

«FAIR DEALING» CANADIEN ET «FAIR USE» AMÉRICAIN: UNE ANALYSE DE L'EXCEPTION D'UTILISATION ÉQUITABLE EN MATIÈRE DE DROIT D'AUTEUR

Catherine Bergeron*
LEGER ROBIC RICHARD, avocats
ROBIC, agents de brevets et de marques de commerce
 Centre CDP Capital
 1001 Square-Victoria – Bloc E - 8^e étage
 Montréal (Québec) H2Z 2B7
 Tél: 514-987-6242 - Fax: 514-845-7874
 info@robic.com – www.robic.ca

1. Introduction
2. Les droits exclusifs et distincts réservés à un auteur en vertu de la Loi sur le droit d'auteur
 - 2.1 La nature du droit d'auteur en général
 - 2.2 Les droits de l'auteur prévus au paragraphe 3(1) de la loi
 - 2.3 La violation du droit d'auteur prévue à l'article 27 de la loi
3. Exception au principe de droit exclusif de l'auteur sur son oeuvre en droit canadien: l'utilisation équitable
 - 3.1 Définition sommaire du principe de l'utilisation équitable
 - 3.2 Évolution du principe de l'utilisation équitable et sa raison d'être
 - 3.2.1 Le principe de l'utilisation équitable : d'hier à aujourd'hui
 - 3.2.2 Le principe de l'utilisation équitable : sa raison d'être
 - 3.3 Les situations où l'exception de l'utilisation équitable s'applique
 - 3.3.1 Étude privée ou recherche : article 29
 - 3.3.2 Critique et compte rendu : article 29.1
 - 3.3.3 Communication de nouvelles : article 29.2
 - 3.4 L'interprétation de l'exception de l'utilisation équitable prévue aux articles 29 à 29.2
 - 3.4.1 Détermination préalable d'une violation du droit d'auteur
 - 3.4.2 Analyse de la défense/exception de l'utilisation équitable
4. Exception au principe de droit exclusif de l'auteur sur son oeuvre en droit américain : le «□fair use»
 - 4.1 Origine et évolution du principe de l'usage équitable
 - 4.2 L'article 107 de la Loi sur le droit d'auteur et les facteurs énumérés
 - 4.2.1 Le but et le caractère de l'usage, incluant la distinction entre une utilisation de nature commerciale ou pour des fins d'enseignement à but non lucratif.
 - 4.2.2 La nature de l'oeuvre protégée.
 - 4.2.3 L'importance et le caractère substantiel de la part de l'oeuvre utilisée, en relation avec l'oeuvre protégée dans sa totalité.
 - 4.2.4 L'effet de l'usage sur le marché économique potentiel de l'oeuvre originale
5. Analyse des deux systèmes en interrelation

© Catherine Bergeron, 2001

* Alors étudiante à l'École de formation professionnelle du Barreau du Québec, en stage auprès du Cabinet d'avocats LEGER ROBIC RICHARD, s.e.n.c. et du Cabinet d'agents de brevets et de marques de commerce ROBIC, s.e.n.c. et maintenant membre de ces cabinets; cette étude a été réalisée au printemps 1999 sous la supervision du professeur David Lametti de la Faculté de droit de l'Université McGill alors que l'auteure y était étudiante. Article publié à (2001), 13-2 *Les cahiers de propriété intellectuelle* 267 et sq.

- 5.1 Les distinctions majeures entre le régime canadien et le régime américain
- 5.2 Le système américain appliqué au système canadien
- 6. Évolution législative du principe de l'utilisation équitable au Canada
- 7. Conclusion

