

*Vol. 27, n° 2*

## **Les exceptions canadiennes en matière d'éducation : éléments de droit international et de droit comparé**

**Ysolde Gendreau\***

Introduction . . . . .	671
1. Conformité au droit international . . . . .	673
1.1 Règles spécifiques . . . . .	674
1.2 Règles générales. . . . .	677
2. Contexte international . . . . .	681
2.1 Traités internationaux . . . . .	681
2.2 Union européenne . . . . .	684
2.3 Royaume-Uni . . . . .	686

---

© Ysolde Gendreau, 2015.

\* Professeure titulaire, Faculté de droit ; chercheure, Centre de recherche en droit public, Université de Montréal. Ce texte reprend et met à jour les propos tenus par l'auteur lors de la conférence « Pagaille dans la cour d'école » organisée par l'ALAI Canada à Montréal le 30 septembre 2014.

[Note de la rédaction : ce texte a été soumis à une évaluation à double anonymat.]

---

2.4 États-Unis . . . . .	687
Conclusion . . . . .	688

## Introduction

Comment caractériser la situation actuelle en la matière ? D'une part, on y constate un besoin énormément accru de culture et d'enseignement. D'autre part, prolifèrent des moyens nouveaux de diffusion des œuvres, notamment la reprographie, le câble, les satellites. L'informatique par ailleurs favorise le stockage et la diffusion des informations de toutes sortes. Enfin, la création individuelle recule devant la création de groupe réalisée au sein d'entreprises plus ou moins importantes.

Dans ce contexte, le schéma classique du droit d'auteur où toute utilisation d'une œuvre suppose une autorisation préalable de son auteur ne paraît plus guère adapté. Aussi les pessimistes ont-ils vite fait de conclure que la propriété littéraire était en crise. Certains ont parlé de son déclin. D'autres ont même annoncé sa disparition prochaine. Cette vue des choses est certainement trop noire. Aujourd'hui comme hier la nécessité d'encourager la création intellectuelle justifie le maintien du droit d'auteur. Mais il est bien vrai que les données de fait qu'on a évoquées impliquent que la propriété littéraire évolue.<sup>1</sup>

Quoiqu'ils aient été écrits par un auteur français, ces propos tenus lors du 56<sup>e</sup> congrès de l'ALAI à l'occasion du centenaire de la Convention de Berne et qui datent d'il y a plus de vingt-cinq ans demeurent pertinents dans le contexte canadien actuel.

Ainsi, s'il sera toujours intéressant de les mettre à l'épreuve en fonction de quelque droit national que ce soit, on ne saurait oublier que les enjeux qui y sont évoqués s'insèrent dans une mouvance internationale. Cette mouvance est encore plus rapide de nos jours du fait de l'internationalisation galopante des moyens de communication et, dans le domaine du droit d'auteur, de la perception de ce droit comme enjeu économique et social. Même si l'on peut dire que l'éducation a presque toujours fait partie des préoccupations des

---

1. André Françon, « L'avenir du droit d'auteur » (1987) 132 *Revue internationale du droit d'auteur* 3 à la p 3.

législateurs en matière de droit d'auteur<sup>2</sup>, l'importance grandissante de cet enjeu depuis quelques années au Canada ne fait pas de doute. Cette présence accrue s'est d'ailleurs manifestée tant sur le plan législatif que jurisprudentiel.

En effet, en plus du fait que la décision de la Cour suprême dans l'affaire *Access Copyright*<sup>3</sup> et la réforme provenant de la *Loi sur la modernisation du droit d'auteur*<sup>4</sup> ont toutes deux eu lieu en 2012, il ne faut pas oublier que l'un des objectifs principaux de la Phase II de la réforme de la *Loi sur le droit d'auteur* de 1997<sup>5</sup> était la révision des exceptions prévues par la *Loi sur le droit d'auteur (LDA)*<sup>6</sup>.

Cet activisme récent ne doit pas occulter le fait que la *LDA* comportait déjà des dispositions sur l'éducation. En effet, depuis le texte fondateur de 1921, le droit canadien comporte une exception précise visant la confection des recueils à des fins d'éducation<sup>7</sup>, cette exception reflétant peut-être davantage une prise en compte ciblée des intérêts liés à la promotion de l'éducation que l'exception d'utilisation équitable à des fins d'étude privée et de recherche<sup>8</sup>. C'est à ces deux exceptions que se sont greffées celles qui ont été introduites par la Phase II de la révision de la loi en 1997 : des exceptions visant certaines activités de reproduction, dont la célèbre exception de copie au tableau noir<sup>9</sup>, ainsi que des exceptions touchant le droit de représentation publique, en ce qui concerne l'enregistrement d'émissions d'actualité<sup>10</sup>. En outre, tout comme les bibliothèques, les services

2. On pense ici au titre de la loi de la Reine Anne de 1709/1710, *An Act for the encouragement of learning...*, et à la clause de la Constitution américaine de 1776, « To promote the Progress of Science and useful Arts,... ».
3. *Alberta (Education) c Canadian Copyright Licensing Agency (Access Copyright)*, 2012 CSC 37, 102 CPR (4th) 255. (*Alberta (Education)*).
4. *Loi sur la modernisation du droit d'auteur*, LC 2012, c 20.
5. *Loi modifiant la Loi sur le droit d'auteur*, LC 1997, c 24.
6. *Loi sur le droit d'auteur*, LRC 1985, c C-42 (ci-après *LDA*).
7. *LDA*, art 30.
8. *LDA*, art 29.
9. L'ancien texte du paragraphe 29.4(1) *LDA* portait que :  
Ne constitue pas une violation du droit d'auteur le fait, pour un établissement d'enseignement ou une personne agissant sous l'autorité de celui-ci, à des fins pédagogiques et dans les locaux de l'établissement :  
a) de faire une reproduction manuscrite d'une œuvre sur un tableau, un bloc de conférence ou une autre surface similaire destinée à recevoir des inscriptions manuscrites ;  
b) de reproduire une œuvre pour projeter une image de la reproduction au moyen d'un rétroprojecteur ou d'un dispositif similaire.
10. L'ancien texte du paragraphe 29.6(1) *LDA* était toutefois légèrement plus restrictif que le texte actuel en ce qui a trait au moment où les représentations peuvent avoir lieu (un an après leur enregistrement *vs* aucune date butoir). Il était

