

# LES NOUVELLES EXCEPTIONS EN DROIT D'AUTEUR CANADIEN : UN FAUX DÉBAT

Sylvi Plante [1]

Les débats sur les exceptions au droit d'auteur soulèvent les passions. Les titulaires de droit d'auteur crient au vol alors que les usagers brandissent l'étendard de l'intérêt public.

D'entrée de jeu, le principe d'une exception au droit d'auteur heurte. À quoi bon accorder un droit d'auteur au créateur d'une oeuvre pour ensuite en empêcher l'exercice à l'égard de certains modes d'exploitation de celle-ci. C'est tout comme obliger une entreprise à offrir gratuitement les produits qu'elle s'apprête à vendre et qui ont requis de sa part des investissements considérables. Il s'agit là d'une logique qui ne tiendrait pas le coup dans une économie digne de ce nom. Pourtant cette logique existe en droit d'auteur et depuis l'adoption du Projet de loi C-32 [2] qui a été sanctionné le 27 avril 1997, cette logique semble encore plus présente qu'auparavant dans la législation canadienne sur le droit d'auteur.

De quelques pages d'exceptions au droit d'auteur qui composaient son lot, la *Loi sur le droit d'auteur* [3] s'est vue gratifier par le Projet de loi C-32 de plusieurs pages d'exceptions, comme le remarquait d'ailleurs avec effroi le député du Bloc québécois lors du débat en deuxième lecture tenu à l'égard de ce projet de loi [4]. Au cours du même débat parlementaire, la ministre du Patrimoine canadien indiquait à l'appui du Projet de loi C-32 qu'il instaurait “un juste équilibre entre le droit des créateurs d'être rémunérés pour leur travail et la nécessité pour les usagers d'avoir accès aux oeuvres” [5]. La ministre du Patrimoine canadien précisait de plus que son gouvernement était conscient “que des exceptions restreintes à l'application du droit d'auteur s'avèrent parfois nécessaires dans l'intérêt public” [6].

L'intérêt public, voilà ce qui justifierait l'expropriation du titulaire du droit d'auteur à l'égard de ses droits sur son oeuvre. Un bref survol des différentes législations nationales en droit d'auteur nous apprend rapidement que cette notion d'intérêt public est finalement fonction de la mesure du traitement accordé au droit d'auteur par chacune de ces législations. L'exercice que nous ferons dans cet article de passer en revue certaines des nouvelles exceptions qui ont été introduites dans la loi canadienne sur le droit d'auteur permettra de nous éclairer sur la place de la notion d'intérêt public au sein de cette loi et d'ainsi évaluer la valeur que le législateur canadien accorde au droit d'auteur.

Nous aborderons dans cet article les nouvelles exceptions au droit d'auteur qui apparaissent être les plus significatives par leur caractère de nouveauté ou encore qui ont suscité le plus de discussions. L'exposé de ces exceptions sera accompagné de remarques en droit comparé en utilisant comme modèles de comparaison le droit français, à peu près dénué d'exceptions, et le droit américain, qui en foisonne.

Le lobby des établissements d'enseignements ainsi que celui des bibliothèques, des musées et des services d'archives à l'effet d'obtenir des exceptions au droit d'auteur qui serviraient leurs opérations a réussi à maints égards et les exceptions qui en ont résulté composent une grande partie du chapitre sur les exceptions de la *Loi sur le droit d'auteur*.

L'exception de l'utilisation équitable a été revue afin de l'actualiser pour tenir compte de l'évolution de la technologie, sortant ainsi cette exception d'une époque où les journaux constituaient les seuls médias existants. Cette mise à jour ne s'est pas faite toutefois sans une

tentative de lorgner du côté de la notion américaine de *fair use*, qui se veut beaucoup plus permissive pour les usagers.

Enfin, d'autres exceptions ont aussi été ajoutées dans la *Loi sur le droit d'auteur*, dont une exception pour les personnes qui ont des déficiences perceptuelles et une portant sur l'incorporation incidente d'une oeuvre au sein d'une autre. De plus, une "fausse" exception d'enregistrement éphémère a été adoptée.

Après les révisions relativement importantes survenues à l'égard de la *Loi sur le droit d'auteur* en 1988 avec le Projet de loi C-60 [6] et en 1997 avec le Projet de loi C-32, on aurait pu penser qu'un commentaire de la nature de celui formulé par un député de la Chambre des communes en 1931 à l'effet que "nous avons également une *Loi sur le droit d'auteur*, mais elle protège presque tout le monde, à l'exception des auteurs" [7] n'était plus vraiment d'actualité, mais l'ajout de ces nombreuses exceptions peut laisser soucieux. Toutefois, malgré l'ajout de plusieurs exceptions dans la *Loi sur le droit d'auteur*, il y aura lieu de se questionner sur l'impact réel de celles-ci sur les droits des titulaires de droit d'auteur. Cet impact est-il à la mesure de la quantité de pages tant décriée par le député du Bloc québécois?

Enfin, nous concluons après avoir examiné brièvement la question de l'exception de la parodie qui, bien qu'elle ne fasse pas l'objet d'une exception dans la loi canadienne, fait présentement l'objet d'un débat jurisprudentiel au cours duquel d'aucuns prétendent, à tort selon nous, qu'une telle exception existe en droit canadien sans la nécessité d'une disposition législative expresse à cet effet. Et, s'il est un terrain sur lequel les législations française et américaine se rencontrent en droit d'auteur c'est bien celui de la parodie.

- **L'utilisation équitable**
- **L'exception d'utilisation équitable**

Le concept de l'utilisation équitable, tel qu'il était prescrit par les alinéas 27(2)a) et 27(2)a.1) de la *Loi sur le droit d'auteur* avant la révision du Projet de loi C-32 et tel qu'il apparaît maintenant avec quelques aménagements aux articles 29, 29.1 et 29.2, a fait couler beaucoup d'encre. Il a bien entendu été abordé dans les divers rapports gouvernementaux qui ont porté sur la révision de la *Loi sur le droit d'auteur* [8] et il a même fait l'objet de son propre rapport [9]. Toutes ces discussions et analyses ont essentiellement pesé le pour et le contre de remplacer la notion d'"utilisation équitable" présente dans la législation canadienne par la notion de *fair use* (que l'on peut traduire par "usage équitable") qui apparaît dans la loi américaine et qui s'avère, comme nous le verrons, plus permissive pour les usagers que l'exception canadienne.

L'ancienne version de la *Loi sur le droit d'auteur* permettait selon l'alinéa 27(2) a) l'utilisation équitable d'une oeuvre à des fins d'étude privée ou de recherche et selon l'alinéa 27(2)a.1) l'utilisation équitable d'une oeuvre à des fins de critique, de compte rendu ou de préparation d'un résumé destiné aux journaux à la condition de mentionner la source.

Avant de poursuivre avec l'analyse des nouvelles dispositions sur l'utilisation équitable, rappelons que cette défense existe dans la législation canadienne sur le droit d'auteur depuis 1921 [10]. L'utilisation équitable constitue une défense à une violation de droit d'auteur dans les seuls cas énumérés dans la loi et à la condition que l'utilisation qui est ainsi faite pour l'un des motifs décrits à la loi puisse être qualifiée d'équitable. Le caractère "équitable" de l'utilisation est laissé à l'appréciation des tribunaux.

Préalablement à la révision qui a été effectuée par l'entremise du Projet de loi C-32, la *Loi sur le droit d'auteur* permettait l'utilisation équitable d'une oeuvre à des fins d'étude privée ou de recherche [11], d'une part, et à des fins de critique, de compte rendu ou de préparation d'un résumé destiné aux journaux [12], d'autre part. En ce qui concerne les fins d'étude privée et de recherche,

elles ne peuvent avoir trait qu'aux travaux qu'un étudiant effectue pour son propre compte et ne peuvent être invoquées pour servir les fins d'un ensemble d'étudiants, de clients ou d'employés [13].

Afin de pouvoir invoquer l'utilisation équitable d'une oeuvre à des fins de compte rendu, il faudra avoir effectué un travail à l'égard de cette oeuvre qui va au-delà de la préparation d'une simple version abrégée de celle-ci mais qui implique un certain traitement de l'oeuvre [14]. Quant à la critique, elle peut couvrir tant le style de l'oeuvre que les idées qu'elle comporte [15]. Enfin, la théorie dominante veut que la reproduction totale d'une oeuvre afin d'en rédiger un compte rendu ne constitue pas une utilisation équitable [16], bien qu'il puisse y avoir des circonstances où il soit justifié de reproduire l'oeuvre dans sa totalité [17].

Enfin, notons qu'il a été reconnu que l'exception de l'utilisation équitable ne s'appliquait pas à la personne qui s'appropriait le travail d'une autre [18]. De plus, il semblerait que la publication d'un document non-publié et provenant d'une "fuite" ne puisse pas satisfaire à la défense d'utilisation équitable [19]. Finalement, un tribunal a refusé d'appliquer l'exception de l'utilisation équitable dans le cas où une personne s'appropriait illégalement trois pages sur neuf d'une conférence afin d'écrire un compte rendu sans faire mention de l'auteur [20].

Le livre blanc sur le droit d'auteur intitulé *De Gutenberg à Télidon* a proposé en 1984 de remplacer la notion d'utilisation équitable par celle de *fair use* (traduite dans le livre blanc par "usage équitable") [21], ce à quoi s'est objecté le Sous-comité sur la révision du droit d'auteur dans son rapport de 1985 intitulé *Une charte des droits des créateurs et créatrices* préférant conserver l'utilisation équitable [22].

Certains intervenants auraient souhaité que la notion d'utilisation équitable, qui se veut en fait une défense à une action pour violation de droit d'auteur, soit définie dans la nouvelle loi dans le but de clarifier les incertitudes qui peuvent exister à l'égard de l'interprétation à donner à ce moyen de défense. Le Sous-comité sur la révision du droit d'auteur a estimé qu'il était préférable de maintenir la défense d'utilisation équitable dans la *Loi sur le droit d'auteur* sans la définir car à son avis, il n'aurait pas été possible de "définir l'utilisation équitable sans compromettre la souplesse qui est essentielle à cette mesure" ajoutant que "son interprétation doit être laissée à la discrétion des tribunaux qui la modèleront et l'adapteront aux progrès technologiques et aux pratiques existantes" [23].

Finalement le Projet de loi C-32 a conservé la notion d'utilisation équitable en ne la définissant pas mais en l'élargissant afin qu'elle puisse être applicable au-delà du strict contexte du résumé destiné aux journaux comme le prescrivait l'ancien alinéa 27(2)a.1) et pour en élargir l'application à la communication de nouvelles en général et non seulement celles qui pourraient être destinées aux journaux sous forme de résumés.

L'article 29 reprend l'exception d'utilisation équitable d'une oeuvre aux fins d'étude privée ou de recherche, et se verra donc interprété à la lumière de l'interprétation qui était accordée à l'ancien sous-paragraphe 27(2)(a) qui prévoyait cette exception. Les nouveaux articles 29.1 et 29.2 prévoient ainsi que l'utilisation équitable d'une oeuvre aux fins de critique ou de compte rendu selon l'article 29.1, ou pour la communication de nouvelles selon l'article 29.2, ne constitue pas une violation du droit d'auteur à condition de mentionner la source de l'oeuvre.

Il importe de noter que les dispositions de la *Loi sur le droit d'auteur* qui portent désormais sur l'utilisation équitable, soit les articles 29, 29.1 et 29.2, traitent de l'utilisation équitable d'une oeuvre mais aussi de tout autre objet du droit d'auteur référant ainsi aux droits d'auteur qui ont été accordés aux artistes-interprètes [24], aux producteurs d'enregistrements sonores [25] et aux radiodiffuseurs [26] par le Projet de loi C-32, lesquels droits sont aussi souvent appelés "droits voisins". En fait, l'aspect majeur de la révision effectuée par le Projet de loi C-32 a été d'introduire

les droits voisins dans la législation canadienne en mettant cette dernière au diapason de plusieurs autres législations nationales à l'échelle mondiale de même qu'en répondant à un lobby important à cet effet de la part de l'industrie musicale. Les diverses exceptions d'utilisation équitable pourront ainsi être applicables à l'égard des prestations d'artistes-interprètes, des enregistrements sonores et des signaux de communication des radiodiffuseurs.

L'article 29.1 reprend l'ancien alinéa 27(2)a.1 qui permettait "l'utilisation équitable d'une oeuvre à des fins de critique, de compte rendu ou de préparation d'un résumé destiné aux journaux", à la condition de mentionner la source, mais sans la référence à la "préparation d'un résumé destiné aux journaux". Le principe d'appliquer l'utilisation équitable dans le cadre de la préparation des nouvelles, tel qu'il semblait reconnu par la référence au compte rendu destiné aux journaux, a été repris au nouvel article 29.2 mais sans limitation quant au médium employé pour communiquer les nouvelles. En étant dénué de toute référence à une forme de médium ou une autre à l'aide duquel les nouvelles seront communiquées, l'article 29.2 pourra peut être ainsi mieux survivre aux développements technologiques constants.

