

1-1-2013

C-11 et l'information sur le régime des droits: Regard rétrospectif et prospectif

Antoine Guilman

Follow this and additional works at: <https://digitalcommons.schulichlaw.dal.ca/cjlt>

Recommended Citation

Antoine Guilman, "C-11 et l'information sur le régime des droits: Regard rétrospectif et prospectif" (2013) 11: 1 CJLT

This Article is brought to you for free and open access by the Journals at Schulich Law Scholars. It has been accepted for inclusion in Canadian Journal of Law and Technology by an authorized editor of Schulich Law Scholars. For more information, please contact hannah.steeves@dal.ca.

C-11 et l'information sur le régime des droits : Regard rétrospectif et prospectif

Antoine Guilmain*

INTRODUCTION

*The answer to the machine is in the machine*¹

L'avènement de la société de l'information² est à la fois riche de promesses et lourd de menaces pour la propriété intellectuelle.³ Ceci se vérifie particulièrement pour le droit d'auteur, la plus sacrée des propriétés.⁴ En effet, l'environnement numérique amène à repenser entièrement la protection et l'effectivité des droits exclusifs⁵ pour pouvoir « traduire dans les faits les principes et garanties prévues par la loi ».⁶

* Antoine Guilmain holds an LLB from the Sorbonne Law School and a degree in Political Science from the Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne. He obtained an LLM in Business Law and was awarded a scholarship at the Université de Montréal where he is now a PhD candidate, an examiner in E-Commerce Law and researcher in the area of Cyberjustice.

¹ Charles Clark, « The Answer to the Machine is in the Machine » dans Bernt Hugenholtz, dir, *The Future of Copyright in a Digital Environment*, La Haye, Kluwer Law International, 1996, 139.

² En accord avec Office québécois de la langue Française, *Grand dictionnaire terminologique*, 2007, *sub verbo* « société de l'information », en ligne : Office québécois de la langue Française <http://www.gdt.oqlf.gouv.qc.ca/ficheOqlf.aspx?Id_Fiche=8874143> (« Société dont le développement repose principalement sur l'évolution et l'intégration des technologies de l'information et de la communication comme moyen pour favoriser la circulation et l'échange de l'information et du savoir considérés comme ressources premières »).

³ Voir Éric Caprioli, « Dispositifs techniques et droit d'auteur dans la société de l'information » (septembre 2001), en ligne : Caprioli-avocats <<http://www.caprioli-avocats.com/proprietes-intellectuelles/131-dispositifs-techniques-et-droit-auteur#1>>.

⁴ France, Assemblée nationale, Comité de constitution, *Rapport fait par M. Le Chapelier*, par Isaac-René-Guy Le Chapelier, (13 janvier 1791) à la p. 16 (« La plus sacrée, la plus légitime, la plus inattaquable, et, si je puis parler ainsi, la plus personnelle de toutes les propriétés, est l'ouvrage fruit de la pensée d'un écrivain »).

⁵ Thierry Maillard, *La réception des mesures techniques de protection et d'information en droit français*, thèse de doctorat en droit, Université Paris-Sud XI, 2009 à la p. 3, en ligne : Mesures techniques de protection des œuvres <<http://www.mtpo.org/dwnl.php?file=0903111&typ=1>>.

⁶ CE, *Directive 2001/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information*, [2001] JO L 167/10 à la p. 11.

Au lieu de chercher à renverser ou contenir une telle évolution,⁷ il est très vite apparu que la réponse à ce défi technologique se trouvait dans la technologie elle-même.⁸ En ce sens, l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (dénommée ci-après « OMPI ») a ouvert une voie d'avenir par la protection juridique des mesures techniques, vérifiant une fois encore l'adage ancestral « le remède est dans le mal ».

Bien qu'il soit difficile de circonscrire la notion même de mesure technique, il est aujourd'hui largement admis qu'elle englobe, d'une part, des mesures dites « actives » poursuivant une finalité coercitive, et d'autre part, des mesures dites « passives » poursuivant une finalité purement informative.⁹ Alors que les premières recouvrent tout dispositif qui empêche ou contrôle certaines utilisations de l'œuvre, les secondes regroupent les dispositifs qui établissent l'identité d'un contenu et fournissent des informations y étant relatives.¹⁰ Au plan normatif, cette dichotomie a été reprise par les traités de l'OMPI de 1996,¹¹ notamment celui sur le droit d'auteur,¹² qui distingue les « mesures techniques de protection » (article 11) de l'« information sur le régime des droits » (article 12) elle-même : il s'agit bien de l'avertissement et du revers d'une même médaille. En définitive, et comme l'illustre fort bien Christophe Caron,¹³ si les mesures techniques de protection peuvent s'assimiler à des verrous/serrures, l'information sur le régime des droits se rapproche davantage de la plaque d'immatriculation.

Dans le présent travail, nous nous concentrerons sur l'information sur le régime des droits. Cette notion indique sa finalité dans son intitulé même : il s'agit de fournir une information relative aux éléments de droit afférents à l'objet protégé. Néanmoins, alors même qu'en pratique les mécanismes informatifs attirent bien davantage que les dispositifs purement restrictifs,¹⁴ l'information sur le régime des droits rebute par son apparence éminemment technique et reste encore mal couverte par la doctrine.¹⁵

Ce constat se vérifie d'autant plus dans le contexte canadien. Dans le cadre des différents projets de réforme du droit d'auteur, il y a eu en effet peu de com-

⁷ CE, *Livre vert sur le droit d'auteur et le défi technologique : problèmes de droit d'auteur appelant une action immédiate*, [1988] COM/88/172 à la p. 6.

⁸ Maillard, *supra* note 5 à la p. 1.

⁹ Antoine Latreille, « La protection des dispositifs techniques. Entre suspicion et sacralisation » (2002) 2 *Propriétés Intellectuelles* 39.

¹⁰ Séverine Dusollier, *Droit d'auteur et protection des œuvres dans l'univers numérique : droits et exceptions à la lumière des dispositifs de verrouillage des œuvres*, Bruxelles, Larcier, 2005 à la p. 40.

¹¹ *Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur*, 20 décembre 1996, 2186 RTNU 121 [*Traité OMPI sur le droit d'auteur*]; *Traité de l'OMPI sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes*, 20 décembre 1996, 2186 RTNU 203 [*Traité de l'OMPI sur les interprétations*].

¹² *Traité OMPI sur le droit d'auteur*, *supra* note 11.

¹³ Christophe Caron, *Droit d'auteur et droits voisins*, 1^{re} éd, Paris, Litec, 2006 à la p. 261.

¹⁴ Maillard, *supra* note 5 à la p. 90.

¹⁵ Séverine Dusollier, « La protection de l'information sur le régime des droits : un OVNI dans l'orbite du droit d'auteur » (2002) 1 *Auteurs & Media* 14 à la p. 14.

mentaires et de débats autour de l'information sur le régime des droits.¹⁶ Pourtant, cette notion offre des potentialités largement inexploitées. Déjà en 2001, le gouvernement du Canada avait été sensibilisé à cette réalité par le *Document de consultation sur les questions de droit d'auteur à l'ère numérique*.¹⁷

La récente adoption du projet de loi C-11,¹⁸ portant modification de la *Loi sur le droit d'auteur*,¹⁹ change aujourd'hui considérablement la donne. En effet, son article 41.22 instaure désormais un régime propre à l'information sur le régime des droits. Il devient dès lors nécessaire de remettre en contexte ce texte, pour l'appréhender pleinement et comprendre l'approche retenue par le Canada en matière de protection de l'information sur le régime des droits.

Dans cette perspective, nous porterons, d'une part, un regard rétrospectif sur l'évolution technologique récente et les solutions apportées au plan juridique en matière d'information sur le régime des droits (I), et d'autre part, un regard prospectif sur l'interprétation et l'applicabilité de l'article 41.22 (II).

I. L'AVANT C-11, UN REGARD RÉTROSPECTIF SUR L'INFORMATION SUR LE RÉGIME DES DROITS

Tout d'abord, nous présenterons la question telle qu'elle s'est posée pour les titulaires de droits, compte tenu des évolutions technologiques, qui ont notamment entraîné un recours généralisé aux identifiants et la mise en œuvre de nouvelles techniques digitales d'apposition (1). Ensuite, nous verrons les différentes réponses juridiques apportées : suite à l'impulsion donnée en droit international, la réception en droit comparé s'est faite assez rapidement, même si le Canada, jusqu'à l'adoption récente du projet de loi C-11,²⁰ faisait figure de retardataire (2).

¹⁶ Voir toutefois Mark Perry, « The Protection of Rights Management Information: Modernization of Cup Half Full? » dans Michael Allen Geist, dir, *From "Radical Extremism" to "Balanced Copyright": Canadian Copyright and the Digital Agenda*, Toronto, Irwin Law, 2010, 304.

¹⁷ Direction de la politique de la propriété intellectuelle Industrie Canada et Direction de la politique du droit d'auteur Patrimoine canadien, *Document de consultation sur les questions de droit d'auteur à l'ère numérique*, 2001 à la p. 29, en ligne : Industrie Canada <http://www.ic.gc.ca/eic/site/crp-prda.nsf/fra/h_rp01102.html> [*Document de consultation*] (« Sur Internet, des documents protégés par le droit d'auteur peuvent être accessibles à partir de multiples sources — dont toutes n'ont pas été nécessairement autorisées par les titulaires de droits — et pour diverses utilisations. La capacité des titulaires de droits d'enrichir certains renseignements relatifs à la gestion des droits dans leurs créations peut les aider à faire valoir leurs intérêts à l'égard de ces créations et à en suivre le cheminement. »)

¹⁸ PL C-11, *Loi modifiant la Loi sur le droit d'auteur*, 1^{re} sess, 41^e parl, 2011 (première lecture le 29 septembre 2011) [*Projet de loi C-11*].

¹⁹ *Loi sur le droit d'auteur*, L.R.C. 1985, c. C-42 [*Loi sur le droit d'auteur*].

²⁰ *Projet de loi C-11*, supra note 18.

(a) Une question technologique : de l'univers analogique à l'environnement numérique

L'information sur le régime des droits indique sa finalité dans son intitulé même : il s'agit de fournir une information relative aux éléments de droit afférents à l'objet protégé. Elle a vocation à être portée à la connaissance de l'utilisateur préalablement à son accès à l'œuvre proprement dit. Elle peut d'ailleurs « conditionner » cet accès. Néanmoins, sous une apparence de simplicité, les progrès technologiques récents ont en réalité considérablement changé la donne. En effet, le recours généralisé aux identifiants et aux techniques digitales d'apposition par les titulaires de droits ouvre actuellement de nouvelles perspectives en matière de protection du droit d'auteur.

Après avoir présenté la genèse et l'intérêt des identifiants pour l'information sur le régime des droits (a), nous verrons que les techniques digitales d'apposition leur donnent aujourd'hui une pleine effectivité en les intriquant directement au contenu (b). Enfin, nous nous interrogerons sur l'intérêt et la viabilité de la notion de neutralité technologique face à cette évolution (c).

