



ROBIC
+ DROIT
+ AFFAIRES
+ SCIENCES
+ ARTS

AVOCATS, AGENTS DE BREVETS ET DE MARQUES DE COMMERCE
DEPUIS 1892

LES DÉBOIRES DES MESURES TECHNIQUES DE PROTECTION DANS L'INDUSTRIE DU DIVERTISSEMENT OU LE DROIT VS LA TECHNOLOGIE : UN COMBAT PERDU D'AVANCE!

NICOLAS SAPP ET JEAN-SÉBASTIEN RODRIGUEZ-PAQUETTE *

ROBIC, LLP

AVOCATS ET AGENTS DE BREVETS ET DE MARQUES DE COMMERCE

Les verrous numériques, ou « mesures techniques de protection » (« MTP ») peuvent être définis comme étant toute technologie ou tout dispositif qui contrôle efficacement l'accès à une œuvre; ou qui restreint efficacement la reproduction d'une œuvre. Ils sont fréquemment utilisés afin de contrer le piratage, ou encore pour limiter le nombre de reproductions ou d'installation que le consommateur pourra réaliser à partir de l'exemplaire qu'il s'est procuré. Ils peuvent également servir à limiter l'utilisation d'une œuvre à une zone géographique donnée; ou encore à un support donné, comme un certain type de lecteur mp3 ou un produit utilisant un système d'exploitation particulier.

Les MTP sont généralement perçues comme étant trop restrictives et font l'objet de vives critiques de la part des utilisateurs. Si certaines de ces critiques peuvent parfois être fondées, comme nous le verrons ci-après, il n'en demeure pas moins que les MTP ont pour noble objectif de tenter de résoudre un problème inhérent à l'avancée de la technologie : le piratage. En effet, malgré l'enregistrement d'une diminution de l'achalandage des sites de partage poste-à-poste¹, depuis l'arrivée de services abordables comme iTunes ou de distributeurs en flux continu comme

© CIPS, 2013.

*Avocats chez ROBIC, S.E.N.C.R.L., un cabinet multidisciplinaire d'avocats et d'agents de brevets et de marques de commerce. Texte publié dans *Développements récents en propriété intellectuelle 2013*, Service de la formation continue du Barreau du Québec (Cowansville, Blais, 2013). Publication 431.

¹ Enquête réalisée par *Sandvine Intelligent Broadband Networks*, 2012-11-07, en ligne : http://www.sandvine.com/news/pr_detail.asp?ID=394.

ROBIC, S.E.N.C.R.L.

www.robic.ca

info@robic.com

MONTRÉAL

1001, Square-Victoria - Bloc E - 8^e étage

Montréal (Québec) Canada H2Z 2B7

Tél.: +1 514 987-6242 Téléc.: +1 514 845-7874

QUÉBEC

2828, boulevard Laurier, Tour 1, bureau 925

Québec (Québec) Canada G1V 0B9

Tél.: +1 418 653-1888 Téléc.: +1 418 653-0006

Netflix, Pandora et Spotify², il n'en demeure pas moins que le téléchargement illégal est toujours une préoccupation pour les créateurs. Par ailleurs, une étude réalisée en 2011 pour le compte de l'Association canadienne des distributeurs de films démontrait que près de 133 millions de films piratés furent obtenus ou vus dans les 12 mois menant au 3^e trimestre de 2010, par les adultes canadiens. Selon l'étude, cela représenterait un manque à gagner de 895 millions de dollars³⁴.

Malheureusement, le recours aux MTP n'est en rien une garantie que le droit d'auteur des créateurs sera respecté. En effet, avec la popularité croissante des sites de transfert « poste-à-poste » et la rapidité avec laquelle l'information peut se propager sur Internet, les utilisateurs disposent maintenant d'une myriade d'outils destinés à permettre le contournement d'une MTP. Sans parler du fait qu'ils peuvent aussi simplement télécharger une version non protégée de l'œuvre désirée. Afin de faire face à cette réalité, les créateurs doivent sans cesse se réinventer mettre en place de nouvelles mesures de protection.

Or, les solutions choisies par l'industrie du divertissement (l'« Industrie ») ont connues quelques ratés au cours des dernières années. Il en est résulté que les MTP sont maintenant décriées par une grande quantité d'utilisateurs et d'associations de consommateurs. L'Industrie devra donc trouver l'équilibre entre l'efficacité des mesures de protection des droits des créateurs et la satisfaction des consommateurs.

Dans ce texte, nous traiterons de l'histoire et de la raison d'être des MTP, avant de nous intéresser à la place que leur a accordée le législateur canadien lors de la refonte de la *Loi sur le droit d'auteur*⁵. Nous passerons également en revue quelques-unes des critiques adressées à ces mesures de protection, avant d'aborder les alternatives s'offrant à l'Industrie, dans le but de protéger ses droits tout en protégeant ses parts de marchés. Finalement, nous tenterons de nous projeter dans

² FILLOUX, Frédéric, «Piracy is part of the digital ecosystem», *The Guardian*, 2012-001-23, en ligne : <http://www.theguardian.com/technology/2012/jan/23/monday-note-piracy-sopa>.

³ Enquête réalisée par *Ipsos MediaCT* et *Oxford Economics*, «Conséquences économiques du piratage de films au Canada», 2010, p.2.

⁴ La tendance chez les créateurs de contenu est de comptabiliser chaque téléchargement illégal comme étant une perte de revenus potentielle, alors que certains doutent que chaque téléchargement équivaille à une vente perdue. C'est d'ailleurs l'opinion qu'a émis le juge James P. Jones dans *United states of america v. Daniel Dove* : «Those who download movies and music for free would not necessarily purchase those movies and music at the full purchase price, but those who purchase counterfeit Microsoft Office CDs are more likely to purchase the legitimate version if the counterfeit version is not available. » Précisons toutefois que l'étude précitée tient compte de cette réalité et que les résultats ont été pondérés en ce sens.

⁵ L.R.C. (1985), ch. C-42.

l'avenir, pour déterminer comment les nouvelles MTP pourront s'imbriquer dans les nouvelles dispositions de la Loi.

1. Les différents types de mesures techniques de protection (« MTP ») :

Il existe une grande quantité de catégories et de types de MTP destinée à protéger les œuvres numériques. Sans en dresser une liste exhaustive, il convient ici de mentionner les technologies les plus importantes ou les plus fréquemment utilisées afin de faciliter la lecture et la compréhension du présent document, mais surtout pour permettre une meilleure compréhension de ce qui constitue une mesure de protection efficace.

a) La cryptographie;

La cryptographie est la forme de MTP la plus répandue. Il s'agit d'un processus de brouillage de l'œuvre destiné à la rendre illisible ou imperceptible, à moins de disposer d'une clé de décryptage⁶. Il a pour objectif d'assurer la confidentialité, l'authenticité et l'intégrité des données qu'il protège⁷. Le cryptage et le décryptage fonctionnent par l'entremise d'une clé alphanumérique dont le degré de sécurité variera en fonction de sa longueur et de sa complexité.

La technique de la cryptographie a été popularisée par Jules César, qui encodait ses messages en utilisant une technique de clé unique, ou cryptographie symétrique. En clair, le message codé était envoyé séparément de la clé, ce qui permettait par la suite de décrypter les communications entrantes et de crypter les communications sortantes⁸.

De nos jours, on emploie généralement une technique de clé publique, ou cryptographie asymétrique. Une paire jumelle de clés est alors créée : l'une est privée et l'autre est publique. Le système repose sur le fait qu'un message encodé

⁶ MORIN, Philippe, «Les mesures techniques de protection du droit d'auteur – Aperçu des conséquences possibles en droit canadien : copie pour usage privé et exceptions au droit d'auteur – Partie 1», *Les cahiers de protection intellectuelle*, Vol. 17, n° 2, Éditions Yvon Blais, Cowansville, p. 294.

⁷ DIEHL, Eric, *Securing Digital Video, Techniques for DRM and Content Protection*, Springer, 2012 p.24-25.

⁸ KERR, Ian et MAURUSHAT, Alana et S. TACIT, Christian, «Mesures de protection technique, Partie I – Tendances en matière de mesures de protection technique et de technologies de contournement», *Les cahiers de propriété intellectuelle*, Vol. 15, n° 2, Éditions Yvon Blais, Cowansville, p. 584.

au moyen d'une clé ne peut être décodé qu'avec l'autre⁹. Comme les deux clés sont nécessaires, une clé publique pour crypter et une clé privée pour décrypter, personne n'est obligé de partager sa clé. D'ailleurs, la clé privée utilisée pour décrypter doit demeurer secrète, alors que la clé publique peut être partagée au plus grand nombre, pour permettre que plusieurs personnes puissent communiquer¹⁰. Cette méthode est plus simple à gérer, car elle nécessite la création d'un plus petit nombre de clés¹¹.

On estime que la valeur minimale d'une clé symétrique, pour qu'elle soit sécuritaire, doit être de 100 bits; mais il est fréquent qu'elle contienne plutôt 128 bits. Dans ce cas, un pirate qui voudrait en briser le secret au moyen d'un programme de décryptage devrait réaliser au moins 2^{128} essais, ce qui pourrait prendre plusieurs dizaines d'années, même avec toute la puissance des ordinateurs disponibles dans le monde¹². Malheureusement, si la clé est rendue publique, tout le système s'écroule.

En revanche, les clés asymétriques doivent être plus complexes pour garantir le même niveau de sécurité. Par conséquent, on utilisera fréquemment des clés de 1,024 bits, ce qui équivaut à la sécurité offerte par une clé symétrique de 80 bits¹³. Elles ont donc le défaut d'être très lourdes et très lentes et donc, de ne pas convenir au chiffrement d'une grande quantité d'informations.¹⁴

Heureusement, les méthodes de cryptographies ne cessent d'évoluer et il existe maintenant des modèles hybrides, nécessitant un système de clés symétriques jumelé à un système de clés asymétriques. Ces dernières ne serviront alors qu'à accéder à un canal de communication par lequel sera acheminée l'information cryptée symétriquement¹⁵. Cette méthode présente l'avantage de permettre la communication d'une grande quantité de données, de façon rapide et avec un plus grand degré de sécurité.

⁹ KERR, Ian et MAURUSHAT, Alana et S. TACIT, Christian, *Op. Cit.*, p.586.

¹⁰ *Id.*

¹¹ DIEHL, Eric, *Op. Cit.*, p.29.

¹² DIEHL, Eric, *Op. Cit.*, p. 26.

¹³ DIEHL, Eric, *Op. Cit.*, p. 29.

¹⁴ *Id.*

¹⁵ DIEHL, Eric, *Op. Cit.*, p.30.

b) *Le tatouage numérique;*

Le tatouage numérique est une technologie permettant d'incorporer de l'information diverse en filigrane dans le code de l'œuvre numérique¹⁶. Les informations qui y seront ajoutées peuvent notamment servir à identifier l'auteur ou encore à faire état de conditions d'utilisation de l'œuvre.

On distingue généralement deux catégories de tatouage, soit les tatouages visibles et invisibles.

Les tatouages visibles sont fréquemment utilisés sur des photos offertes en prévisualisation, afin d'en prévenir la reproduction. On pourra y inscrire un symbole de copyright (©) ou encore l'adresse du site internet ou le nom du photographe.

Quant aux tatouages invisibles, ils sont souvent utilisés dans l'industrie du cinéma. On implémente alors certaines données dans l'œuvre, d'une façon imperceptible et qui n'altère que très peu le contenu de celle-ci.

Le tatouage invisible peut avoir plusieurs fonctions. Il peut notamment servir à marquer une copie d'une œuvre, pour être en mesure d'identifier la source en cas de piratage. Ce type d'usage est fréquent dans le cas des copies de films destinés aux critiques de cinéma¹⁷.

