

Des questions restées sans réponse

Université York c. Canadian Copyright Licencing Agency

Daniel Payette*

RÉSUMÉ/ABSTRACT	149
I- INTRODUCTION	151
A- Les principaux faits	151
B- Les jugements des cours fédérales	152
C- L'arrêt de la Cour suprême	152
II- LES QUESTIONS LAISSÉES EN SUSPENS.	154
A- Importe-t-il de replacer l'exception à des fins éducatives dans un contexte international ?	154
B- Doit-on prendre en considération les décisions des autres juridictions concernant l'utilisation équitable ?	157
1. Doit-on analyser l'équité du point de vue de l'établissement qui pose l'acte réservé ou du point de vue de l'étudiant ?	158

© Daniel Payette, 2022.

* L'auteur est avocat, sociologue et écrivain. Il a représenté la Société québécoise de gestion collective des droits de reproduction (Copibec) dans l'action collective entreprise contre l'Université Laval et à titre d'intervenante devant la Cour suprême dans *York*.

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

2. Doit-on accorder une importance déterminante à la disponibilité d'une licence ?	161
C- Peut-on ignorer le droit moral ?	162
III- CONCLUSION : LES CONSÉQUENCES DU JUGEMENT	163

RÉSUMÉ

L'Université York demandait aux tribunaux d'affirmer que sa politique institutionnelle de reproduction constituait une « utilisation équitable » des œuvres protégées à des fins éducatives selon l'article 29 de la *Loi sur le droit d'auteur*. Dans son arrêt récent *Université York c. Canadian Copyright Licensing Agency (Access Copyright)*, 2021 CSC 32, la Cour suprême du Canada a décidé qu'il n'était pas opportun, en l'absence de litige avec les véritables détenteurs des droits, d'accorder à l'Université York le jugement déclaratoire sollicité. La Cour a réitéré néanmoins qu'il s'agirait d'un « droit des utilisateurs » visant « à accroître l'accès du public aux œuvres ». L'auteur constate qu'avec ce qu'elle nomme sa « doctrine moderne d'utilisation équitable », la Cour – en ce domaine de droit comme dans d'autres depuis une dizaine d'années – choisit de poursuivre le développement d'un droit autochtone en s'écartant résolument des précédents des autres juridictions de common law qu'elle juge désormais « peu utiles ». Ce faisant, le plus haut tribunal a omis de replacer l'exception de libre utilisation pour l'éducation dans son contexte international, en particulier de l'examiner à l'aune du « test en trois étapes » requis pour sa validité selon les engagements internationaux du Canada. Or, toutes les autres juridictions ont décidé, comme la Cour d'appel fédérale, que « [l]orsqu'un établissement revendique l'utilisation équitable en se fondant sur sa pratique générale, c'est le point de vue de cet établissement qui importe ». La juge Abella reproche aux instances inférieures d'avoir négligé le « point de vue des étudiants » sans autre véritable explication que de renvoyer à son arrêt *Alberta (Education) c. Canadian Copyright Licensing Agency (Access Copyright)*, 2012 CSC 37. La Cour suprême a laissé entières de nombreuses questions, en particulier de savoir si la possibilité d'obtenir une licence générale d'une société de gestion représente un élément « déterminant » de l'analyse – comme on l'a décidé partout ailleurs – et si une politique institutionnelle de reproduction pourrait rester équitable en contrevenant aux droits moraux inaliénables des auteurs.

ABSTRACT

York University was asking the courts to rule that its institutional reproduction *Guidelines* constituted « fair dealing » for educational purposes under section 29 of the *Copyright Act*. In its recent *York University v. Canadian Copyright Licensing Agency (Access Copyright)*, 2021 SCC 32, the Supreme Court of Canada ruled that it was not appropriate, in the absence of real litigation with the actual rights holders, to grant York University the requested declaratory judgment. The Court reiterated, however, that it was a « user right » aimed « at increasing public access to works ». The author notes that with what it calls its « modern doctrine of fair use », the Court – in this area of law as in others during the last decade – have chosen to pursue the development of an indigenous right by resolutely deviating from the precedents of other common law jurisdictions which it now considers « of little use ». In doing so, the highest court failed to place the exemption of free use for education in its international context, notably to examine it in the light of the « three-step test » required for its validity according to the international obligations of Canada. All other jurisdictions have ruled, as the Federal Court of Appeal, that « [w]hen an establishment claims fair use based on its general practice, it is the point of view of that establishment that matters ». Justice Abella criticizes the lower courts for neglecting the « student perspective » without further explanation than her reference to *Alberta (Education) c. Canadian Copyright Licensing Agency (Access Copyright)*, 2012 CSC 37. The Supreme Court left many questions unanswered, notably whether the possibility of obtaining a general license from a copyright management collective society represents a « determining » element of the analysis – as has been decided in all other jurisdictions – and whether an institutional reproduction policy could remain equitable by violating the inalienable moral rights of authors.

MOTS-CLÉS

Droit d'auteur – Exceptions – Utilisation équitable – Autorités étrangères – Disponibilité d'une licence

I- INTRODUCTION

La Cour suprême du Canada a rendu jugement, le 30 juillet 2021, dans le litige qui opposait Access Copyright, la société canadienne de gestion du droit de reproduction hors Québec, à l'Université York de Toronto¹. Essentiellement, la société de gestion avait réclamé de l'institution d'enseignement le paiement de redevances pour la reproduction d'ouvrages, sous forme de recueils de cours ou autrement, selon un tarif provisoire émis par la Commission du droit d'auteur. L'université lui opposait que les actes posés en conformité avec ses *Lignes directrices* constituaient des « utilisations équitables à des fins d'éducation » selon l'article 29 de la *Loi sur le droit d'auteur*² et demandait un jugement déclaratoire à cet effet.

