

Étude des clauses « Commerce électronique » et « Propriété
intellectuelle » des accords commerciaux

Accords ACEUM, DEPA, PTPGP

Consultation de Céline Castets-Renard

Professeure à l'Université d'Ottawa, Faculté de droit civil
Titulaire de la chaire de recherche *IA responsable à l'échelle mondiale*,

Rappel du mandat

Le mandat est de rédiger un rapport qui pourra être publié sur le site de la CDEC ainsi que sur le site de la Chaire, et qui portera sur les nouvelles clauses des accords de commerce pouvant avoir un impact sur la souveraineté culturelle du Canada, particulièrement les clauses liées au commerce numérique concernant le droit de propriété intellectuelle, la responsabilité des intermédiaires et les données.

Le rapport présentera les clauses et expliquera quels impacts peuvent avoir ces clauses.

Pour la CDEC, l'objectif est d'assurer une vigilance et une représentation adéquate face à ces nouvelles clauses qui pourraient limiter la capacité du Canada à adopter ou mettre à jour des mesures permettant de protéger et promouvoir sa culture.

Le rapport couvrira les accords ACEUM, PTPGP, ainsi que le DEPA.

Table des matières

Résumé.....	5
Premier accord : Étude de l'accord ACÉUM (Accord Canada – États-Unis – Mexique)....	7
1. Contexte de l'accord ACÉUM	7
2. Étude des dispositions pertinentes du chapitre 19 (commerce numérique)	7
2.1. Article 19.12 : Emplacement des installations informatiques	7
2.2. Article 19.17 : Services informatiques interactifs	7
3. Étude des dispositions du chapitre 20 (propriété intellectuelle) relatives à la responsabilité des fournisseurs de services Internet	8
3.1. Qualification des « fournisseurs de services internet »	8
3.2. Régime de responsabilité applicable aux fournisseurs de service internet et voies de recours .	12
3.3. Régime dérogatoire de responsabilité reposant sur le droit existant des États (Annexe 20-B - Annexe à la section J).....	23
Deuxième accord : Étude de l'accord PTPGP (Accord de Partenariat transpacifique global et progressiste)	27
1. Contexte de l'accord.....	27
2. Étude des dispositions pertinentes du chapitre 14 (commerce électronique) du PTPGP..	27
2.1. Article 14.4 : Traitement non discriminatoire des produits numériques.....	27
2.2. Article 14.13 : Emplacement des installations informatiques	27
2.3. Article 14.2 : Portée et dispositions générales de l'accord	28
3. Étude des dispositions du chapitre 18 (propriété intellectuelle) relatives aux fournisseurs de services Internet (Section J) du PTPGP.....	29
Troisième accord : Étude de l'accord APEN (Accord de partenariat sur l'économie numérique) ou Digital Economy Partnership Agreement (DEPA)	31
1. Caractéristiques et contexte de l'APEN	31
2. Structuration de l'APEN et des principaux thèmes.....	32
3. Étude détaillée des articles de l'APEN appelant une vigilance	33
3.1. Module 3 : traitement de produits numériques et enjeux reliés.....	33
3.2. Module 4 : enjeux relatifs aux données (données personnelles et installations informatiques de traitement et localisation des données pour un usage commercial)	33
3.3. Module 8 : intelligence artificielle (IA)	34
3.4. Module 9 : innovation et économie numérique	35
3.5. Module 15 : exceptions culturelles	36

Résumé

L'accord ACÉUM est amplement copié sur le droit américain (Section 512 DMCA *Digital Millenium Copyright Act*).

Il impose un régime d'irresponsabilité des fournisseurs de services internet (fournisseur d'accès, fournisseurs de services de mémoire cache, hébergeurs, moteurs de recherche) sous certaines conditions. Ces intermédiaires ne sont pas responsables si, dès lors qu'ils ont eu connaissance d'un contenu contrefaisant, ils en empêchent l'accès (système de notification et retrait). Des règles de notification (avis) et contre-avis sont posées pour permettre à la défense de s'exprimer (contradictoire). Enfin, l'ACÉUM prévoit une responsabilité renforcée lorsque les fournisseurs de services internet tirent un avantage financier direct à la contrefaçon en ligne.

Le droit canadien prévoit à ce jour un système d'irresponsabilité à la seule condition de respecter un système de notification au titulaire de droit d'auteur (notification-notification). Pourtant, il n'est pas certain que la conclusion de l'ACÉUM entraîne de grandes modifications du droit canadien, dans la mesure où l'annexe 20-B de l'ACÉUM prévoit des dérogations en faveur du maintien du droit existant des États signataires. Des règles minimales de protection moins exigeantes sont alors posées et jugées suffisantes.

L'Accord PTPGP prévoit des dispositions reprises par l'ACÉUM y compris le régime dérogatoire en annexe.

L'Accord APEN prévoit des dispositions en lien avec l'apparition de technologies récentes comme l'encryption, l'intelligence artificielle ou la gouvernance des données. Cette nouvelle génération d'accords suscite de nouveaux points de vigilance.

Premier accord : Étude de l'accord ACÉUM (Accord Canada – États-Unis – Mexique)

1. Contexte de l'accord ACÉUM

L'accord ACÉUM a été conclu entre les États-Unis, le Mexique et le Canada en novembre 2018 et est entré en vigueur le 1^{er} juillet 2020. Le chapitre 19 porte sur le « commerce numérique ». Son contenu est particulièrement large. Il renvoie au chapitre 20 « propriété intellectuelle » qu'il convient d'analyser en partie également.

2. Étude des dispositions pertinentes du chapitre 19 (commerce numérique)

2.1. Article 19.12 : Emplacement des installations informatiques

L'article 19.12 porte sur l'emplacement des installations informatiques. Il dispose que « Une Partie n'exige pas d'une personne visée qu'elle utilise ou situe des installations informatiques sur le territoire de cette Partie comme condition à l'exercice des activités commerciales sur ce territoire ».

Cette disposition empêche en particulier la mise en œuvre de mesures portant sur les installations d'informatique en nuage (*cloud*) qui stockent les données de nombreuses activités numériques des entreprises et des particuliers. Elle vient empêcher les États signataires de prendre des mesures de territorialisation du stockage des données sur leur territoire, si bien que le Canada ne pourrait pas exiger que les données des entreprises exerçant des activités économiques sur son territoire y soient obligatoirement localisées. Cette disposition écarte donc l'application de mesures de souveraineté nationale au cloud et empêche donc la mise en œuvre d'un « cloud souverain ».

Vigilance : Cette mesure concerne les activités « commerciales » et il n'est pas certain que les activités culturelles seraient incluses et concernées par cette restriction. Dans l'affirmative, cela impliquerait que les contenus numériques protégés par des droits d'auteur et utilisés dans le cadre d'une activité s'exerçant sur le territoire canadien ne pourraient être obligatoirement stockés au Canada. De façon générale, le fait que les installations informatiques des activités commerciales exercées au Canada ne soient pas situées sur le territoire canadien réduit la possibilité de contrôler la licéité de ces activités.

2.2. Article 19.17 : Services informatiques interactifs

Le paragraphe 2 de l'article 19.17 dispose que : « aucune des Parties n'adopte ou ne maintient des mesures qui traitent un fournisseur ou un utilisateur d'un service informatique interactif comme un fournisseur de contenu informatif pour déterminer la responsabilité en cas de préjudices liés aux renseignements stockés, traités, transmis, distribués ou mis à disposition par le service, sauf dans la mesure où le fournisseur ou l'utilisateur a, en tout ou partie, créé ou développé ce contenu ».

Cette disposition exclut la possibilité pour les États de prévoir des règles de responsabilité envers les fournisseurs de services de transmission ou stockage des données. Cette mesure

est inspirée, sans être identique, des dispositions de la section 230 de la loi *Communications Decency Act* (CDA 230) et montre l'influence du droit américain dans l'accord ACÉUM¹. Cette mesure vient particulièrement contraindre le Canada dans sa capacité à prendre des dispositions visant à reconnaître une responsabilité des intermédiaires techniques et doit susciter l'attention.

Toutefois, l'article 19.17 paragraphe 4 décrit des exceptions à cette limitation de la responsabilité dans le domaine de la propriété intellectuelle et du droit pénal. Ainsi, l'interdiction de prendre des mesures de responsabilité : « a) ne s'applique à toute mesure d'une Partie ayant trait à la propriété intellectuelle, y compris les mesures portant sur la responsabilité pour atteinte à la propriété intellectuelle ; b) ne peut être interprétée comme élargissant ou limitant la capacité d'une Partie de protéger ou de faire respecter un droit de propriété intellectuelle ».

Ces règles, visant à exonérer de toute responsabilité les fournisseurs de services de transmission ou stockage des données, ne s'appliquent pas à la propriété intellectuelle, ce qui correspond par ailleurs au droit américain et à l'exception du DMCA (*Digital Millenium Copyright Act*) (Section 512) (1998)².

En conséquence, l'article 19.17 paragraphe 4 autorise la mise en œuvre de règles de responsabilité des fournisseurs de services de transmission ou stockage des données, en cas d'atteinte à la propriété intellectuelle protégée par le chapitre 20, par exception à l'article 19.17 paragraphe 2. Il faut donc s'en remettre au chapitre 20.

3. Étude des dispositions du chapitre 20 (propriété intellectuelle) relatives à la responsabilité des fournisseurs de services Internet

Les articles 20.87 et 20.88 posent des règles de responsabilité qui concernent spécifiquement les fournisseurs de services internet en matière de propriété intellectuelle. Il s'agit essentiellement de règles de non-responsabilité à certaines conditions. Ces dispositions viennent contraindre précisément le législateur canadien.

3.1. Qualification des « fournisseurs de services internet »

L'article 20.87 définit d'abord ce qu'il faut entendre par « fournisseur de services Internet ». Quatre catégories d'acteurs sont concernées par ce régime spécial de responsabilité : les fournisseurs d'accès à internet, les fournisseurs de services de *caching*, les hébergeurs et les moteurs de recherche.

¹ Voir Vivek Krishnamurthy, Abby Lee Lenner, Meghan Sali, Velo-Vincent van Houden, Sarah Crothers, and Jessica Nguyen, Jessica Fjeld and Benjamin Horton, *CDA 230 Goes North American?*, Examining the Impacts of the USMCA's Intermediary Liability Provisions in Canada and the United States, Juil. 2020, <<https://cippic.ca/en/node/129521>>.

² La Section 512 pose ainsi des mesures dérogatoires concernant l'immunité prévue par la section 230 en matière de responsabilité sur le contenu en ligne protégé par le droit d'auteur.

Fournisseurs d'accès à internet. Selon le sous-paragraphe 1a) de l'article 20.87, il s'agit d'abord « d'un fournisseur de services qui assure la transmission, l'acheminement ou la fourniture de connexions pour des communications numériques en ligne, entre des points spécifiés par un utilisateur, relativement à du contenu choisi par l'utilisateur, sans que ce contenu soit modifié, et qui exerce l'une des fonctions prévues au sous-paragraphe 2a) de l'article 20.88 ».

Le point 2a) de l'article 20.88 concerne « la transmission, l'acheminement ou la fourniture de connexions relativement à du contenu, sans qu'il soit modifié, ou le stockage intermédiaire et transitoire de ce contenu effectué automatiquement dans le cours de ce processus technique ».

Pour simplifier, on peut considérer qu'il s'agit principalement des fournisseurs d'accès à internet. En outre, le fournisseur de services Internet ne doit pas prendre l'initiative de la transmission du contenu et ne doit pas non plus choisir ce contenu ni ses destinataires. Il est ici sous-entendu que son rôle est purement technique et qu'il ne doit donc pas intervenir sur le contenu. Il doit donc rester neutre et passif.

Activités de « mise en cache » (*キャッシング*). Le sous-paragraphe 1b) de l'article 20.87 indique ensuite les trois autres catégories de fournisseurs de services en ligne. Il s'agit des acteurs qui exercent les fonctions prévues aux sous-paragraphe 2b), 2c) ou 2d) de l'article 20.88. Le point 2b) de l'article 20.88 porte sur la mise en mémoire cache exécutée au moyen d'un processus automatique.

