

*Vol. 19, n° 1*

**La fonction « Search Inside this Book » du logiciel de la librairie  
*Amazon* est-elle légale ?**

**René Pepin\***

1. Introduction . . . . .	279
2. Un bref rappel historique . . . . .	281
3. Le fonctionnement d'Amazon et de Google . . . . .	283
4. Les contrats entre auteurs et maisons d'édition. . . . .	285
5. Le cas des recueils et compilations . . . . .	289
6. L'utilisation équitable. . . . .	294
7. Conclusion . . . . .	299

---

© René Pepin, 2007.

\* Professeur, Faculté de droit, Université de Sherbrooke.

## 1. INTRODUCTION

Dans le domaine de l'informatique, c'est devenu un truisme d'évoquer la montée en popularité fulgurante de ce mode de communication. Depuis des débuts modestes, voici déjà environ 25 ans, le nombre des ordinateurs à travers le monde et leur capacité de mémoire ont connu une croissance exponentielle<sup>1</sup>. Il n'en fallait pas plus pour que plusieurs annoncent la venue d'un « brave new world » où la société serait transformée en profondeur : tout le savoir serait accessible à tous gratuitement, la population pourrait vraiment exercer sa souveraineté, sans passer par les politiciens, etc.<sup>2</sup>.

Il est indéniable que l'informatique apporte des avantages considérables en ce qui concerne le monde des bibliothèques et des librairies. Les bibliothèques publiques ont certes une très grande importance dans une société. Elles se veulent un dépositaire de l'ensemble des connaissances humaines. Elles contiennent l'histoire des peuples et des civilisations, par les livres et les artefacts qu'elles possèdent. Mais force est de reconnaître qu'elles souffrent de nombreux désavantages. Elles sont situées en un endroit unique, et donc difficiles d'accès pour toute personne qui demeure en un lieu éloigné ; l'espace disponible pour accumuler les collections n'est pas illimité ; plusieurs des objets qu'elles possèdent sont conservés en des

- 
1. Selon H. TRAVIS (« Building Universal Digital Libraries : an Agenda for Copyright Reform » (2006) 33 *Pepp. L. Rev.* 761, 767) : il y avait en 2005 plus de 100 millions d'internautes aux États-Unis, plus d'un milliard d'ordinateurs reliés à Internet à travers le monde, plus de 50 millions de sites web, plus de 8 milliards de pages web et plus de 500 milliards de documents sur le réseau Internet, mais en bonne partie non répertoriés par les principaux moteurs de recherche. Le tout dépassant 50 fois la quantité de documents accumulés au cours des ans par la Library of Congress aux États-Unis, qui possède tout de même plus de 26 millions de livres !
  2. Dans ce monde idéal, imaginé par plusieurs, une bibliothèque numérique universelle renfermerait la totalité du savoir humain, que ce soit dans le domaine des sciences, de la littérature, du divertissement ou de l'opinion. Et toutes les œuvres seraient accessibles, qu'il s'agisse de livres, d'émissions de radio, de télévision, de disques, de vidéos, de disques compacts, etc. Des juristes ont dû rappeler au public que l'informatique n'avait pas fait *tabula rasa* de toutes les règles existantes. Voir, notamment, l'étude de P. Trudel et al., *L'espace cybernétique n'est pas une terre sans loi* (Ottawa, Industrie Canada, 1997).

endroits où le public n'a pas accès ; les livres sont menacés de destruction par l'humidité et la vermine, et les bibliothèques ne sont pas immunisées contre les effets des feux, des inondations, des guerres et des révolutions, fléaux qui auraient causé la destruction de 100 millions de livres au vingtième siècle seulement<sup>3</sup> !

D'où l'intérêt indéniable pour les bibliothèques et librairies dites « en ligne », c'est-à-dire accessibles par Internet. Dans ce monde, les distances ne comptent plus. Il suffit d'avoir accès à Internet pour pouvoir consulter des documents, où qu'ils se trouvent à travers le monde. Il n'y a pas non plus de limites physiques au nombre de documents qui peuvent être rendus accessibles aux internautes. Mais on devine que cette nouvelle façon de faire cause des difficultés juridiques face aux lois relatives au droit d'auteur. Ces lois existent précisément pour empêcher qu'une personne puisse se procurer un seul exemplaire d'une œuvre, qu'il s'agisse d'un volume, d'un disque, d'une photo, etc., la numérise et la rende accessible à tous sur Internet. D'où le nom de « copyright » des lois anglaise, canadienne, américaine et australienne : elles traitent du droit de copier une œuvre, c'est-à-dire d'en multiplier les exemplaires<sup>4</sup>. La bibliothèque publique qui veut se mettre à la page et rendre accessibles par Internet ses collections fait donc face à des difficultés juridiques pour tout document qui n'est pas tombé dans le domaine public et donc encore protégé par une loi sur le droit d'auteur.

La compagnie américaine Amazon, qui a un site web au Canada et dans d'autres pays, s'affiche comme la plus grande librairie virtuelle au monde, par le nombre de documents qu'elle offre en vente. Seulement en ce qui concerne les livres, elle donne accès à 28 millions de titres<sup>5</sup> ! Si elle se contentait d'annoncer des livres et d'en faire le commerce par la voie de l'électronique, les seules questions juridiques qui se poseraient relèveraient du domaine des contrats. Mais, dans le but d'augmenter ses ventes, elle a introduit depuis peu la fonction « Search inside this book » à son logiciel. Cela permet à ses clients de consulter un certain nombre de pages des livres dont

3. Voir H. TRAVIS, « Building Universal Digital Libraries : an Agenda for Copyright Reform » (2006), 33 *Pepp. L. Rev.* 761, 762-3.

4. Au Canada, notre *Loi sur le droit d'auteur* L.R.C. (1985), c. C-42, (ci-après « la LDA ») énumère les droits exclusifs des auteurs à l'article 3, qui commence ainsi : « Le droit d'auteur sur l'œuvre comporte le droit exclusif de produire ou reproduire la totalité ou une partie importante de l'œuvre... ».

5. J. KERRY-TYERMAN, « No Analog Analogue : Searchable Digital Archives and Amazon's Unprecedented Search Inside the Book Program as Fair Use » [2006] *Stan. Tech. L. Rev.* 1, au par. 5. On a peine à réaliser que cette entreprise existe seulement depuis novembre 2000, et qu'elle offrait au départ seulement 1 000 titres !

l'achat peut les intéresser. Il est beaucoup plus facile de déterminer si un livre mérite d'être acheté quand on a accès à plus que la photo de la couverture et la table des matières.

Dans le présent texte, nous voulons étudier les questions juridiques qui se posent lorsque les clients d'Amazon utilisent cette fonction « Search inside this book ». Nous allons d'abord faire un rappel historique des efforts qui ont été faits en Amérique du Nord en matière de numérisation de livres par les bibliothèques et les maisons d'édition. Nous allons voir ensuite plus précisément le fonctionnement du programme « Search inside this book ». Pour ce faire, nous allons le comparer à « Google print », de la compagnie Google, pour mieux comprendre les caractéristiques de l'un et l'autre de ces services. Enfin, nous verrons que les notions juridiques qui sont en cause lors de l'utilisation du logiciel d'Amazon sont les suivantes. Il faudra voir dans quelle mesure les contrats signés entre les auteurs et les maisons d'éditions permettent à celles-ci de numériser et d'annoncer sur Internet leurs œuvres, puis dans quelle mesure les éditeurs de périodiques ou recueils peuvent les faire inclure dans des banques de données électroniques sans le consentement des personnes qui sont l'auteur d'un texte qui y est inclus et, enfin, si la défense d'utilisation équitable peut être invoquée avec succès.

## 2. UN BREF RAPPEL HISTORIQUE

L'auteur Hannibal Travis<sup>6</sup> rapporte que le scientifique Tim Berners-Lee, l'inventeur du World Wide Web, envisageait que son avancée scientifique pourrait servir à la création d'une bibliothèque électronique universelle. Aux États-Unis, la Library of Congress avait eu aussi l'idée dès 1987 de rendre accessibles par Internet ses principales collections. Mais des considérations de coûts et des craintes concernant les questions de droit d'auteur ont fait que le projet s'est mis en branle très lentement, et qu'il n'y a encore que 10 % de ses collections qui ont été numérisées<sup>7</sup>.