(i) Une genèse analogique pour l'identifiant

Dans le présent travail, nous définirons l'identifiant par « tout nom, caractère ou indicatif caractérisant une donnée et permettant de l'identifier ou de la reconnaître comme telle dans toute technique de recherche. »²¹

Conformément à l'article 31 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques*,²² cette définition indique que l'identifiant est une donnée²³ avant d'être une information²⁴ : de manière illustrée, alors que la donnée « AG2012 » correspondrait à un identifiant, l'information pourrait être « Antoine Guilmain en 2012 ». En définitive, l'identifiant exclut de fait l'information significative en soi pour ne viser que l'information muette.²⁵

Si la technique de l'identifiant n'est pas nouvelle, son utilisation au service du droit d'auteur est relativement récente. En 1966, lors d'une conférence internatio-

²¹ Office québécois de la langue française, *Grand dictionnaire terminologique*, 2004, *sub verbo* « identifiant », en ligne : Office québécois de la langue française <http://www.gdt.oqlf.gouv.qc.ca/ficheOqlf.aspx?Id_Fiche=8381884>.

²² *Loi sur la Protection des renseignements personnels et les documents électroniques*, L.C. 2000, c. 5, art. 31 (le terme « donnée » vise « toute forme de représentation d'informations ou de notions »).

²³ Joël Hubin & Yves Poulet, *La sécurité informatique, entre technique et droit*, Cahiers du Centre de recherche informatique et droit (CRID), vol 14, Namur, Facultés universitaires Notre-Dame de la Paix, 1998 à la p. 9 (la donnée est définie comme « une représentation de faits, de concepts ou d'instructions sous une forme adaptée à la communication, à l'interprétation ou au traitement par des êtres humains ou des machines »).

²⁴ *Ibid.* (l'information est définie comme « la signification que prennent les données du fait des conventions qui s'attachent à ces données »).

²⁵ Clark, *supra* note 1.

nale visant à rationaliser le secteur du livre,²⁶ plusieurs éditeurs et distributeurs ont prôné l'intérêt d'un système de numérotation internationale des ouvrages, avec un numéro d'identification propre à chaque livre et une autorité unique pour l'enregistrement. Quelques années plus tard, le système SBN,²⁷ repris par l'ISO²⁸ et devenu ISBN,²⁹ rencontrait un large succès.

L'ISBN (International Standard Book Number) est le numéro international normalisé du livre³⁰ qui identifie l'éditeur ainsi que le titre spécifique, l'édition et le format. Il vise essentiellement à identifier le produit utilisé par les éditeurs, libraires, bibliothèques et fournisseurs internet pour les commandes, le référencement, le suivi des ventes et le contrôle des stocks. Ils sont attribués à des monographies textuelles et certains types de publications assimilées qui sont accessibles au public. En outre, des parties de publications (comme les chapitres), des articles de journaux, périodiques ou séries qui sont rendus disponibles isolément peuvent utiliser un identifiant ISBN. Depuis le 1 janvier 2007, l'ISBN compte en tout 13 chiffres³¹ et se compose de cinq parties séparées par des tirets de longueur variable.³²

Plusieurs autres identifiants ont ensuite été développés dans l'univers analogique sur le même modèle ISBN : on peut citer l'ISSN³³ pour les publications périodiques et les revues, l'ISMN³⁴ pour les partitions musicales, l'ISRC³⁵ pour les enregistrements audiovisuels et sonores, etc.

²⁶ *Troisième conférence internationale consacrée à la recherche sur le marché du livre et à la rationalisation du secteur du livre*, Berlin, novembre 1966 [non publiée].

²⁷ *Standard Book Number*.

²⁸ *International Standards Organization*. Voir Agence internationale de l'ISBN, « Manuel d'utilisation de l'ISBN » (janvier 2007), en ligne : Agence Francophone pour la Numérotation Internationale du Livre <<http://www.afnil.org/pdf/Manuel%20d'utilisation%20de%20l'ISBN.pdf>>.

²⁹ International ISBN Agency, « International Standard Book Number System for Books, Software, Mixed Media etc in Publishing, Distribution and Library Practices » (2012), en ligne : ISBN <<http://www.isbn-international.org/>>.

³⁰ *Ibid.*

³¹ Le numéro est calculé selon une formule mathématique spécifique et est validé par une clé de contrôle.

³² Le préfixe (3 chiffres toujours identiques), le numéro de groupe (1 à 5 chiffres selon le pays, la région géographique ou une aire linguistique), le numéro d'éditeur (7 chiffres selon l'éditeur ou la marque), le numéro de titre (10 chiffres selon l'édition ou le format d'un titre spécifique) et la clé de contrôle (dernier chiffre qui valide mathématiquement le reste du numéro).

³³ ISSN, « The ISSN, the International Identifier for Serials and Other Continuing Resources, in the Electronic and Print World », en ligne : ISSN <<http://www.issn.org/>>.

³⁴ International ISMN Agency, « The International Standard Music Number for Notated Music. A System for Publishing, Distribution and Library Practices » (8 mars 2013), en ligne : ISMN <<http://www.ismn-international.org/>>.

³⁵ Société civile des producteurs phonographiques, « Site ISCR », en ligne : SCPP <<http://www.scpp.fr/SiteIsrc/>>.

Le passage de l'analogique au numérique a entraîné des changements majeurs sur le plan de la quantité, la rapidité de transmission, l'accessibilité et la vitesse de modification de l'information.³⁶ En particulier, la copie numérique est devenue très facile, la protection du droit d'auteur faisant ainsi face à de nouveaux défis. Mais du même coup, tout en conservant les bases de l'ISBN qui avait fait ses preuves,³⁷ le numérique a ouvert de nouvelles potentialités en matière d'identifiant.

Premièrement, alors que l'univers analogique se limitait aux identifiants simples et médiats, l'environnement numérique a permis l'avènement des identifiants intelligents et immédiats.³⁸ Contrairement à l'identifiant simple, celui dit « intelligent » intègre et fournit une grande quantité d'information sur l'objet lui-même et ses conditions d'élaboration ou d'utilisation. Tandis que l'identifiant médiateur a besoin de faire référence à une base centrale de données pour être exploitable, tel n'est pas le cas de celui immédiat, qui est autonome et dispose de ses propres métadonnées.³⁹

Deuxièmement, toujours dans un contexte numérique, l'identifiant peut présenter un degré de précision sensiblement accru, on parle alors de « granularité ».⁴⁰ En effet, alors que son homologue analogique se contentait d'identifier un type d'objet (un livre, une publication, parfois un chapitre spécifique), l'identifiant numérique permet de considérablement affiner le référencement : ainsi, une version d'un document, une sous-partie, voire même une citation, pourrait avoir son identifiant propre et unique.⁴¹

Pour toutes ces raisons, « les identifiants numériques ont très vite été considérés comme une pièce centrale de l'architecture du commerce électronique et de la distribution des œuvres sur Internet ».⁴² Sans prétendre à l'exhaustivité, on peut citer, parmi des exemples récents, le DOI⁴³ ou ceux de l'application *FairPlay*.⁴⁴

³⁶ Ethan Katsh, *The Electronic Media and the Transformation of Law*, New York, Oxford University Press, 1989 à la p. 21.

³⁷ Dusollier, *supra* note 15 à la p. 15.

³⁸ Annemiek de Kroon, « Protection of Copyright Management Information » dans Bernt Hugenholtz, dir., *Copyright and Electronic Commerce: Legal Aspects of Electronic Copyright Management*, La Haye, Kluwer Law International, 2000, 229 à la p. 231.

³⁹ En accord avec Office québécois de la langue Française, *Grand dictionnaire terminologique*, 2002, *sub verbo* « métadonnée », en ligne : <http://www.gdt.oqlf.gouv.qc.ca/ficheOqlf.aspx?Id_Fiche=8869869> (« Donnée qui renseigne sur la nature de certaines autres données et qui permet ainsi leur utilisation pertinente »).

⁴⁰ de Kroon, *supra* note 38 à la p. 231.

⁴¹ *Ibid.*

⁴² Dusollier, *supra* note 15 à la p. 15.

⁴³ International DOI Foundation, « The DOI System » (8 janvier 2013), en ligne : DOI <<http://www.doi.org/>>; voir aussi de Kroon, *supra* note 39 à la p. 234.

⁴⁴ Voir Perry, *supra* note 16 à la p. 308.

(ii) *Un épanouissement numérique pour les techniques d'apposition*

Comme nous venons de le voir, le numérique a ouvert de nouvelles perspectives pour la protection du droit d'auteur en rendant l'identifiant d'une œuvre à la fois plus précis et intelligent. Néanmoins, pour lui donner une pleine effectivité, encore faut-il que l'identifiant ne puisse pas être facilement séparé de l'œuvre qu'il identifie. On touche là à la question cruciale de l'intrication du contenu avec l'identifiant, qui n'a trouvé une vraie réponse que dans un contexte numérique.

En effet, alors que l'analogique ne permettait pas d'« attacher » un identifiant à un objet de manière indélébile et invisible,⁴⁵ plusieurs techniques digitales d'apposition ouvrent aujourd'hui une telle possibilité. Dans le présent travail, nous nous limiterons aux deux principales méthodes que constituent le tatouage, qui permet d'intriquer⁴⁶ le contenu et l'identifiant et qui présente un lien de filiation avec la stéganographie,⁴⁷ et la signature digitale, qui, elle, s'appuie sur des procédés cryptographiques.

Le tatouage est la technique la plus courante pour insérer un identifiant ou une référence⁴⁸ dans un contenu numérique. Si le tatouage présente certains points communs avec la stéganographie et l'empreinte,⁴⁹ il convient toutefois de bien les distinguer, car les finalités et utilisations ne sont pas les mêmes. Les techniques d'insertion de données ont initialement été développées à des fins de stéganographie, afin de dissimuler une transmission d'information (TRANSEC),⁵⁰ par exemple pour échapper à la censure. On dit d'ailleurs que la stéganographie est « l'art et la science de communiquer de manière à masquer l'existence même de la communication ».⁵¹ Le tatouage est une autre application de ces techniques, qui est utilisée pour l'identification du document lui-même ou de l'entité qui en est à

⁴⁵ Dusollier, *supra* note 15 à la p. 16.

⁴⁶ France, Ministère de la culture et de la communication, *Mesures techniques de protection des œuvres et DRMS, 1^{ère} partie : un état des lieux*, Rapport n° 2003-02 à la p. 84 (janvier 2003; étude établie par Philippe Chantepie) [*Rapport Chantepie*].

⁴⁷ En accord avec Office québécois de la langue Française, *Grand dictionnaire terminologique*, 2001, *sub verbo* « stéganographie », en ligne : Office québécois de la langue Française <http://www.gdt.oqlf.gouv.qc.ca/ficheOqlf.aspx?Id_Fiche=8375048> (« Technique qui consiste à dissimuler un message, que l'on désire transmettre confidentiellement, dans un ensemble de données d'apparence anodine, de façon que sa présence soit imperceptible »).

⁴⁸ *Rapport Chantepie*, *supra* note 46 à la p. 85.

