

Vol. 22, n° 3

Droit des utilisateurs en droit d'auteur canadien

Gilles de Saint Exupéry*

Sommaire	779
1. LE DROIT TIMIDE DES UTILISATEURS	781
1.1 Un fondement législatif	781
1.1.1 Origines historiques	781
1.1.2 À l'heure actuelle	781
1.2 Nécessité d'une interprétation jurisprudentielle	782
1.2.1 L'étude privée	783
1.2.2 La recherche	783
1.2.3 La critique	784
1.2.4 Le compte rendu	785
1.2.5 Communication des nouvelles	785
2. L'ÉMERGENCE DU DROIT DES UTILISATEURS	786

© Gilles de Saint Exupéry, 2010.

* LL.M. Droit des technologies de l'information – Université de Montréal.

2.1	La consécration d'un nouveau droit	786
2.1.1	Le standard de l'utilisation équitable	786
2.1.2	L'interprétation jurisprudentielle	787
2.2	Nouveaux et grands enjeux	790

Sommaire

La propriété intellectuelle met en place un système de protection des créations de l'esprit à la faveur de l'auteur ou de l'inventeur. Au Canada notamment cette matière se divise en deux, la propriété industrielle d'un côté, et le droit d'auteur et les dessins industriels de l'autre. C'est cette dernière catégorie qui va nous intéresser, et plus particulièrement le droit d'auteur relatif aux *œuvres originales artistiques, dramatiques, musicales, architecturales et littéraires*. Une œuvre est protégée par le droit d'auteur dès le moment où une idée originale est fixée sur un support par l'auteur. En effet, seule la représentation de l'idée par l'auteur est protégeable, non l'idée en soi. Dès l'instant où cette idée est fixée, l'œuvre que cette dernière constitue est protégée par le droit d'auteur sans qu'aucune autre condition n'ait besoin d'être remplie.

Au Canada, cette matière de compétence fédérale¹ est régie par la *Loi sur le droit d'auteur*², qui reconnaît un droit moral³ et un droit patrimonial⁴ sur les œuvres. Le droit moral englobe tous les aspects non patrimoniaux de l'œuvre, et plus particulièrement le fait de ne pouvoir dénaturer une œuvre (*intégrité de l'œuvre*) et le droit de paternité de l'œuvre reconnu à l'auteur pour toute utilisation de celle-ci. Ce type de droit n'est pas reconnu par le copyright américain, contrairement aux droits patrimoniaux. Ces derniers constituent l'aspect économique de l'œuvre. L'auteur, ou l'ayant droit, dispose d'un monopole⁵ d'utilisation sur son œuvre, toute utilisation devant faire l'objet d'une autorisation par ces derniers. Le droit d'auteur canadien est un système d'inspiration mixte puisqu'en matière de droit économique celui-ci se rapproche du copyright américain, alors que la protection des droits moraux est clairement d'inspiration civiliste.

1. *Loi constitutionnelle de 1867*, par. 91(23).

2. *Loi sur le droit d'auteur*, L.R.C. (1985), c. C-42 (aux présentes : la *Loi*).

3. Art. 14.1 de la *Loi*.

4. Art. 3 de la *Loi*.

5. Pour plus de détails : MOYSE (Pierre-Emmanuel), « La nature du droit d'auteur : droit de propriété ou monopole », (1998) 43 *Revue de droit de McGill* 507.

L'aspect économique trouve sa source dans un des fondements du droit d'auteur qui est de favoriser la création artistique en encourageant les auteurs à produire des œuvres grâce auxquelles ils pourront vivre, en partie, de leur travail. L'autre fondement est de favoriser la diffusion des œuvres au public. Le droit d'auteur, à l'image de Thémis, doit trouver un juste équilibre entre le monopole accordé aux auteurs pour la diffusion de leurs œuvres et le droit des utilisateurs à avoir accès à la culture.

Cet équilibre est dur à trouver et jusqu'à présent la balance a inexorablement penché en faveur du droit des auteurs plutôt que du droit des utilisateurs. L'apparition des nouveaux moyens de diffusion de l'information et plus particulièrement le passage de l'analogique au numérique, du support matériel à immatériel des œuvres va considérablement changer la donne. Dès lors le système actuel du droit d'auteur qui repose sur le contrôle de la reproduction de l'œuvre est beaucoup plus difficile à assurer.