Il peut également servir à définir l'usage autorisé pour une copie en particulier. Ainsi, un disque pourra contenir la mention « copy never », « copy once », « copy no more » ou « copy free », en référence au nombre de copies autorisées pour l'exemplaire de l'œuvre vendu.

Le tatouage pourra également permettre d'identifier le créateur de l'œuvre et l'étendue de ses droits. À l'origine, on souhaitait se servir de ce type de protection pour identifier les cas de violation de droit d'auteur. La logique étant que s'il était possible d'identifier clairement les cas de violation de la loi, il serait alors inutile d'employer des MTP plus restrictives¹⁸.

Finalement, mentionnons que le tatouage numérique est une mesure relativement efficace puisqu'il est très difficile de le repérer et qu'il est également difficile de le retirer de l'œuvre sans compromettre la qualité et l'intégrité de celle-ci.¹⁹ De plus, ce

¹⁶ MORIN, Philippe, *Op. Cit.*, p. 301.

¹⁷ DIEHL, Eric, *Op. Cit.*, p. 36.

¹⁸ DIEHL, Eric, *Op. Cit.* p.41.

¹⁹ DIEHL, Eric, *Op. Cit.* p.34.

type de protection sera transféré sur les éventuelles copies de l'œuvre, même dans le cas d'une copie analogique réalisée en tirant partie de ce qu'on appelle le «*analog-hole*», dont nous traiterons ci-après.²⁰

c) *Le «Proprietary viewer»*

Cette technique de protection repose à la fois sur la cryptographie et sur le fait que l'utilisateur ne pourra pas (ou ne devrait pas pouvoir) copier une œuvre s'il ne l'a pas en sa possession. Ainsi, l'utilisateur qui souhaite consommer un contenu bénéficiant de ce type de MTP devra obtenir l'autorisation du propriétaire et répondre à certaines conditions d'utilisation. Il devra notamment entrer un nom d'utilisateur et un mot de passe et parfois également payer des droits avant de pouvoir accéder au contenu visé²¹. Par exemple, pensons ici aux films distribués en flux continu ou «*streaming*» via des sites tels que Netflix.

Par contre, ce type de protection n'est pas infaillible, puisqu'il est possible d'enregistrer ce qui est affiché à l'écran au moyen de logiciels spéciaux, ou même à l'aide d'une simple caméra. On réfère souvent à ce type de vulnérabilité dans une MTP comme étant un «*analog hole*». En effet, lorsque l'information digitale est convertie en un signal perceptible pour l'être humain, il devient relativement facile d'en faire un enregistrement.

d) *Le «Fingerprinting»*

Le fingerprinting n'est pas véritablement une MTP, puisque cette technologie n'est pas destinée à entraver le piratage; mais plutôt à en faciliter la lutte. Pour y parvenir, on enregistre le contenu original de l'œuvre avant de le répertorier dans une banque de données. On obtiendra alors une empreinte numérique que l'on pourra ensuite comparer à une banque de données centralisée afin de repérer les éventuelles copies illégales diffusées sur le web. Si l'empreinte correspond à une œuvre protégée, alors le contenu problématique est automatiquement identifié pour être traité²².

e) *Le système de gestion des droits numériques (SGDN)*

²⁰ DIEHL, Eric, *Op. Cit* p.35.

²¹ MORIN, Philippe, *Op. Cit.*, p.302.

²² DIEHL, Eric, *Op. Cit*, p.44.

Un SGDN est un système de gestion numérique qui protège l'ensemble des droits rattachés aux œuvres numériques. Il peut donc être composé de plusieurs MTP, comme d'un système de cryptographie pour protéger l'accès illégitime et un tatouage numérique pour en assurer l'authenticité.²³

2.

3. Les mesures techniques de protection : un bref historique

Le présent document n'a pas pour objet de dresser un historique complet des différentes applications des MTP à travers l'histoire. Néanmoins, il importe de survoler certains événements liés à la protection du droit d'auteur, afin de comprendre l'origine de la nécessité de protéger les œuvres numériques et les différentes stratégies adoptées au fil du temps pour y parvenir. Dans le but de savoir quel chemin doit emprunter l'Industrie, il faut bien sûr comprendre d'où elle vient.

a. Les MTP dans l'industrie cinématographique et télévisuelle :

De nos jours, les MTP sont généralement associées aux œuvres numériques. S'il est vrai que le recours aux MTP est devenu plus commun avec la démocratisation de l'Internet, il faut rappeler que l'industrie du film et de la télévision ont employé des dispositifs destinés à contrôler l'accès bien avant l'arrivée de l'ère numérique.

Ainsi, dès les années 1950, les premières chaînes de télévision payantes firent leur apparition aux États-Unis. Afin de protéger leur contenu, ces diffuseurs avaient recours à des cartes poinçonnées et à l'usage de lignes téléphoniques pour permettre que le signal soit décodé par l'abonné²⁴. Ce système de lignes téléphoniques permettait également de recevoir des données émanant de l'utilisateur, afin de savoir exactement quelle information ou quel contenu lui avait été acheminé²⁵.

Durant les années 1970, suite à la mise en marché des premières cassettes vidéo enregistrable, la question du piratage dans l'industrie audiovisuelle commença à retenir davantage l'attention. À cette époque, le piratage domestique n'était pas encore considéré comme un réel problème puisque les cassettes vidéo ne pouvaient être reproduites sans occasionner une perte importante au niveau de la qualité. Ainsi, la reproduction à grande échelle était généralement limitée au crime organisé, car il fallait disposer de ressources matérielles et monétaires importantes afin de

²³ MORIN, Philippe, *Op. Cit.*, p.304.

²⁴ D. MELVILLE, Jennifer, « Pay Per View Television History », *eHow*, en ligne : http://www.ehow.com/facts_5214694_pay-per-television-history.html.

²⁵ DIEHL, Eric, *Op. Cit.*, p.91.

produire des copies d'une qualité suffisante pour être vendue²⁶. Il faudra attendre l'année 1984 pour que les premières MTP destinées aux vidéocassettes soient mises en marché par la société Macrovision²⁷.

Avec l'apparition des premiers DVD, en 1995, la distribution de films passa de l'analogique au numérique; ce qui signifiait que les films pouvaient maintenant être reproduits sans jamais en altérer la qualité. S'inspirant des déboires que connaissait alors l'industrie de la musique avec les CD audio, l'industrie cinématographique décida de protéger les DVD au moyen d'un système de cryptographie appelé « Content scrambling system » (CSS)²⁸, qui avait pour fonction d'empêcher l'accès illégitime et la reproduction des œuvres contenues sur le support DVD²⁹.

La technologie CSS reposait sur un système de cryptage et de clés de décryptage qui étaient gardées précieusement par les différents studios. Malheureusement, en octobre 1999, la clé de décryptage, qui ne contenait que 54 bits, fut découverte par Jon Johanson, qui la distribua gratuitement en ligne³⁰. La divulgation des secrets du décryptage du CSS, ou DeCess, eut pour effet de fragiliser la confiance de l'industrie du cinéma envers les nouveaux canaux de distribution et ceux-ci durent alors mettre au point de nouvelles normes de cryptage plus sécuritaires, employant des clés plus complexes.³¹ Notons que les protections présentes sur un DVD sont de deux ordres; soit une protection commerciale par zone géographique et une protection anticopie.

Dix ans plus tard, avec l'arrivée du disque Blue-ray, les studios conservèrent sensiblement le modèle adopté pour le DVD et ils introduisirent de nouvelles mesures de protection, toujours basées sur le cryptage, telles que le « *Advance Access Content System* » (AACs).³²

Aujourd'hui, suite à l'apparition de nouveaux joueurs tels qu'iTunes et Netflix, la distribution de contenu audiovisuel tend à se transporter vers le web et le flux

²⁶ *Id.*

²⁷ VÄLIMÄKI, Mikko, *Future of DRM, Lessons from and unfortunate history*, en ligne : www.valimaki.com/org/drm_history.pdf, 2006, p.25.

²⁸ MORIN, Philippe, *Op. Cit.*, 295.

²⁹ *Id.*

³⁰ *Id.*

³¹ MORIN, Philippe, *Op. Cit.*, 296.

³² AACs, «What is AACs», en ligne : <http://www.aacsla.com/>.

continu. Pour protéger leur contenu, ces distributeurs emploient des techniques dites de « *proprietary viewer* », qui requièrent que l'utilisateur s'enregistre et paie un certain montant pour obtenir un accès à l'œuvre.

b. Les MTP dans l'industrie de la musique :

C'est avec l'arrivée du numérique que le piratage de la musique a commencé à prendre de l'ampleur, au point de devenir le phénomène que nous connaissons aujourd'hui. Bien sûr, il avait toujours été possible de copier le contenu d'un disque vinyle en utilisant les appareils appropriés, mais l'arrivée du CD audio fit en sorte que l'utilisateur moyen pouvait maintenant copier ses disques sans grande difficulté et surtout sans en altérer la qualité.

Le problème avec les CDs, d'un point de vue de protection de droit d'auteur, c'est que l'information qu'ils contiennent ne peut difficilement être protégée, en raison du standard qu'ils utilisent. Néanmoins, certaines mesures peuvent être utilisées pour rendre la tâche plus difficile aux pirates, comme l'inclusion d'erreurs volontaires sur le disque, que les lecteurs CD pourront reconnaître, mais que le lecteur CD-ROM d'un PC ne pourra rectifier.

En 2005, Sony BMG introduisit une MTP destinée aux CD-ROM, qui avait pour rôle d'installer un logiciel anticopie sur le disque dur de l'ordinateur du consommateur; le tout, à son insu. Malheureusement, ce logiciel avait également pour effet de rendre les ordinateurs instables et de les exposer aux attaques de logiciels malveillants³³. L'utilisation de cette MTP donna lieu à un véritable scandale et engendra de nombreuses poursuites judiciaires à l'encontre de la société.

Finalement, Sony renonça à utiliser ce type de protection sur ses disques, après avoir réglé les différents litiges au moyen d'ententes hors cours³⁴. Précisons que des disques comprenant ce type de protection ne peuvent être identifiés comme des CDs car ils ne correspondent pas au standard des disques compacts, que l'on appelle le « Red Book »³⁵. Ainsi, on réfèrera plutôt à ces disques comme étant des « Copy Protected Discs ».

³³ BROWN, Bob, « Sony BMG rootkit scandal : 5 years later », *Network World*, 2010-11-01, en ligne : <http://www.networkworld.com/news/2010/110110-sonybm-g-rootkit-fsecure-drm.html?page=1>.

³⁴ BBC NEWS, « Legal fallout from Sony's CD woes », 2006-01-03, en ligne : <http://news.bbc.co.uk/2/hi/technology/4577536.stm>.

³⁵ ABOUT.COM, « Red Book CD Standards », *About.com*, en ligne : <http://musicians.about.com/od/qz/g/redbook.htm>.

