de nouvelles méthodes pour donner forme à une oeuvre par un support tangible. Cette évolution est inévitable parce que l'apparition de nouvelles oeuvres peut exiger de nouveaux médias. Les lois de certains pays qui exigent encore la fixation de l'oeuvre comme condition préalable de leur protection sont mieux conçues que d'autres pour composer avec ce phénomène. L'état du droit au Canada semble incertain pour le moment, et c'est pourquoi la loi pourrait plus facilement être modifiée en fonction des exigences de la technologie numérique.

Au début, naturellement, la fixation ne pouvait s'appliquer qu'à l'imprimerie : la *Statute of Queen Anne* de 1709 avait été conçue pour protéger le droit d'auteur des documents imprimés, qu'il s'agisse d'oeuvres littéraires ou musicales. Lorsque cette protection s'est étendue aux oeuvres artistiques, la notion de fixation pouvait également s'appliquer à la réalisation d'une oeuvre qui était perçue par l'oeil. Naturellement, les lois anglaise et canadienne sur le droit d'auteur actuellement en vigueur ne mentionnent pas la fixation des oeuvres de ces catégories<sup>4</sup>, car il est de leur essence même de se manifester sous une forme matérielle concrète.

La catégorie des oeuvres dramatiques suscite une question plus difficile parce que ces oeuvres sont destinées au public dans le cadre d'une représentation. Elle vise les pièces de théâtre, les oeuvres cinématographiques, les

chorégraphies et les pantomimes. Les deux premiers types peuvent être associés à une oeuvre littéraire — le manuscrit — ou à une oeuvre artistique — une série de photographies — mais l'origine des deux derniers ne peut pas vraiment être rattachée, de la même façon, à une forme matérielle. La nature particulière des oeuvres explique pourquoi le législateur en exigera parfois de façon expresse la fixation afin de les protéger<sup>5</sup>.

Deux inventions ne correspondent pas à la conception traditionnelle de la fixation. La première est l'enregistrement sonore. Comme son nom l'indique, l'enregistrement sonore concerne les sons et peut donc servir à enregistrer des oeuvres musicales. Toutefois, même si une composition musicale peut donc prendre une forme matérielle, l'oeuvre elle-même ne peut être vue de la même façon qu'une partition musicale. Jusqu'à l'entrée en vigueur de la *Copyright Act* de 1976, aux États-Unis, l'enregistrement sonore ne constituait pas un moyen régulier de fixation d'une oeuvre musicale parce qu'il fallait recourir à un moyen mécanique pour y avoir accès<sup>6</sup>.

La deuxième invention est le programme d'ordinateur. Avec ses séries de «0» et de «1», le programme d'ordinateur pousse encore plus loin le caractère abstrait de la fixation d'une oeuvre dans une réalisation matérielle. Cependant, les tribunaux et les rédacteurs législatifs en ont proclamé la fixation lorsqu'il est en code objet. Dans certains pays, une disposition spéciale est nécessaire<sup>7</sup>, alors que dans d'autres la déclaration générale sur la fixation suffit<sup>8</sup>. Une obligation de fixation formulée en termes généraux comme la prescrit la loi américaine a permis aux tribunaux de conclure que l'entreposage dans la mémoire morte d'un ordinateur est suffisant, même si cela veut dire que l'oeuvre disparaît lorsque l'ordinateur est fermé<sup>9</sup>.

Ces progrès technologiques récents indiquent à quel point une obligation de fixation peut devenir artificielle à notre époque. L'état du droit canadien à l'égard de la fixation est maintenant incertain depuis l'adoption de la *Loi modifiant la Loi sur le droit d'auteur* de 1993, qui a modifié la définition des oeuvres musicales afin de supprimer la nécessité de la fixation graphique<sup>10</sup>. Au Canada, la *Loi sur le droit d'auteur* ne contient aucune disposition de portée générale, comme les lois américaine ou anglaise, sur la fixation des oeuvres. Au contraire, elle définit «toute oeuvre littéraire, dramatique, musicale et artistique originale» ainsi : «S'entend de toutes les productions originales du domaine littéraire, scientifique et artistique, *quel qu'en soit le mode ou la forme d'expression*<sup>11</sup>», cette dernière expression étant la formule traditionnelle utilisée pour indiquer l'absence d'une obligation de fixation. Avant de chercher désespérément à s'accrocher à la notion de fixation comme condition préalable de la protection du droit d'auteur, les tribunaux ou le législateur devraient examiner les répercussions de la technologie numérique.

## B. Répercussions de la technologie numérique sur la fixation

Le phénomène multimédia bat la fixation en brèche. À chaque catégorie d'oeuvres correspondaient des formes plus ou moins traditionnelles de support matériel et de leurs dérivés : les oeuvres littéraires sous-entendent l'utilisation du stylo et du papier; les oeuvres artistiques se composent de couleurs, de toiles, d'argile, de films, etc.; les oeuvres musicales sont perçues grâce aux partitions ou aux enregistrements sonores; les oeuvres dramatiques sont consignées sur papier ou sur ruban. Avec le phénomène multimédia, ces associations courantes entre le type d'oeuvre et sa manifestation tangible ne sont plus aussi catégoriques qu'elles l'étaient. Presque toutes les oeuvres peuvent se réduire à la même présentation «matérielle», c'est-à-dire une série de «0» et de «1» qui donnent forme aux oeuvres littéraires, artistiques, musicales et dramatiques, et ce de façon interchangeable.

Lorsque les tribunaux ont statué que l'entreposage d'une oeuvre dans la mémoire morte d'un ordinateur suffit pour satisfaire à l'obligation de fixation prévue par la loi américaine sur le droit d'auteur, ils ouvraient la porte aux créations multimédias. Nous osons avancer que la déclaration sur la fixation faite dans la décision *Canadian Admiral* — c'est-à-dire qu'une oeuvre [TRADUCTION] «doit être exprimée, dans une certaine mesure du moins, sous une certaine forme matérielle, être susceptible d'identification et avoir une durée plus ou moins permanente<sup>12</sup>» —, sur laquelle repose la doctrine de la fixation au Canada, peut justifier la même interprétation. Nous ajouterions même que, lorsqu'une notion comme la fixation peut être interprétée de cette façon, elle n'a plus la pertinence voulue pour servir de facteur déterminant dans la protection du droit d'auteur. Le moment est donc venu d'abandonner un tel dogme, en particulier lorsque la création multimédia pointe à l'horizon. De nombreux pays ne connaissent pas l'obligation de fixation, et le système n'en fonctionne pas moins de façon satisfaisante. En rejetant cette obligation, on supprime un important obstacle philosophique, et notre compréhension du phénomène multimédia en est facilitée.

Le phénomène multimédia fait certainement ressortir l'importance d'abandonner, à l'égard du droit d'auteur, l'approche axée sur le support (ce que précisément la notion de fixation perpétue). La technologie numérique, qui forme le fondement de la création multimédia, permet la fusion de différentes catégories d'oeuvres. Il devient de plus en plus inutile de classer les oeuvres parmi les oeuvres littéraires, artistiques, musicales ou dramatiques afin d'en déterminer l'existence, parce que notre compréhension de ces termes est étroitement liée au support matériel auquel elles sont associées. La discussion de la classification des oeuvres selon ces catégories peut facilement paraître assez oiseuse, comme la décision rendue récemment en Grande-Bretagne l'a prouvé, dans l'affaire *Anacon Corp. Ltd. v. Environ-*

*mental Research Technology Ltd*<sup>13</sup>. Il faudra de plus en plus envisager la notion générale d'oeuvre de l'esprit plutôt que celle d'oeuvre distincte appartenant à une catégorie définie rigoureusement. Cette évolution reflète également le fait que la loi sur le droit d'auteur est transplantée dans des pays de culture différente, dans lesquels la notion d'oeuvre peut différer de celle qu'en avaient à l'origine les fondateurs de la Convention de Berne<sup>14</sup>. Cependant, il faut se rappeler que cette nouvelle optique est peut-être une conséquence de la révolution multimédia dans les pays de tradition anglo-saxonne, mais qu'elle n'est pas nouvelle dans les pays de conception continentale.

Le phénomène multimédia nous force donc à conceptualiser la notion d'«oeuvre» à un degré supérieur. C'est un exercice plus exigeant, parce que nous n'avons plus les filets de sécurité que constituent les catégories traditionnelles, mais il est loin d'être nouveau en ce qui concerne la loi sur le droit d'auteur. La loi sur le droit d'auteur a toujours cherché à faire la distinction entre la propriété sur l'oeuvre intellectuelle et la propriété sur l'objet matériel dans lequel cette oeuvre prend forme. Cette distinction entre l'oeuvre et sa matérialisation ressort clairement dans la définition donnée aux États-Unis au terme *copies* : [TRADUCTION] «les copies sont des objets matériels [...] dans lesquels une oeuvre est fixée [...] et à partir desquels l'oeuvre peut être perçue, reproduite ou communiquée d'une autre façon<sup>15</sup>». Dans la même veine, la loi française porte que «La propriété incorporelle définie par l'article L.111-1 [droit d'auteur] est indépendante de la propriété de l'objet matériel<sup>16</sup>». Encore une fois, l'effort auquel nous oblige la création multimédia n'a rien d'exceptionnel. L'application du principe peut sembler un peu moins évidente au départ, mais ce n'est pas un obstacle.

Si le processus d'identification des oeuvres protégées est destiné à devenir une activité assez courante, certaines conséquences de l'absence de supports matériels traditionnels sont beaucoup plus révolutionnaires parce que notre compréhension de nombreux aspects du droit d'auteur est conditionnée par l'approche axée sur le support de l'oeuvre. Il faut réévaluer plusieurs notions que l'on tient pour acquises. Il m'en vient beaucoup à l'esprit, mais je n'en mentionnerai qu'une seule : les facteurs d'admissibilité. Afin de déterminer si une oeuvre est protégée par le droit national, on prend en considération soit la nationalité de l'auteur soit le lieu de publication de l'oeuvre. La facilité avec laquelle une oeuvre peut être modifiée grâce aux techniques multimédias veut dire que, à diverses étapes de son développement, peuvent intervenir différentes personnes qui ne sont pas toutes nécessairement de la même nationalité. Ainsi, si plusieurs oeuvres sont créées au cours de ce processus, comment faut-il identifier le droit applicable? L'autre facteur connexe, le lieu de publication, fait ressortir de façon encore plus claire la question de l'absence du support matériel. La publication a toujours sous-entendu l'existence d'un objet matériel qui peut se trouver dans un lieu

déterminé. Comment peut-il y avoir publication si le lieu où se trouve l'oeuvre est un réseau continu d'impulsions électriques? Déjà, aux termes de la *Loi sur le droit d'auteur* actuellement en vigueur au Canada, la communication au public d'une oeuvre par télécommunication ne constitue pas un acte de publication<sup>17</sup>. Il sera peut-être nécessaire de revoir sous peu cette disposition. Il ne s'agit là que de deux des nombreuses questions auxquelles nous devons répondre, en raison de la disparition du support matériel comme véhicule permettant de déterminer si une oeuvre est protégée. Elles font ressortir la nécessité d'en arriver à cet égard à un consensus international, ce qui ne sera possible que si, à titre préliminaire, toutes les parties acceptent d'abandonner l'approche axée sur le support de l'oeuvre. La première étape consiste à supprimer la notion de fixation comme l'un des critères dont dépend la protection du droit d'auteur.

Comme nous amorçons ce processus, il importe de ne pas céder à une tendance qui semble se dessiner. Une bonne partie du discours actuellement tenu sur l'autoroute de l'information est plutôt hostile au droit d'auteur. L'expression même «autoroute de l'information» donne le ton.

[TRADUCTION] «La plupart des produits multimédias disponibles de nos jours se fondent sur la propriété intellectuelle qui découle d'une source unique ou qui est dans le domaine public<sup>18</sup>». L'on reconnaît donc que la propriété intellectuelle est en cause, mais on contourne les problèmes. Il est facile de se laisser aller à penser que le droit d'auteur est comme une épine que le phénomène multimédia est destiné à supprimer. Après tout, pourquoi devrait-on se soucier du droit d'auteur? Les oeuvres ne sont-elles pas de simples produits informationnels ayant un contenu culturel? Pourquoi certaines séries de «0» et de «1» pourraient-elles se déplacer librement alors que d'autres ne le pourraient pas? La numérisation menace de trivialisier les oeuvres qui sont protégées par le droit d'auteur parce que leur valeur intrinsèque est visible plus longtemps grâce à un support facilement reconnaissable.

L'attitude négative manifestée à l'égard de l'application du droit d'auteur se fonde sur le coût que celle-ci comporte. À l'heure actuelle, il n'en coûte rien, dans presque tous les cas, pour circuler sur l'autoroute de l'information. Un nombre sans cesse croissant d'utilisateurs s'habituent donc à l'idée qu'il n'en coûte vraiment rien pour l'utiliser. Le droit d'auteur antagonise ces pratiques. Les utilisateurs sont d'autant plus contre l'idée de payer qu'ils pourraient penser que l'argent versé revient en fait aux éditeurs, c'est-à-dire de gros intérêts commerciaux. Déjà, une bonne partie du débat concernant l'autoroute de l'information oppose les utilisateurs aux éditeurs plutôt qu'aux auteurs. Cette attitude peut être regrettable, mais elle n'est pas vraiment étonnante sur un continent qui pratique de façon assez courante la règle de l'oeuvre à louer ainsi que la cession des droits aux éditeurs. Toutefois, moins l'auteur est considéré comme important, moins légitime

devient le droit d'auteur. Si l'auteur n'est plus au coeur du phénomène, le droit d'auteur devient une simple lutte économique entre deux groupes d'intérêts — les éditeurs et les utilisateurs — dont le fondement idéologique est faible ou même totalement absent<sup>19</sup>. Il devient donc important d'évaluer comment la loi sur le droit d'auteur a répondu aux intérêts des auteurs de façon à susciter davantage l'intérêt du public pour le droit d'auteur. Elle y est arrivée, naturellement, par une rétribution pécuniaire, mais également en protégeant leurs intérêts personnels.

## II - DROITS MORaux

Au Canada, les droits moraux se situent dans un contexte plutôt hostile. Il est vrai que le Canada fut le premier pays de tradition anglo-saxonne à incorporer l'Article 6*bis* de la Convention de Berne dans sa loi sur le droit d'auteur, mais cette disposition était semée d'embûches pour quiconque voulait l'invoquer<sup>20</sup>. Même si elles ont aidé à régler la majorité des problèmes qui y étaient associés, les modifications apportées par la phase I du processus de révision du droit d'auteur reflètent toujours la même attitude à l'égard des droits moraux. En particulier, l'existence d'une disposition portant renonciation<sup>21</sup> — renonciation qui n'a pas à être faite par écrit — mine la raison d'être du système des droits moraux. La position du Canada à cet égard est loin d'être particulière, puisqu'elle correspond à celle d'autres pays de tradition anglo-saxonne. En fait, il suffit d'examiner la situation aux États-Unis pour avoir l'exemple d'un pays qui est presque allergique aux droits moraux : leur opposition à l'Article 6*bis* de la Convention de Berne, dans l'accord du GATT/OMC, et leur statut spécial touchant l'application de cette disposition dans l'ALENA sont des indications récentes qu'ils s'opposent de plus en plus publiquement à admettre cette notion.

À cause de l'internationalisation sans cesse croissante du droit d'auteur, il faut mettre un terme à la polarisation qui caractérise ce débat. On ne peut nier que le phénomène multimédia, avec les possibilités d'interactivité qu'il représente, donne un défi formidable aux droits moraux. S'il n'est pas relevé et si les droits moraux sont éliminés, la perte qui en résultera affectera tant les perdants que les gagnants. En fait, les tenants d'un régime de droits d'auteur sans droits moraux pourraient renier un aspect de leur propre histoire lorsqu'ils s'opposent de façon si farouche aux droits moraux, car ce faisant ils minent une bonne part de la légitimité de la loi sur le droit d'auteur. L'évolution des droits moraux a pris diverses formes dans les pays de tradition continentale et de tradition anglo-saxonne (A), mais les répercussions de la technologie numérique sur les droits moraux exigent une solution acceptable par les deux écoles (B).

## A. Évolution des droits moraux

Même lorsqu'ils sont introduits dans les pays de tradition anglo-saxonne, les droits moraux sont toujours considérés comme une excroissance du système civil des droits des auteurs. On prétend donc que l'histoire des droits moraux a façonné les droits d'auteur de conception continentale, alors que le système de tradition anglo-saxonne n'aurait admis la théorie des droits moraux qu'après y avoir été forcé, par suite des pressions internationales exercées. Toutefois, ce n'est pas parce que le système de common law n'a pas formulé les préoccupations des auteurs de façon aussi méthodique que l'école de pensée civiliste que la conception anglo-saxonne ne tient pas compte des intérêts des auteurs.

Telle qu'elle est comprise de nos jours, la doctrine des droits moraux trouve son origine dans l'Europe continentale du XIX<sup>e</sup> siècle. La philosophie allemande, les doctrines allemande et française ainsi que la jurisprudence française ont donné lieu à une notion qui exalte la personnalité de l'auteur<sup>22</sup>. Ce processus graduel a conduit à une reconnaissance de ce principe dans la loi des deux pays, au début de la seconde moitié du XX<sup>e</sup> siècle : la loi française du 11 mars 1957 a consacré une thèse dualiste du droit d'auteur suivant laquelle les droits moraux ont prépondérance sur les prérogatives économiques de l'auteur; en Allemagne, où les droits personnels de l'auteur déterminent l'essence du droit dans son ensemble, la loi sur le droit d'auteur de 1965 a servi de fondement au monisme. La doctrine des droits moraux est donc apparue sur le tard, dans l'évolution du droit d'auteur, l'absence de droits moraux dans le texte original de 1886 de la Convention de Berne et l'insertion de l'Article *6bis* en 1928 seulement en faisant foi.

À cause de leur origine qui remonte au XIX<sup>e</sup> siècle, les droits moraux peuvent être considérés comme un phénomène romantique nullement pratique, qui n'est plus d'aucune utilité en cette fin de millénaire. Lorsque des pays comme le Canada, le Royaume-Uni, les États-Unis avec leur *Visual Artists Rights Act* de 1990 et bientôt l'Australie adoptent des dispositions relatives aux droits moraux, leur loi est souvent perçue comme une victoire des tenants des droits moraux (c'est-à-dire les pays de droit civil) sur la conception anglo-saxonne, par l'influence d'une convention de Berne de plus en plus stérile. La présence des droits moraux dans ces lois est donc le signe qu'ils constituent un élément étranger. Prenons l'exemple de la *Loi sur les droits d'auteur* canadienne : on s'aperçoit facilement que les droits moraux ne sont pas intégrés à la notion du droit d'auteur comme ils le sont dans les pays de droit civil. L'expression «droit d'auteur» vise uniquement la dimension économique du droit d'auteur et, dans toute la loi, les termes «droit d'auteur» et «droits moraux» désignent de toute évidence deux notions très distinctes qui fonctionnent presque indépendamment l'une de l'autre<sup>23</sup>. Au contraire, le

*Code de la propriété intellectuelle* français porte que le droit d'auteur «comporte des attributs d'ordre intellectuel et moral ainsi que des attributs d'ordre patrimonial<sup>24</sup>».

Plutôt que d'axer le débat sur les droits moraux, nous devrions en premier lieu nous demander si les intérêts personnels des auteurs ont toujours été étrangers à la conception anglo-saxonne. Pour répondre à cette question, il faut aller au-delà d'une théorie des droits moraux définie de façon officielle puisque, nous le reconnaissons, une telle notion n'a fait l'objet d'aucune conceptualisation générale. Les origines de la loi sur le droit d'auteur en Angleterre sont particulièrement révélatrices à cet égard. La *Statute of Queen Anne* de 1709 a joué un rôle décisif en retirant aux éditeurs le contrôle sur les livres pour le confier aux auteurs. Comme, depuis 1642, les éditeurs avaient besoin du consentement de l'auteur pour imprimer le livre et utiliser son nom, les auteurs ne jouaient pas un rôle actif dans la commercialisation de leurs livres : en règle générale, la vente de leur manuscrit pour une somme forfaitaire leur enlevait le contrôle sur leur création. Jusqu'à l'adoption de la *Statute of Queen Anne*,

*[TRADUCTION] [...] les auteurs se plaignaient, mais ils étaient certainement plus concernés par ce que nous appelons maintenant les droits moraux [...], s'opposant à la publication sans consentement, à la fausse attribution de l'oeuvre à un autre auteur et aux modifications apportées aux textes, qui étaient préjudiciables à leur réputation. Wittenberg donne des exemples de plainte provenant d'auteurs anglais, notamment l'attaque bien sentie faite par un certain George Wither, en 1625 :*

*[TRADUCTION] En effet, un grand nombre de nos libraires modernes ne sont que des excréments inutiles, ou plutôt de la vermine, [...] ouais, puisqu'ils prennent l'initiative de publier des livres factices, altérés et mutilés selon leur bon plaisir, sans le consentement de l'auteur, et parfois de changer le nom de l'auteur et le titre du livre (après impression)<sup>25</sup>.*

La *Statute of Queen Anne* a mis fin à la lutte opposant les libraires qui voulaient maintenir leur monopole avec le renouvellement de la *Licensing Act*, non par le rétablissement de leur monopole, mais par son élimination grâce au nouveau mandat que l'on a confié aux auteurs dans la diffusion de leurs oeuvres, *[TRADUCTION]* «en fait, c'est le législateur qui a fait entrer l'auteur dans l'arène du droit d'auteur<sup>26</sup>». Même si cette mesure visait *[TRADUCTION]* «non pas vraiment à créer un droit d'auteur pour les auteurs mais plutôt à mettre un terme au monopole des libraires de Londres sur tous

les droits d'auteur anciens les plus précieux<sup>27</sup>», la loi a eu comme effet de donner le pouvoir aux auteurs. Dans la diffusion des oeuvres, le premier rôle est revenu aux auteurs en raison de leurs intérêts personnels dans le processus, plutôt qu'aux éditeurs, dont les intérêts étaient purement économiques. Naturellement, les éditeurs londoniens se sont farouchement opposés à ce changement, mais ils ont finalement perdu dans la décision rendue par la Chambre des lords, dans *Donaldson v. Beckett*. Le législateur a ainsi fait d'une pierre deux coups; il a mis un terme à un monopole puissant qui ne servait pas l'intérêt public en satisfaisant aux demandes des auteurs qui estimaient de plus en plus que le créateur devait être propriétaire de son oeuvre<sup>28</sup>. Le droit d'auteur repose effectivement sur le principe suivant lequel il est dans l'intérêt public de promouvoir les intérêts personnels des auteurs.

Naturellement, cette promotion doit s'effectuer de façon judicieuse, ce que tente de réaliser le système du droit d'auteur. Selon la tradition britannique, les intérêts personnels des auteurs ont surtout été favorisés par des mesures économiques. Malgré tout, on voit, ici et là, que l'on a également veillé à des intérêts plus intimement liés à leurs préoccupations intellectuelles. Le poète Byron a réussi à faire interdire la publication d'un livre qui lui était attribué, mais qui contenait des poèmes qu'il n'avait pas écrits<sup>29</sup>. On a reconnu au prince consort Albert le droit de contrôler la publication d'oeuvres non publiées<sup>30</sup>. Il y a d'autres exemples<sup>31</sup>. Les dispositions des lois sur les droits d'auteur sont peut-être plus révélatrices en ce qu'elles ressemblent, sans erreur possible, aux droits moraux qui existent de nos jours. Ainsi, la *Fine Arts Copyright Act* de 1862 interdisait, jusqu'en 1956, la modification de l'oeuvre d'un artiste de son vivant, ainsi que l'utilisation de la signature d'autrui et la fausse attribution d'une oeuvre à un autre auteur<sup>32</sup>. Les rédacteurs de la *Copyright Act* de 1956 se sont appuyés sur cette disposition pour étendre l'interdiction d'usurpation du nom d'autrui à toutes les catégories d'oeuvres protégées<sup>33</sup>. Naturellement, les recours à la disposition des auteurs qui voulaient faire valoir leurs droits personnels, c'est-à-dire «moraux», n'ont pas fait l'objet d'études théoriques approfondies et n'ont pas eu, sur la compréhension de la loi sur le droit d'auteur, l'effet perturbateur que la doctrine des droits moraux a eu dans les pays de tradition continentale. Malgré tout, ne devrait-on pas mettre fin au refus opposé à la protection des intérêts personnels dans les pays de tradition anglo-saxonne? Plutôt que d'invoquer des étiquettes, ne devrait-on pas examiner la fonction de la loi? La protection des intérêts personnels des auteurs a toujours fait partie de la tradition anglo-saxonne, mais peut-être pas dans la même mesure que dans les pays de droit civil; toutefois, il serait erroné de rejeter cette fonction de la loi sur le droit d'auteur comme s'il s'agissait simplement d'un discours grandiloquent et romantique du XIX<sup>e</sup> siècle. Personne n'entend l'appel afin de faire disparaître le sous-produit du mauvais côté du

romantisme du XIX<sup>e</sup> siècle, la révolution industrielle, c'est-à-dire la règle de l'oeuvre à louer, même si cette notion ne faisait pas officiellement partie, à l'origine, des premières lois sur le droit d'auteur...

Les dispositions législatives actuellement en vigueur relatives aux droits moraux ne donnent pas vraiment l'impression d'être le résultat d'un processus inné de maturation, sauf peut-être au Canada. Les pressions extérieures exercées par l'Article 6*bis* de la Convention de Berne ont quelque peu accéléré le processus et ainsi contribué au sentiment déjà mentionné qu'il s'agit de solutions de l'extérieur, rapportées dans un cadre peu approprié pour les recevoir. Laissés à eux-mêmes à cet égard, les pays de tradition anglo-saxonne auraient pu se diriger vers un système ressemblant à celui qui est en train d'apparaître aujourd'hui, tout en acceptant l'influence manifeste du droit civil que présente la norme internationale. Toutefois, l'essence de cette évolution est que ces pays peuvent intégrer la protection des intérêts personnels des auteurs à leur propre régime de droit d'auteur alors que les pays de conception continentale le font, de façon plus articulée, depuis plus longtemps. Les deux systèmes sont plus près l'un de l'autre sur cette question que chacun voudrait le reconnaître<sup>34</sup>, et il faut trouver une solution pour en arriver à une réconciliation véritable, une solution qui permettra également de relever les défis que pose la technologie numérique.

#### **B. Répercussions de la technologie numérique sur les droits moraux**

La technologie numérique pose un défi formidable aux droits moraux. Les caractéristiques particulières de la technologie numérique, la facilité avec laquelle elle permet de modifier les oeuvres et son potentiel d'interactivité peuvent multiplier à une échelle jamais vue auparavant les possibilités de contrefaçon des droits moraux de l'auteur. Dans ce contexte, les conséquences pratiques d'une reconnaissance ou d'une non-reconnaissance des droits moraux prennent donc des proportions particulières.

Les droits moraux comportent depuis toujours quatre prérogatives : le droit de divulgation, le droit de retrait, le droit de paternité et le droit à l'intégrité. La Convention de Berne ne traite pas des deux premières prérogatives. Néanmoins, il est juste de dire que celles-ci pourraient demeurer pertinentes dans le contexte de la technologie numérique. La décision de divulguer une oeuvre sur l'autoroute multimédia peut avoir des répercussions immédiates sur l'auteur parce que l'oeuvre atteint le public dès qu'elle est introduite dans le système. Par ailleurs, le retrait de l'oeuvre du réseau de diffusion peut toucher de nombreux tiers qui se sont fiés au fait que l'oeuvre avait été diffusée; si c'est l'auteur qui procède à la publication de l'oeuvre dans le réseau, situation qui se produira de plus en plus, il faudra réexaminer une bonne partie du mécanisme du droit de retrait. À l'instar de la Convention de

Berne, la *Loi sur le droit d'auteur* canadienne ne vise pas le droit de divulgation ni le droit de retrait dans les dispositions relatives aux droits moraux. Toute décision à cet égard met en cause des questions d'intérêt public qui dépassent celles que soulève directement la technologie numérique, même si l'on pourrait dire que cette technologie élargit la perspective à partir de laquelle le problème peut être envisagé. Pour l'instant, les discussions sur les droits moraux et la technologie numérique ont porté sur les prérogatives que reconnaît de façon expresse la Convention de Berne, le droit de paternité et le droit à l'intégrité.

Plusieurs personnes ont déjà réfléchi aux répercussions de la technologie numérique. Elles ont fait ressortir différents aspects de ces droits dans ce contexte et ont parfois consacré plus d'attention à un droit qu'à un autre. Chose étrange, le rapport commandé par le ministère français de la culture et de la francophonie ne traite pas de la question très longuement puisqu'il ne mentionne que quelques exemples des problèmes liés au droit à l'intégrité. Il faut toutefois faire une mise en garde importante : comme la technologie numérique repose énormément sur l'utilisation de programmes d'ordinateur, il ne faut pas céder à la tentation d'assimiler toutes les créations qui font appel à la technologie numérique à des programmes d'ordinateur<sup>35</sup>. Les auteurs du rapport préliminaire du groupe de travail américain sur les droits de propriété intellectuelle préparé pour le Information Infrastructure Task Force ont rejeté les droits moraux du revers de la main, et il fallait s'y attendre, mais ils auraient pu se fonder sur des motifs plus solides<sup>36</sup>. Néanmoins, d'autres études officielles et d'autres documents rédigés à titre personnel peuvent donner une idée plus précise.