d'archives, et les musées, les établissements d'enseignement sont aussi devenus des lieux de mise en œuvre des exceptions en matière de reprographie<sup>11</sup>. L'objectif de la *Loi sur la modernisation du droit d'auteur* de 2012 était d'étendre, autant que faire se peut, ces exceptions à une utilisation numérique des œuvres. En plus d'une mise à jour très technique des exceptions existantes, semblable à celle qu'a connue l'article 29.4<sup>12</sup>, la réforme de 2012 a également permis de tenir compte de certaines avancées dans le mode de diffusion des connaissances dans le secteur de l'enseignement : des dispositions concernant les « leçons » ont été introduites, pour viser plus spécifiquement l'enseignement à distance<sup>13</sup>, et une exception a été créée pour permettre l'incorporation de matériel trouvé sur l'Internet dans la documentation pédagogique<sup>14</sup>. Toutes ces exceptions reposent sur des conditions précises. Cependant, ce très bref sommaire des exceptions en matière d'éducation ne saurait être complet sans la mention d'une nouvelle forme d'utilisation équitable qui vient ainsi s'ajouter à l'utilisation équitable à des fins d'étude privée et de recherche : l'utilisation équitable à des fins d'éducation<sup>15</sup>.

Comment le droit d'auteur canadien, en ce qui a trait aux exceptions en matière d'éducation, se compare-t-il ? Ou plutôt, comment se positionne-t-il parmi les pays avec lesquels il entretient des affinités juridiques pertinentes ? Puisque le droit d'auteur canadien ne saurait vivre en vase clos, on examinera d'abord sa conformité au droit international avant de jeter un coup d'œil sur quelques développements similaires ailleurs.

## 1. Conformité au droit international

Le droit d'auteur international d'aujourd'hui se compose, en matière d'exceptions visant le monde de l'éducation, de deux types de règles qui continuent de coexister. D'une part, on identifie des règles spécifiques dans la Convention de Berne. D'autre part, une règle générale, qui a pris naissance dans une disposition de la Convention de Berne, a été reprise dans les textes plus récents de l'ADPIC, du

---

surtout plus contraignant que sa nouvelle version en ce qu'il imposait le paiement de redevances pour des utilisations au-delà de l'année suivant les enregistrements.

11. *LDA*, art 30.3 et 30.4.

12. En plus de l'amendement de l'article 29.4, *supra* note 9, voir aussi les art 30.02 et 30.03.

13. *LDA*, art 30.01.

14. *LDA*, art 30.04.

15. *LDA*, art 29.

Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur, et du Traité de l'OMPI sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes. On remarque ainsi que, jusqu'à tout récemment, les auteurs des textes internationaux plus récents ont renoncé à la particularisation des textes en matière d'exceptions au droit d'auteur.

### 1.1 Règles spécifiques

L'article 10 de la Convention de Berne comporte deux règles qui permettent de créer certaines exceptions. Ces deux règles sont soumises à la même condition pour être valides : le paragraphe 3 de cet article précise que les utilisations qui sont ainsi autorisées sous le couvert des exceptions doivent « faire mention de la source et du nom de l'auteur, si ce nom figure dans la source ». Ainsi, il ne suffira pas de répondre aux conditions particulières qui sont posées dans l'un ou l'autre des paragraphes qui créent les exceptions en cause.

La première de ces exceptions concerne les citations :

Sont licites les citations tirées d'une œuvre déjà rendue licitement accessible au public, à condition qu'elles soient conformes aux bons usages et dans la mesure justifiée par le but à atteindre, y compris les citations d'articles de journaux et recueils périodiques sous forme de revues de presse.

L'exception que crée ce texte de la Convention de Berne soulève une difficulté dans un pays de copyright comme le Canada où une exception spécifique de citation n'existe pas formellement dans sa loi. Doit-on voir un équivalent de cette exception de citation dans l'énoncé des droits économiques du droit d'auteur qui prévoit que les droits s'exercent par rapport à l'œuvre ou une partie importante de celle-ci<sup>16</sup>, signifiant alors que la reproduction ou la représentation publique d'une partie non importante de l'œuvre pourrait être considérée comme une citation de celle-ci ? S'il est à première vue séduisant, ce rapprochement est toutefois nettement imparfait. La nécessité de valider la citation en fonction du but à atteindre semble indiquer qu'il faille un contexte particulier pour faire valoir l'exception de citation. Une règle générale voulant que l'utilisation d'une partie non importante d'une œuvre corresponde à une exception de citation ne tient aucunement compte du « but à atteindre » puisqu'elle s'appliquerait lors de toute utilisation de partie non importante. En outre, on peut supposer que chaque but à atteindre soit

16. LDA, para 3(1).

assorti de ses « bons usages », autre condition à respecter pour satisfaire aux exigences de l'article 10 de la Convention, mais dont on ne peut déceler l'application s'il est simplement question d'une utilisation non importante de l'œuvre. Pour cette même raison, d'ailleurs, la condition de la mention de la source n'est pas non plus respectée.

Si l'on ne peut faire valoir que l'utilisation d'une partie non importante de l'œuvre correspondrait à la mise en œuvre de l'article 10 de la Convention, cela signifie qu'il faudrait chercher ailleurs dans le texte canadien des dispositions qui en seraient inspirées. L'utilisation équitable aux fins d'étude privée ou de recherche pourrait répondre à l'essence d'une exception de citation, mais le texte canadien ne requiert ni la mention de la source ni celle du nom de l'auteur dans ces contextes<sup>17</sup>. En fait, l'exigence de la mention de la source et du nom de l'auteur, s'il y figure, n'existe que pour l'utilisation équitable à des fins de critique ou de compte rendu<sup>18</sup> ou encore à des fins de communication de nouvelles<sup>19</sup>. On pourrait surtout considérer l'utilisation équitable à des fins de critique ou de compte rendu comme autant d'occasions où cette exception de copie privée trouverait application dans un contexte éducatif, tout en reconnaissant que ce type d'utilisation dépasse largement ce contexte particulier. Il en va de même avec l'utilisation équitable à des fins d'étude privée ou de recherche dont la pertinence dans l'univers de l'éducation est avérée<sup>20</sup>, mais qui peut également être utile dans d'autres contextes.