A- Les principaux faits

L'Université York est la troisième en importance au Canada par le nombre d'étudiants. Jusqu'en août 2011, elle détenait une licence d'Access Copyright aux fins de la reproduction des ouvrages de son catalogue dans le matériel distribué aux étudiants. Elle effectuait, en moyenne, plus de 16 millions de copies par année. Elle a adopté une politique institutionnelle sur la reproduction, des *Lignes directrices*, qui calquait les conditions de licence et qui autorisait désormais le personnel enseignant à reproduire jusqu'à 10 % d'un ouvrage ou un chapitre, un article et un poème au long, sans rétribution des ayants droit au titre de l'« utilisation équitable » à des fins éducatives. On doit indiquer le nom de l'auteur que « s'il est mentionné dans la source ». Un échantillonnage a montré que l'on dépassait ces limites dans 11 % des cas. L'établissement n'a pas mis en place de mécanismes de vérification du respect de sa réglementation.

1. *Université York c. Canadian Copyright Licencing Agency (Access Copyright)*, 2021 CSC 32 ; en appel de *Canadian Copyright Licencing Agency c. Université York*, 2017 CF 669 ; 2020 CAF 77.
2. L.R.C. 1985, ch. C-42.

B- Les jugements des cours fédérales

Le juge Phelan, de la Cour fédérale, a d'abord conclu que le tarif provisoire déterminé par la Commission du droit d'auteur était « obligatoire et non volontaire » en raison, selon lui, de « l'esprit de la loi, son origine législative et le sens ordinaire à donner au terme "tarif" »³. En appliquant les critères élaborés par la Cour suprême pour déterminer si une utilisation était ou non équitable, il a constaté que l'ampleur de l'utilisation, en fonction de limites arbitraires de reproduction, rendait l'opération inéquitable alors qu'existaient des alternatives et que ces copies en grand nombre faisaient concurrence aux œuvres originales. S'ajoutait, aux yeux de la Cour, que l'université « n'avait fait aucun effort réel pour réviser, vérifier et voir au respect de ses propres Lignes directrices »⁴. Le tribunal a donc accueilli l'action d'Access et refusé à York les conclusions déclaratoires sollicitées.

L'Université York en a appelé devant la Cour d'appel fédérale. Le juge Pelletier, qui a rendu le jugement unanime, en est venu à conclure, après avoir dressé un long historique des modifications apportées à la *Loi sur le droit d'auteur*⁵ concernant la gestion collective et les tarifs, que ces derniers ne liaient pas les personnes qui ne sont pas titulaires de licences. Selon lui, les individus commettant une violation peuvent faire l'objet d'une action en dommages – sur demande du titulaire, du cessionnaire ou du licencié exclusif –, mais non payer des redevances à la société de gestion. La Cour a donc rejeté le recours d'Access Copyright. Elle est venue ensuite confirmer le rejet de la demande de jugement déclaratoire, entérinant pour l'essentiel l'analyse du premier juge dans laquelle elle ne constatait aucune erreur déterminante.

Les deux parties ont alors requis l'autorisation de se pourvoir en Cour suprême, qui leur a été accordée à toutes deux très rapidement⁶.

C- L'arrêt de la Cour suprême

Dans son arrêt, sans grande surprise, le plus haut tribunal a d'abord confirmé l'opinion de la Cour d'appel fédérale que ce tarif

3. *Canadian Copyright Licencing Agency c. Université York*, 2017 CF 669, par. 11.

4. *Ibid.*, par. 28. Voir aussi par. 314.

5. Préc., note 2.

6. Les demandes de permission ont été déposées le 19 juin 2020, le dossier d'autorisation a été transmis aux juges le 14 septembre 2020 et l'autorisation a été accordée le 15 octobre 2020.

n'avait pas de force contraignante⁷ et qu'il ne s'appliquait qu'aux utilisateurs qui choisissaient de contracter une licence. De ce fait, ce tarif n'étant pas opposable à l'institution, il n'existait plus, selon la Cour, de litige concret.

Malgré la preuve abondante administrée en première instance concernant les agissements de l'université, la juge Abella, qui rend un jugement unanime, constate ensuite que la société n'est pas elle-même titulaire des droits d'auteur et, qu'en l'absence de débat contradictoire entre les véritables intéressés – auteurs et éditeurs ayants droit – et l'établissement utilisateur, la Cour ne peut se prononcer sur la politique institutionnelle et son caractère, équitable ou non. Elle rejette, en conséquence, la demande en jugement déclaratoire de York.

Néanmoins, la juge Abella prend soin de préciser en *obiter* qu'elle ne souhaite pas, de cette manière, avaliser l'opinion de la Cour d'appel fédérale. Selon elle, la « doctrine moderne d'utilisation équitable » représente un moyen de reconnaître des objectifs d'intérêt public, notamment que l'un des principaux objectifs du droit d'auteur est « d'accroître l'accès du public aux œuvres artistiques »⁸. Pour la juge, les tribunaux inférieurs auraient eu tort d'aborder l'analyse du seul point de vue de l'établissement et de souligner « ses présumés objectifs commerciaux », en négligeant le point de vue des étudiants qui utilisent ces documents.

Il s'agit d'une affirmation étonnante, que la Cour n'explique pas davantage, alors que la Cour d'appel fédérale avait pourtant conclu⁹ que même en privilégiant le point de vue des utilisateurs, York avait choisi de ne pas étayer par sa preuve, ni en première instance ni en appel, que la reproduction effectuée en conformité avec ses *Lignes directrices* était équitable du point de vue des étudiants.