1. Introduction

Depuis son adoption au Canada en 1921, la Loi sur le droit d'auteur¹ a dû subir de multiples modifications importantes pour accorder aux auteurs une protection telle que nous la connaissons aujourd'hui. Comme le droit d'auteur porte sur une chose aussi intangible que la diffusion d'une oeuvre, cette loi □était nécessaire pour combler les besoins dans un domaine dérogeant au droit commun et réclamant une protection particulière. □² Évoluant dans une société en constante effervescence au niveau des arts et de la création, la loi a dû s'adapter aux nouveaux besoins des auteurs canadiens. C'est pourquoi des changements importants et des nouvelles notions se sont greffées à la loi au cours des huit dernières décennies. De toutes ces révisions de la loi, celle de 1997³ est sans doute l'une des plus importantes et substantielles. Marquant un tournant majeur en droit d'auteur à bien des niveaux, c'est le régime des exceptions ayant subi une profonde mutation qui retiendra notre attention pour les fins de ce travail. Ces diverses exceptions sur lesquelles nous allons nous pencher ont une ligne directrice commune : une *utilisation équitable* de l'oeuvre.

Pour débiter notre étude, nous allons d'abord poser les bases du droit d'auteur en passant par sa nature générale et les droits exclusifs de l'auteur prévus à l'art. 3(1) de la Loi sur le droit d'auteur. Il est selon nous fondamental de bien circonscrire la portée juridique du droit d'auteur afin de mieux visualiser ce qu'il entend protéger. Cela étant établi, nous allons nous plonger au coeur du sujet : l'étude de l'utilisation équitable.

Avant de se pencher sur chacune des situations où l'exception de l'utilisation équitable s'applique, ce qui constituera l'objet de notre deuxième partie, nous allons d'abord tenter de définir l'exception de façon générale, à travers son évolution et sa raison d'être. Pour clôturer la section portant sur la législation canadienne, nous nous servirons de ces notions acquises pour dresser un portrait de l'interprétation que les cours et les auteurs font de l'utilisation équitable. Nous découvrirons par le biais de cette analyse que l'utilisation équitable est un principe assez difficile d'application, notamment à cause du silence du législateur à ce niveau. Nous tenterons donc de clarifier qu'est-ce qui se trouve

¹Loi de 1921 concernant le droit d'auteur, 11-12 Geo. V, c.24, sanctionnée le 4 juin 1921.

²N. Tamaro, *Loi sur le droit d'auteur. Texte annoté*, 4^e éd., (Toronto, Éditions Carswell, 1998) à la p.8. (ci-après *Loi annotée*)

³Loi modifiant la Loi sur le droit d'auteur, L.C. 1997, c.24, sanctionnée le 25 avril 1997.

dans la mire de l'utilisation équitable, en d'autres termes, comment lui donner un sens.

Selon nous, une des façons les plus efficaces de positionner et d'analyser un principe de droit dans son système est sûrement de le comparer avec un autre principe similaire appartenant à une autre juridiction. C'est pourquoi dans la troisième partie de ce travail nous nous pencherons sur l'exception au principe de droit exclusif de l'auteur en droit américain : le « fair use » ou l'usage équitable. Après une brève revue de l'origine et de l'évolution du principe, nous déplacerons notre attention sur les facteurs énumérés à l'art. 107 de la Loi américaine sur le droit d'auteur, facteurs servant de lignes directrices dans l'évaluation d'une situation d'usage équitable.

Pour tirer une conclusion satisfaisante de cet exercice de comparaison entre les deux systèmes, nous procéderons à une analyse au niveau de leur interrelation, c'est-à-dire établir dans un premier temps les points majeurs qui les distinguent, et identifier dans un deuxième temps les éléments du système américain pouvant bénéficier au système canadien. Nous verrons à cette étape que la portée de l'usage équitable est beaucoup plus étendue que celle de l'utilisation équitable. En se posant la question pourquoi il en est ainsi, nous nous interrogerons aussi à savoir si la portée restrictive de l'utilisation équitable n'aurait pas intérêt à subir un élargissement au profit de la promotion de la créativité en société.

Finalement, nous nous arrêterons en cinquième partie de ce travail sur l'évolution législative du principe de l'utilisation équitable au Canada. Celui-ci a souvent été l'objet de propositions de modifications pour lui donner l'image de son pendant américain. Malgré l'accumulation d'échecs à de telles propositions, peut-être pouvons-nous percevoir celles-ci comme un indice que le principe de l'utilisation équitable a besoin d'être repositionné au profit d'une application plus libérale mais toujours fidèle au contexte de la législation canadienne.

