

**FORUM LA DIVERSITÉ CULTURELLE À L'ÈRE NUMÉRIQUE****Montréal, Grande Bibliothèque, 25 octobre 2010****Panel 2****« La place du droit dans le marché numérique de la culture »****Projet de communication par Ghislain Roussel**

Monsieur le président de l'Observatoire de la Culture et des Communications,  
Monsieur le directeur de l'Observatoire,  
Monsieur le président-directeur général de Bibliothèque et Archives nationales du Québec,  
Distingués invités,  
Mesdames et messieurs les conférenciers, panélistes et participants,

**Introduction et thématique**

Tout d'abord, je voudrais vivement remercier le directeur de l'Observatoire, Dominique Jutras, pour son aimable invitation que je ne pouvais refuser, compte tenu de l'intérêt que je porte à cette question de l'appropriation et de l'exploitation du matériel protégé par un droit d'auteur dans l'Internet.

Ce panel s'intitule « La place du droit dans le marché numérique de la culture » et il consiste à savoir « si l'on peut espérer en matière de droits, le nouvel Eldorado puisse rendre leur juste part aux créateurs, aux ayants droit, aussi bien qu'aux autres intervenants de la chaîne économique en culture ».

Je serais porté à modifier légèrement l'intitulé du mandat du panel par « La place du créateur ... », et non pas du « droit », car ce dernier existe et il prévaut; il continuera de prévaloir, quel qu'il soit, nationalement ou internationalement, s'agissant des droits de la propriété intellectuelle, du droit à la vie privée, du Code civil du Québec, du droit criminel ou fiscal, mais surtout du droit contractuel, etc. Le droit évolue - ou régresse selon les points de vue - mais, convenons que, s'il change ou évolue, c'est très souvent en retard sur la réalité économique et sociale. Ainsi, les modifications fort lentes de la législation canadienne sur le droit d'auteur depuis 1997 le démontrent nettement. D'aucuns prétendent, pas toujours à tort, que la Loi actuelle sied fort bien, malgré les développements technologiques.

J'y reviendrai.

Donc, la place de l'auteur ou du créateur, avant tout.

**Le nouvel Eldorado**

Et à la question posée, je répondrais tout de go que le nouvel Eldorado - lequel d'ailleurs - n'est pas encore tout à fait là ou n'est pas un réel Eldorado.

Il est à venir, souvent en gestation ou en mutation, et pour qui d'ailleurs, car il y a peu de convives au dîner. Le créateur n'y a pas encore sa véritable place, ou si c'est le cas, elle est assez discrète ou effacée, bien que des tentatives individuelles fort louables soient menées. Soulignons

les efforts et les tarifications d'utilisation de matériel protégé établis par ou pour des sociétés de gestion collective de droits d'auteur, des syndicats ou des regroupements professionnels d'artistes, les licences de « Creative Commons », etc.

Tout est cependant à faire - ou presque - et il faudra se battre constamment et user de vigilance et d'imagination du point de vue des créateurs, premiers ayants droit. Il en est de même si nous considérons les revendications et points de vue des consommateurs ou des usagers de l'Internet, les bibliothèques, les établissements éducatifs et autres au service du public en général.

Pour les fournisseurs de services Internet et les producteurs ou diffuseurs, ils sont massivement présents et ils ont leur place bien en vue et de manière de plus en plus manifeste, mais ce ne sont pas tous les producteurs cessionnaires ou titulaires de droits qui peuvent y trouver leurs intérêts ou y jouer pleinement leur rôle. Ils peuvent se trouver en position de « victime », ou de laissés pour compte, face à des conglomérats de diffusion et de commercialisation de l'information.

### **Nouveau paradigme**

Cela rejoint la préoccupation de ce Forum de l'OCCQ au sujet de l'accès à la culture des « petites » sociétés ou nations et de la diversité culturelle, sans en référer à la langue de cette société. Vous le constatez : tous les aspects du spectre se conjuguent et sont reliés. Il n'y a pas que la bulle juridique. Au contraire!

Quant aux consommateurs ou aux usagers de droits d'auteur (« copyrighted users »), ils sont de plus en plus revendicateurs dans divers forums, lobbys ou sites Internet, et il seront de plus en plus satisfaits ou, plutôt grandement insatisfaits, selon moi, et revendicateurs au regard des orientations de commercialisation prises par les fournisseurs de contenus. Cette commercialisation des contenus ou de l'information s'accélère et l'accès aux contenus versés ou véhiculés dans le web se resserre par des mesures techniques de protection (serrures ou verrous électroniques, codes d'accès, etc.) implantées par des ayants droits ou des diffuseurs, quels qu'ils soient, et surtout par des fournisseurs de services Internet.