Sont ici visées les activités de « mise en cache » ou « *キャッシング* »³. Les intermédiaires techniques qui exécutent de telles activités ne sont pas responsables de la mise en cache temporaire et à des fins techniques de contenus protégés par le droit d'auteur.

Hébergeurs. Ensuite, le point 2c) de l'article 20.88 concerne le stockage, sur l'ordre d'un utilisateur, de contenu se trouvant sur un système ou un réseau contrôlé ou exploité par le fournisseur de services Internet ou pour son compte. Sont ainsi concernés les fournisseurs de service de stockage ou hébergement, plus communément appelés « hébergeurs » de contenus.

Les hébergeurs ne sont pas en principe responsables du contenu qu'ils stockent pour leurs clients, le plus souvent sur des serveurs dans des centres de données. S'ils conservent les données protégées, la masse de données stockées est telle qu'il est impossible de prévoir un contrôle systématique des données.

Moteurs de recherche. Enfin, le point 2d) de l'article 20.88 concerne le renvoi ou la liaison des utilisateurs à un emplacement en ligne, au moyen d'outils de repérage de l'information, y compris des hyperliens et des répertoires. Il s'agit d'envisager en

³ En informatique, un « cache » est une couche de stockage de données grande vitesse qui stocke un sous-ensemble de données, généralement transitoires, de sorte que les demandes futures pour ces données sont traitées le plus rapidement possible en accédant à l'emplacement de stockage principal des données. La mise en cache permet de réutiliser efficacement des données précédemment récupérées ou traitées. Il s'agit ainsi d'une opération purement technique au cours de laquelle le stockage des données est temporaire.

particulier les activités des moteurs de recherche, par lesquelles les fournisseurs de ce service pointent vers un contenu qu'ils n'ont pas eux-mêmes mis en ligne.

Remarques concernant les moteurs de recherche. Une remarque doit être faite concernant la nature de l'activité des moteurs de recherche qui diffère de celle des trois autres.

Les trois premières catégories d'activités sont des activités de nature purement technique liées au fonctionnement d'internet (accès à internet, transfert et stockage des données permanent ou temporaire (*caching*)) et supposent en principe qu'il n'y ait aucune intervention sur les données ou la communication du message. En principe, ces opérateurs ont sans aucun doute un rôle technique, neutre et passif.

En revanche, s'agissant de l'activité des moteurs de recherche, on peut douter de leur passivité et neutralité. Leur rôle est plus intrusif et même non neutre par nature puisque les moteurs de recherche définissent des mots clés et des paramétrages pour trier les données. Cette activité implique aussi le renvoi à des répertoires ou hyperliens dont l'organisation suppose des choix qui ne sont pas simplement dictés par des considérations techniques. Cette activité n'est donc pas, par nature, purement technique, passive et neutre.

Or, l'enjeu ici est de déterminer les conditions pour reconnaître l'absence de responsabilité des fournisseurs de services internet, en cas d'atteinte à un contenu protégé par le droit d'auteur. Il paraît justifié de ne pas les rendre responsables, uniquement si leur rôle est effectivement neutre, passif et technique et s'ils n'interviennent pas sur les contenus. Les moteurs de recherche dont l'activité repose sur des algorithmes de tri et de classification des contenus, impliquant des choix qui pourraient conduire à encourager l'atteinte au droit d'auteur, ne remplissent pas ces conditions.

Comparaison avec le droit de l'Union européenne. Il faut ajouter à cela que les règles applicables en droit de l'Union européenne, prévues aux articles 12 à 15 de la directive 2000/31/CE sur le commerce électronique⁴, exonèrent de responsabilité les acteurs de l'internet qui assurent des activités de transport, de mise en cache (*caching*) et d'hébergement. La directive vise donc les trois premières catégories de l'ACÉUM mais ne prévoit pas d'inclure les moteurs de recherche, essentiellement parce qu'ils n'étaient pas considérés comme des intermédiaires techniques nécessaires au fonctionnement de l'internet en 2000 lors de l'adoption de la directive. Dix ans plus tard, dans les arrêts *Google Adwords* rendus en mars 2010⁵, la Cour de justice de l'Union européenne les a assimilés à

⁴ Directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur («directive sur le commerce électronique»), <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=celex%3A32000L0031>>.

⁵ CJUE, 23 mars 2010, Google France, Google Adwords, aff. Jointes C-236/08 à C-238/08, ECLI:EU:C:2010:159, <<https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=fr&num=C-236/08>>.

des hébergeurs mais à condition « qu'ils jouent un rôle passif, neutre et technique »⁶. Un tel rôle doit alors être prouvé au cas par cas et non pas préétabli par la loi.

Moteurs de recherche, droit de la concurrence et non neutralité. Par ailleurs, plusieurs contentieux en droit de la concurrence ont été menés en Europe. Ces affaires ont prouvé à quel point les activités des moteurs de recherche ne sont pas neutres par nature et peuvent même s'avérer très biaisées. Il a par exemple été constaté que les résultats de recherche du moteur *Google Search* favorisent systématiquement les produits de la société Google comme *Google Shopping*⁷ ou encore favorisent le régime publicitaire lucratif de *Google Ads*⁸.

Modèle d'affaire des moteurs de recherche. On voit alors que le modèle d'affaire des moteurs de recherche diffère. Les services de recherche sont proposés « gratuitement » et le financement de l'activité repose sur la publicité ciblée, basée sur le profilage des utilisateurs, grâce à la collecte de leurs données personnelles. Dès lors, les moteurs de recherche ont intérêt à modifier les résultats de recherche suivant leur intérêt économique, ce qui confirme leur capacité à modifier l'accès au contenu. Ce mode opératoire diffère fondamentalement de celui des autres intermédiaires techniques (principalement les fournisseurs d'hébergement et d'accès à internet) qui font payer en principe leurs services à leurs utilisateurs. En conséquence, on comprend que l'activité des moteurs de recherche n'est pas nécessairement neutre, technique et passif et ces acteurs peuvent poursuivre leur intérêt propre dans le choix du contenu auquel ils donnent accès en première position et vers lequel ils pointent les résultats.

Ce modèle d'affaire est d'autant plus préoccupant que les contenus protégés par les droits d'auteur, rendus librement accessibles en ligne, rencontrent plus de succès auprès du

⁶ Sur le fondement du considérant 42 de la directive 2000/31/CE.

⁷ En juin 2017, la Commission européenne a infligé à Google une amende de 2,42 milliards d'euros pour abus de position dominante sur le marché des moteurs de recherche en favorisant son propre service de comparaison de prix sur Google Shopping, <https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/fr/MEMO_17_1785>.

⁸ Également, l'Autorité de la concurrence française a sanctionné Google en décembre 2019 à hauteur de 150 M€ pour abus de position dominante. Google a abusé de la position dominante qu'elle détient sur le marché de la publicité liée aux recherches, en adoptant des règles de fonctionnement de sa plateforme publicitaire Google Ads opaques et difficilement compréhensibles et en les appliquant de manière inéquitable et aléatoire. L'Autorité de la concurrence inflige en conséquence une sanction de 150 M d'euros, et enjoint Google de clarifier la rédaction des règles de fonctionnement de Google Ads, ainsi que la procédure de suspension des comptes, <<https://www.autoritedelaconcurrence.fr/fr/communiqués-de-presse/lautorite-sanctionne-google-hauteur-de-150-meu-pour-abus-de-position>>.

public, ce qui génère des revenus publicitaires plus élevés pour les moteurs de recherche et pousse à encourager un accès plus large aux œuvres protégées.

***Vigilance.** Le fait d'accorder un régime de non-responsabilité sous conditions aux fournisseurs de services internet n'est pas justifié s'agissant des moteurs de recherche, sans exiger la preuve in concreto d'un comportement neutre, passif et technique, dès lors que par nature le tri et l'accès à l'information ne sont pas neutres en soi. L'exonération de responsabilité qui leur est accordée risque d'être dommageable au respect des œuvres protégées, compte tenu du modèle d'affaire de ces acteurs.*

Il serait souhaitable de prévoir des conditions différentes envers les moteurs de recherche soit en leur imposant de faire la preuve de leur neutralité soit en les excluant du régime d'exonération de responsabilité. Cependant, l'article 20.88 sous 2d) de l'ACÉUM ne confère pas de marge de manœuvre aux États sur ce point, ce qui fait douter des possibilités du législateur canadien de prévoir des règles plus sévères.

3.2. Régime de responsabilité applicable aux fournisseurs de service internet et voies de recours

Champ matériel. L'article 20.87 paragraphe 2 dispose que « pour l'application de l'article 20.88, la notion de « droit d'auteur » doit s'entendre largement et comprend les droits connexes, c'est-à-dire les droits voisins. Ce point est particulièrement important pour garantir une protection large des activités artistiques et culturelles.

Le paragraphe 2 de l'article 20.88 indique à quelles activités des fournisseurs de service internet s'appliquent les limitations de responsabilité prévues au sous-paragraphe 1b) de l'article 20.88. Il s'agit des fonctions assumées par les quatre catégories de fournisseurs de services internet visés à l'article 20.88, c'est-à-dire les activités de « mise en cache », d'hébergement, d'accès à internet et de moteur de recherche (voir ci-dessus). Ces dispositions viennent donc compléter l'article 20.87 et doivent se lire ensemble.

Objet : voies de recours et limitations de responsabilité. L'article 20.88 porte sur les « Recours judiciaires et exonérations de responsabilités »⁹. Il vise ainsi, d'un côté, à

⁹ Le paragraphe 1 de l'article 20.88 donne le contexte de protection des droits de propriété intellectuelle. Il dispose que « les Parties reconnaissent l'importance de faciliter le développement continu de services en ligne légitimes qui servent d'intermédiaires et, conformément à l'article 41 de l'Accord sur les ADPIC, de prévoir des procédures destinées à faire respecter les droits de propriété intellectuelle qui permettent aux détenteurs de droits d'entreprendre une action efficace et rapide contre tout acte commis dans l'environnement en ligne qui porterait atteinte aux droits d'auteur visés par le présent chapitre ». Sur le fondement de l'accord ADPIC, l'article poursuit en précisant que « par conséquent, chacune des Parties fait en sorte que les détenteurs de droits puissent se prévaloir de recours judiciaires pour remédier à une telle

accorder un droit de recours en justice aux titulaires de droit d'auteur et, d'un autre côté, à organiser le régime de non-responsabilité sous conditions des « fournisseurs de service internet » définis à l'article 20.87.

Régime « dérogatoire ». Il est précisé en outre que l'annexe 20-B (Annexe à la section J) s'applique aux paragraphes 3, 4 et 6 de l'article 20.88. Cette annexe 20-B a pour objet de tempérer la mise en œuvre des dispositions de l'ACÉUM dans les États parties à l'accord, afin de faciliter le respect du droit d'auteur en ligne et d'éviter les perturbations injustifiées des marchés dans l'environnement en ligne. Cette annexe admet alors que certaines dispositions prévues par l'article 20.88 ne s'appliquent pas à un État qui mettraient déjà en œuvre certaines dispositions correctrices. Il convient donc de présenter aussi ce régime juridique « dérogatoire » qui tient compte du droit d'auteur existant dans les États parties à l'ACÉUM et dont le Canada peut se prévaloir.