Force est d'abord de constater l'étrangeté du fait que le plus haut tribunal, qui prône l'efficacité judiciaire, ait accordé avec célérité la permission d'en appeler et qu'il ait traité le dossier de manière accélérée¹⁰, uniquement pour faire reproche à la Cour d'appel fédérale,

7. *Canadian Copyright Licencing Agency c. Université York*, préc., note 3, par. 204.

8. *Access Copyright*, préc., note 1, par. 92.

9. *Université York c. Canadian Copyright Licencing Agency*, 2020 CAF 77, par. 282.

10. À la suite de l'autorisation de pourvoi accordée le 15 octobre 2020, la date d'audition a été déterminée avant même que toutes les parties aient complété le dépôt de leurs mémoires. Elle a eu lieu le 21 mai 2021 et le jugement a été rendu le 30 juillet 2021. Au total, il s'est écoulé à peine plus d'une année entre la demande d'autorisation et la publication de la décision de la Cour suprême.

en *obiter*, d'une remarque¹¹ sans trancher aucune des questions fondamentales sur l'utilisation équitable que ce pourvoi pouvait soulever ! À une époque où la Cour suprême filtre à l'extrême toutes les demandes de permission en matière civile pour n'en retenir qu'un nombre de plus en plus infime, n'est-on pas en droit de s'en étonner ? En réalité, au vu de ses motifs pour ne pas se prononcer, en particulier sur les demandes purement déclaratoires, la Cour suprême n'aurait sans doute jamais dû accorder les permissions d'en appeler¹².

Voyons un peu certaines de ces questions importantes que la Cour suprême a ainsi laissées en suspens.

II- LES QUESTIONS LAISSÉES EN SUSPENS

A- Importe-t-il de replacer l'exception à des fins éducatives dans un contexte international ?

Dans *Théberge*¹³, la Cour suprême avait rappelé, à juste titre, que « le droit canadien n'est pas isolé du droit applicable dans le reste du monde » et que :

[...] à la lumière de la mondialisation des « industries culturelles », il est souhaitable, dans les limites permises par nos propres lois d'harmoniser notre interprétation de la protection du droit d'auteur avec celle adoptée par d'autres ressorts guidés par une philosophie analogue à celle du Canada.¹⁴

11. *Université York c. Canadian Copyright Licensing Agency*, préc., note 9 : au paragraphe 227 de son arrêt, la Cour d'appel fédérale, analysant l'arrêt *CCH Canadienne Ltée c. Barreau du Haut-Canada*, 2004 CSC 13 (ci-après « *CCH* ») a constaté avec raison l'évidence que « la politique en matière d'utilisation équitable dont se dote une institution doit nécessairement tenir compte des utilisateurs finaux puisque les institutions comme telles n'effectuent pas d'étude et de recherche privée ». Le juge Pelletier, rendant le jugement unanime, en a conclu que l'extension qu'on avait donnée à un passage du paragraphe 64 de l'arrêt *CCH* pour privilégier « le point de vue des utilisateurs » au détriment du point de vue de l'institution constituait une erreur. « Avec tout le respect que je dois à la Cour suprême – écrit-il – à mon avis, sa conclusion quant à cet élément de l'analyse dans l'arrêt *CCH* a été tirée *per incuriam*. » On le sait, en common law, l'expression vise un jugement rendu sans une attention suffisante et il permet de l'écarter comme précédent. Or, il s'agissait d'un raisonnement de la juge Abella dans l'arrêt *Alberta (Education) c. Canadian Copyright Licensing Agency (Access Copyright)*, 2012 CSC 37.

12. La majeure partie du jugement porte essentiellement sur le caractère obligatoire ou non d'un tarif. À cet égard, la Cour suprême ne fait que reprendre un exposé similaire à celui qu'avait dressé la Cour d'appel fédérale avant elle et un refus de pourvoi aurait suffi à avaliser ce raisonnement.

13. *Théberge c. Galerie d'art du Petit Champlain inc.*, 2002 CSC 34.

14. *Ibid.*, par. 6.

Or, depuis lors, le plus haut tribunal paraît avoir pris l'orientation fâcheuse, non seulement en matière de droit d'auteur, mais également dans d'autres domaines du droit¹⁵, de s'en remettre à sa seule jurisprudence antérieure et à élaborer ses propres « doctrines modernes », en vase clos, sans prendre en considération désormais le droit international ou la manière dont les tribunaux d'autres juridictions de common law ou d'autres pays démocratiques avancés ont pu résoudre les mêmes questions juridiques. Il convient, selon nous, de critiquer à cet égard certains des fondements de l'arrêt *York*.

L'article 9.2 de la *Convention de Berne*¹⁶, à laquelle le Canada est partie¹⁷, prévoit que la législation nationale peut permettre la reproduction d'une œuvre, sans qu'il y ait lieu de demander une autorisation¹⁸, sous les trois conditions suivantes : (i) il doit s'agir de cas particuliers, (ii) cette reproduction n'entre pas en conflit avec une exploitation normale de l'œuvre et (iii) elle ne porte pas préjudice aux intérêts légitimes de l'auteur et de ses ayants droit. L'article 10 du traité énonce ensuite qu'une législation nationale peut établir une libre utilisation des œuvres « à titre d'illustration de l'enseignement » à certaines conditions : elle doit être « justifiée par le but à atteindre » et « conforme aux bons usages ». De plus, ces utilisations doivent, de façon obligatoire, faire mention « de la source et du nom de l'auteur, si ce nom figure dans la source ».