On peut aussi regarder ce qui a été fait dans le domaine du droit pour constater l'ampleur des efforts consentis. Au début des années 70, l'Université de Montréal avait lancé grâce à des subventions gouvernementales le projet DATUM, qui répertoriait un certain

6. Voir H. TRAVIS (« Building Universal Digital Libraries : an Agenda for Copyright Reform ») (2006), 33 *Pepp. L. Rev.* 761, 766.

7. Voir H. TRAVIS (« Building Universal Digital Libraries : an Agenda for Copyright Reform ») (2006), 33 *Pepp. L. Rev.* 761, 771.

nombre de décisions de tribunaux. Mais les décisions n'étaient pas nombreuses, et n'étaient pas incluses rapidement dans la base de données, car il n'y avait pas d'appareil pouvant en numériser le texte. L'intéressé ne pouvait non plus interroger directement le système : il devait passer par un informaticien qui décidait des mots-clés dont il allait demander le repérage. Aujourd'hui, avec les services comme Quicklaw, Lexis-Nexis, Westlaw, Findlaw, pour ne nommer que les principaux, l'ensemble des lois, des règlements, des décisions des tribunaux, et le contenu de la plupart des revues juridiques sont accessibles par Internet<sup>8</sup>.

Les grandes maisons d'édition ont aussi décidé vers la fin des années 90 de s'intéresser au phénomène des livres disponibles par l'électronique. Réticentes au début, elles y ont vu la possibilité d'augmenter leurs ventes de livres en format papier, vu que les clients potentiels n'avaient pas à se rendre dans une librairie pour faire des achats, et de vendre des volumes en format électronique, appelés « e-books ». Des éditeurs américains ont ainsi promis de numériser des dizaines de milliers de volumes, mais des considérations bien pratiques ont fait que ces projets ne se sont matérialisés que très partiellement. Il y a une réalité incontournable, à l'effet que bien des amateurs de livres apprécient beaucoup tenir entre leurs mains un exemplaire bien tangible, et ne sont pas du tout intéressés par l'informatique. Les éditeurs n'ont pas voulu non plus vendre les livres électroniques à un prix bien inférieur à celui de la copie papier, pour ne pas nuire à leur vente<sup>9</sup>.

Quant à Amazon, dès 1997 elle s'affichait comme la plus grande librairie au monde, et en 2003 elle a lancé la fonction « Search inside this book », permettant de voir un certain nombre de pages des 120 000 titres pour lesquels les maisons d'édition avaient donné leur consentement. La même année, Google a annoncé le lancement d'un service qui allait, disait-on, briser la frontière entre l'information imprimée et électronique, qui serait « universellement utile et accessible »<sup>10</sup>. L'année suivante, la compagnie a annoncé la conclusion

---

8. On sait aussi que le nombre de documents accessibles augmente chaque jour. Le chercheur intéressé par un domaine particulier, par exemple les brevets, a maintenant accès par ordinateur à l'ensemble des documents déposés au Bureau des brevets par les inventeurs, ce qui était impensable voici quelques années seulement.

9. Certaines grandes maisons d'édition, telle Barnes & Noble, ont complètement abandonné la vente de livres électroniques.

10. Voir H. TRAVIS (« Building Universal Digital Libraries : an Agenda for Copyright Reform »), (2006) 33 *Pepp. L. Rev.* 761, 776-7.

d'ententes avec plusieurs universités, telles Harvard, Oxford, Stanford, et la New York Public Library, de façon à rendre accessibles par Internet la plupart de leurs collections. On prévoit que cette base de données contiendra sous peu le texte de 20 millions de livres.

### 3. LE FONCTIONNEMENT D'AMAZON ET DE GOOGLE

La compagnie Amazon a été intéressée très tôt par la vente de livres électroniques. Constatant que le marché du livre imprimé stagnait depuis une décennie, elle a cherché à augmenter le nombre et le genre de produits offerts sur son site web. S'est ainsi ajoutée au cours des dernières années la vente de disques, de jouets, de logiciels, de jeux vidéo, et d'appareils électroniques. Quant aux livres, on a d'abord lancé la fonction « Look inside this book », permettant à l'utilisateur de voir à son écran une photo de la couverture, de consulter la table des matières, et l'index. Chaque livre est annoncé avec un petit texte de présentation, et il y a maintenant une section « customer review », où des personnes ayant lu le volume en question font part de leurs commentaires.

La fonction « Search inside this book » s'inscrit dans cette tentative de numériser le processus de vente de livres. Elle est très utile, car elle permet au client potentiel de taper un mot ou une expression dans un moteur de recherche, et il se fait présenter à l'écran une énumération de titres de livres où le concept en question est présent. Par exemple, une femme qui veut se renseigner sur le cancer du sein n'a qu'à taper les mots « cancer » et « sein » pour savoir rapidement quels livres dans l'ensemble de la collection d'Amazon<sup>11</sup> en traitent. Elle peut ensuite voir à l'écran la page des divers volumes où les termes apparaissent, et les quelques pages précédentes ou suivantes.

Pour ce faire, Amazon a conclu des ententes avec presque 200 éditeurs, pour obtenir leur consentement à la numérisation de leurs collections. Ceux qui ont accepté de signer l'entente, appelée « Publisher participation agreement, »<sup>12</sup> se sont engagés à fournir des copies papier des livres. Ils doivent certifier qu'ils détiennent les

---

11. Il s'agit effectivement d'une collection impressionnante, avec plus de 120,000 titres, comprenant environ 33 millions de pages. Voir J. KERRY-TYERMAN, « No Analog Analogue : Searchable Digital Archives and Amazon's Unprecedented Search Inside the Book Program as Fair Use » (2006) *Stan. Tech. L. Rev* 1, au par. 12.

12. Voir J. KERRY-TYERMAN, « No Analog Analogue : Searchable Digital Archives and Amazon's Unprecedented Search Inside the Book Program as Fair Use » [2006] *Stan. Tech. L. Rev* 1, aux par. 13 et s.

droits d'auteur sur ces volumes, y compris les droits relatifs à leur mise en marché. L'entente accorde à Amazon, sur une base non exclusive, le droit de se livrer à des activités promotionnelles. Plus précisément, Amazon acquiert le droit de numériser les ouvrages, d'en afficher des extraits sur tout site web contrôlé par elle, ou relié à elle. Ainsi un visiteur du site amazon.com peut utiliser un moteur de recherche pour identifier, sélectionner et afficher à l'écran des extraits, limités à quelques pages, de volumes où le terme recherché a été trouvé. Amazon s'engage aussi à utiliser les moyens technologiques existants pour empêcher le téléchargement ou l'impression de parties importantes des ouvrages. À noter qu'Amazon numérise les pages des livres reçus des éditeurs. La compagnie n'accepte pas les textes en format électronique, probablement pour diminuer les risques que des internautes trouvent une façon de télécharger la totalité du fichier qui contient le texte d'un livre. Enfin, pour éviter qu'un client potentiel tente, par une grande utilisation du moteur de recherche, de voir une grande partie d'un volume, on a prévu que pas plus de 20 % de son contenu ne peut être affiché, et qu'un client ne peut consulter plus de quelques milliers de pages par mois.

Quant à Google, la compagnie a lancé son programme « Google print » en 2005, en s'associant avec la maison d'édition Random House, qui lui a permis de numériser un certain nombre d'ouvrages dans sa collection<sup>13</sup>. Le service « Google Print for Libraries » a été lancé en novembre de cette même année, en offrant des copies numérisées de plusieurs ouvrages dans le domaine public<sup>14</sup>.

Les livres numérisés pour lesquels une recherche peut être effectuée proviennent de deux sources : les éditeurs et les bibliothèques publiques. De façon typique, l'internaute choisit un mot pour lequel il veut faire effectuer une recherche par Google. Les résultats s'affichent dans une page qui indique les livres où le terme a été repéré. S'il s'agit d'un volume qui se trouve dans la base de données de *Google print*, la page des résultats inclut un lien vers le texte de ce volume. En sélectionnant le titre du livre, l'internaute verra les pages contenant le ou les mots recherchés. Il obtient aussi d'autres renseignements sur le livre, notamment un lien vers une maison d'édition qui l'offre en vente. L'utilisateur de *Google Print* peut lire la

13. Voir R.A. PRESKILL et C. McCARTHY, « Google Print : Snippets of Infringement », (2005) 23-SUM Ent. & Sports Law 1, 1.