En 2007, le monde de la musique fut renversé par l'annonce conjointe d'EMI et d'Apple, indiquant que le large catalogue de la société londonienne serait dorénavant disponible sur iTunes, sans aucune MTP³⁶. Lors de cette annonce, le défunt PDG de Apple, Steeve Jobs, affirma son intention de convaincre les trois autres grandes maisons de disque d'emboîter le pas dans ce qui sera une véritable révolution pour l'industrie de la musique. Dans les mois qui suivirent, les autres grands joueurs de la distribution de musique en ligne tels qu'Amazon³⁷, Warner Music³⁸, Universal³⁹ et finalement Sony BMG⁴⁰ firent tous de même.

c. *Les MTP dans l'industrie de l'informatique :*

Les premiers micro-ordinateurs personnels destinés au grand public ont été commercialisés vers le milieu des années 1970. Le modèle le plus connu étant le Altair 8800, basé sur un microprocesseur Intel. Ce micro-ordinateur fonctionnait à l'aide d'un logiciel créé par Microsoft, qui était en fait un long ruban de papier perforé. En raison de la nature du support sur lequel il était vendu, ce logiciel était très vulnérable au piratage. D'ailleurs, dans une lettre ouverte écrite en 1976, Bill Gates plaidait pour le respect du droit d'auteur en matière de logiciels :

« As the majority of hobbyists must be aware, most of you steal your software. Hardware must be paid for, but software is something to share. [...] One thing you do is prevent good software from being written. Who can afford to do professional work for nothing? »⁴¹

³⁶ NICCOLAI, James et WILLIAMS, Martyn, «EMI Drops DRM for Music Sold Through iTunes», *TechHive*, 2007-04-02, en ligne : <http://www.techhive.com/article/130308/article.html>.

³⁷ L'EXPANSION.COM, «Warner Music abandonne les DRM avec Amazon», *L'Expansion.com*, 2007-12-28, en ligne : http://lexpansion.lexpress.fr/high-tech/warner-music-abandonne-les-drm-avec-amazon_138120.html.

³⁸ *Id.*

³⁹ CHAMPEAU, Guillaume, «Universal Music abandonne les DRM sur tout son catalogue», *Numerama*, 2008-09-02, en ligne : <http://www.numerama.com/magazine/10535-universal-music-abandonne-les-drm-sur-tout-son-catalogue.html>.

⁴⁰ HOLAHAN, Catherine, «Sony BMG Plans to Drop DRM», *Business Week*, 2008-01-04, en ligne : <http://www.businessweek.com/stories/2008-01-04/sony-bmg-plans-to-drop-drmbusinessweek-business-news-stock-market-and-financial-advice>.

⁴¹ GATES, Bill, *An open letter to Hobbyists*, 3 Février 1976, en ligne : http://www.digibarn.com/collections/newsletters/homebrew/V2_01/gatesletter.html#gatesletter

Malheureusement, il était à peu près impossible de prévenir la copie des logiciels distribués sur rubans papier, pas plus que sur rubans magnétiques. Il faudra donc attendre la fin des années 1970 et le début des années 1980, avec la mise en marché des disquettes, pour que les premiers exemples de MTP destinés à protéger les logiciels fassent leur apparition⁴². Cependant, le succès de ces mesures demeurerait marginal. En effet, des problèmes de compatibilité empêchant l'installation des MTP sur les disques durs des utilisateurs rendaient ces technologies très peu efficaces⁴³. De plus, les disquettes étaient tellement fragiles que les logiciels non protégés par une MTP devinrent rapidement plus recherchés que ceux qui jouissaient d'une protection, puisque les utilisateurs souhaitaient pouvoir faire des copies de secours de leurs logiciels, anticipant que ceux-ci deviendraient inutilisables avec le temps.

Au cours des années 1980, on assista à l'apparition de plusieurs variantes de MTP, principalement destinées à la protection des jeux vidéo. La majorité de ces MTP étaient basées sur un système de cryptage et requéraient que l'utilisateur entre un code afin de décrypter le jeu. Or, pour rendre ces mesures encore plus efficaces, l'industrie usa d'imagination et l'on commença à dissimuler les codes dans les livrets d'instructions ou dans l'emballage des produits. Par exemple, pour installer le jeu Aladdin de Disney, l'utilisateur devait entrer le 5^e mot du 5^e paragraphe de la page 12 du manuel d'instructions⁴⁴. Le jeu Test Drive 3, pour sa part, était vendu à l'aide d'une roulette de plusieurs épaisseurs de papiers perforés, que l'utilisateur devait aligner de façon à pouvoir lire un code⁴⁵.

Déjà à l'époque, l'utilisation de ces mesures de protection était loin de faire l'unanimité auprès des consommateurs. Néanmoins, lorsqu'elles étaient bien implémentées, ces MTP n'étaient pas non plus trop contraignantes et les utilisateurs ne s'en trouvaient pas véritablement pénalisés. Par contre, si les exemples mentionnés ci-haut peuvent apparaître comme des solutions créatives à un problème grandissant, il faut souligner que certaines entreprises franchissaient parfois la mince ligne qui sépare une MTP efficace d'une MTP problématique. Ainsi, les années 1980

⁴² Le Software service système (« SSS »), fût l'une des premières implémentations de MTP en matière de logiciel. Mis en marché en 1983, ce système était basé sur une technologie de cryptage et permettait à l'utilisateur de décrypter le logiciel, suite au paiement de droits d'accès, par l'entremise d'un système de transactions sécurisées. Le SSS était basé sur la prémisse que les logiciels cryptés devaient être distribués gratuitement et qu'il fallait encourager les utilisateurs à en faire le partage. Une version améliorée du SSS sera plus tard connue sous le nom de « Superdistribution ».

⁴³ VÄLIMÄKI, Mikko, *Op. Cit.*, p.9.

⁴⁴ BASSINGER, Clint, «History of DRM & Copy Protection in Computer Games», LGR, saison 4, épisode 19, 2012-10-26, en ligne : <http://www.youtube.com/watch?v=HjEbpMgiL7U>

⁴⁵ *Id.*

furent le théâtre de l'apparition d'un lot de mesures de protection tellement restrictives qu'elles rendaient le logiciel inutilisable.

Par exemple, certains jeux étaient vendus avec des codes inscrits sur des papiers très foncés et très denses, de sorte qu'il fallait se positionner à proximité d'une source de lumière et qu'il fallait placer la feuille dans un angle précis afin de pouvoir les décoder⁴⁶, ce à quoi le consommateur ne parvenait pas toujours. D'autres utilisaient des codes de couleurs qui rendaient les jeux inutilisables pour les consommateurs souffrant de handicaps visuels⁴⁷. Inutile de mentionner que si l'utilisateur perdait le manuel d'instructions ou l'endommageait, le jeu devenait également inutilisable puisqu'il fallait valider ces informations au début de chaque utilisation. Bref, dans les années 1980 et 1990, la présence de MTP sur les logiciels commença à devenir un élément dissuasif à l'achat pour certains consommateurs.

Avec la démocratisation d'internet et l'arrivée du « *cloud computing* » ou « infonuagique », l'industrie opta pour de nouveaux modes de protections offrant davantage de garanties. Ainsi, l'activation en ligne d'un logiciel est rapidement devenue la norme au courant des années 2000. De même, les mises à jour fréquentes destinées à vérifier la légitimité de l'œuvre, le jeu en flux continu et la distribution par téléchargement ont également été adoptées et se sont rapidement imposées comme des solutions sensiblement plus efficaces.

d. Les MTP dans l'industrie du livre numérique

Dans l'industrie du livre numérique, la majorité des grands distributeurs emploient une technique de DRM qui leur est propre. Ainsi, les livres achetés sur iTunes seront protégés par le système FairPlay, alors que ceux achetés sur Amazon reposeront sur les technologies Topaze ou Mobipocket. Essentiellement, ces MTP sont des systèmes de cryptage qui sont destinés à limiter l'accès et la reproduction du livre. Si la majorité des MTP restreignent la lecture du livre à l'appareil pour lequel ils ont été vendus, certains formats pourront néanmoins être ouverts via des appareils tiers.

Toutefois, certains livres numériques ne seront pas protégés par des MTP, mais seront plutôt marqués d'un tatouage numérique⁴⁸. Par exemple, le nom de l'acheteur du livre ainsi que son adresse courriel pourront alors apparaître en

⁴⁶ *Id.*

⁴⁷ *Id.*

⁴⁸ TAILLANDIER, Florent, « Les DRM et les ebooks : c'est quoi le problème », *CNETFrance*, 2011-05-05, en ligne : <http://www.cnetfrance.fr/news/les-drm-et-les-ebooks-c-est-quoi-le-probleme-39760503.htm>.

filigrane sur chacune des pages du livre, ce qui servira à prévenir que le livre soit partagé en ligne puisqu'on pourra alors en retracer la source.

Au Québec, la majorité des éditeurs emploient maintenant le tatouage numérique pour les œuvres qui ne sont pas vendues sur les grands canaux de distribution.⁴⁹

4. Les nouvelles dispositions sur les MTP dans la *Loi sur le droit d'auteur* :

Lors de la modernisation de la *Loi sur le droit d'auteur*, le législateur a accordé une importance prépondérante aux MTP. En adoptant des dispositions qui définissaient et encadraient ce type de mesures de protection, le gouvernement fédéral souhaitait notamment rattraper le retard qu'il avait pris face à plusieurs pays en matière de protection de droit d'auteur⁵⁰.

D'ailleurs, lors de l'annonce de cette modernisation législative, James Moore qui était alors ministre du Patrimoine canadien, affirmait que « [Le] *gouvernement a préparé un projet de loi sur la modernisation du droit d'auteur qui vient placer le Canada à l'avant-garde de l'économie numérique.* »⁵¹. Le ministre insistait alors sur l'importance du système de verrou numérique pour protéger les emplois dans les industries culturelles, protéger l'innovation et la créativité ainsi que les investissements. Il mettait néanmoins en garde les consommateurs contre l'avidité de l'Industrie en matière de sécurité, alléguant qu'il reviendrait aux citoyens de faire pression pour qu'elle ne recoure pas trop facilement ou largement à ces serrures numériques⁵².

Ainsi, la refonte de la *Loi sur le droit d'auteur* s'est articulée autour des dispositions visant les MTP, ce qui répondait en effet à un besoin criant.

a. Définitions et concepts

⁴⁹ MOREL, Bastien, « L'éditeur québécois Alire poursuit dans la révolution numérique », Actualité, 2010-08-11, en ligne : <http://www.actualite.com/acteurs-numeriques/l-editeur-quebecois-alire-poursuit-dans-la-revolution-numerique-20755.htm>.

⁵⁰ LÉVESQUE, Lisa, « Ottawa modernise sa loi sur le droit d'auteur », *La Presse Canadienne*, 2010-06-02, en ligne : <http://www.lapresse.ca/actualites/politique/politique-canadienne/201006/02/01-4286257-ottawa-modernise-sa-loi-sur-le-droit-dauteur.php>.

⁵¹ LÉVESQUE, Lisa, *Op. Cit.*

⁵² *Id.*

C'est l'article 41 de la *Loi sur le droit d'auteur* qui définit le concept de « mesure technique de protection ». En vertu de cet article, une MTP est donc:

« Toute technologie ou tout dispositif ou composante qui, dans le cadre normal de son fonctionnement :

(a) soit contrôle efficacement l'accès à une œuvre, à une prestation fixée au moyen d'un enregistrement sonore ou à un enregistrement sonore et est autorisé par le titulaire du droit d'auteur;

(b) soit restreint efficacement l'accomplissement à l'égard d'une œuvre, d'une prestation fixée au moyen d'un enregistrement sonore ou d'un enregistrement sonore, d'un acte visé aux articles 3, 15 ou 18 ou pour lequel l'article 19 prévoit le versement d'une rémunération. »

À la lecture de cette définition, il convient de distinguer deux catégories de MTP; soit les MTP destinées à contrôler l'accès à une œuvre et celles servant à limiter l'usage qui en sera fait par l'utilisateur.

Les MTP d'accès servent à prévenir que l'œuvre soit accessible par ceux qui n'y sont pas autorisés. Elles peuvent donc avoir pour fonction d'en limiter l'usage à une zone géographique donnée ou à un support ou un périphérique donné. Généralement, l'accès à une œuvre digitale sera protégé par un code, une procédure d'identification ou par divers autres types de cryptages. Par exemple, pensons aux sites internet dont l'accès est limité par un mot de passe ou encore aux systèmes de cryptage destinés à protéger le signal des distributeurs de télévision.