Alors que les ayants droit défendent l'idée que télécharger une œuvre artistique sur un réseau « peer-to-peer » équivaut à du vol à l'étalage, d'autres s'inscrivent plus dans la lignée de Thomas Jefferson :

Celui qui reçoit de moi une idée n'amoin-drit pas celle que je possède, à l'instar de la personne qui, allumant sa chandelle à la mienne, acquiert de la lumière sans m'en priver.⁶

Le partage de fichier numérique ne dépossède pas le propriétaire initial du fichier, contrairement au prêt d'un CD. Ce bouleversement entraîné par l'arrivée du numérique et d'Internet remet en cause le modèle d'affaire sur lequel était fondé la rémunération des ayants droit et fait ressurgir l'idée d'un droit des utilisateurs qui jusqu'à présent était resté dans l'ombre :

Les dérogations au droit d'auteur font aujourd'hui l'objet de débats virulents, non seulement juridiques mais aussi politiques, et les prises de positions s'avèrent parfois radicales.⁷

Il convient alors de poser la question suivante : Quels sont les droits des utilisateurs en droit d'auteur canadien ?

6. Thomas JEFFERSON, *Lettre à Isaac Mcpherson*, Monticello, 13 août 1813.

7. EL KHOURY (Pierre), *Le Fair Use et le Fair Dealing*, étude de droit comparé, Montréal, Thémis, 2007, p. 5.

Nous répondrons à cette question en deux parties. Nous verrons que les exceptions au droit d'auteur sont reconnues par la *Loi* et qu'elles nécessitent une interprétation jurisprudentielle qui va permettre d'étendre leur portée, jusqu'à reconnaître un droit des utilisateurs à l'égal de ceux des auteurs.

1. LE DROIT TIMIDE DES UTILISATEURS

Nous analyserons les fondements législatifs de l'exception au droit d'auteur reconnue aux utilisateurs par la *Loi*, puis verrons comment la jurisprudence va préciser la première condition à remplir pour s'en prévaloir.

1.1 Un fondement législatif

1.1.1 Origines historiques

La notion d'utilisation équitable est apparue en 1921 dans la *Loi canadienne*⁸, directement inspirée d'une loi anglaise de 1911⁹. La première affaire à traiter de cette notion fut celle de *Zamacois*¹⁰ en 1943. La Cour suprême fera alors référence à des décisions anglaises et des auteurs français et tranchera pour la non-reconnaissance d'une utilisation équitable en l'espèce. La Cour énonce la manière dont les juges doivent procéder pour analyser si l'utilisation est équitable. Chaque affaire doit être traitée au cas par cas, la quantité de l'œuvre reproduite n'est pas en soi déterminante et il faut prendre en compte « la concurrence potentielle que la reproduction est susceptible d'exercer sur le marché de l'œuvre reproduite ». En l'espèce la Cour interprétera le « Fair Dealing » de manière restrictive, ce qui sera la tendance majoritaire jusqu'à l'affaire *Théberge c. Galerie d'Art du Petit Champlain inc.*¹¹ en 2002.

1.1.2 À l'heure actuelle

Selon l'article 89 de la *Loi* « Nul ne peut revendiquer un droit d'auteur autrement qu'en application de la présente loi ou de toute autre loi fédérale ». Le droit des utilisateurs est reconnu, lui, à titre d'exception au droit des auteurs par les articles 29 à 29.2 sous le

8. L.C. 1921, c. 24.

9. EL KHOURY (Pierre), *supra*, note 7, p. 60.

10. *Zamacois c. Douville*, (1943), 2 C.P.R. 208 (C. d'É.).

11. *Théberge c. Galerie d'Art du Petit Champlain inc.*, [2002] 2 R.C.S. 336 (aux présentes : *Théberge*).

vocable d'« utilisation équitable » ou « Fair Dealing »¹². L'utilisation d'une œuvre dans les conditions énoncées par la *Loi* à ces articles ne va pas constituer une violation du droit des auteurs. L'utilisateur doit se situer dans l'un des cinq cas prévus, soit *l'étude privée* ou la *recherche* (art. 29), la *critique* et le *compte rendu* (art. 29.1) et la *communication des nouvelles* (art. 29.2). En plus de cette situation factuelle, l'utilisateur doit faire une utilisation équitable de l'œuvre, sans l'intention de faire un gain (art. 29.3)¹³ tout en respectant le droit moral de l'auteur, à savoir citer la source (art. 29.1 et 29.2).