2. Les droits exclusifs et distincts réservés à un auteur en vertu de la Loi sur le droit d'auteur

2.1 La nature du droit d'auteur en général

La loi sur le droit d'auteur que nous connaissons aujourd'hui est un outil indispensable à la protection des auteurs canadiens. Depuis sa mise en vigueur, l'auteur est, règle générale, le premier titulaire des droits d'auteur qui portent sur

son oeuvre⁴. En d'autres termes, les droits d'auteur appartiennent en pratique, et de façon automatique, à l'auteur de l'oeuvre. Donc, contrairement à certains autres droits de la propriété intellectuelle, comme le droit de faire reconnaître une invention par un brevet par exemple, l'existence du droit d'auteur ne nécessite pas d'enregistrement. L'auteur est le propriétaire initial des droits d'auteur portant sur son oeuvre.

Avant de se lancer dans une étude des droits exclusifs réservés à l'auteur et les exceptions prévues dans la loi, il serait opportun, dans un premier temps, de rappeler brièvement en quoi consiste la nature du droit d'auteur de façon générale. L'auteur Normand Tamaro définit le droit d'auteur à travers trois composantes :

(L'auteur) est titulaire de trois droits : un double droit de propriété portant sur une chose incorporelle formée du droit moral et du droit pécuniaire, c'est-à-dire le droit d'auteur au sens strict, et un droit de propriété ordinaire, celui dont il est question par exemple au Québec dans le Code civil et qui porte sur l'objet matériel qui fixe l'oeuvre pour la postérité. On dit que le droit moral est extra-patrimonial parce qu'il s'attache à la personne même de l'auteur; les deux autres sont patrimoniaux parce qu'ils engendrent un revenu d'ordre pécuniaire.□⁵

Ainsi, la conception du droit d'auteur se comprend d'abord par le support, la chose corporelle (un manuscrit ou un tableau) qui est l'objet d'un droit de propriété ordinaire réglementée par le Code civil. L'autre droit pécuniaire, l'attribut patrimonial conféré par le droit d'auteur, consiste dans le droit d'exploiter de façon monopolistique l'oeuvre dans ce qu'elle a d'incorporelle.⁶ Finalement, l'auteur a un droit moral dans son oeuvre en ce qu'il a droit de réclamer la paternité de celle-ci, c'est-à-dire que son nom y soit associé, et de s'objecter ou de restreindre certaines utilisations de son oeuvre si cette utilisation porte atteinte à son honneur ou à sa réputation dans les cas de déformation, mutilation ou de modification de l'oeuvre.⁷ Cette définition tripartite s'explique entre autre par l'origine du droit d'auteur au Canada. Avant que le Canada devienne membre de la Convention de Berne en 1928, le droit d'auteur était essentiellement perçu comme un droit de nature économique, un droit de

⁴Art. 13 de la Loi sur le droit d'auteur.

⁵N. Tamaro, *Le droit d'auteur. Fondements et principes* (Montréal, Les Presses de l'Université de Montréal, 1994), à la p.168. (ci-après *Tamaro*)

⁶Voir la partie 1.2 ci-bas.

⁷Art. 28.2 de la *Loi sur le droit d'auteur* : nature du droit à l'intégrité. (Intégré à la loi en 1985) Pour une application jurisprudentielle précurseur de cette disposition, voir *Snow v. Eaton Centre Ltd.* (1982), 70 C.P.R. (2d) 105 (H.C. d'Ontario). Dans cette affaire, un propriétaire de centre commercial avait violé les droits moraux d'un sculpteur en ajoutant des décorations de Noël à la sculpture en question, même s'il était propriétaire de la sculpture. Il a été décidé que la sculpture avait été modifiée de façon préjudiciable à l'honneur et à la réputation du créateur.

copie de l'auteur donnant à celui-ci le droit de produire ou de reproduire son oeuvre (le «copyright» au sens strict). Né en Angleterre d'un contexte purement économique avec l'avènement de la presse écrite, le droit d'auteur visait à assurer le paiement et l'exclusivité de l'auteur. Après cette date, le Canada a incorporé à sa tradition de «copyright» des éléments de droit d'auteur pris dans le sens du droit moral de l'auteur sur son oeuvre. C'est donc pourquoi nous connaissons aujourd'hui une définition du droit d'auteur qui, en fait, comprend plus qu'un droit.