14. On voit qu'il y a un engouement à l'heure actuelle pour ce marché, car Microsoft a annoncé pour 2007 un service semblable. Une entente a été conclue avec la British Library pour numériser 100 000 titres, totalisant environ 25 millions de pages.

totalité du texte d'un livre qui se trouve dans le domaine public. Pour les autres, il peut consulter quelques pages à la fois, parfois seulement la table des matières. Google augmente ses revenus par l'espace publicitaire vendu à des compagnies qui veulent que des fenêtres apparaissent dans la page des résultats, avec un lien vers leurs produits.

On devine que l'initiative de l'entreprise n'a pas eu l'heur de plaire à tous. D'abord, face à la critique des éditeurs, des bibliothèques et des détenteurs de droits d'auteur, Google a mis en place un système *d'opting out* par lequel toute personne détenant des droits d'auteur peut l'aviser de son refus de voir son œuvre numérisée et incluse dans des banques de données électroniques. Et devant la menace de poursuites pouvant totaliser plusieurs milliards de dollars, l'entreprise a décidé, pour l'instant, de ne pas pousser plus avant ses initiatives dans ce domaine<sup>15</sup>. On est encore loin du projet initialement envisagé, où l'internaute aurait eu accès au texte de dizaine de millions de livres, avec la possibilité de les télécharger ou imprimer à demande...

#### 4. LES CONTRATS ENTRE AUTEURS ET MAISONS D'ÉDITION

Une première constatation doit être faite. Numériser un exemplaire d'un livre et rendre le texte disponible sur Internet, sans plus, est manifestement illégal. Comme nous l'avons dit en introduction, une loi sur le droit d'auteur cherche précisément à interdire les pratiques de ce genre. Comme les notions relatives au droit de propriété ne suffisent pas à protéger les créateurs, les parlements ont adopté des règles leur reconnaissant le droit « exclusif » de multiplier les exemplaires de leurs œuvres. Si donc Amazon ou Google se contentaient d'acheter un ou deux exemplaires de volumes, les numériser et les offrir en vente sur leur site web, elles seraient manifestement dans l'illégalité.

Si on fait un parallèle avec le monde de la musique, on est loin ici de la question qui s'était posée dans la célèbre affaire *Napster*, où la compagnie a cherché à se défendre en faisant valoir que les pièces musicales que les internautes s'échangeaient à l'aide de son logiciel

---

15. Voir H. TRAVIS, « Building Universal Digital Libraries : an Agenda for Copyright Reform », (2006) 33 *Pepp. L. Rev.* 761, 794-5. L'auteur rapporte que le président de la American Association of American University Presses a décrié le projet comme étant un « systematic infringement of copyright on a massive scale ».



ne se trouvaient pas sur son serveur. Le fichier contenant la pièce musicale passait de l'ordinateur d'un internaute à un autre. Ici on serait dans la situation évoquée dans *Frank Music*<sup>16</sup>, en 1993, où la compagnie Compuserve hébergeait sur son site des babillards électroniques dont ses clients se servaient pour échanger massivement des fichiers musicaux. C'était carrément illégal.

Comment alors Amazon peut-elle prétendre agir légalement ? C'est que, rappelons-le, elle ne donne pas accès à la totalité du texte des volumes numérisés. Elle prétend, dans un premier temps, que le contrat conclu avec les maisons d'édition lui permet d'agir ainsi puisque, de toute façon, ses agissements sont exonérés par le concept de « fair use ». Il faut donc d'abord se pencher sur le contenu des contrats signés entre les auteurs et les éditeurs. Il faut voir si par ces contrats les éditeurs ont acquis le droit de permettre à Amazon d'agir comme elle le fait. Ces questions ont été étudiées par les tribunaux lorsque sont apparus sur le marché les livres électroniques, dans les années 90.

Il fallait déterminer si le contrat typique entre un éditeur et un auteur comportait seulement le droit de publier un ouvrage en format papier, ou en format électronique également<sup>17</sup>. Cette question est encore pertinente, car même si les maisons d'édition prévoient depuis quelques années des clauses dans les contrats-types concernant l'édition électronique, elle reste entière pour tous les contrats passés auparavant.

Au Canada, il n'y a pas de réponse précise à cette question. Il ne semble pas y avoir eu de litige devant les tribunaux. Il y a une loi québécoise visant les liens contractuels entre les écrivains et les éditeurs : la *Loi sur le statut professionnel des artistes visuels, des métiers d'art et de la littérature et leurs contrats avec les diffuseurs*<sup>18</sup>. Mais elle n'est pas assez spécifique sur la question qui nous intéresse. Son article 31 est à l'effet que le contrat doit être constaté par écrit, rédigé en double exemplaire et identifiant clairement :

16. *Frank Music Corp. c. Compuserve Inc.*, 839 F. Supp. 1552.

17. Sur ces questions, voir en doctrine, notamment, A. COALE, « Fair Use : Considerations in the Emerging World of E-Books », 16 *St. John's J. Legal Comment.* 727 (2002) ; J.A. TEPFER, « The Policy Considerations of New Use Copyright Law as it Pertains to Ebooks », 4 *Minn. Intell. Prop. Rev.* 393 (2003), et surtout N.B. VERMYLEN, « Book Publishing in the Age of E-Book », (2002) 4 *Vand. J. Ent. L. & Prac.* 190.

18. *Loi sur le statut professionnel des artistes visuels, des métiers d'art et de la littérature et leurs contrats avec les diffuseurs*, L.R.Q., c. S-32.01

- l'œuvre qui en fait l'objet ;
- toute cession de droit et tout octroi de licence consentis par l'artiste, [...] ainsi que toute cession de droit de propriété ou d'utilisation de l'œuvre ; et
- la transférabilité ou la non transférabilité à des tiers de toute licence octroyée au diffuseur.

En d'autres termes, le contrat doit identifier clairement les droits cédés par l'auteur, et ceux qu'il entend conserver. Mais cela ne nous éclaire pas beaucoup pour déterminer si le fait d'accorder la permission de publier « un livre » vise seulement des exemplaires en papier, ou également le livre en format électronique.

La question s'est posée directement aux États-Unis dans l'affaire *Rosetta Books*<sup>19</sup>. L'objet du litige était très simple. La compagnie Rosetta Books a négocié vers la fin de l'année 2000 avec quelques auteurs la permission de publier leurs œuvres sous forme de livre électronique. La compagnie Random House s'est immédiatement objectée à cette pratique, car elle avait conclu avec plusieurs de ces auteurs un contrat, qu'elle considérait exclusif, à l'effet d'imprimer, de publier et de vendre leurs œuvres « in book form ».

Il s'agissait donc de savoir si cette expression visait aussi les livres en format électronique. Le juge Stein a rendu la décision en première instance<sup>20</sup>. Il a étudié les clauses du contrat que Random House faisait signer aux auteurs. La compagnie était sûre d'avoir prévu toutes les situations. Elle acquérait le droit de publier l'œuvre sous forme de livre, mais aussi dans un format adapté aux clubs de livres, aux anthologies, sous forme de recueil destiné aux écoles, et en braille. L'éditeur pouvait aussi diffuser l'œuvre à la radio et à la télévision. Il y avait même une clause de non-concurrence en vertu de laquelle l'auteur s'engageait à ne pas publier sous forme de livre quelque chose qui serait basé en partie sur l'œuvre originale et qui serait susceptible de nuire à la vente des livres imprimés par Random House.

Le tribunal a estimé que, malgré ces stipulations, les auteurs n'avaient pas cédé leur droit de publier un livre sous format électro-

19. *Random House, Inc. c. Rosetta Books LLC*, 283 F. 3d 490 (2002).

20. *Random House, Inc. c. Rosetta Books LLC*, 150 F. Supp. 2d 613 (2001). La décision a été confirmée en appel.

nique. Il a appliqué les règles d'interprétation des contrats pour l'État de New York, qui sont très semblables à celles contenues dans notre Code civil : il faut considérer toutes les clauses du contrat, et les interpréter en fonction des coutumes, usages pratiques et terminologies généralement utilisés dans le secteur d'activités en cause.

La question cruciale était de savoir quelle était l'œuvre à propos de laquelle le droit d'auteur a été cédé. De l'avis de la cour, il fallait faire une distinction importante entre l'œuvre elle-même et les divers « formats » dans lesquels elle peut être offerte au public. Cette « œuvre » était le livre en format papier seulement. Les auteurs n'avaient pas cédé leur droit de « produire ou reproduire » leurs œuvres sous forme de livre électronique. Random House avait fait jouer l'argument à l'effet que les mots « in book form » visaient tout format lisible par les humains. Cela a été rejeté, au motif que si cet argument était retenu, plusieurs clauses des contrats d'édition seraient superflues, ce qui va à l'encontre des principes d'interprétation des contrats.