Le deuxième paragraphe de l'article 10 de la Convention de Berne permet aux pays membres d'instaurer une exception qui vise plus précisément le monde de l'éducation. Ce deuxième paragraphe se lit comme suit :

Est réservé l'effet de la législation des pays de l'Union et des arrangements particuliers existants ou à conclure entre eux, en ce qui concerne la faculté d'utiliser licitement, dans la mesure justifiée par le but à atteindre, des œuvres littéraires et artistiques à titre d'illustration de l'enseignement par le moyen de publications, d'émissions de radiodiffusion ou d'enregistrements sonores ou visuels, sous réserve qu'une telle utilisation soit conforme aux bons usages.

17. LDA, art 29.

18. LDA, art 29.1.

19. LDA, art 29.2.

20. Voir *Alberta (Education)*, supra note 3.

Il s'agit donc ici d'un texte qui vise expressément les utilisations dans le contexte d'éducation, contrairement à celui de l'article 10(1). Autres éléments qui distinguent ce paragraphe de l'exception à des fins de citation : son texte serait considéré comme ouvrant la porte à la rémunération des auteurs, tandis que celui de l'article 10(1) ne permettrait pas cette possibilité<sup>21</sup>. On se doit de remarquer que ce texte n'autorise pas la simple utilisation d'une œuvre à des fins d'enseignement ; il est plutôt question d'une utilisation d'œuvres « à titre d'illustration de l'enseignement par » des moyens divers. Même si c'est le texte français de la Convention qui prime, il n'est pas sans intérêt de regarder sa version anglaise où l'on parle d'utilisation « by way of illustration in publications, broadcasts or sound or visual recordings for teaching ». Il découle de cette formulation qu'il est plutôt question d'incorporation d'œuvres dans des publications, des émissions de radiodiffusion, ou des enregistrements sonores ou visuels qui sont eux-mêmes utilisés pour l'enseignement.

Cette interprétation est celle qui a été retenue, d'ailleurs, par le législateur canadien quand il a introduit en 1921 l'exception qui se trouve aujourd'hui à l'article 30 de la *LDA*. On vise ainsi l'incorporation d'œuvres protégées dans des ouvrages à vocation pédagogique, mais la loi canadienne ne semble pas comporter de dispositions équivalentes pour la création d'émissions de radiodiffusion ou d'enregistrements sonores ou visuels qui seraient eux-mêmes des produits pédagogiques.

À la lumière des législations d'aujourd'hui, la Convention de Berne comporte ainsi peu d'exceptions spécifiques. Outre les exceptions visant l'utilisation dans un contexte de communication de nouvelles ou de discours politique<sup>22</sup>, l'article 10 de la Convention de Berne prévoit soit une exception dont la portée semble se définir surtout de manière quantitative, c'est-à-dire la citation, soit une exception pour la préparation de certains documents qui sont utilisés dans le contexte de l'enseignement. Dans ces deux cas, une attention particulière est portée à la nécessité de mentionner la source et le nom d'auteur, s'il y figure, afin d'encadrer plus strictement le recours à ces exceptions. Cette préoccupation quant à un aspect du droit moral de l'auteur dont l'œuvre est ainsi reprise est absente de la règle générale visant les exceptions.

---

21. Voir Henri Desbois, André Françon et André Kérever, *Les conventions internationales du droit d'auteur et des droits voisins* (Paris, Dalloz, 1976) aux pp 200-201, n° 170.

22. Convention de Berne, art 2bis et 10bis.



## 1.2 Règles générales

Le nombre peu élevé d'exceptions spécifiques dans la Convention de Berne s'explique peut-être par la combinaison de deux facteurs. D'une part, il faut se rappeler que son dernier texte date de l'Acte de Paris de 1971 et que les exceptions au droit d'auteur n'étaient pas autant dans l'air du temps que maintenant. D'autre part, si l'on fait abstraction des exceptions relevant du droit de représentation publique, les exceptions au droit de reproduction bénéficient déjà de l'encadrement du triple test de l'article 9(2)<sup>23</sup>. C'est ce texte qui, d'ailleurs, a servi de modèle aux uniques textes sur les exceptions dans les instruments internationaux plus récents que sont l'ADPIC de 1994<sup>24</sup> et les traités OMPI de 1996<sup>25</sup>. Ce triple test est aujourd'hui devenu une telle référence en matière de conformité des exceptions au droit international qu'il en fait oublier les règles plus spécifiques.

En effet, la question se pose de savoir quelle relation doit exister entre le triple test et les exceptions plus spécifiques de l'article 10 qui ont été évoquées plus haut. Le triple test doit-il faire oublier les exceptions spécifiques ? Une telle interprétation serait surprenante, car on ne saurait imaginer que des dispositions de la Convention de Berne, convention que l'ADPIC maintient, doivent maintenant être considérées lettres mortes. Les exceptions spécifiques de l'article 10

23. Convention de Berne, art. 9(2) :

Est réservée aux législations des pays de l'Union la faculté de permettre la reproduction desdites œuvres dans certains cas spéciaux, pourvu qu'une telle reproduction ne porte pas atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre ni ne cause un préjudice injustifié aux intérêts légitimes de l'auteur.

24. ADPIC, art 13 :

Les Membres restreindront les limitations des droits exclusifs ou exceptions à ces droits à certains cas spéciaux qui ne portent pas atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre ni ne causent un préjudice injustifié aux intérêts légitimes du détenteur du droit.

25. WCT, art 10(1) :

Les Parties contractantes peuvent prévoir, dans leur législation, d'assortir de limitations ou d'exceptions les droits conférés aux auteurs d'œuvres littéraires et artistiques en vertu du présent traité dans certains cas spéciaux où il n'est pas porté atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre ni causé de préjudice injustifié aux intérêts légitimes de l'auteur.