Les MTP d'usage, quant à elles, peuvent notamment servir à prévenir que l'utilisateur ne réalise des copies de l'œuvre protégée, ou encore servir à garantir que l'œuvre sera utilisée de la manière prévue par son auteur. Ce sont les articles 3, 15, 18 et 19 de la *Loi sur le droit d'auteur*, qui définissent l'étendue de ce type de protection.

Par exemple, les documents Acrobat eBook Reader qui permettent à l'éditeur ou au distributeur d'un livre de contrôler le type d'usage qui sera permis pour une œuvre en particulier. Ainsi, certains livres distribués en format Acrobat eBook Reader pourront permettre une lecture seule, ou encore une impression, ou même une distribution gratuite.

Dans certains cas, il sera plus difficile de tracer la ligne entre les MTP d'accès et les MTP d'usage. Par exemple, le cas des protections que l'on retrouve sur les livres numériques vendus sur iTunes. En effet, les MTP que l'on retrouve sur ces livres empêchent que le contenu soit copié, tout en limitant l'usage aux seuls dispositifs vendus par Apple (iPad, iPhone, etc.). Nous verrons ci-après les répercussions possibles de cette confusion.

b. Interdiction de contourner une MTP

En plus de définir le concept de mesure technique de protection, la *Loi sur le droit d'auteur* comprend également des dispositions visant à protéger les MTP en elles-mêmes. Ainsi, nul ne peut contourner une MTP qui vise à contrôler l'accès à une œuvre⁵³ et ce, même si l'œuvre en question a été licitement acquise. Il est donc interdit, par exemple, de déverrouiller un disque Blue-ray afin de pouvoir le lire dans une zone géographique distincte de celle pour laquelle il a été vendu.

Mentionnons que l'adoption de dispositions liées aux MTP visait notamment à permettre au Canada de ratifier les deux traités Internet de l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI) signés en 1996⁵⁴; soit le Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur (TODA) et le Traité de l'OMPI sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes (TOIEP)⁵⁵.

En effet, ces deux traités comportent des clauses stipulant que les parties à la convention doivent prévoir une protection juridique appropriée et des sanctions juridiques efficaces contre la neutralisation des MTP⁵⁶.

L'article 41.1 (1), qui circonscrit l'étendue des protections applicables aux MTP se lit comme suit :

«**41.1 (1)** Nul ne peut :

a) contourner une mesure technique de protection au sens de l'alinéa a) de la définition de ce terme à l'article 41;

b) offrir au public ou fournir des services si, selon le cas :

(i) les services ont pour principal objet de contourner une mesure technique de protection,

(ii) les services n'ont aucune application ou utilité importante du point de vue commercial si ce n'est le contournement d'une mesure technique de protection,

⁵³ Loi sur le droit d'auteur, art.41.1 (1) a).

⁵⁴ BELLAVANCE, Joël-Denis, « Piratage : l'Union européenne semonce le Canada », *La Presse*, 2010-09-04, en ligne : <http://affaires.lapresse.ca/economie/international/201009/03/01-4312551-piratage-lunion-europeenne-semonce-le-canada.php>.

⁵⁵ LITHWICK, Dara et THIBODEAU, Maxime-Olivier, « Projet de loi C-11 : Loi modifiant la Loi sur le droit d'auteur », *Résumé législatif*, Publication n° 41-1-C11-F, *Bibliothèque du Parlement*, 2012-04-20, p.21.

⁵⁶ Articles 11 TODA et 18 TOIEP.

- (iii) il présente — lui-même ou de concert avec une autre personne — les services comme ayant pour objet le contournement d'une mesure technique de protection;
- c) fabriquer, importer, fournir, notamment par vente ou location, offrir en vente ou en location ou mettre en circulation toute technologie ou tout dispositif ou composant si, selon le cas :
- (i) la technologie ou le dispositif ou composant a été conçu ou produit principalement en vue de contourner une mesure technique de protection,
 - (ii) la technologie ou le dispositif ou composant n'a aucune application ou utilité importante du point de vue commercial si ce n'est le contournement d'une mesure technique de protection,
 - (iii) il présente au public — lui-même ou de concert avec une autre personne — la technologie ou le dispositif ou composant comme ayant pour objet le contournement d'une mesure technique de protection. »⁵⁷
- (Nos soulignements)

À la lecture de cet article, il appert que les restrictions au contournement d'une MTP ne seront pas les mêmes, selon qu'il s'agisse d'une MTP prévue au paragraphe (a) ou au paragraphe (b) du second alinéa de l'article 41, que nous avons reproduit précédemment.

En effet, la Loi interdit expressément le contournement d'une MTP visant à protéger l'accès, mais demeure muette quant aux conséquences découlant du contournement d'une MTP qui aurait plutôt pour objet le contrôle de la reproduction d'une œuvre.

Par conséquent, il faut en déduire que les dispositions anti-contournement cèdent le pas à certains droits de reproduction prévus par la Loi, tels que le droit à l'utilisation équitable et le droit au changement de support⁵⁸. Par exemple, un consommateur pourra transférer la musique qu'il a achetée sur son iPhone vers une tablette Android et ce, sans craindre de brimer quelques droits d'auteurs que ce soit; à condition bien sûr que cette musique ne soit pas protégée par une MTP définie à l'article 41 (2) (a) de la Loi.

Or cela peut justement poser problème. En effet, les MTP modernes combinent fréquemment les deux fonctions; soit de limiter l'accès à l'œuvre et d'en contrer la reproduction. Pensons encore une fois aux DVD et disques Blue-ray, dont la protection prévient à la fois la copie et l'usage à l'extérieur d'une zone géographique préétablie. Par conséquent, puisque les droits de reproduction alloués à l'utilisateur pour une utilisation équitable ou pour un changement de support sont tous assujettis

⁵⁷ Loi sur le droit d'auteur, *Op. Cit.*, art 41.1(1).

⁵⁸ LITHWICK, Dara et THIBODEAU, Maxime-Olivier, *Op. Cit.*, p.20.

à l'article 41.1 (1), il en résulte que la possibilité de contourner une MTP pour ces motifs risque souvent de s'avérer davantage théorique que réelle⁵⁹.

Par ailleurs, le ministre James Moore avait fait allusion à cette problématique lors de la conférence de presse entourant l'annonce des modifications apportées à la Loi. Celui-ci mentionnait alors que « [c]e n'est par le gouvernement qui impose une serrure numérique. L'industrie va choisir si elle veut mettre une telle serrure »⁶⁰. Bien sûr, il est permis de douter que l'Industrie choisisse volontairement de renoncer à un droit qui non seulement lui permet de protéger ses œuvres, mais lui permet également d'éviter d'avoir à se soumettre à des exceptions qu'elle pourrait juger indésirables, ou moins intéressantes financièrement.

S'il est vrai que la loi du marché pourrait permettre de réguler le recours aux MTP⁶¹, puisque les consommateurs seront davantage prompts à acheter une œuvre qui en est dénuée, il faut toutefois considérer que certains marchés sont plus solidaires que d'autres dans l'application des mesures de protection. Ainsi, il est évident qu'une société d'enregistrement de disques qui déciderait de réintroduire les MTP dans le marché de la musique numérique pourrait avoir quelques difficultés à y parvenir sans compromettre sa rentabilité. Toutefois, dans le marché du DVD et du disque Blu-ray, où l'usage de MTP est la norme, il est à prévoir que les studios choisissent de conserver leurs acquis.

À ce propos, la Loi comprend certaines exceptions à l'interdiction de contourner les MTP. Ainsi, les articles 41.11 et suivants énumèrent une série de situations où il sera permis de contourner une MTP; c'est-à-dire :

- aux fins d'une enquête liée à la sécurité nationale⁶²;
- pour rendre divers programmes d'ordinateur interopérables⁶³;
- pour des fins de recherche sur le chiffrement⁶⁴;

⁵⁹ GEIST, Michael, «Setting the record straight : 32 questions and answers on C-32's digital lock provisions», Michaelgeist.ca, 2010-06-11, en ligne : <http://www.michaelgeist.ca/content/view/5110/125/>.

⁶⁰ LÉVESQUE, Lisa, *Op. Cit.*

⁶¹ SOOKMAN, Bary, *Computers, Internet and Electronic Commerce Law*, Thompson Reuters Canada Limited, chapitre 7, p.3.

⁶² Loi sur le droit d'auteur, *Op. cit.*, art. 41.11.

⁶³ Loi sur le droit d'auteur, *Op. cit.*, art. 41.12.

⁶⁴ Loi sur le droit d'auteur, *Op. cit.*, art. 41.13.

- pour vérifier si la MTP permet la collecte d'informations personnelles⁶⁵;
- pour évaluer la vulnérabilité d'un ordinateur, d'un système informatique ou d'un réseau d'ordinateurs ou, pour corriger des défauts de sécurité lorsque permis par le propriétaire ou l'administrateur de ceux-ci⁶⁶;
- pour rendre perceptible l'œuvre ou la prestation à une personne ayant une déficience perceptuelle⁶⁷;
- pour permettre à des radiodiffuseurs de faire des enregistrements temporaires pour des raisons techniques, ou encore; pour déverrouiller un appareil radio (téléphone cellulaire)⁶⁸.

Évidemment, chacune de ces exceptions est soumise à des conditions et leur application doit être faite restrictivement. Il faut également remarquer que ces exceptions au droit exclusif de l'auteur ne sont pas assorties d'un mécanisme de rémunération pour celui-ci⁶⁹.

Au sujet de l'exception prévue pour le déverrouillage d'un téléphone cellulaire, certains ont fait remarquer que cette fonction n'avait rien à voir avec le droit d'auteur. À ce propos, le US Copyright Office mentionnait que :

«Ce que le propriétaire [d'un téléphone verrouillé] cherche en réalité à faire avec son appareil, c'est de permettre à ce combiné de faire ce qu'il est censé faire, soit de se brancher licitement à n'importe quel fournisseur. Il ne s'agit pas là d'une violation de la part des utilisateurs.»⁷⁰. (Traduction)

Ainsi, l'inclusion d'une telle exception, concernant le déverrouillage des téléphones, pourrait signifier que l'interdiction du contournement des MTP est rédigée de façon à déborder le simple droit d'auteur⁷¹.

⁶⁵ Loi sur le droit d'auteur, *Op. cit.*, art. 41.14.

⁶⁶ Loi sur le droit d'auteur, *Op. cit.*, art. 41.15.

⁶⁷ Loi sur le droit d'auteur, *Op. cit.*, art. 41.16.

⁶⁸ Loi sur le droit d'auteur, *Op. cit.*, art. 41.17.

⁶⁹ AZZARIA, George, «Loi sur le droit d'auteur – Les auteurs mis sur la touche», *Le Devoir*, 2010-06-15, en ligne : <http://www.ledevoir.com/politique/canada/290862/loi-sur-le-droit-d-auteur-les-auteurs-mis-sur-la-touche>.

⁷⁰ LITHWICK, Dara et THIBODEAU, Maxime-Olivier, *Op. Cit.*, note de bas de page n° 78 p.36.