Cette affaire nous rappelle l'importance de deux grands principes en matière de droit d'auteur, tout autant valables au Canada qu'aux États-Unis. D'abord, il ne faut pas confondre le droit quant au contenu d'une œuvre et celui relatif à sa publication dans une forme ou une autre. L'article 3 de la loi canadienne, tel qu'interprété par les tribunaux, laisse aux créateurs la liberté d'exploiter eux-mêmes leurs œuvres, ou de céder ce droit de façon très parcellaire. Par exemple, un auteur peut accorder à des entreprises différentes le droit de publier son livre au Canada, le droit de le traduire pour le marché des États-Unis, le droit de le publier en France, le droit d'en faire un film, le droit d'en faire une pièce de théâtre en Angleterre, etc.<sup>21</sup>. Le second est que les contrats d'édition doivent être interprétés étroitement, de façon à favoriser les droits des créateurs, plutôt que ceux des maisons d'édition. Les tribunaux ne présumeront pas qu'un droit à l'édition électronique d'un livre est sous-entendu<sup>22</sup>.

Aujourd'hui, malgré des dispositions dans des contrats d'édition traitant clairement de la publication de livres en format électronique, des difficultés subsistent. Dans un contrat typique, l'auteur

21. Comme le rappelle en doctrine S. Handa, les droits énumérés à l'article 3 sont distincts et exclusifs. La liste des droits énumérés ne serait pas exhaustive : *Copyright Law in Canada*, (Toronto, Butterworths, 2002), p. 195-6.

22. Voir J. KERRY-TYERMAN, « No Analog Analogue : Searchable Digital Archives and Amazon's Unprecedented Search Inside the Book Program as Fair Use », [2006] *Stan. Tech. L. Rev* 1, au par. 33.

---

accorde le droit « to licence third parties to publish, use or adapt the work or any part of the work for sale, distribution or other exploitation, in print or electronic form (now or hereafter developed) or in any other form as herein provided<sup>23</sup> ». Ces contrats prévoient le partage des revenus générés par l'édition électronique, et la possibilité pour l'éditeur de faire la promotion d'un livre notamment en en donnant des exemplaires.

Plusieurs éditeurs se fondent sur leur droit de faire la promotion d'un livre et d'en donner des exemplaires pour justifier légalement l'entente conclue avec Amazon. Légalement, ils auraient simplement donné deux exemplaires d'un volume à Amazon. Mais, à cet égard, les auteurs ont, à notre avis, plusieurs motifs légitimes de récrimination : le contrat ne leur laisse pas clairement la possibilité de refuser cette façon d'annoncer ou vendre leur livre, la technologie empêchant le téléchargement et l'impression du livre pourrait être contournée, et les revenus générés par les fenêtres publicitaires risquent d'être partagés seulement entre Amazon et l'éditeur. Enfin, pour certains livres, le fait de les rendre accessibles sur Amazon risque de diminuer fortement les ventes. Pensons aux volumes du genre encyclopédie ou anthologie, ou livres de recettes culinaires, composés de courts extraits. Pour plusieurs utilisateurs, les quelques pages qui entourent le mot-clé recherché contiendront toute l'information désirée. Il n'y a alors plus aucun besoin de se procurer l'ouvrage au complet, puisqu'il peut être consulté autant de fois que la personne intéressée le désire. Il faut donc se pencher sur cette question.

## 5. LE CAS DES RECUEILS ET COMPILATIONS

On vient de voir que la plupart des contrats d'édition permettent à l'éditeur d'utiliser des extraits d'un volume à des fins de promotion. C'est bien compréhensible. C'est une façon classique d'attirer un acheteur potentiel que de lui laisser entrevoir le contenu du volume. Mais on vient de voir qu'un problème particulier se pose en droit pour les ouvrages composés de parties composées par différents auteurs : encyclopédies, anthologies, revues, journaux. Ici la contribution de chacun peut être un très court texte. De sorte que de permettre la consultation de quelques pages d'un ouvrage peut donner accès au texte au complet recherché par l'internaute.

---

23. Voir R.A. PRESKILL et C. McCARTHY, « Google Print : Snippets of Infringement », (2005) 23-SUM *Ent. & Sports Law* 1, 3.

Les maisons d'édition prétendent que lorsqu'elles signent une entente avec Amazon, elles ne font que se livrer à des activités de promotion, impliquant un niveau d'interactivité plus grand que ce qui était coutume. La légalité de cette pratique n'est pas évidente. La loi canadienne, dans les définitions, traite des recueils et des compilations. Les recueils<sup>24</sup> comprennent les encyclopédies, dictionnaires, annuaires, journaux, revues, et « toute œuvre composée, en parties distinctes, par différents auteurs ». Les compilations sont ainsi définies : « Les œuvres résultant du choix ou de l'arrangement de tout ou partie d'œuvres littéraires, dramatiques, musicales ou artistiques ou de données »<sup>25</sup>.

Ces termes, que la jurisprudence estime équivalents<sup>26</sup>, nous apprennent que pour les ouvrages composés de textes de plusieurs auteurs, il y a plusieurs droits d'auteur. Il y a d'abord celui de toute personne qui a composé un texte, et en a permis la publication à l'intérieur d'un recueil. Mais il y a aussi un droit d'auteur pour la personne ou compagnie qui a fait le travail de sélection et de présentation de l'ensemble des textes. Ainsi, l'éditeur d'un journal a un droit d'auteur sur le texte de la livraison d'une journée donnée, et les personnes qui ont fourni les textes conservent leurs droits sur leur propre texte<sup>27</sup>. Les maisons d'édition prétendent que lorsqu'un client d'Amazon utilise la fonction « Search inside this book », c'est une partie de leur propre œuvre seulement qui est reproduite, avec leur permission. L'article 3 de la loi permet en effet à un auteur de reproduire son œuvre, ou « une partie » seulement. Les différents collaborateurs à l'ouvrage collectif ne pourraient donc se plaindre de quoi que ce soit, vu que ce ne serait pas leur œuvre qui serait reproduite.

Cette question a été étudiée au Canada récemment par la Cour suprême<sup>28</sup>. Elle s'est posée à l'égard de pigistes, collaborant avec des journaux, qui se sont objectés à ce que le texte des journaux soit inclus dans des disques compacts et banques de données électroniques sans qu'une compensation ne leur soit versée. La Cour d'appel de l'Ontario a donné raison aux pigistes, confirmant la décision en première instance<sup>29</sup>. Il s'agissait en l'occurrence du *Globe and Mail*,

24. Voir à l'article 2 de la LDA.

25. *Ibid.*

26. *Robertson c. Thomson Corp.*, [2004] O.J. 4029, au par. 28. (C.A.).

27. Sauf pour les journalistes qui ont le statut d'employé, car le paragraphe 13(3) de la loi canadienne prévoit qu'à moins d'entente au contraire, l'employeur est le premier titulaire du droit d'auteur sur leur œuvre.

28. *Robertson c. Thomson Corp.*, 2006 CSC 43, décision du 12 octobre 2006.

29. *Robertson c. Thomson Corp.*, [2001] O.J. 3868, 15 C.P.R. (4th) 147. Nous avons commenté cette décision : « Les droits d'auteur des pigistes s'étendent-ils aux

qui avait commencé en 1979 à rendre le texte du journal disponible sur Internet par le service « Info Globe on Line ». À ce moment, le chercheur pouvait voir à son écran une page ressemblant beaucoup à la copie papier du journal. Mais dans les années 80 et 90, des ententes ont été conclues avec différentes banques de données électroniques, tel le *Canadian Periodical Index*, et des compagnies qui mettent sur disques compacts le texte de plusieurs journaux, couvrant une période de quelques années. Dans ces cas, on a tout fait pour faciliter la tâche du chercheur. Il lui suffit d'indiquer, dans le moteur de recherche, le nom d'un auteur, ou un mot-clé, et on lui présente à l'écran les textes pertinents, en indiquant la provenance, mais dans un format utilisé par les logiciels de traitement de textes.

Madame Heather Robertson, une auteure canadienne bien connue, en son nom et celui des pigistes qui, comme elle, ont contribué des textes du journal, s'est objectée à ces pratiques, en réclamant une injonction interlocutoire. À son avis, le journal pouvait être reproduit électroniquement, mais il fallait que ce soit dans un format qui soit un reflet de la copie en papier. Sa prétention était que le journal avait le droit de vendre autant de fois qu'il pouvait des exemplaires de l'édition dans laquelle un de ses textes avait paru. Mais il ne pouvait pas inclure sans sa permission ses textes ailleurs, dans un « format » qui ne présenterait pas fidèlement la page du journal incorporant son texte.