Commençons par le droit de paternité. Il est intéressant de souligner que, comme le rapport français, ni le rapport du Japanese Institute of Intellectual Property ni le rapport final du Sous-comité sur le droit d'auteur du Comité consultatif sur l'autoroute de l'information n'accordent une attention particulière à ce sujet. On peut supposer avec assez de certitude que les commentaires formulés sur les aspects généraux des droits moraux s'y appliquent, mais il est étrange que les questions précises soulevées par le droit de paternité n'y sont pas discutés. Comment expliquer ce silence? Les experts ont peut-être cru que le droit d'être reconnu comme l'auteur d'une oeuvre est, de façon manifeste, si raisonnable et si normal qu'il ne peut susciter aucun débat. Un autre facteur peut entrer en jeu : la technologie numérique permet déjà d'insérer un code dans chaque bit d'information. On parle même de plus en plus d'un système d'enregistrement numérique international qui faciliterait l'identification des oeuvres qui circulent dans l'espace cybernétique. Un commentateur, qui conteste le droit à l'intégrité parce qu'il le considère comme un obstacle inadmissible à la créativité des autres auteurs, préconise un droit de renvoi qui serait [TRADUCTION] «adapté à un monde numérique» précisément parce que la technologie donne les moyens

de le mettre en oeuvre<sup>37</sup>. La proposition peut sembler stupéfiante : au lieu de menacer le droit de paternité, la technologie numérique permettrait en fait aux auteurs de se prévaloir complètement de ce droit. Il n'y aurait aucune incompatibilité inhérente entre la technologie numérique et le droit de paternité.

Le droit à l'intégrité exige plus de nuances. Cela ne veut pas dire qu'il est moins important pour les auteurs : le Sous-comité sur le droit d'auteur du Canada a même examiné la question de protéger le droit à l'intégrité dans le cas des oeuvres qui ne seraient pas protégées par un droit d'auteur<sup>38</sup>. Le droit à l'intégrité a un rôle important à jouer dans la protection des intérêts personnels des auteurs, mais il exerce également une influence tout aussi importante sur la liberté créative des autres auteurs. Comment concilier ces intérêts opposés, qui sont à l'origine de la tension qui règne dans la loi sur le droit d'auteur, dans un contexte technologique où chacun peut aussi bien être un auteur «premier» qu'un auteur «secondaire»? Deux techniques, appliquées parfois ensemble, sont possibles. La première, qui est connue au Canada, est la renonciation. Le rapport canadien évite la question en la renvoyant aux responsables de la phase II de la révision de la loi sur le droit d'auteur. Cependant, dans sa proposition à deux volets, le rapport japonais propose que les renonciations contractuelles [TRADUCTION] «soient valides seulement si [elles] ne sont pas préjudiciables à l'honneur ou à la réputation de l'auteur<sup>39</sup>». Cette proposition est en fait plus généreuse que la position tenue à l'heure actuelle par le Canada à cet égard, parce qu'ici les renonciations sont valides, même si elles sont préjudiciables.

La deuxième technique avancée pour compenser la rigueur du droit à l'intégrité est le recours à un facteur modérateur : le préjudice porté à l'honneur ou à la réputation de l'auteur. La *Loi sur le droit d'auteur* canadienne suit l'exemple donné par la Convention de Berne et intègre ce facteur dans sa définition du droit à l'intégrité dévolu à l'auteur<sup>40</sup>. Cependant, la Loi ajoute certaines précisions et crée des présomptions de préjudice (ainsi que des «non-présomptions») que le rapport canadien aimerait limiter davantage<sup>41</sup>. Comme nous venons de le mentionner, le rapport japonais intègre cette notion dans sa première proposition sur le droit à l'intégrité, en ce que la renonciation au droit à l'intégrité ne peut être invoquée si l'on a porté préjudice à l'honneur ou à la réputation de l'auteur. La deuxième solution proposée par le rapport japonais est de faire dépendre le droit à l'intégrité uniquement de l'existence d'un tel préjudice, sans possibilité de renonciation. Ce droit serait restreint aux oeuvres sous forme numérique en raison des modifications que cette forme permet si facilement d'apporter<sup>42</sup>. Dans le cadre d'une réflexion sur les droits moraux ne se situant pas dans le contexte du phénomène multimédia, même si le raisonnement peut s'étendre facilement à cette situation, un autre commentateur a plaidé en faveur de l'introduction de la notion de l'utilisation

équitable (*fair use* ou *fair dealing*) dans l'appréciation du droit à l'intégrité. Une liste de critères est prévue dans l'article 107 de la *Copyright Act* américaine, et M. Dietz donne une liste des facteurs qui pourraient être évalués afin de déterminer s'il y a atteinte du droit à l'intégrité dévolu à l'auteur :

*[TRADUCTION]*

*[...] la nature et l'importance des modifications ou d'autres interventions dans l'oeuvre, ainsi que son caractère réversible ou irréversible; le nombre de personnes ou l'importance du public à qui s'adresse l'oeuvre contrefaite; la question de savoir si l'auteur a créé l'oeuvre dans le cadre d'une relation employeur-employé ou à titre d'auteur autonome, ou si la partie qui a commandé l'oeuvre a eu une influence décisive sur le résultat final de la création; en outre, les conséquences possibles sur la vie professionnelle de l'auteur et, naturellement, sur son honneur et sa réputation doivent être prises en considération<sup>43</sup>.*

Même si le préjudice porté à l'honneur et à la réputation de l'auteur est mentionné comme critère distinct, on peut considérer qu'il s'agit d'une liste des facteurs par rapport auxquels ce préjudice est évalué. Naturellement, il convient d'évaluer le préjudice, dans le contexte des droits moraux, selon les circonstances concernant tant le rôle créatif de l'auteur que les répercussions sur les utilisateurs.

Une telle règle sous-entend que l'application des droits moraux dans le contexte multimédia sera déterminée par l'utilisation appropriée ainsi que les décisions prises dans chaque cas par les tribunaux. Plutôt que d'être régi par des règles conçues précisément pour la création numérique multimédia, le caractère particulier de l'environnement multimédia devrait ressortir dans la pratique qui s'établira avec le temps. Une telle approche est préférable à la création de droits moraux particuliers, parce qu'elle empêchera la fragmentation des droits moraux et du droit d'auteur dans son ensemble, et en protégera donc la légitimité. Elle présente un autre avantage, à savoir qu'elle n'entrera pas en conflit avec l'Article 6*bis* de la Convention de Berne : le temps permettra certainement d'établir qu'une plus grande compréhension du rôle du facteur d'admissibilité «préjudice porté à l'honneur ou à la réputation de l'auteur» peut faire accepter plus facilement le droit à l'intégrité à ceux qui en craignent les excès. En fait, dans l'optique du droit à l'intégrité et du droit de paternité, la révolution multimédia n'exigera aucune modification de la Convention de Berne, conclusion qui fera ressortir la sagesse du compromis entre les deux conceptions du droit d'auteur, qui est intervenu lors de la rédaction de cette disposition.

La présente analyse des droits moraux dans le contexte numérique a inévitablement des répercussions sur les dispositions actuelles de la *Loi sur le droit d'auteur* canadienne. En premier lieu, l'existence d'un droit de paternité ne devrait pas dépendre du caractère raisonnable. Un tel facteur n'est pas prévu par la Convention de Berne et pourrait fort bien aller à l'encontre du but même du droit de paternité. En outre, la technologie numérique ne justifie pas une dérogation particulière à la compréhension ordinaire de ce droit. Quant au droit à l'intégrité, la conséquence évidente serait de supprimer la possibilité qu'ont les auteurs de renoncer à leur droit. Pour être en mesure d'invoquer le droit à l'intégrité, l'auteur doit établir que l'acte du tiers est préjudiciable à son honneur ou à sa réputation. Cette condition est une garantie suffisante que l'auteur n'utilisera pas son droit à mauvais escient. Une autre modification souhaitable serait le retrait de la présomption et des non-présomptions de préjudice prévues aux paragraphes 28.2(2) et (3), ce qui favoriserait un traitement égal des oeuvres protégées et renforcerait l'engagement pris relatif à une loi qui serait neutre du point de vue technologique. Cependant, comme ces dispositions ont trait à des oeuvres liées seulement de loin à la technologie numérique, une telle modification ne semble pas s'imposer autant que la révocation de la disposition portant sur la renonciation.

L'abolition de l'obligation de fixation peut sembler un changement radical dans la compréhension de la loi sur le droit d'auteur de conception anglo-saxonne, mais une telle évolution ne met pas en cause l'objectif de la loi sur le droit d'auteur. Dans la même veine, la disparition de catégories rigoureusement définies d'oeuvres protégées n'ébranle pas les fondements de la loi sur le droit d'auteur. En outre, aucune de ces modifications n'empêchent le législateur de protéger les droits moraux des auteurs. Les pays de tradition anglo-saxonne peuvent naturellement assurer la protection des intérêts personnels des auteurs tout en demeurant fidèles à leurs principes. L'adaptation de la loi sur le droit d'auteur à la création électronique doit se faire avec prudence :

*[TRADUCTION]*

*Il serait peu logique de substituer à un modèle largement fondé sur l'imprimé un autre modèle conçu exclusivement en fonction de la télécommunication. En effet, un média n'en remplace pas un autre, l'un et l'autre se complètent plutôt, et les réseaux de communication constitués par les anciens médias entrent en relations complexes avec ceux formés par les nouveaux médias. [...] Tout modèle global regroupant tous les réseaux de communication devrait toujours tenir compte, dans une certaine mesure, des diverses façons dont les anciens réseaux, produits par les anciens médias, alimentent les nouveaux<sup>44</sup>.*

équitable (*fair use* ou *fair dealing*) dans l'appréciation du droit à l'intégrité. Une liste de critères est prévue dans l'article 107 de la *Copyright Act* américaine, et M. Dietz donne une liste des facteurs qui pourraient être évalués afin de déterminer s'il y a atteinte du droit à l'intégrité dévolu à l'auteur :

*[TRADUCTION]*

*[...] la nature et l'importance des modifications ou d'autres interventions dans l'oeuvre, ainsi que son caractère réversible ou irréversible; le nombre de personnes ou l'importance du public à qui s'adresse l'oeuvre contrefaite; la question de savoir si l'auteur a créé l'oeuvre dans le cadre d'une relation employeur-employé ou à titre d'auteur autonome, ou si la partie qui a commandé l'oeuvre a eu une influence décisive sur le résultat final de la création; en outre, les conséquences possibles sur la vie professionnelle de l'auteur et, naturellement, sur son honneur et sa réputation doivent être prises en considération<sup>43</sup>.*

Même si le préjudice porté à l'honneur et à la réputation de l'auteur est mentionné comme critère distinct, on peut considérer qu'il s'agit d'une liste des facteurs par rapport auxquels ce préjudice est évalué. Naturellement, il convient d'évaluer le préjudice, dans le contexte des droits moraux, selon les circonstances concernant tant le rôle créatif de l'auteur que les répercussions sur les utilisateurs.

Une telle règle sous-entend que l'application des droits moraux dans le contexte multimédia sera déterminée par l'utilisation appropriée ainsi que les décisions prises dans chaque cas par les tribunaux. Plutôt que d'être régi par des règles conçues précisément pour la création numérique multimédia, le caractère particulier de l'environnement multimédia devrait ressortir dans la pratique qui s'établira avec le temps. Une telle approche est préférable à la création de droits moraux particuliers, parce qu'elle empêchera la fragmentation des droits moraux et du droit d'auteur dans son ensemble, et en protégera donc la légitimité. Elle présente un autre avantage, à savoir qu'elle n'entrera pas en conflit avec l'Article 6*bis* de la Convention de Berne : le temps permettra certainement d'établir qu'une plus grande compréhension du rôle du facteur d'admissibilité «préjudice porté à l'honneur ou à la réputation de l'auteur» peut faire accepter plus facilement le droit à l'intégrité à ceux qui en craignent les excès. En fait, dans l'optique du droit à l'intégrité et du droit de paternité, la révolution multimédia n'exigera aucune modification de la Convention de Berne, conclusion qui fera ressortir la sagacité du compromis entre les deux conceptions du droit d'auteur, qui est intervenu lors de la rédaction de cette disposition.

La présente analyse des droits moraux dans le contexte numérique a inévitablement des répercussions sur les dispositions actuelles de la *Loi sur le droit d'auteur* canadienne. En premier lieu, l'existence d'un droit de paternité ne devrait pas dépendre du caractère raisonnable. Un tel facteur n'est pas prévu par la Convention de Berne et pourrait fort bien aller à l'encontre du but même du droit de paternité. En outre, la technologie numérique ne justifie pas une dérogation particulière à la compréhension ordinaire de ce droit. Quant au droit à l'intégrité, la conséquence évidente serait de supprimer la possibilité qu'ont les auteurs de renoncer à leur droit. Pour être en mesure d'invoquer le droit à l'intégrité, l'auteur doit établir que l'acte du tiers est préjudiciable à son honneur ou à sa réputation. Cette condition est une garantie suffisante que l'auteur n'utilisera pas son droit à mauvais escient. Une autre modification souhaitable serait le retrait de la présomption et des non-présomptions de préjudice prévues aux paragraphes 28.2(2) et (3), ce qui favoriserait un traitement égal des oeuvres protégées et renforcerait l'engagement pris relatif à une loi qui serait neutre du point de vue technologique. Cependant, comme ces dispositions ont trait à des oeuvres liées seulement de loin à la technologie numérique, une telle modification ne semble pas s'imposer autant que la révocation de la disposition portant sur la renonciation.

L'abolition de l'obligation de fixation peut sembler un changement radical dans la compréhension de la loi sur le droit d'auteur de conception anglo-saxonne, mais une telle évolution ne met pas en cause l'objectif de la loi sur le droit d'auteur. Dans la même veine, la disparition de catégories rigoureusement définies d'oeuvres protégées n'ébranle pas les fondements de la loi sur le droit d'auteur. En outre, aucune de ces modifications n'empêchent le législateur de protéger les droits moraux des auteurs. Les pays de tradition anglo-saxonne peuvent naturellement assurer la protection des intérêts personnels des auteurs tout en demeurant fidèles à leurs principes. L'adaptation de la loi sur le droit d'auteur à la création électronique doit se faire avec prudence :

*[TRADUCTION]*

*Il serait peu logique de substituer à un modèle largement fondé sur l'imprimé un autre modèle conçu exclusivement en fonction de la télécommunication. En effet, un média n'en remplace pas un autre, l'un et l'autre se complètent plutôt, et les réseaux de communication constitués par les anciens médias entrent en relations complexes avec ceux formés par les nouveaux médias. [...] Tout modèle global regroupant tous les réseaux de communication devrait toujours tenir compte, dans une certaine mesure, des diverses façons dont les anciens réseaux, produits par les anciens médias, alimentent les nouveaux<sup>44</sup>.*

La prudence s'impose d'autant plus que l'avenir commercial d'une autoroute multimédia est encore incertain à de nombreux égards et que les gens continueront d'écrire des poèmes sur une feuille de papier, de peindre avec des pigments et de chanter sous la douche. Tout changement apporté en raison du phénomène multimédia doit donc être évalué à la lumière des médias existants. En outre, lorsque le législateur prend en considération les intérêts personnels des auteurs, il sert également l'intérêt public : dans la *Statute of Queen Anne*, les auteurs ont servi à briser le monopole des éditeurs. De nos jours, un monopole encore plus menaçant risque de se constituer si ces intérêts sont rejetés dans la réglementation du droit d'auteur touchant les techniques multimédias.

## NOTES

- <sup>1</sup> Docteur en droit (Université de Paris II); professeur, Faculté de droit, Université de Montréal; chargé de cours, McGill University. L'auteur désire remercier M. Paul Geller qui l'a aidée à trouver les documents pertinents et a fait des commentaires utiles sur le texte.
- <sup>2</sup> Dans le présent contexte, la protection accordée par le droit d'auteur s'applique aux droits des auteurs et aux droits voisins dans les pays de conception continentale.
- <sup>3</sup> Convention de Berne, Article 2(2).
- <sup>4</sup> Copyright, Designs and Patent Act de 1988, par. 3(2); Loi sur le droit d'auteur, L.R.C. (1985), ch. C-42, art. 2.
- <sup>5</sup> Loi sur le droit d'auteur, art. 2; le Code de la propriété intellectuelle français, art. L.112-2, 4°. Dans certains ressorts, la loi peut donc prévoir que la fixation d'une oeuvre n'est pas une condition de sa protection. Sur cette question, voir Y. Gendreau, «Le critère de fixation en droit d'auteur», (janvier 1994) 159 R.I.D.A. 111, 155-159.
- <sup>6</sup> P. Goldstein, Copyright — Principles, Law and Practice, Boston, Little, Brown and Company, 1989, vol. 1, p. 84, n° 2.4.
- <sup>7</sup> Au Canada, voir *Apple Computer Inc. v. Mackintosh Computers Ltd.*, (1987) 10 C.P.R. (3d) 1, 20-21, 27-35; Loi sur le droit d'auteur, art. 2 (définition de «programme d'ordinateur»).
- <sup>8</sup> Aux États-Unis, la Copyright Act de 1976, al. 102a) et art. 101 (définition de «fixed»); au Royaume-Uni, la Copyright, Designs and Patents Act de 1988, par. 3(2).
- <sup>9</sup> Voir *Stern Elecs. Inc. v. Kaufman*, 669 F.2d 852 (1982), 855; *MAI Systems Corporation v. Peak Computer Inc.*, 991 F.2d 511 (1993), 517-518.
- <sup>10</sup> Sur ce point, voir Gendreau, précité, note 4, p. 173-179.
- <sup>11</sup> Loi sur le droit d'auteur, art. 2 (italique ajouté).
- <sup>12</sup> *Canadian Admiral Corp. v. Rediffusion, Inc.*, (1954) 20 C.P.R. 75, 86.

- <sup>13</sup> [1994] F.S.R. 659. Voir S. Hall, «Multimedia : Does Anacon Provide a Route to Future Protection?», (1994) 5 Entertainment L.Rev. 191.
- <sup>14</sup> Voir P.E. Geller, «Legal Transplants in International Copyright : Some Problems of Method», (1994) 13 U.C.L.A. Pacific Basin L.J. 199, 221-224.
- <sup>15</sup> Copyright Act de 1976, art. 101. Voir également l'al. 102a). Une définition semblable est donnée pour les enregistrements sonores, dans le même article.
- <sup>16</sup> Code de la propriété intellectuelle, art. L.111-3, 1<sup>o</sup>.
- <sup>17</sup> Loi sur le droit d'auteur, al. 4(1)f).
- <sup>18</sup> H.J. Meeker, «Multimedia and Copyright», (1994) 20 Rutgers Comp. & Tech. L.J. 375, 406.
- <sup>19</sup> Sur le phénomène de l'érosion des valeurs humanistes dans la loi sur le droit d'auteur, voir A. Kerever, «Le droit d'auteur : acquis et conditions du développement de la culture juridique européenne», (1990) 103 Le droit d'auteur 138, 145-146. Dans la même veine, un commentateur insiste sur le fait que le droit d'auteur doit reposer sur [TRADUCTION] «un principe moral cohérent que l'homme de l'art peut évaluer et accepter». D. Vaver, «Rejuvenating Copyright», (1995) 74 Rev. du Bar. can. (à paraître).
- <sup>20</sup> Voir Y. Gendreau, «Moral Rights» dans G.F. Henderson, éd., Copyright and Confidential Information Law of Canada, Toronto, Carswell, 1994, p. 161, en part. p. 167-168.
- <sup>21</sup> Loi sur le droit d'auteur, par. 14.1(2).
- <sup>22</sup> Voir S. Strömholm, Le droit moral de l'auteur en droit allemand, français et scandinave, Stockholm, P.A. Norsted & Söners, 1967.
- <sup>23</sup> Voir Y. Gendreau, «De l'importance d'être constant», (1994) 96 R. du N. 129.
- <sup>24</sup> Art. L.111-1, 2<sup>o</sup>.
- <sup>25</sup> G. Davis, Copyright and the Public Interest (IIC Studies, volume 14), Weinheim, VCH Verlagsgesellschaft mbH, 1994, p. 17-18.
- <sup>26</sup> M. Rose, «The Author as Proprietor : Donaldson v. Becket and the

Genealogy of Modern Authorship», dans B. Sherman & A. Strowel, éd., *Of Authors and Origins — Essays on Copyright Law*, Oxford, Clarendon Press, 1994, p. 23, 30.

- <sup>27</sup> Ibid., p. 31, au sujet de l'ouvrage du professeur L.R. Patterson, *Copyright in Historical Perspective*.
- <sup>28</sup> [TRADUCTION] «Au XVIII<sup>e</sup> siècle, le législateur a commencé à déplacer cette suprématie [sur la diffusion nationale de l'information] des centres de pouvoir extérieurs vers les auteurs individuels et les entrepreneurs des médias qui s'adressaient au public sur les marchés nationaux». P.E. Geller, «Must Copyright Be For Ever Caught between Marketplace and Authorship Norms?», dans Sherman & Strowel, éd., précité, note 25, p. 159, 163.
- <sup>29</sup> *Byron v. Johnston*, [1816] 2 Mer. 29, 35 E.R. 851.
- <sup>30</sup> *Prince Albert v. Strange*, [1849] 2 De Gex & Sm. 652, 64 E.R. 293.
- <sup>31</sup> Voir A. Strowel, *Droit d'auteur et copyright — Divergences et convergences*, Bruxelles, Bruylant, 1993, p. 572-575.
- <sup>32</sup> Fine Arts Copyright Act de 1862, 25 & 26 Vict., ch. 68, par. 7(4). Voir Y. Gendreau, *La protection des photographies en droit d'auteur français, américain, britannique et canadien*, Paris, L.G.D.J., 1994, p. 174-175, n° 165.
- <sup>33</sup> Copyright Act de 1956, 4 & 5, Eliz. II, ch. 74, art. 43.
- <sup>34</sup> P. Goldstein, «Copyright et droit d'auteur au XXI<sup>e</sup> siècle», dans *Colloque mondial de l'OMPI sur l'avenir du droit d'auteur et des droits voisins*, Genève, OMPI, 1994, p. 275; A. Lucas, «Résumé des débats du colloque» dans *Colloque mondial de l'OMPI sur l'avenir du droit d'auteur et des droits voisins*, Genève, OMPI, 1994, p. 283.
- <sup>35</sup> P. Sirinelli, *Industries culturelles et nouvelles techniques*, Paris, La documentation française, 1994, p. 97.
- <sup>36</sup> B.A. Lehman, *Intellectual Property and the National Information Infrastructure (rapport préliminaire du groupe de travail sur les droits de propriété intellectuelle)*, juillet 1994, p. 94-95. Les conclusions du groupe de travail semblent se fonder sur une lecture erronée d'un rapport japonais.

- <sup>37</sup> PE. Geller, «The Universal Electronic Archive : Issues in International Copyright», (1994) 25 I.I.C. 54, 66.
- <sup>38</sup> C. Brunet, Le droit d'auteur et l'autoroute de l'information (rapport final du Sous-comité sur le droit d'auteur), septembre 1994, p. 21.
- <sup>39</sup> Institute of Intellectual Property, Exposure'94 — A Proposal of the New Rule on Intellectual Property for Multimedia, février 1994, p. 26.
- <sup>40</sup> Loi sur le droit d'auteur, par. 28.2(1).
- <sup>41</sup> Précité, note 37, p. 20.
- <sup>42</sup> Précité, note 38, p. 26. Ce dernier détail est nécessaire parce que la loi actuellement en vigueur au Japon ne mentionne pas la nécessité d'un tel préjudice. L'objection de l'auteur suffit à déclencher l'application des dispositions relatives aux droits moraux.
- <sup>43</sup> A. Dietz, «Legal Principles of Moral Rights in Civil Law Countries», (1993) 11 Copyright Reporter n° 3, 1, 15.
- <sup>44</sup> Geller, «Must Copyright Be For Ever Caught», précité, note 27, p. 190-191.

# LA TECHNOLOGIE NUMÉRIQUE ET LA NOTION DE PROPRIÉTÉ

Lucie Guibault<sup>1</sup>

## Introduction

### La technologie numérique — son présent et son avenir

L'informatique est souvent considérée comme la principale «révolution technologique» du XX<sup>e</sup> siècle. Cette technologie se résume essentiellement à un assemblage de matériel physique (*hardware*), de programmes d'ordinateurs (*software*) et de circuits intégrés (*semiconductor-chips*), grâce auquel l'information circule sous forme d'impulsions électromagnétiques. L'ensemble de ces composantes permet le stockage, la transmission, le traitement automatisé et l'affichage d'une quantité toujours plus considérable de données. De plus, la technologie informatique est à la base de ce qu'il est aujourd'hui courant d'appeler «l'autoroute électronique». L'implantation progressive de nombreux réseaux informatiques au cours des trente-cinq dernières années est donc le résultat des avancées réalisées dans les secteurs des télécommunications et de l'informatique, particulièrement de l'augmentation de la puissance et de la rapidité des ordinateurs, de la réduction des coûts associés à l'utilisation des ordinateurs et de l'élargissement des perspectives d'utilisation offertes par la réunion de l'informatique et des télécommunications.

Autrefois limitée à la transmission de textes ou de données numériques, la communication en réseaux touche maintenant tous les types d'information sous forme numérique, incluant les textes, les données, les images et les sons<sup>2</sup>. Pour ce faire, la structure de fonctionnement de l'autoroute électronique repose sur une gamme d'équipement sans cesse en expansion, dont des caméras, des lecteurs optiques Howard P. Knopf, 1995, des claviers, des appareils téléphoniques, des télécopieurs, des ordinateurs, des lecteurs de disques au laser, des bandes vidéo et audio, des câbles, des fils, des satellites, des lignes de transmission de fibre optique, des réseaux de micro-ondes, des appareils de télévision, des moniteurs, des imprimantes et beaucoup d'autres<sup>3</sup>.

Dans la mesure où la technologie informatique repose non plus uniquement sur des systèmes informatiques centraux (*mainframe*), mais plutôt sur une multitude d'ordinateurs personnels capables de communiquer entre eux, le branchement d'ordinateurs en réseau a pu adopter un modèle décentralisé où l'utilisateur de l'information qui y est véhiculée peut également devenir fournisseur ou créateur d'information. L'autoroute électronique n'est donc pas constituée d'un seul réseau informatique, mais bien d'un nombre croissant de réseaux indépendants. L'un des principaux avantages de l'autoroute électronique, par rapport à d'autres technologies comme celle de la «TV sur demande» que les entreprises de câblodistribution tentent de mettre au point, réside dans la possibilité pour les agents d'interagir, entre eux et avec le système.

Le réseau le plus important sur l'autoroute électronique à l'heure actuelle est sans contredit le réseau américain *Internet*. Les réseaux *America On-Line*, *CompuServe* et *Prodigy* lui mènent une vive concurrence. Ces réseaux sont de plus en plus dominés par des entreprises du secteur privé et, en l'absence de mesure précise indiquant la taille des réseaux et l'importance du marché potentiel, plusieurs d'entre elles seront réticentes à investir dans le développement de produits destinés à être introduits sur le réseau. Toutefois, parce qu'il est encore presque impossible d'évaluer le nombre précis d'utilisateurs ayant accès au réseau, les calculs sont réalisés à partir du nombre approximatif de terminaux branchés au réseau. Suivant ces résultats, on estimerait la population de l'*Internet* entre 2,5 et 32 millions de personnes. Ces méthodes de calcul ont été sévèrement critiquées et la communauté est encore à la recherche d'une méthode de calcul plus fidèle à la réalité<sup>4</sup>.

Alors que les réseaux informatiques s'adressaient initialement au seul secteur de la recherche scientifique et militaire, d'autres catégories d'utilisateurs se sont maintenant jointes à l'autoroute électronique et parmi elles, les secteurs de l'éducation, des affaires et du divertissement<sup>5</sup>. La diversité des participants transforme nécessairement le contenu de l'information véhiculée sur les réseaux vers une information de nature de plus en plus commerciale et vers un accès de plus en plus contrôlé aux créations<sup>6</sup>. À l'heure actuelle en France, les services les plus populaires du Minitel sont le service de pages jaunes électroniques, le service de conciliation entre les vendeurs de marchandises et les transporteurs, le service d'achat de billets (de train, de théâtre, ou d'autres événements), et enfin le service «romantique». Aux États-Unis, les services les plus utilisés sont ceux des nouvelles, de la météo, des informations boursières, de magasinage et de courrier électronique<sup>7</sup>.

De toute évidence, l'autoroute électronique est encore en pleine expansion. Des services sont ajoutés aux réseaux de façon quotidienne, mais beaucoup d'entre eux sont encore «en construction». Nul ne peut véritablement prédire la direction que prendront à long terme son développement et son utilisation.