Ces orientations conditionnent ou restreignent l'accès aux contenus ou aux « produits », moyennant le paiement de redevances, un abonnement, etc., contenus ou produits pouvant contenir du matériel dynamique ou non protégé par un droit d'auteur, mais aussi du matériel protégé qui était jusque là accessible gratuitement et sans restrictions, ou déjà libre de droits et dans le domaine public.

C'est ce conflit qui domine entre l'accès tous azimuts gratuit, entre l'accès à l'information dans une société démocratique, et le respect du droit d'auteur et de la propriété privée qu'est le droit d'auteur.

Ce paradigme n'est pas nouveau et il était abondamment discuté et latent fin des années 90 avec la facilité d'accès à l'informatique et au web, même dans l'environnement traditionnel du droit d'auteur. Pensons à la copie privée et aux enregistrements d'émissions de télévision sur des supports alors existants, aujourd'hui disparus, obsolètes ou remontant à l'époque du Néandertal.

Si je reviens à mes propos initiaux, voici comment je vois la situation au fil des années, considérant que le nouvel environnement numérique ou de l'Internet, qui va de plus en plus vite et qui se transforme et se succède à lui-même à un rythme effarant, se substitue à d'autres précédents moins lestes et pérennes qui ont soulevé des passions alors. Aussi, la même problématique prévaut, mais de manière moins aiguë : le multimédia, les bases de données, les

systèmes experts, la cassette analogique, la cassette audionumérique, le vidéodisque, le cédérom, puis le dévédérom, pour celles et ceux qui étaient nées fin en 80 et en 90.

Je suis positif, mais lucide et réaliste.

Il ne s'agit certes pas de nier les réseaux électroniques de l'information ni les réseaux de socialisation ni leurs retombées positives ou non. Ils sont là et ils répondent à des clientèles de plus en plus jeunes aux goûts, aux priorités et aux manières autres de communiquer, d'échanger, de se divertir et de s'informer.

Ces moyens modernes et dynamiques d'information sont incontournables, mais il y a certaines règles éthiques à respecter et des enjeux à considérer du point de vue des ayants droits.

### **Rappels et Éléments de réponse**

Et voici sous forme télégraphique certaines prémisses à se mettre en mémoire :

Le droit d'auteur est un droit de propriété qui a droit au respect comme tout autre droit de propriété.

Nous vivons dans un environnement de dématérialisation des œuvres, d'œuvres disponibles électroniquement et même d'œuvres nées numériques et mises initialement en circulation sur Internet, en toute liberté ou avec certaines restrictions d'usage.

Cela entraîne ou provoque une appropriation - réappropriation - des œuvres protégées par quiconque.

Le développement des formes d'exploitation des œuvres protégées nouvellement créées est sans cesse continu.

Le droit d'auteur est passé d'un droit exclusif d'autorisation à un droit à compensation pour l'utilisation d'œuvres protégées par un droit d'auteur.

Ce glissement du droit d'auteur s'est opéré d'un droit individuel vers un droit collectif d'exploitation ou à un droit d'entreprise.

Il y a une affirmation accrue des nouveaux « droits » des consommateurs ou des « copyright users ».

L'affirmation péremptoire du sacro-saint principe de l'équilibre des droits, mais à géométrie variable, sinon unique, devient illusoire ou est une illusion.

Le conflit permanent entre le droit de propriété intangible et le droit de l'accès à l'information persiste et s'intensifie, de même que le danger des mesures techniques de contrôle d'accès aux œuvres protégées, et même à celles dans le domaine public, est plus que réel.

La vénérable recherche de l'équilibre des droits entre les droits des créateurs et les besoins ou droits des consommateurs se traduit dans les faits en un déséquilibre émergent.

### **De quelques avenues de solution**

Des pistes de solution, il en existe déjà qui ont fait leurs preuves, mais d'autres sont à concevoir ou à développer ou à raffiner.

Il y a toutefois des principes sous-jacents à accueillir et à traduire en gestes concrets pour que les droits économiques du droit d'auteur, que sont notamment les droits de reproduction et de communication au public par télécommunication public (diffusion dans l'Internet, par exemple) des œuvres protégées, deviennent des réalités et que les ayants droits soient reconnus et reçoivent leur juste rémunération.

Le droit d'auteur, ça se gère dans un environnement électronique ou dans la société de l'information.

Le droit d'auteur ne constitue pas un obstacle, comme on le prétend, à la libre circulation des idées ni à l'accès à l'information et au savoir.

Il faut mettre un frein à la dérive du droit d'auteur et faciliter le retour aux principes de base.

Un renforcement de la législation en matière de contrats entre les premiers créateurs et les producteurs, diffuseurs et exploitants, impliquant obligatoirement les fournisseurs de services Internet (« FSI »), qui contrôlent de nos jours la diffusion des contenus et qui sont de véritables diffuseurs. Cessons de nous illusionner sur leur simple rôle de contentant (« common carrier »), sans interférence dans les contenus ou dans les transactions ou échanges entre internautes.