L'absence aussi de référence à un médium précis auquel doit être destiné la critique ou le compte rendu prévue à l'article 29.1 permettrait d'inclure dans les magazines télévisés qui font la revue de l'actualité culturelle des extraits d'oeuvres protégées sans la permission de leur titulaire de droit d'auteur, à la condition d'en faire la critique ou un compte rendu et que l'utilisation puisse être qualifiée d'équitable. Ainsi, sous réserve de la mention de la source tel que le prescrit l'article 29.1, un magazine culturel télévisé pourrait avoir un contenu qui soit composé en totalité ou presque d'extraits d'oeuvres protégées, tels que des films, des oeuvres musicales ou littéraires ou encore des pièces de théâtre ou des chorégraphies sans devoir requérir de licence à cet effet.

En ce qui a trait à la mention de la source, les articles 29.1 et 29.2 précisent que les exceptions d'utilisation équitable qui y sont prévues sont conditionnelles à, d'une part, la mention de la source et, d'autre part, le nom de l'auteur de l'oeuvre "si ce renseignement figure dans la source". Cette condition semble indiquer que, dans la mesure où le nom de l'auteur n'apparaît pas dans la source, l'utilisateur n'a pas l'obligation de rechercher le nom de cet auteur et de se plier ainsi aux exigences du respect du droit moral de paternité accordé à l'auteur qui découleraient par ailleurs du paragraphe 14.1(1) de la *Loi sur le droit d'auteur*. Cette exigence de la mention de la source n'est pas nouvelle car elle existait dans l'ancien alinéa 27(2)a.1 qui permettait l'utilisation équitable d'une oeuvre à des fins de critique, de compte rendu ou de préparation d'un résumé destiné aux journaux. L'expression "source" n'a pas été définie dans la *Loi sur le droit d'auteur* et pourra faire l'objet d'interprétation par les tribunaux.

En ce qui a trait au droit moral de paternité, notons que le paragraphe 14.1(1) prévoit qu'il s'exerce "compte tenu des usages raisonnables". Il peut donc y avoir des situations où il n'est pas nécessaire de mentionner le nom de l'auteur et qu'il n'y aura donc pas de violation du droit moral. Cette mention d'"usage raisonnable" est laissée à l'appréciation des tribunaux. On pourrait imaginer à titre d'exemple facile d'usage raisonnable, un ministre du gouvernement qui ne mentionne pas le nom de l'auteur du discours qu'il vient de prononcer devant ses électeurs. C'est donc dire qu'il pourrait y avoir des cas d'utilisation équitable qui pourraient, compte tenu des "usages raisonnables", ne pas être sujet au respect du droit moral. Toutefois, puisque les articles 29.1 et 29.2 obligent à la mention de la source, dont le nom de l'auteur s'il apparaît dans la source, il y a lieu de croire que les cas d'utilisation équitable de critique ou de compte rendu ou encore de communication des nouvelles ne pourront pas faire l'objet de cette dérogation au droit moral de paternité — à tout le moins dans les cas où le nom de l'auteur apparaît dans la source.

## 1.2 Droit comparé

- **Le droit français**

Il existe en droit français peu d'exceptions au droit d'auteur mais au nombre de celles-ci il y en a quelques unes qui présentent un objet similaire à celui que l'on retrouve dans les dispositions canadiennes sur l'utilisation équitable. Au même titre que la jurisprudence canadienne le reconnaît [27], les exceptions au droit d'auteur sont d'interprétation strictes en droit français [28]. Le *Code de la propriété intellectuelle* [29] qui intègre la législation française sur le droit d'auteur, énumère en son article L.122-5 certains actes que l'auteur ne peut interdire une fois son oeuvre divulguée.

Les exceptions qui se rapprochent de l'utilisation équitable sont énumérées à l'article L.122-5(3) et son sujettes à ce que soient "indiqués clairement le nom de l'auteur et la source". Les actes que l'auteur ne peut ainsi interdire sont "les analyses et courtes citations justifiées par le caractère critique, polémique, pédagogique, scientifique ou d'information de l'oeuvre à laquelle elles sont incorporées" [30] et les revues de presse [31]. On pourrait aussi faire état de l'exception concernant la copie qui est réservée à l'usage privé du copiste et qui n'est pas destinée à une utilisation collective [32]. Il existe une certaine analogie entre cette exception de la copie privée, bien qu'elle soit beaucoup plus vaste dans son objet, et l'exception canadienne d'utilisation équitable à des fins d'étude privée ou de recherche.

- **Les analyses, courtes citations et revues de presse**

Les analyses et courtes citations doivent être intégrées dans une autre oeuvre et ne peuvent donc subsister par elles mêmes, sous réserve toutefois du tempérament qui a été apporté à ce principe par l'affaire Microfor dont il est fait mention ci-après. De plus, comme en fait mention l'alinéa (a) de l'article L.122-5(3), les analyses et courtes citations ne sont permises en droit français que si elles sont "justifiées par le caractère critique, polémique, pédagogique, scientifique ou d'information de l'oeuvre à laquelle elles sont incorporées". Pour citer des auteurs de doctrine française, "l'atteinte au monopole de l'auteur trouve alors sa justification dans la liberté d'information et de critique ou de la diffusion du savoir" [33], lesquelles sont en toute apparence intimement liées à la notion d'intérêt public qui est souvent invoquée, comme nous l'avons vu, pour justifier une atteinte au droit d'auteur.

Selon la doctrine française, l'article L.122-5(3) a été rédigé en fonction de l'exercice du droit de reproduction mais il est aussi applicable à l'égard du droit de représentation [34]. Ainsi les analyses, courtes citations et revues de presse permises par l'article L.122-5(3) ne se limitent pas aux médias écrits.

L'article L. 122-5(3) du *Code de propriété intellectuelle* a fait l'objet d'un développement jurisprudentiel important au début des années 80 en relation avec le domaine des bases de données. Dans une affaire opposant le journal Le Monde et la société Microfor [35], la Cour de cassation a donné une interprétation particulièrement large à l'article L.122-5(3)(a) en permettant, sous le couvert de l'exception qui y est prévue, la création d'une base de données qui ne comportait en fait que des citations et qui une fois dénuée de celles-ci se trouvait pour ainsi dire à inexister, d'où l'absence apparente d'une oeuvre dans laquelle les citations pouvaient être incorporées au sens de l'article L.122-5(3)(a) [36]. Essentiellement, la Cour de cassation a estimé que la base de données avait un caractère d'information au sens de l'article L.122-5(3)(a) et ce faisant elle pouvait alors être constituée "sans commentaire ou développement personnel de son auteur, par la réunion elle-même et le classement de courtes citations empruntées à des oeuvres préexistantes" [37] et ainsi quand même bénéficié de l'exception au droit d'auteur prévue à cet article. Le caractère d'information que présentait la base de données a suffi pour justifier de l'application de l'exception de l'article L.122-5(3)(a), permettant ainsi que de courtes citations soient utilisées pour créer une base de données sans devoir obtenir la permission des titulaires de droit d'auteur.

En ce qui concerne les revues de presse permises par l'article L.122-5(3)(b), la doctrine y réfère comme étant un "aperçu systématique d'opinions diverses, exprimées sur un même thème

d'actualité, dans plusieurs organes de presse”, mais il ne faut pas que la revue de presse constitue en fait une anthologie car elle sera alors interdite [38]. Selon la jurisprudence, la revue de presse implique une “présentation conjointe et par voie comparative de divers commentaires émanant de journalistes différents et concernant un même thème ou un même événement” [39] et lequel thème ou événement doit relever de l'actualité [40]. Cette exigence liée au caractère d'actualité permet de limiter la concurrence qui pourrait être ainsi faite à l'oeuvre qui est utilisée dans la revue de presse [41].

### 1.2.1.2 La copie privée

L'exception de la copie privée est dictée par l'article L.122-5(2) du *Code de propriété intellectuelle* qui se lit comme suit:

*Art. L.122-5. Lorsque l'oeuvre a été divulguée, l'auteur ne peut interdire: [...]*

*2<sup>o</sup> Les copies ou reproductions strictement réservées à l'usage privé du copiste et non destinées à une utilisation collective, à l'exception des copies des oeuvres d'art destinées à être utilisées pour des fins identiques à celles pour lesquelles l'oeuvre originale a été créée et des copies d'un logiciel autres que la copie de sauvegarde établie dans les conditions prévues au II de l'article L.122-6-1 ainsi que des copies ou reproductions d'une base de données électronique;*

Cette exception de la copie privée fait l'objet de critiques en France car la prolifération de mode de reproduction permettant de reproduire aisément et sans délai des oeuvres protégées par droit d'auteur a grandement élargi la portée de cette exception. Selon ses critiques, cette exception, datant d'une autre époque, a servi à justifier le travail de “l'érudit recopiant à la main, en bibliothèque, ses passages préférés d'un livre pour les relire dans son intimité” [42] mais elle s'est avérée sérieusement problématique avec l'arrivée de la photocopie, cela sans mentionner les modes de reproduction numérique maintenant disponibles [43].

Malgré la conséquence d'une telle exception, ses critiques croient néanmoins qu'il serait irréaliste que d'envisager sa disparition compte tenu des pratiques très répandues en la matière. Ils sont cependant d'avis qu'un point d'équilibre doit être recherché “dans un maintien de la dérogation traditionnelle relative à la copie privée, assorti d'une compensation financière” [44].

En ce qui a trait à l'interprétation qui doit être donnée à l'article L.122-5(2), l'on note que le copiste doit être compris comme étant la “personne physique qui prend la décision d'opérer la reproduction et qui la réalise lui-même (sic) ou la fait réaliser par un tiers” [45] et qu'en l'absence de précision quant à l'ampleur de la copie qui peut être effectuée, il pourrait s'agir d'une reproduction intégrale de l'oeuvre [46]. Selon la doctrine, l'exception de la copie privée pourrait servir l'étudiant ou le professionnel pour son travail personnel [47], mais l'utilisation pédagogique constituerait une utilisation collective qui ne saurait être permise par l'article L.122-5(2) non plus que l'utilisation dans le cadre de réunions de travail [48].

## 1.2.2 Le droit américain

Le droit américain est plus permissif en matière de dérogations au droit d'auteur que le droit français ou le droit canadien. La législation américaine comporte un plus grand nombre d'exceptions au droit d'auteur dont l'exception de *fair use* dont nous ferons ici l'analogie avec celle d'utilisation équitable en droit canadien. Au Canada, il est fréquent dans la pratique que certaines personnes croient pouvoir user de l'exception de *fair use* dans des situations sujettes au droit canadien, particulièrement dans les milieux du cinéma et de la télévision. Les rapports nombreux entre l'industrie audiovisuelle canadienne et son vis-à-vis américain ont pour effet d'alimenter des mythes selon lesquels le *fair use* est applicable en droit canadien alors qu'il ne l'est pas et que l'on



doit agir dans les limites de l'utilisation équitable, laquelle ne permettrait pas, généralement, les usages envisagés dans cette industrie.

### 1.2.2.1 Le fair use

Le *fair use* fait l'objet d'un corpus jurisprudentiel nettement plus important que celui de l'utilisation équitable particulièrement en raison du caractère non exhaustif de la disposition législative qui consacre son existence. De plus, les articles de doctrine au sujet du *fair use* ne manquent pas non plus [49]. La doctrine sur le *fair use* est donc assez volumineuse. Nous n'entrons pas ici dans les détails mais aborderons sommairement les différentes composantes de cette exception au droit d'auteur de manière à en circonscrire les principaux paramètres d'application.

L'article 107 du *Copyright Act* [50] américain prévoit la défense de *fair use* à une violation de droit d'auteur. Le libellé de cet article qui crée une exception importante au droit d'auteur mérite d'être cité afin de pouvoir en apprécier la portée:

*107. Limitations on exclusive rights: Fair use*

*Notwithstanding the provisions of sections 106 and 106A the fair use of a copyrighted work, including such use by reproduction in copies or phonorecords or by any other means specified by that section, for purposes such as criticism, comment, news reporting, teaching (including multiple copies for classroom use), scholarship, or research, is not an infringement of copyright. In determining whether the use made of a work in any particular case is fair use the factors to be considered shall include-*

*(1) the purpose and character of the use, including whether such use is of a commercial nature or is for nonprofit educational purposes;*

*(2) the nature of the copyrighted work;*

*(3) the amount and substantiality of the portion used in relation to the copyrighted work as a whole; and*

*(4) the effect of the use upon the potential market for or a value of the copyrighted work.*

*The fact that a work is unpublished shall not itself bar a finding of fair use if such finding is made upon consideration of all the above factors.*

En raison de son libellé, l'article 107 ne constitue pas une définition du *fair use* mais seulement une énumération qui n'est pas exhaustive des facteurs qui doivent être pris en compte pour déterminer si la défense de *fair use* est admissible. D'autres facteurs que ceux énumérés à l'article 107 pourraient ainsi être considérés pour décider du *fair use* [51]. De plus, les quatre facteurs énumérés à l'article 107 sont eux mêmes libellés en des termes généraux, ce qui laisse dire à Nimmer que les tribunaux ont finalement une discrétion quasi entière pour déterminer de l'application du *fair use* [52]. Nimmer constate aussi que l'interprétation qui peut être faite de chacun de ces quatre facteurs est très large et que de ce fait, ceux-ci ne permettent pas de résoudre des questions complexes [53], et qu'il y a même lieu d'appliquer un tout autre test à la question et qui relève de la fonction de l'oeuvre [54].