L'article 9.2 de la *Convention* énonce donc ce qu'on a convenu de nommer le *test en trois étapes*. Ce dernier a été transposé par la suite dans l'*Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle*

15. Voir récemment, par exemple, en matière de droits et libertés : *Québec (Procureur général) c. 9147-0732 Québec inc.*, 2020 CSC 32 ; et en droit constitutionnel : *Toronto (Cité) c. Ontario (Procureur général)*, 2021 CSC 34. Dans le premier exemple, par un étrange revirement de situation, c'est la juge Abella elle-même, cette fois voix de la minorité, qui plaide, au paragraphe 100, que : « En fait, tant les sources (de droit étranger) contraignantes que celles qui ne le sont pas se sont révélées être indispensables dans pratiquement tous les domaines du droit. » Dans le second, elle seule encore invoque la jurisprudence des autres systèmes parlementaires de type britannique sur une question aussi fondamentale que l'effet juridique des principes constitutionnels non écrits, au paragraphe 166 et à la note 6. Le juge en chef, qui s'exprime pour la majorité dans cet arrêt, n'en dit pas un mot !
16. *Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques*, signée le 9 septembre 1886 à Berne ; la convention fut complétée à Paris (1896), révisée à Berlin (1908), complétée à Berne (1914), révisée à Rome (1928), à Bruxelles (1948), à Stockholm (1967) et à Paris (1971) et modifiée en 1979.
17. Le Canada y a adhéré en 1923, ce « qui a pavé la voie à l'adoption de la première loi canadienne sur le droit d'auteur en 1924 » selon la juge en chef B. McLachlin : voir *CCH*, préc., note 11, par. 19.
18. Ce qu'on nomme la « libre utilisation » à certaines fins.

qui touchent au commerce¹⁹ (ci-après « ADPIC »), puis les autres conventions de l'Organisation mondiale du commerce qui touchent la propriété intellectuelle. L'article 13 de cet accord se lit comme suit :

Les membres limiteront les limitations et exceptions aux droits exclusifs à certains cas spéciaux qui n'entrent pas en conflit avec une exploitation normale de l'œuvre et ne portent pas indûment préjudice aux intérêts légitimes du titulaire de droits.

Le Canada avait adhéré à l'*Acte de Stockholm* en 1970, mais il s'était alors prévalu de l'exception relative à la mise en vigueur des articles 1 à 21 (et donc de 9.2) pour s'en exclure. Toutefois, par la suite, le 1^{er} janvier 1995, il a adhéré à l'ADPIC. L'article 9 de ce traité fait obligation aux parties signataires de se conformer aux articles 1 à 21 de la *Convention de Berne* (1971). Selon nous, ces instruments internationaux ratifiés ont donc désormais – contrairement à la *Convention de Berne* initiale – une force juridique contraignante et non pas seulement indicative^{20,21} en droit canadien.

C'est dans l'exercice de cette faculté de déterminer des formes de libre utilisation des œuvres que le législateur canadien a adopté²² l'article 29 de la *Loi sur le droit d'auteur*²³. Cette disposition énonce, dans sa formulation actuelle, que :

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

19. *Accord sur les Aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce* (ADPIC), constituant l'Annexe 1 C de l'*Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce*, du 15 avril 1994.

20. Sur les conditions pour qu'un traité ait un effet juridique de nature contraignante, voir : *Québec (P.G.) c. 9147-0732 Québec inc.*, 2020 CSC 32, par. 32. Le plus haut tribunal aura l'occasion de se pencher de nouveau sur cette question bientôt. En effet, dans l'affaire *Entertainment Software Association c. SOCAN*, 2020 CAF 100, rendue avant l'arrêt ci-dessus de la Cour suprême, la Cour d'appel fédérale a fait reproche à la Commission du droit d'auteur d'avoir fait « mauvais usage du droit international » en lui accordant plus d'importance qu'un simple contexte pour l'interprétation de la loi nationale. Permission de se pourvoir a été accordée à la SOCAN en avril 2021 (CSC 39418). L'audition a été fixée au 18 janvier 2022.

21. Tout comme ils ont aussi cette force contraignante en Grande-Bretagne : *Warner Music and Sony Music Entertainment c. TuneIn*, [2019] EWHC 2923 (Ch), par. 184.

22. Dès 1924.

23. Préc., note 2.

Quoique la mention d'une fin éducative soit un ajout récent²⁴, la jurisprudence avait déjà décidé que les fins de recherche et d'étude privée pouvaient l'englober²⁵. Suivent, dans la *Loi sur le droit d'auteur*, des exceptions similaires qui concernent la critique et le compte rendu²⁶ et la communication de nouvelles²⁷.

Il résulte de ce contexte international que les exceptions à la protection du droit d'auteur aux fins d'éducation doivent à notre avis respecter ces obligations souscrites par le Canada et, en particulier, les trois conditions du test. Toutefois, dans l'arrêt *York*, comme dans les arrêts précédents portant sur l'utilisation équitable, la Cour suprême n'a jamais abordé, même indirectement, cette question. En réalité, on est en droit de craindre – lorsqu'on adopte un point de vue juridique rigoureux – que l'interprétation large que le plus haut tribunal prétend donner à l'exception ne vienne placer le Canada dans une situation de dérogation à des obligations internationales²⁸. Cela pourrait l'exposer à d'éventuelles plaintes et sanctions de pays tiers. Il convient certainement de s'étonner que la Cour suprême n'ait jamais considéré cette question de la conformité aux engagements internationaux dans ses arrêts.

B- Doit-on prendre en considération les décisions des autres juridictions concernant l'utilisation équitable ?

