

**UNIVERSITÉ DE MONTRÉAL**

L'utilisation équitable existe-t-elle toujours ?

Par  
Grégory Lancop

Faculté de droit

Mémoire présenté en vue de l'obtention du grade de  
*Legum Magister* – Maîtrise en droit

31 août 2019

© Grégory Lancop, 2019

## Résumé

Jusqu'à l'arrêt *CCH Canadienne Ltée c Barreau du Haut-Canada*, rendu par la Cour suprême en 2004, la doctrine canadienne opposait deux exceptions générales au droit d'auteur : l'utilisation équitable (*fair dealing*), existant surtout dans les pays du Commonwealth (dont le Canada), et l'usage loyal (*fair use*), exception présente aux États-Unis. Alors que le premier modèle serait restrictif et conservateur, le second se voudrait plus libéral et soucieux des droits des utilisateurs. Il va sans dire que certains auteurs contestaient le *statu quo* juridique et souhaitaient plutôt l'adoption d'une approche libérale, voire étatsunienne, en matière d'utilisation équitable au Canada.

Or, depuis l'arrêt *CCH* et la pentalogie du droit d'auteur de 2012, un important changement conceptuel de cette dichotomie s'est opéré. Certains auteurs décrivent une réduction significative des différences entre les deux approches, rendant les distinctions futiles. Ainsi, nous sommes amenés à nous poser la question suivante : suite à la jurisprudence canadienne contemporaine, existe-t-il toujours une différence significative entre l'utilisation équitable et l'usage loyal ?

Ce mémoire se veut une analyse de l'état du droit en 2019 afin de répondre à cette question. Au terme de son raisonnement, l'auteur arrive à la conclusion que même si les deux régimes se ressemblent plus que jamais, les différences entre ceux-ci sont suffisamment importantes pour ne pas les assimiler à une unique approche avec des variations mineures.

**Mots-clés** : Utilisation équitable, Usage loyal, Droit d'auteur, Droit d'auteur canadien, Droit d'auteur étatsunien, Droit d'auteur américain, Propriété intellectuelle

## Abstract

Until the Supreme Court of Canada decision *CCH Canadian Ltd v Law Society of Upper Canada* in 2004, the legal literature in Canada acknowledged two competing general exceptions to copyright: fair dealing, which exists especially in Commonwealth countries (including Canada), and fair use, an exception in the United States. While the former was seen as restrictive and conservative, the second was viewed as intending to be liberal and more concerned with user rights. Needless to say, some writers contested the legal *status quo* and wanted a liberal, even American, approach to fair dealing in Canada.

However, since the *CCH* decision and the copyright pentology of 2012, there has been a significant conceptual shift with regard to this dichotomy. Some authors describe a significant reduction in the differences between the two approaches, making the distinctions of little consequence. As such, we are led to ask the following question: given the contemporary Canadian jurisprudence, is there still a significant difference between fair dealing and fair use?

This dissertation is an analysis of the state of the law in 2019 for the purpose of answering this question. At the end of his examination of the issue, the author comes to the conclusion that even if the two regimes are more similar than ever, the differences between them are sufficiently important to not assimilate them into a single approach with minor variations.

**Keywords:** Fair dealing, Fair use, Copyright, Canadian copyright law, American copyright law, Intellectual property

## Remerciements

Je tiens tout d'abord à remercier la Professeure Ysolde Gendreau d'avoir accepté de diriger mon mémoire, de m'avoir accordé de son temps, de son énergie et de m'avoir transmis de précieux conseils et commentaires. Elle m'a tout appris en droit d'auteur et m'a transmis son amour pour le domaine. Pour ceci, j'en suis reconnaissant.

Je remercie également les bibliothécaires de la Faculté de droit de l'Université de Montréal, notamment Marjorie Gauchier, Stéphanie Larivière-Roberge, et Chantal Lemay. Sans ces personnes formidables, je n'aurais pas pu faire les recherches approfondies. Leurs conseils de recherche ont fait toute la différence dans ma démarche.

Mes remerciements vont également à Ania Benzekri. Les heures qu'elle a passées à corriger mes ébauches étaient incontournables. En effet, elle m'a permis de rendre ce mémoire grâce à sa rigueur et sa volonté de m'aider.

Finalement, je suis reconnaissant envers ma famille, particulièrement mes parents, Robert et Joanne Lancop. Ces deux personnes m'ont inculqué les valeurs qui me sont si chères. Sans eux, je ne serais pas où je suis ici en ce moment et je ne serais pas la personne que je suis.

**Termes et expressions légaux****Termes en français**

Abrègement équitable

Usage loyal

Utilisation équitable

**Termes en anglais***Fair abridgement**Fair use**Fair dealing***Expressions latines***Animus furandi**De minimis non curat lex***Définition**

L'intention de voler

La loi ne se soucie pas d'affaires  
insignifiantes

## Table des matières

<b>Résumé</b> .....	<b>i</b>
<b>Remerciements</b> .....	<b>iii</b>
<b>Termes et expressions légaux</b> .....	<b>iv</b>
<b>1. Introduction</b> .....	<b>1</b>
<b>2. Histoire du droit d’auteur dans les pays de common law</b> .....	<b>5</b>
2.1 La genèse du droit d’auteur .....	6
2.1.1 Des origines jusqu’à la genèse du droit d’auteur britannique et canadien ..	7
2.1.2 La spécificité du droit des Treize colonies aux XVII <sup>e</sup> et XVIII <sup>e</sup> siècles .....	11
2.2 Le droit d’auteur au XIX <sup>e</sup> siècle.....	15
2.2.1 Le droit d’auteur britannique, bas-canadien, canadien-uni et canadien post-dominion .....	15
2.2.2 Le droit d’auteur de la nouvelle république.....	18
2.3 L’avènement du droit d’auteur moderne.....	22
2.3.1 Droit d’auteur canadien : de 1911 à nos jours .....	22
2.3.2 Le droit d’auteur étatsunien à partir de 1909 .....	28
<b>3. Les origines communes et jurisprudentielles de l’utilisation équitable et de l’usage loyal</b> .....	<b>32</b>
3.1 L’apparition de l’abrègement équitable .....	32
3.1.1 L’abrègement équitable britannique aux XVIII <sup>e</sup> et XIX <sup>e</sup> siècles .....	32
3.1.2 L’abrègement équitable étatsunien aux XVIII <sup>e</sup> et XIX <sup>e</sup> siècles.....	34
3.2 L’usage loyal à partir du XIX <sup>e</sup> siècle .....	36
3.2.1 L’usage loyal en droit britannique jusqu’en 1911 .....	37
3.2.2 L’usage loyal étatsunien au XIX <sup>e</sup> siècle .....	40
<b>4. Le schisme entre l’utilisation équitable et l’usage équitable</b> .....	<b>47</b>
4.1 L’utilisation équitable de 1911 au XXI <sup>e</sup> siècle.....	47

4.1.1	L'instauration de l'utilisation équitable par la <i>Loi de 1921 concernant le droit d'auteur</i> .....	49
4.1.2	La réforme de l'utilisation équitable en 1997 .....	54
4.1.3	L'utilisation équitable pré- <i>Théberge</i> et <i>CCH</i> .....	56
4.2	L'usage loyal de 1978 à nos jours.....	63
4.2.1	La reconnaissance législative de l'usage loyal par la <i>Copyright Act</i> de 1976 63	
4.2.2.	En quoi consiste cette exception depuis sa reconnaissance législative ? .....	64
<b>5.</b>	<b>La révolution jurisprudentielle de l'utilisation équitable (2002 à nos jours).....</b>	<b>70</b>
5.1	Les arrêts <i>Théberge</i> et <i>CCH</i> : le test en deux étapes et la théorie des droits des utilisateurs .....	70
5.2	La pentalogie : <i>SOCAN c Bell</i> et <i>Alberta (Éducation)</i> .....	78
5.3	La réforme de 2012 de la <i>Loi sur le droit d'auteur</i> .....	87
5.4	Remise en question récente de l'interprétation large et libérale ? Le retour potentiel de balancier ( <i>Université York</i> ).....	88
<b>6.</b>	<b>L'utilisation équitable et l'usage loyal en droit moderne .....</b>	<b>96</b>
6.1	L'utilisation équitable : l'approche en deux étapes.....	96
6.1.1	Seconde étape : l'utilisation est-elle équitable ? .....	103
6.2	L'usage loyal : l'approche en un temps .....	109
6.2.1	L'usage est-il loyal ?.....	111
<b>7.</b>	<b>Conclusion .....</b>	<b>123</b>
	<b>Annexe A – Tableau résumant l'utilisation équitable .....</b>	<b>124</b>
	<b>Annexe B – Tableau résumant l'usage loyal .....</b>	<b>127</b>
	<b>Bibliographie .....</b>	<b>129</b>

## 1. Introduction

[E]very man has a property in his own person. This nobody has any right to but himself. The labour of his body, and the work of his hands, we may say are properly his. [...] For this labour being the unquestionable property of the labourer, no man but he can have a right to, at least where there is enough, and as good, left in common for others.

John Locke, *Two Treatises of Government*<sup>1</sup>

Historiquement, dans les pays de common law, deux exceptions au droit d'auteur se voyaient confrontées. En effet, dans les pays du Commonwealth, comme le Canada, l'utilisation équitable (*fair dealing*), modèle qui serait restrictif et conservateur, prévalait. Aux États-Unis, l'usage loyal (*fair use*)<sup>2</sup>, qui serait plus libéral et soucieux des droits des utilisateurs, dominait. Il est intéressant de constater que certains auteurs s'opposaient au régime d'exception existant au Canada, militant plutôt pour l'adoption d'une approche libérale, voire étatsunienne, en matière d'utilisation équitable<sup>3</sup>.

Or, dans les pays où l'utilisation équitable était historiquement employée, des changements significatifs se sont produits<sup>4</sup>. Effectivement, au Canada, dès les années 2000, plusieurs arrêts de la Cour suprême ont remis en question cette vision, particulièrement *CCH Canadienne Ltée c Barreau du Haut-Canada* en 2004<sup>5</sup>. L'utilisation équitable canadienne se

<sup>1</sup> John Locke, *Two Treatises of Government*, Orion Publishing Group, Londres, 1993 à la p 128.

<sup>2</sup> Il s'agit du terme conseillé par l'Office québécois de la langue française (Québec, Office québécois de la langue française, *Le grand dictionnaire terminologique*, en ligne < <http://www.gdt.oqlf.gouv.qc.ca/index.aspx> > *sub verso* « usage loyal »)

<sup>3</sup> Voir notamment Sunny Handa *Copyright Law in Canada*, Markham (ON), Butterworth, 2002 aux pp 305-306: Fair dealing, a vital instrument in terms of keeping this balance, must [...] grow [...]

Providing the courts with legislative guidelines would go a long way to solving many of the problems with copyright. Fair dealing should be aggressively used. Rather than being an exception to the rule, it must be viewed as an integral part of the rule. The American system of fair use, codified in 1976, has achieved this in part. The fractured nature of the American federal circuit court of appeals system has contributed to some uncertainty. The judicial system in Canada, with its unified Federal Court, is well poised to avoid these problems. Until the Canadian legislature provides the initial push, however, the present situation will persist. [notre soulignement]

<sup>4</sup> Avant l'adoption de la *Loi sur le droit d'auteur de 2007*, 5768-2007, 2007 LSI 34 (Isr.) [traduction du nom fournie par l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle], le droit d'auteur israélien était basé, comme au Canada, sur la *Copyright Act 1911*, (R-U), 1 & 2 Geo 5, c 46. Celle-ci prévoyait notamment une exception générale d'utilisation équitable à l'article 2(1)(i). Or, en raison de l'article 19 de la *Loi sur le droit d'auteur de 2007*, l'usage équitable (*fair use*) a été adopté. De plus, l'article 68 de la loi a abrogé la *Copyright Act, 1911* en Israël. Dr. Lital Helman décrit le nouvel article 19 comme étant quasiment une traduction directe en hébreu de l'article 107 de la *Copyright Act*, 17 USC, § 107 (2017) bien qu'il y ait des différences à souligner. [Lital Helman, « Session IV: Fair Use and Other Exceptions » (2017) 40 Colum JL & Arts 395 aux pp 396-398].

<sup>5</sup> *CCH Canadienne Ltée c Barreau du Haut-Canada*, 2004 CSC 13 [CCH CSC].

serait rapprochée de l'usage loyal étatsunien, adoptant plusieurs éléments du droit d'auteur étatsunien, en particulier une approche plus libérale. En 2012, les arrêts *Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c Bell Canada*<sup>6</sup> et *Alberta (Éducation) c Canadian Copyright Licensing Agency (Access Copyright)*<sup>7</sup> de la pentalogie du droit d'auteur de 2012 semblent avoir confirmé ce développement conceptuel. Certains juristes décrivent dès lors une réduction significative, voire une mise à néant, des différences entre les deux modèles<sup>8</sup>. Ainsi, les distinctions seraient devenues futiles.

Ces juristes ont-ils raison d'adopter cette vision ou décrivent-ils plutôt ce qu'ils souhaiteraient voir se développer en droit canadien ? En d'autres termes, à la suite de la jurisprudence canadienne contemporaine, existe-t-il toujours une différence suffisamment importante entre l'utilisation équitable et l'usage loyal ? En raison de la révolution technologique des dernières années et du commerce de plus en plus mondialisé, il semble évident que, quelle que soit la réponse à cette interrogation, elle entraîne de lourdes conséquences juridiques.

Ce mémoire se veut une analyse de l'état du droit en 2019, où l'auteur arrive à la conclusion suivante : même si les régimes se ressemblent plus que jamais, les différences entre eux sont suffisamment importantes pour ne pas les assimiler à un simple régime avec des variations mineures.

Pour aboutir à cette conclusion, le chapitre 2 commence par un résumé de l'histoire du droit d'auteur, tant au Canada qu'aux États-Unis, de sa naissance jusqu'à nos jours. Ainsi, les bases nécessaires pour comprendre l'évolution du droit d'auteur seront fournies. Cela servira comme occasion pour souligner les similitudes et les différences entre les deux régimes.

Une fois les bases du droit d'auteur établies, le chapitre 3 expliquera l'origine commune des exceptions générales au droit d'auteur en common law jusqu'en 1911. Le chapitre 4 décrira par la suite l'origine de la différence historique entre l'utilisation équitable et l'usage loyal ; un résumé des différences antérieures aux années 2000 sera également fourni.

---

<sup>6</sup> *Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c Bell Canada*, 2012 CSC 36 [*SOCAN c Bell*].

<sup>7</sup> *Alberta (Éducation) c Canadian Copyright Licensing Agency (Access Copyright)*, 2012 CSC 37. [*Alberta (Éducation)*].

<sup>8</sup> Voir Ariel Katz, « Fair Use 2.0: The Rebirth of Fair Dealing in Canada » dans Michael Geist, dir, *The Copyright Pentalogy: How the Supreme Court of Canada Shook the Foundations of Canadian Copyright Law*, Ottawa, Les Presses de l'Université d'Ottawa, 2013, 93 [Geist, *The Copyright Pentalogy*]; Michael Geist, « Fairness Found: How Canada Quietly Shifted from Fair Dealing to Fair Use » dans Geist, *The Copyright Pentalogy*, *supra* note 8, 157 [Geist, « Fairness Found »].

Le chapitre 5 décrira la révolution jurisprudentielle en droit canadien débutant durant les années 2000. De ce fait, les arrêts *Théberge c Galerie d'Art du Petit Champlain inc*<sup>9</sup>, mais aussi *CCH*<sup>10</sup>, *SOCAN c Bell*<sup>11</sup> et *Alberta (Éducation)*<sup>12</sup> seront décrits et analysés. Les modifications législatives de l'utilisation équitable seront aussi expliquées et la section s'achèvera sur une brèche menant potentiellement à une remise en question de cette évolution jurisprudentielle.

Le chapitre 6 résumera les deux exceptions générales en droit d'auteur dans leur état actuel, en 2019. Ce faisant, nous répondrons également à la question posée initialement, soit s'il existe une différence suffisamment importante entre l'utilisation équitable et l'usage loyal.

Dans la mesure où ce mémoire est écrit en français, l'auteur de ce texte privilégiera l'utilisation des termes francophones, lorsqu'ils existent, pour décrire les concepts juridiques. Ainsi, nous parlerons de l'usage loyal, la traduction proposée de *fair use* par l'Office de la langue française du Québec<sup>13</sup>; un tableau de termes et expressions légaux est également fourni après le résumé en cas de doute. Les noms des lois ne seront toutefois pas traduits, ni les passages cités de jurisprudence.

Enfin, le mot « exception » sera préféré à « défense » pour parler de l'utilisation équitable et de l'usage loyal. Il s'agit du mot prévu par la *Loi sur le droit d'auteur*<sup>14</sup> et il est souvent employé par la doctrine<sup>15</sup> et la jurisprudence<sup>16</sup> au Canada. Il est également utilisé par plusieurs auteurs<sup>17</sup> et tribunaux étatsuniens<sup>18</sup> lorsqu'ils traitent de l'usage loyal. En revanche,

<sup>9</sup> *Théberge c Galerie d'Art du Petit Champlain inc*, 2002 CSC 34 [*Théberge*].

<sup>10</sup> *CCH* CSC, *supra* note 5.

<sup>11</sup> *SOCAN c Bell*, *supra* note 6.

<sup>12</sup> *Alberta (Éducation)*, *supra* note 7.

<sup>13</sup> Québec, Office québécois de la langue française, *Le grand dictionnaire terminologique*, en ligne < <http://www.gdt.oqlf.gouv.qc.ca/index.aspx>>, sub verbo « usage loyal ».

<sup>14</sup> Voir *Loi sur le droit d'auteur*, LRC 1985, c C-42, arts 29-32.2.

<sup>15</sup> Voir notamment « Fascicule 8 — Exceptions et droits des utilisateurs » dans David Lametti, dir, *JCQ Droit des affaires - Propriété intellectuelle* (QL) ; Ysolde Gendreau, « Les exceptions canadiennes en matière d'éducation : éléments de droit international et de droit comparé », (2015) 27 CPI 669 [Gendreau, « Les exceptions canadiennes en matière d'éducation »] ; Marc Baribeau, *Principes généraux de la Loi sur le droit d'auteur*, Québec, Les Publications du Québec, 2013 aux pp 45-48; Catherine Bergeron, « Fair Dealing » canadien et « Fair Use » américain : une analyse de l'exception d'utilisation équitable en matière de droit d'auteur" (2001) 13 CPI 267.

<sup>16</sup> Voir notamment *CCH* CSC, *supra* note 5 aux paras 5, 7, 12-13, 47-49, 51, 62-63, 66, 70, 73, 82-84, 89 ; *SOCAN c Bell*, *supra* note 6 aux paras 11-12; *Alberta (Éducation)*, *supra* note 7 aux paras 9, 12, 17 ; *Copyright Licensing Agency* (« Access Copyright ») *c Université York*, 2017 CF 669 aux paras 249-250 [*Université York*] ;

<sup>17</sup> Voir notamment Helman, *supra* note 4; Geist, « Fairness Found », *supra* note 8 aux pp 157, 164; Giuseppina D'Agostino, « Healing Fair Dealing? A Comparative Copyright Analysis of Canada's Fair Dealing to U.K. Fair Dealing and U.S. Fair Use » (2008) 53 RD McGill 309 à la p 324, n 68; Leon E Seltzer, *Exemptions and fair use in copyright: the exclusive rights tensions in the 1976 Copyright act*, Cambridge (Mass), Harvard University Press, 1978.

l'utilisation du mot « défense » nous paraît comme la transposition en droit d'auteur de la logique pénale ou civile<sup>19</sup>. Il est toutefois intéressant de noter que le terme « défense » est également utilisé par la doctrine<sup>20</sup> et la jurisprudence<sup>21</sup> étatsunienne, malgré le fait que l'article 107 de la *Copyright Act* parle de « limitation »<sup>22</sup>. Il est vrai que l'on pourrait se pencher sur le terme le plus approprié pour parler de ces théories ou sur l'évolution de l'emploi des termes par la doctrine et la jurisprudence<sup>23</sup>. Or, il s'agit d'un sujet qui pourrait faire l'objet d'un mémoire à lui seul et vu les contraintes de ce texte, nous emploierons autant que possible le mot « exception »<sup>24</sup>.

---

<sup>18</sup> *Sony Corp of America v Universal City Studio, Inc*, 464 US 417 à la p 467 (1984) [*Sony*]; *Harper & Row, Publishers, Inc v Nation Enterprises*, 471 US 539 aux pp 540, 547, 566, n 9 (1985) [*Harper & Row*]; *Campbell v Acuff-Rose Music, Inc*, 510 US 569 à la p 596 (1994) [*Campbell*].

<sup>19</sup> La première définition de « défense » offerte par le *Dictionnaire de droit québécois et canadien* est révélatrice : « [m]oyens qu'emploie une personne dans le but d'obtenir le rejet des accusations portées ou des demandes formées contre elle » [notre soulignement] [Hubert Reid, avec la collaboration de Simon Reid, *Dictionnaire de droit québécois et canadien*, Montréal, Wilson & Lafleur 2016, *sub verso* « défense »]. Or, la deuxième définition d'« exception » de ce même dictionnaire est : « [p]lus généralement, moyen de défense » [notre soulignement]. Nous privilégions toutefois la troisième définition, soit : « [q]ui est hors du régime général. » [Reid, *supra* note 19 *sub verso* « exception »].

<sup>20</sup> Voir notamment William F Patry, *Patry on Fair Use*, Eagan (Minn), Thomson Reuters, 2009 (feuilles mobiles mise à jour en mai 2019) [Patry, *Fair Use*]; Pierre N Leval, « Toward a Fair Use Standard » (1990) 103 *Harv L Rev* 1105 à la p 1105, [Leval, « Toward a Fair Use Standard »]

<sup>21</sup> Voir notamment *Campbell*, *supra* note 18 aux pp 571-572, 582, 590, 594, 599; *Ty, Inc v Publications Intern Ltd*, 292 F (3d) 512 aux pp 516-518, 522 (7<sup>e</sup> Cir 2002) [*Ty, Inc*]

<sup>22</sup> *Copyright Act*, *supra* note 4, § 107. Il est également possible de prétendre que le mot « exception » rapproche davantage de « limitation » que « défense ».

<sup>23</sup> On pourrait notamment prétendre qu'il faut plutôt parler d'un droit des utilisateurs; voir *infra*, sections 5.1-5.2, 6.1-6.2.

<sup>24</sup> Les expressions « défense » et « moyen de défense » seront utilisées uniquement en lien avec un passage de *CCH CSC*, *supra* note 5, au para 48; voir *infra*, sections 5.1-5.2, 6.1-6.2.

## 2. Histoire du droit d'auteur dans les pays de common law

The only reason for going back into the past is to come forward to the present, to help us to see more clearly the shape of the law today by seeing how it took shape.

*Attorney-General (Vic) v Commonwealth*<sup>25</sup>

Afin d'appréhender le droit d'auteur au Canada et aux États-Unis, il n'est pas sans intérêt d'étudier la genèse de ce régime. En effet, le droit d'auteur canadien est plus ancien que la première version de la *Loi sur le droit d'auteur*<sup>26</sup>. Dans la mesure où il n'y a pas eu de régime général de droit d'auteur sous l'ancien régime français<sup>27</sup>, l'apparition de ce domaine du droit au Canada commence véritablement à l'époque britannique. Étant officiellement devenu une colonie britannique à partir du *Traité de Paris* du 10 février 1763<sup>28</sup> et n'étant pleinement souverain qu'après l'adoption du *Statut de Westminster* de 1931<sup>29</sup>, le Canada se fonde substantiellement sur le droit anglais en matière de droit d'auteur. Par ailleurs, cette

<sup>25</sup> *Attorney-General (Vic) v Commonwealth* (1962) 107 CLR 529 à la p 595, juge Windeyer.

<sup>26</sup> *Loi sur le droit d'auteur*, *supra* note 14.

<sup>27</sup> Les premières lois générales du droit d'auteur en France sont deux décrets adoptés en 1791 et en 1793. Comme le note Me Christophe Caron : « dans la ferveur des lois révolutionnaires, on magnifie le droit d'auteur, cette propriété qui est " la moins susceptible de contestation " et que l'on désigne comme étant " la plus sacrée, la plus légitime, la plus inattaquable " » [Christophe Caron, « La loi du 1<sup>er</sup> août relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information » (2006) n° 10 Communication Commerce électronique]. Le décret des 13 et 19 janvier 1791, relatif aux spectacles, a traité les seuls auteurs dramatiques (art 3), et leur a reconnu un monopole sur l'exploitation et la représentation de leurs œuvres et cinq ans après leurs décès (art 5). Le second décret, soit celui des 19 et 24 juillet 1793, était relatif aux droits de propriété des auteurs d'écrits en tout genre, des compositeurs de musique, des peintres et des dessinateurs (art 1). Il leur a reconnu un droit de reproduction de leurs œuvres, leur vie durant et dix ans après leur décès (art 2).

Avant ces lois, il y avait toutefois un traitement spécial accordé à certains auteurs sous la forme de privilèges royaux. Comme le notent Michel Vivant et Jean-Michel Bruguière, si nous nous intéressons au droit d'auteur français, c'est « dans les privilèges royaux qu'il faut chercher son ascendance » [Michel Vivant et Jean-Michel Bruguière, *Droit d'auteur et droits voisins*, 4<sup>e</sup> éd, Paris, Dalloz, 2016 à la p 17.] L'historien de droit Laurent Pfister note que l'un premiers exemples de ces privilèges remonte à un arrêt du Parlement de Paris du 5 mars 1504. Le Parlement a reconnu à un auteur, Guillaume Le Cop, le droit de signer son œuvre. Ce droit se traduisait en la capacité « de l'authentifier et d'en autoriser la publication » [Laurent Pfister, *L'auteur propriétaire de son œuvre, la formation du droit d'auteur du XVI<sup>e</sup> siècle à la loi de 1957*, Thèse de doctorat en Histoire du droit et des institutions, Strasbourg III, 1999 à la p 36]. En 1538, François I<sup>er</sup> a accordé à Clément Marot un privilège selon lequel il était interdit à quiconque d'imprimer ou mettre en vente les œuvres de M. Marot sans sa permission. L'importance de ces privilèges ne devrait pas être sous-estimée : « Dans le même temps qu'ils assurent une certaine « police du livre », ils confèrent à leurs bénéficiaires un monopole d'imprimer, faire imprimer, vendre, débiter les ouvrages qu'ils couvrent » [Vivant, *supra* note 27 à la p 18]. Il s'agissait donc d'un régime dérogatoire, créé au cas par cas.

<sup>28</sup> Il faut cependant noter que certaines parties du Canada actuel, dont la Nouvelle-Écosse, ont été cédées à l'Empire britannique en raison du Traité d'Utrecht de 1713. Comme le note le professeur William L Hayhurst, le droit anglais a été introduit officiellement en Nouvelle-Écosse en 1758 avec l'ouverture de la première législature de la colonie [William L Hayhurst, « Intellectual Property Laws in Canada: the British Tradition, the American tradition and the French Factor » [1996] 10 IPJ 265 à la p 268].

<sup>29</sup> *Statute of Westminster 1931* (R-U), 22 & 23 Geo V, c 4.

évolution historique est également pertinente dans le contexte étatsunien, étant d'anciennes colonies britanniques avec des régimes juridiques de common law.

## 2.1 La genèse du droit d'auteur

On retrace souvent les origines de la propriété intellectuelle vers le XIV<sup>e</sup> et le XV<sup>e</sup> siècles. Alors que la pratique consistant à accorder des monopoles est plus ancienne, la République de Venise a créé le premier système connu de brevets le 19 mars 1474, la *Parte Veneziana*<sup>30</sup>; contrairement aux monopoles provenant de privilèges individuels, il s'agit d'un système général applicable à tous, habituellement considéré comme la première forme réelle de propriété intellectuelle au monde<sup>31</sup>. En vertu de ce décret promulgué par le Sénat de Venise, « les brevets étaient soumis à une loi générale plutôt qu'à un système de demande et d'accord individuels »<sup>32</sup>.

Quant au droit d'auteur, cette sous-branche de la propriété intellectuelle tire ses origines de l'invention de l'imprimerie par Johannes Gutenberg au XV<sup>e</sup> siècle<sup>33</sup>. Il a toutefois fallu attendre 1709 pour qu'apparaisse la première loi sur le droit d'auteur au sens moderne du terme : la *Loi de la Reine Anne*<sup>34</sup>. Tout comme le système établi à Venise en matière de

---

<sup>30</sup> David Vaver, *Intellectual Property Law: Copyright, Patents, Trade-Marks*, 2<sup>e</sup> ed, Toronto, Irwin Law, 2011 à la p 2 [Vaver, *Intellectual Property Law*]; Christopher May, « Venise : aux origines de la propriété intellectuelle » (2002) 14 *Économie politique* 6.

<sup>31</sup> Vaver, *Intellectual Property Law*, *supra* note 30 à la p 2 ; en opposition aux monopoles provenant des privilèges individuels, il s'agit d'un système général applicable à tous.

<sup>32</sup> May, *supra* note 30 à la p 7.

<sup>33</sup> Certains auteurs soulignent des racines plus anciennes, quoique cela ne soit pas le droit d'auteur que nous connaissons à l'époque moderne. Marie-Claude Dock note dans son analyse sur le droit de l'époque romaine :

L'absence quasi totale de textes législatifs réglementant cette matière nous incline à penser qu'il est peu probable que les Romains aient eu à ce sujet des idées théoriques et d'ensemble. Par contre, l'examen des textes littéraires nous permet d'affirmer que le principe du droit de propriété du créateur sur son œuvre ne faisait aucun doute et n'était contesté par personne » [notre soulignement]

[Marie-Claude Dock, *Étude sur le droit d'auteur*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1963 à la p 52]

Plus récemment dans un rapport publié par l'Organisation des Nations Unies pour l'éducation, la science et la culture (UNESCO), on dit :

Les origines du droit d'auteur sont liées à l'invention en Europe de l'imprimerie (la presse de Gutenberg) au XV<sup>e</sup> siècle. L'histoire montre cependant qu'il existait une forme de protection des productions créatives même avant le XV<sup>e</sup> siècle. Dans la Grèce ancienne et à Rome, par exemple, le plagiat était communément condamné comme un acte déshonorant. De plus, les ethnographes soutiennent que dès les premiers temps historiques, certains droits étaient reconnus en ce qui concerne les œuvres et les marques chez divers peuples. Il faudrait néanmoins attendre plusieurs siècles avant que les intérêts pécuniaires et moraux des auteurs soient formellement reconnus dans les systèmes juridiques.

[UNESCO, *L'ABC du droit d'auteur*, Paris, NU, 2010]

<sup>34</sup> *Statute of Anne* (R-U), 1709, 8 Anne, c 21.

brevets, les droits d'auteur au Royaume-Uni sont soumis, dès l'entrée en vigueur de la loi en 1710, à un régime général.

### 2.1.1 Des origines jusqu'à la genèse du droit d'auteur britannique et canadien

Avant l'adoption de la *Loi de la Reine Anne*<sup>35</sup>, de nombreuses mesures ont été mises en place pour réglementer la publication. Dès 1403, la *Stationers' Company* est fondée à Londres avec le consentement du maire et échevin<sup>36</sup>. Cette guilde d'artisans, spécifiquement des copistes, des libraires et des enlumineurs<sup>37</sup>, gagnera particulièrement de l'importance au siècle suivant. L'avènement de l'imprimerie a cependant créé un besoin d'intervention de l'État, surtout après l'introduction de cette invention en Angleterre en 1476 par William Caxton<sup>38</sup>.

Sous le règne d'Henri VIII, certaines personnes se voient accorder des privilèges de publication, c'est-à-dire un droit exclusif de publier une œuvre pendant une période déterminée; le premier privilège semble avoir été accordé en 1518 à John Rustell et Richard Pynson, deux imprimeurs de livres<sup>39</sup>. Le 4 mai 1557, Marie 1<sup>re</sup> octroie à la *Stationers' Company* une charte royale pour lutter contre la publication de livres séditeux et hérétiques<sup>40</sup>; ce faisant, la reine a aussi accordé « un privilège général sur l'impression et l'édition des ouvrages dans tout le royaume »<sup>41</sup>, permettant la saisie et la destruction des livres<sup>42</sup>. Afin d'empêcher la circulation de tels écrits, la *Stationers' Company* exigeait, pour toute œuvre imprimée ou réimprimée, une inscription au registre au moment de sa publication<sup>43</sup>. Cependant, avec le temps, la nature de la compagnie a changé pour ne devenir

<sup>35</sup> *Ibid.*

<sup>36</sup> Lyman Ray Patterson, *Copyright in Historical Perspective*, Nashville, Vanderbilt University Press, 1968 à la p 29 [Patterson, *Historical Perspective*].

<sup>37</sup> Jean-Michel Bruguière, *Le droit du copyright anglo-américain*, Paris, Dalloz, 2017 à la p 7.

<sup>38</sup> Patterson, *Historical Perspective*, *supra* note 36 à la p 20.

<sup>39</sup> John S McKeown, *Fox on Canadian Law of Copyright and Industrial Designs*, 4e éd, Toronto, Thomson Reuters, 2003 (feuilles mobiles mises à jour en 2019) ch. p 2:4.

<sup>40</sup> La charte royale de 1557 dit notamment :

Know ye that we, considering and manifestly perceiving that certain seditious and heretical books rhymes and treatises are daily published and printed by divers scandalous malicious schismatical and heretical persons, not only moving our subjects and lieges to sedition and disobedience against us, our crown and dignity, but also to renew and move very great and detestable heresies against the faith and sound catholic doctrine of Holy Mother Church, and wishing to provide a suitable remedy in this behalf [...]

[Edward Arber, dir, *A Transcript of the Registers of the Company of Stationers of London, 1554-1640, A.D.*, 1, Londres, Imprimé à titre privé, 1875 à la p xxviii, en ligne : <<http://archive.org/details/transcriptofregi01statuoft>>.]

<sup>41</sup> Bruguière, *supra* note 37 à la p 7.

<sup>42</sup> Arber, *supra* note 40 à la p xxxi.

<sup>43</sup> McKeown, *supra* note 39, ch 2:5.

qu'un simple moyen d'enregistrer des droits<sup>44</sup>. Jusqu'en 1641, la Chambre étoilée (*Star Chamber*) réglementait l'imprimerie, en plus de s'occuper de la réglementation statutaire, telle la *Licensing of the Press Act 1662*<sup>45</sup>.

Comme mentionné précédemment, il a toutefois fallu attendre 1709 pour que la première vraie législation en matière de droit d'auteur soit adoptée : la *Loi de la Reine Anne*<sup>46</sup>. Cette dernière est non seulement la première loi traitant explicitement de droit d'auteur au Royaume-Uni, mais aussi dans le monde. Par ailleurs, le mot « copyright » (droit d'auteur en anglais) ne s'y trouve pas<sup>47</sup>. Quoique la raison d'être de la loi ne fasse pas consensus<sup>48</sup>, plusieurs auteurs sont d'avis que sa conception résulte de la volonté de placer les

---

<sup>44</sup> *Ibid.*

<sup>45</sup> (R-U) 14, Car II c 33 (cette loi a été renouvelée à plusieurs reprises avant d'expirer pour la dernière fois en 1694).

<sup>46</sup> *Statute of Anne*, *supra* note 34.

<sup>47</sup> Selon Normand Tamaro, la première utilisation d'un terme comparable dans un cadre législatif date de la *Copyright Act 1775* (R-U), 15 Geo III c 53 qui portait alors le nom de « Act for enabling the Two Universities in England, the Four Universities in Scotland, and the several Colleges of Eton, Westminster and Winchester to hold in perpetuity their Copy Right in Books given to or bequeathed to the said Universities and Colleges ». En 1801, le législateur britannique utilise pour la première fois le mot « copyright » avec la *Copyright Act 1801* (R-U), 41 Geo III, c 107: « An Act for the Encouragement of Learning, in the United Kingdom of Great Britain and Ireland, by Securing copies and Copyright of printed Books, to the Authors of such Books, or their Assigns for the time herein mentioned ». [notre soulignement] [Normand Tamaro, *Loi sur le droit d'auteur, texte annoté*, 11<sup>e</sup> éd, Toronto, Thomson Reuters, 2019 à la p 62].

Stanley Rubinstein, procureur à la Cour suprême d'Angleterre, retrace l'origine du mot « copyright » à une autre époque :

En fait, et selon le Dictionnaire d'Oxford, le premier emploi du mot « copyright » se trouve dans la *Vie de Johnson*, par Boswell.

Johnson publia son *Projet d'un dictionnaire de la langue anglaise*, en 1747. Dans la *Vie* de Boswell, celui-ci, se référant, pour l'année 1748, au travail occasionné par l'élaboration du dictionnaire, exprime l'opinion que « les dépenses nécessaires à la préparation de l'impression d'une œuvre d'une telle ampleur doivent avoir entraîné une déduction considérable du prix stipulé pour le paiement du *copyright* ».

Cette phrase n'aurait pu être écrite avant 1763, car Boswell ne rencontra Johnson que le 16 mai de cette année-là, bien que, évidemment, l'usage du mot ait pu être répandu antérieurement. D'autre part, il aurait pu être écrit à n'importe quel moment avant la publication de la *Vie* de Johnson, en 1791

[Stanley Rubinstein, « Passé et avenir du droit d'auteur », (1957) 5 RIDA 74 à la p 86].

<sup>48</sup> Voir Myra Tawfik, « History in the Balance: Copyright and Access to Knowledge » dans Michael A Geist, dir, *From "Radical Extremism" to "Balanced Copyright": Canadian Copyright and the Digital Agenda*, Toronto Ont, Irwin Law, 2010, 69 aux pp 70- 71:

The traditional view of the law was that it was designed primarily with publishers in mind — in other words, that it sought, first and foremost, to meet the needs of the book trade. However, in the last decades of the twentieth century, scholars began to place more emphasis on situating the author within the copyright paradigm as one of, if not the principal beneficiary of the legislation. The new millennium has seen yet another shift in focus. This time the spotlight is on the public interest in access to knowledge and learning both at the local and the international levels. Scholars have begun retracing the historical record to study the extent to which early policy-makers were concerned about “user rights” or more broadly, the public interest in the circulation of knowledge.

auteurs au centre de ce droit et d'ainsi mettre fin aux « monopoles éditoriaux qui prévalaient jusqu'alors » en Angleterre<sup>49</sup>. D'ailleurs, le préambule de la loi semble appuyer cette thèse:

Whereas Printers, Booksellers, and other Persons, have of late frequently taken the Liberty of Printing, Reprinting, and Publishing, or causing to be Printed, Reprinted, and Published Books, and other Writings, without the Consent of the Authors or Proprietors of such Books and Writings, to their very great Detriment, and too often to the Ruin of them and their Families: For Preventing therefore such Practices for the future, and for the Encouragement of Learned Men to Compose and Write useful Books; [...]<sup>50</sup> [notre soulignement]

Cependant, le titre non abrégé de la loi, « *An Act for the Encouragement of Learning, by Vesting the Copies of Printed Books in the Authors or Purchasers of such Copies, during the Times therein mentioned* »<sup>51</sup>, tend à appuyer une autre thèse, celle de la défense de l'intérêt collectif à la diffusion des connaissances : Vue sous cet angle, la loi semble s'inscrire dans le siècle des Lumières lorsqu'elle énonce « for the Encouragement of Learning »<sup>52</sup>. Pour ce faire, le législateur a décidé d'accorder aux auteurs des droits sur leurs œuvres : « by Vesting the Copies of Printed Books in the Authors »<sup>53</sup>.

Chose certaine, la loi offrait à l'auteur le droit exclusif de reproduire son œuvre pour une période de quatorze ans à partir de sa publication, ce qui interdisait toute reproduction non autorisée par des tiers<sup>54</sup>. Au terme de cette période, si l'auteur était toujours en vie, le droit était alors renouvelé pour une autre période de quatorze ans<sup>55</sup>. La portée de la loi était toutefois très restreinte, ne visant que des livres publiés et d'autres écrits<sup>56</sup>. Or, cette expression a reçu une interprétation large et libérale. En effet, dans l'affaire *Bach v Longman*, le lord juge en chef d'Angleterre et du pays de Galles, lord Manfield, a conclu que les œuvres musicales étaient aussi protégées par la loi :

<sup>49</sup> Tamaro, *supra* note 47 à la p 4; Patterson, *Historical Perspective*, *supra* note 36 aux pp 143- 144.

<sup>50</sup> *Statute of Anne*, *supra* note 34.

<sup>51</sup> *Ibid*

<sup>52</sup> *Ibid*.

<sup>53</sup> *Ibid*.

<sup>54</sup> *Ibid*. Pour les livres déjà publiés, la période était de vingt et un an à partir du 10 avril 1710 :

[... ] That from and after the Tenth Day of April, One thousand seven hundred and ten, the Author of any Book or Books already Printed, who hath not Transferred to any other the Copy or Copies of such Book or Books, Share or Shares thereof, or the Bookseller or Booksellers, Printer or Printers, or other Person or Persons, who hath or have Purchased or Acquired the Copy or Copies of any Book or Books, in order to Print or Reprint the same, shall have the sole Right and Liberty of Printing such Book and Books for the Term of One and twenty Years, to Commence from the said Tenth Day of April, and no longer; and that the Author of any Book or Books already Composed and not Printed and Published, or that shall hereafter be Composed, and his Assignee, or Assigns, shall have the sole Liberty of Printing and Reprinting such Book and Books for the Term of fourteen teen Years, to Commence from the Day of the First Publishing the same, and no longer; [notre soulignement]

<sup>55</sup> *Ibid*.

<sup>56</sup> *Statute of Anne*, *supra* note 34 (le législateur parle de « Published Books, and other Writings »).

The words of the Act of Parliament are very large: “*Books and other writing*,” it is not confined to language and letters. Music is a science; it may be written; and the made of conveying the ideas, is by signs and marks. A person may use the copy by playing it; but he has no right to rob the author of the profit, by multiplying copies and disposing of them to his own use. If the narrow interpretation contended for in the argument were to hold, it would equally apply to algebra, mathematics, arithmetic, hieroglyphics. All these are conveyed by signs and figures. There is no colour for saying that music is not within the Act.<sup>57</sup>

La loi fournissait deux remèdes légaux en cas de violation des droits : (1) la confiscation des copies non autorisées et la destruction de celles-ci ; et (2) une peine d’un centime par page contrefaite dont les sommes revenaient de manière égale à la Couronne et au propriétaire du droit d’auteur<sup>58</sup>. En revanche, la prescription était très restrictive, soit trois mois à partir de la violation du droit d’auteur, et non de la connaissance de la violation par l’auteur<sup>59</sup>. Comme le fait remarquer Christian Vincke, la loi connaissait d’autres limites :

Nulle part cependant, le législateur n’étendait l’interdiction à la publication d’une partie du livre et le problème s’est naturellement posé de savoir si en l’absence d’une prohibition spécifique à cet effet, pareil acte pouvait demeurer impuni.<sup>60</sup>

Par la suite, d’autres législations concernant le droit d’auteur sont apparues, notamment la *Engraving Copyright Act 1734* (également connue comme la *Hogarth's Act*) traitant de droit d’auteur des gravures<sup>61</sup>. Dès lors, les gravures étaient elles aussi protégées par le droit d’auteur britannique.

Pendant ce temps, les états fédérés constituant le Canada moderne sont au fur et à mesure conquis et assujettis à la loi anglaise. La grande majorité de la Nouvelle-Écosse est cédée à l’Empire britannique en vertu du *Traité d’Utrecht* de 1713 ; après le Grand

<sup>57</sup> (1777) 2 Cowp 623, 98 ER 1274 aux pp 1274- 1275 (KB) [*Bach*].

<sup>58</sup> Willaim R Cornish, « The Copyright History of What Must-have-been » dans *Mélanges Victor Nabhan*, Cowansville (Qc), Éditions Yvon Blais, 2004, 61 à la p 63; *Statute of Anne*, *supra* note 34:

[... ] Then such Offender or Offenders shall Forfeit such Book or Books, and all and every Sheet or Sheets, being part of such Book or Books, to the Proprietor or Proprietors of the Copy thereof, who shall forthwith Damask and make Waste-Paper of them: And further, That every such Offender or Offenders, shall Forfeit One Peny [sic] for every sheet which shall be found in his, her, or their Custody, either Printed or Printing, Published or Exposed to Sale, contrary to the true intent and meaning of this Act, the one Moiety thereof to the Queens [sic] most Excellent Majesty, Her Heirs and Successors, and the other Moiety thereof to any Person or Persons that shall Sue for the same, to be Recovered in any of Her Majesties [sic] Courts of Record at Westminster, by Action of Debt, Bill, Plaint, or Information, in which no Wager of Law, Essoign, Privilege, or Protection, or more than one Imparlanche, shall be allowed.

<sup>59</sup> *Statute of Anne*, *supra* note 34:

Provided nevertheless, That all Actions, Suits, Bills, Indictments, or Informations for any Offence that shall be Committed against this Act, shall be Brought, Sued, and Commenced within Three Months next after such Offence Committed, or else the same shall be Void and of none Effect.

<sup>60</sup> Québec, Christian Vincke avec la collaboration de Pierre A. Côté et de Victor Nabhan, *Problèmes de droit d’auteur en éducation*, Québec, Québec, Éditeur officiel Québec, 1977 à la p 46.

<sup>61</sup> *Engraving Copyright Act 1734* (R-U), 8 Geo II c 13 ; La loi a été modifiée en 1766 par la suite par la *Engraving Copyright Act 1766* (R-U), 7 Geo III c 38.

Dérangement de 1755, l'arrivée de plusieurs colons britanniques et l'ouverture de la première législature, le droit anglais y est finalement introduit en 1758<sup>62</sup>. Le Canada, qui correspond vaguement au Québec et à l'Ontario d'aujourd'hui, est officiellement devenu une colonie britannique en vertu du *Traité de Paris* du 10 février 1763<sup>63</sup>. Par la suite, la *Proclamation royale* de 1763 supprime les lois locales et les remplace par les « lois d'Angleterre »<sup>64</sup>. Cependant, d'autres modifications sont apportées au régime juridique dans la colonie dans les années suivantes, particulièrement par l'*Acte de Québec* en 1774 qui réinstalle partiellement les « lois du Canada »<sup>65</sup>.

Cela étant, même si le droit anglais est *a priori* applicable aux colonies britanniques, ce n'est pas certain en ce qui concerne la *Loi de la Reine Anne*<sup>66</sup>. Effectivement, la loi a été modifiée en 1814 pour élargir son champ d'application et couvrir dès lors de façon expresse « any Bookseller or Printer, or other Person whatsoever, in any Part of the United Kingdom of Great Britain and Ireland, in the Isles of Man, Jersey or Guernsey, or in any other Part of the British Dominions »<sup>67</sup>. Or, les colonies, dont le Canada, n'y sont toujours pas spécifiquement visées. Il a fallu attendre jusqu'en 1842 pour que l'application du droit d'auteur britannique soit formellement établie au Canada<sup>68</sup>. Aux États-Unis, l'héritage juridique britannique est encore plus complexe.

### 2.1.2 La spécificité du droit des Treize colonies aux XVII<sup>e</sup> et XVIII<sup>e</sup> siècles

Avant que le droit d'auteur britannique ne soit clairement applicable à l'ensemble de l'Empire britannique, les Treize colonies<sup>69</sup> ont accédé à leur indépendance, formant les États-Unis d'Amérique le 4 juillet 1776. En ce sens, même si ce nouveau pays est formé d'anciennes colonies britanniques dont le droit d'auteur est basé sur celui du Royaume-Uni, il n'a jamais été assujéti, du moins formellement, à ce droit d'auteur et à la *Loi de la Reine Anne*<sup>70</sup>. Cela ne veut cependant pas dire que le droit étatsunien n'en a pas été influencé. Au

<sup>62</sup> Hayhurst, *supra* note 28 à la p 268.

<sup>63</sup> *Traité de Paris 1763*, reproduit dans André Tremblay, dir, *Droit constitutionnel canadien et québécois – Documents*, Montréal, Éditions Thémis, 1999, 21.

<sup>64</sup> *Proclamation royale (1763)* (R-U), reproduite dans LRC 1985, annexe II, n° 1 à la p 3.

<sup>65</sup> *Acte de Québec de 1774* (R-U), 14 Geo III c 83, reproduit dans LRC 1985, annexe II, n° 2 à la p 5.

<sup>66</sup> Pierre Emmanuel Moyse, « Canadian Colonial Copyright: The Colony Strikes Back » dans Ysolde Gendreau, dir, *An Emerging Intellectual Property Paradigm: Perspectives from Canada*, Northampton (Mass), Edward Elgar, 2008, 107 à la p 111.

<sup>67</sup> *Copyright Act 1814* (R-U), 54 Geo III, c 156, art IV.

<sup>68</sup> Moyse, *supra* note 66 à la p 111.

<sup>69</sup> La Virginie, le Massachusetts, le New Hampshire, le Maryland, le Connecticut, le Rhode Island, le Delaware, la Caroline du Nord, la Caroline du Sud, le New Jersey, le New York, la Pennsylvanie et la Géorgie.

<sup>70</sup> Oren Bracha, *Owning Ideas: A History of Anglo-American Intellectual Property*, Thèse de doctorat en Histoire du droit, Harvard Law School, 2005.

contraire, le droit britannique est, au moins partiellement, à l'origine du droit d'auteur étatsunien. De plus, et comme nous le verrons, les premières lois étatsuniennes retranscrivaient en quelque sorte la *Loi de la Reine Anne*<sup>71</sup>, à un tel point que le professeur Oren Bracha est d'avis que « the genesis of the American copyright system appears to be a major operation of international plagiarism »<sup>72</sup>.

Les différences légales et historiques entre les deux pays remontent à plus loin que l'on pourrait le croire. En effet, avant 1709, des mesures existaient dans les Treize colonies, surtout concernant les privilèges individuels sur des œuvres<sup>73</sup>. Un exemple illustre ce propos au Massachusetts. À la suite d'une pétition de John Usher de l'université Harvard, la Cour générale du Massachusetts a ordonné et promulgué en 1672 que « no printer shall print any more coppie or coppies, nor shall he or any other reprint or make sale of any of the same, without the said owner's consent. »<sup>74</sup> Selon une autrice, il s'agit de la plus vieille loi sur le droit d'auteur native des États-Unis modernes<sup>75</sup>.

Vers le XVIII<sup>e</sup> siècle, d'autres privilèges sont accordés. À cette époque, pour la première fois, des privilèges sont octroyés aux auteurs et non aux imprimeurs ou aux vendeurs de livres. Ainsi, au Massachusetts, en 1772, la loi *An Act for granting to William Billings of Boston the Sole Privilege of printing and vending a Book by him Composed, consisting of a great variety of Psalm Tunes, Anthems and Cannons in two Volumes* a été adoptée<sup>76</sup>, accordant à l'auteur du livre *New England Psalm Singer*, William Billings, le droit exclusif de produire et de vendre son livre. En octobre 1781, Andrew Law serait devenu le premier étatsunien à recevoir un « droit d'auteur » depuis l'indépendance<sup>77</sup>. En effet, l'auteur

---

<sup>71</sup> William F Patry, *Patry on Copyright*, Eagan (Minn), Thomson Reuters, 2007 (feuilles mobiles mises à jour en mars 2019), §§ 1:1 et 1:19 [Patry, *Copyright*].

<sup>72</sup> Oren Bracha, « The Adventures of the Statute of Anne in the Land of Unlimited Possibilities: The Life of a Legal Transplant » (2010) 25 BTLJ 1427 aux pp 1427 et 1440.

<sup>73</sup> Comme nous l'avons vu dans la sous-section 2.1.1, ce même phénomène se produisait également en Europe.

<sup>74</sup> É-U, US Copyright Office, *Copyright Enactments: Laws Passed in the United States since 1783 Relating to Copyright*, US Government Printing Office, 1963, en ligne : < <https://catalog.hathitrust.org/Record/009998583>>.

à la p 140.

<sup>75</sup> Francine Crawford, « Pre-Constitutional Copyright Statutes » (1975) 23 Bull Copyright Society USA 11 à la p 11.

<sup>76</sup> É-U, Massachusetts, *Journals of the House of Representatives of Massachusetts*, vol 49 (1772-1773), Boston, Massachusetts Historical Society, 1980, en ligne : < <https://catalog.hathitrust.org/Record/000532438>> aux pp 121, 124 et 135.

<sup>77</sup> Cette thèse ne fait pas consensus ; Voir Oren Bracha, « Early American Printing Privileges. The Ambivalent Origins of Authors' Copyright in America » dans Ronan Deazley, Martin Kretschmer et Lionel Bently, ed, *Privilege and Property: Essays on the History of Copyright*, Cambridge (R-U), OpenBook, 2010, 89 aux pp 103-109.

a reçu un « brevet » de cinq ans pour la production et la vente des airs et hymnes qu'il a écrits<sup>78</sup>.

En 1783, en réaction à la pétition de l'auteur du livre *A Journal of Captain Cook's Last Voyage to the Pacific Ocean*, John Ledyard, la législature du Connecticut a adopté la première loi générale en droit d'auteur de l'histoire des États-Unis : *An Act for the Encouragement of Literature and Genius*<sup>79</sup>. Vu le nom de cette loi, on constate une inspiration de la *Loi de la Reine Anne* ; ainsi, le législateur a comme objectif d'encourager l'épanouissement intellectuel par l'intermédiaire de la littérature. Entre janvier 1783 et avril 1786, douze des treize colonies nouvellement indépendantes ont adopté des lois générales sur le droit d'auteur (à l'exception du Delaware) ; toutes sont influencées par la *Loi de la Reine Anne*<sup>80</sup>.

En 1787, le pouvoir de légiférer en matière de droit d'auteur est finalement accordé au Congrès des États-Unis en vertu de l'article I, section 8, clause 8 de la Constitution des États-Unis<sup>81</sup>. Cet article, également connu comme la *copyright clause*, se lit ainsi :

**Article I**

[...]

Section. 8.

The Congress shall have Power [...]

To promote the Progress of Science and useful Arts, by securing for limited Times to Authors and Inventors the exclusive Right to their respective Writings and Discoveries;<sup>82</sup>

---

<sup>78</sup> É-U, Connecticut, *The public records of the State of Connecticut from May, 1780 to October, 1781 with the journal of the Council of Safety from May 15, 1780 to December 27 1781 inclusive and an appendix*, v 3 (1780-1781), Hartford, Press of the Case, Lockwood & Brainard Company, 1922, en ligne : <<https://catalog.hathitrust.org/Record/010471398>> aux pp 537-538.

<sup>79</sup> Patry, *Copyright*, *supra* note 71, § 1:17.

<sup>80</sup> Crawford, *supra* note 75 aux pp 11- 13.

1. Connecticut - janvier 1783
2. Massachusetts - 17 mars 1783
3. Maryland - avril 1783
4. New Jersey - 27 mai 1783
5. New Hampshire - 7 novembre 1783
6. Rhode Island - décembre 1783
7. Pennsylvanie - 15 mars 1784
8. Caroline du Sud - 26 mars 1784
9. Virginie - 17 octobre 1785
10. Caroline du Nord - 19 novembre 1785
11. Géorgie - 3 février 1786
12. New York - 29 avril 1786

<sup>81</sup> US Const art I, § 8 cl 8.

<sup>82</sup> *Ibid.*

Peu de temps après, le Congrès adopte la *Copyright Act of 1790*, qui portait le nom non abrégé de « *An Act for the encouragement of learning, by securing the copies of maps, Charts, And books, to the authors and proprietors of such copies, during the times therein mentioned* » [notre soulignement]<sup>83</sup>. Tant à l'article I, section 8, clause 8 de la Constitution des États-Unis que dans le nom non abrégé de la *Copyright Act of 1790*, les traces de la *Loi de la Reine Anne* sont présentes. Effectivement, le législateur aborde le même objectif premier, soit l'encouragement de l'apprentissage et de la diffusion des connaissances par l'entremise d'un plus grand pouvoir accordé aux auteurs.

Le texte de la *Copyright Act of 1790* témoigne également de l'influence de la loi britannique. Par exemple, la nouvelle loi accordait à l'auteur le droit exclusif de produire, reproduire et vendre son œuvre pour une période de quatorze ans, avec la possibilité de renouveler le droit d'auteur pour une période de quatorze ans supplémentaire<sup>84</sup>. Des sanctions sont aussi prévues : quiconque ayant reproduit, imprimé ou retranscrit une œuvre sans le consentement de l'auteur ou le propriétaire de l'œuvre doit rembourser entièrement les dommages causés en raison de son utilisation non permise<sup>85</sup>.