1) Voies de recours judiciaire des titulaires de droit d'auteur

Cadre légal d'une collaboration et exonération de responsabilité. La fin du paragraphe 1 de l'article 20.88 précise le cadre régissant les recours judiciaires et les exonérations de responsabilité qui repose, d'une part, sur un principe de collaboration entre les fournisseurs de services internet et les titulaires de droit et, d'autre part, sur l'exonération de la responsabilité pécuniaire de ces derniers. Cette disposition précise ainsi que : « le cadre régissant les recours judiciaires et les exonérations de responsabilités comprend les deux éléments suivants :

a) des mesures incitatives prévues par la loi visant à encourager les fournisseurs de services Internet à collaborer avec les détenteurs de droits d'auteur en vue d'empêcher le stockage et la transmission non autorisés de contenu protégé par un droit d'auteur ou, subsidiairement, à prendre d'autres actions pour empêcher le stockage et la transmission non autorisés de contenu protégé par un droit d'auteur :

b) des limitations dans son droit qui ont pour effet d'empêcher que les fournisseurs de services Internet soient tenus d'accorder une réparation pécuniaire en cas d'atteintes à un droit d'auteur qu'ils ne contrôlent pas, qu'ils n'entraînent pas ou qu'ils ne commandent pas, et qui sont commises au moyen de systèmes ou de réseaux qu'ils contrôlent ou exploitent ou qui sont contrôlés ou exploités en leur nom ».

Mesures incitatives de collaboration entre fournisseurs de services internet et détenteurs de droits. Les mesures incitatives légalement prévues ont pour objectif d'empêcher le stockage et la transmission non autorisés de contenu protégé par un droit d'auteur. Pour ce faire, la collaboration entre les fournisseurs de services Internet avec les détenteurs de droit d'auteur est privilégiée. « D'autres actions » sont toutefois possibles à titre subsidiaire, ce qui laisse ici une marge de manœuvre au législateur canadien.

Variété des mesures de collaboration. La collaboration peut prendre différentes formes. Elle peut être de nature juridique ou technique ou combiner les deux pour une meilleure efficacité. Au plan juridique, il est loisible aux parties prenantes d'envisager des mesures contractuelles permettant aux fournisseurs de services de stocker et transmettre en toute

atteinte au droit d'auteur et établit ou maintient des exonérations de responsabilités adéquates concernant les services en ligne qui sont des fournisseurs de services Internet ».

légalité le contenu protégé. Au plan technique, il peut être encouragé de recourir à des dispositifs de marquage d'œuvres, comme par exemple le système ContentID de Youtube visant à permettre à Youtube d'identifier le contenu protégé avec l'aide des titulaires de droit.

Exemple européen. En droit de l'Union européenne, l'article 17 de la Directive (UE) 2019/790¹⁰ du Parlement européen et du Conseil du 17 avril 2019 sur le droit d'auteur et les droits voisins dans le marché unique numérique et modifiant les directives 96/9/CE et 2001/29/CE (dite DAMUN) envisage ainsi une combinaison de mesures juridiques et techniques. Le point 1 reconnaît d'abord qu'un fournisseur de services de partage de contenus en ligne effectue un acte de communication au public ou un acte de mise à la disposition du public, lorsqu'il donne l'accès à des œuvres protégées par le droit d'auteur ou à d'autres objets protégés qui ont été téléversés par ses utilisateurs. Un « acte de communication au public » ou un « acte de mise à disposition » implique l'application du droit d'auteur. Les mesures de collaboration suivantes de l'article 17 visent à organiser la mise en œuvre de ce droit d'auteur. La mise en œuvre de telles dispositions suppose donc un préalable nécessaire consistant à reconnaître que l'activité de stockage et/ou de transmission sans autorisation des œuvres constitue un acte de contrefaçon, ce que le législateur de l'Union européenne a admis par exception aux règles d'exonération de responsabilité des intermédiaires techniques posées aux articles 12 à 15 de la directive (UE) 2000/31 sur le commerce électronique. Cette directive prévoit en effet un principe d'exonération de responsabilité des intermédiaires techniques.

De son côté, l'ACÉUM ne reconnaît pas la responsabilité des fournisseurs de service internet mais cherche au contraire à aménager les conditions d'une irresponsabilité, ce qui en droit européen correspond justement à la directive sur le commerce électronique et non à la directive sur le droit d'auteur. Toutefois, l'ACÉUM prévoit une limitation de responsabilité à la condition que les fournisseurs de service internet ne contrôlent pas, n'entraînent pas ou ne commandent pas le contenu, même si le stockage ou la transmission des œuvres serait commis au moyen des systèmes ou réseaux qu'ils contrôlent ou exploitent ou le sont en leur nom. Nous reviendrons sur ces conditions plus loin mais supposons, dans une première approche, que des acteurs comme Youtube puissent être considérés comme contrôlant le système. Des mesures de collaboration devraient alors être mises en œuvre et il est possible de s'inspirer des mesures de collaboration prévues par l'article 17 de la directive DAMUN en dépit de la différence de régime de responsabilité ci-dessus exposée.

Mesure juridique de collaboration envisageable : la demande d'autorisation. La principale mesure juridique de collaboration qui pourrait être envisagée dans l'ACÉUM consisterait à obtenir l'autorisation des titulaires de droits pour permettre aux fournisseurs de services internet de stocker et rendre accessible le contenu sans porter atteinte au droit d'auteur. Afin de communiquer au public ou de mettre à la disposition légalement des œuvres ou autres objets protégés, plusieurs formes contractuelles peuvent être envisagées comme les accords de licence. Tel est ainsi le choix fait par le législateur européen (article 17(1) de la directive 2019/790).

¹⁰ <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:32019L0790&from=FR>>.

Quelle que soit la forme contractuelle que voudrait retenir le législateur canadien, il serait pertinent de prévoir que les autorisations données couvriraient aussi les actes accomplis par les utilisateurs de ces services internet, lorsque ces derniers n'agissent pas à titre commercial ou que leur activité ne génère pas de revenus significatifs. Dans le cas contraire, de tels actes ne pourraient être couverts par l'accord conclu avec les fournisseurs de services internet et exigeraient une autorisation spécifique des titulaires de droits d'auteur. Le seuil devrait toutefois ici être clairement posé.

Champ de la demande d'autorisation. En l'absence d'autorisation obtenue par le titulaire de droits, les fournisseurs de services de partage de contenus d'œuvres en ligne devraient logiquement être rendus responsables, mais l'ACÉUM indique à l'article 20.88 point 9 que « les Parties comprennent que le fait que le fournisseur de services Internet ne remplisse pas les conditions lui permettant d'appliquer les limitations prévues au sous-paragraphe 1b) n'entraîne pas à lui seul une responsabilité ». La responsabilité ne serait donc pas automatique.

Par exemple, des limitations à la responsabilité ou à la demande d'autorisation pourraient être posées pour tenir compte notamment de la taille et l'audience du service, ainsi que du coût et des moyens dont dispose le fournisseur de services internet, ou encore tenant à la nouveauté du service.

Respect des exceptions et limitations du droit d'auteur. Par ailleurs, la coopération mise en œuvre entre les fournisseurs de service internet et les détenteurs de droits d'auteur ne doit pas conduire à remettre en cause le respect des exceptions et limitations au droit d'auteur. L'article 20.88 point 9 de l'ACÉUM prévoit ainsi que « le présent article est sans préjudice de la disponibilité d'autres limitations et exceptions à l'égard du droit d'auteur ou d'invoquer d'autres moyens de défense conformément au régime juridique d'une Partie ».

Redevabilité des fournisseurs de services internet. Enfin, la collaboration entre les fournisseurs de service internet et les détenteurs de droits d'auteur doit porter sur la conclusion d'un accord juridique et aussi sur sa mise en œuvre. Les fournisseurs de services sont alors les principaux opérateurs du respect ou non du droit d'auteur. Il serait utile de poser par exemple une obligation d'information sur le fonctionnement de leurs pratiques ou encore sur l'utilisation du contenu protégé couvert par l'accord d'autorisation.

Mécanisme de traitement des plaintes et recours. Pour satisfaire pleinement l'article 20.88 de l'ACÉUM, les détenteurs de droits peuvent se prévaloir de recours judiciaires pour remédier à une atteinte au droit d'auteur. Le législateur canadien pourrait alors décider de mettre à disposition un mécanisme de traitement des plaintes et de recours rapide et efficace, en cas de litige portant sur le blocage ou le non-blocage de l'accès aux œuvres. Le traitement des demandes doit être rapide. Par ailleurs, alors que les fournisseurs de service internet comme Youtube utilisent des algorithmes de tri des contenus pour bloquer les contenus protégés, les décisions automatisées devraient être transparentes et contestables. Ultimement, on peut aussi décider d'imposer que la prise de décision soit explicable et que la contestation puisse se faire auprès d'un être humain en capacité de prendre la décision finale. Les dispositifs de traitement rapide des demandes ne devraient pas empêcher la mise en œuvre de modes extrajudiciaires de règlement des différends ni surtout l'exercice des voies de recours judiciaire.

Recommandations : afin de mettre en œuvre l'article 20.88 de l'ACÉUM et de se conformer à l'article 41 de l'Accord sur les ADPIC, le législateur canadien doit prendre des mesures de collaboration pour faire respecter les droits de propriété intellectuelle. Il dispose ici de marges de manœuvre à plusieurs niveaux.

D'abord, outre la collaboration, il peut prendre « d'autres actions » de son choix pour empêcher le stockage et la transmission non autorisés de contenu protégé par un droit d'auteur. Il peut prévoir des mesures plus contraignantes envers les fournisseurs de service internet.

Ensuite, des mesures de collaboration doivent être prises. Le libre choix est ici laissé aux États pour adopter par exemple des mesures de nature juridique ou technique. Le législateur canadien pourrait exiger une mesure juridique majeure consistant à imposer aux fournisseurs de service d'obtenir l'autorisation des titulaires de droit. Plusieurs formes contractuelles sont envisageables, comme, par exemple, les licences, sans toutefois s'y limiter.

Si le législateur canadien décide de mettre en œuvre un régime d'autorisation des titulaires de droits d'auteur à la charge des fournisseurs de service internet, il conviendrait de décider si et à quelles conditions l'autorisation inclurait les usages des utilisateurs des services internet. Pourrait être tenu compte des circonstances, par exemple la nature commerciale ou non de l'activité ou encore le montant de revenus générés par les utilisateurs qu'il faudrait préciser.

Si le législateur canadien décide de mettre en œuvre un régime d'autorisation, il devrait aussi préciser si cette obligation est de moyens ou de résultats et dans quelles circonstances l'absence d'autorisation serait acceptable. De même, le régime de l'autorisation pourrait voir son champ limité selon les caractéristiques des services (taille, audience, moyens financiers, nouveauté).

Si le législateur canadien décide de mettre en œuvre un régime d'autorisation, il convient de prévoir des obligations de transparence et redevabilité des fournisseurs de service internet portant sur la mise en œuvre de la collaboration, notamment sur le fonctionnement des pratiques et sur l'utilisation des œuvres couvertes par l'accord d'autorisation.

L'article 20.88 point 1 de l'ACÉUM rappelle l'article 41 de l'Accord sur les ADPIC qui prévoit de permettre aux détenteurs de droits d'entreprendre une action efficace et rapide contre tout acte commis dans l'environnement en ligne qui porterait atteinte aux droits d'auteur. Le législateur canadien pourrait prévoir de mettre en œuvre un dispositif de traitement des plaintes et recours rapide et efficace en ligne qui serait mis à la disposition des utilisateurs des services pour traiter des décisions de blocage ou au contraire de non-blocage de l'accès aux œuvres. Ces mesures ne devraient pas empêcher l'accès aux voies de recours judiciaires.

2) Régime de limitation de responsabilité des intermédiaires techniques

Limitation de la responsabilité financière. Chacune des Parties signataires à l'accord ACÉUM doit établir ou maintenir des exonérations de responsabilités adéquates concernant les fournisseurs de services Internet. Le point b) du paragraphe 1 de l'article 20.88 précise le régime d'exonération applicable.

L'ACÉUM dispose ainsi que chacune des parties doit prévoir : « des limitations dans son droit qui ont pour effet d'empêcher que les fournisseurs de services Internet soient tenus d'accorder une réparation pécuniaire en cas d'atteintes à un droit d'auteur qu'ils ne contrôlent pas, qu'ils n'entraînent pas ou qu'ils ne commandent pas, et qui sont commises au moyen de systèmes ou de réseaux qu'ils contrôlent ou exploitent ou qui sont contrôlés ou exploités en leur nom ».