- **Les usages pouvant constituer du fair use**

Le paragraphe introductif de l'article 107 énumère certains usages qui pourraient constituer des cas de *fair use*, soit des usages à des fins de critique, de commentaire, nouvelles, enseignement,

d'érudition ou de recherche ( *criticism, comment, news reporting, teaching, scholarship or research* ). Les usages ainsi énumérés dans l'article 107 peuvent impliquer un certain traitement de l'oeuvre à laquelle on emprunte et non une simple reproduction de celle-ci afin de pouvoir réussir l'argument du *fair use* .

La jurisprudence américaine a analysé la question de savoir si le *fair use* devait en effet requérir un certain traitement de l'oeuvre. Dans l'affaire *Universal City Studios, Inc. v. Sony Corp. of America* [55], la Cour suprême des États-Unis a décidé en 1984 que la question de savoir si celui qui utilise une oeuvre sous le couvert du *fair use* doit lui-même créer une autre oeuvre, et non simplement reproduire la première oeuvre pour user de la copie qui en résulte, pour justifier l'usage qu'il fait de la première, est un facteur utile dans l'analyse des faits pour décider du *fair use* , mais cela ne saurait être un facteur déterminant en soi.

Cependant, dans une décision plus récente la Cour suprême des États-Unis a renforcé l'importance qui devait être accordée à l'analyse de la question de savoir s'il devait y avoir eu un certain traitement à l'égard de la première oeuvre. Ainsi, dans la décision rendue en 1994 dans *Campbell v. Acuff-Rose* [56] concernant une affaire de parodie d'une chanson de Roy Orbison par le groupe de rap 2 Live Crew, la Cour suprême a décidé que l'objectif principal de l'analyse du *fair use* était de déterminer si la nouvelle oeuvre issue de l'usage d'une autre ajoutait quelque chose à celle-ci et dans quelle mesure la nouvelle oeuvre se trouvait à transformer la première [57]. La Cour suprême a précisé que plus la nouvelle oeuvre relevait de la transformation moins les autres facteurs servant à déterminer s'il y a *fair use* ou non étaient importants, notamment celui de l'aspect commercial qui peut contribuer à écarter la défense de *fair use* [58].

Cette jurisprudence américaine rappelle la problématique française qui entoure la décision qui a été rendue dans l'affaire Microfor, bien que la décision française va dans le sens inverse en rejetant toute exigence de transformation de l'oeuvre utilisée sous le couvert de l'exception de l'article L.122-5(3) du *Code de propriété intellectuelle* au motif que le caractère d'information que présentait la base de données contestée suffisait pour que la création de celle-ci, en y intégrant de courtes citations d'autres oeuvres, puisse bénéficier de l'exception portant sur les courtes exceptions [59].

Dans la perspective des différents débats qui ont eu cours au Canada sur la reprographie dans les établissements d'enseignement, laquelle ne constituerait pas de l'utilisation équitable d'où les différentes ententes de licence intervenues avec des sociétés de gestion de droit d'auteur à cet effet [60], il est intéressant de remarquer qu'en vertu de la loi américaine la photocopie dans les établissements d'enseignement pourrait bénéficier de l'exception de *fair use* et ne requiert donc pas l'autorisation des titulaires de droit d'auteur. En effet, le paragraphe introductif de l'article 107 inclut au nombre des usages pouvant se qualifier de *fair use* , l'enseignement et en précisant dans la parenthèse qui suit la référence à ce mot que cela inclut les photocopies multiples pour usage en classe (“ *teaching (including multiple copies for classroom use)* ”). Cependant, il importe de noter que l'analyse d'un cas de photocopies effectuées d'une oeuvre pour de la distribution en classe serait quand même assujetti à l'analyse des quatre facteurs dont il faut tenir compte pour déterminer s'il y a ou non *fair use* tels qu'ils sont identifiés à l'article 107. D'ailleurs, il semblerait que des ouvrages et autre matériel pédagogiques seraient plus susceptibles d'échapper à l'exception du *fair use* que d'autre type d'ouvrage destiné au grand public [61].

### 1.2.2.3 Les quatre facteurs d'analyse

#### a) L'usage commercial ou non

Le premier des quatre facteurs énumérés à l'article 107 et qui servent à déterminer s'il y a *fair use* ou non est celui qui consiste à analyser les fins visées par l'usage notamment s'il s'agit de fins commerciales ou de fins éducatives à but non lucratif. Il a été établi dans la jurisprudence



américaine que le simple fait qu'un usage soit à des fins commerciales n'avait pas pour effet de nier la défense de *fair use* mais que cet aspect devait être considéré à la lumière de tous les autres facteurs servant à déterminer de la question [62]. L'un des aspects à retenir dans l'analyse de l'aspect commercial de l'opération est de vérifier si l'utilisateur qui utilise une oeuvre dans le cadre de l'exception du *fair use* tente, en ce faisant, d'éviter de payer le prix que représenterait normalement un tel usage de cette oeuvre [63].

### **b) La nature de l'oeuvre protégée par droit d'auteur**

Le second facteur qui concerne la nature de l'oeuvre aurait dans les faits peu d'importance dans le contexte de l'analyse globale qui doit être effectuée [64]. Selon ce deuxième facteur, plus une oeuvre présente un aspect créatif plus elle doit être protégée à l'encontre de reproduction non autorisée et, à l'inverse, plus l'oeuvre a un caractère fonctionnel ou d'information plus la défense de *fair use* doit alors être permise [65]. Ce deuxième facteur se trouve ainsi à créer deux niveaux de protection du droit d'auteur, établissant que certaines oeuvres méritent plus que d'autres de bénéficier pleinement de la protection du droit d'auteur, alors que certaines autres font l'objet d'une protection à rabais. Cette approche du droit américain est éloignée des préceptes de base en droit d'auteur selon lesquels la protection du droit d'auteur n'est pas fonction du mérite de l'oeuvre. Notons de plus, que les tribunaux hésiteront à conclure au *fair use*, s'il s'agit d'une oeuvre qui n'a pas déjà été publiée [66].

### **c) La portion de l'oeuvre utilisée**

L'article 107 énumère un troisième facteur d'analyse qui consiste à examiner la mesure de la portion de l'oeuvre qui est utilisée en comparaison avec le reste de cette oeuvre. Plus l'emprunt est substantiel moins l'utilisation présente un caractère équitable mais, encore là, sans oublier que l'on doit aussi tenir compte des autres facteurs énumérés à l'article 107. L'aspect substantiel de l'emprunt doit être analysé à la lumière d'un critère qualitatif et non seulement quantitatif [67]. De courts extraits ne seront pas nécessairement considérés comme constituant du *fair use* en raison de leur brièveté. De plus, la reproduction de l'oeuvre dans sa totalité ne constituerait pas du *fair use*, bien qu'il y aurait des exceptions à ce principe [68].

### **d) L'effet de l'usage de l'oeuvre sur son potentiel commercial**

Le quatrième facteur de l'article 107 est considéré comme étant le facteur le plus important des quatre [69] et il porte sur la valeur commerciale de l'oeuvre et exige que soit considéré l'effet négatif que l'usage de l'oeuvre pourrait avoir sur le marché existant pour cette oeuvre ou encore la valeur de celle-ci. Ce critère a été identifié par la jurisprudence comme requérant la recherche d'un équilibre entre l'intérêt du public à ce que le *fair use* soit admis et ce dont le titulaire du droit d'auteur bénéficierait si le *fair use* était refusé, le moins les expectatives de gains du titulaire du droit d'auteur sont affectées, le moins il sera nécessaire de démontrer à quel point l'intérêt public bénéficierait du *fair use* [70]. L'impact dont il question ici ne comporte pas de considérations rattachées à l'impact d'une remarque négative ou défavorable à l'endroit de l'oeuvre et qui ressort de l'oeuvre produite par celui qui désire se prévaloir du *fair use* [71]. Enfin, à la lumière de la jurisprudence, Nimmer constate qu'un test associé à la fonction de l'oeuvre est venu se greffer au quatrième facteur [72].

## **2. Établissements d'enseignement**

Des débats sur les exceptions au droit d'auteur, ceux concernant les milieux de l'éducation ont sûrement été les plus intenses [73]. De longue date, les établissements d'enseignement ont réclamé des exceptions au droit d'auteur aux bénéfices de leurs activités et, de toute aussi longue date, la position des titulaires de droit d'auteur a été de considérer que si les établissements d'enseignement devaient payer pour acquérir du papier et des crayons, pour ne pas dire maintenant des

ordinateurs, il n'y avait pas de raisons qu'ils ne paient pas aussi pour utiliser les oeuvres des créateurs [74]. Le débat est vieux, on l'aura entendu à maintes reprises.

Le projet de loi C-32 vient peut être mettre un terme à ce débat en introduisant dans la *Loi sur le droit d'auteur* certaines exceptions au bénéfice des établissements d'enseignement. Le Sous-comité sur la révision du droit d'auteur avait constaté que les différents mémoires qui lui avaient été soumis en matière d'exception pour le milieu de l'éducation étaient très divers, allant de la demande pour de larges exceptions “sous prétexte que l'éducation doit avoir priorité sur les intérêts des créateurs” [75] à des demandes à l'effet de mettre des mécanismes en place pour dûment compenser les créateurs.

## 2.1 Les exceptions pour les établissements d'enseignement

Les établissements d'enseignements visés par les exceptions au droit d'auteur qui ont été introduites par le Projet de loi C-32 sont, au terme de l'article 2 de la *Loi sur le droit d'auteur*, des établissements d'enseignement sans but lucratif.

L'un des éléments très discutés au cours de la révision a été la question de la reprographie ou photocopie qui est effectuée dans les établissements d'enseignement. Elle s'effectue en fait à deux niveaux, d'une part la reprographie effectuée par les professeurs afin de distribuer du matériel à leurs étudiants, d'autre part, la reprographie effectuée par les étudiants eux-mêmes à l'aide d'appareil mis à leur disposition par les établissements d'enseignement. Ce dernier cas pouvait exposer la responsabilité des établissements d'enseignement en raison de violations de droit d'auteur qui auraient pu être commises par les étudiants et à l'égard desquelles l'établissement n'a dans les faits aucun contrôle. C'est afin d'exonérer les établissements d'enseignement d'une telle responsabilité que le législateur a adopté l'article 30.3 de la *Loi sur le droit d'auteur*.

L'article 30.3 exonère les établissements d'enseignement de la responsabilité liée à une violation de droit d'auteur qui pourrait survenir dans le cas de reproductions d'oeuvres qui ont été effectuées à l'aide d'appareils à reprographier disponibles dans leurs établissements, à la condition toutefois que l'établissement d'enseignement ait une entente de licence avec une société de gestion de droit d'auteur à cet effet et qu'un avertissement de droit d'auteur, dont le contenu sera déterminé par règlement, soit affiché. Les bibliothèques, musées et services d'archives bénéficient aussi de cette exonération.

Outre, l'article 30.3 précité, les exceptions en droit d'auteur qui ont été introduites dans la *Loi sur le droit d'auteur* par le Projet de loi C-32 pour les établissements d'enseignement se retrouvent aux articles 29.4, 29.5, 29.6, 29.7, 29.8 et 29.9 et 30 et sont sujettes à l'article 29.3.

Le paragraphe 29.4(1) permet la reproduction d'une oeuvre sur un tableau noir ou autre surface similaire ou par rétroprojecteur, alors que le paragraphe 29.4(2) permet la reproduction d'une oeuvre dans le cadre d'un examen. Cependant, selon le paragraphe 29.4(3) les reproductions pour projection par rétroprojecteur et pour des fins d'examen ne seront pas permises si l'oeuvre est accessible sur le marché.

La définition d'“accessible sur le marché” apparaît à l'article 2 de la *Loi sur le droit d'auteur* et signifie qu'il est possible, à un prix et dans un délai raisonnable et moyennant des efforts raisonnables, de se procurer l'oeuvre au Canada ou d'obtenir à son égard une licence octroyée par une société de gestion de droit d'auteur.

En matière d'oeuvres audiovisuelles, la *Loi sur le droit d'auteur* comporte maintenant deux exceptions au bénéfice des établissements d'enseignement aux articles 29.6 et 29.7. L'article 29.6 permet à un établissement d'enseignement de reproduire au moment de sa diffusion une émission d'actualités ou de commentaires d'actualités, sauf un documentaire, et de l'utiliser à des fins

pédagogiques au cours d'une période d'un an. Quant à l'article 29.7, il permet de reproduire tout type d'émission lors de sa diffusion afin de pouvoir évaluer durant une période maximale de trente jours si cette émission sera utilisée en classe et dans l'affirmative l'établissement d'enseignement devra payer les redevances requises à cet effet. Dans les deux cas, l'exemplaire de l'oeuvre devra être détruit dans les délais prescrits, soit un an dans le cas de l'article 29.6 et trente jours dans celui de l'article 29.7, à moins d'avoir payé les redevances qui seront alors dues pour l'usage de ces copies telles que déterminées par la procédure prévue par la loi.