Cependant, d'importantes différences entre la loi étatsunienne et la *Loi de la Reine Anne* doivent être soulignées. En effet, alors que la *Loi de la Reine Anne* ne concernait que les livres publiés et d'autres écrits, la *Copyright Act of 1790* a élargi les œuvres visées en incluant les cartes, les graphiques et les livres<sup>86</sup>. Aussi, au lieu de bénéficier du régime à partir de la publication de l'œuvre, la *Copyright Act of 1790* prévoyait une obligation de déposer une copie de l'œuvre avant sa publication<sup>87</sup>. De plus, avec cette nouvelle loi, la période de protection de quatorze ans commençait à courir à partir de l'enregistrement du droit et non de la publication initiale de l'œuvre<sup>88</sup>. La prescription était par ailleurs plus avantageuse pour l'auteur dans la *Copyright Act of 1790*, puisqu'elle est d'un an à partir de la violation du droit d'auteur<sup>89</sup>, alors qu'elle était de trois mois dans la *Loi de la Reine Anne*<sup>90</sup>. Finalement, la *Copyright Act of 1790* établissait expressément l'obligation d'être un citoyen ou un résident des États-Unis pour jouir du régime<sup>91</sup>.

---

<sup>83</sup> 1 Stat 124.

<sup>84</sup> *Ibid*, § 1.

<sup>85</sup> *Ibid*, § 6.

<sup>86</sup> *Ibid*, § 1.

<sup>87</sup> *Ibid*, §§ 3-4.

<sup>88</sup> *Ibid*, § 1.

<sup>89</sup> *Ibid*, § 2.

<sup>90</sup> *Statute of Anne*, *supra* note 34.

<sup>91</sup> *Copyright Act of 1790*, *supra* note 83, § 1.

La modification de la loi s'est opérée en 1802<sup>92</sup>. En effet, en vertu de l'*Act of 29 April 1802*, les droits d'auteur existent désormais pour les gravures, les estampes historiques et autres<sup>93</sup>. Bien qu'il y ait eu d'autres changements apportés par cette loi, ce n'est qu'en 1831 qu'est apparue sa première révision générale<sup>94</sup>.

## 2.2 Le droit d'auteur au XIX<sup>e</sup> siècle

Le XIX<sup>e</sup> siècle a été particulièrement important pour le droit d'auteur, tant au Canada qu'aux États-Unis. Alors que le droit d'auteur tel que nous le connaissons n'existait pas encore, les changements de cette époque ont participé à la création du droit moderne.

### 2.2.1 Le droit d'auteur britannique, bas-canadien, canadien-uni et canadien post-dominion

Au XIX<sup>e</sup> siècle, un nombre important de lois visant le droit d'auteur ont vu le jour au Royaume-Uni. En effet, la *Dramatic Copyright Act 1833*<sup>95</sup> est adoptée, suivie par la *Copyright Act 1842*<sup>96</sup>, qui a abrogé la *Loi de la Reine Anne*, sous réserve de quelques exceptions<sup>97</sup>. Alors que l'application des lois antérieures dans les colonies n'était pas claire

<sup>92</sup> *Act of 29 April 1802*, 2 Stat 171.

<sup>93</sup> *Ibid*, § 2:

SEC. 2. And be it further enacted, That from and after the first day of January next, every person, being a citizen of the United States, or resident within the same, who shall invent and design, engrave, etch or work, or from his own works and inventions, shall cause to be designed and engraved, etched or worked, any historical or other print or prints, shall have the sole right and liberty of printing, re-printing, publishing and vending such print or prints, for the term of fourteen years from the recording the title thereof in the clerk's office, as prescribed by law for maps, charts, book or books: Provided, he shall perform all the requisites in relation to such print or prints, as are directed in relation to maps, charts, book or books, in the third and fourth sections of the act to which this is a supplement, and shall moreover cause the same entry to be truly engraved on such plate, with the name of the proprietor, and printed on every such print or prints as is herein before required to be made on maps or charts. [notre soulignement]

<sup>94</sup> Voir *infra*, section 2.2.2.

<sup>95</sup> (R-U), 3 & 4 Gui IV c 15.

<sup>96</sup> (R-U), 5 & 6 Vict c 45.

<sup>97</sup> *Ibid*, art I :

[...]Be it enacted by the Queen's most Excellent Majesty, by and with the advice and consent of the Lords spiritual and temporal, and Commons, in this present parliament assembled, and by the authority of the same, that from the passing of this Act an Act passed in the eighth year of the reign of Her Majesty Queen Anne, intituled *An Act for the Encouragement of Learning, by vesting the Copies of printed Books in the Authors or Purchasers of such Copies during the Times therein mentioned*; and also an Act passed in the forty-first year of the reign of His Majesty King George the Third, intituled *An Act for the further Encouragement of Learning in the United Kingdom of Great Britain and Ireland, by securing the Copies and Copyright of printed Books to the Authors of such Books, or their Assigns, for the Time therein mentioned*; and also an Act passed in the fifty-fourth year of the reign of His Majesty King George the Third, intituled *An Act to amend the several Acts for the Encouragement of Learning, by securing the Copies and Copyright of printed Books to the Authors of such Books, or their*

en raison du fait que cette question n’y était pas abordée<sup>98</sup>, la loi de 1842 s’étend de manière expresse à toutes les colonies britanniques, dont le Canada. Ainsi, son article II se lit comme suit :

[T]he Words “*British Dominions*” shall be construed to mean and include all Parts of the United Kingdom of *Great Britain and Ireland*, the Islands of Jersey and Guernsey, all Parts of the *East and West Indies*, and all the Colonies, Settlements, and Possessions of the Crown which now are or hereafter may be acquired;<sup>99</sup> [notre soulignement]

L’arrêt *Routledge v Low*, rendu par la Chambre des lords, a également confirmé l’application de la loi de 1842 aux étrangers se trouvant sur le sol d’un dominion ou d’une colonie britannique<sup>100</sup>.

Par la suite, l’adoption de la *Copyright (Musical Compositions) Act 1882*<sup>101</sup> ainsi que celle de l’*International Copyright Act 1886*<sup>102</sup> ont eu lieu. Cette dernière a rendu applicable la *Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques*<sup>103</sup> de 1886 en droit britannique, premier traité en matière de droit d’auteur<sup>104</sup>. Il est initialement signé par

*Assigns*, be and the same are hereby repealed, except so far as the continuance of either of them may be necessary for carrying on or giving effect to any proceedings at law or in equity pending at the time of passing this Act, or for enforcing any cause of action or suit, or any right or contract, then subsisting.

<sup>98</sup> Moyse, *supra* note 66 à la p 111.

<sup>99</sup> *Copyright Act 1842*, *supra* note 96, art II.

<sup>100</sup> (1868) LR 3 HL 100:

An alien friend first publishing an original work of which he is author in England is entitled to copyright in such work, under the 5 & 6 Vict. c. 45, i.e., to the exclusive right of multiplying copies throughout the British dominions, provided that at the time of the publication he is residing, however temporarily, in any part of the British dominions. This is so, although the temporary residence may be in a British colony (such as Canada) with an independent legislature, under the laws of which he would not be entitled to copyright.

<sup>101</sup> (R-U) 45 & 46 Vict c 40.

<sup>102</sup> (R-U) 49 & 50 Vict, c 33.

<sup>103</sup> *Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques du 9 septembre 1886, complétée à Paris le 4 mai 1896, révisée à Berlin le 13 novembre 1908, complétée à Berne le 20 mars 1914, révisée à Rome le 2 juin 1928, révisée à Bruxelles le 26 juin 1948 et révisée à Stockholm le 14 juillet 1967 (avec Protocole relatif aux pays en voie de développement), 14 juillet 1967, 828 RTNU 221 [Convention de Berne].*

<sup>104</sup> Il s’agit de l’un des premiers traités multilatéraux de l’histoire et répondait aux demandes pour une plus grande protection internationale en la matière. La professeure Rochelle C Dreyfuss dit :

Originally, these needs were met through national legislation in the form of patent, copyright, and trademark law. The rights granted by these laws governed activity within a given nation; they did not reach across borders. Accordingly, as trade expanded, further protection was deemed desirable. Patent and copyright holders sought to extend the markets in which to profit from their creativity. Trademark holders wished to leverage their reputations from one trading area to others and to rely on the same communicative symbols in all their dealings. Without international protection, moreover, creators sometimes competed at a disadvantage in their home markets, because they lost sales to functionally equivalent—and cheaper—foreign imports.

[Rochelle C Dreyfuss, « *Intellectual Property Law and the World Trading System* » dans Andreas F Lowenfeld, *International Economic Law*, 2<sup>e</sup> éd., Toronto, Oxford University Press 2008, 337 aux 338 et 339.]

huit pays et reste toujours d'actualité à l'époque moderne<sup>105</sup>. Le Canada y a adhéré en son nom le 13 novembre 1908<sup>106</sup>.

Il est intéressant de noter que durant le XIX<sup>e</sup> siècle s'est aussi développée une législation relative au droit d'auteur au Canada. En effet, la première a été adoptée en 1832 au Bas-Canada, l'*Acte pour protéger la propriété littéraire*<sup>107</sup>, dont la portée fut par ailleurs limitée, protégeant exclusivement les droits des résidents de la province<sup>108</sup>. De ce fait, le Bas-Canada a opté pour le modèle américain du droit d'auteur, soit la *Copyright Act of 1831*<sup>109</sup>. En 1839, la Nouvelle-Écosse emboîte le pas avec la loi *An Act for securing Copy Rights*<sup>110</sup>. À la suite de l'entrée en vigueur de l'*Acte d'Union* de 1840<sup>111</sup>, le nouveau Parlement du Canada-Uni adopte l'*Acte pour protéger les Droits d'auteurs dans cette Province*<sup>112</sup>, abrogeant la loi de 1832 du Bas-Canada<sup>113</sup> et établissant un régime similaire à celui existant auparavant. Comme celle qui la précédait, cette nouvelle loi ne s'applique qu'aux résidents de la province<sup>114</sup>; par contre, sa portée a été élargie en 1847 afin d'inclure les résidents du Royaume-Uni<sup>115</sup>. Il faut cependant noter que, malgré ces lois, la jurisprudence canadienne appliquant ces lois semble inexistante<sup>116</sup>.

Or, comme aux États-Unis avec la *copyright clause*, le pouvoir de légiférer en matière de droit d'auteur est accordé au gouvernement fédéral au détriment des états fédérés. L'article 91(23) de la *Loi constitutionnelle de 1867* dispose comme suit :

**91.** [...]il est par la présente déclaré que (nonobstant toute disposition contraire énoncée dans la présente loi) l'autorité législative exclusive du parlement du Canada s'étend à toutes les matières tombant dans les catégories de sujets ci-dessous énumérés, savoir :

[...]

---

La convention a notamment été conçue afin de permettre aux auteurs de protéger leurs œuvres dans des États autres que l'État où elle a été créée pour la première fois [Lowenfeld, *supra* note 104 à la p 107].

<sup>105</sup> Cette convention est le résultat des efforts de l'*Association littéraire et artistique internationale* (ALAI) et l'écrivain Victor Hugo; celui-ci était le fondateur et président de l'ALAI, créée en 1878. Les huit pays signataires du 9 septembre 1886 sont l'Allemagne, la Belgique, l'Espagne, la France, l'Italie, le Royaume-Uni, la Suisse et la Tunisie.

<sup>106</sup> Roger T Hughes et Susan J Peacock, *Hughes on copyright & industrial design*, Markam (ON), LexisNexis Butterworths, 2005, §3.

<sup>107</sup> Statuts provinciaux du Bas-Canada 1832 (2 Guil IV), c 53.

<sup>108</sup> *Ibid*, arts I, VIII et IX.

<sup>109</sup> *Copyright Act of 1831*, c 16, 4 Stat 436; Hayhurst, *supra* note 28 aux pp 281 - 282.

<sup>110</sup> Acts of the General Assembly of the Province of Nova Scotia 1839 (2 Vict), c 36.

<sup>111</sup> (R-U), 3 & 4 Vict, c 35.

<sup>112</sup> S Prov C 1841 (4 & 5 Vict), c 61.

<sup>113</sup> *Ibid*, art I.

<sup>114</sup> *Ibid*, arts II et III.

<sup>115</sup> *Acte pour étendre l'acte Provincial des droits d'Auteur aux personnes résidant dans le Royaume-Uni, à certaines conditions*, S Prov C 1847 (10-11 Vict), c 28.

<sup>116</sup> Moyses, *supra* note 66 à la p 121.

23. Les droits d'auteur.<sup>117</sup>  
[notre soulignement]

Après la formation de la Confédération canadienne, en 1867, le nouveau gouvernement fédéral a immédiatement introduit de la législation concernant le droit d'auteur<sup>118</sup>. Le législateur a par la suite adopté l'*Acte concernant la propriété littéraire et artistique*<sup>119</sup> de 1875 et l'a modifiée en 1906 avec la *Loi concernant les droits d'auteur*<sup>120</sup>. Ce n'est toutefois qu'en 1921, avec la *Loi de 1921 concernant le droit d'auteur*<sup>121</sup> que survient l'avènement du droit d'auteur canadien moderne.

### 2.2.2 Le droit d'auteur de la nouvelle république

Parallèlement au Royaume-Uni et ses dominions, dont le Canada, qui raffinaient leurs législations, les États-Unis d'Amérique aménageaient les leurs. En raison d'un grand nombre d'amendements à la législation étatsunienne en matière de droit d'auteur, nous nous concentrons surtout sur deux révisions générales de cette époque, soit celles de 1831 et 1870. Toutefois, le droit d'auteur moderne débute véritablement avec la troisième réforme générale en 1909, et la loi a de nouveau été sujette à une réforme majeure en 1976<sup>122</sup>.

Concernant la révision générale de 1831, comme le note William F Patry, elle a commencé au plus tôt en 1826<sup>123</sup>. En effet, dans une lettre datée du 28 octobre 1826, le membre du Congrès Daniel Webster a informé le grand lexicographe étatsunien Noah Webster que le comité judiciaire de la Chambre des représentants envisageait d'importants changements dans la loi sur le droit d'auteur<sup>124</sup>. Des avant-projets de loi sont également apparus en 1828, mais sont restés lettre morte. En raison des efforts de lobbying menés par Noah Webster avec l'aide de William Ellsworth, son beau-fils et membre de la Chambre des représentants, la *Copyright Act of 1831*<sup>125</sup> est adoptée<sup>126</sup>.

Cette loi restera en partie en vigueur jusqu'en 1909 et apportera des modifications significatives au droit d'auteur étatsunien. Par exemple, comme avec la *Copyright Act of 1790*, il était permis aux auteurs de bénéficier du régime pour une période de vingt-huit ans à

<sup>117</sup> *Loi constitutionnelle de 1867* (R-U), 30 & 31 Vict, reproduit dans LRC 1985, annexe II, no 5.

<sup>118</sup> *Acte concernant la propriété littéraire et artistique*, SC 1868, c 54.

<sup>119</sup> SC 1875, c 88.

<sup>120</sup> SRC 1906, c 70.

<sup>121</sup> *Loi de 1921 concernant le droit d'auteur*, SC 1921 c 24 [*Loi de 1921*].

<sup>122</sup> Voir *infra*, section 2.3.2

<sup>123</sup> Patry, *Copyright*, *supra* note 71, § 1:23.

<sup>124</sup> *Ibid*; David Micklethwait, *Noah Webster and the American Dictionary*, Jefferson (SC), McFarland & Company, 2000 à la p 214.

<sup>125</sup> *Copyright Act of 1831*, *supra* note 109.

<sup>126</sup> Patry, *Copyright*, *supra* note 71, § 1:23.

partir du moment de l'enregistrement de l'œuvre, puisque la protection de quatorze ans pouvait être renouvelée pour une période supplémentaire de quatorze ans<sup>127</sup>. Or, désormais, advenant le décès de l'auteur, le législateur a accordé ce droit de renouvellement à la veuve et aux enfants<sup>128</sup>.

Sans faire une liste exhaustive des changements apportés par la loi de 1831, on constate tout d'abord que le droit d'auteur a été expressément reconnu pour les œuvres musicales<sup>129</sup>. Or, ce droit existait déjà implicitement, car l'interprétation donnée aux écrits les englobait. En effet, comme nous l'avons vu précédemment, l'arrêt britannique *Bach v Longman* avait établi qu'une œuvre musicale était protégée par le droit d'auteur, puisque comprise dans la catégorie des livres et autres écrits visée par la *Loi de la Reine Anne*<sup>130</sup>. Ainsi, suite à l'adoption de la *Copyright Act of 1790* aux États-Unis, on assistait au premier enregistrement d'œuvre musicale le 18 novembre 1790, soit *Rudiments of Music* d'Andrew Adgate<sup>131</sup>.

Concernant les autres modifications, la prescription a été prolongée à deux ans à partir de la violation du droit d'auteur<sup>132</sup>, alors qu'elle était d'un an dans la *Copyright Act of 1790*. De plus, la production ou la reproduction d'une partie de l'œuvre est *a priori* interdite :

*Be it enacted by the Senate and House of Representatives of the United States of America, in Congress assembled, That from and after the passing of this act, any person or persons, being a citizen or citizens of the United States, or resident therein, who shall be the author or authors of any book or books, map, chart, or musical composition, which may be now made or composed, and not printed and published, or shall hereafter be made or composed, or who shall invent, design, etch, engrave, work, or cause to be engraved, etched, or worked from his own design, any print or engraving, and the executors, administrators, or legal assigns of such person or persons, shall have the sole right and liberty of printing, reprinting, publishing, and vending such book or books, map, chart, musical composition, print, cut, or engraving, in whole or in part, for the term of twenty-eight years from the time of recording the title thereof, in the manner hereinafter directed.*<sup>133</sup> [notre soulignement]

Comme le note Christian Vincke en parlant de la *Loi de la Reine Anne*, auparavant, seule la production ou reproduction de l'œuvre était formellement prohibée<sup>134</sup>, ce qui est d'ailleurs aussi le cas dans la *Copyright Act of 1790*. Dès lors, la production ou reproduction partielle

<sup>127</sup> *Copyright Act of 1831, supra* note 109, art 2.

<sup>128</sup> *Ibid.*

<sup>129</sup> *Ibid.*, § 1.

<sup>130</sup> *Bach, supra* note 57.

<sup>131</sup> Patry, *Copyright, supra* note 71, § 1:23, 21.

<sup>132</sup> *Copyright Act of 1831, supra* note 109, § 13.

<sup>133</sup> *Ibid.*, § 1.

<sup>134</sup> Vincke, *supra* note 60 à la p 46.

l'est également. Toutefois, comme nous le verrons à partir de la section 3, dès le XVIII<sup>e</sup> siècle, des exceptions jurisprudentielles à cette règle verront le jour.

Par ailleurs, certains principes existant dans la *Copyright Act of 1790* ont été conservés dans la nouvelle loi, particulièrement l'obligation d'enregistrer l'œuvre avant sa publication<sup>135</sup>. De plus, l'auteur devait être citoyen ou résidant des États-Unis pour bénéficier du système<sup>136</sup>.

En 1856, le législateur a adopté l'*Act of 18 August 1856*, créant un droit d'auteur sur une représentation publique<sup>137</sup>. En 1865, le droit d'auteur a encore été élargi pour couvrir les photographies<sup>138</sup>.

La deuxième révision générale du droit d'auteur étatsunien a lieu avec la *Copyright Act of 1870*<sup>139</sup>. Comme l'indique le nom non abrégé de la loi, « *An Act to revise, consolidate, and amend the Statutes relating to Patents and Copyrights* », elle consolide et révisé tant le droit des brevets que le droit d'auteur alors en vigueur ; les marques de commerce sont également abordées<sup>140</sup>. Le droit d'auteur sur les photographies y est entre autres codifié<sup>141</sup>. Quant aux ajouts, le législateur crée à l'article 86 un droit exclusif de traduire une œuvre ainsi qu'un droit de dramatisation de celle-ci :

SEC. 86. *And be it further enacted*, That any citizen of the United States, or resident therein, who shall be the author, inventor, designer, or proprietor of any book, map, chart, dramatic or musical composition, engraving, cut, print, or photograph or negative thereof, or of a painting, drawing, chromo, statue, statuary, and of models or designs intended to be perfected as works of the fine arts, and his executors, administrators, or assigns, shall, upon complying with the provisions of this act, have the sole liberty of printing, reprinting, publishing, completing, copying, executing, finishing, and vending the same; and in the case of a dramatic composition, of publicly performing or representing it, or causing it to be performed or represented by others; and authors may reserve the right to dramatize or to translate their own works.<sup>142</sup>  
[notre soulignement]

Comme nous l'avons abordé<sup>143</sup>, la *Convention de Berne* a été créée le 9 septembre 1886<sup>144</sup>. Or, contrairement au Royaume-Uni et, par extension le Canada, les États-Unis n'y ont pas adhéré, et il a fallu attendre encore 102 ans avant qu'ils ne la signent<sup>145</sup>. Cela ne veut

<sup>135</sup> *Copyright Act of 1831*, supra note 109, § 4.

<sup>136</sup> *Ibid.*, § 1.

<sup>137</sup> *Act of 18 August 1856*, c 169, 11 Stat 138.

<sup>138</sup> *Act of 3 March 1865*, c 126, 13 Stat 540, art 1.

<sup>139</sup> *Copyright Act of 1870*, c 230, 16 Stat 198.

<sup>140</sup> *Ibid.*, §§ 77- 84.

<sup>141</sup> *Ibid.*, § 86.

<sup>142</sup> *Ibid.*

<sup>143</sup> Voir supra, section 2.2.1.

<sup>144</sup> *Convention de Berne*, supra note 103.

<sup>145</sup> *Berne Convention Implementation Act of 1988*, Pub L 100-568, 102 Stat 2853.

cependant pas dire que les États-Unis faisaient abstraction du droit d'auteur étranger et international ainsi que de la nécessité de coopérer entre États. En effet, le 3 mars 1891, le législateur étatsunien a mis en place l'*International Copyright Act of 1891*<sup>146</sup>, connue sous le nom de *Chace Act*, accordant enfin une protection aux auteurs étrangers. Le législateur a donc décidé d'octroyer des droits exclusifs aux auteurs :

*Be it enacted by the Senate and House of Representatives of the United States of America in Congress assembled, That section forty-nine hundred and fifty-two of the Revised Statues, be, and the same is hereby, amended so as to read as follows:*

“SEC. 4952. The author, inventor, designer or proprietor of any book, map, chart, dramatic or musical composition, engraving, cut, print, or photograph or negative thereof, or a painting, drawing, chromo, statue, statuary, and of models or designs intended to be perfected as works as the fine arts, and the executors, administrators, or assigns of any such person shall, upon complying with the provisions of this chapter, have the sole liberty of printing, reprinting, publishing, completing, copying, executing, finishing, and vending the same; and, in the case of dramatic composition, of publicly performing or representing it or causing it to be performed or represented by others; and authors or their assigns shall have exclusive right to dramatize and translate any of their works for which copyright shall have been obtained under the United States.”<sup>147</sup> [notre soulignement]

Bien sûr, en cas de violation, le législateur a prévu des sanctions, telle une amende de 100 dollars<sup>148</sup>, la cession des exemplaires faits sans droit ainsi que le remboursement des dommages causés<sup>149</sup>.

Il s'agit du premier pas des États-Unis vers un système de droit d'auteur internationalement intégré, quoique la *Convention de Berne* n'entre en vigueur qu'en mars 1989<sup>150</sup>. L'auteur étranger devait cependant se conformer à certaines obligations :

- Il devait s'acquitter de toutes les formalités applicables aux œuvres prévues en droit étatsunien. L'auteur devait notamment enregistrer l'œuvre et déposer deux exemplaires<sup>151</sup>;
- Lorsqu'il s'agit d'un livre, d'une photographie, d'une chromolithographie ou d'une lithographie, les deux exemplaires à déposer devaient être imprimés à l'intérieur des États-Unis. Ils pouvaient également être produits à partir des plaques, des films négatifs, ou des dessins sur pierre créés aux États-Unis ; (*Manufacturing clause*)<sup>152</sup> ; et

<sup>146</sup> *International Copyright Act of 1891*, c 565, 26 Stat 1106.

<sup>147</sup> *Ibid*, § 1.

<sup>148</sup> *Ibid*, § 6.

<sup>149</sup> *Ibid*, § 7.

<sup>150</sup> « 3. Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques » (2019) à la p 10, en ligne : *Organisation mondiale de la propriété intellectuelle*, <<https://www.wipo.int/export/sites/www/treaties/fr/documents/pdf/berne.pdf>>

Les États-Unis ont toutefois adhéré, en 1952, à la *Convention universelle sur le droit d'auteur*, 06 septembre 1952, 216 RTNU 132 (entrée en vigueur : 16 septembre 1955).

<sup>151</sup> *International Copyright Act of 1891*, *supra* note 146, arts 1, 3, 5.

<sup>152</sup> *Ibid*, § 3.

- Les auteurs étatsuniens devaient bénéficier d'une protection substantiellement similaire en droit d'auteur dans le pays dont l'auteur est citoyen ou sujet. Cette obligation était également remplie si le pays de l'auteur adhérait à un accord international prévoyant la réciprocité entre pays et auquel les États-Unis pouvaient adhérer. L'existence de l'une des conditions devait être déterminée par le président des États-Unis par proclamation.<sup>153</sup>

Le législateur a également adopté l'*Act of 12 January 1895* (ci-après « *Printing Act of 1895* »)<sup>154</sup>. En plus de son objectif premier de centraliser l'impression des documents gouvernementaux au *Government Printing Office*, elle constitue la première prohibition du droit d'auteur sur des publications gouvernementales<sup>155</sup> :

SEC. 52. The Public Printer shall sell, under such regulations as the Joint Committee on Printing may prescribe, to any person or persons who may apply additional or duplicate stereotype or electrotype plates from which any Government publication is printed, at a price not to exceed the cost of composition, the metal and making to the Government and ten per centum added: *Provided*, That the full amount of the price shall be paid when the order is filed: *And provided further*, That no publication reprinted from such stereotype or electrotype plates and no other Government publication shall be copyrighted.<sup>156</sup> [notre soulignement]

Bien entendu, d'autres amendements depuis la *Printing Act of 1895* ont eu lieu. Il a toutefois fallu attendre 1909 pour une révision générale de la loi sur le droit d'auteur aux États-Unis, ayant pris la forme de la *Copyright Act of 1909*<sup>157</sup>, qui a amorcé l'ère moderne en droit d'auteur aux États-Unis.

## 2.3 L'avènement du droit d'auteur moderne

Regardons l'avènement du droit d'auteur moderne au Canada et aux États-Unis, commençant au début du XX<sup>e</sup> siècle.

### 2.3.1 Droit d'auteur canadien : de 1911 à nos jours

Même si le droit d'auteur canadien moderne se base sur la *Loi de 1921 concernant le droit d'auteur*<sup>158</sup>, il s'amorce par une loi impériale : la *Copyright Act 1911*<sup>159</sup>. Conçue pour rendre la loi britannique conforme aux modifications de la *Convention de Berne* en 1908 à

<sup>153</sup> *Ibid*, § 13.

<sup>154</sup> *Act of 12 January 1895*, c 23, 28 Stat 608.

<sup>155</sup> Patry, *Copyright*, supra note 71, § 1:40.

<sup>156</sup> *Act of 12 January 1895*, supra note 154, § 52.

<sup>157</sup> *Copyright Act of 1909*, c 320, 35 Stat 1075.

<sup>158</sup> *Loi de 1921*, supra note 121.

<sup>159</sup> *Copyright Act 1911*, supra note 4; Vaver, *Intellectual Property Law*, supra note 30 à la p 55.

Berlin, elle est le fruit de travaux débutant en 1909 avec le Comité Gorell et de la Conférence impériale portant sur le droit d'auteur de 1910<sup>160</sup>.

Cette loi a consolidé vingt-deux lois britanniques différentes datant d'entre 1735 et 1906 et a créé un système cohérent toujours applicable dans de nombreuses anciennes colonies britanniques<sup>161</sup>. De plus, comme le note Uma Suthersanen, il s'agit de la première loi mondiale sur le droit d'auteur: « It created a unitary imperial copyright area, covering the United Kingdom, the Isle of Man, the Channel Islands, the colonies, a number of protectorates and the self-governing dominions of Australia, Newfoundland and South Africa »<sup>162</sup>. En vertu de son article 1, elle s'appliquait aux œuvres publiées initialement dans un dominion britannique (incluant le Royaume-Uni ainsi que les colonies gouvernées à partir de Londres)<sup>163</sup>. Elle trouvait également application sur une œuvre produite par un sujet britannique ou résidant dans cette région<sup>164</sup>. La *Copyright Act 1911* codifie une exception générale de droit d'auteur, soit l'utilisation équitable<sup>165</sup>.

Dans l'esprit de cette époque, où le Royaume-Uni accordait de plus en plus d'autonomie à ses anciennes colonies de peuplement, cette loi impériale donnait la discrétion aux gouvernements des dominions d'appliquer la loi sur leurs territoires. L'article 25 de la loi se lit comme suit :

*Application to British Possessions.*

25.-(1) This Act, except such of the provisions thereof as are expressly restricted to the United Kingdom, shall extend throughout His Majesty's dominions : Provided that it shall not extend to a self-governing dominion, unless declared by the Legislature of that dominion to be in force therein either without any modifications or additions, or with such modifications and additions relating exclusively to procedure and remedies, or necessary to adapt this Act to the circumstances of the dominion, as may be enacted by such Legislature.<sup>166</sup>

Quoique cette loi impériale s'applique aux dominions britanniques, tels l'Australie, Terre-Neuve et l'Afrique du Sud<sup>167</sup>, le législateur canadien a opté pour l'adoption de sa propre

<sup>160</sup> Uma Suthersanen, « The First Global Copyright Act » dans Uma Suthersanen et Ysolde Gendreau, dir, *A shifting empire: 100 years of the Copyright Act 1911*, Cheltenham (R-U), Edward Elgar, 2013, 1 à la p 18.

<sup>161</sup> *Ibid.*

<sup>162</sup> *Ibid.*

<sup>163</sup> *Copyright Act 1911*, *supra* note 4, art 1.

<sup>164</sup> À cette époque, les dominions autonomes n'avaient pas leur propre citoyenneté, étant des sujets britanniques et utilisant la citoyenneté britannique. Au Canada, cette réalité a perduré jusqu'au 1er janvier 1947 avec l'entrée en vigueur de la *Loi sur la citoyenneté canadienne*, SC 1946 c 15 ; voir notamment Ninette Kelley et Michael Trebilcock, *The Making of the Mosaic : A History of Canadian Immigration Policy*, Toronto, University of Toronto Press, 1998 à la p 314.

<sup>165</sup> *Copyright Act 1911*, *supra* note 4, art 2(1)(i).

<sup>166</sup> *Ibid.*, art 25 (1).

<sup>167</sup> Suthersanen, *supra* note 160 à la p 18.

législation, la *Loi de 1921 concernant le droit d'auteur*<sup>168</sup>. Cette loi se basait substantiellement sur la législation impériale de 1911, grâce à laquelle on voit d'ailleurs apparaître pour la première fois dans la législation canadienne le principe de l'utilisation équitable à son article 16<sup>169</sup>. Étant le sujet principal de ce texte, nous analyserons cette exception en droit canadien en détail à partir de la section 3.

Ce texte législatif, qui entre en vigueur en 1924, est le premier code complet en droit d'auteur de l'histoire du Canada<sup>170</sup>. À son article 3, on définit notamment le droit d'auteur, soit le droit exclusif « [d]e produire, reproduire, présenter ou publier une traduction de l'œuvre »<sup>171</sup>. Par contre, ces droits sont limités par les conditions prévues à l'article 4, comme celle d'être sujet, résident britannique ou résidant d'un membre de la *Convention de Berne* :

4. (1) Subordonnement aux dispositions de la présente loi, le droit d'auteur existe au Canada, pendant la durée mentionnée ci-après, sur toute œuvre originale littéraire, dramatique, musicale ou artistique, si, à l'époque de la création de l'œuvre, l'auteur était sujet britannique, citoyen ou sujet d'un pays étranger ayant adhéré à la Convention et au Protocole additionnel de cette même Convention, publiés dans la seconde Annexe de la présente loi, ou avait son domicile dans les possessions de Sa Majesté; et si, dans le cas d'une œuvre publiée, l'œuvre a été publiée en premier lieu dans les possessions de Sa Majesté ou dans l'un de ces pays étrangers; mais ce droit n'existera sur aucune autre œuvre, sauf dans la mesure où la protection garantie par la présente loi sera étendue, en vertu d'ordonnances en conseil édictées en conformité avec elle, à des pays étrangers auxquels la présente loi ne s'applique pas.<sup>172</sup>

De plus, on établit la durée de cette protection à « la vie de l'auteur et une période de cinquante ans après sa mort »<sup>173</sup>.

Il est intéressant de souligner que même si la loi se fonde sur la législation du Royaume-Uni, il n'est pas certain que le droit d'auteur moderne tire son origine exclusivement de la common law. Selon certains auteurs, la loi canadienne a hérité non seulement du système britannique, mais aussi du droit français. Ainsi, Me Normand Tamaro s'exprime comme suit :

<sup>168</sup> *Loi de 1921, supra* note 121; Moyse, *supra* note 66 à la p 107.

<sup>169</sup> *Copyright Act 1911, supra* note 4, art 16 ; l'article 2(1)(i) a servi comme modèle pour le texte canadien. Cependant, bien qu'il apparaisse législativement en 1911 au Royaume-Uni, Christian Vincke nous rappelle:

[...]la locution "fair dealing" ne constituait pas pour autant une création ex nihilo, fruit de l'effort inventif du législateur anglais de l'époque. Ce dernier en effet n'avait fait qu'adopter dans sa codification une terminologie ayant déjà cours devant les tribunaux anglais, qui transparaissait dans les jugements sous différents vocables, utilisés d'ailleurs indifféremment l'un pour l'autre et comme synonymes : "fair dealing", "fair use", "fair quotation", "legitimate use", "fair taking, etc. ... De ces dernières, l'expression "fair use" était la plus utilisée, et celle qui a connu le plus de fortune par la suite. (Vincke, *supra* note 60 à la p 45)

<sup>170</sup> Tamaro, *supra* note 47 à la p 12.

<sup>171</sup> *Loi de 1921, supra* note 121, art 3.

<sup>172</sup> *Ibid*, art 4.

<sup>173</sup> *Ibid*, art 5.

[L]a loi canadienne a été utilement rédigée en tenant compte de la *Convention de Berne* – comme l’a été la loi anglaise de 1911 devons-nous ajouter. Dès lors, il faut se garder d’un point de vue selon lequel la loi canadienne découle de la « common law ». Comme nous l’apprend l’histoire, la Convention de Berne a été initialement un mariage entre pays civilistes et de *common law* visant à établir des « normes minimales » sur le droit d’auteur qui lieraient les parties signataires. Par la suite, d’autres conventions et d’autres instruments internationaux ont entraîné des modifications au texte de la loi canadienne.<sup>174</sup>

En ce sens, la loi britannique de 1911 serait elle-même l’héritage d’à la fois la common law et le droit civil. De la même manière, la loi canadienne serait également bi-juridique, dans la mesure où elle tire son origine de la loi britannique et de la *Convention de Berne*<sup>175</sup>.

Chose certaine, quelles que soient les sources de la *Loi de 1921 concernant le droit d’auteur*, elle a substantiellement évolué depuis son entrée en vigueur. En effet, son premier

<sup>174</sup> Tamaro, *supra* note 47 aux pp 25-26.

<sup>175</sup> Le bijuridisme en droit d’auteur moderne s’explique également grâce à l’existence du Québec, un état fédéré francophone ayant un système juridique civiliste. À titre d’exemple, le juriste québécois puise souvent dans des sources civilistes et francophones pour comprendre le droit, particulièrement du droit français. Cela informe la façon dont le droit d’auteur se traduit au Canada. Comme le note le professeur Pierre-Emmanuel Moysé :  
 Ne doutons pas que la rédaction du législateur anglais en 1710 contre le monopole des éditeurs, loin de recentrer le copyright sur son objet, a souligné son rôle économique. Le droit canadien [a] hérité de ce trait tout en restant, du fait notamment de l’influence du Québec, réceptif aux doctrines françaises. [notre soulignement]  
 [Pierre Emmanuel Moysé, « La nature du droit d’auteur : droit de propriété ou monopole ? » (1998) 43 RD McGill 507 à la p 562.]

Cette réalité peut même engendrer une compréhension différente du droit, aboutissant à des jugements divergents en fonction des différences juridico-linguistiques. Il suffit de se référer à l’arrêt *Théberge*, *supra* note 9 de la Cour suprême où la majorité, composée exclusivement de juges de tradition de *common law*, a infirmé un arrêt de la Cour d’appel du Québec. La dissidence était composée des juges L’Heureux-Dubé, Gonthier et LeBel, tous juges civilistes.

Le bilinguisme officiel de l’état fédéral y contribue également. En effet, l’existence d’une version officielle en français de la Loi adoptée en même temps que la version anglaise fait également en sorte que le droit d’auteur canadien ne soit pas strictement de la *common law*, comme le fait remarquer la professeure Gendreau :

Such a condition means that terms or expressions that may be considered typically ‘copyright’ have had to be translated into a language that is traditionally associated to the author’s right tradition. Moreover, the importance that is now given by the legislative drafters to the creation of texts that respect the genius of each language has led to a great number of provisions that do not necessarily share the same layout of the text nor the same sub-divisions. Of greater relevance, though, may be the mere fact that the word ‘copyright’ is here translated by ‘droit d’auteur’. The inherent tension in this dichotomy can manifest itself in various ways [Ysolde Gendreau, « Les solitudes du droit d’auteur canadien » dans Ysolde Gendreau et Abraham Drassinower, dir, *Langues et droit d’auteur/Language and Copyright*, Cowansville (QC), Carswell, 2009, 19 à la p 19].

Il suffit de se référer à la définition francophone et civiliste donnée au critère de l’originalité par un panel entièrement francophone de la Cour d’appel fédérale dans l’affaire *Télé-Direct (Publications) Inc c American Business Information, Inc*, [1998] 2 CF 22. En effet, le panel de juges a évoqué le nom francophone de la Loi afin de prétendre que la protection de l’auteur est l’une des raisons principales du législateur de celle-ci. Il arrive occasionnellement que le tribunal consulte même la doctrine française.

amendement important date de 1931<sup>176</sup>, en réponse à une modification apportée à la *Convention de Berne* en 1928, dont le Canada est signataire depuis le 10 avril 1928. Par la suite, d'autres modifications lui ont été apportées en 1935, 1936, 1938 et 1971<sup>177</sup>. Également, plusieurs tentatives de révisions plus approfondies de la loi ont eu lieu. Il suffit de penser à la Commission royale sur les brevets, le droit d'auteur, les marques de commerce et les dessins industriels, qui a siégé de 1954 à 1960<sup>178</sup>, ainsi qu'au livre blanc *De Gutenberg à Télidon* de 1984<sup>179</sup>.

À la fin du XX<sup>e</sup> siècle, soit à partir des années 1980, la loi a subi des amendements majeurs. De l'avis de certains auteurs, l'environnement juridique canadien en droit d'auteur a radicalement changé entre 1987 et 1997, évolution qui se serait déroulée en deux phases<sup>180</sup>. La Phase I a commencé en 1987 et s'est terminée le 8 juin 1988 avec l'adoption de la *Loi modifiant la Loi sur le droit d'auteur et apportant des modifications connexes et corrélatives*<sup>181</sup>. Cette révision s'inscrit dans une volonté de répondre à la révolution technologique en cours, particulièrement à la nouvelle réalité des programmes d'ordinateur<sup>182</sup>. Ainsi, ceux-ci ont été ajoutés à la catégorie des œuvres littéraires<sup>183</sup>.

Au même moment que la Phase I, la loi s'est transformée avec les accords de libre-échange et les traités internationaux. En effet, cette époque était marquée par l'entrée en scène de la mondialisation moderne et le triomphe de l'idéologie néo-libérale de libre-échange<sup>184</sup>. De ce fait, il ne faut pas sous-estimer le rôle des traités internationaux et des

<sup>176</sup> *Loi modificative du droit d'auteur 1931*, SC 1931, c 8. Il est intéressant de noter qu'avant son entrée en vigueur, la Loi a déjà été amendé : voir *Loi de 1923 modifiant la Loi sur le droit d'auteur*, SC 1923 c 10.

<sup>177</sup> *Loi modifiant la Loi modificative du droit d'auteur 1931*, SC 1935, c 18 ; *Loi modifiant la Loi modificative du droit d'auteur 1931*, SC 1936, c 28 ; *Loi modifiant la Loi modificative du droit d'auteur 1931 et la Loi du droit d'auteur*, SC 1938, c 27 ; *Loi modifiant la Loi sur le droit d'auteur*, SRC 1970, c 4 (2<sup>e</sup> supp).

<sup>178</sup> Canada, Commission royale sur les brevets, le droit d'auteur, les marques de commerce et les dessins industriels, *Rapport sur le droit d'auteur*, Ottawa, Imprimeur de la Reine, 1958.

<sup>179</sup> Ce livre blanc a notamment prôné le remplacement de l'utilisation équitable par l'usage loyal, appelé « usage équitable » [Canada, Consommation et corporations Canada, Gouvernement du Canada, *De Gutenberg à Télidon : livre blanc sur le droit d'auteur : propositions en vue de la révision de la Loi canadienne sur le droit d'auteur*, par Judy Erola et Francis Fox, Ottawa, Consommation et corporations Canada, 1984 à la p 37]. Ce projet a été repris en 1990 par le projet de loi C-316 [*Loi modifiant la Loi sur le droit d'auteur (usage loyal)*, PL C-316, 2<sup>e</sup> sess, 34<sup>e</sup> parl, 1990, art 2], mais a été retiré [Hugues G Richard, « Concept of Infringement in the Copyright Act » dans Gordon F Henderson, dir, *Copyright and Confidential Information Law of Canada*, Scarborough (ON), Carswell, 1994, 201 à la p 217].

<sup>180</sup> Voir Claude Brunet, « Le droit d'auteur au Canada de 1987 à 1997 - Petit Article en forme de prise d'inventaire » (1997) 10 CPI 79 ; Ysolde Gendreau, « Nouveau Visage pour la Loi Canadienne sur le Droit d'Auteur » (1997) 75 R du B can 384; Gregory C Ludlow et Mark Le Blanc, « Survey of Intellectual Property Part V-Copyright & Industrial Designs » (1999) 31 Ottawa L Rev 93.

<sup>181</sup> LC 1988, c 15.

<sup>182</sup> Brunet, *supra* note 180 aux pp 80-81.

<sup>183</sup> *Ibid.*

<sup>184</sup> Le professeur Karim Benyekhlef dit que la mondialisation a déboulé « sur l'échiquier dialectique dans les années 90 dans la foulée de la chute du mur de Berlin, des pertes de repères idéologiques, du triomphe libéral et

accords de libre-échange sur le développement des normes domestiques. À la suite de la conclusion et de l'entrée en vigueur de l'*Accord de libre-échange canado-américain* (ALE)<sup>185</sup>, de l'*Accord de libre-échange nord-américain* (ALENA)<sup>186</sup> et de l'*Accord de Marrakech*<sup>187</sup>, des amendements ont été apportés à la loi. Par exemple, avec la *Loi de mise en œuvre de l'Accord de libre-échange Canada-États-Unis*<sup>188</sup>, le Canada a inclus les droits de retransmission, qui manquaient dans la législation de l'époque, afin de répondre aux demandes étatsuniennes<sup>189</sup>. De plus, à la suite de la *Loi de mise en œuvre de l'Accord de libre-échange nord-américain*<sup>190</sup>, la loi a été modifiée afin d'introduire le droit de location pour les programmes d'ordinateur et enregistrements sonores<sup>191</sup>.

La Phase II a débuté en 1997 avec le projet de loi C-32, sanctionné le 25 avril 1997 et devenu la *Loi modifiant la Loi sur le droit d'auteur*<sup>192</sup>. Cette dernière traitait notamment des droits voisins, des nouvelles catégories de droit d'auteur, afin de s'harmoniser avec la *Convention de Rome*<sup>193</sup> de 1961 sur les droits voisins<sup>194</sup>. Grâce à cette réforme, le Canada a d'ailleurs pu en devenir membre l'année suivante, soit le 4 juin 1998<sup>195</sup>. De ce fait, le législateur canadien s'est intéressé au droit d'auteur sur les prestations, enregistrements sonores ou signaux de communication. Une distinction claire est établie entre les œuvres et les nouvelles catégories, les « autres objets de protection », se trouvant entre les articles 15 et 26 de la loi.

De plus, certaines institutions publiques, comme les établissements d'enseignement<sup>196</sup> ainsi que les bibliothèques, musées ou services d'archives<sup>197</sup>, se sont vu accorder des

des grandes échappes lyriques sur le nouvel ordre mondial » (Karim Benyekhlef, *Une possible histoire de la norme : les normativités émergentes de la mondialisation*, 2<sup>e</sup> éd, Montréal, Éditions Thémis, 2015 à la p 78)

<sup>185</sup> *Loi modifiant la Loi sur le droit d'auteur et apportant des modifications connexes et corrélatives*, LC 1988 c 15.

<sup>186</sup> Roger T Hughes et Susan J Peacock, *Copyright Legislation & Commentary*, Toronto, LexisNexis Canada, 2018 à la p 10.

<sup>187</sup> *Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce*, 15 avril 1994, 31874 RTNU 1867 (entrée en vigueur 1 janvier 1995) ; En effet, en signant l'Accord de Marrakech, le Canada a également adhéré à l'*Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce*, 15 avril 1994, 31874 RTNU 1869 (entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 1995).

<sup>188</sup> LC 1988, c 65

<sup>189</sup> Ysolde Gendreau, « Session II: The Impact of International Copyright Treaties and Trade Agreements on the Development of Domestic Norms », (2017) 40 Colum J L & Arts 335 à la p 336 [Gendreau, « Session II »].

<sup>190</sup> LC 1993, c C-44

<sup>191</sup> *Ibid*, arts 3(1) h), i), et 18(1)c).

<sup>192</sup> LC 1997, c 24.

<sup>193</sup> *Convention internationale sur la protection des artistes interprètes ou exécutants, des producteurs de phonogrammes et des organismes de radiodiffusion*, 26 octobre 1961, 496 RTNU 43 (entrée en vigueur : 18 mai 1964).

<sup>194</sup> Gendreau, « Session II », *supra* note 189 à la p 336.

<sup>195</sup> Pierre El Khoury, *Le fair use et le fair dealing: étude de droit comparé*, Montréal, Éditions Thémis, 2007 à la p 86, n 308.

<sup>196</sup> *Loi sur le droit d'auteur*, *supra* note 14, arts 29.4-30.4.

exceptions spécifiques prévues par la loi<sup>198</sup>. Finalement, l'utilisation équitable a été mise à jour, sujet qui sera traité dans la sous-section 4.1.2 de ce texte.

Plus récemment, afin de se conformer aux normes internationales, le législateur canadien a adopté la *Loi sur la modernisation du droit d'auteur* (ci-après « LMDA »)<sup>199</sup>, ce qui a permis au Canada d'adhérer en 2014 au *Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur*<sup>200</sup> et au *Traité de l'OMPI sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes*<sup>201</sup>.

### 2.3.2 Le droit d'auteur étatsunien à partir de 1909

Les États-Unis, comme le Royaume-Uni, ont amorcé le XX<sup>e</sup> siècle en réformant leur droit d'auteur. En effet, comme nous l'avons vu précédemment, la loi sur le droit d'auteur étatsunienne a été révisée avec la *Copyright Act of 1909*<sup>202</sup>. Bien qu'elle ne soit plus en vigueur aujourd'hui, il n'est pas sans intérêt de lui accorder de l'attention.

Dès 1901, le Registraire du droit d'auteur des États-Unis, Thorvald Solberg, évoquait la nécessité d'effectuer une révision omnibus et de consolider les lois sur le droit d'auteur<sup>203</sup>. Il a toutefois fallu attendre la dernière journée de présidence de Théodore Roosevelt, soit le 4 mars 1909, pour que celui-ci signe le projet de loi<sup>204</sup>. La loi, entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> juillet 1909, a notamment élargi les œuvres protégées. L'article 5 dispose comme suit:

- SEC. 5. That the application for registration shall specify to which of the following classes the work in which copyright is claimed belongs:
- (a) Books, including composite and cyclopaedic works; directories, gazetteers, and other compilations;
  - (b) Periodicals, including newspapers;
  - (c) Lectures, sermons, addresses, prepared for oral delivery;
  - (d) Dramatic or dramatico-musical compositions;
  - (e) Musical compositions;
  - (f) Maps;
  - (g) Works of art; models or designs for works of art;
  - (h) Reproductions of a work of art;
  - (i) Drawings or plastic works of a scientific or technical character;
  - (j) Photographs;
  - (k) Prints and pictorial illustrations;<sup>205</sup> [notre soulignement]

<sup>197</sup> *Ibid*, arts 30.1-30.5.

<sup>198</sup> David Vaver, « Seeing Through C-32 » dans Howard Knopf, dir, *Copyright Reform: The Package, the Policy and the Politics*, Toronto, Insight Press, 1996, 25 à la p 27.

<sup>199</sup> *Loi sur la modernisation du droit d'auteur*, LC 2012, c C- 20 [LMDA]. Pour une analyse plus approfondie de la loi, voir : Ysolde Gendreau, « Aspects internationaux de la Loi sur la modernisation du droit d'auteur du Canada » (2013) 25 CPI 1027.

<sup>200</sup> *Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur*, 20 décembre 1996, 2186 RTNU 121 (entrée en vigueur : 6 mars 2002, accession du Canada 13 août 2014).

<sup>201</sup> 20 décembre 1996, 2186 RTNU 203 (entrée en vigueur : 20 mars 2002, accession du Canada 13 août 2014)

<sup>202</sup> *Copyright Act of 1909*, *supra* note 157.

<sup>203</sup> Patry, *Copyright*, *supra* note 71, § 1:45.

<sup>204</sup> *Ibid*.

<sup>205</sup> *Copyright Act of 1909*, *supra* note 157, § 5.

On protège dès lors les œuvres d'art, « works of art », à l'article 5 (g), alors qu'auparavant, pour être objet du droit d'auteur, l'œuvre devait appartenir à la catégorie des beaux-arts, « fine arts »<sup>206</sup>. Avec cette nouvelle loi, comme en droit canadien moderne, le législateur ne s'intéresse plus à la qualité de l'œuvre d'art.

De plus, l'application du droit d'auteur commence dès la publication de l'œuvre<sup>207</sup>, et non depuis la date de son enregistrement. Cependant, cette protection dépend de la publication d'un avis de droit d'auteur, comme spécifié à l'article 9 de la loi :

SEC. 9. That any person entitled thereto by this Act may secure copyright for his work by publication thereof with the notice of copyright required by this Act; and such notice shall be affixed to each copy thereof published or offered for sale in the United States by authority of the copyright proprietor, except in the case of books seeking ad interim protection under section twenty-one of this Act.<sup>208</sup>

Finalement, la durée de la protection du droit d'auteur prévue par la loi est prolongée. En effet, le détenteur de droit d'auteur peut dès lors renouveler sa protection pour une période supplémentaire de vingt-huit ans ; dans l'ancienne loi, elle n'était que de quatorze ans. Ainsi, l'étendue maximale de protection d'une œuvre est désormais de cinquante-six ans :

SEC. 23. That the copyright secured by this Act shall endure for twenty-eight years from the date of first publication, whether the copyrighted work bears the author's true name or is published anonymously or under an assumed name: *Provided*, That in the case of any posthumous work or of any periodical, cyclopaedic, or other composite work upon which the copyright was originally secured by the proprietor thereof, or of any work copyrighted by a corporate body (otherwise than as assignee or licensee of the individual author) or by an employer for whom such work is made for hire, the proprietor of such copyright shall be entitled to a renewal and extension of the copyright in such work for the further term of twenty-eight years when application for such renewal and extension shall have been made to the copyright office and duly registered therein within one year prior to the expiration of the original term of copyright [...]<sup>209</sup>

[notre soulignement]

Ce n'est qu'en 1976 qu'a lieu la dernière révision majeure et générale du droit d'auteur étatsunien<sup>210</sup>. Par contre, quelques amendements ayant eu lieu auparavant méritent d'être

<sup>206</sup> Comme nous l'avons vu, à l'article 86 de la *Copyright Act of 1870*, *supra* note 139, on dit :

SEC. 86. *And be it further enacted*, That any citizen of the United States, or resident therein, who shall be the author, inventor, designer, or proprietor of any book, map, chart, dramatic or musical composition, engraving, cut, print, or photograph or negative thereof, or of a painting, drawing, chromo, statue, statuary, and of models or designs intended to be perfected as works of the fine arts

<sup>207</sup> *Copyright Act of 1909*, *supra* note 157, § 23.

<sup>208</sup> *Ibid*, § 9.

<sup>209</sup> *Ibid*, § 23.

<sup>210</sup> Cette révision est toutefois le fruit d'efforts législatifs commençant en juillet 1964. [Patry, *Copyright*, *supra* note 71, § 1:74]

notés, comme le *Townsend Amendment* en 1912<sup>211</sup>, qui reconnaît formellement le droit d'auteur des films cinématographiques, « motion picture »<sup>212</sup>. Avant cette modification, le droit d'auteur s'appliquait à ces derniers, mais en tant que photographies<sup>213</sup>. En 1952, un droit à la représentation publique a été ajouté, mais uniquement dans un but de profit<sup>214</sup>; la même année, les États-Unis ont adhéré à la *Convention universelle sur le droit d'auteur*<sup>215</sup>. En 1957, la prescription en matière civile a été prolongée à trois ans à partir de la date de la violation du droit d'auteur<sup>216</sup>, alors qu'elle était de deux ans dans la *Copyright Act of 1831*<sup>217</sup>. Finalement, en 1971, le législateur a inclus un droit d'auteur limité sur les enregistrements sonores dans la perspective de lutter contre le piratage de ces œuvres<sup>218</sup>. Toutefois, il existait déjà des formes de protection des enregistrements sonores prévues par la common law et le droit criminel des États<sup>219</sup>.

La *Copyright Act* de 1976, entrée en vigueur en 1978, a modifié le droit étatsunien en matière de droit d'auteur à bien des égards. Tout d'abord, la durée de la protection a encore été changée. Ainsi, en vertu de l'article 302, pour toutes les œuvres créées à partir du 1<sup>er</sup> janvier 1978, le droit d'auteur subsiste *a priori* pendant la vie de l'auteur, puis jusqu'à la fin de la cinquantième année suivant celle de son décès. Par contre, le droit d'auteur portant sur les œuvres réalisées en raison d'un contrat subsiste soixante-quinze ans à partir de la date de publication :

- (a) □ In General. —Copyright in a work created on or after January 1, 1978, subsists from its creation and, except as provided by the following subsections, endures for a term consisting of the life of the author and fifty years after the author's death.
- (b) □ Joint Works. —In the case of a joint work prepared by two or more authors who did not work for hire, the copyright endures for a term consisting of the life of the last surviving author and fifty years after such last surviving author's death.
- (c) □ Anonymous Works Pseudonymous Works, and Works Made for Hire. —In the case of an anonymous work, a pseudonymous work, or a work made for hire, the

<sup>211</sup> *Townsend Amendment*, Pub L No 62-303, 37 Stat 488 (1912).

<sup>212</sup> *Ibid*, § 5

<sup>213</sup> *Edison v Lubin*, 122 F 240 (3<sup>e</sup> Cir 1903); *American Mutoscope & Biograph Co v Edison Co*, 137 F 262 (NJ Cir Ct 1905); Patry, *Copyright*, *supra* note 71, § 1:47.

<sup>214</sup> Patry, *Copyright*, *supra* note 71, § 1:62.

<sup>215</sup> *Convention universelle sur le droit d'auteur*, *supra* note 150.

<sup>216</sup> *Act of 7 September 1957*, Pub L No 85-313, 71 Stat 633; à partir de l'amendement, l'article 115 (b) du United States Code se lisait de la manière suivante :

§115. Limitations

[...]

b) Civil Actions. --No civil action shall be maintained under the provisions of this title unless the same is commenced within three years after the claim accrued.'

<sup>217</sup> *Copyright Act of 1831*, *supra* note 109, § 13.