⁴⁹ Fabien Galand, *Construction de codes Zpk-Linéaires de bonne distance minimale, et schémas de dissimulation fondés sur les codes de recouvrement*, thèse de doctorat en informatique, Université de Caen, 2004 à la p. 108, en ligne : Institut de Recherche en Informatique et Systèmes Aléatoires <http://www.irisa.fr/temics/staff/galand/these_galand_t.pdf> (pour chacune de ces techniques, on cherche à incorporer dans un document une information additionnelle sans le détériorer de manière notable).

⁵⁰ *Transmission Security*.

⁵¹ Romain Leymonerie, « Cryptage et Droit d'auteur » (1998) 10 *Les Cahiers de la propriété intellectuelle*, 417 à la p. 423.

l'origine⁵² (souvent l'ayant droit), d'où son utilisation courante pour la protection du droit d'auteur. Enfin, l'empreinte vise, non plus à identifier l'objet ou son auteur comme le tatouage, mais plutôt à caractériser l'usage qui est fait de l'objet ou l'utilisateur,⁵³ ce qui présente un intérêt pour la maîtrise de la diffusion.

Le tableau ci-dessous offre une vue d'ensemble volontairement simplifiée de ces techniques numériques d'insertion de données⁵⁴ : retenons-en que le tatouage permet l'insertion de marques destinées à identifier l'ayant droit d'un document (*copyrights*), tandis que les empreintes ont pour finalité de « tracer » les différentes copies d'un document (équivalent d'un numéro de série).

Caractéristiques	STEGANO- GRAPHIE <i>Steganography</i>	TATOUAGE <i>Watermarking</i>	EMPREINTE <i>Fingerprinting</i>
<i>Données</i>	Le message à transmettre	Une marque dépendant du support et/ou du propriétaire	Une empreinte dépendant du support et de son utilisateur
<i>Support</i>	Sans importance, le plus « banalisé » possible	Le document hôte dont on veut protéger les droits	Le document hôte dont on souhaite prévenir la diffusion de copie illégale
<i>But de l'utilisateur</i>	Cacher de l'information	Identifier l'émetteur (l'ayant droit)	Identifier le destinataire (l'utilisateur)
<i>But de l'attaquant</i>	Détecter les données et les extraire	Supprimer les données	Supprimer les données
<i>Utilisation courante</i>	Échapper à la censure	<i>Copyrights</i>	Maîtrise de la diffusion

La signature digitale, contrairement au tatouage qui vise à insérer en filigrane un identifiant à l'intérieur même du contenu, consiste plutôt à associer cryptographiquement à chaque contenu une signature de ce dernier avec son identifiant.⁵⁵

Sans entrer dans les détails des avantages et faiblesses respectifs du tatouage et de la signature digitale, notons que : « Le rapport robustesse/usage est en réalité

⁵² Frédéric Saint-Marcel, « Stéganographie VS tatouage » (octobre 2002), en ligne : Laboratoire d'Informatique de Grenoble <<http://membres-liglab.imag.fr/donsez/ujf/easrr0203/tatouagestegano/tatouagestegano.pdf>>.

⁵³ Voir Séverine Dusollier, « Le droit d'auteur et son empreinte digitale » (1999) 2 *Revue Ubiquité* 31.

⁵⁴ Antoine Guilmain, « La sténographie au Québec : lumière technique, ombres juridiques » (automne 2012), en ligne : Lex Electronica <http://www.crdp.umontreal.ca/docs/articles_317.pdf>.

⁵⁵ *Rapport Chantepie*, *supra* note 46 à la p. 85.

très déterminant dans le choix des techniques, ce qui n'en invalide aucune, mais ne permet de constituer une grille de critères pertinents qu'en fonction des applications recherchées. »⁵⁶ D'ailleurs, les deux techniques ne sont nullement exclusives.

La protection juridique de l'information sur le régime des droits s'appuie sur l'évolution technologique que représente la possibilité de l'apposer à une œuvre, tout en limitant les risques et dangers pour les titulaires de droits. Le recours aux identifiants et techniques digitales d'apposition est en ce sens riche de promesses.

(A) Le passage de l'analogique au numérique à l'aune de la neutralité technologique

Nos développements antérieurs ont montré que le passage de l'univers analogique à l'environnement numérique s'apparente à une véritable « révolution technologique »⁵⁷ dont le droit d'auteur serait une des nombreuses Bastilles.

Quelle est alors la marge d'adaptation du droit, pourtant science de réaction, face à une telle révolution? Plus spécifiquement, le droit d'auteur est-il « *designed to apply regardless of the technology used* »?⁵⁸ La question introduit de fait la notion de neutralité technologique, qui est centrale en droit d'auteur.⁵⁹ Dans son ouvrage *Neutralité technologique : rédaction et interprétation des lois face aux changements technologiques*, Vincent Gautrais l'assimile à « une technique législative conforme à l'expression “par quel moyen que ce soit” que l'on retrouve régulièrement au détour d'une loi ou d'un règlement, et ce, depuis déjà longtemps »⁶⁰ Par exemple, dans le contexte canadien, la définition du droit d'auteur contenue dans la *Loi sur le droit d'auteur*⁶¹ se veut neutre sur le plan technologique :

3. (1) Le droit d'auteur sur l'œuvre comporte le droit exclusif de produire ou reproduire la totalité ou une partie importante de l'œuvre, *sous une forme matérielle quelconque* . . .

Ceci étant dit, malgré toute la prégnance de la neutralité technologique sur le droit d'auteur, peut-il en être de même pour la protection de l'information sur le régime des droits? En d'autres termes, les éléments d'identification d'une œuvre sont-ils protégés juridiquement de la même manière, « quel que soit le moyen » utilisé? Le fait de biffer le numéro ISBN d'un ouvrage papier ou d'effacer le DOI d'une œuvre numérique constituent-ils au même titre une atteinte à l'information sur le régime des droits?

Contre toute attente, tant au niveau international que national, s'est dégagée la volonté forte d'ancrer la protection de l'information sur le régime des droits à un

⁵⁶ *Ibid.* à la p. 87.

⁵⁷ Vincent Gautrais, *Neutralité technologique : rédaction et interprétation des lois face aux changements technologiques*, Montréal, Les Éditions Thémis, 2012 à la p. 68.

⁵⁸ Tomas Lipinski, « The Myth of Technological Neutrality in Copyright and the Rights of Institutional Users: Recent Legal Challenges to the Information Organization as Mediator and the Impact of the DMCA, WIPO and TEACH » (2003) 54:9 *Journal of the American Society for Information Science and Technology* 824 à la p. 825.

⁵⁹ Sunny Handa, *Copyright law in Canada*, Markham, Butterworths, 2002 à la p. 440.

⁶⁰ Gautrais, *supra* note 57 à la p. 51.

⁶¹ *Loi sur le droit d'auteur*, *supra* note 19.

environnement numérique,⁶² en excluant ainsi les informations accompagnant traditionnellement le support matériel de l'œuvre⁶³ : numéro ISBN, couverture d'un livre indiquant le titre, les noms de l'auteur et de l'éditeur, jaquette de phonogramme mentionnant le nom du producteur, etc. Alors même que « rien n'empêche le législateur national d'élargir le champ d'application de ces dispositions relatives à l'information sur le régime des droits »,⁶⁴ ils sont pourtant nombreux à le limiter aux seules informations « se présentant sous forme électronique » et écarter, de fait, l'univers analogique. Séverine Dusollier apporte certains éléments d'explication quant à cette hypothèse singulière de « non-neutralité technologique »⁶⁵ :

The key difference between digital and analog identifiers lies in the ease of embedding any digital information in digital content. The information can be permanently, invisibly and indelibly attached to a digital copy. A single hyperlink can refer to a huge amount of data about the work and the artist. The possibilities are unlimited and they depend only on the technique used to affix the information to the work.⁶⁶

Seuls les États-Unis ont opté pour une approche à contre-courant de cette tendance. La neutralité technologique a en effet été reconnue comme objectif⁶⁷ lors des débats relatifs au *Digital Millenium Copyright Act*⁶⁸ (dénommé ci-après « *DMCA* ») et, par suite logique, toutes les informations sur le régime des droits, qu'elles soient électroniques ou non, font l'objet d'une même protection juridique. Mais les juridictions américaines, conscientes des difficultés d'application de cette disposition au monde analogique,⁶⁹ s'en sont longtemps tenues à une interprétation

⁶² Ce qui ne veut d'ailleurs pas dire qu'il n'y a pas eu de voix discordantes : les États-Unis, la République de Corée (doc CRNR/DC/50), le groupe africain (doc. CRNR/DC/56) ont en effet prôné pour un champ d'application plus large.

⁶³ Maillard, *supra* note 5 à la p. 105.

⁶⁴ Organisation mondiale de la propriété intellectuelle, « Proposition de base concernant les dispositions de Fond du Traité sur certaines questions relatives à la protection des oeuvres littéraires et artistiques soumise à l'examen de la conférence diplomatique (document de reunion CRNR/DC/4) » dans *Conférence diplomatique sur certaines questions en droit d'auteur et de droits voisins tenue du 2 au 20 décembre 1996 à Genève, Suisse*, Genève, OMPI, 1996 à la p. 61.

⁶⁵ Gautrais, *supra* note 57 à la p. 208.

⁶⁶ Séverine Dusollier, « Some Reflections on Copyright Management Information and Moral Rights » (2001) 25 Colum — VLA J L & Arts 377 à la p. 381.

⁶⁷ Gautrais, *supra* note 57 à la p. 23.

⁶⁸ *Digital Millenium Copyright Act of 1998*, Pub. L. No. 105-304, §512, 112 Stat 2860 (codifié tel que modifié au 17 U.S.C. §107 (2000)) [*DMCA*].

⁶⁹ David Nimmer, « Puzzles of the *Digital Millenium Copyright Act* » (1998-1999) 46 *Journal of the Copyright Society of the USA* 401.

restrictive.⁷⁰ Pourtant, des décisions récentes⁷¹ vont dans le sens d'une interprétation littérale, ce qui étend de fait le champ d'application de l'information sur le régime des droits.⁷² On reste aujourd'hui dans l'attente de la position de la Cour suprême des États-Unis sur cette question.

Au Canada, les derniers développements relatifs à la réforme du droit d'auteur réfèrent de manière dogmatique, voire « quasi psalmodique »,⁷³ à la notion de neutralité technologique. Elle apparaît également comme objectif dans le texte introductif du projet de loi C-11⁷⁴ portant modification de la *Loi sur le droit d'auteur*⁷⁵ : « (g) ensure that it remains technologically neutral ». ⁷⁶ Par ailleurs, dans une décision récente,⁷⁷ la Cour suprême du Canada a même consacré la neutralité technologique comme principe interprétatif du droit d'auteur.⁷⁸ Pourtant, comme nous le verrons dans nos développements ultérieurs, cette notion n'a pas été reprise en matière d'information sur le régime des droits.⁷⁹

C'est également le cas pour la plupart des autres pays : sur le plan international, contrairement à l'exemple américain, la grande majorité des lois sur le droit d'auteur s'accommode fort bien d'une remise en cause du sacro-saint principe de neutralité technologique,⁸⁰ dans la mesure où il y est précisé que, pour être protégée, l'information sur le régime des droits doit se présenter « sous forme électronique ».