Déjà les habitudes des usagers et des fournisseurs d'information ont évolué, tant dans la manière de mener les affaires publiques, scientifiques et commerciales que dans la manière de se divertir. Notons par exemple que le gouvernement américain utilise maintenant la voie du courrier électronique comme moyen d'effectuer ses consultations publiques<sup>8</sup>. Bon nombre de publications scientifiques sont aujourd'hui disponibles sur le réseau *Internet*, avant ou au lieu d'être publiées dans des revues spécialisées<sup>9</sup>. Les grandes banques américaines offrent déjà des services *on-line* à leurs clients; les grands quotidiens sont accessibles sur l'*Internet*, tout comme une foule d'autres services commerciaux. Des jeux vidéo, des films, des bandes sonores peuvent également être téléchargées dans votre ordinateur personnel, tout comme il est possible d'avoir un aperçu de la collection du Louvre alors que vous êtes bien assis dans votre fauteuil préféré.

Le développement de l'autoroute électronique, tant sa structure que les oeuvres qui sont véhiculées, n'est pourtant pas sans poser de sérieux problèmes juridiques, particulièrement en matière de protection intellectuelle. Bien que la reproduction illicite d'oeuvres protégées ne date pas d'hier, la numérisation des oeuvres facilite non seulement leur reproduction et leur distribution<sup>10</sup>, mais favorise également leur transformation d'un support technologique à un autre:

*«on the Net, you don't need heavy equipment to infringe. Any college kid with a tuition-paid account can readily copy any digital work and send it to thousands to places online for no fee. Add to this the recently developed Net service known as the "anonymous remailer", and no one will be able to identify that kid as the wrongdoer. (...) If others do the same, why would anyone want to pay for Wired, or anything else we can digitize?»<sup>11</sup>*

Là est précisément la question. Si ni le droit ni la technologie ne permettent aux créateurs d'exercer un contrôle efficace sur l'utilisation qui est faite de leur oeuvre ou s'ils ne leur donnent pas les moyens de recouvrer les coûts de production et de tirer des profits de la commercialisation de leur oeuvre, quel créateur verra l'intérêt de produire de nouvelles oeuvres et de les mettre sur l'autoroute électronique? Pour cette raison, plusieurs entreprises ont mis à contribution les capacités actuelles de la technologie, de manière à ce que l'accès à leurs services soit limité exclusivement aux abonnés, et que la transmission des oeuvres se fasse sur permission expresse de l'auteur<sup>12</sup>. Mais les barrières technologiques ne suffisent pas à elles seules à prévenir le resquillage et la définition d'un droit de propriété intellectuelle efficace, dans le contexte particulier de l'autoroute électronique, est l'une des principales préoccupations de la communauté juridique à l'heure actuelle.

Un bref aperçu des principes fondamentaux entourant le concept de bien public et la structure des droits de propriété intellectuelle nous amènera dans un premier temps à réfléchir sur la nature du droit qui devrait être attribué aux oeuvres qui voyagent sur l'autoroute électronique, ainsi qu'à la technologie qui en est à la base. L'analyse économique des fondements et des effets des droits de propriété intellectuelle nous permettra de mieux évaluer quel type de droit serait le plus approprié pour protéger à la fois les intérêts des créateurs et ceux de la concurrence. En seconde partie, nous étudierons tour à tour la protection qui est accordée par le droit d'auteur et par le brevet aux diverses composantes de l'autoroute électronique, à la lumière des activités de consultation gouvernementale menées par différents États. Un tel examen permettra de souligner les problèmes qui doivent encore être résolus de manière à atteindre le compromis offrant la meilleure protection intellectuelle possible pour les composantes de cette nouvelle technologie.

## **1. La propriété intellectuelle: les principes fondamentaux**

### **a- Les idées et le concept de bien public**

En principe, dès qu'une idée est exprimée elle est libre d'être utilisée, copiée ou transmise. Bien sûr les idées peuvent être gardées secrètes. De toutes les idées produites et exprimées, seule une infime portion fait l'objet d'une forme quelconque d'appropriation par leur auteur. Certaines catégories d'idées sont cependant plus susceptibles que d'autres d'être revendiquées en propre par leur auteur. Parmi celles-ci se trouvent d'une part l'innovation technologique, qui se définit comme la mise en application d'une nouvelle idée, d'une méthode ou d'un procédé, destinés à accroître l'efficacité de l'industrie<sup>13</sup>, et d'autre part, la création littéraire et artistique, présentée notamment sous la forme d'une prose, d'un poème, d'une mélodie ou encore d'une photographie.

Quelle que soit la nature et l'expression sous laquelle prennent forme les idées, celles-ci sont rares, puisqu'elles doivent être produites et que leur production requiert un investissement en temps et en argent, investissement qui aurait pu être consacré à d'autres fins<sup>14</sup>. Bien que ce ne soit pas général, certaines catégories d'idées peuvent aussi avoir une valeur économique considérable. Les inventions et les découvertes scientifiques font partie de ces catégories d'idées, tout comme les oeuvres littéraires, artistiques ou musicales. Or, ceux qui investissent dans la création de biens de valeur le font généralement dans l'espoir d'en tirer des profits, ou à tout le moins d'en récupérer les coûts de production.

L'innovation technologique, les créations littéraires, artistiques et musicales se prêtent toutefois mal aux procédés d'appropriation adoptés pour les choses matérielles. Contrairement aux biens matériels, les idées peuvent être connues et utilisées par plusieurs personnes sans en réduire la quantité disponible pour tous. De plus, une fois que celles-ci sont exprimées et communiquées, on peut difficilement empêcher les tiers de les utiliser à leur tour et ce, sans que la transmission répétée de l'information en diminue la qualité<sup>15</sup>. Les biens dont les attributs sont la non-rivalité et la non-exclusivité sont appelés «biens publics»: lorsqu'un bien est disponible pour une personne, nulle autre ne peut être exclue de son usage et l'utilisation d'un bien par une personne n'empêche ni ne diminue la consommation de ce bien par une autre<sup>16</sup>. Suivant ces critères, les idées font partie de la catégorie des biens publics.

Le caractère non exclusif des idées empêche toutefois les créateurs de s'approprier entièrement les fruits de leur oeuvre. Ce phénomène incite naturellement les membres de la société à resquiller sur la production des autres. Contrairement aux biens matériels, les biens intellectuels sont dépourvus des barrières physiques suffisantes pour donner au créateur les moyens nécessaires de prévenir l'appropriation de son bien par les tiers. De plus, tout comme les idées, les inventions, les poèmes et les chansons peuvent être reproduites par les autres à une grande rapidité et à un coût minime. Parce que la technologie a réduit à ce point les frais d'acquisition des biens intellectuels, les usagers sont maintenant réticents à payer le prix qui serait normalement dû au créateur. En retour celui-ci se verra incapable de récupérer les coûts de production et hésitera avant d'investir de nouveau dans le développement de produits que tous peuvent se procurer presque gratuitement<sup>17</sup>.

Cette réalité explique la raison pour laquelle le marché privé pourrait avoir tendance à sous-allouer des ressources à la production de cette catégorie de biens<sup>18</sup>. Les coûts élevés nécessaires à l'exclusion efficace des tiers qui participent sans juste rémunération à la consommation collective d'un bien posent une entrave au bon fonctionnement du marché et créent des externalités<sup>19</sup>. La source fondamentale des externalités viendrait donc d'un système de droits de propriété inefficace. Suivant certaines théories économiques, si les droits de propriété étaient parfaitement définis et respectés, aucune externalité ne surviendrait<sup>20</sup>. La création et les possibilités de transfert de droits de propriété intellectuelle permet en théorie de répondre à de nouvelles formes d'externalités dans le marché, telles que l'apparition de nouvelles technologies<sup>21</sup>.

Par conséquent, l'attribution de droits mutuellement exclusifs apparaît comme le moyen le plus susceptible d'inciter les individus à employer les ressources efficacement, à la fois en réponse à la rareté et aux externalités du type des biens publics<sup>22</sup>. En théorie, les droits de propriété sont jugés efficaces s'ils satisfont aux critères d'exclusivité et de transmissibilité<sup>23</sup>. L'efficacité des droits serait d'autant plus grande que les coûts de transaction entre les agents sont nuls, c'est-à-dire que le transfert, l'acquisition et la protection des droits se réalisent sans frais<sup>24</sup>. Or, ces coûts de transaction font partie intégrante de la réalité, particulièrement dans le cas des biens intangibles. De façon générale, les coûts de transaction n'indiquent pas tant une défaillance du marché, mais bien une incitation pour les individus à rechercher des moyens de les réduire.

### **b- La propriété intellectuelle**

Alors que l'innovation technologique forme une composante essentielle du développement économique<sup>25</sup>, la création d'oeuvres à caractère artistique constitue une source majeure d'enrichissement pour l'ensemble de la société. Les gouvernements justifient leur intervention dans la promotion du progrès scientifique et de la création artistique<sup>26</sup>, eu égard aux bénéfices potentiels de la production de l'une ou l'autre de ces expressions intellectuelles. Ils encouragent activement la recherche et le développement des technologies de pointe ainsi que la production d'oeuvres littéraires et artistiques, en octroyant des subventions à la recherche et à la création, en accordant des avantages fiscaux, de même qu'en prévoyant un régime juridique approprié pour la protection intellectuelle des nouvelles oeuvres<sup>27</sup>.

Les droits intellectuels sont nés du souci des gouvernements de trouver l'équilibre entre deux politiques législatives d'égale importance, mais de portée contraire. En effet, ces droits visent d'une part la promotion du progrès technologique et de la créativité artistique et d'autre part, la sauvegarde de la libre circulation des idées<sup>28</sup>. Dans la recherche de l'équilibre entre les intérêts des usagers et ceux des inventeurs, les droits de propriété intellectuelle apparaissent comme une solution au manque d'exclusivité propre aux biens publics, en imposant pour un temps déterminé des limites à l'emprunt des idées des autres. Les droits de propriété intellectuelle sont donc conçus de manière à encourager la création en donnant aux titulaires un moyen de percevoir, à l'exclusion de tout autre, les gains produits par la production de nouveaux biens<sup>29</sup>. Le droit de propriété intellectuelle répondrait donc à l'insuffisance des barrières technologiques afin de garantir au créateur l'exclusivité sur son produit.

Le droit de propriété se définit généralement comme le contrôle que peut exercer le titulaire sur la matière qui en fait l'objet et par la possibilité de décider de son utilisation. Mais l'exclusivité est une question de degré<sup>30</sup>. La notion de «propriété», la structure des différents droits et le degré d'exclusivité garanti par chacun varient énormément en fonction du bien revendiqué et de l'objectif poursuivi par l'institution:

*«The notion of property is further complicated by the variety of very different sorts of things that we claim to own. We may own a plot of land, or the trees on the land, or the fruit that we expect the trees to bear, or access to the space above the land. We may own a corporation including all its real assets, or the name and reputation of a corporation. We may own a book of poetry (that is, the material item consisting of paper and ink), or the poems included in the book and none of their particular inscriptions. Obviously, these very different sorts of things are owned in very different sorts of ways. A car owner decides who may move the car and whether to destroy it in a steel compactor. A plot of land can be neither moved nor destroyed, but the owner decides who may occupy it. A poem can neither be moved nor destroyed nor occupied, but the owner decides where it may be inscribed. Different sorts of things demand different notions of ownership»<sup>31</sup>.*

Au même titre que tout autre type de droit de propriété, les droits de propriété intellectuelle présentent des caractéristiques bien particulières, adaptées à la matière qu'ils sont destinés à protéger. On retrouve cependant en droit d'auteur, comme en droit des brevets, les traits généraux des droits de propriété attribués sur les biens tangibles, tel que le droit d'exclure les tiers, le droit de déterminer les modalités d'utilisation du bien et d'en recevoir les fruits et les bénéfices, ainsi que le droit de transférer le bien suivant des modalités précises<sup>32</sup>. Les caractéristiques des différents droits intellectuels varient toutefois d'un extrême à l'autre, entre la rigidité du brevet et la souplesse du droit d'auteur<sup>33</sup>. Alors que le brevet interdit tout type de reproduction par les tiers, le droit d'auteur donne une protection simplement contre la copie: la reproduction indépendante ou accidentelle d'une oeuvre protégée n'est pas matière à poursuites. Le droit d'auteur établit une distinction entre la reproduction accidentelle et l'emprunt, fût-il involontaire: alors que la première est le résultat d'efforts indépendants de toute utilisation directe ou indirecte de l'oeuvre originale, le second constitue une forme de resquillage qui doit être condamnée<sup>34</sup>.

La différence de fonctionnement des régimes du brevet et du droit d'auteur tient à l'étroite conception que les rédacteurs législatifs ont toujours eu de l'objet utilitaire et de l'oeuvre d'art<sup>35</sup>. Dans la mesure où les inventions peuvent être facilement décrites et circonscrites sur papier et qu'un registre composé de classes spécifiques d'inventions suffit pour en suivre la trace, le système du brevet peut fonctionner efficacement sur la base d'un examen préalable par l'autorité compétente de l'invention d'un demandeur. Dans ce contexte, la reproduction indépendante peut être évitée et dans le cas contraire, constitue un acte répréhensible. En revanche, l'oeuvre littéraire ou artistique est présumée impossible à décrire en mots de façon satisfaisante et l'expression d'une idée peut emprunter tant de configurations différentes qu'aucun registre ne pourrait rendre l'information clairement disponible. Par conséquent, les rares cas constatés de reproduction indépendante n'ont pas justifié jusqu'à maintenant l'instauration d'un système pour les prévenir<sup>36</sup>.

Les notions de resquillage et de reproduction indépendante se présentent aujourd'hui dans une perspective entièrement différente, dans la mesure où les nouvelles technologies mettent l'ensemble du système à rude épreuve: la description écrite des innovations informatiques se complique chaque jour davantage; la nature essentiellement utilitaire des nouvelles technologies limite le nombre d'expressions possibles pour les idées qui y sont à la base; et les cas de reproduction indépendante, d'emprunt et de décompilation d'une matière protégée se multiplient au même rythme que les enjeux économiques augmentent. De plus, la rigueur des normes d'utilisation, d'emprunt et de décompilation pour la création d'oeuvres dérivées ou compatibles entre elles varie d'une industrie à l'autre, comme en témoignent les normes plus libérales en vigueur dans les industries de l'informatique et des circuits intégrés<sup>37</sup>.

La structure du droit de propriété qui est attribuée sur une matière influence directement la nature des créations qui seront produites. Un droit dont les critères d'obtention sont peu rigoureux offrira généralement une protection relativement faible, mais pouvant s'étendre sur une longue période de temps. Au contraire, un droit qui est accordé suivant des conditions et des formalités strictes garantira une protection plus forte mais de courte durée. L'aménagement particulier des prérogatives de chaque droit poursuit des objectifs bien précis: l'un encourage la production de créations artistiques, tandis que l'autre incite à innover. Connaissant la nature et la durée des droits intellectuels disponibles, les créateurs développeront des produits qui se conforment étroitement au niveau d'originalité ou

d'inventivité requis pour obtenir l'une ou l'autre des formes de protection. En d'autres termes, les investisseurs adapteront le type de création à la forme de protection qui leur est offerte et qui leur permettra de récupérer les coûts de production et de tirer des profits. Il s'agit alors de savoir si cette protection est véritablement efficace à l'égard de la technologie numérique, tant pour les créateurs que pour les utilisateurs, et si par conséquent, elle encourage effectivement la création et l'innovation dans ce domaine.

## **2. La propriété intellectuelle et la technologie numérique : à la recherche d'un compromis satisfaisant**

La propriété intellectuelle est généralement perçue comme un outil capital pour le développement des oeuvres multimédias et de la technologie numérique. Pourtant, en raison de la nature révolutionnaire de ces oeuvres et des défis conceptuels posés par la technologie, on en est venu à douter de la capacité des régimes juridiques existants à protéger ces éléments de façon adéquate. Par conséquent, de nombreux pays industrialisés ont jugé opportun de former des groupes de travail dont l'objectif est d'étudier le cadre juridique entourant la création et l'utilisation de l'autoroute électronique<sup>38</sup>. Les discussions de ces groupes de travail ont porté essentiellement sur des questions liées à la protection du droit d'auteur et ont permis de formuler un certain nombre de recommandations. Plusieurs points devraient cependant être analysés par les dirigeants de manière plus approfondie. En rappelant les principes généraux du droit d'auteur et du brevet, nous dressons dans les pages qui suivent un portrait critique des principales questions qui ont été abordées par ces groupes consultatifs et de certaines autres qui auraient dû l'être.

### **a- Le droit d'auteur**

Du seul fait de la création de son oeuvre, l'auteur détient, en vertu des conventions internationales et des lois internes de chaque État, un droit de propriété incorporelle exclusif et opposable à tous. Contrairement au brevet, le droit d'auteur jouit d'une reconnaissance internationale au prix de simples formalités<sup>39</sup>. Le droit d'auteur protège plusieurs catégories d'oeuvres littéraires, artistiques et scientifiques, énumérées dans l'ensemble des instruments juridiques, auxquelles appartiennent notamment les oeuvres orales et écrites, les oeuvres musicales, cinématographiques, photographiques et architecturales, de même que les oeuvres d'art appliqué et les compilations<sup>40</sup>. Le droit d'auteur accorde au créateur de toute oeuvre originale le droit exclusif de la produire, de la reproduire et de l'exécuter, sans égard au moyen ou à la forme d'expression de l'oeuvre. Le droit d'auteur s'applique ainsi à l'expression d'une idée, et non à l'idée elle-

même. Les idées à la base d'une oeuvre font partie du domaine public et la création littéraire, musicale ou artistique n'est protégée qu'au moment où elle est concrétisée sur un support matériel<sup>41</sup>.

## 1° LES OEUVRES MULTIMÉDIAS

L'adaptation des principes du droit d'auteur à une matière spécifique comme les oeuvres multimédias touche plusieurs éléments: en premier lieu, il convient de déterminer quelle est la matière qui doit faire l'objet de la protection, en vertu de quels critères d'originalité et de fixation<sup>42</sup>. En second lieu, les droits et les limites qui se rattachent à la protection doivent être définis de façon précise. Il s'agit à ce point de fixer l'étendue des droits économiques<sup>43</sup>, voisins et moraux de l'auteur<sup>44</sup>, de même que les exceptions dont jouissent les utilisateurs<sup>45</sup>. En troisième lieu, on doit s'assurer que les recours civils et criminels<sup>46</sup> disponibles aux auteurs pour le respect de leurs droits de propriété sont adéquats compte tenu de la technologie et de la dimension internationale des communications. Enfin, comme un droit de propriété n'est jugé efficace que s'il est exclusif et transmissible, des modalités de transfert de propriété doivent être établies ou, si des relations contractuelles directes entre individus s'avèrent irréalisables, un système de gestion collective de droits doit être mis en place.

La qualification des oeuvres multimédias parmi l'une des catégories d'oeuvres énoncées dans les instruments juridiques revêt une grande importance en droit d'auteur, dans la mesure où toutes les catégories d'oeuvres ne jouissent pas nécessairement des mêmes droits ou d'une protection de même durée. Les délibérations des groupes consultatifs ont permis de constater que, suivant le libellé des définitions prévues dans leurs lois respectives, les oeuvres multimédias se classeraient généralement dans l'une ou l'autre de deux catégories déjà existantes: d'une part dans la catégorie des oeuvres cinématographiques<sup>47</sup> ou «audio-visuelles», et d'autre part, dans celle des «compilations» ou «oeuvres collectives». Après analyse, le comité consultatif canadien en est venu à la conclusion qu'aucune modification législative ne devait être apportée aux définitions existantes<sup>47</sup>, estimant que ces oeuvres ne cessent pas d'être des créations littéraires, artistiques ou musicales du seul fait qu'elles ont été transposées sur support numérique et qu'elles peuvent tout aussi bien entrer dans la catégorie des compilations. En revanche, parce que la numérisation des oeuvres rend maintenant la présence de multiples définitions inutile et difficilement applicable, le groupe américain a quant à lui émis l'hypothèse que ces catégories puissent un jour être entièrement éliminées<sup>48</sup>.

Face aux doutes qui subsistent au sujet du rattachement des oeuvres multimédias à l'une ou l'autre des définitions existantes, le groupe japonais a soumis deux propositions: la première serait de restreindre l'étendue de la définition d'«oeuvre cinématographique» tout en créant une catégorie distincte pour les oeuvres «audio-visuelles»; la seconde consisterait à éliminer complètement la définition d'«oeuvre cinématographique» tout en prévoyant une catégorie plus large d'«oeuvres audio-visuelles» qui engloberait un plus grand éventail d'oeuvres<sup>49</sup>. La qualification des oeuvres multimédias en France s'avère plus complexe, dans la mesure où la définition d'«oeuvre collective» proposée dans le *Projet de Directive européenne concernant la protection juridique des bases de données*<sup>50</sup> pourrait se heurter à la définition d'«oeuvre audio-visuelle» prévue dans le *Code de la propriété intellectuelle*<sup>51</sup>. Autrement dit, les oeuvres multimédias seraient susceptibles de bénéficier en France d'une double protection, en vertu de régimes juridiques pas nécessairement compatibles. En effet, les critères d'originalité des deux instruments diffèrent, tout comme les principes de titularité des droits et les exceptions aux droits patrimoniaux<sup>52</sup>.

De toute évidence, l'application aux oeuvres multimédias du critère d'originalité ne semble pas soulever suffisamment de problèmes pour avoir suscité l'intérêt des groupes de travail. Or, l'exigence d'originalité constitue un facteur important dans l'orientation de l'activité créatrice. On distingue les éléments protégeables d'une oeuvre de ceux qui font partie du domaine public suivant le critère d'originalité: un auteur qui désire obtenir une protection sur son oeuvre devra investir davantage si le critère est interprété de façon rigoureuse. Le critère d'originalité n'est cependant pas appliqué uniformément à travers le monde, ni même à l'égard des différentes catégories d'oeuvres. On requiert souvent des compilations ou des banques de données un degré d'originalité moindre que pour les oeuvres littéraires, musicales ou cinématographiques<sup>53</sup>. D'où la nécessité de clarifier sur le plan international d'une part, la catégorie dans laquelle devraient être classées les oeuvres multimédias et d'autre part, le niveau d'originalité requis pour l'attribution d'un droit d'auteur. À défaut d'une telle précision, on risque d'accorder une protection variable d'un État à l'autre sur des oeuvres similaires ou encore d'accorder une protection sur des éléments qui auraient tout aussi bien pu faire partie du domaine public. La conséquence pourrait en être fâcheuse pour la création future, puisqu'un système juridique incertain ou un droit trop facile à obtenir enlèvent toute motivation à innover.

Dans la mesure où les communications par réseau électronique transcendent les frontières politiques, un créateur habitant dans un premier État est désormais capable de créer une oeuvre protégeable dans un second, puis de la publier dans un troisième (ou plus). L'hypothèse voulant qu'un créateur se trouve nécessairement au même endroit que son oeuvre ne tient plus et laisse un certain degré d'incertitude sur le statut de l'oeuvre<sup>54</sup>. Par conséquent, le critère de rattachement pour l'attribution d'un droit d'auteur, qui est traditionnellement celui de la nationalité du créateur, perd de sa pertinence dans le contexte de l'autoroute électronique. Qu'arrive-t-il lorsque certaines oeuvres sont protégées dans un État et que, en raison de différences de rédaction législative ou d'interprétation judiciaire, elles ne le sont pas dans l'État voisin? Qu'arrive-t-il lorsqu'une personne reçoit la copie numérique d'une oeuvre dans son ordinateur et la retransmet par la voie électronique à des amis à travers le monde? Dans quel État doit-on constater la violation des droits sur une oeuvre numérique protégée voyageant sur l'*Internet*? La violation a-t-elle lieu dans l'État où se trouve l'oeuvre originale? dans ceux où se trouvent les reproductions? dans celui où se trouve l'accusé? ou encore dans celui où se trouve l'auteur? Quelle loi s'applique-t-elle? L'attitude des groupes consultatifs par rapport à l'importance de mettre en place un régime international harmonisé pour la protection des oeuvres multimédias, afin justement d'éviter ce genre de situation, laisse pour le moins perplexe<sup>55</sup>. Seul le Rapport Lehman place le développement et la protection des oeuvre multimédias dans une véritable perspective internationale:

*«As we move toward a world where dissemination of entertainment and information products through on-demand delivery services operating through interactive digital information communications networks is the norm, it may be necessary to harmonize levels of protection under disparate systems of copyright, authors' rights and neighboring rights, and consideration should be given to ways to bridge the gaps among these systems»<sup>56</sup>.*

Lorsque, en raison de la technologie, les créateurs ne peuvent exercer un contrôle réel sur l'utilisation qui est faite de leur oeuvre ou encore lorsque le nombre d'usagers potentiels est trop élevé pour permettre aux créateurs de conclure des contrats d'utilisation avec chacun d'entre eux, la solution est de recourir à des systèmes de gestion collective de droits d'auteur. Ce système a pour but de réduire les coûts de transaction entre agents, en fournissant aux utilisateurs l'information relative aux oeuvres protégées, et de faciliter l'administration des redevances dues aux créateurs pour l'utilisation

de leurs oeuvres. À l'heure actuelle, aucun régime de gestion collective ne s'occupe de la perception et de la distribution des redevances dues pour l'utilisation d'oeuvres multimédias<sup>57</sup>. Certains groupes consultatifs ont également déploré le fait qu'il n'existe aucun moyen de retracer l'auteur d'une oeuvre multimédia, les ayants droit, les usagers autorisés etc.<sup>58</sup> Par conséquent, ces groupes ont proposé à juste titre la création de centres d'identification volontaires des droits. L'enregistrement s'effectuerait sur une base volontaire, puisque l'assujettissement d'un droit sur les oeuvres multimédias à une procédure obligatoire serait contraire à la *Convention de Berne*.

## 2° LA TECHNOLOGIE NUMÉRIQUE

Les oeuvres multimédias se distinguent de la technologie numérique proprement dite par leurs caractéristiques prédominantes et par leurs fonctions respectives. Si les oeuvres multimédias peuvent exister de façon autonome sur support analogique, tel n'est pas le cas des logiciels et autres éléments informatiques. Quoi qu'en pensent certains auteurs, la situation juridique entourant la protection des programmes d'ordinateur est loin d'être entièrement réglée et pose encore de sérieux problèmes à la communauté juridique, qu'il s'agisse de l'application des principes du droit d'auteur ou de ceux du brevet. La nature même du logiciel informatique défie tout rattachement conceptuel aux cadres établis par les systèmes traditionnels de propriété intellectuelle. Pris de façon isolée, un programme d'ordinateur peut être considéré comme un écrit ou un ensemble d'idées, mais lorsqu'utilisé conjointement avec le matériel physique de l'ordinateur, il peut être considéré comme un procédé ou un appareil.

Les programmes d'ordinateur sont protégés par le droit d'auteur depuis que le Congrès américain a modifié le *Copyright Act* en 1980, afin d'inclure expressément ce type de création dans la définition d'«oeuvre littéraire»<sup>59</sup>. Peu de temps après, les législatures de l'ensemble des États producteurs ou importateurs de biens informatiques ont dû suivre l'exemple américain<sup>60</sup>. Pourtant les difficultés d'application du droit d'auteur à cette matière n'ont pas disparu, comme en témoigne ce commentaire formulé par un juge américain:

*«However, computer programs are, in essence, utilitarian articles — articles that accomplish tasks. As such, they contain many logical, structural, and visual display elements that are dictated by the function to be performed, by considerations of efficiency, or by external factors such as compatibility requirements and industry demands. In some*

*circumstances, even the exact set of commands used by the programmer is deemed functional rather than creative for purposes of copyright (...) Because of the hybrid nature of computer programs, there is no settled standard for identifying what is protected expression and what is unprotected idea in a case involving the alleged infringement of a copyright in computer software»<sup>61</sup> (nos italiques).*

Ainsi, on conteste encore l'application du droit d'auteur à une matière de nature éminemment fonctionnelle, considérant qu'elle devrait plutôt faire l'objet d'un droit de propriété industrielle. De plus, la distinction entre l'idée et son expression pose encore de sérieuses difficultés d'interprétation en matière d'informatique, car il devient de plus en plus évident que la conception d'un programme d'ordinateur efficace ne peut emprunter qu'un nombre réduit d'expressions<sup>62</sup>. Enfin, la durée de protection du programme d'ordinateur est égale à celle de toute oeuvre protégée par le droit d'auteur, c'est-à-dire la vie de l'auteur plus cinquante ans après sa mort. Une protection d'une telle longueur fait fi de la réalité, alors que la durée de vie commerciale moyenne d'un programme réalisé pour un ordinateur personnel s'échelonne entre 1 et 4 ans et que celle d'un programme conçu pour un système informatique plus important se limite à 10 ans<sup>63</sup>.

