

Vol. 31, n° 1

Les premiers pas de la notion d'utilisation équitable

René Pépin*

INTRODUCTION	3
1. L'utilisation équitable.....	4
2. En Angleterre	7
3. Aux États-Unis.....	15
4. Au Canada	24
CONCLUSION.....	29

© René Pépin, 2019.

* René Pépin, professeur, faculté de droit, Université de Sherbrooke. L'auteur tient à remercier son étudiant, William Audet, pour sa collaboration.

[Note : cet article a été soumis à une évaluation à double anonymat.]

INTRODUCTION

Le concept d'utilisation équitable est certainement l'un des plus importants dans le domaine du droit d'auteur. Plusieurs s'en réclament, notamment les enseignants, les artistes et les journalistes. Les enseignants, au nom de l'accès à l'éducation, les artistes pour pouvoir créer une nouvelle œuvre en s'inspirant d'une œuvre préexistante, et les journalistes pour faire leur travail de reportage ou de critique. Il est vrai qu'une œuvre est rarement créée sans qu'il y ait quelque emprunt fait à une œuvre déjà existante. En ce sens, la notion d'utilisation équitable empêche les détenteurs de droits d'auteur d'exercer un contrôle total, absolu, sur l'utilisation ou la reproduction de leurs créations.

Le sujet du présent texte peut cependant surprendre. On peut s'interroger bien honnêtement sur l'utilité d'une étude du concept d'utilisation équitable avant qu'il ait été codifié dans différentes lois. Si la notion d'utilisation équitable est si importante aujourd'hui, pourquoi se préoccuper d'autre chose que de connaître l'état du droit actuel ? À notre avis, une étude de la jurisprudence qui s'étend du *Statute of Anne* de 1710¹ jusqu'au début du vingtième siècle nous montrera qu'elle peut être considérée encore d'actualité, et ce, pour deux raisons. On y voit d'abord comment les juges, sans aide législative, ont patiemment, laborieusement, élaboré les concepts que l'on retrouve aujourd'hui codifiés². En effet, tant en Angleterre, qu'aux

1. 8 Anne, c. 21 (1710) (U.K.).

2. En Angleterre, la notion de *fair use* a été codifiée dans la loi de 1911. Voir 1 & 2 Geo. V, c. 46, à l'article 2 : « [...] the following acts shall not constitute an infringement of copyright: (i) any fair dealing with any work for the purpose of private study, research, criticism, review, or newspaper summary ». Pour l'histoire, on peut dire que la notion de *fair use* a été incluse dans un projet de loi en 1842, mais qui n'a pas été adopté par la Chambre des Communes parce que jugé « entirely inconsistent with the public interest ». Voir : 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 *McGill L.J.* 309, 312. Au Canada, le concept l'a été dans la première loi canadienne « complète » sur le sujet, la *Loi de 1921 concernant le droit d'auteur*, entrée en vigueur en 1924 : 11-12 Geo V., c. 24.

États-Unis et au Canada, les lois se sont essentiellement contentées d'enchâsser ce qui a été élaboré par les tribunaux. En deuxième lieu, on constate que les questions qui se posent aujourd'hui aux juges qui cherchent à cerner et à appliquer la notion d'utilisation équitable n'ont pas réellement changé. Ils se butent toujours aux mêmes écueils. Par exemple, on sait que la notion de reproduction, le droit le plus important reconnu aux créateurs, comprend plus que la confection d'une copie intégrale de l'œuvre originale. Il empêche aussi la reproduction d'une « partie importante » de l'œuvre. Mais où ce droit s'arrête-t-il ? Comment doit-on appliquer les critères tels que la part de l'œuvre reproduite, le but de l'utilisation, la concurrence économique faite au marché de l'œuvre originale, etc. ? Nos juges contemporains restent aussi embêtés par ces critères que leurs confrères qui ont eu à trancher ces mêmes questions voici 200 ans ou plus. Nous allons d'abord faire un bref rappel de ce que vise aujourd'hui la notion d'utilisation équitable. Nous allons ensuite étudier le droit britannique, étant donné que c'est historiquement là qu'elle a été élaborée en premier. Nous regarderons ensuite le droit des États-Unis parce que c'est là qu'on trouve la jurisprudence la plus abondante. Nous verrons finalement le droit canadien, pour voir s'il s'est aligné sur le droit d'un autre pays, ou s'il a su tracer sa propre voie.

1. L'UTILISATION ÉQUITABLE

Il peut être utile de faire un bref rappel de ce qu'on entend aujourd'hui par la notion d'utilisation équitable, pour mieux mesurer l'écart avec l'état du droit avant 1924. Après que la *Loi sur le droit d'auteur* eut inclus ce concept, on l'a considéré traditionnellement comme une sorte de soupape de sûreté³. Une fois qu'un plaignant eu fait la preuve que son œuvre fut reproduite sans son consentement, un juge avait la discrétion de considérer que, tous les éléments pris en considération, le défendeur ne devait pas être sanctionné. Soit

Voir à l'article 16 (1) (i) de cette loi : « Toutefois, ne constituent aucune violation du droit d'auteur : 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 ». Aux États-Unis, ce n'est que lors de la refonte de 1976 que la notion de *fair use* a été enchâssée dans la loi, à l'article 107 du titre 17 du *United States Code: Limits on exclusive rights: fair use*. Les critères énumérés sont : le but et la nature de l'utilisation, la nature de l'œuvre reproduite, la part reproduite, et l'impact économique de l'utilisation sur l'œuvre originale.

3. C'est ce qu'enseignait Harold Fox dans son traité. Voir : *The Canadian Law of Copyright and Industrial Designs*, 2^e éd., Toronto, Carswell Co., 1967, p. 419 : « The Copyright Act provides that certain acts shall not constitute an infringement of copyright, which acts apart from this statutory provision would, in general, constitute infringement. [...] Even if a defendant's act would have been an infringement apart from the subsection, he is protected if his conduct comes within its terms ».

que sa faute était minime, ou qu'il avait agi dans l'un des objectifs qu'une loi sur le droit d'auteur cherche fondamentalement à atteindre, c'est-à-dire l'encouragement aux créateurs à réaliser des œuvres et à les diffuser. En somme, le défendeur était fautif, mais il méritait d'être absous.

Cette conception a grandement changé à la suite de la décision de la Cour suprême dans l'affaire *CCH*⁴. Dans cette affaire, plusieurs grandes maisons d'édition canadiennes ont pris action contre le Barreau ontarien, qui gère la *Great Library*, une bibliothèque située près de l'édifice abritant le parlement ontarien. Pour offrir un meilleur service à sa clientèle, les employés acceptent des usagers de la bibliothèque des commandes de reproduction de divers ouvrages, qu'il s'agisse de textes de lois, d'articles de revues, de chapitres de livres. Au choix de l'utilisateur, les documents compilés sont postés en copie papier dans une enveloppe, ou transmis par courrier électronique. On comprend que des maisons d'édition comme CCH, Thomson ou Canada Law Book ont vu cela d'un mauvais œil, estimant que ces pratiques nouvelles allaient faire chuter le nombre de volumes neufs achetés par la communauté juridique. La défense du Barreau ontarien était basée en bonne partie sur la notion d'utilisation équitable.

M^{me} McLachlin, alors juge en chef, a rédigé l'opinion de la Cour. Dès le début de ses motifs relatifs à l'utilisation équitable, elle a changé l'état du droit sur deux éléments importants, en écrivant ceci :

Sur le plan procédural, le défendeur doit prouver que son utilisation de l'œuvre était équitable ; cependant, 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 équilibre entre les droits des titulaires du droit d'auteur et les intérêts des utilisateurs, il ne faut pas l'interpréter restrictivement.⁵

Ainsi donc, il faut désormais considérer l'utilisation équitable comme faisant partie du compromis établi par le parlement entre les droits des créateurs et ceux des usagers, ou du public en général. Cette notion ne doit donc plus être prise en considération uniquement

4. *CCH Canadian Inc. v. Barreau du Haut-Canada*, 2004 CSC 13.

5. *Id.*, par. 48.

une fois que le plaignant aura prouvé qu'un de ses droits exclusifs a été violé. Et, ce qui est encore plus nouveau, il faut cesser d'interpréter étroitement les articles 29, 29.1 et 29.2 de la loi⁶. C'est ce qu'on considèrerait traditionnellement être la grande différence entre la façon canadienne et américaine de traiter de la notion d'utilisation équitable. Les auteurs enseignaient que la notion canadienne d'utilisation équitable est beaucoup plus restrictive qu'aux États-Unis⁷, car au Canada, pour bénéficier de l'exemption prévue à l'article 29, il fallait prouver non seulement que l'utilisation qu'on a faite d'une œuvre était équitable, mais, en plus, que cette utilisation l'a été pour l'un des buts mentionnés dans cette disposition : recherche, étude privée, compte-rendu pour journaux... On peut penser que la Cour suprême a voulu, par ce prononcé, faire en sorte que l'interprétation des tribunaux de la notion d'utilisation équitable se rapproche désormais de ce qu'on trouve dans la jurisprudence américaine relative au *fair use*⁸. Quoi qu'il en soit, M^{me} McLachlin a énuméré six critères pour guider un tribunal qui doit déterminer s'il y a lieu de considérer que s'applique au cas soumis la notion d'utilisation équitable. Sommairement, ce sont les suivants.