Les articles 29.6 et 29.7 sont assortis de l'article 29.9 qui prévoient des obligations d'étiquetage et de tenue de registre à l'égard des copies d'oeuvres qui auront été réalisées sous le couvert de ces articles. Ces registres devront comprendre notamment des renseignements relatifs à la présentation en classe des oeuvres audiovisuelles ainsi reproduites et à la destruction des copies de ces oeuvres. Selon le sous-paragraphe 29.9(2)(c), ces renseignements devront être transmis aux sociétés de gestion visées à l'article 71.

L'article 30 reprend essentiellement les termes de l'ancien alinéa 27(2)d qui permettait la reproduction dans les recueils constituant du matériel pédagogique de courts extraits d'oeuvres littéraires déjà publiées.

L'article 29.5 prévoit une exception concernant des cas d'exécution publique d'oeuvres protégées dans la mesure où cette exécution publique est effectuée par un établissement d'enseignement, dans ses locaux, à des fins pédagogiques, sans intention de profit et devant un auditoire formé principalement d'élèves et d'enseignants. Sous le couvert de l'article 29.5, sont aussi permises l'exécution en direct (*live*) d'une oeuvre exécutée principalement par des élèves de l'établissement (alinéa 29.5a)), l'exécution en public d'un enregistrement sonore (alinéa 29.5b)) et l'exécution en public d'une oeuvre au moment de sa communication au public par télécommunication, ou pour ainsi dire, de sa télédiffusion (alinéa 29.5c)).

Il y a lieu de s'interroger sur la façon dont ce nouvel article 29.5 de la *Loi sur le droit d'auteur* cohabitera avec le paragraphe 32.2(3) de cette même loi, lequel reprend les termes à peu de choses près de l'ancien paragraphe 27(3) concernant l'exécution publique d'oeuvres musicales effectuées dans l'intérêt d'une entreprise religieuse, éducative ou charitable.

Le paragraphe 32.2(3) se trouve parmi les autres dispositions de l'article 32.2 qui prescrivent un ensemble d'exceptions diverses ayant peu de liens entre elles autre que le fait qu'il s'agit de dérogations au droit d'auteur et que ces dérogations existaient déjà dans l'ancien article 27. Le paragraphe 32.2(3) établit les règles selon lesquelles les organisations religieuses, les établissements d'enseignement et les organisations charitables ne sont pas tenus de payer une compensation pour l'exécution publique d'une oeuvre musicale accomplie dans l'intérêt d'une entreprise religieuse, éducative ou charitable.

Dans la perspective de l'application de le paragraphe 32.2(3) à l'égard d'un établissement d'enseignement, on peut s'interroger si cet article aurait préséance sur l'article 29.5 qui permet aussi l'exécution publique d'une oeuvre musicale par un établissement d'enseignement.

L'article 29.5 est beaucoup plus restrictif que le paragraphe 32.2(3) en ce qu'il dicte la composition de l'auditoire, l'endroit où l'exécution publique doit avoir lieu et qui peut exécuter l'oeuvre musicale. Cependant, ne s'agit-il pas dans les deux situations visées respectivement par l'article 29.5 et le paragraphe 32.2(3) d'exécution publique accomplie dans l'intérêt d'une entreprise éducative? Peut-on imaginer que l'ensemble des restrictions dictées par l'article 29.5, dans un but évident de restreindre la portée de l'exception prévue à cet article, n'est en fait que de peu d'utilité puisque l'établissement d'enseignement pourrait s'en remettre au paragraphe 32.2(3) et effectuer une exécution publique sans contrainte autre que d'accomplir le tout dans l'intérêt d'une entreprise éducative? Il nous semble qu'il y ait là matière à réflexion.

- **Le droit comparé**

### 2.2.1 Le droit français

Il n'existe pas d'exception en droit français au bénéfice spécifique des établissements d'enseignement. L'exception de l'article L.122-5(2) pour la copie pour usage privée du copiste peut servir l'étudiant de manière individuelle et pour son travail personnel mais non un ensemble d'étudiants, car les reproductions faites à titre de copie privée ne sauraient être destinées à une utilisation collective. [\[76\]](#)

Il y a quand même lieu de souligner l'existence de l'article L.132-21, al. 2 du *Code de propriété intellectuelle* qui prévoit qu'une réduction doit être accordée aux sociétés d'éducation populaire agréées par le ministre de l'Éducation nationale à l'égard des redevances d'exécution publique qui seraient dues par ces sociétés à l'égard des séances organisées dans le cadre de leurs activités. [\[77\]](#) Les communes bénéficient aussi de cette réduction de redevances pour leurs fêtes locales et publiques.

### 2.2.2 Le droit américain

Au nombre des fins énumérées à l'article 107 du *Copyright Act* à titre d'exemples pouvant donner ouverture à la défense de *fair use* permise par cet article, se trouvent les fins d'enseignement suivies de la mention entre parenthèse “incluant les photocopies multiples pour usage en classe”. L'exception de *fair use* permettrait de faire des photocopies pour des fins pédagogiques sans devoir requérir d'autorisations. Toutefois, comme nous y avons fait référence précédemment [\[78\]](#), l'article 107 ne constitue pas une définition stricte du *fair use* avec la conséquence que chaque situation devient un cas particulier et qu'il devient inutile de tenter de généraliser en matière de principes applicables au *fair use* .

De façon plus précise la législation américaine sur le droit d'auteur comporte aux paragraphes 110 (1) et 110(2) [\[79\]](#) des exceptions permettant l'exécution publique d'une oeuvre en classe. La loi américaine comporte aussi une exception à l'article 110(4) qui n'est pas sans rappeler le paragraphe 32.2(3) de la législation canadienne, et qui permet l'exécution publique à des fins éducatives, religieuses ou charitables à moins cependant que le titulaire du droit d'auteur s'objecte à l'avance dans le délai et la forme que prescrit cet article à une telle exécution publique. Cette possibilité pour le titulaire du droit d'auteur de s'objecter à une telle exécution publique n'existe pas dans le droit canadien.

## 3. Bibliothèques, musées et services d'archives

Les bibliothèques, les musées et les services d'archives ne faisaient l'objet d'aucune exception au droit d'auteur dans la loi canadienne. Ces établissements ont fait du lobby dans le cadre de la révision de la *Loi sur le droit d'auteur* afin de démontrer que certaines de leurs opérations devaient

bénéficiaire d'exceptions au droit d'auteur afin que ces établissements puissent bien servir leurs usagers [80]. Ce lobby a réussi et le Projet de loi C-32 a introduit une série d'exceptions au bénéfice des bibliothèques, des musées et des services d'archives.

### 1. *Les exceptions pour les bibliothèques, les musées et les services d'archives*

Les exceptions qui ont été introduites dans la *Loi sur le droit d'auteur* au profit des bibliothèques, des musées et des services d'archives apparaissent essentiellement basées sur un même principe, soit celui de faciliter l'accès aux oeuvres protégées par le droit d'auteur dans des circonstances où cet accès, s'il devait se faire en conformité avec les termes de la loi et ainsi être autorisé par le titulaire du droit d'auteur, rendrait la tâche particulièrement lourde à ces utilisateurs.

Sur la question des documents d'archives, le Sous-comité sur la révision du droit d'auteur avait estimé qu'il était "extrêmement souhaitable sur le plan de l'intérêt public, que les documents historiques soient conservés à l'intention des générations futures" [81]. Face aux demandes des bibliothèques et centre d'archives à l'égard du matériel archivistique, les titulaires de droit d'auteur auraient fait l'argument que des exceptions trop larges pour les archives risquaient d'aboutir à une utilisation non autorisée de leurs oeuvres avant l'expiration du droit d'auteur [82]. Néanmoins, d'avis que le patrimoine ferait l'objet d'une perte irréparable si les documents d'archives n'étaient pas conservés et accessibles [83], le Sous-comité sur la révision du droit d'auteur a proposé que la *Loi sur le droit d'auteur* comporte des exceptions au bénéfice des établissements archivistiques [84]. Dans les faits, les exceptions qui ont été introduites par le Projet de loi C-32 ne bénéficient pas seulement aux centres d'archives mais également aux bibliothèques et les musées.

Les exceptions qui concernent les bibliothèques, musées et services d'archives apparaissent aux articles 30.1, 30.2 et 30.21 et 30.3 de la *Loi sur le droit d'auteur*. L'article 2 de la *Loi sur le droit d'auteur* définit les bibliothèques, musées et services d'archives comme étant des organismes à but non lucratif et dont la fonction est de rassembler et de gérer des collections qui sont accessibles au public. Les exceptions prévues à ces articles portent tant sur les oeuvres protégées par droit d'auteur que tous les autres objets du droit d'auteur, que sont les prestations d'artistes-interprètes, les enregistrements sonores et les signaux des radiodiffuseurs.

L'exception de l'article 30.1 permet de reproduire une oeuvre, qu'elle ait été publiée ou non, aux fins de la gestion et de la conservation de la collection permanente de la bibliothèque, du musée ou des services d'archives. Plus précisément, une telle reproduction sera permise dans les cas où un original qui est rare est perdu, est abîmé ou risque d'être abîmé (30.1(1)a), l'original ne peut être manipulé en raison de son état (30.1(1)b), ou le support original de l'oeuvre fait appel à une technique qui n'est plus disponible (30.1(1)c)). Toutefois, dans les trois cas précités, le paragraphe 30.1(2) prescrit que ces exceptions ne seront pas applicables si l'oeuvre est accessible sur le marché.

La définition d'«accessible sur le marché» apparaît à l'article 2 de la *Loi sur le droit d'auteur* et signifie qu'il est possible, à un prix et dans un délai raisonnable et moyennant les efforts raisonnables, de se procurer l'oeuvre au Canada ou d'obtenir à son égard une licence octroyée par une société de gestion de droit d'auteur.

L'article 30.1 prévoit aussi, sans réserve toutefois, la reproduction à des fins internes de catalogage (30.1(1)d)), d'assurance ou d'enquête policière (30.1(1)e)) et de restauration (30.1(1)f)).

Le législateur a introduit au paragraphe 30.2(1) une exemption de responsabilité des bibliothèques, musées et services d'archives à l'égard des actes posés par leurs usagers en vertu de l'utilisation équitable prévue aux articles 29 et 29.1 de la loi. De plus, le paragraphe 30.2(2) prévoit une exception permettant de faire une copie d'un article de périodique pour un usager qui utilisera cette copie à des fins d'étude privée et de recherche, ce dernier devant, selon le paragraphe 30.2(4), convaincre l'établissement de l'existence de telles fins. Sauf les articles de revue savante ou de périodiques scientifiques ou techniques qui peuvent être reproduits en tout temps, tout autre article ne pourra être reproduit en vertu du paragraphe 30.2(2) qu'à partir d'un an après sa parution.

Enfin, le paragraphe 30.2(5) permet de faire des copies en vue du prêt inter-bibliothèques à l'exception toutefois de copies sous forme numérique.

L'article 30.21 prévoit une série de formalités qui permettent à un service d'archives de réaliser une copie d'une oeuvre non publiée qui a été déposée auprès de lui. Ces formalités incluent entre autres, l'obligation d'informer la personne qui dépose cette oeuvre auprès du service d'archives qu'une copie sera produite de cette oeuvre et de s'assurer que le titulaire du droit d'auteur n'a pas interdit la reproduction de cette oeuvre.

Il y a lieu de noter que selon le paragraphe 29.3(1) de la *Loi sur le droit d'auteur*, les actes accomplis par les bibliothèques, musées et services d'archives en vertu des articles 30.2, pour les copies à des fins d'étude privée ou de recherche, et 30.21, pour les copies d'oeuvres déposées auprès d'un service d'archives, ne doivent pas être accomplis dans l'intention de faire un gain. Le paragraphe 29.3(2) prévoit toutefois qu'aux fins de l'application des articles 30.2 et 30.21, les bibliothèques, musées et services d'archives pourront recouvrer les coûts afférents à la réalisation des copies, frais généraux compris, sans que ces actes soient réputés avoir été accomplis dans l'intention de faire un gain.

L'article 30.3 exonère les bibliothèques, musées et services d'archives de la responsabilité liée à une violation de droit d'auteur qui pourrait survenir dans le cas de reproductions d'oeuvres qui ont été effectuées à l'aide d'appareils à reprographier disponibles dans leurs établissements, à la condition toutefois que l'établissement ait une entente de licence avec une société de gestion de droit d'auteur à cet effet et qu'un avertissement de droit d'auteur, dont le contenu sera déterminé par règlement, soit affiché. Les établissements d'enseignement bénéficient aussi de cette exonération.



Enfin les Archives nationales du Canada sont spécialement autorisées par l'article 30.5 à effectuer des copies d'enregistrements sonores et d'oeuvres télévisuelles à des fins précisées à cet article.

## **3.2 Droit comparé**

### **3.2.1 Le droit français**

Mis à part l'exception de la copie réservée à l'usage privée du copiste, tel que prescrite par l'article L.122-5(2) du *Code de propriété intellectuelle*, et dont pourrait se prévaloir les usagers de bibliothèques, de musées ou de services d'archives, il n'existe pas en droit français d'exception au droit d'auteur pour ces établissements.

#### **1. Le droit américain**

L'une des principales exceptions au droit d'auteur dans la législation américaine est celle qui concernent les bibliothèques et les services d'archives [85]. L'article 108 du *Copyright Act* [86] comporte une exception au bénéfice des bibliothèques et services d'archives qui ressemblent aux dispositions nouvellement introduites dans la législation canadienne aux articles 30.1, 30.2 et 30.3; en fait, il s'agirait plutôt de l'inverse.