2.2 Les droits de l'auteur prévus au paragraphe 3(1) de la loi

Les composantes générales de la nature du droit d'auteur tel que compris dans la loi ayant été établies, il nous est maintenant possible de passer à l'étude de son contenu; qu'est-ce que le droit d'auteur comporte? Le paragraphe 3(1) de la loi présente la plupart des droits exclusifs de l'auteur : «Le droit d'auteur sur l'oeuvre comporte le droit exclusif de *produire* ou *reproduire* la totalité ou une partie importante de l'oeuvre, sous une forme matérielle quelconque, d'en *exécuter* ou d'en *représenter* la totalité ou une partie importante en public et, si l'oeuvre n'est pas publiée, d'en *publier* la totalité ou une partie importante; (suit ensuite une liste de droits exclusifs)»

Ainsi, le législateur énonce l'idée que l'auteur est maître de son oeuvre. Un peu comme le concept du droit de propriété en droit civil, l'auteur jouit d'un certain pouvoir quant au destin de son droit. Ces droits fournissent à l'auteur un véritable monopole, autant négatif que positif. En effet, l'auteur a le droit de s'opposer et d'interdire à quiconque d'exercer un droit protégé par le paragraphe 3(1). Le revers de ce droit exclusif lui permet d'autoriser à un tiers, à sa discrétion, l'exercice d'un acte normalement protégé.

2.3 La violation du droit d'auteur prévue à l'article 27 de la loi

Cette idée de droit exclusif prend toute son importance au paragraphe 27(1) de la loi où l'on établit clairement dans quelles situations il y a violation du droit d'auteur. Le paragraphe 27 (1) se lit comme suit : «Constitue une violation du droit d'auteur l'accomplissement, sans le consentement du titulaire de ce droit, d'un acte qu'en vertu de la présente loi seul ce titulaire a la faculté d'accomplir».

Une violation peut donc résulter d'une multitude d'actes illégaux relatifs aux actes exclusivement réservés à l'auteur au paragraphe 3(1) vu précédemment. Ainsi, une violation du droit d'auteur peut tirer sa source d'une reproduction, d'une représentation ou d'une publication non autorisée par

exemple. Quiconque s'adonne à ce type d'activités sans autorisation préalable de l'auteur commet un acte de contrefaçon ; il y a atteinte à un droit protégé.

De par la nature «intangibles» du droit d'auteur, l'érection de mécanismes juridiques pour assurer sa protection est facilement compréhensible. Le droit d'auteur est devenu au fil des décennies un droit susceptible d'une grande protection, quoique de façon un peu différente du droit de propriété qu'un titulaire exerce sur un meuble ou un immeuble. De l'opinion de plusieurs auteurs ayant étudié l'évolution du droit d'auteur, celui-ci tire davantage sa source d'un droit naturel. Expriment clairement cette idée, Lord Willes écrivait en 1769 : □It is certainly not agreeable to natural justice, that a stranger should reap the beneficial pecuniary produce of another man's work.□⁸