La Cour suprême paraît avoir décidé de faire résolument bande à part dans le développement de sa « doctrine moderne de l'utilisation équitable ». Cette dernière repose sur le postulat que l'utilisation équitable constituerait un « droit des utilisateurs » opposable au droit d'auteur de manière à favoriser l'intérêt public d'accès libre aux œuvres. Ce « droit des utilisateurs » qui pouvait apparaître d'abord comme une formulation adoptée uniquement à des fins pédagogiques

24. L.C. 2012, ch. 20, art. 21.

25. *Alberta (Education) c. Canadian Copyright Licensing Agency (Access Copyright)*, préc., note 11.

26. *Loi sur le droit d'auteur*, préc., note 2, art. 29.1.

27. *Ibid.*, art. 29.2.

28. Daniel J. Gervais, « The purpose of Copyright Law in Canada », (2005) 2-2 *Ottawa L and Tech J* 315 ; Veronica Syrtash, « Supra-National Limitations on Copyright Exceptions: Canada's Ephemeral Exceptions and The "Three Step Test" », (2005-2006) 19 *Intellectual Property Journal* 521 ; Alice Baréty, *Étude du test en trois étapes à la lumière des traditions juridiques de droit d'auteur*, Mémoire, Université Laval, Québec, 2017 ; M.J. Ficsor, *Conflict of the Canadian legislation and case law on fair dealing for educational purposes with the international norms, in particular with the three-step test*, Budapest, septembre 2018, en ligne : <www.copyrightseesaw.net/en/papers>.

de compréhension de l'interprétation de la loi, dans l'arrêt *CCH*, est devenu progressivement, sous la plume de la juge Abella, un énoncé juridique fondamental. En effet, la majorité a repris la même expression dans *Socan c. Bell*²⁹, puis dans *Alberta (Education)*³⁰. Ce faisant, la Cour a choisi de manière expresse de s'écarter des autorités des autres juridictions de common law³¹, les jugeant désormais, de manière étonnante, selon les mots de la juge Abella, « peu utiles » !

Dans un système de droit coutumier, où la jurisprudence fait autorité, on est en droit de s'inquiéter que notre plus haut tribunal ait pris l'étrange voie du développement d'un droit autochtone qui écarte les solutions adoptées dans des ressorts similaires. Il paraît évident que la Cour suprême du Canada, à s'éloigner résolument des décisions des autres juridictions, en perd elle-même en crédibilité internationale.

Voyons les deux grandes questions sur lesquelles le point de vue de la Cour suprême diverge d'avec toutes les autres juridictions.

1. *Doit-on analyser l'équité du point de vue de l'établissement qui pose l'acte réservé ou du point de vue de l'étudiant ?*

Toutes les juridictions de common law à travers le monde ont refusé jusqu'à présent, souvent de manière explicite, de suivre la Cour suprême du Canada dans la voie tracée par *CCH*³², à l'exception d'une seule³³. Partout, à l'exemple des cours anglaises, on a toujours traité la libre utilisation des œuvres à certaines fins spécifiques

29. *Socan c. Bell Canada*, 2012 CSC 36, par. 11.

30. *Alberta (Education) c. Canadian Copyright Licensing Agency (Access Copyright)*, préc., note 11, par. 22.

31. Au paragraphe 19 de l'arrêt *Alberta*, préc., note 11, la juge Abella écarte ainsi l'arrêt *Copyright Licencing Ltd. c. University of Auckland*, [2002] 3 N.Z.L.R. 76 (H.C.), suivi pourtant ailleurs dans les juridictions de common law. Elle y oppose la vision large des fins permises selon *CCH*.

32. [Grande-Bretagne] *Eng. & Wales Cricket Bd. Ltd. v. Tixdaq Ltd.*, [2016] E.W.H.C. (Ch) 575 (Eng.) ; [Nouvelle-Zélande] *Media Work NZ Ltd. v. Sky Television Network Ltd.*, (2007) 74 I.P.R. 205 (HC) ; *Television New Zealand v. Newsmonitor Service Ltd.*, 27 I.P.R. 441 (HC) ; *Copyright Licencing Ltd. v. University of Auckland*, [2002] 3 N.Z.L.R. 76 (HC) ; [Inde] *ESPN Star Sports v. Global Broadcast News*, (2008) 38 P.T.C. 477 (Del) ; *University of Oxford v. Rameshwary Photocopy Services*, Delhi HC, 9 décembre 2016 ; [Malaisie] *MediaCorp News Pte Ltd. v. MediaBanc Sdn Bhd*, [2010] 6 M.L.J. 657 (H.C.) ; [Afrique du Sud] *Moneyweb c. Media 24*, [2016] 3 All. S.A. 193 (GJ).

33. À l'exception du Kenya : *Communications Commission of Kenya c. Royal Media Services*, [2014] eKLR.

comme une exception au droit d'auteur, à laquelle on devait donner une interprétation étroite, et non pas comme un quelconque nouveau droit positif accordé aux utilisateurs.