Essentiellement l'article 108 permet aux bibliothèques et services d'archives qui sont accessibles au public [87] de faire et distribuer une copie d'une oeuvre [88] sans intention de réaliser un gain à cet égard [89]. De plus, la bibliothèque ou le service d'archives sera exonéré de responsabilité à l'égard de la reprographie effectuée dans ses lieux par ses usagers si l'avertissement réglementaire concernant le droit d'auteur est affiché dans ses locaux [90]. Enfin il existe certaines restrictions quant à l'application de cette disposition à l'égard de certaines formes d'oeuvres [91].

## **4. L'exception pour les déficiences perceptuelles**

### **4.1 Des oeuvres sur supports adaptés aux déficiences perceptuelles**

La réclamation d'une exception au droit d'auteur au bénéfice des non voyants [92] est à l'origine de la discussion qui a conduit à l'adoption de l'article 32 de la *Loi sur le droit d'auteur*, qui crée une exception en faveur des personnes qui ont des déficiences perceptuelles. Le principe selon

lequel les personnes qui ont des déficiences perceptuelles devraient bénéficier d'un traitement préférentiel à l'égard du droit d'auteur a été présent tout au cours des différents rapports qui se sont prononcés sur les révisions de la Loi sur le droit d'auteur.

Outre le régime d'exception créé par l'article 32, ce principe aurait pu être aménagé de diverses façons. Soulignons à titre d'exemple, qu'en 1982, une analyse sur les exceptions réalisée à la demande du gouvernement canadien concluait que la *Loi sur le droit d'auteur* devait comporter une licence obligatoire permettant la production de matériel pour les non voyants et les mal entendants moyennant le paiement de redevances à être déterminées par la Commission du droit d'auteur et à la condition que la production de ce matériel soit effectuée à des fins non lucratives [93]. Cette même solution a aussi été préconisée dans Une *Charte des droits des créateurs et créatrices* [94]. Le Sous-comité sur la révision du droit d'auteur, qui est à l'origine de la Charte précitée, avait assorti sa recommandation à l'égard d'une telle licence obligatoire de la remarque suivant laquelle il ne pouvait pas "recommander que les créateurs soient contraints par la loi de faire don de leurs oeuvres aux handicapés" [95].

En introduisant l'article 32, le Projet de loi C-32 n'a pas repris le principe de la licence obligatoire assortie de redevances qui avait fait l'objet des recommandations précitées. L'article 32 prévoit une exception au droit d'auteur qui permet de produire du matériel pour les personnes ayant des déficiences perceptuelles mais dans la mesure où ce matériel n'est pas déjà "accessible sur le marché" [96]. Cet article précise de plus que cette exception ne permet pas de produire un livre imprimé en gros caractère [97]. Cette exception de l'article 32 bénéficie à la personne même qui a une déficience perceptuelle ou à un organisme sans but lucratif qui agit dans l'intérêt de celle-ci.

Les termes de l'article 32 permettent essentiellement de produire, sans autorisation du titulaire du droit d'auteur, du matériel qui est destiné aux personnes ayant des déficiences perceptuelles et qui est constitué d'un exemplaire ou d'un enregistrement sonore d'une oeuvre littéraire, musicale, artistique ou dramatique à l'exception dans ce dernier cas des oeuvres cinématographiques [98]. Cet article permet aussi la traduction, l'adaptation ou la reproduction en langage gestuel d'une oeuvre littéraire ou dramatique, à l'exception d'une oeuvre cinématographique, et qui est fixée sur un support destiné aux personnes avec une déficience perceptuelle [99]. Enfin, cet article permet l'exécution en public sous forme de langage gestuel ou sur un support pouvant servir aux personnes avec déficiences perceptuelles d'une oeuvre littéraire ou dramatique sauf, encore là, les oeuvres cinématographiques [100].

Le paragraphe 32(3) prescrit que cette exception ne peut être invoquée si le support que l'on souhaite produire sous le couvert de cet article et qui est ainsi destiné aux personnes ayant des déficiences perceptuelles est, par ailleurs, "accessible sur le marché" selon l'alinéa a) de la définition de cette expression, telle que cette définition apparaît à l'article 2 de la *Loi sur le droit d'auteur* [101].

Au sens de l'alinéa (a), le support destiné aux personnes ayant une déficience perceptuelle sera considéré comme étant "accessible sur le marché" s'il est possible de se le "procurer, au Canada, à un prix et dans un délai raisonnables, et de (le) trouver moyennant des efforts raisonnables". Tous

ces critères de raisonnabilité seront évidemment sujets à l'appréciation des tribunaux. En appliquant le seul alinéa a) de la définition “accessible sur le marché” et non l'alinéa b), le législateur exige que le support désiré soit effectivement disponible pour faire échec à l'exception et qu'il ne suffise pas qu'il y ait une société de gestion disponible pour accorder une licence à cet égard, comme cela est le cas pour d'autres exceptions sujettes à la disponibilité de l'oeuvre sur le marché.

Ce concept selon lequel l'exception n'est plus applicable si l'oeuvre est “accessible sur le marché” a été introduit dans la *Loi sur le droit d'auteur* par le Projet de loi C-32 à l'égard de certaines exceptions au droit d'auteur qui ont été introduites à la même occasion par ce projet [102]. Cette réserve qui concerne la disponibilité de l'oeuvre sur le marché se trouve à amoindrir l'effet des exceptions. Ainsi, si l'oeuvre est effectivement accessible sur le marché, les exceptions n'ont pas d'application et le titulaire du droit d'auteur bénéficie du plein exercice de son droit d'auteur.

## **4.2 Le droit comparé**

### **4.2.1 Le droit français**

Il n'y a pas d'exception au bénéfice des personnes ayant des déficiences perceptuelles en droit français.

### **4.2.2 Le droit américain**

La législation américaine prévoit une exception qui, étonnamment car il s'agit plus souvent de l'inverse, pourrait à certains égards avoir une portée plus restrictive que son équivalent canadien.

L'article 121 du Copyright Act américain permet de faire une copie en braille, sur support audio ou sous forme de texte numérisé destiné aux non voyants, d'une oeuvre littéraire non dramatique et qui a déjà été publiée [103]. Cette exception s'applique au bénéfice des personnes non voyantes et autres personnes ayant des déficiences, l'ensemble de ces personnes étant défini comme étant les personnes identifiées par le Act to provide books for the adult blind comme étant celles qui ont droit à des publications dans des formats spécialisés [104]. Il y a lieu de noter que cette exception américaine pour les personnes qui ont des déficiences perceptuelles ne s'applique toutefois qu'à l'égard des oeuvres littéraires non dramatiques qui ont déjà été publiées, c'est-à-dire sommairement qui ont été rendues accessibles au public.

L'exception canadienne vise tous les types d'oeuvres, à l'exclusion des oeuvres cinématographiques, quelles aient été publiées ou non (pouvant ainsi faire échec au droit exclusif de publication accordé à l'auteur par le paragraphe 3(1) de la *Loi sur le droit d'auteur* ), alors que l'exception américaine ne s'applique qu'à l'égard des oeuvres littéraires de nature non dramatique et à la condition qu'elles aient d'abord été publiées. L'exception américaine est toutefois une exception au vrai sens du terme car elle n'est pas sujette à des réserves concernant les disponibilités de l'oeuvre sur le marché sur un support destiné aux personnes ayant des déficiences perceptuelles.

Notons de plus que le *Copyright Act* américain comporte au paragraphe 110(8) une exception concernant la représentation d'une oeuvre littéraire non dramatique destinée à des personnes ayant des déficiences perceptuelles.

## **5. L'incorporation incidente**

### **5.1 Une exception particulière pour l'incorporation incidente**

Le Projet de loi C-32 a introduit dans la *Loi sur le droit d'auteur* une exception à l'article 30.7 à l'effet que ne constituera pas une violation du droit d'auteur l'incorporation incidente d'une oeuvre dans une autre oeuvre de façon non délibérée. L'article 30.7 se lit comme suit :

*30.7 Ne constituent pas des violations du droit d'auteur, s'ils sont accomplis de façon incidente et non délibérée :*

*a) l'incorporation d'une oeuvre ou de tout autre objet du droit d'auteur dans une autre oeuvre ou un autre objet du droit d'auteur;*

*b) un acte quelconque en ce qui a trait à l'oeuvre ou l'autre objet du droit d'auteur ainsi incorporés.*

Les auteurs d'une analyse sur les exceptions au droit d'auteur réalisée en 1982 ont abordé la possibilité que la loi canadienne comporte une exception au droit d'auteur permettant l'utilisation d'une oeuvre artistique de manière incidente dans un film ou une émission de télévision, à l'image de l'exception qui existait dans la loi du Royaume Uni de 1956 [105]. Après avoir considéré qu'une exception de cette nature devrait en fait s'étendre à tous les types d'oeuvres, tant celles qui sont utilisées de façon incidente que celles dans lesquelles on incorpore une telle utilisation, et que pour bien en délimiter l'application, la disposition qui en serait la source devrait nécessairement être détaillée et, selon eux, susceptibles de difficultés d'interprétation, les auteurs ont décidé de ne pas recommander une telle exception mais plutôt de s'en référer au concept de *fair use* (usage équitable) qui selon eux permettraient ce type d'utilisation incidente d'une oeuvre (cela prenant

pour acquis que le concept d'utilisation équitable serait remplacée par le concept plus large de *fair use* ).

Sous l'angle du *fair use* américain, une utilisation incidente ou accessoire d'une oeuvre dans une autre à des fins de critique, commentaire, nouvelles, érudition, enseignement ou de recherche, telles que ces fins sont énumérées à l'article 107 du *Copyright Act* américain, pourrait, sous réserve de certains facteurs qui doivent être pris en compte dans l'analyse de l'utilisation, permettre de qualifier cet usage de *fair use* et ainsi l'exempter de la permission du titulaire du droit d'auteur [106]. Comme l'énumération des fins précitées dans la loi américaine n'est qu'à titre indicatif, il est possible que l'incorporation incidente d'une oeuvre à d'autres fins que celles-ci puissent aussi se qualifier de *fair use* si elle répond aux exigences de la loi à cet effet. La notion d'utilisation équitable de la loi canadienne n'a pas été remplacée par celle de *fair use* de la loi américaine et donc cette première recommandation au sujet de l'incorporation incidente n'aurait été d'aucune utilité.

Le Sous-comité sur la révision du droit d'auteur chargé en 1985 de répondre aux recommandations comprises dans *De Gutenberg à Télidon* [107] a repris la discussion sur l'utilisation accessoire d'une oeuvre artistique dans une émission de télévision et a recommandé l'adoption d'une exception à cet effet [108]. La logique de limiter cette exception aux seules oeuvres artistiques était basée sur le fait que, selon le Sous-comité, l'utilisation accessoire d'une oeuvre artistique impliquait la reproduction totale ou d'une grande partie de celle-ci alors que “dans la majorité des cas où les radiodiffuseurs utilisent accessoirement des oeuvres littéraires, dramatiques ou musicales, on peut présumer qu'ils n'utilisent pas une partie importante de l'oeuvre [109]. Il s'agit là, selon nous, d'une conclusion tirée un peu trop rapidement. En effet, en guise d'exemple, on peut songer que la lecture dans un film, par l'un de ses personnages, d'un extrait de livre protégé par droit d'auteur devrait généralement requérir l'autorisation du titulaire du droit d'auteur car il est fort possible que le passage visé de l'ouvrage corresponde en fait à une partie importante de l'oeuvre, d'où la nécessité de l'autorisation de reproduire l'extrait du livre dans le film. Il ne s'agit là que l'un des multiples exemples d'utilisation d'extraits d'oeuvres protégées dans un film.

Le concept qui était ainsi proposé d'une “utilisation accessoire” ne pouvait qu'ouvrir la porte à une multitude de formes d'exploitation d'oeuvres sans autorisation et certainement, d'après nous, au delà de ce que l'intérêt public pourrait raisonnablement justifier. La solution qui a été adoptée par le législateur dans le Projet de loi C-32 nous semble préférable au concept d'utilisation accessoire qui avait d'abord été préconisé, en ce qu'elle est plus respectueuse des droits du titulaire du droit d'auteur.

## 1. Le droit comparé

### 5.2.1 Le droit français

La législation française ne comporte pas de mesures relatives à une exception portant sur l'incorporation incidente et non délibérée d'une oeuvre dans une autre.

### 5.2.2 Le droit américain

La législation américaine ne comporte pas spécifiquement d'exception relative à l'incorporation incidente. Cependant, la défense de *fair use* (usage équitable) dont nous avons déjà fait mention [110] pourrait être applicable à des cas où une oeuvre est incorporée de façon incidente dans une autre dans la mesure où il s'agirait d'une utilisation à des fins de critique, de commentaire, de nouvelles, d'érudition, d'enseignement ou de recherche tel que le précise la loi américaine sur le droit d'auteur, ou encore d'une utilisation à d'autres fins mais qui rencontrerait les exigences de la loi américaine en matière de *fair use* [111].