Le premier est relatif au but de l'utilisation⁹. Une utilisation sera davantage considérée équitable si elle poursuit une des fins prévues aux articles 29, 29.1 et 29.2 de la loi : recherche, étude privée, critique, compte rendu de nouvelles¹⁰. Le second concerne la nature de l'utilisation¹¹. Par cela, elle entend que si une personne a fait une seule copie d'une œuvre protégée, puis l'a détruite une fois l'objectif atteint (par exemple la recherche), on pourra plus facilement conclure

-
6. La loi actuelle étant la *Loi sur le droit d'auteur*, L.R.C. (1985), c. C-42 (ci-après « LDA »).
 7. Voir, par exemple : Sunny HANDA, *Copyright Law in Canada*, Toronto, Butterworths, 2002, p. 286 : « Although the concepts of fair dealing and fair use are similar in nature, their exact scope is quite different ».
 8. C'est ce que croient les professeurs Daniel GERVAIS et Elizabeth F. JUDGE. Voir : *Le droit de la propriété intellectuelle*, Toronto, Carswell, 2006, p. 85 : « Il y a donc peu de doute qu'en ce qui concerne la notion d'utilisation équitable, la législation canadienne en matière de droit d'auteur est aujourd'hui alignée de près sur la doctrine américaine du *fair use* ».
 9. *CCH Canadienne ltée c. Barreau du Haut-Canada*, *supra* note 4, par. 54.
 10. Ce critère ne nous semble pas correspondre à ce que prévoit la loi, car les articles 29, 29.1 et 29.2 exigent deux choses bien différentes pour qu'ils trouvent application. Il faut montrer que l'utilisation qu'on a faite d'une œuvre est équitable. Il n'y a pas de définition dans la loi de ce qui constitue une utilisation équitable, et si cette démonstration est faite, il faut dans un second temps montrer que l'utilisation d'une œuvre l'a été pour une des fins prévues dans la loi. Or, dire qu'une utilisation est équitable si elle est faite pour l'une des fins mentionnées nous semble escamoter complètement l'une des exigences de la loi.
 11. *CCH Canadienne ltée c. Barreau du Haut-Canada*, *supra* note 4, par. 55.

que l'utilisation a été équitable. Le troisième touche l'ampleur de l'utilisation. C'est ce que d'autres appellent la part de l'œuvre reproduite. Normalement, plus l'œuvre protégée est reproduite en grande partie, plus il devient délicat de parler d'utilisation équitable¹². Le quatrième critère concerne les solutions de rechange à l'utilisation. Par exemple, il faut considérer si le défendeur aurait pu atteindre la fin recherchée sans reproduire l'œuvre en cause, ou en utilisant un équivalent non protégé par la loi¹³. Le cinquième touche la nature de l'œuvre protégée. Ainsi, l'utilisation d'une œuvre non encore publiée et donc moins accessible sera plus facilement considérée équitable¹⁴. Enfin, le dernier critère concerne l'« effet de l'utilisation sur l'œuvre ». Il faut examiner alors l'impact économique du geste reproché sur la capacité de l'auteur de l'œuvre originale de l'exploiter commercialement. Aux États-Unis, c'est de loin le facteur le plus important puisque le droit d'auteur dans les pays de common law est un droit essentiellement économique, moins relié aux droits de la personnalité. Ici, M^{me} McLachlin, possiblement pour montrer le caractère différent du droit canadien, précise que ce dernier critère « n'est ni le seul, ni le plus important »¹⁵.

2. EN ANGLETERRE

La première loi britannique, le *Statute of Anne*, a été adoptée en 1710 essentiellement pour mettre fin au régime des *royal grants*, qui accordaient des exclusivités de publication à des personnes physiques ou morales ou, au contraire, plusieurs maisons d'édition publiaient impunément le même volume¹⁶. Dans l'un ou l'autre cas, les auteurs recevaient peu ou pas de compensation financière pour leurs efforts créatifs. La loi a voulu reconnaître des droits aux créateurs d'œuvres. Mais elle semble avoir envisagé seulement la question de la reproduction de l'intégralité d'une œuvre, par dessein ou par omission. Son préambule mentionne simplement que des maisons d'édition ou des libraires ont pris la liberté, sans le consentement des

12. *Id.*, par. 56. M^{me} McLachlin fait ici les nuances traditionnelles, i.e. que chaque cas doit être jugé au mérite. Il peut ainsi arriver qu'une œuvre originale très courte ne puisse faire l'objet d'étude ou de critique autrement qu'en étant reproduite en totalité. L'exemple classique est la personne qui veut commenter une épitaphe.

13. *Id.*, par. 57.

14. *Id.*, par. 58.

15. *Id.*, par. 59.

16. Le préambule est ainsi formulé : « Whereas printers, booksellers, and other persons have of late frequently taken the liberty of printing, reprinting, and publishing books and other writings, without the consent of the authors or proprietors of such books and writings, to their great detriment and too often to the ruin of them and their families [...] ».

auteurs d'œuvres, d'imprimer ou de publier des livres. Rien dans la loi ne traite des abrégés, des compilations, de traductions ou d'œuvres dites dérivées.

C'est pourquoi des difficultés se sont posées dès que des auteurs ont utilisé une partie seulement d'une œuvre préexistante, ou en ont fait une traduction. La première décision notable dans le domaine, datée de 1721, traite d'ailleurs d'un cas de traduction : *Burnett c. Chatwood*¹⁷. Dans cette affaire, le plaignant était le liquidateur de la succession d'une personne qui avait rédigé deux volumes en latin. L'un avait été publié, un traité sur l'architecture appelé *Archeologia Philosophica*, et l'autre, non publié, une série de réflexions sur la vie et la mort : *De Statu Mortuorum*. Le défendeur était accusé d'avoir publié sans autorisation une traduction des deux ouvrages. Sa défense s'est articulée en deux temps. D'abord, le *Statute of Anne*, tel que libellé, ne protégerait que les reproductions intégrales d'une œuvre. De plus, le travail intellectuel que nécessite la traduction d'une œuvre est suffisant pour que l'on puisse considérer qu'une nouvelle œuvre a été créée, dont il était l'auteur. Le juge lui a donné raison sur les deux points. Une traduction ne fait pas partie des gestes prohibés par la loi, parce que « [...] a translation might not be the same with the reprinting of the original, on account that the translator has bestowed his care and pain upon it [...] »¹⁸. Cependant, sur le fond, le juge a accordé l'injonction, pour un motif qui n'a rien à voir avec le domaine du droit d'auteur. Comme l'un des volumes contenait des passages qualifiés de *strange notions* que l'auteur n'aurait probablement pas voulu rendre accessibles à la population non éduquée, ne lisant pas le latin, il était préférable que les choses en restent ainsi !

Que retenir de cette décision ? Évidemment, aujourd'hui, la problématique qu'elle posait n'est plus pertinente, parce qu'on sait que la loi reconnaît clairement au créateur d'une œuvre le droit de décider s'il en autorise une traduction¹⁹. Le traducteur a un droit d'auteur pour son propre travail, mais il a besoin de la permission de l'auteur de l'œuvre avant d'entreprendre son travail. Il est facile de constater qu'à l'époque la question pouvait embêter les juges. Il n'est pas évident d'envisager une situation où deux droits d'auteur se chevauchent à l'égard de la même œuvre. Dans un volume qui constitue une traduction d'une œuvre, il y a le droit du traducteur, et, de façon sous-jacente, il y a reproduction de l'œuvre originale. Quoi qu'il en soit, cette décision ne nous éclaire pas beaucoup sur

17. (1721) 35 E.R. 1008 (Ch.).

18. *Id.*

19. Art. 3 (1) (a) LDA.

ce qui était considéré à l'époque une utilisation équitable. On peut seulement mentionner qu'une traduction a été considérée en quelque sorte comme une forme d'utilisation équitable d'une œuvre. On peut aussi dire que la décision est restée bien fondée en droit sur certains points pendant plusieurs décennies, car en 1774, plus de cinquante ans plus tard, dans *Donaldson c. Beckett*²⁰, les tribunaux ont émis le principe resté intact depuis²¹ à l'effet que les auteurs n'ont pas d'autres droits que ceux que la loi prévoit. En ce sens, une stricte application de ce principe peut logiquement faire conclure que tant que le droit d'autoriser une traduction n'a pas été inclus dans la loi, les traductions pouvaient se faire en toute impunité.

Cette façon de voir les choses par les juges était largement partagée en doctrine. Ce fut par exemple le cas de Samuel Johnson, auteur de littérature, journaliste et éditeur, considéré comme l'un des plus distingués hommes de lettres de l'histoire de l'Angleterre²². Dans un article paru en 1739²³, il défendit avec véhémence la pratique des « abrégés » ou « condensés », et ce pour trois motifs. Le premier en était un d'équité. À son avis, la pratique était si répandue que ni les auteurs ni les éditeurs ne devaient s'en plaindre. Ensuite, la pratique des condensés allait dans le sens des buts du *Statute of Anne*, savoir faciliter la transmission des connaissances et l'éducation de la population. Enfin, la pratique des abrégés reposerait sur une convention, ou coutume existant dans le domaine de l'édition, ce qui en faisait une pratique légale. Tout auteur devait savoir, lorsqu'il décide de faire publier une œuvre, qu'elle pourra faire l'objet d'une publication condensée dans une revue. Il suffit que la personne produisant l'abrégé soit honnête et fournisse son propre nom, pour éviter la confusion avec l'auteur de l'œuvre initiale.

En 1740 a été rendue une décision que plusieurs considèrent être à l'origine de la notion de *fair use* en droit britannique²⁴ : *Gyles*

20. (1774) 1 E.R. 837 (H. L.), renversant *Millar c. Taylor*, (1769) 98 E. R. 201 (K. B.).

21. Voir art. 89 LDA.

22. Par le *Oxford Dictionary of National Biography*. Pour une biographie de S. Johnson, voir : James BOSWELL, *The Life of Samuel Johnson*, parue en 1791 et rééditée par la Oxford University Press en 1980.

23. Samuel JOHNSON, « Considerations on the Case of Dr Trapp's Sermons, Abridged by Mr. Cave », (1739) 57 Gentleman's Magazine. Ce qui ne signifie pas que son avis était unanimement partagé. Daniel Defoe, qui fit paraître en 1719 le roman devenu célèbre *Robinson Crusoe*, croyait plutôt que la confection d'abrégés sans le consentement de l'auteur de l'œuvre originale était tout simplement du vol. Voir : Daniel DEFOE, *An Essay on the Regulation of the Press*, 25, Blackwell 1958, 1704.

24. Voir : Matthew SAG, « The prehistory of fair use », (2011) 76 *Brooklyn Law Review* 1371, 1391 : « *Giles* is often cited as the origin of the fair use doctrine in England [...] ».

c. *Wilcox*²⁵. Au cœur du litige se trouvait un volume fort réputé de sir Matthew Hale, *Historia Placitorum Coron*, i.e. Histoire des plaidoyers de la Couronne. Gyles, un éditeur, réclama une injonction pour empêcher Wilcox d'aller de l'avant avec son projet de publier un abrégé de l'ouvrage, sous le titre *Modern Crown Law*. Gyles craignait que l'œuvre originale allait être reproduite presque complètement. Seuls seraient omis des textes de lois devenus périmés. De plus, toutes les citations en latin et en français dans le texte original seraient traduites en anglais.