Les fournisseurs de service internet sont donc exonérés de responsabilité pécuniaire en cas d'atteintes à un droit d'auteur qui seraient commises au moyen de systèmes ou de réseaux qu'ils contrôlent ou exploitent ou qui sont contrôlés ou exploités en leur nom à condition « *qu'ils ne contrôlent pas, qu'ils n'entraînent pas ou qu'ils ne commandent pas ces atteintes au droit d'auteur* ».

Obligation de détailler légalement le régime de limitation de responsabilité financière.

Le paragraphe 3 de l'article 20.88 dispose ainsi que « afin de faciliter des actions efficaces contre les atteintes au droit d'auteur, chacune des Parties décrit dans son droit les conditions que les fournisseurs de services Internet doivent remplir relativement aux limitations prévues au sous-paragraphe 1b) ou, subsidiairement, prévoit les circonstances suivant lesquelles les fournisseurs de services Internet ne peuvent remplir les conditions décrites au sous-paragraphe 1b) ».

Autrement dit, la limitation de responsabilité des fournisseurs de service suppose de prévoir des conditions à remplir ou des circonstances d'exclusion de cette limitation de responsabilité. Le paragraphe 3 de l'article 20.88 prévoit des dispositions propres aux hébergeurs et moteurs de recherche et vient apporter des précisions supplémentaires sur les conditions à respecter. Le choix de ces deux catégories d'intermédiaires techniques est justifié par leur rôle, c'est-à-dire le fait qu'ils interviennent directement sur le contenu.

Conditions du régime d'exonération des hébergeurs et des moteurs de recherche :

« **notification et retrait** ». Le paragraphe 3a) de l'article 20.88 prévoit ainsi que : « ces conditions comprennent l'exigence pour les fournisseurs de services Internet de supprimer ou de désactiver promptement l'accès au contenu se trouvant sur leurs réseaux ou sur leurs systèmes lorsqu'ils prennent effectivement connaissance de l'atteinte au droit d'auteur ou prennent connaissance de faits ou de circonstances rendant manifeste une telle atteinte, comme la réception d'un avis d'atteinte alléguée à un droit d'auteur de la part du détenteur du droit ou d'une personne autorisée à agir en son nom ».

Cette formulation correspond au modèle « notification et retrait » (*notice and take down*). Ce modèle est comparable aux dispositions des articles 12 à 15 de la directive 2000/31/CE mais surtout aux dispositions de la section 512 en droit américain qui montre encore une fois son influence dans l'ACÉUM.

Faible marge de manœuvre des États. Le paragraphe 3a) de l'article 20.88 oblige le législateur canadien à changer son modèle de « notification-notification », prévu à l'article 41.26(1) de la loi sur le droit d'auteur¹¹, et à réformer son droit en prévoyant le retrait des contenus signalés comme étant contrefaisants. Ce modèle de responsabilité conditionnelle des intermédiaires techniques est une moyenne entre l'exonération complète et la stricte

¹¹ LRC 1985, ch. C-42.

responsabilité¹². Ces dispositions viennent *a priori* amplement encadrer la capacité du Canada à élaborer les règles de responsabilité applicables aux activités de stockage et de moteur de recherche envers les contenus protégés par le droit d'auteur¹³. Toutefois, nous verrons que l'annexe 20-B prévoit des dérogations permettant au Canada de garder son régime.

Une flexibilité réside en outre dans la façon dont les fournisseurs de service internet prennent connaissance de l'atteinte aux droits d'auteur. L'avis d'atteinte alléguée n'est qu'un exemple par lequel la connaissance peut advenir. On remarquera par ailleurs que « l'avis d'atteinte alléguée à un droit d'auteur » émane du détenteur du droit ou d'une personne autorisée à agir en son nom. Est-ce à dire qu'il ne peut émaner de tiers ou du public ? Dès lors que cet avis d'atteinte alléguée n'est qu'un exemple de la façon d'obtenir connaissance, on peut supposer que les États pourraient vouloir ouvrir plus largement cette procédure d'avis.

Remarque : Le paragraphe 3a) de l'article 20.88 devrait contraindre le Canada à réformer son système de « notification-notification » prévu à l'article 41.26(1) de la loi sur le droit d'auteur au profit d'un système de « notification et retrait » calqué sur le DMCA américain. L'annexe 20-B permet cependant aux États de conserver des dispositions de leur droit, alors que le gouvernement canadien annonce dans sa « Consultation sur un cadre moderne du droit d'auteur pour les intermédiaires en ligne » ne pas vouloir remettre en cause son régime.

Clause de « bon samaritain » en faveur de tous les fournisseurs de service internet. Le sous-paragraphe 3b) de l'article 20.88 dispose que « le fournisseur de services Internet qui supprime ou désactive, de bonne foi, l'accès au contenu conformément au sous-paragraphe a) est exonéré de toute responsabilité à cet égard, pourvu qu'il effectue des démarches raisonnables, au préalable ou dans les moindres délais par la suite, pour en aviser la personne dont le contenu est supprimé ou désactivé ».

Il s'agit là d'une clause d'exonération de responsabilité dite du « bon samaritain », dans l'hypothèse d'une suppression ou désactivation d'un contenu qui ne serait finalement pas justifiée par une violation du droit d'auteur. L'objectif est d'encourager la protection de ce

¹² S. Solomun, M. Polataiko, H. A. Hayes, "Platform Responsibility and Regulation in Canada: Considerations on Transparency, Legislative Clarity, and Design", *Harvard Journal of Law & Technology*, Vol. 34, Digest Spring 2021.

¹³ La marge de manœuvre est absente du fait d'une formulation impérative (« doit »), d'autant qu'un avis d'atteinte alléguée, tel qu'il peut être prévu par le droit d'un État, doit respecter des exigences de contenu et comprendre des renseignements qui : a) sont raisonnablement suffisants pour permettre au fournisseur de services Internet d'identifier l'œuvre, l'interprétation ou exécution ou le phonogramme qui aurait fait l'objet d'une atteinte à un droit, le contenu qui serait attentatoire et l'emplacement en ligne de ce contenu ; b) qui donnent suffisamment d'indices de fiabilité en ce qui a trait à l'autorité de la personne qui envoie l'avis (note de bas de page 122).

droit en ne rendant pas responsables les intermédiaires qui feraient une modération excessive des contenus (sur-modération). Une telle disposition est favorable à la protection du droit d'auteur puisque le fournisseur de services internet peut voir sa responsabilité engagée s'il ne modère « pas assez » les contenus protégés mais pas s'il les modère « trop », ce qui encourage l'action.

Procédures de notification applicables aux hébergeurs et moteurs de recherche. Le paragraphe 4 de l'article 20.88 dispose que chaque État doit mettre en place « des procédures appropriées dans ses lois ou ses règlements pour le signalement efficace, par la voie d'un avis, des atteintes alléguées, et pour l'envoi de contre-avis par ceux dont le contenu a été supprimé ou désactivé par erreur ou erreur d'identification ».

Ces dispositions sont avant tout destinées à garantir une procédure facile et rapide de notification de contenus illicites au profit des titulaires de droits dans un souci d'efficacité. Ces mesures sont aussi destinées à prévoir un recours en cas de retrait excessif et de garantir le respect du contradictoire, ainsi que le droit de faire valoir l'absence d'atteinte au droit d'auteur et de rétablir l'accès au contenu par un contre-avis. Ainsi, cette disposition prévoit aussi que « si le contenu a été supprimé ou que l'accès à celui-ci a été désactivé en application du paragraphe 3, cette Partie demande au fournisseur de services Internet de rétablir le contenu faisant l'objet d'un contre-avis, sauf si la personne à l'origine de l'avis initial demande réparation dans le cadre de recours judiciaires civils, dans un délai raisonnable conformément aux lois ou aux règlements de la Partie ».

Ces mesures extrajudiciaires sont destinées à résoudre rapidement les conflits en cas de suppression ou désactivation du contenu mais n'empêchent pas de faire un recours judiciaire. Notons que le droit canadien prévoit une procédure détaillée d'avis à l'article 41.25(2) de la loi sur le droit d'auteur mais pas de dispositif de contre-avis.

Mesures procédurales. Il est en outre prévu que si une Partie n'a pas encore mis en œuvre les obligations énoncées aux paragraphes 3 et 4, elle le fera d'une manière qui est à la fois efficace et conforme à ses dispositions constitutionnelles existantes. « À cette fin, une Partie peut établir un rôle approprié pour le gouvernement qui n'altère pas la rapidité du processus énoncé aux paragraphes 3 et 4 ni n'exige un examen gouvernemental poussé de chaque avis individuel » (note de bas de page 121).

Le gouvernement canadien n'a pas encore mis en œuvre ces dispositions et doit donc tenir compte de ces articles pour l'adoption des normes et procédures de responsabilité. L'objectif est d'éviter que la procédure de respect du droit d'auteur se traduise par la mise en œuvre de mesures procédurales complexes qui risqueraient d'alourdir et d'allonger la procédure de retrait des contenus. *A contrario*, les Parties sont invitées à adopter des mesures souples et rapides, ce qui va dans le sens d'une protection rapide des droits d'auteur en ligne. Néanmoins, les dispositions dérogatoires de l'annexe 20-B permettent par ailleurs au gouvernement canadien de ne pas se conformer à l'article 20.88.

Sanction des notifications abusives d'atteinte aux droits d'auteur. Une autre mesure vient protéger la liberté d'expression, de façon à ce que les avis et déclarations d'atteinte aux droits d'auteur ne soient pas faites abusivement. Le paragraphe 5 de l'article 20.88 dispose ainsi que « chacune des Parties fait en sorte qu'il y ait dans son régime juridique des mesures correctives de nature pécuniaire à l'encontre d'une personne qui fait une fausse déclaration importante et délibérée dans le cadre d'un avis ou d'un contre-avis ayant causé

un dommage à toute partie concernée du fait que le fournisseur de services Internet s'est fondé sur cette fausse déclaration ». L'expression « toute partie concernée » peut se limiter aux parties titulaires d'un droit d'auteur.

Conditions de la limitation de responsabilité. Le paragraphe 6 de l'article 20.88 vient encadrer les circonstances dans lesquelles les fournisseurs de service internet peuvent se prévaloir du régime de limitation de responsabilité. Ces dispositions sont particulièrement précises et strictes. En outre, elles ne se retrouvent pas dans l'accord PTPGP contrairement à l'ensemble des autres dispositions. Deux catégories d'exigences concernent tous les fournisseurs de services internet, alors que la troisième ne s'applique qu'aux hébergeurs et moteurs de recherche dont le rôle est plus étroitement lié au contenu. ». Elles concernent la fermeture de comptes récidivistes et l'interdiction d'entraves aux mesures techniques.

Fermeture des comptes récidivistes. Afin de bénéficier du régime de limitation de responsabilité, il est d'abord exigé que le fournisseur de services Internet : « a) adopte et mette en œuvre de manière raisonnable une politique qui prévoit la fermeture, dans des circonstances appropriées, des comptes de contrevenants récidivistes ».

Les opérateurs sont invités à ne plus offrir le service en cas de violation répétée du droit d'auteur et à fermer les comptes contrevenants des récidivistes. Cette disposition n'est pas une procédure de « notification et blocage du *repost* » contrairement à ce que prévoit le droit de l'Union européenne¹⁴. L'obligation consacrée par l'ACÉUM ne porte pas sur le contenu contrefaisant mais sur les comptes qui les mettent en ligne, ce qui suppose un certain degré de récidive et systématisation de la contrefaçon. Ce choix est probablement plus facile à mettre en œuvre que le traçage d'un contenu spécifique qui peut s'avérer particulièrement difficile. La loi canadienne ne prévoit pas de telles dispositions mais l'annexe 20-B donne la possibilité aux États de déroger au paragraphe 6.

