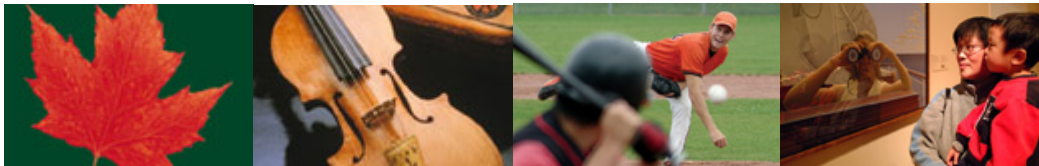




Patrimoine  
canadien Canadian  
Heritage

Politique du droit d'auteur



# L'utilisation équitable après l'affaire CCH

juin 2007

Rapport préparé par Giuseppina D'Agostino

Osgoode Hall Law School  
gdagostino@osgoode.yorku.ca  
Juin 2007

### *Note*

Cette étude a été financée par le ministère du Patrimoine canadien. Cette étude ne représente pas les politiques ni les perspectives du ministère du Patrimoine canadien ou du Gouvernement du Canada.

**Ce document est disponible sur le site Web suivant :**

[http://www.pch.gc.ca/progs/ac-ca/progs/pda-cpb/pubs/index\\_f.cfm](http://www.pch.gc.ca/progs/ac-ca/progs/pda-cpb/pubs/index_f.cfm)

Veillez noter qu'une mise à jour sera aussi publiée par dans le McGill Law Journal en 2008 : « Healing Fair Dealing? A comparative copyright analysis of Canadian fair dealing to UK fair dealing and US fair use. » De l'information supplémentaire suivra sous peu. L'auteur vous invite à lui envoyer vos commentaires ou questions à [gdagostino@osgoode.yorku.ca](mailto:gdagostino@osgoode.yorku.ca).

## **Table des matières condensée**

- I Introduction**
- II L'utilisation équitable au Canada**
- III L'utilisation équitable au R.-U.**
- IV L'usage acceptable aux É.-U.**
- V Examen comparatif**
- VI Conclusions**

## Table des matières

### I Introduction

### II L'utilisation équitable au Canada

#### 1 Contexte législatif

#### 2 Analyse de CCH

##### (a) *CCH Canadienne Ltée c. Barreau du Haut-Canada*

- (1) Le but (et la nature commerciale) de l'utilisation
- (2) Le caractère de l'utilisation
- (3) L'ampleur de l'utilisation
- (4) Solutions de rechange à l'utilisation
- (5) Nature de l'œuvre
- (6) Effets de l'utilisation sur l'œuvre

##### (b) Observations sur CCH : une approche axée sur l'utilisateur

- (1) Défense du droit d'utilisateur
- (2) Buts élargis
- (3) Autres oeuvres
- (4) Exceptions et utilisation équitable
- (5) Interprétation de l'utilisation équitable – violation, fardeau de la preuve et le concept de mandat
- (6) Mise en garde concernant CCH et la politique axée sur les utilisateurs

#### 3 Degré de latitude judiciaire avant CCH

##### (a) Interprétation restrictive

##### (b) Interprétation libérale

##### (c) Motif

##### (d) Politique

#### 4 L'après-CCH : les tribunaux ont-ils repris l'exemple?

##### (a) Décisions de la Commission du droit d'auteur

##### (b) Note sur le contexte éducatif

### III L'utilisation équitable au R.-U.

#### 1 Qu'ont dit les tribunaux sur les buts énumérés?

##### (a) Recherche ou étude privée

##### (b) Critique ou compte rendu

##### (c) Communication des actualités

#### 2. L'utilisation doit être équitable

#### 3. Hiérarchie des facteurs

### IV L'usage acceptable aux É.-U.

#### 1. Législation américaine

##### (a) Quatre facteurs d'usage acceptable

- (1) Le but et le caractère de l'utilisation
- (2) La nature de l'œuvre protégée par le droit d'auteur
- (3) L'ampleur et l'importance de la proportion utilisée
- (4) L'effet de l'utilisation sur le marché potentiel

- (b) « Autres » facteurs de l'usage acceptable
  - (1) Pratiques monopolistiques et concurrentielles
  - (2) Pratiques de l'industrie et politiques institutionnelles

**2. L'usage acceptable est « malade »**

- (a) Limites de la TEACH Act
- (b) Les pratiques exemplaires : source d'optimisme

**V Examen comparatif**

**1. Une hiérarchie de facteurs, et non un nombre de facteurs**

- (a) But (et nature commerciale de l'utilisation)
- (b) Nature de l'œuvre

**2. Autres facteurs**

**VI Conclusions**

- (a) Ne rien faire?
- (b) Édicter les facteurs de *CCH*?
- (c) S'inspirer au hasard des lois d'autres pays?
- (d) Pratiques exemplaires en matière d'utilisation équitable?
- (e) Clarifier la *Loi sur le droit d'auteur*? Clarifier les objectifs de la politique?

## *L'utilisation équitable après l'affaire CCH*

### **I Introduction**

À la suite de la décision de la Cour suprême du Canada du 4 mars 2004 dans l'affaire *CCH Canadienne Ltée c. Barreau du Haut-Canada*<sup>1</sup>, pour la première fois dans l'histoire des droits d'auteur du Canada, la Cour a déterminé que la loi canadienne devait reconnaître un « droit d'utilisateur » s'appliquant aux exceptions en général, et plus particulièrement à l'utilisation équitable. Alors que la notion d'exception avant cette décision était fondée sur une interprétation restrictive de la portée des exceptions, la Cour suprême a donné à ce qui constituait une exception stricte, le caractère de principe général. Par conséquent, il sera important dans le cadre du processus courant de réforme de la politique du droit d'auteur d'analyser le sens de cette décision, puisqu'elle pourrait avoir une incidence sur le travail d'élaboration de politiques en matière d'exceptions, et surtout sur la façon dont la notion d'utilisation équitable sera interprétée et appliquée.

La présente étude comporte six volets. La partie II traite de l'importance de l'affaire *CCH* (ci-après « *CCH* » [Traduction]) dans l'établissement d'un droit d'utilisateur. Dès lors, il serait utile de prendre un recul afin de revoir les cas qui ont précédé *CCH*, souvent considérés comme étant défavorables aux utilisateurs, pour ensuite examiner l'incidence jurisprudentielle qu'aura *CCH* à l'avenir. Ayant établi le contexte législatif et jurisprudentiel canadien en fait d'utilisation équitable, l'étude explorera ensuite le contexte juridique qui entoure cette question dans d'autres pays. Les parties III et IV traiteront respectivement de l'utilisation équitable en vigueur au Royaume-Uni (R.-U.) et du *fair use* (ci-après « usage acceptable ») applicable aux États-Unis (É.-U.). Pour ce qui est de l'usage acceptable applicable aux É.-U., une attention particulière sera portée aux nombreuses critiques qui en ont été faites, surtout en ce qui concerne le secteur de l'éducation. La partie V consiste en une comparaison des différents contextes juridiques qui ont cours dans les trois pays. Il a été constaté qu'en raison de *CCH*, les facteurs de la common law canadienne sont maintenant plus souples que ceux des É.-U. Pour ce qui est du R.-U., certains critères issus de la jurisprudence s'accordent avec le cadre pré-*CCH* canadien et, à bien des égards, il y a maintenant une hiérarchie de facteurs au premier plan desquels on retrouve des considérations commerciales. Toutefois, les plus grandes différences résident dans les préoccupations des tribunaux de ces pays en matière de principes, dont le plus haut tribunal du Canada qui s'attache à la défense des droits des utilisateurs avant tout autre droit.

Afin d'atteindre un juste équilibre en matière de droits d'auteur, certaines conclusions, à titre de solutions possibles, sont mises de l'avant dans la partie VI. La présente étude sur l'utilisation équitable est axée sur les lois et précédents applicables, bien qu'il apparaisse que les solutions puissent (et devraient) également résider à l'extérieur du domaine du droit et des tribunaux (ou dans un domaine complémentaire à celui-ci). Bien que l'immobilisme ne semble pas une option adéquate, l'intervention juridique ne serait peut-être pas justifiée non plus. Plutôt que de procéder tout bonnement à des changements à la loi, il serait peut-être préférable d'établir des pratiques exemplaires d'utilisation équitable, du moins en conjugaison avec certaines modifications législatives. Les parties directement touchées dans une industrie particulière peuvent élaborer ces lignes directrices ensemble afin de contribuer à un processus décisionnel plus clair et continu des

---

<sup>1</sup> [2004] 1 RCS 339 (« *CCH* »).

tribunaux en matière d'utilisation équitable. C'est sur ce point précis qu'il serait des plus fructueux de s'inspirer des initiatives américaines.

Bien que cette étude examine le contexte législatif et jurisprudentiel de l'utilisation équitable, elle reconnaît que d'autres questions, comme le rôle des contrats et de la technologie, ont également une incidence sur l'utilisation équitable et l'usage acceptable. Tel qu'il est allégué ailleurs, le rôle des contrats en matière de droit d'auteur ne doit pas être sous-estimé<sup>2</sup>. Le droit contractuel peut favoriser l'utilisation équitable, tout comme lui nuire. Les contrats peuvent avantager et désavantager les utilisateurs et créateurs, de même que toute partie au sein du système de droit d'auteur. Il est donc important d'évaluer comment le droit contractuel s'insère dans la *Loi sur le droit d'auteur*<sup>3</sup> (« LDA ») du Canada, et comment il est mis en application afin de faire valoir et d'atténuer les résultats souhaités – soit probablement des objectifs d'équilibre là où les intérêts des créateurs, des utilisateurs, des titulaires de droits et du grand public sont concernés.

Par ailleurs, la relation entre la technologie et l'utilisation équitable ou l'usage acceptable est également matérielle. Comme les contrats, la technologie peut protéger les intérêts des différents intervenants du droit d'auteur, tout comme leur nuire. La question du lien entre la technologie et l'utilisation équitable ou l'usage acceptable et d'autres exceptions a été examinée de près aux É.-U. et les conclusions ont été défavorables<sup>4</sup>. Afin d'assurer le maintien de l'utilisation équitable, la technologie ne doit pas nuire à son fonctionnement. La LDA doit tenir compte de cette dynamique. Par conséquent, bien que chacun de ces facteurs soit très important et qu'il en soit fait mention à plusieurs occasions dans la présente étude, une analyse plus approfondie devra en être faite plus tard. Les pratiques des parties intéressées et issues de modèles de fonctionnement en constante évolution, en vue de s'adapter à la technologie et de promouvoir les objectifs de facilité et de liberté d'accès, sont tout aussi importantes et hors de la portée d'une analyse complète. Le mouvement d'accès libre aux logiciels et *Creative Commons* sont des modèles qui complètent le cadre de déontologie de l'utilisation équitable. Pour terminer, puisque cette étude se limite à des aspects nationaux et comparatifs de l'utilisation équitable, il serait hors de propos à ce point-ci d'analyser les dimensions internationales de la question. D'autres chercheurs ont commencé à le faire<sup>5</sup>. Dans l'immédiat, il ne semble pas que *CCH* pourrait compromettre, par exemple, le test des trois étapes de Berne. Si les tribunaux devaient en venir à appliquer *CCH* de façon expansive, les lois pourraient faire l'objet d'un examen minutieux au niveau international. Jusqu'ici, aucun conflit de la sorte n'a été soulevé.

---

<sup>2</sup> Le rôle critique du droit contractuel en matière de droit d'auteur, ou les contrats de droits d'auteur, est l'une de mes principales préoccupations [Traduction] : G. D'Agostino, *Canada's Robertson Ruling: Any Practical Significance for Copyright Treatment of Freelance Authors?* [2007] EIPR 66; G. D'Agostino, « Freelance Authors for Free: Globalisation of Publishing, Convergence of Copyright Contracts and Divergence of Judicial Reasoning » dans F. Macmillan (éd.), *New Directions in Copyright* (Edward Elgar Cheltenham 2005) 166; et G. D'Agostino, « Copyright Treatment of Freelance Work in the Digital Era » (2002), 19 *Santa Clara Computer and High Technology LJ* 37.

<sup>3</sup> *Loi sur le droit d'auteur* LRC 1985 chap. C-42 (« LDA »).

<sup>4</sup> Voir texte jusqu'aux n<sup>os</sup> 172-197.

<sup>5</sup> D. Gervais « The Purpose of Copyright Law in Canada » (2005), *Revue de droit & technologie de l'Université d'Ottawa* 315-356.

## II L'utilisation équitable au Canada

### 1 Contexte législatif

Au Canada, la doctrine de l'utilisation équitable est expressément inscrite dans la LDA. Depuis sa création, l'utilisation équitable a été modifiée deux fois<sup>6</sup>. L'article 29 prévoit ce qui suit :

« Étude privée ou recherche » (article 29)

L'utilisation équitable d'une œuvre ou de tout autre objet du droit d'auteur aux fins d'étude privée ou de recherche ne constitue pas une violation du droit d'auteur.

« Critique et compte rendu » (article 29.1)

L'utilisation équitable d'une œuvre ou de tout autre objet du droit d'auteur aux fins de critique ou de compte rendu ne constitue pas une violation du droit d'auteur à la condition que soient mentionnés :

- a) d'une part, la source;
- b) d'autre part, si ces renseignements figurent dans la source :
  - (i) dans le cas d'une œuvre, le nom de l'auteur,
  - (ii) dans le cas d'une prestation, le nom de l'artiste interprète,
  - (iii) dans le cas d'un enregistrement sonore, le nom du producteur,
  - (iv) dans le cas d'un signal de communication, le nom du radiodiffuseur.

« Communication des nouvelles » (article 29.2)

L'utilisation équitable d'une œuvre ou de tout autre objet du droit d'auteur pour la communication des nouvelles ne constitue pas une violation du droit d'auteur à la condition que soient mentionnés :

- a) d'une part, la source;
- b) d'autre part, si ces renseignements figurent dans la source :
  - (i) dans le cas d'une œuvre, le nom de l'auteur,
  - (ii) dans le cas d'une prestation, le nom de l'artiste interprète,
  - (iii) dans le cas d'un enregistrement sonore, le nom du producteur,
  - (iv) dans le cas d'un signal de communication, le nom du radiodiffuseur.

Traditionnellement, les chercheurs, praticiens et les tribunaux ont considéré l'utilisation équitable comme une défense contre l'atteinte au droit d'auteur. Pour constituer sa défense, le défendeur devait prouver que : (1) l'acte entrait dans l'une des catégories énumérées ci-dessus (p. ex. recherche ou étude privée, compte rendu ou critique et communication des nouvelles); (2) l'acte était équitable; et (3) dans le cas des deux dernières catégories, la source avait été mentionnée. En général, les motifs énumérés étaient interprétés de façon exhaustive; par conséquent, tout but qui n'entre pas directement dans l'une des catégories énumérées était considéré comme une

---

<sup>6</sup> *Loi de mise en œuvre de l'Accord de libre-échange nord-américain*, LC 1993, chap. 44, paragr. 64(1), entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 1994, comme l'alinéa 27(2)a.1); puis, par la *Loi modifiant la Loi sur le droit d'auteur*, LC 1997, chap. 24, art. 18, entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> septembre 1997, comme l'art. 29.2 (qui demeure la disposition de la Loi ayant cours).

violation<sup>7</sup>. Toutefois, comme il sera démontré plus bas, cela pourrait ne plus être le cas après *CCH*.

La LDA contient également des exceptions précises pour les institutions d'enseignement et les bibliothèques, archives et musées (ci-après « BAM »), de même que pour la photocopie dans les BAM, les archives, les enregistrements provisoires et les personnes ayant des déficiences perceptuelles<sup>8</sup>. Ces exceptions se veulent conformes à l'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ADPIC), c'est-à-dire qu'elles doivent constituer des restrictions et des exceptions qui ne touchent que des « cas particuliers ne contrevenant pas à l'exploitation normale de l'exécution ou des enregistrements sonores et ne portent pas atteinte aux intérêts légitimes du titulaire de droits. »<sup>9</sup> Il est à noter qu'un tribunal peut tenir compte de motifs d'intérêt public pour permettre une activité pouvant constituer une violation, mais ce pouvoir issu de la common law a rarement été exercé au Canada ou au R.-U., où il a été créé<sup>10</sup>.

## 2 Analyse de *CCH*

### (a) *CCH Canadienne Ltée c. Barreau du Haut-Canada*

Dans *CCH*, la Cour suprême a conclu à l'unanimité que le Barreau du Haut-Canada n'avait pas enfreint le droit d'auteur, parce que les services de reproduction sur demande de sa Grande bibliothèque s'inscrivent carrément dans les limites permises de la doctrine de l'utilisation équitable. La question portait sur les copies uniques de décisions publiées, de résumés jurisprudentiels, de lois, de règlements et de choix de textes reproduits en vertu de la politique d'accès de la Grande bibliothèque<sup>11</sup>. Selon la Cour, l'article 29 de la LDA, de même que les autres exceptions, « ne doivent pas être interprétés de façon restrictive. »<sup>12</sup> Les buts énumérés devraient être « interprétés de façon large et libérale » afin de ne pas restreindre indûment les « droits des utilisateurs », et cette interprétation ne doit pas se limiter aux contextes non commerciaux ou privés<sup>13</sup>. Dans ce cas, il a été jugé que les avocats qui exerçaient le droit pour réaliser des profits, effectuaient des recherches qui ne constituaient pas une violation.

La Cour a expliqué que pour prouver qu'une utilisation était équitable aux termes de l'article 29 de la LDA, le défendeur, c'est-à-dire le Barreau, avait le fardeau de prouver que : (1) le but de l'utilisation était la recherche ou l'étude privée; et que (2) l'utilisation était équitable. Jusqu'ici,

---

<sup>7</sup> *Michelin c. TCA-Canada* [1997] 2 CF 306; refus de parodie.

<sup>8</sup> LDA (n. 3) art. 29.4 – 30.4.

<sup>9</sup> L'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce, y compris le commerce de marchandises de contrefaçon, 15 avril 1994, l'Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du Commerce, annexe 1C, Textes juridiques découlant du Cycle d'Uruguay, vol. 31, 33 ILM 1197 (ADPIC) art. 13, incorporant le paragr. 9(2) de la Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques (9 sept. 1886) 168 Consol TS 1853 (communément appelée « test des trois étapes »).

<sup>10</sup> D. Vaver, *Canada's Intellectual Property Framework: A Comparative Overview* (2004) 17 IPJ 125, 149; « ... la défense n'a eu connaissance d'office qu'à une occasion au Canada dans *R c. James Lorimer & Co* [1984] 1 CF 1065 (LC) relativement au droit d'auteur de la Couronne, mais elle n'a pas été appliquée [Traduction] ».