Il y a donc quatre conditions à remplir pour pouvoir prétendre être un utilisateur bénéficiant d'une exception au droit d'auteur ; cependant, la notion d'utilisation équitable de l'œuvre n'est pas définie dans la loi. Dès lors, au fur et à mesure des affaires cette notion sera précisée par les juges. Aux États-Unis, la situation est inverse puisque les cas factuels dans lesquels doit se situer l'utilisateur ne sont pas limités par une liste exhaustive ; par contre, la notion d'utilisation équitable doit remplir, elle, plusieurs conditions précises énumérées à l'article 107 du *Copyright Act*¹⁴.

L'article 89 de la *Loi* limite l'interprétation jurisprudentielle par les juges, ce qui pourrait expliquer entre autres l'interprétation restrictive de la *Loi* jusqu'à l'affaire *Théberge* de 2002. Il semble aussi que l'arrivée du numérique ait obligé la Cour à donner un nouvel élan à cette notion pour une meilleure harmonie avec l'évolution technologique.

Malgré le principe de l'article 89 de la *Loi*, les exceptions au droit d'auteur ne sauraient être appliquées sans interprétation jurisprudentielle.

1.2 Nécessité d'une interprétation jurisprudentielle

Ainsi, pour se prévaloir de l'exception de « Fair Dealing », l'utilisateur doit reproduire l'œuvre dans l'un des cinq buts énumérés par la *Loi* aux articles 29 à 29.2, soit *étude privée*, *recherche*, *cri-*

12. Nous nous limiterons ici à ces articles, les articles 29.4 à 32.2 s'appliquant à des cas spécifiques. L'exception pour copie privée à l'article 80 ne s'applique, elle, qu'en matière musicale et nous pensons qu'elle est finalement une sous-catégorie au « Fair Dealing ».

13. HANDA (Sunny), *Copyright law in Canada*, Markham, Butterworths, 2002 ; *CCH c. Barreau du Haut Canada*, (2004), 34 C.P.R. (4th) 1 (C.S.C.) (aux présentes : *CCH*).

14. *Copyright Act*, 1911, 1-2 Geo. 5, c. 46.

tique, compte rendu et communication des nouvelles. Cette liste est limitative, aucune autre utilisation de l'œuvre n'étant pas comprise dans ces catégories ne pouvant être admise. Ces notions, à la différence du principe d'« utilisation équitable », paraissent à première vue facilement définissables. Elles semblent clairement délimitées et peu propices à l'interprétation. Pourtant, tel n'est pas le cas puisque plusieurs décisions de la Cour suprême vont les préciser.

1.2.1 *L'étude privée*

*Boudreau c. Lin*¹⁵

Dans cette affaire, un professeur avait publié à son nom la présentation faite par un de ses étudiants lors de son cours dans un recueil de l'université. Le juge ne considérera pas que le professeur avait repris l'œuvre de son élève à des fins d'étude privée puisqu'il l'avait publiée dans le but de rendre cette œuvre disponible à tous les élèves. Pour que l'étude soit considérée privée, celle-ci ne doit pas être rendue disponible au public, à tout le moins la partie reproduisant l'œuvre protégée.

*Breen c. Hancock House Publisher Ltd.*¹⁶

Dans cette affaire, le défendeur avait reproduit une partie de la thèse du demandeur dans un livre sans autorisation et prétendait que son utilisation était légitime du fait qu'il n'avait emprunté qu'une partie non substantielle de l'œuvre de l'auteur. La cour rejette la qualification d'« utilisation équitable » au motif que, peu importe la quantité reproduite, si celle-ci constitue « sur le plan qualitatif »¹⁷ une représentation du savoir et du travail de l'auteur de l'œuvre reproduite.

1.2.2 *La recherche*

*Hager c. ECW Press Ltd.*¹⁸

Dans cette affaire, dont nous ne reprendrons pas les faits, la Cour a considéré qu'en cas de reproduction d'une œuvre pour des fins de recherche il ne doit pas y avoir de diffusion au public, sous peine de sortir du cadre de la recherche.

15. *Boudreau c. Lin*, (1997), 75 C.P.R. (3d) 1 (C. d'Ont.).

16. *Breen c. Hancock House Publisher Ltd.*, (1985), 6 C.P.R. (3d) 433 (C.F.P.I.).

17. *Ibid.*, par. 2.

18. *Hager c. ECW Press Ltd.*, (1998), 85 C.P.R. (3d) 289 (C.F.P.I.).