WPPT, art 16(2) :

Les Parties contractantes doivent restreindre toutes les limitations ou exceptions dont elles assortissent les droits prévus dans le présent traité à certains cas spéciaux où il n'est pas porté atteinte à l'exploitation normale de l'interprétation ou exécution ou du phonogramme ni causé de préjudice injustifié aux intérêts légitimes de l'artiste interprète ou exécutant ou du producteur du phonogramme.

doivent-elles être considérées comme des précisions particulières de la mise en œuvre du triple test ou visent-elles des circonstances qui dépasseraient son cadre d'application ? La reprise du triple test dans l'ADPIC et les traités OMPI laisserait plutôt croire, selon nous, à la première hypothèse. En d'autres termes, l'ADPIC étend le principe qui chapeaute tous les autres.

Même si l'on accepte la prééminence du triple test, on peut se demander si l'existence de ces règles spécifiques autorise ou empêche les législateurs nationaux de créer des exceptions supplémentaires, en invoquant le triple test pour légitimer l'intervention, dans des circonstances semblables à celles que les exceptions spécifiques identifient déjà. Plus précisément, est-il possible d'avoir d'autres exceptions dans le domaine de l'éducation que celle qui soit prévue à l'article 10(2) ? Il apparaît assez évident que, de nos jours, une réponse négative à une telle interrogation s'avérerait trop restrictive et peu conforme à l'évolution des législations nationales, que ce soit au Canada ou ailleurs.

La présence du triple test dans les instruments internationaux récents fait en sorte qu'il est devenu l'aune à laquelle se mesure toute exception d'une loi nationale. Passer en revue chacune des nouvelles exceptions visant le monde de l'éducation dans la loi canadienne actuelle serait un exercice fastidieux qui dépasserait largement le cadre du présent texte. Il est toutefois intéressant de remarquer que le premier réflexe, lorsqu'il est question d'examiner la conformité d'un droit national à une convention internationale, est d'examiner les dispositions une à une. Chaque exception est ainsi analysée sans tenir compte de l'existence des autres. Cet exercice volontairement (?) parcellaire est certes nécessaire ; mais on peut s'interroger sur le point de savoir si les conclusions auxquelles il conduit donnent un portrait juste de l'équilibre entre les droits des auteurs et les intérêts des tiers qui s'incarnent à travers le texte de la loi.

En effet, on peut se demander s'il ne serait pas opportun de procéder à un examen global de l'ensemble des exceptions qui visent un domaine particulier, comme celui de l'éducation, pour déterminer, par exemple, si l'ensemble des reproductions autorisées repose véritablement sur « certains cas spéciaux » qui « ne portent pas atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre ni ne causent un préjudice injustifié aux intérêts légitimes des auteurs ». Déjà, les exceptions spécifiques de l'article 10 de la Convention de Berne démontrent qu'une exception peut être fonction soit de l'activité en cause, soit du contexte dans lequel l'œuvre est utilisée. Il est clair que, si cette

approche était retenue, l'on serait en présence d'un exercice politique encore plus périlleux que ne l'est l'analyse individuelle de la conformité de chaque disposition. Pourtant, c'est à cet exercice que s'adonne tout législateur national lorsqu'il entreprend une réforme qui touche aux exceptions de sa loi sur le droit d'auteur. Est-ce trop demander que de conférer à cet exercice politique une dimension juridique internationale contraignante ? L'appréciation globale du pouvoir que confère l'ensemble du monopole juridique ne joue-t-elle pas aussi sur la décision d'octroyer ou non des droits supplémentaires aux auteurs ? Si tel était le cas, y aurait-il matière à distinguer la reconnaissance de droits de celle d'exceptions ?

Si la conformité des exceptions canadiennes en matière d'éducation s'analyse essentiellement, que ce soit à titre individuel ou collectivement, en fonction des règles internationales visant les exceptions au droit d'auteur, il ne faut pas oublier que leurs textes demeurent sujets aux autres conditions générales que posent les textes internationaux. Une règle s'avère ici pertinente : celle de la Convention de Berne qui interdit les formalités<sup>26</sup>. En effet, l'article 30.04 de la loi canadienne permet l'utilisation sous plusieurs formes d'une œuvre « ou de tout autre objet du droit d'auteur qui sont accessibles sur Internet » par un établissement d'enseignement ou toute personne agissant sous son autorité. Différentes conditions encadrent le recours à cette exception, mais une d'entre elles retient notre attention : on ne peut utiliser une œuvre ou un objet de droits voisins à de telles fins si « un avis bien visible – et non le seul symbole du droit d'auteur – stipulant qu'il est interdit d'accomplir cet acte figure sur le site Internet, l'œuvre ou l'objet »<sup>27</sup>. La volonté très manifeste de cibler un signe qui se distingue du symbole du droit d'auteur, que l'on associe aux formalités permises par la Convention universelle sur le droit d'auteur<sup>28</sup>, démontre bien que l'on voulait éviter toute assimila-

26. Convention de Berne, art 5(2) :

La jouissance et l'exercice de ces droits ne sont subordonnés à aucune formalité.

27. LDA, al 30.04(4)b).

28. Convention universelle sur le droit d'auteur, art III (1) :

Tout État contractant qui, d'après sa législation interne, exige, à titre de condition de la protection des droits des auteurs, l'accomplissement de formalités telles que dépôt, enregistrement, mention, certificats notariés, paiement de taxes, fabrication ou publication sur le territoire national, doit considérer ces exigences comme satisfaites pour toute œuvre protégée aux termes de la présente Convention, publiée pour la première fois hors du territoire de cet État et dont l'auteur n'est pas un de ses ressortissants si, dès la première publication de cette œuvre, tous les exemplaires de l'œuvre publiée avec l'autorisation de l'auteur ou de tout autre titulaire de ses droits portent le symbole © accompagné du nom du titulaire du droit d'auteur et de l'indication de l'année de première publication ;

tion à un processus de formalité. Pourtant, les formalités interdites par l'article 5(2) de la Convention de Berne ne se limitent pas à ce symbole et il est légitime d'envisager qu'elles peuvent prendre de nouvelles formes au fil du temps<sup>29</sup>. Ainsi, le fait d'exiger une mention quelconque, même si elle diffère du symbole traditionnel, pourrait être considéré comme l'identification d'une nouvelle formalité. Les mesures techniques de protection pourraient d'ailleurs être considérées comme des formalités modernes<sup>30</sup>, mais leur encadrement par les traités OMPI de 1996 empêche probablement une telle caractérisation.