Les juges LeBel et Fish ont rédigé les motifs de la majorité des juges. Ils ont d'abord rappelé les principes de base dans la loi à l'effet qu'un éditeur n'est pas titulaire du droit d'auteur sur les articles rédigés par les pigistes. Leur droit porte sur le quotidien qui les publie. La question à résoudre était de savoir si les bases de données qui contiennent les articles du *Globe* reproduisent « le journal » ou si elles reproduisent seulement les articles originaux<sup>30</sup>. En vertu de la LDA, les éditeurs peuvent reproduire « leur » œuvre, ou une partie importante, mais pas celle de chaque pigiste, sans leur consentement. Il fallait donc se demander si les bases électroniques de données avaient conservé l'essence du journal, ce qui confère à ce recueil son originalité. Ces éléments originaux sont : le contenu rédactionnel, le choix et la disposition des articles, l'arrangement des annonces publicitaires et des images, la police et le style employés<sup>31</sup>.

---

cd-roms et aux banques de données accessibles sur Internet ? Commentaire des arrêts *Robertson et Tasini* », (2002) 1 C.J.L.T. Le texte est seulement disponible sur Internet à <[http://cjltdal.ca/vol1\\_no1/articles/0101Pepindroitsfsset.html](http://cjltdal.ca/vol1_no1/articles/0101Pepindroitsfsset.html)>.

30. *Supra*, note 28, au par. 34.

31. *Ibid.*, au par. 39.

Il est évidemment difficile de déterminer dans chaque cas si cette essence a été reproduite. Mais les juges ont tenu à préciser que le droit de reproduire « une partie importante » du journal comprend celui d'élaguer les annonces publicitaires, graphiques, tableaux, et de modifier la présentation et la police de caractères. On ne peut aller cependant jusqu'à « décontextualiser » les articles au point où ils auraient perdu leur lien intime avec le reste du journal. C'est ce qui se produisait pour les articles transférés dans des banques de données comme l'Info Globe Online. Elles ressemblent plus à des banques d'articles individuels qu'à des reproductions du journal. On n'avait donc pas préservé l'originalité des journaux<sup>32</sup>.

Le journal avait avancé<sup>33</sup> que la loi avait été modifiée dans les années 80 afin de la rendre « technologiquement neutre » et que l'essence du journal était préservée lors de sa reproduction sous format électronique. Ce qui voulait dire qu'on devait s'intéresser davantage aux données d'entrées dans les banques électroniques, plutôt qu'aux données de sortie. Le tribunal a rejeté cette approche en indiquant que ce qui importe, ce qui est offert au public, c'est un produit fini. C'est ce qu'il faut examiner pour savoir s'il contient encore l'« œuvre » du journal. Or ce que le public consulte par ces outils électroniques, ce sont des articles individuels, extirpés du contexte du journal d'où ils proviennent. La cour ajoute cependant que l'outil de recherche qui permet à l'utilisateur d'isoler des articles n'est pas déterminant. L'œuvre du journal n'aurait pas cessé d'être reproduite du seul fait qu'un usager fasse une recherche par mot-clé, qu'il s'agisse d'un concept ou du nom d'un auteur. Le tribunal a reconnu que la loi voulait effectivement être « technologiquement neutre ». Mais cela permet simplement de réaffirmer que les principes de la loi continuent de s'appliquer, malgré les changements technologiques au niveau des supports ou des outils de recherche<sup>34</sup>.

Quant aux exemplaires du journal incorporés dans des CD-ROM, le tribunal a conclu, contrairement à l'avis de la cour d'appel, que l'essentiel de l'œuvre du journal était préservé. Ils maintiennent le lien avec le quotidien, même si on y a enlevé les publicités, les images, la couleur, et qu'ils présentent à l'utilisateur un support et un format différents<sup>35</sup>. C'est que l'utilisateur des CD-ROM a accès à un recueil de quotidiens qu'il peut consulter séparément. Le lien entre

32. *Ibid.*, au par. 41.

33. Voir au par. 45 de la décision.

34. *Ibid.*, aux par. 47, 48 et 49.

35. *Ibid.*, au par. 51.

le texte montré à l'écran et le journal est préservé, car un cadre à droite de l'écran affiche les autres articles de l'édition quotidienne.

Aux États-Unis aussi la même question s'est posée, et a fait l'objet d'une décision jusqu'en Cour suprême dans l'affaire *Tasini*<sup>36</sup>. Ici on a également donné raison aux pigistes, mais pour des motifs différents. Tout s'est joué sur le sens à donner à l'article 201(c) de la loi américaine<sup>37</sup>. Il prévoit d'abord qu'il faut faire une distinction entre le droit d'auteur sur un recueil, et celui sur ses diverses composantes. La phrase suivante est essentielle, car elle précise la portée du droit d'auteur sur le recueil : « In the absence of an express transfer of the copyright or of any rights under it, the owner of copyright in the collective work is presumed to have acquired only the privilege of reproducing and distributing the contribution as part of that particular collective work, any revision of that collective work, and any later collective work in the same series. »

Il s'agissait donc pour le tribunal de déterminer si les journaux et revues qui ont permis la numérisation des textes et leur inclusion dans des banques de données ont simplement effectué une « revision of that collective work », s'ils ont publié une œuvre « in the same series », ou s'ils ont fait davantage. Sept juges de la Cour suprême en sont venus à la conclusion que les banques de données et les disques compacts contenaient essentiellement les textes des pigistes, et non la somme du travail créatif fourni par le journal, au niveau de leur choix et de leur présentation. Leurs motifs évoquent plusieurs choses dites dans l'affaire *Robertson*. Lorsque le résultat d'une recherche apparaît à l'écran de l'internaute, les textes sont dépouillés de tout élément pouvant les rattacher visuellement à un journal ou à une revue donnée. Dans une phrase qui nous paraît cruciale, les juges ont estimé que le mot « revision » à l'article 201(c) « [...] denotes a new « version » and a version is in this setting a distinct form of something regarded by its creators or others as one work »<sup>38</sup>. Ainsi donc, le journal ou la revue n'avaient le droit que d'inclure les textes des pigistes dans une version révisée du recueil, ce qui n'était pas le cas en l'occurrence.

Cette décision soulève donc des doutes importants sur la validité de la fonction « Search inside this book » de la compagnie Amazon. Car la question est de savoir si la base de données reproduit

36. *New York Times c. Tasini*, 121 S. Ct. 2381 (2001).

37. Il s'agit du titre 17 du *United States Code*.

38. *New York Times c. Tasini*, 121 S. Ct. 2391 (2001).



assez fidèlement la contribution d'un auteur comme partie d'une « révision » du recueil. Il est bien possible que non, dans la mesure où « Search inside this book » présente chaque page séparément, en dehors du contexte du volume en question. On ne reproduirait donc, surtout dans le cas de textes courts, que l'œuvre de la personne qui a collaboré à l'ouvrage. De plus, l'inclusion de ces textes dans la base de données de la compagnie diminue leur valeur économique, en empêche leur exploitation sous d'autres formes<sup>39</sup>. D'autre part, la situation n'est pas tellement plus rose pour les auteurs de manuscrits. Le client potentiel peut, sans trop de difficultés, avoir accès au texte complet, en utilisant à grande échelle la procédure d'accès aux « extraits » disponibles par la fonction « Search inside this book »<sup>40</sup>.

## 6. L'UTILISATION ÉQUITABLE

Reste à savoir si Amazon peut bénéficier de la notion d'utilisation équitable, apparaissant aux articles 29 et suivants de la loi canadienne. Il s'agit certes d'un concept flou, mais la récente décision de la Cour suprême dans l'affaire *CCH*<sup>41</sup> en a maintenant précisé grandement les contours. Il nous semble aussi que la décision fait que cette notion se rapproche davantage de celle de « fair use » du droit américain, d'où l'utilité de regarder comment les auteurs ou les tribunaux au sud de la frontière l'appliquent à Amazon.

Dans la décision *CCH*, des éditeurs canadiens ont voulu faire une cause type. Ils estimaient que le barreau ontarien, qui gère la

39. Voir J. KERRY-TYERMAN, « No Analog Analogue : Searchable Digital Archives and Amazon's Unprecedented Search Inside the Book Program as Fair Use », (2006) *Stan. Tech. L. Rev* 1, au par. 39.