<sup>218</sup> *Act of 15 October 1971*, Pub L No 92-140, 85 Stat 391. Cette loi définit les enregistrements sonores, à l'article (e), comme « works that result from the fixation of a series of musical, spoken, or other sounds, but not including the sounds accompanying a motion picture. »

<sup>219</sup> Patry, *Copyright*, *supra* note 71, § 1:70.

copyright endures for a term of seventy-five years from the year of its first publication, or a term of one hundred years from the year of its creation, whichever expires first. If, before the end of such term, the identity of one or more of the authors of an anonymous or pseudonymous work is revealed in the records of a registration made for that work under subsections (a) or (d) of section 408, or in the records provided by this subsection, the copyright in the work endures for the term specified by subsection (a) or (b), based on the life of the author or authors whose identity has been revealed. Any person having an interest in the copyright in an anonymous or pseudonymous work may at any time record, in records to be maintained by the Copyright Office for that purpose, a statement identifying one or more authors of the work; the statement shall also identify the person filing it, the nature of that person's interest, the source of the information recorded, and the particular work affected, and shall comply in form and content with requirements that the Register of Copyrights shall prescribe by regulation.<sup>220</sup>

[...]

[notre soulignement]

Cette loi est particulièrement importante en raison de son article 107 : la reconnaissance législative de l'usage loyal<sup>221</sup>. Or, celui-ci existait déjà en common law étatsunienne depuis au moins le XIX<sup>e</sup> siècle. Regardons donc cette exception et son évolution, surtout en comparaison avec l'utilisation équitable en droit d'auteur canadien.

---

<sup>220</sup> *Copyright Act*, *supra* note 4, § 302

<sup>221</sup> *Ibid*, § 107

### 3. Les origines communes et jurisprudentielles de l'utilisation équitable et de l'usage loyal

Mais les juges de la nation ne sont [...] que la bouche qui prononce les paroles de la loi ; des êtres inanimés, qui n'en peuvent modérer ni la force ni la rigueur.

Charles Louis de Secondat, baron de La Brède et de Montesquieu, *De l'esprit des Loïs*<sup>222</sup>

Les origines de l'utilisation équitable et de l'usage loyal ne sont pas statutaires, mais jurisprudentielles. En ce sens, malgré ce que certains penseurs juridiques croient être juste, tel Montesquieu, le juge ne fait pas que constater le droit, il le crée.

En effet, l'utilisation équitable n'existait pas dans les lois avant la *Copyright Act 1911* et la *Loi de 1921 concernant le droit d'auteur*<sup>223</sup>. Or, dès le XVIII<sup>e</sup> siècle, l'utilisation d'une œuvre par un tiers sans la permission de l'auteur était théoriquement permise en droit anglais et étatsunien grâce aux théories élaborées par la jurisprudence. La première théorie jurisprudentielle était l'abrègement équitable (*fair abridgement*). Au XIX<sup>e</sup> siècle, on voit aussi paraître la théorie de l'usage loyal, une théorie qui dominerait dans tous les pays de common law pendant un siècle. Ainsi, pendant quelques siècles, les mêmes exceptions jurisprudentielles s'imposaient *a priori* tant dans l'Empire britannique (incluant le Canada) qu'aux États-Unis.

#### 3.1 L'apparition de l'abrègement équitable

Selon la théorie de l'abrègement équitable, un tiers pouvait théoriquement abrèger l'œuvre de l'auteur sans le consentement de celui-ci. Ce droit à l'abrègement de l'œuvre est d'abord évoqué au Royaume-Uni, puis adopté par la jurisprudence étatsunienne. Comme nous le verrons, le parcours de cette théorie est bref et a connu une réception plutôt difficile tant au Royaume-Uni qu'aux États-Unis.

##### 3.1.1 L'abrègement équitable britannique aux XVIII<sup>e</sup> et XIX<sup>e</sup> siècles

Le premier exemple d'abrègement équitable fait son apparition en 1740 dans l'arrêt *Gyles v Willcox*<sup>224</sup>. Dans cette affaire, il s'agit d'une procédure en *equity* où le défendeur, Fletcher Gyles, l'auteur de *Modern Crown Law*, prétendait ne pas avoir violé le droit d'auteur

<sup>222</sup> *De l'esprit des lois*, vol 1, Paris, Garnier Flammarion, 1979 à la p 301.

<sup>223</sup> El Khoury, *supra* note 195 à la p 60.

<sup>224</sup> (1740), 3 Atk 143, 26 ER 489. [*Gyles*].

de Matthew Hale, auteur de *The History of the Pleas of the Crown* ; M. Gyles arguait que son livre était un *fair abridgement*. Dans son jugement, le lord chancelier Hardwicke énonce ce qui suit :

Where books are colourably shortened only, they are a mere evasion of the statute, and cannot be called abridgments. But this must not be carried so far as to restrain persons from making a real and fair abridgment, for an abridgment may, with great propriety be called a new book, because not only the paper and print, but the invention, learning, and judgment of the author is shown in them, and in many cases are extremely useful, though in some instances prejudicial, by mistaking and curtailing the sense of the author.<sup>225</sup> [notre soulignement]

Cet abrègement n'était pas présent en l'espèce, car l'œuvre n'était pas un vrai abrègement, « real and fair abridgment », mais plutôt un livre qui n'était que « colourably shortened ». Dans les décennies suivant la décision, d'autres tribunaux ont abordé l'abrègement équitable, comme *Tonson v Walker*<sup>226</sup>, *Dodsley v Kinnersley*<sup>227</sup>, *Millar v Taylor*<sup>228</sup>, et en 1774, *Strahan v Newsbury*<sup>229</sup>. Dans ce dernier cas, le lord chancelier Apsley s'exprime comme suit :

[T]o constitute a true and proper abridgment of a work the whole must be preserved in its sense, and then the act of abridgment is an act of understanding employed in carrying a larger work into a smaller compass, and rendering it less expensive and more convenient, both to the time and use of the reader, which made an abridgment in the nature of a new and meritorious work [...] an abridgment where the understanding is employed in retrenching unnecessary and uninteresting circumstances which rather deaden the narration, is not an act of plagiarism upon the original work, nor against any property of the author in it; but an allowable and meritorious work.<sup>230</sup>

L'abrègement équitable a toutefois connu des difficultés dans les années qui suivent. En plus d'un manque de règles claires sur la théorie<sup>231</sup>, aucun tribunal anglais n'a rendu de décision concluant à l'existence d'un abrègement équitable<sup>232</sup>. Au XIX<sup>e</sup>, ce sujet était

<sup>225</sup> *Ibid* à la p 143.

<sup>226</sup> (1752), 3 Swans 672, 36 ER 1017 (Ch).

<sup>227</sup> (1761), Amb 403, 27 ER 270 (Ch).

<sup>228</sup> (1769), 4 Burr 2303, 98 ER 201 [*Millar*]; à la page 205, le tribunal note que « Certainly bonâ fide imitations, translations, and abridgments are different; and, in respect of the property, may be considered as new works: but colourable and fraudulent variations will not do. » À la page 229, on établit le droit exclusif de l'auteur de publier son œuvre :

Before I enter into the particular discussion of this question, I will lay down one general position which, I apprehend, cannot be on either side disputed--“that in all private compositions, (I mean the composition of private authors, as contradistinguished from public prerogative copies), the right of publication must for ever depend on the claimant's property in the thing to be published.” Whilst the subject of publication continues his own exclusive property, he will so long have the sole and perpetual right to publish it; but whenever that property ceases, or by any act or event become common, the right of publication will be equally common.

<sup>229</sup> (1774), Lofft, 775, 98 ER 913 (Ch) [*Strahan*].

<sup>230</sup> *Ibid*.

<sup>231</sup> Thomas Edward Scrutton, *The Law of Copyright*, W Clowes and Sons, Limited, 1896 aux pp 130- 132.

<sup>232</sup> El Khoury, *supra* note 195 à la p 25.

rarement traité et les tribunaux semblaient moins favorables à le reconnaître<sup>233</sup>, certains remettant en question la possibilité d'un droit d'abrèger l'œuvre d'autrui en droit d'auteur britannique. En 1844, dans l'affaire *Dickens v Lee*, Knight Bruce, VC énonce des réserves :

Now, this has been said to be an abridgement, and, as an abridgement, to be protected. I am not aware that a man has the right to abridge the work of another. On the other hand, I do not mean to say that there may not be an abridgment which may be lawful, which may be protected ; but to say that one man has the right to abridge, and so publish in an abridged form, the work of another without more is going much beyond my notion of what the law of this country is [...]<sup>234</sup> [notre soulignement]

Quoique cette théorie soit traitée dans d'autres jugements du XIX<sup>e</sup> siècle, tels *D'Almaine v Boosey*<sup>235</sup> et *Prince Albert v Strange*<sup>236</sup>, l'abrègement équitable a été graduellement supplanté par une autre théorie, l'usage loyal, vers le milieu du XIX<sup>e</sup> siècle. L'abrègement équitable a toutefois pu s'exporter ailleurs, particulièrement aux États-Unis, avant de tomber en désuétude dans son pays d'origine.

### 3.1.2 L'abrègement équitable étatsunien aux XVIII<sup>e</sup> et XIX<sup>e</sup> siècles

Influencés par la doctrine et la jurisprudence britanniques<sup>237</sup>, les juges étatsuniens ont importé l'abrègement équitable. Contrairement à la jurisprudence britannique, les tribunaux ont reconnu l'existence d'un *bonâ fide abridgement* à quelques reprises au XIX<sup>e</sup> siècle, notamment dans les affaires *Gray v Russell*<sup>238</sup>, *Webb v Powers*<sup>239</sup>, *Story's Executors v Holcome*<sup>240</sup> et *Lawrence v Dana*<sup>241</sup>.

Or, comme au Royaume-Uni, une définition claire d'abrègement équitable semblait faire défaut. Dans l'affaire *Story's Executors v Holcome*, le juge McLean reconnaît la difficulté de définir l'abrègement équitable :

On the subject of copyright, there is a painful uncertainty in the authorities; and indeed there is an inconsistency in some of them. That the complainants are entitled to the

<sup>233</sup> *Ibid*; Scrutton, *supra* note 231 à la p 132.

<sup>234</sup> (1844), 8 Jurist 183 à la p184.

<sup>235</sup> (1835) 1 Y & C Ex 288, 160 ER 117 à la p123 (KB):

The same may be said of an abridgment of any study; but it must be a *bonâ fide* abridgment, because if it contains many chapters of the original work, or such as made that work most saleable, the maker of the abridgment commits a piracy.

<sup>236</sup> (1849) 1 H & Tw 1, 47 ER 1302 à la p 1306: « A fair use of works, which form the property of another party, either by quotation-or in making an abridgment, or for the purpose of criticism, is permitted by the Court [...]»

<sup>237</sup> Comme le note Me Catherine Bergeron :

Mentionnons que, même à cette époque, l'Angleterre avait toujours une grande influence sur les Américains dans ce domaine, car ces derniers ont importé des principes doctrinaux anglais pour développer la doctrine en question.

[Bergeron, *supra* note 15 à la p 291].

<sup>238</sup> 10 F Cas 1035 (Mass Cir Ct 1839) [*Gray*].

<sup>239</sup> 29 F Cas 511 (Mass Cir Ct 1847).

<sup>240</sup> 23 F Cas 171 (Ohio Cir Ct 1847) [*Story's Executors*].

<sup>241</sup> 15 F Cas 26 (Mass Cir Ct 1869) [*Lawrence*].

copyright which they assert in their bill, is not controverted by the defendants. The decision must turn on the question of abridgment. If this were an open question, I should feel little difficulty in determining it.<sup>242</sup> [notre soulignement]

Malgré l'absence de définition claire de la théorie, le juge McLean énumère tout de même quelques facteurs qui en font partie, inspirés entre autres par la jurisprudence britannique et étatsunienne<sup>243</sup>. On constate notamment la bonne foi, l'exercice du jugement ainsi que la conservation de l'esprit du texte tout en adaptant le langage du texte à la fin de l'abrègement :

An abridgment should contain an epitome of the work abridged—the principles, in a condensed form of the original book. Now it would be difficult to maintain that such a work did not affect the sale of the book abridged. The argument that the abridgment is suited to a different class of readers, by its cheapness, and will be purchased on that account by persons unable and unwilling to purchase the work at large, is not satisfactory.

[...]

The word abridged means 'to epitomize,' 'to reduce,' 'to contract.' [...]

A fair abridgment of any book is considered a new work, as to write it requires labor and exercise of judgment. It is only new in the sense that the view of the author is given in a condensed form. Such a work must not only contain the arrangement of the book abridged, but the ideas must be taken from its pages. It must be in good faith an abridgment, and not a treatise, interlarded with citations. To copy certain passages from a book, omitting others, is in no just sense an abridgment of it. It makes the work shorter, but it does not abridge it. The judgment is not exercised in condensing the views of the author. His language is copied, not condensed; and the views of the writer, in this mode, can be but partially given. To abridge is to preserve the substance, the essence of the work, in language suited to such a purpose.<sup>244</sup> [notre soulignement]

Le juge apporte d'autres nuances au sujet, notamment la distinction entre l'abrègement équitable et une simple compilation<sup>245</sup>. Ces propos font écho aux dires du juge dans l'affaire *Folsom v Marsh*, rendue quelques années auparavant :

<sup>242</sup> *Story's Executors*, *supra* note 240 à la p 172.

<sup>243</sup> On cite notamment les affaires britanniques, telles *Strahan*, *supra* note 229; *Wilkins v Aikin*, (1810), 17 Ves Jun 422, 34 ER 163 [*Wilkins*] et *Gyles*, *supra* note 224. Quant à la jurisprudence étatsunienne, on réfère à l'affaire *Folsom v Marsh*, 9 F Cas 342 (Mass Cir Ct 1841). [*Folsom*].

<sup>244</sup> *Story's Executors*, *supra* note 240 aux pp 172- 173.

<sup>245</sup> *Ibid*, aux pp 174-175 ; Le juge McLean dit :

Between a compilation and an abridgment, there is a clear distinction; and yet it does not seem to have been drawn in any opinion cited. A compilation consists of selected extracts from different authors: an abridgment is a condensation of the views of the author. The former can not be extended so as to convey the same knowledge as the original work: the latter contains an epitome of the work abridged and consequently conveys substantially the same knowledge. The former can not adopt the arrangement of the works cited; the latter must adopt the arrangement of the work abridged. The former infringes the copyright, if matter transcribed, when published, shall impair the value of the original book; a fair abridgment, though it may injure the original, is lawful.

It is clear, that a mere selection, or different arrangement of parts of the original work, so as to bring the work into a smaller compass, will not be held to be such an abridgment. There must be real, substantial condensation of the materials, and intellectual labor and judgment bestowed thereon; and not merely the facile use of the scissors; or extracts of the essential parts, constituting the chief value of the original work.<sup>246</sup> [notre soulignement]

Malgré les différents facteurs proposés par la jurisprudence, la définition de l'abrègement équitable ne s'est pas clarifiée dans les décennies suivant son introduction<sup>247</sup>. De plus, comme au Royaume-Uni, une autre théorie commençait à le substituer : l'usage loyal.

### 3.2 L'usage loyal à partir du XIX<sup>e</sup> siècle

La deuxième théorie jurisprudentielle permettant l'utilisation d'une œuvre par un tiers sans la permission de son auteur était l'usage loyal. Il n'est pas certain qu'il s'agisse, à l'origine, d'une exception à part entière<sup>248</sup>. Certains auteurs semblent amalgamer l'abrègement équitable et l'usage loyal en les assimilant à une même exception du droit d'auteur, mais à des moments différents dans la chaîne évolutive<sup>249</sup>. Il est aussi vrai que le rôle de ces deux doctrines en droit auteur était de faire en sorte que ce domaine permette la diffusion des connaissances et ne devienne pas un obstacle à l'apprentissage<sup>250</sup>.

Or, bien qu'il y ait de nombreuses similitudes entre l'abrègement équitable et l'usage loyal, nous sommes d'avis qu'il s'agit de deux exceptions différentes, l'une étant désuète et

<sup>246</sup> *Folsom*, *supra* note 243 à la p 345.

<sup>247</sup> *Ibid* à la p 345:

What constitutes a fair and bona fide abridgment in the sense of the law is, or may be, under particular circumstances, one of the most difficult questions which can well arise for judicial consideration; but it is well settled that a mere selection or different arrangement of parts of the original work into a smaller compass will not be held to be such an abridgment. [notre soulignement]

<sup>248</sup> Il mérite d'être souligné que les premières décisions d'usage loyal parlent explicitement de « fair and bona fide abridgment », telle l'affaire *Folsom*, *supra* note 243 à la p 349.

<sup>249</sup> Dans le livre *The Fair Use Privilege in Copyright Law*, l'auteur William Patry traite de toutes les décisions depuis *Gyles*, *supra* note 224 en 1740 comme des jugements d'usage loyal [William F Patry, *The Fair Use Privilege in Copyright Law*, Washington (DC), Bureau of National Affairs, 1985 [Patry, *Privilege*]]. Le juge Pierre N Leval semble également appuyer cette thèse. Dans l'article, *Toward a Fair Use Standard*, il annonce: « Not long after the creation of the copyright by the Statute of Anne of courts recognized that certain instances of unauthorized 1709, reproduction of copyrighted material, first described as "fair abridgment," later "fair use," would not infringe the author's rights » [Leval, « Toward a Fair Use Standard », *supra* note 20 à la p 1105]. Quelques années plus tard, dans *Nimmer Lecture: Fair Use Rescued*, il indique: « Almost immediately after the enactment of copyright, courts began to develop the exception to the author's exclusive right that eventually came to be known as fair use. » De plus, dans la note du bas de page de cette phrase, le juge Leval dit : « The earliest recorded decision employing the concept was in 1740[:] *Gyles v. Wilcox* » [Pierre N Leval, « Nimmer Lecture: Fair Use Rescued » (1997) 44 *UCLA L Rev* 1449 à la p 1451, n 7].

<sup>250</sup> Lyman Ray Patterson, *The Nature of Copyright: A Law of Users' Rights*, Athens (Ga), University of Georgia Press, 1991 à la p 196 [Patterson, *The Nature of Copyright*].

ayant graduellement été remplacée par l'autre<sup>251</sup>. Par ailleurs, il existe des différences plutôt importantes entre les deux exceptions : l'abrègement équitable vise à reproduire le sens du texte initial en forme abrégée<sup>252</sup>, tandis que l'usage loyal permet la reproduction d'une partie d'une œuvre à certaines conditions économiques<sup>253</sup>. Également, il y a suffisamment de distinctions entre l'usage loyal britannique et étatsunien au XIX<sup>e</sup> siècle pour conclure que l'usage loyal étatsunien moderne trouve son origine aux États-Unis, et non au Royaume-Uni<sup>254</sup>. Regardons toutefois les deux.

### 3.2.1 L'usage loyal en droit britannique jusqu'en 1911

Jusqu'en 1911, l'usage loyal était l'exception générale au droit d'auteur qui dominait dans l'Empire britannique<sup>255</sup>. L'arrêt généralement considéré comme étant la première décision britannique à traiter d'usage loyal est *Cary v Kearsley* en 1802<sup>256</sup>. Il est intéressant de noter que l'expression « *fair use* » (l'usage loyal en anglais) n'y est pas présente. On parle plutôt de « *used fairly* » et « *fairly done* »<sup>257</sup>. Dans cette décision, il s'agit d'une action en justice concernant le piratage prétendu d'un livre. En effet, le demandeur avait publié un livre de routes. Quelques années plus tard, le défendeur a publié un autre livre contenant les mêmes erreurs que celles dans le livre du demandeur. Dans sa décision, le lord Ellenborough traite du principe de la manière suivante :

That part of the work of one author is found in another, is not of itself piracy or sufficient to support action; a man may fairly adopt part of the work of another: he may so make use of another's labours for the promotion of science, and the benefit of the public: but having done so, the question will be, Was the matter so taken used

<sup>251</sup> On voit par exemple dans l'affaire *Lawrence*, *supra* note 241 que le tribunal traite des deux théories séparément.

<sup>252</sup> Voir *Gyles*, *supra* note 224.

<sup>253</sup> Voir *Wilkins*, *supra* note 243.

<sup>254</sup> Cela ne veut pas dire qu'à l'origine, le droit britannique n'influçait ni la création ni l'évolution de l'usage loyal étatsunien. La jurisprudence britannique est très souvent citée dans les arrêts du XIX<sup>e</sup> siècle : dans le premier arrêt de l'usage loyal aux États-Unis, *Folsom*, *supra* note 243 à la p 348., le tribunal étatsunien cite notamment *Wilkins*, *supra* note 243, l'une des premières décisions de l'usage loyal britannique. La doctrine étatsunienne s'y réfère également : Voir notamment, Eaton Sylvester Drone, *Treatise on the Law of Property in Intellectual Productions in Great Britain and the United States Embracing Copyright in Works of Literature and Art, and Playright in Dramatic and Musical Compositions*, Boston, Little, Brown and Company, 1879 aux pp 386- 428.

<sup>255</sup> Canada et Consommation et corporations Canada, *La révision de la Loi sur le droit d'auteur et la nécessité de clarifier la notion d' "utilisation équitable"*, par Barry Torno, Ottawa, Direction de la recherche et des affaires internationales Consommation et Corporations Canada, 1981.

<sup>256</sup> *Cary v Kearsley* (1802), 4 Esp 168, 170 ER 679 (Assizes) [*Cary*]. Ce qui constitue la première manifestation de cette théorie ne fait toutefois pas consensus. En effet, la professeure Kathy Bowrey de l'Université de Nouvelle-Galles du Sud prétend que *Sayres v Moore* (1785), 1 East 361, 102 ER 139 (KB) constitue le premier exemple de la théorie [Kathy Bowrey, « On Clarifying the Role of Originality and Fair Use in 19th Century UK Jurisprudence: Appreciating 'The Humble Grey Which Emerges as the Result of Long Controversy' » (2008) University of New South Wales (UNSW) - Faculty of Law No 2008-58, en ligne: [SSRN <https://ssrn.com/abstract=1402444>](https://ssrn.com/abstract=1402444) à la p 9]

<sup>257</sup> *Cary*, *supra* note 256 aux pp 170- 171.

fairly with that view, and without what I may term the *animus furandi*? [...] while I shall think myself bound to secure every man in the enjoyment of his copyright, one must not put manacles on science [...] I shall address these observations to the jury leaving them to say, whether what [was] so taken or supposed to be transmitted from the plaintiff's book, was fairly done with a view of compiling a useful book for the benefit of the public upon which there has been a totally new arrangement of such matter, □ or taken colourably, merely with a view to steal the copyright of the plaintiff.<sup>258</sup> [notre soulignement]

Comme avec l'abrègement équitable, le tribunal s'intéresse à l'intention de l'auteur : celui-ci reproduit-il l'œuvre pour créer et diffuser des connaissances, l'une des raisons d'être du droit d'auteur, ou afin de contrevenir créativement à la loi<sup>259</sup>? Le tribunal fait aussi mention de la quantité de l'œuvre reproduite : « a man may fairly adopt part of the work » [notre soulignement].

En 1810, le lord chancelier Eldon a rendu un jugement dans *Wilkins v Aikin*<sup>260</sup> ; il est intéressant de souligner qu'il s'agit également d'un arrêt où l'abrègement équitable est évoqué<sup>261</sup>. En 1807, le demandeur a publié un livre intitulé *The Antiquities of Magna Graecia*, dans lequel on trouve des tirages réalisés par l'auteur à partir de dessins. Le défendeur publie par la suite un livre sous le nom de *An Essay on the Doric Order of Architecture*, où il reproduit de nombreuses parties du livre du demandeur. Le tribunal note même que de nombreux passages entiers sont imprimés sans altération. Le lord Chancelier Eldon souligne ce qui suit:

There is no doubt, that a man cannot under the pretence of quotation, publish either the whole or part of another's work; though he may use, what it is in all cases very difficult to define, fair quotation [...] The question upon the whole is, whether this is a legitimate use of the Plaintiff's publication in the fair exercise of a mental operation, deserving the character of an original work. The effect, I have no doubt, is prejudicial.<sup>262</sup> [notre soulignement]

Dans la même veine que *Cary v Kearsley*, le juge aborde non seulement la question de l'ampleur de l'usage, mais aussi sa nature. Le lord chancelier Eldon évoque par ailleurs une forme d'usage loyal, soit la citation loyale (« *fair quotation* »)<sup>263</sup>.

Comme noté précédemment, l'expression « *fair use* » n'est pas initialement utilisée. Ce n'est qu'en 1839 que le premier jugement employant l'expression est rendu, soit *Lewis v*

<sup>258</sup> *Cary*, *supra* note 256 aux pp 170- 171.

<sup>259</sup> On reprend beaucoup le langage de l'arrêt d'abrègement équitable, *Gyles*, *supra* note 224. On parle de violer les droits « colourable » et de la diffusion des connaissances *Cary*, *supra* note 256 aux pp 170- 171.

<sup>260</sup> *Wilkins*, *supra* note 243.

<sup>261</sup> *Ibid* au pp 163-164.

<sup>262</sup> *Ibid* à la p 164.

<sup>263</sup> *Ibid*.

*Fullarton*<sup>264</sup>. Dans cette affaire, le défendeur a publié le livre intitulé *A New and Comprehensive Gazetteer of England and Wales*. Celui-ci contenait une partie considérable de l'œuvre du demandeur, un fait admis par tous<sup>265</sup>. En résumant les prétentions du défendeur, le lord Langdale s'exprime ainsi:

For the Defendant insists, that with respect to such parts of the Plaintiffs' work as are not original, he had a right to go to the sources to which the Plaintiffs had previously resorted; that with respect to such parts of the Plaintiffs' work as are original, a lawful use has been made of them—the compiler has taken nothing *animo furandi*, but made only a fair use of a former publication on the subject of his own subsequent work.

It is said that the Defendant's book was undertaken by his late father, who employed Mr. James Bell to prepare it for the press; that Mr. Bell was supplied with a great number of topographical and other works, and amongst others, with the Plaintiffs' topographical dictionary; that a fair use was made of all, and the Plaintiffs have no right to complain of what has been done.<sup>266</sup> [notre soulignement]

Selon Pierre A. Côté, Victor Nabhan et Christian Vincke, avant la loi anglaise de 1911, la jurisprudence britannique a généralement établi deux cas de figure d'application de la théorie<sup>267</sup>. Premièrement, lorsque la partie prise de l'œuvre était si minime que l'auteur ne subissait aucun préjudice, le tribunal jugeait qu'il s'agissait d'usage loyal. Dans l'affaire *Chatterton v Cave*, le lord O'Hagan note ce qui suit, tout en reconnaissant qu'il s'agit d'une application du principe de *minimis non curat lex*<sup>268</sup>:

[I]f the quantity taken be neither substantial nor material, if, as it has been expressed by some judges, a "fair use" only be made of the publication no wrong is done and no action can be brought [...] a jury cannot be constrained to find every infinitesimal taking to be the taking of a part of a dramatic production, within the purview of the statute. "Part", as was observed, is not necessarily the same as "particle", and there may be taking so minute in its extent and so trifling in its nature as not to incur the stature liability.<sup>269</sup>

Secondement, les tribunaux ont jugé recevable l'exception de l'usage loyal lorsque « la portion empruntée ou copiée était incorporée dans autre œuvre de manière telle qu'elle n'entraîne pas en concurrence avec la première »<sup>270</sup>. Nous pouvons penser à une critique de la

<sup>264</sup> (1839), 2 Beavan 6, 48 ER 1080 à la p 1081.

<sup>265</sup> *Ibid* à la p 1080

<sup>266</sup> *Ibid* aux pp 1080-1081.

<sup>267</sup> Vincke, *supra* note 60 à la p 46. Ce point de vue ne fait pas consensus. Dans une étude publiée en 1981 en vue de la révision de la *Loi sur le droit d'auteur*, on évoque que la théorie de l'usage équitable n'était applicable que « si la reproduction était peu importante » [Torno, *supra* note 255, sommaire].

<sup>268</sup> (1878), 47 LJ 545 à la p 549 (HL (Eng)): « [...] the principle of *minimis non curat lex* applies to a supposed wrong in taking a part of dramatic works, as well as in reproducing a part of a book. »

<sup>269</sup> *Ibid* aux pp 549 et 552.

<sup>270</sup> Vincke, *supra* note 60 à la p 46

première œuvre où un extrait de celle-ci est utilisé. Un exemple se trouve dans la décision *Walter v Steinkopff*, raisonnement qui se fonde sur l'affaire *Wilkins*<sup>271</sup>:

There are purposes, no doubt, for which, notwithstanding the plaintiffs' copyright, the defendants might legitimately have made reasonable extracts or copied passages from the article in question-as, for instance, if they had been criticising Mr. Kipling's works generally, and pointed their comments by taking specimens from various writings of his, or had been publishing a paper discussing the various modes in which he and other writers had dealt with the subject of the Monadnock article.<sup>272</sup> [notre soulignement]

Cela étant, l'absence d'une intention de pirater une œuvre n'est pas suffisante si l'usage cause préjudice à l'œuvre originale. La bonne foi ne garantissait donc pas l'usage loyal, comme l'énonce lord Ellenborough dans *Roworth v Wilkes* : « The intention to pirate is not necessary in an action of this sort; it is enough that the publication complained of is in substance a copy, whereby a work vested in another is prejudiced »<sup>273</sup>. Ainsi, l'analyse du lord montre que le tribunal s'intéresse à la nature réelle de la nouvelle œuvre : la nouvelle œuvre n'est-elle qu'une copie de l'originale à laquelle elle fera forcément concurrence ? En ce sens, le juge devait considérer l'usage dans son ensemble, particulièrement son but (*l'animus furandi*) et son résultat.

Cette analyse a ultimement été remplacée par une nouvelle approche à la suite de l'adoption de la *Copyright Act 1911*<sup>274</sup> et de la *Loi de 1921 concernant le droit d'auteur*<sup>275</sup>. Cette substitution serait toutefois, selon Ariel Katz, basée sur une lecture erronée de la nouvelle législation britannique<sup>276</sup>. Quoi qu'il en soit, le changement a eu lieu et l'usage loyal a été remplacé. Cette théorie, avec sa doctrine et sa jurisprudence, a cependant laissé des traces de l'autre côté de l'Atlantique. En effet, les États-Unis sont devenus le porteur de flambeau de cette école de pensée.

### 3.2.2 L'usage loyal étatsunien au XIX<sup>e</sup> siècle

L'usage loyal étatsunien a commencé plus tard, s'amorçant *a priori* en 1841<sup>277</sup> avec l'affaire *Folsom v Marsh*<sup>278</sup>. Décrite comme étant la source doctrinale la plus importante par

<sup>271</sup> *Wilkins*, *supra* note 243.

<sup>272</sup> [1892] 3 Ch 489, 61 LJ 521 à la p 525 (Ch).

<sup>273</sup> (1807), 1 Camp 94, 170 ER 889 à la p 890 (Assizes).

<sup>274</sup> *supra* note 4.

<sup>275</sup> *Loi de 1921*, *supra* note 121.

<sup>276</sup> Katz, *supra* note 8.

<sup>277</sup> Cette thèse ne fait pas consensus, et certains auteurs, notamment William F Patry, identifient *Gray*, *supra* note 238 [Patry, *Privilege*, *supra* note 249 aux pp 18- 19]. On soulève notamment le passage suivant se trouvant aux pages 1038-1039 de la décision :

[I]f large extracts are made therefrom in a review, it might be a question, whether those extracts were designed *bonâ fide* for the mere purpose of criticism or were designed to

le juge Pierre N. Leval<sup>279</sup>, cette décision est primordiale en matière d'usage loyal étatsunien. Il faut souligner que l'expression « *fair use* » n'est pas formellement utilisée, comme c'était le cas au début de l'usage loyal au Royaume-Uni, et le tribunal traite également du « *fair and [bona] fide abridgment* »<sup>280</sup>.

Dans cette affaire, Jared Sparks était l'auteur d'un ouvrage intitulé *The Writings of George Washington*, texte créé à partir de manuscrits originaux et qui incluait des notes et des illustrations de l'auteur. Il était divisé en douze tomes, contenait six mille sept cent soixante-trois pages, et était assujéti à un droit d'auteur détenu par l'auteur, M. Sparks. Toutefois, les demandeurs dans cette affaire étaient Charles Folsom, Thomas G. Wells et Lyman Thurston, des imprimeurs et éditeurs ; ces derniers avaient partiellement assumé les risques et la responsabilité de la publication de l'ouvrage<sup>281</sup>. Les défendeurs, Bela Marsh, Nahum Capen, Thomas B. Wabb, Gardner P. Lyon et Charles W. Upham, ont publié en 1840 un livre sous le nom de *Life of Washington, in the Form of an Autobiography*. Cette œuvre était divisée en deux tomes et contenait huit cent soixante-six pages, dont trois cent cinquante-trois copiées textuellement de l'œuvre de Sparks.

En défense, les défendeurs avaient trois prétentions, soit : (1) les écrits de George Washington ne sont pas assujettis au droit d'auteur<sup>282</sup>; (2) M. Sparks n'est pas propriétaire de

---

supersede the original work under the pretence of a review, by giving its substance in a fugitive form. The same difficulty may arise in relation to an abridgment of an original work. The question, in such a case, must be compounded of various considerations; whether it be a bona fide abridgment, or only an evasion by the omission of some unimportant parts; whether it will, in its present form, prejudice or supersede the original work; whether it will be adapted to the same class of readers; and many other considerations of the same sort, which may enter as elements, in ascertaining, whether there has been a piracy, or not. Although the doctrine is often laid down in the books, that an abridgment is not a piracy of the original copyright; yet this proposition must be received with many qualifications. See 2 Story, Eq. Jur. §§ 939–942; Sweet v. Shaw (before the vice chancellor, in 1839) Eng. Jur. 1839, p. 217. In many cases, the question may naturally turn upon the point, not so much of the quantity, as of the value of the selected materials. As was significantly said on another occasion, —'Non numerantur, ponderantur.' The quintessence of a work may be piratically extracted, so as to leave a mere caput mortuum, by a selection of all the important passages in a comparatively moderate space.

<sup>278</sup> Folsom, *supra* note 243.

<sup>279</sup> Leval, « Toward a Fair Use Standard », *supra* note 20 à la p 1452: « In the most important source of the doctrine on american soil, in the 1841 case of Folsom v. Marsh ».

<sup>280</sup> En s'appuyant notamment sur l'affaire *Gyles*, *supra* note 224, le juge Story note:

But, then, what constitutes a fair and bona fide abridgment, in the sense of the law, is one of the most difficult points, under particular circumstances, which can well arise for judicial discussion. It is clear, that a mere selection, or different arrangement of parts of the original work, so as to bring the work into a smaller compass, will not be held to be such an abridgment. There must be real, substantial condensation of the materials, and intellectual labor and judgment bestowed thereon; and not merely the facile use of the scissors; or extracts of the essential parts, constituting the chief value of the original work. [Folsom, *supra* note 243 à la p 345.]

<sup>281</sup> Folsom, *supra* note 243 à la p 342.

<sup>282</sup> *Ibid* à la p 345.

ces écrits, car ceux-ci ont été achetés par le gouvernement étatsunien. Ainsi, quiconque peut les publier, car ils sont devenus propriété publique<sup>283</sup>; et (3) un auteur a le droit de citer, sélectionner, extraire ou abrégé l'œuvre d'un autre lorsqu'il crée une nouvelle œuvre<sup>284</sup>.

L'analyse de ce qui deviendra l'usage loyal commence avec l'examen de la troisième prétention, quand le juge Story se demande ce qui suit : « The question, then, is, whether this is a justifiable use of the original materials, such as the law recognizes as no infringement of the copyright of the plaintiffs »<sup>285</sup>. Le tribunal rejette la prétention des défendeurs selon laquelle ils avaient le droit de choisir des extraits d'une œuvre pour en créer une nouvelle et qu'il ne s'agissait nullement d'une violation des droits d'auteur:

It is certainly not necessary, to constitute an invasion of copyright, that the whole of a work should be copied, or even a large portion of it, in form or in substance. If so much is taken, that the value of the original is sensibly diminished, or the labors of the original author are substantially to an injurious extent appropriated by another, that is sufficient, in point of law, to constitute a piracy pro tanto. The entirety of the copyright is the property of the author; and it is no defence, that another person has appropriated a part, and not the whole, of any property. Neither does it necessarily depend upon the quantity taken, whether it is an infringement of the copyright or not. It is often affected by other considerations, the value of the materials taken, and the importance of it to the sale of the original work.<sup>286</sup> [notre soulignement]

Le tribunal ne s'intéresse plus simplement à la portion prise ou au fait qu'elle puisse constituer un abrégement fait de bonne foi qui exige un effort intellectuel. Il s'appuie sur d'autres facteurs, « other considerations », afin de vérifier si l'usage est bel et bien loyal, « fair ».

Peu de temps après, le tribunal annonce l'approche à adopter, dans un passage tant cité par la jurisprudence et la doctrine<sup>287</sup> :

In short, we must often, in deciding questions of this sort, look to [1] the nature and objects of the selections made, [2] the quantity and value of the materials used, and [3] the degree in which the use may prejudice the sale, or diminish the profits, or supersede the objects, of the original work.<sup>288</sup> [notre soulignement et nos numéros]

Il note aussi que de nombreuses considérations entrent en ligne de compte et que l'analyse se fait en fonction du contexte. Le juge Story énumère trois facteurs pour l'analyse de l'usage loyal, soit : (1) la nature des objets choisis ; (2) la quantité et la valeur des matériels utilisés ; et (3) la mesure dont l'utilisation peut compromettre la vente, diminuer les profits/bénéfices

<sup>283</sup> *Ibid* à la p 347.

<sup>284</sup> *Ibid* à la p 347.

<sup>285</sup> *Ibid* à la p 348

<sup>286</sup> *Ibid* à la p 348.

<sup>287</sup> L'avocat William F. Patry est d'avis que ce passage est souvent cité sans le contextualiser [Patry, *Copyright*, *supra* note 71, § 10:4].

<sup>288</sup> *Folsom*, *supra* note 243 à la p 348.

ou remplacer l'œuvre originale<sup>289</sup>. À l'exception de la nature de l'usage, absente dans la liste des critères du juge Story, ce sont les facteurs utilisés par les tribunaux à partir de 1841 et codifiés en 1976.

Le professeur Lyman Ray Patterson et Monsieur Stanley W. Lindberg sont d'avis que l'approche employée dans l'affaire *Folsom* consistait à nier la doctrine de l'abrègement équitable en énumérant des facteurs qui avantagent l'auteur<sup>290</sup>. Nous constatons par ailleurs que la caractéristique centrale de tous ces facteurs était leur orientation économique<sup>291</sup>.

En 1869, avec l'affaire *Lawrence v Dana*<sup>292</sup>, l'expression de « *fair use* » est utilisée pour la première fois aux États-Unis<sup>293</sup>. Dans cette affaire, William B. Lawrence, le demandeur, a déposé une demande d'injonction pour violation du droit d'auteur de certaines éditions de *Wheaton's Elements of International Law* contenant ses annotations. Quelques années plus tard, Richard H. Dana, le défendeur, a été embauché pour éditer une autre version du texte et préparer des notes du texte. Or, selon M. Lawrence, le défendeur aurait copié substantiellement son œuvre.

Par ailleurs, le demandeur rejetait l'argument selon lequel il s'agissait d'un usage légitime de ses œuvres<sup>294</sup>. Il prétendait plutôt ce qui suit:

The defence of 'a fair use' is not tenable in this case. The use made far exceeds anything which the law of copyright has ever been held to allow. As already shown, Dana did not merely use Lawrence's work as a storehouse of facts, but he reproduced Lawrence's selection, combination, and arrangement. The agreement provided that Mrs. Wheaton should make no use of Mr. Lawrence's notes, and one avowed object of it was to secure to Mr. Lawrence the exclusive use of the 'great amount of valuable learning which he had gathered with great labor from a wide variety of sources.' This defence is not open to Mr. Dana. To present copied matter as original is not a fair use in the opinion of literary men. 1 White, Shakespeare, p. 22; Goldsmith's Life of Parnell, p. 39, of Little, Brown, & Co.'s edition of Parnell; Worcest. Dict., Preface, p. 6. Courts take the same view. The want of acknowledgment or denial of indebtedness is a very strong indication of an animus furandi, and excludes the question of a fair use, or lawful abridgment.<sup>295</sup> [notre soulignement]

Le juge Clifford arrive à la même conclusion que le demandeur : l'usage loyal n'est pas applicable en l'espèce. Alors qu'il reconnaît le droit du défendeur d'utiliser de vieilles

<sup>289</sup> Leon E. Seltzer semble être d'avis que les quatre facteurs sont présents lorsqu'il dit: « The "four factors to be considered" are wholly adumbrated, if not fully expressed, by Justice Story in the first American fair use case, *Folsom v Marsh* [...] » [Seltzer, *supra* note 17 à la p 32.]

<sup>290</sup> Patterson, *The Nature of Copyright*, *supra* note 250 à la p 104.

<sup>291</sup> Seltzer, *supra* note 17 à la p 33.

<sup>292</sup> *Lawrence*, *supra* note 241.

<sup>293</sup> El Khoury, *supra* note 195 à la p 29.

<sup>294</sup> La partie défenderesse a résumé la question en litige comme suit : « The question is whether there has been a legitimate use, in the fair exercise of a mental operation, deserving the character of an original work, or whether matter has been taken colorably, *animus furandi*. » [*Lawrence*, *supra* note 241 à la p 40].

<sup>295</sup> *Ibid* à la p 44.

œuvres pour en créer une autre, M. Dana a dépassé ce qui est raisonnable selon la définition d'usage loyal<sup>296</sup>. En d'autres termes, ce que le défendeur a repris des œuvres originales était si important qu'il s'agissait de l'essence de l'originalité de l'œuvre du demandeur ; il y a donc absence de travail intellectuel de la part du défendeur, avec un *animus furandi*<sup>297</sup>. De plus, le tribunal s'appuie sur le troisième facteur mentionné dans *Folsom*, particulièrement la concurrence entre les deux œuvres, l'œuvre originale étant remplacée par l'œuvre du défendeur :

Reviewers may make extracts sufficient to show the merits or demerits of the work, but they cannot so exercise the privilege as to supersede the original book. Sufficient may be taken to give a correct view of the whole; but the privilege of making extracts is limited to those objects, and cannot be exercised to such an extent that the review shall become a substitute for the book reviewed. *Story v. Holcombe* [Case No. 13,497].<sup>298</sup>

À partir de leur création jurisprudentielle dans *Folsom* jusqu'à leur reconnaissance statutaire en 1976, quatre critères pour établir l'usage loyal étaient généralement admis, soit : (1) le but et la nature de l'utilisation ; (2) la nature de l'œuvre ; (3) l'ampleur de l'utilisation ; et (4) l'effet de l'utilisation sur l'œuvre<sup>299</sup>. Par contre, il ne s'agissait nullement d'une liste exhaustive, et d'autres critères pouvaient être utilisés pour trouver une solution qui réconcilierait à la fois les intérêts de l'auteur et la volonté du législateur de diffuser des connaissances<sup>300</sup>. D'ailleurs, Eaton Sylvester Drone explique ce qui suit dans un livre de doctrine classique du XIX<sup>e</sup> siècle :

The aim of the law is to encourage learning by allowing a fair use to be made of a copyrighted work, but at the same time to prevent the subsequent author from saving

---

<sup>296</sup> *Ibid* à la p 58 :

Beyond all doubt, he might take the old materials, as found in the sources from which the matters of fact, citations, and authorities of the complainant were drawn, and use them as he pleased, in illustration of new and original propositions, or for any other purpose not substantially the same as that to which they are applied in the annotated editions edited by the complainant; but he could not borrow the materials as therein collected and furnished, nor could he rightfully use the plan and arrangement, or the mode by which they are combined with the text, beyond the extent falling within the definition of fair use, which rule is only applicable to the materials, and not to the plan, arrangement, and mode of operation.

<sup>297</sup> Patry, *Privilege*, *supra* note 249 à la p 35.

<sup>298</sup> *Lawrence*, *supra* note 241 à la p 61; l'affaire *Story's Executors*, *supra* note 240 est également une décision d'usage loyal et s'appuie sur l'affaire *Folsom*, *supra* note 243.

<sup>299</sup> É-U, House Judiciary Committee, 94<sup>e</sup> Congr, *Copyright Law Revision*, (HR Rep n° 94-1476), Washington (DC), US Government Printing Office, 1976 à la p 65; John Schulman, « Fair Use and the Revision of the Copyright Act » (1968) 53 *Iowa L Rev* 832 à la p 832.

<sup>300</sup> É-U, House Judiciary Committee, *supra* note 299 à la p 65; Voir aussi *Wainwright Securities, Inc v Wall St Transcript Corp*, 558 F (2d) 91 à la p 94 (2<sup>e</sup> Cir 1977) et *Meeropol v Nizer*, 560 F (2d) 1061 à la p 1068 (2<sup>e</sup> Cir 2004) [*Meeropol*] :

The fair use doctrine offers a means of balancing the exclusive rights of a copyright holder with the public's interest in dissemination of information affecting areas of universal concern, such as art, science and industry.

himself labor by appropriating without consideration the fruits of another's skill and industry.<sup>301</sup>

Il n'y a pas non plus eu de définition arrêtée du concept<sup>302</sup>, qui n'est peut-être pas possible<sup>303</sup>. Pour l'expliquer, on s'intéresse à l'objectif de trouver une solution équitable, et de faire une analyse au cas par cas<sup>304</sup>. Il s'agissait donc d'une approche souple, qui tient compte des faits en l'espèce. Dans *Meeropol v Nizer*, le juge J. Joseph Smith de la Cour d'appel des États-Unis pour le deuxième circuit le décrit de la manière suivante :

The line which must be drawn between fair use and copyright infringement depends on an examination of the facts in each case. It cannot be determined by resort to any arbitrary rules or fixed criteria.<sup>305</sup>

En ce sens, la doctrine de l'usage loyal était une approche souple qui permettait aux tribunaux d'éviter d'appliquer rigidelement la loi sur le droit d'auteur<sup>306</sup>.

Certains auteurs, notamment Pierre El Khoury, sont d'avis qu'à l'origine, au XIX<sup>e</sup> siècle, et jusqu'à sa reconnaissance législative en 1976, l'usage loyal était vu d'une façon plus ou moins restrictive, n'étant accepté que dans des cas limités<sup>307</sup>. Cela ne semble toutefois pas faire consensus. William F. Patry décrit quant à lui l'usage loyal avant 1976 comme étant « a common-law concept of great flexibility and scope »<sup>308</sup>.

Si nous acceptons la conclusion d'El Khoury, l'usage loyal partagerait ce trait de rigidité avec l'utilisation équitable au Canada, comme nous le verrons. De plus, de la même manière qu'en droit britannique et canadien depuis la *Loi de la Reine Anne*<sup>309</sup>, l'intention de

<sup>301</sup> Drone, *supra* note 254 à la p 398. À la page 386, on dit également :

It is a recognized principle that every author, compiler, or publisher may make certain uses of a copyrighted work, in the preparation of a rival or other publication. The recognition of this doctrine is essential to the growth of knowledge; as it would obviously be a hindrance to learning if every work were a sealed book to all subsequent authors.

<sup>302</sup> É-U, House Judiciary Committee, *supra* note 299 à la p 65. Cela ne veut pas dire que les tribunaux n'ont pas tenté de fournir de définition. Dans *Rosemont Enterprises, Inc v Random House, Inc*, 366 F (2d) 303 à la p 306 (2<sup>e</sup> Cir 1966), Leonard P Moore de la Cour d'appel des États-Unis pour le deuxième circuit l'a décrit ainsi : « "Fair use" is a "privilege in others than the owner of a copyright to use the copyrighted material in a reasonable manner without his consent, notwithstanding the monopoly granted to the owner" ». Cette définition provient toutefois du livre de Horace G Ball, *The Law of Copyright and Literary Property*, Albany, Matthew Bender & Co, 1944 à la p 260.

<sup>303</sup> Dans *Time Inc v Bernard Geis Associates*, 293 F Supp 130 à la p 144 (D NY 1968), le juge Wyatt a décrit l'usage loyal comme étant « entirely equitable and is so flexible as virtually to defy definition ».

<sup>304</sup> É-U, House Judiciary Committee, *supra* note 299 à la p 66.

<sup>305</sup> *Meeropol*, *supra* note 300 à la p 1068.; voir aussi *Tennessee Fabricating Co v Moultrie Mfg Co*, 421 F (2d) 279 à la p 283 (Ga 5th Cir 1970); Schulman, *supra* note 288 à la p 832: « The authorities are in agreement that the line of demarcation between "fair use" and copyright infringement cannot be determined by resort to any arbitrary rules or fixed criteria. »

<sup>306</sup> *Iowa State University Research Foundation, Inc v American Broadcasting Companies, Inc*, 621 F (2d) 57 à la p 60 (2e Cir 1980) [*Iowa State University*].

<sup>307</sup> El Khoury, *supra* note 195 à la p 40.

<sup>308</sup> Patry, *Copyright*, *supra* note 71, § 10:1.50.

<sup>309</sup> *Statute of Anne*, *supra* note 34.

cette doctrine était d'encourager la diffusion des idées tout en protégeant l'auteur de l'œuvre<sup>310</sup>. Cette similitude reste toujours d'actualité. Or, au début du XX<sup>e</sup> siècle, un schisme suffisamment important entre ces systèmes de droit a eu lieu.

---

<sup>310</sup> Drone, *supra* note 254 à la p 398.

#### 4. Le schisme entre l'utilisation équitable et l'usage équitable

[L]a loi américaine repose sur des conceptions du droit d'auteur fondamentalement différentes des nôtres.

*Compo Co Ltd c Blue Crest Music et autres*<sup>311</sup>

L'origine du débat entre l'utilisation équitable et l'usage loyal, qui a fait couler beaucoup d'encre, remonte à la *Copyright Act 1911* au Royaume-Uni<sup>312</sup>. Il s'agissait de la première fois que l'on voyait paraître l'utilisation équitable sous forme législative. En effet, comme nous l'avons vu précédemment, la théorie de l'usage loyal était celle qui dominait dans le Commonwealth. Ainsi, alors que cette dernière est demeurée jurisprudentielle jusqu'en 1976, année durant laquelle elle a été reconnue législativement, elle est remplacée au Commonwealth par l'exception statutaire d'utilisation équitable<sup>313</sup>, qui prévaudra au Royaume-Uni à partir de 1911, et au Canada, dès 1924.

##### 4.1 L'utilisation équitable de 1911 au XXI<sup>e</sup> siècle

Même si notre intérêt concerne la manifestation de l'utilisation équitable en droit canadien, pour bien comprendre l'adoption de la *Loi de 1921 concernant le droit d'auteur* et l'utilisation équitable au Canada, il faut d'abord se pencher sur le droit britannique et la *Copyright Act 1911*<sup>314</sup>.

Le législateur britannique a jugé bon d'ajouter cette exception à la section de la loi portant sur les violations du droit d'auteur. L'article 2.-(1)(i) dispose comme suit :

2.—(1) Copyright in a work shall be deemed to be infringed by any person who, without the consent of the owner of the copyright, does anything the sole right to do which is by this Act conferred on the owner of the copyright: Provided that the following acts shall not constitute the infringement of a copyright:—

(i) any fair dealing with any work for the purpose of private study, research, criticism, review or newspaper summary<sup>315</sup> [notre soulignement]

Quoique l'application qu'en font les tribunaux soit différente avant et après l'instauration de la loi, la locution « *fair dealing* » (utilisation équitable) n'est *a priori* pas nouvelle en

<sup>311</sup> [1980] 1 RCS 357 à la p 367

<sup>312</sup> *supra* note 4.

<sup>313</sup> Il ne fait toutefois pas consensus si le législateur britannique a voulu remplacer l'usage loyal par une autre doctrine. « Fair dealing » pouvait peut-être constituer une autre formulation pour décrire la jurisprudence déjà existante : voir Katz, *supra* note 8.

<sup>314</sup> *supra* note 4.

<sup>315</sup> *Ibid*, art 2(1)(i).

jurisprudence britannique. Elle est toutefois intimement associée à l'usage loyal, comme le notent Pierre A. Côté, Victor Nabhan et Christian Vincke :

[...] la locution “ fair dealing “ ne constituait pas pour autant une création ex nihilo, fruit de l'effort inventif du législateur anglais de l'époque. Ce dernier en effet n'avait fait qu'adopter dans sa codification une terminologie ayant déjà cours devant les tribunaux anglais, qui transparaissait dans les jugements sous différents vocables, utilisés d'ailleurs indifféremment l'un pour l'autre et comme synonymes : “fair dealing”, “fair use”, “fair quotation”, “legitimate use”, “fair taking », etc. ... De ces dernières, l'expression “fair use” était la plus utilisée, et celle qui a connu le plus de fortune par la suite.<sup>316</sup>

Or, l'expression utilisée dans la loi n'était pas une transposition de la jurisprudence antérieure où elle avait été utilisée. En effet, à la lecture de l'article 2.-(1)(i), seuls cinq cas permettaient d'évoquer l'exception : lorsque c'est dans un but d'étude privée, de recherche, de critique, de compte rendu ou de résumé destiné aux journaux. Effectivement, le langage employé par le législateur n'amène pas à conclure à une liste non exhaustive : l'absence de termes tels « namely », « including such use » ou « such as » (ces dernières se trouvent dans la législation étatsunienne à l'article 107), avant l'énumération des cas d'utilisation équitable, en témoigne.

Cette compréhension est confirmée peu de temps après par la jurisprudence, particulièrement dans l'affaire *University of London Press, Ltd v University Tutorial Press, Ltd* en 1916<sup>317</sup>. Dans cette décision, l'University Tutorial Press Ltd a conçu, en 1916, une publication contenant seize examens fournis par des étudiants de l'Université de Londres (*University of London*). Or, le droit d'auteur de ces examens appartenait à l'University of London Press, Ltd, qui avait publié un livre avec quarante-deux examens, dont les seize se trouvant dans la publication de la défenderesse. En l'espèce, le tribunal devait répondre aux quatre questions suivantes :

1. Les examens sont-ils protégés par le droit d'auteur ? Plus précisément, s'agit-il d'œuvres littéraires au sens de l'article 1(1) de la *Copyright Act, 1911*?<sup>318</sup>
2. S'il s'agit d'œuvres littéraires, sont-elles originales ?<sup>319</sup>
3. Si elles sont originales, à qui le droit d'auteur sur les œuvres appartient-il ? En d'autres termes, la demanderesse en est-elle titulaire ?<sup>320</sup>

<sup>316</sup> Vincke, *supra* note 60 à la p 45; ce constat est également fait par d'autres auteurs, tels Barry Torno [Torno, *supra* note 255, sommaire] ainsi que Pierre Khoury [El Khoury, *supra* note 195 à la p 61].

<sup>317</sup> *University of London Press v University Tutorial*, [1916] 2 Ch 601 [*University of London Press*].

<sup>318</sup> *Ibid* à la p 608.

<sup>319</sup> *Ibid*.

<sup>320</sup> *Ibid* à la p 610.

4. Si la demanderesse en est titulaire, la défenderesse a-t-elle violé les droits de la demanderesse ?

Concernant la dernière question, la défenderesse a évoqué l'utilisation équitable, en précisant que l'utilisation était à des fins d'étude privée<sup>321</sup>. Afin de conclure à une utilisation équitable, elle prétendait qu'il fallait déterminer s'il y avait concurrence avec l'œuvre initiale<sup>322</sup>. Comme nous l'avons vu antérieurement, l'existence ou non de concurrence avec une œuvre était l'une des deux manières de déterminer si l'usage loyal s'appliquait. Selon la défenderesse, il n'y avait pas concurrence, car la publication a été faite à des fins d'éducation et sans *animus furandi*<sup>323</sup>. Or, la reproduction ne donnait pas de solutionnaire aux questions d'examens, elle ne fournissait que des critiques sommaires de la construction des textes. La cour a donc adopté une approche plus restrictive en rejetant la prétention selon laquelle il y avait une utilisation équitable :

The defendants on these facts contend that their publication [...] is a fair dealing with them for purposes of a private study within s. 2, sub-s. 1, of the Act of 1911, and is therefore not an infringement of copyright. It could not be contended that the mere republication of a copyright work was a "fair dealing" because it was intended for purposes of private study; nor, if an author produced a book of questions for the use of students, could another person with impunity republish the book with the answers to the questions. Neither case would, in my judgment, come within the description of "fair dealing". In the present case the paper on more advanced mathematics has been taken without any attempt at providing solutions for the questions, and the only way which the defendants have dealt with this paper is by appropriating it, except the there are eleven lines of criticism of it, dividing the questions into easy, troublesome, and difficult questions. To the questions in the other two papers answers are provided. Both publications are intended for education purposes and for uses of students, and in my judgement the defendants have failed to bring themselves within the protection of s. 2, sub-s.1 (i.) of the Act<sup>324</sup> [notre soulignement]

#### 4.1.1 L'instauration de l'utilisation équitable par la *Loi de 1921 concernant le droit d'auteur*

Comme mentionné précédemment, cette loi impériale, la *Copyright Act 1911*, octroyait la discrétion aux gouvernements des dominions d'appliquer la loi sur leurs territoires<sup>325</sup>. Ainsi, le législateur canadien a décidé d'adopter sa propre législation, soit la *Loi de 1921 concernant le droit d'auteur*<sup>326</sup>, entrée en vigueur qu'en 1924.