De quelle nature doit donc être l'avis dont il est question dans ce texte ? Un avis qui ferait une référence même indirecte au symbole du droit d'auteur serait probablement mal venu. On pense donc surtout à un petit texte qui ferait la mention spécifique requise par l'article de la loi. De tels avis ne sont pas inconnus au droit d'auteur. L'article 10 de la Convention de Berne, qui permet certaines utilisations de nature économique, politique ou religieuse, est d'ailleurs structuré d'une manière semblable à l'article 30.04 puisqu'il autorise l'existence d'exceptions sauf « dans les cas où la reproduction, la radiodiffusion ou ladite transmission n'en est pas expressément réservée »<sup>31</sup>. La mention de réserve reçoit ainsi l'approbation de la Convention de Berne et il se pourrait alors qu'une mention semblable dans le contexte de l'article 30.04 soit considérée compatible avec les règles internationales. Le fait que cette mention soit autorisée dans les contextes identifiés par les rédacteurs de la Convention de Berne empêche-t-il qu'on y ait recours dans d'autres ? Les paris sont ouverts...

Il est plus difficile de spéculer sur la mise en œuvre des grands principes fondateurs des textes internationaux que sur celle de règles plus spécifiques, car la marge de manœuvre qu'ils laissent est propre à engendrer un grand flou artistique. C'est d'ailleurs pour

---

le symbole, le nom et l'année doivent être apposés d'une manière et à une place montrant de façon nette que le droit d'auteur est réservé.

29. Le texte de la Convention universelle sur le droit d'auteur démontre bien, d'ailleurs, les multiples visages des formalités qui étaient connues en 1952, date de sa rédaction.

30. Voir Ysolde Gendreau, « Intention and Copyright : Law », dans Frédéric Pollaud-Dulian, (dir), *Internet and Copyright Law*, Perspectives on Intellectual Property Law Series, vol 5 (Londres, Sweet & Maxwell, 1999) 1, aux pp 4-14 ; Séverine Dusollier, « (Re)introducing Formalities in Copyright Law », dans Lucie Guibault et Christina Angelopoulos (dir), *Open Content Licensing : From Theory to Practice* (Amsterdam, Amsterdam University Press, 2011) 75, aux pp 93-96.

31. Convention de Berne, art 10bis(1).

cette raison que les parties contractantes acceptent de s'y soumettre : l'absence de spécificité permet la coexistence. À ce titre, les textes canadiens en matière d'exceptions au droit d'auteur ne représentent qu'une approche parmi tant d'autres. Que le Canada, dans sa réforme de 2012 de la *LDA*, ait si manifestement accordé tant de priorité à la création d'exceptions au droit reflète la grande liberté que les textes internationaux accordent actuellement aux pays pour ce faire. Quand l'examen de ses dispositions en fonction des textes internationaux se fera-t-il par une entité qui exerce une autorité contraignante sur le Parlement canadien ? Nul ne saurait le dire, surtout si cet examen ne peut être fait que par une autorité internationale. D'ici là, cependant, les enseignements provenant de l'évolution tant du droit international que de différents droits nationaux pourraient contribuer à situer l'orientation du droit canadien en la matière dans un contexte plus large.

## **2. Contexte international**

Le Canada n'est pas le seul endroit où l'on cherche à moderniser les exceptions au droit d'auteur en matière d'éducation. Dans le village global du droit d'auteur dont le Canada fait partie, tous les membres expriment leurs intérêts de manière autonome, tout en étant conscients de leurs obligations internationales. Il ne saurait être question de passer ici en revue toutes les occasions de discussions récentes sur les exceptions en faveur de l'éducation, mais il nous apparaît légitime d'arrêter notre choix sur les évolutions dans certains environnements avec lesquels le Canada entretient des affinités particulières. Signe des temps, même dans l'arène internationale, les discussions concernant les exceptions vont bon train. De tels développements offrent un condensé de ce qui se passe dans l'Union européenne, au Royaume-Uni ou, encore, dans une moindre mesure, aux États-Unis. Par le biais des accords commerciaux dans lesquels s'insère de plus en plus la propriété intellectuelle, les développements dans ces quatre endroits sont susceptibles d'interpeller la façon dont s'oriente l'interprétation des exceptions au droit d'auteur en droit canadien.

### **2.1 Traités internationaux**

Jusqu'à tout récemment, les instruments internationaux en matière de droit d'auteur portaient essentiellement sur les droits des auteurs. Les mouvements libertaires, dont l'essor s'est accéléré depuis l'apparition de l'Internet, peuvent être perçus comme ayant

contribué à la mise sur pied en 2013 du Traité de Marrakech visant à faciliter l'accès des aveugles, des déficients visuels et des personnes ayant d'autres difficultés de lecture des textes imprimés aux œuvres publiées<sup>32</sup>. On ne saurait sous-estimer l'importance de ce traité dans l'évolution du droit d'auteur international puisque, même s'il s'agit d'un instrument portant sur une catégorie très précise, voire étroite, d'exception au droit d'auteur, ce Traité de Marrakech marque le début d'instruments internationaux ne portant que sur les exceptions. C'est d'ailleurs fort probablement la très grande spécificité de l'exception qui lui a permis de voir le jour. En effet, depuis 2004, la délégation du Chili à l'Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle réclamait une action prioritaire au sujet des exceptions<sup>33</sup>. Les domaines visés étaient ceux des bibliothèques publiques, de l'accès des personnes handicapées, et de l'enseignement à distance. Une telle demande est intervenue à la suite d'une étude commandée par cette même organisation sur les exceptions dans le contexte numérique, étude qui a été rendue publique en 2003<sup>34</sup>. D'ailleurs, il est permis de croire que la commande de cette étude reflétait déjà l'intérêt marqué par l'organisme international pour la question.