40. C'est que souvent les éditeurs donnent la permission d'accéder à 10 % du texte, quand il s'agit d'un livre nouveau. Il suffit donc au « client » de répéter sa demande 10 fois. Mentionnons enfin qu'à l'égard de Google d'autres questions juridiques se posent. C'est que par la fonction « Image search », le moteur de recherche de Google affiche à l'écran une série d'images trouvées sous forme réduite (les « thumbnails »), et un lien hypertexte vers le site où l'image se trouve en forme non réduite. La compagnie Perfect 10 a poursuivi Amazon et Google à ce sujet, et une première décision a été rendue en février 2006 : 416 F.Supp. 2d 828. Le juge a formulé ainsi la question à trancher : doit-on considérer qu'un moteur de recherche viole les droits d'auteur sur des photos lorsqu'il les affiche sous forme réduite par une fonction « Image search », mais qu'il ne viole pas la loi lorsque par un lien hypertexte il affiche en format réel les images qui se trouvent sur un autre serveur ? Malgré qu'Amazon soit poursuivie, nous n'estimons pas cette affaire pertinente pour nous, parce que la compagnie, dans la problématique qui nous intéresse, ne redirige pas le client vers des sites où se trouverait le texte complet des volumes. Notons tout de même que le tribunal a répondu affirmativement à la question posée.

41. Voir *Barreau du Haut-Canada c. CCH*, [2004] 1 R.C.S. 339.

bibliothèque de la Faculté de droit de l'Université York, viole leurs droits d'auteur. Ils ont mandaté des personnes pour qu'elles commandent des textes de lois, de règlements, des arrêts inclus dans des recueils de jurisprudence, et des extraits de monographies. C'est un service que le barreau offre à l'ensemble de la communauté juridique. Une fois la demande agréée et les documents reçus, ils ont poursuivi le barreau pour violation de leurs droits d'auteur sur les volumes d'où les documents ont été photocopiés. On devine que plusieurs arguments ont été soulevés de part et d'autre. Le barreau ontarien a plaidé, entre autres, que ses agissements étaient visés par le concept d'utilisation équitable.

M<sup>me</sup> la juge en chef McLachlin a rendu l'opinion de la cour. Dans ses considérations générales sur cette notion, elle a d'abord renversé une idée reçue. Traditionnellement, on considérait que la notion d'utilisation équitable n'était étudiée par le juge qu'après que le plaignant avait fait la preuve d'une violation de la loi. Elle écrit en effet : « [...] il est peut-être plus juste de considérer cette exception comme partie intégrante de la *Loi sur le droit d'auteur* plutôt que comme un simple moyen de défense »<sup>42</sup>. Puis elle a indiqué clairement que l'exception relative à l'utilisation équitable peut toujours être invoquée, et, surtout, qu'elle ne doit pas être interprétée restrictivement<sup>43</sup>. Par ces mots, elle voulait réaffirmer que la loi cherche à établir un équilibre entre les droits économiques des créateurs, et l'intérêt du public à avoir un accès aussi libre que possible à leurs œuvres.

Ceci dit, il reste que notre loi, telle que rédigée, n'est pas très permissive. Selon le libellé des articles 29, 29.1 et 29.2, pour bénéficier de cette notion, le défendeur doit d'abord convaincre un juge que l'utilisation qu'il a faite d'une œuvre est équitable et, en plus, que l'utilisation a été faite pour l'un des buts énumérés dans ces dispositions : étude privée, recherche, critique, compte rendu ou communication de nouvelles<sup>44</sup>.

---

42. Voir *Barreau du Haut-Canada c. CCH*, [2004] 1 R.C.S. 339, au par. 48. Certains auteurs en doctrine estiment toutefois que cela n'aura pas l'effet d'une révolution. Ainsi, Theresa Scassa (« User's Rights in the Balance : Recent Developments in Copyright Law at the Supreme Court of Canada », (2005) 22 *C.I.P.R.* 133, p. 135) exprime qu'on ne sait d'abord pas précisément quels droits de quels groupes doivent être mis dans la balance. De plus, les juges peuvent avoir des idées très différentes de la façon dont l'équilibre doit être atteint entre ces différents droits. Enfin, cette approche nouvelle n'est pas consacrée dans le texte de la loi, et le parlement pourrait par une simple loi la mettre au rancart.

43. Voir *Barreau du Haut-Canada c. CCH*, [2004] 1 R.C.S. 339.

44. *Ibid.*, au par. 50.

La juge McLachlin ajoute que la notion d'utilisation équitable est essentiellement une question de fait. Il est donc impossible de la définir précisément. Mais, pour la cerner le plus possible, elle nous fournit une liste d'éléments qui doivent être pris en considération par les tribunaux. Il faut d'abord identifier la fin de l'utilisation, à savoir si la fin poursuivie est une de celles que prévoit la loi.

Ensuite, il faut examiner la nature de l'utilisation, soit la manière dont l'œuvre originale a été utilisée. Ainsi, lorsque de multiples copies d'une œuvre sont diffusées largement, l'utilisation sera normalement considérée inéquitable<sup>45</sup>.

En troisième lieu, il faut examiner l'importance de la part de l'œuvre reproduite, et les solutions de rechange à l'utilisation, savoir s'il aurait été aussi facile pour le défendeur d'atteindre son but sans avoir à reproduire des extraits importants de l'œuvre originale.

En quatrième lieu, on doit regarder la nature de l'œuvre en question. S'il s'agit d'une œuvre de fiction, elle mérite davantage de protection que celles touchant l'actualité politique, qui peuvent plus souvent être copiées au nom de l'intérêt public. Enfin, il faut tenir compte de l'effet de l'utilisation sur l'œuvre, en ce sens que « La concurrence que la reproduction est susceptible d'exercer sur le marché de l'œuvre originale peut laisser croire que l'utilisation n'est pas équitable »<sup>46</sup>.

Il serait très téméraire de tenter de prédire les conclusions d'un tribunal qui appliquerait ces éléments au service d'Amazon. D'autant plus que, comme aux États-Unis, la jurisprudence rappelle qu'aucun des éléments n'est absolument déterminant. Il faut les examiner individuellement, et porter un jugement global à la fin. On peut tout de même noter que dans l'affaire *CCH* la cour a estimé que le barreau ontarien faisait une utilisation équitable des documents juridiques. Pourtant, il répondait à chaque jour à un bon nombre de demandes de la part des juristes. Mais le facteur « utilisation à fins de recherches » nous a semblé avoir reçu une grande importance. Comme l'a écrit la juge McLachlin, il faut interpréter le mot « recherche » de manière large, pour ne pas restreindre les droits des utilisateurs. La recherche dont parle la loi ne doit pas être restreinte à celle qui se fait dans un contexte non commercial. Est donc visée la recherche qui consiste à « conseiller des clients », et à « donner des

---

45. *Ibid.*, au par. 55.

46. *Ibid.*, au par. 59.

avis »<sup>47</sup>. De tels propos seraient sûrement accueillis favorablement par les avocats d'Amazon.

Aux États-Unis, la notion de « fair use » a ceci de particulier qu'elle a été codifiée dans les années 70<sup>48</sup>, que les différents facteurs à considérer sont énumérés dans une liste non limitative, et la loi mentionne qu'aucun n'a une importance prépondérante. Contrairement au Canada, elle est très utilisée devant les tribunaux. Les défenseurs cherchent toujours à l'invoquer, en se disant probablement qu'il y a toujours une possibilité que le juge les exonère *in extremis*. Les éléments énumérés dans la loi sont : i) le but et la nature de l'utilisation, ii) la nature de l'œuvre originale, iii) la part de l'œuvre qui a été reproduite, et iv) l'impact de l'utilisation sur le marché potentiel de l'œuvre originale.

On constate que les tribunaux appliquent largement la notion de « fair use » quand on considère la plus importante décision rendue par la Cour suprême sur le sujet, l'affaire *Betamax*<sup>49</sup>. Rendue au milieu des années 80, elle concernait la légalité de l'utilisation des appareils vidéo, arrivés quelques années plus tôt sur le marché. Le tribunal a exonéré la compagnie Sony, fabricante de l'appareil BETAMAX. Plusieurs des facteurs mentionnés dans la loi jouaient pourtant en faveur des demandeurs. Cette compagnie détenait les droits d'auteur sur un film de la compagnie Walt Disney, qui avait été diffusé à l'écran. En fait, tous les facteurs sauf le premier. En effet, le cinéphile qui avait fait une copie du film sur son appareil avait enregistré une œuvre de fiction, normalement bien mieux protégée qu'une émission sur les actualités. Il avait enregistré la totalité du film, et il nuisait économiquement au producteur du film, parce que moins de personnes seraient susceptibles de vouloir payer pour le voir au cinéma ou le louer dans les clubs vidéo<sup>50</sup>.

