

*Capsule*

## **Le projet de loi C-60 et les exceptions pour le milieu de l'éducation**

**Hélène Messier\***

En octobre 2002, le gouvernement canadien déposait un rapport intitulé : *Stimuler la culture et l'innovation – Rapport sur les dispositions et l'application de la Loi sur le droit d'auteur*. Ce rapport était présenté comme une réponse aux exigences de l'article 92 de la *Loi sur le droit d'auteur*, article qui prévoit que dans les cinq ans suivant la date d'entrée en vigueur des dernières modifications (septembre 1997), le ministère de l'Industrie devait présenter au Sénat et à la Chambre des communes un rapport sur la loi et les conséquences de son application dans lequel il fait état des modifications qu'il juge souhaitables.

Le rapport était plutôt laconique quant à l'examen de la *Loi sur le droit d'auteur* et des conséquences de son application, mais il faisait état d'un programme de réforme du droit d'auteur et d'un échéancier en trois étapes classant les enjeux à traiter en priorités à court, moyen et long terme. Dans le court terme (un à deux ans), se retrouvaient les enjeux reliés au WCT et WPPT, la responsabilité des fournisseurs de services Internet, les questions d'accès et éducation, les photographies et les œuvres non publiées. Ce dernier point a été réglé par le biais d'une législation particulière.

---

© Hélène Messier, 2005.

\* Avocate et directrice générale de Copibec, la société québécoise de gestion collective des droits de reproduction. Ce texte découle d'une présentation faite le 14 septembre 2005 dans le cadre d'une conférence organisée conjointement par l'ALAI CANADA et l'AJAVA sur le thème du projet de loi C-60 portant sur la modification de la *Loi sur le droit d'auteur*. Les propos exprimés dans le texte ne reflètent que l'opinion de leur auteur.

Les autres items identifiés par le gouvernement comme des priorités à court terme ont fait l'objet de consultations et d'audiences parlementaires devant le Comité permanent de Patrimoine Canada. Ce dernier comité a déposé un rapport en mai 2004 intitulé *Rapport intérimaire sur la réforme du droit d'auteur*, traitant notamment des exceptions pour le milieu de l'éducation. Dans ce rapport, les membres du comité recommandaient la modification de la loi pour permettre l'octroi de licences étendues d'utilisation du matériel accessible sur Internet à des fins éducatives en reconnaissant que les sociétés de gestion n'avaient pas le droit d'exiger des redevances pour le « matériel disponible publiquement ». Cette dernière expression est définie comme étant « le matériel publié sur des sites Internet publics (qui ne nécessitent pas de mot de passe ou d'abonnement et qui ne s'accompagnent d'aucun droit ni d'aucune mesure de protection technique restreignant sa disponibilité ou son utilisation) et assortis d'un avis du détenteur du droit d'auteur qui donne explicitement son accord pour que le matériel puisse être utilisé sans paiement ni autorisation préalable ».

Des consultations tripartites (représentants du gouvernement, des sociétés de gestion et du Conseil des ministres de l'éducation du Canada (CMEC)) sur l'utilisation d'Internet à des fins éducatives avaient été entreprises plusieurs mois avant la publication du rapport provisoire du Comité permanent de Patrimoine Canada. Les représentants du CMEC (à l'exclusion de celui du Québec) exigeaient que tout matériel disponible publiquement sur Internet puisse être accessible gratuitement. Les représentants des titulaires de droits appuyaient cette proposition mais divergeaient d'opinion sur la définition de l'expression « matériel accessible publiquement ». Pour sa part, le milieu canadien de l'éducation alléguait que tous les sites devaient être considérés comme étant accessibles publiquement, sauf s'ils étaient protégés par des mesures technologiques ou si on y réclamait un paiement et ce, malgré le fait qu'il pouvait y avoir un avis de droit d'auteur interdisant la reproduction et malgré que le droit d'auteur au Canada existe sur une œuvre sans formalité particulière. Le CMEC, tenant mordicus à cette exception et ayant fait un lobby intensif pour l'obtenir, avait donc été fort déçu des recommandations du comité permanent. Le rapport du comité permanent traitait également de l'apprentissage amélioré par les technologies, notamment pour l'éducation à distance. Le comité recommandait là encore de modifier la loi pour permettre la mise en place de licences collectives étendues.