Les modifications qu'ont fait subir les législatures au régime du droit d'auteur en vue de l'appliquer aux logiciels informatiques ont suscité de sévères commentaires<sup>64</sup>. L'adoption de la *Directive du Conseil européen du 14 mai 1991 concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur*<sup>65</sup> a consacré, aux yeux de certains, l'existence d'un régime spécifique pour le logiciel<sup>66</sup>. Cette directive introduit notamment la notion d'utilisation pour fins d'interopérabilité entre systèmes; elle réduit l'exigence d'originalité et diminue l'importance des droits moraux de l'auteur, dans la mesure où l'acquéreur légitime peut apporter les adaptations et changements nécessaires au bon fonctionnement du programme. Pour plusieurs, il ne s'agit plus du droit d'auteur traditionnel, mais bien d'un droit spécifique aux logiciels, distinct de celui qui devrait s'appliquer aux oeuvres multimédias:

*«Une chose est sûre. Le fait que les produits multimédias soient sur support numérique ne doit en rien entraîner l'application du régime spécial des logiciels. Même s'il s'agit d'une composante importante du produit, la part logicielle ne peut permettre d'occulter la nature des autres éléments. On retrouve là le débat traditionnel à certaines*

*créations informatiques complexes comme les systèmes experts ou les jeux vidéo. Il paraît clairement tranché tant en doctrine qu'en jurisprudence: le droit spécial est applicable à la partie programme, le droit commun du droit d'auteur, au reste»<sup>67</sup>.*

Compte tenu de ce qui précède, est-il pour le moins déconcertant de constater que la communauté internationale a consenti, dans le cadre de l'Accord du GATT, à se lier pour l'avenir à la décision d'inclure expressément les programmes d'ordinateur dans la définition d'oeuvre protégeable par le droit d'auteur<sup>68</sup>. Pourtant, si la communauté juridique ne reconnaît pas le caractère spécial des normes élaborées pour la protection des innovations informatiques, le système du droit d'auteur risque de se voir dénaturer encore davantage lorsqu'on voudra assurer une protection aux systèmes experts, aux créations générées par ordinateur ou à tout autre développement technologique futur, mais de nature résolument utilitaire<sup>69</sup>.

#### **b- Le brevet**

Le développement futur de l'autoroute électronique dépendra des innovations réalisées dans plusieurs secteurs technologiques, particulièrement dans les domaines des programmes d'ordinateur, du matériel d'ordinateur et des télécommunications. On ne saurait donc sous-estimer l'importance de maintenir un système de brevets efficace, qui encourage et protège l'innovation dans ces secteurs. En retour, l'impact le plus marquant qu'aura l'infrastructure de l'information sur le système des brevets sera de donner accès à une quantité d'information de qualité, servant à déterminer la brevetabilité d'une invention ou à juger la validité d'un brevet<sup>70</sup>. L'objectif du système des brevets est donc d'encourager l'innovation et la divulgation publique des avances techniques. Le système du brevet comporte ainsi un double volet en matière de technologie numérique. D'une part les inventeurs voudront protéger leurs innovations dans le secteur de la technologie numérique au moyen du brevet et d'autre part, cette technologie servira d'outil dans l'évaluation de l'art antérieur.

De façon générale, on accorde un brevet sur toute invention remplissant les critères de nouveauté, de non-évidence et d'application industrielle<sup>71</sup>. Le brevet garantit à l'inventeur le droit d'exclure toute autre personne de la production, de l'exploitation et de la distribution de l'invention protégée. Le monopole alors consenti est absolu, excluant même les créations indépendantes et les produits équivalents. La protection est d'une durée de vingt ans à compter de la date du dépôt de la demande<sup>72</sup>.

Une invention est considérée nouvelle si elle n'est pas comprise dans l'état de la technique; autrement dit, une invention est nouvelle si l'objet de la demande n'a pas été rendu public, de quelque manière que ce soit, avant la date du dépôt<sup>73</sup>. L'étendue de la protection dépend des revendications comprises dans le mémoire descriptif accompagnant la demande de brevet. Celles-ci consistent en la description technique du procédé, de la machine, de la méthode ou de la matière faisant l'objet de la demande. Un brevet est délivré uniquement à la condition que le mémoire descriptif de l'invention expose son objet, ses éléments constitutifs et ses effets de manière assez complète et précise pour qu'une personne moyenne oeuvrant dans le métier dont relève cette invention puisse l'exécuter facilement<sup>74</sup>. Cette exigence implique que l'invention elle-même soit suffisamment déterminée et stable pour pouvoir être reproduite et que les informations contenues dans la description permettent d'arriver au même résultat que l'inventeur<sup>75</sup>.

Longtemps, les composantes du logiciel telles que les algorithmes, le code source et le code objet, ont été qualifiées de purs principes scientifiques, d'idées abstraites ou de processus mentaux et, pour cette raison, étaient systématiquement exclues de la protection du brevet. L'approche des institutions chargées de l'application des lois sur le brevet ainsi que celle des tribunaux se sont nettement libéralisées depuis quelques années au sujet de la brevetabilité des programmes d'ordinateurs et ce, dans plusieurs pays industrialisés. Au cours de l'année 1994, le *United States Patent & Trademark Office* (USPTO) a délivré plus de quatre mille brevets sur des programmes d'ordinateur<sup>76</sup>. Depuis quelques années, l'Office européen des brevets (OEB) consent également à délivrer des brevets sur des logiciels lorsque l'invention, suivant l'ensemble des revendications, apporte une contribution technique à l'état actuel des connaissances<sup>77</sup>. En général, la protection par brevet est admise, aux États-Unis, lorsque l'algorithme contenu dans les revendications est appliqué ou exécuté à l'intérieur d'une structure ou d'un procédé qui, considéré comme un tout, remplit une fonction brevetable<sup>78</sup>.

Or, la brevetabilité des logiciels n'est pas sans soulever certaines questions d'ordre théorique et d'ordre pratique. Les critères généraux retenus par le USPTO ou par l'OEB posent un épineux problème de qualification de la matière décrite dans les revendications<sup>79</sup>. Les tribunaux ont dû élaborer des tests compliqués pour déterminer quels sont les éléments informatiques qui peuvent être protégés par brevet et quels sont ceux qui appartiennent au domaine public. Une décision récente de la Cour du Circuit fédéral américain constitue un point tournant dans la jurisprudence des États-Unis, en matière de

brevetabilité d'inventions utilisant des algorithmes mathématiques<sup>80</sup>. Dans cet arrêt, la Cour a décidé qu'une revendication qui décrit la façon dont un programme d'ordinateur peut être utilisé pour l'application d'un algorithme mathématique est valide, même si l'algorithme est exploité pour traiter des signaux qui n'ont aucun lien avec un phénomène physique tangible. Cette décision touche l'ensemble des techniques employant des algorithmes mathématiques complexes, telles que des procédés de signalisation numérique, des communications numériques, des graphiques d'ordinateur, des radars, des analyses sismiques etc.<sup>81</sup>

Lié au problème de qualification de la matière brevetable se trouve celui de la protection des fonctions informatiques intermédiaires. En effet, l'étendue de la protection n'est pas nettement définie dans le cas des multiples composantes informatiques, telles que le micro code, les micro programmes et le code objet. Le brevet émis pour la protection d'une certaine fonction informatique couvre-t-il également l'ensemble des possibilités informatiques d'accomplir cette fonction? Un programme enregistré dans la mémoire RAM d'un ordinateur d'usage universel contrefait-il par exemple ce même programme enregistré dans un circuit intégré ROM, installé dans une calculatrice digitale ou dans un jeu vidéo?<sup>82</sup> Cette particularité a son importance, dans la mesure où les usagers de l'*Internet* doivent nécessairement télécharger les programmes dans la mémoire vive de leur ordinateur pour être en mesure de les utiliser. Pourrait-il s'agir d'un acte de contrefaçon?

Un second facteur qui laisse supposer que le brevet n'est pas tout à fait adapté à la protection des programmes d'ordinateur a trait à l'impact de la lourdeur et de la longueur du processus nécessaire à l'obtention d'un brevet sur les demandes dans ce secteur. En effet, les délais imposés pourraient suffire à enlever aux programmes d'ordinateur leur caractère de nouveauté et de non-évidence. Pire, en raison de la rapidité de l'évolution technologique<sup>83</sup>, le logiciel risque même d'être désuet dès la date de délivrance du brevet<sup>84</sup>. Le critère de non-évidence a soulevé tant de difficultés en matière de programmes d'ordinateur que le USPTO a décidé de mener des audiences publiques à ce sujet, au début de 1994<sup>85</sup>. À cette occasion, le Commissaire américain des brevets déclarait:

*«Many people pointed out in San Jose that the obviousness standard, as interpreted by our examiners and by the court, seems to be inconsistent with the realities of the industry. We recognize that an effectively functioning patent system requires a standard of nonobviousness that is rigorous and*

*reflective of industry norms. However, we also recognize that the courts are the primary source of guidance on the basic question of obviousness. As such, we intend to work with the courts to ensure that the obviousness standard is applied rigorously, not only in the context of examination, but also when patents are enforced.»<sup>86</sup>.*

La difficulté de décrire les inventions relatives aux logiciels d'ordinateur se manifeste notamment dans la rédaction des revendications, mais bien plus dans la recherche de l'art antérieur que doivent réaliser tant les inventeurs que les bureaux des brevets afin de constater la brevetabilité d'une invention ou de juger la validité d'un brevet. Le volume considérable de matériel informatique qui constitue l'art antérieur pose de sérieux ennuis dans l'évaluation de ce qui est nouveau et de ce qui ne l'est pas<sup>87</sup>. À l'aide des examinateurs et des inventeurs dans la recherche de l'art antérieur, certains voient l'avènement de l'infrastructure de l'information. On espère que l'autoroute électronique permettra l'accès à des sources précieuses d'information, comme à des banques de données scientifiques, à des banques de données tenues par les offices de brevets à travers le monde, à des publications etc. Enfin, on conçoit que l'autoroute électronique changera la façon dont l'information est préparée et disséminée<sup>88</sup>.

## Conclusion

### Un compromis possible?

Si l'on reconnaît la nécessité d'éliminer la confusion qui règne à l'égard de la protection intellectuelle des nouvelles technologies et si l'on admet l'obligation d'offrir un cadre juridique clair qui stimulerait la production et la mise en marché d'innovations techniques<sup>89</sup>, encore faut-il déterminer quel type d'innovation doit être encouragé, afin d'ajuster la protection en conséquence. Le même raisonnement s'applique également aux créations littéraires, artistiques et musicales. Rappelons que la structure d'un droit influence le genre d'innovations produites. Considérant la nature hautement incertaine des résultats de la recherche et du développement, les sommes qu'un investisseur consacre pour la réalisation d'un projet particulier dépendent de l'évaluation de ses chances de réussite et des revenus anticipés. Les droits de propriété intellectuelle, au même titre que les autres droits de propriété, établissent les paramètres suivant lesquels les investisseurs peuvent apprécier la valeur des revenus futurs<sup>90</sup>. Si le droit n'offre pas une

protection suffisamment forte, les investissements à risque seront écartés au profit de projets présentant un moindre niveau d'incertitude<sup>91</sup>. L'avance technique pourrait donc s'en ressentir.

À première vue, le niveau de protection offert par le droit d'auteur semblerait susceptible de s'adapter assez facilement aux caractéristiques des oeuvres multimédias<sup>92</sup>. Bien entendu, les définitions relatives aux catégories d'oeuvres traditionnellement protégeables par le droit d'auteur doivent être repensées, tout comme les notions d'auteur, d'originalité et de fixation. Du point de vue des créateurs, il pourra s'avérer intéressant de constater où se situera le compromis, sur le plan international, au sujet de l'étendue du droit de communication au public, de celle des droits moraux, ainsi que de celle des droits voisins accordés aux artistes interprètes et aux producteurs de phonogrammes. Du point de vue des usagers, il conviendra surtout de réévaluer les notions d'utilisation équitable et de créations dérivées, de manière à assurer au public un accès raisonnable aux oeuvres et à inciter les usagers à créer à leur tour. Enfin, la mise sur pied d'un régime volontaire d'enregistrement des oeuvres protégées et le renforcement des recours contre les actes de contrefaçon constitueraient des mesures concrètes visant à adapter le système juridique aux particularités des oeuvres multimédias.

L'expérience des quinze dernières années démontre de façon indéniable que ni le droit d'auteur ni le brevet ne répondent adéquatement aux caractéristiques de la technologie numérique. La création d'un droit *sui generis* apparaîtrait pour beaucoup comme la solution logique aux problèmes posés par l'application du droit d'auteur ou du brevet aux programmes d'ordinateur. À l'encontre de cette proposition, plusieurs invoquent le spectre de l'incertitude juridique: «Moreover, reducing or otherwise changing intellectual property protection at this time would increase uncertainty and otherwise deter investment of resources in the very works needed for the development and success of the information superhighway itself»<sup>93</sup>. Or, rien ne saurait être plus loin de la réalité. On ne compte plus le nombre d'articles parus sur le sujet, tant par les juristes que par les membres de la communauté scientifique. Les tribunaux de l'ensemble des États industrialisés ont pu développer une jurisprudence cohérente et solide en matière de protection intellectuelle des programmes d'ordinateur. Ce travail n'a pas été fait en vain. Il se dégage de cet ensemble un certain nombre de principes généraux qui peuvent très bien servir de fondement à la création d'un droit plus approprié à l'objet qu'il est censé protéger.

Le droit se développe rarement de façon instantanée. Les règles de droit obéissent généralement à un processus d'élaboration composé de deux étapes principales<sup>94</sup>. La première se caractérise par une suite d'essais et d'erreurs conduisant à l'émergence des normes applicables à un domaine spécifique et la seconde par la cristallisation d'une règle particulière dans l'ordre juridique

interne<sup>95</sup>. Le droit applicable aux logiciels et aux nouvelles technologies en général ne fait pas exception. Le processus de qualification du droit applicable aux nouvelles technologies se réalise au fil des tentatives législatives et judiciaires entreprises pour répondre aux revendications des industriels et par le travail d'explication accompli par la doctrine<sup>96</sup>. Enfin, le nouveau droit se fixe dans l'ordre juridique d'un État au moment où les principaux intervenants en arrivent à un consensus clair sur la structure de ce nouveau droit et sur les moyens à prendre pour assurer sa mise en oeuvre. Le problème de la protection intellectuelle des programmes d'ordinateur existe depuis une période suffisamment longue pour qu'on puisse tirer les conclusions qui s'imposent et agir en conséquence.

## NOTES

- <sup>1</sup> Les idées exprimées dans ce texte sont exclusivement celles de l'auteure et ne reflètent pas nécessairement les vues de la Direction de la politique de la propriété intellectuelle du ministère de l'Industrie.
- <sup>2</sup> Deborah REILLY, «The National Information Infrastructure and Copyright: Intersections and Tensions», (1994) 76 *J.P.T.O.S.* 903-932, 905.
- <sup>3</sup> Ronald H. BROWN *et al*, *The National Information Infrastructure: Agenda for Action*, p. 5 (Information Infrastructure Task Force, 15 septembre 1993).
- <sup>4</sup> HOFFMAN, Donna et Thomas P. NOVAK, «Wanted: Net.Census», *Wired*, 2.11, Nov. 1994, pp. 93-94 où les auteurs écrivent: «The current approach to estimating the population of the Internet is like estimating the number of people in the US by counting the buildings».
- <sup>5</sup> D. REILLY (1994), p. 905.
- <sup>6</sup> «The End of the Internet», *Wired*, 2.11, Nov. 1994, p. 38 où l'on peut lire que: «Internet users think of the CIX [Commercial Internet eXchange Association], if they think of it at all, as the main alternative backbone for commercial Internet traffic. Formed at a time when the main high-speed lines of the Internet were reserved for academic and scientific networking, the purpose of the CIX was to guarantee commercial connectivity between its members. In late 1992 there were seven CIX members; in January of 1994 there were 25; there are now more than 75. Members include such networking heavyweights as Sprintlink, ANS CO+RE, NEARnet, BARRnet, PSInet, and others.»
- <sup>7</sup> «Seven Thinkers in Search of an Information Highway», *Technology Review*, août-septembre 1994, pp. 42-52, à la p. 46.
- <sup>8</sup> THE NATIONAL TELECOMMUNICATIONS AND INFORMATION ADMINISTRATION (NTIA) and the UNIVERSAL SERVICE WORKING GROUP OF THE INFORMATION INFRASTRUCTURE TASK FORCE, «Virtual Public Conference on "Universal Service and Open Access to the Telecommunications Network"» 14-18 novembre 1994. Information disponible sur l'*Internet*: [ntiaabbs.ntia.doc.gov](http://ntiaabbs.ntia.doc.gov) (telnet, gopher ou World-Wide Web). Voir aussi: «Hearing Set on Patent Protection for Biotechnological Inventions», (1994) 48 *BNA's Patent Trademark & Copyright Journal* p. 510. Information disponible sur l'*Internet*: [www.uspto.gov](http://www.uspto.gov).

- <sup>9</sup> Gary STIX, «The Speed of Write — Trends in Scientific Communication», *Scientific American*, décembre 1994, pp. 106-111, à la p. 107 où l'on peut lire: «Scientists now transmit reports of their research — from first inspiration to final result — over electronic networks. Even live experiments can be witnessed on-line. Publishers and libraries may never be the same».
- <sup>10</sup> Pamela SAMUELSON, «Copyright's Fair Use Doctrine and Digital Data», (1994) *37 Communications of the ACM* 21-27, 21.
- <sup>11</sup> Lance ROSE, «The Emperor's Clothes Still Fit Just Fine», *Wired*, 3.02, fév. 1995, pp. 103-104 et 106, à la p. 103.
- <sup>12</sup> Allen N. DIXON et Laurie C. SELF, «Copyright Protection for the Information Highway», [1994] *11 E.I.P.R.* 465-472, p. 466.
- <sup>13</sup> MOKYR, Joel, *The Lever of Riches — Technological Creativity and Economic Progress*, New York, Oxford University Press, 1990, p. 6.
- <sup>14</sup> Ejan MACKAAY, «An Economic View of Information Law», dans KORTHALS ALTES, Willem F., Egbert J. DOMMERING, P. Bernt HUGENHOLTZ, et Jan J.C. KABEL (dir.), *Information Law Towards the 21st Century*, Deventer, Kluwer, 1992, Information Law Series No 2, p. 55.
- <sup>15</sup> Ejan MACKAAY, «Les droits intellectuels — entre propriété et monopole», (1989-90) *1 Journal des Économistes et des Études Humaines* 61-100, p. 76 [avec corrections de l'éditeur à (1989-90) *1 J.É.É.H* 355-358]; et Dale A. NANCE, «Foreword: Owning Ideas», (1990) *13 Harvard J. of L. & Pub. Pol.* 757-773, 762.
- <sup>16</sup> Robert COOTER et Thomas ULEN, *Law and Economics*, Glenview (Ill.), Scott, Foresman and Company, 1988, p. 108.
- <sup>17</sup> Dan L. BURK, «Transborder Intellectual Property Issues on the Electronic Frontier», forthcoming in (1994) *5 Stanford Law & Policy Review*.
- <sup>18</sup> Kenneth J. ARROW, «Economic Welfare and the Allocation of Resources for Invention», dans D.M. LAMBERTON (dir.), *Economics of Information and Knowledge*, Baltimore, Penguin Books, 1971, pp. 141-159, à la p. 152: «To sum up, we expect a free enterprise economy to underinvest in invention and research (as compared with an ideal) because it is risky, because the product can be appropriated only to a

limited extent, and because of increasing returns in use. This underinvestment will be greater for more basic research. Further, to the extent that a firm succeeds in engrossing the economic value of its inventive activity, there will be an underutilization of that information as compared with an ideal allocation». Thèse contestée par: Harold DEMSETZ, «Information and Efficiency: Another Viewpoint», dans D.M. LAMBERTON (1971), pp. 160-186.

- <sup>19</sup> Werner Z. HIRSCH, *Law and Economics — An Introductory Analysis*, New York, Academic Press, 1979, p. 11. Les externalités sont définies comme les bénéfices ou les pertes que subit une personne à la suite des activités d'une autre et dont cette dernière ne tient pas compte dans sa décision de les entreprendre. On donne souvent l'exemple de la pollution comme source d'externalité négative et celui des biens publics comme source d'externalité positive. Voir: Carl J. DAHLMAN, «The Problem of Externality» (1979), reproduit dans Tyler COWEN (dir.), *The Theory of Market Failure — A Critical Examination*, Fairfax (VA), George Mason University Press, 1988, pp. 209-234.
- <sup>20</sup> Jack HIRSHLEIFER, *Price Theory and Applications*, 4<sup>e</sup> éd., Englewood Cliffs (N.J.), Prentice Hall, 1988, p. 474.
- <sup>21</sup> ADELSTEIN, Richard P et Steven I. PERETZ, «The Competition of Technologies in Markets for Ideas: Copyright and Fair Use in Evolutionary Perspective», (1985) 5 *Intern. Rev. of L. & Econ.* 209-238, 213 où les auteurs écrivent: «insofar as property rights can be understood as a means by which personal incentives can be directed toward the resolution of externality relationships through market exchange, the creation of new forms of property can be associated with the emergence of new or different sources of externality in the marketplace. These novel external effects are themselves the result of changes in economic values caused by shifting preferences or the continuing development of new technologies to which existing property rights are poorly attuned. The concept of property thus acquires an explicit functional dimension; the existence of particular forms of property is rationalized by the role each plays in maintaining or extending the ability of the market order to direct resources toward their most valuable use».
- <sup>22</sup> Harold DEMSETZ, «Toward a Theory of Property Rights», (1967) 57 *Am. Econ. Rev.* 347-373. Voir: Michael LEHMANN, «The Theory of Property Rights and the Protection of Intellectual Property», (1985) 16 *IIC* 525-540; et *Apple Computer Inc. c. Microsoft Corp.*, 24 *U.S.P.Q.* (2d) 1081 (Dist. Ct., N.D. California) 1091, où le juge Walker déclare:

«Copyright's purpose is to overcome the public goods externality resulting from the non-excludability of copier/free riders who do not pay the costs of creation». *A contrario*, voir: A. PLANT (1934), p. 31.

- <sup>23</sup> Yoram BARZEL, *Economic Analysis of Property Rights*, Cambridge, Cambridge University Press, 1989, p. 2; et Harold DEMSETZ, «The Exchange and Enforcement of Property Rights» (1964) dans T. COWEN (dir.) (1988), pp. 127-145.
- <sup>24</sup> Ronald H. COASE, «The Problem of Social Cost», (1960) 3 *Journal of Law and Economics* 1-44, 15 où l'auteur déclare: «It is always possible to modify by transactions on the market the initial legal delimitation of rights. And, of course, if such market transactions are costless, such a rearrangement of rights will always take place if it would lead to an increase in the value of production».
- <sup>25</sup> L'économiste Joseph Schumpeter est l'un des premiers à avoir inclus l'innovation technologique dans son modèle économique; voir: Joseph A. SCHUMPETER, *Theorie der wirtschaftlichen Entwicklung*, Leipzig, Duncker & Humboldt, 1912 [traduction anglaise: *The Theory of Economic Development*, Cambridge (Mass.), Redvers Opie, 1934].
- <sup>26</sup> Voir par exemple la Constitution américaine (U.S. CONST. art. I, § 8, cl. 8) qui donne au Congrès le pouvoir: «To promote the progress of science and useful arts, by securing for limited times to authors and inventors the exclusive right to their respective writings and discoveries».
- <sup>27</sup> Robert M. SHERWOOD, *Intellectual Property and Economic Development*, Oxford, Westview Press, 1990, p. 71.
- <sup>28</sup> Rochelle COOPER DREYFUSS, «General Overview of the Intellectual Property System», dans WEIL, Vivian et John W. SNAPPER (dir.), *Ownership Scientific and Technical Information — Value and Ethical Issues*, New Brunswick (N.J.), Rutgers University Press, 1989, p. 32.
- <sup>29</sup> Alden F. ABBOTT, «Developing a Framework for Intellectual Property Protection to Advance Innovation», dans F.W. RUSHING et C. GANZ BROWN (dir.) (1990), p. 317.
- <sup>30</sup> Ejan MACKAAY, «Economic Incentives in Markets for Information and Innovation», (1990) 13 *Harvard J.L. & Pub.Pol.* 867-909.

- 31 WEIL, Vivian et John W. SNAPPER (dir.), «Introduction», dans *Owning Scientific and Technical Information — Value and Ethical Issues*, New Brunswick (N.J.), Rutgers University Press, 1989, pp. 3 et 4.
- 32 Frank H. EASTERBROOK, «Intellectual Property Is Still Property», (1990) 13 *Harvard J.L. & Pub. Pol.* 108-118, p.109; au sujet des prérogatives de la propriété traditionnellement reconnue sur les biens tangibles, voir: LEPAGE, Henri, *Pourquoi la propriété*, Paris, Hachette, 1985, coll. Pluriel., pp. 16-17.
- 33 Jerome H. REICHMAN, «Legal Hybrids Between the Patent and Copyright Paradigms», dans W.F. KORTHALS ALTES *et al* (1992), p. 326.
- 34 William M. LANDES et Richard A. POSNER, «An Economic Analysis of Copyright Law», (1989) 18 *Journal of Legal Studies* 325-363, 347.
- 35 J.H. REICHMAN, «Legal Hybrids» (1992), p. 327.
- 36 W.M. LANDES et R.A. POSNER (1989), p. 345.
- 37 Pamela SAMUELSON, «Creating a New Kind of Intellectual Property: Applying the Lessons of the Chip Law to Computer Programs», (1985) 70 *Minnesota L.R.* 471-531 p. 496; Voir aux États-Unis: *Computer Associates International c. Altai, Inc.*, 23 *U.S.P.Q.* (2d) 1241 (2d Cir. 1992) 1257; *Brown Bag Software c. Symantec Corp.*, 960 F.2d 1465 (9th Cir. 1992); *Atari Games Corp. c. Nintendo of Am.*, 975 F.2d 832 (Fed. Cir. 1992); et *Apple Computer, Inc. c. Microsoft Corp.*, 799 F. Supp. 1006 (N.D. Cal. 1992).
- 38 Voir: BANGEMANN Report, *Europe and the global information society, European Commission, Brussels, 26 mai, 1994 [ci-après Rapport Bangemann]*; Bruce A. LEHMAN, *Green Paper — Intellectual Property and the National Information Infrastructure*, Preliminary Draft of the Report of the Working Group on Intellectual Property Rights, Washington D.C., July 1994 [ci-après Rapport Lehman]; COMITÉ CONSULTATIF SUR L'AUTOROUTE DE L'INFORMATION, *Le droit d'auteur et l'autoroute de l'information*, Rapport préliminaire du Sous-comité sur le droit d'auteur présidé par Claude Brunet, Ottawa, déc. 1994 [ci-après Rapport Brunet]; MINISTÈRE DE LA CULTURE ET DE LA FRANCOPHONIE, *Industrie culturelles et nouvelles techniques*, Rapport de la Commission présidée par Pierre Sirinelli, Paris, 1994 [ci-après Rapport Sirinelli]; et AGENCY FOR CULTURAL AFFAIRS, JAPAN, *Study of Institutional Issues Regarding Multimedia*, A Report on Discussions by the Working Group of the Subcommittee on Multimedia Copyright Council, février 1995 [ci-après Rapport japonais].

- 39 En réalité, la *Convention de Berne* n'exige aucune formalité pour la reconnaissance de l'oeuvre au sein des États membres. [*Convention de Berne pour la protection des oeuvres littéraires et artistiques*, signée le 9 septembre 1886 et révisée en dernière date à Paris, le 24 juillet 1971 [ci-après *Convention de Berne*]]. Toutefois, la Convention universelle demande que l'auteur appose le signe ©, suivi de son nom et de la date de la première publication [*Convention universelle sur le droit d'auteur*, signée à Genève le 6 septembre 1952 et révisée à Paris le 24 juillet 1971, art. III (1) [ci-après *Convention universelle*]].
- 40 *Convention de Berne*, art. 1<sup>er</sup>; *Convention universelle*, art. 1<sup>er</sup>; *Loi n° 92-597 du 1er juillet 1992 relative au Code de la propriété intellectuelle*, dernière modification par la *Loi n° 94-361 du 10 mai 1994*, art. L. 112-2 [ci-après *Code français de la propriété intellectuelle*]; *Loi canadienne sur le droit d'auteur*, art. 3; *US Copyright Act*, § 106; et *Loi japonaise sur le droit d'auteur*, n° 48 de 1970, art. 10(1).
- 41 Voir: *Convention de Berne*, art. 2(2): «Est toutefois réservée aux législations des pays de l'Union la faculté de prescrire que les oeuvres littéraires et artistiques ou bien l'une ou plusieurs catégories d'entre elles ne sont pas protégées tant qu'elles n'ont pas été fixées sur un support matériel»; *US Copyright Act*, § 102(b): «In no case does copyright protection for an original work of authorship extend to any idea, procedure, process, system, method of operation, concept, principle, or discovery, regardless of the form in which it is described, explained, illustrated, or embodied in such work».
- 42 Sur le critère de fixation, voir: Ysolde GENDREAU, «Digital Technology and Copyright: Does the Disappearance of the Copy Lead to the Disappearance of the Author?», dans la publication des actes du *Symposium sur la technologie numérique et le droit d'auteur*, tenu par le Ministère de la Justice, Lac Meech, 3 mars 1995.
- 43 Voir: David VAVER, «Rejuvenating Copyright Digitally», dans la publication des actes du *Symposium sur la technologie numérique et le droit d'auteur*, tenu par le Ministère de la Justice, Lac Meech, 3 mars 1995; et Howard KNOFF, «Copyright and the Infoway: Catalyst for Progress or Cause of Gridlock?», *loc. cit.*
- 44 Sur les droits moraux, voir: Y. GENDREAU, *op. cit.*, note 41.