3. Exception au principe de droit exclusif de l'auteur sur son oeuvre en droit canadien: l'utilisation équitable

3.1 Définition sommaire du principe de l'utilisation équitable

Comme nous venons d'en faire état dans la partie précédente, l'auteur d'une oeuvre profite de certains droits qui lui sont exclusivement réservés de par son statut d'auteur. Toutefois, la loi sur le droit d'auteur nous enseigne que certaines exceptions viennent «limiter» la portée de ces droits exclusifs. Ces exceptions prévues par la loi partagent une exigence commune : *l'utilisation équitable* de l'oeuvre protégée. Il faut bien comprendre que cette limite ne réside pas dans le fait que l'auteur est restreint quant au plein exercice de ses droits exclusifs compris à l'art. 3(1) de la loi. Au contraire, l'exception de l'utilisation équitable doit être comprise dans le sens de la *défense* qu'elle procure à la personne qui aurait violé le droit réservé à un auteur. L'exception de l'utilisation équitable sert donc de défense à celui qui est d'abord reconnu d'avoir violé un droit d'auteur par l'accomplissement d'un acte réservé à ce dernier.⁹

Ainsi, en vertu des exceptions relativement récentes prévues dans la loi aux art.

⁸*Loi annotée, supra* note 2 à la p.348.

⁹Alors que règle générale il est nécessaire que l'auteur démontre qu'il y a eu violation de son droit avant que le défendeur puisse se prévaloir de la défense de l'utilisation équitable, il n'en est pas toujours ainsi. En effet, l'auteur Catherine Ng écrit : «As with its American counter-part, the Canadian fair dealing provision is a defence to copyright infringement. The copyright owner has the onus of making out a *prima facie* case of copyright infringement by demonstrating unauthorized substantial use of the copyright work by the user before a fair dealing defence needs to be raised by the user. However, as in the early American fair use cases, the fair dealing cases in Canada do not always establish *prima facie* infringement from substantial use before considering the application of fair dealing». □ C. Ng, □«When Imitation Is Not the Sincerest Form of Flattery - Fair Dealing and Fair Use for the Purpose of Criticism in Canada and the United States□» (1998) 12 *I. P. J.* 183 aux pp.202-203. (ci-après Ng)

29, 29.1 et 29.2, quiconque peut faire une utilisation équitable d'une oeuvre lorsque les fins poursuivies visent une étude privée, une recherche, une critique, un compte rendu ou des communications de nouvelles.¹⁰ Cependant, plusieurs auteurs s'étant penchés sur le sujet s'entendent pour dire que l'utilisation équitable est une notion plutôt floue et encore aujourd'hui difficile à cerner. Bien que nous tenterons ultérieurement d'éclaircir cette ambiguïté et de poser les bases de l'application de l'exception de l'utilisation équitable, il est important de comprendre préalablement la portée de la notion de façon sommaire.

En vertu des principes généraux du droit d'auteur, n'importe qui est libre de reprendre sans autorisation une *partie non importante* d'une oeuvre. Cela ne constitue pas une violation du droit d'auteur, il s'agit d'une activité acceptée et légitime. En effet, à l'art. 3 de la *Loi sur le droit d'auteur*, disposition à laquelle sont prévus les droits exclusifs de l'auteur sur son oeuvre, il est mentionné que □(l)e droit d'auteur sur l'oeuvre comporte le droit exclusif de produire ou reproduire *la totalité ou une partie importante de l'oeuvre* (...). □ À contrario, un auteur subséquent peut faire une utilisation d'une partie non importante d'une oeuvre, cela ne faisant pas l'objet de la protection prévue par la loi. Donc, dans le cas d'un emprunt d'une partie non importante d'une oeuvre, il n'y a pas de nécessité de recourir à l'exception de l'utilisation équitable. Le but du législateur à travers l'exception de l'utilisation équitable est donc de rendre légitime *l'emprunt sans autorisation d'une partie importante d'une oeuvre*, sachant qu'une telle activité entrerait directement en contradiction avec les droits exclusifs de l'auteur si les éléments constitutifs de l'exception ne sont pas respectés. Ainsi, l'utilisateur d'une partie importante d'une oeuvre pourra bénéficier du régime de l'exception, et par le fait même passer outre à une violation du droit d'auteur, s'il satisfait les conditions de l'utilisation équitable **et** si son activité correspond à l'une de celles citées aux articles 29 à 29.2 de la loi.