Il faut préciser qu'en matière de reprographie, les sociétés de gestion œuvrent dans un système de licences volontaires ; elles doivent conséquemment obtenir de chacun des titulaires de droit le mandat de les représenter. Pour la reproduction numérique, la situation est identique. Les sociétés de gestion comme Access Copyright et Copibec doivent obtenir des éditeurs et des auteurs le mandat de les représenter pour octroyer des licences aux usagers. Si les sociétés de gestion ont pu constituer jusqu'à présent un répertoire relativement important pour la reproduction numérique des œuvres nationales, la situation s'avère toutefois fort différente en ce qui a trait aux œuvres étrangères. Contrairement à la reprographie, les sociétés de gestion ne détiennent généralement pas les droits numériques des titulaires ou, lorsqu'elles les ont, elles ne peuvent pas toujours signer des ententes de réciprocité avec les sociétés des autres pays. D'où l'avantage de la licence étendue, ou plutôt du répertoire étendu, comme le qualifie le professeur Daniel Gervais. Ce concept permet à une société de gestion capable de démontrer qu'elle possède une partie importante du répertoire national d'être investie du répertoire international lui permettant ainsi d'entrer en négociation avec les usagers puisqu'elle possède alors le répertoire susceptible de les satisfaire. Car si les écoles primaires et secondaires du Québec reproduisent à 95 % des œuvres québécoises, tel n'est pas le cas des collèges, et encore moins des universités. La licence étendue n'est pas une licence obligatoire car les titulaires de droit conservent un droit d'« opting out ». Il s'agit d'un système utilisé dans les pays scandinaves et, depuis peu, dans certains pays africains et en Russie.

Le 20 juin 2005, le gouvernement canadien dépose le projet de loi C-60 qui fait totalement fi des recommandations unanimes du Comité permanent de Patrimoine Canada.

Que prévoit ce projet de loi pour le milieu de l'éducation ?

Deux nouvelles exceptions sont contenues à l'article 18 du projet, dispositions qui ajoutent les articles 30.01 et 30.02 à la loi :

La première invente un nouveau concept, celui de la leçon. Elle permet aux enseignants de fixer et de communiquer par télécommunication leurs prestations à des élèves qui ne sont pas dans les locaux de l'établissement d'enseignement. La fixation de la « leçon » doit être détruite dans les trente jours de la fin du trimestre. De plus, l'établissement « doit prendre des mesures dont il est raisonnable de croire qu'elles auront pour effet de limiter la communication par télécommunication de la leçon aux personnes visées (...) et d'empêcher

celles-ci de la reproduire ou de communiquer la leçon ou de l'utiliser après la fin du cours auquel elle se rapporte ».

Le libellé de l'article est ambigu et soulève des questions quant à sa véritable portée. Que signifie le terme « leçon » ? S'agit-il simplement de filmer la prestation de l'enseignant et de la transmettre à des élèves hors classe ? Si une œuvre artistique est projetée en classe, va-t-elle être filmée et distribuée de cette façon aux élèves hors classe ou peut-on joindre à la télécommunication des œuvres en fichier attaché ? Peut-on faire de même pour une œuvre musicale ou littéraire qui fait l'objet du cours ? Peut-on capter des élèves qui interprètent une œuvre dramatique et communiquer par télécommunication cette œuvre ? Peut-on transmettre une œuvre dans sa totalité ? Quel est le sens du paragraphe 3 du nouvel article 30.01 qui dit que la nouvelle exception « n'a pas pour effet de permettre l'accomplissement des actes qui sont visés à l'égard de toute œuvre (...) dont l'utilisation dans le cadre de la leçon constitue une violation du droit d'auteur ou est subordonnée à l'autorisation du titulaire du droit d'auteur » ? Que veut dire prendre « des mesures qu'il est raisonnable de croire qu'elles auront pour effet... » ? Mesure-t-on ce caractère raisonnable en regard des technologies existantes, des moyens dont disposent les écoles ? Comment s'assurer de leur caractère raisonnable ?