- 45 Sur l'exception de l'utilisation équitable, voir: Pamela SAMUELSON, «Adapting Copyright to Meet the Challenges Posed by Digital Technologies», dans la publication des actes du *Symposium sur la technologie numérique et le droit d'auteur*, tenu par le Ministère de la Justice, Lac Meech, 3 mars 1995.
- 46 Sur les recours criminels en droit d'auteur, voir: Wanda NOEL, «Criminal Enforcement of Copyright — Study Prepared for the Department of Justice», dans la publication des actes du *Symposium sur la technologie numérique et le droit d'auteur*, tenu par le Ministère de la Justice, Lac Meech, 3 mars 1995.
- 47 Rapport Brunet, p. 10.
- 48 Rapport Lehman, p. 27, où l'on peut lire: «The somewhat strained analysis needed to find a category for multimedia works and the increasing "cross-breeding" of types of works demonstrate that categorization may no longer be useful. Its necessity is also questionable, except, perhaps, in the case of sound recordings, which are not granted the full panoply of rights. Consideration may be given to eliminating categorization under the Copyright Act in the future».
- 49 Rapport japonais, p. 53.
- 50 *Proposition de directive du Conseil concernant la protection juridique des bases de données*, COM(92) 24 final -- SYN 393, No. C 156/4 du 23 juin 1992.
- 51 *Loi n° 92-597 du 1er juillet 1992 relative au Code de la propriété intellectuelle*, dernière modification par la *Loi n° 94-361 du 10 mai 1994*, art. L. 112-2 [ci-après *Code de la propriété intellectuelle*].
- 52 Rapport Sirinelli, p. 78.
- 53 Aux États-Unis, cette situation a été corrigée par l'arrêt *Feist Publications Inc. c. Rural Telephone Service Co.* [18 U.S.P.Q. (2d) 1275 (U.S. Sup. Ct., 1991) 1283.], relatif à la protection de compilations de données factuelles par le droit d'auteur. La Cour suprême américaine a rappelé que l'originalité demeure le critère fondamental de la protection du droit d'auteur et qu'on ne saurait l'étendre à des éléments non protégeables, sur la seule base d'une récompense au labeur.
- 54 Dan L. BURK (1994).

- <sup>55</sup> Voir par exemple le Rapport Brunet, p. 47 où l'on peut lire: «Les développements internationaux en matière de droit d'auteur sont encore au stade préliminaire, au moment où les États-Unis, le Japon et d'autres pays se trouvent confrontés à la nécessité de mettre à jour leur législation sous la poussée des changements apportés par l'autoroute de l'information. En l'absence d'un consensus international clair sur les mesures à prendre, il serait prématuré pour le Canada de considérer l'«harmonisation» de ses lois comme une fin en soi. En fait, les solutions proposées par le Canada pourraient même servir de modèles aux autres pays».
- <sup>56</sup> Rapport Lehman, p. 135.
- <sup>57</sup> Fred GREGURAS, Michael R. EGGER, et Sandy J. WONG, «Multimedia Content and the Super Highway: Rapid Acceleration or Foot on the Brake?», disponible sur l'Internet: [ftp.eff.org/pub/CAF/law/multimedia.copyright](ftp://ftp.eff.org/pub/CAF/law/multimedia.copyright).
- <sup>58</sup> Rapport Brunet, p. 37; Rapport Sirinelli, p. 72; voir aussi: MULTIMEDIA COMMITTEE OF THE INSTITUTE OF INTELLECTUAL PROPERTY, JAPAN, *Exposure '94*, février 1994, p. 19.
- <sup>59</sup> Pub. L. N° 96-517, 94 Stat. 3007 (1980) (codifié à 17 U.S.C. §§ 101, 117 (1982)). Cette modification législative fut apportée suite à la remise du rapport final de la *National Commission on New Technological Uses of Copyrighted Works (CONTU)* [Final Report 3-8 (1979)] dont le mandat ne touchait à la protection des programmes d'ordinateur que de manière incidente. Le rapport final recommanda l'extension du droit d'auteur aux logiciels, malgré la dissidence de deux commissaires et les doutes sérieux d'un troisième. Pour l'historique législative, voir: SAMUELSON, Pamela, «CONTU Revisited: the Case against Copyright Protection for Computer Programs in Machine-Readable Form», (1984) 1984 *Duke L.J.* 663-769.
- <sup>60</sup> En Allemagne: *Erstes Gesetz zur Änderung des Urheberrechtsgesetzes*, du 24 juin 1985, BGBl I. S. 1137; au Japon: *Loi sur la protection des logiciels*, n° 62 du 14 juin 1985; en France: *Code français de la propriété intellectuelle*, art. L. 112-2, par. 13; au Canada: *Loi modifiant la Loi sur le droit d'auteur et apportant des modifications connexes et corrélatives*, L.C. 1988, c. 15.
- <sup>61</sup> *Sega Entreprises Ltd. c. Accolade*, 977 F.2d 1510 (9th Cir. 1992) 1524; voir: Richard H. STERN, «Is the Centre Beginning to Hold in US Software Copyright Law?», (1993) 15 *E.I.P.R.* 39-41, 40.

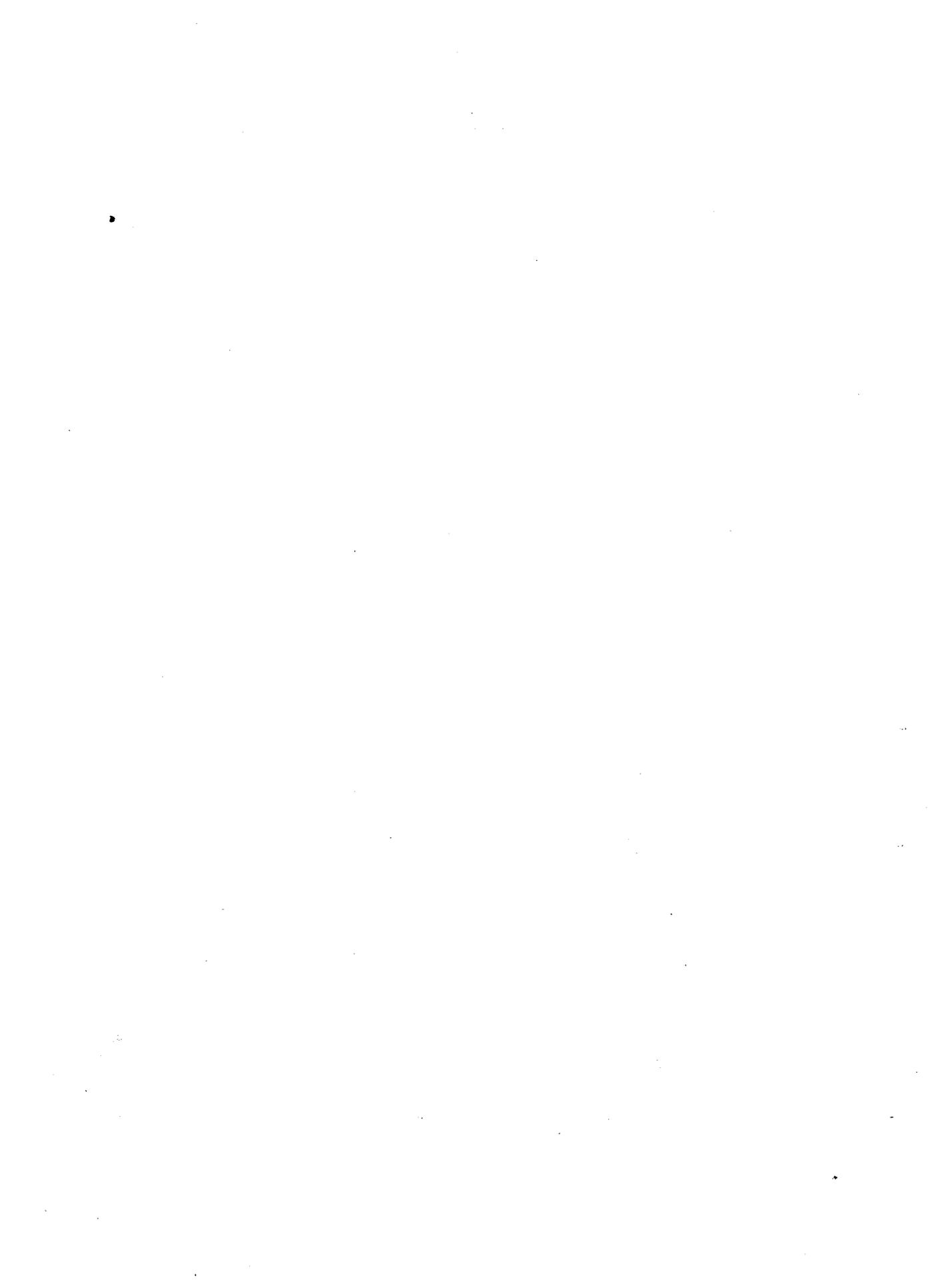
- <sup>62</sup> *Computer Associates*, 23 *U.S.P.Q.* (2d) 1241 (2nd Cir. 1992) 1254: «While, hypothetically, there might be a myriad of ways in which a programmer may effectuate certain functions within a program, — i.e., express the idea embodied in a given subroutine — efficiency concerns may so narrow the practical range of choice as to make only one or two forms of expression workable options».
- <sup>63</sup> Ashok BHOJWANI, «The Software Paradigm and the Laws of Intellectual Property», dans WIPO, *Worldwide Forum on the Impact of Emerging Technologies on the Law of Intellectual Property* (1988), p. 75.
- <sup>64</sup> James B. GAMBRELL, Gary W. HAMILTON et Jeffrey C. HOOD, «Whelan and *Altai*: Protecting Software By Abusing "Idea" and "Expression"», (1994) 11 n° 7 *The Computer Lawyer* 9-22, 19 où les auteurs écrivent: «Perhaps a new form of protection is necessary which recognizes that computer software should be protected, but without torturing the idea/expression dichotomy, without denying its functional nature, and without giving it everlasting life»; voir P. Bernt HUGENHOLTZ, «Convergence and Divergence in Intellectual Property Law: The Case of the Software Directive», dans W.F. KORTHALS ALTES *et al* (dir.) (1992), pp. 319-323; et Friedrich-Karl BEIER, «The Future of Intellectual Property in Europe», (1991) 22 *IIC* 157-177.
- <sup>65</sup> J.O.C.E. n° L 122/42, du 17 mai 1991 [ci-après *Directive sur la protection des programmes d'ordinateur*].
- <sup>66</sup> Karl Egbert WENZEL, «Problematik des Schutzes von Computer-Programmen», *GRUR* 1991, 105-110, 110: «[traduction] Si à-propos que soit la recommandation en la matière, elle démontre clairement que, suivant la Proposition de Directive, il ne s'agit pas d'un droit d'auteur au sens traditionnel, mais plutôt d'un droit spécial, c'est-à-dire d'un droit voisin, donc d'un droit d'exécution. L'affirmation contraire est une pure fiction. Ceci est également confirmé par l'opinion devenue courante depuis, voulant que la protection et ses limites demandent une réglementation originale pour être développées de manière raisonnable».
- <sup>67</sup> Rapport Sirinelli, p. 77.
- <sup>68</sup> Andrew CHRISTIE, «Designing Appropriate Protection for Computer Programs», [1994] 11 *E.I.P.R.* 486-493.
- <sup>69</sup> Voir: WIPO, *Worldwide Symposium on the Intellectual Property Aspects of Artificial Intelligence*, Stanford University, WIPO, 1991.

- <sup>70</sup> Rapport Lehman, p. 95.
- <sup>71</sup> *Convention sur la délivrance de brevets européens*, du 5 octobre 1973, reproduit dans (1974) 13 *I.L.M.* 270-351 [ci-après *Convention sur le brevet européen*], art. 52: «Les brevets européens sont délivrés pour les inventions nouvelles impliquant une activité inventive et susceptibles d'application industrielle»; *Loi sur les brevets*, L.R.C. (1985), c. P-4, art. 2 [ci-après *Loi canadienne sur les brevets*], définition de l'invention: «Toute réalisation, tout procédé, toute machine, fabrication ou composition de matières, ainsi que tout perfectionnement de l'un d'eux, présentant le caractère de la nouveauté et de l'utilité»; *Patents Act*, 35 U.S.C. §101 [ci-après *US Patents Act*]: «Whoever invents or discovers any new and useful process, machine, manufacture, or composition of matter, or any new and useful improvement thereof, may obtain a patent therefor, subject to the conditions and requirements of this title».
- <sup>72</sup> *Loi canadienne sur les brevets*, art. 44; *Convention sur le brevet européen*, art. 63; *Loi n° 68-1 du 2 janvier 1968, telle que modifiée, sur les brevets d'invention* (J.O. du 3 janvier 1968), art. 3 [codifiée aux art. L. 611-1 à 615-22 du *Code français de la propriété intellectuelle*]; *Loi japonaise sur les brevets*, N° 121 du 13 avril 1959, modifiée en dernier lieu par la Loi N° 27 de 1987 [ci-après *Loi japonaise sur les brevets*]. Les États-Unis devront modifier la durée de protection de 17 à 20 ans pour se conformer aux obligations du GATT.
- <sup>73</sup> Délai d'un an après la divulgation: *Loi canadienne sur les brevets*, art. 28.2 et *US Patents Act*, § 102. Délai de 6 mois après la divulgation: *Loi japonaise sur les brevets*, art. 29; *Convention sur le brevet européen*, art. 55; *Code français de la propriété intellectuelle*, art. L. 611-13.
- <sup>74</sup> *Convention sur le brevet européen*, art. 83; *US Patents Act*, § 112; *Loi canadienne sur les brevets*, art. 34; et *Loi japonaise sur les brevets*, art. 36(3).
- <sup>75</sup> Rainer SCHULTE, *Patentgesetz — Kommentar auf der Grundlage der deutschen und europäischen Rechtsprechung*, 4<sup>e</sup> éd., München, Carl Heymanns Verlag, 1987, p. 373.
- <sup>76</sup> Greg AHARONIAN, «Internet Patent News Service», message électronique du 30 janvier 1995, accessible sur Internet: patents@world.std.com.

- 77 H.E. PEARSON, «Patentability of Software/Computer Related Inventions in Europe», *Patent World*, avril 1992, p. 12-19. Voir la jurisprudence de l'OEB: *Computer-related Invention / VICOM*, T208/84, reproduit dans (1987) *J.O. de l'OEB* 14; *X-ray Apparatus / KOCH & STERZEL*, T26/86, reproduit dans (1988) *J.O. de l'OEB* 19.
- 78 David S. BENYACAR, «Mathematical Algorithm Patentability: Understanding the Confusion», (1993) 19 *Rutgers Computer & Technology L.J.* 129-194, 134.
- 79 Manfred KINDERMANN, «Software-patentierung (I) — Stand der Rechtsprechung des BGH und EPA», [1992] 10 *Computer und Recht* 577-588, 585 et ss.; et Pamela SAMUELSON, «Benson Revisited: The Case Against Patent Protection for Algorithms and Other Computer Program-Related Inventions», (1990) 39 *Emory L.J.* 1025, 1139.
- 80 *In re Alappat*, 33 F.3d 1526 (Fed. Cir. 1994) (en banc).
- 81 Stephen C. DURANT, «Patents in Cyberspace: Impact of Recent Federal Circuit Decisions», (1995) 12 *The Computer Lawyer* 1-13, 5.
- 82 Jerome T. TAO, «Theories of Computer Program Patentability», (1991) 7 *Santa Clara Computer & High Technology L.J.* 291-319, aux pages 314 et 315.
- 83 Robert C. SCHEINFELD et Gary M. BUTTER, «Using Trade Secret Law to Protect Computer Software», (1991) 17 *Rutgers Computer & Technology L.J.* 381-419, 399 où les auteurs écrivent: «Unfortunately, the time from filing a patent application for a computer software program to its issuance as a patent can exceed two years, which in certain instances may be the commercial lifespan of a computer program».
- 84 Vance Franklin BROWN, «The Incompatibility of Copyright and Computer Software: An Economic Evaluation and a Proposal for a Marketplace Solution», (1988) 66 *North Carolina L. R.* 977-1016, p. 982.
- 85 USPTO, *Public Hearings on Use of the Patent System to Protect Software-Related Inventions*, Before Bruce A. Lehman, San Jose (CA), January 26 & 27, 1994 and Arlington (VA), février 10 & 11, 1994.
- 86 USPTO, *Public Hearings on Use of the Patent System to Protect Software-Related Inventions*, Before Bruce A. Lehman, Arlington (VA), février 10 & 11, 1994, p. 2.

- 87 Simson L. GARFINKEL, «Patently Absurd», dans *Wired*, 2.08, juillet 1994, p. 140.
- 88 Rapport Lehman, p. 101.
- 89 Voir: Marie-Angèle HERMITTE, «Les concepts mous de la propriété industrielle: passage du modèle de la propriété foncière au modèle du marché», dans Bernard EDELMAN et Marie-Angèle HERMITTE, *L'Homme, la nature et le droit*, Paris, Christian Bourgois Éditeur, 1988, p. 95: «la multiplication des droits octroyés rend leur efficacité douteuse, suscite des mécontentements infinis et conduit à des conflits insolubles sur l'étendue du droit dont chacun dispose».
- 90 Rob TEIJL et Rudi W. HOLZHAUER, *Property Rights, Property Rules and Liability Rules: Another View, Another Cathedral*, document présenté à la 7<sup>e</sup> Conférence annuelle de l'Association européenne de droit et d'économie (EALE), Rome, 3-5 septembre 1990, 44 p., p. 20 où les auteurs écrivent en relation avec le brevet: «Furthermore the need for patents depends on the interrelation of costs, risks and potential payoffs».
- 91 Ejan MACKAAY, «Legal Hybrids: Beyond Property and Monopoly?», Montréal, Université de Montréal, juillet 1994, p. 7, à paraître dans *Columbia L.R.* numéro de déc. 1994.
- 92 Rapport Sirinelli, p. 103 où l'on peut lire: «Le droit d'auteur n'est pas aussi inadapté que l'on veut bien le dire face au phénomène de numérisation. S'il est vrai que le droit est né dans presque tous les pays du monde d'un «saut» technique (découverte de l'imprimerie) qui a conduit à repenser l'économie des marchés culturels, il s'est, par la suite, adapté aux différentes innovations (...). La seule vraie question est celle de savoir si ce droit dont les bases remontent à la fin du XVIII<sup>e</sup> siècle (mais qui a été maintes fois remanié depuis lors) est un droit construit sur un univers analogique et s'il correspond à la «nouvelle donne» alors que l'on entre dans l'ère du numérique. (...) L'adaptation est pour le moment possible sans modification radicale».
- 93 A.N. DIXON et L.C. SELF (1994), p. 471.
- 94 E. MACKAAY (1994), p. 2641.
- 95 Voir: Ejan MACKAAY, «L'ordre spontané comme fondement du droit — un survol des modèles de l'émergence des règles dans une société civile», (1988) 22 *Revue juridique Thémis* 347-383.

- <sup>96</sup> M.-A. HERMITTE, «Histoires juridiques extravagantes» dans B. EDELMAN et M.-A. HERMITTE (dir.) (1988), p. 62.



# Les poursuites pénales pour violation du droit d'auteur

Wanda Noel

## Introduction

Les nouvelles technologies envahissent notre milieu de travail et nos loisirs. Les techniques que nous utilisons dans notre vie privée et professionnelle, ainsi que dans nos communications, n'existaient pas il y a dix ans seulement. Pouvez-vous vous imaginer un monde sans télécopieur ou sans courrier électronique? Toutes ces nouvelles techniques sont parfois intimidantes. Elles sont toutefois incroyablement utiles une fois qu'on a appris à s'en servir.

Quel rapport cela a-t-il avec les poursuites pénales pour violation du droit d'auteur? Les progrès techniques facilitent de plus en plus la violation du droit d'auteur. Durant la dernière décennie, il est devenu non seulement possible, mais facile de faire ses propres audiocassettes, de copier des longs métrages et des logiciels, et de photocopier des écrits. Dans bien des cas, la contrefaçon d'une oeuvre peut être réalisée à une grande échelle, et ce sans difficulté. Au fur et à mesure des progrès de la technologie, nous disposerons encore d'autres moyens inédits de violer la propriété intellectuelle en passant outre à l'autorisation des auteurs et en portant atteinte à leurs droits d'auteur.

Le téléchargement de l'information diffusée par un babillard et le recours au multimédia pour acquérir et gérer des oeuvres à notre aise sont autant d'activités qui font l'objet de la législation sur le droit d'auteur. Il est interdit par la loi d'accomplir les actes précités sans l'autorisation de l'auteur. Par exemple, reproduire une oeuvre en téléchargeant l'information d'un babillard ou utiliser l'oeuvre d'autrui pour créer une oeuvre multimédia constituent une violation du droit d'auteur.

Comme je suis habituellement intimidée par les nouvelles techniques, ces descriptions des possibilités de la technologie provoquent chez moi un serrement de coeur à l'idée d'avoir à relever encore un autre défi posé par la technologie. Malheureusement, il est de votre devoir, à titre de gestionnaires et de décideurs, d'analyser les conséquences de cet essor des techniques sur les orientations du droit et sur la politique sociale. Il vous appartient de décider si les recours offerts aux titulaires de droits d'auteur sont à la mesure de la réprobation sociale de la violation du droit d'auteur. Pour reprendre l'adage : la peine doit être proportionnée au délit.

## La loi

Au Canada, la loi sur le droit d'auteur prévoit trois types de recours pour le titulaire du droit d'auteur en cas de violation de ses droits. Le premier relève de la procédure civile<sup>1</sup>. Il comprend les divers recours habituellement susceptibles d'être exercés en cas de violation de tout droit : injonction, indemnité pour le dommage causé, décision du tribunal sur la destruction ou l'attribution des biens en cause. Ce sont les recours civils utilisés le plus souvent.

La Loi contient un deuxième type de recours, d'ordre administratif<sup>2</sup>, qui permet au titulaire du droit d'auteur d'invoquer les dispositions en matière de douane pour empêcher l'importation au Canada d'exemplaires contrefaits d'une oeuvre qui fait l'objet d'un droit d'auteur.

Le troisième type de recours est la mise en branle de la procédure pénale<sup>3</sup>. Le présent exposé traite essentiellement de ce recours. En 1988, des modifications ont été apportées aux dispositions de la *Loi sur le droit d'auteur* relatives aux recours pénaux<sup>4</sup>. Auparavant, la peine maximale que pouvait prononcer le tribunal était une amende de 10 \$ par exemplaire contrefait et de 200 \$ au total. Ces montants n'avaient pas changé depuis 1924. L'ancienneté de ces dispositions est attestée par la mention dans la Loi de la peine depuis longtemps interdite des «travaux forcés».

En 1988, la peine est désormais une amende maximale de un million de dollars et un emprisonnement maximal de cinq ans, ou l'une de ces peines, si le ministère public emploie la mise en accusation. Sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire, le contrevenant encourt une amende maximale de 25 000 \$ et un emprisonnement maximal de six mois, ou l'une de ces peines.

Ces modifications législatives découlent de recommandations d'un comité parlementaire. Celui-ci a donné les raisons qui suivent pour proposer le renforcement des sanctions pénales :

Le vol est un problème très sérieux. Les titulaires de droits d'auteur perdent chaque année des millions de dollars à cause du piratage. Ils ont donc besoin de toute la force de la loi pénale pour protéger leur propriété intellectuelle.<sup>5</sup>

Six ans ont passé depuis l'entrée en vigueur de ces modifications. Dans l'intervalle, la contrefaçon est devenue plus facile, prend moins de temps et coûte moins cher grâce au développement de la technologie. L'objet du présent exposé est d'examiner les résultats de ces modifications. Qui recourt à ces dispositions? À l'encontre de qui sont-elles invoquées et dans quelles

situations? Convient-il de les invoquer en pareil cas? Qu'est-ce qui distingue les recours civils des procès pénaux? Quels coûts ces dispositions entraînent-elles pour le système judiciaire? Pourrait-on obtenir les mêmes résultats par des moyens moins onéreux? Six ans plus tard, y a-t-il des facteurs qui justifient des modifications législatives?

Au cours de la phase des recherches du présent projet, des policiers, des avocats, des titulaires de droits d'auteur, des distributeurs, des avocats du ministère public et des fonctionnaires n'ont pu s'empêcher d'explorer et de soupeser l'opportunité de faire appel au droit pénal pour faire respecter ce qui constitue essentiellement des droits économiques. Il convient de nous poser la même question. Toutes ces questions méritent d'être étudiées et débattues.

Toutefois, pour situer le débat dans son contexte, il faut souligner que l'article 61 de l'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce oblige les États membres à prévoir des procédures pénales et des peines applicables pour les actes de piratage portant atteinte à un droit d'auteur, commis à une échelle commerciale. Les sanctions doivent inclure l'emprisonnement ou des amendes suffisantes pour être dissuasives et en rapport avec le niveau des peines appliquées pour des délits de gravité correspondante.

## **Renseignements statistiques**

Les renseignements sur l'application du droit pénal proviennent de quatre sources : l'Office de la propriété intellectuelle du Canada (OPIC), la Direction de l'application des lois fédérales de la GRC, une unité opérationnelle des enquêtes de la GRC qui prend une part active aux poursuites concernant le droit d'auteur et des groupes de l'industrie dans le secteur privé. Les renseignements obtenus de chacune de ces sources font l'objet des pages qui suivent.

### **Direction de l'immigration et de l'application des lois fédérales de la GRC**

La Sous-direction des politiques concernant l'application des lois fédérales de la GRC établit des statistiques sur la participation de la GRC aux poursuites pénales en matière de droit d'auteur selon les régions du pays<sup>6</sup>. Notre enquête porte sur l'année civile 1993, à l'égard de laquelle nous disposons de données complètes. Il s'agit d'une période récente, qui est postérieure aux modifications de 1988 à la *Loi sur le droit d'auteur* que nous évaluons.

En 1993, la GRC a reçu 740 plaintes, qui ont donné lieu à 343 accusations portées en application de la *Loi sur le droit d'auteur*. Trois cent treize de ces plaintes n'ont pas abouti à des accusations, mais ont été l'objet d'autres mesures. Par exemple, elles ont été renvoyées aux tribunaux civils faute de preuve suffisante ou parce que le titulaire du droit d'auteur n'a pas voulu engager de procès pénal. Les quatre-vingt-quatre autres plaintes portent la mention «non fondées»<sup>7</sup>.

Le terme «accusation» s'entend ici des accusations portées contre un accusé dans une même poursuite. En effet, une poursuite concerne d'ordinaire plusieurs accusations. Si l'on établit une moyenne simple, il y aurait eu 6,47 accusations par poursuite d'après les demandes de copies certifiées de certificats d'enregistrement reçues par l'OPIC en 1993. Selon la même moyenne simple, il y aurait eu 5 accusations par affaire à la Division A entre 1990 et 1994.

### **Données de l'OPIC**

Les dossiers de l'Office de la propriété intellectuelle du Canada (OPIC) fournissent également des statistiques. La pratique veut que les enquêteurs de la police demandent des copies certifiées des enregistrements de droit d'auteur qui serviront de pièces à conviction. Aux termes de la *Loi sur le droit d'auteur*, l'enregistrement d'une oeuvre emporte certaines présomptions quant à la qualité d'auteur et de titulaire du droit d'auteur. Une copie certifiée de certificat d'enregistrement est utilisée devant la cour criminelle pour prouver qu'une oeuvre est protégée par un droit d'auteur ou établir qui est le titulaire de ce droit<sup>8</sup>. En fait, le droit d'auteur est enregistré habituellement avant le début des procédures judiciaires et des copies certifiées des certificats d'enregistrement sont obtenues de l'OPIC pour les besoins du procès<sup>9</sup>.

Ces renseignements sont tirés de simples archives de l'OPIC relatives aux demandes de copies certifiées. Ils ont donc une valeur limitée comme outil de recherche sur les poursuites pénales pour violation du droit d'auteur. Les renseignements contenus dans ces dossiers permettent de tirer certaines conclusions.

#### **(1) Volume**

Avec l'aide du personnel de l'OPIC, on a pu recenser 53 demandes de copies certifiées présentées en 1993 par divers services de police. Cette année-là, les diverses forces de police ont demandé à l'OPIC bon nombre de copies certifiées de certificats d'enregistrement. Celui-ci a fourni 588 certificats. La

différence entre le nombre de demandes et le nombre de documents remis s'explique par le fait que ce ne sont pas toutes les oeuvres à l'égard desquelles un certificat a été demandé qui avaient de fait été enregistrées.

Il semble que chacune des 53 demandes concernait une poursuite distincte. Certaines poursuites ne portaient que sur quelques oeuvres tandis que d'autres en concernaient un grand nombre. Les demandes de copies certifiées de certificats d'enregistrement visant une oeuvre déterminée variaient d'un minimum d'un certificat à un maximum de 128.