3.2 Évolution du principe de l'utilisation équitable et sa raison d'être

3.2.1 Le principe de l'utilisation équitable : d'hier à aujourd'hui

La première législation canadienne sur le droit d'auteur et l'exception de l'utilisation équitable ne sont pas nées de la même époque; la législation ayant fait son apparition bien avant l'exception. En effet, (t)ant au Canada qu'aux États-Unis, la législation en matière de droits d'auteur remonte à la Loi de la Reine Anne (loi anglaise de 1710), qui a transformé l'industrie de l'imprimerie d'un monopole visant la censure des oeuvres publiées à une industrie faisant la promotion de l'apprentissage par un mécanisme de coûts. L'utilisation équitable et la théorie du □fair use□ étaient à l'origine des exceptions jurisprudentielles à

¹⁰Nous verrons un peu plus loin chacune de ces exceptions de façon individuelle.

ce mécanisme; elles sont maintenant enchâssées dans la législation sur le droit d'auteur de ces deux territoires.¹¹

Le Canada est demeuré dans la même trajectoire que l'Angleterre jusqu'en 1868 quand il a passé sa première *Loi sur le droit d'auteur*.¹² Cependant, la défense de l'utilisation équitable au niveau statutaire n'a vu le jour dans les pays du Commonwealth qu'en 1911 lors de l'adoption de la loi anglaise sur le droit d'auteur, loi de laquelle découle la présente loi canadienne. Avant cette date charnière, l'on donnait une interprétation différente au principe de l'utilisation équitable que nous connaissons aujourd'hui. Premièrement, le terme utilisé n'était pas celui de l'utilisation équitable (□fair dealing□), mais plutôt celui de l'usage équitable (□fair use□). Ce n'est que plus tard que le Canada s'est doté de sa propre définition du □fair use□ en lui attribuant une terminologie différente, soit le □fair dealing□, traduit par □utilisation équitable□ en français.¹³ De plus, sous le régime du Commonwealth, et contrairement au principe que nous venons d'énoncer dans la partie précédente, le principe du □fair use□ était que si la reproduction était peu importante, l'emploi était équitable. Les tribunaux avaient élaboré le principe de □fair use□ fondé sur la common law, et dont la portée était plus générale que celle de la notion juridique qui lui a succédé. À cette époque, on n'établissait pas la distinction entre d'une part l'usage et l'utilisation équitable et, d'autre part, la reproduction d'une partie peu importante d'une oeuvre. En d'autres termes, les tribunaux confondaient deux étapes distinctes de l'analyse de l'importance de l'emprunt (l'usage équitable et la reproduction d'une partie non importante de l'oeuvre), la deuxième ne constituant aujourd'hui ni une violation du droit d'auteur, ni une situation où le recours à l'utilisation équitable est nécessaire ou possible. La décision de référence pour illustrer cette ancienne application de l'exception du □fair use□ est sans aucun doute celle de la Chambre des Lords en 1878 dans l'affaire *Chatterton v. Cave*. Lord O'Hagan écrivait: □Si la quantité empruntée n'est ni substantielle ni importante, si, comme l'ont affirmé certains juges, un usage équitable est fait de la publication, aucun tort n'a été fait et aucune action ne peut être prise.□ (traduction)¹⁴ Suite à l'adoption des dispositions relatives à l'utilisation équitable dans la loi de 1911 de l'Angleterre et dans celle du Canada de 1921 (la disposition sur l'utilisation équitable se trouvait à l'alinéa 17a) de la loi), les tribunaux ont cessé d'établir un lien d'identité entre l'usage

¹¹Ng, *supra* note 9 à la p.183.

¹²31 Vict., c.54.

¹³Nous verrons un peu plus loin que ce n'est pas seulement l'appellation différente des principes qui les distingue, mais aussi le fond, l'interprétation et l'application de ces deux principes différent substantiellement.