Contrairement à la Cour suprême du Canada, ces tribunaux ont estimé que l'on devait juger du caractère équitable d'une pratique systématique de reproduction du point de vue de celui qui effectuait l'acte réservé et non pas de l'utilisateur final à qui on le destinait et le vendait. Ainsi, dans la décision *Ashdown*³⁴, le tribunal a examiné la défense d'utilisation équitable sous l'angle du journal et non pas sous celui de ses lecteurs. Dans le jugement *EWCB*³⁵, la Cour l'a étudiée du point de vue du fournisseur d'une application qui permettait de recevoir des extraits des matchs sportifs et non pas du point de vue de l'utilisateur du téléphone cellulaire qui les regardait. Dans la décision *Warner Music*³⁶, la *High Court* a rejeté une défense de l'exploitant d'un site en ligne qu'il basait sur un droit de copie privée de l'utilisateur. De même, la Cour néo-zélandaise, dans la décision *Television New Zealand*³⁷, a rejeté la défense d'utilisation équitable d'un fournisseur de services de surveillance média qui vendait des transcriptions d'émissions de nouvelles à ses clients. Il leur a paru manifeste que, dans le cas d'une politique générale, on doit procéder ainsi, sinon, par exemple, on permettrait une exploitation commerciale par des entreprises qui s'enrichissent en copiant, même si elles ne mettent qu'une partie minime des œuvres à la disposition de chaque client pris individuellement. Comme l'a écrit le juge néo-zélandais Blanchard³⁸ très souvent cité par la suite dans les autres juridictions :

Une entreprise de surveillance de nouvelles est de nature parasitaire. Pourquoi profiterait-elle d'un tour gratuit sur le dos d'un télédiffuseur qui a investi un temps et des sommes considérables à produire des bulletins de nouvelles et des émissions d'affaires publiques qui forment la source des transcriptions ?³⁹

34. *Ashdown c. Telegraph Group*, [2001] E.W.C.A. Civ. 1142 ; [2001] All E.R. 666, par. 26-31.

35. *Eng. & Wales Cricket Bd. Ltd. v. Tixdaq Ltd.*, [2016] E.W.H.C. (Ch) 575 (Eng.), par. 136-151.

36. *Warner Music and al. c. TuneIn*, [2019] E.W.H.C. 2923 (Ch), par. 184.

37. *Television New Zealand v. Newsmonitor Service Ltd.*, [1994] 2 N.Z.L.R. 91, 27 I.P.R. 441 (HC). Cet arrêt a été suivi dans *Copyright Licencing Ltd. v. University of Auckland*, [2002] 3 N.Z.L.R. 76 (HC), par. 53-54.

38. *Television New Zealand v. Newsmonitor Service Ltd.*, préc., note 32.

39. [Notre traduction]. Texte original en anglais : « A news monitoring business is parasitic. Why should it have a free ride on a broadcaster which has put a considerable amount of time and money into producing the news and current affairs programmes which are the sources for the transcripts. »

Dans l'affaire *York*, le juge de la Cour fédérale, en première instance, a jugé que la politique institutionnelle de copie n'était pas équitable, tant du point de vue de l'établissement que de celui des étudiants⁴⁰. Pour lui, la reproduction à York demeurait une « vaste entreprise à grande échelle »⁴¹, qui visait d'abord une réduction de coûts pour l'institution, même menée à des fins éducatives sans but lucratif.

La Cour d'appel fédérale, après avoir mis en relief que l'analyse de la Cour suprême dans *CCH* avait bel et bien été effectuée du point de vue de l'institution, la Grande Bibliothèque, et de sa politique, a conclu – avec justesse selon nous – que « [l]orsqu'un établissement revendique l'utilisation équitable en se fondant sur sa pratique générale, c'est le point de vue de cet établissement qui importe »⁴².

Notons, par ailleurs, que la Cour d'appel fédérale a opiné aussi que les constatations factuelles du juge de première instance sur l'absence de garantie du respect des politiques⁴³ indiquaient « clairement qu'il y avait iniquité »⁴⁴. La Cour d'appel du Québec avait déjà jugé de son côté, en autorisant une action collective contre l'Université Laval, qu'il revenait à l'établissement d'enseignement de démontrer non seulement que sa politique est équitable en théorie, mais que « son utilisation des œuvres se fait dans le respect de sa Politique »⁴⁵. Pour sa part, en refusant de se prononcer, la Cour suprême a également laissé entière la question de savoir s'il importe de démontrer qu'une politique institutionnelle de reproduction est équitable non seulement en théorie, mais aussi dans son application et le contrôle qu'on en fait⁴⁶.

40. *Canadian Copyright Licensing Agency c. Université York*, préc., note 3, par. 264.

41. *Ibid.*, par. 344.

42. *Université York c. Canadian Copyright Licensing Agency*, préc., note 9, par. 239.

43. Et non pas de « présumés objectifs commerciaux » comme la juge Abella leur en fait à tort le reproche dans son jugement.

44. *Université York c. Canadian Copyright Licensing Agency*, préc., note 9, par. 241.

45. *Société québécoise de gestion collective des droits de reproduction (Copibec) c. Université Laval*, 2017 QCCA 199, par. 73.

46. C'est là que le bât blesse toujours. Considérant le grand nombre des personnes qui se livrent à la reproduction et la diffusion – employés, professeurs et étudiants –, l'ampleur astronomique du nombre de copies et la variété significative des œuvres utilisées, s'assurer qu'une politique, de surcroît complexe, est respectée à la lettre relèverait, pour une université, du prodige. À cet égard, la conclusion d'une licence générale avec une société de gestion, qui met à sa disposition un répertoire considérable d'ouvrages apparaît, à l'évidence, de nature à lui rendre la gestion plus aisée.

2. *Doit-on accorder une importance déterminante à la disponibilité d'une licence ?*

Le second volet du test en trois étapes exige que l'exception au droit d'auteur « n'entre pas en conflit avec une exploitation normale de l'œuvre ». Le rapport de la Commission de Stockholm, qui a adopté l'article 9.2 de la *Convention de Berne*, comporte à son propos une déclaration explicative, illustrée par des exemples concernant précisément la reprographie :

À titre d'exemple pratique, la photocopie dans divers buts peut être mentionnée. Si elle consiste dans la confection d'un très grand nombre d'exemplaires, elle ne peut pas être permise, car elle porte atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre.