(b) Les réponses juridiques : droit international, droit comparé et droit canadien

Face à ces évolutions technologiques, plusieurs réponses juridiques ont été apportées. L'impulsion initiale a été donnée au niveau international par l'Organisation

⁷⁰ Susuk Lim, « A Survey of the DMCA's Copyright Management Information Protections : The DMCA's CMI landscape after All Headline News and McClatchey » (2011) 6 Washington Journal of Law, Technology & Arts 297 à la p. 298.

⁷¹ *McClatchey v. Associated Press*, 83 U.S.P.Q. 2d 1103 (W.D. Pa. 2007); *Associated Press v. All Headline News*, 608 F. Supp. (2d) 454 (S.D.N.Y., 2009).

⁷² Lim, *supra* note 70 à la p. 298.

⁷³ Gautrais, *supra* note 57 à la p. 23.

⁷⁴ *Projet de loi C-11*, *supra* note 18.

⁷⁵ *Loi sur le droit d'auteur*, *supra* note 19.

⁷⁶ *Projet de loi C-11*, *supra* note 18, sommaire.

⁷⁷ *Entertainment Software Assn. v. Society of Composers, Authors & Music Publishers of Canada*, 2012 SCC 34, [2012] S.C.J. No. 34.

⁷⁸ Vincent Gautrais, « Neutralité technologique : la consécration de la Cour suprême » (19 juillet 2012), en ligne : Gautrais <<http://www.gautrais.com/Neutralite-technologique-la>>.

⁷⁹ L'information doit en effet se présenter « sous forme électronique » pour bénéficier de la protection, *Projet de loi C-11*, *supra* note 18, art 41.22(1).

⁸⁰ Contra Teddy Furon, « Les Mesures Techniques de Protection . . . autrement dit les DRM » (2010), en ligne : Inria <<http://hal.inria.fr/inria-00505909/>> (« Le principe de neutralité technologique fait que le CPI ne liste pas des systèmes considérés comme MTP. »)

mondiale de la propriété intellectuelle avec l'instauration d'obligations relatives à l'information sur le régime des droits au sein des Traités Internet de 1996 (a). La réception en droit comparé a été assez rapide parmi les États parties, avec diverses transpositions de ce nouveau régime dans l'ordre juridique interne (b). Le retard du droit canadien en la matière s'explique essentiellement par une conjoncture politique malheureuse (c).

(i) *L'impulsion en droit international et les traités Internet*

La communauté internationale a très vite perçu⁸¹ le potentiel que présentait pour la protection du droit d'auteur le recours aux identifiants et techniques digitales d'apposition, mais également ses risques et dérives.⁸² En 1996, l'OMPI a alors réagi à cette préoccupation politique et sociale en instaurant une protection juridique autonome et propre à l'information sur le régime des droits. Aujourd'hui, ce qui n'était qu'« une hypothèse singulière de réglementation pour le futur »,⁸³ pour certains largement prématurée,⁸⁴ s'inscrit désormais en pleine conformité avec le contexte du tout numérique : en effet, l'usage des identifiants et des métadonnées s'est généralisé.⁸⁵

L'assise juridique des obligations internationales en matière d'information sur le régime des droits se situe aux articles 12 du *Traité sur le droit d'auteur*⁸⁶ et 19 du *Traité sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes*,⁸⁷ communément appelés Traités Internet. Rédigé de manière plus détaillée que l'article 11 du *Traité sur le droit d'auteur*,⁸⁸ son *alter ego* relatif aux mesures techniques de protection, l'article 12 se lit comme suit :

1) Les Parties contractantes doivent prévoir des sanctions juridiques appropriées et efficaces contre toute personne qui accomplit l'un des actes suivants en sachant, ou, pour ce qui relève des sanctions civiles, en ayant des raisons valables de penser que cet acte va entraîner, permettre, faciliter ou dissimuler une atteinte à un droit prévu par le présent traité ou la Convention de Berne :

- i) supprimer ou modifier, sans y être habilitée, toute information relative au régime des droits se présentant sous forme électronique;
- ii) distribuer, importer aux fins de distribution, radiodiffuser ou communiquer au public, sans y être habilitée, des œuvres ou

81 Voir Ingemar Cox & Matthew Miller, « The First 50 years of electronic watermarking », en ligne : (2002) 2 EURASIP Journal of Applied Signal Processing 126 à la p. 130.

82 Dusollier, *supra* note 15 à la p. 17.

83 Maillard, *supra* note 5 à la p. 90.

84 De Kroon, *supra* note 38 à la p. 251.

85 Maillard, *supra* note 5 à la p. 90.

86 *Traité OMPI sur le droit d'auteur*, *supra* note 11.

87 *Traité de l'OMPI sur les interprétations*, *supra* note 11.

88 *Traité OMPI sur le droit d'auteur*, *supra* note 11.

des exemplaires d'œuvres en sachant que des informations relatives au régime des droits se présentant sous forme électronique ont été supprimées ou modifiées sans autorisation.

2) Dans le présent article, l'expression "information sur le régime des droits" s'entend des informations permettant d'identifier l'œuvre, l'auteur de l'œuvre, le titulaire de tout droit sur l'œuvre ou des informations sur les conditions et modalités d'utilisation de l'œuvre, et de tout numéro ou code représentant ces informations, lorsque l'un quelconque de ces éléments d'information est joint à l'exemplaire d'une œuvre ou apparaît en relation avec la communication d'une œuvre au public.

En substance, le premier paragraphe circonscrit l'étendue de la protection (l'atteinte à l'information peut être soit directe soit indirecte),⁸⁹ tandis que le second s'attache à l'objet même de la protection (l'information doit, d'une part, être liée à l'objet auquel elle se rapporte, d'autre part, se présenter sous une forme électronique).⁹⁰

La déclaration commune sous l'article 12 vient par ailleurs souligner que la protection de l'information sur le régime des droits est facultative et non obligatoire : l'adjonction d'informations au contenu reste donc libre et ouverte.⁹¹ Il n'était en effet pas question que les parties contractantes puissent se fonder sur cet article « pour concevoir ou mettre en œuvre un régime des droits qui ait pour effet d'imposer des formalités non permises en vertu de la Convention de Berne ou du présent traité, interdisant le libre mouvement des marchandises ou empêchant la jouissance des droits reconnus par le présent traité. »⁹²

À l'heure actuelle, quatre-vingt-neuf États sont parties contractantes aux traités de l'OMPI,⁹³ parmi lesquels une courte liste de neuf pays signataires⁹⁴ ne les ayant pas encore ratifiés. Le Canada fait partie de cette dernière catégorie : bien qu'ayant signé les traités Internet dès 1997, il ne les a en effet pas encore ratifiés dans la mesure où, malgré plusieurs tentatives, les obligations afférentes n'ont pas été directement transposées en droit interne. Selon Mark Perry, ce constat peut sembler moins consternant qu'il n'y paraît :

It can be argued that the WCT and WPPT only make small extensions to copyright as prescribed in the Berne Convention, which Canada implemented long ago, and as well as the World Trade Organization Agreement on Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights. *In other words,*

⁸⁹ Maillard, *supra* note 5 à la p. 107.

⁹⁰ *Ibid.* à la p. 93.

⁹¹ *Ibid.* à la p. 91.

⁹² *Traité OMPI sur le droit d'auteur*, *supra* note 11 (déclaration commune sous l'article 12).

⁹³ Voir Organisation mondiale de la propriété intellectuelle, « Parties contractantes — Traité sur le droit d'auteur », en ligne : OMPI <http://www.wipo.int/treaties/fr/ShowResults.jsp?lang=fr&treaty_id=16>.

⁹⁴ Notons à cet égard que très peu de pays développés n'ont pas ratifié ces traités (l'Union européenne et ses membres, les États-Unis, le Japon et la Chine en sont les meilleurs exemples).

*Canada is already complying with much of the requirements of WCT and WPPT.*⁹⁵ [notre soulignement]

Néanmoins, comme lui, nous sommes d'avis qu'une telle interprétation ne s'applique tout simplement pas aux dispositions relatives à l'information sur le régime des droits : loin de n'être que des « *small extensions* », elles sont à la mesure de l'évolution technologique récente, c'est-à-dire inédites et primordiales.

Pour mieux comprendre l'approche canadienne, nous nous proposons de présenter la réception en droit comparé des obligations internationales en matière d'information sur le régime des droits.

(ii) *La réception en droit comparé et les réformes de droit d'auteur*

Les traités Internet de l'OMPI⁹⁶ ont très vite eu un « effet boule de neige » dans le monde juridique. En effet, pour adapter le droit d'auteur aux réalités de l'Internet et ainsi faire écho à son homologue international, plusieurs législateurs nationaux ont institué leur propre régime de protection en matière d'information sur le régime des droits. Quoique présentant certaines différences,⁹⁷ ils ont transposé en droit interne les traités de l'OMPI de 1996 de manière quasi identique.⁹⁸

Aux États-Unis, le *Digital Millennium Copyright Act*⁹⁹ de 1998 est venu introduire une protection de l'information sur le régime des droits à son article 1202.

L'Union européenne, pour sa part, s'était engagée dès 1988 dans un processus de réflexion, qui a abouti en 2001 à la *Directive européenne sur le droit d'auteur et les droits voisins dans la société de l'information*¹⁰⁰ (dénommée ci-après « Directive société de l'information »). Elle affiche une volonté claire de se mettre à jour sur les traités Internet¹⁰¹ et intègre ainsi les obligations relatives à l'information sur le régime des droits. Son article 7 reprend en substance, tout en les unifiant, les

⁹⁵ Perry, *supra* note 16 à la p. 312.

⁹⁶ *Traité OMPI sur le droit d'auteur et Traité de l'OMPI sur les interprétations*, *supra* note 11.

⁹⁷ Voir de Kroon, *supra* note 38 à la p. 259.

⁹⁸ Séverine Dusollier, *Droit d'auteur et protection des œuvres dans l'univers numérique : droits et exceptions à la lumière des dispositifs de verrouillage des œuvres*, Bruxelles, Larcier, 2005 à la p. 64.

⁹⁹ *DMCA*, *supra* note 68.

¹⁰⁰ CE, *Directive 2001/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information*, [2005] JO L 167/10 [*Directive société de l'information*].

¹⁰¹ *Ibid.*, préambule au para. 15 :

Ces traités constituent une mise à jour importante de la protection internationale du droit d'auteur et des droits voisins, notamment en ce qui concerne ce que l'on appelle "l'agenda numérique", et améliorent les moyens de lutte contre la piraterie à l'échelle planétaire. La Communauté et une majorité d'États membres ont déjà signé lesdits traités et les procédures de ratification sont en cours dans la Communauté et les États membres. La présente directive vise aussi à mettre en œuvre certaines de ces nouvelles obligations internationales.

dispositions des deux traités OMPI¹⁰² : l'information doit, d'une part, être liée à l'objet auquel elle se rapporte, d'autre part, se présenter, pour être protégée, sous une forme électronique et son atteinte peut-être soit directe soit indirecte. Néanmoins, sous les apparences de simplicité et de bonne volonté, Séverine Dusollier reconnaît que « les rédacteurs de la directive ont mis en place une protection dont la complexité leur a sans doute échappé et dont certains éléments apporteront sans aucun doute d'étranges surprises. »¹⁰³

Un peu plus tard, les législateurs français¹⁰⁴ et belges¹⁰⁵ sont venus se mettre au diapason en transposant les dispositifs de cette Directive société de l'information, et donc les obligations des traités OMPI.