<sup>11</sup> Bien que la question de l'autorisation de violations du droit d'auteur a également été déterminante dans la rédaction de ce document, celle-ci ne sera pas abordée.

<sup>12</sup> *CCH* (n. 1) [48].

<sup>13</sup> *Ibidem* [51].

les questions présentées concordent avec celles d'un test traditionnel de l'utilisation équitable au Canada et au R.-U.

Alors que le tribunal entame son analyse de la doctrine d'utilisation équitable – s'appuyant sur les approches du R.-U. et des É.-U. – il adopte certains facteurs qui pourraient être plus ou moins pertinents dans les cas futurs d'utilisation équitable. Il reconnaît également que d'autres facteurs non nommés pourraient également être utilisés pour évaluer l'équité d'une utilisation. Fait important, la Cour fait déborder une évaluation visant à déterminer si l'utilisation pourrait constituer « une recherche ou une étude privée » dans une seconde étape analytique – à savoir si l'utilisation était équitable. Ce faisant, le premier « obstacle » devient l'un des facteurs plus ou moins pertinents. De cette façon, la Cour atténue le besoin d'adhérer aux restrictions traditionnelles qui consistent à prouver que l'utilisation est équitable, et elle met en pratique son assertion selon laquelle les buts énumérés requièrent une interprétation libérale.

Ci-dessous sont présentés les six facteurs de la Cour tels qu'ils ont été interprétés et mis en application dans le contexte de cette affaire.

### **(1) Le but (et la nature commerciale) de l'utilisation**

La Cour soutient que ce premier critère ne devrait pas être interprété « restrictivement, sinon les droits des utilisateurs pourraient être indûment restreints. »<sup>14</sup> Les tribunaux devraient adopter une épreuve objective pour évaluer le but ou le motif réel de l'utilisateur d'une œuvre protégée par le droit d'auteur. La politique d'accès de la Grande bibliothèque précise que les clients qui présentent une demande doivent délimiter un but légitime d'utilisation et, en cas d'ambiguïté, la question peut être renvoyée au bibliothécaire documentaliste. Pour la Cour, cette politique a fourni des garanties raisonnables à savoir que la documentation était utilisée à des fins de recherche et d'étude privée.

La nature commerciale de l'utilisation est un facteur important – une recherche effectuée dans un but commercial ne sera peut-être pas aussi *équitable* qu'une recherche effectuée dans un but strictement d'investigation. Quoi qu'il en soit, la Cour souligne que « la recherche ne se limite pas à celle effectuée dans un contexte non commercial ou privé ». <sup>15</sup> La Cour, à défaut de déclarer clairement que la recherche commerciale constitue une utilisation équitable, laisse cependant entendre qu'elle peut certainement l'être.

### **(2) Le caractère de l'utilisation**

À ce point-ci, on cherche à savoir comment l'ouvrage a été traité; par exemple, les copies multiples distribuées à grande échelle peuvent être inéquitables. Dans l'affaire du Barreau, on a aisément satisfait à ce critère, puisqu'il ne s'agissait que de copies uniques distribuées à certains membres du barreau<sup>16</sup>. Par ailleurs, la destruction de la copie après son utilisation peut inciter à conclure à l'équité. Les tribunaux peuvent également tenir compte de la coutume ou de la pratique dans l'industrie pour évaluer l'équité. Il n'est pas clair laquelle des perspectives des

---

<sup>14</sup> *Ibidem* [54].

<sup>15</sup> *Ibidem* [51].

<sup>16</sup> *Ibidem* [67].

parties prenantes de l'industrie devrait être privilégiée. Il pourrait être dangereux de ne se fier qu'à la coutume, puisque celle-ci est souvent unilatérale et établie par la partie ayant le plus grand pouvoir de négociation<sup>17</sup>. En principe, si la perspective des enseignants ou des étudiants (qui peuvent, dans certaines circonstances, utiliser des œuvres de manière illicite) était favorisée, il est permis de croire qu'il y aurait utilisation équitable. Par contre, si la perspective du titulaire de droits était privilégiée, la coutume pourrait jouer contre les utilisateurs. Puisque la Cour n'a pas expressément appliqué la coutume, il sera difficile d'en prévoir l'applicabilité dans des cas futurs. Les tribunaux, de toute évidence, peuvent (et devraient) s'en remettre à la jurisprudence en matière de droit d'auteur et de contrat pour évaluer la coutume<sup>18</sup>. La coutume sous-entend « la coutume d'une localité ou l'usage d'une pratique particulière » et elle « doit être strictement prouvée. »<sup>19</sup>

### (3) L'ampleur de l'utilisation

Ce facteur semble avoir une plus faible importance. La logique est la suivante : plus l'utilisation est grande, moins elle est équitable. Pourtant, dans plusieurs circonstances, comme dans le cas des photos, il peut être impossible d'utiliser l'œuvre équitablement sans la copier dans sa totalité. La Cour souligne que pour les besoins d'une recherche ou d'une étude privée, il peut être nécessaire de copier « en entier un exposé universitaire ou une décision de justice. »<sup>20</sup> Cela ne s'appliquerait probablement pas dans le cas des critiques ou des comptes rendus d'œuvres littéraires. La Cour accorde donc une plus grande portée à la recherche et à l'étude privée selon son interprétation de l'utilisation équitable. Quant à l'ampleur de l'utilisation, la Cour s'en est remise à la politique d'accès de la Grande bibliothèque, à savoir qu'elle exercerait un pouvoir discrétionnaire pour s'assurer que l'utilisation est équitable. Dans la plupart des cas, un seul jugement était copié et, en ce qui concerne le matériel complémentaire, lorsque l'ampleur d'une demande dépassait 5 p. 100, cette demande pouvait être refusée. Rien ne laisse croire que la Grande bibliothèque ait reçu des demandes de copies multiples ou répondu à de telles demandes.

### (4) Solutions de rechange à l'utilisation

Ici, deux critères peuvent inciter un tribunal à trancher à l'encontre de l'utilisation équitable, lorsque (a) une œuvre non protégée par droit d'auteur est disponible comme solution de rechange, et (b) l'utilisation d'une œuvre protégée n'était pas raisonnablement nécessaire pour atteindre la « fin poursuivie »<sup>21</sup>. Par exemple, une critique pourrait être tout aussi efficace sans reproduire l'œuvre protégée – ce qui pourrait peser contre l'utilisation équitable<sup>22</sup>.

---

<sup>17</sup> Comme dans le cas des journaliste pigistes et de leurs éditeurs canadiens qui s'en étaient remis à leur « coutume » pour justifier la reproduction numérique des œuvres des auteurs sans la permission ou le paiement adéquat des auteurs; voir G. D'Agostino (2007) (n. 3).

<sup>18</sup> G. D'Agostino « En attendant *Robertson* : Définir la possession du droit d'auteur sur les œuvres des pigistes dans les nouveaux médias », (18)(1) *Les Cahiers de propriété Intellectuelle* 2006, 166.

<sup>19</sup> « Cette exigence rigoureuse exige que la coutume soit (1) notoire, (2) aussi certaine qu'un contrat écrit, et (3) raisonnable. » [Traduction], Beatson, *Anson's Law of Contract* (28<sup>e</sup> éd. OUP Oxford 2002) 151.

<sup>20</sup> *CCH* (n. 1) [56].

<sup>21</sup> *Ibidem*.

<sup>22</sup> Un cas comparable se retrouve dans *Hide Park Residence Ltd v Yelland and others* [2001] chap. 143 (LC) (« *Hyde Park* ») [40], dans lequel il a été jugé que la publication de photos de Lady Diana était injustifiée; que la description de toute portion pertinente des photos aurait suffi et ne nécessitait pas de reproduction.

Dans *CCH*, la Cour souligne que le service de photocopie de la Grande bibliothèque n'avait pas d'autres options, parce que : (1) vingt pour cent des clients de la Grande bibliothèque venaient de l'extérieur de Toronto, et (2) les chercheurs n'avaient pas le droit d'emprunter du matériel de la Grande bibliothèque, justifiant ainsi la nécessité de faire des photocopies<sup>23</sup>. Curieusement, la Cour s'est arrêtée sur la facilité d'accès aux œuvres plutôt que sur la disponibilité même des œuvres non protégées.

La Cour avance que la disponibilité d'une licence n'est pas pertinente pour déterminer s'il y avait des solutions de rechange à l'utilisation. Par conséquent, le fait qu'un utilisateur n'ait pas obtenu une licence ne devrait pas constituer une preuve que l'utilisation n'était pas équitable. Si cela était le cas, le monopole du titulaire s'étendrait au-delà de l'objectif d'équilibre dans la LDA. À ce titre, si une utilisation s'inscrit clairement et d'emblée dans les limites de l'utilisation équitable, cette utilisation ne devrait pas nécessiter une licence. Cette analyse semble concorder avec la position de plusieurs parties intéressées dans la communauté de l'enseignement, à savoir qu'il existe une culture de prudence excessive qui les incite à obtenir des licences souvent inutiles<sup>24</sup>.

## (5) Nature de l'œuvre

D'après la Cour, si l'œuvre n'est pas publiée, l'utilisation peut être plus équitable « du fait que sa reproduction accompagnée d'une indication de la source pourra mener à une diffusion plus large de l'œuvre en question. »<sup>25</sup> Bien que la Cour souligne que cette affirmation pourrait servir l'un des objectifs du droit d'auteur, elle s'écarte néanmoins des précédents jurisprudentiels canadiens. Parallèlement, tel qu'il est noté ci-dessous, ce raisonnement va à l'encontre de la jurisprudence du R.-U. et des É.-U.<sup>26</sup> De l'avis de la Cour, protéger l'auteur et favoriser une plus vaste diffusion publique seraient deux objectifs contradictoires. On ne peut pas favoriser la diffusion publique si la priorité est de protéger (et peut-être de récompenser) l'auteur. Cependant, un facteur pourrait atténuer cette perspective anti-auteur, soit si l'œuvre en question est de nature confidentielle<sup>27</sup>.

---

<sup>23</sup> CCH (n. 1) [69].

<sup>24</sup> Au Canada, voir CMEC, *Le droit d'auteur dans l'enseignement*, <http://cmec.ca/copyright/copyInternet.en.stm> (dernière consultation : le 29 juin 2007); M. Wilkinson, *Filtering the Flow from the Fountains of Knowledge*, chap. 12 dans M. Geist (éd.) *In the public Interest* (Irwin Law Toronto 2005) 331. Aux É.-U. : W. Fisher et al, *The Digital Learning Challenge: Obstacles to Educational Uses of Copyrighted Material in the Digital Age – A Foundational White Paper*, Harvard Law School Research Publication No 2006-09 (Berkman Center for Internet and Society), <http://cyber.law.harvard.edu/medical/files/copyrightandeducation.html> (consultation: le 29 juin 2007) (« *White Paper* »); J. Urban et L. Quilter, *Efficient Process or « Chilling Effects »? Takedown Notices Under Section 512 of the DMCA*, <http://static.chillingeffects.org/Urban-Quilter-512-summary.pdf> (consultation : le 29 juin 2007) (« *Chilling Effects* »).

<sup>25</sup> CCH (n. 1) [58].

<sup>26</sup> Aux É.-U., on a même été jusqu'à élaborer une présomption contre l'utilisation équitable pour les œuvres non publiées, voir *Harper & Row Publishers, Inc v Nation Enterprises* 471 US 539 (C. sup. 1985) 546; infirmée plus tard dans « Fair Use of Unpublished Works » n° de publ. 102-492 (1992) 102<sup>e</sup> congrès, 2<sup>e</sup> séance, 106 stat. 3145, codifié à 17 USC 107; au R.-U., voir *Hyde Park* (n. 22) et texte jusqu'à n. 125.

<sup>27</sup> Dans *Hyde Park* (n. 22) [40], le tribunal a considéré que les œuvres étaient assujetties à une entente : « Je ne crois pas qu'une personne objective et honnête paierait pour les photos d'allées prises malhonnêtement et les publierait dans un journal, sachant qu'elles n'avaient pas été publiées ou diffusées... » [Traduction].

La Grande bibliothèque a facilement satisfait à ce critère, puisque les ouvrages en question étaient essentiels à une recherche juridique et étaient assujettis à sa politique d'accès, laquelle prévoit qu'un client peut avoir accès à des ouvrages pour les besoins d'une recherche, d'une étude privée, d'une critique, d'un compte rendu ou d'une poursuite judiciaire<sup>28</sup>.

## **(6) Effets de l'utilisation sur l'œuvre**

Si l'œuvre en question est en concurrence avec l'œuvre originale sur le marché, il est moins probable que l'utilisation soit jugée équitable. En soulignant que le facteur commercial « n'est ni le seul ni le plus important », la Cour semble suggérer que ce facteur est moins important que les autres. Fait intéressant, ce facteur de « substitution du marché » semble être plus important au R.-U.<sup>29</sup>

Aucune preuve n'a été avancée pour indiquer qu'il y avait un effet sur le marché de l'édition. Au contraire, les éditeurs ont continué de produire de nouvelles séries de reportages et d'autres publications juridiques pendant la période de reproduction sur demande de la Grande bibliothèque. La Cour reconnaît que le Barreau, ayant le fardeau de présentation, « n'avait pas accès aux données sur l'effet de l'utilisation sur ce marché. »<sup>30</sup> Par conséquent, cette décision laisse entendre que le fardeau pourrait être renversé si le défendeur n'a pas accès à des preuves de l'incidence sur le marché; ce qui semble équitable, puisque les éditeurs sont souvent les parties les plus averties et les mieux placées pour accéder à ces renseignements, bien que la tâche pourrait s'avérer incommensurable et nécessiter des capacités de voyance<sup>31</sup>.

## **(b) Observations sur CCH : une approche axée sur l'utilisateur**

Compte tenu de l'analyse des six facteurs ci-dessus, il semble clair que les tribunaux penchent en faveur des utilisateurs. Comme il sera décrit plus en détail ci-dessous, cette préférence peut être vue dans le langage de la Cour, son interprétation libérale de l'utilisation équitable, le statut élevé de la doctrine par rapport à d'autres exceptions du droit d'auteur et ses préoccupations sous-jacentes en matière de principes.

### **(1) Défense du droit d'utilisateur**

Même avant *CCH*, selon le point de vue de l'intervenant, divers termes étaient utilisés pour désigner l'utilisation équitable, tels que « exceptions », « exemptions », « défenses » ou « droits d'utilisateur. »<sup>32</sup> Malgré cela, tandis que les cas précédents et presque tous les ouvrages de doctrine présentaient l'utilisation équitable comme une défense, *CCH* l'interprète plutôt comme un « droit » et une « partie intégrante » de la législation sur le droit d'auteur<sup>33</sup>.

---

<sup>28</sup> *CCH* (n. 1) [71].

<sup>29</sup> Par ex., dans *Ashdown v Telegraph Group Ltd* [2001] EWCA Civ. 1142 (CA) [106], ce facteur est le plus important.

<sup>30</sup> *CCH* (n. 1) [72].

<sup>31</sup> Voir n. 163 plus loin.

<sup>32</sup> Vaver (n. 6) 148-49; P. Esmail *CCH Canadian Ltd v Law Society of Upper Canada Case Comment on a Landmark Copyright Case* (2005) 10 appel 13-24 [17].

<sup>33</sup> Pour l'utilisation équitable comme défense avant *CCH*, voir *Allen c. Toronto Star Newspaper Ltd* (1997) 152 DLR (4<sup>e</sup>) 518 [34]; pour l'utilisation équitable comme exception, voir *Boudreau c. Lin* 150 DLR (4<sup>e</sup>) 324 (OCJ)

## (2) Buts élargis

*CCH* se veut à la défense d'une approche libérale pour interpréter les buts des utilisations, qu'il « ne faut pas interpréter [...] restrictivement. »<sup>34</sup> En ce sens, des nouveaux buts pourraient être inclus dans les motifs énumérés. La parodie pourrait être de ceux-ci. De manière significative, la Cour considère la recherche comme le premier de six facteurs, « buts (et nature commerciale) de l'utilisation ». Par conséquent, la Cour semble atténuer la rigueur de l'approche schématique plus traditionnelle (où l'on doit d'abord déterminer si l'utilisation s'inscrit dans les buts énumérés pour ensuite examiner l'équité). Au lieu de cela, la Cour fait déborder la première partie d'analyse des « buts » dans une seconde partie – l'évaluation de l'équité.

Tel qu'il est indiqué ci-dessous, la Cour s'aligne ici sur l'approche plus souple des É.-U., qui ne s'appuie pas sur des motifs énumérés, mais bien sur une liste ouverte de buts.

## (3) Autres oeuvres

*CCH* clarifie que, dans l'ensemble, les décisions judiciaires, habituellement assujetties au droit d'auteur de la Couronne, peuvent être copiées au complet et équitablement. Suivant cette logique, cela pourrait tout autant s'appliquer à d'autres ouvrages gouvernementaux, comme les textes de loi, les rapports et les communiqués de presse.

## (4) Exceptions et utilisation équitable

*CCH* favorise les parties qui s'appuient sur l'utilisation équitable plutôt que sur d'autres exceptions<sup>35</sup>. Bien que les arguments de l'avocat au début de *CCH*, en 1993, étaient largement fondés sur le manque d'exceptions existantes visant les « bibliothèques, archives, musées » ou « établissement d'enseignement », la Cour suprême a néanmoins fait valoir qu'un utilisateur admissible peut toujours s'en remettre à la doctrine d'utilisation équitable en premier lieu<sup>36</sup> : « Ainsi, une bibliothèque peut toujours tenter d'établir que son utilisation d'une œuvre protégée est équitable suivant l'art. 29 de la *Loi sur le droit d'auteur*. C'est seulement dans le cas où elle n'est pas en mesure de prouver l'application de cette exception qu'il lui faut s'en remettre à celle que prévoit l'art. 30.2 au bénéfice des bibliothèques. »<sup>37</sup> La Cour préfère s'en remettre à l'assentiment moral de la doctrine d'utilisation équitable plutôt qu'à des exceptions particulières. C'est peut être parce que l'utilisation équitable, telle que la Cour l'interprète, offre maintenant un cadre plus souple.

---

J. Metivier [48]; plus récemment, des termes comme « principe » ont également été utilisés : M. Bouchard, *The Copyright Board: A Review of Some Recent Issues and Future Challenges*, (symposium du Barreau du Haut-Canada sur le divertissement, la publicité et les médias tenu à Toronto les 27 et 28 avril 2007).