En fait, le *fair use* permet de délibérément inclure une partie d'une oeuvre dans une autre oeuvre à la condition que cet usage de la première oeuvre soit analysé en tenant compte des facteurs suivants pour déterminer s'il s'agit de *fair use* : (i) le but et la nature de l'usage, notamment la question de savoir si l'usage est à des fins commerciales ou à des fins éducatives à but non lucratif; (ii) la nature de l'oeuvre dont il est fait usage; (iii) la quantité et la substance de l'oeuvre dont il est fait usage en relation avec cette oeuvre dans sa totalité; et (iv) l'effet de l'usage de l'oeuvre sur sa valeur commerciale et son marché potentiel.

## 6. L'enregistrement éphémère

### 6.1 Une pseudo-exception d'enregistrement éphémère

Alors que la télévision en était à ses débuts, tout se faisait en direct. Aujourd'hui, malgré la tendance de l'heure à la mode du direct pour les émissions d'entrevues du type *talk show*, la grande majorité de ce qui est diffusé à la télévision a préalablement été enregistré, impliquant en cela la reproduction sur un support de différentes oeuvres protégées par droit d'auteur. Les séries dramatiques et les téléfilms sont bien entendu enregistrés sur des supports destinés à une longue vie, puisqu'ils pourront faire l'objet de rediffusion tant dans leur territoire d'origine qu'à l'étranger. Il est toutefois une portion de la production télévisuelle qui, elle, n'est assurée d'aucune pérennité. Plusieurs magazines et émissions de variétés hebdomadaires, à titre d'exemple, ont un contenu intimement lié à l'actualité et sont enregistrés quelques jours sinon quelques heures avant leur diffusion et, en général, une fois celle-ci terminée, l'enregistrement n'est plus d'aucune utilité à l'égard de prochaines diffusions. À une certaine époque, il était assez répandu chez les radiodiffuseurs de ne pas requérir de licence permettant de reproduire les oeuvres qui pouvaient être ainsi intégrées à ces enregistrements dont l'existence ne serait qu'éphémère.



Cette pratique de réaliser des enregistrements éphémères sans licence à cet effet a fait l'objet d'un débat judiciaire. Dans l'affaire *Bishop c. Stevens*[\[112\]](#), le titulaire du droit d'auteur sur une oeuvre musicale a poursuivi pour violation de droit d'auteur un radiodiffuseur qui avait reproduit son oeuvre musicale en réalisant un enregistrement de l'émission, dans laquelle cette oeuvre était exécutée, en vue de sa radiodiffusion, suivant en cela la pratique de l'enregistrement éphémère. Le télédiffuseur a tenté l'argument que le droit qu'il avait obtenu de diffuser l'exécution de l'oeuvre musicale comportait le droit incident d'effectuer un enregistrement éphémère destiné uniquement à faciliter la diffusion de l'émission. En 1990, la Cour suprême du Canada a rejeté cet argument après avoir estimé que rien dans la *Loi sur le droit d'auteur* ne permettait de conclure à l'existence d'un droit de faire des enregistrements éphémères afin de faciliter la radiodiffusion d'émission de télévision [\[113\]](#). Cette cour de la plus haute instance a même formulé le commentaire à l'effet qu'«au contraire, des considérations de politique indiquent que s'il faut apporter cette modification à la Loi, il faut que ce soit fait par le législateur et non par le moyen d'une interprétation forcée» [\[114\]](#).

Sept ans plus tard, le législateur s'est exécuté mais non sans réserve sérieuse quant à la portée de cette exception. Le Projet de loi C-32 a introduit les articles 30.8 et 30.9 dans la *Loi sur le droit d'auteur* afin de permettre aux radiodiffuseurs de réaliser des enregistrements éphémères sans devoir requérir l'autorisation des titulaires de droit d'auteur dont les oeuvres sont ainsi reproduites mais à la condition qu'il n'y ait pas de société de gestion de droit d'auteur qui soit disponible pour émettre une licence à cet égard.

En effet, après avoir constaté que la plupart des pays reconnaissent dans leur législation sur le droit d'auteur l'exception de l'enregistrement éphémère, le Sous-comité sur la révision du droit d'auteur a recommandé en 1985 dans la *Charte des droits des créateurs et créatrices*, que la législation canadienne intègre ce type d'exception [\[115\]](#). L'exception qui avait alors été préconisée par le Sous-comité sur la révision du droit d'auteur obligeait la destruction de l'enregistrement éphémère dans les huit jours de leur réalisation [\[116\]](#) alors que ce délai a été porté à trente jours dans les dispositions qui ont été introduites dans la loi. [\[117\]](#) De plus, les modalités permettant de réaliser un enregistrement éphémère comporte notamment l'obligation de tenir un registre faisant état de la date de réalisation de l'enregistrement éphémère et sa destruction [\[118\]](#).

Toutefois, les articles 30.8 et 30.9 ne constituent par réellement une exception au droit d'auteur car ils doivent être lus en tenant compte des paragraphes 30.8(8) et 30.9(6) qui prévoient que ces articles ne s'appliquent pas «dans les cas où l'entreprise peut obtenir, par l'intermédiaire d'une société de gestion, une licence l'autorisant à faire une telle reproduction». Ainsi, dans la mesure où une société de gestion de droits d'auteur a dans son répertoire les oeuvres que le radiodiffuseur entend inclure dans un enregistrement éphémère, la réalisation de ce dernier serait alors assujettie à l'autorisation du titulaire du droit d'auteur de même qu'aux conditions qui pourront assortir une telle autorisation.

## **6.2 Le droit comparé**

### **6.2.1 Le droit français**

Le droit français n'incorpore pas d'exception pour l'enregistrement éphémère, alors que le droit américain reconnaît cette exception.

### **6.2.2 Le droit américain**

Dans le cas de la législation américaine, il s'agit toutefois d'une réelle exception au droit d'auteur que consacre l'article 112 du *Copyright Act* [119] et qui a une portée plus étendue que celle nouvellement introduite dans la loi canadienne sur le droit d'auteur. Le paragraphe 112(a) de la loi américaine sur le droit d'auteur permet à un radiodiffuseur de réaliser un enregistrement éphémère aux fins de ses propres opérations de diffusion et de le conserver pendant six mois. Au-delà de ce délai, l'enregistrement éphémère pourra être conservé par le radiodiffuseur mais aux seules fins de le conserver à titre d'archive.

## 7. La parodie

La parodie n'est pas reconnue à titre d'exception dans la *Loi sur le droit d'auteur*. Depuis peu, il existe néanmoins une certaine incertitude juridique qui découle de la jurisprudence au sujet de l'existence de l'exception de parodie en droit canadien [120]. La tergiversation des tribunaux canadiens serait principalement due à l'influence de décisions américaines, plus particulièrement de la décision rendue en 1994 par la Cour suprême des États-Unis dans l'affaire *Campbell v. Acuff-Rose Music Inc.* [121] et dans laquelle cette Cour a accepté la parodie à titre d'exception de *fair use*.

### 7.1 Jurisprudence canadienne contradictoire

Dans la décision *Michelin & Cie. c. SNAATATTC (TCA-Canada)*, la Cour fédérale a refusé d'accepter que la parodie soit une forme de "critique" sous le régime de l'utilisation équitable [122]. Du même coup, la Cour fédérale a refusé l'applicabilité des principes de la décision américaine *Campbell v. Acuff-Rose Music Inc.* en droit canadien [123] au motif:

[...] que la jurisprudence américaine permettant la parodie à titre de critique conformément à la doctrine de l'"utilisation équitable" (*fair use*) n'est ni applicable ni terriblement persuasive dans le contexte canadien où la loi est différente et où la jurisprudence de longue date n'accueille par la parodie comme exception. De plus, les exceptions à la violation du droit d'auteur doivent être interprétées strictement. [124]

Toutefois, dans la décision *Productions Avanti Ciné-Vidéo Inc. c. Favreau* [125] les défendeurs avaient produit, sous le titre *La petite vite*, un film érotique parodiant une émission populaire ayant pour titre *La petite vie*. Le juge a appliqué l'exception de critique de l'affaire *Acuff-Rose Music Inc.* en droit canadien et est arrivé à la conclusion qu'il n'y avait pas de plagiat puisqu'il n'existait pas une similitude importante entre les deux oeuvres. Cette décision a été portée en appel [126].

- ***L'absence d'exception de parodie en droit canadien***

Nous croyons que dans l'état actuel de la *Loi sur le droit d'auteur* l'exception de parodie n'existe pas en droit canadien. Nous sommes d'avis que la décision de la Cour fédérale dans l'affaire *Michelin* reflète davantage l'esprit de la *Loi sur le droit d'auteur* qui se veut restrictive à l'égard des exceptions. Les tribunaux ont à plusieurs reprises affirmé que les exceptions doivent être interprétées restrictivement [127]. Si le législateur avait voulu exempter la parodie, il serait intervenu, tout comme le législateur français, en ce sens et aurait amendé la loi lors de la dernière réforme. Accepter les préceptes de la décision *Production Avanti Ciné-Vidéo Inc. c. Favreau* serait contraire au principe bien établi que les tribunaux ne font pas les lois mais appliquent plutôt les règles existantes. Le juge Teitelbaum dans l'affaire *Michelin* est non-équivoque à ce sujet [128].

Outre le fait que l'on doit interpréter restrictivement les exceptions, il nous semble inconciliable avec l'objet de la loi de croire que la *Loi sur le droit d'auteur* puisse contenir des exceptions "par interprétation". Le droit d'auteur est un monopole dont le législateur circonscrit les limites, l'ajout

d'exception est un rôle dévolu au législateur en raison notamment des forces en présence opposant l'intérêt des auteurs et la protection de leurs droits à l'intérêt public. L'ajout d'exceptions au droit d'auteur doit passer par le processus législatif et non par le banc de la magistrature.

En outre, l'argumentation qui relie la parodie à l'exception d'utilisation équitable à des fins de critique nous semble erronée à la lecture même de l'ancien alinéa 27(2)a.1) [129], soit "l'utilisation équitable à des fins de critique, de compte rendu ou de préparation d'un résumé destiné à des journaux". En effet, la règle d'interprétation *noscitur a sociis* nous enseigne que le sens d'un terme peut être connu par son association avec d'autres termes: il est connu par ceux auxquels il est associé [130]. Or, le champ sémantique de la "parodie" nous semble trop éloigné de la "critique", du "compte rendu" ou "d'un résumé" pour que celle-ci puisse être valablement associée avec l'un de ces trois concepts. Il nous semble donc que le législateur ne pouvait viser par cette disposition que la critique littéraire ou d'un autre genre mais qui essentiellement consiste à commenter les qualités ou l'absence de celles-ci d'une oeuvre [131].

## 7.3 Le droit comparé

### 7.3.1 Le droit français

Le *Code de propriété intellectuelle* français prévoit expressément à son article L.122-5(4) qu'une fois l'oeuvre divulguée l'auteur ne peut interdire "la parodie, le pastiche et la caricature, compte tenu des lois du genre". Traditionnellement, les trois termes employés recouvriraient les principaux genres: la musique pour la parodie, la littérature pour le pastiche et les arts graphiques pour la caricature [132]. Par ailleurs, la Cour de cassation [133] a effectué des distinctions plutôt techniques entre la parodie et le pastiche ce qui a provoqué une certaine confusion [134]. Toutefois, une certaine doctrine ne semble pas retenir les distinctions puisque le mot "parodie" est plus souvent qu'autrement utilisé de façon générique [135] recoupant ainsi les trois termes.

La loi française en faisant référence à la conformité de la parodie "aux lois du genre" s'en remet aux usages. D'une part, on rejette nécessairement toute confusion [136] qu'une parodie pourrait entretenir avec l'oeuvre originale, d'autre part, on reconnaît que le burlesque peut prendre plusieurs formes. Conséquemment, la parodie doit avoir une intention et un effet humoristiques [137]. Finalement, le critère de l'usage semble s'analyser *in abstracto*, par rapport à l'humoriste moyen ou au "bon humoriste avisé" [138].

### 7.3.2 Le droit américain

La législation américaine ne contient pas d'exception spécifique exemptant la parodie du monopole du titulaire du droit d'auteur. Le droit américain accepte plutôt la parodie dans le cadre de la défense de *fair use* [139]. Cette approche s'est cristallisée dans l'arrêt *Campbell v. Acuff-Rose Music Inc*, dans laquelle la Cour suprême des États-Unis s'est prononcée sur la parodie et a de surcroît délimité les standards applicables à l'égard de la défense de *fair use*. Cette décision a fait l'objet de commentaires [140] dans la doctrine canadienne.

En 1989, les membres du groupe rap *2 Live Crew* ont interprété une parodie de la chanson "*Oh, Pretty Woman*", chanson originalement composée par Roy Orbison et William Dees et dont Acuff-Rose Music Inc. détenait les droits. La Cour suprême des États-Unis a décidé, après avoir fait l'analyse des facteurs énumérés à l'article 107 de la loi américaine [141] que la chanson de *2 Live Crew* pouvait bénéficier de la défense de *fair use*. En passant en revue les quatre facteurs qui doivent être considérés pour déterminer si le *fair use* est admissible, la Cour Suprême a décidé, quant au premier facteur, c'est-à-dire le but et le caractère de l'usage qui est fait de l'oeuvre, que la seule possibilité d'une exploitation commerciale de la parodie ne pouvait justifier le refus de l'exception, particulièrement dans le cas où il y avait eu un travail de transformation à l'égard de l'oeuvre de Roy Orbison par la nouvelle oeuvre que constituait la parodie. En ce qui concerne le

deuxième facteur, soit la nature de l'oeuvre protégée, la Cour a décidé laconiquement que ce facteur n'était pas d'une grande importance dans les cas de parodie. La Cour a estimé que le troisième facteur, l'importance de la partie de l'oeuvre protégée par rapport à l'ensemble de cette oeuvre, devait être apprécié en fonction de l'objectif recherché par la parodie. Finalement, à l'égard du quatrième facteur selon lequel il faut mesurer l'effet négatif sur le marché de l'oeuvre reproduite, la Cour a affirmé que la parodie n'affectait pas le marché de l'oeuvre originale.