Interdiction d'entrave aux mesures techniques. Le paragraphe 6b) de l'article 20.88 exige ainsi que le fournisseur de services Internet : « s'adapte et ne fasse pas entrave aux mesures techniques usuelles qui sont acceptées sur le territoire de la Partie qui protègent et identifient le contenu protégé par des droits d'auteur, qui sont élaborées dans le cadre d'un processus ouvert et volontaire, avec un large consensus des détenteurs de droits d'auteur et des fournisseurs de services, qui sont disponibles selon des modalités raisonnables et non discriminatoires, et qui n'imposent pas de coûts substantiels aux fournisseurs de services ni de lourdes contraintes à leurs systèmes ou réseaux ».

Cette mesure vise à concilier le mode de fonctionnement des services de l'internet avec les mesures techniques de protection des œuvres protégées par le droit d'auteur. Elle encourage une coopération entre ces opérateurs et les titulaires de droits, conformément au paragraphe 1a) de l'article 20.88. Il s'agit d'une confirmation du fait que les mesures incitatives de coopération peuvent reposer sur des moyens de nature juridique mais aussi technique. Les Parties sont ici invitées à faire respecter cette coopération.

Vigilance : si le paragraphe 6b) de l'article 20.88 impose aux fournisseurs de services l'obligation de respecter les mesures techniques de protection et est, en son

¹⁴ L'article 17.4 sous c) de la directive (UE) 2019/790 impose aux intermédiaires techniques de fournir « leurs meilleurs efforts pour empêcher qu'ils soient téléversés dans le futur ».

principe, favorable à la protection des auteurs, ses modalités d'application prévoient d'atteindre un consensus entre les parties prenantes qui pourrait être difficile à atteindre en pratique. En outre, le respect des mesures techniques de protection est conditionné par l'obligation de ne pas imposer de coûts substantiels ou de lourdes contraintes aux fournisseurs de services internet. Une appréciation trop favorable de ces conditions pourrait restreindre la portée de la protection par les mesures techniques de protection, aussi faut-il maintenir une vigilance sur la mise en œuvre de ces dispositions au Canada. Ici encore, l'annexe 20-B permet aux États d'y déroger.

Absence d'avantage financier des hébergeurs et moteurs de recherche. Enfin, la dernière disposition au paragraphe 6c) de l'article 20.88 prévoit que les hébergeurs et moteurs de recherche ne doivent pas tirer « d'avantage financier découlant directement de l'activité portant atteinte aux droits d'auteur » pour bénéficier de l'exonération de responsabilité, ce qui paraît être une bonne mesure, eu égard au modèle d'affaire précédemment exposé. Ainsi, les hébergeurs et moteurs de recherche pourraient avoir un intérêt financier à une activité de contrefaçon en ligne, du fait des recettes publicitaires plus élevées générées en cas d'accès à des œuvres protégées.

Plusieurs questions peuvent se poser : les recettes publicitaires sont-elles considérées comme un avantage financier « direct » ? N'y a-t-il pas un risque d'exclusion en présence d'un modèle d'affaire parfois complexe et « indirectement » profitable ? Par ailleurs, une condition est posée tenant au fait que ces acteurs doivent avoir « le droit et la capacité de contrôler une telle activité » portant atteinte au droit d'auteur. Peut-on considérer que les hébergeurs et moteurs de recherche ont véritablement un droit et une capacité de contrôle des activités qu'ils hébergent ou vers lesquelles ils renvoient ? On peut en douter et une telle disposition sera certainement l'objet d'interprétation.

***Vigilance :** le principe posé au paragraphe 6c) de l'article 20.88 consistant à refuser l'application du régime d'exonération de responsabilité aux hébergeurs et moteurs de recherche qui tireraient un avantage financier de l'activité contrefaisante va dans le sens de la protection des droits d'auteur. Cependant, les conditions tenant à la nécessité d'un avantage « direct » pourraient remettre en cause l'hypothèse tenant aux recettes publicitaires en lien avec le contenu. En outre, d'autres conditions tenant au « droit » et à la « capacité » de contrôler l'activité contrefaisante pourraient également permettre d'exclure cette condition de l'irresponsabilité de ces acteurs. Ici encore, l'annexe 20-B donne la possibilité aux États de déroger à cette mesure.*

Absence d'obligation générale de surveillance. Le paragraphe 7 de l'article 20.88 de l'ACÉUM dispose que « l'admissibilité aux limitations prévues au paragraphe 1 ne peut être assujettie à l'exigence que le fournisseur de services Internet exerce une surveillance sur ses services ou cherche à établir affirmativement les faits indiquant la présence d'une activité attentatoire ». Cette absence d'obligation générale de surveillance est guidée par l'impossibilité pour ces fournisseurs de service internet de surveiller l'intégralité des contenus qu'ils hébergent. Une telle réserve est aussi admise en droit américain (section 512) et en droit de l'Union européenne (article 17.8 de la directive DAMUN). Cette disposition doit toutefois être compatible avec les mesures techniques précisées au sous-paragraphe 6b).

Procédures d'accès aux informations du prétendu contrevenant. Le paragraphe 8 de l'article 20.88 de l'ACÉUM prévoit que les fournisseurs de service internet doivent donner l'accès aux informations personnelles du prétendu contrevenant sous réserve que la demande s'exerce dans le cadre d'une procédure judiciaire ou administrative et que la demande repose sur des allégations juridiques « suffisantes ». Il dispose ainsi que « chacune des Parties prévoit des procédures, judiciaires ou administratives, conformément à son régime juridique, et compatibles avec les principes d'application régulière de la loi et de respect de la vie privée, permettant à un détenteur d'un droit d'auteur ayant présenté des allégations suffisantes sur le plan juridique relativement à une atteinte à son droit d'auteur d'obtenir promptement d'un fournisseur de services Internet les renseignements que détient ce dernier permettant d'identifier le prétendu contrevenant, lorsque ces renseignements sont demandés aux fins de la protection ou du respect de ce droit d'auteur ».

***Vigilance :** Il convient ici d'inciter le législateur canadien à prévoir une procédure facile d'accès et rapide, à ne pas exiger une preuve trop difficile à rapporter sur les allégations de contrefaçon et enfin de faire en sorte que les réglementations sur la protection de la vie privée et des renseignements personnels fassent obstacle à l'accès à ces informations.*

Limites sur la reconnaissance d'une responsabilité. Le paragraphe 9 de l'article 20.88 de l'ACÉUM dispose que « les Parties comprennent que le fait que le fournisseur de services Internet ne remplisse pas les conditions lui permettant d'appliquer les limitations prévues au sous-paragraphe 1b) n'entraîne pas à lui seul une responsabilité ». Cette disposition peut surprendre puisque l'on aurait pu logiquement comprendre que si les conditions d'exonération de responsabilité ne sont pas remplies, il faudrait reconnaître une responsabilité des fournisseurs de service internet et que cette circonstance suffise « à elle seule ». Cette mesure vient donc réduire la protection du droit d'auteur. En outre, alors que ces mesures ne sont pas suffisantes à « elles seules », il est par ailleurs seulement renvoyé aux exceptions et limitations du droit d'auteur et aux moyens de défense.

Respect des exceptions et limitations au droit d'auteur ainsi que des moyens de défense. Le paragraphe 9 de l'article 20.88 de l'ACÉUM ajoute que « en outre, le présent article est sans préjudice de la disponibilité d'autres limitations et exceptions à l'égard du droit d'auteur ou d'invoquer d'autres moyens de défense conformément au régime juridique d'une Partie ». Si on comprend ici la logique consistant à vérifier l'application des conditions du régime droit d'auteur et à respecter les exceptions et limitations, on peut en revanche émettre des réserves s'agissant des « autres moyens de défense » auxquels on donnerait ici la priorité sur le droit d'auteur sans autre précision.

Si on peut admettre une balance des intérêts entre le droit d'auteur et les droits de la défense au profit de ces derniers, encore faut-il spécifier davantage de quels droits il s'agit et comment l'équilibre s'établit. Sinon, cette disposition revient à ne pas faire primer le droit d'auteur par principe, ce qui est contestable.

Incidences sur les parties prenantes. Enfin, le paragraphe 10 de l'article 20.88 de l'ACÉUM dispose que « les Parties reconnaissent, s'agissant de la mise en œuvre de leurs obligations au titre du présent article, l'importance de tenir compte des incidences sur les

détenteurs de droit et les fournisseurs de services Internet ». Une marge de manœuvre est ici laissée aux États pour tenir compte de l'impact de ces mesures sur les parties prenantes.

***Vigilance :** Il convient ici d'être vigilant dans la mise en œuvre du paragraphe 10 de l'article 20.88 qui invite à considérer les incidences de l'article 20.88 sur les parties prenantes. Cette réserve ne devrait pas conduire à considérer, par exemple, que le coût de mise en œuvre serait trop élevé pour les fournisseurs de service internet dans le but de restreindre leurs obligations. En revanche, il pourrait être admissible de prévoir une gradation dans la mise en œuvre de ces mesures, selon l'importance des acteurs du marché. Si Youtube est l'acteur dominant et particulièrement visé, il n'est sans doute pas justifié que les mêmes mesures s'appliquent à des plus petits acteurs ou à des nouveaux acteurs susceptibles de proposer des services alternatifs aux géants dominants l'internet et qui peuvent jouer un rôle important en faveur de la « découvrabilité » d'un contenu plus localisé. En conséquence, le législateur canadien pourrait prévoir une gradation de règles applicables aux acteurs en considération de leur trafic ou part de marché par exemple.*

3.3. Régime dérogatoire de responsabilité reposant sur le droit existant des États (Annexe 20-B - Annexe à la section J)

Régime dérogatoire fondé sur le droit existant. L'annexe 20-B s'applique aux paragraphes 3, 4 et 6 de l'article 20.88 de l'ACÉUM et dispose en son premier paragraphe que « afin de faciliter le respect du droit d'auteur en ligne et d'éviter les perturbations injustifiées des marchés dans l'environnement en ligne, les paragraphes 3, 4 et 6 de l'article 20.88 (Recours judiciaires et exonérations de responsabilités) ne s'appliquent pas à une Partie dans la mesure où, à la date de l'accord de principe conclu à l'égard du présent accord », la Partie continue de prévoir un certain nombre d'obligations dans son droit.

Est donc laissée la possibilité aux États de déroger au régime de responsabilité, en particulier au système de « notification-retrait », et de conserver leur droit, ce qui semble être la volonté du législateur canadien qui souhaite en particulier préserver le système de « notification-notification ».

Obligations minimalement prévues par les États. Cinq obligations principales sont listées, plus ou moins détaillées, afin d'imposer aux États parties à l'ACÉUM les garanties minimales qui doivent être incluses dans leurs lois. Ainsi, l'État signataire doit continuer :

- a) de définir dans son droit les circonstances dans lesquelles les fournisseurs de services Internet ne peuvent appliquer les limitations énoncées au sous-paragraphe 1b) de l'article 20.88 ;
- b) de maintenir la responsabilité subsidiaire prévue par la loi pour une atteinte au droit d'auteur dans les cas où une personne fournit, sur Internet ou tout autre réseau numérique, un service principalement en vue de faciliter l'accomplissement d'actes qui portent atteinte au droit d'auteur au regard des facteurs figurant dans son droit ;
- c) d'exiger des fournisseurs de services Internet qui exercent les fonctions mentionnées aux sous-paragraphes 2a) et 2c) de l'article 20.88 qu'ils participent à un système d'envoi d'avis d'atteinte alléguée, y compris dans les cas où le contenu est disponible en ligne et, en cas de défaut, de rendre ce fournisseur passible de dommages-intérêts préétablis de nature pécuniaire ;
- d) d'inciter les fournisseurs de services Internet qui offrent des outils de repérage de l'information à retirer dans un délai déterminé tout contenu qu'ils reproduisent et qu'ils communiquent au public, dans le cadre des outils de repérage de l'information

offerts, lorsqu'ils reçoivent un avis d'atteinte alléguée et après que le contenu original a été retiré de l'emplacement électronique indiqué dans l'avis ; e) d'inciter les fournisseurs de services Internet qui exercent les fonctions mentionnées au sous-paragraphe 2c) de l'article 20.88 à retirer le contenu ou à désactiver l'accès à celui-ci lorsqu'ils apprennent l'existence d'une décision d'une cour de justice de cette Partie selon laquelle la personne qui stocke le contenu porte atteinte au droit d'auteur sur ce contenu.