## **(ii) Profil de l'activité policière**

Toutes les demandes, sauf trois, émanaient de la GRC, ce qui indique qu'elle a été à l'origine de la plupart des poursuites pénales en matière de droit d'auteur. Pour certains détachements de la GRC, on relève beaucoup de poursuites pénales en matière de droit d'auteur, alors que pour d'autres, on n'en relève aucune. Bien qu'il existe plus de 700 détachements de la GRC susceptibles de s'occuper de plaintes touchant le droit d'auteur, les demandes de copies certifiées provenaient principalement de Montréal et d'Ottawa. Ces deux régions représentaient 21 des 53 demandes. Les autres demandes étaient attribuables à 23 autres groupes au total.

Les fonctionnaires de l'OPIC ont avancé diverses explications du taux plus élevé de causes pénales relatives au droit d'auteur dans certaines régions. Selon l'une de ces thèses, l'activité criminelle reprochée est un phénomène urbain et donc le nombre de cas est plus grand dans les grandes agglomérations. Cette hypothèse ne se vérifie pas si l'on établit un rapport entre cette prémisse et l'origine des demandes de copies certifiées reçues par l'OPIC. Certes, 13 des 53 demandes avaient leur source à Montréal, une grande agglomération, mais seulement 4 provenaient de Vancouver, une autre grande agglomération.

D'autres imputent la différence aux titulaires de droits d'auteur et à leurs représentants. Dans certaines régions, les titulaires de droits d'auteur portent volontiers plainte à la police tandis que, dans d'autres, ils ne le font pas. Cette explication n'est peut-être pas plausible en ce qui a trait à des groupes de l'industrie du cinéma, de l'enregistrement sonore et des logiciels. Ces industries ont mis en place une organisation non seulement nationale, mais internationale. En outre, il ressort des renseignements contenus dans les dossiers du groupe de la GRC que les plaintes à la GRC concernant le droit d'auteur proviennent d'un large éventail de sources et qu'aucune typologie ne peut y être discernée.

Les fonctionnaires proposent une troisième explication de l'écart des niveaux d'activité policière dans le domaine du droit d'auteur : l'expérience et l'intérêt des policiers. Une fois qu'il a engagé une première poursuite pénale dans ce domaine, le policier trouve la deuxième plus facile, parce qu'il connaît mieux le droit, la procédure et la preuve. Quoiqu'il soit moins scientifique, cet état de choses peut fournir à mon sens une explication partielle des différences entre les régions.

### **(iii) Oeuvres non enregistrées**

L'examen des dossiers de l'OPIC a révélé que bon nombre d'oeuvres visées par une demande de certificat d'enregistrement n'avaient pas été enregistrées. Parfois, après que le personnel de l'OPIC eut répondu à la police qu'une oeuvre n'était pas enregistrée, une demande d'enregistrement était déposée. On peut supposer qu'une demande d'enregistrement en pareil cas aurait pour but de tirer profit des présomptions découlant de l'enregistrement énoncées dans la *Loi sur le droit d'auteur*. Cette demande et les copies certifiées de certificat d'enregistrement feraient vraisemblablement partie des préparatifs des policiers en vue de constituer la preuve.

### **(iv) Profil des plaignants**

Il a été possible d'identifier le type de personnes qui faisaient valoir leur droit d'auteur par la voie du système de justice pénale en rapprochant le certificat d'enregistrement demandé par l'enquêteur de l'oeuvre en cause. Les oeuvres visées par les demandes de copies certifiées de certificat d'enregistrement se rangent dans les catégories suivantes : jeux vidéo, logiciels, oeuvres audiovisuelles (films), oeuvres artistiques (reproductions de Robert Bateman et de bandes dessinées), oeuvres musicales (enregistrements sonores) et oeuvres artistiques contenues dans des logos (LNH, Levi et Molson).

Les renseignements contenus dans le certificat d'enregistrement indiquent le type d'oeuvre visé par l'enquête policière. Quelques observations se dégagent de ces renseignements. En 1993, 53 demandes distinctes de copies certifiées de certificat d'enregistrement ont été présentées. Cinquante-trois enquêtes ont donc franchi l'étape où la police cherche à établir l'identité du titulaire du droit d'auteur et à déterminer si l'on est en présence d'oeuvres contrefaites. Voici la répartition des oeuvres en cause par catégorie :

- 13 logiciels
- 12 films
- 9 personnages de bandes dessinées
- 8 logos
- 7 jeux vidéo

- 3 oeuvres musicales
- 1 oeuvre artistique

Les certificats d'enregistrement révèlent quelles sont les oeuvres visées par les enquêtes criminelles : 25 p. 100 des demandes portent sur des logiciels, 23 p. 100, sur des films, 16 p. 100, sur des personnages de bandes dessinées, 15 p. 100, sur des logos, 13 p. 100, sur des jeux vidéo, 6 p. 100, sur des oeuvres musicales et 2 p. 100, sur des oeuvres artistiques. Les oeuvres faisant l'objet des demandes de certificat d'enregistrement nous renseignent sur les titulaires du droit d'auteur. Par exemple, dans le cas des logiciels, la plupart des oeuvres appartenaient à des titulaires bien connus, tels que Microsoft et IBM. Les logiciels portaient des noms familiers comme MS-DOS et Wordperfect. Toutefois, deux des demandes concernaient des logiciels enregistrés par des particuliers. Ceux-ci représentent 10 p. 100 des cas touchant des logiciels ou 4 p. 100 de l'ensemble des cas recensés. Cela indique que les particuliers autant que les grandes sociétés productrices de logiciels recourent au système de justice pénale pour faire respecter leur droit d'auteur.

En ce qui concerne les logos, on peut faire une constatation analogue. Les logos appartiennent à des équipes bien connues (LNH, NBA, NFL), des stylistes (LEVI, ROOTS) et des brasseries (MOLSON). Ces logos sont eux aussi bien connus. Dans un cas typique, les logos sont imprimés sur des vêtements vendus dans les marchés aux puces. On peut tirer la même conclusion à propos des personnages de bandes dessinées et des jeux vidéo. La seule demande relative à une oeuvre «artistique» portait sur une reproduction d'une oeuvre de Robert Bateman.

### **Données de la Division A**

La troisième source de renseignements statistiques était le groupe des enquêtes fédérales de la GRC appelé Division A. Son territoire est la région de la capitale nationale. Le manque de temps et de ressources nous a empêchée de faire une analyse approfondie de chaque groupe de la GRC chargé de l'application des lois fédérales. L'objet de la recherche sur la Division A était de tracer le profil des activités d'un groupe chargé de l'application des lois fédérales en ce qui a trait à l'application du droit pénal en matière de droit d'auteur. La Division A a été choisie à titre d'exemple. Ce choix ne découle pas d'un échantillonnage scientifique.

#### **(1) Volume**

Dans le système de classement des dossiers de la Division A, chaque plainte est rangée dans une catégorie. Le droit d'auteur est une de ces catégories.

Soixante-sept dossiers ont été classés dans la catégorie du droit d'auteur durant la période de quatre ans entre 1990 et la fin de 1993. Cinq dossiers n'ont pu être consultés. Parmi les 62 autres dossiers, on a relevé 38 enquêtes en matière de droit d'auteur effectuées par la Division A au cours de la période en cause.

La plupart de ces dossiers ont été ouverts parce que quelqu'un avait porté plainte à la police. Dans le vocabulaire de la GRC, c'est ce qu'on appelle le «travail de police répressif». Trente-trois des 38 enquêtes rentrent dans cette catégorie. Les cinq autres étaient des exemples de «travail de police préventif» ou de «projets», autre terme parfois employé. Il s'agit d'une enquête policière sur une activité à l'échelle du territoire du groupe.

Une enquête qui a comporté un travail préventif avait pour objet l'installation non autorisée de logiciels sur le disque dur d'ordinateurs, habituellement en vue de la vente d'ordinateurs au détail. Ce «projet» a été mis en marche à la suite de plaintes déposées à la Division A par les acheteurs d'ordinateurs qui, après leur achat, ont eu des problèmes d'utilisation. Les acheteurs se sont fait dire par un conseiller de «consulter le manuel». Or, ils n'en avaient pas car ils n'avaient pas acheté les logiciels. Les vendeurs d'ordinateurs avaient chargé une copie non autorisée du logiciel, sans frais, pour inciter les acheteurs à acheter le logiciel.

En 1991, la Division A a entrepris une enquête sur plusieurs magasins de détail sur son territoire. Peu de magasins exerçaient ce genre d'activité. Si l'acheteur voulait un logiciel, il lui était vendu séparément, il était facturé en bonne et due forme et la documentation fournie par le fabricant accompagnait les disquettes. Par contre, d'autres magasins ont vendu à des agents d'infiltration, qui se faisaient passer pour des clients, des ordinateurs pourvus de logiciels non autorisés qu'ils ont chargés avant la livraison de l'ordinateur. Le «projet» a produit en l'occurrence 16 accusations portées contre quatre magasins et dix déclarations de culpabilité sur aveu.

Les autres activités de même nature de la Division A ont porté sur la fabrication de cartes non autorisées de jeux électroniques destinées à des salles de jeux commerciales et la reprographie de cahiers d'exercices et de manuels dans des écoles privées de commerce et de langues.

## (ii) Profil des plaignants

L'examen des dossiers de la Division A a permis d'établir l'origine des plaintes à la police pour lesquelles un dossier a été ouvert et une enquête a été entreprise. Les plaignants se rangent dans trois catégories générales :

## Grand public

- un particulier qui a gardé l'anonymat;
- les propriétaires d'entreprises qui soupçonnaient leurs concurrents de commettre des actes de contrefaçon qui leur donnaient un avantage sur eux, par exemple, en louant des copies maison de films ou des exemplaires contrefaits d'enregistrements sonores; les marchands détaillants d'ordinateurs qui avaient chargé à l'avance, sans frais, des copies de logiciels afin de conclure une vente;
- un «tuyau» reçu à Info-crime, au numéro mis à la disposition du public pour dénoncer toute activité criminelle soupçonnée;
- les consommateurs qui portent plainte à la police au sujet d'ordinateurs pourvus de logiciels préchargés, mais non accompagnés des manuels et des disquettes;
- toute personne, par exemple, un étudiant qui se plaint à propos du coût de reprographie du matériel des cours; un candidat aux élections municipales qui se plaint au sujet des activités d'un adversaire; un particulier qui allègue que son idée a été volée.

## Titulaires de droits d'auteur et leurs représentants

- les associations commerciales représentant les propriétaires d'oeuvres protégées telles que les cartes de jeux électroniques, les oeuvres musicales et les logiciels;
- les titulaires de droits d'auteur eux-mêmes (Robert Bateman et Garth Brooks).

## Travail de police préventif

- les renseignements recueillis au cours de l'exécution d'un mandat de perquisition concernant une autre affaire;
- les agents qui soupçonnent eux-mêmes la perpétration de délits de contrefaçon.

Aucune typologie ne se dégage des plaintes à la Division A. Elles provenaient de nombre de sources distinctes. Aucune catégorie de plaignants ne prédomine.

On peut observer que les sociétés ou les associations commerciales gérant les droits d'auteur participaient souvent aux enquêtes. Mais ce n'était pas toujours après avoir reçu ou déposé une plainte. C'était aussi après avoir reçu de l'enquêteur de la GRC une demande d'assistance à titre de titulaires des droits d'auteur. Leur aide pouvait être sollicitée par exemple pour établir

l'existence et la propriété du droit d'auteur et pour déterminer si les exemplaires en cause étaient contrefaits, ce qui est souvent impossible sans le secours du titulaire.

En fait, il est d'usage à la GRC pour les enquêtes sur les plaintes concernant le droit d'auteur que l'enquêteur entre en contact avec le titulaire<sup>10</sup>. Il est conseillé à l'enquêteur de communiquer avec le titulaire ou créateur au début de l'enquête afin de s'assurer de la collaboration du particulier ou de la société et de sa volonté d'engager un procès pénal. Il faut manifestement en conclure que si le titulaire n'estime pas qu'il s'agit d'une affaire criminelle, la GRC doit tirer la même conclusion. La ligne de conduite suivie à la GRC s'explique par le fait que la collaboration du titulaire du droit d'auteur est essentielle pour prouver plusieurs éléments essentiels de l'infraction. Sans cette collaboration, il est difficile de prouver l'existence et la propriété du droit d'auteur et le fait que les exemplaires dont la contrefaçon est alléguée ont de fait été contrefaits.

### (iii) Profil des contrevenants présumés

Les dossiers de la Division A montrent que les contrevenants présumés appartiennent à divers types :

- un particulier récidiviste, soupçonné d'avoir loué des copies contrefaites de films;
- des marchands détaillants, parfois des personnes morales, parfois des propriétaires uniques, qui ont été accusés d'avoir fait, loué ou vendu des exemplaires contrefaits d'oeuvres protégées;
- des particuliers qui font et vendent des copies contrefaites de jeux vidéo, d'oeuvres d'art (Robert Bateman);
- un commerce de reprographie qui fait des photocopies d'oeuvres protégées, sur demande;
- une école privée qui photocopie le matériel de cours et le vend aux étudiants;
- la vente par correspondance d'oeuvres protégées (disques compacts et logiciels) à des prix bien inférieurs aux prix courants;
- les marchés aux puces et les vendeurs ambulants qui font et qui vendent des exemplaires contrefaits d'enregistrements sonores et de vêtements sur lesquels sont imprimés des logos en violation de droits d'auteur;
- un producteur canadien d'enregistrements sonores contrefaits distribués en France.

Aucun profil de contrevenant typique ne se dégage de cette énumération. On peut observer qu'il s'agit dans la plupart des cas de ventes au public. Le genre d'établissement varie. Des exemplaires contrefaits d'oeuvres protégées

par le droit d'auteur auraient été vendus dans des marchés aux puces, par correspondance, par des marchands détaillants, par des commerces de reprographie et par des écoles de commerce et de langues.

Dans quelques cas, la contrefaçon a été faite en vue de la distribution. On trouve le cas le plus important de ce type de délit dans les dossiers de l'OPIC. Une société a plaidé coupable à l'accusation d'avoir distribué à ses employés des exemplaires contrefaits de logiciels et a été condamnée à une amende de 50 000,00 \$<sup>11</sup>.

On remarque en outre que les suspects dans les dossiers de la Division A sont des Canadiens. Il n'en demeure pas moins que le problème a aussi une dimension internationale. Ainsi, des copies contrefaites de films asiatiques arrivent de Hong Kong. De plus, le journal télévisé nous apprenait récemment que la Chine avait construit deux nouvelles usines pour la fabrication de disques compacts qui augmenteront l'offre de disques contrefaits en Amérique du Nord.

#### (iv) Issue des affaires

Durant la période de quatre ans entre 1990 et 1993, il y a eu 36 enquêtes concernant le droit d'auteur à la Division A. Dans ces dossiers, le résultat a été le suivant :

- dans 2 cas, l'accusé a plaidé non coupable;
  - dans 4 cas, l'issue est inconnue (la Division A a fourni son aide à une autre unité de la GRC);
  - dans 1 cas, le verdict est attendu;
  - dans 4 cas, l'accusation a été retirée;
  - dans 22 cas, aucune accusation n'a été portée (preuve insuffisante, plainte non fondée, suspect introuvable, absence de victime, lettre envoyée à toutes les écoles de commerce les informant que la photocopie de matériel protégé par un droit d'auteur constitue un délit pénal de contrefaçon;
  - dans 1 cas, l'accusé a plaidé coupable;
  - dans 2 cas, l'accusé a été déclaré coupable.
- 
- Les amendes qui suivent ont été imposées :
  - Sur plaidoyer de culpabilité : à l'égard de 2 chefs, une amende de 1 000,00 \$, une année de probation et 100 heures de services communautaires;
  - Sur déclaration de culpabilité : à l'égard de deux chefs, amende de 300 \$ pour chaque chef, soit 600 \$ au total;

- Sur déclaration de culpabilité : à l'égard de trois chefs, amende de 750 \$, soit 2 250 \$ au total et 75 heures de services communautaires.

(v) Profil de l'activité policière

La Division A est un groupe qui exerce des activités dans le domaine des poursuites pénales pour violation du droit d'auteur. D'après les dossiers de l'OPIC, 15 p. 100 (8 sur 53) des demandes de copies certifiées de certificats d'enregistrement provenaient de cette division. Les raisons qui ont été données dans le cadre de l'enquête auprès du personnel de l'OPIC pour expliquer le profil de l'activité policière ont été explorées aussi auprès des enquêteurs de la Division A.

La première raison qui expliquerait le niveau d'activité plus élevé dans certaines régions était que les délits de contrefaçon étaient plus nombreux dans les grandes agglomérations. La région de la capitale nationale est certes une grande agglomération, mais ce n'est pas la plus importante du pays. Et pourtant on y constate un plus grand nombre de délits de contrefaçon qu'à Toronto et à Vancouver.

La deuxième explication des différences entre les niveaux d'activité policière était que les titulaires de droits d'auteur participent plus activement à l'application de la loi pénale dans certaines régions. Cette explication est peut-être valable. Les enquêteurs de la GRC qui ont répondu à notre enquête connaissaient bien certains représentants de l'industrie qui prennent une part active aux poursuites pénales pour violation du droit d'auteur. En fait, l'évaluation d'éléments de preuve critiques au cours d'une enquête criminelle nécessite souvent une assistance technique. Par exemple, il faut posséder de vastes connaissances techniques pour déterminer si une carte, un logiciel ou un enregistrement sonore est un exemplaire licite ou contrefait. Les représentants de l'industrie et les enquêteurs de la GRC de la Division A travaillent en collaboration, ce qui peut expliquer en partie le taux élevé des poursuites dans cette division.

La troisième explication a trait à l'intérêt et à l'expérience des policiers. Il peut être plus facile d'amener les policiers à donner suite à une plainte en matière de droit d'auteur quand ils ont une certaine expérience des enquêtes sur les affaires de droit d'auteur ou qu'ils y prennent intérêt. Les entrevues faites à la Division A corroborent cette explication. Un noyau de 4 agents parmi les 15 que compte l'unité s'occupaient d'affaires de droit d'auteur. Les discussions avec les avocats représentant les titulaires de droits d'auteur ont également permis d'étayer cette explication.

On remarque que, lorsque les agents de la GRC se familiarisent avec les délits de contrefaçon, avec la preuve nécessaire et avec les méthodes à utiliser pour réunir la preuve, le coefficient de corrélation du nombre de plaintes auxquelles ils donnent suite et du nombre d'accusations portées suit une courbe en montée rapide. Il en va peut-être de même de l'autre détachement de la GRC (Montréal) qui représente 25 p. 100 des dossiers de l'OPIC, ou 13 sur 53.

### Données de l'industrie

Les statistiques proviennent également du secteur privé. Le Film Video Security Office (FVSO) est une association privée que l'Association canadienne des distributeurs de films a constituée pour lutter contre le piratage des films au Canada. Le tableau ci-dessous fait état des activités du FVSO depuis sa création en 1983 :

Tableau 1

Année	Produit saisi	Nombre de saisiés	Poursuites	Amende \$	Amende moyenne \$
1983	10 518	42	2	3 240	1 620
1984	12 780	54	57	71 090	1 247
1985	20 098	89	23	19 801	860
1986	23 463	79	6	53 018	8 836
1987	23 318	118	38	106 809	2 810
1988	14 029	89	53	165 180	3 116
1989	10 072	50	38	94 137	2 477
1990	13 811	34	40	104 075	2 601
1991	3 329	31	25	101 000	4 040
1992	8 667	25	22	51 250	2 329
1993	6 523	31	15	43 100	2 873
1994	8 254	46	23	93 375	4 059
<b>Total</b>	<b>154 862</b>	<b>688</b>	<b>342</b>	<b>906 075</b>	<b>2 649</b>

L'Association de l'industrie canadienne de l'enregistrement a également fourni des statistiques sur ses activités relatives à la saisie et aux poursuites. On trouvera dans le tableau qui suit un résumé des renseignements communiqués.

Tableau II

Année	Produit saisi	Nombre saisies	Poursuites	Amende \$	Amende moyenne \$
AVANT					
1984	127 196	10	10	27 925	2 792
1984	30 000	1	0	0	0
1985	26 000	2	2	76 000	38 000
1986	13 009	2	2	22 500	11 250
1987	0	0	0	0	0
1988	24	3	0	0	0
1989	23 208	4	4	8 400	2 100
1990	4 642	8	3	5 100	1 700
1991	414	5	9	9 200	1 022
1992	603	4	4	2 400	600
1993	61 823	7	2	1 500	750
1994	3 488	6	3	69 000	23 000
Total	290 407	52	39	153 625	3 939

## Opportunité d'intenter une action au civil ou au pénal

### Introduction

Il s'est avéré difficile de cerner les critères selon lesquels la police, les titulaires de droits d'auteur et les avocats du ministère public distinguent les cas où il convient d'intenter un recours civil et ceux où il convient d'engager une poursuite pénale. On peut établir une distinction entre eux en se posant les questions ci-après. Je vous invite à y répondre vous-même mentalement.

Combien d'entre vous avez en votre possession un exemplaire contrefait d'une oeuvre protégée par un droit d'auteur? Avez-vous déjà donné, utilisé ou demandé à quelqu'un un exemplaire contrefait d'une oeuvre protégée par un droit d'auteur? Permettez-moi de vous citer quelques exemples tout à fait courants : une copie maison d'une audiocassette de vos airs favoris que vous écoutez dans votre auto; un long métrage qu'on a copié pour vous ou pour un membre de votre famille; un logiciel chargé sur le disque dur de votre ordinateur ou ce nouveau jeu pour ordinateur que votre fille ou votre fils adolescent a emprunté à un camarade de classe et qui est installé à demeure dans votre ordinateur.

Chacun de ces exemples constitue une violation du droit d'auteur. Toutefois, ce ne sont pas des infractions criminelles, mais des délits civils. Cela signifie

que le pire qui puisse vous arriver c'est d'être poursuivi au civil. La police ne vous rendra pas visite, munie d'un mandat de perquisition.

Le délit pénal de contrefaçon comporte un aspect commercial. Dans les exemples précités, l'audiocassette serait offerte en vente au grand public ou le film offert en location au club vidéo du quartier. Les exemplaires piratés doivent constituer une source de profit pour le contrevenant. Ce dernier doit faire le commerce des copies contrefaites ou réaliser des économies grâce à elles, en faisant des copies destinées à ses employés ou en vue de la location, plutôt que de les acheter au titulaire du droit d'auteur.

Voyons comment on peut distinguer les affaires civiles des affaires pénales. En pratique, il revient à deux intervenants de décider si un cas donné est de nature civile ou pénale : le titulaire du droit d'auteur et le policier.

### **Titulaire du droit d'auteur**

Pour les recherches sur lesquelles repose le présent rapport, nous nous sommes mis en rapport avec les titulaires de droits d'auteur et leurs représentants qui, d'après nos informations, recourent au droit pénal pour faire respecter leur droit d'auteur. Leur opinion a été sollicitée principalement sur ce qui permet de distinguer une affaire civile d'une affaire pénale.

Les titulaires de droits d'auteur qui font appel au système de justice pénale ont un trait commun : leur propriété intellectuelle est incorporée dans un objet fabriqué, vendu au public, comme une cassette vidéo ou audio, un disque compact, un logiciel, un jeu vidéo, un imprimé ou une gravure ou divers genres de vêtements sur lesquels sont imprimés des logos protégés par un droit d'auteur. Soulignons qu'il s'agit de piratage à une grande échelle, du point de vue du nombre des contrevenants ou des exemplaires contrefaits ou de l'importance des pertes pécuniaires.

De l'avis de tous ces titulaires de droits d'auteur, les sanctions pénales constituent le seul moyen de lutter contre les «pirates» et le piratage à une échelle commerciale. Ces gens n'ont aucunement l'intention de se conformer à la loi et la plupart peuvent se dérober facilement à la justice. Les titulaires de droits d'auteur croient qu'une répression pénale efficace est dissuasive. Sans elle, les pirates échapperaient à la justice en supportant les dépens des actions au civil et en faisant traîner les choses.

Dans ce contexte, une entrevue faite avec un plaignant dans une cause pénale en instance durant la phase des recherches en vue du présent rapport met en relief les dimensions humaines de cette question<sup>12</sup>. Le plaignant est un distributeur de films asiatiques. Il importe les films d'Asie et les fournit à des

clubs vidéo dans plusieurs villes. En 1993, il a engagé 120 000 \$ de frais et d'honoraires pour obtenir des tribunaux civils des ordonnances Anton Pillar contre des clubs vidéo qui auraient loué des films pirates pour lesquels le distributeur détenait les droits de distribution. Son chiffre d'affaires a été de 400 000 \$ cette année-là. Le problème subsiste encore. En fait, le distributeur allègue que, pour chaque club vidéo qui loue licitement des films asiatiques, il y en a deux et peut-être trois qui ont en stock des copies contrefaites sur lesquelles il a des droits. Il a cessé d'exploiter son entreprise parce qu'il ne peut pas concurrencer les pirates.

Les titulaires de droits d'auteur sur des logos qui ont de la valeur connaissent les mêmes problèmes. Le piratage des logos d'équipes professionnelles est de pratique courante. On trouve par exemple des tee-shirts et des casquettes de baseball sur lesquels sont imprimés des logos de la NFL, de la LNH et de la NBA. Les marchés aux puces et les marchands détaillants peuvent faire et vendre ces articles à une fraction du prix de revient de celui qui exploite un commerce licite.

**CRITÈRE PROPOSÉ PAR LES TITULAIRES DE DROITS : Il convient de recourir aux dispositions pénales de la *Loi sur le droit d'auteur* lorsque la contrefaçon est de pratique courante et que les recours civils sont impuissants à y mettre un frein. Bref, quand aucun autre moyen n'est efficace.**

Un autre critère qui a été mentionné pour ce qui est de distinguer le délit civil du délit pénal de contrefaçon est le préjudice financier subi par le titulaire du droit d'auteur. Un seuil a été proposé. Par exemple, tout dommage excédant un montant donné (mettons 5 000 \$) donnerait ouverture à des poursuites pénales. Cette solution a été critiquée parce qu'elle ne tient pas compte de la réalité : le piratage est souvent le fait de nombreux contrevenants qui, collectivement, causent une perte financière considérable, mais qui séparément ne font pas subir d'importants dommages. On a cité à titre d'exemples les deux clubs vidéo qui louent et vendent des copies contrefaites pour chaque club qui vend des copies sous licence et les nombreux vendeurs des marchés aux puces qui vendent des vêtements sur lesquels sont imprimés des logos.

**CRITÈRE PROPOSÉ PAR LES TITULAIRES DE DROITS : Il convient de recourir aux dispositions pénales de la *Loi sur le droit d'auteur* lorsque le préjudice excède un montant fixe.**

Parmi les principaux utilisateurs des dispositions pénales en matière de droits d'auteur, on compte l'industrie du film. La reproduction sans autorisation de films et de vidéocassettes est devenue une importante forme de violation du

droit d'auteur quand le magnétoscope est apparu. Les copies contrefaites ont dès lors été vendues et louées en concurrence avec les copies licites faites par le titulaire du droit d'auteur. Le Film & Video Security Office (FVSO) a été créé en 1983 pour faire obstacle à ce fléau. Le FVSO dispose des ressources financières voulues et son personnel se compose d'enquêteurs expérimentés.

Le FVSO affirme ne dénoncer à la police que les contrevenants qui, de l'avis des enquêteurs, ont violé l'article 42 de la Loi délibérément et avec l'élément moral exigé par la Loi pour obtenir une déclaration de culpabilité. Si la violation a été commise par inadvertance, il n'engage ni de poursuites pénales ni de recours civils, mais fait en sorte de bien faire comprendre à la personne en cause que ses actions constituent une violation du droit d'auteur. Le FVSO estime que seulement 10 p. 100 des plaintes sur lesquelles il enquête sont signalées à la police en vue d'une enquête criminelle.

**CRITÈRE PROPOSÉ PAR LES TITULAIRES DE DROITS : Il convient de recourir aux dispositions pénales de la Loi sur le droit d'auteur lorsqu'il est prouvé hors de tout doute raisonnable que l'accusé a commis intentionnellement l'acte interdit en sachant qu'il constituait une violation du droit d'auteur.**

Tant l'industrie du film que celle de l'enregistrement sonore ont souligné qu'il n'était pas pratique d'épuiser les recours civils avant d'invoquer les dispositions pénales de la Loi. On ne saurait justifier le coût net (après défalcation du montant du préjudice recouvré) que doit supporter tout titulaire du droit d'auteur qui engage un recours civil contre une multiplicité de contrevenants lorsque l'acte commis par chacun est assez peu important. Dans ce contexte, la politique de la GRC en matière d'application de la loi, selon laquelle les titulaires de droits d'auteur doivent épuiser leurs recours civils avant d'invoquer les lois pénales, a été rejetée par les titulaires de droits d'auteur appartenant aux industries du film et de l'enregistrement sonore, qui l'ont jugée impossible à mettre en pratique<sup>13</sup>. Dans ce contexte, il convient de faire remarquer que le coût des enquêtes et des poursuites criminelles est aussi élevé, sinon plus.