Sans entrer davantage dans le détail ni prétendre à l'exhaustivité,¹⁰⁶ un élément se doit d'être relevé : l'information sur le régime des droits introduite par les Traités Internet traduit une perception collective¹⁰⁷ et connaît aujourd'hui une réception généralisée. Toutefois, le Canada faisait figure de retardataire.

(A) Le retard en droit canadien, une réforme législative au chevet de la conjoncture politique

Au Canada, la *Loi sur le droit d'auteur*¹⁰⁸ avait été remaniée pour la dernière fois en profondeur en 1997. Les modifications apportées à l'époque n'incluaient pas les mesures techniques,¹⁰⁹ car elles « ont été prises à un moment où il était difficile de prévoir l'orientation que prendraient les nouvelles technologies compte tenu de la rapidité de l'évolution technologique et numérique ». ¹¹⁰ L'article 92 de la *Loi sur le droit d'auteur*¹¹¹ prévoyait toutefois une mise à jour dans un délai de cinq ans.

¹⁰² *Traité OMPI sur le droit d'auteur et Traité de l'OMPI sur les interprétations*, *supra* note 11.

¹⁰³ Dusollier, *supra* note 15 à la p. 23.

¹⁰⁴ Art. L. 331-22 C.P.I.

¹⁰⁵ Loi transposant en droit belge la Directive européenne 2001/29/CE du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information du 22 mai 2005, MONITEUR BELGE [M.B.], 27 mai 2005, 3^e ed, <<http://www.ejustice.just.fgov.be>>.

¹⁰⁶ Voir de Kroon, *supra* note 38 à la p. 259.

¹⁰⁷ Ian McDonald, *A comparative study of library provisions: From photocopying to digital communication*, *Research Paper prepared for the Center for Copyright Studies Ltd by the Australian Copyright Council*, Redfern, Centre for Copyright Studies, 2001 à la p. 10.

¹⁰⁸ *Loi sur le droit d'auteur*, *supra* note 19.

¹⁰⁹ Pourtant, un an plus tard le législateur américain adoptait le *DMCA*, *supra* note 68, précurseur en la matière.

¹¹⁰ Service d'information et de recherche parlementaires, *Résumé Législatif — projet de loi C-11 : Loi modifiant la Loi sur le droit d'auteur* par Dara Lithwick & Maxime-Olivier Thibodeau, Ottawa, Bibliothèque du Parlement, 2012 (publication n° 41-1-C11-F) à la p. 7 [*Résumé législatif C-11*].

¹¹¹ *Loi sur le droit d'auteur*, *supra* note 20, art. 92(1) (« Dans les cinq ans suivant la date de l'entrée en vigueur du présent article, le ministre présente au Sénat et à la Chambre

Dans cette perspective, le gouvernement du Canada a initié dès 2001 un vaste processus de réforme de la législation sur le droit d'auteur en publiant trois rapports décisifs, dont le *Document de consultation sur les questions de droit d'auteur à l'ère numérique*.¹¹² L'objectif était de doter le Canada d'un régime de droit d'auteur de calibre mondial moderne et évolutif qui soit reconnu à l'échelle internationale et adapté aux réalités de l'Internet. Plus spécifiquement, au-delà des dispositions classiques de droit d'auteur, ont été proposé plusieurs mesures dites « *paracopyright* ». ¹¹³ Il s'agissait en fait de protéger légalement les mesures techniques, notamment l'information sur le régime des droits¹¹⁴ :

Les ministères considèrent que l'article 12 du WCT et l'article 19 du WPPT pourraient constituer la base d'une proposition visant à créer de nouvelles catégories de contraventions secondaires et de nouvelles infractions à la Loi. Ces contraventions secondaires consisteraient en la suppression ou l'altération de renseignements relatifs à la gestion des droits dont l'effet est d'entraver la gestion des droits définis par la Loi et engloberaient la distribution et la communication au public d'œuvres . . .¹¹⁵

Par suite, dans un rapport d'étape de 2004,¹¹⁶ cet enjeu a été repris et reformulé sous la question « Comment protéger contre l'altération des renseignements sur la gestion des droits qui sont utilisés pour identifier le matériel protégé? »¹¹⁷ L'idée mise en avant était d'introduire un recours contre l'altération directe ou indirecte de l'information sur le régime des droits pour mettre le Canada en conformité avec les traités de l'OMPI.

En 2005, la déclaration gouvernementale sur les propositions pour la réforme du droit d'auteur¹¹⁸ a repris les conclusions du rapport et en a fait une synthèse. Tout retrait ou l'altération de l'information sur le régime des droits¹¹⁹ visant à en-

des communes un rapport sur la présente loi et les conséquences de son application, dans lequel il fait état des modifications qu'il juge souhaitables. »)

¹¹² *Document consultation*, *supra* note 17.

¹¹³ Ian Kerr, « Intellectual Property and Information Wealth: Copyright and Related Rights » (2007), en ligne : Ian Kerr <http://iankerr.ca/wp-content/uploads/2011/05/to_observe_and_protect__preprint_.pdf>.

¹¹⁴ Handa, *supra* note 59 à la p. 455.

¹¹⁵ *Document consultation*, *supra* note 17 à la p. 31.

¹¹⁶ Ministères du Patrimoine canadien et de l'Industrie, *Rapport d'étape sur la réforme du droit d'auteur, déposé au Comité permanent du patrimoine canadien*, 24 mars 2004, en ligne : Droit d'auteur équilibré <[http://droitdauteurequilibre.gc.ca/eic/site/crp-prda.nsf/vwapj/statusreportmarch24fr.pdf/\\$FILE/statusreportmarch24fr.pdf](http://droitdauteurequilibre.gc.ca/eic/site/crp-prda.nsf/vwapj/statusreportmarch24fr.pdf/$FILE/statusreportmarch24fr.pdf)>.

¹¹⁷ *Ibid.* à la p. 4.

¹¹⁸ Ministères de l'Industrie et du Patrimoine canadien, annonce gouvernementale, « Déclaration gouvernementale sur les propositions pour la réforme du droit d'auteur » (mars 2005), en ligne : Droit d'auteur équilibré <<http://droitdauteurequilibre.gc.ca/eic/site/crp-prda.nsf/fra/rp01142.html>>.

¹¹⁹ L'information sur le régime des droits correspond en fait aux « renseignements sur la gestion des droits ».

freindre le droit d'auteur devenait répréhensible¹²⁰ dans le projet de loi C-60.¹²¹ Mais, ce projet est mort au feuilleton la même année en raison de l'échéance électorale de janvier 2006.¹²²

En 2007, le projet de loi C-61¹²³ est venu reprendre cette innovation en des termes très similaires. L'article 41.21 instaure ainsi une protection de l'information sur le régime des droits en prohibant la suppression ou la modification des renseignements (servant à identifier le titulaire du droit d'auteur, à énoncer les conditions d'utilisation, etc.) intégrés dans l'œuvre protégée par un droit d'auteur, sans l'autorisation du titulaire du droit.¹²⁴ *A contrario* des mesures techniques de protection,¹²⁵ cette question a suscité très peu de commentaires et de controverses, alors même que ce concept était relativement nouveau.¹²⁶ En 2008, une conjoncture politique malheureuse a finalement fait passer à la trappe cette réforme structurelle.¹²⁷

Néanmoins, tel le phénix qui renaît de ses cendres, la modernisation du régime canadien du droit d'auteur et son adaptation au nouveau contexte numérique sont très vite réapparues comme une priorité pour le gouvernement. Le projet de loi C-32¹²⁸ portant modification de la *Loi sur le droit d'auteur*,¹²⁹ déposé en juin 2010, traduit cette détermination. Le peu de débats que l'information sur le régime des droits avait suscités auparavant a justifié l'application du principe « on ne change pas une formule qui gagne » : l'article 41.22 n'a pas été modifié d'une virgule. Mais, tout comme son prédécesseur C-61,¹³⁰ le projet de loi C-32¹³¹ est mort au feuilleton à l'occasion de la dissolution du Parlement.¹³²

¹²⁰ Ministères du Patrimoine canadien et de l'Industrie, *Foire aux questions projet de loi C-60* (FAQ), en ligne : Droit d'auteur équilibré <<http://www.ic.gc.ca/eic/site/crp-prda.nsf/fra/rp01143.html>>.

¹²¹ PL C-60, *Loi modifiant la Loi sur le droit d'auteur*, 1^{re} sess, 38^e parl, 2005 (première lecture le 20 juin 2005) [*Projet de loi C-60*].

¹²² Le projet de loi C-60 est mort au feuilleton après la dissolution du Parlement le 1^{er} décembre 2005, en raison de la tenue des élections en janvier 2006.

¹²³ PL C-61, *Loi modifiant la Loi sur le droit d'auteur*, 2^e sess, 39^e parl, 2008 (première lecture le 12 juin 2008) [*Projet de loi C-61*].

¹²⁴ Ministères de l'Industrie et du Patrimoine canadien, « Nouveaux droits et nouvelles protections pour les titulaires de droits d'auteur » dans *Le projet de loi du Canada C-61 : fiches techniques*, juin 2008, en ligne : Droit d'auteur équilibré <<http://www.ic.gc.ca/eic/site/crp-prda.nsf/fra/rp01163.html>>.

¹²⁵ Voir *Résumé législatif C-11*, *supra* note 110 à la p. 9.

¹²⁶ Dusollier, *supra* note 15 à la p. 14.

¹²⁷ Le projet de loi C-61 est mort au feuilleton après la dissolution du Parlement le 7 septembre 2008, en raison de la tenue d'élections en octobre 2008.

¹²⁸ PL C-32, *Loi modifiant la Loi sur le droit d'auteur*, 3^e sess, 40^e Parl, 2010 (première lecture le 2 juin 2010) [*Projet de loi C-32*].

¹²⁹ *Loi sur le droit d'auteur*, *supra* note 19.

¹³⁰ *Projet de loi C-61*, *supra* note 123.

¹³¹ *Projet de loi C-32*, *supra* note 128.

¹³² Le projet de loi C-60 est mort au feuilleton après la dissolution du Parlement le 26 mai 2011, en raison de la tenue des élections en mai 2011.

Finalement, en juin 2011, le gouvernement canadien a une nouvelle fois fait connaître son intention de procéder à la réforme du droit d'auteur¹³³ : C-11 était né.¹³⁴ Ce projet de loi, qui reprend les mêmes dispositions que C-32,¹³⁵ notamment s'agissant de l'information sur le régime des droits, a été adopté par les deux chambres parlementaires et a reçu, le 29 juin 2012, la sanction royale du Gouverneur général.¹³⁶

II. L'APRÈS C-11, UN REGARD PROSPECTIF SUR L'INFORMATION SUR LE RÉGIME DES DROITS

Après avoir présenté la question posée par les évolutions technologiques récentes et les réponses apportées sur le plan juridique, concentrons-nous sur l'approche retenue par le Canada en matière de protection de l'information sur le régime des droits. L'article 41.22 de C-11¹³⁷ portant modification de la *Loi sur le droit d'auteur*,¹³⁸ y étant relatif, nécessite dès lors une étude rigoureuse et approfondie.