Régime juridique dérogatoire de responsabilité. S'agissant du paragraphe 1a) de l'annexe 20-B, il implique que même si les États ne mettent pas en œuvre le régime juridique d'exonération de responsabilité prévu au paragraphe 3 de l'article 20.88, ils doivent prévoir leurs propres règles pour expliciter les circonstances dans lesquelles l'exonération de responsabilité ne s'appliquera pas.

A contrario, les États doivent aussi définir dans leurs lois les conditions de mise en œuvre d'une responsabilité des fournisseurs de services internet en cas d'atteinte au droit d'auteur. Le paragraphe 1b) de l'annexe 20-B dispose ainsi que « dans les cas où une personne fournit, sur Internet ou tout autre réseau numérique, un service principalement en vue de faciliter l'accomplissement d'actes qui portent atteinte au droit d'auteur au regard des facteurs figurant dans son droit », elle doit être tenue responsable.

Le législateur canadien prévoit de telles dispositions à l'article 27(2.3) de la loi sur le droit d'auteur.

Plusieurs exemples sont donnés :

- i) le fait que la personne a fait valoir, dans le cadre de la commercialisation du service ou de la publicité relative à celui-ci, qu'il pouvait faciliter l'accomplissement d'actes qui portent atteinte au droit d'auteur,
- ii) le fait que la personne savait que le service était utilisé pour faciliter l'accomplissement d'un nombre important d'actes qui portent atteinte au droit d'auteur,
- iii) le fait que le service a des utilisations importantes, autres que celle de faciliter l'accomplissement d'actes qui portent atteinte au droit d'auteur,
- iv) la capacité de la personne, dans le cadre de la fourniture du service, de limiter l'accomplissement d'actes qui portent atteinte au droit d'auteur et toute mesure qu'elle a prise à cette fin,
- v) les avantages que la personne a tirés en facilitant l'accomplissement d'actes qui portent atteinte au droit d'auteur,
- vi) la viabilité économique du service si celui-ci n'était pas utilisé pour faciliter l'accomplissement d'actes qui portent atteinte au droit d'auteur ».

Tous ces exemples portent sur des hypothèses où le fournisseur de services internet a directement encouragé les atteintes au droit d'auteur et/ou en a financièrement directement profité. Le service est alors mis en œuvre principalement pour faciliter l'accomplissement d'actes portant atteinte au droit d'auteur. De telles circonstances constituent en quelque sorte un « seuil minimum » pour déclencher l'application du droit d'auteur et correspond aux exigences du droit canadien.

Par ailleurs, l'annexe 20-B conduit à exclure notamment l'application du paragraphe 6b) de l'article 20.88 qui conditionne l'exonération de responsabilité du fournisseur de service internet au fait de ne pas tirer d'avantage financier découlant directement de l'activité portant atteinte aux droits d'auteur, dans les cas où il a le droit et la capacité de contrôler une telle activité. Cependant, ces dispositions de l'annexe 20-B prévoient néanmoins de considérer l'intérêt financier que pourrait avoir le fournisseur de service, si bien que l'exclusion n'est pas totale et revient essentiellement à réduire le niveau d'exigence pour admettre un avantage financier.

Régime d'avis d'atteinte. L'exclusion du paragraphe 4 a pour effet d'écarter les règles d'avis et de contre-avis d'atteinte au droit d'auteur. L'article 1c) de l'annexe 20-B prévoit toutefois d'exiger des fournisseurs de services Internet des sous-paragraphes 2a) et 2c) de l'article 20.88 (fournisseurs d'accès à internet et hébergeurs) qu'ils participent à un système d'envoi d'avis d'atteinte alléguée. À défaut, la responsabilité du fournisseur de service doit être engagée sur le fondement de dommages et intérêts de nature pécuniaire. En d'autres termes, l'annexe 20-B donne la liberté aux États de choisir les modalités de mise en œuvre de l'avis mais le principe de notification s'impose. Une telle disposition vient nuancer le caractère contraignant du paragraphe 4 de l'article 20.88, en redonnant une marge de manœuvre aux États.

***Vigilance :** si le législateur canadien se prévaut de la dérogation de l'annexe 20-B, il faudra vérifier si les modalités de mise en œuvre qu'il poserait n'ont pas pour effet de réduire la faisabilité de la notification d'une atteinte au droit d'auteur par le détenteur des droits.*

Retrait de contenu signalé par les moteurs de recherche. Le recours à l'annexe 20-B a notamment pour effet d'exclure le paragraphe 3 de l'article 20.88 qui prévoit l'obligation des fournisseurs de service de retirer les contenus présumés contrefaisants quand ils en ont connaissance, notamment grâce au dispositif d'avis d'atteinte du détenteur des droits. Cependant, le paragraphe 1d) de l'annexe 20-B incite les moteurs de recherche à retirer le contenu ainsi signalé comme présumé contrefaisant.

***Vigilance :** le niveau d'exigence du paragraphe 1d) de l'annexe 20-B est abaissé par le fait que les moteurs de recherche soient simplement « incités » à supprimer le contenu sans que cela soit rendu obligatoire. Il convient donc d'être vigilant sur les choix qui seraient faits par le législateur canadien quant à l'obligation ou non des fournisseurs de services à retirer le contenu qui leur serait signalé au travers d'outils qu'ils auraient mis en œuvre.*

Décision d'une cour de justice par les hébergeurs. En outre, le paragraphe 1e) de l'annexe 20-B prévoit que les hébergeurs sont seulement « incités » à retirer le contenu ou à en désactiver en cas de décision d'une cour de justice selon laquelle le contenu hébergé porterait atteinte au droit d'auteur sur ce contenu.

***Vigilance :** Cette mesure est particulièrement faible, alors qu'il est évident qu'un opérateur privé doit respecter une mesure imposée par un juge sauf à la contester. Il convient de surveiller les choix qui seraient faits par le législateur canadien.*

Conséquence : régime de protection fragmenté et réduit. Les dispositions exclues par l'annexe 20-B concernent les paragraphes 3, 4 et 6 de l'article 20.88, ce qui aboutit à

n'imposer le respect que d'une partie de cet article. Un régime juridique fragmenté est ainsi créé, afin de tenir compte du droit existant dans chaque État signataire.

En outre, sont finalement écartées les dispositions concernant le régime d'exonération de responsabilité (paragraphe 3), sans en remettre en cause le principe (paragraphe 1b). Est également écarté le régime de notification du contenu supposé contrefaisant, par l'exclusion des dispositifs d'avis et contre-avis (paragraphe 4). Enfin, sont aussi écartées les mesures à prendre par le fournisseur de service internet en cas d'atteinte au droit d'auteur par les contrevenants récidivistes, ainsi que les mesures relatives au respect des mesures techniques de protection et partiellement les mesures liées à l'avantage financier découlant de l'activité d'atteinte au droit d'auteur (paragraphe 6).

La possibilité laissée aux États de conserver une partie de leur droit existant a donc non seulement pour effet de créer un droit fragmenté mais aussi d'abaisser le niveau de protection et du respect du droit d'auteur. L'annexe 20-B prévoit des obligations qui sont moins exigeantes que l'ACÉUM et doivent être vues comme des obligations minimales. Les États ont négocié non seulement la possibilité de ne pas remettre en cause la totalité de leur droit pour des raisons de sécurité juridique mais aussi d'abaisser le niveau de protection. Dans la mesure où de nombreuses dispositions de l'ACÉUM s'inspirent du droit américain, le Mexique et le Canada sont les principaux bénéficiaires de cette marge de manœuvre de l'article 20-B, alors que le Canada manifeste une volonté de réviser son droit mais sans entraîner de modifications significatives sur le régime de la responsabilité.

En résumé : il convient d'observer dans quelle mesure le législateur canadien se prévaudra de l'annexe 20-B, ce qui aurait pour effet de réduire sensiblement le niveau de protection du droit d'auteur prévu par l'ACÉUM.

Deuxième accord : Étude de l'accord PTPGP (Accord de Partenariat transpacifique global et progressiste)

1. Contexte de l'accord

L'accord de libre-échange entre le Canada et 10 autres pays de l'Asie-Pacifique (Australie, Brunei, Chili, Japon, Malaisie, Mexique, Nouvelle-Zélande, Pérou, Singapour et Vietnam) a été conclu le 4 février 2016.

2. Étude des dispositions pertinentes du chapitre 14 (commerce électronique) du PTPGP

2.1. Article 14.4 : Traitement non discriminatoire des produits numériques

L'article 14.4 dispose que :

« 1. Aucune Partie n'accorde un traitement moins favorable aux produits numériques créés, produits, publiés, établis sous contrat, commandités ou rendus commercialement disponibles pour la première fois sur le territoire d'une autre Partie, ou aux produits numériques dont l'auteur, l'exécutant, le producteur, le développeur ou le propriétaire est une personne d'une autre Partie, que celui qu'elle accorde aux autres produits numériques similaires ».

Si la règle du traitement non-discriminatoire concerne l'égalité de traitement entre les produits pour éviter des règles protectionnistes, les « produits numériques » dont il s'agit peuvent être des œuvres protégées par le droit d'auteur. Il convient alors de souligner qu'en matière numérique les « produits » numériques sont mêlés et peuvent être de différentes natures ce qui conduit à appliquer différents régimes juridiques. Dans ce cas les « produits numériques » font l'objet de règles différentes, ce qui suppose de les discriminer selon leur nature et non leur origine géographique. Ce tri n'a évidemment pas pour effet de remettre en cause le principe du traitement non-discriminatoire.

Toutefois, le paragraphe 2 prévoit une exception : « 2. Le paragraphe 1 ne s'applique pas en cas d'incompatibilité avec les droits et obligations énoncés au chapitre 18 (Propriété intellectuelle) ».

Cette disposition donne la priorité au droit de propriété intellectuelle sur le principe du traitement non discriminatoire des produits numériques en cas d'incompatibilité. On peut regretter le fait que la primauté ici donnée aux droits de propriété intellectuelle ne vaille qu'en cas d'incompatibilité et non en tout temps.

2.2. Article 14.13 : Emplacement des installations informatiques

L'article 14.13 dispose que : « 1. Les Parties reconnaissent que chacune des Parties peut avoir ses propres exigences réglementaires concernant l'utilisation des installations informatiques, y compris des exigences qui visent à garantir la sécurité et le caractère confidentiel des communications ».

Cependant, sont exclues les mesures visant à territorialiser les activités numériques : « 2. Une Partie n'exige pas d'une personne visée qu'elle utilise ou situe des installations informatiques sur son territoire comme condition à l'exercice des activités commerciales sur ce territoire ».

Cette disposition reconnaît donc la possibilité aux États signataires de prévoir des mesures concernant les installations informatiques, lesquelles peuvent porter sur des obligations de sécurité par exemple. En revanche, les États ne sont en principe pas autorisés à prévoir des dispositions pour imposer la territorialité de certaines activités numériques, comme le stockage de données dans un système d'informatique en nuage (*cloud computing*). Ainsi, les données protégées par des droits de propriété intellectuelle accordés au Canada pourraient être stockées dans un cloud en dehors du territoire canadien.

Par exception, le paragraphe 3 prévoit toutefois une possibilité d'imposer une mesure de territorialité des activités numériques dans un cas spécifique et sous réserve de garanties : « 3. Aucune disposition du présent article n'empêche une Partie d'adopter ou de maintenir, en vue de réaliser un objectif légitime de politique publique, des mesures qui sont incompatibles avec le paragraphe 2, à condition que ces mesures : a) d'une part, ne soient pas appliquées de façon à constituer soit un moyen de discrimination arbitraire ou injustifiable, soit une restriction déguisée au commerce ; b) d'autre part, n'imposent pas de restrictions sur l'utilisation ou l'emplacement des installations informatiques qui soient plus importantes que celles qui sont nécessaires pour atteindre cet objectif ».

Sous réserve du respect de ces obligations de non-discrimination et principe de nécessité, la territorialisation par les États signataires sera rendue possible.