Le juge qui rendit la décision rejeta initialement une prétention selon laquelle le *Statute of Anne* accordait un monopole, et devait en conséquence être interprété étroitement. Au contraire, selon lui : il fallait interpréter la loi de façon libérale, étant donné que son objectif était de faire profiter les auteurs de leurs efforts intellectuels. La question à trancher était alors de savoir si l'ouvrage incriminé était essentiellement la même chose que l'œuvre originale, donc une copie, ce qu'interdit la loi depuis 1710. Selon le juge, si un livre était *colourably shortened only*, i.e. présenté comme un abrégé, mais n'en étant pas un véritable, il y a infraction à la loi. Cependant, cette règle ne devait pas être sévère au point d'empêcher une personne de confectionner un *real and fair abridgment*, car un abrégé fait avec suffisamment de soin devenait un *new book*²⁶. L'auteur devait alors avoir exercé son savoir et son jugement. Les condensés peuvent être extrêmement utiles, même si l'auteur de l'œuvre originale peut en subir un certain préjudice. Son dernier motif a été à l'effet que si on interprétait la loi de façon à interdire les abrégés, cela aurait une *mischievous consequence*. Il faut savoir qu'à l'époque, les revues, dont le marché était en pleine expansion, étaient constituées pour environ la moitié de textes originaux, mais pour moitié aussi d'abrégés de monographies. Cette pratique était très répandue. Quoi qu'il en soit, dans le cas soumis, le juge eut l'impression que les emprunts à l'œuvre originale étaient trop nombreux, mais ne voulut pas rendre une décision finale. Il retourna les parties à leurs devoirs en souhaitant qu'une lecture comparative détaillée des deux œuvres soit faite, et que les parties se présentent à nouveau devant lui²⁷.

Cette décision est importante et intéressante parce qu'elle montre que dès la première moitié du 18^e siècle en Angleterre, on admettait qu'une œuvre ne pouvait pas reproduire le texte d'une autre si elle en était essentiellement une copie. Ceci peut nous faire penser à

25. (1741) 26 Eng. Rep. 489.

26. *Id.*, p. 490.

27. *Id.*, p. 491. On ne sait pas quel a été le jugement final dans cette affaire.

la règle qu'on trouve maintenant à l'article 3 de notre loi : est interdite la reproduction de la totalité ou d'une partie importante d'une œuvre. Tant qu'on ne dépasse pas cette frontière, on agit légalement. Il n'y a pas de critères très précis qui ont été formulés, si ce n'est que le juge dans *Gyles* mentionne que le défendeur doit avoir exercé son jugement et son talent, et donc avoir créé une nouvelle œuvre. Le tribunal sera particulièrement clément à son égard si son travail est estimé avoir fait une œuvre socialement utile. On accepte donc déjà à cette époque que le *Statute of Anne* protège davantage que la simple reproduction mécanique de la totalité d'une œuvre. Il existe toutefois une zone grise où une personne accusée de contrefaçon sera exonérée si elle a créé une nouvelle œuvre par les efforts qu'elle y a consacrés et si les emprunts à l'œuvre originale ne sont pas trop nombreux.

Une décision appliquant les mêmes normes a été rendue en 1801 dans l'affaire *Butterworth c. Robinson*²⁸. Le demandeur publiait des recueils de décisions sous le nom *Term Reports*. Le défendeur avait publié les mêmes décisions, sauf quelques omissions mineures, comme les arguments des avocats. Les causes étaient aussi présentées par ordre alphabétique plutôt que chronologique. Le juge a accordé le remède réclamé, une injonction, en disant que l'œuvre originale avait été *artfully changed*, pour donner l'apparence d'une nouvelle œuvre. Il restait qu'il s'agissait manifestement d'une copie d'une œuvre originale, une copie presque intégrale. Le défendeur n'a pu plaider qu'il avait créé quelque chose de nouveau.

Les arrêts subséquents ont cherché à raffiner les critères élaborés par les décisions que nous venons de mentionner. On y voit encore que ces décisions traitent des mêmes notions, et butent sur les mêmes difficultés que celles qui confrontent nos tribunaux aujourd'hui. On constate qu'il a été établi très tôt que la question de savoir si une utilisation d'une œuvre est faite *bona fide* est une question de fait, et que chaque cas doit être considéré au mérite. De même, on a reconnu que la question de la part de l'œuvre utilisée est un facteur très important, mais pas en soi déterminant. On a aussi identifié des critères supplémentaires, tels la nature de l'œuvre originale reproduite, le but de l'utilisation, et l'impact économique de la nouvelle œuvre sur le marché de l'œuvre originale.

Dès 1761, dans *Dodsley c. Kinnersley*²⁹, on a fait allusion aux critères que sont la part de l'œuvre reproduite et le but de l'utilisation. Dans cette affaire, Dodsley, un éditeur, faisait partie d'un trio ayant

28. (1801) 31 E. R. 817 (Ch.).

29. (1761) 27 E. R. 270 (Ch.).

acquis les droits d'auteur sur une œuvre de fiction écrite par Samuel Johnson, *The Prince of Abyssinia*. Le défendeur, fidèle aux coutumes de l'époque, en avait reproduit des extraits dans le *Grand Magazine of Magazines*. La preuve a montré que pas plus de dix pour cent de l'œuvre originale avait été reproduite, mais on avait reproduit, selon le juge, l'essentiel du récit, laissant de côté tout ce qui pouvait être qualifié de réflexions à caractère philosophique³⁰. La défense était à l'effet que ce qui avait été reproduit était un abrégé, donc pas une *piracy*. Et c'était dans les mœurs de l'époque, comme on l'a mentionné, d'agir ainsi. Cette pratique servait même les intérêts de l'auteur de l'œuvre originale, parce que sa diffusion dans une revue la faisait connaître davantage, et incitait ainsi plus de gens à se procurer l'œuvre originale intégrale.

Sur la question de la part de l'œuvre reproduite, le juge qui a rendu la décision a écrit ceci : « No certain line can be drawn [...] but every case must depend on its own circumstances »³¹. En l'occurrence, il a estimé que la revue n'avait pas reproduit une trop grande part de l'œuvre originale, qui couvrait deux tomes. Quant au but de l'utilisation et son impact, il a pu éviter de se prononcer directement, car l'auteur, Samuel Johnson, avait déjà permis la reproduction d'extraits de son ouvrage dans une revue. De plus, il y avait cette longue tradition dans le domaine des revues de publier des extraits de monographies³². La publication d'extraits dans une autre revue pouvait être bénéfique à l'auteur, *if the composition is good*, ce qui nous semble signifier que la revue doit présenter l'œuvre en termes favorables.

En 1775, dans *Strahan c. Newberry*³³, on voit appliqués les critères relatifs au but de l'utilisation et l'impact économique sur l'œuvre originale. Dans cette affaire, un dénommé Hawkesworth avait publié une chronique de ses voyages. Newberry en a fait paraître un abrégé. Selon le juge Apsley, il fallait déterminer si le défendeur avait fait un *proper abridgment*, i.e. un condensé permis par la loi. C'était le cas, pour les motifs suivants. M. Strahan avait consacré du travail pour créer un abrégé de la meilleure qualité possible. De plus,

30. *Id.*, p. 271. Ce que le juge a appelé les *moral and useful reflections*.

31. *Id.*

32. *Id.* Comme le juge le dit, décider que toute reproduction d'extraits d'œuvres est illégale desservirait les auteurs, parce que leurs œuvres seraient moins connues. Ce raisonnement peut nous sembler illogique aujourd'hui, mais on peut faire un rapprochement avec les temps des débuts de la radio. À cette époque, les compositeurs étaient contents d'entendre leurs œuvres diffusées gratuitement à la radio, parce que cela pourrait augmenter les ventes de musique en feuilles !

33. (1775) 98 E. R. 913.

il offrait aux lecteurs un produit moins dispendieux et plus commode que l'œuvre originale, ce qui permettait de dire que son œuvre était nouvelle et méritoire ! En effet, on avait ôté de l'œuvre originale les *unnecessary and uninteresting circumstances*³⁴, ce qui faisait qu'il ne pouvait s'agir de plagiat. Une œuvre nouvelle avait été créée, de grande qualité.

La lecture de ces motifs peut évidemment nous surprendre. On imagine mal un juge décider qu'une œuvre n'a pas été plagiée étant donné qu'on y a enlevé tout ce qui n'était pas intéressant ! Mais on doit lire la décision en tenant compte de l'état du droit à l'époque. Les juges cherchaient à élaborer des critères pour déterminer quand on peut dire qu'une œuvre a été plagiée. À leur avis, il est permis de reproduire une partie importante d'une œuvre, si on fait du *fair use*. Pour faire cette détermination, on tient compte de l'effort intellectuel fourni par le défendeur, s'il a fait œuvre socialement utile, et s'il nuit, au point de vue économique, au marché de l'œuvre originale.

En 1807, dans *Roworth c. Wilkes*³⁵, c'est le critère de l'impact économique de la « nouvelle » œuvre qui a semblé déterminant. Le plaignant, Roworth, avait publié un traité sur l'art de l'escrime, couvrant 118 pages, avec de nombreuses illustrations. Le défendeur, avec d'autres, a produit une encyclopédie universelle des arts, lettres et sciences. Sous la rubrique « escrime », 75 pages du volume de Roworth ont été reproduites, donc plus de 60 %, ainsi qu'un certain nombre d'illustrations. C'est Lord Ellenborough qui a rendu la décision. On soupçonne qu'avec un tel pourcentage de l'œuvre originale reproduite, il ne pouvait que conclure que la mesure a été dépassée. Mais, chose intéressante, il a traité davantage de l'impact économique de ce qui a été reproduit dans l'encyclopédie. Il a écrit qu'il fallait se demander si ce texte pouvait être considéré comme un substitut de l'œuvre originale. Est-ce qu'elle communiquait la même information que l'œuvre originale ? Si oui, la limite était dépassée et dans un tel cas, il n'est pas pertinent de se demander si le défendeur a agi de bonne foi ou non³⁶. Comme l'a écrit le juge, décider que la publication de l'article dans l'encyclopédie était légale signifierait que le public peut se procurer l'équivalent de ce qui est dans l'œuvre originale, mais à une fraction du prix. La capacité de l'auteur de l'œuvre originale d'en vendre des

34. *Id.* On peut s'imaginer la réaction de l'auteur de l'œuvre originale qui lit cela !

35. (1807) 170 E. R. 889 (K.B.).

36. On sait que, dans les lois modernes sur le droit d'auteur, la défense de bonne foi n'est pas admise. Par exemple, dans la loi canadienne, elle ne peut jouer que lorsque le défendeur montre qu'il n'avait aucun motif de croire que l'œuvre en jeu était protégée par le droit d'auteur. Voir : art. 38.1 (2) et 39 (1) LDA.

copies était donc gravement atteinte. Quant aux illustrations, il est intéressant de noter que le juge a mentionné qu'il ne s'agissait pas de reproductions identiques, mais qu'on avait probablement demandé à un artiste de reproduire essentiellement les mêmes croquis. Il y avait donc là aussi infraction à la loi.