¹⁴(1878) 3 App. Cases 483 (H.L.), par Lord O'Hagan, tel que cité dans B.Torno, *La révision de la Loi sur le droit d'auteur et la nécessité de clarifier la notion d'utilisation équitable* (Ottawa, Consommation et Corporations Canada, 1981), à la p.12. (ci-après *Torno*)

équitable et la reproduction d'une partie non importante de l'oeuvre.¹⁵

En 1988, lors d'une révision de la *Loi sur le droit d'auteur*, l'alinéa 17a) a été renuméroté pour devenir le paragraphe 27(2), sans changement important au niveau de son contenu. Cependant, une modification importante est survenue en 1993; pour se prévaloir de la défense de l'utilisation équitable dans les situations de critiques, de comptes rendu ou de résumés de journaux, il faut désormais donner la source et le nom de l'auteur. Une des motivations principales pour le législateur d'apporter cette modification était que l'exigence de la reconnaissance de l'auteur se retrouvait également au paragraphe 10(3) de la Convention de Berne. C'est en 1997 qu'est entrée en vigueur la dernière version des dispositions concernant l'utilisation équitable, dispositions que nous connaissons aujourd'hui et que nous allons voir en détail un peu plus loin.

3.2.2 Le principe de l'utilisation équitable : sa raison d'être

Avant de se pencher sur chacune des composantes de la loi visées par le principe de l'utilisation équitable et de tirer une conclusion quant à leur application en droit canadien, il serait opportun de s'interroger quant à la raison d'être, quant au pourquoi du principe. Quelle valeur, quel objectif la Loi sur le droit d'auteur sous-tend-elle? De prime abord, il est vrai de dire que la loi sur le droit d'auteur vise premièrement et essentiellement à protéger les droits du premier créateur. Cependant, si la loi ne visait que cet objectif et se voulait la gardienne des droits exclusifs de l'auteur, n'y aurait-il pas là un débalancement démesuré entre l'auteur et le reste de la □population créatrice□ en faveur de ce premier? Il faut répondre par l'affirmative à cette question. En effet, si une telle exception n'existait pas dans la loi, cela aurait pour effet de freiner outrageusement l'élan créateur de d'autres auteurs. Soit qu'ils ne pourraient tout simplement pas utiliser une partie d'une oeuvre protégée, soit qu'ils se verraient obligés de s'engager dans un long processus d'autorisation de l'auteur pour l'utilisation d'une partie de son oeuvre. Voilà donc en quoi la raison d'être du principe de l'utilisation équitable trouve sa source, assurant une meilleure distribution des intérêts des parties. Partant de ce constat, la loi sur le droit d'auteur protège donc deux valeurs compétitives. En effet, la loi part de la notion que si elle doit encourager et récompenser le travail créateur, elle doit également permettre au public d'accéder largement à la littérature, la musique et les autres arts. À ce sujet, l'auteur Hebert écrit :

In Canada, there are believed to be two traditional conceptual views on the nature of copyright. The first holds that creators have a natural property right in their works which entitles them as of right to the fullest copyright protection. The second view holds

¹⁵*Hawkes & Son (London) Limited c. Paramount Film Service Limited*, (1934) 1 Ch. 593.

that copyright is no more than a state-created privilege granted to creators in the public interest in order to encourage the production and dissemination of intellectual works.¹⁶

La question qu'il faut maintenant se poser est : doit-on donner à ces deux objectifs du droit d'auteur une importance de valeur égale, ou nécessairement un objectif doit primer sur l'autre pour un fonctionnement efficace de la loi? Cette question demeure malheureusement à ce jour sans réponse claire. Chacun se fait sa propre idée de l'objectif principal dans la mire de la notion du droit d'auteur, mais aucune ligne directrice satisfaisante ne guide le système judiciaire canadien. Peut-être même devrions-nous y voir ici une explication au caractère ambigu du principe de l'utilisation équitable. Bien que nous n'en sommes ici qu'à l'étape préliminaire de l'étude de ce principe, il nous est tout de même possible d'affirmer que la caractérisation que l'on fait de l'objectif du droit d'auteur, soit la récompense individuelle de l'auteur pour son travail ou la promotion collective de la créativité, aura un impact majeur sur l'interprétation des différentes composantes de la loi. Comme nous le verrons un peu plus loin, la première école de pensée aura un effet restrictif sur la portée de l'exception de l'utilisation équitable, voulant protéger le travail d'un auteur en particulier. D'un autre côté, la deuxième caractérisation aura pour effet d'élargir l'interprétation du principe en adoptant une attitude plus permissive au profit de la créativité. Contrairement à des pays comme les États-Unis par exemple, le Canada semble encore adopter aujourd'hui la première école de pensée. Est-ce à tort? Nous reviendrons un peu plus loin sur cette interprétation, mais notons pour le moment que celle-ci aura des répercussions sur la portée du principe de l'utilisation équitable.