<sup>34</sup> CCH (n. 1) [54].

<sup>35</sup> *Ibidem* [49] « [...] une bibliothèque peut toujours tenter d'établir que son utilisation d'une œuvre protégée est équitable suivant l'art. 29 de la *Loi sur le droit d'auteur*. C'est seulement dans le cas où elle n'est pas en mesure de prouver l'application de cette exception qu'il lui faut s'en remettre à celle que prévoit l'art. 30.2 au bénéfice des bibliothèques. ».

<sup>36</sup> *Ibidem*.

<sup>37</sup> CCH (n. 1) [49].

### (5) Interprétation de l'utilisation équitable – violation, fardeau de la preuve et le concept de mandat

Dans une poursuite traditionnelle en contrefaçon, le plaignant a le fardeau de prouver la violation du droit d'auteur. Le fardeau passe ensuite au défendeur qui doit présenter sa défense. La Cour semble altérer cette progression de deux façons : (1) elle passe outre à une analyse traditionnelle de la contrefaçon; et (2) elle peut transmettre le fardeau de la preuve au plaignant pour qu'il réfute l'argument d'utilisation équitable.

D'abord, son examen de la contrefaçon se limite à l'autorisation de celle-ci, ce qui constitue une analyse différente de la « doctrine de partie substantielle » typique de la contrefaçon. Au contraire, ayant pris la position qu'il n'y avait pas d'autorisation, la Cour se lance dans une analyse de l'utilisation équitable en la définissant comme une exception au droit d'auteur<sup>38</sup>. Deuxièmement, la Cour peut imposer le fardeau de la preuve dans deux sens, puisqu'elle considère que : (a) Pour établir l'utilisation équitable, le défendeur doit faire la preuve que chaque utilisation du matériel en question a été faite équitablement, mais peut s'en remettre à sa propre pratique générale<sup>39</sup>. Par exemple, dans le cas de la Grande bibliothèque, sa politique d'accès interne – la photocopie n'est permise qu'à des fins de recherche, de compte rendu, d'étude privée et de critique, avec un rôle correspondant de gardien de l'information tenu par le bibliothécaire documentaliste pour la reproduction de sources secondaires importantes – était considérée comme suffisante pour montrer que ses propres pratiques étaient axées sur la recherche et qu'elles étaient équitables, et que la bibliothèque n'avait pas à prouver que chacun de ses clients traitait le matériel fourni de façon équitable<sup>40</sup>. Il est permis de se demander s'il est juste que les bibliothécaires aient à assumer la charge d'assurer l'utilisation équitable des ouvrages. D'un autre côté, l'observation de règles rigides (p. ex. l'établissement de quotas de reproduction au moyen de mesures législatives), bien que peut-être plus claires pour toutes les parties, serait trop restrictive et ne tiendrait pas entièrement compte des réalités et des objectifs des utilisateurs. De fait, l'approche visant à imposer un quota de reproduction a été adoptée en Australie où, paraît-il, pas plus de dix pour cent d'une oeuvre ne peut être reproduit<sup>41</sup>. La dévolution de ce rôle de gardien de l'information aux bibliothécaires pourrait leur permettre de mieux prouver l'utilisation équitable.

Et (b), bien que le Barreau ait le fardeau de présentation, parce qu'il ne pouvait pas présenter de preuves de l'incidence sur le marché de l'édition, la Cour maintient qu'il serait plus approprié que les plaignants, soit les éditeurs, et non les défendeurs, soit les utilisateurs, aient à établir qu'ils ont subi un préjudice. La Cour accorde donc au Barreau le droit de s'appuyer sur ses pratiques générales pour établir l'utilisation équitable, plutôt que de présenter des preuves. La Cour adhère au concept de mandat<sup>42</sup>. Tel qu'il appert dans *Tarif 22*<sup>43</sup>, la connaissance d'une

---

<sup>38</sup> *Ibidem* [51] « l'exception créée par l'art. 29 ».

<sup>39</sup> *Ibidem* [63].

<sup>40</sup> Politique d'accès détaillée dans *Ibidem* [65].

<sup>41</sup> Partie 4 de l'ébauche sur l'exposition du *Copyright Amendment Bill 2006: Exceptions and other Digital Agenda Review Measures* (octobre 2006) <<http://www.copyright.org.au/pdf/acc/Submissions/x0605.pdf>> (consulté le 29 juin 2007) 14; mais voir le commentaire de K. Weatherall, selon lequel l'ébauche est tellement mal rédigée qu'il n'est pas clair quelle est son utilité : <<http://weatherall.blogspot.com/2006/10/on-copyright-amendment-bill-and-ipods.html>> (consulté le 29 juin 2007).

<sup>42</sup> Conformément à l'analyse de Wilkinson (n. 24) 346.

possible violation par l'utilisateur final ne constituera pas - en faisant abstraction d'une connaissance réelle de l'activité de contrefaçon de l'utilisateur - une autorisation de l'intermédiaire à la contrefaçon effectuée par l'utilisateur final.

### (6) Mise en garde concernant CCH et la politique axée sur les utilisateurs

Toute analyse de l'état du droit d'auteur après CCH doit tenir compte de la façon dont la Cour suprême interprète les objectifs de politique du Parlement. La Cour suprême du Canada réaffirme sa décision précédente dans *Théberge*, à savoir que la LDA aurait un objectif à deux volets : « ... établissant un équilibre entre, d'une part, la promotion, dans l'intérêt du public, de la création et de la diffusion des œuvres artistiques et intellectuelles et, d'autre part, l'obtention d'une juste récompense pour le créateur... »<sup>44</sup> La Cour maintient que les tribunaux « doivent s'efforcer de maintenir un juste équilibre entre ces deux objectifs. »<sup>45</sup> La Cour suggère que la législation sur le droit d'auteur favorise la création et la diffusion d'œuvres artistiques et intellectuelles dans l'intérêt public. Pour la Cour, le meilleur moyen d'atteindre ce but est de protéger les droits des utilisateurs. La récompense du « créateur » est un volet important de la soi-disant dualité de l'objectif du droit d'auteur du Canada mais, on peut présumer, pas autant que celui de l'intérêt public.

Dans CCH, l'expression biaisée de la Cour quant à la notion d'équilibre et aux objectifs de la législation sur le droit d'auteur se voit plus loin dans son examen de la doctrine de l'originalité. La Cour maintient que lorsque les tribunaux réduisent les exigences en matière d'originalité, la balance penche en faveur de l'auteur ou du créateur au détriment d'un domaine public plus vigoureux pouvant favoriser à l'avenir l'innovation créative<sup>46</sup>. Bien que cela soit certainement très plausible, plus souvent qu'autrement, la cession de droits d'auteur et, par conséquent, le rôle du droit contractuel (où le titulaire assume le rôle du créateur) permettent cette érosion. En d'autres mots, la compréhension de la relation dynamique entre l'auteur et le titulaire est également importante pour favoriser la créativité dans le futur et la vigueur du domaine public.

Cette politique du droit d'auteur, peut-être malavisée, n'a d'égal qu'un langage tout aussi malavisé. La Cour juxtapose le public et le créateur pour établir ses objectifs, mais pour définir les questions, elle déclare : « Notre Cour est appelée dans la présente affaire à déterminer l'étendue des droits que la *Loi sur le droit d'auteur* reconnaît aux titulaires du droit d'auteur et aux utilisateurs. »<sup>47</sup> Alors que la Cour écrit le « créateur » dans son examen de l'équilibre des objectifs du droit d'auteur, elle remplace tout bonnement ce terme par « titulaire » dans sa définition des questions. Les créateurs et les titulaires ne font pas partie de la même catégorie d'intervenants en ce qui concerne le droit d'auteur<sup>48</sup>. Leurs intérêts sont souvent opposés. Ces deux termes ne sont pas des synonymes et ne peuvent donc pas être permutés comme le font si souvent la Cour et bon nombre de commentateurs. De toute évidence, ces commentateurs n'aident pas la cause de CCH en affirmant qu'elle a « fait passer l'objectif de la *Loi sur le droit*

---

<sup>43</sup> *SOCAN c. ACFI* 2004 CAF 45 [88], aussi appelé la décision *Tarif 22* (« *Tarif 22* »).

<sup>44</sup> CCH [10] citant *Théberge c. Galerie d'Art du Petit Champlain Inc.* [2002] 2 RCS 336 à [30-31].

<sup>45</sup> CCH [10].

<sup>46</sup> CCH (n. 1) [24].

<sup>47</sup> *Ibidem* [13] [c'est moi qui souligne].

<sup>48</sup> Tel qu'argué à maintes reprises dans chacun des documents cités à G. D'Agostino (n. 3).

d'auteur d'une approche favorable à l'auteur, qui prédominait dans le passé, à une approche équilibrée qui oppose les droits de l'auteur à ceux de l'utilisateur. »<sup>49</sup> Et que, par conséquent, « la loi canadienne requiert aujourd'hui que les tribunaux mettent en balance les intérêts des auteurs d'œuvres et l'intérêt public. »<sup>50</sup> Cette façon de parler du droit d'auteur dans le commentaire de *CCH Canadienne* et du droit d'auteur en général est bien malencontreuse<sup>51</sup>.

Or, bien que la décision de la Cour de défendre les droits des utilisateurs, longtemps oubliés par les corps législatifs canadiens et l'appareil judiciaire, soit louable, il est permis de se demander quelle est la place des créateurs dans *CCH*. Bien que la politique pour les créateurs ne soit pas le point central de *CCH* (peut-être parce que le cas concerne en grande partie des créateurs qui sont des juges, et non des créateurs typiques comme des musiciens, des auteurs indépendants, des blogueurs, et ainsi de suite), cette négligence pourrait restreindre la prise de décisions « équilibrées » à l'avenir. La Cour en serait-elle arrivée à la même décision si d'autres catégories de créateurs étaient en cause? *Robertson c. Thomson Corp*, qui met en cause des auteurs indépendants, pourrait trancher une telle question, mais ce nouveau procès n'est pas encore devant les tribunaux<sup>52</sup>. Dans *CCH*, les créateurs étaient des juges et des avocats dont les ouvrages en question avaient été décidés et modelés par des juges et des avocats. Le but ultime recherché par les pratiques de reproduction de la Grande bibliothèque était de « faire en sorte que les juristes de l'Ontario aient accès aux ouvrages nécessaires à la recherche que demande l'exercice du droit. »<sup>53</sup> Cette pratique élimine les frais d'hôtel et de transport supplémentaires pour les avocats de l'extérieur de Toronto et s'applique également aux personnes non représentées par un avocat<sup>54</sup>. Si la Cour en était arrivée à une autre conclusion, les avocats de Toronto auraient pu bénéficier d'un avantage indu sur d'autres membres de la communauté juridique. Par ailleurs, il a été allégué que le coût des services juridiques auraient augmenté pour les clients si les éditeurs avaient eu gain de cause (les avocats auraient eu à payer des frais supplémentaires pour les copies et auraient ensuite fait payer ces frais aux clients)<sup>55</sup>. Par conséquent, la Cour suprême avait une parfaite connaissance des pratiques et des répercussions advenant une décision contraire. Quoiqu'il en soit, il serait difficile d'appliquer ces facteurs, propres à un contexte particulier, à d'autres domaines de la création où les royautés tirées d'œuvres protégées constituent souvent la seule source de revenu pour d'autres types de créateurs.

### 3. Degré de latitude judiciaire avant *CCH*

<sup>49</sup> Esmail (n. 32) [3].

<sup>50</sup> *Ibidem* [31].

<sup>51</sup> Cependant, voir M. Geist « l'une des plus importantes décisions en faveur des droits d'utilisateur dans le monde », *Law Bytes Toronto Star* (22 mars 2004), disponible à l'adresse <www.michealgeist.ca>, où il dépeint *CCH* comme une tentative pour trouver un juste équilibre entre les droits des utilisateurs et ceux des titulaires et des créateurs.

<sup>52</sup> Mis à jour en date du 9 juillet 2007; voir *infra* n. 52.

<sup>53</sup> *CCH* (n. 1) [63].

<sup>54</sup> Esmail (n. ) [28].

<sup>55</sup> Barreau du Haut-Canada : *Notice to the Profession: Supreme Court of Canada Releases CCH Canadian v Law Society of Upper Canada Copyright Decision*. Quoiqu'il semble que les barreaux aient été en discussion avec Access Copyright. La Commission du droit d'auteur de l'association a réaffirmé à CanCopy (maintenant Access Copyright) sa volonté de poursuivre les discussions concernant des possibles licences générales pour certaines activités de reproduction menées par les membres de la communauté juridique : *Law Society of Saskatchewan Copyright Notice to member of the Canadian Legal Profession from the National Copyright Committee of the Federal of Law Societies of Canada* (14 déc. 1999) <<http://www.lawsociety.sk.ca/newlook/News/lawsuit3.htm>> (29 juin 2007); les politiques d'accès restent les mêmes : <[http://library.lsuc.on.ca/GL/services\\_access.htm](http://library.lsuc.on.ca/GL/services_access.htm)>.

Avant *CCH*, le pouvoir judiciaire variait son approche à l'égard de l'utilisation équitable. Certains tribunaux étaient plus restrictifs et d'autres plus libéraux dans leurs raisonnements. Certains facteurs, comme le motif de l'utilisation, étaient également plus prononcés, comme l'étaient les politiques en matière de droit d'auteur envers les non-utilisateurs.

### (a) Interprétation restrictive

La plupart des commentateurs allèguent qu'avant *CCH* l'utilisation équitable étaient interprétée de façon restrictive<sup>56</sup>. Plusieurs soutiennent que la *Loi sur le droit d'auteur* a été expansionniste en ce qui concerne la protection des droits du titulaire et du créateur (les mêmes commentaires s'appliquent ici puisque même les érudits ont souvent confondu les deux parties bien avant *CCH*)<sup>57</sup>.

Cette approche est peut-être encore plus évidente dans l'affaire *Michelin c. CAW Canada*<sup>58</sup>. Dans l'affaire *Michelin*, le fabricant de pneus a poursuivi un syndicat pour son usage du logo du bonhomme Michelin (le Bibendum) sur les feuillets syndicaux distribués pendant un conflit de travail.

Les défendeurs n'ont pas réussi à convaincre le tribunal que le Bibendum était une parodie et faisait donc l'objet d'une exception à la violation du droit d'auteur en vertu de l'utilisation équitable aux fins de critique. En imposant carrément le fardeau de la preuve aux défendeurs, le tribunal a statué que la parodie ne constituait pas une exception à la violation aux termes de la LDA ni en vertu de la jurisprudence<sup>59</sup>. Plus précisément, la parodie n'était pas synonyme de critique<sup>60</sup>. Il n'était pas question pour le tribunal de tirer exemple de la jurisprudence américaine où la parodie peut constituer un usage acceptable<sup>61</sup>. Et même si le tribunal avait suivi l'exemple des tribunaux américains, l'utilisation équitable n'aurait quand même pas prévalu parce que l'on n'avait pas satisfait aux deux autres exigences, à savoir que (1) le nom de l'auteur ou de la source n'était pas mentionnée, et (2) il n'y a pas eu un traitement équitable<sup>62</sup>. Le tribunal a souligné que les exceptions devraient être interprétées strictement et que l'utilisation équitable en particulier compte une liste exhaustive de motifs<sup>63</sup>. C'est pourquoi une décision contraire aurait créé une nouvelle exception dans la loi. C'est pourquoi la décision *Michelin* était extrêmement déférente

<sup>56</sup> L.E. Harris « Editorial » (2004) *Copyright and New Media Law Newsletter*.

<sup>57</sup> G. D'Agostino (n. 3) soutient que dans le contexte de l'édition de grande diffusion, la *Loi sur le droit d'auteur* avantage de plus en plus les titulaires de droits au détriment des auteurs; voir aussi C.J. Craig, *Locke, Labour and Limiting the Author's Right: A Warning against a Lockean Approach to Copyright Law* (2002) 28 *Queen's LJ* 1; A. Drassinower, « Taking User Rights Seriously », chap. 16 dans M. Geist (éd.) *In the Public Interest* (Irwin Law Toronto 2005) 462 et S. Trosow, *The Illusive Search for Justificatory Theories: Copyright, Commodification and Capital* (2003) 16 *Can JL et Jur* 217-224.

<sup>58</sup> [1997] 2 CF 306 (« *Michelin* »).

<sup>59</sup> *Ibidem* [60].

<sup>60</sup> *Ibidem* [61].

<sup>61</sup> *Ibidem* [63].

<sup>62</sup> Aux termes de l'alinéa 27(2)a.1) de la *Loi sur le droit d'auteur*, la cour fait état de cette exigence en vertu de l'Accord de libre-échange nord-américain entre le gouvernement du Canada, le gouvernement du Mexique et le gouvernement des États-Unis, le 17 décembre 1992, R.T. Can. 1994 n. 2, 32 *ILM* 289 (entré en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 1994) (« ALENA ») art. 42(1). « L'ampleur considérable de l'œuvre originale utilisée sur les feuillets et les affiches jette également un doute quant à l'équité du traitement du défendeur. » *Michelin* (n. 58) [70].

<sup>63</sup> *Michelin* (n. 58) [65]; aussi selon *Bishop c. Stevens* [1990] 2 *RCS* 467.

envers le Parlement : « Si le Parlement avait voulu exempter la parodie en vertu d'une nouvelle exception de l'utilisation équitable, il l'aurait fait. »<sup>64</sup> [Traduction]

Ce cas représente une rupture évidente avec l'approche de l'usage acceptable des É.-U., qui a été expressément adoptée plus tard dans *CCH*. Comparativement à *CCH*, *Michelin*, qui favorise une approche restrictive, ne semble plus constituer une loi adéquate.

### (b) Interprétation libérale

Même avant *CCH*, une approche d'interprétation libérale était déjà en préparation. Dans *Allen c. Toronto Star Newspaper Ltd*<sup>65</sup>, un photographe indépendant a poursuivi un éditeur de journal pour violation du droit d'auteur pour avoir reproduit la page couverture d'un magazine sur laquelle apparaissait une photo qu'il avait prise à la demande du magazine. Bien que les témoignages des deux parties sur la coutume dans leur industrie aient donné lieu à des points de vue contradictoires, le tribunal en est toutefois arrivé à la conclusion que le photographe n'était titulaire que du droit d'auteur pour la photo et non pour la page couverture, qui avait été créée par le magazine<sup>66</sup>. Le magazine ne s'est pas objecté à la réutilisation de sa page couverture et, de toute façon, la cour avait statué que la défense de communication de la nouvelle s'appliquait.