Pourquoi ne pas avoir prévu de sanction en cas d'omission de prendre des mesures raisonnables ?

Bref, beaucoup d'incertitude subsiste dans le libellé et la portée de cet article.

La deuxième exception a, à l'évidence même, une portée énorme sur les droits des titulaires et les opérations de Copibec. Elle touche la transmission électronique d'œuvres qu'il est autrement permis de reprographier. Le nouvel article 30.02 énonce que, lorsqu'un établissement d'enseignement a conclu une entente avec Copibec ou Acces Copyright pour la reprographie, ce qui est le cas pour toutes les écoles du Québec et du Canada, du niveau préscolaire à universitaire, ce même établissement peut automatiquement faire une reproduction numérique des œuvres qu'il a le droit de reprographier et il peut les communiquer par télécommunication aux élèves à des fins pédagogiques.

Des conditions sont spécifiées.

Premièrement, l'établissement doit verser à la société de gestion les redevances qu'il verserait pour une reprographie de l'œuvre en question et il doit respecter les modalités afférentes à la licence. On semble donc dire que l'œuvre numérisée possède la même valeur que l'œuvre photocopiee et que si la reprographie est déjà payée, elle emporte le droit de numériser et de transmettre une œuvre à un élève qui peut en faire une seule copie.

Deuxième condition, l'établissement doit prendre « des mesures dont il est raisonnable de croire qu'elles auront pour effet d'empêcher la communication par télécommunication de la reproduction numérique » à des personnes non visées par l'article, de même qu'empêcher son impression à plus d'un exemplaire et toute autre reproduction ou communication de celle-ci.

Normalement, un titulaire de droit peut retirer ses œuvres de la gestion collective en les mettant sur une liste d'exclusions. Le législateur a toutefois adopté une disposition visant à dissuader les titulaires d'agir ainsi. L'article 30.02 paragraphe 3 prévoit que si un établissement d'enseignement numérise et transmet par télécommunication une œuvre alors qu'il n'y est pas autorisé – soit que l'œuvre est sur une liste d'exclusions soit que le titulaire a refusé de mandater la société de gestion – ce même établissement, s'il est poursuivi, ne pourra être condamné à des dommages supérieurs à la somme que le titulaire aurait reçue de la part de la société de gestion pour la reproduction de son œuvre par reprographie. On a donc protégé les institutions d'enseignement par une disposition limitant les dommages-intérêts que pourraient réclamer les titulaires de droits et, de plus, la limite a été fixée à la hauteur de la valeur d'une reprographie sans considérer que la numérisation d'une œuvre et sa distribution pouvaient entraîner des dommages plus considérables pour le titulaire qu'une simple photocopie.

Le paragraphe 7 de ce même article 30.02 prévoit également que les dispositions de l'article ne s'appliquent pas à l'égard des œuvres pour lesquelles la société de gestion est habilitée à accorder une licence de numérisation et de communication par télécommunication si la société de gestion a fait parvenir à l'utilisateur un avis conforme à des dispositions réglementaires inconnues. L'avis doit être transmis dans les trente jours suivant la date d'entrée en vigueur de l'article, soit le 31 décembre 2006. C'est d'ailleurs le seul article pour lequel la date d'entrée en vigueur a été fixée dans la loi.

Par cette dernière exception, le gouvernement bafoue des principes fondamentaux du droit, notamment la liberté de négociation et, dans le cadre du droit d'auteur, le droit exclusif pour un titulaire d'autoriser ou non la reproduction de son œuvre.

Le gouvernement intervient en effet dans le cadre d'un contrat privé librement négocié entre deux parties pour en changer les termes en faveur d'une partie. Les parties ont négocié une licence de reprographie, celle-ci se transforme en licence de numérisation et de communication par télécommunication. Du jamais vu et un très dangereux précédent. Que vaudront alors les termes d'un contrat si une partie insatisfaite peut s'en plaindre au gouvernement qui interviendra pour en changer le libellé ?