<sup>321</sup> *Ibid* à la p 606.

<sup>322</sup> *Ibid* à la p 607. La défenderesse cite notamment *Glyn v Weston Feature Film Co* (1916), 1 Ch 261.

<sup>323</sup> *Ibid*.

<sup>324</sup> *Ibid* aux pp 613- 614.

<sup>325</sup> *Copyright Act 1911*, *supra* note 4, art 25:

25. Application of Act to British Dominions

Par ailleurs, il faut souligner qu'il s'agit d'une reproduction, en bonne partie, de la loi britannique. De ce fait, le nouveau régime d'utilisation équitable en droit d'auteur canadien est établi à l'article 16(1)(i) de la *Loi de 1921 concernant le droit d'auteur* et s'inspire visiblement de l'article 2(1)(i) de la loi impériale de 1911<sup>327</sup>. La liste exhaustive et rigide de la législation britannique est reprise, avec les mêmes fins d'usage :

**16.** (1) Sera considéré comme ayant porté atteinte au droit d'auteur sur une œuvre, quiconque, sans le consentement du titulaire de ce droit, exécute un acte qu'en vertu de la présente loi seul ledit titulaire a la faculté d'exécuter.

Toutefois, ne constituent aucune violation du droit d'auteur :

(i) L'utilisation équitable d'une œuvre quelconque dans un but d'étude privée, de recherche, de critique, de compte rendu ou sous forme de résumé destiné aux journaux;<sup>328</sup>

Par conséquent, on est dans l'obligation de reconnaître la transposition de l'utilisation équitable britannique en droit canadien. Ainsi, l'évolution en droit britannique entre 1911 et 1924 est également applicable en droit canadien, même si ce dernier est autonome.

Alors que des décisions britanniques ont été rendues depuis l'entrée en vigueur de la *Loi de 1921 concernant le droit d'auteur*<sup>329</sup>, il a fallu attendre 1943 afin d'avoir la première affaire au Canada où la théorie de l'utilisation équitable a été appliquée : *Zamacois c Douville*

(1) This Act, except such of the provisions thereof as are expressly restricted to the United Kingdom, shall extend throughout His Majesty's dominions : Provided that it shall not extend to a self-governing dominion, unless declared by the Legislature of that dominion to be in force therein either without any modifications or additions, or with such modifications and additions relating exclusively to procedure and remedies, or necessary to adapt this Act to the circumstances of the dominion, as may be enacted by such Legislature.

<sup>326</sup> Moyse, *supra* note 66 à la p 107.

<sup>327</sup> Les similitudes sont plus frappantes lorsque nous comparons la législation britannique à la version anglaise de l'article :

*Copyright Act 1911* (Royaume-Uni)

*Loi 1921 concernant le droit d'auteur* (Canada)

2.—(1) Copyright in a work shall be deemed to be infringed by any person who, without the consent of the owner of the copyright, does anything the sole right to do which is by this Act conferred on the owner of the copyright: Provided that the following acts shall not constitute the infringement of a copyright:—

(i) any fair dealing with any work for the purpose of private study, research, criticism, review or newspaper summary:

16.(1) Copyright in a work shall be deemed to be infringed by any person who, without the consent of the owner of the copyright, does anything the sole right to do which is by this Act conferred on the owner of the copyright:

Provided that the following acts shall not constitute an infringement of copyright:

(i) Any fair dealing with any work for the purposes of private study, research, criticism, review, or newspaper summary;

<sup>328</sup> *Loi de 1921, supra* note 121, art 16(1)(i).

<sup>329</sup> *Ibid.*

*and Marchand*<sup>330</sup>. Ce jugement a non seulement constaté le changement de régime de l'usage loyal à l'utilisation équitable, mais il a aussi confirmé la nature plus restrictive de la nouvelle théorie en conformité avec la jurisprudence anglaise de l'époque<sup>331</sup>.

Dans cette affaire, les défendeurs étaient les directeurs-proprétaires d'un journal hebdomadaire intitulé *Le Bien Public* à Trois-Rivières. Dans l'édition du 8 février 1940, un article du nom de « Vérité et Bobards » écrit par Léon Dufrost est paru. Il s'agissait d'une critique d'un article du même nom de Miguel Zamacoïs, le demandeur. Cependant, les défendeurs ont non seulement publié la critique, mais ils ont aussi reproduit l'article original en entier sans le consentement du demandeur afin de permettre aux lecteurs de se rapporter au texte<sup>332</sup>.

Ainsi, l'une des questions principales en litige était de savoir « si un rédacteur ou un collaborateur du *Bien Public* pouvait, en critiquant ou commentant l'article de Zamacoïs, le reproduire en entier »<sup>333</sup>. Ainsi, l'analyse de la cour est basée sur la théorie de l'utilisation équitable prévue à l'article 17 de la loi, qui se lisait comme suit :

17. Sera considéré comme ayant porté atteinte au droit d'auteur sur une œuvre, quiconque, sans le consentement du titulaire de ce droit, exécute un acte qu'en vertu de la présente loi seul ledit titulaire a la faculté d'exécuter. Toutefois, ne constituent aucune violation du droit d'auteur :

(i) L'utilisation équitable d'une œuvre quelconque dans un but d'étude privée, de recherche, de critique, de compte rendu ou sous forme de résumé destiné aux journaux;

[...]

(iv) La publication de courts passages empruntés à des œuvres littéraires encore protégées, publiées et non destinées elles-mêmes à l'usage des écoles, dans un recueil qui est composé principalement de matières non protégées, préparé de bonne foi pour être utilisé dans les écoles et désigné comme tel dans le titre et dans les annonces faites par l'éditeur ;

<sup>330</sup> *Zamacoïs c Douville and Marchand* (1943), 2 CPR 270, [1944] Ex CR 208 [*Zamacoïs*]

<sup>331</sup> Voir *University of London Press*, *supra* note 317; *Hawkes & Sons (London) Limited v Paramount Film Service, Limited*, [1934] 1 Ch 593 (CA) [*Hawkes & Sons*].

<sup>332</sup> *Zamacoïs*, *supra* note 330 au para 5.

<sup>333</sup> *Ibid* à la p 92. Au paragraphe 82, le tribunal énumère deux questions auxquelles il faut répondre, dont la seconde se rapporte à l'utilisation équitable :

[...]

(a) L'article de Zamacoïs, "Vérités et Bobards", reproduit dans le numéro du journal *Le Bien Public* du 8 février 1940 est-il un article d'actualité de discussion économique ou politique au sens du paragraphe (2) de l'article 9 de la Convention signée à Rome le 2 juin 1928 pouvant être reproduit par la presse, étant donné que la reproduction n'en a pas été expressément interdite ?

(b) Le collaborateur du journal *Le Bien Public*, Léon Dufrost (de son vrai nom Louis Durand), avait-il le droit en faisant une critique ou un commentaire de l'article de Zamacoïs de le reproduire intégralement ?

[...] <sup>334</sup>

Dans son jugement, le tribunal s'est rapporté tant à la doctrine britannique de Copinger<sup>335</sup>, qui traitait de la jurisprudence anglaise pertinente, qu'à la doctrine française d'Adrien Huard et Edouard Mack<sup>336</sup>. Le tribunal a même jugé la doctrine française plus intéressante pour répondre à la question<sup>337</sup>. Les extraits de Huard et Mack, dont ceux-ci, se sont avérés fort utiles dans son analyse :

531. Un critique ne peut, sans se rendre contrefacteur, reproduire la totalité de l'œuvre critiquée.

— C. de Paris, 24 mai 1845, aff. Sagnier et Bray c. Mallet (Blanc, p. 180). Voir également : C. de Paris, 26 décembre 1834, aff. Fayet c. Journal des connaissances usuelles (Gastambide, p. 110).

569. Si l'éditeur d'une revue ou d'un journal périodique peut, sans se rendre coupable de contrefaçon, donner des extraits d'un recueil ou d'un récit publié par un autre, soit pour en faire l'éloge ou la critique, soit pour appeler sur lui l'attention du public, il n'en saurait plus être ainsi lorsque l'éditeur de cette revue ou de ce journal reproduit textuellement, dans l'intérêt exclusif de son œuvre, soit la totalité, soit les parties notables ou essentielles de cet écrit, de manière à porter préjudice à l'auteur ou à l'éditeur. L'indication de la source ne suffit pas pour faire disparaître la contrefaçon.

— C. de Paris, 24 décembre 1859, aff. Charpentier c. Lecompte (Pat., 1860, p. 31, et 1859, p. 271).

569 bis. Le droit de critique littéraire comprend le droit de citation des passages de l'œuvre critiquée, et le nombre ou l'importance des citations ne modifie pas le caractère de la publication, si celles-ci ne servent qu'à concourir à la démonstration de la critique entreprise. Mais il y a contrefaçon littéraire si sous prétexte de critique on s'approprie en tout ou en partie le travail d'autrui, si on publie soit en entier, soit en abrégé les passages les plus saillants du livre critiqué, de manière à en donner une notion plus ou moins complète. Il en est ainsi quand même le nom de l'auteur critiqué serait cité dans l'œuvre de critique. Par contre, n'est pas une contrefaçon le livre où les passages empruntés à l'œuvre d'autrui sont mêlés les uns aux autres, sans lien ni cohésion, de telle sorte qu'il soit impossible de saisir l'intrigue et les caractères étudiés dans cette œuvre d'autrui.

<sup>334</sup> *Loi du droit d'auteur*, SRC 1927, c 32.

<sup>335</sup> Arthur Walter Copinger, *Copinger on Copyright*, 6<sup>e</sup> éd, Londres, Sweet and Maxwell, 1927.

<sup>336</sup> Adrien Huard et Edouard Mack, *Répertoire de législation, de doctrine et de jurisprudence en matière de propriété littéraire et artistique*, Paris, Marchal et Billard, 1909.

<sup>337</sup> *Zamacois*, *supra* note 330 aux paras 96- 97. :

96 au point de vue critique littéraire j'avouerais que les commentaires de Copinger sont plutôt minces. Peut-être est-ce dû au fait que la critique littéraire en Angleterre n'est pas un genre aussi répandu qu'en France.

97 Sous ce rapport il est plus instructif de consulter les auteurs français. Huard et Mack, comme nous l'avons vu, expriment l'opinion, à la page 156 de leur ouvrage précité, qu'un journal est une propriété littéraire composée soit d'articles-nouvelles, soit d'articles de politique ou de littérature, dont les premiers, par leur nature, quand ils ne contiennent que l'annonce des faits, appartiennent au domaine public, et dont les seconds, qui sont l'œuvre de l'esprit, forment une propriété privée. Au soutien de leur opinion les auteurs citent deux arrêts, qu'il est intéressant de consulter.

— Trib. corr. Seine, 24 fév. 1897, aff. Fasquelle c. Laporte (le Droit, 25 fév. 1897).  
*Pouillet*

511. *Quid* du droit de citation? Si la loi punit la contrefaçon partielle, elle n'interdit pas le droit de citation. Il est clair que citer un passage d'un ouvrage, soit pour le discuter, soit pour en tirer un argument au profit d'une opinion ou d'une doctrine que l'on émet, est légitime et légal. Le droit, réservé à l'auteur, tout exclusif qu'il est, ne saurait aller jusqu'à empêcher cela. La citation non seulement ne cause aucun préjudice à l'auteur cité, mais même ne porte aucune atteinte à sa propriété privative ; elle y rend bien plutôt hommage, par cela même qu'elle la reconnaît et la proclame. Refuser le droit de citation, ce serait supprimer le droit, pourtant inviolable, de la critique littéraire. Il va de soi, cependant, que, sous prétexte de citation, il n'est pas permis de contrefaire ; et ce serait assurément contrefaire que d'abuser des citations au point de copier l'ouvrage tout entier, ou dans sa majeure partie, et de faire, de ces citations ainsi habilement rapprochées, une sorte d'abrégé de l'ouvrage original. Il peut y avoir là quelquefois des questions de fait délicates ; c'est aux magistrats à les apprécier ; ils doivent toutefois tenir compte, en pareille matière, de la nature de l'ouvrage où sont réunies ces citations et du but que l'auteur s'est proposé, indulgents s'ils reconnaissent une œuvre de critique sérieuse, impitoyables, s'ils ne découvrent là qu'un stratagème pour s'approprier le travail d'autrui.

MM. Helie et Chauveau disent dans le même sens : "Le critique qui, en annonçant qu'il veut examiner un livre, commencerait par le reproduire et le ferait suivre de ses observations, ne ferait pas une simple citation, mais bien une reproduction préjudiciable (Helie et Chauveau, t. 6, p. 37,<sup>338</sup> [notre soulignement])

Quant à la doctrine anglaise, Copinger dégage plusieurs critères jurisprudentiels, dont ce que nous pouvons qualifier en français de concurrence potentielle :

The principle of this and similar cases has been carried out in that proviso by limiting the right to fair use to purposes which in their nature are likely to differ from those of the works from which extracts are taken, but, no doubt, in considering whether a dealing with a particular work was fair, it would have to be considered whether any competition was likely to exist between the two works; a newspaper summary of an article in a rival paper would probably be restrained. In fact, the limitation of purposes in regard to which the defence of fair dealing can be set up has probably not altered the law, but it has prevented any attempt to extend the defence to new purposes.<sup>339</sup>  
[notre soulignement]

Le tribunal est ultimement arrivé à la conclusion que *Le Bien Public* n'avait pas le droit de reproduire le texte complet de Zamacoïs<sup>340</sup>.

<sup>338</sup> Huard et Mack, *supra* note 336, n<sup>os</sup> 511, 528, 531, 569 et 569 bis; Zamacoïs, *supra* note 330 au para 102.

<sup>339</sup> Copinger, *supra* note 335 à la p 114; Zamacoïs, *supra* note 330 au para 94.

<sup>340</sup> Zamacoïs, *supra* note 330 aux paras 100- 104.:

100 Il est universellement reconnu que la reproduction par un journal dans un but de polémique ou de discussion d'articles parus dans un autre journal est licite [...]

101 Le droit de citation est permis par la loi; le refuser aurait pour effet de supprimer le droit de la critique littéraire. Cependant un critique ne peut, sans se rendre coupable de contrefaçon, reproduire la totalité de l'œuvre critiquée, sans autorisation de l'auteur [...]

L'importance de l'affaire *Zamacoïs* découle du fait qu'elle est non seulement la première décision canadienne à traiter de l'utilisation équitable, mais aussi qu'elle annonce, comme le note Pierre El Khoury, deux autres principes outre la concurrence potentielle :

1. L'existence d'une utilisation équitable dépend des faits propres à chaque situation ;
2. La quantité copiée de l'œuvre originale n'est pas, à elle seule, déterminante du caractère équitable de l'utilisation.<sup>341</sup>

#### 4.1.2 La réforme de l'utilisation équitable en 1997

Après l'affaire *Zamacoïs*, la loi a été modifiée à quelques reprises, mais sans jamais subir de réforme majeure avant les années 1990<sup>342</sup>. Cependant, comme nous l'avons vu précédemment, deux phases de réforme de la *Loi sur le droit d'auteur* ont eu lieu. La Phase II, soit celle de 1997, a marqué de manière importante l'utilisation équitable. En effet, avant la *Loi modifiant la Loi sur le droit d'auteur* de 1997<sup>343</sup>, l'exception d'utilisation équitable se trouvait à l'article 27(2)a):

27. (2) Ne constituent aucune violation du droit d'auteur :

- a) l'utilisation équitable d'une œuvre pour des fins d'étude privée, de recherche, de critique, de compte rendu ou en vue d'en préparer un résumé destiné aux journaux ; [notre soulignement]

Dès lors, l'utilisation équitable se trouve aux articles 29, 29.1 et 29.2:

Étude privée ou recherche

**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

**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,

103 L'indication du nom de l'auteur et de la source, si elle peut dans certains cas démontrer la bonne foi du contrefacteur, ne suffit pas pour faire disparaître la contrefaçon [...]

104 Après étude de la loi, des auteurs et de la jurisprudence, j'en suis venu à la conclusion qu'il faut répondre négativement à la deuxième question. *Le Bien Public* n'avait pas, à mon avis, le droit de reproduire avec les commentaires de son collaborateur, Léon Dufrost, le texte complet de l'article de Zamacoïs. En ce faisant, il outrepassait le droit de citation reconnu par la loi.

<sup>341</sup> El Khoury, *supra* note 195 à la p 70.

<sup>342</sup> Voir la section 2.3.1.

<sup>343</sup> *Loi modifiant la loi sur le droit d'auteur*, *supra* note 192.

- (iii) dans le cas d'un enregistrement sonore, le nom du producteur,
- (iv) dans le cas d'un signal de communication, le nom du radiodiffuser

#### Communication des nouvelles

**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 radiodiffuser<sup>344</sup>
- [notre soulignement]

Comme nous le verrons plus loin, ces articles ont encore été modifiés depuis la Phase II, surtout en 2012. Par contre, le noyau dur de la formulation moderne des articles date de cette réforme.

Non seulement l'utilisation équitable pour fins de résumés destinés aux journaux a été remplacée par celle pour fins de communication de nouvelles, une catégorie plus large, mais l'étendue du champ d'application de l'exception avait aussi été agrandie. Effectivement, en vertu des nouveaux articles, l'exception visait les droits voisins, c'est-à-dire les autres objets du droit d'auteur ajoutés par *Loi modifiant la Loi sur le droit d'auteur* de 1997, qui se trouvent alors à partir de l'article 15 de la *Loi sur le droit d'auteur*<sup>345</sup>. De ce fait, il peut y avoir une utilisation équitable pour des cas concernant les prestations, enregistrements sonores ou signaux de communication. Le législateur avait trois objectifs identifiés, soit :

«[1] renforcer la protection législative offerte aux créateurs canadiens [pour promouvoir le secteur des arts et de la culture]», [2] moderniser la loi afin de «la mettre au diapason des législations des principaux pays occidentaux» et [3] assurer «un équilibre entre les droits de ceux qui créent les œuvres et les besoins de ceux qui les utilisent». <sup>346</sup> [nos numéros]

Ainsi, il est raisonnable de prétendre qu'il ne s'agit pas d'un nouveau parti pris en faveur des utilisateurs au détriment des créateurs, ni d'«une tentative de lorgner du côté de la notion américaine de *fair use*, qui se veut beaucoup plus permissive pour les usagers» <sup>347</sup>. Chose certaine, contrairement à l'usage équitable étatsunien, la nouvelle législation ne fournissait

<sup>344</sup> *Loi sur le droit d'auteur*, supra note 14, arts 29, 29.1 et 29.2

<sup>345</sup> *Loi modifiant la loi sur le droit d'auteur*, supra note 192, art 15.

<sup>346</sup> Mistrale Goudreau, « Et si nous discussions de rédaction législative ... Commentaire sur la Loi de 1997 modifiant la loi sur le droit d'auteur », (1998) 11 CPI 7 à la p 8.

<sup>347</sup> Sylvi Plante, « Les nouvelles exceptions en droit canadien : un faux débat », (1998) 11 CPI 175 à la p 180 ; Marcel Dubé, « Modifications aux exceptions ou limitations qui existaient avant la réforme de la *Loi sur le droit d'auteur* de 1997 : cosmétique législative ou nouveau parti pris en faveur des utilisateurs ? », (1998) 11 CPI 157 à la p 170.

aucun test ou critère afin de déterminer l'existence d'une utilisation équitable ; elle ne prévoit que des fins de l'utilisation équitable. Il revenait donc à la jurisprudence d'intervenir.

#### 4.1.3 L'utilisation équitable pré-*Théberge* et *CCH*

Depuis *Zamacois* en 1943, peu de décisions traitaient d'utilisation équitable ou l'élaboraient de façon approfondie au Canada avant les années 2000<sup>348</sup>. La professeure Carys J. Craig a notamment noté que la jurisprudence canadienne en matière d'utilisation équitable a eu tendance à ne pas refléter l'importance du rôle qu'elle joue<sup>349</sup>. Ce manque de jurisprudence, et par extension de clarté de l'exception, est si considérable que Me Sunny Handa écrit ce qui suit dans son livre *Copyright Law in Canada* en 2002 :

The issue of fair dealing has been rarely addressed by Canadian courts. When the defense has been raised, courts often provided very little discussion concerning the factors to be considered in determining when a dealing is fair. The issue has been ignored and has been dismissed with little or no analysis. Indeed, some still consider the leading Canadian case on fair dealing to be the 1943 decision of the Exchequer Court *Zamacois v. Douville & Marchand*.<sup>350</sup> [notre soulignement]

Me Tamaro fait une remarque similaire dans *La loi sur le droit d'auteur commentée et annotée* de 1990, lorsque qu'il dit ce qui suit :

[...] la jurisprudence n'a pas posé précisément le cadre de la définition d'une utilisation d'une œuvre.

Il est intéressant de consulter l'arrêt *Zamacois c. Douville*, [1944] R.C. de l'É 208, aux pages 231 et suiv.<sup>351</sup> [notre soulignement]

Dans l'arrêt *Productions Avanti Ciné Vidéo inc c Favreau*, la Cour d'appel du Québec est d'accord avec la doctrine : « [l]a jurisprudence n'a pas réellement clarifié l'étendue de l'exemption d'« utilisation équitable » jusqu'à maintenant »<sup>352</sup>.

Malgré l'absence d'une abondance de jurisprudence et de clarté en ce qui concerne l'étendue de l'exception, la compréhension de l'utilisation équitable était claire : elle a généralement été comprise de manière restrictive et limitative, contrairement à l'usage équitable (*fair use*). En effet, l'article 29 était interprété comme « un ensemble fermé

<sup>348</sup> Il serait toutefois faux de prétendre qu'il n'y avait aucune affaire d'intérêt. Nous pouvons notamment penser à quelques décisions telles : *Vigneux v Canadian*, [1943] RCS 348, *Composers, Authors and Publishers Association of Canada v Siegel Distributing Co. Ltd. et al.* [1959] RCS 488, *Allen v Toronto Star Newspapers Ltd* (1995), 63 CPR (3<sup>e</sup>) 517 (Div gén Ont) et *Boudreau v Lin* (1997), 75 CPR (3<sup>e</sup>) 1 (Div gén Ont).

<sup>349</sup> Carys J Craig, « The Changing Face of Fair Dealing in Canadian Copyright Law: A Proposal for Legislative Reform » dans Michael Geist, dir, *In the Public Interest: The Future of Canadian Copyright Law*, Toronto, Irwin Law, 2005, 437 à la p 438 [Geist, *In the Public Interest*].

<sup>350</sup> Handa *supra* note 3 à la p 290.

<sup>351</sup> Normand Tamaro, *La Loi sur le droit d'auteur, commentée et annotée*, Montréal, Éditions Thémis, 1990 à la p 297.

<sup>352</sup> *Productions Avanti Ciné Vidéo inc c Favreau*, (1999), 177 DLR (4e) 568, [1999] RJQ 1939 à la p 1950 (QCCA) [*Avanti Ciné Vidéo*].

d'exceptions aux droits qu'un utilisateur avait sur une œuvre »<sup>353</sup>. De plus, le principe était analysé de manière limitée, contraire à une analyse flexible ou évolutive<sup>354</sup>. En décrivant l'historique jurisprudentiel avant l'époque *CCH*, la professeure Carys J. Craig a indiqué que l'utilisation équitable était souvent rejetée en raison de son interprétation restrictive et mécanique<sup>355</sup>. La professeure Craig a résumé l'exception de la manière suivante :

The Canadian fair dealing provisions limit fair dealing with a copyrighted work to the purposes of research or private study, criticism or review, or news reporting. As such, Canada's fair dealing provisions do not provide a general, open-ended defense for any dealing that can be regarded as "fair"; the fairness of a particular dealing is relevant to infringement proceedings only if it was undertaken for at least one of these specific purposes. In addition, where the dealing is for any purpose other than research and private study, the defense can succeed only if there has been sufficient acknowledgement of the source of the copied work. There are therefore three hurdles to be met by a defendant who claims to have dealt fairly with a work: **first**, the purpose must be one of those listed in the act; **second**, the dealing must be fair; and finally, sufficient acknowledgement must have been given where required by the act. Failure to overcome any one of these hurdles causes the defense to fail.<sup>356</sup> [notre soulignement]

Pour cette raison, il était raisonnable de comprendre le droit d'auteur comme étant un droit des auteurs avec quelques exceptions restrictives pour les utilisateurs ; il ne s'agissait pas d'une exception générale ouverte à l'étatsunienne.

Cette analyse revient dans de nombreux arrêts, telle l'affaire *Compagnie Générale des Établissements Michelin--Michelin & Cie c Syndicat national de l'automobile, de l'aérospatiale, du transport et des autres travailleurs et travailleuses du Canada (TCA-Canada)*<sup>357</sup>. Dans cette décision, il s'agissait entre autres d'une action en violation des droits d'auteur de la demanderesse, Compagnie Générale des Établissements Michelin--Michelin & Cie. En effet, en février et mars 1994, le défendeur, le Syndicat national de l'automobile, de l'aérospatiale, du transport et des autres travailleurs et travailleuses du Canada (ci-après « TCA ») a tenté de syndiquer les employés de Michelin Amérique du Nord (Canada) aux trois usines de pneus de la compagnie situées en Nouvelle-Écosse. Au cours de la campagne du recrutement dans ces usines, TCA a distribué des prospectus incluant un dessin du Bibendum, la mascotte de Michelin, une œuvre originale appartenant à la demanderesse.

En défense, les défendeurs ont nié toute violation du droit d'auteur en soutenant notamment que malgré la reproduction d'une partie importante de l'œuvre, la reproduction de

<sup>353</sup> Lametti, *supra* note 15 au para 8.

<sup>354</sup> Howard P Knopf, « Limits on the Nature and Scope of Copyright » dans Henderson, *supra* note 179 aux pp 258-259.

<sup>355</sup> Craig, *supra* note 349 aux pp 443- 445.

<sup>356</sup> *Ibid* aux pp 439- 440.

<sup>357</sup> [1997] 2 CF 306 [*Michelin*].

Bibendum est une parodie. Celle-ci serait, à leurs yeux, une exception à la violation du droit d'auteur, à savoir l'utilisation équitable à des fins de critique. Or, la parodie n'était pas énumérée à l'article 27(2). Le tribunal conclut comme suit:

**63** [Les arguments des défendeurs] ont échoué parce que la jurisprudence américaine permettant la parodie à titre de critique conformément à la doctrine de l'utilisation équitable" (fair use) n'est ni applicable ni terriblement persuasive dans le contexte canadien où la loi est différente et où la jurisprudence de longue date n'accueille pas la parodie comme exception. De plus, les exceptions à la violation du droit d'auteur doivent être interprétées strictement. Je ne suis pas disposé à donner une interprétation large du mot "critique" pour y englober la parodie et créer ainsi une nouvelle exception à l'alinéa 27(2)a.1).<sup>358</sup> [notre soulignement]

En traitant de la jurisprudence étatsunienne et de l'interprétation stricte en droit d'auteur canadien, le juge Teitelbaum souligne, en s'appuyant notamment sur l'affaire *Bishop c Stevens*<sup>359</sup> :

**65** [...] La demanderesse a mis en lumière à juste titre un certain nombre de différences entre l'article 107 de la loi américaine sur le droit d'auteur [17 U.S.C. (1994)] et notre propre loi en la matière [...] j'estime que ces distinctions sont cruciales. Premièrement, le système américain n'énonce pas limitativement les exceptions. Autrement dit, la liste des exceptions n'est pas exhaustive, mais chaque cas doit être étudié selon ses circonstances particulières puisque l'article 107 dit: [Traduction] "à des fins telles que la critique, le commentaire" (non souligné dans l'original). En outre, les quatre facteurs énumérés à l'article 107 pour déterminer si l'utilisation est équitable ne sont pas non plus exhaustifs puisqu'ils sont précédés du mot "notamment". Or, tel n'est pas le cas au Canada. Les exceptions à la violation du droit d'auteur sont énumérées exhaustivement aux alinéas 27(2)a) à 27(2)m) et au paragraphe 27(3) de la Loi sur le droit d'auteur. En tant qu'exceptions, elles doivent être interprétées strictement. Dans *Bishop c. Stevens*, [1990] 2 R.C.S. 467, [la] juge McLachlin a, aux pages 480 et 481, mis la Cour en garde contre une interprétation large des exceptions à la violation du droit d'auteur, étant donné les exceptions expresses et détaillées [...] Je ne peux me résoudre à donner au mot "critique" une interprétation large au point d'y inclure la parodie. Je me trouverais à créer de la sorte une nouvelle exception à la violation du droit d'auteur, démarche qui relève de la compétence exclusive du législateur.<sup>360</sup> [notre soulignement]

De ce fait, la cour a conclu que les défendeurs ont violé les droits d'auteur de la demanderesse en copiant les œuvres faisant l'objet desdits droits d'auteur ou en copiant une partie importante de celles-ci, sans le consentement ou l'autorisation de la demanderesse.

Cette approche n'est pas surprenante. Comme nous l'avons vu dans les sections précédentes, le droit d'auteur canadien se base beaucoup sur celui du Royaume-Uni,

<sup>358</sup> *Ibid* au para 63.

<sup>359</sup> *Bishop c Stevens*, [1990] 2 RCS 467 [*Bishop*].

<sup>360</sup> *Michelin*, *supra* note 357 au para 65.

particulièrement sur la *Copyright Act 1911*<sup>361</sup> ; c'est même dans cette loi que l'on voit paraître l'exception d'utilisation équitable. Il est vrai que les régimes canadien et britannique ont beaucoup évolué depuis 1911, la *Copyright, Designs and Patents Act 1988* étant la loi actuellement en vigueur au Royaume-Uni<sup>362</sup> ; il ne faut pas non plus négliger l'importance du droit européen et son influence en droit d'auteur britannique en raison de l'adhésion du Royaume-Uni à l'Union européenne. En effet, alors que la Communauté économique européenne (aujourd'hui l'Union européenne) n'avait pas compétence pour légiférer en matière de propriété intellectuelle au moment de sa création en 1957, les pays membres ont depuis assisté à une intégration de plus en plus importante<sup>363</sup>. Quoiqu'il n'y ait pas de système unitaire du droit d'auteur, des éléments primordiaux du droit substantif du droit d'auteur ont été harmonisés au sein de l'Union, incluant au Royaume-Uni, particulièrement en raison de ces dix directives européennes<sup>364</sup> :

- *Directive 93/83/CEE du Conseil, du 27 septembre 1993, relative à la coordination de certaines règles du droit d'auteur et des droits voisins du droit d'auteur applicables à la radiodiffusion par satellite et à la retransmission par câble*<sup>365</sup> ;
- *Directive 96/9/CE du Parlement européen et du Conseil, du 11 mars 1996, concernant la protection juridique des bases de données*<sup>366</sup> ;
- *Directive 2001/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information*<sup>367</sup> ;
- *Directive 2001/84/CE du Parlement européen et du Conseil du 27 septembre 2001 relative au droit de suite au profit de l'auteur d'une œuvre d'art originale*<sup>368</sup> ;

<sup>361</sup> *Copyright Act 1911*, supra note 4; Comme l'a dit David Vaver dans son livre *Copyright Law* de 2000: « The rigid approach comes to Canada via U.K. law, although the two laws differ in detail » [David Vaver, *Copyright Law*, coll Essentials of Canadian law, Toronto, Irwin Law, 2000 à la p 190] [Vaver, *Copyright Law*

<sup>362</sup> (R-U), 1988 c 48. Il y a également eu la *Copyright Act 1956* (R-U), 4 & 5 Eliz 2, c 74.

<sup>363</sup> Luke McDonagh, « UK Patent Law and Copyright Law after Brexit: Potential Consequences » dans Oonagh E. Fitzgerald et Eva Lein, dir, *Complexity's Embrace: The International Law Implications of Brexit*, Waterloo (ON), Centre for International Governance Innovation, 2018, 177 à la p 179; Traité instituant la Communauté économique européenne, 25 mars 1957, JO, C 224 arts 100, 222 (entrée en vigueur : 1 janvier 1958).

<sup>364</sup> *Ibid* à la p 186; Les professeurs Dinwoodie et Dreyfuss parlent plutôt de neuf directives, et ils indiquent que « much of U.K. copyright law is now determined by E.U. law. » [Graeme B Dinwoodie & Rochelle Cooper Dreyfuss, « Brexit and IP: The Great Unraveling » (2018) 39 *Cardozo L Rev* 967 à la p 970.]

<sup>365</sup> CEE, *Directive 93/83/CEE du Conseil, du 27 septembre 1993, relative à la coordination de certaines règles du droit d'auteur et des droits voisins du droit d'auteur applicables à la radiodiffusion par satellite et à la retransmission par câble*, [1993] JO, L 248/15.

<sup>366</sup> CE, *Directive 96/9/CE du Parlement européen et du Conseil, du 11 mars 1996, concernant la protection juridique des bases de données*, [1996] JO, L 77/20

<sup>367</sup> CE, *Directive 2001/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information*, [2001] JO, L 167/10 [Directive 2001/29/CE].

<sup>368</sup> CE, *Directive 2001/84/CE du Parlement européen et du Conseil du 27 septembre 2001 relative au droit de suite au profit de l'auteur d'une œuvre d'art originale*, [2001] JO, L 272/32.

- *Directive 2004/48/CE du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 relative au respect des droits de propriété intellectuelle*<sup>369</sup> ;
- *Directive 2006/115/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 relative au droit de location et de prêt et à certains droits voisins du droit d'auteur dans le domaine de la propriété intellectuelle*<sup>370</sup> ;
- *Directive 2006/116/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 relative à la durée de protection du droit d'auteur et de certains droits voisins*<sup>371</sup> ;
- *Directive 2009/24/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 avril 2009 concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur*<sup>372</sup> ;
- *Directive 2012/28/UE du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2012 sur certaines utilisations autorisées des œuvres orphelines*<sup>373</sup> ;
- *Directive 2014/26/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 concernant la gestion collective du droit d'auteur et des droits voisins et l'octroi de licences multiterritoriales de droits sur des œuvres musicales en vue de leur utilisation en ligne dans le marché intérieur*<sup>374</sup>.

La Directive 2001/29/CE portant sur la société de l'information permet notamment la création d'un régime d'exception, mais n'établit ni un régime d'utilisation équitable ni d'usage loyal<sup>375</sup> ; elle établit toutefois une liste exhaustive de fins, ce qui empêche *a priori* un régime plus ouvert comme l'usage loyal<sup>376</sup>.

En raison des modifications des deux législations, certains aspects du droit d'auteur des deux pays impliquent des différences importantes<sup>377</sup>. Toutefois, en raison de cette origine

<sup>369</sup> CE, *Directive 2004/48/CE du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 relative au respect des droits de propriété intellectuelle*, [2004] JO, L 157/45, corrigendum [2004] JO, L 195/16.

<sup>370</sup> CE, *Directive 2006/115/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 relative au droit de location et de prêt et à certains droits voisins du droit d'auteur dans le domaine de la propriété intellectuelle*, [2006] JO, L 376/28.

<sup>371</sup> CE, *Directive 2006/116/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 relative à la durée de protection du droit d'auteur et de certains droits voisins*, [2006] JO, L 372/12, modifiée par CE, *Directive 2011/77/UE du Parlement européen et du Conseil du 27 septembre 2011 modifiant la directive 2006/116/CE relative à la durée de protection du droit d'auteur et de certains droits voisins*, [2011] JO, L 265/1.

<sup>372</sup> CE, *Directive 2009/24/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 avril 2009 concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur*, [2009] JO, L 111/16.

<sup>373</sup> CE, *Directive 2012/28/UE du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2012 sur certaines utilisations autorisées des œuvres orphelines*, [2012] JO, L 299/2.

<sup>374</sup> CE, *Directive 2014/26/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 concernant la gestion collective du droit d'auteur et des droits voisins et l'octroi de licences multiterritoriales de droits sur des œuvres musicales en vue de leur utilisation en ligne dans le marché intérieur*, [2014] JO, L 84.

<sup>375</sup> *Directive 2001/29/CE*, supra note 367, art 5.

<sup>376</sup> McDonagh, supra note 363 à la p 363; Bernt Hugenholtz, « Flexible copyright: Can the EU author's rights accommodate fair use? Copyright law in an age of limitations and exceptions » dans Ruth L Okediji, dir, *Copyright Law in an Age of Limitations and Exceptions*, New York, Cambridge University Press, 2017, 275 aux pp 275-276. Le professeur Hugenholtz prône l'adoption d'un régime qui s'inspire davantage du modèle d'usage loyal dans les pays européens, tout comme le professeur Senftleben de l'Université d'Amsterdam [voir Martin Senftleben, « Comparative Approaches to Fair Use: An Important Impulse for Reforms in EU Copyright Law » dans Graeme B Dinwoodie, dir, *Methods and Perspectives in Intellectual Property*, Cheltenham (R-U), Edward Elgar, 2013, 30]

<sup>377</sup> Comme le souligne Me Barry B. Sookman :

commune, la vision canadienne était similaire à celle qui prévalait au Royaume-Uni pendant une bonne partie du XX<sup>e</sup> siècle.

Cela ne veut pas dire qu'il s'agissait de la même approche. Au contraire, l'utilisation équitable canadienne était historiquement plus restrictive que celle employée dans la jurisprudence britannique. L'auteur Pierre El Khoury, dans son ouvrage *Le Fair Use et le Fair dealing : Étude de droit comparé*, fournit deux décisions britanniques d'à-peu-près la même époque que l'affaire *Zamacoïs* qui appuient cette compréhension<sup>378</sup> : *Hawkes & Sons (London) Limited v Paramount Film Service, Limited*<sup>379</sup> et *Johnston v Bernard*<sup>380</sup>. Dans la première décision, la reproduction de l'œuvre a été jugée inéquitable, car l'utilisation ne se rattachait pas à l'une des fins prévues par la loi ; dans la seconde, l'utilisation était jugée équitable, parce qu'elle était faite dans le but de critiquer l'œuvre reproduite<sup>381</sup>. Plus récemment, dans l'affaire *Williamson Music Ltd v The Pearson Partnership Ltd*, le juge Paul Baker de la Haute Cour de justice a accepté la parodie comme un cas possible d'utilisation équitable, alors que ce n'était pas prévu par la loi<sup>382</sup> ; cela est contradictoire avec l'affaire *Michelin*<sup>383</sup>. À la fin de 1998, la Cour d'appel, dans l'affaire *Pro Sieben Media AG v Carlton UK Television Ltd*, encourage une interprétation libérale de l'exception :

'Criticism or review' and 'reporting current events' are expressions of wide and indefinite scope. Any attempt to plot their precise boundaries is doomed to failure. They are expressions which should be interpreted liberally [...]<sup>384</sup>

La cour a suivi cet exemple notamment dans d'autres décisions, telles *Newspaper Licensing Agency v Marks & Spencer plc*<sup>385</sup> et *Ashdown v Telegraph Group Ltd*<sup>386</sup>, les deux étant

---

Decisions of English Courts are often referred to in Canadian cases on matters related to copyright. This is natural as the Canadian Act was originally modelled after the United Kingdom Copyright Act of 1911. It should be recognized, however, that both the United Kingdom and the Canadian copyright legislation have undergone substantial amendments and there are now some significant differences between the two pieces of legislation. English cases will undoubtedly continue to be important where basic concepts in the two acts are similar. U.K. cases will be of less relevance to subject matter questions where the definitions of the works in issue diverge. For example, it was recently held in Australia that one must be careful in applying English decisions on the copyright protection for computer programs as the 1998 English Act does not define the term "computer program", whereas that term is defined in the Australian Copyright Act in a manner very similar to the definition in the Canadian Act. As well, one must also be mindful that United States cases are increasingly being referred to by Canadian Courts on copyright issues, a practice less followed in the United Kingdom.

(Barry B Sookman, *Computer, Internet and Electronic Commerce Law*, Toronto, Thomson Reuters, 1988 (feuilles mobiles mise à jour en 2019), ch 3 à la partie 3.3)

<sup>378</sup> El Khoury, *supra* note 195 à la p 71.

<sup>379</sup> *Hawkes & Sons*, *supra* note 331.

<sup>380</sup> [1938] 2 All ER 37.

<sup>381</sup> El Khoury, *supra* note 195 à la p 71.

<sup>382</sup> [1987] FSR 97.

<sup>383</sup> *Michelin*, *supra* note 357.

<sup>384</sup> [1998] EWCA civ 2001 [*Pro Sieben Media AG*].

rendues par la Cour d'appel. Or, comme nous l'avons vu, la jurisprudence canadienne a imposé l'antithèse de cette approche : une interprétation stricte de l'utilisation équitable<sup>387</sup>.

Cela étant dit, les similitudes entre ces deux utilisations équitables sont frappantes, surtout en comparaison avec l'usage loyal étatsunien. Comme au Canada où l'utilisation équitable est composée d'« un ensemble fermé d'exceptions »<sup>388</sup>, la version britannique est fort similaire. William Cornish, David Llewelyn et Tanya Alpin notent que l'exception britannique dépend « almost wholly on specified statutory limitations »<sup>389</sup>. Dans la même veine, Lionel Bently et Brad Sherman décrivent l'utilisation équitable britannique en 2014 comme étant une approche restrictive :

One of the notable features of the UK copyright law is that fair dealing is only permitted for the purposes specifically listed in the 1998 Act. This means that the dealing must be fair for the purposes of research or private study, criticism or review, or the reporting of current events. As such, it is irrelevant that the use might be fair for a purpose not specified in the Act, or that it is fair in general.

[...]

The restricted approach adopted in the UK should be contrasted with the American copyright law which has a general defence of *fair use* such that if the court is satisfied that the use is fair, then there will be no infringement.<sup>390</sup> [notre soulignement]

Les années 2000 furent très importantes dans l'évolution de l'utilisation équitable au Canada. L'origine de ce changement reste incertaine, quoique nous puissions imaginer qu'il soit dû, en partie, à l'influence accrue du droit étatsunien (doctrine, jurisprudence), de la

---

<sup>385</sup> [2000] EWCA Civ 179 aux para 40, 43 et 75 :

40. It is common ground that in the light of the decision of this court in *Pro Sieben Media AG v Carlton UK Television Ltd* [1999] 1 WLR 605, [...] (3) the words 'reporting current events' are of wide and indefinite scope and require a liberal interpretation.

[...]

75. For my part, I would accept that the purpose for which the copying is done, in the present case, can be brought within a liberal interpretation of the phrase 'for the purpose of reporting current events'.

<sup>386</sup> [2001] EWCA Civ 1142 au para 64:

[64] [...] As this Court said in *Pro Sieben AG v Carlton Television Ltd* [1999] 1 WLR 605, [1999] FSR 610, at 614G of the former report, the expression 'reporting current events' should be interpreted liberally.

<sup>387</sup> Dans l'affaire *Bishop*, *supra* note 359 aux pp 480- 481, la future juge en chef McLachlin a notamment refusé une exception implicite au sens littéral de l'article 3(1) d), car la « Loi prév[oyait]des exceptions expresses et détaillées ». De plus, elle a refusé l'interprétation de l'appelante de cet article car celle-ci n'avait pas prouvé qu'à l'époque de l'adoption de la Loi, le droit de diffuser l'exécution d'une œuvre prévu dans ses dispositions incluait nécessairement le droit d'en faire un préenregistrement.

<sup>388</sup> Lametti, *supra* note 15 au para 8.

<sup>389</sup> William Cornish, David Llewelyn, et Tanya Alpin, *Intellectual Property: Patents, Copyrights, Trademarks & Allied Rights*, 8<sup>e</sup> éd, Londres, Sweet & Maxwell, 2013 à la p 492.

<sup>390</sup> Lionel Bently et Brad Sherman, *Intellectual Property Law*, 4<sup>e</sup> éd, Oxford, Oxford University Press 2014, aux pp 202-203:

doctrine canadienne ainsi que de la jurisprudence britannique récente qui était davantage libérale.

## 4.2 L'usage loyal de 1978 à nos jours

Contrairement à l'utilisation équitable canadienne, il a fallu attendre la fin du XX<sup>e</sup> siècle pour l'inclusion de l'exception générale au droit d'auteur dans la législation étatsunienne, c'est-à-dire l'usage loyal.

### 4.2.1 La reconnaissance législative de l'usage loyal par la *Copyright Act* de 1976

Comme nous l'avons vu précédemment, la *Copyright Act* a subi plusieurs réformes importantes. Or, seulement la plus récente a introduit l'usage loyal, soit la *Copyright Act of 1976*, à son article 107<sup>391</sup>.

Également, de nombreux jugements de principe ont été rendus depuis son entrée en vigueur en 1978, précisant davantage la portée de l'article, notamment *Sony Corp of America v Universal City Studios, Inc* en 1984<sup>392</sup>, *Harper & Row, Publishers, Inc v Nation Enterprises* en 1985<sup>393</sup> et *Campbell v Acuff-Rose Music, Inc*<sup>394</sup> en 1994. Il faut noter que, depuis son adoption, l'article 107 a été modifié à deux reprises, soit par la *Visual Artists Rights Act of 1990*<sup>395</sup> et par l'*Act of 24 October 1992*<sup>396</sup>. Aujourd'hui, l'article 107 se lit comme suit :

#### 107. Limitations on exclusive rights: Fair use

Notwithstanding the provisions of sections 106 and 106A<sup>397</sup>, the fair use of a copyrighted work, including such use by reproduction in copies or phonorecords or by any other means specified by that section, for purposes such as criticism, comment, news reporting, teaching (including multiple copies for classroom use), scholarship, or research, is not an infringement of copyright. In determining whether the use made of a work in any particular case is a fair use the factors to be considered shall include—

- (1)□ the purpose and character of the use, including whether such use is of a commercial nature or is for nonprofit educational purposes;
- (2)□ the nature of the copyrighted work;

<sup>391</sup> *Copyright Act of 1976*, Pub L No 94-553, 90 Stat 2541, § 107.

<sup>392</sup> *Sony*, *supra* note 18 à la p 448; cette expression provient initialement du *House du Report No. 94-1476* [É-U, House Judiciary Committee, *supra* note 299] à la 65, où l'on dit :

Although the courts have considered and ruled upon the fair use doctrine over and over again, no real definition of the concept has ever emerged. Indeed, since the doctrine is an equitable rule of reason, no generally applicable definition is possible, and each case raising the question must be decided on its own facts. [notre soulignement]

<sup>393</sup> *Harper & Row*, *supra* note 18.

<sup>394</sup> *Campbell*, *supra* note 18.

<sup>395</sup> Pub L No 101-650, 104 Stat 5089.

<sup>396</sup> Pub L No 102-492, 106 Stat 3145.

<sup>397</sup> La référence à l'article 106A a été ajoutée en 1990 par la *Visual Artists Rights Act of 1990*, *supra* note 395.

- (3)  the amount and substantiality of the portion used in relation to the copyrighted work as a whole; and
- (4)  the effect of the use upon the potential market for or value of the copyrighted work.

The fact that a work is unpublished shall not itself bar a finding of fair use if such finding is made upon consideration of all the above factors.<sup>398</sup> [notre soulignement]

Nous pouvons traduire ces fins comme suit :

1. Le but et la nature de l'usage, notamment si cet usage est de nature commerciale ou à des fins éducatives à but non lucratif ;
2. La nature de l'œuvre ;
3. L'ampleur de l'usage en comparaison à l'ensemble de l'œuvre originale ; et
4. L'effet de l'usage sur le marché potentiel ou la valeur de l'œuvre.

#### **4.2.2. En quoi consiste cette exception depuis sa reconnaissance législative ?**

Il est important de souligner qu'il n'y a eu aucune intention du législateur étatsunien de modifier l'exception déjà existante, alors que c'était le cas au Canada avec l'utilisation équitable. Le Comité judiciaire de la Chambre des représentants dit ce qui suit en septembre 1976, un mois avant que la *Copyright Act of 1976* ne soit adoptée<sup>399</sup>, dans le *House Report No. 94-1476* :

The bill endorses the purpose and general scope of the judicial doctrine of fair use, but there is no disposition to freeze the doctrine in the statute, especially during a period of rapid technological change. Beyond a very broad statutory explanation of what fair use is and some of the criteria applicable to it, the courts must be free to adapt the doctrine to particular situations on a case-by-case basis. Section 107 is intended to restate the present judicial doctrine of fair use, not to change, narrow, or enlarge it in any way.<sup>400</sup> [notre soulignement]

De ce fait, une lecture attentive de l'ensemble de ce paragraphe est de mise pour bien saisir l'intention du législateur. Premièrement, on constate la volonté de continuer avec ce qui avait été créé par la jurisprudence. Le juge Souter de la Cour suprême s'exprime comme suit dans l'affaire *Campbell* :

Congress meant § 107 "to restate the present judicial doctrine of fair use, not to change, narrow, or enlarge it in any way" and intended that courts continue the common-law tradition of fair use adjudication.<sup>401</sup>

<sup>398</sup>L'article 107 de la *Copyright Act*, *supra* note 4 a été encore amendé pour ajouter la dernière phrase, soulignée ci-dessus par la *Act of 24 October 1992*, *supra* note 396.

<sup>399</sup>*Copyright Act of 1976*, *supra* note 377.

<sup>400</sup>É-U, House Judiciary Committee, *supra* note 299 à la p 66.

<sup>401</sup>*Campbell*, *supra* note 18 à la p 577.

Secondement, on y voit l'intention de ne pas figer la doctrine, mais bien de permettre son évolution grâce à la jurisprudence. Comme le souligne Patry, le législateur n'a pas « codifié » l'usage loyal<sup>402</sup>, mais l'a reconnu législativement<sup>403</sup>, et ce, pour la première fois dans l'histoire<sup>404</sup>. Patry explique les différences subtiles entre codification et reconnaissance avec justesse:

Codification refers to the embodiment of the law. The code or statute is then looked to as the authoritative embodiment of the law. Section 107, however, is not such an embodiment; it does not even attempt to define fair use, much less set forth its metes and bounds [...] Instead, Section 107 is merely a “statutory recognition” of the fair use doctrine in a form that references some of the criteria previously developed by the courts.<sup>405</sup>

Ainsi, on comprend la volonté du législateur de s'inscrire dans l'évolution historique de l'exception. En ce sens, la doctrine de l'usage loyal, reconnue législativement, se veut une approche souple, comme l'explique le juge en chef de la Cour d'appel des États-Unis pour le deuxième circuit, Irving R. Kaufman :

The doctrine of fair use, originally created and articulated in case law, permits courts to avoid rigid application of the copyright statute when, on occasion, it would stifle the very creativity which that law is designed to foster.<sup>406</sup> [notre soulignement]

Or, avec sa reconnaissance législative, en quoi cette exception est-elle souple ? Premièrement, comme mentionné dans le passage de Patry ci-dessus, le législateur ne définit pas l'usage loyal<sup>407</sup>, mais fournit plutôt une liste d'exemples des fins possibles de cette exception. Plus important encore, la liste des méthodes de reproduction et des fins d'usage loyal se trouvant au premier paragraphe de l'article 107, que la doctrine et la jurisprudence étatsuniennes appellent le « préambule »<sup>408</sup>, n'est nullement exhaustive ; il s'agit plutôt d'une

<sup>402</sup> Cela n'a toutefois pas empêché des tribunaux et des écrivains de le décrire ainsi dans le passé. Dans l'affaire *Harper & Row, supra* note 18 à la p 547, la Juge Sandra Day O'Connor de la Cour suprême indique :

The copyright owner's rights, however, are subject to certain statutory exceptions. §§ 107–118. Among these is § 107 which codifies the traditional privilege of other authors to make “fair use” of an earlier writer's work

[...]

The statutory formulation of the defense of fair use in the Copyright Act reflects the intent of Congress to codify the common-law doctrine.

[notre soulignement]

<sup>403</sup> Patry, *Fair Use, supra* note 20, § 2:1.

<sup>404</sup> É-U, House Judiciary Committee, *supra* note 299 à la 65.

<sup>405</sup> Patry, *Fair Use supra* note 20, § 2: 1.

<sup>406</sup> *Iowa State University, supra* note 306 à la p 60.

<sup>407</sup> Dans *Chicago Bd of Educ v Substance, Inc*, 354 F (3d) 624 à la p 629 (7<sup>e</sup> Cir 2003) [*Chicago Bd of Educ*], le juge Posner a décrit l'usage loyal comme étant une défense qui défie la codification : « The fair use defense defies codification ».

<sup>408</sup> Voir notamment Patry, *Fair Use supra* note 20, §§ 3:1, 3:4, et 3:9 ; *Campbell, supra* note 18 aux pp 577-578 et 584.

exception générale ouverte. Cette réalité donne donc plus de marge de manœuvre aux tribunaux dans l'application de l'exception. La première phrase de l'article 107 utilise à deux reprises un langage ouvert :

[...] the fair use of a copyrighted work, including such use by reproduction in copies or phonorecords or by any other means specified by that section, for purposes such as criticism, comment, news reporting, teaching (including multiple copies for classroom use), scholarship, or research, is not an infringement of copyright.<sup>409</sup> [notre soulignement]

Cela est en opposition totale avec l'utilisation équitable canadienne, qui possède une liste exhaustive des fins prévues aux articles 29 et suivants de la *Loi sur le droit d'auteur*. Comme nous l'avons vu précédemment, il s'agit, au Canada, d'« un ensemble fermé d'exceptions »<sup>410</sup>.

Cette interprétation du langage de l'article 107 est appuyée par l'article 101 de la *Copyright Act*, qui énonce que « [t]he terms “including” and “such as” are illustrative and not limitative »<sup>411</sup>. Également, elle est confirmée par la jurisprudence, qui note que la liste fournit « only general guidance about the sorts of copying that courts and Congress most commonly had found to be fair uses »<sup>412</sup>. De ce fait, il faut plutôt procéder à une analyse au cas par cas en tenant compte des faits en l'espèce ainsi que des objectifs de la loi (diffusion des connaissances, encouragement de la production d'œuvres, etc.)<sup>413</sup>. C'est pour cette raison qu'en 1984, la Cour suprême des États-Unis, dans l'affaire *Sony Corp of America*, a décrit l'usage loyal comme une « equitable rule of reason »<sup>414</sup>. Ceci est réaffirmé encore une fois une décennie plus tard par le juge David Sauter de la Cour suprême dans l'affaire *Campbell* lorsqu'il s'exprime comme suit: « The task is not to be simplified with bright-line rules, for the statute, like the doctrine it recognizes, calls for case-by-case analysis » [notre soulignement]<sup>415</sup>.

L'analyse des faits est donc primordiale, même face à une fin prévue par la loi à l'article 107. C'est pour cette raison que la jurisprudence peut refuser et a refusé l'exception d'usage loyal même s'il y avait une fin prévue par la loi<sup>416</sup>. Inversement, en raison de la liste

<sup>409</sup> *Copyright Act*, *supra* note 4, § 107.

<sup>410</sup> Lametti, *supra* note 15 au para 8.

<sup>411</sup> *Copyright Act*, *supra* note 4, § 101.

<sup>412</sup> *Campbell*, *supra* note 18 aux pp 577- 578.

<sup>413</sup> *Harper & Row*, *supra* note 18 à la p 549: « Section 107 requires a case-by-case determination whether a particular use is fair »; *Campbell*, *supra* note 18 à la p 577: « The task is not to be simplified with bright-line rules, for the statute, like the doctrine it recognizes, calls for case-by-case analysis »; *TCA Television Corp v McCollum*, 151 F (3d) Supp 419 à la p 433 (NY Cir Ct 2015) : « It is well-established [...] that fair use analysis always “calls for a case-by-case analysis.” »

<sup>414</sup> *Sony*, *supra* note 18 à la p 448.

<sup>415</sup> *Campbell*, *supra* note 18 à la p 577.

<sup>416</sup> La jurisprudence a également prétendu que lorsque l'on est face à une fin énumérée, on devait présumer l'existence d'un usage loyal. Voir *Campbell*, *supra* note 18 aux pp 583-584; *Harper & Row*, *supra* note 18 à la

non exhaustive des fins de l'article 107, la cour a reconnu des fins non énumérées, notamment la parodie<sup>417</sup>, ce que la jurisprudence canadienne a refusé de faire par le passé (bien qu'elle ne soit pas totalement hostile à le reconnaître), comme nous l'avons vu précédemment<sup>418</sup>.

Secondement, l'analyse des facteurs pour déterminer l'existence ou non de l'usage loyal est *a priori* souple et non exhaustive. Dans *Financial Information, Inc v Moody's Investors Service, Inc*, le juge James L. Oakes de la Cour d'appel des États-Unis pour le deuxième circuit note que « [r]ather than a sequence of four rigid tests, the fair use analysis consists of a "sensitive balancing of interests" »<sup>419</sup>. Le défendeur n'a pas à prouver que

---

p 561 « This listing was not intended to be exhaustive, see [§ 107]; § 101 (definition of "including" and "such as"), or to single out any particular use as presumptively a "fair" use».