La cour a renversé la décision de première instance à savoir que l'utilisation équitable ne s'appliquait pas à une œuvre entière protégée par droit d'auteur. La cour a souligné que l'utilisation équitable consistait en une interprétation fondée sur l'objet visé, et non une simple épreuve mécanique. Pour citer une décision américaine, « l'étendue de la reproduction est un important facteur, mais seulement l'un parmi tant d'autres à être pris en considération. »<sup>67</sup> [Traduction] Bien que la cour n'ait pas schématiquement évalué une liste de facteurs comme dans *CCH*, elle a toutefois examiné la nature et le but de l'utilisation, qui comprenait des informations d'actualité. En outre, la cour a tenu compte du critère de « l'effet de l'utilisation de l'œuvre sur le marché » cité dans *CCH*, selon lequel l'utilisation de la photo « n'avait pas pour but de tirer un avantage indu de [du plaignant] Allan ou de [du magazine] Saturday Night. »<sup>68</sup> Par ailleurs, comme dans *CCH*, l'utilisation équitable a également été permise dans le contexte commercial d'un éditeur de périodiques, le Toronto Star Newspaper Ltd.

Comme dans *CCH*, *Allen* a adopté une approche libérale et soupesé les facteurs suivants : (1) en tant que but, la communication d'un événement d'actualité était permise dans un contexte commercial, (2) la nature de l'œuvre en tant qu'œuvre entière, comme une photo, constituait une utilisation équitable, et (3) le facteur de l'effet de l'utilisation de l'œuvre sur le marché a permis à la cour de considérer que le magazine n'avait pas tenté de tirer de l'œuvre originale un avantage commercial sur le marché.

Notamment, en ce qui concerne l'ampleur de la reproduction de l'œuvre, dans l'affaire *Zamacois*, une décision précédente, un article de journal entier a été reproduit et cela ne constituait pas une

<sup>64</sup> *Michelin* (n. 58) [71].

<sup>65</sup> *Allen* (n. 33).

<sup>66</sup> *Ibidem*.

<sup>67</sup> Tiré de *Williams & Wilkins Co v United States* 417 US 907 (US Cl Ct 1974) (« *Williams & Wilkins* »).

<sup>68</sup> *Allen* (n. 33) [38].

utilisation équitable aux fins de critique<sup>69</sup>. Les défendeurs n'ont pas réussi à convaincre la cour que, (1) l'article était indispensable parce qu'un autre article publié dans le même numéro critiquait l'ouvrage, et que (2) l'article copié était d'un intérêt courant sur un sujet économique et politique. Pour la cour, il n'était pas permis de reproduire un article au complet sans la permission de l'auteur de l'ouvrage qu'il critiquait<sup>70</sup>. Mais cette décision a été fortement critiquée et, par suite de *CCH*, sa valeur pour établir un précédent est faible<sup>71</sup>.

### (c) Motif

*CCH* n'a pas tenu compte du motif, du moins d'un motif répréhensible<sup>72</sup>. Dans des cas précédents, tel que l'affaire *Boudreau c. Lin*, il n'y avait pas d'utilisation équitable pour étude privée dans le document d'un professeur contenant des reproductions de portions considérables de l'ouvrage d'un étudiant<sup>73</sup>. La cour s'est arrêtée sur la nature frauduleuse de l'utilisation. Le professeur avait supprimé le nom de l'étudiant du document, l'avait présenté à une conférence sans mention de la source et en avait également vendu des copies à d'autres étudiants<sup>74</sup>. Dans les circonstances, même si l'un des objectifs de politique de la cour était de prévenir l'appropriation de l'ouvrage d'un auteur, la mauvaise foi dont a fait preuve le professeur en violant de manière « flagrante » le droit d'auteur semble avoir exclu toute décision contraire<sup>75</sup>. Il sera intéressant de voir dans quelle mesure les cas futurs d'utilisation équitable constitueront des cas de mauvaise foi. En revanche, dans *CCH*, la politique d'accès rigoureusement appliquée de la Grande bibliothèque a avantage le défendeur.

### (d) Politique

Alors que *CCH* présentait un tribunal dont la politique était axée sur l'utilisateur, les cas précédents étaient probablement plus à l'écoute du créateur. Dans *Breen c. Hancock House Publishers Ltd*<sup>76</sup>, un auteur a reproduit des portions considérables d'une thèse dans un livre qu'il a ensuite publié. Rejetant l'utilisation équitable, la cour a conclu que, bien que le livre ait connu peu de succès commercial, le défendeur s'était approprié la compétence, le temps et le talent du plaignant<sup>77</sup>. Il avait fait une utilisation libérale d'environ 20 à 30 pages de la thèse qui comprenait une portion qualitative substantielle de l'ouvrage de l'auteur<sup>78</sup>. Il serait intéressant de savoir comment on pourrait soutenir cet argument dans l'« intérêt public » dans ce cas précis. Peut-on distinguer ce créateur des auteurs dans *CCH* qui ont rédigé des décisions et du matériel secondaire? Il n'est pas clair si, après *CCH*, *Breen* aurait abouti au même résultat. Comparé au

<sup>69</sup> *Zamacois v Douville* (1943) 2 CPR 270 (C. de l'É) (J. Angers) 302 [104] (« *Zamacois* »).

<sup>70</sup> *Ibidem*.

<sup>71</sup> P. ex. certains prétendent qu'elle était faible même avant *CCH* : M.F. Morgan, « Trash Talking: The Protection of Intellectual Property Rights in Computer Software » (1994) 26 *Ottawa L. Rev.*, qui maintient que l'approche de *Hubbard* semble préférable.

<sup>72</sup> Le « but » ou « motif réel » a été traité comme un sous-facteur mais non appliqué : *CCH* (n. 1) [54].

<sup>73</sup> *Boudreau* (n. 33).

<sup>74</sup> *Ibidem* [49].

<sup>75</sup> *Ibidem* [50-1] voir pour une discussion intéressante sur le rôle des universités dans la réglementation des activités de leurs professeurs, surtout vis-à-vis de leurs étudiants.

<sup>76</sup> *Breen c. Hancock House Publishers Ltd* 6 CIPR 129 (CF) (J. Loyal).

<sup>77</sup> *Ibidem* [20].

<sup>78</sup> Curieusement, l'auteur de la contrefaçon a toujours maintenu que les travaux universitaires (p. ex. une thèse) étaient du domaine public et, par conséquent, non assujettis à la protection du droit d'auteur [10].

passé, après *CCH* les utilisateurs sont en meilleure position pour démontrer l'utilisation équitable.

#### 4. L'après-CCH : les tribunaux ont-ils repris l'exemple?

Même s'il n'y a pas eu de procès pour violation du droit d'auteur qui touche l'utilisation équitable après *CCH*, des cas concernant les droits d'auteur ont généralement tenu compte de *CCH*, notamment en ce qui concerne la doctrine d'originalité, l'autorisation et les principes généraux de politique<sup>79</sup>.

Dans la décision *Tarif 22* concernant les droits de retransmission (sic), la Cour suprême a réaffirmé la nécessité de procéder à une interprétation libérale afin d'obtenir un juste équilibre entre les droits des titulaires et les limites de ces droits, qui ne sont pas de simples « échappatoires »<sup>80</sup>. Jusqu'ici, la Commission du droit d'auteur du Canada a fait des remarques *orbiter dictum* quant à l'application possible de la doctrine de l'utilisation équitable aux questions de licence et au besoin d'y apporter de plus amples clarifications.

##### (a) Décisions de la Commission du droit d'auteur

Selon sa décision sur la veille médiatique, la Commission a considéré les tarifs déposés par l'Agence des droits des radiodiffuseurs canadiens (CBRA) pour les services commerciaux et non commerciaux de veille médiatique qui utilisent des émissions et signaux de communication de radiodiffuseurs privés. La Commission n'ayant pas déterminé, s'il y a lieu, la mesure dans laquelle l'usage du même répertoire pour la surveillance puisse constituer une utilisation équitable, elle a toutefois commenté l'applicabilité possible de la doctrine. Elle a maintenu que la « recherche effectuée pour réaliser des profits peut constituer une utilisation équitable » et que « la personne qui facilite l'utilisation équitable effectuée d'une autre personne peut avoir droit à la même protection en vertu de la *Loi* que cette dernière. »<sup>81</sup> Et que dans le cas présent, on pourrait alléguer « que certaines activités de veille puissent constituer de la recherche ou de la facilitation de recherche pouvant constituer, à leur tour, une utilisation équitable.. »<sup>82</sup> Par conséquent,

Jusqu'à ce que des décisions éventuelles viennent clarifier la portée de l'arrêt *CCH*, cela laisse entrevoir la possibilité que certaines activités exercées par les entreprises de veille puissent ne pas constituer des utilisations protégées à l'égard desquelles elles devraient obtenir une licence<sup>83</sup>.

<sup>79</sup> P. ex. *R. c. Allen* 2006 ABPC 115 (Alb Pct) [30] sur l'originalité; *Columbia Pictures Industries c. Gaudreault* 2006 CAF 29 (C.A.F.) [32] et *Columbia Pictures Industries c. Frankl* 2004 CF 1454 (C.F.) [26] sur l'autorisation. Mais jusqu'ici, aucune décision n'a concerné la doctrine de l'utilisation équitable. Bien qu'une date de procès n'a pas encore été fixée, une nouvelle poursuite par *Robertson* contre *Thomson Corp* devrait se conclure en utilisation équitable; à savoir si la défense d'utilisation équitable s'applique à l'un des actes de contrefaçon s'il n'y a pas de licence implicite (mise à jour le 9 juillet 2007).

<sup>80</sup> *Tarif 22* [88] citant *CCH* (n. 1) [48] qui a cité D. Vaver, *Copyright Law* (Irwin Law Toronto 2000) 171 : « [I]es droits d'utilisateur ne sont pas de simples échappatoires. » [Traduction]

<sup>81</sup> *Veille médiatique* (Commission du droit d'auteur, le 29 mars 2005) [28].

<sup>82</sup> *Ibidem* [29].

<sup>83</sup> *Ibidem* [28].

Dans *Breakthrough Films & Television*, bien qu'il ne s'agisse pas d'un cas d'utilisation équitable, l'opinion dissidente au sein de la Commission du droit d'auteur s'est prononcée sur sa portée<sup>84</sup>. La Commission a conclu qu'une société de production télévisuelle était en droit d'obtenir une licence rétroactivement pour des œuvres appartenant à un titulaire de droits d'auteur introuvable et desquelles elle a tiré des extraits. Mais pour la dissidence, une licence rétroactive n'aurait pas dû être accordée parce qu'il n'y avait pas de violation du droit d'auteur. Pour clarifier la base entière de ses considérations en matière de politique, la dissidence a déclaré :

Si les intérêts des titulaires de droits doivent être protégés, ceux des utilisateurs doivent l'être également, la Cour suprême du Canada ayant insisté dernièrement pour que l'on trouve un équilibre entre les deux. On doit également tenir compte de l'intérêt du public dans la dissémination des oeuvres ou autres objets du droit d'auteur.<sup>85</sup>

Quoi qu'il en soit, la recherche d'un équilibre en matière de droit d'auteur ne devrait pas se faire au détriment du renforcement de la conformité aux règles du droit d'auteur, puisque celui-ci aura une incidence directe sur les questions d'autorisation et, en définitive, sur l'utilisation équitable. Pour la Commission, « [i]l faut encourager les utilisateurs à adopter des pratiques qui les amèneront à demander une licence avant que l'œuvre ne soit utilisée. La Commission ne doit pas encourager chez une industrie des pratiques qui considèrent comme normal d'obtenir une licence après le fait, sans tenir compte des droits des titulaires. »<sup>86</sup> En d'autres mots, l'obtention d'une licence en bonne et due forme contribuera à cet équilibre en matière de droit d'auteur.

Bien que les licences rétroactives aident à favoriser la certitude, le respect du droit d'auteur et la diffusion des œuvres publiées, elles peuvent également priver les titulaires « du droit de choisir entre s'entendre sur un prix et demander réparation pour la violation survenue. »<sup>87</sup>

Par ailleurs, en ce qui concerne l'utilisation équitable, le travail de la Commission pourrait directement être touché :

... des domaines entiers d'usages maintenant considérés comme protégés (p. ex. veille médiatique) pourraient soudain devenir des usages non protégés. Il faudra peut-être en tenir compte pour établir certains tarifs, ce qui nous ramène aux difficultés déjà cernées relativement à l'application de concepts autrement en accord avec une décision a posteriori dans l'exercice d'une compétence *ex ante*<sup>88</sup>.

---

<sup>84</sup> *Breakthrough Films & Television* (Commission du droit d'auteur, le 6 mars 2006).

<sup>85</sup> *Ibidem* [29].

<sup>86</sup> *Ibidem* [30].

<sup>87</sup> *Ibidem* [55] Une licence de droit d'auteur ne devrait pas être traitée comme un « permis pour la garde d'un chien », *Ibidem* [56].

<sup>88</sup> Bouchard (n. 33).

Par conséquent, l'adoption progressive par les tribunaux et, plus particulièrement, par l'industrie de l'interprétation libérale de la recherche dans *CCH* pour inclure les buts commerciaux aura peut-être un effet direct sur l'établissement des tarifs.

### (b) Note sur le contexte éducatif

Même avant *CCH*, le Conseil des ministres de l'Éducation (CMEC) a proposé une modification à la LDA en matière d'éducation afin de permettre l'utilisation d'ouvrages accessibles librement sur Internet<sup>89</sup>. Bien que l'évaluation de cette proposition sorte du cadre de la présente étude, il n'est pas clair si celle-ci, en elle-même, altérera la loi ou les pratiques actuelles relativement à l'usage de ces ouvrages à des fins d'enseignement. Tandis qu'il pourrait être utile d'inciter à la bienveillance au sein de ce groupe particulier d'intervenants, à long terme, plusieurs autres parties devront en arriver à un consensus sur un bon nombre d'autres sujets que la simple utilisation d'ouvrages disponibles sur Internet. Par surcroît, certains universitaires maintiennent qu'en raison de *CCH*, les interventions du gouvernement fédéral concernant l'usage d'ouvrages à des fins d'enseignement pour l'apprentissage à distance et les blocs de cours, tel que proposé dans le projet de loi C-60, pourraient être, au mieux, peu pratiques et inutiles, et au pire, imprévisibles<sup>90</sup>. Comme il est avancé dans *CCH*, il n'est pas nécessaire pour une BAM de recourir à des exceptions particulières, mais elle peut toutefois recourir à l'utilisation équitable. De manière significative, l'utilisation équitable ne peut toutefois pas justifier la distribution intensive des ouvrages<sup>91</sup>. À ce jour, ces problèmes n'ont toujours pas été traités.

Les mécanismes de gouvernance dans la communauté de l'enseignement ne semblent pas soutenables. Par exemple, des universitaires, des étudiants et d'autres critiques sont insatisfaits du régime actuel de délivrance de licence<sup>92</sup>. Très peu d'argent revient au professeur ou à l'auteur<sup>93</sup>. Il est à noter que CanCopy « comptait plus de 18 millions de dollars en redevances non distribuées, et n'avait apparemment aucun moyen de déterminer à qui cet argent revenait. »<sup>94</sup> Ce genre de problème continuera d'écorcher les étudiants et d'autres membres de la communauté d'enseignement, comme des enseignants, des bibliothécaires et les administrateurs du droit d'auteur. Bien que *CCH* ait ouvert la porte à une plus grande utilisation des œuvres en conformité avec l'utilisation équitable (p. ex. à des fins éducatives), la compréhension et l'approbation d'autres politiques, lois ou décisions juridiques doivent également être envisagées (et peut-être générées), au niveau inférieur, par toutes les parties (en désaccord ou en accord) directement touchées.

### III L'utilisation équitable au R.-U.

<sup>89</sup> Voir CMEC, *Le droit d'auteur dans l'enseignement*, <<http://cmecc.ca/copyright/copyInternet.fr.stm>> (dernière consultation le 29 juin 2007).

<sup>90</sup> Wilkinson (n. 29) 360. Le projet de loi C-60, *Loi modifiant la Loi sur le droit d'auteur*, 1<sup>re</sup> séance, 38<sup>e</sup> Parlement, 2005, a été déposé à la Chambre des communes le 20 juin 2005 et est mort au Feuilleton le 28 novembre 2005.

<sup>91</sup> *Ibidem* 369.

<sup>92</sup> H. Knopf, *Copyright Collectivity in the Canadian Academic Community: An Alternative to the Status Quo?* (1999-2000) 14 CPJ 109.

<sup>93</sup> « On croit que peu d'auteurs gagnent plus de 75 \$ à 100 \$ par année en redevances de reprographie de CanCopy » Knopf (n. 92) (CanCopy est maintenant Access Copyright).

<sup>94</sup> *Ibidem*.

Au R.-U., la doctrine d'utilisation équitable qui s'est développée dans les tribunaux au cours de presque deux cents ans a fait sa première apparition législative dans la *Copyright Act* du R.-U. de 1911<sup>95</sup>. La disposition relative à l'utilisation équitable du R.-U. a fait l'objet de discussions théoriques intenses. Certains universitaires ont soutenu que la doctrine du R.-U. n'offre aucun principe ni aucune vision et qu'elle contient trop d'obstacles qui nuisent à son fonctionnement<sup>96</sup>. Toutefois, d'autres maintiennent que les tribunaux du R.-U. adoptent une approche d'interprétation libérale<sup>97</sup>.

Les articles 28 à 76 du chapitre III de la *Copyright, Designs and Patents Act 1988*<sup>98</sup> (« CDPA ») traitent des « actes permis relativement aux œuvres protégées par droit d'auteur »<sup>99</sup> et contiennent les dispositions actuelles relatives à l'utilisation équitable dans les articles 29 et 30 qui prévoient une liste de motifs similaires à ceux de l'équivalent canadien : (1) recherche ou étude privée, (2) critique ou compte rendu et (3) communication de l'actualité. Comme au Canada, du moins avant *CCH*, le défendeur doit surmonter trois obstacles : (1) l'utilisation doit entrer dans l'une des catégories énumérées, (2) l'utilisation doit être équitable (selon le critère de la common law établi ci-dessous) et (3), dans les deux derniers cas, la source doit être mentionnée de façon adéquate<sup>100</sup>.