À cet égard, les tribunaux étrangers ont toujours considéré que l'existence d'une solution de rechange représentait un aspect déterminant parmi les critères pour juger de l'équité d'une utilisation. Dans l'arrêt *Hyde Park*⁴⁷, la Cour d'appel d'Angleterre a souligné toute l'importance de cet élément. Elle a décidé qu'il n'était pas indispensable de reproduire des photos dans un article, pour relater un événement, alors que le texte suffisait à le faire, et l'on a dès lors rejeté la défense d'utilisation équitable⁴⁸ du journal.

Même sous l'angle du *fair use* aux États-Unis, que l'on sait plus large que l'utilisation équitable, les juridictions supérieures ont décidé qu'il s'agissait là d'un critère fondamental. La disponibilité d'une licence, même pour une version numérique et même pour un prix en apparence élevé en proportion des coûts pour l'éditeur, doit obligatoirement être prise en compte dans l'évaluation du caractère équitable ou non d'une utilisation à des fins d'enseignement⁴⁹.

Quoique plusieurs intervenantes aient soulevé ces arguments et déposé ces décisions des juridictions étrangères devant elle, la Cour suprême n'en a évidemment fait aucune mention dans son arrêt. On serait en droit de s'attendre à ce qu'elle ne les ignore pas encore, si la question de l'interprétation de l'exception à des fins éducatives venait à se retrouver soulevée de nouveau dans un

47. *Hyde Park Residence c. Yelland*, [2001] Ch. 143 (CA).

48. *Ibid.*, par. 40 et 41.

49. *Cambridge University Press v. Becker*, 863 F. Supp. 2d 1190 (N.D. Ga 2012) ; *Cambridge University Press c. Patton*, 769 F.3d 1232 (11th Cir. 2014) ; *Cambridge University Press v. Albert*, 906 F.3d 1290 (11th Cir. 2018), p. 1295.

pourvoi. Ne conviendrait-il pas d'expliquer, si tel était le cas, en quoi une exploitation des œuvres de cette nature et d'une telle ampleur serait équitable au Canada sans l'être nulle part ailleurs dans le monde ? L'exemple des licences globales négociées, au Québec, depuis des décennies – comme solution alternative garante d'un équilibre entre les parties qui facilite la gestion des droits pour les utilisateurs tout en assurant la rémunération des auteurs et des éditeurs – ne mériterait-il pas l'attention du plus haut tribunal ? On se serait attendu à le lire sur ces sujets.

C- Peut-on ignorer le droit moral ?

L'auteur d'une œuvre possède, en droit canadien, non seulement des droits patrimoniaux, mais aussi un droit moral personnel, inaliénable et incessible⁵⁰. Cela oblige l'utilisateur à faire une mention appropriée du nom du créateur et permet à l'auteur de réprimer toute altération préjudiciable à son ouvrage. On peut y renoncer, mais à des conditions strictes que précise notre droit civil⁵¹. La reproduction mécanique ou numérique est susceptible de porter atteinte au droit moral, dès lors qu'on sélectionne et qu'on ampute des parties de l'œuvre ou que l'on omet d'identifier correctement l'auteur dans toute reproduction⁵². Lorsqu'un auteur accorde une autorisation de reproduction, directement ou par une société de gestion mandatée à cette fin, on peut certainement inférer son consentement aux conditions de licence, en particulier sur la quotité du texte reproduite. Au contraire, en l'absence de licence, on ne le peut absolument pas.

Par comparaison avec les articles 29.1 et 29.2 de la *Loi sur le droit d'auteur*, qui n'obligent l'utilisateur qu'à la mention de la source et du nom de l'auteur si elle y apparaît, l'article 29 sur l'utilisation équitable n'écarte nullement le droit moral de l'auteur. Toute reproduction effectuée par un préposé d'un établissement scolaire doit donc respecter scrupuleusement les principes du droit moral. Lorsqu'un établissement favorise la reproduction en nombre, sans autorisation ni rétribution, par une politique institutionnelle qui invoque l'« utilisation équitable », la pratique montre que cela

50. *Loi sur le droit d'auteur*, préc., note 2, art. 14.1, 14.2, 28.1, 28.2 et 34.2. Voir *Théberge c. Galerie d'art du Petit Champlain inc.*, préc., note 13.

51. Daniel Payette, « Le droit moral de l'auteur et la renonciation à des composantes du droit moral », dans S.F.C.B.Q., vol. 415, *Développements récents en droit du divertissement 2016*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2016, p. 57.

52. Voir *Théberge c. Galerie d'art du Petit Champlain inc.*, préc., note 13, par. 15-19. Voir aussi : *Snow c. Centre Eaton*, (1982) O.J. No. 3645, 70 C.P.R. (2d) 105 (H.C. Ont.).

engendre de nombreuses violations du droit moral. L'Université Laval, qui faisait face à une action collective, a dû indemniser bon nombre d'auteurs, dans le cadre d'un règlement à l'amiable, pour de telles violations qu'on avait identifiées⁵³.

Rappelons que la politique institutionnelle de York ne comportait qu'un rappel de l'obligation de mention du nom de l'auteur lorsque la « source » l'identifiait, sans aucune autre consigne relative au droit moral. Or, la Cour suprême n'a toujours abordé la question de l'utilisation équitable que sous le seul angle d'une violation potentielle des droits patrimoniaux. Cela tient sans doute à ce que les parties se trouvant devant elle géraient les droits d'autrui et n'étaient pas elles-mêmes des auteurs. Comme le droit moral appartient, par nature, à la catégorie des droits les plus fondamentaux de la personne humaine⁵⁴, d'ordre public, qu'un tribunal devrait soulever de son propre chef⁵⁵, le plus haut tribunal pourrait-il continuer d'ignorer plus longtemps la question de savoir si une politique institutionnelle qui engendre des violations du droit moral pourrait continuer d'être « équitable » ? Elle devrait, à notre avis, aborder cette question du respect du droit à revendiquer la création et d'empêcher les atteintes préjudiciables, comme un des critères applicables pour déterminer l'équité d'une utilisation, même dans le cas où l'action serait, de nouveau, mue par une société de gestion collective.