Enfin, dans *Wilkins c. Aikin*, décision de 1810³⁷, le plaignant, après un voyage en Sicile et en Grèce, avait publié un volume intitulé *The Antiquities of Magna Graecia*, comprenant du texte, des croquis, et des planches³⁸. Il se plaignit du fait que son volume était reproduit en bonne partie dans le livre du défendeur, intitulé : *An Essay on the Doric Order of Architecture*. Aikin se défendit en soulevant plusieurs arguments. Il était d'abord architecte, membre de la société des professeurs d'architecture, et son volume a été composé selon les règles de l'art imposées par cet organisme. Il était de plus de bonne foi, ayant complété une bonne partie de son travail avant la parution du livre de Wilkins. Le sujet du volume était différent, le sien était confiné à l'architecture, et seulement celle de style dorique. Il n'entrait donc pas en compétition avec l'œuvre de Wilkins. Il a reconnu qu'il avait cité et utilisé certains passages de l'œuvre de Wilkins, mais de la même façon qu'il l'a fait et qu'il est normal de le faire pour plusieurs autres sources.

Le juge du procès, le Lord Chancelier Eldon, a d'abord établi qu'on ne pouvait reproduire la totalité ou une partie importante d'un volume écrit par une autre personne en prétendant seulement qu'il s'agit de citations. Il faut que ce soit des *fair quotations*. Tout étant, encore, une question de degrés. Le cas soumis était particulièrement difficile. Le défendeur a admis avoir reproduit une part assez importante de l'œuvre originale, une part non négligeable. À l'inverse, une autre partie du volume de Wilkins, assez imposante, n'avait pas été reproduite. Il fallait aussi considérer jusqu'à quel point le défendeur a fait preuve de talent et de jugement pour créer une nouvelle œuvre. La décision finale nous laisse sur notre appétit, car il s'agissait d'une demande d'injonction interlocutoire. Le juge a maintenu l'injonction, vu la difficulté de la question en litige. Il a demandé aux parties de procéder pour que l'affaire soit entendue sur le fond le plus tôt possible.

37. (1810) 34 E. R. 163 (Ch.).

38. La décision emploie le mot « prints ». On comprend qu'il ne peut pas s'agir de photographies.

3. AUX ÉTATS-UNIS

C'est dans la décision *Folsom c. Marsh*³⁹ que la notion de *fair use* est apparue pour la première fois⁴⁰. Cette affaire concerne deux éditions des écrits publics et privés du premier président des États-Unis, George Washington. Le demandeur, Folsom, faisait partie d'un groupe d'éditeurs ayant acquis les droits d'auteur de M. Jared Sparks, qui avait compilé en 12 volumes les discours, lettres et autres écrits du grand homme. Une autre personne, M. Charles Upham, a compilé et publié, en deux volumes, une biographie du président, intitulée : « *Life of Washington* ». Un peu plus du tiers de l'œuvre de M. Upham provenait probablement de l'édition de Folsom, car il s'agissait d'écrits non publiés auparavant. Marsh était la maison d'édition d'Upham. Elle se défendit à une accusation de *piracy* en arguant que même si Folsom détenait le droit d'auteur de Sparks sur la collection en 12 volumes, il n'y avait pas eu violation de la loi, car il s'agissait d'un *fair abridgment*, destiné aux bibliothèques scolaires.

Cette décision nous semble particulièrement intéressante, car, comme on l'a mentionné dans l'introduction, on y voit le juge Story, qui a rendu la décision, traiter des mêmes concepts, arguments et problématiques qu'on retrouve dans la jurisprudence contemporaine. Il a dû élaborer plusieurs des critères encore utilisés aujourd'hui. Il traite aussi de questions qui restent d'actualité : les compilations méritent-elles protection, et, si oui, à quel titre ? Quel est le degré d'effort mental nécessaire pour qu'on puisse considérer qu'on est en présence d'une œuvre originale ?

Le juge explique, dans des propos liminaires, qu'il s'agit d'une plainte pour *piracy*, donc qu'une œuvre a été plagiée. Dans un tel cas, il est toujours difficile de déterminer à partir de quel point on

39. *Folsom c. Marsh*, 9 F. Cas. 342 (1841) (Circuit Court, D. Massachusetts). Les termes *fair use* ont été employés tels quels pour la toute première fois dans la décision *Lawrence c. Dana*, 15 F. Cas. 26, 60 (1869). Mais *Folsom* est considérée la décision séminale. Il reste que dans *Gray c. Russell*, rendue deux ans auparavant (10 F. Cas. 1035 (1839)), on trouve déjà les thèmes dont on va débattre dans *Folsom*. L'œuvre originale était une grammaire latine commentée, et il fallait déterminer si un abrégé de cette œuvre, avec inévitablement de nombreux emprunts, constituait une violation de la loi. La Cour a examiné les critères suivants : la bonne foi, la reproduction à fins de critique, le public cible, si la nouvelle œuvre cherche à remplacer l'originale, si les emprunts sont une partie importante de l'œuvre originale...

40. Voir : M. SAG, *supra* note 24, p. 1372-3 ; Marshall LEAFFER, *Understanding Copyright Law*, N-Y., Lexis-Nexis, 1999, p. 428 : « Although first articulated in case law in the mid-19th century, fair use was not given its first statutory recognition until the 1976 Act ».

peut déterminer que des emprunts à une œuvre originale ont été trop nombreux. Il écrit, et on croirait lire une décision contemporaine : « [...] the question of piracy often depend(s) upon a nice balance of the comparative use made in one of the materials of the other ; the nature, extent, and value of the materials thus used ; the objects of each work ; and the degree to which each writer may be fairly presumed to have resorted to the same common sources of information... »⁴¹. En ce qui concerne les compilations, le juge considère que le simple choix d'éléments ne suffit pas pour créer une œuvre nouvelle. Il faut que la personne concernée y consacre effort et jugement⁴². On peut reproduire des passages importants d'une œuvre, si c'est pour en faire une *fair and reasonable criticism* et non pas pour supplanter ou remplacer l'original. La notion de bonne foi du défendeur doit être prise en considération⁴³.

Dans le cas soumis, ce qui rendait l'affaire difficile était que l'œuvre de M. Upham était sûrement originale, car en bonne partie rédigée de sa main, et suivait un plan différent de celui utilisé par M. Sparks. Il avait tout de même reproduit plusieurs lettres de Washington, tirées des volumes de Sparks. Cela faisait en sorte que 353 pages, sur un total de 866 soit environ 41 %, provenaient de l'œuvre de M. Sparks. La question posée était alors de savoir s'il y avait eu contrefaçon de l'œuvre originale.

Un premier moyen de défense, dont nous ne traiterons pas, était à l'effet que les écrits de Washington ne pouvaient faire l'objet d'un droit d'auteur, car c'était un personnage public. Il a été rejeté. Le second moyen a été d'arguer que le défendeur avait le droit de sélectionner et d'abrégier des passages de l'œuvre originale, puisqu'il en avait fait une nouvelle œuvre. Dans un tel cas, on devrait considérer que c'est un *justifiable use* de l'œuvre originale⁴⁴. On peut faire le lien ici avec la problématique contemporaine relative aux créateurs qui incorporent dans leur œuvre une partie importante de l'œuvre d'une autre personne et se défendent en invoquant le motif qu'ils ont créé

41. *Folsom c. Marsh*, supra note 39, p. 344.

42. On croirait lire les propos de M^{me} McLachlin en 2004 dans l'affaire *CCH Canadienne ltée c. Barreau du Haut-Canada*, supra note 4, par. 16, quand elle s'exprime sur la notion d'originalité : « 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 ».

43. *Folsom c. Marsh*, supra note 39, p. 345.

44. *Id.*, p. 347. Comme le juge l'a écrit, c'est la question à trancher : « This, in truth, is the real hinge of the whole controversy and involves the entire merits of the suit ».

une nouvelle œuvre⁴⁵. Selon le tribunal, pour identifier la limite de ce qui est permis, il faut se demander si les emprunts sont tels que la valeur économique de l'œuvre originale est diminuée ou si quelqu'un s'est approprié indûment le travail du créateur de l'œuvre originale⁴⁶. La quantité de l'œuvre reproduite ne serait pas un critère déterminant. Il ne jouerait pas lorsque la partie de l'œuvre reproduite a un impact économique important sur le marché de l'œuvre originale⁴⁷. Ainsi, il serait légal d'incorporer une partie importante d'une œuvre dans une autre, lorsqu'elle ne peut plus être aisément identifiée et que la nouvelle œuvre poursuit un autre objectif.

En l'occurrence, on a jugé qu'il y avait eu violation de la loi, car on avait reproduit ce qui était peut-être le plus important dans l'œuvre originale, la correspondance de Washington. Beaucoup de lettres étaient reproduites intégralement. Sans elles, l'œuvre de Marsh avait beaucoup moins de valeur, parce que ces lettres étaient probablement ce qui représentait le plus d'intérêt aux yeux du public. Comme le dit le juge, si l'on permet à Marsh de publier le texte intégral de plusieurs lettres écrites par le président, le tout couvrant plusieurs centaines de pages, alors une autre maison d'édition pourrait faire la même chose, de sorte qu'il ne resterait rien dans l'œuvre de Folsom qui puisse attirer un public lecteur⁴⁸.

À notre avis, le juge Storey a utilisé trois critères particulièrement importants pour trancher le litige. Le premier était « the nature and objects of the selections made ». On le retrouve maintenant dans le premier critère apparaissant à l'article 107 de la loi américaine. Dans le second, la quantité et la valeur de ce qui a été utilisé, on voit qu'un assez faible pourcentage de l'œuvre originale était en jeu, mais on a estimé que c'était une partie du plus grand intérêt pour le public, ce qui a été déterminant. Quant au troisième, l'impact économique sur l'œuvre originale, c'est selon le juge un critère à appliquer si les deux premiers ont été rencontrés. Le juge ne dit pas que le seul fait qu'il n'y ait pas eu d'impact économique implique nécessairement qu'il y

45. Nous avons traité de cette question. Voir : « À la limite du droit de propriété et du droit d'auteur : le droit d'un artiste d'incorporer l'œuvre d'un autre artiste dans ses propres créations », (2004) 21 *R.C.P.I.* 193. Depuis l'adoption de la *Loi sur la modernisation du droit d'auteur* (L.C. 2012, c. 20), on a ajouté l'article 29.21 dans la LDA de façon à prévoir plus clairement à quelles conditions cette pratique est légale.

46. *Folsom c. Marsh*, *supra* note 39, p. 348.

47. *Id.* Il écrit : « It is not only quantity, but value, that is always looked to ».