*CCH c. Barreau du Haut Canada*¹⁹

Cette affaire, qui va confirmer l'émergence du *droit des utilisateurs*, pose des critères d'appréciations de la notion d'utilisation équitable sur lesquels nous reviendrons. De plus, la Cour déclare que la recherche à des fins commerciales n'est pas *de facto* inéquitable, mais c'est un facteur à prendre en compte dans la balance.

1.2.3 La critique

Cette notion est particulièrement controversée puisque son interprétation peut être source de divergence. La première affaire traitée par la Cour suprême en matière de « Fair Dealing », *Zamacoïs*, portait sur l'exception aux fins de critique. La Cour avait considéré que la reproduction intégrale d'une œuvre, en l'espèce un article de journal, à la suite d'un article critiquant l'œuvre reproduite ne constituait pas une utilisation équitable. Dans cette affaire, la cour s'était inspirée de la jurisprudence française.

La divergence d'interprétation va naître en matière de parodie. La critique englobe-t-elle la parodie ? La Cour fédérale répondra par la négative dans l'affaire *Michelin*²⁰. La notion de critique doit être comprise restrictivement : « dans la jurisprudence canadienne et celle du Commonwealth, la parodie n'a jamais été regardée comme une critique, bien que le terme critique n'y soit pas limité à la « critique littéraire » »²¹.

La Cour d'appel du Québec va créer émoi et surprise lorsque, dans la décision *Production Avanti Ciné Vidéo inc. c. Favreau*²², la parodie va recevoir son titre de noblesse en étant adoubée critique : « [...] la critique d'une œuvre intellectuelle ou artistique n'est pas que sérieuse ou savante ; elle peut aussi être humoristique ou drôle [...] »²³.

Récemment, la Cour supérieure du Québec s'est prononcée sur l'exception de critique dans une affaire opposant « Le journal de Québec » à son syndicat qui avait repris le logo du journal sur des bande-

19. Voir *CCH*, *supra*, note 13.

20. *Compagnie générale des établissements Michelin – Michelin & Cie c. C.A.W. – Canada*, (1996), 71 C.P.R. (3d) 348 (C.F.P.I.).

21. *Ibid.*, n° 61.

22. *Production Avanti Ciné Vidéo inc. c. Favreau*, [1999] R.J.Q. 1939 (C.A. Qué.).

23. MARTIN (Stefan), « Le droit d'auteur en mouvement : chronique de l'année 2007 », (2008) 20 :2 *Cahiers de propriété intellectuelle* 559.

roles sans autorisation. Le syndicat se défendra sous l'exception de critique mais celle-ci sera rejetée par le juge qui considère qu'une nouvelle œuvre n'a pas été créée. Stefan Martin relève que le geste du syndicat « n'avait pas pour but de critiquer l'œuvre artistique mais bien le titulaire du droit d'auteur »²⁴.

La Cour suprême de Colombie-britannique va déclarer dans l'affaire *Canwest Media Works Publications Inc. c. Horizon*²⁵ que la critique, retenue au titre d'exception au droit d'auteur, n'inclut pas la parodie. Cette position tranchée s'inscrit à contre-courant de la tendance jurisprudentielle actuelle de la Cour suprême du Canada, qui est d'interpréter extensivement les exceptions au droit d'auteur. Comme le soulève Stefan Martin, « La parodie est un genre artistique qui enrichit le monde de la création, qui favorise la liberté d'expression et qui participe ainsi aux objectifs poursuivis par la Loi »²⁶.

Il conviendra à l'image de la législation française que cette forme de critique soit reconnue comme une exception au droit d'auteur, comme le préconise Beaumarchais : « Sans la liberté de blâmer, il n'est point d'éloge flatteur »²⁷.

1.2.4 Le compte rendu

Cette exception au droit d'auteur n'a été retenue que deux fois devant les juridictions canadiennes, comme le relève Pierre El Khoury²⁸. Il explique à ce propos que pour être reconnu comme équitable, l'utilisation d'une œuvre à titre « de compte rendu doit se faire dans un but de critique ou d'évaluation », le simple fait de synthétiser l'œuvre ne suffit pas.

1.2.5 Communication des nouvelles

Cette exception a elle aussi été peu soulevée dans la jurisprudence canadienne. Nous noterons deux affaires s'y référant. Tout d'abord, *Allen c. Toronto Star Newspaper Ltd.*²⁹, où la Cour d'appel a

24. *Ibid.*, p. 550.

25. *Canwest Media Works Publications Inc. c. Horizon*, 2008 BCSC 709, §14.