**CRITÈRE PROPOSÉ PAR LES TITULAIRES DE DROITS : Il convient de recourir aux dispositions pénales de la Loi sur le droit d'auteur lorsque les coûts des recours civils ne peuvent pas être justifiés étant donné le grand nombre de contrevenants et le fait que l'acte reproché à chacun d'eux est assez peu important.**

Dans ce contexte, le FVSO souligne que moins de un pour cent des personnes inculpées de piratage visé par la Loi demandent un procès. Dans presque tous les cas, un plaidoyer a été marchandé. Il souligne aussi que cette

pratique permet de raccourcir la durée des procédures judiciaires et de réduire le coût supporté par le ministère public en cas de poursuite.

Quant aux mesures prises pour avertir les contrevenants avant de faire intervenir la police, l'industrie du film emploie un certain nombre de moyens pour informer les contrevenants possibles de ce qui constitue une violation du droit d'auteur :

- tous les films et les vidéocassettes contiennent l'avertissement que toute reproduction non autorisée constitue une violation du droit d'auteur;
- des lettres avertissant les personnes de mettre fin à la contrefaçon sont utilisées quand le FVSO conclut raisonnablement que celles-ci n'ont pas l'intention ou l'élément moral requis par les articles 42 et 43 de la Loi;
- des brochures, dépliants et vidéos sont distribués aux participants de l'industrie et au public dans le but de mieux faire connaître ce qui constitue une violation du droit d'auteur.

**CRITÈRE PROPOSÉ PAR LES TITULAIRES DE DROITS : Il ne convient pas de recourir aux dispositions pénales de la *Loi sur le droit d'auteur* lorsque l'information et les avertissements aux contrevenants mettront fin au piratage.**

On a dit que l'industrie de la musique faisait elle aussi appel aux dispositions pénales en matière de droit d'auteur. Toutefois, les titulaires de droits d'auteur ne rentrent pas tous dans cette catégorie. Les titulaires de droits d'exécution ne recourent pas aux dispositions pénales. Voici l'explication qu'ils donnent à ce sujet :

*[TRADUCTION] La plupart des utilisateurs de musique qui demandent une licence leur conférant un droit d'exécution sont des entreprises en exploitation et les utilisateurs qui ignorent leurs obligations sous le régime de la Loi sur le droit d'auteur acquiescent d'ordinaire à la demande de la SOCAN de verser les droits figurant au tarif homologué. Ceux qui s'y refusent, s'ils sont solvables, finissent par être tenus, par jugement, de payer les droits en souffrance, des dommages-intérêts et les profits réalisés. [...] Les poursuites pénales conviennent mieux, bien que cette règle ne soit pas absolue, dans le cas des contrevenants qui n'ont pas d'entreprise légitime et dont l'activité normale consiste dans la production en série ou la vente d'exemplaires non autorisés (contrefaits).<sup>14</sup>*

**CRITÈRE PROPOSÉ PAR LES TITULAIRES DE DROITS : Il convient de recourir aux dispositions pénales de la *Loi sur le droit d'auteur* lorsque le contrevenant n'exploite pas une entreprise légitime et que son activité consiste dans la reproduction ou la vente non autorisée d'exemplaires contrefaits.**

## Police

### (i) Critères présidant au choix des forces de police

Le second intervenant à qui il revient de décider si un cas donné est de nature civile ou pénale est le policier. Habituellement, on fait appel à la GRC. C'est que la GRC est considérée comme ayant la compétence au premier chef pour l'application des dispositions pénales de la *Loi sur le droit d'auteur*. Les groupes de l'industrie soulignent cependant que dans certaines villes, soit la GRC n'est pas à même, en raison d'urgences, d'entreprendre une enquête sur une violation du droit d'auteur, soit parfois, n'est pas disposée à agir.

En pareil cas, les groupes de l'industrie dénoncent la violation aux services de police provinciaux ou municipaux. D'après les titulaires de droits d'auteur, la plupart des forces de police provinciales et municipales sont disposées à recevoir des plaintes concernant le droit d'auteur. Toutefois, le fait que seulement trois des demandes reçues par l'OPIC ne provenaient pas de la GRC semble indiquer que peu de poursuites sont engagées par d'autres forces que la GRC.

### (ii) Méthodes d'enquête de la GRC

La GRC se divise en groupes chargés de l'application des lois. Au niveau national, ces unités relèvent d'un centre de coordination appelé la Direction de l'immigration et de l'application des lois fédérales. Cette direction est chargée de la politique concernant l'application de 196 lois fédérales, dont la *Loi sur le droit d'auteur*.

Afin de coordonner l'application des lois fédérales, une politique a été énoncée pour aider les enquêteurs à s'acquitter de leurs tâches. Elles sont contenues dans un document dont la partie qui touche le droit d'auteur a été rendue publique<sup>15</sup>. On y trouve des recommandations quant à la manière dont les enquêteurs peuvent distinguer les affaires civiles des affaires pénales. Les recommandations qui suivent sont pertinentes :

- En cas de violation mineure, il est recommandé que les enquêteurs envisagent d'entrer en contact avec le titulaire/créateur au début de l'enquête pour régler l'affaire par voie de recours civil.

- Il est recommandé que les plaintes concernant une violation du droit d'auteur soient l'objet d'une enquête quand le titulaire a épuisé sans succès tous les recours civils.
- Il est recommandé que l'enquêteur entre en contact avec le titulaire/créateur au début de l'enquête pour obtenir la collaboration du particulier ou de la société et s'assurer qu'il/elle veut engager une poursuite pénale.

Nos recherches ont comporté des entrevues avec un certain nombre d'agents de la GRC à la Division A qui prennent une part active à des enquêtes sur des plaintes concernant le droit d'auteur. Les enquêtes visent notamment à savoir si l'affaire est de nature civile ou pénale. Cette constatation est confirmée par l'examen des dossiers. Quatre des 36 dossiers examinés étaient des affaires «classées» et portaient la mention que la plainte était de nature civile. Les critères appliqués par les enquêteurs consistaient entre autres à se demander si la plainte donnait ouverture à un recours civil, s'il s'agissait d'une rupture de contrat et quelle était l'intention du plaignant. Si ce dernier voulait une compensation financière, la plainte était habituellement tenue pour une affaire civile.

Il n'est pas sans intérêt de noter que les agents de la GRC eux-mêmes ont des opinions très divergentes sur leur participation aux poursuites pénales pour violation du droit d'auteur. Pour certains, il n'appartient pas à la GRC de faire respecter des droits économiques privés quand d'autres crimes graves nécessitent son intervention. À l'opposé, d'autres soutiennent que la violation du droit d'auteur est aussi grave que toute autre forme de vol ou de fraude. Cette polarisation reflète la divergence de vues que l'on observe dans l'ensemble de la population.

Un autre élément pertinent qui se dégage des entrevues avec des enquêteurs de la GRC concerne le souci de l'ensemble de la GRC de rendre service à la population. Ainsi, les agents ont le sentiment qu'il est de leur devoir de faire enquête et d'engager des poursuites quand la loi a été violée, peu importe s'il existe d'autres solutions. L'affaire récente *Laurier Office Mart*<sup>16</sup> en fournit un exemple. L'accusée dans cette affaire n'a pas été informée, avant son inculpation, qu'elle violait le droit d'auteur ou qu'elle pouvait corriger la situation simplement en achetant une licence à la société de gestion du droit d'auteur. Au moment du procès, l'accusée était détenteur d'une licence.

En l'espèce, l'activité criminelle avait pris fin. Le contrevenant avait obtenu une licence avant le procès. L'agent de la GRC chargé de l'enquête a justifié

sa décision en disant que la poursuite était raisonnable étant donné son caractère dissuasif. Il a affirmé que la publicité de l'affaire a eu un effet dissuasif considérable sur les pratiques touchant la reprographie illicite dans les milieux universitaires. Par conséquent, l'affaire était justifiée par l'effet de dissuasion.

## Office de la propriété intellectuelle du Canada (OPIC)

### Contexte

Depuis à peu près 1980, les amendes versées sont attribuées à l'OPIC, qui se charge de payer les débours et honoraires des procureurs de l'État qui s'occupent des poursuites en application de la *Loi sur le droit d'auteur*. Aux termes du sous-alinéa 723(2)a)(iii) du *Code criminel*, lorsqu'une procédure est intentée sur l'instance du gouvernement du Canada, dans laquelle ce gouvernement supporte les frais de la poursuite, le produit de l'amende ou de la peine appartient à Sa Majesté du chef du Canada et «est versé au receveur général par la personne qui le reçoit.» En ce qui a trait à la *Loi sur le droit d'auteur*, toutes les amendes sont versées au tribunal qui prononce la déclaration de culpabilité, lequel remet les sommes au receveur général.

Conformément aux usages en matière de gestion financière au gouvernement fédéral, les divers ministères responsables de l'application des lois portant imposition d'amendes comptabilisent les amendes versées et certains d'entre eux les perçoivent. Il incombe à un ministère ou organisme de simplement comptabiliser les amendes ou de les percevoir selon qu'il est financé au moyen d'un fonds renouvelable ou de crédits. Les activités de l'OPIC sont financées au moyen d'un fonds renouvelable. En conséquence, les amendes versées sous le régime de la *Loi sur le droit d'auteur* sont inscrites directement à son budget. D'autres secteurs d'Industrie Canada tels que la direction générale des pratiques commerciales et la direction de la métrologie légale sont financés au moyen de crédits et, en ce qui les concerne, les amendes sont versées au crédit du Trésor, puis les fonds sont répartis entre les directions sous la forme de postes de recettes et de dépenses de leur budget.

Cette distinction est importante sous l'angle de la possibilité de conflit d'intérêts. Lorsque les amendes doivent être versées directement à un service gouvernemental, il y a des chances que celui-ci, s'il a la capacité de favoriser les poursuites pénales, le fasse pour augmenter ses recettes. Ce ne sont pas tous les services gouvernementaux qui sont habilités par la loi à favoriser activement les poursuites. Par exemple, l'OPIC n'est pas investi de pouvoirs d'enquête. Son rôle est limité à fournir des copies certifiées de certificats d'enregistrement et à enregistrer les oeuvres, sur demande. Par contraste, les

directions de la métrologie légale et des pratiques commerciales d'Industrie Canada sont habilitées par la loi dont l'application leur incombe à faire enquête et à engager des poursuites pénales.

Le manuel de gestion financière d'Industrie Canada renferme les textes qui lui confèrent l'autorisation de recevoir des amendes. Au chapitre 7, rubrique 12, Recettes et créances (Politique de recouvrement -- Amendes) sont énoncées la politique, les responsabilités et les méthodes concernant l'inscription des amendes au titre des créances. Les amendes dans le domaine du droit d'auteur rentrent dans cette catégorie car c'est à Industrie Canada qu'incombe l'application de la *Loi sur le droit d'auteur*.

Le tableau ci-après présente les renseignements statistiques tirés des dossiers de l'OPIC :

**Tableau III**

Exercice	1988-1989	1989-1990	1990-1991	1991-1992	1992-1993	1993-1994
Amendes reçues	47 000	91 000	72 000	136 000	119 437	253 440
Honoraires payés au procureur			66 250	129 500	88 200	52 000
Comptes-amendes <sup>17</sup>				72	77	86
Amendes non reçues <sup>18</sup>		33 248	73 520	289 660	348 145	280 977

### Compétence

Il convient de mettre en lumière certains points relatifs à la compétence de l'OPIC à l'égard des affaires portant sur des poursuites pénales en application de la *Loi sur le droit d'auteur*. Premièrement, l'OPIC n'est pas compétent pour enquêter ou engager des poursuites sous le régime de cette loi. En pratique, et ce en conformité avec la Loi, son activité se réduit à délivrer à la police, sur demande, des copies certifiées de certificats d'enregistrement et à recevoir les amendes imposées. L'OPIC ne joue aucun rôle dans les enquêtes ou les poursuites. La GRC et les forces de police provinciales et municipales supportent les frais des enquêtes.

## Application de la loi

En novembre 1993, l'OPIC a demandé conseil à la GRC sur le recouvrement des amendes en matière de droit d'auteur. La réponse donnée par la Direction de l'immigration et de l'application des lois fédérales nous éclaire sur plusieurs points. Premièrement, elle y souligne poliment que la GRC n'est pas une «agence de recouvrement» des amendes imposées par un tribunal à la suite d'une déclaration de culpabilité en application de la *Loi sur le droit d'auteur*.

Cette pratique a été confirmée dans des entrevues avec des agents de la GRC chargés de l'élaboration des politiques et avec des agents d'un groupe chargé de l'application des lois fédérales. Il faut souligner que, pour ce qui est de savoir à qui cette tâche incombe, la situation est confuse. On lit à l'article 1.04 du manuel de gestion financière d'Industrie Canada que, [TRADUCTION] «d'ordinaire, la GRC et les autres forces de police assurent le suivi des amendes résultant des accusations qu'elles ont portées en application de la [*Loi sur le droit d'auteur*]». Or, tel n'est pas le cas.

Deuxièmement, on lit dans la même réponse que, si l'amende n'est pas versée dans le délai fixé, le juge peut décerner un mandat de dépôt. Ce qui nous porte logiquement à nous demander qui, en cas de non-paiement de l'amende infligée en application de la *Loi sur le droit d'auteur*, demanderait ce mandat de dépôt. La GRC, le tribunal qui a infligé l'amende, l'avocat poursuivant ou l'OPIC sont les seules réponses évidentes.

La GRC fait remarquer qu'elle n'est pas une agence de recouvrement. Il ressort des dossiers de l'OPIC que les tribunaux ne tentent pas systématiquement de recouvrer les amendes impayées. Quand l'OPIC communique avec les divers tribunaux pour vérifier si une amende en souffrance a été versée, les fonctionnaires du greffe se contentent de répondre «oui» ou «non». Du point de vue des tribunaux, les amendes impayées, du moins d'après ce que révèle l'expérience de l'OPIC en matière de recouvrement, ne nécessitent pas de mesure d'exécution de leur part. Le manuel de gestion financière d'Industrie Canada corrobore cette opinion. Aux termes de l'article 1.03, [TRADUCTION] «la plupart des tribunaux ne cherchent pas activement à recouvrer les amendes impayées.»

L'OPIC lui-même, à mon avis, n'est pas habilité à engager de recours civils pour recouvrer une amende en souffrance en cas de déclaration de culpabilité à l'égard d'une infraction prévue dans la *Loi sur le droit d'auteur*, parce qu'il n'a pas de cause d'action. La GRC partage mon avis là-dessus.

Il ne reste donc que l'avocat du ministère public. De toute évidence, la question de savoir si le suivi du versement des amendes par suite de la déclaration de culpabilité devrait s'ajouter aux tâches du ministère public est une question de politique générale qui dépasse les limites de ce rapport. Il serait aussi possible que l'OPIC et la GRC s'entendent sur une politique qui concorde avec l'article 1.04 du manuel de gestion financière, selon lequel «d'ordinaire, la GRC et les autres forces de police assurent le suivi des amendes résultant des accusations qu'elles ont portées». C'est également une question de politique pénale qui dépasse les limites de ce rapport.

### **Aspects juridiques**

Ce qui ressort clairement de ce qui précède c'est qu'une partie des amendes imposées par suite de déclarations de culpabilité sous le régime de la *Loi sur le droit d'auteur* ne sont pas perçues. Les dossiers de l'OPIC révèlent que, jusqu'à l'exercice 1993-1994, une somme totale de 280 977 \$ n'avait pas été recouvrée. Un examen plus attentif montre que certaines amendes remontent à plusieurs années. D'après un listage fait en février 1994, il y a des amendes en souffrance qui datent de 1985.

Une question connexe se pose dans le cas où un emprisonnement est substitué au versement d'une amende. Les Rapports de fin d'enquête de la GRC qui sont contenus dans les dossiers de l'OPIC révèlent que parfois le juge n'inflige qu'une amende non assortie d'un emprisonnement à défaut de paiement de l'amende. Dans d'autres cas, on peut se demander si l'accusé s'est soustrait à l'emprisonnement comme au paiement de l'amende. Si ce n'est pas le cas, alors le mécanisme mis en place pour assurer le suivi de l'incarcération peut être utile pour l'attribution de la compétence quant au recouvrement des amendes.

### **Fonctionnement**

On trouvera dans les lignes qui suivent une description du rôle de l'OPIC dans les poursuites pénales intentés sous le régime de la *Loi sur le droit d'auteur*. Son activité se divise en deux parties. La première est la réception d'une demande d'un service de police<sup>19</sup> qui veut obtenir une copie certifiée d'un certificat d'enregistrement qui sera utilisée au procès. Toutes ces demandes sont classées par l'OPIC par service de police.

La plupart des demandes proviennent de la GRC. Sept cent dix-neuf détachements sont inscrits dans le plus récent annuaire de la GRC. En 1993, seulement 25 de ceux-ci ont demandé des copies certifiées d'enregistrements à l'OPIC. Seulement trois services de police régionaux dans tout le pays ont présenté des demandes de cette nature.

La deuxième activité commence après l'engagement d'une poursuite. L'enquêteur de la GRC est tenu d'envoyer à l'OPIC un «Rapport de fin d'enquête», qui peut contenir entre autres : le nom et l'adresse du particulier ou de la société accusée; la nature de l'infraction; le nombre de chefs; la date et le lieu de l'infraction; la circonscription et la décision du tribunal; le résultat (amende, emprisonnement, acquittement, etc.); la façon dont il a été disposé des pièces; le délai fixé pour le paiement de l'amende; le nom et l'adresse de l'enquêteur; le groupe auquel il appartient. Certains rapports comprennent un exposé détaillé des allégations et de l'issue du procès. Le contenu des rapports varie probablement selon les policiers qui les remplissent.

Lorsqu'il reçoit, soit un rapport de fin d'enquête, soit une amende, l'OPIC ouvre un dossier à des fins administratives. Ce sont les seuls cas où un dossier sera ouvert. Parfois, un long intervalle sépare la décision du tribunal et la réception du rapport de fin d'enquête. Si l'OPIC a reçu l'amende avant le rapport, ou vice versa, un rapprochement des deux pièces est opéré. Le rapprochement n'est cependant pas toujours facile ni possible, parce que des numéros de dossier distincts sont employés ou que la raison sociale est inscrite au lieu du nom d'un individu.

En temps normal, le rapport de fin d'enquête est le premier document versé au dossier. Quand il est reçu, un formulaire de préparation de facture est rempli et envoyé à la Direction des finances du Ministère. Une créance est alors inscrite dans les livres. Une mention de la date d'échéance de l'amende est portée au dossier. La créance figure parmi les créances du Ministère qui font l'objet d'un rapport mensuel. Bref, c'est une créance inscrite dans les livres.

Selon l'usage à l'OPIC, aucune suite n'est donnée à cette action dans les six mois de la date d'échéance. L'ensemble des virements en cause peut exiger beaucoup de temps. L'accusé déclaré coupable paie l'amende au greffe du tribunal qui le lui a infligée, le greffe vire la somme au compte du procureur général de la province qui la vire au compte d'Approvisionnements et Services Canada qui la vire au compte de l'OPIC.

Les rapports financiers mensuels d'Industrie Canada éveillent l'attention de l'OPIC sur les amendes en souffrance. Quand une amende est en souffrance, l'OPIC communique avec le tribunal dont le nom est inscrit dans le rapport. Si l'amende n'est pas payée, une mention est portée au dossier en vue de son rappel quelques mois plus tard. Habituellement, on procède ainsi à deux ou trois reprises. Si l'amende n'est toujours pas payée, la créance reste en souffrance. Répétons que certaines amendes sont en souffrance depuis 1985.

Le personnel de l'OPIC a l'impression que les administrateurs des tribunaux sont très occupés et que le recouvrement des amendes vient loin sur la liste de leurs priorités. Il fait aussi observer que les tribunaux et la GRC lui transmettent des renseignements incomplets. Pour étayer cette affirmation, il cite deux exemples de dossiers dans lesquels des amendes étaient arriérées depuis longtemps et que la police et les administrateurs des tribunaux avaient classés. L'OPIC n'a jamais recouvré les amendes en question. Il se peut que les amendes aient été payées et que les sommes aient été égarées dans l'écheveau des virements. Il se peut qu'elles n'aient jamais été versées. Il est impossible de vérifier si le jugement du tribunal a été exécuté.

De la même façon, l'OPIC peut apprendre en communiquant avec le tribunal que l'amende a été payée. En pareil cas, l'OPIC essaie de suivre la trace du paiement, ce qui s'avère difficile pour le personnel de l'OPIC, parce que les diverses directions des Finances soldent leurs comptes à la fin de l'exercice. Rouvrir un vieux compte prend beaucoup de temps, ce qui allonge les délais et complique la tâche de ceux qui doivent recouvrer ces amendes. Enfin, certaines amendes sont versées au crédit du Trésor et il est alors impossible d'établir l'identité de l'individu ou de la société qui a fait le paiement. Encore une fois, il est impossible de vérifier si le jugement du tribunal a été exécuté.

### **Aspects pratiques**

Le personnel de l'OPIC doit véritablement surmonter des obstacles pour recouvrer les amendes infligées en application de la *Loi sur le droit d'auteur*. Parmi ceux-ci, on compte l'incompétence probable de l'OPIC pour recouvrer les amendes par une action civile, l'absence de renseignements nécessaires, la communication déficiente entre la GRC et les tribunaux, ainsi que les longs délais entre le jugement et le recouvrement. Pour décrire ce processus, l'un des membres du personnel de l'OPIC a utilisé la formule : une boucle qui n'est pas bouclée. S'insèrent dans cette boucle la police, les tribunaux, les divers services gouvernementaux et l'OPIC. Entre ces éléments, il devrait y avoir un point d'intersection où la boucle se referme, permettant de vérifier si le jugement du tribunal a été exécuté. Dans l'état actuel des choses, la boucle n'est pas bouclée, de sorte qu'il est impossible de déterminer avec certitude si les ordonnances judiciaires ont été exécutées.

### **Autres lois fédérales**

Le mandat qui régit la présente recherche ne s'étend pas aux autres lois fédérales. Toutefois, au cours de mes travaux, j'ai dû inévitablement faire des comparaisons avec d'autres lois fédérales comportant des dispositions pénales. Par exemple, la *Loi sur les marques de commerce* ne renferme aucune disposition pénale, mais le *Code criminel* inclut des dispositions

relatives à la fraude, à la substitution de marchandises ou de services et aux marques de commerce.

Les articles 74 à 76 de la *Loi sur les brevets* comprennent des dispositions pénales. Bien qu'on n'y recoure pas souvent, il appert des statistiques d'un groupe de la GRC chargé des enquêtes qu'une enquête visée par l'article 76 est en cours au sujet de faux exposés et de fausses inscriptions relativement à une demande de brevet.

La *Loi sur les dessins industriels* renfermait une telle disposition à l'article 16 avant que celui-ci ne soit abrogé. Ni la *Loi sur le droit d'auteur*, ni la *Loi sur les brevets*, ni la *Loi sur les dessins industriels* ne contiennent de dispositions concernant l'exécution des dispositions pénales que renferment ces textes.

Le présent rapport traite des poursuites pénales pour violation du droit d'auteur. L'étude des autres lois fédérales comportant des dispositions pénales dépasse donc les limites de ce rapport. Toutefois, les renseignements recueillis au sujet des amendes impayées sous le régime de la *Loi sur le droit d'auteur* indiquent que l'exécution des dispositions pénales de cette Loi fait problème. Dans la perspective de l'intérêt public et de la politique pénale, il y a lieu de se demander s'il s'agit d'un phénomène isolé ou s'il peut être constaté à propos des nombreuses autres lois fédérales dont l'application est assurée par des sanctions pénales.

Par exemple, il serait utile de savoir quel est le nombre des lois fédérales qui prévoient quelque recours pénal. Il serait également utile de savoir si les personnes chargées de l'application de ces lois éprouvent les mêmes difficultés que l'OPIC pour s'acquitter de leurs tâches. L'analyse comparative des modalités d'exercice des recours pénaux prévus dans diverses lois pourrait indiquer quelles sont les méthodes efficaces et les méthodes inefficaces. Par exemple, certaines lois, telles la *Loi sur le droit d'auteur*, n'attribuent aucun pouvoir d'enquête ou d'engagement de poursuites en cas de violation. D'autres, telles la *Loi sur les poids et mesures*, investissent le ministère responsable de l'application de la Loi de pouvoirs coercitifs.

L'importance de la distinction entre les lois attribuant des pouvoirs coercitifs et les autres tient à un principe juridique fondamental : le respect de la loi, en l'occurrence de la loi pénale. Ma recherche a révélé que les amendes imposées sous le régime de la *Loi sur le droit d'auteur* restent parfois impayées. En cas d'infraction, la poursuite n'est pas infailliblement suivie du recouvrement de l'amende infligée. Si l'accusé déclaré coupable ne verse pas l'amende, il n'existe apparemment aucun moyen de vérifier s'il s'est acquitté de son obligation. En fait, les fonctionnaires de l'OPIC sont parfois incapables de déterminer si une amende a été payée. Quelquefois, des

amendes sont versées et il n'existe aucun moyen de vérifier qui les a payées ou même de déterminer à l'égard de quelle infraction elles ont été infligées.

Sur le plan des principes, il est opportun de se demander si cet état de choses est propre à la *Loi sur le droit d'auteur* ou si ce phénomène est répandu. Selon les indications préliminaires, un grand nombre de lois fédérales comportent des dispositions pénales. Si les amendes infligées sous le régime de ces lois font l'objet des mêmes mécanismes de recouvrement et des mêmes procédés de vérification de l'exécution des jugements, alors nous sommes devant un problème auquel il faut trouver une solution.

## **Difficultés inhérentes aux enquêtes et aux poursuites**

La dernière question qui sera traitée dans le présent rapport est celle de savoir si les enquêtes et les poursuites concernant le droit d'auteur posent des difficultés particulières qui justifient la modification des règles de la preuve et de la procédure criminelle ou des normes de responsabilité qui sont applicables aux poursuites pénales pour violation du droit d'auteur. Nous examinerons tour à tour les enquêtes et les poursuites.

### **Enquêtes**

Les discussions avec le personnel de la GRC au sujet des problèmes inhérents aux poursuites pénales pour violation du droit d'auteur ont permis de dégager bon nombre de facteurs qui justifient la modification des méthodes. Des entrevues ont eu lieu avec plusieurs membres de la GRC. La question a été étudiée avec des personnes appartenant à trois niveaux différents du système d'application de la loi. Le premier niveau est celui de l'élaboration des politiques nationales. Le deuxième est celui du directeur d'une unité chargée de l'affectation des enquêteurs en fonction des priorités. Le troisième est celui d'un certain nombre de membres d'un groupe chargé des enquêtes. Ces entrevues et discussions ont permis de cerner des problèmes et de trouver des éléments de solution.

#### **(1) Formation**

Les enquêteurs de la GRC ont besoin d'un programme de formation pour gérer efficacement le temps et les ressources qu'ils consacrent aux poursuites pénales pour violation du droit d'auteur. Un enquêteur appartenant à un groupe chargé de l'application des lois fédérales mène des enquêtes sur des plaintes déposées en vertu de 196 lois fédérales. Il ne reçoit aucune formation sur l'une ou l'autre de ces lois. La *Loi sur le droit d'auteur* est l'une

d'elles. Elle est complexe même pour quelqu'un qui la connaît bien. Chaque enquêteur de la GRC doit s'instruire lui-même dans les dispositions de la Loi, dans leur violation, dans les déclarations de culpabilité antérieures, dans les modes de preuve et dans les techniques d'enquête. Il n'existe aucun guide, aucun cours et aucun appui technique. Tous s'entendent sur la nécessité de tels instruments.

### **(ii) Mutations et chevauchement des affectations**

Les affectations du personnel des groupes chargés de l'application des lois fédérales devraient se chevaucher. Les personnes sont mutées sans égard aux connaissances spécialisées acquises dans tel ou tel domaine. Par exemple, un membre peut faire partie d'un groupe pendant quatre ans et acquérir au fil des enquêtes sur des plaintes en matière de droit d'auteur des connaissances et une expérience précieuses, qu'il pourrait transmettre à son remplaçant si leurs affectations se chevauchaient durant un an ou plus.

### **(iii) Équipes d'enquêteurs spéciaux**

À l'heure actuelle, les enquêteurs de la GRC voient à l'application de toutes les 196 lois fédérales au fur et à mesure du dépôt des plaintes. L'application de bon nombre de ces lois, dont celle sur le droit d'auteur, présuppose un bagage acquis par des recherches poussées. En encourageant les enquêteurs à se spécialiser, on optimiserait l'utilisation des ressources. Il semble que cette approche permettrait à la police de mieux faire face au problème de la violation du droit d'auteur. Des enquêteurs avec un meilleur bagage seraient en mesure de détecter plus efficacement les cas graves de piratage. Il en va de même des avocats du ministère public. Dans leur cas également, l'application de la loi s'en trouverait améliorée s'ils pouvaient développer leurs connaissances dans le domaine des poursuites pénales pour violation du droit d'auteur.