48. *Id.*, p. 349. Pour une analyse de cette décision, voir : Oren BRACHA, « The Ideology of Authorship Revisited: Authors, Markets, and Liberal Values in Early American Copyright », (2008) 118 *Yale L.J.* 186.

a eu *fair use*. Dans ce cas-ci, il n'y avait pas eu de preuve relative à l'impact économique sur l'œuvre originale. Les deux œuvres en jeu visaient d'ailleurs un auditoire différent. L'œuvre attaquée visait les enfants d'âge scolaire. Mais la Cour a été particulièrement sensible à l'effet cumulatif des emprunts multiples. Si une personne peut reproduire quelques centaines de lettres de Washington, une autre pourrait faire de même, jusqu'à l'érosion complète du droit exclusif de l'auteur de la première œuvre⁴⁹.

Dans les années qui ont suivi, plusieurs causes ont porté aussi sur des œuvres qui étaient un condensé ou un abrégé d'une autre⁵⁰. Au début du 20^e siècle, cependant, la jurisprudence des États-Unis s'est éloignée quelque peu de celle de la Grande-Bretagne. En effet, en 1909, lors de la première grande révision de la *Loi sur le droit d'auteur* aux États-Unis, on a aboli le droit de faire des *fair abridgments* sans autorisation⁵¹. La loi britannique de 1911 prévoyait quant à elle une disposition que l'on retrouve encore chez nous, savoir la défense de *fair dealing*⁵².

Il y a un nombre respectable de décisions qui présentent à nos yeux un intérêt particulier, parce qu'elles impliquent des rapports judiciaires. Ainsi, en 1897, un litige a opposé deux éditeurs de tels rapports, West Publishing et Lawyers' Cooperative Publication Co⁵³. Il s'agit de deux maisons d'édition faisant un travail semblable et visant le même public. West Publishing est plus connue, parce qu'elle domine le marché. Depuis 1879, elle publie les rapports judiciaires dans des collections de volumes si familiers à ceux et celles qui ont connu l'ère du papier : les Supreme court Reports, les Atlantic Reports, les Southeastern Reports, etc.⁵⁴. Le tout commençait par un ou plusieurs fascicules publiés à chaque semaine, contenant des décisions avec résumés de la maison d'édition. À chaque mois s'ajoutait un digeste des décisions, préparé à partir des syllabus, le tout incorporé dans un volume annuel. On publiait donc annuellement plusieurs volumes contenant les décisions, avec des résumés ajoutés et un digeste annuel

49. *Id.*

50. Pour une longue revue chronologique de ces causes, voir : Willian F.PATRY, *The Fair Use Privilege in Copyright Law*, Washington, Bureau of national affairs, 1985, ch. 3, p. 18-65.

51. 17 U.S.C. ss 1 (b), 1909. Disposition abrogée en 1978.

52. Voir l'article 2 (1) (i) de la loi de 1911 : « The following acts shall not constitute an infringement of copyright: (i) any fair dealing with any work with for the purposes of private study, research, criticism, review, or newspaper summary ».

53. 79 F. 756.

54. En 1910, la collection couvrait déjà 600 volumes de décisions judiciaires et 99 volumes de digestes. Voir : *West Publishing c. Edward Thompson*, 176 F. 833, p. 834.

permettant au chercheur d'identifier les décisions qui ont porté sur la question qui l'intéresse. La compagnie Lawyers' Cooperative, quant à elle, procédait de façon légèrement différente au niveau de la fréquence de production des documents, mais était en compétition directe avec West Publishing⁵⁵.

West se plaignit qu'il y avait atteinte à ses droits d'auteur sur les résumés et les index. Elle a montré qu'un faible pourcentage des résumés des employés de Lawyers' Coop, mais non négligeable, ressemblait étrangement aux résumés qu'elle avait publiés. Dans des propos préliminaires, le juge Lacombe fait appel à deux principes qui ont été rejetés depuis. Il mentionne qu'un rédacteur de résumés d'arrêt peut s'inspirer directement d'un résumé préexistant, pourvu qu'il couvre ses traces, i.e. qu'il modifie suffisamment son texte. Ceci pourrait être toléré, mais il ajoute que le défendeur pourra montrer qu'il y a de nombreux éléments du résumé original qu'il n'a pas utilisés⁵⁶ ! Il y a plus : il écrit que « [...] it is the unfair appropriation of the labor of the original compiler that constitutes the offense »⁵⁷. Il semble donc que l'élément déterminant soit, à ses yeux, d'empêcher la concurrence déloyale. À son avis, il y aura preuve de violation de la loi si on peut montrer que les employés de Lawyers' Coop se sont servis des résumés des employés de West pour s'éviter de lire les décisions au complet. Il n'a pas pris en considération les critères de la part de l'œuvre reproduite, ou si le défendeur a créé une nouvelle œuvre. Le juge Lacombe concède qu'en droit, il y a des expressions techniques qu'on doit conserver telles quelles. Toutefois, au niveau des phrases ne contenant pas de tels concepts, il y aura infraction à la loi s'il y a suffisamment « identité de langage »⁵⁸.

West a gagné le litige, mais elle croyait avoir un argument déterminant, auquel la cour n'a pas accordé tout le poids mérité. Elle a montré que ses employés réussissaient à produire chaque jour environ 4 à 8 résumés. Les plus expérimentés, entre 10 et 20. Alors que ceux de Lawyers' pouvaient en rédiger entre 20 et 30, et parfois jusqu'à 40⁵⁹ ! En fait, il y avait peu de paragraphes (moins de 5 %) rédigés par les employés de Lawyers' qui étaient copiés intégralement des textes de West. Le juge du litige a tout de même conclu qu'ultimement, il y avait

55. *Folsom c. Marsh*, *supra* note 39 : Le juge Lacombe rapporte les faits aux pages 759 et 760.

56. *Supra* note 53, p. 762 in limine : « [...] where unfair use of any part of a syllabus is proved, the burden would be upon the unfair user to show, if he can, that nevertheless there were parts of the same syllabus that he did not so use ».

57. *Id.*

58. *Id.*, p. 765.

59. *Id.*, p. 769.

suffisamment d'indices d'une volonté de copier. Il y avait eu « general, systematic and widespread unfair use » du travail de West, avec en plus un effort pour dissimuler ces copies⁶⁰. Encore ici, il semble que la principale faute de Lawyer's Coop était de faire de la concurrence déloyale et de ne pas avoir su bien cacher son plagiat !

Là où la défense a échoué dans West, elle a eu gain de cause dans l'affaire *American Law Book* en 1903⁶¹. La situation était tout de même un peu différente. Il s'agissait de deux éditeurs d'encyclopédies juridiques.

Le litige a porté sur un point bien spécifique. Edward Thompson fournissait à son éditeur une liste de causes pertinentes pour tel ou tel sujet à inclure dans l'encyclopédie. Cette liste couvrait plus de cas que ceux mentionnés dans les digests disponibles à l'époque. Si l'éditeur, après vérification, les trouvait pertinentes, il les incorporait à l'endroit approprié dans le texte des articles à paraître dans l'encyclopédie. *American Law Book*, de son côté, ne reproduisait pas ces articles dans son encyclopédie. Elle ne reproduisait même pas intégralement les listes d'arrêts. Elle se servait simplement des listes pour indiquer au lecteur dans quel article de quel volume de son encyclopédie telle décision est mentionnée. En d'autres mots, *American Law Book* se servait d'une compilation faite par un concurrent, en vérifiait l'exactitude, et décidait à quel endroit la décision serait mentionnée dans l'article à être publié.

Le juge Cox, qui rendit la décision, se basa sur la clause dans la constitution qui traite du droit d'auteur, à l'effet que le Congrès peut adopter des lois « to promote the progress of science and useful arts »⁶². À son avis, accepter la demande retarderait le développement de la littérature plutôt qu'en favoriser le développement. On ne peut empêcher un auteur de consulter les autorités d'un concurrent. Pour qu'il y ait violation de la loi, il faut qu'il y ait copie verbatim, ou « by colorable variation »⁶³. En l'occurrence, le défendeur n'avait pas copié textuellement des phrases provenant d'un des volumes du concurrent, ni ne s'était approprié le *skill and taste* du concurrent en ce qui concerne la sélection ou la présentation de quelque sujet dans son œuvre. Il s'était contenté de consulter le matériel produit par quelqu'un d'autre, pour en faire sa propre évaluation.

60. *Id.*, p. 770.

61. *Edward Thompson Co c. American Law Book*, 122 F. 922.

62. *Id.*, p. 923.

63. *Id.*

La décision semble bien logique, mais il reste qu'il a été mis en preuve que certains paragraphes et certains résumés de cause produits par la plaignante ont été reproduits. Il semble que cela n'ait pas été assez fréquent pour faire changer d'opinion le juge. Edward Thompson n'a pas non plus aidé sa cause lorsqu'il a été révélé qu'elle fournissait les textes des digestes de l'époque à ses employés chargés de rédiger les textes pour l'encyclopédie, sans en demander la permission...

Une dernière cause dans cette série date de 1910 et implique West Publishing contre la même compagnie dont nous venons de parler, Edward Thompson⁶⁴. Ici, ce qui était en jeu était la publication par la défenderesse dans son encyclopédie juridique, comprenant déjà à l'époque 78 volumes, de parties de décisions et de résumés provenant des volumes de jurisprudence de West. La Court of Appeal a estimé qu'il n'y avait pas infraction à la loi, parce qu'il y avait eu *fair use*. Aux dires du juge Ward, ce ne serait pas acceptable de s'approprier des listes de décisions ou des résumés de jugements pour les incorporer dans une publication de même nature que celle du demandeur, mais ce n'était justement pas le cas. En l'occurrence, il s'agit d'une encyclopédie, qui ressemble plus à un ensemble de monographies, de *text-books* qu'à des digestes⁶⁵. Le résumé d'une décision contient l'essentiel des faits et des points de droit, et se présente de façon classique : les faits, la ou les questions à trancher, la décision, et le dispositif. L'encyclopédie, pour sa part, énonce des règles juridiques et s'appuie sur des décisions mentionnées en notes de bas de page. Un digeste peut servir à un juge pour écrire ses motifs, à un avocat pour rédiger son *factum*, et à un auteur d'un texte à inclure dans une encyclopédie. Ces personnes peuvent donc se servir des digestes pour retrouver des causes, et copier des listes d'arrêts⁶⁶. On a donc affaire à deux œuvres différentes et le but de l'utilisation semble avoir été un élément déterminant. La seule limite à ne pas franchir dans un tel cas serait de paraphraser les résumés ou les copier intégralement. Il reste qu'on est surpris de voir qu'on a fait peu référence au fait que des passages de résumés de causes aient été reproduits. Le juge a semblé convaincu par le fait que le défendeur publiait une œuvre d'un genre différent. Dans un tel cas, le *fair use* permettrait de faire beaucoup plus d'emprunts à l'œuvre première.