Une révision - sinon une réflexion urgente - s'impose sur les modes traditionnels ou conventionnels de libération des droits dans les oeuvres protégées, sinon dans le mode de fonctionnement des sociétés de gestion collective des droits et la structure des tarifications en contrepartie de l'exploitation ou de l'utilisation des œuvres protégées.

De nouveaux mécanismes simples, rapides et économiquement raisonnables de libération des droits dans l'environnement numérique sont essentiels. Un guichet unique? Rêvons!

Une campagne de sensibilisation au respect du droit d'auteur comme droit de propriété et sur la situation socio-économique des auteurs et interprètes pourrait être envisagée et menée, mais ne nous leurrions pas sur ses impacts.

### **L'avenir ou le projet de loi C-32**

Est-ce que le projet de loi fédéral modernisant la *Loi sur le droit d'auteur*, déposé à la Chambre des communes le 2 juin 2010, clarifie la situation, soutient les créateurs et les consommateurs, encadre équitablement la gestion et l'exploitation dans l'Internet, offre un environnement ou fournit des pistes équitables, raisonnables et pratiques garantissant leur juste part aux créateurs, aux ayants droits et autres intervenants?

Le projet de loi répond à des engagements antérieurs du gouvernement fédéral à la suite de diverses consultations menées notamment en 2009 et il reprend, en les remaniant ou les réécrivant parfois, des précédentes dispositions législatives contenues dans un projet de loi mort au feuillet de la Chambre des Communes à la suite du déclenchement d'une élection générale.

Le projet de loi portait et porte de nouveau sur la responsabilité limitée des fournisseurs de services Internet et sur la consultation et l'utilisation des contenus offerts ou diffusés, les mesures techniques de protection de matériel protégé par un droit d'auteur et les sanctions en cas de contournement de telles mesures, les droits moraux des artistes interprètes, la copie pour fins privées, et certaines exceptions pour les bibliothèques, les services d'archives et les établissements d'enseignement dans l'environnement numérique.

Le projet de loi prend nettement le virage numérique, et ce, de manière globale. Le gouvernement fédéral a livré la marchandise quant à l'utilisation de l'Internet et de l'environnement numérique et des contenus diffusés à des fins pédagogiques, mais les exceptions, nouvelles ou étendues, ne constituant pas désormais une violation d'un droit d'auteur, sont souvent balisées ou pondérées. Mais il y a là un progrès du point de vue de certaines catégories d'utilisateurs, dont les établissements d'enseignement.

Toutefois, le projet de loi C-32, qui prétend rechercher l'équilibre entre les ayants droit et les utilisateurs, renforce à prime abord les droits des utilisateurs individuels et institutionnels, allège

de beaucoup les responsabilités des fournisseurs de services Internet et vole au secours de l'industrie, tout cela au détriment des premiers créateurs, qui voient leurs droits, non pas renforcés ou accrus, mais résolument dilués.

Si l'objectif poursuivi vise à favoriser l'accessibilité aux contenus et la diffusion des connaissances, l'introduction dans le projet de loi de nouvelles dispositions en vue d'aider, en principe, les créateurs de contenus à protéger leurs œuvres auraient plutôt l'effet de toucher durement ceux-ci.

Cela répondra-t-il aux attentes des consommateurs et des bibliothèques et établissements d'enseignement, entre autres? En partie, mais de fort doutes se soulèvent chez les associations ou organismes de milieux de l'éducation ou de consommateurs qui demandent - exigent - un accès plus large, plus libre, plus plus ...

Comme nous l'avons mentionné, le gouvernement fédéral accroît davantage le déséquilibre entre les droits des titulaires de droits et les « droits » des utilisateurs, ce qui n'est pas sans fondement.

### **Des exemples**

Le projet de loi (article 21) étend notamment la portée des dispositions sur l'utilisation équitable aux fins d'éducation, une telle utilisation ne constituant plus dorénavant, à prime abord, une violation du droit d'auteur. Cela permettra notamment aux enseignants d'utiliser des œuvres protégées à des fins pédagogiques, pourvu que l'utilisation ne porte pas atteinte aux intérêts des titulaires du droit d'auteur et que, le cas échéant, des mesures aient été prises pour en prévenir l'abus.

Ainsi, par l'élargissement de l'utilisation équitable à la pédagogie, qui intègre en quelque sorte la décision de la Cour suprême du Canada dans l'*Affaire CCH* (laquelle reconnaissait désormais un droit des utilisateurs face au matériel protégé pour étude et recherche), pourquoi le Législateur crée-t-il ou revisite-t-il des exceptions particulières? Il y aura, en pédagogie, une confrontation constante entre le recours à l'utilisation équitable et le recours à une exception particulière dont l'encadrement impose, dans certaines situations, le paiement de redevances de droits d'auteur ou la négociation d'ententes ou de licences avec des titulaires de droits d'auteur. Tout sera matière à de l'utilisation équitable d'un point de vue d'un utilisateur dans le milieu de l'éducation, entre autre. Selon quels critères?