Contrairement aux conclusions d'études gouvernementales précédentes, le récent examen Gowers n'a pas recommandé la modification de l'utilisation équitable<sup>101</sup>. Par contre, ses recommandations suivent la tradition du R.-U., qui consiste à formuler des exceptions spéciales. Gowers recommande donc l'ajout de plusieurs nouvelles exceptions, notamment en ce qui concerne la parodie et la conversion de format<sup>102</sup>. Ces deux exceptions n'ont soulevé aucune controverse<sup>103</sup>.

<sup>95</sup> 1 & 2 Geo 5 chap. 46, An Act to Amend and Consolidate the Law Relating to Copyright.

<sup>96</sup> C. Craig, *Fair Dealing and the Purposes of Copyright Protection* (Université Queen's de Kingston, Ontario, thèse de maîtrise en droit 2000).

<sup>97</sup> L. Bently et B. Sherman, *Intellectual Property Law* (2<sup>e</sup> éd., OUP Oxford 2004) 193.

<sup>98</sup> *Copyright, Designs and Patents Act 1988*, chap. 48, ainsi modifiée (R.-U.) (« CDPA »).

<sup>99</sup> L'art. 31 de la CDPA permet certains cas d'inclusion fortuits d'œuvres protégées; les art. 32 à 36 prévoient des utilisations permises à des fins d'enseignement; les art. 37 à 44 contiennent des règles concernant les bibliothèques et les archives; les art. 45 à 50 ont trait à l'administration publique; les art. 51 à 53 traitent du design; les art. 54 et 55 concernent les types de caractères; l'art 56 traite des œuvres en format électronique; les art. 57 à 75 contiennent diverses dispositions et l'art. 76 assure l'efficacité des défenses relativement aux adaptations.

<sup>100</sup> Mais pour les actualités communiquées par enregistrement sonore, film, radiodiffusions ou câblodistribution, la mention des sources n'est pas requise : parag. 30(3). L'explication avancée pour cette distinction est que les mentions encombreraient la présentation des nouvelles par ces types de médias. Une disposition similaire apparaissait au parag. 6(3) de la loi de 1956. Elle a été modifiée pour rendre exécutoires les droits d'auteur et les droits connexes dans la société de l'information 2001/29/EC, parag. 5(3)(c) (« Directive sur la société de l'information »).

<sup>101</sup> Un examen indépendant menée par Andrew Gowers, commandé par le chancelier de l'Échiquier en décembre dernier, objectif d'un an atteint; voir « An independent review led by Andrew Gowers, asked by the Chancellor of the Exchequer December 2005, one year target met »; le gouvernement a accepté toutes les recommandations le jour où l'examen a été déposé au Parlement le 6 décembre 2006; voir <[http://www.hm-treasury.gov.uk/independent\\_reviews/gowers\\_review\\_intellectual\\_property/gowersreview\\_index.cfm](http://www.hm-treasury.gov.uk/independent_reviews/gowers_review_intellectual_property/gowersreview_index.cfm)>, Gowers contredit les rapports précédents : *The Whitford Report: Copyright and Designs Law*, cmdnd 6732 (1977) « Plus le nombre de cas spéciaux est grand, plus l'étendue est incertaine [concernant l'applicabilité de la défense d'utilisation équitable] relativement aux cas qui n'ont pas été expressément traités. » [668].

<sup>102</sup> Gowers (n. 101), Recommandation 10b (*format-shifting*), Recommandation 12 (*parody*).

<sup>103</sup> United Kingdom Patent Office (UKPO) Interview (5 février 2007).

On dit des buts énumérés par le R.-U. qu'ils sont interprétés libéralement<sup>104</sup>. Grâce à l'adoption d'une épreuve objective par les tribunaux, il est maintenant plus facile de prouver qu'une utilisation entre dans l'une de ces catégories. Toutefois, cette construction libérale ne concorde pas exactement avec *CCH*, qui, on pourrait dire, a élargi le cadre actuel des buts admissibles pour inclure un droit de parodie faisant suite à *CCH*.

## 1 Qu'ont dit les tribunaux sur les buts énumérés?

### (a) Recherche ou étude privée

Les recherches et les études privées doivent être effectuées dans un but non commercial<sup>105</sup>. Certains commentateurs du R.-U. soutiennent que l'utilisation d'une base de données pour réaliser une étude de marché sur un nouveau médicament ou un cours de formation commerciale constituerait une recherche ou une étude privée<sup>106</sup>. Il est toutefois difficile de trouver un terrain d'entente pour déterminer ce qu'on entend par commercial. Le considérant 42 de la Directive relative à la société de l'information précise qu'il faut regarder l'activité plutôt que « la structure organisationnelle et les moyens de financement de l'établissement concerné ».<sup>107</sup> L'un des facteurs clés semble être que la recherche n'a pas besoin d'être privée. D'autres facteurs importants comprennent l'ampleur de l'utilisation, la facilité d'accès à l'ouvrage et l'incidence sur le marché<sup>108</sup>. Il est possible pour un agent de photocopier un ouvrage pour des tierces parties, mais il y a des limites lorsque la reproduction peut entraîner une diffusion intensive du même matériel<sup>109</sup>. De toute évidence, il en serait de même dans *CCH*, qui a permis la reproduction sous réserve d'une politique d'accès conforme à l'utilisation équitable. Quoiqu'il en soit, en raison de *CCH*, au Canada, les recherches et les études privées peuvent comprendre des buts commerciaux.

Au R.-U., l'application de ce but a été critiquée parce qu'il ne tient pas compte de l'importance des médias non textuels et qu'il s'applique de façon limitée aux programmes d'ordinateur<sup>110</sup>. Ce but ne s'applique pas pour les diffusions, les enregistrements sonores et les films<sup>111</sup>.

### (b) Critique ou compte rendu

Pour qu'une utilisation entre dans cette catégorie, l'œuvre en question doit avoir été disponible au public préalablement, son utilisation doit être équitable et la source doit être mentionnée adéquatement. Dans *Sillitoe and Others v McGraw-Hill Book Company*<sup>112</sup>, l'utilisation de sommaires originaux incorporés dans « Coles Notes » n'était pas équitable. La cour a jugé que les

<sup>104</sup> Bently (n. 97) 193; voir *Newspaper Licensing Agency v Marks & Spencer plc* [1999] EMRL 369 (« Marks & Spencer »); *Pro Sieben Media AG v Carlton Television Ltd* [1998] FSR 43 (CA) (L.J. Walker) (« Pro Sieben ») et *Ashdown* (n. 29).

<sup>105</sup> Selon la CDPA, (n. 98), art. 178, ne comprend pas les buts commerciaux directs ou indirects.

<sup>106</sup> Bently (n. 97) 198.

<sup>107</sup> Directive relative à la société de l'information (n. 100).

<sup>108</sup> Bently (n. 97) 198.

<sup>109</sup> CDPA (n. 98), paragr. 29(3)(b); p. ex. les enseignants ne pourraient pas faire plusieurs copies d'un article pour leurs étudiants.

<sup>110</sup> CDPA (n. 98) paragr. 29(4)-(4A).

<sup>111</sup> *Pro Sieben* (n. 104).

<sup>112</sup> [1983] FSR 545 (« Sillitoe »).

auteurs des « Notes » avaient utilisé de très longs extraits sans en mentionner la source adéquatement. L'inclusion de brefs commentaires sous certains des sommaires reproduits ne suffisaient pas pour une critique ou un compte rendu. Dans *Associated Newspapers Group Plc v News Group Ltd*<sup>113</sup>, il était question de l'impression de lettres appartenant exclusivement au *Daily Mail* par un journal concurrent, *The Sun*. Le motif des défendeurs n'était pas de faire une critique ou un compte rendu, mais d'« attirer l'attention des lecteurs. »<sup>114</sup> Dans cette affaire, le « décès de la duchesse ne justifiait pas la publication du contenu des lettres. »<sup>115</sup> [Traduction] Le défendeur aurait pu tout simplement donner un compte rendu de l'événement.

### (c) Communication des actualités

Bien que généralement interprété comme la communication de nouvelles, une cause récente, *Pro Sieben Media AG v Carleton UK Television Ltd*, a élargi le sens de cette interprétation<sup>116</sup>. Les diffuseurs ont critiqué *Pro Sieben* pour son interprétation plus vaste de l'actualité, qui ne se limite pas à la nouvelle<sup>117</sup>. La cour n'a pas clarifié son interprétation quant à l'étendue de ce nouveau champ d'application.

## 2. L'utilisation doit être équitable

Une fois que le défendeur a prouvé que l'utilisation entre dans une des catégories de buts énumérés, il doit montrer qu'elle est équitable. *Hubbard v Vosper*<sup>118</sup> expose l'épreuve principale en matière d'équité. Pour certaines universitaires, *Hubbard* « représente la première tentative judiciaire importante visant à définir le concept d'équité en ce qui concerne les dispositions d'utilisation équitable contenues, à cette époque, dans l'article 6 de la loi sur le droit d'auteur de 1956. »<sup>119</sup> Il fallait déterminer si le livre de Hubbard, fondateur de l'Église de scientologie de la Californie, contrefaisait un livre rédigé par un ancien membre de l'Église de scientologie, Vosper, duquel il s'est largement inspiré pour créer sa propre œuvre. En rejetant une demande d'injonction, Lord Denning de la Cour d'appel a maintenu que l'établissement de la nature équitable d'une utilisation constituait une question de fait et de degré et que toutes les circonstances d'une cause particulière devaient être prises en compte<sup>120</sup> :

[Traduction] « Il est impossible de définir ce qu'est l'« utilisation équitable », puisqu'il s'agit d'une question de degré. Il faut d'abord considérer le nombre et l'ampleur des citations et des extraits. Sont-ils trop nombreux et trop longs pour être équitables? Puis il faut tenir compte de l'utilisation qui en est faite. S'ils sont utilisés à des fins de critique ou de compte rendu, cela pourrait constituer une utilisation équitable. S'ils sont utilisés pour véhiculer la même information que l'auteur à des fins de rivalité, cela pourrait être

<sup>113</sup> *Associated Newspapers Group Plc v News Group Ltd* [1986] RPC 515 (« *Associated Newspapers* ») 518.

<sup>114</sup> *Ibidem*.

<sup>115</sup> *Associated Newspapers* (n. 113) 519.

<sup>116</sup> *Pro Sieben* (n. 104) 625. Le fait qu'une station de télévision allemande ait payé 30 000 £ pour interviewer une femme présentant une grossesse multiple constituait « un événement d'intérêt limité et éphémère, mais ... [néanmoins] un événement d'actualité ».

<sup>117</sup> « Verdict causes stir for broadcasters » [Traduction] (1999), *The Lawyer* 22, 22.

<sup>118</sup> [1972] 1 All E.R. 1023 (CA) (« *Hubbard* »).

<sup>119</sup> *Craig* (n. 96) 9.

<sup>120</sup> *Hubbard* (n. 118) 1027.

inéquitable. Par la suite, il faut considérer les proportions. L'utilisation de longs extraits accompagnés de brefs commentaires pourrait être équitable. D'autres facteurs peuvent également entrer en ligne de compte. Mais, en définitive, il s'agit d'une question d'impression. »<sup>121</sup>

Un tribunal doit donc apprécier l'ampleur et la proportion des extraits par rapport à l'œuvre originale et tenir compte de l'usage (p. ex. à des fins de rivalité)<sup>122</sup>. Une œuvre entière peut également être sujette à la défense d'utilisation équitable<sup>123</sup>. Depuis l'adoption de la loi sur les droits de la personne en 1998, les tribunaux doivent se montrer plus souples et accorder la plus grande importance aux considérations d'intérêt public<sup>124</sup>. Sans être expressément définis dans les textes de loi, plusieurs facteurs pour établir ce qui est « équitable » émergent du droit jurisprudentiel, dont la plupart concordent avec les précédents canadiens :

1. **La nature de l'œuvre** : le fait qu'une œuvre ne soit pas publiée peut jouer contre le défendeur<sup>125</sup>; l'utilisation d'œuvres confidentielles (p. ex. lettres privées) sera moins susceptible d'être équitable que l'utilisation de rapports officiels d'importance publique.
2. **Comment l'œuvre a été obtenue** : s'il s'agit d'une divulgation clandestine ou d'un vol, il est moins probable que l'utilisation soit équitable<sup>126</sup>.
3. **Ampleur de l'utilisation** : bien qu'un usage limité puisse favoriser l'utilisation équitable, dans certains cas il peut être équitable de reproduire une œuvre entière (p. ex. si l'œuvre est courte, comme une épitaphe)<sup>127</sup>.
4. **L'utilisation qui est faite de l'œuvre** : le plus il y a transformation le plus il sera possible de favoriser l'utilisation équitable (p. ex. plus des ajouts sont faits par l'utilisateur, mieux ce sera, comme certains l'ont souligné, la prolixité peut être un atout)<sup>128</sup>.
5. **Bénéfice commercial** : l'utilisation d'une œuvre pour en tirer un bénéfice commercial jouera contre le défendeur; on ne peut pas tirer un bénéfice commercial de la recherche, à moins qu'il y ait un élément prépondérant d'intérêt public<sup>129</sup>.
6. **Motifs de l'utilisation** : les tribunaux emploient une norme objective<sup>130</sup> pour déterminer si le motif est malveillant ou altruiste<sup>131</sup>.
7. **Conséquences de l'utilisation** : c'est-à-dire l'impact que l'utilisation aura sur le marché de l'œuvre originale, surtout si les parties sont en concurrence; une utilisation est moins susceptible d'être équitable si une nouvelle œuvre vient se substituer à l'œuvre originale sur le marché<sup>132</sup>.

<sup>121</sup> *Ibidem*.

<sup>122</sup> Craig souligne que, en ce qui concerne la pertinence des « fins de rivalité », *British Broadcasting Corp v British Satellite Broadcasting Ltd Times*, [1991] 2 All E.R. 833 (Ch D), soutient que la rivalité de BSB avec BBC n'a pas nécessairement exclu ses actes de la protection de défense d'utilisation équitable.

<sup>123</sup> Pour L.J. Megaw dans le contexte d'un magazine paroissial reproduisant une épitaphe de vingt mots : *Hubbard* (n. 118) 1031.

<sup>124</sup> *Ashdown* (n. 29) [71].

<sup>125</sup> *Hide Park* (n. 22) dans le cas des actualités.

<sup>126</sup> *Beloff v Pressdram Ltd* [1973] 1 All E.R. 241 (Ch D) (« *Beloff* »).

<sup>127</sup> *Hubbard* (n. 118) 94-95; 98.

<sup>128</sup> D. Vaver, *Copyright* Partie II (Osgoode Hall Law School, Toronto 1998) 522.

<sup>129</sup> *Marks & Spencer* (n. 104) [257].

<sup>130</sup> *Hyde Park* (n. 125) [36].

<sup>131</sup> *Pro Sieben* (n. 104) 614.

<sup>132</sup> *Hubbard* (n. 118).

8. **But atteint par différents moyens** : d'autres moyens étaient-ils disponibles? Les tribunaux ont tranché contre l'utilisation équitable lorsqu'une description écrite aurait pu être tout aussi efficace que des photos<sup>133</sup>.

### 3. Hiérarchie des facteurs

Il semble bien y avoir une liste ouverte de critères émergents, mais une cause récente suggère qu'il y aurait également une hiérarchie dans les facteurs. Dans *Ashdown v Telegraph Group Ltd*, la cour a rejeté la défense d'utilisation équitable d'un quotidien du R.-U. qui avait utilisé des ouvrages politiques confidentiels dans une publication concernant la formation imminente du gouvernement du R.-U.<sup>134</sup> En tenant compte de l'interprétation libérale des actualités<sup>135</sup> à la *Pro Sieben* s'inspirant du texte de Laddie<sup>136</sup>, la cour a défini une hiérarchie de facteurs pour déterminer si une utilisation est équitable, dans l'ordre suivant :

- (1) s'il y a eu un effet sur le marché des suites de l'utilisation (dans quel cas l'utilisation équitable sera sans doute rejetée);
- (2) si l'œuvre a déjà été publiée ou fait l'objet d'une exposition publique (sinon, l'utilisation équitable sera rejetée, surtout si l'œuvre a été obtenue par suite d'un abus de confiance ou par un autre moyen détourné – dans ce cas, le motif est pertinent);
- (3) l'ampleur de l'utilisation (bien que l'utilisation d'une grande partie ou de la totalité de l'œuvre peut être permise)<sup>137</sup>.

La cour d'appel a conclu que l'extrait copié avait rehaussé la valeur commerciale du journal, accroissant la fidélité des lecteurs. Et bien que certains des sujets traités dans les extraits aient déjà été dévoilés au cours d'une entrevue à la radio, l'extrait avait toutefois été obtenu par suite d'un abus de confiance et ses plus importantes parties avaient été utilisées<sup>138</sup>.

Par conséquent, même si la cour a déclaré que la liberté d'expression était en cause, les tribunaux devant peut-être accorder moins de poids qu'auparavant à cette hiérarchie de facteurs et davantage à d'autres questions telles que l'importance politique du contenu de l'œuvre<sup>139</sup>, le droit d'auteur a prévalu : « Nous ne considérons pas justifiable que l'article 10 [de la loi sur les droits de la personne] exige que le Groupe [The Telegraph] puisse tirer profit de cette utilisation du droit d'auteur de M. Ashdown sans payer une compensation. »<sup>140</sup> En d'autres mots, l'impact sur le marché (qui tient compte de la rémunération de l'auteur) pourrait contrecarrer la défense de liberté d'expression et semble être le facteur le plus important.

<sup>133</sup> *Hyde Park* (n. 125).

<sup>134</sup> *Ashdown* (n. 29), des défenses d'intérêt public et de liberté d'expression ont également été avancées.

<sup>135</sup> Cela pourrait empiéter sur la façon dont le public voterait aux prochaines élections générales. Les « questions » soulevées par le *Sunday Telegraph* pourraient en soi ne pas constituer des « événements », mais l'existence de ces questions pourraient aider à démontrer l'intérêt continu du public à l'égard d'une réunion deux ans plus tôt. *Ashdown* (n. 29) [64].

<sup>136</sup> H. Laddie, P. Prescott et M. Victoria, *The Modern Law of Copyright and Designs* (3<sup>e</sup> éd. Londres, Butterworths 200) [20.16].

<sup>137</sup> *Ashdown* (n. 29) [70].

<sup>138</sup> *Ibidem* [72]-[76].

<sup>139</sup> *Ibidem* [71].

<sup>140</sup> *Ibidem* [82].