\* \* \*

En guise de conclusion

Finalement après avoir passé en revue les nouvelles exceptions au droit d'auteur qui ont été introduites dans la *Loi sur le droit d'auteur* par le Projet de loi C-32, l'on constate que plusieurs d'entre elles présentent l'apparence mais non les effets d'une vraie dérogation au droit d'auteur.

D'abord, l'exception de l'enregistrement éphémère ne tient pas si une société de gestion de droit d'auteur est disponible pour émettre avec licence pour couvrir les enregistrements éphémères qu'un radiodiffuseur entend réaliser [142]. Ensuite, plusieurs exceptions sont assujetties à la disponibilité de l'oeuvre sur le marché. Ainsi, dans la mesure où l'oeuvre est accessible sur le marché, les exceptions permettant la reproduction d'une oeuvre par un établissement d'enseignement pour présentation avec rétroprojecteur [143], la reproduction d'oeuvres à des fins d'examen [144], la reproduction d'oeuvres par un musée, un services d'archives ou une bibliothèque afin de conserver leurs collections [145] ou de permettre à leurs usagers de les consulter et celles concernant les personnes ayant des déficiences perceptuelles [146], ne peuvent être applicables [147].

Quant aux exceptions qui ont été adoptées à l'égard de la reproduction d'oeuvres audiovisuelles au moment de leur diffusion, mis à part le cas des émissions d'actualités [148], l'on ne pourrait dire que l'autre exception en constitue réellement une car elle n'a pour objet que de permettre la reproduction d'une émission afin de permettre à l'établissement d'enseignement d'évaluer s'il en fera usage, lequel usage sera alors conditionnel à l'autorisation du titulaire du droit d'auteur via sa société de gestion [149]. Nous croyons cependant, que la mécanique mise en place par la loi à l'égard des exceptions relatives aux oeuvres audiovisuelles et qui en réfère ultimement aux sociétés de gestion [150] aurait pu être mise en place par les sociétés de gestion elles-mêmes sans qu'il soit nécessaire d'introduire les exceptions qu'on retrouve dans la loi. Bien que ces exceptions puissent avoir une portée limitée, le principe d'une exception heurte toujours.

Notons aussi que les exceptions qui permettent aux bibliothèques, aux musées et aux services d'archives de faire une copie d'une oeuvre à la demande d'un usager afin qu'il l'utilise à des fins d'étude privée ou de recherche [151], ou encore des copies d'articles de périodiques [152] ont été assorties d'une disposition qui empêchent ces établissements de tirer profit de ces opérations de reprographie [153].

Enfin l'exonération de responsabilité qui a été accordée aux établissements d'enseignement, bibliothèques, musées et services d'archives à l'égard de photocopies exécutées avec les machines à reprographier qui sont installées dans leur locaux, ont été assorties d'une obligation pour ces établissements de passer une entente de licence avec une société de gestion à cet effet, à défaut de quoi l'exonération de responsabilité à l'égard de la violation du droit d'auteur ne sera pas applicable [154].

Tout compte fait, peut être que les commentaires du ministre du Patrimoine dont nous avons fait part en introduction et voulant que le Projet de loi C-32 instaurait un "juste équilibre entre le droit des créateurs d'être rémunérés pour leur travail et la nécessité pour le usagers d'avoir accès aux oeuvres" n'est pas si éloigné que ça de la réalité. Néanmoins, il reste que les exceptions qui à notre

sens choquant le plus et qui ont été maintenues dans la *Loi sur le droit d'auteur* pour ne pas dire augmentées, sont celles qui concernent l'exécution publique d'oeuvres musicales à des fins religieuses, éducatives ou charitables [155] et celle qui permet l'exécution publique dans les locaux d'un établissement d'enseignement [156].

Avec tous les régimes mis en place dans la *Loi sur le droit d'auteur* au cours des dernières années pour faciliter la gestion collective de droit d'auteur et avec les nouvelles exceptions au droit d'auteur dont les modalités d'application en réfèrent aux sociétés de gestion de droit d'auteur, nous avons peine à croire que toutes les activités d'exécution publique d'oeuvres musicales permises par la loi en dérogation au droit d'auteur, ne puissent elles aussi être soumises à la gestion collective et donc à l'autorisation des titulaires de droit d'auteur plutôt que de faire l'objet d'exceptions au droit d'auteur.

En guise de mot de la fin, il nous semble que l'exercice qui a été mené par le législateur au chapitre des exceptions avec l'adoption du *Projet de loi C-32* après des années d'analyses et de consultations n'aura été finalement qu'en vain, car il aura été fondé sur une époque qui est déjà révolue ou sur le point de l'être. Si jamais le problème de la photocopie dans les écoles en tracassait encore plusieurs, pour ne citer qu'un exemple des sujets abordés par la révision, nous croyons que les bonnes questions ne sont pas posées. Soit, la photocopie ne disparaîtra pas demain. Ce n'est pas demain non plus que tous les élèves auront un ordinateur à leur disposition et qu'il s'agira là de leur principal outil d'apprentissage. Demain non, mais probablement après demain.

Les réalités de l'ère numérique et du cyberspace sont là et elles doivent guider notre façon d'envisager la protection du droit d'auteur et son exploitation. En fait, il s'agit peut être d'une réflexion qui est déjà amorcée par le législateur si l'on se fie à l'exception prévue au paragraphe 30.2(5) de la *Loi sur le droit d'auteur* qui permet le prêt inter-bibliothèques, et dont le libellé exclut expressément de l'application de cette exception les copies numériques. Les nouvelles réalités technologiques doivent être anticipées sinon le réveil sera brutal. Voix au chapitre devrait être donnée aux sociétés de gestion (sinon à elles de la prendre) afin d'explorer ces nouvelles avenues et de maximiser l'exploitation que les auteurs pourront faire de leurs oeuvres dans le cadre de ces nouvelles réalités.

## **Les nouvelles exceptions en droit d'auteur canadien**

— Un faux débat —

**Sylvi Plante**

### **TABLE DES MATIÈRES**

1. L'utilisation équitable
  - 1.1 L'exception d'utilisation équitable
  - 1.2 Droit comparé
    - 1.2.1 Le droit français
      - 1.2.1.1 Les analyses, courtes citations et revues de presse
      - 1.2.1.2 La copie privée

## 1.2.2 Le droit américain

### 1.2.2.1 Le *fair use*

#### 1.2.2.2 Les usages pouvant constituer du *fair use*

#### 1.2.2.3 Les quatre facteurs d'analyse

(a) L'usage commercial ou non

(b) La nature de l'oeuvre protégée par droit d'auteur

(c) La portion de l'oeuvre utilisée

(d) L'effet de l'usage de l'oeuvre sur

son potentiel commercial

## 2. Établissements d'enseignement

### 2.1 Les exceptions pour les établissements d'enseignement

#### 2.2 Le droit comparé

##### 2.2.1 Le droit français

##### 2.2.2 Le droit américain

## 3. Bibliothèques, musées et services d'archives

### 3.1 Les exceptions pour les bibliothèques, les musées et les services d'archives

#### 3.2 Droit comparé

##### 3.2.1 Le droit français

##### 3.2.2 Le droit américain

## 4. L'exception pour les déficiences perceptuelles

### 4.1 Des oeuvres sur supports adaptés aux déficiences perceptuelles

#### 4.2 Le droit comparé

##### 4.2.1 Le droit français

##### 4.2.2 Le droit américain

## 5. L'incorporation incident

### 5.1 Une exception particulière pour l'incorporation incidente

#### 5.2 Le droit comparé

##### 5.2.1 Le droit français



## 5.2.2 Le droit américain

## 6. L'enregistrement éphémère

### 6.1 Une pseudo-exception d'enregistrement éphémère

### 6.2 Le droit comparé

#### 6.2.1 Le droit français

#### 6.2.2 Le droit américain

## 7. La parodie

### 7.1 Jurisprudence canadienne contradictoire

### 7.2 L'absence d'exception de parodie en droit canadien

### 7.3 Le droit comparé

#### 7.3.1 Le droit français

#### 7.3.2 Le droit américain

## En guise de conclusion

---

[© [Sylvi Plante, 1998.](#)] \*Sylvi Plante est associée du cabinet d'avocats Heenan Blaikie, s.e.n.c. et pratique dans les secteurs du droit du divertissement et de la propriété intellectuelle. L'auteur désire témoigner ses remerciements à Jonathan L. Hickey pour sa collaboration dans la préparation de cet article.

[1] *Loi modifiant la Loi sur le droit d'auteur*, Lois du Canada (1997), chap. 24, ci-après appelée le "Projet de loi C-32".

[2] *Loi sur le droit d'auteur*, L.R.C. 1985, chap. C-42 et amendements subséquents.

[3] "Nous sommes scandalisés de voir qu'on passe d'une à douze pages d'exceptions" avait ainsi commenté le député du Bloc québécois, Louis Plamondon, lors du débat en deuxième lecture. C-32, *Le ministre du Patrimoine canadien - Loi modifiant la Loi sur le droit d'auteur - Débat en deuxième lecture* - 4 juin 1996, <http://www.par1.gc.ca/status/status1-f.html>, 5. Il y a lieu de noter que dans sa version finale le Projet de loi C-32 comporte en fait une vingtaine de pages d'exceptions.

[4] *Idem*, 1.

[5] *Idem*, 3.

[6] L.R.C. 1985, chap. 10 (4<sup>ième</sup> Suppl.).

[7] Affirmation de M. Chevrier aux Communes. Compte rendu officiel (non révisé) des Débats de la Chambre des communes, chez Acland, à Ottawa; fascicule du 8 juin 1931, pp. 2251 à 2257, et du 9 juin 1931, pp. 2584 à 2599, tel que cité dans les pages liminaires de BONCOMPAIN, Jacques, *Le droit d'auteur au Canada*, Le Cercle du livre de France, 1971.

[8] Voir entre autres, *Une charte des droits des créateurs et créatrices - Rapport du sous-comité sur la révision du droit d'auteur* . Comité permanent des communications et de la culture, Chambre des communes, 1985, 69.

[9] TORNO, Barry, *Fair Dealing: The Need for Conceptual Clarity on the Road to Copyright Revision* , Consumer and Corporate Affairs, Canada, 1981.

[10] RICHARD, Hugues G., CARRIÈRE, Laurent, *Canadian Copyright Act - Annotated* , Volume I, Carswell, 1993, 27-13.

[11] Alinéa 27(2)a).

[12] Alinéa 27(2)a.1).

[13] RICHARD, H.G., CARRIÈRE, L., *op. cit.* . note 10, 27-16.

[14] *Idem.*

[15] *Idem*, 27-17.

[16] *Idem*, 27-18.

[17] *Idem*, 27-15.

[18] *Boudreau c. Lin*, [1997] O.J. N ° 3397 (Ont. Court of Justice, Gen. Division).

[19] *B.W. International Inc. c. Thomson Canada Ltd* , [1996] O.J. N ° 2697 (Ont. Court of Justice, Gen. Division).

[20] *Bergeron c. Magasine Producteur Plus* , 98BE-307 (C.Q.).

[21] *De Gutenberg à Télidon - Livre blanc sur le droit d'auteur* , Ottawa : Gouvernement du Canada, 1984, 37.

[22] *Op. cit.* , note 8, 69.

[23] *Idem*, 71.

[24] Voir art. 15 à 17, 19 et 20 de la *Loi sur le droit d'auteur* , *op. cit.* , note 2.

[25] Voir art. 18, 19 et 20, *idem*.

[26] Voir art. 21, *idem*.

[27] *Boudreau c. Lin*, [1997] O.J. No 3397, (Ont. Court of Justice, Gen. Division), par. 49. ; *Michelin & Cie c. SNAATATTC (TCA-Canada)* , [1997] 2 C.F. 306, 353 ; *Bishop c. Stevens*, [1990] 2 R.C.S. 467, 480.

[28] GAUTHIER, Pierre-Yves, *Propriété littéraire et artistique* , 2e édition, Paris : Presses universitaires de France, 1996, 248.

[29] *Copyright Laws and Treaties of the World* , Genève : Unesco, 1997, France : item 1 - page 1.

[30] Art. L.122-5(3)(a) *Code de propriété intellectuelle* .

[31] Art. L.122-5(3)(b) *Code de propriété intellectuelle* .