26. MARTIN (Stefan) *et al.*, « Le droit d'auteur en mouvement : chronique de l'année 2008 », (2009) 21 :3 *Cahiers de propriété intellectuelle* 636.

27. BEAUMARCHAIS (Pierre-Augustin), *Le mariage de Figaro*, Acte V scène 3 : monologue de Figaro.

28. EL KHOURY (Pierre), *supra*, note 7, p. 144.

29. *Allen c. Toronto Star Newspaper Ltd.* (1997), 78 C.P.R. (3d) 115 (C. div. d'Ont.).

créé la surprise en interprétant largement la notion d'utilisation équitable, mais sans pour autant préciser la portée de la catégorie « communication de nouvelles ». Plus récemment, la Cour du Québec³⁰ a accepté la qualification de « Fair Dealing » à une « émission d'information publique » ayant diffusé l'extrait d'une publicité. Cette décision s'inscrit dans la lignée jurisprudentielle de la Cour suprême du Canada par son interprétation extensive, à tout le moins non restrictive de la notion de « Fair Dealing ».

Malgré les précisions de la *Loi* et son article 89, le juge dispose d'une certaine liberté pour décider s'il y a eu ou non utilisation équitable. Les cinq catégories que nous venons de présenter ne sont que la première condition que l'utilisateur doit remplir s'il souhaite pouvoir se défendre au titre de l'exception au droit d'auteur. En effet, après avoir démontré qu'il entre bien dans l'une de ces catégories, le juge va analyser au cas par cas si l'utilisation de l'œuvre a été faite de manière équitable³¹. Cette deuxième condition non définie par la *Loi* laisse la porte ouverte à l'analyse des juges, qui depuis l'arrêt *Théberge* vont avoir tendance à l'interpréter extensivement, au profit du droit des utilisateurs.

2. L'ÉMERGENCE DU DROIT DES UTILISATEURS

2.1 La consécration d'un nouveau droit

2.1.1 *Le standard de l'utilisation équitable*

L'utilisation équitable est une notion à contenu variable, « une notion dont le signifiant, le contenant, reste fixe alors que le signifié, le contenu, évolue dans le temps et dans l'espace »³². On peut également classer cette notion comme un standard dogmatique³³ : par sa nature malléable, elle vise à s'adapter à la société dans laquelle elle s'applique sous la forme d'un objectif à atteindre.

30. *Clinique de lecture et d'écriture de La Mauricie inc. c. Groupe TVA inc.*, 2008 QCCQ 4097.

31. EL KOUHRY (Pierre), *supra*, note 7, p. 150.

32. LEGROS (Robert), « Les notions à contenu variable en droit pénal », dans *Les notions à contenu variable en droit*, PERELMAN (Chaïm) *et al.* (sous la direction), Bruxelles, Bruylant, 1984, p. 21, cité par EL KOUHRY (Pierre), *ibid.*, p. 94.

33. LATOUR (Sylvie), *La fonction du standard de haute qualité dans la législation sur la radio et la télévision*, mémoire de maîtrise, Montréal, Faculté des études supérieures, Université de Montréal, 1991.

Le reproche souvent fait à ce type de notion est son caractère flou, imprécis, pouvant conduire à l'imprévisibilité du droit, voire à du pouvoir discrétionnaire. Mais comme l'explique très clairement l'auteur Rials, ce « [...] n'est pas en vérité l'indétermination mais l'indéterminabilité de la norme qui ouvre la voie à du pouvoir discrétionnaire »³⁴. En l'espèce, la notion d'utilisation équitable est déterminable au cas par cas, comme le démontre la jurisprudence canadienne.

Pierre Trudel relève deux avantages au standard. D'une part, il est particulièrement adapté à des milieux susceptibles d'évolution rapide, aussi bien technologique que sociale. D'autre part, la mise en place d'une telle norme dans des secteurs « marqués par la controverse » va favoriser le ralliement des acteurs malgré leurs opinions divergentes³⁵. Ces deux caractéristiques du standard nous semblent particulièrement bien adaptées aux exceptions du droit d'auteur où deux camps s'opposent, les ayants droits et les utilisateurs.

2.1.2 *L'interprétation jurisprudentielle*

Les années 2000 marquent le début d'une nouvelle ère pour le droit des utilisateurs. En parallèle au développement d'Internet qui facilite de manière exponentielle l'accès aux œuvres, la Cour suprême du Canada tend à avoir une interprétation extensive des exceptions au droit d'auteur en reconnaissant pour la première fois « un droit des utilisateurs », au même titre que le droit des auteurs.