<sup>417</sup> Voir *Campbell*, *supra* note 18; *Evereedy Battery Co v Adolph Coors*, 765 F Supp 440 à la p 446 (Ill Cir ct 1991): « It is well established that parody may qualify a fair use of a copyrighted work »; *Elsmere Music, Inc v National Broadcasting Co*, 623 F (2d) 252 (2<sup>e</sup> Cir 1980).

<sup>418</sup> Voir *supra*, section 4.1.3, le tribunal a notamment refusé la fin de parodie dans *Michelin*, *supra* note 357. Toutefois, dans *Avanti Ciné Vidéo*, *supra* note 352 aux paras 69-70, la Cour d'appel du Québec était disposée à reconnaître la parodie si les faits en l'espèce étaient différents :

69 Quelle conclusion peut-on dégager de tout cela? Il semble bien que la parodie peut être vue sous deux aspects : une exception à l'atteinte aux droits d'auteur selon l'article 27(1) (maintenant 29) de la *Loi* ou une œuvre originale en soi. Dans la première situation, il est clair que la *Loi* est restrictive et que l'exception ne trouve d'application que dans les cas qu'elle définit, notamment les fins de critique. Or, on le sait, la critique d'une œuvre intellectuelle ou artistique n'est pas que sérieuse ou savante ; elle peut aussi être humoristique ou drôle grâce à une opération d'amplification, de déformation ou d'exagération de l'œuvre visée, en un mot, elle emprunte les voies de la caricature ; elle en sera souvent que plus mordante. En ce sens, elle pourrait constituer une exemption pourvu que les exigences de la *Loi* soient satisfaites. Mais ce n'est généralement pas à cette situation que l'on réfère mais à la seconde suivant laquelle la parodie est vue comme une œuvre en soi, originale, distincte et indépendante de l'œuvre parodiée et dont la création nécessite labeur, imagination, talent, ce qui la distingue de l'imitation trompeuse. Les auteurs, BRAITHWAITE spécialement, sont disposés à reconnaître que cette création intellectuelle que constitue la véritable parodie confère à son auteur une véritable reconnaissance mais ne sont pas prêts à conclure que les droits de l'auteur parodié ne sont pas violés, un pas que l'on a franchi en Angleterre dans *l'affaire Joy Music Ltd*.

70 L'absence de décision formelle sur ce point au Canada, du moins suivant mes recherches et celles des parties, découle peut-être du fait qu'en réalité, cette vision des choses est celle communément acceptée et que la véritable parodie est reconnue. Cela signifie que si un créateur produit une authentique parodie créant ainsi une œuvre nouvelle qui pastiche ou ridiculise une autre œuvre ou qui prend appui sur une autre œuvre pour se moquer ou critiquer un événement social ou politique -c'était la situation dans *Joy Music Ltd*, où on avait utilisé la chanson *Rock-a-Billy* pour caricaturer le prince Philip- il n'y aura pas lieu à violation des droits d'auteur. À mon sens, deux critères sont rencontrés : la finalité de l'emprunt à l'autre œuvre et l'originalité de l'œuvre nouvelle. On peut discuter de la situation du « *Target parody* » ou celle du « *Weapon parody* » mais la véritable question est et demeure la suivante : Quelle est l'œuvre produite ? La parodie et le burlesque sont des genres littéraires et dramatiques. Leur objet est de critiquer par le ridicule une œuvre, une situation ou des personnes. Dès lors que l'œuvre est qualifiée ainsi, elle a sa vie propre. Toutefois, la parodie ne doit pas être un paravent pour éviter le travail intellectuel et bénéficier de la renommée de l'œuvre parodiée. [notre soulignement]

<sup>419</sup> 751 F (2d) 501 à la p 508 (2<sup>e</sup> Cir 1984) ; l'expression « sensitive balancing of interest » vient de *Sony*, *supra* note 18 à la p 455, n 40 et a été reprise par la jurisprudence depuis : voir notamment *Campbell*, *supra* note 18 à la p 584 ; *Harper & Row, Publishers*, *supra* note 18 à la p 597.

chacun des quatre facteurs prévus à l'article 107 penche en sa faveur<sup>420</sup>. De plus, ces quatre facteurs sont non-exhaustifs, comme le souligne le juge Richard Posner de la Cour d'appel des États-Unis pour le septième circuit dans *Ty, Inc v Publications Intern. Ltd* :

The important point is simply that, as the Supreme Court made clear not only in *Campbell* but also in *Sony Corp. v. Universal City Studios* [...], the four factors are a checklist of things to be considered rather than a formula for decision; and likewise the list of statutory purposes [...] the factors and purposes are not exhaustive [...] <sup>421</sup>  
[notre soulignement]

Ultimement, l'analyse des facteurs, comme celle des fins et de l'ensemble de l'exception d'usage loyal, doit se faire au cas par cas. Dans *Harper & Row*, la juge O'Connor de la Cour suprême des États-Unis souligne l'importance de l'analyse des faits en l'espèce : « The factors enumerated in the section [107] are not meant to be exclusive: “[S]ince the doctrine is an equitable rule of reason, no generally applicable definition is possible, and each case raising the question must be decided on its own facts » [notre soulignement]<sup>422</sup>. C'est pour cette raison que deux décennies plus tard, dans *S&L Vitamins, Inc v Australian Gold, Inc*, le tribunal déclare que « [i]t is well settled that the determination of fair use is "an open-ended context-sensitive inquiry»<sup>423</sup>.

Cela étant dit, même si les quatre facteurs prévus à l'article 107 ne sont pas censés être analysés rigidement, les tribunaux étatsuniens ont eu tendance à les appliquer de manière formaliste, comme le note le professeur Barton Beebe dans une étude empirique des jugements d'usage loyal rendus entre 1978 et 2005 :

[C]ourts often acknowledged that the four-factor test should not be applied formulaically; as one court put it, the test does not "constitute an algorithm that enables decisions to be ground out mechanically." Yet the data show that after an initial period of flexibility, judges shifted in the late 1980s toward a rhetorically quite formal and explicit treatment of the section 107 factors.<sup>424</sup>

Selon les données récoltées par le professeur Beebe, l'application formaliste des quatre facteurs aurait commencé à partir de 1985 avec l'affaire *Harper & Row*<sup>425</sup>.

Ce qui distingue l'usage loyal de ce qui se fait ailleurs, notamment au Canada, est le fait qu'il s'agisse d'un test en une étape. En droit canadien, le tribunal s'intéresse d'abord (1) à la fin de l'utilisation, particulièrement si elle est permise par la loi, avant de déterminer (2)

<sup>420</sup> *NXIVM Corp v Ross Institute*, 364 F (3d) 471 à la p 477 (2<sup>e</sup> Cir 2004) [*NXIVM Corp*]; *Wright v Warner Books, Inc*, 953 F (2d) 731 à la p 740 (2<sup>e</sup> Cir 1991) [*Wright*].

<sup>421</sup> *Ty, Inc*, *supra* note 21 à la p 522 (7<sup>e</sup> Cir 2002).

<sup>422</sup> *Harper & Row*, *supra* note 18 à la p 560.

<sup>423</sup> F Supp (2d) 188 à la 213 (D NY 2007) [*S&L Vitamins*].

<sup>424</sup> Barton Beebe, *An Empirical Study of U.S. Copyright Fair Use Opinions, 1978-2005*, (2008) 156 U Pa L Rev 549 aux pp 561-562.

<sup>425</sup> *Ibid* à la p 562; *Harper & Row, Publishers*, *supra* note 18.

si elle est équitable. Par ailleurs, les tribunaux étatsuniens ne se posent qu'une question principale : l'usage est-il loyal ? Cela est accompli en analysant notamment les quatre facteurs prévus à l'article 107 de la loi. En effet, étant donné que les fins ne sont pas exhaustives en usage loyal, peu d'importance y est accordée et les tribunaux passent tout de suite à l'analyse de la nature loyale de l'usage. Les fins sont toutefois abordées dans l'analyse, particulièrement lorsqu'il s'agit du but et de la nature de l'usage<sup>426</sup>.

En résumé, l'usage loyal étatsunien était perçu comme le contraire de l'utilisation équitable. Cette dernière était comprise et appliquée de manière restrictive, n'étant pas une exception générale en raison de sa liste exhaustive des fins permises interprétées rigide-ment. Du côté étatsunien, l'usage loyal consistait plutôt en une exception générale ouverte et souple, ayant une liste non exhaustive de fins et de facteurs, et permettant l'inclusion d'éléments non prévus dans la loi. Le test se faisait en une étape, en établissant si l'usage était loyal ou non à l'aide des facteurs énumérés à l'article 107. Alors qu'il est vrai que les quatre facteurs étaient généralement appliqués de manière mécanique, l'application de l'usage loyal dans son ensemble s'intéressait *a priori* aux faits en l'espèce ; cette exception était avant tout une « equitable rule of reason »<sup>427</sup>. Finalement, l'usage loyal était également censé évoluer avec le temps<sup>428</sup>.

Or, à partir des années 2000, un rapprochement entre les deux exceptions générales a eu lieu. En effet, la confusion quant aux différences entre les deux s'accroissait, ce qui a mené certaines personnes à remettre en question l'existence des différences importantes entre les deux. Regardons désormais la révolution jurisprudentielle de l'utilisation équitable.

---

<sup>426</sup> En effet, les noms, buts et fins sont des synonymes.

<sup>427</sup> *Sony*, *supra* note 18 à la p 448; É-U, House Judiciary Committee, *supra* note 299 à la 65.

<sup>428</sup> É-U, House Judiciary Committee, *supra* note 299 à la 66: « The bill endorses the purpose and general scope of the judicial doctrine of fair use, but there is no disposition to freeze the doctrine in the statute, especially during a period of rapid technological change ».

## 5. La révolution jurisprudentielle de l'utilisation équitable (2002 à nos jours)

Que toute loi soit claire, uniforme, et précise :  
l'interpréter, c'est presque toujours la corrompre.

François-Marie Arouet, dit Voltaire,  
*Dictionnaire philosophique*<sup>429</sup>

Comme nous l'avons vu, les exceptions générales en matière de droit d'auteur comportaient des différences marquées. L'utilisation équitable au Canada était généralement perçue comme étant plutôt rigide et conservatrice, surtout en comparaison avec l'usage loyal pratiqué aux États-Unis. Or, cette réalité a basculé à partir de 2002 par une lecture jurisprudentielle, voire un activisme judiciaire<sup>430</sup>, de l'utilisation équitable; cela semble être permis par l'influence d'une partie de la doctrine canadienne, inspirée par le droit étatsunien. Regardons plus en détail cette révolution jurisprudentielle.

### 5.1 Les arrêts *Théberge* et *CCH* : le test en deux étapes et la théorie des droits des utilisateurs

La première grande décision de cette époque est l'affaire *Théberge*, rendue par la Cour suprême en 2002<sup>431</sup>. Il s'agissait de déterminer si le transfert sur toile de reproductions papier des œuvres d'un peintre par des galeries d'art était une violation du droit d'auteur du peintre. Comme spécifié précédemment, la jurisprudence plaçait généralement les auteurs et leurs droits au centre de l'analyse. Or, dans cette affaire, la majorité a introduit « l'approche équilibrée » dans la jurisprudence moderne. En s'appuyant sur l'affaire *Millar v Taylor*<sup>432</sup>, le

<sup>429</sup> Arouet, dit Voltaire, François-Marie, *Dictionnaire philosophique*, Paris, Flammarion, 2010 à la p 387

<sup>430</sup> Il s'agit du langage utilisé par certains auteurs, notamment : Gendreau, « Les exceptions canadiennes en matière d'éducation », *supra* note 15 à la p 672.

<sup>431</sup> *Théberge*, *supra* note 9.

<sup>432</sup> Le juge Binnie prétend que ce passage de *Millar*, *supra* note 228 à la p 218 est le premier exemple de cette analyse qui établirait, 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:

It is wise in any state, to encourage letters, and the painful researches of learned men. The easiest and most equal way of doing it, is, by securing to them the property of their own works [...]

He who engages in a laborious work, (such, for instance, as Johnson's Dictionary,) which may employ his whole life, will do it with more spirit, if, besides his own glory, he thinks it may be a provision for his family.

[*Théberge*, *supra* note 9 au para 30]

L'auteur Myra Tawfik partage cette vision:

The idea of "balance" within copyright law is not a new concept nor is it the creation of "radical extremists" or "pro-user zealots." Rather, as the history of copyright law demonstrates, the entire legislative system required a balancing between the various interests in order to achieve its primary policy objective: that of fostering an environment for the generation, dissemination and acquisition of knowledge. The focus was not on pitting creators against

juge Binnie a annoncé cette approche, qui est depuis systématiquement appliquée lorsque l'on analyse l'utilisation équitable au Canada :

30 La Loi est généralement présentée comme 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 (ou, plus précisément, l'assurance que personne d'autre que le créateur ne pourra s'approprier les bénéfices qui pourraient être générés) [...]

31 On atteint le juste équilibre entre les objectifs de politique générale, dont ceux qui précèdent, non seulement en reconnaissant les droits du créateur, mais aussi en accordant l'importance qu'il convient à la nature limitée de ces droits.<sup>433</sup> [notre soulignement]

Alors qu'il est vrai que cette approche existait dans la jurisprudence, il nous semble inexact de prétendre que la loi était généralement présentée à cette époque comme établissant un équilibre entre ces deux intérêts. Même si certains auteurs et praticiens étaient de cet avis<sup>434</sup>, la jurisprudence canadienne dominante, aussi peu fournie soit-elle, privilégiait dans les faits les droits des auteurs<sup>435</sup>. En ce sens, selon l'auteur de ce texte, l'adverbe « généralement » n'est pas exact.

Cet arrêt n'a pas non plus fait consensus au sein de la cour : il s'agissait d'une décision 5-4 où la majorité, composée exclusivement de juges de tradition de common law, a infirmé un arrêt de la Cour d'appel du Québec. La dissidence, quant à elle, comprenait les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier et LeBel, tous juges civilistes. Quoiqu'il en soit, l'approche dite équilibrée<sup>436</sup> s'est imposée par la suite dans la jurisprudence et a préparé le terrain pour les décisions à venir, particulièrement en ce qui concerne le traitement accordé aux « droits des utilisateurs ». D'ailleurs, Meera Nair note ce qui suit:

---

industry or industry against users as we are wont to do in this modern era. Rather, the law reflected a tripartite, integrated system that encouraged creators to generate knowledge, industry to disseminate it and users to acquire it and, hopefully, reshape it into new knowledge. [Tawfik, *supra* note 48 aux pp 69- 70]

<sup>433</sup> *Théberge*, *supra* note 9 aux paras 30- 31.

<sup>434</sup> Voir John S McKeown, *Fox Canadian Law of Copyright and Industrial Ddesigns*, 3<sup>e</sup> éd, Scarborough, Carswell, 2000 à la p 3; Vaver, *Copyright Law*, *supra* note 361 à la p 171:

[...] the policy of copyright law has been to balance competing owner and user interests according to both contemporary exigences and transcendental imperatives such as free speech and free trade. Without a corresponding user benefit, an owner's right may never have been enacted or retained in that form. User rights are not just loopholes. Both owner rights and user rights should therefore be given the fair and balanced reading that that befits remedial legislation.

<sup>435</sup> Il suffit de se référer à la jurisprudence avant les années 2000 qui appliquant une analyse plus rigide restrictive de l'utilisation équitable : voir la section 4.1.3.

<sup>436</sup> Il y a matière à débat à savoir si le résultat de l'approche équilibrée est réellement équilibré.

A 5-4 decision, these words might have passed into history as nothing more than a minor aberration from mainstream copyright thought. [...] Yet, as the past decade has illustrated, Théberge marked the start of a shift in Canadian copyright policy [...] <sup>437</sup>

Deux ans plus tard, cette transition a commencé à se concrétiser. En 2004, la Cour suprême du Canada a rendu une décision encore plus importante, car elle a annoncé formellement le droit des utilisateurs et a établi le test de l'utilisation équitable applicable. Il s'agit de l'affaire *CCH*<sup>438</sup>. Dans cette affaire, les intimées, CCH Canadienne Limitée, Thomson Canada Limitée et Canada Law Book Inc, ont intenté un recours contre l'appelant, le Barreau du Haut-Canada (aujourd'hui le Barreau de l'Ontario), pour violation du droit d'auteur. L'appelant assurait le fonctionnement de la Grande bibliothèque d'Osgoode Hall et offrait :

Un service de photocopie sur demande aux membres du Barreau et de la magistrature, et aux autres chercheurs autorisés. Les membres de son personnel remett[ai]ent sur place ou transmett[ai]ent par la poste ou par télécopieur des copies d'ouvrages juridiques aux personnes qui en f[ai]saient la demande. La Grande bibliothèque met[ai]t également des photocopieuses libre-service à la disposition des usagers.<sup>439</sup>

De ce fait, la question principale était de savoir si le Barreau a violé le droit d'auteur des intimées :

- (1) En offrant le service de photocopie grâce auquel une seule copie d'un ouvrage des éditeurs est réalisée et transmise à un client sur demande ou ;
- (2) En mettant à la disposition des usagers de la Grande bibliothèque des photocopieuses libre-service et des exemplaires des ouvrages des éditeurs.<sup>440</sup>

Pour répondre à cette question, il a notamment fallu déterminer si l'utilisation par le Barreau des ouvrages des intimées constituait une utilisation équitable<sup>441</sup>. Avant de procéder à l'analyse de cette sous-question et en tenant compte de l'approche équilibrée de l'affaire *Théberge*, la juge en chef McLachlin a annoncé ce qui suit :

[C]ependant, il est peut-être plus juste de considérer cette exception comme une partie intégrante de la *Loi sur le droit d'auteur* plutôt que comme un simple moyen de défense. Un acte visé par l'exception relative à l'utilisation équitable ne viole pas le droit d'auteur. À l'instar des autres exceptions que prévoit la *Loi sur le droit d'auteur*, cette exception correspond à un droit des utilisateurs. Pour maintenir un juste

<sup>437</sup> Meera Nair, « Fairness of Use: Different Journeys » dans Geist, *The Copyright Pentology*, supra note 8 à la p 235.

<sup>438</sup> *CCH CSC*, supra note 5.

<sup>439</sup> *Ibid* au para 1.

<sup>440</sup> *Ibid* au para 4.

<sup>441</sup> *Ibid* au para 4 ; La cour a énuméré trois autres sous-questions, soit :

- (1) Les ouvrages des éditeurs constituent-ils des « œuvres originales » protégées par le droit d'auteur ?
- (2) La Grande bibliothèque a-t-elle autorisé la violation du droit d'auteur en mettant à la disposition des usagers des photocopieuses individuelles et des exemplaires des ouvrages des éditeurs ?
- (3) Canada Law Book a-t-elle consenti à ce que ses œuvres soient reproduites par la Grande bibliothèque ?

équilibre entre les droits des titulaires du droit d'auteur et les intérêts des utilisateurs, il ne faut pas l'interpréter restrictivement.<sup>442</sup> [notre soulignement]

En d'autres termes, afin d'atteindre cet équilibre en droit d'auteur, la cour a établi cette dichotomie avec, d'un côté, les droits du détenteur du droit d'auteur et, de l'autre côté, le droit de l'utilisateur<sup>443</sup>. Comme l'a décrit la professeure Ysolde Gendreau, aux yeux de la Cour suprême : « [t]hey are of equal importance so that when one assesses exceptions, exceptions are not really exceptions. They are user's rights »<sup>444</sup>. Ainsi, l'utilisation équitable n'est pas, ou n'est plus, un simple moyen de défense à une violation, mais bien un droit d'utilisation positif sur l'œuvre<sup>445</sup>. De plus, la majorité indique qu'il ne faut pas interpréter restrictivement les fins de l'utilisation équitable<sup>446</sup>.

La Cour suprême a élaboré un test en deux étapes pour déterminer s'il s'agit d'une utilisation équitable. Ainsi, le défendeur doit prouver :

- (1) Qu'il s'agit d'une utilisation aux fins d'étude privée ou de recherche ;
- (2) Qu'elle est équitable.<sup>447</sup>

Dans l'analyse de la première étape, la juge en chef McLachlin annonce, dans l'esprit de l'interprétation libérale, qu'il « faut interpréter le mot « recherche » de manière large afin que les droits des utilisateurs ne soient pas indûment restreints »<sup>448</sup>. Il ne se limite pas non plus à un contexte non commercial ou privé : l'avocat qui fait de la recherche dans le cadre de son travail bénéficie de la protection de l'article 29, même si cette recherche est faite à des fins lucratives.

Quant à la seconde étape, la juge McLachlin s'est appuyée sur la même analyse appliquée par le juge Linden en appel<sup>449</sup> afin de savoir si une utilisation est équitable. En s'inspirant de l'arrêt anglais *Hubbard v Vosper*<sup>450</sup>, ainsi que de l'usage loyal, le juge Linden de la Cour d'appel fédérale avait énuméré les six facteurs suivants<sup>451</sup> :

<sup>442</sup> *Ibid* au para 48.

<sup>443</sup> Ysolde Gendreau, « Canada and the Three-Step Test: A Step in which Direction? », (2011) 15 *Marquette Intellectual Property Law Review* 309 à la p 317.

<sup>444</sup> *Ibid*.

<sup>445</sup> Comme le note la Cour fédérale dans *Université York*, *supra* note 16 au para 251:

[251] Après l'arrêt *Théberge*, la Cour suprême du Canada a rendu la décision dans l'arrêt *CCH*. Comme la Cour suprême du Canada l'a clairement établi, l'« utilisation équitable » est un droit d'utilisateur positif et non simplement un moyen de défense à une violation. [notre soulignement]

<sup>446</sup> *CCH CSC*, *supra* note 5 aux paras 48, 54.

<sup>447</sup> *Ibid* au para 50.

<sup>448</sup> *Ibid* au para 51.

<sup>449</sup> *Ibid* au para 53 ; *CCH Canadienne Ltée c Barreau du Haut-Canada*, 2002 CAF 187 [*CCH CA*].

<sup>450</sup> [1972] 2 QB 84 à la p 94 ; le Lord Denning indique notamment ce qui suit :

- (1) Le but de l'utilisation : quel est le but ou le motif réel de l'utilisation de l'œuvre protégée ?<sup>452</sup>
- (2) La nature de l'utilisation : de quelle manière l'œuvre a-t-elle été utilisée ?<sup>453</sup>
- (3) L'ampleur de l'utilisation : quelle est l'ampleur de l'utilisation individuelle, et non globale ? S'agit-il d'une infime partie de l'œuvre ou pas ?<sup>454</sup>
- (4) Les solutions de rechange à l'utilisation : existe-t-il, par exemple, un équivalent non protégé ?<sup>455</sup>
- (5) La nature de l'œuvre : s'agit-il d'une œuvre publiée ou non publiée ? Confidentielle ou non confidentielle ?<sup>456</sup>
- (6) L'effet de l'utilisation sur l'œuvre : l'utilisation nuit-elle à l'œuvre ou y fait-elle concurrence ?<sup>457</sup>

Il faut également savoir qu'il n'y a aucune hiérarchie entre les facteurs. La seconde étape semble retranscrire substantiellement les mêmes facteurs se trouvant à l'article 107 de la *Copyright Act*<sup>458</sup>. Cela est assez étrange dans la mesure où la cour a déjà mis en garde contre

---

It is impossible to define what is "fair dealing." It must be a question of degree. You must consider first the number and extent of the quotations and extracts. Are they altogether too many and too long to be fair? Then you must consider the use made of them. If they are used as a basis for comment, criticism or review, that may be fair dealing. If they are used to convey the same information as the author, for a rival purpose, that may be unfair. Next, you must consider the proportions. To take long extracts and attach short comments may be unfair. But, short extracts and long comments may be fair. Other considerations may come to mind also. But, after all is said and done, it must be a matter of impression. As with fair comment in the law of libel, so with fair dealing in the law of copyright. The tribunal of fact must decide.

<sup>451</sup> *CCH CA*, supra note 449, au para 150; *CCH CSC*, supra note 5 aux paras 52- 53.

<sup>452</sup> *CCH CSC*, supra note 5 au para 53.

<sup>453</sup> *Ibid* au para 55.

<sup>454</sup> *Ibid* au para 56.

<sup>455</sup> *Ibid* au para 57.

<sup>456</sup> *Ibid* au para 58.

<sup>457</sup> *Ibid* au para 59.

<sup>458</sup> *Copyright Act*, supra note 4. Pour bien saisir les similarités, il faut comparer la version anglaise des facteurs à l'article 107 de la législation étatsunienne. Les étapes 1 et 2 reprennent l'article 107(1), la 3<sup>e</sup> étape reprend l'article 107(3), la 5<sup>e</sup> étape reprend l'article 107(2) et la 6<sup>e</sup> étape reprend l'article 107(4). Seule la 4<sup>e</sup> étape n'a pas d'équivalent :

Version anglaise des six facteurs

53 [...] (1) the purpose of the dealing; (2) the character of the dealing; (3) the amount of the dealing; (4) alternatives to the dealing; (5) the nature of the work; and (6) the effect of the dealing on the work.

L'article 107 de la *Copyright Law of the United States*

107 · Limitations on exclusive rights: Fair use [...]

(1) the purpose and character of the use, [...]

(2) the nature of the copyrighted work;

(3) the amount and substantiality of the portion used in relation to the copyrighted work as a whole; and

(4) the effect of the use upon the potential market for or value of the copyrighted work.

l'application des idées du droit étatsunien<sup>459</sup>. La manière dont ces facteurs se sont traduits en droit canadien semble toutefois distincte, comme nous le verrons dans la section 6.2.

Avant d'appliquer le test en deux étapes, la Cour suprême a répondu à une question préliminaire : le Barreau est-il tenu de prouver que chacun des usagers utilise de manière équitable les ouvrages mis à sa disposition, ou peut-il s'appuyer sur sa pratique générale pour établir le caractère équitable de l'utilisation<sup>460</sup>? Elle a conclu que le Barreau pouvait s'appuyer sur sa pratique générale pour établir le caractère équitable de l'utilisation et n'avait pas à prouver que chaque utilisateur se servait des œuvres de manière équitable.

En appliquant l'analyse en deux étapes, le tribunal était d'avis que l'utilisation était équitable. Quant à la première étape, soit l'identification de la fin de l'utilisation, le tribunal a conclu que le service de photocopie du Barreau était offert aux fins de recherche, soit l'un des cas de figure énumérés à l'article 29 :

[...] le Barreau ne tire aucun bénéfice de ce service. Le service de photocopie du Barreau contribue simplement à faire en sorte que les juristes de l'Ontario aient accès aux ouvrages nécessaires à la recherche que demande l'exercice du droit. En somme, ce service fait partie intégrante du processus de recherche juridique, et la fin qui le sous-tend est conforme à l'art. 29 de la Loi sur le droit d'auteur.<sup>461</sup> [notre soulignement]

En ce qui concerne la seconde étape, la cour a jugé la politique équitable. Premièrement, le but est équitable : la personne demandant une copie doit préciser à quelle fin elle la destine. En cas de doute, les bibliothécaires doivent décider si l'utilisation est équitable. Encore une fois, le tribunal prône ici une interprétation libérale : « il ne faut pas interpréter ces fins restrictivement, sinon les droits des utilisateurs pourraient être indûment restreints »<sup>462</sup>.

Deuxièmement, la nature est également équitable : une seule copie a été fournie au demandeur. Par ailleurs, si la copie, après son utilisation, est détruite comme prévu, il s'agit d'une utilisation équitable. Le tribunal s'est référé à l'affaire britannique *Sillitoe v McGraw-Hill Book Co (UK)* où la cour a examiné les pratiques courantes dans le milieu de production

<sup>459</sup> La Cour suprême annonce notamment dans l'affaire *SOCAN c Bell*, *supra* note 6 au para 25:

[25] Or, même s'il s'agissait d'une exigence en droit américain, notre Cour a déjà mis en garde contre l'importation automatique, dans l'arène canadienne, de la jurisprudence fondée sur la conception américaine du droit d'auteur, car nos lois respectives sont « fondamentalement différentes » : *Compo Co. c. Blue Crest Music Inc.*, [1980] 1 R.C.S. 357, p. 367. La mise en garde trouve écho dans le contexte de l'utilisation équitable.

<sup>460</sup> *CCH CSC*, *supra* note 5 au para 64.

<sup>461</sup> *Ibid* au para 63.

<sup>462</sup> *Ibid* au para 54.

d'ouvrages de critique littéraire afin de conclure que les notes d'étude ne constituaient pas une utilisation équitable aux fins de critique<sup>463</sup>.

Troisièmement, l'ampleur est équitable : la *Politique d'accès* indique que la Grande bibliothèque porte une attention particulière à ce que l'ampleur de l'utilisation des œuvres protégées par le droit d'auteur reste raisonnable. De plus, toute demande dépassant cinq pour cent d'une source secondaire est soumise à l'approbation d'un bibliothécaire de référence.

Quatrièmement, il n'y a pas de solution de rechange selon la cour, car vingt pour cent des demandeurs n'habitent pas la région de Toronto. De plus, la cour note ce qui suit :

[...] comme la collection juridique de la Grande bibliothèque fait l'objet d'une forte demande, les chercheurs ne sont pas autorisés à emprunter des ouvrages. Si les chercheurs ne pouvaient obtenir de photocopies des ouvrages ou les photocopier eux-mêmes, ils seraient contraints d'effectuer la totalité de leurs recherches à la Grande bibliothèque et d'y prendre des notes, ce qui ne paraît pas raisonnable compte tenu de l'ampleur de la recherche que requièrent souvent les sujets juridiques complexes.<sup>464</sup>

La Cour suprême a jugé que la possibilité d'obtenir une licence n'était pas pertinente ; aux yeux de la cour, une telle approche compromettrait l'équilibre entre les droits du titulaire et les intérêts de l'utilisateur :

Un acte visé par l'exception au titre de l'utilisation équitable ne violera pas le droit d'auteur. Si, comme preuve du caractère inéquitable de l'utilisation, le titulaire du droit d'auteur ayant la faculté d'octroyer une licence pour l'utilisation de son œuvre pouvait invoquer la décision d'une personne de ne pas obtenir une telle licence, il en résulterait un accroissement de son monopole sur l'œuvre qui serait incompatible avec l'équilibre qu'établit la *Loi sur le droit d'auteur* entre les droits du titulaire et les intérêts de l'utilisateur.<sup>465</sup>

Cinquièmement, la nature de l'œuvre est équitable, car « une demande ne sera acceptée que si l'utilisateur compte utiliser l'œuvre aux fins de recherche, d'étude privée, de critique ou de compte-rendu, ou encore pour les besoins d'une instance judiciaire »<sup>466</sup>. En se référant à une autre affaire britannique, *Beloff v Pressdram Ltd*<sup>467</sup>, la cour indique que si l'œuvre est confidentielle, il pourrait s'agir d'une utilisation inéquitable ; l'utilisation d'une œuvre non publiée, mais pas forcément confidentielle, a tendance à être plus équitable, car la reproduction de l'œuvre accompagnée d'une indication de la source pourrait davantage la diffuser.

<sup>463</sup>[1983] FSR 545 (ChD) [*Sillitoe*].

<sup>464</sup>*CCH CSC*, *supra* note 5 au para 69.

<sup>465</sup>*Ibid* au para 71.

<sup>466</sup>*Ibid*.

<sup>467</sup>*Beloff v Pressdram Ltd* (1972), [1973] 1 All ER 241 à la p 264 (ChD) [*Beloff*].

Finalement, la concurrence que la reproduction est susceptible d'exercer sur le marché de l'œuvre originale peut laisser croire que l'utilisation n'est pas équitable. Or, aucune preuve n'a été soumise afin d'établir que les copies avaient un impact sur la vente des ouvrages. De plus, la cour note que « les éditeurs ont continué à produire de nouveaux recueils et de nouvelles publications juridiques pendant que le service de photocopie était offert »<sup>468</sup>.

Cette décision a provoqué une onde de choc dans le milieu juridique, particulièrement en raison des « droits des utilisateurs » et du test en deux étapes, ne laissant personne indifférent. Par ailleurs, de nombreux académiques étaient fort satisfaits. Certains l'ont décrite avec enthousiasme comme un « fundamental shift in the way Canadian copyright law is to be understood and practiced »<sup>469</sup>. D'autres, telle la professeure Carys J. Craig, l'ont dépeinte comme étant une décision représentant « a dramatic step forward », tout en indiquant que malgré cet arrêt, une réforme législative était nécessaire afin de réaliser la promesse de *CCH*, particulièrement en matière de droits des utilisateurs<sup>470</sup>. En effet, la professeure Craig ne propose rien de moins que l'adoption d'une exception basée sur le modèle de l'usage équitable étatsunien: « The only way to ensure that socially beneficial users are not excluded is to adopt an open-ended fair dealing provision based upon the US fair use model »<sup>471</sup>.

Cependant, d'autres auteurs ont eu une interprétation plus réservée et moins enthousiaste. En effet, Pierre El Khoury, dans son texte *Le Fair Use et le Fair Dealing : Étude de droit comparé*, a également perçu un danger : « [l]e danger de cette affaire réside dans le fait que les critères qui furent élaborés sont susceptibles d'être appliqués à tout autre cas d'utilisation, ce qui signifie une généralisation progressive de décisions en faveur des « droits des utilisateurs » ». <sup>472</sup>

Nous sommes plutôt d'accord avec El Khoury, c'est-à-dire que nous sommes également réticents face à une approche large et libérale de l'utilisation équitable; une approche trop libérale entraîne le risque d'être néfaste. En effet, quoique l'une des raisons d'être du droit d'auteur soit la diffusion des connaissances, une approche trop axée sur les droits des utilisateurs pourrait priver les auteurs d'un revenu suffisamment important pour

<sup>468</sup> *CCH CSC*, *supra* note 5 au para 72.

<sup>469</sup> Abraham Drassinower, « Taking User Rights Seriously » dans Geist, *In the Public Interest*, *supra* note 349 à la p 462.

<sup>470</sup> Craig, *supra* note 349 aux pp 457, 460- 461.

<sup>471</sup> *Ibid* à la p 460.

<sup>472</sup> El Khoury, *supra* note 195 à la p 140.

faire carrière en tant qu'écrivains, artistes, etc. Si les utilisateurs ont l'impression qu'ils n'ont plus à faire affaire avec les sociétés de gestion, qu'ils peuvent en faire abstraction tant que ce qu'ils font est « équitable », les risques économiques pour les auteurs peuvent être très graves; c'est ce qui semble s'être passé au Canada anglais depuis l'affaire *Alberta (Éducation)*<sup>473</sup>. Ce faisant, à force de vouloir diffuser les connaissances en réclamant les intérêts des utilisateurs, on risque de priver indirectement le public. Par ailleurs, il faut également se demander si mettre les droits des auteurs sur un même pied d'égalité que les droits des utilisateurs était l'intention du législateur lors de la rédaction de la loi.

Force est de constater que l'histoire a donné raison à El Khoury, particulièrement en ce qui concerne la généralisation progressive de décisions en faveur des « droits des utilisateurs » dans les années suivant l'affaire *CCH* jusqu'en 2017. Regardons les deux arrêts de la pentalogie de la Cour suprême de 2012 traitant de l'utilisation équitable.

## 5.2 La pentalogie : *SOCAN c Bell et Alberta (Éducation)*

Le 12 juillet 2012, la Cour suprême du Canada a rendu cinq décisions en droit d'auteur. Cette situation est exceptionnelle, non seulement en raison du nombre de causes décidées la même journée en matière de droit d'auteur, mais aussi du fait de leur importance. D'ailleurs, le professeur Michael Geist a décrit ces décisions comme ayant ébranlé les fondations du droit d'auteur canadien et créé un changement radical dans le domaine<sup>474</sup>.

Parmi ces cinq décisions, connues comme « la pentalogie du droit d'auteur », deux sont d'un intérêt bien particulier en ce qui concerne l'utilisation équitable : *SOCAN c Bell*<sup>475</sup> et *Alberta (Éducation)*<sup>476</sup>. En plus de confirmer l'importance des droits des utilisateurs, elles ont témoigné de la nouvelle approche libérale adoptée par une partie de la cour dans *CCH*, et ont réitéré la mise en place du test en deux étapes introduit dans cette affaire. Penchons-nous sur ces deux arrêts de 2012 pour les résumer et en identifier la portée.

En ce qui concerne l'affaire *SOCAN c Bell*, les intimées (Bell Canada, Apple Canada Inc, Rogers Communications Inc, Rogers Wireless Partnership, Shaw Cablesystems G.P. et Société TELUS Communications) offraient des services de musique en ligne par

<sup>473</sup> *Alberta (Éducation)*, supra note 7.

<sup>474</sup> Geist, *The Copyright Pentalogy*, supra note 8 à la p iii:

On 12 July 2012, the Court issued rulings on five copyright cases in a single day, an unprecedented tally that shook the very foundations of copyright law in Canada. In fact, with the decisions coming just weeks after the Canadian government passed long-awaited copyright reform legislation, Canadian copyright law experienced a seismic shift that will take years to sort out.

<sup>475</sup> *SOCAN c Bell*, supra note 6.

<sup>476</sup> *Alberta (Éducation)*, supra note 7.

l'intermédiaire desquels les consommateurs pouvaient acheter et télécharger des fichiers audionumériques. Sur ces sites, ces derniers avaient également la possibilité d'écouter gratuitement un extrait des différentes chansons proposées (entre 30 et 90 secondes), comme le dit la Cour suprême :

L'utilisateur peut choisir la pièce et écouter l'extrait grâce à une transmission en continu, de sorte qu'il a accès à une copie temporaire qu'il ne peut conserver de manière permanente dans son ordinateur. L'écoute préalable guide l'utilisateur dans sa décision d'acheter ou non un téléchargement permanent de l'œuvre. Par exemple, grâce au service iTunes d'Apple, le consommateur peut écouter un extrait autant de fois qu'il le veut, sans obligation d'achat de sa part ni obligation d'être inscrit auprès du fournisseur en ligne.<sup>477</sup>

L'appelante, la Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique [ci-après « SOCAN »], représente les compositeurs, les auteurs et les éditeurs de musique. De plus, elle gère leurs droits d'exécution et de communication. SOCAN demandait qu'une somme soit exigible pour l'écoute préalable de ces chansons. Il s'agissait donc de savoir si l'écoute préalable des chansons entrait dans la définition de l'utilisation équitable au sens de l'article 29 de la loi.

Dans son analyse, la cour s'appuie sur l'affaire *Théberge*, particulièrement le passage traitant de l'équilibre que la cour doit maintenir entre l'intérêt public et l'obtention d'une juste récompense pour le créateur<sup>478</sup>. Elle souligne l'importance de promouvoir l'intérêt public dans la compréhension du droit d'auteur et le rôle crucial de la diffusion des œuvres artistiques « dans l'établissement d'un domaine public vigoureux sur les plans culturel et intellectuel »<sup>479</sup>.

La portée de la décision *CCH* est également rappelée. La cour note que l'arrêt a confirmé le rôle primordial des droits des utilisateurs et, de ce fait, que l'exception au droit d'auteur ne doit pas être interprétée restrictivement<sup>480</sup>. La cour a surtout appliqué le test en deux volets (voir la sous-section 3.1.5.2).

Concernant le premier volet, le tribunal est d'avis que les extraits sont offerts à l'une des deux fins permises à l'article 29 de la loi, soit la « recherche ». Selon la cour, il faut analyser la situation en fonction du point de vue de l'utilisateur ou de la fin qu'il poursuit et non de celui du fournisseur<sup>481</sup> ; il s'agit de la même approche utilisée dans *CCH*<sup>482</sup>. De plus, elle écarte la proposition selon laquelle la recherche doit être faite dans la poursuite d'une fin

<sup>477</sup> *SOCAN c Bell*, *supra* note 6 au para 4.

<sup>478</sup> *Ibid* au para 8; *Théberge*, *supra* note 9 au para 30.

<sup>479</sup> *SOCAN c Bell*, *supra* note 6 au para 10.

<sup>480</sup> *Ibid* au para 11.

<sup>481</sup> *Ibid* aux paras 28- 30.

<sup>482</sup> *CCH CSC*, *supra* note 5 aux paras 48, 64.

créative. Non seulement une telle interprétation ferait oublier l'un des objectifs de la loi, soit la diffusion des œuvres, mais elle est aussi contraire au sens ordinaire du mot « recherche ».

La Juge Abella note ce qui suit :

[22] Rendre la « recherche » tributaire de la poursuite d'une fin créative serait également contraire à son sens ordinaire, car on peut y associer nombre d'activités qui ne consistent pas nécessairement à établir des faits nouveaux ou à tirer des conclusions nouvelles. La recherche peut être fragmentaire, informelle, exploratoire ou confirmative. Elle peut même être entreprise pour aucun autre motif que l'intérêt personnel. La recherche peut assurément avoir pour but d'arriver à des conclusions nouvelles, mais ce n'est qu'un de ses composants définitionnels, non le principal.<sup>483</sup>

Il est apparent qu'à ce stade de l'analyse, la cour utilise désormais une interprétation très libérale de l'utilisation équitable (création de l'affaire *CCH*). Elle parle même d'un critère « peu strict » lorsqu'il faut évaluer l'existence d'une fin prévue :

[27] Dans *CCH*, en prescrivant une interprétation généreuse des fins auxquelles il peut y avoir utilisation équitable, dont la « recherche », la Cour applique un critère relativement peu strict au premier volet, de sorte que le grand branle-bas analytique n'intervient qu'au second volet, celui de la détermination du caractère équitable. Prétendre comme le fait la *SOCAN* que la « recherche » ne s'entend que de la création d'œuvres nouvelles équivaut à confondre la notion de fin permise et l'analyse du caractère équitable et à resserrer indûment le passage menant à celle-ci.<sup>484</sup> [notre soulignement]

De ce fait, la fin de « recherche » doit être interprétée « de manière large » pour « éviter que, dans l'établissement de cet équilibre, les droits des utilisateurs soient indûment restreints »<sup>485</sup>.

En ce qui concerne le second volet, la cour est d'avis que l'écoute préalable est équitable :

- (1) Le but de l'écoute préalable n'est pas strictement commercial, mais vise plutôt à faciliter les fins de recherche du consommateur. La Commission du droit d'auteur a également noté que les extraits sont courts, en continu et de qualité inférieure.
- (2) Quant à la nature de l'utilisation, même si le consommateur accède dix fois plus souvent à l'extrait musical, les extraits sont transmis en continu et ne laissent aucune copie dans l'ordinateur du consommateur.
- (3) Pour ce qui est de l'ampleur, la cour affirme d'abord que ce « troisième élément énoncé dans *CCH* correspond à l'ampleur de l'utilisation sur le plan quantitatif »<sup>486</sup>. De plus, « [p]uisque le droit d'utilisation équitable correspond à un droit des utilisateurs, il faut déterminer " l'ampleur " en fonction de l'utilisation individuelle, et

<sup>483</sup> *SOCAN c Bell*, supra note 6 au para 22.

<sup>484</sup> *Ibid* au para 27.

<sup>485</sup> *Ibid*

<sup>486</sup> *SOCAN c Bell*, supra note 6 au para 39.

non globale»<sup>487</sup>. Cela serait, selon la cour, plus en conformité avec l'analyse employée dans l'affaire *CCH*. Il faut donc comparer l'extrait à l'œuvre entière, et apprécier l'ampleur de l'utilisation eu égard aux utilisations individuelles et non à l'ensemble de l'utilisation.

- (4) La cour a également considéré qu'il n'y a aucune solution de rechange comparable. Pour arriver à cette conclusion, elle s'est notamment appuyée sur les propos de la Commission du droit d'auteur qui a relevé que :« [l']écoute préalable d'un extrait est vraisemblablement la façon la plus pratique, la plus économique et la plus sûre pour les usagers de s'assurer d'obtenir ce qu'ils veulent»<sup>488</sup>. Par ailleurs, il s'agissait de la seule solution permettant aux consommateurs d'écouter l'œuvre ; SOCAN prétendait qu'il existait d'autres sources comparables, tels une reproduction de la pochette, un texte descriptif et les critiques d'autres utilisateurs<sup>489</sup>.
- (5) La nature de l'œuvre ne semble pas être déterminante dans l'analyse, quoique la cour note qu'elle est liée au dernier point et que ce critère « appelle à se demander si l'œuvre est de celles qui devraient être largement diffusées »<sup>490</sup>.
- (6) Finalement, quant à l'effet de l'utilisation sur l'œuvre, particulièrement le risque que l'utilisation nuise à l'œuvre ou y fasse concurrence, la cour est d'avis que l'utilisation n'a pas d'impact négatif :

Étant donné la courte durée des extraits et leur piètre qualité, on peut difficilement leur reprocher de faire concurrence au téléchargement de l'œuvre complète. Et comme l'écoute préalable a pour effet d'*augmenter* les ventes d'œuvres musicales protégées par le droit d'auteur — et donc leur diffusion —, ce qui entraîne la rémunération de leurs créateurs, on ne saurait lui attribuer d'incidence négative sur les œuvres.<sup>491</sup>

Ainsi, l'utilisation est jugée équitable, car elle respecte les paramètres établis par *CCH*.

Comme nous l'avons spécifié ci-dessus, le même jour, la cour a rendu une décision dans l'arrêt *Alberta (Éducation)*<sup>492</sup>. Il s'agit encore une fois d'un cas où l'utilisation équitable était interprétée de manière libérale par une partie de la Cour suprême ; en l'espèce, la cour était divisée, soit cinq juges contre quatre. Dans cette affaire, il était question de l'interprétation du second volet du test, c'est-à-dire le but de l'utilisation, et s'il s'agissait « d'étude privée ». L'intimée, Canadian Copyright Licensing Agency (ci-après « Access

<sup>487</sup> *Ibid* au para 41.

<sup>488</sup> *Ibid* au para 46; *Public Performance of Musical Works, Re* (2007), 61 CPR (4<sup>e</sup>) 353 au para 114.

<sup>489</sup> *SOCAN c Bell*, *supra* note 6 aux paras 45- 46.

<sup>490</sup> *Ibid* aux paras 47- 48.

<sup>491</sup> *Ibid* au para 49.

<sup>492</sup> *Alberta (Éducation)*, *supra* note 7.

Copyright »), représente les auteurs et les éditeurs d'œuvres littéraires et artistiques publiées et reproductibles. Entre 1991 et 1997, elle avait conclu avec chacune des provinces (sauf le Québec) et chacun des territoires une entente sur les redevances exigibles pour la reproduction d'œuvres de son répertoire en vue d'une utilisation dans les écoles de ces ressorts. Cette entente avait été conclue pour les photocopies faites à partir des œuvres figurant dans son répertoire.

En 2004, au moment de renouveler l'entente, Access Copyright a demandé la modification du calcul des redevances, ce qui a abouti à l'échec des négociations. Access Copyright a donc déposé un projet de tarif auprès de la *Commission du droit d'auteur* (art. 70.13(2) de la *Loi sur le droit d'auteur*<sup>493</sup>). Grâce à l'enquête sur le volume, conclue avant que la Commission ne rende son jugement, on a appris qu'il y avait quatre formes de reproductions et de photocopies. Les trois premières englobaient des copies faites par un enseignant pour lui-même ou pour un élève à sa demande. D'un commun accord, les parties se sont entendues pour dire que ces copies constituent une utilisation équitable.

Quant à la quatrième catégorie, la Commission avait conclu que même si les reproductions étaient effectuées à des fins « d'étude privée ou de recherche », il ne s'agissait pas d'un cas d'utilisation équitable. La Cour d'appel fédérale a jugé cette conclusion raisonnable. Les appelantes, c'est-à-dire la coalition des provinces qui sont parties au pourvoi et les conseils scolaires de l'Ontario, ont interjeté appel devant la Cour suprême quant à l'utilisation équitable. Selon la coalition, la Commission ne respectait pas le critère établi dans l'arrêt *CCH*<sup>494</sup>. De ce fait, cette conclusion était à leur avis déraisonnable.

Les parties s'entendaient pour dire que le premier volet du test établi par *CCH* était respecté. Toutefois, la majorité de la cour (les juges McLachlin, LeBel, Abella, Moldaver et Karakatsanis) note que l'analyse du second volet, plus précisément du but de l'utilisation faite par la Commission, reste le problème principal. Selon la Commission, puisque la reproduction n'était pas faite à la demande d'un élève, elle ne pouvait être considérée comme étant réalisée aux fins d'étude privée ou de recherche. Or, comme elle l'a fait dans l'arrêt *SOCAN c Bell*<sup>495</sup>, la majorité indique que l'utilisation équitable est un « droit des utilisateurs ». La cour souligne ce qui suit:

[...] en l'espèce, l'enseignant ne poursuit pas une telle fin distincte. Il n'a pas de motif inavoué lorsqu'il fournit des copies à ses élèves. On ne saurait non plus soutenir qu'il poursuit une fin d'« enseignement » totalement distincte, car il est là pour

<sup>493</sup> *Loi sur le droit d'auteur*, supra note 14, art 70.13(2).

<sup>494</sup> *CCH CSC*, supra note 5.

<sup>495</sup> *SOCAN c Bell*, supra note 6.

faciliter la recherche et l'étude privée des élèves. Il est à mon avis axiomatique que la plupart des élèves sont incapables de trouver ou de demander les documents que requièrent leurs propres recherche et étude privée et qu'ils dépendent à cet égard de l'enseignant.<sup>496</sup> [notre soulignement]

Ainsi, les photocopies, faites et distribuées par l'enseignant, constituent un élément essentiel de la recherche et de l'étude privée des élèves. De plus, la cour indique que l'étude privée ne doit pas être interprétée comme exigeant de l'utilisateur qu'il consulte l'œuvre de manière isolée. Ce faisant, elle rejette la vision selon laquelle les photocopies ne sont pas faites pour l'étude privée, car elles sont utilisées collectivement en classe : « En s'attachant au lieu physique de l'enseignement dispensé en classe plutôt qu'à la notion d'étude, la Commission dissocie encore de manière artificielle l'enseignement dispensé par l'enseignant et l'étude à laquelle se livre l'élève »<sup>497</sup>.

L'interprétation des fins de l'article 29 et ss de la loi est libérale, ce qui est en opposition avec la jurisprudence canadienne d'avant les années 2000. Dans la mesure où le législateur ne parle pas pour ne rien dire<sup>498</sup>, il nous semble étrange de totalement faire abstraction du mot « privée » en permettant à un enseignant de distribuer une partie d'un livre à tous ses élèves. Il est vrai, comme le souligne la juge Abella, qu'« [é]tudier et apprendre sont des activités intrinsèquement personnelles »<sup>499</sup>. Il est ainsi envisageable de parler d'étude privée si un enseignant fait des copies pour un ou quelques élèves. Or, selon l'approche adoptée par la majorité, dans une classe de vingt-cinq élèves, un enseignant pourrait fournir des photocopies à chaque élève pour une leçon et chacun participerait en même temps à la même étude « privée ». On s'éloigne donc du sens ordinaire du mot « privée », et il s'agit plutôt de l'étude non privée ou de l'enseignement. Nos propos rejoignent donc ceux de la dissidence quant à cette question.

Quant à l'analyse de l'existence de solutions de rechange, la majorité est en désaccord avec la Commission sur le fait que l'achat de livres pour tous les élèves constitue une solution de rechange réaliste :

L'achat d'exemplaires supplémentaires pour les distribuer aux élèves n'est pas une solution raisonnable étant donné que, selon la Commission, les enseignants ne photocopient que de courts extraits pour compléter les manuels utilisés. La solution préconisée par la Commission obligerait les écoles à acheter, pour chacun des élèves, un exemplaire de tous les manuels, magazines et journaux qui figurent dans le

<sup>496</sup> *Alberta (Éducation)*, supra note 7 au para 23.

<sup>497</sup> *Ibid* au para 27.

<sup>498</sup> *Procureur général du Québec c Carrières Ste-Thérèse Ltée*, [1985] 1 RCS 831 au para 28 ; *Canada (Procureur général) c JTI-Macdonald Corp*, 2007 CSC 30, aux paras 87, 110.

<sup>499</sup> *Alberta (Éducation)*, supra note 7 au para 27.

répertoire d'Access Copyright et qu'utilise l'enseignant. Cette avenue est manifestement impraticable<sup>500</sup>. [notre soulignement]

Il s'agit là d'une preuve supplémentaire de la volonté d'élargir la portée de l'exception d'utilisation équitable. En effet, à notre avis, il semble peu convaincant de conclure que cette avenue est « manifestement impraticable ». Il serait plus juste de dire que c'est une solution moins pratique, car elle entraînerait davantage de coûts. Le fait de devoir acheter des exemplaires supplémentaires ne rend pas en soi une solution manifestement déraisonnable. À nos yeux, elle se situe parmi les « issues possibles acceptables pouvant se justifier au regard des faits », quoique nous ne soyons pas forcément d'accord avec l'analyse de la Commission<sup>501</sup>. Ainsi, la majorité aurait dû faire preuve de déférence. Comme le note le juge Rothstein dans la dissidence, il n'est pas déraisonnable de conclure que « les établissements d'enseignement ont la possibilité de se procurer un plus grand nombre d'exemplaires pour les distribuer aux élèves ou les mettre à leur disposition à la bibliothèque ou en classe, au lieu de photocopier les ouvrages en cause »<sup>502</sup>.

Enfin, quant à l'effet de l'utilisation sur l'œuvre, la majorité est fort critique de l'approche de la Commission. Celle-ci avait conclu que l'effet des photocopies était suffisamment important pour conclure à une concurrence avec les œuvres originales. Ainsi, l'utilisation n'était pas équitable. La Commission a notamment retenu ce qu'Access Copyright a fait remarquer, soit le fait que les ventes de manuels scolaires ont diminué de plus de trente pourcents en vingt ans. Or, la majorité a plutôt partagé la position de la coalition, c'est-à-dire que rien ne prouvait que cette diminution résultait des photocopies faites par les enseignants et qu'il y avait plusieurs autres considérations susceptibles d'expliquer la baisse. De ce fait, la majorité était d'avis que les photocopies d'extraits de manuels ne pouvaient pas faire concurrence aux manuels.

Dans la mesure où la majorité a conclu que la décision du caractère inéquitable « à l'issue d'une application erronée des éléments énoncés dans *CCH* » était déraisonnable, elle a accueilli le pourvoi et a renvoyé l'affaire à la Commission<sup>503</sup>.

Il faut souligner l'existence d'une importante dissidence rédigée sous la plume du juge Rothstein et soutenue par les juges Deschamps, Fish et Cromwell. À leurs yeux, la Commission n'aurait commis aucune erreur susceptible de justifier un contrôle judiciaire. L'analyse du but de l'utilisation est particulièrement intéressante. En effet, la dissidence était

<sup>500</sup> *Ibid* au para 32.

<sup>501</sup> *Dunsmuir c Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9 au para 47.

<sup>502</sup> *Alberta (Éducation)*, *supra* note 7 au para 56.

<sup>503</sup> *Ibid* au para 37.

d'avis qu'il n'était pas déraisonnable de conclure que la fin poursuivie par l'enseignant importe et qu'elle est prédominante eu égard aux faits en l'espèce. En effet, le juge Rothstein jugeait que l'enseignant poursuit lui aussi une fin qui lui est propre :

Il fait les copies dans le dessein d'instruire et d'éduquer ses élèves, ce qui est l'essence même de l'enseignement. Cette fin ne peut être ignorée et elle ne l'est pas par la Commission. Le rôle de l'enseignant qui photocopie des extraits choisis diffère grandement de celui, complètement passif, du personnel de la Grande bibliothèque dans l'affaire CCH.<sup>504</sup> [notre soulignement]

De plus, la Commission avait établi, selon la dissidence, une distinction raisonnable, au vu de CCH, entre les copies faites par l'enseignant à la demande d'un élève et celles qu'il fait de sa propre initiative :

Dans l'affaire CCH, c'était clairement à la demande des avocats que le personnel de la Grande bibliothèque réalisait les photocopies [...] Il n'est ni artificiel ni déraisonnable d'inférer [...] que cette reproduction sert principalement la fin que poursuit ce dernier, soit l'enseignement. Il s'agit d'une appréciation réaliste des tenants et aboutissants de l'enseignement en classe.<sup>505</sup> [notre soulignement]

L'analyse du sens des termes « étude privée » est particulièrement intéressante. Le juge Rothstein a souligné que le législateur ne parle pas pour ne rien dire et que les mots qu'il choisit doivent être interprétés de manière à avoir un sens. De ce fait, il ne peut pas interpréter les termes « étude privée » de manière à dépouiller l'adjectif « privée » de tout sens :

[...] on pourrait soutenir que le terme « étude privée » employé dans la Loi renvoie à la situation du chercheur, de l'étudiant ou de l'élève qui consulte une œuvre dans le cadre d'une étude individuelle. Une telle interprétation n'écarte pas pour autant la possibilité que l'intéressé collabore avec autrui [...] À mon sens, la reproduction effectuée à l'initiative d'un enseignant aurait en fait comme fin l'étude privée si, par exemple, le matériel était adapté aux besoins d'apprentissage spéciaux ou aux intérêts particuliers d'un seul élève ou d'un petit nombre d'élèves. Mais le législateur n'a pu vouloir que le terme « étude privée » s'entende de la situation où des dizaines, des centaines, voire des milliers de copies sont faites à l'échelle d'une école, d'un district scolaire ou d'une province dans le cadre établi d'un programme d'enseignement.<sup>506</sup> [notre soulignement]

De ce fait, la dissidence a jugé raisonnable la conclusion de la Commission selon laquelle les copies de la quatrième catégorie étaient pour des fins d'enseignement ou d'étude « non privée ». Cette interprétation des termes « étude privée » est plutôt stricte et nous rappelle les décisions d'avant *Théberge* et *CCH*, tels l'arrêt *Michelin* et son interprétation du terme « critique »<sup>507</sup>.