S'agissant d'un contenu numérique culturel, reste à voir si on peut considérer qu'une mesure de territorialisation pourrait être interprétée comme réalisant un « objectif légitime de politique publique ».

2.3. Article 14.2 : Portée et dispositions générales de l'accord

L'article 14.2 précise la portée des dispositions sur le commerce électronique et prévoit au paragraphe 5 que : « Il est entendu que les obligations prévues aux articles 14.4 (Traitement non discriminatoire des produits numériques), 14.11 (Transfert transfrontières de renseignements par voie électronique), 14.13 (Emplacement d'installations informatiques) et 14.17 (Code source) sont : a) assujetties aux dispositions pertinentes, aux exceptions et aux mesures non conformes prévues aux chapitres 9 (Investissement), 10 (Commerce transfrontières des services) et 11 (Services financiers) ; b) lues conjointement avec les autres dispositions pertinentes du présent accord ».

Le paragraphe 6 ajoute : « Les obligations prévues aux articles 14.4 (Traitement non discriminatoire des produits numériques), 14.11 (Transfert transfrontières de renseignements par voie électronique) et 14.13 (Emplacement d'installations informatiques) ne s'appliquent pas aux aspects non conformes des mesures adoptées ou maintenues au titre des articles 9.11 (Mesures non conformes), 10.7 (Mesures non conformes) ou 11.10 (Mesures non conformes) ». Ces articles soustraient l'applications de certaines obligations à des secteurs, sous-secteurs ou activités inscrits dans l'annexe II, qui contient une réserve culturelle :

Le Canada se réserve le droit d'adopter ou de maintenir une mesure qui affecte les industries culturelles et visant à soutenir, directement ou indirectement, la création, le développement ou l'accessibilité de l'expression artistique canadienne et de son contenu, à l'exception :

a) des prescriptions discriminatoires obligeant les fournisseurs de services ou les

investisseurs à verser des contributions financières pour le développement de contenu canadien;

b) des mesures limitant l'accès au contenu audiovisuel étranger en ligne¹⁵.

Le Canada a annulé ces deux exceptions par la signature de lettres d'ententes avec tous les partenaires du PTPGP suite au retrait des États-Unis¹⁶.

Autrement dit, les dispositions sur les exceptions et mesures non conformes priment sur les articles 14.4 (Traitement non discriminatoire des produits numériques) et 14.13 (Emplacement d'installations informatiques). Les mesures destinées à garantir l'exception culturelle et à protéger les industries culturelles seraient donc préservées sous certaines nuances¹⁷.

Ces dispositions viennent conforter l'interprétation qu'il convient de donner à l'article 14.13 comme permettant aux États signataires de localiser sur leur territoire des données culturelles, afin d'atteindre un « objectif légitime de politique publique ». Il convient de lire en combinaison les articles 14.4 et 14.13 avec l'article 14.2 sur la portée de l'accord PTPGP, afin de tenir compte de l'exception culturelle et des mesures propres aux industries culturelles. Par ailleurs, cette lecture combinée devrait permettre de considérer que des dispositions visant à territorialiser les installations informatiques sur le territoire canadien puissent s'appliquer au contenu numérique culturel, comme étant un « objectif légitime de politique publique » pour améliorer l'efficacité d'un contrôle portant sur le respect des droits de propriété intellectuelle et des politiques culturelles.

3. Étude des dispositions du chapitre 18 (propriété intellectuelle) relatives aux fournisseurs de services Internet (Section J) du PTPGP

Objet et dérogation (annexe 18-E). Le chapitre 18 de l'accord PTPGP porte sur la propriété intellectuelle et prévoit des dispositions spécifiques aux fournisseurs de services internet (section J). Il faut d'abord noter que l'encadrement des activités de fourniture de ces services n'est pas global mais est limité aux droits de propriété intellectuelle. Les dispositions de la section J ci-dessous s'appliquent mais la possibilité est laissée aux parties signataires de se prévaloir de l'article 17.11.23 de l'Accord de libre-échange États-Unis-Chili (*United States - Chile Free Trade Agreement*) du 6 juin 2003 (annexe 18-F). Les États peuvent se prévaloir également de l'annexe 18-E qui les autorise à déroger aux dispositions de l'article 18.82 paragraphes 3 et 4, afin de faciliter la protection du droit d'auteur sur Internet et d'éviter les perturbations injustifiées des marchés dans l'environnement numérique. La dérogation aux mesures de l'accord ainsi prévue en annexe est identique au

¹⁵ Texte du PTP consolidé – [Annexe II – Liste du Canada](#)

¹⁶ En effet, les lettres incluent toutes la même formulation : « le Canada peut adopter ou maintenir des prescriptions discriminatoires obligeant les fournisseurs de services ou les investisseurs à verser des contributions financières pour le développement de contenu canadien, et peut adopter ou maintenir des mesures qui limitent l'accès au contenu audiovisuel étranger en ligne », voir : [Instruments impliquant le Canada](#)

¹⁷ La CDEC appelle toutefois à certaines nuances sur cette question. Voir par exemple la section 4.1 du [mémoire sur les négociations d'un ALE avec le Royaume-Uni et sur son adhésion éventuelle au PTPGP](#)

dispositif mis en œuvre dans l'ACÉUM, non seulement en son principe mais aussi dans son contenu.

Définition des fournisseurs de service. Également, l'article 18.81 donne des définitions comparables à celles de l'ACÉUM. Il dispose que le « fournisseur de services Internet désigne : a) soit un fournisseur de services en ligne qui assure la transmission, l'acheminement ou la fourniture de connexions pour des communications numériques en ligne entre des points spécifiés par un utilisateur, d'œuvres choisies par l'utilisateur, et qui exerce l'une des fonctions prévues à l'article 18.82.2a) ; b) soit un fournisseur de services en ligne qui exerce les fonctions prévues à l'article 18.82.2c) ou à l'article 18.82.2d) ». Sont ici visées les activités de transmission, acheminement ou fourniture de connexions relativement à des données (fourniture d'accès aux réseaux), le stockage intermédiaire et transitoire (« caching »), le stockage (fourniture d'hébergement), le renvoi ou la liaison à un emplacement en ligne (moteur de recherche). Ce sont les activités d'intermédiation technique classiquement visées pour encadrer le contenu numérique mis à disposition en ligne.

Recours judiciaires et exonérations de responsabilité. La plupart des dispositions du PTPGP sont quasiment identiques à celles de l'ACÉUM. La principale différence est que le paragraphe 6 de l'article 20.88 ne trouve pas d'équivalent dans le PTPGP. Une autre différence importante tient à des variations de rédaction au paragraphe 4.

Système d'avis d'atteinte et contre-avis. Le paragraphe 4 porte sur le système d'avis d'atteinte au droit d'auteur et contre-avis en prévoyant la possibilité d'un tel système, sans l'imposer, contrairement à l'ACÉUM. Il dispose ainsi que « lorsque le droit d'une Partie prévoit un système permettant de donner des contre-avis, et dans le cas où du contenu est supprimé ou que l'accès à celui-ci est désactivé conformément au paragraphe 3, cette Partie exige que le fournisseur de services Internet rétablisse le contenu visé par le contre-avis à moins que la personne qui donne l'avis initial ne prenne un recours judiciaire dans un délai raisonnable ». Une telle disposition sur la suppression et le rétablissement n'étant pas consacrée en droit canadien, cette possibilité a peu de portée.

Déroghations en annexes par renvoi au droit des parties. Enfin, les dérogations prévues à l'annexe 18-E ont été reprises à l'identique dans l'annexe 20-B de l'ACÉUM, aussi est-il renvoyé aux commentaires correspondants.

Troisième accord : Étude de l'accord APEN (Accord de partenariat sur l'économie numérique) ou Digital Economy Partnership Agreement (DEPA)

1. Caractéristiques et contexte de l'APEN

L'Accord de partenariat sur l'économie numérique (APEN) est un nouveau type d'instrument de politique commerciale internationale, lancé par le Chili, la Nouvelle-Zélande et Singapour, tous trois membres de l'accord de partenariat transpacifique (PTPGP). L'APEN ne s'applique qu'aux mesures « qui affectent le commerce dans l'économie numérique » (article 1.1). Il est officiellement entré en vigueur le 7 janvier 2021, Singapour et la Nouvelle-Zélande ayant achevé leurs procédures internes de ratification. Le Chili travaille encore à l'achèvement de son processus de ratification.

Le Canada envisage son adhésion éventuelle. Le 9 décembre 2020, le Canada a officiellement notifié aux parties à l'APEN son intérêt à entamer des discussions exploratoires en vue d'une éventuelle adhésion à l'APEN. Le 16 février 2021, le Canada a entamé des discussions exploratoires avec les parties à l'APEN. Le fait d'être l'un des premiers pays à adhérer à l'APEN permettrait au Canada de contribuer à l'évolution future de l'Accord.

Pourquoi le Canada s'intéresse-t-il à cet accord ?

L'APEN s'aligne sur les objectifs stratégiques nationaux et internationaux du Canada. Il s'agit notamment d'encourager le commerce électronique comme moyen de faciliter le commerce international et de permettre la diversification du commerce pour les entreprises canadiennes, y compris les PME, à court terme.

L'APEN est un accord sur le commerce numérique unique en son genre, en ce qu'il s'attaque à de nouveaux problèmes. Comme le commerce numérique change rapidement, les accords de libre-échange (ALE) conclus dans le passé ne permettent pas d'éliminer ou de réduire les obstacles auxquels les entreprises qui participent à l'économie numérique font face. L'APEN est un nouveau type d'accord commercial autonome qui porte exclusivement sur la facilitation du commerce numérique.

Accord APEN et initiatives internationales à l'OMC et à l'OCDE

L'APEN apporte un complément à l'initiative de Déclaration commune sur le commerce électronique que pilote présentement l'Organisation mondiale du commerce (OMC). Comme les négociations relatives à l'initiative de Déclaration conjointe sur le commerce électronique de l'OMC sont toujours en cours, l'APEN peut être considéré comme une étape importante vers la conclusion d'un accord multilatéral plus large.

L'APEN est un accord plurilatéral autonome et ouvert auquel d'autres membres de l'OMC peuvent adhérer. L'Accord a été construit de façon à être un « accord évolutif », ce qui permet de le mettre à jour ou de le moderniser de façon continue, s'il y a lieu. Dans l'ensemble, l'APEN a été conçu pour compléter et soutenir les négociations en cours à l'OMC sur le commerce électronique, et pour s'appuyer sur les travaux relatifs à l'économie numérique en cours au sein de la Coopération économique Asie-Pacifique, de l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE) et d'autres forums internationaux.

2. Structuration de l'APEN et des principaux thèmes

L'APEN est divisé en modules et s'appuie sur les chapitres relatifs au commerce numérique ou au commerce électronique des accords de libre-échange existants, tels que l'Accord de partenariat transpacifique global et progressiste (PTPGP), en ajoutant des engagements renforcés pour faciliter le commerce numérique et la coopération multipartite sur une série de technologies avancées.

Il aborde des questions émergentes liées à l'économie numérique dont les suivantes :

- la facilitation des affaires et des échanges (module 2) ;
- les problèmes relatifs aux données (module 4) ;
- la confiance des entreprises et des consommateurs (module 6) ;
- les identités numériques (module 7) ;
- l'intelligence artificielle (module 8) ;
- l'inclusion numérique (module 11).

En outre, l'APEN contient des dispositions qui couvrent des questions telles que l'interconnexion, la coopération en matière de politique de concurrence, le domaine public et les paiements électroniques.

Les dispositions incluses dans ces modules proviennent du chapitre sur le commerce électronique du PTPGP, et portent notamment sur :

- le traitement non discriminatoire des produits numériques (article 3.3) ;
- la non-application des droits de douane sur les transmissions électroniques (article 3.2.) ;
- la cohérence réglementaire (article 1.2).