De très belles querelles juridiques en perspective entre les utilisateurs et les titulaires de droits d'auteur. Or, le projet de loi demeure vague et il ne mentionne presque rien, si ce n'est, doit-on en déduire, de référer aux six critères élaborés par la Cour suprême du Canada dans l'*Affaire CCH contre la Société du Barreau du Haut-Canada*, il y a quelques années.

Voici deux autres exemples de limitations de droits d'auteur énoncées dans le projet de loi C-32 :

À des fins pédagogiques, les enseignants et les élèves pourront utiliser (reproduire, communiquer par télécommunication, exécuter en public) les documents trouvés dans Internet, pourvu que les titulaires du droit d'auteur les aient affichés de façon légitime, sans attente d'indemnisation. L'exception s'applique dans certaines situations : si le site indique que l'œuvre ou la prestation d'artiste est protégée par une mesure technique de protection qui restreint l'accès au site ou à l'œuvre, si un avis visible interdit expressément un acte vis-à-vis l'œuvre ou la prestation ou si l'établissement sait ou devrait savoir que le matériel rendu accessible l'a été sans l'autorisation du titulaire du droit d'auteur.

Il faudrait ajouter ou référer également à la nouvelle catégorisation - sans critères si ce n'est le genre d'utilisateur et l'usage réalisé - des infractions à une œuvre protégée entre celles qui sont ou seraient non commerciales et celles qui sont commerciales, infractions de moindre importance dans le cas des premières, tolérées ou faisant l'objet d'amendes ou de pénalités moindres ou réduites ou excluant certains recours, le tout sans réelle conséquence pour le contrevenant individuel ou institutionnel. Cela vise notamment les milieux pédagogiques.

Des aspects particuliers du projet de loi C-32 peuvent aussi intéresser les consommateurs quant à l'utilisation de matériel protégé par une personne physique pouvant bénéficier à l'individu étudiant ou enseignant, entre autre (article 22 du projet de loi) :

Utilisation d'un contenu protégé non commercial généré par un utilisateur dans une nouvelle oeuvre : utilisation de l'oeuvre ainsi créée, mais à des fins non commerciales, avec mention de la source et des crédits, *sans contournement de mesures techniques de protection et dans la mesure où l'œuvre n'est pas contrefaite* (Les soulignés sont de nous).

Reproduction de matériel protégé à des fins privées *si l'œuvre n'est pas contrefaite ni acquise illégalement et sans contournement de mesures techniques de protection* (Les soulignés sont de nous);

Copie de sauvegarde de matériel protégé si l'original de l'œuvre n'est pas contrefait, pour soi-même, *sans contournement de mesures techniques de protection et dans la mesure où la personne physique demeure toujours propriétaire de l'œuvre originale* (Nos soulignés).

Soulignons finalement d'autres dispositions sur les infractions punissables lors de contournement de mesures techniques de protection des œuvres. Toutefois, le contournement de mesures techniques de protection serait permis et il ne constituerait pas une infraction si la mesure technique pouvait avoir pour effet d'empêcher une utilisation autorisée d'une œuvre en vertu de la *Loi sur le droit d'auteur* ou de nuire à la critique, à la nouvelle, au compte rendu, au commentaire, à l'étude, à l'enseignement ou à la recherche (article 47 du projet de loi).

### **Le rôle des fournisseurs de services Internet (FSI)**

Le projet de loi C-32 maintient grosso modo la situation actuelle à l'effet que fournir des moyens permettant la télécommunication qui rendraient éventuellement possible la reproduction d'un contenu protégé ne viole pas en soi le droit d'auteur. Les modifications proposées font en sorte que les FSI devront se soumettre à un système d'avis à un contrevenant potentiel ou réel. Dans ce contexte, les FSI qui laisseraient se perpétrer une violation des droits d'auteur sur les contenus qui transitent sur leurs réseaux, sans donner l'avis requis, seraient passibles d'amendes.

Compte tenu du fardeau de la preuve et des délais qu'impose la loi sur les épaules des titulaires de droits avant quelque intervention ou recours, l'internaute délinquant aura amplement le temps de s'évanouir dans la nature, de magasiner ailleurs, de changer de fournisseur, etc. Les responsabilités des FSI sont importantes dans l'acquisition et la mise à disposition de contenus et leur accès. Ils devraient assumer, au chapitre des obligations envers les titulaires de droits d'auteur, le corollaire de leurs avantages ou droits.

Merci.

Ghislain Roussel  
Montréal, le 25 octobre 2010