III- CONCLUSION : LES CONSÉQUENCES DU JUGEMENT

La Cour suprême a donc renvoyé les parties à d'autres litiges devant d'autres forums sans trancher ces questions importantes.

La société de gestion devra éventuellement s'en remettre à une action collective des auteurs et éditeurs⁵⁶, à un recours regroupé, ou à des procédures individuelles. De leur côté, les établissements d'enseignement pourront continuer de souscrire des licences négociées pour

53. *Société québécoise de gestion collective des droits de reproduction (Copibec) c. Marchand*, 2018 QCCS 4901, art. 7 de l'*Entente de règlement hors cour des 19 et 21 juin 2018* jointe. Par exemple : le nom de l'auteur est omis ou le texte est attribué à un autre, on insère des commentaires – parfois désobligeants – sur l'extrait choisi, on fait du découpage du texte pour coller de nombreux extraits ensemble, on ne reproduit que la moitié du poème alors qu'on aurait pu le faire au long, on ampute un texte de manière à en changer la signification, etc.

54. *Cinar Corporation c. Robinson*, 2013 CSC 73.

55. *Desputeaux c. Éditions Chouette (1987) inc.*, [2001] R.J.Q. 945 (QC C.A.), inf. par 2003 CSC 17, mais sur la compétence arbitrale, non sur ce point.

56. Daniel Payette et Massicotte Annie, « L'action collective au secours du droit d'auteur », (2020) 32 *C.P.I.* 491.

circonscrire l'utilisation équitable et se mettre à l'abri de procédures, comme elles le font intelligemment au Québec⁵⁷, ou soulever de nouveau l'incertaine défense d'utilisation équitable au risque de devoir déboursier dans une décennie d'importants dommages matériels, moraux et exemplaires.

Il serait sans doute heureux que, contrairement à notre plus haut tribunal, le législateur fédéral examine dès maintenant les solutions qu'on a apportées à l'étranger pour circonscrire l'utilisation équitable à des fins d'enseignement. Ainsi, en Grande-Bretagne en 2014, on a intégré dans le texte de la loi la règle, d'abord établie par la jurisprudence, que l'exception à des fins éducatives ne s'applique que lorsqu'il n'est pas raisonnablement possible d'obtenir une licence d'une société de gestion⁵⁸. Rappelons que le Comité permanent du Patrimoine canadien de la Chambre des communes, dans son rapport intitulé *Paradigmes changeants*, recommandait dans le même sens que l'exception d'utilisation équitable « ne s'applique pas aux établissements d'enseignement si l'œuvre est accessible sur le marché »⁵⁹ et que le Gouvernement du Canada fasse la promotion d'un retour aux licences par l'entremise des sociétés de gestion⁶⁰.

Il nous apparaîtrait préférable que le gouvernement canadien se saisisse du problème engendré par la « doctrine moderne » de la Cour suprême afin d'éviter de se retrouver accusé par la communauté des nations de ne pas respecter ses engagements internationaux, en

57. Ministère de l'Éducation et de l'Enseignement supérieur, *Les exceptions à la Loi sur le droit d'auteur en milieu scolaire*, juin 2016 : « Au chapitre de l'utilisation équitable, le ministère de l'Éducation et de l'Enseignement supérieur, en négociant des licences avec les sociétés de gestion du droit d'auteur, vise à atteindre un équilibre entre le droit de l'utilisateur d'avoir accès à des œuvres et le droit des auteurs de recevoir une juste rémunération. Les licences déterminent des balises selon lesquelles les reproductions sont autorisées. Ces balises guident le personnel scolaire, qui n'a donc pas à connaître la Loi en profondeur et à procéder à une analyse poussée selon les six critères pour chaque reproduction. Les licences protègent également le personnel scolaire contre des poursuites pour une reproduction d'œuvre qui serait jugée non équitable par un ayant droit. »

58. Art. 36(6) du *Copyright, Design and Patents Act 1988*, de Grande-Bretagne, amendé par *The Copyright and Rights in Performance (Research, Education, Libraries and Archives) Regulations 2014* (S.I. 2014/1372) reg. 1, 4(3).

59. La première définition qu'on trouve, à l'article 2 de la *Loi sur le droit d'auteur*, est celle de « accessible sur le marché ». Est considérée telle, une œuvre qu'on peut se procurer au Canada ou pour laquelle on peut obtenir une licence d'une société de gestion à un prix et dans des délais raisonnables.

60. Chambre des communes, *Paradigmes changeants*, Rapport du Comité permanent du Patrimoine canadien, 42^e législature, 1^{re} session, mai 2019, recommandations 18 et 19.

regard de la protection des droits d'auteur⁶¹, et pour que l'utilisation équitable – défense préférée des contrefacteurs à l'heure actuelle – ne devienne une boîte de Pandore tant pour les ayants droit d'auteur que pour les grands utilisateurs, en particulier les établissements scolaires de tous ordres.

61. Office of the United States Trade Representative, *2020 Special 301 Report*, Washington, 2020, p. 79 ; Commission européenne, *Report on the protection and enforcement of intellectual property rights in third countries*, Bruxelles, 2020, p. 47-48.