L'idée lancée en 2004 a été reprise en 2008<sup>35</sup>. Depuis lors, les activités se sont intensifiées. Divers documents ont été produits, dont un projet de traité par le groupe africain de l'OMPI en 2011<sup>36</sup>, un document de travail par le secrétariat de l'OMPI en 2013<sup>37</sup>, ainsi

- 
32. Voir Marketa Trimble, « The Marrakesh Puzzle » (2014) 45 *International Review of Industrial Property and Copyright Law* 768 ; Simonetta Vezzoso, « The Marrakesh Spirit – A Ghost in Three Steps ? » (2014) 45 *International Review of Industrial Property and Copyright Law* 796 ; Jingyi Li, « Copyright Exemptions to Facilitate Access to Published Works for the Print Disabled – The Gap Between National Laws and the Standards Required by the Marrakesh Treaty » (2014) 45 *International Review of Industrial Property and Copyright Law* 740.
33. OMPI, Comité permanent du droit d'auteur et des droits connexes, *Proposition du Chili concernant la question des « exceptions et limitations relatives au droit d'auteur et aux droits connexes »*, SCCR/12/3, novembre 2004.
34. Sam Ricketson, *Étude de l'OMPI sur les limitations et les exceptions au droit d'auteur et aux droits connexes dans l'environnement numérique*, SCCR/9/7, avril 2003.
35. OMPI, Comité permanent du droit d'auteur et des droits connexes, *Proposition présentée par le Brésil, le Chili, le Nicaragua et l'Uruguay concernant les travaux relatifs aux exceptions et limitations*, SCCR/16/2, juillet 2008.
36. OMPI, Comité permanent du droit d'auteur et des droits connexes, *Projet de traité de l'OMPI sur les exceptions et limitations pour les personnes handicapées, les établissements d'enseignement et de recherche, les bibliothèques et les services d'archives*, SCCR/22/12, juin 2011.
37. OMPI, Comité permanent du droit d'auteur et des droits connexes, *Document de travail provisoire en vue de l'élaboration d'un instrument juridique international approprié (quelle qu'en soit la forme) sur les exceptions et les limitations en faveur*

qu'un document faisant état d'objectifs et de principes pour les institutions d'enseignement et de recherche par les États-Unis en 2014<sup>38</sup>. Ce fourmillement d'activités ne diminue pas les controverses : les États-Unis et l'Union européenne se positionnent contre la conclusion d'un autre traité visant des exceptions, tandis que l'Afrique et les autres pays en voie de développement y sont favorables.

À l'heure où les discussions au sein de l'Organisation Mondiale du Commerce semblent s'enliser et ne permettent pas d'envisager des modifications au régime du droit d'auteur contenu dans l'ADPIC, l'Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle demeure le forum international susceptible de faire le plus avancer la question. Même si la force contraignante de ses instruments n'équivaut pas à celle de l'accord ADPIC, on ne saurait nier l'impact de ses développements internationaux sur les droits nationaux<sup>39</sup>. Les tenants d'exceptions diverses dans un pays donné peuvent alimenter leurs positions, entre autres, à même les débats qui se jouent sur la scène internationale et vice-versa. Puisque le lobby en faveur des exceptions sur la scène internationale est dominé par les pays en voie de développement, le positionnement idéologique de ces pays, qui repose sur des prémisses économiques et sociales particulières, vient ainsi nourrir les débats des pays industrialisés. Le phénomène n'est pas vraiment nouveau pour le Canada. Historiquement, quoique considéré comme pays industrialisé, le Canada a souvent pris des positions en matière de droit d'auteur international qui sont associées aux pays en voie de développement<sup>40</sup>, d'où l'intérêt de suivre de près les discussions internationales en la matière. L'ambiguïté du Canada à ce sujet le distingue nettement des trois autres environnements que nous verrons tour à tour avec lesquels il a toujours cherché à entretenir des relations les plus égalitaires possible.

---

*des établissements d'enseignement et de recherche et des personnes ayant d'autres handicaps contenant des observations et des propositions de dispositions*, SCCR/26/4 prov., avril 2013.

38. OMPI, Comité permanent du droit d'auteur et des droits connexes, *Objectifs et principes relatifs aux exceptions et limitations en faveur des établissements d'enseignement et de recherche*, SCCR/27/8, mai 2014.

39. Voir Hubert Villeneuve, « De la gestion à la suggestion : évolution des mécanismes normatifs de l'Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle (OMPI), 1994-2014 », (2014) 1 *Revue juridique des étudiants de l'Université de Montréal* 1.

40. Voir Sara Bannerman, *The Struggle for Canadian Copyright – Imperialism to Internationalism 1842-1971* (Vancouver, UBC Press, 2013).

## 2.2 Union européenne

En matière de droit d'auteur, l'Union européenne n'est pas une juridiction comme les autres puisqu'aucun de ses textes fondateurs n'en accorde la compétence à l'une ou l'autre de ses institutions. Cependant, la réalisation du marché unique requiert l'harmonisation des législations nationales sur le droit d'auteur pour compléter la réglementation plus uniforme des autres droits de propriété intellectuelle<sup>41</sup>. Si les différents régimes nationaux de droit d'auteur continuent malgré tout de démontrer leurs particularités propres, un programme d'harmonisation du droit d'auteur plus ou moins agressif indique bien les directions futures des lois nationales.

La directive « Société de l'information » de 2001 a d'ailleurs donné un véritable coup de barre dans cette direction<sup>42</sup>. Ayant comme objectif la mise en œuvre des Traités OMPI de 1996 et l'harmonisation communautaire des exceptions au droit d'auteur sous l'égide du triple test, elle a permis de faire le point sur cette dernière question au tout début du XXI<sup>e</sup> siècle. L'article 5 de cette directive représente le consensus européen en matière d'exceptions. Son paragraphe 2(a) permet les reproductions par reprographie, sauf en ce qui concerne la musique en feuilles, sans préciser de contexte particulier ; toutefois, les exceptions qui tirent leur légitimité de cette disposition doivent donner lieu au paiement d'une rémunération équitable. De telles exceptions se distinguent de l'exception à des fins de copie privée qui fait l'objet d'un encadrement particulier dans l'alinéa suivant<sup>43</sup>. La validité des exceptions dans les deux cas est liée à l'existence d'une rémunération équitable, ce qui n'est pas le cas d'une autre exception qui cible davantage des institutions. En effet, les bibliothèques publiques, les établissements d'enseignement, les musées et les archives peuvent justifier certains actes de reproduction « qui ne leur confèrent pas d'avantage économique ou commercial direct ou indirect »<sup>44</sup>. Finalement, la première exception qui est identifiée par l'article 5(3) de la directive, afin de s'appliquer tant dans le contexte de la reproduction que dans celui de la communica-

41. Voir Agnès Lucas-Schloetter, « Is There a Concept of European Copyright Law ? History, Evolution, Policies and Politics and the *Acquis communautaire* » dans Irini A. Stamatoudi et Paul Torremans (dir), *EU Copyright Law – A Commentary* (Cheltenham, Edward Elgar, 2014) 7.