Un certain nombre de décisions ont porté sur l'utilisation équitable dans le domaine de l'éducation. Un arrêt notable est *Macmillan*

64. *West Publishing Co c. Edward Thompson Co*, 176 F. 833.

65. *Id.*, p. 833.

66. *Id.*, p. 838.

c. *King*⁶⁷. On y constate qu'à l'époque, les critères pour cerner la notion d'utilisation équitable n'étaient pas encore clairement identifiés ni uniformément appliqués. On a ici un cas où un tribunal s'est montré beaucoup trop rapide, à notre avis, à conclure à une violation de la loi. Les deux personnes impliquées dans le litige étaient des enseignants. M. King, le défendeur, dispensait, en plus de ses enseignements réguliers en économie ou science économique, des leçons particulières à une quinzaine d'élèves. Pour leur bénéfice, il leur distribuait, avant les cours, une feuille, ou quelques-unes tout au plus, indiquant le plan de cours, et les notions fondamentales qui allaient être étudiées. Ces documents n'étaient pas vendus, et devaient lui être remis au cours suivant. On lui a reproché d'avoir suivi le même plan que celui du volume de science économique écrit par M. Macmillan, utilisé à l'Université Harvard, d'avoir reproduit textuellement certaines phrases du volume, et d'en résumer d'autres.

Selon le Tribunal, il était légal de reproduire le plan général du cours de son collègue, de traiter des mêmes thèmes, de reproduire quelques phrases sans les guillemets. Cependant, on a jugé que King était allé trop loin à l'égard de neuf pages de texte distribuées pour la préparation des examens. Ici, il y avait une ressemblance servile avec des parties du volume de Macmillan. La reproduction de ses idées et de son style était fragmentaire, et le tout suivait un autre ordre de présentation, ce qui était légal. Néanmoins, « important portions of them are left substantially recognizable »⁶⁸. Le juge a estimé que les documents distribués pouvaient laisser croire aux étudiants qu'ils étaient suffisants pour qu'ils puissent se dispenser d'acheter le livre de base en économie, même si leur professeur leur indiquait clairement que ce n'était pas le but de son agir. M. King avait donc fait plus qu'un abrégé d'un texte écrit par le plaignant, ce qui aurait été légal. Il avait rédigé une nouvelle « version » d'une partie non-négligeable du volume⁶⁹.

Il est remarquable de constater ici que bon nombre de facteurs auraient pu être pris en considération pour conclure à du *fair use*. Ainsi, on n'a pas tenu compte du fait que M. King produisait ses documents dans un cadre académique, ne les vendait pas, un bien petit nombre de copies étaient faites, leur retour était exigé, et il n'y

67. 223 F. 862.

68. *Id.*, p. 866.

69. *Id.*, p. 867. Le juge écrit : « [...] the defendant's sheets are not, in any event, such abridgments from the copyrighted book as he has the right to make, and that they constitute "versions" of substantial portions of the book, such as the plaintiff alone has the right to make ».

a pas eu preuve d'un impact économique défavorable sur le marché de la vente du livre de M. Macmillan. L'auteur Patry⁷⁰ suggère que cette décision peut s'expliquer par le fait que M. King, plutôt que d'incorporer ses emprunts dans une œuvre de son cru, s'était contenté de faire des résumés de certains passages tirés du volume de science économique⁷¹. Quoi qu'il en soit, on voit qu'aujourd'hui les choses ne sont pas du tout vues de la même façon. Dans *Alberta c. Can. Copyright Licensing*⁷², par exemple, des enseignants ont pu distribuer chaque semaine à leurs étudiants des documents pour suppléer aux chapitres dans le livre de base, et cela a été considéré un bon exemple d'utilisation équitable.

Enfin, on trouve un peu de jurisprudence traitant de la notion de *fair use* dans un contexte commercial. Par exemple, dans *Henry Holt c. Liggett & Myers Tobacco Co*⁷³, une compagnie de tabac vendant des cigarettes de marque Chesterfield a reproduit, dans ses messages publicitaires, un passage d'un ouvrage médical à l'effet que l'usage du tabac n'était vraisemblablement pas nocif pour les voies respiratoires. Le médecin auteur du traité a poursuivi avec succès. La défense d'utilisation équitable n'a pas été acceptée. On a estimé que l'emprunt n'était pas insignifiant et que le passage n'était pas copié pour en discuter de la valeur scientifique, ce qui aurait pu constituer du *fair use*.

Il y a aussi quelques décisions où on a cherché à plaider en défense le consentement implicite du plaignant, ce qui aurait pu constituer une utilisation équitable. Un bon exemple est fourni par la décision *American Institute of Architects c. Fenichel*⁷⁴. Ici, l'institut plaignant avait produit un volume comprenant des formules mathématiques et plans à l'intention des acheteurs de maisons, des architectes et des entrepreneurs en construction. La question du *fair use* s'est posée parce que le défendeur avait reproduit six exemplaires de certaines pages du volume, distribués ensuite à des entrepreneurs en construction et acheteurs potentiels de maisons. Le Tribunal a accepté la défense de consentement implicite, en ce sens que l'institut tolérerait vraisemblablement, selon la preuve produite, l'utilisation à fins privées. Seule la copie à grande échelle de l'ensemble de ses plans

70. W.F. PATRY, *supra* note 50, p. 55.

71. Cette façon de voir les choses est encore répandue aujourd'hui. Cf. Sunny HANDA, *Copyright Law in Canada*, Toronto, Butterworths, 2002, p. 290, note de bas de page 1002 : « Simply abridging a copyrighted work is not a fair dealing » ; et, en jurisprudence, *R. c. James Lorimer & Co*, (1984) 77 C.P.R. (2d) 262.

72. (2012) SCJ 37.

73. 23 F. Supp. 302 (1938).

74. 41 F. Supp. 146 (1941).

serait illégale. Il y avait d'ailleurs une mention au début du volume de l'Institut à l'effet que les plans devaient servir dans le domaine de la construction, et qu'ils représentaient aussi à l'époque un code de normes applicables pour des constructions sécuritaires. En ce sens, il était normal de penser qu'il y avait un consentement implicite à leur utilisation, mais on ne peut pas inférer de cette seule décision qu'une défense d'utilisation équitable peut toujours se baser sur la notion de consentement implicite⁷⁵.

4. AU CANADA

Chez nous, la jurisprudence rendue avant 1924 est d'une grande disette. Comme l'a écrit S. Handa dans son traité : « [...] while the Americans have a wealth of jurisprudence in dealing with fair use, Canadian law interpreting the breath of fair dealing is sparse. This paucity of jurisprudence has exacerbated the fair dealing problem in Canada »⁷⁶. Il y a en effet une différence frappante au niveau de la fréquence du recours à la défense d'utilisation équitable entre le Canada et nos voisins du sud. Aux États-Unis, on l'invoque systématiquement en défense. Les plaideurs la considèrent comme un argument de dernier recours. Si le tribunal a conclu à une violation de la loi, il reste tout de même une mince possibilité qu'on soit exonéré ultimement par la notion de *fair use*. Au Canada, il semble que ce fut moins dans nos mœurs que d'y recourir de façon intempestive. Ceci peut s'expliquer par deux motifs. Notre loi ne définit pas du tout ce qu'on entend par l'expression utilisation équitable. De plus, un défendeur doit montrer que non seulement son utilisation d'une œuvre a été équitable, mais qu'il a agi dans un des buts précisés dans la loi. Alors qu'aux États-Unis la loi a mentionné, de façon non limitative, une liste de fins poursuivies qui sont englobées dans la notion de *fair use*.

Quoi qu'il en soit, il y a tout de même quelques décisions qui méritent d'être examinées. On y voit que les concepts qui vont diviser longtemps les tribunaux en matière d'utilisation équitable y sont déjà présents.

75. *Id.* Le Tribunal écrit : « to constrict the defendant to mere reading of the forms in the bound volume would unjustly enrich the plaintiff whose very publication of a form implies its usability ».

76. S. HANDA, *supra* note 71, p. 286. Il y a aussi le fait qu'en droit d'auteur, les créateurs d'œuvres n'ont que les droits prévus dans la loi, et que nos premières lois en ce domaine étant des copies à toutes fins pratiques des lois britanniques, nos tribunaux ont alors eu tendance à les interpréter de la même façon qu'en Grande-Bretagne. Voir les propos du juge Blanchet dans : *Beauchemin c. Cadieux*, 10 B.R. 255, par. 67.

Ainsi, dans *Beauchemin c. Cadieux*⁷⁷ se sont opposés deux éditeurs de dictionnaires ayant une nomenclature semblable. La Cour supérieure avait jugé qu'il n'y avait pas eu infraction à la loi parce que les deux ouvrages s'inspiraient de faits et de données dans le domaine public. Il y avait souvent de fortes ressemblances entre des passages du dictionnaire du défendeur avec celui du demandeur, mais « [...] la simple reproduction de lignes disséminées ou de passages épars, résultant de la similitude de sujets traités et non d'emprunts coupables, fait partie essentielle du domaine public et ne peut donner lieu à l'action civile en contrefaçon »⁷⁸.

Le juge Lacoste, alors juge en chef, énonce des règles fondamentales, avant d'entrer dans le vif du sujet, qui sont encore valides aujourd'hui. Premièrement, la loi ne protège pas le mérite littéraire d'une œuvre. Deuxièmement, dans le cas de compilations de faits tirés du domaine public, l'œuvre protégée comprendra seulement l'arrangement, la présentation de ces éléments, s'ils sont le fruit du travail de l'auteur⁷⁹. Troisièmement, pour qu'il y ait contrefaçon, il n'est pas nécessaire qu'il y ait copie servile, mais « les deux ouvrages doivent se ressembler assez pour qu'on puisse dire que l'œuvre du premier est reproduite dans le second »⁸⁰.

Par contre, ce avec quoi on serait moins d'accord aujourd'hui est qu'il applique la notion de bonne foi pour déterminer si la loi a été violée. Il cherche à identifier s'il y a *animus furandi* de la part du défendeur, i.e. l'intention de copier, d'agir illégalement⁸¹. Il importe aussi en droit d'auteur la notion de concurrence déloyale, i.e. il cherche à savoir si le défendeur s'est approprié de façon condamnable le fruit du travail du plaignant, ce qui le répugne⁸². On comprend par cela que la théorie du *sweat of the brow* était vue favorablement par les tribunaux. Il ne pouvait accepter qu'une personne puisse facilement et rapidement s'emparer du travail laborieux d'un concurrent. Le travail lent, long, et méticuleux devait être protégé par la *Loi sur*

77. *L.J.O. Beauchemin c. H.C. Cadieux et al.*, (1900) 10 B.R. 255. La Cour du banc de la Reine est maintenant notre Cour d'appel. Il s'agissait de dictionnaires historiques, géographiques et mythologiques.