Théberge est la première affaire qui fera trembler les ayants droit. Jusqu'à présent, les juridictions canadiennes avaient tendance à analyser de manière restrictive les exceptions au droit d'auteur, et même si l'analyse était extensive, il n'avait jamais été question de mettre sur un même plan le droit des auteurs avec celui des utilisateurs. De plus, jamais la jurisprudence n'avait évoqué les rationalités qui sous-tendent la *Loi sur le droit d'auteur* :

La Loi est généralement présentée comme établissant un équilibre entre, d'une part, la promotion, dans l'intérêt du public, de la création et de la diffusion des œuvres artistiques et intellec-

34. RIALS (Stéphane), *Le juge administratif français et la technique du standard : (essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité)*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1980, cité par LATOUR (Sylvie), *ibid.*

35. TRUDEL (Pierre), « Le standard de programmation de haute qualité dans la législation sur la radio et la télévision », (1988) 34 *McGill Law Journal* 203.

tuelles et, d'autre part, l'obtention d'une juste récompense pour le créateur [...].³⁶

Comme le soulève Daniel Gervais, cet arrêt est marquant car il vient poser le fondement théorique du droit d'auteur au Canada³⁷. À l'image du droit d'auteur français, il cherche un juste équilibre entre le droit de l'auteur pour encourager la création et le droit des utilisateurs pour promouvoir l'accès aux œuvres. Pour donner encore plus de légitimité à ce principe d'équilibre et à la reconnaissance implicite d'un droit des utilisateurs, la Cour ajoute :

Un contrôle excessif de la part des titulaires du droit d'auteur et d'autres formes de propriété intellectuelle pourrait restreindre indûment la capacité du domaine public d'intégrer et d'embellir l'innovation créative dans l'intérêt à long terme de l'ensemble de la société, ou créer des obstacles d'ordre pratique à son utilisation légitime.³⁸

Cette affaire est un premier pas pour la reconnaissance d'un droit des utilisateurs en prônant une interprétation extensive de ces derniers. Deux ans plus tard, l'affaire *CCH* viendra donner *le coup de grâce* aux ayants droit en officialisant l'expression « droits des utilisateurs »³⁹. De plus la Cour déclarera :

Pour maintenir un juste équilibre entre les droits des titulaires du droit d'auteur et les intérêts des utilisateurs, il ne faut pas l'interpréter restrictivement.⁴⁰

Différentes interprétations peuvent être données à cet arrêt mais, selon certains auteurs, l'analyse de cette décision « mène à la conclusion que la Cour a mis sur un pied d'égalité les droits exclusifs des auteurs et le 'droit' des utilisateurs d'utiliser les œuvres en question »⁴¹.

La Cour donne le ton en matière d'interprétation et va guider les juges dans le maniement de la notion d'utilisation équitable en

36. *Théberge*, *supra*, note 11, par. 30.

37. GERVAIS (Daniel), « L'affaire *Théberge* », (2002) 15 *Cahiers de propriété intellectuelle* 6.

38. *Théberge*, *supra*, note 11, par. 32.

39. *CCH*, *supra*, note 19, notamment aux paragraphes 48, 51 et 54.

40. *Ibid.*, par. 48.

41. GERVAIS (Daniel) *et al.*, *Le droit de la propriété intellectuelle*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2006, p. 82.

énumérant six critères⁴², non exhaustifs⁴³, ni obligatoires⁴⁴, à prendre en compte pour qualifier une utilisation équitable ou non :

- Le but de l'utilisation
Les cinq cas factuels ne doivent pas être interprétés restrictivement et *le but ou le motif réel de l'utilisation* doit être recherché de manière objective par le juge⁴⁵.
- La nature de l'utilisation
Elle doit être prise en compte à la lumière notamment des usages de la pratique dans certains domaines d'activités⁴⁶.
- L'ampleur de l'utilisation
Il s'agit aussi d'un facteur important. Alors que l'utilisation d'une *partie infime* d'une œuvre ne constitue pas une atteinte au droit d'auteur, l'inverse n'est pas vrai. L'utilisation de la totalité d'une œuvre n'est pas d'office une utilisation inéquitable. En effet dans certains cas il n'est pas possible de faire autrement (exemple de l'utilisation d'une photo), mais si tel est le cas alors la reproduction doit avoir une utilité⁴⁷.
- Les solutions de rechange à l'utilisation
Celles-ci doivent être prises en compte de deux façons notamment : si l'utilisation d'une œuvre non protégée avait été équivalente, ou si la reproduction de l'œuvre protégée n'était pas nécessaire, cela ferait pencher la balance pour l'utilisation inéquitable⁴⁸.
- La nature de l'œuvre
Ce critère doit aussi être pris en considération. La Cour va donner l'exemple d'une œuvre non publiée qui serait reprise avec la source. Cette reproduction aura permis la diffusion de cette œuvre et pèse donc en faveur d'une utilisation équitable⁴⁹.