Par contre, certains auteurs de doctrine ont cru noter ces dernières années un resserrement de l'application du « fair use »<sup>51</sup>. C'est que, jusqu'à la décision *Sony*, les tribunaux exigeaient une preuve

47. *Ibid.*, au par. 51.

48. Elle se trouve maintenant à l'article 107 du titre 17 du *United States Code*.

49. *Sony Corp. c. Universal City Studios*, 464 U. S. 417 (1984).

50. À notre avis, la cour a été particulièrement influencée par les résultats de sondages commandés sur l'utilisation que les consommateurs faisaient de l'appareil, montrant qu'il servait surtout à faire du « time shifting », c'est-à-dire l'enregistrement d'une émission qui sera visionnée en un autre temps, surtout le lendemain. La cour a dû trouver qu'il n'y avait pas là de quoi en faire un drame.

51. Voir H. TRAVIS (« Building Universal Digital Libraries : an Agenda for Copyright Reform »), (2006) 33 *Pepp. L. Rev.* 761, p. 814 et s.

tangible d'un impact économique négatif à l'égard de l'œuvre originale, avant de conclure que l'usage qui avait été fait d'une œuvre n'était plus « fair ». Mais même dans *Sony*, il y avait déjà en germe cette idée, exprimée par quelques juges, qu'une preuve de dommage *potentiel* aux revenus générés par l'œuvre originale, comme lorsque les consommateurs se montent une collection de cassettes, pouvait suffire à mettre en échec la notion de « fair use »<sup>52</sup>. Il faut savoir qu'au moment de cette décision, les enquêtes avaient montré que seulement 40 % des auditeurs possédaient plus de 10 cassettes enregistrées. La situation est bien différente aujourd'hui.

Dans l'affaire *Harper & Row*<sup>53</sup>, la Cour suprême déclara que l'élément relatif au dommage potentiel devrait être considéré le plus important dans une analyse de la notion de « fair use »<sup>54</sup>. Cela faisait en sorte que l'élément relatif au tort économique n'était plus un facteur à prendre en considération parmi plusieurs autres. Il allait être déterminant<sup>55</sup>. De plus le fardeau de preuve incomberait à la partie poursuivie de montrer que les gestes accomplis ne risquent pas de causer du tort économique au marché de l'œuvre protégée. Dans cette veine, on a vu des tribunaux juger illégale la reproduction d'émissions de télévision pour fins éducatives, la photocopie d'articles scientifiques pour utilisation en classe ou pour le chercheur lui-même, malgré l'absence de toute preuve précise quant au dommage économique à l'égard des œuvres originales<sup>56</sup>. Une telle restriction dans l'application de la notion de « fair use » se trouve évidemment à porter un dur coup à l'argument de la compagnie Amazon à l'effet que la fonction « Search inside this book » de son logiciel devrait être déclarée légale parce que reliée à de la recherche scientifique ou aux applications pédagogiques.

Pour notre part, nous estimons qu'il n'y a pas lieu de conclure prématurément qu'Amazon ne peut pas du tout bénéficier de l'exemption relative au « fair use ». Car les tribunaux américains se sont montrés traditionnellement plus tolérants que les nôtres quant

52. Voir *Sony Corp. c. Universal City Studios*, 464 U. S. 417 (1984), p. 450-1.

53. *Harper & Row, Publishers, inc. c. Nation Enterprises*, 471 U.S. 539 (1985).

54. *Harper & Row, Publishers, inc. c. Nation Enterprises*, 471 U.S. 539 (1985), p. 566. Les termes employés sont « [...] undoubtedly the single most important element of fair use ».

55. C'est en tout cas la compréhension qu'en a H. TRAVIS, « Building Universal Digital Libraries : an Agenda for Copyright Reform », (2006) 33 *Pepp. L. Rev.* 761, p. 817-8.

56. Voir, notamment, *Encyclopaedia Britannica c. Crooks*, 447 F. Supp. 243 (1978), *Princeton Univ. Press c. Michigan Document Services*, 99 F. 3d. 1381 (1983), et *Geophysical union c. Texaco inc.*, 37 F. 3d 881 (1994).

à l'application de ce concept. Quand une nouvelle invention apparaît sur le marché, il suffit normalement qu'on soit capable de montrer qu'elle peut être utilisée de façon légale et ce, de façon plus que marginale<sup>57</sup>, pour que les tribunaux refusent d'en proscrire l'utilisation. Ce qui risque de faire problème avec la fonction « Search inside this book » c'est qu'il est relativement facile pour un internaute averti de contourner les mesures de protection destinées à empêcher la copie et le téléchargement massif de parties de volumes<sup>58</sup>. Dans la mesure où les mesures anti-piratage seront renforcées, il nous semble qu'il y aurait parfaitement lieu de parler de « fair use » lorsqu'on permet aux intéressés de jeter un coup d'œil à l'intérieur d'un livre.

## 7. CONCLUSION

Une étude historique du droit d'auteur nous permet de dégager une constante. Chaque fois que sont apparus sur le marché une nouvelle invention, un nouvel appareil, on a cherché à en interdire la commercialisation. C'est probablement dû au fait que les humains ne peuvent concevoir que le mode de « consommation » ou d'accès à un produit culturel puisse changer. On ne voit que la menace à l'ordre ancien, plutôt que les nouvelles façons d'exploiter commercialement une œuvre. Il y a aussi, évidemment, l'argument économique qui joue. Quand on est dans une situation de monopole, on a tendance à vouloir conserver jalousement les avantages qu'il procure. Cela se vérifie dans tous les domaines. On sait que les gouvernements ont dû recourir à l'expropriation dans les siècles passés quand les routes et les chemins de fer se sont développés, car il y avait trop

---

57. Les tribunaux parlent de « substantive non-infringing uses ». Cette question a refait surface en Cour suprême dans l'affaire *Grokster (Metro-Goldwyn-Mayers Studios c. Grokster, Ltd., 125 S. Ct. 2764 (2005))*, où il était question de la légalité de logiciels tel Kazaa. Les deux premières phrases de la décision nous donnent la position du tribunal à ce sujet. Le juge Souter écrit : « The question is under what circumstances the distributor of a product capable of both lawful and unlawful use is liable for acts of copyright infringement by third parties using the product. We hold that one who distributes a device with the object of promoting its use to infringe copyright, as shown by clear expression or other affirmative steps taken to foster infringement, is liable for the resulting acts of infringement by third parties. ».

58. J. KERRY-TYERMAN, « No Analog Analogue : Searchable Digital Archives and Amazon's Unprecedented Search Inside the Book Program as Fair Use », (2006) *Stan. Tech. L. Rev* 1, au par. 45. L'auteur montre qu'un client potentiel n'a même pas à être habile en informatique. En tapant simplement des mots-clés trouvés dans les pages accessibles, il a accès à d'autres pages, de sorte qu'il est relativement aisé de visionner le maximum de 20 % des pages prévu par le « système ». Et encore là, cette limite peut être dépassée, en se faisant passer pour un nouveau client, avec un nouveau numéro d'accès...

de propriétaires de terrains qui refusaient carrément d'en céder une partie, ou exigeaient un prix vraiment exorbitant.

Dans le domaine du droit d'auteur, on rapporte qu'à la fin du Moyen-Âge, quand l'imprimerie a été inventée, les moines copistes se sont insurgés contre ce nouvel ordre des choses, qui leur enlevait un monopole sur la reproduction des livres<sup>59</sup>. Au dix-neuvième siècle, lors de l'invention des pianos mécaniques, on a annoncé la mort certaine de la musique en feuilles. Lorsque les premiers disques ont été fabriqués, les compositeurs de musique et les éditeurs de musique en feuille ont crié à la piraterie à une échelle massive ! Ils n'ont été calmés qu'après que le Congrès eut imposé une licence obligatoire<sup>60</sup>. A l'arrivée de la radio, au début du vingtième siècle, les compagnies de disques ont cherché à les empêcher de diffuser de la musique, certaines qu'elles étaient que cela était pour faire mourir leur industrie<sup>61</sup>. À l'arrivée de la télévision, dans les années 40 aux États-Unis et en 1952 au Canada, tout le monde semblait unanime pour annoncer la mort des cinémas. En effet, qui voudrait continuer à se déplacer et dépenser de l'argent pour se divertir, alors que voir un film serait accessible gratuitement, sans sortir de chez soi ! On devine le tollé qu'a provoqué l'apparition des cassettes vierges permettant l'enregistrement de pièces musicales diffusées à la radio<sup>62</sup>.