Comme nous l'avons vu, C-11¹³⁹ reprend les mêmes dispositions que C-32¹⁴⁰ et il n'y a eu de fait aucune modification introduite en matière d'information sur le régime des droits.¹⁴¹ Une fois de plus, le peu de commentaires — mais aussi de controverses — qu'a suscité cette question au sein de la communauté juridique semble avoir justifié le recyclage de l'article 41.22, aussi bien sur le fond que sur la forme rédactionnelle.

Il se lit aujourd'hui comme suit :

(1) Interdiction : information sur le régime des droits

Nul ne peut supprimer ou modifier sciemment, sans l'autorisation du titulaire du droit d'auteur sur l'œuvre, la prestation fixée au moyen d'un enregistrement sonore ou l'enregistrement sonore, l'information sur le régime des droits sous forme électronique, alors qu'il sait ou devrait savoir que cet acte aura pour effet de faciliter ou de cacher toute violation du droit d'auteur du titulaire ou de porter atteinte à son droit d'être rémunéré en vertu de l'article 19.

¹³³ *Discours du Trône*, 41^e parl 1^{re} sess (3 juin 2011), en ligne : Discours du Trône <<http://www.speech.gc.ca/fra/media.asp?id=1390>> (« Notre gouvernement présentera un projet de loi sur les droits d'auteur qui établira un équilibre entre les besoins des créateurs et ceux des utilisateurs, et il veillera à ce qu'il soit adopté rapidement. »).

¹³⁴ *Projet de loi C-11*, *supra* note 18, sommaire.

¹³⁵ *Projet de loi C-32*, *supra* note 128.

¹³⁶ Voir Débats du Sénat, 41^e parl, 1^{re} sess, vol 148 n° 100 (29 juin 2012), en ligne : Parlement du Canada <http://www.parl.gc.ca/Content/Sen/Chamber/411/Debates/100db_2012-06-29-f.htm?Language=F>.

¹³⁷ *Projet de loi C-11*, *supra* note 18.

¹³⁸ *Loi sur le droit d'auteur*, *supra* note 19.

¹³⁹ *Projet de loi C-11*, *supra* note 18.

¹⁴⁰ *Projet de loi C-32*, *supra* note 128.

¹⁴¹ Perry, *supra* note 16 à la p. 320 (« there has been very little variation in the sections dealing with Rights Management Information over the five year period »).

(2) Suppression ou modification de l'information sur le régime des droits

Le titulaire du droit d'auteur est alors admis, sous réserve des autres dispositions de la présente loi, à exercer contre la personne qui contrevient au paragraphe (1) tous les recours — en vue notamment d'une injonction, de dommages-intérêts, d'une reddition de compte ou d'une remise — que la loi prévoit ou peut prévoir pour la violation d'un droit d'auteur.

(3) Autres actes

Le titulaire du droit d'auteur visé au paragraphe (2) a les mêmes recours contre la personne qui, sans son autorisation, accomplit sciemment tout acte ci-après en ce qui a trait à toute forme matérielle de l'œuvre, de la prestation fixée au moyen d'un enregistrement sonore ou de l'enregistrement sonore, alors qu'elle sait ou devrait savoir que l'information sur le régime des droits a été supprimée ou modifiée de manière à donner lieu à un recours au titre de ce paragraphe :

- a) la vente ou la location;
- b) la mise en circulation de façon à porter préjudice au titulaire du droit d'auteur;
- c) la mise en circulation, la mise ou l'offre en vente ou en location, ou l'exposition en public, dans un but commercial;
- d) l'importation au Canada en vue de l'un des actes visés aux alinéas a) à c); et
- e) la communication au public par télécommunication.

(4) Définition de « information sur le régime des droits »

Au présent article, « information sur le régime des droits » s'entend de l'information qui, d'une part, est jointe ou intégrée à un exemplaire d'une œuvre, à une prestation fixée au moyen d'un enregistrement sonore ou à un enregistrement sonore, ou apparaît à l'égard de leur communication au public par télécommunication et qui, d'autre part, les identifie, en identifie l'auteur, l'artiste-interprète ou le producteur, ou identifie tout titulaire d'un droit sur eux, ou permet de le faire. Est également visée par la présente définition l'information sur les conditions et modalités de leur utilisation.

Après avoir proposé une interprétation du principe de l'article 41.22 (1), nous nous interrogerons sur son application pratique à l'aune de la triade Confidentialité-Intégrité-Accessibilité (2).

(a) L'interprétation du principe de l'article 41.22 : une analyse en trois phases

L'article 41.22 reprend, en les unifiant, les dispositions issues des traités Internets de l'OMPI¹⁴² et adopte une définition similaire de l'« information sur le régime des droits ».

Les conclusions de Thierry Maillard, dans sa thèse de 2009 intitulée *La réception des mesures techniques de protection et d'information en droit français*, sur l'objet et l'étendue de la protection de l'article 12 du *Traité sur le droit d'auteur*¹⁴³ restent valables.¹⁴⁴ Néanmoins, certaines spécificités du texte qui ont trait à la forme rédactionnelle et à des éléments plus ponctuels doivent être signalées.

Par souci de simplicité, notre analyse s'articulera en trois phases successives portant respectivement sur l'objet de la protection (a), l'étendue de la protection (b) et les recours envisageables (c).

(i) L'information rentre-t-elle dans l'objet de la protection?

L'objet de la protection est bien l'« information sur le régime des droits », ce qui suppose la réunion de deux conditions cumulatives : la première se rapporte au contenu même de l'information, qui doit avoir un lien juridique et matériel avec l'objet protégé (c'est-à-dire un exemplaire d'une œuvre,¹⁴⁵ une prestation¹⁴⁶ fixée au moyen d'un enregistrement sonore¹⁴⁷ ou un enregistrement sonore), tandis que la seconde concerne le contenant puisque l'information doit se présenter sous forme électronique pour bénéficier de la protection.

(A) Contenu : information en relation avec l'objet protégé

Par l'usage de la locution « d'une part . . . d'autre part », le quatrième paragraphe de l'article 41.22 indique de manière claire et non équivoque que l'information doit présenter un lien double avec l'objet protégé : un lien de nature

¹⁴² *Ibid.* à la p. 320 (« This Bill has been brought in with the explicit purpose of amending the *Copyright Act* to make it compliant with the WCT and WPPT, including prohibitions on the circumvention of technological protection measures and prohibiting tampering of RMI »).

¹⁴³ *Traité OMPI sur le droit d'auteur*, *supra* note 11.

¹⁴⁴ Maillard, *supra* note 5 à la p. 89.

¹⁴⁵ Si les exemplaires de l'œuvre sont expressément visés (matériel), ce n'est manifestement pas le cas des représentations d'œuvres (immatériel).

¹⁴⁶ *Loi sur le droit d'auteur*, *supra* note 19, art. 2 (« "Prestation" : Selon le cas, que l'œuvre soit encore protégée ou non et qu'elle soit déjà fixée sous une forme matérielle quelconque ou non : a) l'exécution ou la représentation d'une œuvre artistique, dramatique ou musicale par un artiste-interprète; b) la récitation ou la lecture d'une œuvre littéraire par celui-ci; c) une improvisation dramatique, musicale ou littéraire par celui-ci, inspirée ou non d'une œuvre préexistante. »).

¹⁴⁷ *Ibid.* (« "Enregistrement sonore" : Enregistrement constitué de sons provenant ou non de l'exécution d'une œuvre et fixés sur un support matériel quelconque; est exclue de la présente définition la bande sonore d'une œuvre cinématographique lorsqu'elle accompagne celle-ci. »).

matérielle puisqu'elle doit être jointe/intégrée à l'objet protégé ou doit apparaître en relation avec la communication au public, et un lien de nature juridique puisqu'elle doit renseigner sur des éléments de droit afférents à l'objet protégé.

Sur le plan matériel, le lien entre l'information et l'objet protégé peut être établi de deux manières :

- *Soit l'information est jointe ou intégrée*¹⁴⁸ à l'objet protégé : autrement dit, l'un et l'autre sont liés et tiennent ensemble.¹⁴⁹ La cryptographie, les techniques de tatouage ou d'association permanente, les systèmes d'identification et les métadonnées sont autant de méthodes permettant d'assurer ce lien entre l'information et l'objet protégé.¹⁵⁰
- *Soit l'information apparaît en relation avec la communication au public* : l'article 3 du projet de loi C-11¹⁵¹ ajoute à cet égard un nouveau paragraphe à l'article 2.4 de la *Loi sur le droit d'auteur*¹⁵² pour préciser que la « communication au public par télécommunication » revient à « mettre à la disposition du public par télécommunication une œuvre ou un autre objet du droit d'auteur de manière que chacun puisse y avoir accès de l'endroit et au moment qu'il choisit individuellement. »

Sur le plan juridique, l'information doit renseigner de manière non équivoque sur des éléments de droit afférents à l'objet protégé, c'est-à-dire :

- *Des informations identifiant l'œuvre, l'auteur, l'artiste-interprète ou le producteur, ou tout titulaire d'un droit sur eux, ou permettant de le faire* : le titre de l'œuvre, les patronymes de l'auteur ou de l'artiste-interprète, le nom d'enregistrement de la société de production¹⁵³ sont autant de moyens de reconnaître sans confusion l'objet des droits ou leur sujet, ce sont alors des éléments d'identification directs. Par ailleurs, la formule « permettant d'identifier » du quatrième paragraphe semble également englober les éléments d'identification médiats,¹⁵⁴ tels que les identifiants, les coordonnées postales ou téléphoniques, les pseudonymes ou logos, etc.
- *Et/ou des informations sur les conditions et modalités d'utilisation* : il s'agit essentiellement des notices de *copyright*, des licences d'utilisation et des messages informant l'utilisateur de ses obligations et d'éventuelles restrictions d'usage.¹⁵⁵

¹⁴⁸ Voir Dusollier, *supra* note 15 à la p. 19.

¹⁴⁹ Maillard, *supra* note 5 à la p. 101.

¹⁵⁰ Voir Séverine Dusollier, *Droit d'auteur et protection des œuvres dans l'univers numérique : droits et exceptions à la lumière des dispositifs de verrouillage des œuvres*, Bruxelles, Larcier, 2005 à la p. 44.

¹⁵¹ *Projet de loi C-11*, *supra* note 18.

¹⁵² *Loi sur le droit d'auteur*, *supra* note 19.

¹⁵³ Maillard, *supra* note 5 à la p. 94.

¹⁵⁴ *Ibid.*

¹⁵⁵ Dusollier, *supra* note 15 à la p. 18.