Par comparaison, au Canada, après *CCH*, l'impact sur le marché ne constitue pas un facteur aussi important (au R.-U., c'est le plus important). À cet effet, le R.-U. est particulièrement vigilant en ce qui concerne la rémunération de l'auteur. Le fait qu'une œuvre ne soit pas publiée pourrait avoir l'effet contraire au Canada (les œuvres non publiées ont tendance à favoriser un verdict d'équité, tandis que le R.-U. tend vers un verdict d'utilisation inéquitable). La question de l'ampleur de l'utilisation est traitée de la même façon au Canada et au R.-U., à savoir qu'elle ne constitue pas un facteur de grande importance. L'intérêt public est essentiel dans les deux pays, mais interprété comme un droit d'utilisateur au Canada et destiné au titre des droits de la personne au R.-U.

## IV L'usage acceptable aux É.-U.

### 1. Législation américaine

L'article 107 du code du droit d'auteur des É.-U. englobe la jurisprudence accumulée jusqu'à la révision de 1976 et prévoit que l'« usage acceptable d'une œuvre protégée à des fins de critique, de commentaire, de communication de nouvelles, d'enseignement (y compris les copies multiples destinées à l'utilisation en classe), d'érudition ou de recherche » n'enfreint pas le droit l'auteur. Bien que les É.-U. offrent une liste ouverte de buts admissibles au regard des lois du Canada et du R.-U., dans l'ensemble, la jurisprudence présente plusieurs cas similaires d'usages qui ont été jugés acceptables. La décision à savoir si un usage particulier est acceptable exige la considération de quatre facteurs bien établis en droit.

#### (a) Quatre facteurs d'usage acceptable

##### (1) Le but et le caractère de l'utilisation, y compris si l'utilisation est faite à des fins commerciales ou à des fins d'enseignement sans but lucratif

Ce facteur consiste à déterminer si l'utilisation est faite à des fins commerciales ou si elle peut être considérée comme transformationnelle. Plus récemment, la bonne foi a été avancée comme sous-facteur<sup>141</sup>. L'usage à des fins commerciales n'est qu'un facteur et, vu les nombreux précédents, il ne constitue plus une présomption. Dans *Sony Corp of America v Universal City Studios Inc*<sup>142</sup>, une affaire concernant l'utilisation du magnétoscope Betamax pour l'enregistrement privé d'émissions de télévision (« direct différé »), la cour a examiné si l'utilisateur pouvait tirer profit de l'usage d'œuvres protégées, et non si l'utilisateur avait l'intention réelle d'en tirer des avantages pécuniaires. Dans ce cas, il a été jugé que le direct différé ne constituait pas une utilisation commerciale. L'affirmation incidente de la cour, à savoir que « tout usage commercial d'œuvres protégées est présumé inacceptable »<sup>143</sup>, a par la suite été adopté par d'autres tribunaux à la recherche d'une ligne de démarcation nette pour interpréter des cas d'usage acceptable, mais a finalement été rejeté dans *Campbell v Acuff-Rose Music Inc*<sup>144</sup>.

*Acuff-Rose*, aussi connu sous le nom de l'affaire « Pretty Woman », concerne l'utilisation à des fins de parodie de la chanson de Roy Orbison par le Groupe *2 Live Crew*. Infirmant la décision de la cour de première instance, la cour d'appel s'est fondée sur la présomption de *Sony* pour conclure que l'usage acceptable n'exonérait pas le groupe de rap. Toutefois, la Cour suprême a par la suite renversé cette décision en déclarant que la nature commerciale d'une œuvre ne devrait pas être un fait juridique. Par contre, « la parodie, comme toute autre utilisation pertinente, doit passer par la gamme de facteurs pertinents et être jugée au cas par cas, à la lumière des fins de la loi sur le droit d'auteur. »<sup>145</sup> Une telle présomption aurait compromis l'usage acceptable et « suggéré une tendance judiciaire [américaine] pour l'établissement de règles claires, issues de

<sup>141</sup> Ce qui n'était pas le cas initialement, p. ex. dans *Sony Corp of America v Universal City Studios Inc* 464 US 417 (C. sup. 1984) (« *Sony* ») où le motif n'était pas un facteur.

<sup>142</sup> *Ibidem*.

<sup>143</sup> *Ibidem* 451.

<sup>144</sup> 510 US 569 (C. sup. 1994) (« *Acuff-Rose* »).

<sup>145</sup> *Harper & Row* (n. 26) 1172.

préjugés ou de présomptions implicites... [Traduction] »<sup>146</sup> Aujourd'hui, aux É.-U., il n'y a pas de présomptions à l'encontre de l'usage acceptable si le défendeur utilise une œuvre à des fins commerciales. L'utilisation à des fins commerciales tend à favoriser le plaignant<sup>147</sup>. *CCH* va donc au-delà de l'usage acceptable américain, compte tenu que l'utilisation à des fins commerciales peut être l'un des facteurs considérés, mais qu'il n'est pas toujours nécessaire qu'il le soit.

Dans *Rogers v Koons*<sup>148</sup>, Koons, un artiste de renommé, a sculpté une « série de chiots » pour parodier la photo du plaignant sur laquelle figurent huit « chiots », laquelle a connu un grand succès commercial. Ce faisant, il a également utilisé une photocopie agrandie de la photo des chiots. La cour a rejeté l'argument de parodie, étant donné que Koons aurait très bien pu exprimer sa parodie sans copier l'œuvre de Rogers. L'œuvre de Koons ne commentait pas directement l'œuvre de Rogers, mais exprimait plutôt une idée générale; la reproduction n'était donc pas nécessaire. Par ailleurs, la cour a conclu qu'il y avait mauvaise foi et que la reproduction avait été faite dans un but lucratif<sup>149</sup>.

*Basic Books v Kinko Press* est la cause des « blocs de cours » des É.-U. où l'utilisation d'œuvres protégées à des fins d'enseignement par une entreprise commerciale ne constituait pas un usage acceptable. Les quatre facteurs ont été analysés. La reproduction ne constituait pas une transformation et a été faite à une échelle commerciale<sup>150</sup>. Bien qu'il n'ait pas été clair combien de profits ont été réalisés par Kinko, la cour a trouvé important que Kinko ait eu l'intention de réaliser des profits<sup>151</sup>. Par conséquent, ses motifs n'étaient que « prétendument altruistes »<sup>152</sup>. Cette cause peut être comparée à *Williams & Wilkins* où un ministère du gouvernement a copié des articles de journaux médicaux et les a distribués à des chercheurs et du personnel qui en avaient fait la demande. La cour a conclu que les motifs d'étude et de recherche étaient acceptables parce qu'ils constituaient des objectifs socialement utiles, « non comparables aux objectifs des commerces de reprographie, qui consistent à réaliser des profits. »<sup>153</sup> [Traduction] D'ailleurs, les bibliothèques avaient établi des directives d'usage acceptable et n'ont pas perçu de droits.

Après *CCH*, un tribunal pourrait concéder des ressources similaires : au titre de la parodie et d'utilisations pédagogiques d'œuvres gouvernementales. Par contre, au R.-U., la parodie serait toujours interdite.

## (2) La nature de l'œuvre protégée par le droit d'auteur

<sup>146</sup> Craig (n. 96) 128.

<sup>147</sup> *Ibidem* 125. L'intention réelle de la cour était d'établir un « juste équilibre entre les facteurs de l'usage acceptable ».

<sup>148</sup> *Rogers v Koons* 960 F2d 301 (2<sup>e</sup> circ. 1992).

<sup>149</sup> *Ibidem* 310.

<sup>150</sup> « L'effort déployé dans cette cause était, au mieux, douteux, et le niveau de jugement était pratiquement inexistant. [Traduction] » 758 F Supp. 1522 (dist. de New York 1991) (« *Kinko* ») 1529.

<sup>151</sup> *Ibidem*.

<sup>152</sup> *Ibidem*. « L'insistance sur le fait que leurs motifs aient été de nature pédagogique et non lucrative dépasse l'entendement [Traduction] ».

<sup>153</sup> Cité dans *Kinko* (n. 150) 1535; peut être comparé à *American Geophysical Union v Texaco* 37 F3d 882 (2<sup>e</sup> circ. 1994) : une action collective intentée par 82 éditeurs scientifiques contre Texaco pour la reproduction d'ouvrages auxquels il s'était abonné sans payer de redevances.

Ici, les tribunaux doivent déterminer si l'œuvre est de nature factuelle ou fictive et si elle a été publiée ou non. Lorsque l'œuvre contient une grande part de créativité, la cour a tendance à favoriser le titulaire.

En ce qui concerne les œuvres non publiées, *Harper & Row Publishers, Inc v Nation Enterprises*<sup>154</sup> semble avoir instaurer une présomption à l'encontre de l'usage acceptable pour les œuvres non publiées, présomption qui a été suivie par les cours inférieures. Mais le Congrès a répondu aux préoccupations de l'industrie de l'édition et infirmé cette présomption<sup>155</sup>. Dans ce cas, un magazine (le *Nation*) a publié des citations non autorisées des mémoires non publiées de l'ex-président américain Ford. La cour a analysé les quatre facteurs et rejeté l'utilisation équitable (sic). Plus précisément, la cour a jugé que l'auteur a le droit de contrôler la première apparition de l'œuvre, en vertu du droit de première publication qui comprend la décision de publier ou non et le choix du moment, du lieu et du format<sup>156</sup>. Par conséquent, la cour a conclu que les mémoires de Ford étaient assujetties à une entente de non-divulgaration et que tout article produit à partir de celles-ci nécessiterait une autorisation. De plus, la publication « clandestine » du magazine *Nation* ne permettait pas à l'auteur d'exercer un « contrôle en matière de créativité ou de qualité » et contenait quantité d'« erreurs »<sup>157</sup>. La cour a estimé que les citations non autorisées mettaient l'accent sur « les éléments les plus expressifs de l'œuvre, allant au-delà de ce qui est nécessaire pour communiquer des faits. »<sup>158</sup> [Traduction] Dans *Basic Books*, bien que la cour n'ait pas tranché en faveur de l'utilisation équitable (sic), elle a toutefois souligné que la nature pédagogique des œuvres jouait en leur faveur<sup>159</sup>. Les É.-U. et le R.-U. semblent se rejoindre dans leur interprétation de ce facteur, contrairement à l'approche canadienne qui favorise la diffusion d'œuvres non publiées par les utilisateurs.

### **(3) L'ampleur et l'importance de la portion utilisée par rapport à l'ensemble de l'œuvre protégée**

Ce facteur mène à une échelle progressive : lorsqu'un usage dépasse un seuil minimum, il est plus susceptible d'être jugé inacceptable. Les tribunaux tiennent plutôt compte du contenu que de la quantité utilisée – la qualité prime sur la quantité prise. Dans *Basic Books*, des chapitres entiers ont été copiés et utilisés tels quels, ce qui est significatif tant sur le plan de la quantité que de la qualité. Dans *Harper & Row*, la cour a tenu compte de la quantité et de la qualité : bien que peu substantiels, les extraits constituaient le « cœur du livre. »<sup>160</sup> Dans *Acuff-Rose*, 2 Live Crew s'est détourné du « cœur » et a produit des paroles distinctes. Par contre, du point de vue du caractère, l'usage d'une œuvre entière peut s'avérer acceptable. Dans l'ensemble, au Canada et au R.-U., ce facteur semble être le moins important.

<sup>154</sup> *Harper & Row* (n. 26) 546.

<sup>155</sup> « Fair Use of Unpublished Works », n° de publication 102-492 (1992), 102<sup>e</sup> Cong., 2<sup>e</sup> séance, 106 stat. 3145 codifié à 17 USC 107.

<sup>156</sup> *Harper & Row* (n. 26) 562.

<sup>157</sup> *Ibidem*.

<sup>158</sup> *Ibidem*.

<sup>159</sup> *Kinko* (n. 26) 562.

<sup>160</sup> *Harper & Row* (n. 26) 565. En ce qui concerne la parodie, *Harper & Row* n'a pas trouvé ce facteur très utile parce que la parodie doit nécessairement « aller au 'cœur' de l'original, puisque le 'cœur' est ce qui ressort de la chanson et l'expose à la parodie; *ibidem* 586-89; p. ex. premier vers des paroles et mélodie initiale caractéristique de la basse.

#### (4) L'effet de l'utilisation sur le marché potentiel ou la valeur de l'œuvre protégée

*Harper & Row* fait état de ce facteur comme le plus important de tous, surtout si l'utilisation prend de l'ampleur et compromet le marché potentiel de l'auteur (puisque pour la cour, le droit d'auteur se veut également une mesure d'incitation pour les auteurs)<sup>161</sup>. Des tribunaux inférieurs ont suivi ce *dictum*<sup>162</sup>. Quoi qu'il en soit, il est difficile pour les tribunaux de prévoir les répercussions possibles sur le marché; c'est comme tenter de lire l'avenir dans une boule de cristal<sup>163</sup>.

Dans *Basic Books*, la cour a conclu que l'achat de blocs de cours réduisait le besoin d'acheter des textes complets. Elle a également maintenu que cela aurait un impact sur les livres épuisés dont les frais de licence constituaient une source importante de revenu<sup>164</sup>. En ce qui concerne la parodie, il est généralement difficile pour une œuvre de se substituer à une autre sur le marché, puisque la parodie et l'œuvre originale remplissent différentes fonctions sur le marché<sup>165</sup>. Mais dans *Rogers v Koons*, on présumait que la sculpture allait nuire au marché futur du plaignant<sup>166</sup>. Et sur une motion précédente pour un jugement sommaire dans *Acuff-Rose*, l'absence de preuve quant aux effets de la parodie sur le marché non parodique (p. ex. le marché d'Orbison) a fait perdre le défendeur<sup>167</sup>. L'effet sur le marché est donc un facteur très important aux É.-U., il est plus important au R.-U. et pas aussi important au Canada, et lorsqu'il est pris en considération, *CCH* semble placer le fardeau sur les plaignants.

Abstraction faite des quatre facteurs établis dans la loi américaine, il demeure difficile de déterminer si une utilisation est équitable (sic) et quels facteurs, s'il y a lieu, seraient les plus déterminants. En d'autres mots, chacun des quatre facteurs de la loi américaine doit obligatoirement être considéré à chaque cas. Comme le soutient *Acuff-Rose*, il n'y a pas de démarcation claire, peu de présomptions, et il doit y avoir un juste équilibre des intérêts. Certains maintiennent que ces critères pourraient accroître les possibilités de prévision, mais qu'ils ont réduit la souplesse dont disposaient les tribunaux américains; d'autres maintiennent que les prévisions ne sont pas possibles, qu'il est difficile de définir ce qu'est l'usage acceptable, mais qu'il y a une certaine souplesse avec les technologies émergentes<sup>168</sup>. À la limite, pour être

<sup>161</sup> « Plus important encore, pour infirmer l'usage acceptable, il suffit de montrer que si l'utilisation en question 'devait prendre de l'ampleur, cela aurait un effet défavorable sur le marché *potentiel* de l'œuvre protégée'. » *Harper & Row* (n. 26) 567 suivant *Sony* (n. 141) 451 [souligné dans l'original]; les cas isolés de contrefaçon « deviennent dans l'ensemble un obstacle majeur au droit d'auteur qui doivent être évités. » *Harper & Row* (n. 26) 567.

<sup>162</sup> P. ex. *Arica Inst Inv v Palmer* 970 F2d 1067 (2<sup>e</sup> circ. 1992) 1078; *Los Angeles News Serv v Tullo* 973 F2d 791 à 798 (9<sup>e</sup> circ. 1992); *Cable/Home Communication Corp v Network Prods Inc* 902 F2d 829 à 845 (11<sup>e</sup> circ. 1990).

<sup>163</sup> *Nunez v Caribbean Intern News Corp* 235 F3d 18 (1<sup>er</sup> circ. 2000) sur le marché de la photographie. Bien qu'il soit clair que les CD et logiciels frauduleux ne sont pas acceptables, selon *US v Slater* 348 F3d 666, 669 « il n'y a pas eu d'abus de discrétion par suite du refus d'instruire sur l'usage acceptable en cour criminelle concernant la distribution non autorisée de logiciels).

<sup>164</sup> *Kinko* (n. 150) 1534.

<sup>165</sup> D'après *Sony* (n. ) 451; *Harper & Row* (n. 26) 590-594.

<sup>166</sup> *Rogers* (n. 148) 312. Un exemple est soulevé concernant l'adaptation cinématographique d'un livre qui aura un impact sur le marché potentiel de vente des droits d'adaptation du livre.

<sup>167</sup> *Harper & Row* (n. 148) 590-594.

<sup>168</sup> P. ex. C. Correa, *Fair Use in the Digital Era* (UNESCO, Paris 2000).

<[http://webworld.unesco.org/infoethics2000/documents/paper\\_correa.rtf](http://webworld.unesco.org/infoethics2000/documents/paper_correa.rtf)> (29 juin 2007).

acceptables, il n'est pas nécessaire que tous les facteurs soient équitables pour l'utilisateur final, certains facteurs peuvent être équitables même s'il en résulte un usage inacceptable en définitive.

### **(b) « Autres » facteurs de l'usage acceptable**

Dans le récent cas *Basic Books*, la cour a considéré d'autres facteurs en plus des quatre facteurs énumérés :

#### **(1) Pratiques monopolistiques et concurrentielles**

Dans *Basic Books*, le défendeur Kinko a créé une nouvelle « entreprise nationale » alliée à l'industrie de l'édition en usurpant les droits d'auteur et les profits du plaignant<sup>169</sup>. Kinko comptait deux cents magasins partout au pays, et il était difficile pour le plaignant de s'opposer au défendeur. Kinko a soutenu que le plaignant avait utilisé ses droits d'auteur à mauvais escient et monopolisé l'industrie dans le but de contrecarrer le marché de la reproduction et d'étouffer la concurrence<sup>170</sup>. Bien que Kinko ait avancé des preuves anecdotiques selon quoi il y avait des délais déraisonnables, des temps de réponse indus et des coûts élevés pour obtenir du matériel protégé aux fins d'enseignement, la cour n'en a trouvé aucune preuve claire. En outre, la cour a laissé entendre que si elle avait été saisie de telles preuves, celles-ci auraient joué en faveur de l'usage acceptable. La cour semble laisser cette porte ouverte pour des causes futures. À savoir que l'utilisation peut être équitable (sic) si le défendeur est en mesure de prouver que le plaignant a recours à des pratiques monopolistiques. Dans *CCH*, ce facteur a été pris en considération même si le plaignant avait le fardeau de la preuve et n'a pas réussi à s'en acquitter.