⁷¹ *Id.*

Finalement, il est à noter que l'article 41.21 de la Loi permet au gouverneur en conseil d'ajouter, par règlement, des exclusions aux dispositions relatives aux MTP⁷². Cette disposition permettra de faire face à l'évolution des technologies, en adaptant la Loi pour qu'elle reflète les nouvelles réalités du droit d'auteur.

c. Interdiction de permettre ou de faciliter le contournement d'une MTP

Le nouvel article 41 (1) de la Loi interdit également la distribution et la commercialisation de dispositifs destinés à faciliter ou à permettre le contournement d'une MTP⁷³. Puisqu'il n'est pas précisé à quel type de MTP il est fait allusion dans cet article, il faut en déduire qu'il s'applique tout autant aux MTP d'accès qu'aux MTP d'usage.

d. Les dommages-intérêts préétablis

En cas de violation des articles 41 et suivants, les ayants droit pourront se prévaloir des de tous les recours que la loi accorde pour la violation d'un droit; le tout conformément aux articles 34 et suivants et sous réserve des exceptions prévues à la Loi, telle que l'exception relative aux établissements d'enseignement. La loi prévoit cependant un barème préétabli pour les dommages-intérêts qui pourront être accordés. Ainsi, une violation commise avec une visée commerciale pourra donner lieu à l'octroi d'un montant allant de 500\$ à 20 000\$ par violation. Cependant, le législateur fait une distinction entre les violations à des fins commerciales et celles réalisées à des fins personnelles⁷⁴. Dans le second cas, les montants alloués devront se situer entre 100\$ et 5 000\$; pour l'ensemble des violations.

Encore une fois, la Loi prévoit une grande quantité d'exceptions et de présomptions que nous n'aborderons pas en détail. Mentionnons néanmoins l'exception permettant au tribunal de réduire ou d'annuler le montant des dommages-intérêts accordés, lorsque le défendeur ne savait pas et n'avait aucun motif raisonnable de croire qu'il avait contrevenu aux dispositions relatives aux MTP⁷⁵.

Il faut également souligner l'effort consenti par le gouvernement fédéral pour limiter la portée des dispositions coercitives à l'endroit des particuliers. Ainsi, la législation canadienne ne devrait pas donner lieu à des poursuites prohibitives comme ce fut le

⁷² Loi sur le droit d'auteur, *Op. cit.*, art. 41.21.

⁷³ Loi sur le droit d'auteur, *Op. cit.*, art. 41.1 (1) b) c).

⁷⁴ Loi sur le droit d'auteur, *Op. cit.*, art. 38.1.

⁷⁵ Loi sur le droit d'auteur, *Op. cit.*, art. 41.19.

cas aux États-Unis, notamment avec l'affaire The Hurt Locker, où un studio de cinéma avait envoyé des mises en demeure à 50,000 présumés pirates, leur demandant de payer une somme allant de 1,500\$ à 2,400\$ en compensation, sans quoi ils s'exposaient à des poursuites de plusieurs dizaines de milliers de dollars⁷⁶. Dans la foulée, des mises en demeure avaient également été envoyées à des Canadiens, puisque les nouvelles dispositions limitant les montants des dommages et intérêts n'étaient pas encore en application⁷⁷.

e. Les dispositions criminelles

La Loi comporte des dispositions criminelles, visant à sanctionner les violations de droit d'auteur lorsqu'elles ont été commises dans un objectif commercial. Parmi ces dispositions, l'article 42 (3.1) traite explicitement des infractions liées au contournement d'une MTP.

Le paragraphe 3.1 de l'article 42 de la Loi se lit comme suit :

« (3.1) *Quiconque — à l'exception de la personne qui agit pour le compte d'une bibliothèque, d'un musée, d'un service d'archives ou d'un établissement d'enseignement — contrevient sciemment et à des fins commerciales à l'article 41.1 commet une infraction passible :*

a) *sur déclaration de culpabilité par mise en accusation, d'une amende maximale de 1 000 000 \$ et d'un emprisonnement maximal de cinq ans, ou de l'une de ces peines;*

b) *sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire, d'une amende maximale de 25 000 \$ et d'un emprisonnement maximal de six mois, ou de l'une de ces peines. »⁷⁸*

Rappelons que l'exception relative aux bibliothèques, services d'archives ou établissements d'enseignement est la conséquence de l'article 41.2, qui prévoit qu'une injonction est le seul recours possible, si le défendeur ne savait pas ou n'avait aucun motif raisonnable de croire que ses actes enfreignaient les dispositions relatives aux MTP.

f. Le rôle des fournisseurs de services réseau et d'outils de repérage

⁷⁶ PEPITONE, Julianne, « 50, 000 BitTorrent users sued for alleged illegal downloads », *Cnn Money*, 2011-06-10, en ligne : http://money.cnn.com/2011/06/10/technology/bittorrent_lawsuits/index.htm.

⁷⁷ <http://techno.lapresse.ca/nouvelles/internet/201111/28/01-4472247-telechargement-de-the-hurt-locker-des-internautes-canadiens-poursuivis.php>.

⁷⁸ Loi sur le droit d'auteur, *Op. cit.*, art. 42.

Certains auteurs ont décrié le fait que les modifications apportées à la Loi n'imposent pas davantage d'obligations aux fournisseurs de services, en ce qui a trait à la lutte au piratage⁷⁹. En effet, les nouvelles dispositions clarifient les limites de la responsabilité des fournisseurs, lorsqu'ils n'agissent que comme simples intermédiaires aux activités de communication, d'hébergement et de mise en antémémoire. De fait, la Loi ne leur impose qu'une obligation de relayer un avis à la personne soupçonnée d'avoir violé des droits d'auteurs⁸⁰. Ils devront cependant conserver un dossier contenant toute l'information pertinente, telle que l'identité de l'abonné, au cas où une poursuite serait intentée. Ce dossier devra être conservé pour une période variant de six mois à un an, sans quoi le fournisseur pourrait être condamné à verser des dommages-intérêts allant de 5,000\$ à 10,000\$⁸¹.

L'article 41.27 de la Loi pour sa part limite à une injonction le recours d'un titulaire de droit d'auteur contre un fournisseur d'outil de repérage reconnu coupable de violation du droit d'auteur⁸².

L'adoption des articles 41.25 et 41.26 de la Loi, qui ne sont pas en vigueur au moment d'écrire ces lignes, a donné lieu à un certain débat d'idées dans les journaux et sur le web. En effet, certains auteurs et regroupements de créateurs prétendaient qu'il fallait assortir ces articles de dispositions permettant de retirer l'accès internet aux utilisateurs qui violeraient le droit d'auteur, de telles mesures existant dans un certain nombre de pays⁸³.

Ainsi, l'auteur Barry Sookman invoquait que le système d'avis ne convenait sans doute pas et que c'est un système d'avis et de retrait qu'il faudrait adopter, soit :

« The Bill contains the notice and notice system that was in C-61. There is no notice and takedown system, something that has been implemented internationally, and is required to effectively deal with operators of pirate sites that infringe content on a substantial scale and to deal promptly with time-sensitive postings, such as postings of pirated movies, video games or albums

⁷⁹ AZZARIA, George, *Op. Cit.*

⁸⁰ Loi sur le droit d'auteur, *Op. cit.*, art. 41.26. (non en vigueur)

⁸¹ *Id.*

⁸² Loi sur le droit d'auteur, *Op. cit.*, art. 41.27.

⁸³ Notamment en France et au Royaume-Uni.

prior to their official release, which can thwart the commercial viability of new releases. »⁸⁴

Ultimement, la proposition d'un système de gradation fût rejetée, entre autre parce qu'elle fut jugée non conforme à la Charte des droits, puisque le retrait d'un contenu sans préavis ni preuve de violation du droit d'auteur risquerait de porter atteinte à la liberté d'expression⁸⁵.

5. Les critiques adressées aux MTP

Nous avons déjà abordé quelques-uns des motifs pour lesquels les MTP sont loin de faire l'unanimité auprès des consommateurs. Dans cette section, nous traiterons des trois principales critiques adressées aux MTP; soit les dangers qu'elles représentent du point de vue de la protection de la vie privée; le fait qu'elles sont souvent très restrictives, trop intrusives et mal annoncées et, finalement; les désagréments qu'elles causent aux consommateurs lorsqu'elles sont mal implémentées.

a. Les risques liés à la protection des renseignements personnels

Nous avons précédemment traité du scandale du *Rootkit* de Sony BMG, qui devait protéger les disques contre le piratage, mais qui avait comme effet secondaire de rendre les ordinateurs vulnérables aux attaques de logiciels malveillants. Or, ce type de fichier à installation automatique n'est pas uniquement l'apanage de Sony. En effet, un ingénieur de Google révéla en 2012 que la plateforme de jeu en ligne Uplay, de la compagnie Ubisoft, était également un *Rootkit*; soit un outil dont le but est de permettre l'accès à un ordinateur de façon furtive⁸⁶. Celui-ci contenait une faille qui rendait l'ordinateur vulnérable aux attaques, permettant à un individu mal intentionné de prendre contrôle de l'ordinateur en question⁸⁷.

Il est vrai que les entreprises divulguent souvent l'existence de ce type de programme dans les conditions d'utilisation du logiciel. Ces conditions apparaissent

⁸⁴ SOOKMAN, Barry, «Some thoughts on Bill C-32 : An Act to MOdernize Canada's copyright laws», 2010-06-03, en ligne : <http://www.barrysookman.com/2010/06/03/some-thoughts-on-bill-c-32-an-act-to-modernize-canada%E2%80%99s-copyright-laws/>.

⁸⁵ LITHWICK, Dara et THIBODEAU, Maxime-Olivier, *Op. Cit.*, p.27.

⁸⁶ F. Sean, «Ubisoft DRM Contains Rootkit, Update Available to Fix Vulnerability», *Digital Digest*, 2012-08-01, en ligne : <http://www.digital-digest.com/news-63435-Ubisoft-DRM-Contains-Rootkit-Update-AvailableTo-Fix-Vulnerability.html>.

⁸⁷ *Id.*

à l'écran au moment de l'installation et il est de la responsabilité de l'utilisateur d'y porter attention. Néanmoins, il est possible de croire que la majorité des utilisateurs canadiens n'est pas au courant que ce type de MTP peut entraîner des risques de sécurité importants pour leur ordinateur et l'information privée qui s'y retrouve.

Également, un grand nombre des MTP requièrent que l'utilisateur s'enregistre et qu'il fournisse certaines informations personnelles pour pouvoir accéder au contenu protégé. Par conséquent, ce type de MTP empêche l'utilisation anonyme du contenu; sans parler du fait que l'identification obligatoire facilite le profilage des préférences des utilisateurs.

b. Des MTP trop restrictives et trop envahissantes

La présence de MTP sur une œuvre est rarement annoncée au moment où le consommateur choisit de se la procurer. Par conséquent, il peut s'avérer difficile de faire un choix éclairé au moment de l'achat.

Or, ce choix peut être lourd de conséquences si l'utilisateur souhaitait acheter une œuvre pour l'utiliser sur plusieurs périphériques, mais qu'il s'aperçoit après coup qu'une MTP l'en empêche. Également, une œuvre dont le nombre d'installations est limité par une MTP ne pourra être réinstallée si l'utilisateur change d'ordinateur ou même s'il change certaines composantes de son ordinateur. Ce type de restrictions a donc fréquemment fait l'objet de critiques de la part d'utilisateurs brimés alors que celui qui se serait procuré l'œuvre illégalement n'aurait pas été incommodé par cette restriction.

Malgré tout, les MTP qui limitent à ce point le nombre d'installations tendent à disparaître. En effet, la tendance est à permettre à l'utilisateur de télécharger à nouveau le contenu qu'il a acheté sur un support précédent; à condition que ce nouveau support provienne du même écosystème.

Les récents déboires de l'entreprise de commerce électronique Amazon fournissent un exemple frappant de la portée des MTP sur les œuvres que les consommateurs pensent avoir dûment achetées.