On a vu précédemment la controverse suscitée par l'arrivée des appareils vidéo au milieu des années 70. Les détenteurs de droits d'auteur sur les films n'annonçaient rien de moins que la mort de leur industrie, et ce à court terme, victime de piratage à grande échelle. Il est ironique de constater aujourd'hui que la situation est changée du tout au tout. Plusieurs grands studios de cinéma récoltent relativement peu d'argent à l'égard d'un film lorsqu'il est diffusé

59. Daniel J. BOORSTIN, *The Discoverers : A History of Man's Search to Know His World and Himself*, (New York Vintage, 1983), p. 515.

60. Lawrence LESSIG, *Free Culture* (New York, Penguin, 2004), p. 57-8.

61. Nous avons fait écho des batailles rangées qui se sont déroulées devant les tribunaux dans notre texte : « Le droit de faire jouer la radio en public, ou la petite histoire d'une drôle d'exemption », (2002) 2 *C.J.L.T.* 51.

62. Aux États-Unis, voir *Elektra Records Co. c. Gem Electr. Distrib.*, 360 F. Supp. 821 (1973). Le même genre de controverse a surgi lors de l'arrivée des mini-cassettes, appelées DAT, pour « digital audio tape ». Au Canada, la controverse a été réglée par l'adoption de la partie VIII de la loi, appelée « Copie pour usage privé », prévoyant un régime de redevances lié au nombre de cassettes vendues, pour compenser les pertes monétaires des compositeurs et maisons de disques. En Angleterre, la cause-type concernant les appareils munis de 2 fentes pour les cassettes, donc en permettant la reproduction facilement, est *CBS Songs Ltd. c. Amstrad Consumer Electronics Plc.*, [1978] 2 All E.R. 488 (H.L.). L'utilisation de ces appareils a été jugée légale.

au cinéma, mais beaucoup plus par l'exploitation du marché de la location des cassettes dans les clubs vidéo, de la vente de copies en format DVD, du marché de la télévision payante, et finalement de la télévision « gratuite ». Aujourd'hui ce sont les appareils vidéo munis de nouvelles fonctions, comme les appareils appelés « Tivo », qui font encore craindre les pires catastrophes<sup>63</sup>. Et que dire de la véritable saga entourant la question de l'échange de fichiers musicaux par Internet, commencée dans la deuxième moitié des années 90, par la mise au point du logiciel Napster !

On peut conclure rapidement en disant que l'ajout de la fonction « Search inside this book » de la compagnie Amazon pose un certain nombre de difficultés juridiques. Mais elles ne sont pas du tout insurmontables. Il suffirait que les principaux acteurs impliqués ici, soit les écrivains, les maisons d'édition, et la compagnie Amazon se rencontrent afin de s'entendre sur ce qu'on veut rendre disponible au public, et sur un mode de rémunération des auteurs qui tienne compte, si c'est effectivement le cas, d'une baisse du nombre d'exemplaires de leur œuvre vendue. Un peu comme l'ont fait au Québec les maisons d'édition qui ont conclu des ententes avec les bibliothèques, les écoles et les universités pour tenir compte de l'impact pour elles et les auteurs de l'utilisation des appareils à photocopier. Il faudrait aussi, à notre avis, que les auteurs puissent décider ultimement s'ils acceptent que leurs œuvres soient numérisées, avec les avantages et dangers que cela comporte. Enfin, Amazon devrait prendre des dispositions pour renforcer les protections contre le piratage des fichiers électroniques. Par exemple, pour ce qui est des ouvrages comme les anthologies, guides de voyage, ou livres de cuisine, le consommateur ne devrait pas pouvoir accéder à des pages complètes, lui donnant toute l'information recherchée.

Ce serait un premier pas vers un système où de plus en plus de documents sont accessibles « en ligne », où les consommateurs auraient le choix de commander un exemplaire en papier d'un livre, où d'accéder au texte par Internet, moyennant paiement à l'unité ou

---

63. Voir notre texte « La seconde génération d'appareils vidéo et le droit d'auteur », (2003) 8-2 *Lex Electronica*, (disponible à : <[www.lex-electronica.org](http://www.lex-electronica.org)>). Dans un autre domaine, celui des appareils à photocopier, il y a eu une cause-type en Australie, où des compagnies ont tenté d'en faire interdire complètement l'utilisation, au motif qu'ils serviraient systématiquement à violer les droits d'auteur. Voir *University of New South Wales c. Moorhouse*, (1974-5) 133 Commonwealth L.R. 1. La cause a été gagnée, mais nos tribunaux ont décidé de s'en écarter. Voir *Barreau du Haut-Canada c. CCH*, [2004] 1 R.C.S. 339, au par. 41.



au mois, et avec la possibilité de télécharger un texte ou de le faire imprimer. Ce système présenterait des avantages évidents. Les consommateurs auraient accès à des volumes qu'on ne peut repérer aisément aujourd'hui avec les catalogues des maisons d'édition, la notion de volume épuisé n'existerait plus, de même que le problème de manque d'espace dans les bibliothèques des consommateurs. En ce sens, on irait dans la voie indiquée par les tribunaux, lorsqu'ils disent que la loi sur le droit d'auteur cherche à trouver un équilibre entre les droits du public et celui des créateurs. Le public aurait accès à davantage d'information sur les livres existants, et à une partie de leur contenu, et les créateurs bénéficieraient de ventes accrues de livres en format papier ou par l'électronique<sup>64</sup>.

---

64. Comme l'explique H. TRAVIS, « Building Universal Digital Libraries : an Agenda for Copyright Reform », (2006) 33 *Pepp. L. Rev.* 761, p. 822-3, une étude des données disponibles montre que l'essor de l'ère de l'informatique est loin d'avoir sonné le glas de l'imprimé. Ainsi, depuis qu'Amazon a rendu disponible la fonction « Search inside this book », la vente de volumes a augmenté d'environ 10 %. Il rapporte aussi qu'aux États-Unis seulement, les ventes de volumes ont doublé entre 1992 et 2004, qu'en 2005 ces ventes ont augmenté au rythme de 25 %, et que depuis les 50 dernières années, soit depuis l'avènement de la télévision et de l'informatique, le nombre total de livres publiés a quadruplé.

*Vol. 19, n° 1*

## **L'image publique des éditeurs et du droit d'auteur**

**David Vaver\***

### **I**

Qu'est-ce que les membres du public demandent des éditeurs ? En tant qu'acheteurs de livres, ils veulent un accès facile à un éventail varié de livres peu chers et dans les langues de leur choix. Ils n'aiment pas se faire dire que le livre est épuisé ou disponible seulement dans une langue qu'ils ne lisent pas, et alors être obligés de se traîner vers une bibliothèque publique ou chez les bouquinistes, ou encore de faire leur propre traduction. En tant qu'écrivains et utilisateurs, ils veulent un accès équitable à la littérature mondiale pour l'avoir en main et la garder, pour en jouir, pour s'en moquer si cela leur chante, pour tabler dessus, et également pour profiter de leurs efforts et pour permettre à d'autres d'en profiter. En tant qu'auteurs, ils veulent des conditions équitables dans leurs contrats et une juste part des profits ; car sans livre, pas de profit.

---

© David Vaver, 2006.

\* Professeur de droit de la propriété intellectuelle et des technologies de l'information à l'Université d'Oxford. Texte d'une présentation au 6e Symposium international sur le droit d'auteur de l'Union internationale des éditeurs, tenu à Montréal, les 24-26 avril 2006. La version anglaise du texte, sous le titre *Publishers and Copyright : Rights Without Duties ?*, se trouve : <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=902794](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=902794)> . Il a été publié (2006) 40 :6 *Bibliotheksdiens* 743. Traduction par Ejan Mackaay, professeur à la Faculté de droit de l'Université de Montréal et directeur du Centre de droit des affaires et du commerce international (CDACI), avec remerciements à Ivan Tchotourian, stagiaire post-doctoral au CDACI.