<sup>504</sup> *Ibid* au para 43.

<sup>505</sup> *Ibid* au para 44.

<sup>506</sup> *Ibid* au para 49.

<sup>507</sup> *Michelin*, *supra* note 357 au para 65.

Malgré ce jugement partagé, à la suite à la pentalogie ainsi que de la réforme législative de 2012, certains auteurs ont annoncé une sorte de victoire de l'école de l'usage loyal sur l'approche stricte et restrictive de l'utilisation équitable existant depuis la *Copyright Act* de 1911 et la *Loi de 1921 concernant le droit d'auteur* ; on assisterait à l'instauration indirecte de l'usage loyal en droit canadien. En effet Ariel Katz a parlé d'un retour à l'intention du législateur, qui aurait été oubliée avec la codification en droit canadien de l'usage loyal de la common law<sup>508</sup>. Michael Geist a décrit une transition de l'utilisation équitable à l'usage équitable, rendant ainsi le débat traditionnel entre ces deux exceptions sans intérêt :

Canada may remain a fair dealing country from a strict statutory perspective, but its approach points the way to a hybrid fair dealing/fair use model in which the two-stage analysis of fair dealing purpose (stage one) and fairness analysis (stage two) bears close resemblance to an open-ended fair use system, given that virtually all uses will meet the purposes standard and proceed to the second-stage, six-factor analysis.<sup>509</sup>

D'autres académiques ont plutôt décrit l'adoption, tant par les tribunaux que par le législateur, d'une nouvelle politique en matière de droit d'auteur : les droits des utilisateurs seraient fermement enracinés comme l'un des principes fondamentaux en droit d'auteur, et le principe de l'utilisation équitable serait l'outil principal de cette nouvelle politique<sup>510</sup>.

Quoi qu'il en soit, il semblait donc pour certains auteurs et avocats que la révolution jurisprudentielle relative à l'utilisation équitable était confirmée et définitive, voire gravée dans le marbre. Cette défense, qui n'en était pas une<sup>511</sup>, était ouverte et devait être interprétée généreusement par les tribunaux. Or, il y avait déjà des éléments en place pour une remise en question de cette approche. On pouvait prétendre qu'il s'agissait d'une approche qui, alors qu'elle est censée être équilibrée, allait peut-être trop loin du côté des utilisateurs. De ce fait, les affaires *Canadian Copyright Licensing Agency (« Access Copyright ») c Université York*<sup>512</sup> et *Société québécoise de gestion collective des droits de reproduction (Copibec) c Université Laval* peuvent être le commencement du retour de balancier ; avant de traiter de la possible remise en question de la tendance jurisprudentielle récente, il faut aborder les modifications législatives qui ont été apportées à l'utilisation équitable canadienne par la LMDA<sup>513</sup>.

---

<sup>508</sup> Katz, *supra* note 8.

<sup>509</sup> Geist, « Fairness Found », *supra* note 8 à la p 180.

<sup>510</sup> Samuel E Trosow, « Fair Dealing Practices in the Post-Secondary Education Sector after the Pentalogy » dans Geist, *The Copyright Pentalogy*, *supra* note 8 à la p 213.

<sup>511</sup> Il s'agit plutôt d'un droit positif des utilisateurs.

<sup>512</sup> *Université York*, *supra* note 16.

<sup>513</sup> LMDA, *supra* note 199.

### 5.3 La réforme de 2012 de la *Loi sur le droit d'auteur*

La LMDA a été sanctionnée le 29 juin 2012 et a apporté de nombreux changements, notamment à l'article 29, comme nous l'avons vu dans la sous-section 2.3.1. Dans la mesure où les faits en litige dans la pentalogie avaient eu lieu avant l'adoption de la LMDA, l'ancienne version de la loi était applicable.

Depuis l'entrée en vigueur de la LMDA, l'article 29 de la loi se lit comme suit :

**29** L'utilisation équitable d'une œuvre ou de tout autre objet du droit d'auteur aux fins d'étude privée, de recherche, d'éducation, de parodie ou de satire ne constitue pas une violation du droit d'auteur.<sup>514</sup> [notre soulignement]

Comme nous pouvons le constater, le législateur a élargi l'utilisation équitable en ajoutant trois nouvelles fins à l'article 29. L'éducation est formellement incluse, et ce, de manière autonome par rapport à l'étude privée. Le législateur donne-t-il raison à la dissidence dans l'affaire *Alberta (Éducation)* en ajoutant l'éducation ? En effet, la lecture faite d'« étude privée » par la majorité engloberait possiblement l'éducation, rendant l'inclusion de celle-ci redondante et inutile. Chose certaine, cette modification a rendu le débat futile pour l'avenir, ne nécessitant plus une lecture libérale. Effectivement, la question de la perspective de l'élève ou de l'enseignant n'est plus pertinente, car les deux sont incluses par les deux fins. Cela est confirmé dans *Canadian Copyright Licensing Agency (Access Copyright) v British Columbia (Education)*, où le juge Gauthier de la Cour d'appel fédérale observe ce qui suit :

[45] In *Alberta*, the Supreme Court focused on fair dealing for the purpose of private study. The Court had to deal with the viewpoint from which fair dealing for this purpose is to be assessed – the teacher or the student, particularly when multiple copies are made for one or more classes. Shortly thereafter, the Act was amended to include “education” as another purpose in respect of which users could rely on section 29 of the Act. In my view, this addition removed the dichotomy between teachers’ or students’ viewpoints under the section 29 analysis, when education is the relevant purpose.<sup>515</sup> [notre soulignement]

De plus, le législateur a inclus la parodie et la satire à l'article 29. Dans l'affaire *Michelin*, la cour a distingué la parodie de la critique<sup>516</sup>. Étant donné que l'utilisation était jugée comme une parodie plutôt qu'une critique, l'utilisation que TCA avait faite était considérée inéquitable. En raison de l'ajout de « parodie » et de « satire », il est possible qu'un tribunal confronté aux mêmes faits trouve l'utilisation équitable. Cela dépendrait de la définition accordée à ces termes, dont une brève analyse sera fournie dans la section 6.1.

<sup>514</sup> *Loi sur le droit d'auteur*, supra note 14, art 29.

<sup>515</sup> *Canadian Copyright Licensing Agency (Access Copyright) v British Columbia (Education)*, 2017 CAF 16. au para 45 [*British Columbia (Education)*].

<sup>516</sup> Voir la section 4.1.3; *Michelin*, supra note 357 au para 65.

#### 5.4 Remise en question récente de l'interprétation large et libérale? Le retour potentiel de balancier (*Université York*)

En raison de l'approche plus libérale commençant avec *Théberge* et *CCH*, certains croyaient être face à un nouveau régime notamment axé autour des droits des utilisateurs et d'une nouvelle approche généreuse et libérale pour l'utilisation équitable.

Pour cette raison, certaines institutions remettaient en question les pratiques antérieures dans des domaines comme l'éducation. En effet, l'Association des universités et collèges du Canada<sup>517</sup> (AUCC) a publié une politique en matière d'utilisation équitable en décembre 2010. Par la suite, cette politique a été adoptée par de nombreuses universités sous la forme de lignes directrices. Ainsi, certaines d'entre elles, particulièrement au Canada anglais, croyaient pouvoir être exemptées des tarifs de droit d'auteur. Cette approche semblait d'ailleurs appuyée par quelques auteurs. Effectivement, le professeur Samuel E. Trosow de l'Université Western, dans son article « Fair Dealing Practices in the Post-Secondary Education Sector after the Pentalogy », dit ceci :

With the benefit of the pentalogy rulings and the passage of Bill C-11 with educational fair dealing intact, the task facing Canadian educational institutions is clear. Schools that have already entered into licence agreements with Access Copyright should terminate them at the earliest possible opportunity, and guidelines for campus copyright practices should be crafted. These guidelines should provide useful guidance to academic staff and students about their copyright rights and obligations, but should also be flexible enough to accommodate the varied instances in which fair dealing might arise.<sup>518</sup> [notre soulignement]

À ses yeux, alors que *Théberge* et *CCH* auraient annoncé l'adoption de la nouvelle application permettant l'abandon des tarifs de droit d'auteur par l'intermédiaire des politiques d'utilisation équitable, la pentalogie du droit d'auteur de 2012 et la réforme législative de la même année auraient confirmé la légalité de ce que certaines institutions éducatives avaient déjà commencé à faire.

Cette pratique a abouti à deux affaires traitant de ces lignes directrices nouvellement adoptées : *Université York*<sup>519</sup> et *Université Laval*. Regardons d'abord l'arrêt *Université York*, rendu le 12 juillet 2017 par la Cour fédérale. Le 4 juillet 2011, après avoir exercé ses activités en vertu du Tarif provisoire émis par la Commission du droit d'auteur du Canada pendant presque sept mois, l'Université York a envoyé à Accès Copyright un avis de sa décision de « se soustraire » du Tarif provisoire à partir du 31 août 2011 ; les redevances de droit d'auteur qui en découlaient seraient, aux yeux de l'université, inexigibles. Les Lignes directrices sur

<sup>517</sup> Actuellement connue sous le nom « Universités Canada ».

<sup>518</sup> Trosow, *supra* note 510 à la p 228.

<sup>519</sup> *Université York*, *supra* note 16.

l'utilisation équitable que l'Université York développait serviraient à la protéger dorénavant « des conséquences des revendications sur le droit d'auteur »<sup>520</sup>. Elles se lisent comme suit :

## II. LIGNES DIRECTRICES SUR L'UTILISATION ÉQUITABLE

1. Le Personnel enseignant\* et Autre personnel\*\* peut reproduire, sous une forme imprimée ou électronique, de Courts extraits (définis ci-dessous) d'une œuvre protégée par le droit d'auteur, notamment des œuvres littéraires, des partitions musicales, des enregistrements sonores et des œuvres audiovisuelles (collectivement, une « **Œuvre** ») dans le milieu universitaire aux fins de recherche, d'étude privée, de critique, de compte rendu, de communication des nouvelles, d'éducation, de satire ou de parodie conformément aux présentes Lignes directrices. [Définitions omises.]

2. La reproduction doit être un « **Court extrait** », ce qui signifie :

10 % ou moins d'une œuvre, *ou*

Un maximum de :

- a) un chapitre d'un livre;
- b) un seul article d'un périodique;
- c) une œuvre artistique complète (y compris un tableau, une photographie, un diagramme, un dessin, une carte, un tableau et un plan) incluse dans une œuvre qui contient d'autres œuvres artistiques;
- d) un seul poème ou une seule partition, dans son intégralité, provenant d'une Œuvre qui contient d'autres poèmes ou partitions;
- e) une entrée complète tirée d'une encyclopédie, d'une bibliographie annotée, d'un dictionnaire ou d'un ouvrage de référence semblable,

selon ce qui est le plus important.

3. Le Court extrait, dans chaque cas, ne doit pas contenir plus de l'œuvre que ce qui est nécessaire pour réaliser l'objectif d'utilisation équitable ;

4. Une seule copie d'un court extrait d'une œuvre protégée par le droit d'auteur peut être fournie ou communiquée à chaque élève inscrit dans une classe ou à un cours :

- a) à titre de document de cours;
- b) à titre d'élément affiché sur un système de gestion de l'apprentissage ou de cours (à titre d'exemple, Moodle ou Quiclr), qui est protégé par mot de passe ou autrement limité aux étudiants ou aux étudiants de l'université;
- c) à titre d'élément d'un recueil de cours.<sup>521</sup>

<sup>520</sup> *Université York, supra* note 16 au para 167.

<sup>521</sup> *Ibid* au para 3.

Le tribunal était d'avis que l'Université York réussissait le premier volet de l'analyse, car l'utilisation se faisait pour la fin de l'éducation. En effet, comme dans les affaires *CCH*<sup>522</sup> et *SOCAN c Bell*<sup>523</sup>, le tribunal indique que le « seuil est peu élevé » et est rempli<sup>524</sup>.

L'université échoue toutefois le second volet du test. Avant de procéder à cette analyse, la cour note qu'il y a de nombreuses différences entre les faits en l'espèce et ceux dans *CCH* ; Or, l'argumentaire de la défenderesse est basé sur l'arrêt *CCH* :

- La reproduction à un seul emplacement sous la supervision et le contrôle de bibliothécaires de recherche dans la Grande bibliothèque contrastait avec la situation de York, dans laquelle il n'y avait aucune supervision efficace, aucun contrôle, ni aucune autre méthode de « contrôle d'accès »;
- Une politique strictement appliquée et respectée par des bibliothécaires par opposition à pratiquement aucune mesure d'application des Lignes directrices par des personnes ayant autorité à York;
- Des copies uniques plutôt que de multiples copies;
- Une grande quantité de copies particulières ou situationnelles pour les utilisateurs de la Grande bibliothèque contrastaient avec les copies systémiques et systématiques en grandes quantités à York;
- Une absence de répercussions négatives à l'égard des éditeurs dans l'arrêt *CCH* par opposition aux répercussions négatives sur les créateurs et les éditeurs causées par York ou à tout le moins auxquelles York a contribué de manière importante.<sup>525</sup>

Concernant le but de l'utilisation, il y a deux utilisateurs, l'université et l'étudiant. Le tribunal est d'avis que l'Université York « a créé les Lignes directrices et exercé ses activités en vertu de celles-ci principalement pour obtenir gratuitement ce qu'elle payait précédemment »<sup>526</sup>. Même si l'éducation est l'un des buts, il n'est pas le seul. Le but de l'utilisation était également, du point de vue de l'Université York, de continuer à augmenter le nombre d'inscriptions en réduisant les coûts pour les étudiants<sup>527</sup>. Quoi qu'il en soit, il ne constituait pas un facteur important dans l'analyse du caractère équitable<sup>528</sup>.

En ce qui concerne la nature de l'utilisation, la cour différencie les faits en l'espèce avec ceux des décisions antérieures. Elle note qu'« il n'est pas question de telles limitations sur le nombre de copies ou leur " durée de vie ". Le nombre de copies effectuées et qui

<sup>522</sup> *CCH CSC*, *supra* note 5 aux paras 48, 51: « il ne faut pas [. . .] interpréter [l'exception] restrictivement ».

<sup>523</sup> *SOCAN c Bell*, *supra* note 6 au para 11.

<sup>524</sup> *Université York*, *supra* note 16 au para 256.

<sup>525</sup> *Ibid* au para 262.

<sup>526</sup> *Ibid* au para 272

<sup>527</sup> *Ibid* au para 273

<sup>528</sup> *Ibid* au para 275

pourraient être faites à l'avenir est important »<sup>529</sup>. Pour cette raison, la nature de l'utilisation dans cette cause tend vers le caractère inéquitable.

Quant à l'ampleur de l'utilisation, il s'agit d'un facteur crucial. La cour s'est étrangement éloignée de l'approche utilisée par la Cour suprême dans *SOCAN c Bell*, c'est-à-dire que l'ampleur de l'utilisation n'est qu'une question quantitative<sup>530</sup>. En l'espèce, l'analyse se fait en tenant compte de l'importance quantitative et de l'importance qualitative. Cela correspond à l'analyse de la jurisprudence étatsunienne, ce que nous verrons dans la sous-section 6.2.1.3. Il nous paraît que l'approche est redondante, dans la mesure où lorsqu'on établit une violation *prima facie* de droit d'auteur, on s'intéresse à la question qualitative et quantitative. En effet, la partie importante de l'œuvre est établie ainsi.

Dans l'analyse quantitative, on note que les Lignes directrices ont établi des limites arbitraires (un chapitre d'un livre, ou pas plus que dix pourcents du livre) sans expliquer en quoi cela rend l'utilisation équitable. La cour souligne ce qui suit :

[310] [...] la reproduction autorisée peut, en effet, constituer 100 % ou toute autre partie importante d'une œuvre jusqu'à en approprier la totalité (par exemple, pour un article de journal dans un périodique, une courte histoire dans une anthologie ou un chapitre dans un livre publié).

[311] Les exemples mentionnés au cours du procès comprennent la courte histoire classique canadienne intitulée « Le Chandail de hockey », qui pourrait librement être copiée si elle était publiée dans une anthologie, mais elle serait protégée par le droit d'auteur s'il s'agissait d'une reproduction autonome.<sup>531</sup>

Dans l'analyse qualitative, les parties peuvent constituer une partie importante de l'œuvre. Le manque de contrôle afin d'assurer la non-violation des Lignes directrices aggrave la situation. Quant à l'existence de solutions de rechange à l'utilisation, l'Université York n'a pas cherché activement une solution. Cela étant, ce facteur favorise plutôt l'université.

En analysant l'existence de solutions de rechange à l'utilisation, la cour tient à souligner les différences entre les faits en l'espèce et ceux des affaires antérieures, particulièrement *Alberta (Éducation)* :

C'est une chose pour un enseignant de demander au bibliothécaire de l'école d'effectuer quelques copies d'un livre ou d'un article afin de compléter les manuels scolaires, et c'en est une autre pour York de produire des recueils de cours et du matériel à distribuer au moyen de SGA, en guise de manuels de cours, en procédant à une reproduction à grande échelle.<sup>532</sup>

<sup>529</sup> *Ibid* au para 280

<sup>530</sup> *SOCAN c Bell*, *supra* note 6 au para 39.

<sup>531</sup> *Université York*, *supra* note 16 aux paras 310-311.

<sup>532</sup> *Ibid* au para 324.

Tout en notant que ce facteur milite généralement en faveur de la défenderesse, le tribunal est d'avis que l'Université York a réduit la nature équitable de son utilisation en ne cherchant pas de solution de rechange<sup>533</sup>. Le juge Phelan indique qu'« [i]l existe des solutions de rechange — elles comprennent l'utilisation de services de livres personnalisés, l'achat de chapitres individuels ou d'articles de l'éditeur ou encore l'achat de plus de livres et d'articles nécessaires »<sup>534</sup>. Or, à nos yeux, un tel argument aurait également pu être invoqué dans l'affaire *Alberta (Éducation)*.

Finalement, l'effet de l'utilisation est important, bien qu'il ne soit pas le seul facteur. C'est pour cette raison que le tribunal est d'avis qu'« [i]l n'y a aucun parallèle en l'espèce avec la reproduction limitée des extraits dont il était question dans l'arrêt *Alberta (Éducation)* »<sup>535</sup>. La demanderesse a prouvé, notamment en raison du témoignage d'un expert en matière de sondages, l'existence de répercussions négatives de l'utilisation sur les créateurs et les éditeurs. Ces conséquences causées par les Lignes directrices sont résumées par la cour :

- Elles ont contribué à une baisse des ventes et accéléré la baisse des ventes à l'unité — jusqu'à 6,9 % par année et 3,4 % en revenus entre 2012 et 2015. La répartition précise des montants attribuables aux Lignes directrices n'est pas possible, mais il s'agit d'une contribution importante.
- Elles ont causé une perte de revenus tirés des licences pour les créateurs et les éditeurs comme la preuve le démontre à cet égard. [PricewaterhouseCoopers] a calculé que la 2017 fourchette des pertes se situait entre 800 000 \$ et 1,2 M\$ par année pour Access uniquement.
- Les pertes réelles et attendues de revenus tirés des licences résultant des Lignes directrices ont des répercussions négatives sur les éditeurs. Les revenus tirés des licences représentent environ 20 % des revenus des éditeurs.
- Les pertes réelles et attendues de revenus tirés des licences ont des répercussions négatives sur les créateurs. Même si le sondage du Writers' Union comportait quelques problèmes, il a confirmé l'importance des revenus tirés des licences pour la plupart des auteurs et l'importance d'une perte de revenus.
- Selon la prépondérance des probabilités et en reconnaissance du manque de fiabilité inhérent aux prédictions quant à l'avenir, des répercussions négatives à long terme des Lignes directrices sur les investissements, le contenu et la qualité sont probables.<sup>536</sup>

De ce fait, la cour a conclu que les Lignes directrices sur l'utilisation équitable de l'Université York n'étaient pas équitables.

Cette décision a provoqué une onde de choc non seulement dans le milieu scolaire, mais aussi juridique. Sans surprise, l'Université York a porté cette décision en appel. De plus,

---

<sup>533</sup> *Ibid* au para 329.

<sup>534</sup> *Ibid* au para 330.

<sup>535</sup> *Ibid* au para 344.

<sup>536</sup> *Ibid* au para 351

étant donné l'importance de l'enjeu, l'Association canadienne des professeures et professeurs d'université (ACPPU) ainsi que la Fédération canadienne des étudiantes et étudiants (ci-après « FCÉE ») ont obtenu l'autorisation d'intervenir dans le dossier. En effet, si l'appel est rejeté, cela confirmerait la fin de certaines pratiques dans le milieu universitaire, particulièrement le refus de payer des tarifs établis par la Commission du droit d'auteur du Canada, ainsi que le paiement des redevances de droits d'auteur qui en découlaient.

De plus, il peut aussi s'agir d'une remise en question de l'approche large et libérale adoptée par la cour. Une importance accrue semble être accordée à l'ampleur et aux effets de l'utilisation, comparativement à l'affaire *Alberta (Éducation)*. Nous ne préconisons pas nécessairement un retour de l'approche pré-*Théberge*, mais plutôt une approche qui tienne davantage compte des droits des auteurs, qui étaient, aux yeux de certains, délaissés. Nous pouvons aussi formuler une seconde hypothèse selon laquelle il s'agit d'une décision qui établit les limites de l'approche généreuse : malgré la volonté de défendre les droits des utilisateurs, la cour se trouve face à une situation où la défenderesse a franchi de manière trop importante les limites du raisonnable. Il n'est pas sans intérêt de noter que la cour souligne les différences entre les faits en l'espèce, et ceux des affaires *CCH*, *SOCAN* et *Alberta (Éducation)*. Malheureusement, nous ne pouvons que spéculer tant et aussi longtemps que la Cour d'appel n'a pas rendu sa décision ou que la Cour suprême ne s'est pas prononcée sur la question. Il faudra toutefois d'autres décisions pour confirmer cette approche, comme *CCH* l'a fait pour l'affaire *Théberge*.

Par contre, l'entente dans l'affaire *Université Laval* semble aussi appuyer un retour de balancier et rappelle l'importance d'énumérer les détenteurs de droits en cas d'utilisation des œuvres de ceux-ci. Le 24 mai 2014, et comme dans l'affaire *Université York*, l'Université Laval a adopté la *Politique et directives relatives à l'utilisation de l'œuvre d'autrui aux fins des activités d'enseignement, d'apprentissage, de recherche et d'étude privée à l'Université Laval et le Règlement sur le matériel de cours à l'Université Laval*<sup>537</sup>. Ces dernières déterminaient, aux yeux de l'université, les conditions dans lesquelles l'utilisation de l'œuvre d'autrui devait se faire par le personnel enseignant et, le cas échéant, celles préalables aux demandes d'autorisation particulières. Ainsi, l'utilisation serait permise s'il s'agit d'un « court extrait », soit :

---

<sup>537</sup> « Action collective contre l'Université Laval » (2018) en ligne : *Société québécoise de gestion collective des droits de reproduction*, <<https://www.copibec.ca/fr/action-collective-contre-universite-laval>>; La politique est entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> juin 2014.

5.11.1 jusqu'à 10 pour cent (10 %) d'une œuvre protégée par droit d'auteur (y compris une œuvre littéraire, une partition musicale, un enregistrement sonore ou une œuvre audiovisuelle) ;

5.11.2 un chapitre d'un livre ;

5.11.3 un article de périodique ;

5.11.4 une œuvre artistique dans sa forme intégrale (y compris une peinture, une impression, une photo, un diagramme, un dessin, une carte, un tableau ou un plan) extraite d'une œuvre protégée par le droit d'auteur contenant d'autres œuvres artistiques ;

5.11.5 une page ou un article complet de journal ;<sup>538</sup>

En réaction à cette politique, le 10 novembre 2014, Copibec, le représentant des auteurs, des éditeurs et des sociétés de gestion, a déposé une requête à la Cour supérieure pour obtenir l'autorisation du tribunal d'exercer une action collective. Après plusieurs années de procédures judiciaires, la Cour d'appel du Québec a autorisé, le 8 février 2017, une action collective contre l'Université Laval. Cette requête a finalement été déposée le 13 mars 2017.

Or, contrairement à l'affaire *Université York*, celle de l'Université Laval ne s'est jamais rendue au procès. Après des mois de négociation, le 19 juin 2018, Copibec et l'Université Laval ont annoncé qu'elles entendaient mettre un terme définitif au litige. Alors que l'entente a été conclue sans admission quelconque, ce que l'université a accepté de faire est révélateur :

- Suspendre l'application de sa *Politique et directives relatives à l'utilisation de l'œuvre d'autrui aux fins des activités d'enseignement, d'apprentissage, de recherche et d'étude privée à l'Université Laval* et de contracter la licence générale universitaire 2017-2021 de Copibec, à compter du 1er juin 2018 ;
- Contracter, de manière rétroactive, la licence générale universitaire de reproduction 2014-2017 de Copibec, ainsi que la première année de la licence générale universitaire 2017-2021 de Copibec, et de payer le plein prix de ces licences (en \$ CA) ;
- Verser aux auteurs des indemnités en compensation des violations éventuelles à leurs droits moraux (en \$ CA) ;
- Mettre en place, avec la collaboration de Copibec, des activités de sensibilisation et de formation sur le droit d'auteur, pour son personnel enseignant, durant les vingt-quatre (24) mois suivants la ratification.<sup>539</sup> [notre soulignement]

Cette entente semble incarner un changement de culture du côté de l'Université Laval et la reconnaissance que la politique d'utilisation équitable anciennement en place ne tenait pas adéquatement compte des intérêts des détenteurs des droits. Chose certaine, il faudra

<sup>538</sup> « Politique et directives relatives à l'utilisation de l'œuvre d'autrui aux fins des activités d'enseignement, d'apprentissage, de recherche et d'étude privée à l'Université Laval » (2014) en ligne : *Université Laval*, <[https://www.bibl.ulaval.ca/fichiers\\_site/bda/politique-oeuvre-autrui-ca-2014-85.pdf](https://www.bibl.ulaval.ca/fichiers_site/bda/politique-oeuvre-autrui-ca-2014-85.pdf)> aux pp 7-8.

<sup>539</sup> « Règlement de l'action collective de Copibec contre l'Université Laval — avis aux membres » (2018) en ligne : *Union des écrivaines et des écrivains québécois*, <<https://www.uneq.qc.ca/2018/07/10/copibec-universite-laval-avis-aux-membres/>>.

attendre le jugement de la Cour d'appel dans l'affaire *Université York* et, fort probablement, celui de la Cour suprême, afin de savoir si la portée de l'utilisation équitable sera aussi restreinte devant les tribunaux.

Cela étant, nous tenons à indiquer notre satisfaction face au jugement *Université York* et relativement à l'entente hors cour conclue dans l'affaire *Université Laval*. La Cour suprême avait bien raison d'indiquer qu'il faut considérer l'importance des intérêts des consommateurs, trop souvent oubliés au détriment des droits des auteurs. Or, à force de vouloir accorder des droits aux utilisateurs et adopter une approche dite équilibrée, la cour a possiblement engendré des conséquences non escomptées. En effet, depuis l'adoption d'une approche libérale en ce qui concerne l'utilisation équitable, nous avons assisté à une montée significative de politiques sur l'utilisation équitable dans des institutions d'enseignement, accompagnées d'un refus de payer des tarifs de droits d'auteur. Comme nous l'avons spécifié, il s'agit surtout d'un phénomène canadien-anglais.

Si une partie importante des revenus des auteurs et artistes se trouvent dans le paiement des redevances, le fait de le leur enlever peut avoir une conséquence double : 1) priver de nombreux auteurs et artistes de leurs revenus, ce qui rend la profession beaucoup moins rentable, et donc moins pratiquée ; 2) moins d'auteurs et moins de livres publiés réduisent forcément la diffusion des connaissances, l'un des objectifs premiers du droit d'auteur<sup>540</sup>. En ce sens, non seulement le résultat de l'approche équilibrée ne semble pas être équilibré, mais l'approche semble aussi nuire à l'une des raisons d'être du droit d'auteur.

L'arrêt *Université York* fournit-il la voie qui créerait un résultat plus désirable ? Nous ne le saurons pas avant que la décision ne soit confirmée, si elle l'est. Ayant ceci à l'esprit, jetons un coup d'œil à l'utilisation équitable en 2019.

---

<sup>540</sup> Tawfik, *supra* note 48 à la p 76.

## 6. L'utilisation équitable et l'usage loyal en droit moderne

*Der Teufel steckt im Detail* (« Le diable est dans les détails »)

Expression idiomatique, souvent attribuée à Friedrich Nietzsche.<sup>541</sup>

Ayant constaté l'évolution historique de l'utilisation équitable et de l'usage loyal, nous résumerons ces deux exceptions au droit d'auteur dans le but de jeter la lumière sur leurs différences et leurs similitudes. Comme mentionné précédemment, l'une des distinctions marquantes est le fait que l'approche canadienne a deux étapes, surtout depuis l'affaire *CCH*, alors que l'étatsunienne n'en a qu'une ; cela explique le choix des sous-titres de cette section. De plus, l'exception canadienne est traditionnellement vue comme étant plus restrictive. Cependant, cette analyse est-elle toujours d'actualité aujourd'hui ?

### 6.1 L'utilisation équitable : l'approche en deux étapes

En tenant compte des arrêts rendus surtout depuis *Théberge*, nous résumerons l'utilisation équitable. Comme vu précédemment, l'analyse établie dans *CCH* a créé un test en deux étapes. En effet, la partie défenderesse doit établir :

- (1) Qu'il s'agit d'une utilisation aux fins d'étude privée, de recherche, d'éducation, de parodie, de satire, de critique, de compte rendu ou de communication des nouvelles ;
- (2) Qu'elle est équitable.

Nous suivrons ce test et nous présumerons qu'il s'agit d'une œuvre (art. 2, 5), d'une prestation, d'un enregistrement sonore ou d'un signal de communication (art. 2,15 et ss) protégé par la loi<sup>542</sup>. Par ailleurs, ce qui est protégé par la loi doit remplir certaines conditions, dont l'originalité et la fixation matérielle<sup>543</sup>; n'étant pas essentielle à l'originalité,

<sup>541</sup> Elle est probablement dérivée de l'expression « le bon dieu est dans le détail » de Gustave Flaubert.

<sup>542</sup> Selon l'article 5 de la *Loi sur le droit d'auteur*, *supra* note 14, est protégée par le droit d'auteur « toute œuvre littéraire, dramatique, musicale ou artistique originale » [notre soulignement]. Par ailleurs, le législateur définit cette expression, à l'article 2, de la manière suivante :

*toute œuvre littéraire, dramatique, musicale ou artistique originale* S'entend de toute production originale du domaine littéraire, scientifique ou artistique quels qu'en soient le mode ou la forme d'expression, tels les compilations, livres, brochures et autres écrits, les conférences, les œuvres dramatiques ou dramatico-musicales, les œuvres musicales, les traductions, les illustrations, les croquis et les ouvrages plastiques relatifs à la géographie, à la topographie, à l'architecture ou aux sciences.

<sup>543</sup> Dans *Théberge*, *supra* note 9 au para 145, le juge Gonthier indique :

la créativité n'est toutefois pas un critère<sup>544</sup>. Il faut bien sûr souligner qu'il incombe à la partie qui invoque l'utilisation équitable de satisfaire les deux volets<sup>545</sup>.

Cependant, il faut tout d'abord être face à un tiers, c'est-à-dire un individu qui n'est pas titulaire du droit d'auteur sur l'œuvre protégée en question<sup>546</sup>. De plus, cet individu doit avoir accompli l'un des actes réservés au titulaire du droit d'auteur, et ce, sans le consentement de celui-ci<sup>547</sup>. Cela peut notamment être le fait de produire ou de reproduire « la totalité ou une partie importante de l'œuvre »<sup>548</sup>. Lorsque ces éléments sont établis, nous pouvons procéder à l'analyse en deux étapes.

---

La notion d'« œuvre » renvoie à toute forme d'expression matérialisée et originale (Tamaro, *op. cit.*, p. 84). L'œuvre est, pour ainsi dire, l'aboutissement matériel du processus de création. La fixation à un support matériel constitue une condition *sine qua non* de la production d'une œuvre.

Ainsi, dans la mesure où « le droit d'auteur ne protège que l'expression des idées, l'œuvre doit être fixée sous une forme matérielle pour bénéficier de cette protection » [CCH CSC, *supra* note 5 au para 8]. La Cour fédérale a défini « forme matérielle » comme « une forme palpable, tangible, perceptible » [EROS - Équipe de recherche opérationnelle en santé inc c Conseillers en gestion et informatique CGI inc, 2004 CF 178 au para 113.]. Dans la même veine, les perceptions intangibles et subjectives ne sont pas protégées [Rains v Molea, 2013 ONSC 5016 au para 22].

Quant à l'originalité, dans CCH, la juge en chef de la Cour suprême, la juge McLachlin, la définit de la manière suivante :

16 [...] Pour être « originale » au sens de la *Loi sur le droit d'auteur*, une œuvre doit être davantage qu'une copie d'une autre œuvre. Point n'est besoin toutefois qu'elle soit créative, c'est-à-dire novatrice ou unique. L'élément essentiel à la protection de l'expression d'une idée par le droit d'auteur est l'exercice du talent et du jugement. J'entends par talent le recours aux connaissances personnelles, à une aptitude acquise ou à une compétence issue de l'expérience pour produire l'œuvre. J'entends par jugement la faculté de discernement ou la capacité de se faire une opinion ou de procéder à une évaluation en comparant différentes options possibles pour produire l'œuvre. Cet exercice du talent et du jugement implique nécessairement un effort intellectuel. L'exercice du talent et du jugement que requiert la production de l'œuvre ne doit pas être négligeable au point de pouvoir être assimilé à une entreprise purement mécanique. Par exemple, tout talent ou jugement que pourrait requérir la seule modification de la police de caractères d'une œuvre pour en créer une « autre » serait trop négligeable pour justifier la protection que le droit d'auteur accorde à une œuvre « originale ». [notre soulignement] [CCH CSC, *supra* note 5 au para 16]

<sup>544</sup> CCH CSC, *supra* note 5 aux paras 16, 25.

<sup>545</sup> Alberta (Éducation), *supra* note 7 au para 12.

<sup>546</sup> Il peut également être une prestation, un enregistrement sonore, ou signal de communication.

<sup>547</sup> *Loi sur le droit d'auteur*, *supra* note 14, art 27 (1).

<sup>548</sup> Voir *ibid*, arts 3, 15 ; art 15 parle plutôt de la « prestation ou de toute partie importante de celle-ci ». La partie importante serait une question davantage qualitative que quantitative<sup>548</sup>, et un emprunt « portant uniquement sur un aspect peu important de l'œuvre du point de vue quantitatif » peut néanmoins être une partie importante<sup>548</sup>. Ainsi, la juge en chef de la Cour suprême McLachlin dans *Cinar Corporation c Robinson*, 2013 CSC 73 au para 26, le résume comme suit:

[26] Le concept de « partie importante » de l'œuvre est souple. Il s'agit d'une question de fait et de degré. [TRANSDUCTION] « La question de savoir si une partie est importante est qualitative plutôt que quantitative » : *Ladbroke (Football), Ltd. c. William Hill (Football), Ltd.*, [1964] 1 All E.R. 465 (H.L.), p. 481, lord Pearce. On détermine ce qui constitue une partie importante en fonction de l'originalité de l'œuvre qui doit être protégée par la *Loi sur le droit d'auteur*. En règle générale, une partie importante d'une œuvre est une partie qui représente une part importante du talent et du jugement de l'auteur exprimés dans l'œuvre. [notre soulignement]

De plus, et ce depuis *Théberge* et *CCH*, la jurisprudence évoque un droit des utilisateurs en parlant de l'utilisation équitable. Cette dernière ne serait pas un simple moyen de défense, mais bien un droit positif, une partie intégrante de la loi<sup>549</sup> ; comme le dit le professeur Vaver : « [u]ser rights are not just loopholes »<sup>550</sup>. Cela est particulièrement important lors de la première étape de l'analyse.

À cette étape, lorsqu'on invoque l'exception de l'utilisation équitable, le tribunal doit avant tout s'intéresser à la fin poursuivie par la personne qui a repris une partie importante d'une œuvre ou de tout autre objet du droit d'auteur. Bien qu'il s'agisse d'une décision pré-*Théberge* et *CCH*, la Cour d'appel du Québec note à juste titre ce qui suit dans l'arrêt *Avanti Ciné Vidéo*:

[...] le but poursuivi par celui qui reproduit une œuvre occupe une place centrale dans l'analyse de l'utilisation équitable consacrée à 29 et 29.1 de la Loi et seuls certains buts bien identifiés sont retenus à titre d'utilisation équitable.<sup>551</sup>

Compte tenu des articles 29, 29.1 et 29.2, l'utilisation d'une œuvre ou de tout autre objet du droit d'auteur peut être légale si elle est faite à des fins :

- d'étude privée, de recherche, d'éducation, de parodie ou de satire (art. 29)
- de critique ou de compte rendu, à la condition que, d'une part, la source et, d'autre part, ces renseignements figurent dans la source (art. 29.1) :
  - dans le cas d'une œuvre, le nom de l'auteur,
  - dans le cas d'une prestation, le nom de l'artiste interprète,
  - dans le cas d'un enregistrement sonore, le nom du producteur,
  - dans le cas d'un signal de communication, le nom du radiodiffuseur.
- de communication des nouvelles à la condition que soient mentionnés, d'une part, soit mentionnée la source et, d'autre part, ces renseignements figurent dans la source (art. 29.2) :
  - dans le cas d'une œuvre, le nom de l'auteur,
  - dans le cas d'une prestation, le nom de l'artiste interprète,
  - dans le cas d'un enregistrement sonore, le nom du producteur,
  - dans le cas d'un signal de communication, le nom du radiodiffuseur.

---

<sup>549</sup> *CCH CSC*, *supra* note 5 au para 48.

<sup>550</sup> Vaver, *Copyright Law*, *supra* note 361 à la p 171.

<sup>551</sup> *Avanti Ciné Vidéo*, *supra* note 352 à la p 1951.

Contrairement à l'usage équitable, il s'agit d'une liste exhaustive des fins permises. Ainsi, si la fin ne se trouve pas parmi celles mentionnées ci-dessus, l'utilisation n'est pas équitable au sens de la loi. Comme nous l'avons vu en analysant les arrêts *CCH* et *SOCAN c Bell*, au nom des droits des utilisateurs, la Cour suprême a annoncé qu'elle avait prescrit une interprétation large quant aux fins auxquelles il peut y avoir utilisation équitable<sup>552</sup>, contrairement à l'interprétation stricte existant auparavant dans la jurisprudence<sup>553</sup>. Étant donné la jurisprudence depuis 2002, incluant l'affaire *Université York*, les tribunaux sont peu exigeants en ce qui concerne une fin prévue par la loi. Cela ne semble pas être remis en question. Regardons brièvement chacune des fins.

En ce qui concerne l'étude privée, la recherche et l'éducation, la jurisprudence nous enseigne que « [d]ans le contexte scolaire, enseignement et recherche ou étude privée sont tautologiques »<sup>554</sup>. Il y a toutefois des différences entre les fins, surtout lorsqu'il s'agit d'un contexte non académique. L'étude privée peut, selon l'avis de la majorité de la cour dans l'affaire *Alberta (Éducation)*, englober tant l'intention de l'enseignant que celle d'un chercheur, de l'étudiant ou de l'élève qui consulte une œuvre dans le cadre académique<sup>555</sup>. Dans le même arrêt, la majorité indique que « l'adjectif " privée " n'exige pas de l'utilisateur qu'il consulte une œuvre protégée dans un splendide isolement »<sup>556</sup>. Comme nous l'avons vu précédemment, cette approche a été critiquée, notamment par le juge Rothstein, car elle semble vider le mot « privée » de son sens.

La définition d'étude privée semble cependant avoir changé. Comme nous l'avons spécifié ci-dessus, la loi a été modifiée en 2012 pour inclure éducation, ce qui a amené la Cour d'appel fédérale à conclure que « this addition removed the dichotomy between teachers' or students' viewpoints under the section 29 analysis, when education is the relevant purpose »<sup>557</sup>. En ce sens, l'étude privée engloberait désormais le chercheur, l'étudiant ou l'élève, alors que l'éducation couvrirait plutôt l'enseignement. L'étude privée se rattacherait donc au sens régulier de l'étude, soit un « effort intellectuel pour acquérir des connaissances »<sup>558</sup>. Quant à l'éducation, vu le manque de jurisprudence traitant spécifiquement cette fin, elle risque de changer et d'évoluer avec le temps.

<sup>552</sup> *CCH CSC*, *supra* note 5 au para 48; *SOCAN c Bell*, *supra* note 6 aux paras 11, 27.

<sup>553</sup> Voir notamment *Michelin*, *supra* note 357.

<sup>554</sup> *Alberta (Éducation)*, *supra* note 7 au para 23.

<sup>555</sup> *Ibid.*

<sup>556</sup> *Ibid* au para 27.

<sup>557</sup> *British Columbia (Education)*, *supra* note 515 au para 45.

<sup>558</sup> *Le Nouveau Petit Robert*, 2018, *sub verbo* « étude » [*Petit Robert*]

La recherche renvoie, en revanche, à un effort de l'esprit pour trouver une connaissance, ou une vérité, ainsi que les travaux faits pour trouver des connaissances nouvelles ou pour étudier une question<sup>559</sup>. Selon la jurisprudence récente, le mot « recherche » doit être interprété de manière large afin que les droits des utilisateurs ne soient pas indûment restreints<sup>560</sup>. De plus, la recherche ne se limite pas à celle effectuée dans un contexte non commercial ou privé. Comme l'a dit la Cour d'appel dans l'affaire *CCH*, des propos confirmés par la Cour suprême, « [l]a recherche visant à conseiller des clients, donner des avis, plaider des causes et préparer des mémoires et des factums reste de la recherche »<sup>561</sup>. De plus, la recherche n'exige pas une fin créative<sup>562</sup>.

Comme nous l'avons vu précédemment, les fins de parodies et satires ont été ajoutées par la *Loi sur la modernisation du droit d'auteur*<sup>563</sup>. Bien qu'il ne s'agisse pas d'une fin prévue dans la loi à l'époque, le juge Rothman de la Cour d'appel du Québec a émis des commentaires fort pertinents sur le terme « parodie » dans l'arrêt *Avanti Ciné Vidéo*:

Parody normally involves the humorous imitation of the work of another writer, often exaggerated, for the purposes of criticism or comment. Appropriation of the work of another writer to exploit its popular success for commercial purposes is quite a different thing. It is no more than commercial opportunism. The line may sometimes be difficult to trace, but courts have a duty to make the proper distinctions in each case having regard to copyright protection as well as freedom of expression.<sup>564</sup> [notre soulignement]

Depuis son inclusion dans la loi, un premier jugement a directement traité la question de la parodie, soit *United Airlines, Inc c Cooperstock*<sup>565</sup>. Il s'agissait d'une affaire traitant notamment de la prétendue violation par le défendeur, M. Jeremy Cooperstoc, le propriétaire exploitant du site web [www.untied.com](http://www.untied.com), du droit d'auteur appartenant à United Airlines. Dans cette affaire, la Cour fédérale s'est appuyée sur une définition de parodie fournie dans

<sup>559</sup> *Ibid*, *sub verbo* « recherche ».

<sup>560</sup> *CCH CSC*, *supra* note 5 au para 51.

<sup>561</sup> *CCH CA*, *supra* note 449 au para 128; ce passage a été repris par la Cour suprême, *CCH CSC*, *supra* note 5 au para 51.

<sup>562</sup> *SOCAN c Bell*, *supra* note 6 aux paras 21- 22.

<sup>563</sup> *LMDA*, *supra* note 199.

<sup>564</sup> *Avanti Ciné Vidéo*, *supra* note 352 à la p 575. ; Ce passage a été traduit dans *United Airlines, Inc c Cooperstock*, 2017 CF 616 au para 114 [*United Airlines*] de la manière suivante :

La parodie implique normalement l'imitation humoristique de l'œuvre d'un autre écrivain, souvent exagérée, à des fins de critique ou de commentaires. L'appropriation de l'œuvre d'un autre écrivain pour exploiter son succès populaire à des fins commerciales est assez différente. Ce n'est rien d'autre que de l'opportunisme commercial. Il peut parfois être difficile de tracer la limite, mais les tribunaux ont l'obligation d'établir les distinctions appropriées dans chaque affaire, compte tenu de la protection du droit d'auteur et de la liberté d'expression.

<sup>565</sup> *United Airlines*, *supra* note 564.

une affaire de la Cour de justice de l'Union européenne, soit *Deckmyn c Vandersteen*<sup>566</sup>. Les deux cours ont utilisé la définition suivante, fondée sur le langage courant :

[...] la parodie a pour caractéristiques essentielles, d'une part, d'évoquer une œuvre existante, tout en présentant des différences perceptibles par rapport à celle-ci, et, d'autre part, de constituer une manifestation d'humour ou une raillerie.<sup>567</sup>

En ce qui concerne la critique et le compte rendu, ni la jurisprudence ni la législation ne fournit de grande piste afin de les définir. Nous savons toutefois que la jurisprudence canadienne a traditionnellement distingué la critique de la parodie<sup>568</sup>. Avec l'inclusion de cette dernière à l'article 29, cette distinction demeurera. L'arrêt *Hager c ECW Press Ltd et al* nous fournit également des précisions<sup>569</sup>. Dans cette affaire, la demanderesse alléguait que le livre des défendeurs intitulé *Shania Twain: On My Way* contenait des passages importants tirés d'un chapitre de son livre intitulé *Honour Song: a Tribute*. Les défendeurs prétendaient que leur utilisation était un cas d'utilisation équitable aux fins de recherche et de critique, argument que le tribunal a rejeté. L'affaire enseigne qu'« une utilisation équitable à des fins de critique doit être pour commenter ou comparer le texte ou des idées véhiculées dans l'œuvre dont on veut reproduire des extraits pour se qualifier au sens de cette exception »<sup>570</sup>.

Nous pouvons aussi nous référer au sens ordinaire de ces termes afin de bien saisir les fins visées. *Le Petit Robert* définit le mot « critique » comme étant un « jugement intellectuel, moral ; examen de la valeur de quelque chose [...] », alors qu'un compte rendu est un « texte qui rend compte de quelque chose ».

Finalement, malgré le manque de jurisprudence concernant la communication des nouvelles, nous pouvons nous référer au sens ordinaire des termes « communication » et « nouvelles » : la communication est « l'action de transmettre une information »<sup>571</sup>, tandis qu'une nouvelle est définie comme étant le « premier avis qu'on donne ou qu'on reçoit (d'un évènement récent) ; cet évènement porté pour la première fois à la connaissance de la personne intéressée, ou du public ». <sup>572</sup> De plus, la jurisprudence a établi la distinction entre une nouvelle et une publicité commerciale ; cette dernière n'est pas une fin prévue par la loi. Comme le note la Cour du Québec, division des petites créances, dans l'affaire *Chayer c Corporation Sun Media* :

<sup>566</sup>C-201/13, [2014], ECLI:EU:C:2014:2132, en ligne : *Cour de justice l'union européenne* <<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=157281&doclang=FR>>.

<sup>567</sup> *Ibid* au para 20 ; *United Airlines*, *supra* note 564 au para 118.

<sup>568</sup> Voir *Avanti Ciné Vidéo*, *supra* note 352.

<sup>569</sup> [1999] 2 FC 287, 1998 CarswellNat 3031 aux paras 47-60.

<sup>570</sup> Baribeau, *supra* note 15 à la p 46.

<sup>571</sup> *Petit Robert*, *supra* note 558 *sub verbo* « communication ».

<sup>572</sup> *Ibid*, *sub verbo* « nouvelle ».

[L]e fait d'inviter les lecteurs d'un journal à se rendre tel jour, à telle heure, dans un bar bien identifié pour se faire offrir des consommations par une vedette de passage, constitue un publiereportage et non un reportage.<sup>573</sup>

Dans l'affaire *Warman c Fournier*, la Cour fédérale a jugé que la publication des extraits d'une œuvre sur un site Web afin de faire connaître les faits relatés dans un article était de la communication de nouvelles<sup>574</sup>. À notre avis, il s'agit d'une interprétation très libérale, qui s'inscrit plus dans la logique de l'affaire *CCH* ; cette approche nous indique qu'il faut interpréter les fins prévues à l'article 29 « de manière large afin que les droits des utilisateurs ne soient pas indûment restreints »<sup>575</sup>. Il n'est pas sans intérêt de noter que ce passage de l'affaire *CCH* est cité par la cour dans la décision pour justifier son analyse<sup>576</sup>. Il est vrai que la partie reproduite de l'œuvre portait surtout sur « des faits et ne comportait pas la plupart des commentaires originaux de l'auteur »<sup>577</sup>. Les faits/événements transmis n'étaient toutefois plus récents au moment de leur reproduction. De ce fait, la reproduction d'un passage d'un livre qui relate des événements qui ont eu lieu il y a cinq ans serait-elle de la communication de nouvelles? En tenant compte de la jurisprudence moderne, nous pouvons conclure qu'un tel jugement serait possible.

Il est légitime de se demander, en raison de l'interprétation large et libérale de la première étape appliquée par la jurisprudence depuis 2002, si celle-ci ne serait pas devenue superficielle, superflue, voire purement symbolique. Cela signifierait que l'utilisation équitable serait officieusement un test en une étape, comme aux États-Unis. De plus, comme nous l'avons vu précédemment, la seconde étape s'inspire de l'article 107 de la *Copyright Act* des États-Unis<sup>578</sup>. Certains pourraient donc prétendre que le droit étatsunien est *de facto* appliqué au Canada.

Nous ne sommes toutefois pas de cet avis. Cette sous-section montre que la jurisprudence applique toujours une analyse rigoureuse et réfléchie de cette étape. Même si cette dernière est interprétée de manière large et non restrictive, cela ne signifie pas que toute fin soit permise par les tribunaux. De plus, un revirement jurisprudentiel appliquant une analyse conservatrice, telle celle d'avant les années 2000<sup>579</sup>, redonnerait à cette étape une importance plus claire et non équivoque. Par ailleurs, comme nous le verrons pour le reste de

<sup>573</sup> (2005), 47 CPR (4<sup>e</sup>) 291, au para 4.

<sup>574</sup> *Warman c Fournier*, 2012 CF 803 au para 31 [*Warman*].

<sup>575</sup> *CCH CSC*, *supra* note 5 au para 51.

<sup>576</sup> *Warman*, *supra* note 574 aux paras 30- 31.

<sup>577</sup> *Ibid* au para 33.

<sup>578</sup> *Copyright Act*, *supra* note 4, art 107.

<sup>579</sup> Voir notamment *Michelin*, *supra* note 357.

la section 6, alors que la jurisprudence canadienne s'inspire de l'article 107 de la *Copyright Act* des États-Unis à la seconde étape<sup>580</sup>, l'interprétation employée pour chacun des facteurs reste distincte.

### 6.1.1 Seconde étape : l'utilisation est-elle équitable ?

Une fois qu'on a établi qu'il s'agit d'une fin énumérée par la loi, il faut passer à la seconde étape de l'analyse : l'utilisation est-elle équitable ? Comme il a été vu antérieurement, la cour a énuméré dans l'affaire *CCH* six critères utiles afin de répondre à cette question. Ces fins tirent leur origine de la législation étatsunienne<sup>581</sup>, soit de l'article 107 de la *Copyright Act* des États-Unis<sup>582</sup>. Toutefois, l'analyse utilisée par la jurisprudence canadienne pour chacun des critères est distincte :

- (1) Le but de l'utilisation : quel est le but ou le motif réel de l'utilisation de l'œuvre protégée ?<sup>583</sup>
- (2) La nature de l'utilisation : de quelle manière l'œuvre a-t-elle été utilisée ?<sup>584</sup>
- (3) L'ampleur de l'utilisation : Quelle est l'ampleur de l'utilisation individuelle, et non globale ? S'agit-il d'une infime partie de l'œuvre ou non ?<sup>585</sup>
- (4) Les solutions de rechange à l'utilisation : Existe-t-il, par exemple, un équivalent non protégé ?<sup>586</sup>
- (5) La nature de l'œuvre : S'agit-il d'une œuvre non publiée ou publiée ? Non confidentielle ou confidentielle ?<sup>587</sup>
- (6) L'effet de l'utilisation sur l'œuvre : L'utilisation nuit-elle à l'œuvre ou y fait-elle concurrence ?<sup>588</sup>

Depuis cet arrêt, les tribunaux se contentent de ces critères et les appliquent mécaniquement. Or, il ne s'agit pas d'une liste exhaustive et il peut donc y avoir d'autres critères possibles.

<sup>580</sup> *Copyright Act*, *supra* note 4, art 107.

<sup>581</sup> Voir la section 5.1; *CCH CSC*, *supra* note 5 aux paras 52- 53.

<sup>582</sup> *Copyright Act*, *supra* note 4, art 107.

<sup>583</sup> *CCH CSC*, *supra* note 5 au para 53.

<sup>584</sup> *Ibid* au para 55.

<sup>585</sup> *Ibid* au para 56.

<sup>586</sup> *Ibid* au para 57.

<sup>587</sup> *Ibid* au para 58

<sup>588</sup> *Ibid* au para 59.

Pour les fins de ce mémoire, nous regarderons toutefois les critères appliqués en date d'aujourd'hui.

#### 6.1.1.1 Le but de l'utilisation

La reproduction de la législation étatsunienne en droit d'auteur canadien est particulièrement flagrante lorsque nous nous attardons au premier critère de la seconde étape de l'analyse : le but de l'utilisation. Le sens qu'il faut attribuer à ce critère est peu évident dans la mesure où il semble *a priori* reprendre la première étape de l'analyse, soit la fin de l'utilisation. En effet, les mots « fin » et « but » sont synonymes tant en français qu'en anglais. En reprenant entièrement la législation étatsunienne, les juges de la Cour suprême auraient créé un élément redonnant dans leur analyse ; les tribunaux prolongeraient une analyse qui peut être complétée d'un seul coup. Ceux-ci sont souvent portés à se demander si la fin établie à la première étape est le but réel, que cela soit la recherche dans *SOCAN c Bell*<sup>589</sup> ou la parodie dans *United Airlines, Inc*<sup>590</sup>.

Quoi qu'il en soit, les tribunaux ont indiqué la façon dont ce critère doit être appliqué. Depuis l'affaire *CCH*, alors que la cour indique qu'il faut identifier « objectivement le but ou le motif réel de l'utilisation de l'œuvre protégée »<sup>591</sup>, une approche plus libérale et pro-utilisateurs semble s'imposer. Inversement, il faut analyser la possibilité de l'existence d'un « motif inavoué » de l'utilisation<sup>592</sup>; dans *United Airlines, Inc*, on a notamment reconnu un but inavoué, soit la diffamation et la punition d'une entreprise<sup>593</sup>. Le but peut être plus équitable, telles la recherche<sup>594</sup> et la parodie<sup>595</sup>, que moins équitable, comme un but commercial, la punition d'une compagnie ou la diffamation de celle-ci<sup>596</sup>.

Le professeur David Lametti note, à juste titre, que les motivations d'une tierce partie peuvent être utiles à cette étape de l'analyse et ce, même si les tribunaux parlent dès lors du droit des utilisateurs :

Dans *CCH*, les reproductions faites par les bibliothécaires à la demande des utilisateurs étaient protégées en vertu des droits des utilisateurs à une utilisation équitable. Dans *Alberta (Education)*, les enseignants qui faisaient des reproductions pour leurs élèves dans le cadre de leurs leçons, sans demande préalable de la part des

<sup>589</sup> *SOCAN c Bell*, *supra* note 6 aux paras 33-36.