(B) Contenant : information sous forme électronique

Tout d'abord, un point mérite d'être relevé : alors que le premier paragraphe vise les atteintes directes à « l'information sur le régime des droits sous forme électronique », le troisième paragraphe lui, est moins précis, et ne concerne que les atteintes indirectes à « l'information sur le régime des droits ».

Une analyse littérale pourrait conclure à la nécessité d'un ancrage électronique dans un cas, et pas dans l'autre. Pour notre part, nous privilégions plutôt une interprétation exégétique de l'article. En effet, le troisième paragraphe, même s'il ne précise pas expressément la forme que doit revêtir l'information sur le régime des droits, doit à notre avis être lu à la lumière du premier paragraphe. La condition supplémentaire que constitue l'exigence d'une forme électronique pour l'information sur le régime des droits est d'ailleurs en pleine conformité avec les traités Internet de l'OMPI.¹⁵⁶

Ceci étant dit, tentons de circonscrire ce qu'il faut entendre par « information sous forme électronique ». Contrairement à d'autres législations,¹⁵⁷ l'article 41.22 ne l'indique pas explicitement. On peut toutefois se référer à la définition du terme « électronique » proposée par la Commission électrotechnique internationale pour nous éclairer : « technique [portant sur] les phénomènes de conduction électrique dans le vide, dans les gaz ou dans les semi-conducteurs et qui utilise les dispositifs basés sur ces phénomènes. »¹⁵⁸

Dès lors, l'électronique semble recouvrir l'ensemble des techniques qui utilisent des signaux électroniques pour capter, transmettre et exploiter une information.¹⁵⁹ Que l'électronique soit analogique ou numérique, l'information sera réputée présentée sous forme électronique.

(ii) L'atteinte rentre-t-elle dans l'étendue de la protection?

L'étendue de la protection de l'article 41. 22 vise aussi bien les atteintes directes (premier paragraphe) que les atteintes indirectes (troisième paragraphe).

(A) Atteintes directes à l'information (article 41. 22 premier paragraphe)

La protection en cas d'atteinte directe se fonde sur deux composantes : une première, d'ordre matériel, qui prohibe la suppression et la modification de l'information, une seconde, d'ordre moral, qui repose sur le caractère intentionnel de l'acte.

¹⁵⁶ Perry, *supra* note 16 à la p. 313 (« the treaty definitions do not restrict RMI to electronic information, though the infringement parts of the articles are aimed at electronic RMI. »).

¹⁵⁷ Par exemple, le *Code de la propriété intellectuelle* français à son article L. 331-22, *supra* note 104.

¹⁵⁸ Commission électrotechnique internationale, *Grand dictionnaire terminologique*, 1956, *sub verbo* « électronique », en ligne : Office québécoise de la langue Française <http://www.gdt.oqlf.gouv.qc.ca/ficheOqlf.aspx?Id_Fiche=4499384>.

¹⁵⁹ Maillard, *supra* note 5 à la p. 104.

Sur le plan matériel, la suppression de l'information sur le régime des droits se distingue de la modification dans la mesure où, dans le premier cas, l'intégralité de l'objet n'est pas préservée (contenu circulant sans l'information) et, dans le second, c'est son intégrité qui n'est pas respectée (contenu circulant sans la bonne information) :

- *La suppression de l'information* peut s'opérer par effacement des données liées au contenu ou par déliement¹⁶⁰ : alors que dans le premier cas il y a une suppression pure et simple de l'information (patch supprimant les conditions d'utilisation d'un fichier, attaque du tatouage, effacement d'une licence d'utilisation, etc.), dans le second c'est plutôt une suppression du lien qui attache l'information au contenu (suppression d'une URL, extraction d'un contenu de son enveloppe digitale).
- *La modification de l'information* a lieu lorsqu'il y a une altération des données ou une adjonction d'éléments nouveaux¹⁶¹ : concrètement, changer le nom de l'auteur d'une œuvre est une altération alors qu'insérer le nom d'un nouveau coauteur est une adjonction.

Sur le plan moral, Mark Perry note que « *the removal or alteration of the RMI should be with knowledge that the change would be to further or conceal copyright infringement* ». ¹⁶² L'analyse se doit toutefois d'être affinée dans la mesure où il y a en fait un doublement de l'élément intentionnel qui ne s'apprécie pas de la même manière. Il faut en effet qu'il y ait une intention de porter atteinte : d'une part, à un élément d'information,¹⁶³ d'autre part, à un droit de propriété littéraire et artistique.¹⁶⁴ À notre sens, dans le premier cas, l'appréciation se fait *in concreto* (en fonction des circonstances de la cause, la partie aura « sciemment » supprimé ou modifié l'information), alors que dans le second, l'appréciation se fait *in abstracto* (en fonction du modèle de la « personne raisonnable », la partie aura violé un droit d'auteur ou porté atteinte à un droit de rémunération).

(B) Atteintes indirectes à l'information (article 41.22 troisième paragraphe)

La logique qui sous-tend la protection de l'information sur le régime des droits étant fondamentalement patrimoniale, le troisième paragraphe appréhende également les actes d'exploitation subséquents à l'atteinte directe, « qui sont certainement plus simples à constater et qui, généralement se trouvent au cœur du préjudice ». ¹⁶⁵ Là encore, la protection se fonde sur deux composantes : une première, d'ordre matériel, qui prohibe certains actes subséquents à l'atteinte, une seconde, d'ordre moral, qui repose sur le caractère intentionnel de l'acte.

¹⁶⁰ *Ibid.* à la p. 111.

¹⁶¹ *Ibid.* à la p. 112.

¹⁶² Perry, *supra* note 16 à la p. 322.

¹⁶³ *Projet de loi C-11, supra* note 18, art 41.22(1) (formule exacte : « supprimer ou modifier sciemment, sans l'autorisation du titulaire du droit d'auteur sur l'œuvre »).

¹⁶⁴ *Ibid.* (formule exacte : « alors qu'il sait ou devrait savoir que cet acte aura pour effet de faciliter ou de cacher toute violation du droit d'auteur »).

¹⁶⁵ Maillard, *supra* note 5 à la p. 117.

Sur le plan matériel, le troisième paragraphe ne vise que les actes subséquents à l'atteinte, sans appréhender ceux préparatoires. Il s'agit essentiellement de la vente, la location, la mise en circulation accomplie à titre onéreux, l'importation à des fins de distribution et la communication au public par télécommunication.

Sur le plan moral, il semble que là encore qu'il y ait un doublement de l'élément intentionnel. En effet, l'action d'une personne n'est répréhensible que si, d'une part, il sait ou devrait savoir qu'il y a eu une atteinte à l'information sur le régime des droits (appréciation *in abstracto*), d'autre part, il a accompli cet acte « sciemment » (appréciation *in concreto*).

(iii) *Quels recours?*

Sans détailler, dans l'hypothèse où l'information et l'atteinte entreraient respectivement dans l'objet et l'étendue de la protection, l'article 41.22 dispose à son second paragraphe que :

Le titulaire du droit d'auteur est alors admis, sous réserve des autres dispositions de la présente loi, à exercer contre la personne qui contrevient au paragraphe (1) tous les recours — en vue notamment d'une injonction, de dommages-intérêts, d'une reddition de compte ou d'une remise — que la loi prévoit ou peut prévoir pour la violation d'un droit d'auteur.

En définitive, notre analyse montre que l'article 41.22 est bien moins simple à appréhender que sa brièveté pourrait laisser croire. Nous avons d'ailleurs synthétisé nos conclusions dans un schéma fourni en annexe du présent travail, qui, sans prétendre à l'exhaustivité, vise simplement à orienter le praticien.

(b) L'application en pratique de l'article 41.22 : la triade CIA et ses enjeux

Pour le moment, même si le projet de loi C-11¹⁶⁶ a reçu la sanction royale et est donc voté, il n'est pas encore entré en vigueur.¹⁶⁷ Il faut en effet attendre la publication d'un décret du gouvernement fédéral, à la Gazette Officielle du Canada, qui indiquera quels articles de loi entrent en vigueur et, le cas échéant, à quel moment. Mais il faut se projeter et s'interroger dès à présent sur l'applicabilité de l'article 41.22 à plus long terme.

Dans la conclusion de son article précité, Mark Perry considérait que le projet de loi C-32¹⁶⁸ manquait déjà une opportunité d'aligner vers le haut la législation canadienne en matière de protection de l'information sur le régime des droits.¹⁶⁹ Sans s'en tenir à une critique pure, il proposait quatre axes d'amélioration pour l'information sur le régime des droits, qui devrait être : 1) *transparente*, c'est-à-dire

¹⁶⁶ *Projet de loi C-11*, *supra* note 18.

¹⁶⁷ *Ibid.*, art. 63 (« Les dispositions de la présente loi entrent en vigueur à la date ou aux dates fixées par décret »).

¹⁶⁸ *Projet de loi C-32*, *supra* note 128.

¹⁶⁹ Perry, *supra* note 16 à la p. 326 (« Rights Management Information is the key to giving creators, users, conductors and all other players in the content driven world, the opportunity to know about the works that they are involved with over and above the obvious. This is where the proposed legislation fails. »)

lisible et intelligible par tous les utilisateurs; 2) *complète et équilibrée*, c'est-à-dire définissant bien les limites des droits revendiqués; 3) *en conformité avec le droit au respect de la vie privée*, de l'utilisateur notamment; 4) *actualisée* régulièrement.¹⁷⁰

Loin de remettre en cause ses conclusions — bien au contraire — nous proposons une analyse sensiblement différente dans son approche. En effet, notre démarche s'articulera autour de trois grands principes pour la sécurité informationnelle, communément identifiés comme formant la « triade CIA »,¹⁷¹ que sont la confidentialité, l'intégrité et l'accessibilité/disponibilité :

- S'agissant de la confidentialité (a) : elle peut poser surtout problème vis-à-vis de l'utilisateur, si elle inclut des éléments à caractère personnel le concernant;
- S'agissant de l'intégrité (b) : son maintien amène à s'interroger sur les cycles de vie respectifs de l'œuvre à protéger et de l'information sur le régime des droits qui s'y rapporte, compte tenu des limites des mesures techniques pour son attachement à l'œuvre elle-même;
- S'agissant de la disponibilité (c) : l'information sur le régime des droits devrait être aisément accessible pour l'utilisateur, ce qui suppose que son contenu soit rédigé de manière compréhensible et puisse être lu sans devoir mettre en place des ressources informatiques complémentaires excessives.

(i) *La confidentialité*

Tout d'abord, concernant la confidentialité, il faut avoir conscience qu'il existe, au-delà de l'auteur (ou des ayants droit) et de l'utilisateur, un troisième acteur majeur dans la chaîne : le distributeur. Ses intérêts fondamentaux rejoignent largement ceux de l'auteur, car il lui faut contrôler la distribution de l'œuvre, et notamment éviter les copies pirates, qui tueraient son affaire. Mais, contrairement à l'auteur, le distributeur est le plus souvent en « première ligne », c'est-à-dire en liaison directe avec l'utilisateur, dont il connaît souvent des éléments confidentiels ou, à tout le moins, ayant un caractère personnel : il sait de qui il s'agit, quel(s) usage(s) il lui a autorisé(s), pour quelle durée, pour quel montant, les coordonnées bancaires, l'échéancier des règlements, les éventuelles difficultés, etc.