### **(iv) Stratégie nationale de lutte contre la violation du droit d'auteur**

Il faut que les membres de la GRC et les avocats du ministère public se familiarisent avec les secteurs où sévit le piratage et qu'ils établissent des stratégies nationales. Par exemple, si la copie illicite de disques compacts et la reproduction sans autorisation de logiciels représentent des problèmes endémiques, il vaudrait mieux donner suite à quelques plaintes bien étayées provenant de chacun de ces secteurs que d'intenter sans méthode ni plan des poursuites à l'égard de plusieurs plaintes moins bien fondées. Cette façon de procéder répondrait mieux aux besoins du public et constituerait un emploi plus judicieux des ressources limitées du système judiciaire et de la police.

Les objectifs de cette stratégie qu'il conviendrait de mettre au point de concert avec les victimes de la violation du droit d'auteur devraient être les suivants :

- recenser les groupes de l'industrie touchés par un problème endémique de violation du droit d'auteur;
- définir le moyen le plus efficace de régler ce problème, compte tenu des coûts d'une poursuite, de l'effet dissuasif d'une déclaration de culpabilité et de la probabilité d'obtenir une déclaration de culpabilité;
- désigner à l'intérieur de la GRC un groupe dont les membres se spécialiseront dans les poursuites pour violation du droit d'auteur en conformité avec les priorités arrêtées au niveau national;
- créer un mécanisme par lequel le ministère public serait engagé dans cette stratégie nationale.

#### **(v) Caractère essentiel des efforts personnels**

Les efforts personnels des titulaires de droits d'auteur sont essentiels à la répression efficace des infractions à la *Loi sur le droit d'auteur*. Le système de justice pénale partage ses ressources entre un grand nombre de groupes clients. Les crimes avec violence auront toujours la priorité sur les crimes contre la propriété.

Un avocat-conseil a fait observer que les activités de l'industrie nord-américaine du cinéma au chapitre de la lutte contre le piratage constituaient [TRADUCTION] «un exemple classique de la bonne façon de faire respecter le droit d'auteur». En 1983, l'industrie a mis sur pied le Film & Video Security Office (FVSO). À ce moment-là, on estimait que les vidéocassettes piratées représentaient 35 p. 100 du marché au détail. En 1995, on estime que cette proportion a été réduite à 5 à 8 p. 100. Deux raisons expliquent cela : le travail d'information fait par le FVSO et les rapports qu'il a établis avec les responsables de l'application de la loi.

Le travail d'information du FVSO cité par le ministère public et par la GRC comprend des programmes destinés aux vendeurs de vidéos, aux participants de l'industrie, aux policiers, aux avocats du ministère public et au grand public :

- distribution d'un guide de la lutte contre le piratage conçu pour aider les policiers et les procureurs chargés d'affaires de piratage;
- préparation et distribution aux participants de l'industrie et au public de dépliants, brochures et vidéos qui expliquent ce qui constitue une violation du droit d'auteur;

- ligne directe anti-piratage avec numéro en 800 permettant de signaler au FVSO les cas de piratage;
- vidéoconférences, colloques et expositions destinés au personnel du FVSO;
- colloques destinés aux forces de police canadiennes sur le piratage des vidéos et complétant le guide de la lutte contre le piratage;
- efforts pour donner une grande publicité aux saisies et aux poursuites pour augmenter davantage l'effet dissuasif.

Les efforts personnels peuvent aussi prendre la forme d'une assistance technique apportée à la police. D'après un avocat du ministère public, au moment où le FVSO fait intervenir la police, il a déjà réuni les éléments de preuve nécessaires à une déclaration de culpabilité. Toute la preuve concernant le degré de connaissance requis de la part du suspect, la nature illicite des copies et la chaîne de propriété du droit d'auteur est déjà constituée. Un guide de la procédure à suivre en l'espèce est en outre mis à la disposition du ministère public. Le FVSO a lui-même cité les exemples qui suivent de l'aide qu'il fournit à la police et au ministère public :

- remettre les déclarations consignées et les affidavits contenant les éléments de preuve et les motifs nécessaires à l'obtention d'un mandat de perquisition;
- assister à l'exécution du mandat de perquisition;
- aider les policiers à rassembler, analyser et vérifier les copies de films saisis visées par les allégations de contrefaçon;
- obtenir des copies des enregistrements de droits d'auteur sur les oeuvres saisies;
- obtenir des témoins et des titulaires de droits d'auteur des déclarations sur «ce qu'ils diront»;
- aider la police à préparer et à réunir le dossier destiné au ministère public;
- aider la police à rédiger les chefs d'accusation;
- rencontrer l'avocat du ministère public chargé du dossier pour l'aider à préparer le procès et à négocier le plaidoyer ou la peine convenable.

Si d'autres groupes de l'industrie qui sont victimes de violation du droit d'auteur consacraient autant d'efforts à la lutte contre le piratage, d'autres histoires de réussite pourraient être rapportées. À cet égard, le FVSO souligne que moins de un pour cent des personnes accusées de piratage sous le régime de la *Loi sur le droit d'auteur* demandent un procès. Dans presque tous les cas, un plaidoyer de culpabilité est négocié. Cela permet au ministère public et aux tribunaux de régler ces affaires en employant beaucoup moins de ressources. La police aussi y consacre moins de ressources car le FVSO fait la

plus grande partie du travail. De toute façon, c'est là une nécessité puisque seul le titulaire du droit d'auteur est en mesure d'obtenir une bonne partie de la preuve requise.

#### **(vi) Preuve**

Les membres de la GRC qui prennent part aux enquêtes et aux poursuites sont frustrés dans leurs tentatives pour obtenir les éléments de preuve concernant la possession du droit d'auteur et la chaîne de titres. La meilleure façon d'illustrer cette assertion est l'exemple qui suit.

L'affaire des films asiatiques qui était l'objet d'un procès à Ottawa au moment de la rédaction du présent rapport concernait un grand nombre de films produits en Asie. Chaque oeuvre appartenait à un personne différente. Le distributeur canadien, plaignant, avait conclu avec un distributeur asiatique un accord de distribution lui accordant les droits exclusifs pour le Canada. Il a découvert que les films dont il avait acquis les droits de distribution étaient distribués dans des clubs vidéo dans toutes les régions du pays. Les copies distribuées auraient été contrefaites. La GRC a fait enquête et des accusations ont été portées.

Au procès, le ministère public doit prouver que ces films sont protégés par un droit d'auteur et établir qui est titulaire de ce droit. Des centaines de films sont en cause. À l'égard de chaque film, il faut prouver qu'il s'agit d'une copie contrefaite. À cette fin, il faut prouver que la copie a été faite sans l'autorisation du titulaire. Ce dernier doit donc établir qu'il possède le droit d'auteur sur le film. Or, il se trouve en Asie et il a donné une licence à un distributeur asiatique qui à son tour a accordé une licence au distributeur canadien. Pour prouver cette «chaîne de titres», il faut assigner plusieurs témoins dont la plupart sont en Asie. Rassembler cette preuve est une tâche à la fois coûteuse et complexe.

La preuve qu'il s'agit d'une copie «contrefaite» est elle aussi difficile à faire, tant au stade de l'enquête qu'au procès. Souvent, les enquêteurs de la GRC ne peuvent pas dire si un film, un logiciel ou un disque compact est un exemplaire licite ou illicite. Il faut consulter des experts. D'ordinaire, les copies qui seraient contrefaites sont saisies et un expert les analyse. Les techniques de reproduction sont si perfectionnées que cette partie de la preuve peut être difficile à faire. La défense mettra en doute les compétences de l'expert pour témoigner en cette qualité. Selon les enquêteurs de la GRC, c'est une question qui fait problème particulièrement dans les affaires de droit d'auteur.

## (vii) Avocats du ministère public fédéral

Les avocats du ministère public fédéral ont eux aussi besoin de formation et d'appui pour les poursuites en matière de droit d'auteur. Parfois, le dossier est attribué au procureur peu de temps avant le procès. Celui-ci dispose de peu de temps pour se préparer et ne connaît pas ce domaine complexe du droit. Il affronte un avocat de la défense bien préparé, qui a consacré bon nombre d'heures au dossier et au droit applicable.

### Poursuites

#### (i) Code criminel et Loi sur le droit d'auteur

Une question connexe se pose au sujet des raisons pour lesquelles les groupes de l'industrie préfèrent recourir aux dispositions pénales de la *Loi sur le droit d'auteur* plutôt qu'aux dispositions du *Code criminel* relatives à la fraude. On nous a déclaré que l'on faisait appel fréquemment à celles-ci avant que la *Loi sur le droit d'auteur* ne soit modifiée en 1988. On continue de recourir aux dispositions concernant la fraude, mais de moins en moins.

Dans une poursuite pour fraude, le ministère public doit prouver tous les éléments de l'infraction énumérés à l'article 42 de la Loi, outre l'intention malhonnête et le fait que la victime a été frustrée d'un bien. Dans l'optique des avocats du ministère public, les dispositions en matière de fraude exigent la preuve d'autres éléments que ceux visés à l'article 42.

On fait aussi valoir que la jurisprudence découlant de l'article 42 et de l'article qui l'a précédé, l'article 25, est plus abondante que celle relative aux dispositions concernant la fraude, du moins en ce qui a trait à la violation du droit d'auteur. À l'heure actuelle, les poursuites en vertu de l'article 42 sont facilitées par la nombreuse jurisprudence que peuvent invoquer le ministère public, les tribunaux et les accusés.

Les textes d'incrimination du *Code criminel* au chapitre de la fraude s'appliquent à toute forme de fraude. Les infractions prévues par l'article 42 de la *Loi sur le droit d'auteur* sont limitées à un seul type de fait délictueux. Par conséquent, les juges qui sont saisis des poursuites sous le régime de l'article 42 sont mieux à même d'évaluer la gravité relative des infractions.

En cas de poursuite pour violation du droit d'auteur engagée sous le régime du *Code criminel*, la gravité du délit peut être tenue pour moindre par un tribunal habitué à connaître d'autres types de fraude. De l'avis des groupes de l'industrie, l'une des raisons pour lesquelles les poursuites sont maintenant intentées en application de la *Loi sur le droit d'auteur* est que les

peines en cas de violation du droit d'auteur sont beaucoup plus sévères depuis les modifications de 1988.

### **(ii) Preuve de l'élément moral («sciemment»)**

Pour les avocats du ministère public, la preuve de la «connaissance» présente une difficulté propre aux poursuites pénales pour violation du droit d'auteur. Il semble que tous sont d'accord pour dire que les infractions en matière de droit d'auteur exigent un élément moral à l'égard de tous les éléments de l'infraction. Ce qui fait problème c'est le contenu de la notion de «connaissance». La preuve que l'accusé a agi «sciemment» est un élément essentiel de chaque infraction. On estime généralement que le moyen le plus facile d'établir cet état d'esprit consisterait à prouver que l'accusé a été averti par écrit au préalable. Or, cela ne serait pas possible dans les cas où l'avertissement entraînerait la disparition d'éléments de preuve et la fuite du contrevenant soupçonné. En pareil cas, il serait nécessaire de prouver la «connaissance» par d'autres moyens tels que la conduite de l'accusé ou une preuve indirecte.

### **(iii) Présomptions en matière de droit d'auteur et Charte**

La *Loi sur le droit d'auteur* fait jouer des présomptions d'existence et de propriété du droit d'auteur, lorsqu'une oeuvre est enregistrée conformément à la Loi. Par exemple, le paragraphe 53(2) prévoit qu'un certificat d'enregistrement de droit d'auteur est une preuve qu'une oeuvre fait l'objet d'un droit d'auteur et que la personne portée à l'enregistrement est le titulaire de ce droit d'auteur. Aux termes du paragraphe 34(3), sauf si l'accusé prouve le contraire, l'oeuvre est présumée être une oeuvre protégée par un droit d'auteur et l'auteur de l'oeuvre est présumé être le titulaire du droit d'auteur. Ce sont là des éléments essentiels que doit prouver le ministère public pour obtenir une déclaration de culpabilité en application des articles 42 ou 43. La validité de ces présomptions a été attaquée, pour la raison qu'elles porteraient atteinte à la présomption d'innocence garantie par la *Charte canadienne des droits et libertés*<sup>20</sup>.

Cet argument peut être ainsi résumé. L'alinéa 11*d*) de la *Charte* garantit le droit de tout inculpé d'être présumé innocent. Toute disposition de loi qui déplace la charge de la preuve sur l'accusé, l'obligeant à réfuter un élément essentiel de l'infraction, viole cette garantie. L'existence et la propriété du droit d'auteur sont des éléments essentiels dans un procès pénal concernant le droit d'auteur. Par conséquent, les présomptions d'existence et de propriété du droit d'auteur violent la présomption d'innocence. Pour établir la culpabilité, le ministère public peut invoquer les présomptions et n'a pas à prouver tous les éléments essentiels de l'infraction hors de tout doute raisonnable.

Pour répondre à cet argument, on peut soutenir que les soi-disant clauses d'inversion de la charge de la preuve ne constituent pas une violation de la *Charte* si elles sont raisonnables dans les circonstances. On soutient que les présomptions énoncées dans la *Loi sur le droit d'auteur* sont équitables et raisonnables, parce que, si l'accusé est capable de faire naître un doute raisonnable quant à l'existence ou à la propriété du droit d'auteur, le ministère public doit alors prouver ces éléments hors de tout doute raisonnable. Les mots employés sont «est une preuve que» et «sauf si l'accusé prouve le contraire». Les présomptions peuvent être réfutées ou un doute raisonnable peut être suscité. Étant réfutables, les présomptions sont équitables. On soutient que les présomptions sont non seulement équitables, mais encore nécessaires, dans les affaires de droit d'auteur, à cause de la lourde charge qu'implique la preuve de la propriété.

#### **(iv) Applicabilité des exceptions dans une affaire pénale**

Les avocats du ministère public ont fait ressortir une autre question qui se pose dans le cas des poursuites pénales pour violation du droit d'auteur, à savoir si les exceptions prévues par la *Loi* s'appliquent dans les affaires pénales. Une exception est une disposition qui légalise une activité qui serait une violation du droit d'auteur. Cette question a été soulevée dans une affaire récente<sup>21</sup>. Les avocats du ministère public ont émis l'avis que les exceptions contenues dans la *Loi*, telles que l'utilisation équitable d'une oeuvre, ne devraient s'appliquer que dans les actions au civil pour violation du droit d'auteur. Il faudrait que cette question soit clarifiée soit par une cour d'appel, soit au cours de la phase deux de la révision de la législation sur le droit d'auteur.

### **Conclusions**

Deux conclusions se dégagent du présent rapport :

1. Il faut élaborer une stratégie nationale à l'égard des poursuites pénales pour violation du droit d'auteur et ce, en collaboration avec tous les intéressés : titulaires de droits d'auteur, police, avocats du ministère public fédéral, ministère de la Justice et autres ministères fédéraux chargés de l'élaboration des politiques en matière de droit d'auteur. L'objectif de cette stratégie devrait être d'employer les ressources du système de justice pénale en fonction de priorités et d'objectifs clairement définis. Ceux dont les droits sont violés devraient participer au processus d'application de la loi, soit en veillant à l'information du public, soit en apportant leur assistance à la police.

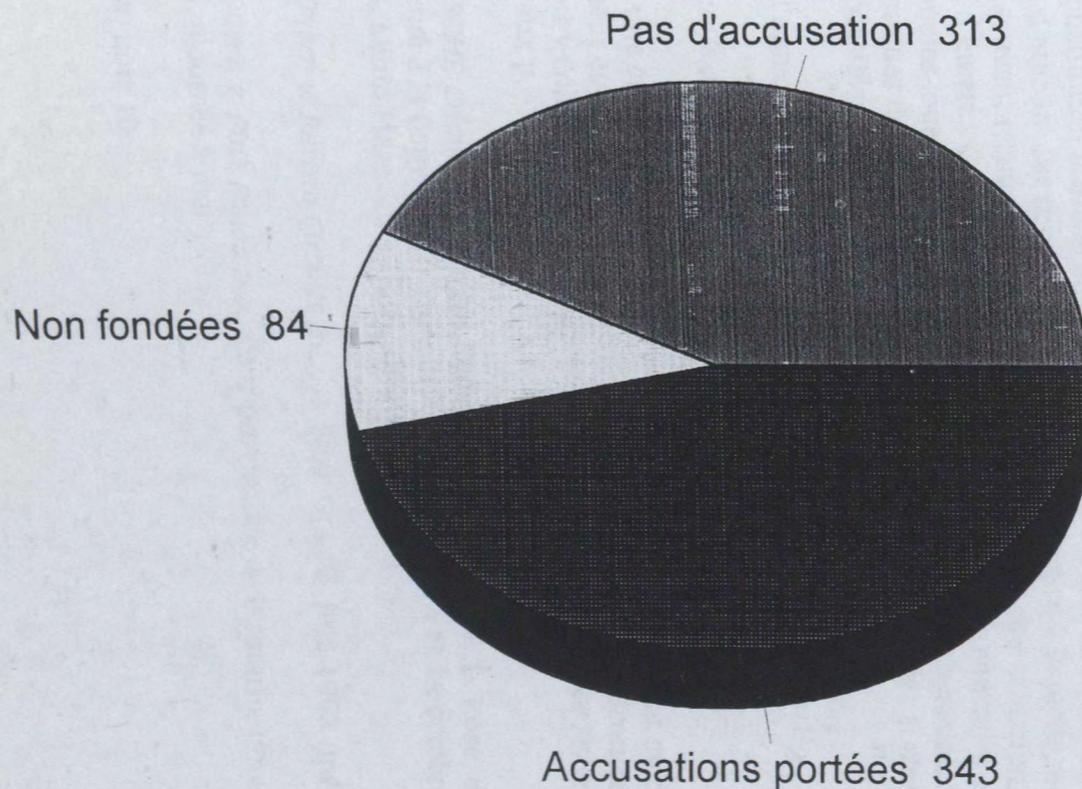
2. Il y a lieu de réexaminer le processus qui rend obligatoire l'acheminement des amendes versées sous le régime des lois fédérales vers les ministères chargés de l'application des lois en cause. Le système actuel est peut-être déficient en ce sens que les accusés déclarés coupables tournent le système de justice pénale en ne payant pas les amendes.

# Loi sur le droit d'auteur

## Statistique opérationnelle de la GRC pour 1993

---

740 plaintes au total pour 1993



1995-02-1



## NOTES

- <sup>1</sup> *Loi sur le droit d'auteur*, L.R.C. (1985), ch. C-42, articles 34 à 41.
- <sup>2</sup> *Ibid.*, articles 44 et 45.
- <sup>3</sup> *Ibid.*, articles 42 et 43.
- <sup>4</sup> Projet de loi C-60, *Loi modifiant la Loi sur le droit d'auteur*, L.C. 1988, ch. 15.
- <sup>5</sup> *Une charte des droits des créateurs et créatrices* : rapport du Sous-comité sur la révision du droit d'auteur, Comité permanent des communications et de la culture, octobre 1985, à la p. 107.
- <sup>6</sup> La Constitution attribue au gouvernement fédéral la compétence sur le droit d'auteur. Par conséquent, la GRC est la police à laquelle on a le plus souvent recours en cas de plainte concernant une violation de droit d'auteur. Cependant, les forces municipales, provinciales et régionales jouent aussi un rôle dans ce domaine. L'élaboration des statistiques de ces services de police n'est pas centralisée. Il n'est donc pas possible d'analyser leur activité dans ce domaine.
- <sup>7</sup> Voir l'annexe A.
- <sup>8</sup> *Loi sur le droit d'auteur*, L.R.C. ch. C-42, articles 34 et 39.
- <sup>9</sup> Pour une étude intéressante de la valeur de l'enregistrement du droit d'auteur et des présomptions en résultant, voir David W. Scott et Timothy Collins, *Criminal Copyright Offenses : The Defence Perspective*, aux p. 15 à 18.
- <sup>10</sup> Voir *RCMP, Criminal Copyright Enforcement*, caporal V. L. Rose, exposé présenté à la Copyright In Transition Conference, 13 et 14 octobre 1994, Minto Place Suite Hotel, Ottawa (Ontario).
- <sup>11</sup> *The Queen v. Rexcan Circuits Inc.*, C. Prov. Ont., 3 juin 1993 (inédit).
- <sup>12</sup> *The Queen v. Pink Panda Inc.*, Cour provinciale de l'Ontario, janvier 1995, ajournée à mai 1995.
- <sup>13</sup> *Supra*, note 10.

- 14 Lettre du conseiller juridique de la SOCAN, M<sup>e</sup> Paul Spurgeon, 23 décembre 1994.
- 15 *Supra*, note 9.
- 16 *The Queen v. Laurier Office Mart Inc.*, Cour provinciale de l'Ontario, 15 novembre 1994, inédite.
- 17 C'est le nombre de particuliers ou de sociétés qui ont versé des amendes. Le nombre ne correspond pas à celui des «affaires» car plus d'une personne ou société peuvent être condamnées à une amende dans une «affaire» donnée.
- 18 Sommes cumulatives.
- 19 C'est principalement la GRC qui s'occupe des poursuites pénales engagées en application de la *Loi sur le droit d'auteur*. Toutefois, les forces de police provinciales et municipales exercent une certaine activité dans ce domaine.
- 20 *Charte canadienne des droits et libertés, Loi constitutionnelle de 1982*, édictée par la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.). Cet argument sera débattu dans l'affaire *The Queen v. Pink Panda Inc.*, précitée, note 12, en mai 1995.
- 21 *Her Majesty the Queen v. Laurier Office Mart*, Cour de justice de l'Ontario, Division provinciale, 15 novembre 1994.

# Biographie des conférenciers

## DAVID VAVER

Le professeur David Vaver enseigne le droit à la Faculté de droit d'Osgoode Hall, à l'Université York de Toronto, depuis 1985. Auparavant, il a enseigné à l'Université d'Auckland, en Nouvelle-Zélande, et à l'Université de la Colombie-Britannique. Il est diplômé en droit de l'Université d'Auckland et de l'Université de Chicago, où il était titulaire d'une bourse Fulbright, en 1970-1971.

Le professeur Vaver donne des cours et des conférences sur le droit d'auteur depuis vingt ans. Il est directeur de l'*Intellectual Property Journal*, publié par Carswells, à Toronto, et l'auteur de la mise à jour annuelle de la section qui traite du Canada dans l'ouvrage de Nimmer et Geller, *International Copyright Law & Practice* (Matthew Bender, N.Y., 1988). Ses écrits sur le droit d'auteur et d'autres aspects du droit de la propriété intellectuelle sont publiés dans des revues savantes et dans d'autres publications, tant au Canada qu'à l'étranger. Il prépare en ce moment une encyclopédie du droit d'auteur canadien.

Le professeur Vaver est membre du sous-comité mixte de la législation sur le droit d'auteur formé par l'Association du Barreau canadien et l'Institut des brevets et marques de commerce du Canada. Ces dernières années, il a également conseillé le ministère du Patrimoine canadien sur les propositions faites dans le cadre de la Phase II de la réforme du droit d'auteur.

## HOWARD P. KNOFF, M.S. (Juillard), LL.M.

Reçu au barreau de l'Ontario en 1980, Howard P. Knopf est directeur exécutif de l'Institut canadien de la propriété intellectuelle, qu'il a fondé de concert avec feu Gordon F. Henderson, C.C., C.R., LL.D. De 1983 à 1993, il a travaillé pour la fonction publique fédérale à titre de conseiller principal en matière de droit de la propriété intellectuelle, poste qui l'a amené à assumer diverses responsabilités sur les plans national et international. Il a été l'avocat principal à Consommation et Corporations Canada où il a surtout été responsable de la première étape du projet de loi sur le droit d'auteur (C-60), adopté en 1988. Avant 1983, il a exercé le droit à Toronto.

Howard P. Knopf est le rédacteur administratif des trois ouvrages de référence Carswell sur le droit canadien de la propriété intellectuelle ainsi que l'auteur de nombreux autres ouvrages publiés dans ce domaine. Il a organisé des cours de formation sur la propriété intellectuelle à l'intention de la magistrature canadienne et du ministère fédéral de la Justice. Avant d'entreprendre ses études en droit, il était également clarinettiste, chambriste et musicologue. Il est l'un des fondateurs de York Winds, le premier quintette à vent professionnel du Canada.

## PAMELA SAMUELSON

Pamela Samuelson est professeur de droit à la *University of Pittsburgh Law School*. Son enseignement et ses recherches portent principalement sur l'évolution du droit de la propriété intellectuelle au regard des nouvelles technologies.

Elle a déjà été présidente de l'*Intellectual Property Section* de l'*Association of American Law Schools*. Elle est présidente sortante de la *Computers & Law Section* de la même association. Elle est actuellement membre de l'*Association of American Universities Task Force on Intellectual Property Rights in an Electronic Age*. Elle est aussi membre du conseil de direction du *Center for Computer-Assisted Legal Instruction* et de la *Telecommunications Policy Research Conference*. Elle est membre des conseils consultatifs d'universitaires du *Project for Scholarly Communication and Publishing* de la *Kennedy School (Harvard University)* et de l'*American Committee for Interoperable Systems*.

M<sup>me</sup> Samuelson est aussi collaboratrice de rédaction de *Communications of the ACM (Association for Computing Machinery)* et rédactrice attitrée de la chronique «Legally Speaking». Elle a rédigé plus de cinquante articles publiés et elle est fréquemment invitée à titre de conférencière à des conférences techniques et juridiques portant sur les enjeux des nouvelles technologies pour la loi sur le droit d'auteur et les lois connexes.

## YSOLDE GENDREAU

Ysolde Gendreau est diplômée de l'Université McGill où elle a obtenu les grades de B.C.L., LL.B., et LL.M. Elle est également docteur en droit de l'Université Paris II. Elle est professeur à l'Université de Montréal, où elle enseigne la propriété intellectuelle et le droit de la concurrence, et chargée de cours à l'Université McGill, où elle donne le cours de propriété intellectuelle. Elle est membre du Barreau du Québec depuis 1985.

Sa spécialité est le droit d'auteur et ses publications dans ce domaine sont nombreuses : *The Retransmission Right : Copyright and the Rediffusion of Works by Cable* (Oxford, ESC Publishing Ltd, 1990); *La protection des photographies en droit d'auteur français, américain, britannique, et canadien* (Paris, L.G.D.J., 1994). En collaboration avec son collègue, le professeur Ejan Mackaay, elle est responsable de l'édition annuelle de *Législation canadienne en propriété intellectuelle / Canadian Legislation on Intellectual Property*, publiée chez Carswell. Ses articles paraissent dans des revues tant canadiennes qu'étrangères et elle contribue à différents ouvrages sur la propriété intellectuelle.

Elle est membre de plusieurs associations de propriété intellectuelle : l'Association littéraire et artistique internationale (ALAI), l'*Association for the Advancement of Teaching and Research in Intellectual Property* (ATRIP) et l'Institut canadien des brevets et marques (ICBM/PTIC) dont elle préside le comité de révision du *Centennial Index*, une compilation de la doctrine canadienne en matière de propriété intellectuelle.

## LUCIE GUIBAULT

Lucie Guibault travaille auprès de la Direction de la politique de la propriété intellectuelle du ministère de l'Industrie du Canada. Elle a récemment complété une maîtrise en droit à l'Université de Montréal, sous la direction du professeur Ejan Mackaay. Le titre de son mémoire est «La propriété intellectuelle et les nouvelles technologies : à la recherche de la clef de l'innovation», où l'accent est mis sur l'informatique et la biotechnologie. Au cours de ses études de maîtrise, M<sup>me</sup> Guibault a passé une année complète au *Max-Planck-Institut for Patent, Copyright and Competition Law* à Munich, afin de poursuivre des recherches en droit comparé et international. Auparavant, M<sup>me</sup> Guibault a travaillé en tant qu'assistante de recherche au Centre de recherche en droit public de l'Université de Montréal, où elle a participé, avec Pierre Trudel et France Abran, à la rédaction d'un livre sur le droit de la radiodiffusion.

## WANDA NOEL

Wanda Noel a été admise au Barreau du Haut-Canada en 1978. Depuis, sa pratique a porté sur les domaines suivants : législation et politiques fédérales relatives à la propriété intellectuelle, aux communications, à la concurrence, aux télécommunications et à la politique culturelle.

M<sup>me</sup> Noel a conseillé des comités parlementaires, participé à des audiences publiques, analysé des projets de loi et de règlements, publié de nombreux articles, au Canada et à l'étranger, et écrit plusieurs rapports dans ses domaines de spécialisation. À titre d'expert consultant de l'industrie et du gouvernement, elle a participé aux consultations et aux négociations entre les parties adverses touchées par la législation concernant la propriété intellectuelle et les télécommunications. Elle a été conférencière lors de congrès de groupes de professionnels et a dirigé des séminaires pour de grandes universités, des bibliothèques publiques et privées, des établissements responsables d'archives et des organismes privés.

M<sup>me</sup> Noel est membre de l'Association du Barreau canadien (ABC) et de l'Institut canadien des brevets et marques. Elle fait partie des comités de ces organismes chargés de la révision du droit d'auteur, de la sûreté et de l'autoroute de l'information. En sa qualité d'expert en droit d'auteur de l'ABC, elle oeuvre au sein du Comité consultatif de l'autoroute de l'information et préside le sous-comité chargé de donner suite aux recommandations du Conseil en matière de droit d'auteur.