<sup>590</sup> *United Airlines*, *supra* note 564 aux paras 122-125.

<sup>591</sup> *CCH CSC*, *supra* note 5 au para 54.

<sup>592</sup> *Alberta (Éducation)*, *supra* note 7 aux paras 20, 23.

<sup>593</sup> *United Airlines*, *supra* note 564 au para 125

<sup>594</sup> *SOCAN c Bell*, *supra* note 6 aux paras 15- 30.

<sup>595</sup> *United Airlines*, *supra* note 564 au para 125 (La cour dans cette affaire a jugé qu'il ne s'agissait pas d'une parodie.)

<sup>596</sup> *United Airlines*, *supra* note 564.

élèves, partageaient les mêmes motivations et la même finalité que les utilisateurs finaux : les élèves. En fait, ces utilisateurs n'avaient d'autre choix que de se fier aux enseignants pour leur expertise et leur accompagnement, formant ainsi une « finalité symbiotique ». Dans le contexte de l'éducation, l'enseignement, la recherche ou l'étude privée forment une association tautologique. En contrepartie, un éditeur ne pourrait pas se « cacher » derrière les utilisateurs, car sa motivation réelle est de nature commerciale.<sup>597</sup> [notre soulignement]

### 6.1.1.2 La nature de l'utilisation

La nature d'une utilisation, quant à elle, réfère à la façon dont l'œuvre a été utilisée. Le tribunal s'intéresse donc à la diffusion d'ordre quantitatif : l'œuvre était-elle reproduite à grande échelle et à de nombreuses personnes ? Comme le fait remarquer l'ancienne juge en chef McLachlin dans *CCH* :

Lorsque de multiples copies sont diffusées largement, l'utilisation tend à être inéquitable. Toutefois, lorsqu'une seule copie est utilisée à une fin légitime en particulier, on peut conclure plus aisément que l'utilisation était équitable.<sup>598</sup>

La destruction de l'œuvre après avoir été utilisée laisse également croire qu'il s'agissait d'une utilisation équitable. L'usage ou la pratique dans un secteur d'activité donné peut aussi aider le tribunal à déterminer la nature de l'utilisation. Par exemple, la reproduction de larges extraits d'une œuvre originale sous forme de notes d'études est-elle une pratique courante dans le milieu de production d'ouvrages de critique littéraire<sup>599</sup> ?

### 6.1.1.3 L'ampleur de l'utilisation

L'ampleur de l'utilisation ne doit pas être confondue avec la nature de l'utilisation.

Comme le note la Juge Abella dans l'arrêt *Alberta (Éducation)* :

L'élément de l'« ampleur » ne commande pas une appréciation quantitative en fonction de l'utilisation globale; il appelle un examen du rapport entre l'extrait et, non pas la quantité totale de ce qui est diffusé, mais bien l'œuvre complète.<sup>600</sup> [notre soulignement]

L'ampleur est donc déterminée « en fonction de l'utilisation individuelle, et non globale »<sup>601</sup>. C'est pour cette raison que, dans l'arrêt *SOCAN c Bell*, le tribunal a refusé de tenir compte du nombre global d'extraits écoutés par les consommateurs au moyen de la transmission en continu. Il a plutôt déterminé l'ampleur de l'utilisation en comparant l'extrait à l'ensemble de

<sup>597</sup> Lametti, *supra* note 15 au para 41.

<sup>598</sup> *CCH CSC*, *supra* note 5 au para 55.

<sup>599</sup> *Ibid* au para 55; voir aussi *Sillitoe*, *supra* note 463.

<sup>600</sup> *Alberta (Éducation)*, *supra* note 7 au para 29; *SOCAN c Bell*, *supra* note 6 aux paras 39- 43.

<sup>601</sup> *CCH CSC*, *supra* note 5 au para 56.

l'œuvre entière<sup>602</sup>. Si c'est une infime partie de l'œuvre qui est utilisée, il y a absence de violation<sup>603</sup>. En revanche, la reproduction complète d'une œuvre originale ne garantit pas non plus l'existence d'une violence du droit d'auteur<sup>604</sup>.

Il s'agit donc de l'utilisation de « tout ou en partie [d'] une œuvre, selon le type ou la fin poursuivie »<sup>605</sup>. La cour ajoute également l'importance ou la sorte de l'œuvre à l'étape de l'ampleur dans *CCH*:

Tant l'ampleur de l'utilisation que l'importance de l'œuvre qui aurait fait l'objet d'une reproduction illicite doivent être prises en considération pour décider du caractère équitable.<sup>606</sup>

Il sera intéressant de voir si la jurisprudence canadienne adoptera l'analyse de l'ampleur utilisée dans *Université York*, c'est-à-dire une approche qui tient compte de l'importance quantitative et qualitative de l'utilisation<sup>607</sup>; cela serait un rapprochement avec l'approche étatsunienne que nous verrons dans la sous-section 6.2.1.3. En effet, comme nous l'avons vu dans la section 5.2, la Cour suprême a affirmé que cet élément « correspond à l'ampleur de l'utilisation sur le plan quantitatif »<sup>608</sup>.

#### 6.1.1.4 Les solutions de rechange à l'utilisation

L'existence de solutions de rechange à l'utilisation est également fort pertinente dans l'analyse. S'il existe un équivalent non protégé qui aurait pu être utilisé, les chances que le tribunal juge que l'utilisation de l'œuvre originale est inéquitable s'accroissent. Il est

---

<sup>602</sup> *SOCAN c Bell*, *supra* note 6 au para 41.

<sup>603</sup> *CCH CSC*, *supra* note 5 au para 56.

<sup>604</sup> Voir *Allen v Toronto Star Newspapers Ltd* (1997), 78 CPR (3<sup>e</sup>) 115 (Div gén Ont) aux paras 43-44 :

The cover was not reproduced in colour as was the original. The cover was reproduced in reduced form. The news story and accompanying photos received no special prominence in the newspaper. They appeared on an inside page of an inside section. These factors are indications that the purpose of its reproduction of the cover was to aid in the presentation of a news story and not to gain an unfair commercial or competitive advantage over Allen or Saturday Night.

In our view, the test of fair dealing is essentially purposive. It is not simply a mechanical test of measurement of the extent of copying involved. We were referred to the case of *Zamacois v. Douville*, 1943 CanLII 290 (FC), [1944] Ex. C.R. 208, 2 C.P.R. 270, a decision of Angers J. in the Exchequer Court of Canada. To the extent that this decision is considered an authority for the proposition that reproduction of an entire newspaper article or, in this case, a photograph of a magazine cover, can never be considered a fair dealing with the article (or magazine cover) for purposes of news summary or reporting, we respectfully disagree. [notre soulignement]

<sup>605</sup> Baribeau, *supra* note 15 à la p 45.

<sup>606</sup> *CCH CSC*, *supra* note 5 au para 56.

<sup>607</sup> *Université York*, *supra* note 16 aux paras 290-318.

<sup>608</sup> *SOCAN c Bell*, *supra* note 6 au para 39.

également nécessaire « de déterminer si l'utilisation était raisonnablement nécessaire eu égard à la fin visée »<sup>609</sup>.

Comment se traduit cette approche en droit ? Depuis les années 2000, et comme les autres critères, une lecture favorisant davantage les utilisateurs s'impose à moins d'une solution très comparable<sup>610</sup>. Comme nous l'avons vu précédemment dans *CCH*, la cour a jugé qu'il n'y avait pas de solution de rechange pour les photocopies des extraits des œuvres, car vingt pour cent des demandeurs n'habitent pas la région de Toronto ; aux yeux de la cour, ils auraient été « contraints d'effectuer la totalité de leurs recherches à la Grande bibliothèque et d'y prendre des notes »<sup>611</sup>. Le fait de se procurer un exemplaire ou une licence semblait être un fardeau trop lourd pour la cour. Une lecture libérale et pro-utilisateurs s'est également imposée lors de la pentalogie de 2012. Dans l'affaire *SOCAN c Bell*, la Cour suprême a conclu qu'il n'y avait pas de solution de rechange réelle à l'écoute préalable de courts extraits (trente secondes), que cela soit une reproduction de la pochette, un texte descriptif ou les critiques d'autres utilisateurs<sup>612</sup> ; le fait de pouvoir entendre l'œuvre afin de prendre une décision libre et éclairée n'était pas présent dans les autres « solutions ». Dans *Alberta (Éducation)*, la cour a jugé qu'il n'était pas réaliste d'exiger l'achat d'un exemplaire pour chacun des élèves afin qu'ils aient accès à des passages de ces livres<sup>613</sup>. Même dans l'affaire *Université York* de 2017, où l'utilisation a été jugée non équitable, la Cour fédérale a décidé que le facteur favorisait l'Université York et ses étudiants<sup>614</sup>.

#### 6.1.1.5 La nature de l'œuvre

Dans *CCH*, la Cour suprême indique qu'il ne s'agit pas d'un élément décisif dans l'analyse<sup>615</sup> ; cela semble être confirmé dans *Alberta (Éducation)* en 2012, où la nature des œuvres n'est même pas analysée<sup>616</sup>. Dans *CCH*, la cour nous fournit toutefois des indices. S'il s'agit d'une œuvre non publiée, il est plus probable que cela soit une utilisation équitable à certaines conditions : « [...] sa reproduction accompagnée d'une indication de la source pourra mener à une diffusion plus large de l'œuvre en question, ce qui est l'un des objectifs

<sup>609</sup> *Ibid* au para 57.

<sup>610</sup> Cela ne veut pas dire qu'il n'y a pas eu de décision où le tribunal s'est penché en faveur du titulaire du droit : voir *United Airlines*, *supra* note 564 aux paras 131- 134.

<sup>611</sup> *CCH CSC*, *supra* note 5 au para 69.

<sup>612</sup> *SOCAN c Bell*, *supra* note 6 aux paras 45- 46.

<sup>613</sup> *Alberta (Éducation)*, *supra* note 7 au para 55.

<sup>614</sup> *Université York*, *supra* note 16 au para 330.

<sup>615</sup> *CCH CSC*, *supra* note 5 au para 58.

<sup>616</sup> *Alberta (Éducation)*, *supra* note 7 (« nature de l'œuvre » n'est évoquée qu'au paragraphe 12).

du régime de droit d'auteur »<sup>617</sup>. Inversement, s'il s'agit d'une œuvre non publiée et confidentielle, le caractère inéquitable de l'utilisation devient plus probable<sup>618</sup>.

#### 6.1.1.6 L'effet de l'utilisation sur l'œuvre

Contrairement à la nature de l'œuvre, l'effet de l'utilisation sur l'œuvre est un facteur important, bien qu'il ne soit « ni le seul ni le plus important »<sup>619</sup>. La cour doit analyser le risque que l'utilisation « nuise à l'œuvre [originale] ou y fasse concurrence »<sup>620</sup>. Si le tribunal conclut que l'utilisation fait concurrence à l'œuvre originale, et/ou nuit à ses ventes comme dans l'affaire *Université York*<sup>621</sup>, il est plus probable que l'utilisation soit inéquitable ; en l'occurrence, si l'utilisation ne fait pas concurrence, ou a « pour effet d'augmenter les ventes d'œuvres musicales protégées par le droit d'auteur » comme dans *SOCAN c Bell*<sup>622</sup>, il est plus probable que l'utilisation soit équitable.

Encore une fois, le tribunal semblait adopter une position très ouverte sur l'application de l'exception pro-utilisateurs. Dans *CCH*, en l'absence de preuve, le tribunal sous-entend que les photocopies du Barreau du Haut-Canada n'avaient aucun impact : « la seule preuve relative à l'effet sur le marché est que les éditeurs ont continué à produire de nouveaux recueils et de nouvelles publications juridiques pendant que le service de photocopie était offert »<sup>623</sup>. En 2012 dans *Alberta (Éducation)*, une conclusion presque identique est rendue, indiquant que la reproduction des passages de livres sous forme de photocopies n'avait pas pour effet d'influencer la vente des livres photocopiés. Selon la cour, aucune vente ne serait faite, les élèves seraient tout simplement privés de ces livres :

[36] De plus, je vois difficilement comment les photocopies peuvent concurrencer les manuels sur le marché, car au dire de la Commission, les enseignants n'en reproduisent que de courts extraits à titre complémentaire. Selon toute vraisemblance, si ces photocopies n'étaient pas tirées, les élèves seraient tout simplement privés du complément d'information ou se verraient contraints de consulter le seul exemplaire que possède l'école.<sup>624</sup>

En revanche, dans l'affaire *Université York*, Access Copyright a pu détailler avec précision l'impact négatif de la politique. La Cour fédérale a accepté les conclusions dans *Alberta (Éducation)*, et les différencie des effets en l'espèce, particulièrement le fait que la

<sup>617</sup> *CCH CSC*, *supra* note 5 au para 58.

<sup>618</sup> *Ibid* au para 58; voir aussi *Beloff*, *supra* note 467.

<sup>619</sup> *Ibid* au para 59; voir aussi *Pro Sieben Media AG*, *supra* note 370.

<sup>620</sup> *SOCAN c Bell*, *supra* note 6 au para 48.

<sup>621</sup> *Université York*, *supra* note 16 au para 351.

<sup>622</sup> *SOCAN c Bell*, *supra* note 6 au para 48.

<sup>623</sup> *CCH CSC*, *supra* note 5 au para 72.

<sup>624</sup> *Alberta (Éducation)*, *supra* note 7 au para 36.

politique de l'Université York permettait la possibilité de reproduire d'importantes parties de livres, d'articles, de revues et d'autres œuvres<sup>625</sup>.

Ayant constaté l'utilisation équitable en 2019, regardons l'usage loyal dans son état actuel afin de constater les similitudes et les différences.

## 6.2 L'usage loyal : l'approche en un temps

Comme établi précédemment, contrairement au modèle canadien, l'usage loyal étatsunien se fait en une étape. Au lieu de déterminer si la fin en l'espèce est permise, le tribunal se demande tout de suite si l'usage est loyal. En effet, comme mentionné précédemment, étant donné que les fins ne sont pas exhaustives en usage loyal, les tribunaux étatsuniens semblent plutôt contourner la question, passant tout de suite à l'analyse de la nature loyale de l'usage.

Or, comme nous le verrons, ce test ressemble à la seconde étape du droit d'auteur canadien. Cela n'est pas surprenant dans la mesure où l'article 107 et l'analyse associée ont été importés en droit d'auteur canadien à la seconde étape depuis l'affaire *CCH*<sup>626</sup>. Tout comme en droit d'auteur canadien, dans la mesure où l'usage loyal est une défense affirmative<sup>627</sup>, il incombe à la partie qui l'invoque de porter le fardeau de la preuve<sup>628</sup>.

Il faut tout d'abord être face à un tiers, c'est-à-dire un individu qui n'est pas le titulaire du droit d'auteur sur l'œuvre protégée en question. De plus, cet individu doit avoir accompli l'un des actes réservés au titulaire du droit d'auteur, et ce, sans le consentement de celui-ci<sup>629</sup>. Contrairement à la législation canadienne, il n'y a pas de référence au critère de la totalité ou une partie importante de l'œuvre<sup>630</sup>; la commission d'un acte réservé avec une

<sup>625</sup> *Université York*, *supra* note 16 au para 344.

<sup>626</sup> *CCH CSC*, *supra* note 5 au para 53 ; voir notamment la note 444 de ce mémoire.

<sup>627</sup> Voir Patry, *Fair Use supra* note 20, § 2:4.

<sup>628</sup> *Chicago Bd of Educ*, *supra* note 407 à la p 629; *Campbell*, *supra* note 18 à la p 590; *Harper & Row*, *supra* note 18 à la p 561; *Video Pipeline, Inc v. Buena Vista Home Entertainment, Inc*, 342 F (3d) 191 à la p 197 (3<sup>e</sup> Cir 2003).

<sup>629</sup> *Copyright Act*, *supra* note 4, § 501:

**§ 501 · Infringement of copyright**

(a) Anyone who violates any of the exclusive rights of the copyright owner as provided by sections 106 through 122 or of the author as provided in section 106A(a), or who imports copies or phonorecords into the United States in violation of section 602, is an infringer of the copyright or right of the author, as the case may be [...]

<sup>630</sup> Voir *Ibid*, § 106:

**§ 106 · Exclusive rights in copyrighted works**

Subject to sections 107 through 122, the owner of copyright under this title has the exclusive rights to do and to authorize any of the following:

œuvre protégée par la loi sans la permission du titulaire du droit d'auteur est *a priori* une violation. Face à une telle situation, nous appliquons l'analyse étatsunienne en une étape.

Comme la jurisprudence canadienne post-*Théberge*, l'usage loyal est vu comme un droit positif, c'est-à-dire un droit des utilisateurs. Il n'est donc pas une simple exception, mais une partie intégrante du droit d'auteur étatsunien. Comme le dit le juge Pierre N Leval dans son texte de référence « Toward a Fair Use Standard » : « Fair use should not be considered a bizarre, occasionally tolerated departure from the grand conception of the copyright monopoly. To the contrary, it is a necessary part of the overall design »<sup>631</sup>.

Avant de nous intéresser aux facteurs énumérés à l'article 107 de la Loi, nous nous arrêtons au préambule de celui-ci :

**107. Limitations on exclusive rights: Fair use**

Notwithstanding the provisions of sections 106 and 106A, the fair use of a copyrighted work, including such use by reproduction in copies or phonorecords or by any other means specified by that section, for purposes such as criticism, comment, news reporting, teaching (including multiple copies for classroom use), scholarship, or research, is not an infringement of copyright. [notre soulignement]

Il énumère des méthodes possibles de reproduction ainsi que six fins de reproduction soit, la critique, le commentaire, le journalisme, l'enseignement (y compris les reproductions multiples pour utilisation en salle de classe), l'étude (« scholarship ») et la recherche. Or, comme nous l'avons vu précédemment, la liste des méthodes de reproduction et des fins d'usage loyal se trouvant au préambule de l'article 107 n'est pas une liste exhaustive ; nous le savons à la lecture du préambule, avec les formulations ouvertes telles « Notwithstanding the provisions of sections 106 and 106A, the fair use of a copyrighted work, including such use » et « for purposes such as ». Cette interprétation est appuyée par l'article 101 de la *Copyright Act* qui énonce que « [t]he terms “including” and “such as” are illustrative and not

- 
- (1) to reproduce the copyrighted work in copies or phonorecords;
  - (2) to prepare derivative works based upon the copyrighted work;
  - (3) to distribute copies or phonorecords of the copyrighted work to the public by sale or other transfer of ownership, or by rental, lease, or lending;
  - (4) in the case of literary, musical, dramatic, and choreographic works, pantomimes, and motion pictures and other audiovisual works, to perform the copyrighted work publicly;
  - (5) in the case of literary, musical, dramatic, and choreographic works, pantomimes, and pictorial, graphic, or sculptural works, including the individual images of a motion picture or other audiovisual work, to display the copyrighted work publicly; and
  - (6) in the case of sound recordings, to perform the copyrighted work publicly by means of a digital audio transmission

<sup>631</sup> Leval, « Toward a Fair Use Standard », supra note 20 à la p 1110. À la page 1135 du même article, le juge Leval réaffirme sa position: « Fair use is not a grudgingly tolerated exception to the copyright owner's rights of private property, but a fundamental policy of the copyright law. »

limitative »<sup>632</sup> ainsi que pour la jurisprudence. Dans *Campbell*, la Cour suprême a notamment indiqué que la liste des fins fournissait « only general guidance »<sup>633</sup>. Cette compréhension est également appuyée par la doctrine : Willaim F Patry indique les « preamble listes only illustrative uses »<sup>634</sup>. Il est pour cette raison que les fins d'usage sont peu importantes dans l'analyse appliquée par la jurisprudence ; une analyse en une étape, s'intéressant aux facteurs permettant l'usage loyal, est privilégiée par les tribunaux étatsuniens.

Il s'agit de l'une des grandes différences, voire la plus grande différence, avec le droit d'auteur canadien. L'utilisation équitable canadienne possède une liste exhaustive des fins, « un ensemble fermé d'exceptions »<sup>635</sup>, prévues aux articles 29 et suivants de la *Loi sur le droit d'auteur*. Alors qu'il est vrai que depuis les années 2000 les fins sont analysées de manière large et libérale, on leur accorde une attention toute particulière que l'on ne voit pas en droit d'auteur étatsunien. Le tribunal étatsunien passe systématiquement à l'analyse des facteurs sans se soucier spécialement de la fin de l'usage. Par ailleurs, l'analyse peut théoriquement être arrêtée à ce stade en droit canadien, défaut d'une fin permise, chose qui est complètement impensable en droit étatsunien.

### 6.2.1 L'usage est-il loyal ?

L'article 107 de la *Copyright Act* des États-Unis<sup>636</sup> fournit une liste ouverte de quatre critères pour déterminer l'applicabilité de l'usage loyal à un cas de figure<sup>637</sup>. Étant donné que l'usage loyal est une « equitable rule of reason »<sup>638</sup>, son analyse se veut souple<sup>639</sup> et doit être faite en fonction des faits en l'espèce<sup>640</sup>. En effet, elle doit aussi être, comme la Cour suprême l'a dit dans *Sony*, une « sensitive balancing of interests »<sup>641</sup>.

Également, les facteurs énumérés à l'article 107 ne sont pas exhaustifs, comme l'a souligné la jurisprudence<sup>642</sup>. Or, selon les recherches du professeur Barton Beebe, les tribunaux étatsuniens ont tendance à les appliquer de manière formaliste, sans ajouter de facteurs supplémentaires<sup>643</sup>. Le défendeur n'a pas non plus à prouver que chacun des quatre

<sup>632</sup> *Copyright Act*, supra note 4, § 101.

<sup>633</sup> *Campbell*, supra note 18 aux pp 577- 578.

<sup>634</sup> Patry, *Fair Use* supra note 20, § 2:10.

<sup>635</sup> Lametti, supra note 15 au para 8.

<sup>636</sup> *Copyright Act*, supra note 4, § 107.

<sup>637</sup> Gendreau, « Les exceptions canadiennes en matière d'éducation », supra note 15 à la p 687.

<sup>638</sup> *Sony*, supra note 18 à la p 448.

<sup>639</sup> *Iowa State University*, supra note 306 à la p 60.

<sup>640</sup> *Campbell*, supra note 18 à la p 577 ; *S&L Vitamins*, supra note 423 à la p 213.

<sup>641</sup> *Sony*, supra note 18 à la p 455, n 40.

<sup>642</sup> *Harper & Row, Publishers*, supra note 18 à la p 560 ; *Ty, Inc*, supra note 21 à la p 522.

<sup>643</sup> Beebe, supra note 424 aux pp 561-562.

facteurs prévus à l'article 107 penche en sa faveur<sup>644</sup> ; cela est aussi le cas en droit canadien.

Comme l'observe le juge Leval :

Each factor directs attention to a different facet of the problem. The factors do not represent a score card that promises victory to the winner of the majority. Rather, they direct courts to examine the issue from every pertinent corner and to ask in each case whether, and how powerfully, a finding of fair use would serve or disserve the objectives of the copyright [...] In analyzing a fair use defense, it is not sufficient simply to conclude whether or not justification exists. The question remains how powerful, or persuasive, is the justification, because the court must weigh the strength of the secondary user's justification against factors favoring the copyright owner.<sup>645</sup>

Ainsi, ce sont des facteurs qui doivent être pondérés les uns avec les autres, en fonction des faits. Une analyse au cas par cas s'impose. Le cœur de l'article 107 se lit comme suit :

#### **107. Limitations on exclusive rights: Fair use**

[...] In determining whether the use made of a work in any particular case is a fair use the factors to be considered shall include—

- (1)  the purpose and character of the use, including whether such use is of a commercial nature or is for nonprofit educational purposes;
- (2)  the nature of the copyrighted work;
- (3)  the amount and substantiality of the portion used in relation to the copyrighted work as a whole; and
- (4)  the effect of the use upon the potential market for or value of the copyrighted work.

The fact that a work is unpublished shall not itself bar a finding of fair use if such finding is made upon consideration of all the above factors.<sup>646</sup>

Nous pouvons traduire ces fins comme suit :

1. Le but et la nature de l'usage, notamment si cet usage est de nature commerciale ou à des fins éducatives à but non lucratif ;
2. La nature de l'œuvre ;
3. L'ampleur de l'usage en comparaison à l'ensemble de l'œuvre originale ; et
4. L'effet de l'usage sur le marché potentiel ou la valeur de l'œuvre.

Il s'agit de facteurs presque identiques à ceux appliqués par le droit d'auteur canadien, à l'exception du facteur canadien « les solutions de rechange à l'utilisation ». Cela ne veut toutefois pas dire qu'ils sont compris de la même manière dans les deux pays.

<sup>644</sup> *NXIVM Corp*, *supra* note 420 à la p 477 ; *Wright*, *supra* note 420 à la p 740.

<sup>645</sup> Leval, « Toward a Fair Use Standard », *supra* note 20 aux pp 1110-1111.

<sup>646</sup> *Copyright Act*, *supra* note 4, § 107.

### 6.2.1.1 Le but et la nature de l'usage

Le juge Leval décrit le premier facteur comme « the soul of fair use »<sup>647</sup>, et « the heart of the fair use inquiry »<sup>648</sup>; d'autres juges ont plutôt privilégié le quatrième facteur<sup>649</sup>. Quoiqu'il en soit, il ne s'agit pas d'une position officiellement adoptée par les tribunaux canadiens, quoique certains facteurs soient reconnus plus importants que d'autres<sup>650</sup>. De plus, les tribunaux canadiens ne semblent pas accorder autant d'importance aux deux premiers facteurs de la seconde étape, « l'équivalent » du premier facteur de l'analyse de l'usage loyal. En effet, les solutions de rechange à l'utilisation et l'effet de l'utilisation semblent être parmi les facteurs les plus importants en droit d'auteur canadien<sup>651</sup>.

Dans son texte réputé « Toward a Fair Use Standard », publié en 1990, le juge Leval prétend que l'analyse du premier facteur tourne principalement autour de la question « whether, and to what extent, the challenged use is *transformative* »<sup>652</sup>. Les œuvres créées par cet usage seraient, selon la Cour suprême, « at the heart of the fair use doctrine's guarantee of breathing space within the confines of copyright »<sup>653</sup>. Or, qu'exige cette analyse pour déterminer l'usage transformatif, approche d'ailleurs généralement adoptée depuis par les tribunaux étatsuniens<sup>654</sup> ? Tout d'abord, il s'agit d'une analyse qui s'intéresse à ce qui a été produit ou créé, et non par qui cela l'a été<sup>655</sup>. En effet, il faut déterminer si l'usage « is of the transformative type that advances knowledge and the progress of the arts or whether it merely repackages, free riding on another's creations »<sup>656</sup>. L'usage doit être productif et utilisé de manière différente, ou dans un but différent, que l'œuvre originale<sup>657</sup>. Le juge Souler dans *Campbell* observe:

The central purpose of this investigation is to see, in Justice Story's words, whether the new work merely “supersede[s] the objects” of the original creation, *Folsom v. Marsh*, supra, at 348; accord, *Harper & Row*, supra, 471 U.S., at 562, 105 S.Ct., at 2231 (“supplanting” the original), or instead adds something new, with a further purpose or different character, altering the first with new expression, meaning, or

<sup>647</sup> Leval, « Toward a Fair Use Standard », supra note 20 à la p 1116.

<sup>648</sup> *Davis v Gap, Inc*, 246 F (3d) 164 à la p 171 (2<sup>e</sup> Cir 2001).

<sup>649</sup> Voir notamment *Harper & Row*, supra note 18 à la p 566

<sup>650</sup> Nous avons notamment vu dans la section 6.1.1.5 que peu d'importance est accordée à la nature de l'œuvre.

<sup>651</sup> Voir les sections 6.1.1.4. et 6.1.1.6.

<sup>652</sup> Leval, « Toward a Fair Use Standard », supra note 20 à la p 1111.

<sup>653</sup> *Campbell*, supra note 18 à la p 579.

<sup>654</sup> Cette analyse est notamment adoptée dès 1994 par la Cour suprême dans l'affaire clef *Campbell*, supra note 18 à la p 577.

<sup>655</sup> *Savage v Council on American-Islamic Relations, Inc*, 2008 WL 2951281 (D Cal 2008), conf par 689 F (3d) 29 (1<sup>er</sup> Cir 2012).

<sup>656</sup> Leval, « Toward a Fair Use Standard », supra note 20 à la p 1116.

<sup>657</sup> *Ibid* à la p 1111.

message; it asks, in other words, whether and to what extent the new work is “transformative.”<sup>658</sup> [notre soulignement]

Patry fournit trois exemples d’usage transformatif issus de la jurisprudence, soit :

- (1) Une modification du contenu de l'auteur ;
- (2) Aucun changement de la forme de l’œuvre, mais un usage qui accomplit un objectif important ; et
- (3) Aucun changement ni altération, mais la présentation de l’œuvre originale intacte dans un nouveau contexte, avec de nouvelles idées ou un message différent.<sup>659</sup>

Quant au premier cas de figure, Patry évoque l’usage de parties d’une photographie et leur inclusion dans un collage<sup>660</sup>. Pour le deuxième cas, nous pouvons penser à la création d’images miniatures de photographies en réponse à une requête de recherche sur Internet<sup>661</sup>, ou encore à la copie et le stockage sur ordinateurs de travaux d’étudiants d’école secondaire à des fins de comparaison, afin de détecter le plagiat<sup>662</sup>. Finalement, la reproduction d’une photographie peu flatteuse dans un blogue faisant la satire du titulaire du droit d’auteur de celle-ci est un cas d’usage transformatif<sup>663</sup>.

L’absence d’usage transformatif ne garantit toutefois pas un usage déloyal<sup>664</sup>. En effet, il faut tenir compte des autres facteurs et les pondérer les uns avec les autres. Cependant, plus l’usage est transformatif, moins les autres facteurs sont importants dans la détermination de l’existence de l’usage loyal<sup>665</sup> ; l’inverse est aussi vrai, c’est-à-dire que moins l’usage est transformatif, plus les autres facteurs sont importants<sup>666</sup>.

En droit d’auteur canadien, cette recherche d’un usage transformatif est absente, du moins formellement, de l’analyse de l’utilisation équitable ; cela est vrai tant pour le facteur du but de l’utilisation que pour celui de la nature de l’utilisation. Comme nous l’avons vu, le but en droit canadien est plutôt la réelle motivation de l’utilisation, qu’elle soit avouée ou non.

<sup>658</sup> *Campbell*, supra note 18 à la p 579.

<sup>659</sup> Patry, *Fair Use* supra note 20, § 3:9

<sup>660</sup> *Blanch v Koons*, 467 F (3d) 244 (2<sup>e</sup> Cir 2006).

<sup>661</sup> *Perfect 10, Inc v Amazon.com, Inc*, 508 F (3d) 1146 (9<sup>e</sup> Cir 2007).

<sup>662</sup> *Magnum Photos International, Inc v Houk Gallery, Inc*, 2018 WL 4538902 (D NY 2018)

<sup>663</sup> *Katz v Chevaldina*, 2014 WL 4385690 (D Fla 2014).

<sup>664</sup> Patry, *Fair Use*, supra note 20, § 3:9.

<sup>665</sup> *Ibid.*

<sup>666</sup> *Society of the Holy Transfiguration Monastery, Inc v Archbishop Gregory of Denver, Colorado*, 754 F Supp (2d) 219 à la 228 (D Mass 2010), conf par *Society of Holy Transfiguration Monastery, Inc v Gregory*, 689 F (3d) 29 (1<sup>er</sup> Cir 2012): « Thus, while it is true that transformative use is not an absolute requirement for a finding of fair use, its absence enhances the significance of the other factors that weigh against a finding of fair use ».

Par ailleurs, cela ne signifie pas que dans l'analyse du but et de la nature de l'usage, on ne tient pas compte d'autres considérations que l'usage transformatif. Comme le dit la Cour d'appel pour le quatrième circuit dans *Bouchat v Baltimore Ravens Limited Partnership*, une affaire opposant un artiste ayant créé un dessin et une équipe de football professionnel qui utilisait cette œuvre à de multiples fins (notamment à la télévision, et en ligne) : « [t]he essential inquiry under the first factor can be separated into two parts: whether the new work is transformative [...] and the extent to which the use serves a commercial purpose »<sup>667</sup>. En effet, l'article 107(1) indique la nécessité de s'intéresser à la nature commerciale ou non commerciale de l'usage. Comme en droit d'auteur canadien, une nature commerciale milite contre la reconnaissance d'un usage loyal, bien qu'il ne s'agisse pas d'une présomption rigide et obligatoire<sup>668</sup>. En effet, un usage avec une nature commerciale et qui nuit de façon importante aux ventes, ce qui renvoie au quatrième facteur, est probablement déloyal. Nonobstant la décision rendue dans *Sony*, où la cour prétend qu'une nature commerciale crée une présomption que l'usage nuit aux ventes<sup>669</sup>, la Cour suprême indique dans *Campbell* :

[A]s we explained in *Harper & Row*, *Sony* stands for the proposition that the “fact that a publication was commercial as opposed to non-profit is a separate factor that tends to weigh against a finding of fair use” [...] But that is all, and the fact that even the force of that tendency will vary with the context is a further reason against elevating commerciality to hard presumptive significance.<sup>670</sup>

En effet, cet arrêt de la Cour suprême confirme que, même face à un but commercial (une chanson parodique créée à des fins commerciales), l'usage peut être loyal. La jurisprudence étatsunienne fait toutefois un lien plus clair entre le premier facteur, l'usage commercial, et le dernier facteur, l'effet de l'utilisation sur le marché potentiel ou la valeur de l'œuvre. Dans *Bouchat*, on observe notamment ce qui suit:

An overbroad reading of the commercial sub-prong would [...] eviscerate the concept of fair use [...] Instead, the commerciality inquiry is most significant when the allegedly infringing use acts as a direct substitute for the copyrighted work. *Campbell*, 510 U.S. at 591, 114 S.Ct. 1164. Meanwhile, “the more transformative the new work, the less will be the significance of other factors, like commercialism, that may weigh against a finding of fair use.” *Vanderhye*, 562 F.3d at 639<sup>671</sup> [notre soulignement]

<sup>667</sup> 737 F (3d) 932 à la p 939 (4e Cir 2013).

<sup>668</sup> Cependant, dans *Sony*, *supra* note 18 à la 450, la Cour suprême a dit: « [e]very commercial use of copyrighted material is presumptively an unfair exploitation of the monopoly privilege that belongs to the owner of the copyright [...] ». Cette compréhension n'a pas été retenue par la jurisprudence subséquente.

<sup>669</sup> *Sony*, *supra* note 18 à la 451.

<sup>670</sup> *Harper & Row*, *supra* note 18 à la p 585. À la page 594, la cour indique également « No such evidentiary presumption is available to address [...] the first factor, »

<sup>671</sup> *Bouchat v Baltimore Ravens Limited Partnership*, 737 F (3d) 932 aux pp 941-942 (4e Cir 2013) [*Bouchat*].

Ainsi, comme le note Patry, « [c]ommerciality within the meaning of the first factor refers to a substitutional purpose: displacing sales for the original by giving the end-user so much of the original's expressive content that there is no need to purchase or license the original »<sup>672</sup>. Un usage transformatif n'a normalement pas cet effet, car il ne remplace pas l'œuvre originale ni ne lui fait concurrence ; cela est particulièrement le cas d'une parodie comme dans l'affaire *Campbell*<sup>673</sup>. De ce fait, un usage qui a une plus grande probabilité d'être jugé loyal serait un usage transformatif à des fins académiques ou dans des procédures légales ; à l'opposé, la reproduction identique et totale à des fins de revente risque d'être déloyale, car elle ferait certainement concurrence à l'œuvre originale<sup>674</sup>.

Finalement, selon la jurisprudence, le premier facteur doit être analysé de concert avec le préambule de l'article 107. Le tribunal, dans *Bouchat*, s'exprime comme suit : « [t]he preamble to § 107 lists examples of uses that are fair: "criticism, comment, news reporting, teaching ... scholarship, or research." [...] These examples serve as a "guide[ ]" for analysis under the first factor »<sup>675</sup>. Il s'agit d'un écart important avec le droit canadien qui sépare l'analyse des fins permises par la loi, qui se fait à la première étape de l'analyse de l'utilisation équitable, de l'analyse du but et de la nature de l'utilisation, qui se fait à la seconde étape. Toutefois, comme nous l'avons vu précédemment, ce sont généralement des fins également prévues par la loi canadienne : la critique (art 29.1), la communication des nouvelles (art 29.2), l'enseignement (art 29) et l'étude privée (art 29).

De ce fait, nous voyons que le premier facteur en droit d'auteur étatsunien a une place primordiale, englobant de nombreux éléments qui n'existent pas ou qui se trouvent à des endroits différents dans l'analyse canadienne, dont la première étape. Comme nous l'avons examiné dans cette section, le tribunal étatsunien s'intéresse particulièrement à l'usage transformatif, ce qui n'existe pas en droit canadien. Contrairement au droit d'auteur étatsunien, cette question est divisée en deux en droit canadien et n'est pas aussi décisive dans la jurisprudence. Quant à la nature de l'utilisation, le tribunal canadien s'intéresse à la façon dont l'œuvre a été utilisée, notamment si elle a été diffusée largement et si elle a été détruite après son utilisation. Cette analyse semble absente en droit étatsunien. Il y a toutefois des points de convergence comme nous l'avons vu ci-dessus.

---

<sup>672</sup> Patry, *Fair Use supra* note 20, § 3:9

<sup>673</sup> *Harper & Row, supra* note 18.

<sup>674</sup> Patry, *Fair Use supra* note 20, § 3:9

<sup>675</sup> *Bouchat, supra* note 671 à la p 939.

### 6.2.1.2 La nature de l'œuvre

Comme en droit canadien, la nature de l'œuvre est un facteur peu pertinent. Dans *Authors Guild, Inc v Google, Inc*, la Cour d'appel des États-Unis pour le deuxième circuit s'exprime ainsi : « The second factor has rarely played a significant role in the determination of a fair use dispute »<sup>676</sup>. Cela étant, que signifie la nature de l'œuvre? La jurisprudence a souvent évoqué une dichotomie entre les œuvres informatives et divertissantes ; une œuvre informative privilégie le défendeur, alors qu'une œuvre divertissante privilégie plutôt le titulaire du droit. Comme le dit la Cour d'appel pour le neuvième circuit dans *Brewer v Hustler Magazine, Inc*: « The scope of the fair use defense is broader when informational works of general interest to the public are involved than when the works are creative products »<sup>677</sup>. En s'appuyant sur cet arrêt, la Cour suprême, dans *Stewart v Abend*, annonce : « In general, fair use is more likely to be found in factual works than in fictional works ». Ainsi, cela revient à l'objectif premier du droit d'auteur, la diffusion des connaissances, c'est-à-dire que la loi voit une importance plus grande dans la diffusion des connaissances que des œuvres de fiction<sup>678</sup>.

Il y a d'autres facettes de la nature de l'œuvre qui sont examinées par la jurisprudence étatsunienne. Tout comme les tribunaux canadiens<sup>679</sup>, on se demande si l'œuvre est publiée ou non publiée. Or, contrairement à ce qui ressort de la jurisprudence au Canada<sup>680</sup>, le deuxième facteur aux États-Unis « should not turn solely, nor even primarily, on the published/unpublished dichotomy »<sup>681</sup>.

En réaction à trois décisions rendues par la Cour d'appel pour le deuxième circuit<sup>682</sup>, le législateur a clarifié le sens du deuxième facteur en ajoutant, en 1992<sup>683</sup>, le passage suivant à la fin de l'article 107 : « The fact that a work is unpublished shall not itself bar a finding of fair use if such finding is made upon consideration of all the above factors »<sup>684</sup>. Ainsi, le deuxième facteur doit se lire de concert avec ce passage. L'existence d'une œuvre non

<sup>676</sup> 804 F (3d) 202 à la p 220 (2<sup>e</sup> Cir 2015) [*Authors Guild, Inc v Google, Inc*]; Dans la même veine, dans Leval, « Toward a Fair Use Standard », *supra* note 20 à la p 1116, on indique : « The nature of the copyrighted work is a factor that has been only superficially discussed and little understood. »

<sup>677</sup> 749 F (2d) 527 à la p 529.

<sup>678</sup> *Harper & Row, Publishers*, *supra* note 18 à la p 563.

<sup>679</sup> *CCH CSC*, *supra* note 5 au para 58.

<sup>680</sup> Lorsque l'on lit le paragraphe 58 de *CCH CSC*, *supra* note 5, et les décisions publiées depuis, qui se basent sur *CCH*, cette dichotomie domine la discussion sur la nature de l'œuvre.

<sup>681</sup> Leval, « Toward a Fair Use Standard », *supra* note 20 à la p 1118

<sup>682</sup> Patry, *Fair Use* *supra* note 20, § 4:2: *Salinger v Random House, Inc*, 811 F (2d) 90 (2<sup>e</sup> Cir 1987), *New Era Publications International ApS v Henry Holt & Co*, 873 F (2d) 576 (2<sup>e</sup> Cir 1989), et *Wright*, *supra* note 420; *Salinger* et *New Era* sont deux décisions critiquées par Pierre Leval, notamment lorsqu'il s'agit du deuxième facteur, dans Leval, « Toward a Fair Use Standard », *supra* note 20 aux pp 1116-1122.

<sup>683</sup> *Act of 24 October 1992*, *supra* note 396.

<sup>684</sup> *Copyright Act*, *supra* note 4 § 107.

publiée ne constitue donc pas un veto contre un jugement en faveur d'un usage loyal ; le tribunal doit plutôt pondérer les facteurs les uns avec les autres, en fonction des faits. Ainsi, si l'œuvre n'est pas encore publiée, le tribunal est davantage porté à refuser l'usage loyal : « the scope of fair use is narrower with respect to unpublished works »<sup>685</sup>. Par exemple, dans *Harper & Row*, la Cour suprême note que « [...] the author's right to control the first public appearance of his undissemated expression will outweigh a claim of fair use »<sup>686</sup>. Cependant, l'usage peut être loyal si l'œuvre contient des informations d'intérêt général pour la société<sup>687</sup> ; le tribunal peut arriver à une telle conclusion en tenant compte de l'objectif du droit d'auteur, c'est-à-dire l'intérêt collectif et la diffusion des connaissances<sup>688</sup>. Inversement, la reproduction d'une œuvre publiée ne garantit pas un jugement d'usage loyal.

Il est intéressant de noter qu'alors qu'en droit d'auteur étatsunien, la nature non publiée de l'œuvre milite contre l'usage loyal, cela ne semble pas être le cas en droit canadien. Comme nous l'avons vu dans la sous-section 6.1.1.5, la Cour suprême du Canada dans *CCH* a indiqué que s'il s'agit de la production d'une œuvre non publiée, elle est plus portée à reconnaître l'utilisation équitable à certaines conditions<sup>689</sup>.

### 6.2.1.3 L'ampleur de l'usage

Comme en droit d'auteur canadien<sup>690</sup>, l'ampleur de l'usage est établie en comparant l'extrait relatif à l'œuvre entière, ce qui est évident à la lecture de l'article 107 (3): « the amount and substantiality of the portion used in relation to the copyrighted work as a whole »<sup>691</sup>. Cela étant, alors que l'analyse de l'ampleur de l'utilisation n'est déterminée que quantitativement en droit d'auteur canadien<sup>692</sup>, à l'exception d'*Université York*<sup>693</sup>, l'ampleur de l'usage se fait en tenant compte tant des aspects quantitatifs que qualitatifs de ce qui est

<sup>685</sup> *Harper & Row, Publishers*, supra note 18 à la p 555.

<sup>686</sup> *Ibid* à la p 564.

<sup>687</sup> Patry, *Fair Use*, supra note 20, § 4:2.

<sup>688</sup> Dans Leval, « Toward a Fair Use Standard », supra note 20 à la p 1119, on plaide pour une telle approche. La dernière phrase de l'extrait suivant reprend la justification de la diffusion des connaissances que l'on a notamment vue avec la *Loi de la Reine Anne*:

I do not argue that a writer of private documents has no legal entitlement to privacy. He may well have such an entitlement. The law of privacy, however, and not the law of copyright supplies such protection. Placing all unpublished private papers under lock and key, immune from any fair use, for periods of fifty to one hundred years, conflicts with the purposes of the copyright clause. Such a rule would use copyright to further secrecy and concealment instead of public illumination. [*Statute of Anne*, supra note 34]

<sup>689</sup> *CCH CSC*, supra note 5 au para 58.

<sup>690</sup> *SOCAN c Bell*, supra note 6 au para 41.

<sup>691</sup> *Copyright Act*, supra note 4 § 107

<sup>692</sup> *SOCAN c Bell*, supra note 6 au para 36: « Le troisième élément énoncé dans *CCH* correspond à l'ampleur de l'utilisation sur le plan quantitatif. »

<sup>693</sup> *Université York*, supra note 16 au para 330.

reproduit. Comme le dit le professeur Beebe: « [T]his factor calls upon courts to evaluate[,] both on a quantitative and a qualitative scale[,] what proportion of the plaintiffs work the defendant used »<sup>694</sup>. Dans *Authors Guild, Inc v Google, Inc*, le juge Leval explique :

The third statutory factor instructs us to consider “the amount and substantiality of the portion used in relation to the copyrighted work as a whole.” The clear implication of the third factor is that a finding of fair use is more likely when small amounts, or less important passages, are copied than when the copying is extensive, or encompasses the most important parts of the original. The obvious reason for this lies in the relationship between the third and the fourth factors. The larger the amount, or the more important the part, of the original that is copied, the greater the likelihood that the secondary work might serve as an effectively competing substitute for the original, and might therefore diminish the original rights holder's sales and profits.<sup>695</sup> [notre soulignement]

Dans le passé, certains tribunaux se sont intéressés à la question de la reproduction du « cœur » de l'œuvre, dont la Cour suprême dans *Harper & Row, Publishers* en 1985<sup>696</sup>. En se penchant surtout sur l'aspect qualitatif, l'exception d'usage loyal a même été refusée. Même si la cour a reconnu qu'une partie non importante a été reproduite<sup>697</sup>, elle a tranché qu'il y avait violation du droit d'auteur, car la défenderesse « took what was essentially the heart of the book »<sup>698</sup>. Or, cette approche a été rejetée en 1994 par la Cour suprême dans *Campbell* face à un cas de parodie<sup>699</sup>.

#### 6.2.1.4 L'effet de l'usage sur le marché potentiel ou la valeur de l'œuvre

Comme nous l'avons souligné précédemment, certains tribunaux ont considéré le quatrième facteur comme étant le plus important ; il s'agit plutôt du point de vue traditionnel. Dans *Harper & Row*, la Cour suprême l'a notamment décrit comme « undoubtedly the single most important element of fair use »<sup>700</sup>. D'ailleurs, dans une étude empirique qui évalue les décisions en droit d'auteur rendues entre 1978 et 2005, le professeur Beebe remarque que le résultat du quatrième facteur coïncidait avec le résultat final de l'analyse dans 83,8% des

<sup>694</sup> Beebe, *supra* note 424 à la p 615.

<sup>695</sup> *Authors Guild, Inc v Google, Inc*, *supra* note 676 à la p 221.

<sup>696</sup> *Harper & Row*, *supra* note 18.

<sup>697</sup> *Ibid* à la p 565:

In short, he quoted these passages precisely because they qualitatively embodied Ford's distinctive expression.

As the statutory language indicates, a taking may not be excused merely because it is insubstantial with respect to the *infringing* work. As Judge Learned Hand cogently remarked, “no plagiarist can excuse the wrong by showing how much of his work he did not pirate.”

<sup>698</sup> *Ibid* aux pp 564-565; il s'agit d'une citation de la Cour de district, mais confirmée par la Cour suprême à la page 600.

<sup>699</sup> *Campbell*, *supra* note 18 à la p 589 : « we fail to see how the copying can be excessive in relation to its parodic purpose, even if the portion taken is the original's “heart.” ».

<sup>700</sup> *Harper & Row*, *supra* note 18 à la p 566.

jugements, contrairement au premier facteur, qui coïncidait dans 81,5% des jugements<sup>701</sup>. Il note: « Though hardly conclusive, this breakdown is consistent with the conventional view that factor four exerts the stronger influence on the outcome of the test »<sup>702</sup>. Quoi qu'il en soit, ce facteur demeure particulièrement important, tout comme son équivalent en droit canadien, c'est-à-dire le sixième facteur à la seconde étape.

Qu'exige cette analyse en droit d'auteur étatsunien ? L'article 107(4) est clair concernant le fait que le tribunal doit s'intéresser à l'effet de l'usage sur le marché potentiel ou la valeur de l'œuvre (« effect of the use upon the potential market for or value of the copyrighted work »)<sup>703</sup>. Quant au marché, il n'y a pas de présomption qu'il existe un marché pour l'œuvre originale ou que la violation du droit d'auteur nuit aux ventes du titulaire du droit ; ces faits doivent être allégués et prouvés par la partie demanderesse<sup>704</sup>. Dans *Field v Google Inc*, on voit entre autres que la gratuité de l'œuvre originale rend difficile l'identification d'un tel marché.

Dans la mesure où l'article 107(4) traite d'un marché potentiel, cela peut également être étudié par la cour. Comme le note la Cour d'appel pour le deuxième circuit, le quatrième facteur milite en faveur du titulaire du droit si celui-ci peut montrer qu'il y a un « traditional, reasonable, or likely to be developed market » [notre soulignement] pour son œuvre<sup>705</sup>. Ce marché potentiel, à être probablement développé, réfère également au marché pour les œuvres dérivées<sup>706</sup>. C'est pour cette raison que, dans *Harper & Row*, la Cour suprême indique que l'analyse du quatrième facteur « must take account not only of harm to the original but also of harm to the market for derivative works »<sup>707</sup>. Patry explique ce qui suit:

In an era when licensing and subsidiary rights have taken on increased importance, the potential market for the copyrighted work goes beyond the sale of copies of the work in its original form. The market for derivative works is an economically important part of the copyright owner's market and therefore an important part of the incentive that drives the copyright system. Recognizing this fact, courts appropriately have included in their consideration of the fourth factor the effect of the defendant's use on the copyright owner's ability to license the preparation of derivative works. Plaintiff's loss of an opportunity to sell a literary work for publication in a different form, such as a serialization of excerpts, is one example of an important derivative market, along with traditional uses such as licensing for motion pictures or dramatic renditions. In visual arts, the copyright owner's potential market includes the right to prepare a three-

<sup>701</sup> Beebe, *supra* note 424 à la p 584.

<sup>702</sup> *Ibid.*

<sup>703</sup> *Copyright Act*, *supra* note 4 § 107(4).

<sup>704</sup> Voir *Field v Google, Inc*, 412 F Supp (2d) 1106 aux pp 1121-1122 (D Nev 2006) [*Field*].

<sup>705</sup> *Ringgold v Black Entertainment Television, Inc* 126 F (3d) 70 à la p 81 (2<sup>e</sup> Cir 1997) ; voir aussi *American Geophysical Union v Texaco Inc*, 60 F (3d) 913 à la p 930 (2<sup>e</sup> Cir 1994) [*American Geophysical Union*].

<sup>706</sup> Voir notamment *American Geophysical Union*, *supra* note 705 à la p 930.

<sup>707</sup> *Harper & Row*, *supra* note 18 à la p 568.

dimensional version of a two-dimensional work of art. Musical works are frequently adapted into different styles.<sup>708</sup>

Quant à l'impact sur la valeur de l'œuvre ou des œuvres dérivées, les tribunaux s'intéressent au préjudice économique sur l'œuvre originale (« harm » ou « economic harm »). Plus précisément, ils évaluent dans quelle mesure cette nouvelle œuvre nuit économiquement, puisqu'elle se substitue à l'originale dans le marché, ce que la Cour suprême dans *Campbell* a décrit comme « cognizable harm » ou « cognizable market harm » : « [t]he cognizable harm is market substitution, not any harm from criticism »<sup>709</sup>. Dans *Authors Guild, Inc v HathiTrust*, la Cour d'appel pour le deuxième circuit observe ce qui suit:

the Factor Four analysis is concerned with only one type of economic injury to a copyright holder: the harm that results because the secondary use serves as a substitute for the original [...] In other words, under Factor Four, any economic “harm” caused by transformative uses does not count because such uses, by definition, do not serve as substitutes for the original work.<sup>710</sup>

Ainsi, il est possible de voir le lien avec l'interprétation du premier facteur, soit l'usage transformatif. Face à un usage transformatif, *a priori*, la nouvelle œuvre ne nuit pas à l'originale, car celle-ci ne peut pas être substituée par la nouvelle création. De plus, l'usage doit nuire de manière importante à l'œuvre pour exclure l'exception d'usage loyal<sup>711</sup>. Bien entendu, l'absence d'effet négatif ne garantit pas que le tribunal conclura qu'il y a usage loyal ; il devra pondérer les faits et les autres facteurs.

Ce facteur se rapproche de son équivalent en droit d'auteur canadien, soit le sixième facteur. Il est vrai que celui-ci parle de l'effet de l'utilisation sur l'œuvre et non de l'effet sur le marché potentiel ; présentement la question des œuvres dérivées est également manquante dans la jurisprudence canadienne. Cependant, la valeur de l'œuvre, ou plutôt la perte des ventes, est centrale dans l'analyse canadienne : le tribunal se demande si l'utilisation « nui[t] à l'œuvre [originale] ou y fa[it] concurrence »<sup>712</sup>. Cela rejoint l'idée de « cognizable harm », car une œuvre fait concurrence à une autre parce qu'elle peut la remplacer. De plus, ces deux facteurs ne s'intéressent qu'au dommage économique. Finalement, les deux exigent également que le dommage soit prouvé et non présumé<sup>713</sup>.

Ainsi, quoique la Cour suprême dans *CCH* ait *a priori* repris presque les mêmes mots que ceux employés par le législateur étatsunien à l'article 107 de la *Copyright Act*, il existe

<sup>708</sup> Patry, *Fair Use supra* note 20, § 6:9.

<sup>709</sup> *Campbell, supra* note 18 aux pp 570, 591.

<sup>710</sup> *Authors Guild, Inc v HathiTrust*, 755 F (3d) 87 à la p 99 (2<sup>e</sup> Cir 2018).

<sup>711</sup> Patry, *Fair Use supra* note 20, § 6:11.

<sup>712</sup> *SOCAN c Bell, supra* note 6 au para 48.

<sup>713</sup> Voir *CCH CSC, supra* note 5 au para 72 ; *Field, supra* note 704 aux pp 1121-1122.

des différences marquantes dans leur application ; par contre, cela ne nie nullement les similitudes que nous avons remarquées. L'importance accordée aux facteurs varie entre les deux pays, ainsi que le sens que les tribunaux leur accordent. Par exemple, comme nous l'avons vu, l'usage transformatif, qui se rattache au but et à la nature de l'usage, joue un rôle central dans l'analyse étatsunienne ; la question transformative se manifeste parfois dans les trois autres facteurs. La nature transformative de l'utilisation ne fait pas partie de l'analyse des deux premiers facteurs en droit canadien ; ces facteurs ne sont pas non plus cruciaux dans l'analyse. Comme nous l'avons vu, l'ampleur de l'usage loyal et de l'utilisation équitable n'est pas définie de la même manière.

Il est vrai que la jurisprudence étatsunienne est plus élaborée en matière de droit d'auteur, ce qui a peut-être engendré les différences entre la seconde étape en droit canadien et l'analyse étatsunienne dans son ensemble. Il paraît cependant plus probable que la Cour suprême se soit inspirée du modèle étatsunien, en prenant soin de créer une seconde étape distincte et propre au droit canadien. Globalement, l'utilisation équitable dans son ensemble demeure distincte, malgré des évolutions récentes débutant en 2002.

## 7. Conclusion

[J]e ne donnais plus à certains mots que la juste valeur qu'ils doivent avoir, en l'occurrence une valeur très relative et de pure convention.

Mouloud Mammeri, *Le sommeil du juste*<sup>714</sup>

En somme, malgré les déclarations à l'effet contraire, l'utilisation équitable existe bel et bien de manière indépendante de l'usage loyal. Même si les régimes se ressemblent plus que jamais, et ce, depuis 2002, les différences entre eux sont suffisamment importantes pour ne pas les assimiler à un simple régime avec des variations mineures. De plus, en raison d'une possible brèche créée par *Université York*, nous assistons peut-être à un retour d'une approche moins libérale que celle qui prévalait depuis une décennie en matière d'utilisation équitable. Si cela s'avère être le cas, il s'agirait alors d'un éloignement entre les deux régimes.