En 2009, l'entreprise Amazon fit les manchettes en raison des mesures techniques de protection qu'elle avait implémentées dans ses livres numériques. L'entreprise avait alors décidé de retirer de son catalogue les œuvres *1984* et *Animal farm* de George Orwell; le tout, en raison du fait que l'éditeur qui avait mis les œuvres en vente ne disposait pas des droits nécessaires pour le faire. Or ce faisant, Amazon effaça ces œuvres litigieuses des livres électroniques de quelques milliers

d'utilisateurs. Bien entendu, ceux-ci furent remboursés, mais cette histoire constitua un premier pavé dans la marre des MTP destinés aux livres numériques⁸⁸.

En 2012, Amazon se retrouva à nouveau sur la sellette en raison de sa gestion des droits numériques, lorsqu'elle effaça la totalité de la bibliothèque virtuelle d'une cliente. L'entreprise alléguait alors que le compte utilisateur effacé était relié à un autre compte, qui avait été préalablement fermé par Amazon pour violation des conditions d'utilisation du site⁸⁹. Suite au refus de l'entreprise de fournir des détails quant à ce mystérieux deuxième compte, l'affaire fut rendue publique sur un blogue⁹⁰. En quelques jours, cette histoire fit le tour du monde; si bien que le compte en question fût ultimement remis en ligne par Amazon⁹¹.

c. Des MTP qui préviennent l'utilisation normale du contenu

En dressant l'historique des MTP dans l'industrie du logiciel, nous avons fait état de certains cas où des MTP trop strictes, se révélaient problématiques pour les utilisateurs. En effet, celles-ci empêchaient que les pirates soient en mesure d'utiliser l'œuvre, mais empêchait également les consommateurs légitimes d'y avoir accès.

Or, ce type de problème survient encore fréquemment et les conséquences de ces échecs de mise en marché sont aujourd'hui beaucoup plus importantes qu'elles ne l'étaient dans les années 1980. En effet, en raison de la vitesse à laquelle l'information se propage sur internet et avec le nombre d'options sans cesse croissant qui s'offrent aux consommateurs (dont le piratage), l'Industrie ne peut plus se permettre de compromettre la rentabilité d'un projet de l'envergure de ceux qui sont produits de nos jours.

Malgré tout, de tels exemples sont encore monnaie courante; le cas le plus récent étant celui des MTP de type «*always online*» ou à connexion constante.

⁸⁸ LE MONDE, «Amazon jette 1984 dans le trou de mémoire», *Le Monde*, 2009-07-22, en ligne : http://www.lemonde.fr/technologies/article/2009/07/22/amazon-jette-1984-dans-le-trou-de-memoire_1221324_651865.html.

⁸⁹ MOSBERGEN, Dominique, «Amazon Allegedly Deleted Customer's Kindle; Incident Triggers Discussion About eBooks, DRM» Huffington post, 2012-10-23, en ligne: http://www.huffingtonpost.com/2012/10/22/amazon-kindle-deleted-remotely-ebooks-drm_n_2001952.html.

⁹⁰ BEKKELUND, Martin, « Outlawed by Amazon DRM », *En Blogg om IT*, 2012-10-22, en ligne : <http://www.bekkelund.net/2012/10/22/outlawed-by-amazon-drm/>.

⁹¹ PHILIPPS, Simon, «Rights? You have no rights to your eBooks», *Computer world UK*, 2012-10-22, en ligne : <http://blogs.computerworlduk.com/simon-says/2012/10/rights-you-have-no-right-to-your-ebooks/index.htm>.

Les MTP «*always online*» requièrent que l'utilisateur soit connecté en permanence à un serveur pour être en mesure d'utiliser l'œuvre. Ce type de mesure est sans conteste celui qui occasionne les plus vives critiques, puisqu'elles sont les plus intrusives et qu'elles ne sont que rarement justifiées par la nature de l'œuvre.

En effet, l'obligation d'être constamment connecté implique d'abord que l'utilisateur ne pourra profiter de l'œuvre qu'il a acquise lorsqu'il ne disposera pas d'un accès internet; mais également qu'il ne pourra l'utiliser lorsque les serveurs auxquels il doit être connecté éprouveront des difficultés. De plus, contrairement à la distribution par flux continu, qui présente l'avantage de ne pas avoir à installer l'œuvre sur le disque dur, la méthode «*always online*» ne présente pas vraiment d'avantages pour le consommateur.

Il existe plusieurs exemples récents où le lancement d'un jeu très attendu a été compromis par des problèmes de connexion liés à ce type de MTP. Parmi les plus notables, mentionnons d'abord le cas du jeu Diablo III, mis en marché le 15 mai 2013. Ce titre, attendu depuis près de 13 ans, avait fait l'objet de deux millions de précommandes⁹². Malheureusement, il fut partiellement inutilisable pendant sa première semaine de mise en marché puisque la campagne solo du jeu requérait une connexion constante et que les joueurs ne parvenaient pas à se connecter aux serveurs de la compagnie Activision. Les problèmes de connexion occasionnèrent de vives critiques, certainement exacerbées par le seuil élevé des attentes entretenues pour ce titre⁹³.

Le même scénario se reproduisit le 5 mars 2013, à la sortie d'un autre jeu très attendu, soit : Sim City, par EA Games. Le jour du lancement, les serveurs de l'entreprise ne parvinrent pas à subvenir à la demande et le jeu demeura pratiquement inaccessible pendant une semaine. Si bien que moins de 48 heures après le lancement, le détaillant en ligne Amazon retira le jeu de son catalogue en attendant que le problème se règle⁹⁴.

Ce problème au lancement fut d'autant plus dommageable pour EA Games, que le jeu était destiné à un grand succès commercial en raison des premières critiques

⁹² SHARKEY, Mike, «Diablo 3 Launch Highlights Problems of Internet Requirement», Game Spy, 2012-05-15, en ligne : <http://pc.gamespy.com/pc/diablo-iii/1224659p1.html>.

⁹³ MACMANUS, Christopher, «Diablo III woes plague launch day players», CNET, 2012-05-15, en ligne : http://news.cnet.com/8301-17938_105-57434871-1/diablo-iii-woes-plague-launch-day-players/.

⁹⁴ BBC NEWS, «Amazon suspends sales of SimCity video game», BBC NEWS, 2013-05-08, en ligne : <http://www.bbc.co.uk/news/technology-21712910>.

plus que favorables⁹⁵. Or, les problèmes d'accès furent si nombreux qu'une pétition en ligne demandant à l'éditeur d'abandonner ce type de MTP parvint à amasser près de 80 000 signatures⁹⁶. Quelques jours plus tard, une seconde pétition fût même adressée directement à la Maison Blanche, afin que le gouvernement force EA Games à permettre le remboursement des copies digitales, ce que la compagnie refusait de faire⁹⁷.

Le 11 mars 2013, EA fit un *mea culpa* et avoua que la façon dont le lancement avait été organisé était « stupide »⁹⁸ et qu'elle était en voie de réparer le problème. Au surplus, la société offrit certains de ses titres gratuitement aux acheteurs de Sim City. Malgré ce que plusieurs considèrent être le pire lancement de l'histoire du jeu vidéo, le titre connu un bon succès commercial, se vendant à plus de deux millions de copies entre mars 2013 et juin 2013⁹⁹.

Si ce type de MTP engendre autant de critiques de la part des utilisateurs, ce n'est pas uniquement parce que des problèmes techniques rendent parfois les œuvres inutilisables; mais aussi parce que ce type de protection semble injustifié à leurs yeux.

En effet, la majorité des jeux vidéo ne nécessite pas de connexion constante, car cette pratique est relativement nouvelle. Ainsi, s'il était normal pour l'utilisateur de devoir être connecté pour jouer en ligne, il était plus difficile à concevoir qu'il faille se connecter à un serveur pour jouer à une campagne solo. Par ailleurs, dans la foulée du scandale Sim City, la société EA Games a dû reconnaître que ce titre aurait pu

⁹⁵ KASZOR, Daniel, «Why always online games like Sim City may kill the concept of "launch day"», Financial Post, 2013-03-06, en ligne : <http://business.financialpost.com/2013/03/06/why-always-online-games-like-sim-city-may-kill-the-concept-of-launch-day/>.

⁹⁶ <https://www.change.org/petitions/electronic-arts-inc-remove-always-online-drm-from-simcity-and-future-games> (consulté le 7 août 2013)

⁹⁷ BENEDETTI, Winda, «Sim City launch disaster continues as gamers petition EA, White House, NBC NEWS, 2013-05-08, en ligne : <http://www.nbcnews.com/technology/simcity-launch-disaster-continues-gamers-petition-ea-white-house-1C8769125>.

⁹⁸ BBC NEWS, «EA apologies over dumb Sim City Launch», BBC NEWS, 2013-05-11, en ligne : <http://www.bbc.co.uk/news/technology-21741528>.

⁹⁹ MATULEF, Jeffrey, «Sim City sold over 2 million copies», EuroGamers.net, 2013-06-24, en ligne : <http://www.eurogamer.net/articles/2013-07-24-simcity-sold-over-2-million-copies>.

fonctionner sans connexion internet¹⁰⁰; contrairement à ce qui avait été affirmé au lancement¹⁰¹.

Suite aux récentes critiques et campagnes de boycottage, certaines sociétés telles que EA Games et Ubisoft¹⁰² ont révisé leurs politiques de MTP; allant même jusqu'à promettre de ne plus recourir à ce type de technologie¹⁰³. Cette décision semble judicieuse, dans l'optique où le lancement d'un jeu de catégorie «AAA» est une opération de plusieurs dizaines, voire d'une centaine de millions de dollars¹⁰⁴ et qu'une campagne négative sur internet pourrait mettre en péril le succès commercial d'un titre. D'ailleurs, au cours des années 2012 et 2013, EA Games s'est vue remettre le prix de la pire société aux États-Unis par The Consumerist, un site dédié aux consommateurs qui rédige ce type de classement à la suite de sondages menés auprès des internautes¹⁰⁵.

D'autre part, le jeu n'en vaut peut-être pas la chandelle, puisque les MTP de ce genre ne sont pas infaillibles¹⁰⁶. Généralement, un code sera développé pour

¹⁰⁰ BRADSHAW, Lucy, (General Manager, Maxis Label), EA.COM, 2013-03-15, en ligne : <http://www.ea.com/news/simcity-update-straight-answers-from-lucy>.

¹⁰¹ WALKER, Summer, « Sim City Modder Catcher EA Lying », GameBreaker, 2013-03-20, en ligne : <http://www.gamebreaker.tv/pc-games/simcity-modder-catches-ea-lying/>.

¹⁰² Ubisoft fit également les manchettes en 2012 lorsqu'une partie de son catalogue devint inutilisable en raison de problèmes de serveurs. Ainsi, les jeux multijoueurs de l'entreprise française devinrent inaccessibles; tout comme les jeux solo qui étaient protégés par des MTP de type « always online ». Voir cet article de l'agence QMI pour plus de détails : *BOIVIN-FILION, Aude, « Certains jeux d'Ubisoft devienne t inaccessibles », Canoe.ca, Agence QMI, 2012-02-07, en ligne : http://fr.canoe.ca/techno/jeuxvideo/actualites/archives/2012/02/20120207-175706.html*

¹⁰³ H. Fabien, «Ubisoft abandonne les DRM sur ses jeux PC», Génération Nouvelles Technologies, 2012-09-05, en ligne : <http://www.generation-nt.com/ubisoft-abandonne-drm-jeux-pc-actualite-1621632.html>.

¹⁰⁴ CHIAPPINI, DAN, «BioShock Infinite creative director denies claims game cost \$200 million to produce and market», Gamespot, 2013-03-21, en ligne : <http://www.gamespot.com/news/bioshock-infinite-creative-director-denies-claims-game-cost-200-million-to-produce-and-market-6405761>.