42. *CCH*, *supra*, note 19, par. 53.

43. *Ibid.*, par. 60 : « Dans certains cas, d'autres facteurs que ceux énumérés peuvent aider le tribunal à statuer sur le caractère équitable de l'utilisation. ».

44. *Ibid.*, par. 53.

45. *Ibid.*, par. 54.

46. *Ibid.*, par. 55.

47. *Ibid.*, par. 56.

48. *Ibid.*, par. 57.

49. *Ibid.*, par. 58.

- L'effet de l'utilisation sur l'œuvre au niveau économique
La Cour va parler de « concurrence que la reproduction est susceptible d'exercer sur le marché de l'œuvre originale », cependant elle tempère l'importance de ce critère en ajoutant qu'il n'est « ni le seul ni le plus important »⁵⁰. Ce critère, inexistant dans la jurisprudence française, est originaire des jurisprudences anglaises⁵¹ et américaines.

À la lecture des différents critères d'évaluations du caractère équitable ou non de l'utilisation de l'œuvre, on remarque clairement que la Cour est très peu autoritaire dans son style en utilisant notamment le conditionnel sans parcimonie. Cette technique jurisprudentielle s'avère judicieuse pour ne pas fermer la porte à d'autres critères, ni en imposer qui n'auraient pas d'intérêt dans certains cas. L'analyse de cette décision a conduit certains auteurs⁵² à déclarer que la notion de « Fair Dealing » au Canada est *alignée de près sur la doctrine américaine du « fair use »*⁵³, d'autant plus que la Cour reconnaît s'inspirer de la doctrine américaine⁵⁴. L'auteur El Khoury⁵⁵ met également en exergue les similitudes entre les critères proposés par la Cour et ceux mis en place par la jurisprudence anglaise *Hubbard*⁵⁶, d'ailleurs citées à plusieurs reprises dans la décision.

La consécration du droit des utilisateurs au même titre que celui des auteurs est une première. C'est un tournant dans la philosophie du droit d'auteur en rééquilibrant deux intérêts qui peuvent paraître contradictoires, mais qui sont pourtant fondamentaux. La Cour, en choisissant cette nouvelle optique, va donner une nouvelle saveur au droit d'auteur tout entier. La direction que prendra la législation canadienne en la matière devra être le reflet d'un choix de société débattu ouvertement.

2.2 Nouveaux et grands enjeux

Jusqu'à des temps peu éloignés, la question des droits d'auteurs n'avait jamais touché l'opinion publique, les utilisateurs étant peu

50. *Ibid.*, par. 59.

51. Voir par exemple *Ashdown c. Telegraph Group Ltd.*, [2001] EWCA Civ. 1142 (C.A. d'Ang.) [106], cité par Patrimoine canadien, « L'utilisation équitable au Canada », <<http://www2.pch.gc.ca/pc-ch/org/sectr/ac-ca/pda-epb/publctn/cch-2007/102-fra.cfm>>, site visité le 26 avril 2010.

52. GERVAIS (Daniel) *et al.*, *supra*, note 41, p. 84.

53. *Ibid.*

54. *CCH*, *supra*, note 19, par. 53.

55. EL KHOURY (Pierre), *supra*, note 7, p. 110.

56. *Hubbard c. Vosper*, [1972] 1 All E.R. 1023.

concernés par ce droit puisqu'il était pratiquement impossible pour un particulier de l'enfreindre. Ce droit était alors vu comme « outil de la diffusion de la connaissance et du savoir ». Le développement d'Internet va bouleverser ce paradigme. En effet, la grande majorité des internautes ont entendu parler de près ou de loin de la problématique des droits d'auteurs qu'ils voient « comme un outil d'oppression » et d'enrichissement des ayants droit⁵⁷.