#### **(2) Pratiques de l'industrie et politiques institutionnelles**

Dans *Basic Books*, la cour a souligné que le défendeur avait violé les « lignes directrices d'enseignement en classe » qui interdisent l'utilisation d'anthologies. Par surcroît, la cour a mentionné que le défendeur n'avait avancé aucune preuve selon quoi l'enseignement serait inconcevable sans les blocs de cours. Elle a également tenu compte de *Williams & Wilkins*, qui souligne que les services de reprographie de bibliothèque devaient suivre des lignes directrices en matière d'usage acceptable et qu'ils ne percevaient pas de droits<sup>171</sup>. L'observation de lignes directrices institutionnelles en matière d'utilisation équitable est également très importante dans *CCH*, où la cour s'en est largement remise à la politique d'accès de la Grande bibliothèque pour trancher en faveur de l'utilisation équitable. Par conséquent, si le défendeur peut prouver qu'il a observé les politiques en vigueur en matière d'utilisation équitable ou d'usage acceptable, ce facteur jouera probablement en sa faveur.

## **2. L'usage acceptable est « malade »**

Avant de procéder à un examen comparatif des thèmes communs aux trois pays, des remarques doivent être faites quant au nombre croissant de recherches universitaires, d'études et de rapports citant l'usage acceptable aux É.-U. Il semble que l'usage acceptable soit « malade, mais loin

<sup>169</sup> *Kinko* (n. 150) 1534.

<sup>170</sup> *Ibidem* 1538.

<sup>171</sup> *Ibidem* 1535, citant *Williams & Wilkins* (n. 67).

d'être mort. »<sup>172</sup> Plusieurs en ont appelé au Congrès pour clarifier l'usage acceptable<sup>173</sup>. Bon nombre de solutions ont été proposées<sup>174</sup>. Mais jusqu'ici, le Congrès s'est abstenu de modifier l'usage acceptable. Les tribunaux n'ont pas contribué non plus à la simplification de l'usage acceptable en tentant d'établir des lignes de démarcation nettes de présomption, à savoir (1) que les utilisations commerciales sont inacceptables<sup>175</sup>, (2) qu'elles favorisent les plaignants dont les œuvres ne sont pas publiées<sup>176</sup>, et (3) que, plus récemment, les œuvres doivent être transformationnelles pour que leur usage soit acceptable<sup>177</sup>. Par ailleurs, il est de plus en plus coûteux de monter un dossier en vue de clarifier la portée d'une utilisation et certains utilisateurs peuvent être peu enclins à courir le risque. L'American Intellectual Property Law Association estime le coût moyen pour défendre un cas de violation de droits d'auteur à un peu moins d'un million de dollars US<sup>178</sup>.

Bien que l'attention que l'usage acceptable porte au contexte soit salutaire, « il est tellement particulier à chaque cas qu'il offre très peu d'avantages aux artistes, enseignants, journalistes, cyberlocuteurs et autres » qui souhaitent utiliser une œuvre protégée<sup>179</sup>. Le projet de numérisation de vastes ressources documentaires de Google est un récent signe que, à l'ère du numérique, les questions relatives à l'usage acceptable revêtent un caractère d'urgence<sup>180</sup>.

Le rapport sur le site Chilling Effects (effets paralysants) fait état d'une culture d'anxiété qui sévit alors que les titulaires de droits tentent par tous les moyens de contrecarrer les usages acceptables potentiels des œuvres<sup>181</sup>. Au moyen de lettres privées d'interdiction, des fournisseurs de services en ligne rebutent fréquemment du matériel d'utilisateur afin de gagner une place dans la zone de « refuge »<sup>182</sup>. Et parce que le matériel est retiré officieusement, aucune cour n'examine la validité avant le retrait. De plus, un récent rapport du Brennan Centre for Justice intitulé *Will Fair Use Survive?* relève, en plus des lettres d'interdiction, des avis et des retraits, des « lignes directrices strictes d'industrie en matière d'usage acceptable » et une « culture

<sup>172</sup> W. Gordon, « Keynote Fair Use: Threat or Threatened », (2004-2005) 55 *Case W Reserve LRev* 912. indiquant que des règles à portée excessive en matière de contrat et le DMCA constituent les vraies menaces à l'usage acceptable. [Traduction]

<sup>173</sup> M.W. Carroll, « Fixing Fair Use », *North Carolina Law Review*, vol. 85, 2007, disponible à SSRN : <<http://ssrn.com/abstract=945194>> 4.

<sup>174</sup> Jessica Litman propose une norme de concurrence déloyale pour la violation; Michael Madison croit que l'utilisation équitable devrait être réécrite avec plus de souplesse afin que les pratiques sociales qui bénéficient de l'utilisation équitable puissent étayer l'analyse. Voir Carroll (n. 173) 11 pour une note complémentaire d'environ une demi-page détaillant toutes ces sources.

<sup>175</sup> Présomption soulevée dans *Sony* (n. 141).

<sup>176</sup> Modification du Congrès : « Le fait qu'une œuvre n'ait pas été publiée ne doit pas, en soi, empêcher la cour de rendre une décision en faveur de l'usage acceptable. » 17 USC art. 107 (2000), voir la discussion dans Gordon (n. 172) 910.

<sup>177</sup> *Acuff-Rose* (n. 144) a secondé le rejet de *Sony*, de même que de récents cas comme *Nunez* (n. 163) exonérant la reproduction non transformationnelle ou exacte des œuvres.

<sup>178</sup> Cité dans le *White Paper* (n. 24) 57.

<sup>179</sup> D. Nimmer, « 'Fairest of them All' and other Fairy Tales of Fair Use » (2003), 66 *Law & Contemp Probs* 263, 280 « Si le Congrès avait établi des objectifs par voie législative plutôt que les quatre facteurs d'utilisation équitable... il semble que le résultat aurait été le même. [Traduction] »

<sup>180</sup> Dans *Author's Guild et al v Google* (déposé le 20 septembre 2005 à la cour du district de New York), Google présente une défense d'usage acceptable.

<sup>181</sup> Chilling effects (n. 24), p. ex. se contenter de fournir un lien à du contenu sur un autre site Web.

<sup>182</sup> Art. 512 de la *Digital Millennium Copyright Act* (« DMCA »), n° de publ. 105-304, 112 stat. 2860 (28 oct. 1998) prévoit des « refuges » en cas de violation du droit d'auteur.

d'affranchissement » d'une méfiance exagérée<sup>183</sup>. Et plus récemment, le *Digital Learning Challenge White Paper*, qui porte plus particulièrement sur le secteur de l'éducation, fait appel à des règles plus claires en matière d'usage acceptable. L'étude relève une tendance qui veut que les enseignants obtiennent, par crainte et inutilement, des autorisations et des licences pour des copies multiples d'ouvrages destinées à l'enseignement en classe (ce qui est habituellement permis par la loi)<sup>184</sup>. Cette prudence excessive, alors que la notion d'usage acceptable suffirait, est dommageable<sup>185</sup>. On relève également des preuves bien documentées de systèmes et d'accords d'octroi de licences contraignants et inconstants en vigueur dans les écoles<sup>186</sup>.

Qui plus est, une interface claire et négative s'interpose entre les technologies de gestion des droits numériques (DRM) et l'usage acceptable<sup>187</sup>. Par exemple, aux É.-U., les écoles les plus modestes (soit les écoles primaires et secondaires) qui n'ont pas les ressources (et probablement pas les compétences) nécessaires ne sont pas en mesure d'obtenir des licences pour utiliser des œuvres si elles ne se conforment pas aux exigences de DRM imposés par les titulaires de droits en premier lieu<sup>188</sup>. Par conséquent, il y a une moins grande utilisation du contenu autrement disponible, et s'il est disponible, il est inaccessible en raison d'un manque de ressources. Et quoique les enseignants soient réticents à utiliser les mesures de protection technologiques, ils peuvent tout de même y avoir recours afin d'assurer l'intégrité de leurs œuvres et la reconnaissance de leurs efforts, de même que l'application des mesures visant à garantir l'utilisation adéquate de leurs œuvres. Par ailleurs, les institutions d'enseignement, elles-mêmes préoccupées par le rendement de leurs investissements, soutiennent les systèmes de DRM.<sup>189</sup> Ainsi, les titulaires de droits ne sont pas les seules parties à restreindre l'accès aux œuvres numériques<sup>190</sup>.

Le *White Paper* conclut que l'interprétation judiciaire des dispositions anti-contournement et anti-contrefaçon de la DMCA qui excluent les défenses fondées sur l'usage acceptable et d'autres exceptions liées au droit d'auteur en cas de poursuites en vertu de la DMCA a « privé les utilisateurs dans le milieu de l'enseignement de leur protection contre les poursuites pour violation du droit d'auteur... »<sup>191</sup>

### (a) Limites de la TEACH Act

<sup>183</sup> M. Heins et T. Beckles, *Will Fair Use Survive?*, New York Brennan Centre for Justice 2005

<<http://www.fepproject.org/policyreports/WillFairUseSurvive.pdf>>.

<sup>184</sup> *White Paper* (n. 24) 57 documentation : commentaire du University of Texas System

<<http://www.copyright.gov/distedecomments/init020.pdf>> à 5 indiquant que l'université obtient des licences pour tout le matériel protégé, par manque de confiance dans la protection prévue par l'usage acceptable; mais voir le commentaire de la University of North Carolina à Chapel Hill fourni dans le *White Paper* (n. 24), indiquant que l'université encourage les enseignants à tirer profit de la doctrine d'usage acceptable au moins une fois ou pour le premier usage de matériel protégé.

<sup>185</sup> *White Paper* (n. 24) 58.

<sup>186</sup> *Ibidem* 60-63.

<sup>187</sup> On compte un bon nombre d'études universitaires, p. ex. S. Blythe « The US Digital Millennium Copyright Act and the EU Copyright Directive: Comparative impact on Fair Use » (2006) 8 *Tul JTech and Intell Prop* 111, 129.

<sup>188</sup> *White Paper* (n. 24) 52.

<sup>189</sup> *Ibidem* 54.

<sup>190</sup> Il convient de noter que les licences de type Creative Commons sont de plus en plus utilisées à cet effet.

<sup>191</sup> *White Paper* (n. 24) s. 4.2.4, concernant l'impact sur le milieu de l'enseignement.

La *Technology, Education and Copyright Harmonization Act* (TEACH Act, ou loi américaine sur l'harmonisation de la technologie, de l'éducation et du droit d'auteur) de 2001, qui promettait d'actualiser les exemptions d'utilisation en matière d'enseignement à la lumière des développements technologiques n'a pas rempli ses promesses<sup>192</sup>. La TEACH Act était le produit d'un compromis au sein de la communauté des parties prenantes et le résultat d'une étude exhaustive menée par le Congrès en 1998<sup>193</sup>. La TEACH Act a : (1) élargi les types de contenu pouvant être utilisés, (2) permis la numérisation et la conservation à court terme de contenus, et (3) supprimé une disposition de la loi américaine sur le droit d'auteur qui exigeait que les étudiants soit physiquement présents sur les lieux.

En revanche, de nombreuses restrictions rendent la loi inefficace et peu fiable et, tous comptes faits, de peu de valeur. Bien qu'elle traite de la formation en ligne, elle est toutefois très restrictive quant à ce qui peut être utilisé sans d'abord obtenir une autorisation<sup>194</sup>. Par ailleurs, les institutions d'enseignement ne doivent pas être des institutions à but lucratif et doivent être agréées.

Comme il est indiqué dans le *White Paper*, l'utilisateur doit avoir recours à des mesures de protection technologique (qui nécessitent souvent des ressources financières) et l'utilisation de celles-ci « pourrait éviscérer la TEACH Act à tous points de vue. »<sup>195</sup> La TEACH Act « n'a pas créé le refuge qu'elle promettait, laissant ainsi les utilisateurs de contenus numériques du milieu de l'éducation sans recours juridiques pour faire usage de ces ouvrages<sup>196</sup>. Le *White Paper* recommande de réviser la TEACH Act<sup>197</sup>.

Ainsi, puisque la TEACH Act n'a pas pour objet de modifier l'usage acceptable, ce dernier semble être le mécanisme de choix dans le milieu de l'apprentissage à distance<sup>198</sup>. Toutefois, comme nous l'avons vu, l'usage acceptable entretient ses propres incertitudes.

### **(b) Les pratiques exemplaires : source d'optimisme**

Le *White Paper* soulève quelques raisons qui incitent à l'optimisme, à savoir (1) qu'on y estime que les « utilisations à des fins d'enseignement » en vertu de la doctrine d'usage acceptable seraient admissibles, et (2) qu'il n'y a pratiquement aucune décision appliquant l'usage acceptable directement à des défenseurs du milieu de l'éducation qui ont utilisé leurs contenus à des fins d'enseignement. Les seuls cas sont ceux d'éditeurs commerciaux de « blocs de cours », mais non des enseignants qui utilisent le contenu à des buts non lucratifs d'enseignement<sup>199</sup>. Un cas qui retient l'attention, celui où la New York University était le défendeur, a été réglé en 1983

<sup>192</sup> H.R. Rep. no 94-1476.

<sup>193</sup> Berkman Center for Internet and Society à la Harvard Law School, « Digital Learning and Legal Background Paper: The TEACH ACT – The Impact of Copyright and Compromise on Digital Distance Education » à <[http://cyber.law.harvard.edu/home/dl\\_teachact](http://cyber.law.harvard.edu/home/dl_teachact)> (18 juin 2007).

<sup>194</sup> R. Fry, « Copyright Issues in E-learning » (2004) 3:2 *Copyright and New Media Newsletter*. Voir aussi <<http://www.lib.ncsu.edu/scc/legislative/teachkit/>> (19 juin 2007)

<sup>195</sup> *White Paper* (n. 24) 34.

<sup>196</sup> *Ibidem* 54.

<sup>197</sup> *Ibidem* 71.

<sup>198</sup> NC State University, « The TEACH Tool Kit » <<http://www.lib.ncsu.edu/scc/legislative/teachkit/>> (29 juin 2007).

<sup>199</sup> *White Paper* (n. 24) 38.

avant même qu'une décision soit rendue<sup>200</sup>. Selon le White Paper, cette absence presque totale de poursuites contre des enseignants « pourrait suggérer que les titulaires de droits ont tacitement accepté que la construction même de la doctrine d'usage acceptable laisse place à l'utilisation d'un contenu à des fins d'enseignement, ou qu'ils craignent une réaction défavorable du public s'ils devaient tenter des poursuites contre des enseignants. »<sup>201</sup> En effet, certaines universités encouragent les enseignants à s'en remettre à la doctrine d'usage acceptable au moins une fois ou à la première utilisation de matériel protégé<sup>202</sup>. Mais les cas pouvant apporter un réconfort sont peu nombreux, et la grande majorité des utilisateurs (notamment des enseignants, bibliothécaires, avocats et administrateurs de l'enseignement) envisagent l'utilisation acceptable d'un contenu avec appréhension<sup>203</sup>.

Certaines de ces parties prenantes ont décidé de s'entraider afin de clarifier l'étendue de l'usage acceptable<sup>204</sup>. Nommément, des parties prenantes se sont mobilisées pour établir des pratiques exemplaires aux niveaux des universités et de l'industrie. Parmi ces démarches, l'une des plus efficace et exhaustive a été celle de l'industrie des documentaristes<sup>205</sup>. Diverses parties prenantes, allant des créateurs aux producteurs et aux assureurs se sont mobilisés et ont élaboré un énoncé sur les « pratiques exemplaires en matière d'usage acceptable ». Le document de 2005 a été bien accueilli et il est permis de croire que d'autres industries ont suivi leurs traces<sup>206</sup>. Ces démarches sont très prometteuses puisque la clarification, la compréhension et le respect concernant l'usage, la création et la diffusion d'œuvres protégées se manifesteront le plus probablement à la base. Les parties de l'industrie directement touchées et, par conséquent, les plus averties peuvent formuler ces pratiques exemplaires. Comme dans le cas des documentaristes, les assureurs qui auront pris part à l'établissement d'un consensus peuvent ensuite approuver et générer en toute confiance d'autres possibilités pour une plus grande variété d'œuvres pour le public. Ces pratiques exemplaires peuvent ensuite être appliquées par les créateurs aux assureurs d'œuvres protégées et, par la suite, utilisées à titre d'aides à l'interprétation par les juges au profit du grand public.

Aux É.-U., les tentatives visant à s'entendre sur des lignes directrices destinées à l'ensemble de l'industrie en matière d'usage acceptable ont échoué. L'exemple le plus éminent a été celui de la commission sur l'usage acceptable (CONFU) qui s'est réunie régulièrement tout au long des années 1990<sup>207</sup>. Cette tentative ambitieuse pour l'adoption d'une approche générale indique que d'autres solutions sur mesure et soignées de la culture seront nécessaires et atteignables pour l'usage acceptable d'œuvres protégées.

---

<sup>200</sup> *Ibidem.*

<sup>201</sup> *Ibidem.*

<sup>202</sup> *Ibidem* pour le commentaire de la University of North Carolina à Chapel Hill.

<sup>203</sup> *Ibidem* 39.

<sup>204</sup> *Documentary Filmmakers' Statement of Best Practices in Fair Use* (Center for Social Media, American University, 18 novembre 2005) 9-10.

<sup>205</sup> *Ibidem.*

<sup>206</sup> Conférence de l'université de Harvard sur Internet et la société intitulée « Knowledge Beyond Authority » (Harvard University, 1<sup>er</sup> juin 2007) <<http://www.is2k7.org/working-groups>>.

<sup>207</sup> À l'échelle internationale, la Fédération internationale des associations de bibliothécaires et d'institutions s'est également penchée sur la question; voir <<http://www.ifla.org/>> (29 juin 2007).

## V Examen comparatif

Tandis que le Canada et le R.-U. semblent disposer d'un cadre d'« utilisation équitable » plus rigide comparativement à la structure plus souple des É.-U., les résultats de ce qui a généralement été considéré comme une utilisation équitable ou un usage acceptable ont été pour la plupart similaires<sup>208</sup>. David Vaver soutient que même avant *CCH*, les tribunaux canadiens appliquaient des critères similaires, à la seule différence que l'usage acceptable aurait pu s'appliquer à n'importe quelle situation, et non seulement à l'une des situations énumérées<sup>209</sup>. Aujourd'hui, contrairement au R.-U., les motifs énumérés du Canada ne sont plus rigides. *CCH* a élargi le sens des buts du Canada afin que ceux-ci ne soient pas interprétés de façon restrictive. Pour ce qui est des critères, les É.-U. tablent sur une approche à quatre facteurs bien établis dans la loi (avec d'autres facteurs comme les pratiques monopolistiques et les coutumes de l'industrie), tandis que six facteurs ont été considérés dans *CCH* et devraient plus ou moins servir de cadre directeur à l'avenir. On peut également s'attendre à ce que de nouveaux facteurs soient considérés dans des causes futures. En d'autres mots, il est permis de croire que les facteurs canadiens sont maintenant plus flexibles que ceux des É.-U. Au R.-U., les critères ont émergé de précédents qui s'apparentent à ceux du cadre pré-*CCH* du Canada, et à bien des égards, il y a maintenant une hiérarchie.