¹⁰⁵ MORGAN, Chriss, «EA Makes Worst Company In America History, Wins Title For Second Year In a Row!», The Consumerist, 2013-04-09, en ligne : <http://consumerist.com/2013/04/09/ea-makes-worst-company-in-america-history-wins-title-for-second-year-in-a-row/>.

¹⁰⁶ HUTCHINSON, Lee, «Ubisoft backtracks on PC DRM, citing customer feedback», ars technica, 2012-09-05, en ligne : <http://arstechnica.com/gaming/2012/09/ubisoft-backtracks-on-pc-drm-citing-customer-feedback/>.

permettre le jeu hors connexion, comme ce fut le cas pour Sim City¹⁰⁷ et, les seuls usagers qui seront alors confrontés à la MTP seront ceux qui ont acquis le jeu de façon légitime, puisque les pirates finiront toujours par venir à bout des MTP les plus coriaces.

En somme, une MTP mal implémentée peut compromettre le succès commercial d'une œuvre ou même mettre en péril la réputation de son créateur ou de son distributeur.

6. Les alternatives aux MTP, ou les MTP réinventées

Même si la réputation des MTP est peu enviable, il ne fait aucun doute qu'elles peuvent constituer un moyen relativement efficace de protéger les droits des créateurs. Il s'agit de trouver l'équilibre entre la protection des droits et les inconvénients engendrés pour les consommateurs. Si l'équilibre est atteint dans la majorité des cas, il faut tout de même souligner le travail de certaines entreprises de jeux vidéo, qui ont su se démarquer en employant ces mesures de protection tout en s'assurant de maintenir un capital de sympathie auprès de la communauté.

a) Conscientisation des joueurs par le « *software tempering* »

Plutôt que d'investir pour protéger leurs droits au moyen d'une MTP, certaines entreprises emploient une stratégie que l'on appelle « *software tempering* ». Cette stratégie consiste à altérer l'expérience de jeu de celui qui est surpris à utiliser une copie illégale. L'objectif étant notamment de conscientiser les pirates.

L'un des exemples les plus connus de « *software tempering* » est celui de de la société Croteam, qui protégea le jeu Serious Sam 3 à l'aide d'un système qui détectait les copies piratées et qui faisait apparaître dans le jeu un scorpion géant immortel. Celui-ci suivait le pirate tout le long du jeu et tuait son avatar systématiquement¹⁰⁸.

En 2013, un exemple encore plus intéressant fut rendu public, alors que l'entreprise indépendante Greenheart Games mit sur le marché le jeu *Game Dev Tycoon*, un simulateur de conception de jeu vidéo. L'objectif du jeu consistant à gérer une équipe de développeurs qui doit créer des jeux vidéo afin de rentabiliser une entreprise fictive. En guise de protection contre le piratage, le studio diffusa

¹⁰⁷ MATULEF, Jeffrey, *Op. Cit.*

¹⁰⁸ COLVIN, William, «Serious Sam 3 features giant pink scorpion on illegal copies of game», News.com.au, 2011-12-09, en ligne : <http://www.news.com.au/technology/gaming/serious-sam-3-features-giant-pink-scorpion-on-illegal-copies-of-game/story-e6frft9-1226218018047>.

volontairement une copie complète du jeu, sur l'un des plus importants sites de transfert poste-à-poste. Seulement, cette version du jeu comportait une petite modification. En effet, à un point précis dans le déroulement de l'histoire, un message apparaissait à l'écran du pirate, lui demandant de prendre les mesures appropriées pour augmenter le volume de vente, puisque le jeu créé ne vendait pas suffisamment en raison du piratage. Or, malgré les efforts déployés par le joueur, son entreprise était vouée à la faillite¹⁰⁹.

Ne sachant pas que cette situation était due au fait qu'ils avaient piraté le jeu, certains utilisateurs illégitimes firent des plaintes sur les forums de discussions de la société, demandant même des solutions pour contrer le piratage, tel que des MTP¹¹⁰.

Peu après le lancement du jeu, Greenhart games fit paraître une étude réalisée à partir des données compilées lors de cette expérience. Malheureusement, les chiffres de vente après la première journée de mise en marché du jeu démontraient que 93,6% des utilisateurs avaient téléchargé le jeu illégalement. C'est-à-dire 3104 exemplaires piratés contre un maigre 214 acheté¹¹¹.

Heureusement pour le studio indépendant, les chiffres de vente ont augmenté suite à la parution de cette étude, ce qui tend à démontrer que les consommateurs sont réceptifs à la conscientisation¹¹².

b) *Le Freemium*

Depuis quelques années, en particulier depuis l'arrivée des applications mobiles, le modèle d'affaire « *Freemium* » (*free et premium*) a prouvé son efficacité. Il s'agit d'un

¹⁰⁹ PC GAMER, «Indie development sim Game Dev Tycoon gives pirates a taste of their own torrenting», PC GAMER, 2013-04-29, en ligne : <http://m.pcgamer.com/2013/04/29/indie-development-sim-game-dev-tycoon-gives-pirates-a-taste-of-their-own-torrenting>.

¹¹⁰ ORLAND, Kyle, «Game Dev Tycoon developers give pirates a taste of their own medicine», ars technica, 2013-04-29, en ligne : <http://arstechnica.com/gaming/2013/04/game-dev-tycoon-developers-give-pirates-a-taste-of-their-own-medicine/>.

¹¹¹ GREEN HEART GAMES, «What happens when pirates play a game development simulator and then go bankrupt because of piracy?», Greenheart Games, 2013-04-29, en ligne : <http://www.greenheartgames.com/2013/04/29/what-happens-when-pirates-play-a-game-development-simulator-and-then-go-bankrupt-because-of-piracy/>.

¹¹² LEJACQ, Yannick, «Illegal downloaders feel pain of piracy in new "Tycoon" game», NBC NEWS, 2013-05-01, en ligne : <http://www.nbcnews.com/technology/illegal-downloaders-feel-pain-piracy-new-tycoon-game-6C9693066#illegal-downloaders-feel-pain-piracy-new-tycoon-game-6C9693066>.

modèle qui consiste à offrir et distribuer une œuvre gratuitement, tout en permettant aux consommateurs de procéder à des achats dans le jeu (*contenu premium*).

Le marché d'applications App-Store est en soi une preuve du succès du *freemium*, puisqu'une grande quantité des applications qui s'y retrouvent permettent de faire des achats pendant l'utilisation. D'ailleurs, les ventes à même les applications représentaient 76% des revenus enregistrés sur l'App-Store américain en 2012¹¹³.

Du côté des jeux à grand déploiement, le modèle du *freemium* a également prouvé son efficacité avec le jeu World Of Tank, créé par Wargaming.net. Ce jeu massivement multijoueurs détient le record mondial du plus grand nombre de personnes connectées simultanément à un seul serveur, soit 190,541 joueurs¹¹⁴. Or, cette popularité s'est également traduite par des recettes intéressantes, puisque Wargaming.net annonçait en 2012 qu'elle enregistrerait des revenus mensuels se chiffrant dans les dizaines de millions de dollars US, grâce à la vente de contenu «*premium*». Dans le même communiqué, l'entreprise ajoutait que 25 à 30% des 20 millions de joueurs enregistrés faisaient des achats sur les serveurs de la société. Le succès de l'entreprise fut si fulgurant, qu'elle passa de 120 à 800 employés en l'espace de 18 mois¹¹⁵.

Bien entendu, le modèle *freemium* sied particulièrement bien aux jeux multijoueurs, qui requièrent de toute façon une connexion internet et qui peuvent donc faire l'objet de contrôle par le créateur. Or, ce modèle peut également s'avérer efficace pour d'autres types de jeu. En effet, en incitant le joueur à vouloir se procurer des accessoires ou des tableaux supplémentaires pour le jeu solo qu'il a téléchargé gratuitement, les entreprises en modèle *freemium* parviennent à faire des ventes et à inciter l'utilisateur à se connecter volontairement à leurs serveurs.

Il s'agit d'un exemple concret de la théorie de la carotte et du bâton. Forcez un joueur à se connecter en permanence, et il déversera sa colère sur les médias sociaux. Par contre, offrez-lui un incitatif à se connecter et il le fera volontiers.

¹¹³ PEREZ, Sarah, «In-App Purchase Revenue Hits Record High : Accounts For 76% of U.S. iPhone App Revenue, 90% In Asian Markets», TechCrunch, 2013-03-28, en ligne : <http://techcrunch.com/2013/03/28/in-app-purchase-revenue-hits-record-high-accounts-for-76-of-u-s-iphone-app-revenue-90-in-asian-markets/>.

¹¹⁴ WARGAMING.NET, «World of tanks sets new Guinness world record», WORLDOFTANK.com, 2013-03-12, en ligne : <http://worldoftanks.com/en/news/17/world-tanks-sets-new-guinness-world-record/>

¹¹⁵ MARTIN, Matt, «World of Tanks monthly revs hitting double digit million», Game Industry, 2012-03-19, en ligne : <http://www.gamesindustry.biz/articles/2012-03-19-world-of-tanks-monthly-profits-hitting-double-digit-millions>.

c) *Le flux continu et l'augmentation de l'offre de contenu légal*

La distribution de jeux en flux continu a créé une véritable révolution dans l'industrie du divertissement. L'arrivée de services tels que Netflix (vidéo) et Spotify (musique), pour ne nommer que ceux-là, contribuant même à faire diminuer le piratage puisqu'ils offrent des alternatives plus simples et plus sécuritaires aux consommateurs.

En effet, une étude réalisée par la firme de marketing anglaise Envisional démontre que le piratage représente 24% de la consommation mondiale de bande passante et que la plus grande partie de cette consommation est liée à l'utilisation du site BitTorrent, un site de partage poste-à-poste¹¹⁶. Or, cette étude démontre également que la part de BitTorrent diminue drastiquement aux États-Unis, là où l'offre de télévision en *streaming* est la plus importante grâce à des services tels que Netflix, qui n'est pas offert en Europe¹¹⁷. Ainsi, le trafic internet lié à Netflix aux États-Unis représente 29% de la consommation totale de bandes passantes; soit sensiblement le même pourcentage qui est occupé par BitTorrent en Europe (28,4%)¹¹⁸.

La décision de pirater une œuvre est influencée par la simplicité d'utilisation du contenu, le prix demandé pour ce contenu et bien sûr, la disponibilité de ce contenu. Le succès des services de diffusion en flux continu repose sur ce dernier aspect, puisque les utilisateurs recherchent la facilité par nature et qu'ils auront donc tendance à opter pour la légalité lorsque l'offre est compétitive¹¹⁹. D'ailleurs, une étude réalisée en Norvège entre 2008 et 2012 démontre que le piratage de la musique a chuté suite à l'arrivée du site Spotify, permettant l'écoute gratuite, en toute légalité, de musique en flux continu¹²⁰.

Bien qu'ils ne soient pas infaillibles, ces services présentent un haut degré de sécurité puisque l'utilisateur ne dispose pas d'une copie de l'œuvre; il ne fait que la consommer via les serveurs du distributeur. Évidemment, les services de distribution

¹¹⁶ FILLOUX, Frédéric, «Piracy is part of the digital ecosystem», The Guardian, 2012-01-23, en ligne : <http://www.theguardian.com/technology/2012/jan/23/monday-note-piracy-sopa>.

¹¹⁷ Le service est maintenant disponible dans certains pays d'Europe.