78. La décision de la Cour supérieure est résumée au paragraphe 61, p. 275-6 dans le texte.

79. *Id.*, par. 33 et 34, p. 270 dans le texte.

80. *Id.*, par. 37, p. 270-1 dans le texte.

81. *Id.*, par. 39, p. 271. On sait aujourd'hui que la défense de bonne foi n'est pas acceptée par les tribunaux. Elle joue exceptionnellement pour faire réduire les remèdes que le demandeur peut obtenir, et les dommages-intérêts.

82. *Id.*, par. 37, p. 270.

le droit d'auteur. On sait que cette façon de voir les choses n'a plus cours aujourd'hui.

Sur le fond du litige, le juge en chef a conclu que les défendeurs ont fait davantage que d'adopter la nomenclature du dictionnaire des appelants. La ressemblance s'étendait aussi à la façon de traiter les sujets, avec de grandes similitudes entre plusieurs phrases tirées de l'ouvrage des plaignants. Il précise cependant que « sans doute [...] la simple reproduction de lignes disséminées ou de passages épars, résultant de la similitude des sujets traités surtout dans les ouvrages abrégés, ne constitue pas en soi un délit de contrefaçon »⁸³. Cela laisse deviner que la notion d'utilisation équitable aurait pu trouver application. Mais, en l'occurrence, on était allé trop loin. Il ajoute cependant quelque chose qui peut paraître contradictoire : le second ouvrage était suffisamment différent du premier pour qu'on le considère une amélioration. Plutôt que de juger que cela constituait une nouvelle œuvre, c'était comme si la faute était augmentée du fait que le second ouvrage paraissait « plus utile, plus complet et plus attrayant, et par conséquent plus nuisible à l'ouvrage des appelants »⁸⁴.

Le juge Blanchet a conclu dans le même sens. L'ouvrage des demandeurs était protégé par la loi, étant donné le travail et le temps consacré à partir de la masse de renseignements et d'informations disponibles. Il a conclu aussi à une contrefaçon. Le juge a appliqué les critères suivants. Toute reproduction, partielle ou totale d'une œuvre, empiétant sur le droit d'auteur, constitue une contrefaçon. Le préjudice n'est pas un élément essentiel de ce délit et ce n'est pas le nombre ou l'importance des emprunts qu'il faut rechercher ; c'est plutôt leur qualité et leur nature⁸⁵. On dirait de même aujourd'hui.

Cette décision a été reprise plusieurs fois par la suite par les tribunaux, toujours de façon positive. Ainsi, par exemple, dans *Édutile c. Association pour la protection des automobilistes*⁸⁶, l'association était accusée d'avoir copié le guide de la compagnie plaignante, sur la valeur marchande des autos usagées. Sa défense était que le guide

83. *Id.*, par. 44, p. 272.

84. *Id.*, par. 48, p. 272-3.

85. *Id.*, par. 86 à 91, p. 280-1. Le juge White a été dissident, mais simplement parce que la preuve de plagiat lui a paru insuffisante. Il est intéressant de noter qu'il avait une conception de ce qui est permmissible qui s'approche de ce qu'on appelle maintenant l'utilisation équitable. En effet, il écrit (par. 9) : « [...] it is nevertheless an accepted doctrine, established by jurisprudence, that the mere reproduction of a few lines or passages, resulting from similarity of subjects treated, is an essential right of public domain [...] ».

86. (2000) 4 C.F. 195.

n'avait pas suffisamment d'originalité. Selon la Cour fédérale d'appel, le guide était original en tant que compilation, parce qu'il présentait pour la première fois côte à côte trois catégories de prix, soit « valeur marchande », « vente privée » et « valeur au détail ». Le juge Décary⁸⁷ s'est appuyé sur la décision Beauchemin pour identifier ce qui permet de conclure qu'une partie importante d'une œuvre a été reproduite, soit non pas le nombre des emprunts, mais leur qualité et leur nature.

Une autre affaire similaire a été débattue devant une cour de première instance en Ontario en 1912⁸⁸. Les œuvres impliquées étaient le Canada Legal Directory et la Canada Law List, deux annuaires compilant les noms des avocats de la province, des tribunaux et de leurs officiers. Les protagonistes, autrefois associés, étaient devenus des concurrents. Le plaignant, Cartwright, a d'abord reproché à Wharton d'avoir copié son système de classification des données, qui incluait, en plus d'une liste alphabétique, le nom des avocats associés dans une firme, et ceux qui agissaient comme mandataires pour le compte d'un collègue, entre autres.

Au sujet de la manière de présenter les résultats, le Tribunal a jugé que ce n'était pas suffisant pour constituer une infraction à la loi, car elle ne protège pas les idées, systèmes ou méthodes de classement de données⁸⁹. Toutefois, la plainte relative à la copie de données a été acceptée. Le défendeur avait pourtant pris la précaution d'envoyer aux personnes concernées, aux avocats individuellement et à chaque tribunal, l'information contenue dans la liste de son concurrent pour leur demander de vérifier l'exactitude des renseignements à leur sujet, et de demander des correctifs au besoin. Il avait colligé des renseignements additionnels, et avait modifié quelque peu la présentation de son ouvrage. Sur ce point, on a estimé qu'il avait créé une nouvelle œuvre, protégée par la loi. Mais, il ne lui était pas permis de reproduire textuellement une grande partie de l'information contenue dans l'œuvre du plaignant, i.e. la liste des noms des avocats, des tribunaux et des officiers de cour. Une partie trop importante de l'œuvre originale était reproduite. À preuve, plusieurs erreurs et inexactitudes l'étaient également.

Ainsi, aux yeux du Tribunal, la première œuvre avait peu d'originalité, parce que la présentation des données ne révélait pas assez d'effort intellectuel, mais on n'a pas accepté que le défendeur se serve impunément du travail accompli par son concurrent. Le

87. *Id.*, par. 22.

88. *Cartwright c. Wharton*, (1912) 1 D.L.R. 392. (Ont. H. Ct).

89. *Id.*, par. 6.

Tribunal va jusqu'à dire que Wharton aurait dû refaire lui-même tout le travail de son concurrent pour arriver à composer sa propre liste⁹⁰ ! Il mentionne aussi, commodément, qu'il ne sera pas nécessaire de trancher la question qui se serait posée si Wharton avait accompli lui-même ce travail de compilation, pour arriver évidemment au même résultat que son ancien collègue... On a simplement dit que le seul *fair use* acceptable est qu'une personne peut puiser à des sources existantes, mais pour en faire une nouvelle œuvre originale. La nouvelle œuvre ne doit pas être juste une copie, ne doit pas contenir des modifications simplement cosmétiques, ni de répétitions serviles d'erreurs évidentes⁹¹.

On doit dire que les tribunaux ont du mérite pour avoir réussi à élaborer plusieurs éléments qui sont encore utilisés aujourd'hui quand il est question de la notion d'utilisation équitable. Cependant, on peut émettre certaines critiques. Ils ne semblent pas avoir réalisé pleinement que la loi donne une exclusivité à un auteur quant à la reproduction de son œuvre, ou « une partie importante », de sorte que la reproduction d'une partie non importante d'une œuvre ne devrait pas impliquer de débat autour de la notion d'utilisation équitable. Nos tribunaux ont souvent accepté de passer l'éponge seulement quand une partie triviale d'une œuvre a été reproduite⁹². Ils ont été réceptifs à la théorie de la « sueur du front », aujourd'hui rejetée. Ils semblent avoir octroyé une grande importance à l'impact économique de la nouvelle œuvre sur le marché de l'œuvre originale, élément qui est moins pris en considération aujourd'hui.

De façon plus globale, on peut avancer qu'ils avaient aussi à choisir entre deux conceptions différentes de ce qu'on doit entendre par utilisation équitable. Si on adopte la conception civiliste, i.e. que le droit d'auteur fait partie des droits naturels, est un reflet de la personnalité de l'auteur, on cherche à protéger le plus possible ses droits. Si on considère le droit d'auteur comme un privilège limité accordé par l'État pour augmenter le nombre d'œuvres accessibles au public, on a tendance à conclure plus rapidement qu'on a devant les yeux un cas d'utilisation équitable. Nos tribunaux ont fait des

90. *Id.*, par. 19 : « There was, of course, nothing to prevent the defendant preparing a rival law List, provided the material collected for the same was the product of his own original effort [...] ».

91. *Id.*, par. 24.

92. Pour prendre un exemple en droit britannique, dans *Chatterton c. Cave*, (1878) 3 A.C. 483, un auteur d'une pièce de théâtre était accusé d'avoir plagié deux scènes venant d'une pièce existante. Le juge O'Hagan a écrit (p. 495) : « [...] their extent was so slight, and their effect so small, so to render the taking perfectly immaterial ».

efforts méritoires sur ces questions, mais il est évident qu'en 1921 il restait encore bien des problématiques en suspens. Ainsi, pour rester dans la problématique des cas qu'on vient de mentionner, on peut se demander comment déterminer à partir de quand une œuvre constituée d'une compilation de données accessibles au public est originale⁹³ ? Et qu'en est-il du deuxième auteur, qui ferait le même travail que celui accompli par le plaignant, pour en arriver au même résultat ? Dans le domaine de la publication de cartes routières, par exemple. Est-ce que c'est le premier des deux qui termine son travail de compilation qui va bénéficier du droit d'auteur, l'autre se faisant accuser de plagiat ? Il faudra attendre des décisions plus récentes des tribunaux pour démêler cet écheveau.

CONCLUSION

Que conclure de cette brève étude de la jurisprudence des siècles passés ? On a constaté que l'élaboration de ce qu'on appelle aujourd'hui la notion d'utilisation équitable s'est faite pas à pas, et à tâtons. Cela ne doit pas surprendre. Les lois, canadiennes, anglaises ou américaines n'en ont pas traité avant le 20^e siècle et il n'y a toujours pas de véritable codification des critères applicables dans ces lois. La loi canadienne et la loi britannique⁹⁴ ne définissent pas la notion d'utilisation équitable. Seule la loi des États-Unis mentionne quatre critères, en précisant qu'ils ne sont pas exhaustifs et les juges les considèrent d'importance variable selon chaque affaire. Tout semble être une question de perception pour le juge, et chaque cas est jugé selon ses propres faits. Les propos du juge Denning en 1971 dans *Hubbard c. Vosper*⁹⁵ sont encore pleinement applicables dans les trois

93. À ce sujet, on peut consulter avantagusement la décision *Leslie c. Young*, (1894) A. C. 335. C'est une décision britannique souvent citée pour illustrer ce qu'est l'originalité. Reproduire des choses comme des horaires de train n'est pas suffisant pour faire œuvre originale. Mais la décision est plus complexe que ce qui peut paraître à première vue. C'est que le défendeur a publié en plus des horaires de train les horaires d'autres modes de transport, tels les bateaux à vapeur et les diligences. En plus, il a mentionné les distances entre les villes, et a présenté les horaires en partant du point de vue d'une personne qui partirait de la ville de Perth, en Angleterre. Malgré cela, on a jugé qu'il n'y avait pas eu suffisamment d'effort original, que la plupart des données reproduites se trouvaient dans le domaine public, et qu'on n'avait pas tiré avantage à ce point du travail du demandeur : « [...] he can only claim copyright... if advantage has been substantially taken by the defenders of that independent labour » (p. 340).