### 1. Une hiérarchie de facteurs, et non un nombre de facteurs

Les différences juridictionnelles sont apparentes dans le type de facteurs auxquels une plus grande importance est accordée, et non seulement dans le nombre de facteurs énumérés. En d'autres mots, la hiérarchie de facteurs qui existe au R.-U. est révélatrice de l'approche adoptée par les tribunaux. Il convient alors de revoir les facteurs de *CCH* en les comparant à ceux utilisés aux É.-U. et au R.-U.

Bien que le caractère, l'ampleur, l'effet et les solutions de rechange (soit les facteurs 2, 3, 4 et 6 de *CCH*) soient similaires dans chaque pays en ce qui concerne l'utilisation, le but et la nature de l'oeuvre (facteurs 1 et 5 de *CCH*) contiennent toutefois des différences.

#### (a) But (et nature commerciale de l'utilisation)

Le but de l'utilisation (et sa nature commerciale) est le facteur qui semble avoir été le plus miné dans *CCH*, alors qu'il est le plus prononcé au R.-U. (puisqu'il se trouve tout en haut de la hiérarchie et que la nature commerciale n'est permise que dans les cas de comptes rendus et de critiques) et l'un de quatre facteurs déterminants aux É.-U.

#### (b) Nature de l'oeuvre

<sup>208</sup> P. ex. l'utilisation équitable ou l'usage acceptable a été utilisée pour exonérer des journaux qui avaient utilisé les photos de tierces parties pour illustrer un reportage : *Allen* (n. 33) et *Nunez* (n. 163), mais les compilateurs de manuels de cours ont été reconnus responsables pour la reproduction d'articles de journaux et de chapitres de livres : *Boudreau* (n. 33); *Princeton University v Michigan Document Services* 99 F3d 1381 (6<sup>e</sup> circ. 1996).

<sup>209</sup> Vaver (n. 6) 150.

Chaque pays prend ce facteur en considération, sauf que *CCH* a maintenant et curieusement renversé les choses en soutenant que si une œuvre n'est pas publiée, cela devrait favoriser l'utilisation équitable. Au R.-U. et aux É.-U., si une œuvre n'est pas publiée, cela joue *contre* l'utilisation équitable. Cette interprétation est révélatrice du penchant de la cour en faveur des utilisateurs.

Le rôle des autres facteurs qui ont été considérés avant *CCH* au Canada, et qui sont actuellement des facteurs clés aux É.-U. et au R.-U., est sujet à caution. Par exemple, aucune mention de mauvaise foi ni du rôle de celle-ci n'a été faite dans *CCH*, peut-être parce qu'il n'y avait pas lieu de le faire. Quoique qu'il en soit la mauvaise foi n'a pas été expressément avancée comme un facteur potentiel. Ce silence ne veut toutefois pas dire qu'elle ne sera pas au centre de causes futures – les facteurs se comptant au nombre de plus ou moins six.

### **3. Autres facteurs**

Les vraies différences reposent dans les préoccupations de politiques entretenues par les tribunaux de chaque pays. Au Canada, il est clair que le changement a pour objet de mieux défendre les droits des utilisateurs afin d'assurer un « équilibre » en matière de droit d'auteur. Toutefois, comme il a été souligné, il n'est pas du tout clair quelle est la place des créateurs à ce chapitre, et qui plus est, les créateurs sont trop souvent confondus avec les titulaires de droits. Et cela ne coïncide pas avec la réalité des pratiques en matière de droit d'auteur. Peut-être qu'au R.-U., où l'exploitation à des fins commerciales est au premier plan des préoccupations judiciaires, il est permis d'avancer que les intérêts des titulaires de droits sont prépondérants. Aux É.-U., la balance penche d'un côté à l'autre parmi les diverses parties prenantes. Au niveau inférieur, il est difficile de remédier à ces préoccupations en matière de politique avec certitude. Le meilleur remède pourrait être l'opinion publique (ce qui a fonctionné au Canada pour faire avancer les droits des utilisateurs) ainsi que le besoin de formuler des pratiques exemplaires correspondantes.

## VI Conclusions

À ce point-ci, une question évidente se pose : est-ce que l'utilisation équitable au Canada est malade? Elle n'est peut-être pas malade, mais elle pourrait avoir le rhume, ou avoir été malade et être maintenant en convalescence. Bien que la chirurgie ne soit peut-être pas nécessaire, l'utilisation équitable pourrait tout de même avoir besoin de certains soins. Des solutions possibles sont en vue et (dans l'esprit de *CCH*) d'autres, non mentionnées ci-dessous, pourraient mériter l'attention.

### (a) Ne rien faire?

L'immobilisme consisterait à attendre que d'autres causes aient recours à *CCH* et que l'industrie et le grand public canadien se débrouillent d'eux-mêmes pour s'y retrouver dans le dédale d'utilisations admissibles. La sanction de cette convalescence du droit d'auteur ne semble pas la réponse appropriée. En effet, les initiatives législatives concernant d'autres questions relatives au droit d'auteur sont actuellement à l'étude (p. ex. les mesures de protection technologique qui pourraient avoir une incidence sur l'utilisation équitable). Il est permis de croire que ces initiatives pourraient rendre le droit d'auteur encore plus expansionniste qu'il ne l'est déjà. Par ailleurs, il subsiste un haut niveau d'incertitude dans les divers secteurs du droit d'auteur, tel que le secteur de l'éducation. Aux É.-U., l'incertitude à l'égard de l'usage acceptable dans le milieu de l'éducation a récemment mené à l'offre par le Copyright Clearance Center (bureau des droits d'auteur) de licences générales pour les établissements d'enseignement supérieur<sup>210</sup>. Toutefois, de forts arguments suggèrent que cela ne serait pas la bonne solution<sup>211</sup>.

### (b) Édicter les facteurs de *CCH*?

Il a été proposé que le gouvernement intervienne et édicte les facteurs de *CCH*. Il n'est pas clair comment cela se fera puisque la cour a clairement indiqué qu'il y en avait plus ou moins six. Qui plus est, pourquoi le ferait-on? Le Canada dispose maintenant d'un cadre souple pour évaluer l'utilisation équitable au cas par cas et selon l'ethos que les utilisateurs ont des droits. Cela semble assez clair et sera appliqué et adapté aux causes futures, à la façon de la common law. Les buts d'utilisation équitable énumérés peuvent être interprétés de la même façon. *CCH* a établi un précédent solide et, à moins que le gouvernement ne soit en désaccord avec l'un ou l'autre de ses prononcés, il serait inopportun d'intervenir à ce moment-ci. La promulgation des facteurs de *CCH* pourrait porter encore plus à la confusion.

### (c) S'inspirer au hasard des lois d'autres pays?

Certains commentateurs se sont fait les champions de l'adoption par le Canada de l'usage acceptable des É.-U. Pour ce faire, il faudrait s'inspirer du cadre américain de la loi du droit

---

<sup>210</sup> Copyright Clearance Center, « le Copyright Clearance Center annonce l'octroi annuel de licences de droit d'auteur pour les établissements universitaires », <<http://www.copyright.com/cc/viewPage.do?page=au143>> (22 juin 2007).

<sup>211</sup> P. ex., ces licences pourraient miner le but même de l'utilisation équitable en obligeant les utilisateurs à obtenir des licences pour des ouvrages déjà accessibles librement en vertu de la loi. Les établissements moins nantis pourraient également être désavantagés : J. Boyle « The insufficiencies of Freedom », *Financial Times* (1<sup>er</sup> juillet 2007) <<http://www.ft.com/cms/s/25cf260c-265c-11dc-8e18-000b5df10621.html>>.

d'auteur et en tirer des dispositions d'usage acceptable. Cette approche comporte des problèmes. D'abord, comme l'ont relevé d'éminentes études américaines, l'usage acceptable est « malade » et n'est pas l'approche de panacée que plusieurs, peut-être au Canada, promulguent. Parce que l'usage acceptable est malade, il a nécessairement donné lieu à différentes approches correctives, certaines instaurées par les tribunaux eux-mêmes en tentant d'imposer des lignes claires de démarcation (p. ex. des présomptions sur les utilisations commerciales) et par les principaux intervenants de l'industrie en tentant d'instituer des pratiques exemplaires. Deuxièmement, pour s'inspirer d'une loi, il faudra probablement tirer de sa jurisprudence (et négliger d'autres facteurs constructifs, comme la Constitution). Est-ce que les tribunaux canadiens appliqueront les cas d'usage acceptable des É.-U.? Cette application passerait-elle outre le fait que la propriété n'est pas constitutionnalisée au Canada? Le Singapore s'est inspiré de l'usage acceptable des É.-U., toutefois ses tribunaux sont réticents d'utiliser les cas américains d'usage acceptable qui ont causé tant de confusion. Cette approche susciterait encore plus de perplexité. On doit faire très attention lorsqu'on importe des dispositifs juridiques d'autres pays.

Dans ce contexte, il est également très utile d'établir si l'utilisation équitable devrait être clarifiée afin de comprendre d'importantes (et nouvelles) utilisations. Au R.-U. Gowers a recommandé que le gouvernement édicte une nouvelle exception du droit d'auteur pour la parodie. Avant *CCH*, bon nombre d'universitaires étaient d'avis que la parodie constituait une violation du droit d'auteur au Canada. Après *CCH* et son interprétation libérale des motifs énumérés, il serait permis de croire que la « critique » pourrait maintenant inclure la parodie. *Michelin* ne semble plus fondé en droit. En fait, la parodie aux É.-U. n'est pas systématique. Elle requiert toujours une analyse de chacun des quatre facteurs de même que de l'usage visé pour être acceptable<sup>212</sup>. Cela pourrait également être le cas au Canada et ne nécessiterait probablement pas d'intervention législative.

Pareillement, le direct différé se rapportant aux critères d'utilisation équitable serait maintenant admissible au Canada comme il l'est depuis longtemps aux É.-U. Au R.-U., Gowers recommande encore l'établissement d'une exception au droit d'auteur mais pour la conversion de format. En ce qui concerne le droit d'auteur de la Couronne, *CCH* clarifie que la reproduction des décisions judiciaires est admissible, et il est également probable qu'elle le soit pour d'autres oeuvres gouvernementales utilisées de façon semblable<sup>213</sup>. Quoiqu'il en soit, au Canada, en raison du droit d'auteur de la Couronne, un plus grand nombre d'oeuvres sont sujettes à protection, ce qui n'est pas le cas aux É.-U., mais bel et bien une réalité au R.-U., et aucun changement n'est prévu dans ce pays pour y remédier. Cette question pourrait nécessiter un examen plus attentif.

Dans le cas du secteur de l'éducation, bien qu'il soit difficile de savoir si des dispositions particulières, voire la modification de l'utilisation équitable (par exemple, l'ajout d'« utilisation à des fins éducatives » dans les motifs énumérés), seraient utiles ou même nécessaires, il semble toutefois apparent qu'une clarification (et pas nécessairement du genre juridique) soit essentielle dans l'ensemble des secteurs. L'un des désavantages de l'introduction d'une nouvelle loi est qu'il faudra peut-être du temps avant que la solution rapide escomptée soit atteinte, et il se pourrait

---

<sup>212</sup> *D' Seuss Enterprises LP v Penguin Books USA* 109 F3d 1394 (9<sup>e</sup> circ. 1997) a maintenu une injonction interlocutoire, déclarant irrecevable l'usage acceptable. Voir également Carrol (n. 173) 28.

<sup>213</sup> Bien que *CCH* suggère que la photocopie des décisions mêmes n'est pas sujette au droit d'auteur, les sommaires des décisions le sont.

qu'elle ne le soit jamais. Des nouvelles pratiques seront élaborées afin d'évaluer les limites de la nouvelle loi au cours de nouvelles causes, donnant ainsi accès à des questions juridiques pour les parties les plus désavantagées. Par conséquent, si l'objectif est d'être clair, il n'est toutefois pas sûr qu'il pourrait être prochainement atteint de cette façon.

#### **(d) Pratiques exemplaires en matière d'utilisation équitable?**

Plutôt que (ou en plus) de procéder à une réforme du droit, il pourrait être préférable d'avoir recours à des pratiques exemplaires. Les parties directement touchées dans une industrie particulière pourraient s'unir en vue d'élaborer les lignes directrices qui pourraient, en définitive, améliorer le processus décisionnel relatif à l'utilisation équitable dans les tribunaux. Des lignes directrices ou pratiques exemplaires efficaces ont déjà été élaborées aux É.-U., alors que des parties prenantes ayant des intérêts radicalement opposés dans le secteur de la production de films documentaires ont établi des pratiques exemplaires en matière d'usage acceptable. Un intérêt a également été manifesté aux niveaux international et locaux, bien que par un groupe restreint de parties prenantes (p. ex. les universités et bibliothèques du Canada et des É.-U.). Au Canada, la majorité des établissements d'enseignement ont élaboré des politiques de droit d'auteur relativement à l'utilisation de matériel protégé par leurs clients. La Grande bibliothèque de Toronto continue d'en utiliser une<sup>214</sup>. L'Osgoode Hall Law School et la York University ont élaboré une politique<sup>215</sup>. L'Université Concordia dispose d'une politique (qui s'annexe à la *Loi sur le droit d'auteur*) et a également formé des groupes de travail chargés d'étudier ces questions<sup>216</sup>. En fait, les bibliothèques continuent de jouer un rôle important dans les négociations, la mise en œuvre et la gestion concernant les licences. Les membres du personnels sont appelés à mettre en application et interpréter les questions en matière de droit d'auteur pour s'y conformer<sup>217</sup>. Ces débuts sont prometteurs, mais des efforts plus concertés dans ce domaine, tels que ceux déployés par les documentaristes américains, peuvent et devraient être imités.

D'autres parties ayant des intérêts opposés dans un secteur déterminé doivent se mobiliser. Tel que mentionné, cela pourrait clarifier les différentes formes d'utilisation équitable pour tous, les utilisateurs, les titulaires de droits, de même que les tribunaux, qui pourront ensuite utiliser ces normes à titre de « droit mou » pour interpréter les différents cas d'utilisation équitable. Ces approches peuvent et devraient être encouragées et pourront, à tout le moins, favoriser la communication et le dialogue entre les différentes parties. Mais les avantages peuvent avoir une bien plus grande portée et être lourds de conséquences pour l'avenir de l'utilisation équitable et des pratiques (générales) en matière de droit d'auteur. *CCH* favorise les parties qui respectent leurs politiques institutionnelles d'accès, leur cause pourrait être plus convaincante si ces politiques sont appliquées uniformément à l'échelle de leur industrie. Des lignes directrices particulières à un contexte devraient être élaborées afin que toutes les parties se conforment au droit d'auteur, et ce dans la bonne entente.

#### **(e) Clarifier la *Loi sur le droit d'auteur*? Clarifier les objectifs de politique?**

---

<sup>214</sup> Grande bibliothèque, Barreau du Haut-Canada, « Access to the Law Policy and Guidelines » (politique et lignes directrices sur l'accès au droit), <[http://library.lsuc.on.ca/GL/services\\_access.htm](http://library.lsuc.on.ca/GL/services_access.htm)> (29 juin 2007).

<sup>215</sup> York University, « Copyright ».

<sup>216</sup> Université Concordia, « Politique sur le respect du droit d'Auteur » (28 février 2001) <[http://web2.concordia.ca/Legal\\_Counsel/policies/francais/SG/SG-2.html](http://web2.concordia.ca/Legal_Counsel/policies/francais/SG/SG-2.html)> (19 juin 2007).

<sup>217</sup> Voir L.E. Harris, « Editorial » (2004) 8(3), *Copyright and New Media Law Newsletter*.

Comme il n'est pas réaliste de s'inspirer au hasard des lois d'autres pays, il est aussi difficile de choisir au hasard et de résoudre les problèmes que comporte le système canadien du droit d'auteur. Les questions entourant l'utilisation équitable ne peuvent pas être réglées en vase clos. Il faut revoir toute la LDA et comprendre quels sont ses objectifs, où se trouve le juste équilibre. Les titulaires de droits sont-ils les soi-disant parties gagnantes? Quels intérêts la *Loi sur le droit d'auteur* doit-elle servir?

Comme il a été mentionné dans différentes parties de la présente étude, la question reste à savoir quelle est la place de l'auteur ou du créateur? CCH ne semble pas en faire mention. La Commission du droit d'auteur a également souligné cet oubli. Dans le contexte judiciaire, public et universitaire canadien relativement au droit d'auteur, les « droits » des créateurs, si l'on peut encore se permettre d'utiliser ces deux termes ensemble, semblent être choses du passé ou une expression romancée et inventée dans la tradition civiliste et appelée à disparaître de la tradition canadienne de la common law<sup>218</sup>. Les créateurs restent en proie aux inégalités de pouvoir de l'industrie que suscite la LDA (qui permet la liberté contractuelle et des pratiques qui favorisent les titulaires de droits) et que les tribunaux appuient (nuisant ainsi aux créateurs et favorisant un autre intervenant précédemment mal représenté, l'utilisateur). Des dispositions centrées sur l'auteur (tenant compte du rôle des contrats et des droits moraux) pourraient être nécessaires afin d'assurer un équilibre entre l'utilisation équitable libéralisée et de possibles exceptions futures et les dispositions existantes centrées sur le titulaire de droits. Dans ce contexte, afin d'éviter les approches de solutions fragmentées, il faudra accorder une attention toute particulière à la question des divers types de dommages disponibles et des niveaux requis de preuve à la lumière des différents types de violations et de contrevenants.

En définitive, si un équilibre est trouvé concernant les droits d'auteur, la prochaine question sur laquelle il faudra se pencher sera de savoir si la LDA est suffisamment claire pour communiquer cet équilibre. Les objectifs de la LDA sont-ils observés dans les pratiques des intervenants, par les tribunaux, et ainsi de suite? L'un des problèmes de la LDA pourrait être son manque de clarté. La simplification et la clarification de la Loi ont été signalées comme des priorités à long terme à la section 92 du Rapport et ne devraient pas être oubliées à court terme.

---

<sup>218</sup> Cela n'a pas toujours été le cas : D'Agostino, *En attendant Robertson* (n. 18).