¹¹⁸ PRICE, David, «The state of digital piracy», Envisional, 2012, en ligne: www.teamlightbulb.com/Broadband/Price_Evisional.pdf

¹¹⁹ FILLOUX, Frédéric, *Op. Cit.*

¹²⁰ ROETTIGERS, Janko, «Charts: How Spotify is killing music piracy», paidContent, 2013-07-18, en ligne: <http://paidcontent.org/2013/07/18/charts-how-spotify-is-killing-music-piracy/>, voir aussi: <http://torrentfreak.com/piracy-collapses-as-legal-alternatives-do-their-job-130716/>.

en flux continu sont sujets à des pannes dans l'éventualité où le distributeur connaîtrait des problèmes de serveurs. Cependant, ce type de difficultés n'occasionne pas les mêmes contestations que dans le cas du jeu « *always online* », car l'utilisateur est au courant que le service qu'il paie est distribué par internet et qu'il ne dispose pas de copies physiques de l'œuvre. D'ailleurs, le prix de ces œuvres sera généralement moins élevé; alors que ce n'est pas nécessairement le cas pour les jeux vidéo à connexion constante.

Il faut préciser que le modèle d'affaires de Netflix, c'est-à-dire d'offrir des films moins récents à un très faible coût n'est pas une révolution en soit. En effet, cette stratégie de commercialisation se nomme « *versioning* »¹²¹ et consiste à offrir différentes versions d'une même œuvre pour rejoindre un public différent. L'industrie du livre emploie ce modèle d'affaires depuis longtemps, en rééditant un livre en format poche pour rejoindre une clientèle distincte de celle qui se procure des livres grand formats. Dans le cas de *Netflix*, la formule donne des résultats puisque l'entreprise a généré des revenus de 870 millions de dollars dans le premier quart de l'année 2012¹²².

En somme, en augmentant l'offre de contenu et en simplifiant l'accès à celui-ci, les créateurs pourront préserver leurs droits, tout en contribuant à la diminution du piratage¹²³.

d) *Distribution en ligne, le succès de Steam*

La plateforme de distribution de jeux vidéo Steam, créée par Valve, constitue un exemple intéressant de gestion des MTP. En effet, les jeux qui sont vendus via Steam sont pour la plupart protégés par des MTP. Pourtant, cette plateforme jouit d'un capital de sympathie grandissant auprès des joueurs, en particulier les joueurs dits « *hardcore* » ou « *passionnés* », qui sont pourtant les plus critiques envers les mesures de protection.

Le succès de Steam réside probablement dans la relation que l'entreprise a établie avec ses utilisateurs. D'abord, les MTP qu'on y retrouve sont généralement peu restrictives; c'est-à-dire que la majorité des jeux pourront être installés sur plusieurs ordinateurs, à condition de se connecter aux serveurs pour y jouer. Également, Steam a mis à la disposition des joueurs un mode « hors-ligne », qui permet d'utiliser les jeux achetés, même lorsque la connexion internet vient à manquer.

¹²¹ DIEHL, Eric, *Op. Cit.*, p.11.

¹²² VELAZCO, Chris, «Netflix Beats Q1 2012 Expectations», TechCrunch, 2012-04-23, en ligne: <http://techcrunch.com/2012/04/23/netflix-beats-q1-2012-expectations-reports-loss-of-08-per-share-on-870-million-in-revenue/>.

¹²³ THOMAS, Owen, «Online video piracy is fading away, thanks to Netflix», Business Insider, 2012-09-07, en ligne: <http://www.businessinsider.com/netflix-bittorrent-sandvine-report-2012-11>.

Le modèle d'affaires de Steam repose également sur le recours à des ventes à rabais fréquentes. L'idée étant que les utilisateurs seront plus enclins à abandonner des droits, tels que le droit de prêter ou de vendre leurs jeux, s'ils n'ont payé qu'une fraction du prix pour les obtenir¹²⁴.

Finalement, la plateforme est bien davantage qu'une simple boutique en ligne puisque les utilisateurs peuvent s'y connecter pour obtenir des conseils sur les jeux ou pour converser avec leurs contacts. Steam est donc maintenant devenue un réseau social et a su tirer profit de sa relation avec les joueurs pour devenir un incontournable de la distribution en ligne de jeux vidéo.

Malgré tout, Steam n'est pas à l'abri des critiques. L'entreprise ayant fait les manchettes en 2012 lorsqu'il fut découvert qu'un joueur qui refuserait une modification des conditions d'utilisation du site (qui sont parfois mises à jour), perdrait de ce fait accès à l'ensemble de sa bibliothèque. L'utilisateur en question ne pourrait d'ailleurs bénéficier d'aucun remboursement, même partiel¹²⁵.

7. Conclusion : L'avenir des MTP et la Loi sur le droit d'auteur

Ces dernières années ont été difficiles pour les entreprises qui recouraient aux MTP; en particulier lorsque celles-ci étaient intrusives et trop limitatives pour les utilisateurs. En effet, nous avons dernièrement assisté à de nombreuses pannes de service, à la mise au jour de failles de protections importantes et nous avons assisté à une multiplication des manchettes faisant état de consommateurs mécontents en raison des MTP.

Avec la croissance de la popularité des médias sociaux, les utilisateurs semblent plus que jamais portés à contester l'emploi de ces mesures. Le dernier exemple étant celui du tollé soulevé par l'annonce de la prochaine console de Microsoft, la Xbox-One. Lors de la conférence de presse, Microsoft annonça que sa prochaine console comporterait l'obligation, pour le joueur, d'être constamment connecté. Cette nouvelle engendra un raz-de-marée de mauvaise presse, qui fut d'autant plus dommageable pour Microsoft, que son principal concurrent eu tôt fait d'annoncer qu'il n'aurait pas recours à ce type de MTP. Quelques jours plus tard, Microsoft se résigna à reculer.

¹²⁴ BYCER, Josh, «The DRM Distinction of Steam's Success», Gamasutra, 2013-08-05, en ligne: http://www.gamasutra.com/blogs/JoshBycer/20130508/191953/The_DRM_Distinction_of_Steams_Success.php.

¹²⁵ CHAMPEAU, Guillaume, «Steam ne rembourse rien en cas de désaccord», Numerama, 2012-09-17, en ligne: <http://www.numerama.com/magazine/23750-steam-ne-rembourse-rien-en-cas-de-desaccord.html>.

L'exemple de Sony, qui se sert de l'absence de MTP « *always online* » sur la console PlayStation 4 comme d'un argument de vente, pourrait laisser croire que l'Industrie tend à délaisser le modèle des MTP. Or, ce ne sont pas toutes les MTP qui disparaîtront, mais bien celles qui sont mal adaptées et qui briment l'expérience des utilisateurs, sans nécessairement enrayer le piratage.

En effet, l'Industrie ne cessera jamais de chercher à protéger ses droits, mais elle pourrait vouloir opter pour des formes moins restrictives; s'assurant ainsi de ne pas se mettre les consommateurs à dos. Par ailleurs, l'usage du tatouage numérique pourrait se révéler être une solution parfaite en l'occurrence, puisqu'elle est invisible pour les consommateurs et que son efficacité est relativement grande.

À ce propos, le fondateur de Valve (Steam), Gabe Newell, a déjà affirmé en entrevue que les MTP trop envahissantes détérioraient les jeux vidéo¹²⁶.

Ironiquement, c'est justement la conclusion à laquelle en était arrivé EA Games au moment de concevoir le jeu SimCity :

«DRM [MTP] is a failed dead-end strategy; it's not a viable strategy for the gaming business. So what we tried to do creatively is build an online service in the SimCity universe and that's what we sought to achieve.»¹²⁷ -- Frank Gibeau, President, EA Labels

En affirmant que les MTP étaient vouées à l'échec, Frank Gibeau avait certainement en tête les MTP dans leur conception classique, soit un système de cryptage présent sur le disque ou le périphérique de lecture. Or, la stratégie qu'EA Games a employée pour ne pas utiliser de MTP était, semble-t-il, une autre forme de MTP.

Il convient ici de rappeler que la *Loi sur le droit d'auteur* définit le terme « mesure technique de protection » comme étant :

« Toute technologie ou tout dispositif ou composant qui, dans le cadre normal de son fonctionnement :

- (a) soit contrôle efficacement l'accès à une œuvre, à une prestation fixée au moyen d'un enregistrement sonore ou à un enregistrement sonore et est autorisé par le titulaire du droit d'auteur;*
- (b) soit restreint efficacement l'accomplissement à l'égard d'une œuvre, d'une prestation fixée au moyen d'un enregistrement sonore ou d'un*

¹²⁶ L. Julien, «Les DRM dévalorisent les jeux vidéo, selon le patron de Valve», Numerama, 2010-03-13, en ligne : <http://www.numerama.com/magazine/15262-les-drm-devalorisent-les-jeux-video-selon-le-patron-de-valve.html>.

¹²⁷ NELTZ, Andras, «EA labels President calls DRM a failed, dead-end strategy», 2013-03-28, en ligne : <http://kotaku.com/ea-labels-president-calls-drm-a-failed-dead-end-strat-461313335>.

enregistrement sonore, d'un acte visé aux articles 3, 15 ou 18 ou pour lequel l'article 19 prévoit le versement d'une rémunération. »¹²⁸

À notre avis, cette définition peut couvrir la majorité des modes de protection que nous avons abordée dans ce document, puisque la portée du terme « toute technologie » est extrêmement large. Ainsi, le fait de toujours devoir être connecté à un serveur pour utiliser une œuvre devrait être considéré comme une MTP et ce, même si l'objectif premier de cette connexion n'est pas de protéger la copie, mais plutôt d'offrir une expérience de communauté au joueur.

En effet, la Loi ne n'aborde pas la question de l'intention du créateur lors de l'emploi de la technologie, du dispositif ou du composant en question. Pour correspondre à l'article 41 de la Loi, une technologie doit simplement avoir pour effet de contrôler efficacement l'accès à l'œuvre ou l'accomplissement de certains actes. Or, c'est bel et bien le cas avec la technologie «*always-online*».

Évidemment, la distinction entre une technologie, un dispositif et un composant peut être difficile à saisir; tout dispositif ou composant étant par nature une technologie. Cependant, nous sommes d'avis que l'emploi du terme «technologie» visait justement à élargir la portée des MTP.

En raison de la portée de cette définition, il faut conclure que les modèles d'affaires du flux-continu, du *freemium* ou de la distribution en ligne représentent autant de formes de MTP. Par conséquent, puisque ces modèles sont en réalité des SGDN, soit un ensemble composé de plusieurs MTP, il est à prévoir que les exceptions prévues pour l'usage et le changement de support deviendront inapplicables à moyen terme.

Finalement, la présence de l'article 41.21 de la Loi qui permet au gouverneur en conseil d'ajouter des exclusions aux dispositions anti-contournement, pourrait s'avérer fort utile. C'est-à-dire que cet article pourrait éventuellement rétablir certains droits que les utilisateurs auront perdus, non pas en raison de l'avidité de l'Industrie à protéger ses œuvres, mais simplement en raison de l'évolution de la technologie.

¹²⁸ Loi sur le droit d'auteur, *Op. Cit.*, art. 41.

ROBIC, S.E.N.C.R.L.
www.robic.ca
info@robic.com

MONTRÉAL
1001, Square-Victoria - Bloc E - 8^e étage
Montréal (Québec) Canada H2Z 2B7
Tél.: +1 514 987-6242 Téléc.: +1 514 845-7874

QUÉBEC
2828, boulevard Laurier, Tour 1, bureau 925
Québec (Québec) Canada G1V 0B9
Tél.: +1 418 653-1888 Téléc.: +1 418 653-0006

ROBIC, S.E.N.C.R.L.
www.robic.ca
info@robic.com

MONTRÉAL
1001, Square-Victoria - Bloc E - 8^e étage
Montréal (Québec) Canada H2Z 2B7
Tél.: +1 514 987-6242 Téléc.: +1 514 845-7874

QUÉBEC
2828, boulevard Laurier, Tour 1, bureau 925
Québec (Québec) Canada G1V 0B9
Tél.: +1 418 653-1888 Téléc.: +1 418 653-0006