Elles sont associées aux chapitres du PTPGP sur :

- les services de télécommunication ;
- le commerce transfrontières des services ;
- les obstacles techniques au commerce ;
- la propriété intellectuelle ;
- les services financiers ;
- la politique en matière de concurrence (article 8.4) ;
- les petites et moyennes entreprises (module 10) ;
- la transparence et la lutte contre la corruption ;
- le règlement des différends ;
- les dispositions finales.

3. Étude détaillée des articles de l'APEN appelant une vigilance

3.1. Module 3 : traitement de produits numériques et enjeux reliés

L'article 3.1 de l'APEN définit un « produit numérique » désigne « un programme informatique, un texte, une vidéo, une image, un enregistrement audio ou autre produit à encodage numérique qui est produit pour la vente ou la distribution commerciale et qui peut être transmis par voie électronique ». Cette définition est identique à celle du PTPGP et inclut des contenus culturels. Un produit numérique peut ainsi porter sur un élément susceptible d'être protégé par la propriété intellectuelle, plus spécifiquement par le droit d'auteur.

Par ailleurs, l'article 3.4 concerne les produits technologiques d'information et de communication basés sur la cryptologie.

Vigilance

La cryptologie a pour effet de dissimuler des informations et peut être potentiellement utilisée pour empêcher toute transparence et obligation de rendre compte. Appliquer aux algorithmes destinés à trier ou mettre en avant des contenus culturels en ligne, ces dispositions pourraient anéantir toute effort de transparence et d'encadrement des activités des plateformes en ligne comme Youtube par exemple. Elle pourrait anéantir toute volonté de mise en œuvre de règles de responsabilité envers ces acteurs.

Recommandation 1 : *les mesures de cryptologie ne doivent pas pouvoir être mises en œuvre pour éviter toute obligation de transparence s'agissant des conditions de mise en ligne et d'accès aux contenus culturels.*

En outre, des mesures d'encryption peuvent être mises en œuvre pour protéger les œuvres diffusées en lignes et garantir la traçabilité de leur usage et déjouer la contrefaçon.

Vigilance

L'utilisation des dispositifs dits de DRM (digital Rights Management) ou mesures de protection techniques (MPT) à l'instar du système ContentID élaboré par Youtube, ne doit pas être empêchée.

Recommandation 2 : *les dispositifs d'encryptions doivent pouvoir être mis en œuvre pour protéger les œuvres et tracer leur utilisation, afin de lutter contre la contrefaçon (mesures techniques de protection).*

3.2. Module 4 : enjeux relatifs aux données (données personnelles et installations informatiques de traitement et localisation des données pour un usage commercial)

L'article 4.2 est consacré à la protection des données personnelles qui s'entend très largement. Il prévoit en effet que chaque partie doit adopter ou maintenir un cadre légal de protection des données personnelles mais laisse très libre les États signataires du choix du type de normes. Il peut tout aussi s'agir d'une protection large ou sectorielle de la vie privée ou des données personnelles ou bien encore le fait de rendre obligatoires des mesures volontaires de protection prises par les entreprises. Ces dispositions précisent également les principes à adopter, ainsi que l'obligation de prévoir des pratiques non-discriminatoires s'agissant de la protection des données personnelles des usagers du commerce électronique.

Par ailleurs, si les États signataires peuvent adopter leurs propres exigences réglementaires concernant les flux transfrontaliers d'informations par des moyens électroniques, ces dispositions ne doivent pas empêcher le transfert de données personnelles dans le cadre des activités de commerce.

Enfin, l'article 4.4 concerne la localisation des infrastructures informatiques et reprend les dispositions de l'article 14.13 du PTPGP. Les États signataires admettent que chaque partie puisse avoir sa propre réglementation concernant l'utilisation des infrastructures informatiques, incluant des exigences destinées à garantir la sécurité et la confidentialité des communications.

Toutefois, aucune partie ne doit exiger d'une personne qu'elle utilise ou localise des installations informatiques sur le territoire de cette partie comme condition pour exercer son activité sur ce territoire. Cependant, cette disposition n'empêche pas une partie d'adopter ou maintenir des mesures contraires dans un but de politique publique, dès lors que cette mesure ne constitue pas un moyen arbitraire ou une discrimination injustifiable ou encore une restriction déguisée au commerce. En outre, cette exception doit respecter un principe de nécessité en n'imposant pas des restrictions au-delà de ce qui est requis pour atteindre cet objectif.

En résumé, les parties signataires peuvent imposer des obligations de sécurité et confidentialité aux infrastructures informatiques, comme l'informatique en nuage par exemple, mais ne peuvent imposer une obligation de localisation pour les activités de commerce. Par exception, des mesures de localisation peuvent être imposées à des fins de politique publique légitime. Les États signataires ne peuvent donc pas imposer des mesures de localisation des installations informatiques, ce qui permet *a contrario* de situer les données générées par une activité commerciale en dehors du territoire du lieu où se trouve cette activité.

Vigilance

Les données ainsi générées dans le cadre de l'activité économique peuvent être des données personnelles mais pourraient être des **données culturelles**, si on envisage par exemple que l'usage commercial en ligne puisse porter sur la diffusion d'œuvres. *Cette disposition s'oppose à des mesures de localisation dites de « souveraineté numérique ». Elle peut alors constituer un point faible de la protection des œuvres protégées au Canada, dès lors que leur traitement et leur stockage pourrait avoir lieu en dehors du territoire canadien. La perte de contrôle physique sur l'information rend alors plus difficile la vérification du respect du droit d'auteur canadien.*

Cette clause nécessite une vigilance, dès lors qu'elle pourrait limiter la capacité du Canada à adopter ou mettre à jour des mesures permettant de protéger le droit d'auteur, sauf à considérer que la protection du droit d'auteur puisse être un « objectif légitime de politique publique » et faire l'objet de l'exception, ce qu'il faudra clarifier.

Cependant, cette vigilance peut être levée ou pour le moins nuancée à la lecture de l'annexe 1 qui indique que certains articles de l'APEN ne créent ni droits ni obligations entre ou parmi les parties et vise spécifiquement l'article 4.4.

3.3. Module 8 : intelligence artificielle (IA)

L'article 8.2 de l'APEN prévoit des dispositions en matière de propriété intellectuelle, il est ainsi prévu que les parties doivent s'efforcer de promouvoir l'adoption de cadres éthiques et de gouvernance de façon à soutenir l'utilisation de confiance, sûre et responsable des technologies d'IA. Plus spécifiquement, les parties doivent s'efforcer de prendre en considération des principes ou lignes directrices internationalement reconnus, incluant des valeurs d'explicabilité, de transparence, de loyauté et centrées sur l'humain.

Vigilance

Si l'adoption de valeurs éthiques et de cadres de gouvernance de l'IA doit en soi être encouragée, ces mesures ne doivent pas faire oublier la loi et l'obligation de respecter les règles de droit. En particulier, l'intelligence artificielle repose sur l'utilisation d'une quantité massive de données dont certaines peuvent être protégées par des droits de propriété intellectuelle.

Recommandation 3 : *avant toute considération éthique nouvelle, il faut rappeler l'obligation de respecter la règle de droit et en particulier les droits de propriété intellectuelle dans la mise en œuvre d'un système d'IA.*

Cela pose également la question du respect du droit d'auteur au cours des processus de création d'œuvres au moyen de procédés de *machine learning* se basant sur des œuvres préexistantes.

Vigilance

La question est alors de savoir s'il faut soutenir ou non une exception à l'utilisation des œuvres protégées par le droit d'auteur, dès lors que ces œuvres constituent des données massives utilisées dans un processus de création par IA (en particulier par machine learning) de nature à faire naître d'autres œuvres dont la paternité peut, par ailleurs, être discutée. Les exceptions existantes concernant par exemple l'utilisation équitable ou le contenu non commercial généré par les utilisateurs ne pourraient être invoquées.

Recommandation 4 : *il faut rappeler que le droit d'auteur ne prévoit pas d'exception spécifique en cas d'utilisation massive d'œuvres dans un processus de création d'une nouvelle œuvre générée par l'IA, ce qui constitue de la contrefaçon.*

3.4. Module 9 : innovation et économie numérique

Le module 9 concerne les données ouvertes (open data) et l'innovation des données. L'article 9.1 définit l'ouverture des données comme étant « des données numériques qui sont rendues disponibles avec les caractéristiques techniques et juridiques nécessaires pour être librement utilisées, réutilisées et distribuées. Cette définition concerne seulement l'information portée ou traitée par ou au nom de la partie ».

L'article 9.4 vise ensuite des mécanismes de data trusts. « Les parties reconnaissent ainsi que les mécanismes de partage des données, comme les cadres de confiance de partage des données et les accords de licence ouverte, facilitent le partage des données et promeuvent son usage dans un environnement numérique afin de : a) promouvoir l'innovation et la créativité; b) de faciliter la diffusion de l'information, de la connaissance, de la technologie, de la culture et des arts ».

Vigilance

Ce qui est probablement visé ici concerne les data trusts à des fins culturelles. Or, les data trusts reposent sur la confiance dans le partage d'informations protégées, à condition que des règles précises et strictes soient posées, notamment envers le fiduciaire. Or, différents modèles et mécanismes de trusts peuvent s'envisager, suivant les cas considérés et les systèmes juridiques. Y compris au sein même du Canada, le data trust de common law n'est pas identique à la fiducie de données du code civil québécois. Dès lors, les règles envisagées ici sont trop vagues pour assurer la protection des données protégées et garantir un usage respectueux des objectifs de la fiducie, alors même que les données culturelles sont principalement visées.

Recommandation 5 : *des précisions sur le régime applicable à la fiducie de données à des fins culturelles doivent être apportées, en particulier s'agissant des finalités poursuivies et des garanties apportées pour les respecter.*

Par ailleurs, l'article 9.5 encourage l'ouverture des données publiques.

Vigilance

Il convient ici aussi d'être particulièrement vigilant avec le principe d'ouverture des données publiques, alors que les données détenues par les administrations peuvent inclure des données d'autrui protégées par des droits de propriété intellectuelle. L'ouverture des données publiques exige donc une analyse au cas par cas des données concernées et de recherche d'éventuels droits qui pourraient s'y rattacher. En outre, il est aussi encouragé d'adopter des licences publiques sur ces données accessibles en ligne. De telles licences ne doivent pas avoir pour effet d'accorder automatiquement des droits sur des contenus protégés par la propriété intellectuelle.

Recommandation 6 : *des précisions concernant l'exclusion des droits de propriété intellectuelle d'autrui lors de l'ouverture des données publiques doivent être apportées.*

3.5. Module 15 : exceptions culturelles

S'agissant de la clause d'exception culturelle prévue à l'article 15.1 point 4 de l'APEN, le style diffère très profondément des clauses classiquement négociées et conclues par le Canada, ce qui ne doit pas surprendre s'agissant d'un accord qui n'a pas été négocié avec le Canada.

Vigilance

La notion "d'arts créatifs" est au cœur de la disposition. Elle vise des activités au-delà des industries culturelles qui sont des industries traditionnellement implantées dans la création. Les arts créatifs énumérés ici sont soit nouveaux (numérique) soit ont été pendant longtemps ignorés (art autochtone). Dès lors, une interprétation peut consister à dire que : 1) cette clause ne remet pas en cause la conception classique des clauses d'exception culturelle défendues habituellement par le Canada, notamment telle que prévue dans le PTPGP ; 2) cette clause est complémentaire, en ce qu'elle peut être interprétée comme allant au-delà des clauses habituelles d'exception culturelle. La référence aux "arts créatifs" compléterait et irait donc plus loin que les industries culturelles traditionnelles. Il faut en outre rappeler que l'APEN vient compléter l'accord PTPGP auquel sont parties les trois États signataires de l'APEN. Cela

conforte l'idée d'une complémentarité des règles, alors que l'APEN indique à différents endroits du texte le principe de cohérence avec le droit existant. L'article 1.2. affirme ainsi que l'intention des parties à l'accord est de le faire coexister avec les accords internationaux existants.

Recommandation 7 : *le contenu de la clause d'exception culturelle doit être explicité et doit reprendre les principes de protection des industries culturelles que défend traditionnellement le Canada.*