42. 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, *J.O.C.E.* L 167/10, 22 juin 2011.

43. *Ibid*, art 5(2)(b).

44. *Ibid*, art 5(2)(c).



tion publique, représente une mise en œuvre de l'article 10(2) de la Convention de Berne<sup>45</sup>.

À elle seule, la liste des exceptions prévues dans la directive de 2001 ne résume pas l'état du droit dans l'ensemble de l'Union européenne. Les exceptions prévues aux paragraphes 2 et 3 de l'article 5, contrairement à celle du paragraphe premier, ne sont pas obligatoires<sup>46</sup>. Certes, les pays membres doivent se conformer au triple test lors de leur mise en œuvre ; mais leur caractère facultatif fait en sorte que la situation européenne est beaucoup plus hétérogène que ne pourrait le laisser croire la directive<sup>47</sup>.

La volonté de plus en plus manifeste des autorités européennes d'harmoniser le droit d'auteur s'est récemment traduite par une consultation publique qui s'est tenue entre le 5 décembre 2013 et le 5 mars 2014. Le rapport a été publié en juillet 2014<sup>48</sup>. Il y est bien évidemment question d'exceptions en matière d'éducation et, fait à noter, on y mentionne les récentes réformes en droit canadien<sup>49</sup>. Outre cette initiative à caractère législatif, on se doit de signaler que la Cour Européenne de Justice devient de plus en plus active en matière de propriété intellectuelle, y compris, bien entendu, lorsqu'il est question de droit d'auteur<sup>50</sup>. Toutes ces activités institutionnelles alimentent une doctrine déjà très sollicitée qui, en plus de s'intéresser aux questions spécifiques, s'interroge aussi sur la faisabilité d'un texte communautaire en matière de droit d'auteur. On pense ici plus spécialement au *European Copyright Code* qui a été rédigé par

45. *Ibid*, art 5(3)(a).

46. Le début de chacun de ces paragraphes dit : « Les États membres ont la faculté de prévoir des exceptions ou limitations... », tandis que le texte du paragraphe premier est nettement impératif : « Les actes de reproduction provisoires visés à l'article 2,... sont exemptés du droit de reproduction prévu à l'article 2. »

47. P. Bernt Hugenholtz, « Why the Copyright Directive is Unimportant, and Possibly Invalid » [2000] *European Intellectual Property Review* 499.

48. Commission européenne, DG Marché intérieur et Services, Direction D – Propriété intellectuelle, *Rapport sur les réponses à la consultation publique sur la révision des règles communautaires de droit d'auteur*, Bruxelles, juillet 2014.

49. « Certain respondents in this category refer to the negative effects of the recent reform in Canada, where a new fair dealing provision covering education has been introduced, leading to extensive interpretations of the authorised uses by educational establishments and to legal proceedings. » *ibid*, à la p 55.

50. Voir Jonathan Griffiths, « The Role of the Court of Justice in the Development of European Union Copyright Law », dans Stamatoudi & Torremans (dir), *EU Copyright Law*, *supra*, note 41, p 1098 ; Mireille van Eechoud, P. Bernt Hugenholtz et al., *Harmonizing European Copyright Law* (Alphen aan den Rijn, Wolters Kluwer, 2009).

le Wittem Group et dont le texte a été rendu public en avril 2010<sup>51</sup>. Dans quelle mesure toutes ces activités convergeront-elles vers un texte contraignant qui tiendrait compte des intérêts en matière d'éducation pour formuler des exceptions ? Nul ne saurait le dire.

Voilà pourquoi les développements à l'échelle nationale au sein de l'Union Européenne continuent de demeurer pertinents.

### 2.3 Royaume-Uni

Le Royaume-Uni, mère patrie de la *Loi sur le droit d'auteur* canadienne, n'échappe pas aux velléités de réforme que nécessite l'évolution des technologies numériques. La plus récente manifestation en ce genre est la Hargreaves Review de 2011<sup>52</sup> qui a été suivie d'une consultation publique. En ce qui a trait aux exceptions au droit d'auteur, selon ce rapport, toutes les possibilités que permet l'article 5 de la directive européenne de 2001 n'auraient pas été exploitées et il s'avère donc légitime de tenter d'évaluer jusqu'à quel point les exceptions qui étaient alors prévues par le texte en vigueur auraient à être revues, voire augmentées<sup>53</sup>. L'opportunité d'inclure une exception de type *fair use* a évidemment été envisagée, mais il a été conclu qu'il serait difficile d'entrevoir son incorporation dans le contexte européen<sup>54</sup>.

Dans la foulée de ce rapport, trois règlements concernant des exceptions au droit d'auteur ont été votés en 2014 pour amender le *Copyright, Designs and Patents Act 1988*<sup>55</sup>. Dans le Règlement 2014 numéro 1372, qui concerne la recherche, l'éducation, les bibliothèques, et les archives, on trouve trois exceptions qui visent spécifiquement le monde de l'enseignement<sup>56</sup>.

Il y a d'abord une exception qui permet l'utilisation d'œuvres à des fins d'illustration pour l'enseignement. Dans ce contexte, on pré-

---

51. Wittem Group, *European Copyright Code*, [www.copyrightcode.eu](http://www.copyrightcode.eu). Voir Thomas Dreier, « The Wittem Project of a European Copyright Code » in Christophe Geiger (dir), *Constructing European Intellectual Property. Achievements and New Perspectives* (Cheltenham, Edward Elgar, 2013) 292.

52. Ian Hargreaves, *Digital Opportunity – A Review of Intellectual Property and Growth*, (Londres, Department for Business, Innovation & Skill, 18 mai 2011).

53. *Ibid*, à la p 42, §5.6.

54. *Ibid*, à la p 52, § 5.41.