94. Le *Copyright, Designs and Patents Act*, (1988) U.K. ch. 48 prévoit simplement, à l'article 29, où la loi commence à traiter d'utilisation équitable : « Fair dealing with a literary, dramatic, musical or artistic work for the purposes of research for a non-commercial purpose does not infringe any copyright in the work provided that it is accompanied by a sufficient acknowledgement ».

95. (1971) 1 All. E. R. 1023.

juridictions : « It is impossible to define what is “fair dealing”. It must be a question of degree [...] But, after all is said and done, it must be a matter of impression ».

On doit donc reconnaître que l'état du droit est encore loin d'être pleinement fixé dans ce domaine. On peut prendre pour exemple la question des œuvres dérivées. Aux États-Unis, l'article 106 de la loi, qui énumère les droits exclusifs des créateurs, mentionne celui de préparer des *derivative works*. L'article 101, qui contient les définitions, en traite ainsi : « [...] a work based upon one or more preexisting works, such as a translation...abridgment, condensation, or any other form in which a work may be recast, transformed, or adapted ». C'est un des droits exclusifs des créateurs, et donc la notion de *fair use* pourra être plaidée, mais on ne sait pas encore si les auteurs bénéficient de la même protection au Canada. La Cour suprême en a traité un peu dans l'affaire *Théberge*⁹⁶. Dans cette décision, le peintre canadien Claude Théberge se plaint du fait que la galerie défenderesse dans le litige a « acheté des affiches de ses peintures reproduites légalement et a utilisé un processus chimique pour détacher la couche d'encre du papier et l'apposer sur une toile »⁹⁷. M. Théberge a allégué violation de ses droits moraux et aussi de ses droits économiques. L'une des questions qui s'est posée à cet égard était de savoir si la galerie d'art avait violé le droit du peintre de créer des « œuvres dérivées » à partir de ses affiches.

Le juge Binnie a rendu la décision de la Cour. Sa conclusion principale a été à l'effet qu'il n'y a pas eu violation de la loi, au motif qu'il n'y a pas eu de « reproduction » de l'œuvre initiale. Là où il y avait une œuvre au départ, soit l'affiche, il y avait toujours à la fin du processus une seule œuvre. L'équilibre créé par le législateur entre les droits des créateurs et ceux du public serait rompu si, entre autres, on incorporait dans notre droit le concept américain d'œuvre dérivée « refaçonée, transformée ou adaptée ». À son avis, on trouve déjà dans notre droit le concept d'œuvre dérivée, permettant au créateur de contrôler certains changements de médium et certaines adaptations de l'œuvre originale⁹⁸. Mais, les termes dans la loi américaine « refaçonée, transformée ou adaptée » ont une portée très étendue, dont on ne trouve pas d'équivalent dans la loi canadienne. Il reste qu'on voit mal ce que ces termes dans la loi américaine ajoutent qui soit si différent, car tout de suite après son affirmation, il écrit que même si notre loi ne contient pas de définition explicite d'œuvre déri-

96. *Théberge c. Galerie d'Art du Petit Champlain inc.*, 2002 CSC 34.

97. *Id.*, par. 2.

98. *Id.*, par. 71.

vée, « les mots “produire ou reproduire [...] l’œuvre, sous une forme matérielle quelconque” figurant au paragraphe 3 (1) confèrent aux artistes et aux auteurs le droit exclusif de contrôler la préparation des œuvres dérivées [...] »⁹⁹. Ainsi, nos créateurs canadiens ont un droit exclusif de par la loi de reproduire leurs œuvres, et d’en créer des œuvres dérivées, mais pas exactement du type de celles qui seraient « refaçonnées, transformées ou adaptées ».

En constatant ces hésitations modernes, on doit reconnaître que les décisions anciennes des tribunaux qui ont essayé de cerner la notion d’utilisation équitable doivent être lues avec un œil bienveillant. Comme l’a si justement écrit le juge Gendreau dans la décision à laquelle nous venons de faire référence, « [l]a jurisprudence n’a pas réellement clarifié l’étendue de l’exemption d’ “utilisation équitable” jusqu’à maintenant »¹⁰⁰. Nous n’aurions pu écrire mieux.

Peut-on tout de même identifier des distinctions majeures entre le régime canadien, américain et anglais que nous venons de survoler ? Une chose ressort clairement si on compare notre régime avec celui de nos voisins du sud. Notre droit ne définit pas la notion d’utilisation équitable. Elle ne contient pas d’énumération de facteurs à considérer pour déterminer si la défense d’utilisation équitable peut être reçue. De plus, le défendeur doit montrer que l’utilisation qu’il a faite d’une œuvre l’a été dans un des buts indiqués dans la loi. Ce n’est pas le cas aux États-Unis. Quand on sait combien la notion de liberté d’expression est une valeur sacrée chez eux, on comprend que les tribunaux sont plus réceptifs à un argument en défense basé sur une utilisation équitable.

Il semble donc que, sans tomber dans de trop vagues généralisations, le droit canadien soit davantage préoccupé par le souci de préserver les droits des créateurs, alors qu’aux États-Unis on est plus sensible à la question de l’accès le plus grand possible aux œuvres pour le public¹⁰¹.

Quant au droit britannique, on a mentionné que dans les années 1700 et 1800, on a admis qu’un auteur pouvait réaliser un *fair*

99. *Id.*, par. 73. Il est vrai qu’au paragraphe 72 le juge Binnie étudie la jurisprudence américaine sur les œuvres dérivées, mais simplement pour conclure qu’elle suscite beaucoup de controverse.

100. *Id.*, par. 55.

101. Catherine BERGERON, « «Fair dealing» canadien et «fair use» américain : une analyse de l’exception d’utilisation équitable en matière de droit d’auteur », (2000) 13 *C.P.I.* 271, 301. Mais attention : l’auteure montre aussi que les tentatives de faire accepter une défense d’intérêt public n’a jamais été acceptée aux États-Unis (voir p. 303).

abridgement d'une œuvre sans s'inquiéter de conséquences juridiques. Ceci peut se comprendre lorsqu'on se rappelle que les moyens de communication à ces époques étaient rudimentaires si on les compare à ce qui existe aujourd'hui. Il y avait un consensus social à ce qu'une œuvre soit reprise sous une autre forme. C'était en quelque sorte une faveur qui lui était faite, parce que cela la faisait connaître davantage. Il faut aussi rappeler qu'à cette époque les juges ne faisaient pas de distinction claire entre l'utilisation d'une partie non importante d'une œuvre et l'application du *fair use*.

Dans les années 1800, la jurisprudence a développé une doctrine de *fair use*, où commencent à apparaître les critères que l'on retrouve aujourd'hui dans la loi : pour fins d'étude, de recherche, de critique. Ou, disait-on, pour fins de « disséminer les connaissances ». On ne parlait plus alors de *fair dealing*, mais de *fair use*. Un auteur pouvait utiliser une œuvre antérieure « pour vérifier des informations, justifier une enquête ou mentionner, une fois son œuvre achevée, divers points non traités »¹⁰². Le droit britannique de cette époque a certes eu une influence non négligeable sur l'évolution du droit aux États-Unis et au Canada. L'auteur El Khoury l'explique de cette façon :

Le *fair abridgment*, appliqué d'abord en Angleterre et ensuite aux États-Unis, n'offrait pas à l'auteur de l'œuvre abrégée la protection voulue. Au fur et à mesure des décisions sur ce sujet, les juges américains substituèrent le *fair use* au *fair abridgment*. L'application réussie du *fair use* aux États-Unis, bien avant sa codification, eu un impact sur les décisions anglaises. Cependant, avec la loi anglaise de 1911, le *fair dealing* fait son apparition en remplaçant l'ancien *fair use* anglais. Le *fair dealing* fut adopté au Canada où la doctrine et la jurisprudence sont influencées par leurs homologues britanniques. Tout de même, la jurisprudence américaine trouve écho au sein d'une partie de la doctrine canadienne qui milite ainsi en faveur d'un *fair dealing* à l'image du *fair use*.¹⁰³

Enfin, on peut se demander si le droit canadien aurait avantage à s'inspirer plus directement du droit américain ? Certains auteurs le croient. Par exemple, Catherine NG a écrit : « Given the limited canadian decisions and the similarity of their concerns with those addressed by the American counterpart, navigating these decisions

102. Pierre EL KHOURY, *Le Fair Use et le Fair Dealing. Étude de droit comparé*, Montréal, Thémis, 2007, p. 20.

103. *Id.*, p. 17.

using the American system of analysis provides at least some framework of orientation »¹⁰⁴. Les juges canadiens, on le voit dans les décisions telles *Michelin* ou *CCH*, restent réticents à importer carrément et sans nuance les concepts américains. Quoique, comme on l'a vu, depuis l'affaire *CCH*, notre droit va s'aligner un peu plus sur le droit des États-Unis.

Certains auteurs¹⁰⁵ aujourd'hui suggèrent qu'on devrait abandonner complètement la notion d'utilisation équitable. Ils proposent un changement radical. Tout le monde aurait accès aux œuvres existantes et il y aurait un organisme gouvernemental qui enregistrerait chaque reproduction, chaque utilisation d'une œuvre, en appliquant un tarif prédéterminé. Toutefois, ces considérations dépassent le cadre de notre sujet et, si changement doit être fait, il devra venir du parlement.

104. Catherine W. NG, « When Imitation is not the Sincerest Form of Flattery: Fair Dealing and Fair Use for the Purpose of Criticism in Canada and the United States », (1998) 12 *I.P.J.* 183, 204.

105. Voir, par exemple : D. VAVER, « Harmless Copying », (2012) 25 *I.P.J.* 19; et surtout : William PATRY, *How to Fix Copyright*, (2011) London, Oxford U. Press, ch. 10 : The moral panic over fair use, p. 211 et suiv., et ch. 12 : Effective global copyright laws, p. 245 et suiv.