Il sera intéressant de surveiller l'évolution jurisprudentielle des deux côtés de la frontière dans les années futures. De plus, l'avenir de l'utilisation équitable sera dicté par la jurisprudence et les modifications qui seront possiblement apportées à la *Loi sur le droit d'auteur* dans les prochaines années. Ces changements pourraient aboutir à une clarification des différences entre l'usage loyal et l'utilisation équitable.

Ces changements seront lourds de conséquences, particulièrement en raison de la révolution technologique de ces dernières années et du commerce de plus en plus mondialisé. La façon dont le Canada réconcilie les intérêts des titulaires de droit et ceux des utilisateurs est particulièrement importante afin de remplir l'objectif premier du droit d'auteur, soit la diffusion des connaissances. Une approche trop libérale risque, par exemple, de nuire aux créateurs d'œuvres en les privant des revenus adéquats pour en faire une profession ; ceci coûterait cher à la diffusion des connaissances.

C'est pour cette raison qu'une prudence particulière sera de mise, tant du côté du législateur que de la jurisprudence et de la doctrine, dans le choix de l'approche à prôner en droit d'auteur canadien. Le Canada jouit d'une souveraineté législative, et il doit s'en servir pour choisir une politique adaptée à la réalité de son pays et de ses citoyens. En définitive, une approche malavisée coûtera cher non seulement à la vie créative et intellectuelle du Canada, mais aussi à son économie.

---

<sup>714</sup> Mouloud Mammeri, *Le sommeil du juste*, Plan, Paris, 1969 à la p 150.

### Annexe A – Tableau résumant l'utilisation équitable

<b>Utilisation équitable selon la jurisprudence depuis le début des années 2000</b> (arts 29, 29.1, 29.2 <i>Loi sur le droit d'auteur</i> , LRC 1985, c C-42)	
<b>Violation <i>prima facie</i> du droit d'auteur</b> arts 27, 3, 15	<ul style="list-style-type: none"> <li>• L'accomplissement, sans le consentement du titulaire de ce droit, d'un acte que, en vertu de la loi, seul ce titulaire a la faculté d'accomplir, notamment la production ou reproduction de la totalité ou une partie importante d'une œuvre (arts 27, 3 et 15) ;</li> <li>• La partie importante d'une œuvre est une partie qui représente une part importante du talent et du jugement de l'auteur exprimés dans l'œuvre. Elle est donc déterminée davantage par une analyse qualitative que quantitative (<i>Cinar</i>, au para 26).</li> </ul>
<b>Première étape :</b> Y a-t-il une fin prévue aux articles 29, 29.1 ou 29.2 ?	<ul style="list-style-type: none"> <li>• À défaut d'une fin prévue dans la loi, l'utilisation est contraire à la loi et viole donc les droits d'auteur (<i>Favreau</i>, à la p 1951) ;</li> <li>• Les fins doivent être interprétées de manière non restrictive (<i>CCH</i>, aux paras 48, 51; <i>SOCAN c Bell Canada</i>, au para 11; <i>Université York</i> au para 256) : <ul style="list-style-type: none"> <li>○ Cette interprétation entre en conflit avec la tendance historique, soit le fait que les exceptions au droit d'auteur doivent être interprétées strictement (<i>Michelin</i>, au para 65).</li> </ul> </li> <li>• Les fins décrites par la jurisprudence : <ul style="list-style-type: none"> <li>○ L'étude privée, et l'éducation (voir <i>Alberta (Éducation)</i> aux paras 23-27 ; <i>British Columbia (Education)</i>, au para 45) ;</li> <li>○ La recherche (<i>CCH</i>, para 5; <i>SOCAN c Bell</i>, paras 21-22);</li> <li>○ La parodie (<i>Favreau</i>, DLR à la p 575 ; <i>United Airlines</i>, aux para 118) ;</li> <li>○ La critique et compte rendu (<i>Hager</i>, aux paras 47-60);</li> <li>○ La communication de nouvelles (<i>Chayer</i>, au para 4 ; <i>Warman</i>, au para 31).</li> </ul> </li> </ul>

**Deuxième étape :**

L'utilisation est-elle équitable ?

**(1) Le but de l'utilisation**

- Il faut identifier objectivement le but ou le motif réel de l'utilisation de l'œuvre protégée (*CCH*, au para 54) ;
- Il faut analyser la possibilité de l'existence d'un « motif inavoué » de l'utilisation (*Alberta (Éducation)*, aux paras 20, 23) ;
- Le but peut être la recherche pour un tiers (*SOCAN c Bell*, au paras 15-30).

**(2) La nature de l'utilisation**

- La nature de l'utilisation réfère à la façon dont l'œuvre a été utilisée ;
- Voir *CCH*, au para 55.

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

- L'ampleur de l'utilisation implique un examen du rapport entre l'extrait et l'œuvre complète, et non pas la quantité totale de ce qui est diffusé. S'agit-il d'une infime partie de l'œuvre ou pas ? (*Alberta (Éducation)*, au para 29) ;
- L'ampleur est déterminée en fonction de l'utilisation individuelle, et non globale (*CCH*, au para 56).

**(4) Les solutions de rechange à l'utilisation**

- Existe-t-il, par exemple, un équivalent non protégé ?
- Voir *CCH*, au para 69, *SOCAN c Bell*, aux paras 45- 46 ; *Alberta (Éducation)*, au para 55 ; *Université York*, para 330.

**(5) La nature de l'œuvre**

- S'agit-il d'une œuvre non publiée ou publiée ?

	<p>Confidentielle ou non confidentielle ? (<i>CCH</i>, au para 58).</p> <p>(6) <u>L'effet de l'utilisation sur l'œuvre</u></p> <ul style="list-style-type: none"><li>○ L'utilisation nuit-elle à l'œuvre ou y fait-elle concurrence ? (<i>CCH</i>, au para 59 ; <i>SOCAN c Bell</i>, au para 48 ; <i>Alberta (Éducation)</i>, au para 36).</li></ul>
--	------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

## Annexe B – Tableau résumant l’usage loyal

<b>Usage loyal selon la jurisprudence</b> <i>Copyright Act, 17 USC, § 107 (2017)</i>	
<b>Violation <i>prima facie</i> du droit d’auteur</b> §§ 501, 106	<ul style="list-style-type: none"> <li>• L’accomplissement, sans le consentement du titulaire de ce droit, d’un acte que, en vertu de la loi étatsunienne, seul ce titulaire a la faculté d’accomplir, notamment la production ou reproduction d’une œuvre (<u>violation</u> : § 501 ; <u>actes réservés</u> : § 106) ;</li> <li>• Contrairement au droit d’auteur canadien, il n’est pas question de la production ou reproduction de la totalité ou une partie importante d’une œuvre.</li> </ul>
<b>Seule et unique étape :</b> L’usage est-elle loyal ? § 107	<p>(1) <u>Le but et la nature de l’usage</u></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>○ L’analyse de l’usage transformatif : « [W]hether the new work merely “supersede[s] the objects” of the original creation, [...] (“supplanting” the original), or instead adds something new, with a further purpose or different character, altering the first with new expression, meaning, or message » (<i>Campbell</i>, à la p 579);</li> <li>○ L’usage est-il fait pour un but commercial ou non commercial ? Une nature commerciale signifie la réduction des ventes en raison de la nouvelle œuvre ;</li> <li>○ Un but commercial réduit les chances que l’usage soit loyal, mais il ne s’agit pas d’un veto contre l’usage loyal (voir <i>Campbell</i>).</li> </ul> <p>(2) <u>La nature de l’œuvre</u></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>○ S’agit-il d’une œuvre informative et divertissante ? (voir notamment <i>Brewer v Hustler Magazine, Inc</i>, à la p</li> </ul>

	<p>529) ;</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>○ S'agit-il d'une œuvre publiée ou non publiée ?</li> </ul> <p>(3) <u>L'ampleur de l'utilisation</u></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>○ L'ampleur de l'utilisation implique un examen quantitatif et qualitatif de ce qui est reproduit : « [T]his factor calls upon courts to evaluate-both on a quantitative and a qualitative scale-what proportion of the plaintiffs work the defendant used » (<i>Beebe</i>, à la p 615) ;</li> <li>○ « [A] finding of fair use is more likely when small amounts, or less important passages, are copied than when the copying is extensive, or encompasses the most important parts of the original. » (<i>Authors Guild v Google, Inc</i>, à la p 221).</li> </ul> <p>(4) <u>L'effet de l'usage sur le marché potentiel ou la valeur de l'œuvre</u></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>○ La nouvelle œuvre nuit-elle aux ventes de l'œuvre originelle ? Cette analyse doit également s'intéresser à l'impact sur les œuvres dérivées. (<i>Harper &amp; Row</i>, à la p 568) ;</li> <li>○ Cette analyse ne s'intéresse qu'au préjudice économique, et dans quelle mesure la nouvelle œuvre remplace l'originale (<i>Campbell</i>, aux pp 570, 591). Un usage transformatif ne cause pas de préjudice économique selon cette définition. (<i>Authors Guild v HathiTrust</i>, à la p 99).</li> </ul>
--	------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

## Bibliographie

### LÉGISLATION

#### *Canada*

*Acte concernant la propriété littéraire et artistique*, SC 1868, c 54.

*Acte concernant la propriété littéraire et artistique*, SC 1875, c 88.

*Acte pour étendre l'acte Provincial des droits d'Auteur aux personnes résidant dans le Royaume-Uni, à certaines conditions*, S Prov C 1847 (10-11 Vict), c 28.

*Acte pour protéger la propriété littéraire*, Statuts provinciaux du Bas-Canada 1832 (2 Guil IV), c 53.

*Acte pour protéger les Droits d'auteurs dans cette Province*, S Prov C 1841 (4 & 5 Vict), c 61.

*An Act for securing Copy Rights*, Acts of the General Assembly of the Province of Nova Scotia 1839 (2 Vict), c 36.

*Loi concernant les droits d'auteur*, SRC 1906, c 70.

*Loi de 1921 concernant le droit d'auteur*, SC 1921 c 24.

*Loi de 1923 modifiant la Loi sur le droit d'auteur*, SC 1923 c 10.

*Loi de mise en œuvre de l'Accord de libre-échange Canada — États-Unis*, LC 1988, c 65.

*Loi de mise en œuvre de l'Accord sur l'Organisation mondiale du commerce*, LC 1994, c 47

*Loi de mise en œuvre de l'Accord de libre-échange nord-américain*, LC 1993, c C-44

*Loi du droit d'auteur*, SRC 1927, c 32.

*Loi modifiant la Loi modificative du droit d'auteur 1931*, SC 1935, c 18.

*Loi modifiant la Loi modificative du droit d'auteur 1931*, SC 1936, c 28.

*Loi modifiant la Loi modificative du droit d'auteur 1931 et la Loi du droit d'auteur*, SC 1938, c 27.

*Loi modifiant la Loi sur le droit d'auteur*, LC 1997, c 24.

*Loi modifiant la Loi sur le droit d'auteur*, SRC 1970, c 4 (2<sup>e</sup> supp).

*Loi modifiant la Loi sur le droit d'auteur et apportant des modifications connexes et corrélatives*, LC 1988, c 15.

*Loi modificative du droit d'auteur 1931*, SC 1931, c 8.

*Loi sur la citoyenneté canadienne*, SC 1946 c 15.

*Loi sur le droit d'auteur*, LRC 1985, c C-42.

*Loi sur la modernisation du droit d'auteur*, LC 2012, c C-20.

PL C-316, *Loi modifiant la Loi sur le droit d'auteur (usage loyal)*, 2<sup>e</sup> sess, 34<sup>e</sup> parl, 1990.

### *États-Unis*

*Act of 3 March 1865*, c 126, 13 Stat 540.

*Act of 7 September 1957*, Pub L No 85-313, 71 Stat 633.

*Act of 12 January 1895*, c 23, 28 Stat 608.

*Act of 15 October 1971*, Pub L No 92-140, 85 Stat 391.

*Act of 18 August 1856*, c 169, 11 Stat 138.

*Act of 24 October 1992*, Pub L No 102-492, 106 Stat 3145.

*Act of 29 April 1802*, 2 Stat 171.

*Berne Convention Implementation Act of 1988*, Pub L 100-568, 102 Stat 2853.

*Copyright Act*, 17 USC (2017).

*Copyright Act of 1790*, 1 Stat 124.

*Copyright Act of 1831*, c 16, 4 Stat 436.

*Copyright Act of 1870*, c 230, 16 Stat 198.

*Copyright Act of 1909*, c 320, 35 Stat 1075.

*Copyright Act of 1976*, Pub L No 94-553, 90 Stat 2541.

*International Copyright Act of 1891*, c 565, 26 Stat 1106. [*Chace Act*].

*Townsend Amendment*, Pub L No 62-303, 37 Stat 488 (1912).

US Const

*Visual Artists Rights Act of 1990*, Pub L No 101-650, 104 Stat 5089.

*Israël*

*Loi sur le droit d'auteur de 2007*, 5768-2007, 2007 LSI 34 (Isr.).

*Royaume-Uni*

*Acte d'Union 1840* (R-U), 3 & 4 Vict, c 35, reproduit dans LRC 1985, annexe II, n° 4.

*Acte de Québec de 1774* (R-U), 14 Geo III c 83, reproduit dans LRC 1985, annexe II, n° 2.

*Copyright Act 1775* (R-U), 15 Geo III c 53.

*Copyright Act 1801* (R-U), 41 Geo III, c 107.

*Copyright Act 1814* (R-U), 54 Geo III, c 156.

*Copyright Act 1842* (R-U), 5 & 6 Vict c 45.

*Copyright Act 1911* (R-U), 1 & 2 Geo. 5, c 46.

*Copyright Act 1956* (R-U), 4 & 5 Eliz 2, c 74.

*Copyright, Designs and Patents Act 1988* (R-U), 1988 c 48.

*Copyright (Musical Compositions) Act 1882*, (R-U) 45 & 46 Vict c 40.

*Dramatic Copyright Act 1833* (R-U), 3 & 4 Gui IV c 15.

*Engraving Copyright Act 1734* (R-U), 8 Geo II c 13.

*Engraving Copyright Act 1766* (R-U), 7 Geo III c 38.

*International Copyright Act 1886* (R-U). 49 & 50 Vict, c 33.

*Licensing of the Press Act 1662* (R-U), 14 Car II c 33.

*Loi constitutionnelle de 1867* (R-U), 30 & 31 Vict, reproduite dans LRC 1985, annexe II, n° 5.

*Proclamation royale (1763)* (R-U), reproduite dans LRC 1985, annexe II, n° 1.

*Statute of Anne* (R-U), 1709, 8 Anne, c 21.

*Statute of Westminster 1931* (R-U), 22 & 23 Geo V, c 4.

*Union européenne*

- CEE, *Directive 93/83/CEE du Conseil, du 27 septembre 1993, relative à la coordination de certaines règles du droit d'auteur et des droits voisins du droit d'auteur applicables à la radiodiffusion par satellite et à la retransmission par câble*, [1993] JO, L 248/15.
- CE, *Directive 96/9/CE du Parlement européen et du Conseil, du 11 mars 1996, concernant la protection juridique des bases de données*, [1996] JO, L 77/20.
- CE, *Directive 2001/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information*, [2001] JO, L 167/10.
- CE, *Directive 2001/84/CE du Parlement européen et du Conseil du 27 septembre 2001 relative au droit de suite au profit de l'auteur d'une œuvre d'art originale*, [2001] JO, L 272/32.
- CE, *Directive 2004/48/CE du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 relative au respect des droits de propriété intellectuelle*, [2004] JO, L 157/45, corrigendum [2004] JO, L 195/16.
- CE, *Directive 2006/115/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 relative au droit de location et de prêt et à certains droits voisins du droit d'auteur dans le domaine de la propriété intellectuelle*, [2006] JO, L 376/28.
- CE, *Directive 2006/116/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 relative à la durée de protection du droit d'auteur et de certains droits voisins*, [2006] JO, L 372/12.
- CE, *Directive 2009/24/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 avril 2009 concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur*, [2009] JO, L 111/16.
- CE, *Directive 2011/77/UE du Parlement européen et du Conseil du 27 septembre 2011 modifiant la directive 2006/116/CE relative à la durée de protection du droit d'auteur et de certains droits voisins*, [2011] JO, L 265/1.
- CE, *Directive 2012/28/UE du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2012 sur certaines utilisations autorisées des œuvres orphelines*, [2012] JO, L 299/2.
- CE, *Directive 2014/26/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 concernant la gestion collective du droit d'auteur et des droits voisins et l'octroi de licences multiterritoriales de droits sur des œuvres musicales en vue de leur utilisation en ligne dans le marché intérieur*, [2014] JO, L 84.

## JURISPRUDENCE

### *Australie*

*Attorney-General (Vic) v Commonwealth* (1962), 107 CLR 529.

*Telstra Corporation Limited v Phone Directories Company PTY Ltd*, [2010] FCAFC 149.

### *Canada*

*1429539 Ontario Limited c Café Mirage Inc*, 2011 CF 1290.

*91439 Canada Ltée c Éditions JCL Inc* (1992), 41 CPR (3<sup>e</sup>) 245.

*Alberta (Éducation) c Canadian Copyright Licensing Agency (Access Copyright)*, 2012 CSC 37.

*Allen v Toronto Star Newspapers Ltd* (1997), 78 CPR (3<sup>e</sup>) 115 (Div gén Ont).

*Allen v Toronto Star Newspapers Ltd* (1995), 63 CPR (3<sup>e</sup>) 517 (Div gén Ont).

*Bishop c Stevens*, [1990] 2 RCS 467.

*Boudreau v Lin* (1997), 75 CPR (3<sup>e</sup>) 1 (Div gén Ont).

*Breen v Hancock House Publishers Ltd* (1985), 6 CPR (3<sup>e</sup>) 433 (CF).

*British Columbia Jockey Club v Standen (Winbar Publications)* (1985), 22 DLR (4<sup>e</sup>) 467.

*Canada (Procureur général) c JTI-Macdonald Corp*, 2007 CSC 30.

*Canadian Copyright Licensing Agency (Access Copyright) v British Columbia (Education)*, 2017 CAF 16.

*Canadian Copyright Licensing Agency (« Access Copyright ») c Université York*, 2017 CF 669.

*CCH Canadienne Ltée c Barreau du Haut-Canada*, 2004 CSC 13.

*CCH Canadienne Ltée c Barreau du Haut-Canada*, 2002 CAF 187.

*Chayer c Corporation Sun Media* (2005), 47 CPR (4<sup>e</sup>) 291 (CQ civ (div pet cré)).

*Cinar Corporation c Robinson*, 2013 CSC 73.

*Compagnie Générale des Établissements Michelin--Michelin & Cie c Syndicat national de l'automobile, de l'aérospatiale, du transport et des autres travailleurs et travailleuses du Canada (TCA-Canada)*, [1997] 2 CF 306.

*Compo Co Ltd c Blue Crest Music et autres*, [1980] 1 RCS 357.

*Composers, Authors and Publishers Association of Canada v Siegel Distributing Co. Ltd. et al.*, [1959] RCS 488.

*C.P. Koch Ltd v Contental Steel Ltd* (1984), 82 CPR (2<sup>e</sup>) 156 (BCSC) conf par (1985), 4 CPR (3<sup>e</sup>) 395 (BCCA)

*Deeks v Wells*, [1931] 4 DLR 533 (ONCA).

*Drolet c Stiftung Gralsbotchafgt et Fondation du Mouvement du Graal Canada*, 2009 CF 17.

*Dunsmuir c Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9.

*EROS - Équipe de recherche opérationnelle en santé inc c Conseillers en gestion et informatique CGI inc*, 2004 CF 178.

*Field v Google, Inc*, 412 F Supp (2d) 1106 (D Nev 2006).

*Hager c ECW Press Ltd*, [1999] 2 FC 287, 1998 CarswellNat 3031.

*Harmony Consulting Ltd c GA Foss Transport Ltd*, 2011 CF 340.

*Geophysical Service Inc v Encana Corp*, 2016 ABQB 230.

*McGraw-Hill Ryerson Ltd (Re)*, (1994) 56 CPR (3<sup>e</sup>) 44.

*Moreau v St-Vincent*, [1950] 3 DLR 713, [1950] Ex CR 198.

*Positive Attitude Safety System Inc c Albion Sands Energy Inc*, 2005 CAF 332.

*Public Performance of Musical Works, Re* (2007), 61 CPR (4<sup>e</sup>) 353.

*Procureur général du Québec c Carrières Ste-Thérèse Ltée*, [1985] 1 RCS 831.

*Productions Avanti Ciné Vidéo inc c Favreau* (1999), 177 DLR (4<sup>e</sup>) 568, [1999] RJQ 1939 (QCCA).

*Rains v Molea*, 2013 ONSC 5016.

dans *Ringgold v Black Entertainment Television, Inc*, 126 F (3d) 70 (2<sup>e</sup> Cir 1997).

*Setana Sport Ltd c 2049630 Ontario Inc (cob Verde Minho Tapas & Lounge)*, 2007 CF 899.

*Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c Bell Canada*, 2012 CSC 36.

*Société québécoise de gestion collective des droits de reproduction (Copibec) c Université Laval*, 2017 QCCA 199.

*Télé-Direct (Publications) Inc c American Business Information, Inc (CA)*, [1998] 2 CF 22.

*Théberge c Galerie d'Art du Petit Champlain inc*, 2002 CSC 34.

*Tomas v Boaden Catering Ltd* (1995), 68 CPR (3<sup>e</sup>) 275.

*U & R Tax Services Ltd c H & R Block Canada Inc* (1995), 97 FTR 259.

*United Airlines, Inc c Cooperstock*, 2017 CF 616.

*Vigneux v Canadian*, [1943] RCS 348.

*Warman c Fournier*, 2012 CF 803.

*Zamacois c Douville and Marchand* (1943), 2 CPR 270, [1944] Ex CR 208.

#### *États-Unis*

*American Geophysical Union v Texaco Inc*, 60 F (3d) 913 (2<sup>e</sup> Cir 1994).

*American Mutoscope & Biograph Co v Edison Co*, 137 F 262 (NJ Cir Ct 1905).

*Authors Guild, Inc v Google, Inc*, 804 F (3d) 202 (2<sup>e</sup> Cir 2015).

*Authors Guild, Inc v HathiTrust*, 755 F (3d) 87 (2<sup>e</sup> Cir 2018).

*Blanch v Koons*, 467 F (3d) 244 (2<sup>e</sup> Cir 2006).

*Bleistein v Donaldson Lithographing Co*, 188 US 239 (1903)

*Bouchat v Baltimore Ravens Limited Partnership*, 737 F (3d) 932 (4<sup>e</sup> Cir 2013).

*Brewer v Hustler Magazine, Inc*, 749 F (2d) 527.

*Burrow-Giles Lithographic Co v Sarony*, 111 US 53 (1884).

*Campbell v Acuff-Rose Music, Inc*, 510 US 569 (1994).

*Chicago Bd of Educ v Substance, Inc*, 354 F (3d) 624 (7<sup>e</sup> Cir 2003).

*Community for Creative Non-Violence v Reid*, 490 US 730 (1989).

*Davis v Gap, Inc*, 246 F (3d) 164 (2<sup>e</sup> Cir 2001).

*Durham Indus., Inc v Tomy*, 630 F (2d) 905 (2<sup>e</sup> Cir 1980).

*Edison v Lubin*, 122 F 240 (3<sup>e</sup> Cir 1903).

*Elsmere Music, Inc v National Broadcasting Co*, 623 F (2d) 252 (2<sup>e</sup> Cir 1980)

*Eveready Battery Co v Adolph Coors*, 765 F Supp 440 (D Ill 1991)

*Feist Publications, Inc v Rural Telephone Service Co, Inc*, 499 US 340 (1991).

*Financial Information, Inc v Moody's Investors Service, Inc*, 751 F (2d) 501 (2<sup>e</sup> Cir 1984)

*Folsom v Marsh*, 9 F Cas 342 (Mass Cir Ct 1841).

*Gray v Russell*, 10 F Cas 1035 (Mass Cir Ct 1839).

*Harper & Row Publishers, Inc v Nation Enterprises*, 471 US 539 (1985).

*Holmes v Hurst*, 174 US 82 (1899).

*Iowa State University Research Foundation, Inc v American Broadcasting Companies, Inc*,  
621 F (2d) 57 (2<sup>e</sup> Cir 1980).

*Kaeser & Blair v Merchants' Ass'n*, 64 F (2d) 575 (6<sup>e</sup> Cir 1933).

*Kalem Co v Harper Bros*, 222 US 55 (1911).

*Katz v Chevaldina*, 2014 WL 4385690 (D Fla 2014).

*Lawrence v Dana*, 15 F Cas 26 (Mass Cir Ct 1869).

*L Batlin & Son, Inc v Snyder*, 536 F (2d) 486 (2<sup>e</sup> Cir 1976).

*Magnum Photos International, Inc v Houk Gallery, Inc*, 2018 WL 4538902 (D NY 2018)

*Mazer v Stein*, 347 US 201 (1954).

*Meeropol v Nizer*, 560 F (2d) 1061 (2<sup>e</sup> Cir 2004).

*New Era Publications International ApS v Henry Holt & Co*, 873 F (2d) 576 (2<sup>e</sup> Cir 1989).

*NXIVM Corp v Ross Institute*, 364 F (3d) 471 (2<sup>e</sup> Cir 2004).

*Perfect 10, Inc v Amazon.com, Inc*, 508 F (3d) 1146 (9<sup>e</sup> Cir 2007).

*Rosemont Enterprises, Inc v Random House, Inc*, 366 F (2d) 303 (2<sup>e</sup> Cir 1966).

*Salinger v Random House, Inc*, 811 F (2d) 90 (2<sup>e</sup> Cir 1987).

*Savage v Council on American-Islamic Relations, Inc*, 689 F (3d) 29 (1<sup>er</sup> Cir 2012).

*Savage v Council on American-Islamic Relations, Inc*, 2008 WL 2951281 (D Cal).

*Sheldon v Metro-Goldwyn Pictures Corporation*, 81 F (2d) 49 (2<sup>e</sup> Cir 1936).

*Situation Management Systems, Inc v ASP. Consulting LLC*, 560 F (3d) 53 (1<sup>er</sup> Cir 2009).

*S&L Vitamins, Inc v Australian Gold, Inc*, 521 F Supp (2d) 188 (D NY 2007).

*Society of the Holy Transfiguration Monastery, Inc v Archbishop Gregory of Denver, Colorado*, 754 F Supp (2d) 219 (D Mass 2010).

*Society of Holy Transfiguration Monastery, Inc v Gregory*, 689 F (3d) 29 (1<sup>er</sup> Cir 2012)

*Sony Corp of America v Universal City Studios, Inc*, 464 US 417 (1984).

*Stewart v Abend*, 495 US 207 (1990)

*Story's Executors v Holcome*, 23 F Cas 171 (Ohio Cir Ct 1847).

*TCA Television Corp v McCollum*, 151 F Supp (3d) 419 à la p 433 (NY Cir Ct 2015)

*Time Inc v Bernard Geis Associates*, 293 F Supp 130 (D NY 1968).

*Tennessee Fabricating Co v Moultrie Mfg Co*, 421 F (2d) 279 (5<sup>e</sup> Cir 1970).

*Ty, Inc v Publications Intern Ltd*, 292 F (3d) 512 (7<sup>e</sup> Cir 2002).

*Video Pipeline, Inc v. Buena Vista Home Entertainment, Inc*, 342 F (3d) 191 (3<sup>e</sup> Cir 2003).

*Wainwright Securities, Inc v Wall St. Transcript Corp*, 558 F (2d) 91 (2<sup>e</sup> Cir 1977)

*Webb v Powers*, 29 F Cas 511 (Mass Cir Ct 1847).

*Wright v Warner Books, Inc*, 953 F (2d) 731 (2<sup>e</sup> Cir 1991).

#### *Royaume-Uni*

*Ashdown v Telegraph Group Ltd*, [2001] EWCA Civ 1142.

*Bach v Longman* (1777), 2 Cowp 623, 98 ER 1274 (KB).

*Beloff v Pressdram Ltd* (1972), [1973] 1 All ER 241 (ChD).

*Cary v Kearsley* (1802), 4 Esp 168, 170 ER 679 (Assizes).

*Chatterton v Cave* (1878), 47 LJ 545 (HL (Eng)).

*Chilton v Progress Printing & Publishing Co*, [1895] 2 Ch 29 (HL (Eng)).

*D'Almaine v Boosey* (1835), 1 Y & C EX 288, 160 ER 117 (KB).

*Dickens v Lee* (1844), 8 Jurist 183.

*Dodsley v Kinnersley* (1761), Amb 403, 27 ER 270 (Ch).

- Glyn v Weston Feature Film Co* (1916), 1 Ch 261.
- Gyles v Willcox* (1740), 3 Atk 143, 26 ER 489 (Ch).
- Hawkes & Sons (London) Limited v Paramount Film Service, Limited*, [1934] 1 Ch 593.
- Hollinrake v Truswell*, [1894] 3 Ch 420.
- Hubbard v Vosper*, [1972] 2 QB 84.
- Johnston v Bernard*, [1938] 2 All ER 37.
- Lewis v Fullarton* (1839), 2 Beavan 6, 48 ER 1080 (Ch).
- Ladbroke (Football), Ltd. V William Hill (Football), Ltd.*, [1964] 1 All ER 465 (HL (Eng)).
- Millar v Taylor* (1769), 4 Burr 2303, 98 ER 201 (KB).
- Newspaper Licensing Agency v Marks & Spencer plc*, [2000] EWCA Civ 179.
- Prince Albert v Strange* (1849), 1 H & Tw 1, 47 ER 1302 (Ch).
- Pro Sieben Media AG v Carlton UK Television Ltd*, [1998] EWCA civ 2001.
- Routledge v Low* (1868), LR 3 HL 100.
- Roworth v Wilkes* (1807), 1 Camp 94, 170 ER 889 (Assizes)
- Sayres v Moore* (1785), 1 East 361, 102 ER 139 (KB)
- Sillitoe v McGraw-Hill Book Co (UK)*, [1983] FSR 545 (ChD).
- Strahan v Newsbury* (1774), Lofft, 775, 98 ER 913 (Ch).
- Tonson v Walker* (1752), 3 Swans 672, 36 ER 1017 (Ch).
- University of London Press v University Tutorial*, [1916] 2 Ch 601.
- Walter v Steinkopff*, [1892] 3 Ch 489, 61 LJ 521 (Ch).
- Wilkins v Aikin* (1810), 17 Ves Jun 422, 34 ER 163 (Ch)
- Williamson Music Ltd v The Pearson Partnership Ltd*, [1987] FSR 97 (ChD)

*Union européenne*

*Deckmyn c Vrijheidsfonds*, C-201/13, [2014], ECLI:EU:C:2014:2132, en ligne : *Cour de justice l'union européenne*  
<<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=157281&doclang=FR>>.

*Infopaq International A/S c Danske Dagblades Forening*, C-5/08, [2009], ECLI:EU:C:2009:465, en ligne : *Cour de justice l'union européenne* <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?qid=1572326363365&uri=CELEX:62008CJ0005>>.

## DOCTRINE

### Revues de droit

#### *Canada*

- Bergeron, Catherine, "« Fair Dealing » canadien et « Fair Use » américain : une analyse de l'exception d'utilisation équitable en matière de droit d'auteur" (2001) 13 CPI 267.
- Brunet, Claude, « Le droit d'auteur au Canada de 1987 à 1997 - Petit Article en forme de prise d'inventaire », (1997) 10 CPI 79.
- Craig, Carys J, « Locke, Labour and Limiting the Author's Right: A Warning against a Lockean Approach to Copyright Law » (2002) 28 Queen's LJ 1.
- D'Agostino, Giuseppina, « Healing Fair Dealing? A Comparative Copyright Analysis of Canada's Fair Dealing to U.K. Fair Dealing and U.S. Fair Use » (2008) 53 RD McGill 309.
- Dubé, Marcel, « Modifications aux exceptions ou limitations qui existaient avant la réforme de la *Loi sur le droit d'auteur* de 1997 : cosmétique législative ou nouveau parti pris en faveur des utilisateurs ? », (1998) 11 CPI 157.
- Gendreau, Ysolde, « Aspects internationaux de la Loi sur la modernisation du droit d'auteur du Canada » (2013) 25 CPI 1027.
- Gendreau, Ysolde, « Canada and the Three-Step Test: A Step in which Direction? » (2011) 15 Marq Intell Prop L Review 309.
- Gendreau, Ysolde, « Les exceptions canadiennes en matière d'éducation : éléments de droit international et de droit comparé », (2015) 27 CPI 669.
- Gendreau, Ysolde, « Nouveau visage pour la Loi canadienne sur le droit d'auteur » (1997) 76 R du B can 384.
- Gendreau, Ysolde, « Session II: The Impact of International Copyright Treaties and Trade Agreements on the Development of Domestic Norms », (2017) 40 Colum J L & Arts 335
- Goudreau, Mistrale, « Et si nous discussions de rédaction législative ... Commentaire sur la Loi de 1997 modifiant la loi sur le droit d'auteur », (1998) 11 CPI 7.
- Hayhurst, William L, « Intellectual Property Laws in Canada: the British Tradition, the American tradition and the French Factor » [1996] 10 IPJ 265
- Ludlow, Gregory C et Mark Le Blanc, *Survey of Intellectual Property Part V-Copyright & Industrial Designs*, (1999) 31 Ottawa L Rev 93.
- Moyse, Pierre-Emmanuel. « La nature du droit d'auteur : droit de propriété ou monopole ? » (1998), 43 RD McGill 507.

Plante, Sylvi, « Les nouvelles exceptions en droit canadien : un faux débat », (1998) 11 CPI 175.

*États-Unis*

Beebe, Barton, « An Empirical Study of U.S. Copyright Fair Use Opinions, 1978-2005 » (2008) 156 U Pa L Rev 549.

Bracha, Oren, « The Adventures of the Statute of Anne in the Land of Unlimited Possibilities: The Life of a Legal Transplant » (2010) 25 BTLJ 1427.

Crawford, Francine, « Pre-Constitutional Copyright Statutes » (1975) 23 Bull Copyright Society USA 11.

Ginsburg, Jane C, « People Not Machines: Authorship and What It Means in the Berne Convention » (2018) 49 Intl Rev Intellectual Property & Competition L 131.

Leval, Pierre N, « Nimmer Lecture: Fair Use Rescued » (1997) 44 UCLA L Rev 1449.

Leval, Pierre N, « Toward a Fair Use Standard » (1990) 103 Harv L Rev 1105.

Patterson, Lyman Ray et Craig J Joyce, « Monopolizing the Law: The Scope of Copyright Protection for Law Reports and Statutory Compilations » (1989) 36 UCLA L Rev 719.

Ricketson, Sam, « People or Machines: The Bern Convention and the Changing Concept of Authorship » (1991) 16 Colum-VLA J L & Arts 1.

Schulman, John, « Fair Use and the Revision of the Copyright Act » (1968) 53 Iowa L Rev 832.

*France*

Caron, Christophe, « La loi du 1<sup>er</sup> août relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information » (2006) n° 10 Communication Commerce électronique.

Latournerie, Anne, « Droits d'auteur, droits du public: une approche historique » (2004) 22 L'Économie politique 21.

Latournerie, Anne, « Petite histoire des batailles du droit d'auteur », (2001) 5 Multitudes 37.

*Israël*

Helman, Lital « Session IV: Fair Use and Other Exceptions » (2017) 40 Colum J L & Arts 395.

*Royaume-Uni*

Dinwoodie, Graeme B & Rochelle Cooper Dreyfuss, « Brexit and IP: The Great Unraveling » (2018) 39 *Cardozo L Rev* 967.

May, Christopher, « Venise : aux origines de la propriété intellectuelle » (2002) 14 *Économie politique* 6.

Rubinstein, Stanley, « Passé et avenir du droit d'auteur » (1957) 5 *RIDA* 74.

**Monographies**

*Algérie*

Mammeri, Mouloud, *Le sommeil du juste*, Plan, Paris, 1969.

*Canada*

Armstrong, Neal, Roger T Hughes et Susan J Peacock, *Hughes on Copyright and Industrial Design*, 2<sup>e</sup> éd, Markham (ON), LexisNexis Butterworths, 2005 (feuilles mobiles mises à jour en 2019).

Baribeau, Marc, *Principes généraux de la Loi sur le droit d'auteur*, Québec, Les Publications du Québec, 2013.

Benyekhlef, Karim, *Une possible histoire de la norme : les normativités émergentes de la mondialisation*, 2<sup>e</sup> éd, Montréal, Éditions Thémis, 2015.

Carrières, Laurent, dir, *Mélanges Victor Nabhan*, Cowansville (QC), Éditions Yvon Blais, 2004.

Drassinower, Abraham, dir, *Langues et droit d'auteur/ Language and Copyright*, Cowansville, Carswell, 2009.

El Khoury, Pierre, *Le fair use et le fair dealing : étude de droit comparé*, Montréal, Éditions Thémis, 2007.

Fitzgerald, Oonagh E et Eva Lein, dir, *Complexity's Embrace: The International Law Implications of Brexit*, Waterloo (ON), Centre for International Governance Innovation, 2018.

Geist, Michael, dir, *From "Radical Extremism" to "Balanced Copyright": Canadian Copyright and the Digital Agenda*, Toronto, Irwin Law, 2010.

Geist, Michael, dir, *In the Public Interest: The Future of Canadian Copyright Law*, Toronto, Irwin Law, 2005.

- Geist, Michael, dir, *The Copyright Pentalogy: How the Supreme Court of Canada Shook the Foundations of Canadian Copyright Law*, Ottawa, Les Presses de l'Université d'Ottawa, 2013.
- Gendreau, Ysolde, dir, *An Emerging Intellectual Property Paradigm: Perspectives from Canada*, Northampton (Mass), Edward Elgar, 2008.
- Henderson, Gordon F, dir, *Copyright and Confidential Information Law of Canada*, Scarborough (ON) Carswell, 1994.
- Handa, Sunny, *Copyright Law in Canada*, Markham (ON), Butterworth, 2002.
- Hughes, Roger T et Susan J Peacock, *Copyright Legislation & Commentary*, Toronto, LexisNexis Canada, 2018.
- Kelley, Ninette et Michael Trebilcock, *The Making of the Mosaic: A History of Canadian Immigration Policy*, Toronto, University of Toronto Press, 1998.
- Knopf, Howard, dir, *Copyright Reform: The Package, the Policy and the Politics*, Toronto, Insight Press, 1996.
- Lowenfeld, Andreas F, *International Economic Law*, 2<sup>e</sup> éd, Toronto, Oxford University Press 2008.
- McKeown, John S, *Fox on Canadian Law of Copyright and Industrial Designs*, 3<sup>e</sup> éd, Scarborough, Carswell, 2000.
- McKeown, John S, *Fox on Canadian Law of Copyright and Industrial Design*, 4<sup>e</sup> éd, Toronto, Thomson Reuters, 2003 (feuilles mobiles mises à jour en 2019).
- Sookman, Barry B, *Computer, Internet and Electronic Commerce Law*, Toronto, Thomson Reuters, 1988 (feuilles mobiles mise à jour en 2019).
- Suthersanen, Uma et Ysolde Gendreau, dir, *A Shifting Empire 100 Years of the Copyright Act 1911*, Cheltenham (R-U), Edward Elgar, 2013.
- Tamaro, Normand, *La Loi sur le droit d'auteur, commentée et annotée*, Montréal, Éditions Thémis, 1990.
- Tamaro, Normand, *Loi sur le droit d'auteur, texte annoté*, 11<sup>e</sup> éd, Toronto, Thomson Reuters, 2019.
- Vaver, David, *Copyright Law*, Toronto, Irwin Law, 2000.
- Vaver, David, *Intellectual Property Law: Copyright, Patents, Trade-Marks*, 2<sup>e</sup> éd, Toronto, Irwin Law, 2011

*États-Unis*

- Ball, Horace G, *The Law of Copyright and Literary Property*, Albany, Matthew Bender & Co, 1944.
- Drone, Eaton Sylvester, *Treatise on the Law of Property in Intellectual Productions in Great Britain and the United States Embracing Copyright in Works of Literature and Art, and Playright in Dramatic and Musical Compositions*, Boston, Little, Brown and Company, 1879.
- Micklethwait, David, *Noah Webster and the American Dictionary*, Jefferson (SC), McFarland & Company, 2000
- Nimmer, Melville B et David Nimmer, *Nimmer on Copyright: A Treatise on the Law of Literary, Musical and Artistic Property, and the Protection of Ideas*, New York, M Bender, 1990 (feuilles mobiles mises à jour en avril 2019).
- Okediji, Ruth L, dir, *Copyright Law in an Age of Limitations and Exceptions*, New York, Cambridge University Press, 2017
- Patry, William F, *The Fair Use Privilege in Copyright Law*, Washington (DC), Bureau of National Affairs, 1985.
- Patry, William F, *Patry on Copyright*, Eagan (Minn), Thomson Reuters, 2007 (feuilles mobiles mises à jour en mars 2019)
- Patry, William F, *Patry on Fair Use*, Eagan (Minn), Thomson Reuters, 2009 (feuilles mobiles mises à jour en mai 2019)
- Patterson, Lyman Ray, *Copyright in Historical Perspective*, Nashville, Vanderbilt University Press, 1968.
- Patterson, Lyman Ray et Stanley W Lindberg, *The Nature of Copyright: A Law of Users' Rights*, Athens (Ga), University of Georgia Press, 1991
- Seltzer, Leon E, *Exemptions and fair use in copyright: the exclusive rights tensions in the 1976 Copyright act*, Cambridge (Mass), Harvard University Press, 1978.

*France*

- Arouet, dit Voltaire, François-Marie, *Dictionnaire philosophique*, Paris, Flammarion, 2010.
- Bruguière, Jean-Michel, *Le droit du copyright anglo-américain*, Paris, Dalloz, 2017.
- de Secondat, baron de La Brède et de Montesquieu, Charles Louis, *De l'esprit des lois*, vol 1, Paris, Garnier-Flammarion, 1979.

Dock, Marie-Claude, *Étude sur le droit d'auteur*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1963.

Huard, Adrien et Edouard Mack, *Répertoire de législation, de doctrine et de jurisprudence en matière de propriété littéraire et artistique*, Paris, Marchal et Billard, 1909.

Vivant, Michel et Jean-Michel Bruguière, *Droit d'auteur et droits voisins*, 4<sup>e</sup> éd, Paris, Dalloz, 2018.

UNESCO, *L'ABC du droit d'auteur*, Paris, NU, 2010.

### *Royaume-Uni*

Bently, Lionel et Brad Sherman, *Intellectual Property Law*, 4<sup>e</sup> éd, Oxford, Oxford University Press 2014

Copinger, Arthur Walter, *Copinger on Copyright*, 6<sup>e</sup> éd, Londres, Sweet and Maxwell, 1927.

Cornish, William R, David Llewelyn, et Tanya Frances Aplin, *Intellectual Property: Patents, Copyrights, Trademarks & Allied Rights*, 8<sup>e</sup> éd, Londres, Sweet & Maxwell 2013.

Deazley, Ronan, Martin Kretschmer et Lionel Bently, dir, *Privilege and Property: Essays on the History of Copyright*, Cambridge (R-U), OpenBook, 2010.

Dinwoodie, Graeme B, dir, *Methods and Perspectives in Intellectual Property*, Cheltenham (R-U), Edward Elgar, 2013.

Locke, John, *Two Treatises of Government*, Londres, Orion Publishing Group, 1993.

Scrutton, Thomas Edward, *The Law of Copyright*, Londres, W Clowes and sons, 1896.

### **Thèses**

#### *États-Unis*

Bracha, Oren, *Owning Ideas: A History of Anglo-American Intellectual Property*, Thèse de doctorat en Histoire du droit, Harvard Law School, 2005.

#### *France*

Pfister, Laurent, *L'auteur propriétaire de son œuvre, la formation du droit d'auteur du XVI<sup>e</sup> siècle à la loi de 1957*, Thèse de doctorat en Histoire du droit et des institutions, Strasbourg III, 1999.

## Articles d'ouvrages collectifs

### Canada

- Cornish, William R, « The Copyright History of What Must-have-been » dans Laurent Carrières, dir, *Mélanges Victor Nabhan*, Cowansville (QC), Éditions Yvon Blais, 2004, 61.
- Craig, Carys J, « The Changing Face of Fair Dealing in Canadian Copyright Law: A Proposal for Legislative Reform », dans Michael Geist, dir, *In the Public Interest: The Future of Canadian Copyright Law*, Toronto, Irwin Law, 2005, 437.
- Drassinower, Abraham, « Taking User Rights Seriously » dans Michael Geist, dir, *In the Public Interest: The Future of Canadian Copyright Law*, Toronto, Irwin Law, 2005, 462.
- Geist, Michael, « Fairness Found: How Canada Quietly Shifted from Fair Dealing to Fair Use » dans Michael Geist, dir, *The Copyright Pentalogy: How the Supreme Court of Canada Shook the Foundations of Canadian Copyright Law*, Ottawa, Les Presses de l'Université d'Ottawa, 2013, 157.
- Gendreau, Ysolde, « Les solitudes du droit d'auteur canadien » dans Ysolde Gendreau et Abraham Drassinower, dir, *Langues et droit d'auteur/ Language and copyright*, Cowansville (QC), Carswell, 2009, 19.
- Katz, Ariel « Fair Use 2.0: The Rebirth of Fair Dealing in Canada » dans Michael Geist, dir, *The Copyright Pentalogy: How the Supreme Court of Canada Shook the Foundations of Canadian Copyright Law*, Ottawa, Les Presses de l'Université d'Ottawa, 2013, 93.
- Knopf, Howard P, « Limits on the Nature and Scope of Copyright » dans Gordon F Henderson, dir, *Copyright and Confidential Information Law of Canada*, Scarborough (ON), Carswell, 1994, 229.
- Moyse, Pierre-Emmanuel « Canadian Colonial Copyright: The Colony Strikes Back » dans Ysolde Gendreau, dir, *An Emerging Intellectual Property Paradigm: Perspectives from Canada*, Northampton (Mass), Edward Elgar, 2008, 107.
- Nair, Meera, « Fairness of Use: Different Journeys » dans Michael Geist, dir, *The Copyright Pentalogy: How the Supreme Court of Canada Shook the Foundations of Canadian Copyright Law*, Ottawa, Les Presses de l'Université d'Ottawa, 2013, 235.
- Suthersanen, Uma, « The First Global Copyright Act » dans Ysolde Gendreau et Uma Suthersanen, dir, *A Shifting Empire 100 Years of the Copyright Act 1911*, Cheltenham (R-U), Edward Elgar, 2013, 1.
- Suthersanen, Uma et Ysolde Gendreau, « Introduction: Albion's legacy? » dans Ysolde Gendreau et Uma Suthersanen, dir, *A Shifting Empire 100 Years of the Copyright Act 1911*, Cheltenham (R-U), Edward Elgar, 2013, x.

Vaver, David, « Seeing Through C-32 » dans Howard Knopf, dir, *Copyright Reform: The Package, the Policy and the Politics*, Toronto, Insight Press, 1996, 25.

Tawfik, Myra, « History in the Balance: Copyright and Access to Knowledge », dans Michael Geist, dir, *From “Radical Extremism” to “Balanced Copyright”: Canadian Copyright and the Digital Agenda*, Toronto, Irwin Law, 2010, 69.

Trosow, Samuel E, « Fair Dealing Practices in the Post-Secondary Education Sector after the Pentology » dans Michael Geist, dir, *The Copyright Pentology: How the Supreme Court of Canada Shook the Foundations of Canadian Copyright Law*, Ottawa, Les Presses de l'Université d'Ottawa, 2013, 213.

#### *États-Unis*

Bracha, Oren, « Early American Printing Privileges. The Ambivalent Origins of Authors' Copyright in America » dans Ronan Deazley, Martin Kretschmer et Lionel Bently, dir, *Privilege and Property: Essays on the History of Copyright*, Cambridge (R-U), OpenBook, 2010, 89.

Dreyfuss, Rochelle C, « Intellectual Property Law and the World Trading System » dans Andreas F Lowenfeld, *International Economic Law*, 2<sup>e</sup> éd, Toronto, Oxford University Press 2008, 337

#### *Pays-Bas*

Hugenholtz, Bernt, « Flexible copyright: Can the EU author's rights accommodate fair use? Copyright law in an age of limitations and exceptions » dans Ruth L Okediji, dir, *Copyright Law in an Age of Limitations and Exceptions*, New York, Cambridge University Press, 2017, 275.

Senftleben, Martin, « Comparative Approaches to Fair Use: An Important Impulse for Reforms in EU Copyright Law » dans Graeme B Dinwoodie, dir, *Methods and Perspectives in Intellectual Property*, Cheltenham (R-U), Edward Elgar, 2013, 30.

#### *Royaume-Uni*

McDonagh, Luke, « UK Patent Law and Copyright Law after Brexit: Potential Consequences » dans Oonagh E Fitzgerald et Eva Lein, dir, *Complexity's Embrace: The International Law Implications of Brexit*, Waterloo (ON), Centre for International Governance Innovation, 2018, 177.

## Dictionnaires

### *Canada*

Reid, Hubert avec la collaboration de Simon Reid, *Dictionnaire de droit québécois et canadien*, Montréal, Wilson & Lafleur 2016.

Québec, Office québécois de la langue française, *Le grand dictionnaire terminologique*, en ligne <<http://www.gdt.oqlf.gouv.qc.ca/index.aspx>>

### *États-Unis*

*Merriam-Webster Dictionary*, Springfield (Mass), Merriam-Webster, 2018.

### *France*

*Le Nouveau Petit Robert*, Paris, Dictionnaires Le Robert, 2018.

## Recueils encyclopédiques

### *Canada*

« Fascicule 2 — Propriété intellectuelle et titularité » dans Florance Lucas, dir, JCQ Droit des affaires - *Propriété intellectuelle* (QL).

« Fascicule 4 — Notion d'œuvre originale et conditions générales de protection » dans Georges Azzaria, dir, JCQ Droit des affaires - *Propriété intellectuelle* (QL).

« Fascicule 8 — Exceptions et droits des utilisateurs » dans David Lametti, dir, JCQ Droit des affaires - *Propriété intellectuelle* (QL).

## Documents de travail

### *Australie*

Bowrey, Kathy, « On Clarifying the Role of Originality and Fair Use in 19th Century UK Jurisprudence: Appreciating 'The Humble Grey Which Emerges as the Result of Long Controversy' » (2008) University of New South Wales (UNSW) - Faculty of Law No 2008-58, en ligne: *SSRN* <<https://ssrn.com/abstract=1402444>>

## Sites internet

« 3. Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques » (2019) à la p 10, en ligne : *Organisation mondiale de la propriété intellectuelle*, <<https://www.wipo.int/exort/sites/www/treaties/fr/documents/pdf/berne.pdf>>.

- « Action collective contre l'Université Laval » (2018) en ligne : *Société québécoise de gestion collective des droits de reproduction*, <<https://www.copibec.ca/fr/action-collective-contre-universite-laval>>.
- « Politique et directives relatives à l'utilisation de l'œuvre d'autrui aux fins des activités d'enseignement, d'apprentissage, de recherche et d'étude privée à l'Université Laval » (2014) en ligne : *Université Laval*, <[https://www.bibl.ulaval.ca/fichiers\\_site/bda/politique-oeuvre-autrui-ca-2014-85.pdf](https://www.bibl.ulaval.ca/fichiers_site/bda/politique-oeuvre-autrui-ca-2014-85.pdf)>.
- « Règlement de l'action collective de Copibec contre l'Université Laval — avis aux membres » (2018) en ligne : *Union des écrivaines et des écrivains québécois*, <<https://www.uneq.qc.ca/2018/07/10/copibec-universite-laval-avis-aux-membres/>>.

## DOCUMENTS GOUVERNEMENTAUX

*Canada*

- Canada, Commission royale sur les brevets, le droit d'auteur, les marques de commerce et les dessins industriels, *Rapport sur le droit d'auteur*, Ottawa, Imprimeur de la Reine, 1958.
- Canada, Consommation et corporations Canada, Gouvernement du Canada, *De Gutenberg à Télidon : livre blanc sur le droit d'auteur : propositions en vue de la révision de la Loi canadienne sur le droit d'auteur*, par Judy Erola et Francis Fox, Ottawa, Consommation et corporations Canada, 1984.
- Canada, Consommation et corporations Canada, *La révision de la Loi sur le droit d'auteur et la nécessité de clarifier la notion d' "utilisation équitable"*, par Barry Torno, Ottawa, Direction de la recherche et des affaires internationales Consommation et Corporations Canada, 1981.
- Québec, Christian Vincke avec la collaboration de Pierre A Côté et de Victor Nabhan, *Problèmes de droit d'auteur en éducation*, Québec, Éditeur officiel Québec, 1977.

*États-Unis*

- É-U, Connecticut, *The public records of the State of Connecticut from May, 1780 to October, 1781 with the journal of the Council of Safety from May 15, 1780 to December 27 1781 inclusive and an appendix*, v 3 (1780-1781), Hartford, Press of the Case, Lockwood & Brainard Company, 1922, en ligne: <  
<https://catalog.hathitrust.org/Record/010471398>>.
- É-U, House Judiciary Committee, 94<sup>e</sup> Congr, *Copyright Law Revision*, (HR Rep n° 94-1476), Washington, DC, US Government Printing Office, 1976.
- É-U, Massachusetts, *Journals of the House of Representatives of Massachusetts*, vol 49 (1772-1773), Boston, Massachusetts Historical Society, 1980, en ligne: <  
<https://catalog.hathitrust.org/Record/000532438>>.
- É-U, US Copyright Office, *Copyright Enactments: Laws Passed in the United States since 1783 Relating to Copyright*, US Government Printing Office, 1963, en ligne: <  
<https://catalog.hathitrust.org/Record/009998583>>.

*Royaume-Uni*

- Arber, Edward, dir, *A Transcript of the Registers of the Company of Stationers of London, 1554-1640, A.D.*, vol 1, Londres, Imprimé à titre privé, 1875, en ligne: <  
<http://archive.org/details/transcriptofregi01statuoft>>.

## DOCUMENTATION INTERNATIONALE

### *Accords commerciaux*

*Accord de libre-échange nord-américain entre le gouvernement du Canada, le gouvernement des États-Unis mexicains et le gouvernement des États-Unis d'Amérique, 17 décembre 1992, RT Can n°2 (entrée en vigueur : 1<sup>er</sup> janvier 1994).*

*Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce, 15 avril 1994, 31874 RTNU 1869 (entrée en vigueur 1 janvier 1995).*

*Protocole visant à remplacer l'Accord de libre-échange nord-américain par l'Accord entre le Canada, les États-Unis d'Amérique et les États-Unis Mexicains, 30 septembre 2018, en ligne : <<https://international.gc.ca/trade-commerce/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/cusma-aceum/text-texte/toc-tdm.aspx?lang=fra>> [Accord Canada-États-Unis-Mexique].*

### *Conventions internationales*

*Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce, 15 avril 1994, 31874 RTNU 1867 (entrée en vigueur 1 janvier 1995).*

*Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce 15 avril 1994, 31874 RTNU 1869 (entrée en vigueur 1 janvier 1995).*

*Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques du 9 septembre 1886, complétée à Paris le 4 mai 1896, révisée à Berlin le 13 novembre 1908, complétée à Berne le 20 mars 1914, révisée à Rome le 2 juin 1928, révisée à Bruxelles le 26 juin 1948 et révisée à Stockholm le 14 juillet 1967 (avec Protocole relatif aux pays en voie de développement), 14 juillet 1967, 828 RTNU 221.*

*Convention internationale sur la protection des artistes interprètes ou exécutants, des producteurs de phonogrammes et des organismes de radiodiffusion, 26 octobre 1961, 496 RTNU 43 (entrée en vigueur : 18 mai 1964, accession du Canada 4 juin 1998).*

*Convention universelle sur le droit d'auteur, 06 septembre 1952, 216 RTNU 132 (entrée en vigueur : 16 septembre 1955).*

*Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur, 20 décembre 1996, 2186 RTNU 121 (entrée en vigueur : 6 mars 2002, accession du Canada 13 août 2014).*

*Traité de l'OMPI sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes, 20 décembre 1996, 2186 RTNU 203 (entrée en vigueur : 20 mars 2002, accession du Canada 13 août 2014).*

*Traité instituant la Communauté économique européenne, 25 mars 1957, JO, C 224 (entrée en vigueur : 1 janvier 1958).*

*Traité de Paix*

*Traité de Paris 1763*, reproduit dans André Tremblay, dir, *Droit constitutionnel canadien et québécois – Documents*, Montréal, Éditions Thémis, 1999, 21.