Le gouvernement nie également le caractère volontaire du système d'octroi des licences et le droit exclusif du titulaire de permettre ou non la reproduction et la communication d'une œuvre protégée par la loi. Les titulaires sont dépouillés de leur droit de façon tout à fait arbitraire et sans aucune compensation. Au lieu de consentir un répertoire étendu aux sociétés de gestion tel qu'elles le demandaient, le gouvernement consent une licence élargie aux usagers. Il s'agit en fait de l'imposition d'une licence obligatoire sans le courage de le dire et sans l'assortir d'une rémunération équitable.

Il est d'ailleurs probable que cette disposition ne réponde pas aux exigences de la Convention de Berne (art. 9(2) et des ADPIC (art. 13) qui prévoient que la limitation d'un droit ne doit s'appliquer que dans des circonstances spéciales donc que cette limitation doit avoir une portée et une utilisation limitées, qu'elle ne doit pas entrer en conflit avec l'exploitation normale de l'œuvre et ne doit pas porter de manière déraisonnable préjudice aux intérêts légitimes du titulaire de droits.

Les exceptions présentées dans ce projet de loi sont également une tentative de Patrimoine Canada et d'Industrie Canada de banaliser l'utilisation du numérique et de considérer la numérisation et la communication des œuvres par télécommunication comme un nouveau moyen de distribution tout simplement, sans réel impact pour les titulaires de droits. C'est nier l'existence d'un marché émergent et qui s'établit sur des bases qui démontrent clairement qu'une œuvre sur support numérique a une valeur plus grande qu'une œuvre reprographiée si ce n'est que pour la qualité de la reproduction, sa facilité de transmission et sa commodité de réception. Le numérique possède une valeur qui lui est propre et qui constitue un marché en

soi pour les titulaires de droits. Marché que, d'ailleurs, Copibec a commencé à exploiter comme en témoignent une licence déjà signée avec le gouvernement du Québec pour les revues de presse électronique et des ententes-pilotes intervenues avec le Cégep Montmorency pour l'éducation à distance et la Grande Bibliothèque.

D'ailleurs, peut-on parler d'un geste banal quand on sait que les écoles du Québec reproduisent plus de 150 millions de copies d'œuvres protégées annuellement et que ces millions de pages pourraient être numérisés et distribués par voie électronique ?

On pourrait répliquer que les sociétés de gestion n'ont seulement qu'à constituer un répertoire exhaustif d'œuvres disponibles pour la numérisation et la communication par télécommunication pour faire échec à ces dispositions. Les sociétés de gestion sont dans une situation très difficile à cet égard. Plusieurs éditeurs sont hésitants à se lancer dans cette voie et le répertoire international est à peu près impossible à acquérir. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle les sociétés de gestion, tout comme les membres du Comité permanent de Patrimoine Canada, favorisaient l'application du modèle de licences ou de répertoires étendus. À défaut de l'introduction d'un tel modèle en droit canadien, les sociétés de gestion devront donc se limiter à négocier avec les écoles pour le répertoire national dont elles disposent. Comme le gouvernement a déjà envoyé un signal à l'effet que la numérisation des œuvres et leur communication par télécommunication n'avaient guère de valeur, il sera difficile d'obtenir une rémunération équitable pour cette nouvelle utilisation des œuvres.

De plus, le législateur a fixé la date à laquelle les sociétés de gestion doivent dénoncer leur répertoire, soit au plus tard trente jours après l'entrée en vigueur de l'article 30.02. Il est par ailleurs muet sur le sort des œuvres qui s'ajouteront au répertoire en cours de négociation ou après la conclusion d'une licence. De plus la négociation par Access Copyright ou Copibec d'une licence avec les établissements d'enseignement pour la numérisation et la communication par télécommunication de leur répertoire d'œuvres disponibles à des fins numériques et l'obtention d'une compensation financière en contrepartie de ces utilisations, pourraient bizarrement désavantager les titulaires de droits québécois et canadiens. En effet, l'utilisation d'une œuvre québécoise ou canadienne entraînera des coûts pour une institution d'enseignement alors que l'utilisation d'une œuvre étrangère sera gratuite car cette dernière risque peu de faire partie du répertoire de la société de gestion. C'est sûrement une façon assez

singulière d'envisager la diversité culturelle en favorisant l'utilisation des œuvres étrangères dans les établissements d'enseignement.