55. *Copyright, Designs and Patents Act 1988*, c 48 (ci-après *CDPA 1988*).

56. *The Copyright and Rights in Performances (Research, Education, Libraries and Archives) Regulations 2014*, 2014 n° 1372.

cise que cette exception ne peut être contrecarrée par un contrat<sup>57</sup>. Une deuxième exception permet l'enregistrement d'émissions de radiodiffusion par les établissements d'enseignement, une activité qui, contrairement à ce qui avait cours jusqu'alors, intègre l'existence de licences qui permettent aux titulaires de droits d'être rémunérés<sup>58</sup>. Une dernière exception vise la copie et l'utilisation d'extraits d'œuvres par des établissements d'enseignement. Ici encore, une licence remplace la gratuité antérieure<sup>59</sup>. Surtout, cette licence vise des utilisations qui ne dépassent pas le chiffre de 5 % de l'œuvre copiée<sup>60</sup>. Il s'agirait là de la première reconnaissance législative d'un chiffre dans ce contexte. Fait à noter : contrairement à ce qui s'est produit au Canada en 2012, le nouveau texte de la loi britannique ne comporte aucune modification aux objectifs de l'exception d'utilisation équitable afin d'inclure l'objectif d'éducation. L'approche britannique s'avère donc plus « sévère » que celle qui a prévalu au Canada en la matière et il sera intéressant de suivre son évolution, qu'elle soit ou non le reflet évident d'une politique européenne.

## 2.4 États-Unis

Il n'est plus nécessaire de présenter le *fair use* de la loi américaine sur le droit d'auteur avec ses quatre critères législatifs et ses contextes d'application qui figurent dans une liste dite « ouverte »<sup>61</sup>. On a toutefois tendance à oublier que, parmi les contextes qui sont énumérés figurent l'enseignement, y compris les reproductions multiples pour utilisation en salle de classe, le « scholarship », et la recherche. Ces mentions expresses font en sorte que l'application du *fair use* dans le contexte de l'enseignement n'est pas le fruit d'une interprétation généreuse de certains objectifs déclarés du *fair use*, mais bien celle d'un contexte qui est explicitement reconnu par la loi. D'ailleurs, sur la base de ces dispositions, des *guidelines* ont été élaborées pour aider les établissements d'enseignement dans sa mise en œuvre<sup>62</sup>. Autre point important à rappeler : les exceptions au droit d'auteur en droit américain ne se limitent pas au *fair use*, mais peu-

57. *CDPA 1988*, art 32, modifié par le Règlement 2014 n° 1372, *ibid*, art 4(1).

58. *CDPA 1988*, art 35, modifié par le Règlement 2014 n° 1372, *supra* note 56, art 4(2).

59. *CDPA 1988*, art 36(6), modifié par le Règlement 2014 n° 1372, *supra* note 56, art 4(3).

60. *CDPA 1988*, art 36(5), modifié par le Règlement 2014 n° 1372, *supra* note 56, art 4(3).

61. *Copyright Act 1976*, 17 USC §107.

62. Copyright Office Circular 21, « Reproduction of Copyright Works by Educators and Libraries », en ligne : <<http://www.copyright.gov/circs/circ21.pdf>>.

vent aussi exister en vertu d'autres dispositions de la loi. Ainsi, il existe des exceptions pour certaines représentations ou présentations en public d'œuvres dans certains établissements d'enseignement à but non lucratif<sup>63</sup>.

De loin cependant, il faut bien le reconnaître, c'est le *fair use* qui défraie la chronique avec ses possibilités d'étendre son régime d'exception au-delà du strict texte de la loi. L'actualité ne déçoit pas. En mai 2012, une cour de première instance de l'État de Géorgie a rendu un jugement dans une affaire qui mettait en cause différents grands éditeurs institutionnels et la Georgia State University<sup>64</sup>. Il y est question de la reproduction de documents mis dans des réserves électroniques à l'intention des étudiants. La Cour de première instance a rendu un jugement favorable à l'université ; mais la Cour d'appel de l'État de Géorgie a infirmé la décision à l'automne 2014 et renvoyé le dossier en première instance pour une nouvelle évaluation de l'utilisation des documents selon des critères plus exigeants que ceux qui avaient été déclarés en première instance<sup>65</sup>. Il s'agit de la cause la plus importante dans laquelle on cherche à interpréter la notion de *fair use* dans le contexte d'éducation et il ne serait pas surprenant qu'elle aboutisse, un jour ou l'autre, en Cour suprême.

## Conclusion

Si les tribunaux canadiens exercent toujours une grande prudence face aux développements étrangers ayant trait à la question qui leur est soumise, il serait faux de croire que les justiciables canadiens demeurent insensibles aux différents arguments qu'ils pourraient leur procurer. En effet, de nouveaux amendements à la *Loi sur le droit d'auteur* canadienne s'avèrent improbables dans un avenir plus ou moins proche, et c'est pour cette raison qu'il faut plutôt se tourner vers l'univers judiciaire pour voir jusqu'à quel point les compromis étrangers pourraient influencer sur le développement du droit national. Il est tout aussi facile de trouver des appuis pour resserrer les exceptions en matière d'éducation que pour les élargir.

63. *Copyright Act 1976*, 17 USC §110 (1) – (4).

64. *Cambridge University Press v Becker*, 863 F Supp 1190 (ND Ga 2012).

65. *Cambridge University Press v Patton*, 769 F3d 1232 (11<sup>th</sup> Cir, 2014). Voir Jane C. Ginsburg, « Letter from the US: Exclusive Rights, Exceptions, and Uncertain Compliance with International Norms » (2015) 244 *Revue internationale du droit d'auteur*. (À paraître).

Pour le moment, il apparaît plutôt évident que la teneur actuelle du texte canadien place le pays du côté de ceux qui envisagent les exceptions en matière d'éducation avec une grande liberté. Non seulement les exceptions foisonnent, mais elles sont aussi rarement accompagnées de rémunération.

Les développements canadiens font partie d'une grande mouvance internationale du XXI<sup>e</sup> siècle, où la remise en question du droit d'auteur est largement débattue. Seul l'avenir dira si la tendance qu'indique la loi canadienne actuelle s'avère généralisée ou anecdotique.