Le distributeur, lui aussi, souhaiterait pouvoir insérer, pour rendre plus aisée la gestion de la distribution et des droits d'utilisation de l'œuvre considérée, une « information d'usage »,¹⁷² surtout s'il a certaines obligations légales (par exemple la conservation de données de connexion). Forte est la tentation, dès lors, pour le distributeur, d'utiliser le « vecteur » que constitue l'information sur le régime des droits — dont il n'est nulle part précisé qu'elle exclut les droits du distributeur — pour insérer des données sur l'utilisation de l'œuvre.

¹⁷⁰ *Ibid.* à la p. 323.

¹⁷¹ Nicolas Vermeys, *Qualification et quantification de l'obligation de sécurité informationnelle dans la détermination de la faute civile*, thèse de doctorat en droit, Université de Montréal, 2009 à la p. 43, en ligne : Papyrus <<https://papyrus.bib.umontreal.ca/jspui/handle/1866/3663>>.

¹⁷² C'est-à-dire l'information d'usage licite par un utilisateur autorisé.

Mais une telle approche présente une difficulté : la perspective est totalement bouleversée si l'information sur le régime des droits se retrouve affublée de données à caractère personnel concernant l'utilisateur : d'aisément accessible au départ, elle devra au contraire être protégée en confidentialité; en cas de perte ou de piratage de données personnelles, les conséquences peuvent être graves; sans compter les conflits de droit (« *copyright* » versus « *privacy* »¹⁷³) que cela pourrait générer.

En l'état actuel de la question, notre meilleure recommandation serait d'exiger d'exclure tout ce qui peut avoir un caractère personnel de l'information sur le régime des droits proprement dite, en conservant séparés sur le plan logique les deux types d'information. À défaut d'exiger une telle séparation logique pure et simple, il faudrait au moins exiger d'« anonymiser » toute information sur l'utilisateur — voire sur l'usage — avant de la faire rejoindre l'information sur le régime des droits. Plusieurs techniques, plus ou moins fortes, d'anonymisation existent, encore faut-il correctement les choisir et les mettre en œuvre.

(ii) *L'intégrité*

Le maintien de l'intégrité pose en filigrane la question de la gestion des « cycles de vie » respectifs de l'œuvre elle-même et de l'information sur le régime des droits qui lui est attachée. L'idéal serait bien entendu de pouvoir gérer les deux cycles de vie de manière totalement indépendante. Une application typique nécessitant une telle indépendance serait la possibilité de mise à jour des droits d'un utilisateur sur une œuvre sans avoir à lui envoyer une nouvelle version de l'œuvre.

Mais il se trouve que les mesures techniques d'intrication utilisées pour préserver l'intégrité de l'ensemble (le tatouage et la signature digitale que nous avons présenté plus haut) ont, elles-mêmes, leurs limites. En d'autres termes, s'il est entendu que l'œuvre elle-même doit pouvoir de temps en temps être « mise à jour » (sans qu'il s'agisse pour autant d'en changer l'identifiant), et qu'il est hautement souhaitable de pouvoir faire de même concernant l'information sur le régime des droits, on conçoit aisément que de telles opérations ne puissent être trop souvent renouvelées sans mettre en question (voire en péril) la protection apportée par les mesures techniques. Il faut donc, de fait, pour que l'œuvre et l'information sur le régime des droits puissent être efficacement protégées, qu'elles aient une certaine « permanence », et que leurs contenus respectifs ne soient pas trop rapidement variables.

(iii) *La disponibilité*

Nous avons vu ci-dessus que l'acceptation du régime des droits pouvait « conditionner » l'accès à l'œuvre elle-même. Avec une telle hypothèse, si l'information sur le régime des droits n'est pas accessible, il est peu probable que l'œuvre elle-même le soit : tout est alors bloqué . . .

Même dans le cas où l'accès à l'œuvre ne dépend pas explicitement de l'acceptation des conditions posées dans l'information sur le régime des droits, il

¹⁷³ Sur cette question, voir Teresa Scassa, « Interests in The Balance » dans Michael Allen Geist, dir, *In the Public Interest — The Future of Canadian Copyright Law*, Toronto, Irwin Law, 2005, 41.

reste important que cette dernière soit aisément accessible pour l'utilisateur : il ne faut pas en effet que l'utilisateur puisse arguer de son ignorance du régime des droits en raison d'une impossibilité dans laquelle il se serait trouvé pour y accéder.

Cela suppose donc que l'information sur le régime des droits : d'une part, soit rédigée dans des termes compréhensibles par l'utilisateur; d'autre part, puisse être facilement « lue » sans nécessiter la mise en place de moyens techniques excessifs (capacité de calcul, logiciels complémentaires, etc.). Cette double exigence porte donc sur la « langue » utilisée pour décrire les droits, et sur le niveau minimal requis de « ressources » informatiques. Pour tenter de résoudre la difficulté, qui est réelle, il est très recommandé, pour chacun des deux domaines, de s'appuyer sur des standards.

Nous ne nous attarderons pas ici sur la caractérisation du niveau minimal de ressources requis, ni sur les standards afférents; par contre, qu'il nous soit permis de nous intéresser à la manière dont devraient être décrits les droits des contenus numériques.

Notons tout d'abord que, si l'utilisateur doit impérativement comprendre le langage utilisé par l'auteur dans sa description du régime des droits le concernant, il est également très souhaitable que les ayant droits et le distributeur aient, eux aussi, un « vocabulaire » et une « grammaire » en commun pour décrire les droits des contenus numériques qu'ils ont intérêt, l'un et l'autre, à protéger.

Ceci peut aujourd'hui se faire en utilisant un « langage de description des droits », tel *XrML* (*eXtensible rights Markup Language*, anciennement appelé *Digital Property Rights Language*), qui, émanation typée « juridique » du fameux langage tout-terrain *XML* (*eXtensible Markup Language*), permet de décrire numériquement les droits sur une œuvre sous format numérique (texte, œuvre musicale, image fixe ou animée, vidéo, jeu vidéo, etc.).

Notons qu'il existe plusieurs langages informatiques de description des droits. L'important est d'en choisir un qui présente les qualités suivantes : précision (non-ambiguïté), pertinence, concision, etc. l'idéal serait bien sûr qu'il soit aussi intelligible que le langage juridique naturel. Mais on veillera également à préserver une large capacité d'évolutions (possibilité d'ajout de nouveaux types de droits, d'identification, de nouveaux modèles économiques, etc.), une indépendance vis-à-vis des systèmes d'exploitation, et, bien entendu, un partage aisé entre les différents acteurs.

Les « bons » langages de description de droits donnent le plus souvent lieu à normalisation. En pratique, on privilégiera donc les quelques langages de description des droits qui sont devenus des standards : ils ne sont pas nombreux!

Cette question du langage de description des droits n'est pas du tout anecdotique, comme on pourrait le penser en première lecture. C'est au contraire une question essentielle, qui, parce que située très en amont, au confluent des différentes problématiques, permet de déterminer la quasi-totalité des modalités de la distribution de contenus numériques : aussi bien la nature des droits de propriété littéraire et artistique, que les rôles des différents acteurs, ou encore les modalités d'utilisation des œuvres, etc. Elle contribue donc à déterminer les stratégies commerciales présentes et futures des différents acteurs économiques.

III. CONCLUSION

En définitive, dans un contexte canadien, l'article 41.22 du projet de loi C-11¹⁷⁴ introduit plusieurs incertitudes juridiques dans la mesure où le contenu même de l'information sur le régime des droits, qui conditionne, comme nous venons de le voir, les trois aspects de confidentialité, d'intégrité et de disponibilité, n'est pas décrit, pas même clairement circonscrit. Il ne peut donc qu'en être de même pour le champ de sa protection.

Pour illustrer, de manière très concrète, ce que nous venons de dire, la protection couvre-t-elle :

- une information qui contiendrait, au-delà éléments de droits afférents à l'objet protégé, des renseignements à caractère personnel concernant l'utilisateur?
- une information qui accompagnerait un objet qui n'est plus protégé par un droit exclusif (par exemple tombé dans le domaine public)?
- une information qui ne serait pas accessible pour l'utilisateur qui désire en disposer (par exemple parce qu'elle serait rédigée dans des termes incompréhensibles pour un utilisateur, ou encore parce qu'elle nécessiterait la mise en place de ressources informatiques excessives)?

Autant de questions qui, dans une perspective proustienne, pourraient s'appeler « Conclusions » pour l'auteur et « Incitations » pour le lecteur : « Nous sentions très bien que notre sagesse commence où celle de l'auteur finit, et nous voudrions qu'il nous donnât des réponses, quand tout ce qu'il peut faire est de nous donner des désirs. »¹⁷⁵

¹⁷⁴ *Projet de loi C-11*, supra note 18.

¹⁷⁵ Marcel Proust, *Sur la lecture*, Arles, Actes sud, 1988 à la p. 32.

Annexe: schéma récapitulatif — analyse de l'article 41.22

1^è phase : l'information rentre-t-elle dans l'objet de la protection?

Information en relation avec l'objet protégé, c.-à-d. :

1 L'information y est jointe/intégrée OU apparaît à l'égard de sa communication au public.

2 L'information l'identifie, en identifie l'auteur, le titulaire de tout droit sur l'œuvre OU des informations sur les conditions et modalités de son utilisation.

ET

Information sous forme électronique, c.-à-d. :

Électronique recouvrant l'ensemble des techniques qui utilisent des signaux électroniques pour capter, transmettre et exploiter une information (incluant l'enregistrement sonore, constitué de sons fixés sur un dispositif qui reproduit les sons, comme une cassette, un disque ou un cédérom).

SI l'information rentre dans l'objet de la protection :

2^{ème} phase : l'atteinte rentre-t-elle dans l'étendue de la protection?

Atteinte directe à l'information, c.-à-d. :

1 Suppression OU modification de l'information.

Atteinte indirecte à l'information, c.-à-d. :

1 Cas alternatifs : vente; location; mise en circulation de façon à porter préjudice au titulaire du droit d'auteur; mise en circulation, la mise ou l'offre en vente ou en location, ou

OU

l'exposition en public, dans un but commercial; importation au Canada en vue des actes susvisés; communication au public par télécommunication.

2 L'auteur doit avoir eu l'intention de porter atteinte, d'une part, à un élément d'information, d'autre part, à un droit de propriété littéraire et artistique.

2 L'auteur, d'une part, sait ou devrait savoir qu'il y a eu une atteinte à l'information, d'autre part, a accompli cet acte « sciemment ».

SI l'atteinte rentre dans l'étendue de la protection :

3^{ème} phase : quels recours (article 41.22 deuxième paragraphe)?

« Le titulaire du droit d'auteur est alors admis, sous réserve des autres dispositions de la présente loi, à exercer contre la personne qui contrevient au paragraphe (1) tous les recours — en vue notamment d'une injonction, de dommages-intérêts, d'une reddition de compte ou d'une remise — que la loi prévoit ou peut prévoir pour la violation d'un droit d'auteur. »