Par ces exceptions, le gouvernement se rend également à l'argument du Conseil des ministres de l'éducation du Canada, qu'au nom de l'éducation, les auteurs et les éditeurs devraient faire cadeau de leurs droits et renoncer à améliorer leur situation monétaire. Les ministres canadiens de l'Éducation se plaignent que les droits d'auteurs leur coûtent la somme faramineuse de 47 millions de dollars par année, 47 millions de dollars pour ce qui constitue la matière première des institutions d'enseignement, 47 millions de dollars pour disposer de millions d'œuvres pour pouvoir dispenser un enseignement de qualité, 47 millions de dollars qui favorisent notamment la publication de manuels scolaires canadiens et québécois, 47 millions de dollars sur un budget total consacré à l'éducation de 40 milliards de dollars. Si le CMEC veut favoriser l'accès à l'éducation, il ne doit pas le faire sur le dos des travailleurs de la culture. Le respect du droit d'auteur et des œuvres créées doit plutôt s'inscrire dans une démarche pédagogique qui commence à la maison et se poursuit à l'école.

Le gouvernement canadien associe ces exceptions à l'accès aux œuvres alors qu'il appert que ces œuvres sont déjà accessibles, sur support papier certes, mais elles sont déjà accessibles. Il n'est donc pas question ici d'offrir un accès à des œuvres qui n'étaient pas accessibles jusqu'à présent mais d'offrir un accès plus pratique. Est-ce là le but de la *Loi sur le droit d'auteur* de favoriser la commodité ?

Le Juge Binnie dans l'arrêt *Théberge*<sup>1</sup> a dit que la *Loi sur le droit d'auteur* devait établir un juste équilibre entre « la promotion, dans l'intérêt du public, de la création [...] et l'obtention d'une juste récompense pour le créateur ». On ne parle pas ici de dépouiller des créateurs pour accommoder le monde de l'éducation. Le gouvernement semble avoir oublié qu'une loi s'interprète dans son ensemble et que c'est la loi dans son ensemble qui doit refléter cette notion d'équilibre. Le processus étagé de réforme du droit d'auteur dans lequel le gouvernement nous a tous engagés mène à une vision morcelée de la loi. Si, lors d'une étape, on introduit de nouveaux droits, comme c'est le cas dans le projet de loi C-60, notamment pour les artistes-interprètes ou les photographes, on doit au nom de l'équilibre en enlever à d'autres titulaires. On en est même rendu à tenter d'équilibrer chacune des dispositions de la loi. Ainsi on donne une

1. *Théberge c. Galerie d'Art du Petit Champlain inc.*, [2002] 2 R.C.S. 336.

exception aux écoles, mais on essaie d'en contenir l'utilisation avec des mesures technologiques mal définies. Le projet de loi prévoit que les titulaires de droit peuvent exclure leurs œuvres mais l'effet de cette disposition est tout aussi rapidement annulé en accordant des dommages limités aux écoles. La *Loi sur le droit d'auteur*, de relativement simple et claire qu'elle était il y a 20 ans, est devenue une loi illisible et incompréhensible. Il manque une vision d'ensemble qui permettrait d'évaluer si cette loi remplit le rôle qu'elle doit jouer, tant auprès des usagers, que des titulaires de droits. Difficile il est vrai d'avoir une vision d'ensemble, quand la loi est sous la tutelle de deux ministères qui entrevoient chaque réforme comme une partie de souque à la corde où le plus fort gagne.

La première lecture du projet de loi C-60, le 20 juin 2005, a marqué le départ d'un processus législatif où s'affronteront les tenants et les opposants aux exceptions. Un point cependant fait l'unanimité, ces exceptions ne satisfont personne. Le Conseil des ministres de l'éducation du Canada les trouve trop timides et trop contraignantes et, surtout, inaptes à répondre à son désir premier d'avoir accès aux œuvres disponibles sur Internet. D'ailleurs, des discussions au sujet d'une autre exception pour le milieu de l'éducation et portant sur le matériel publiquement accessible sur Internet se tiendront en parallèle à l'étude en comité législatif du présent projet de loi. Qui dit que les chemins resteront parallèles et qu'ils ne se croiseront pas d'ici la fin du processus législatif ?