Le droit d'auteur a perdu sa popularité auprès des utilisateurs malgré son fondement philosophique qui est de favoriser l'accès à la culture. Aujourd'hui, ce n'est plus le droit d'auteur qui favorise cet accès mais bien la technologie numérique couplée à l'Internet. Il est donc nécessaire de le remettre à l'ordre du jour et c'est probablement ce qu'a tenté de faire la Cour suprême dans ces récentes affaires, à l'image de ce qu'explique Lawrence Lessig : « Times have since changed [...] but the letter of the law hasn't »⁵⁸.

Le droit d'auteur tel que nous le connaissons est fondé sur une technologie dépassée⁵⁹ celle de l'analogique, du support contrôlé par l'ayant droit. L'arrivée du numérique, qui simplifie la copie et la diffusion des œuvres, remet en cause l'ancien mécanisme qui a beaucoup de mal à s'imposer, si ce n'est au prix de procès envers les internautes dont le seul tort est souvent d'avoir voulu accéder à la culture⁶⁰ ! Il est essentiel d'enrichir le débat sur le droit d'auteur à l'heure d'Internet, d'autant plus que ce qui pourrait tuer le web, c'est le système actuel des droits d'auteurs et l'acharnement aveugle de l'industrie de la culture (sic) qui protège « ses rentes » tels des « marchands de tapis »⁶¹. Nous ne pensons pas que la culture doive nécessairement être gratuite, seulement il faut revoir les plans d'affaires qui permettraient de faire vivre cette industrie et surtout ses artistes, sans pour autant faire payer toujours plus les consommateurs et enrichir les intermédiaires.

Dans cet esprit, le rapport de l'Intellectual Property Office britannique propose sa vision du droit d'auteur 2.0 :

The Government has long recognised the importance of creativity and knowledge to the UK. It lies behind our investment in

57. MARTIN (Stefan), *supra*, note 23, p. 549.

58. LESSIG (Lawrence), « A Call for Copyright Rebellion », <<http://www.insidehighered.com/news/2009/11/06/lessig>>, site visité le 26 avril 2010.

59. LESSIG (Lawrence), *Remix*, New York, Penguin Press, 2008, p. 37.

60. de SAINT EXUPÉRY (Gilles), « Le 11ème commandement « Tu ne téléchargeras point » a du mal à s'imposer. Les internautes seraient-ils païens ? », <<http://www.gautrais.com/Le-11eme-commandement-Tu-ne>>, site visité le 20 avril 2010.

61. HUET (Jérôme), « Le beurre et l'argent du beurre », (2009) *Recueil Dalloz* 2939.

research, education and skills and our support for creative industries. Much of this value relies on our ability to access and share information as never before through the Internet.⁶²

Les auteurs sont nombreux à défendre la nécessité de mettre en place un nouveau système tandis que la plupart des États tendent à avoir des législations de plus en plus restrictives en la matière. Cependant, il est nécessaire de se demander si ces dernières vont vraiment avoir l'effet escompté, et si l'atteinte à la vie privée des internautes ou la condamnation à des sommes faramineuses d'étudiants ayant téléchargé quelques chansons constitue un jeu qui en vaut vraiment la chandelle ? Car si pour certains États la fin justifie les moyens, plusieurs auteurs s'élèvent contre cette voie⁶³.

Le Canada semble en dehors de cette tendance. Il n'a pas encore adopté de législation réprimant le téléchargement non autorisé d'œuvres protégées⁶⁴ et une décision récente de la Cour suprême a déclaré :

La possibilité de diffuser des « œuvres artistiques et intellectuelles » grâce à l'Internet est l'une des grandes innovations de l'ère de l'information. Le recours à l'Internet doit être facilité, et non découragé, mais pas de manière injuste, au détriment des auteurs d'œuvres artistiques et intellectuelles.⁶⁵

En plus de reconnaître un droit des utilisateurs à l'accès à la culture la Cour va plus loin puisqu'elle encourage l'utilisation d'Internet comme vecteur de diffusion de celle-ci. Le Canada serait-il précurseur en matière de droit d'auteur et ouvre-t-il la voie vers un nouveau système en harmonie avec la nouvelle puissance technologique qu'est Internet ?

62. « The Way Ahead : A Strategy for Copyright in the Digital Age », <<http://www.ipo.gov.uk/c-strategy.htm>>, site visité le 26 avril 2010.

63. LESSIG (Lawrence), *supra*, note 59 ; MANCINI (Anna), *L'obsolescence du droit d'auteur et de sa Philosophie* (Paris : Buenos Books International, 2006).

64. La composition actuelle du gouvernement en étant sûrement la cause.

65. *Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c. Assoc. canadienne des fournisseurs Internet*, 2004 CSC 45, par. 40.