[32] À noter que le Projet de loi C-32 a introduit dans la législation canadienne sur le droit d'auteur une exception pour la copie pour usage privé mais qui ne porte que sur la reproduction d'enregistrements sonores et, qui est assortie d'un droit à rémunération au profit des auteurs d'oeuvres musicales, des artistes-interprètes et des producteurs d'enregistrements sonores pour compenser pour les pertes de revenus découlant de la copie privée effectuée de leur enregistrements sonores (articles 80 et 81, *Loi sur le droit d'auteur* ).

[33] LUCAS, A., LUCAS, H.-J. *Traité de la propriété littéraire et artistique* , Paris : Éditions Litec, 1994, 269.

[34] *Idem*, 290.

[35] *Le Monde* c. *Microfor*, TGI Paris, 20 février 1981, tel que cité dans GAUTHIER, P.Y., *op.cit.*, note 28, 257.

[36] LUCAS, A., LUCAS, H.-J., *op. cit .*, note 33, 269. Voir aussi GAUTHIER, P.Y., *op. cit .*, note 28, 257.

[37] Tel que cité dans LUCAS, A., LUCAS, H.-J., *op. cit .*, note 33, 269.

[38] GAUTHIER, P.Y., *op.cit.*, note 28, 254.

[39] Commentaire de la Cour de cassation, tel que cité dans LUCAS, A., LUCAS, H.-J., *op. cit.*, note 33, 270.

[40] LUCAS, A., LUCAS, H.-J., *op. cit .*, note 33, 271.

[41] *Ibid.*

[42] GAUTHIER, P.Y., *op.cit.*, note 28, 250.

[43] *Idem*, 251.

[44] LUCAS, A., LUCAS, H.-J ., *op. cit.*, note 33, 248.

[45] *Idem*, 250.

[46] *Idem*, 253.

[47] *Idem*, 254.

[48] *Ibid.*

[49] À titre d'exemples, KREISS, Robert A., "Copyright Fair Use of Standardized Tests", (1996) 48 *Rutgers Law Review* 1043; FOX, David L. "What's This I See, She's Walking Back to Me ... Oh, Pretty Woman:" 2 Live Crew Leads Us Back Toward Greater Clarity and Predictability in the Doctrine of Copyright Fair Use", (1995) 40 *Loyola Law Review* 923; COYNE, Randall, "Rights of Reproduction and the Provisions of Library Services ", (1991) 23 *Intellectual Property Review* 475; PATTERSON, L. Ray, "Free Speech, Copyright, and Fair Use(1987) 40 *Vanderbilt Law Review* 1; ELIZER, Steven H., "Videotaping for Classroom Use: Fair or Foul?", (1985) 17 *Intellectual Property Review* 435; LEWIS, Peter Brandon, "Fair Use in Commercial Advertising", (1985) 17 *Intellectual Property Review* 557; ADELSTEIN, Richard P., PERETZ, Steven I., "The Competition of Technologies in Markets for Ideas: Copyright and Fair Use in Evolutionary

Perspective”, (1985) 5 *International Review of Law and Economics* 209; CLARK, Charles R., “Universal City Studios, Inc. v. Sony Corporation of America: Application of the Fair Use Doctrine Under the United States Copyright Acts of 1909 and 1976 ”, (1981) 13 *Intellectual Property Law Review* 371.

[50] Copyright Act 17 U.S.C.

[51] NIMMER, Melville B., NIMMER, David, *Nimmer on Copyright*, New York : Matthew-Bender, 1984, Vol 4, 13-153.

[52] *Ibid.*

[53] *Idem*, 13-194.

[54] *Idem*, 13-195, 13-201.

[55] 464 U.S. 417 (1984), tel que cité dans NIMMER, M.B., NIMMER, D., *op.cit.*, note 51, 13-158.

[56] 114 S. Ct. 1164 (1994), tel que cité dans NIMMER, M.B., NIMMER, D., *op.cit.*, note 51, 13-159.

[57] “*Whether and to what extent the new work is "transformative"*”, est la question que posait la Cour suprême des États Unis, tel que rapporté dans NIMMER, M.B., NIMMER, D., *op.cit.*, note 51, 13-159.

[58] NIMMER, M.B., NIMMER, D., *op.cit.*, note 51, 13-159.

[59] *Supra*, p. 9.

[60] Pour une analyse de la situation de la reprographie au Canada et des ententes collectives intervenues à ce sujet, voir DARLING, Dale, “Reprography Collectives in Canada - The Impact on Educational Use”, (1992) 9 *Canadian Intellectual Property Review* 104, 105; MARTIN, Stefan, “Les exceptions au droit de reproduction en faveur des milieux éducatifs”, (1990-1991), 4 *Les cahiers de propriété intellectuelle* 281, 333.

[61] NIMMER, M.B., NIMMER, D., *op.cit.*, note 51, 13-171.

[62] NIMMER, M.B., NIMMER, D., *op.cit.*, note 51, 13-161.

[63] *Idem*, 13-165.

[64] *Idem*, 13-168.

[65] *Ibid.*

[66] *Idem*, 13-172 à 13-178.

[67] *Idem*, 13-178.

[68] *Idem*, 13-178, 13-226.1.

[69] *Idem*, 13-180.

[70] *Idem*, 13-179.

[71] *Ibid.*

[72] *Idem*, 13-195 à 13-208.

[73] Pour un aperçu de la question de la reprographie dans les écoles, voir DARLING, Dale, note 60.

[74] C-32 - *Le ministre du Patrimoine canadien - Loi modifiant la Loi sur le droit d'auteur, Débat en deuxième lecture*, *op. cit.* note 3, 8.

[75] *Op. cit.*, note 8, 77.

[76] LUCAS, A., LUCAS, H.-J., *op. cit.* note 33, 254.

[77] *Idem*, 290.

[78] *Supra*, p. 12.

[79] *Op. cit.*, note 50.

[80] Pour un exposé de la situation des bibliothèques et notamment de l'utilisation de matériel d'archive, voir: McANANAMA, Judith, "Copyright Law : Libraries and Their Users Have Special Needs", (1991) 6 *Intellectual Property Journal*, 225.

[81] *Op. cit.*, note 8, 74.

[82] *Idem*, 75.

[83] *Idem.*

[84] *Idem*, 76.

[85] GELLER, Paul Edward, *International Copyright Law and Practice*, Volume 2, New York : Matthew Bender, 1997, 145.

[86] *Op. cit.*, note 50.

[87] Alinéa. 108(a)(2), *op. cit.* note 50.

[88] Alinéa 108(a), *idem.*

[89] Alinéa 108(a)(1), *idem.*

[90] Alinéa 108(f), *idem.*

[91] Alinéa. 108(h), *idem.*

[92] *Op. cit.*, note 8, 73.

[93] *Idem*, 99-109.

[94] *Idem*, 74.

[95] *Ibid.*

[96] Paragraphe 32(3), *Loi sur le droit d'auteur*, *op. cit.*, note 2.

[97]Paragraphe 32(2), *Idem*.

[98]Alinéa 32(1)a), *Loi sur le droit d'auteur* , *idem*.

[99]Alinéa 32(1)b), *Loi sur le droit d'auteur* , *idem*.

[100]Alinéa 32(1)c), *Loi sur le droit d'auteur* , *idem*.

[101]*Ibid*.

[102]Voir *Loi sur le droit d'auteur* , *op. cit.* , note 2, art. 30.1 (reproduction à des fins de gestion et de conservation de la collection d'une bibliothèque); alinéa 29.4(1)b) (projection d'une oeuvre avec un rétroprojecteur par un établissement d'enseignement); alinéa 29.4(2) (reproduction d'une oeuvre pour des questions d'examen).

[103]Article 121(a), *op. cit.* note 50.

[104]Article 121(c)(2), *idem*.

[105]MAGHUSSON, Dennis N., NABHAN, Victor, *Exemptions Under the Canadian Copyright Act* , Ottawa : Consumer and Corporate Affairs Canada, 1982, 147, 148.

[106]Voir nos commentaires sur le *fair use* , *Supra* p. 11.

[107]*Op. cit.* , note 21.

[108]*Op. cit.*, note 21, 64. Voir aussi *Charte des droits des créateurs et créatrices* , Recommandation no. 79, *op. cit.* , note 8, 65.

[109]*Ibid*.

[110]Art. 107, *Copyright Act* , *op. cit.* . note 50.

[111]Voir nos commentaires sur le *fair use* , *supra* p. 11.

[112]*Bishop c. Stevens* [1990] 2 R.C.S. 467.

[113]*Idem*, 484.

[114]*Idem*, 485.

[115]*Op. cit.* , note 8, 65-67.

[116]*Idem*, 67.

[117]Par. 30.8(4) et 30.9(4).

[118]Par. 30.8(2) et 30.9(2).

[119]*Op. cit.* , note 50.

[120]Pour une étude quant à l'applicabilité de la parodie en droit canadien voir l'article de MOYSE, Pierre-Emmanuel, "La parodie", (1998) 10 *Les cahiers de propriété intellectuelle* 669; voir également CRESTOHL, L. D., "Existence of Canadian Parody Defence in a State of Flux" , (1997) 72 *Copyright World* 15.

[121] *Campbell c. Acuff-Rose Music Inc.*, (1994) 114 S. Ct. 1164.

[122] Ancien paragraphe 27(2)(a.1) de la *Loi sur le droit d'auteur* (maintenant article 29.1).

[123] Incidemment, la Cour fédérale a rejeté, avec raison selon nous, l'argumentation développée par James Zegers, auteur de l'article "Parody and Fair Use in Canada, after *Campbell c. Acuff-Rose*", (1994), 11 *Revue canadienne de propriété intellectuelle* 205., voulant que les distinctions entre le droit américain et canadien ne soient pas cruciales.

[124] *Michelin & Cie c. SNAATATTC (TCA-Canada)*, [1997] 2 C.F. 306, p. 351; en appel A-38-97.

[125] *Productions Avanti Ciné-Vidéo Inc. c. Favreau*, [1997] R.J.Q. 1918 (C.S.).

[126] *Op. cit.*, note 125, en appel à la Cour d'appel du Québec dans le N° 500-09-004992-970.

[127] *Boudreau c. Lin*, [1997] O.J. No 3397, (Ont. Court of Justice, Gen. Division), paragraphe 49 ; *Michelin & Cie c. SNAATATTC (TCA-Canada)*, [1997] 2 C.F. 306, 353 ; *Bishop c. Stevens*, [1990] 2 R.C.S. 467, 480.

[128] *Op. cit.*, note 124.

[129] Maintenant l'article 29.1 de la *Loi sur le droit d'auteur*, *op. cit.*, note 2.

[130] CÔTÉ, Pierre-André, *Interprétation des lois*, 2<sup>e</sup> édition, Les Éditions Yvon Blais Inc., Cowansville, 1990, p. 293.

[131] Il est reconnu que la critique peut porter sur l'oeuvre elle-même ou les idées qu'elle comporte. Voir RICHARD, H., CARRIÈRE, L., *op. cit.* note 10.

[132] GAUTHIER, P.-Y., *op. cit.* note 28, 261.

[133] Cass. civ., 1er, 12 janv. 1988: *Bull. civ.* I, n. 5. ; RIDA 1988, 98, observation de Françon, aff. "Douce Transes".

[134] DURRANDE, S., *La parodie, le pastiche et la caricature*, Mélanges Françon, Paris : Dalloz, 1995, p.131.

[135] GAUTHIER, P.-Y., *op. cit.*, note 28, 261 et LUCAS, A., LUCAS, H.-J., *op. cit.* note 33, 273.

[136] Paris, 14 fév. 1980 : D. 1981, somm. Comm., 86, obs. Colombet - 11 mai 1993; RIDA 1993, n. 157, 340.

[137] Paris, 17 oct. 1980 : D. 1982, somm. Comm., 42, obs. Colombet.

[138] GAUTHIER, P.-Y., *op. cit.*, note 28, 262.

[139] *Elsmere Music Inc. c. National Broadcasting Co.*, 482 F. Supp. 741 (S.D.N.Y. 1980) ; *Berlin c. E.C. Publications, Inc.*, 329 F.2d 541 (2d Cir. 1964) ; *Walt Disney c. Air Pirates*, 581 F.2d 757 (9th Cir. 1978).

[140] ZEGERS, James, "Parody and Fair Use in Canada, after *Campbell c. Acuff-Rose*", (1994) 11 *Revue canadienne de propriété intellectuelle* 205; SHUSTER, H. Todd, "L'affaire *Campbell c.*



Acuff-Rose Music, Inc. et la défense de "fair use", (1994) 7 *Les cahiers de propriété intellectuelle* 287.

[141] Voir le texte de l'article 107 à §1.2.2.1, *supra*.

[142] Article 30.8 *op. cit.*, note 2.

[143] Alinéa 29.4(1)b), *idem*.

[144] Paragraphe 29.4(2), *idem*.

[145] Alinéa. 30.1(1)a), alinéa. 30.1(1)c), *idem*.

[146] Paragraphe 32(3), *idem*.

[147] Alinéa 30.1(1)b), *idem*.

[148] Article 29.6, *idem*.

[149] Article 29.7, *idem*.

[150] Article 29.9, *idem*.

[151] Paragraphe 30.2(1), *idem*.

[152] Paragraphe 30.2(2), *idem*.

[153] Article 29.3, *idem*.

[154] Article 30.3, *idem*.

[155] Paragraphe 32.2(3), *idem*.

[156] Article 29.5, *idem*.