3.3 Les situations où l'exception de l'utilisation équitable s'applique

Comme nous l'avons mentionné un peu plus haut, la défense de l'utilisation équitable s'applique dans les situations prévues par la loi seulement, c'est-à-dire que les articles 29 à 29.2 fournissent une liste exhaustive de situations où l'exception peut être applicable. Alors, pour pouvoir soulever la défense, celui qui veut s'en prévaloir doit le faire dans l'une des trois situations suivante : étude privée ou recherche, critique et compte rendu, communications de nouvelles. Envisageons-les une par une dans le but de déterminer l'interprétation et l'application que les tribunaux et les auteurs canadiens en ont fait.

3.3.1 Étude privée ou recherche : article 29

¹⁶M. Hebert, *Copyright Act Reform* (Ottawa, Library of Parliament, Research Branch, Law and Government Division, 1982), aux pages 2-3, tel que cité dans *Ng, supra* note 9 à la p. 189.

Nous pouvons lire à l'article 29 de la loi :

L'utilisation équitable d'une oeuvre ou de tout autre objet du droit d'auteur aux fins d'étude privée ou de recherche ne constitue pas une violation du droit d'auteur. □

À titre d'information préliminaire, mentionnons que n'importe qui peut faire une utilisation équitable d'une oeuvre lorsque les fins poursuivies visent une étude privée ou une recherche. Sur l'aspect des acteurs juridiques concernés par cette disposition, la loi est donc assez permissive. Ainsi, selon l'auteur Normand Tamaro, l'exception devrait s'étendre à tout type d'étude privée ou à tout type de recherche, peu importe la personne qui les mène ou encore l'endroit où elles sont menées. Bien que cette disposition soit exprimée en des termes clairs et non équivoques, il reste qu'elle peut être difficile d'interprétation pour le simple lecteur, comme pour le juriste. De plus, l'exception de l'utilisation équitable dans le cas d'une étude privée ou d'une recherche n'a pas fait l'objet de beaucoup de décisions au Québec ou au Canada. Il faut donc s'en remettre aux commentaires formulés par les auteurs.

La loi permet d'utiliser de façon équitable des extraits d'une oeuvre sur laquelle le chercheur ou le rédacteur ne possède pas de droit d'auteur. Cependant, dans un sens strict, la loi ne permet pas la publication de ces extraits avec les résultats de l'étude privée ou de la recherche, elle permet seulement une utilisation équitable de ces extraits. Par exemple, un chercheur pourrait photocopier des informations (parties d'une oeuvre) ou les retranscrire sur des fiches pour servir les fins de sa recherche. Par contre, il ne serait pas autorisé à reproduire intégralement ses fiches ou ses photocopies en publiant le résultat final de la recherche en question. Cela ne constituerait pas une utilisation dite équitable permise par la loi. Rappelons que cette exception ne s'applique pas dans le cas où une partie non importante d'une oeuvre est utilisée car celle-ci peut faire l'objet du résultat final de la recherche.

Dans le même sens, une cour de l'Ontario a, en 1997, établi que : □ne peuvent invoquer l'exception d'étude privée le professeur et l'université qui distribuent aux étudiants une oeuvre complète incorporée dans un recueil de notes. En l'occurrence, l'exception d'utilisation équitable ne peut être invoquée puisque la reproduction de l'oeuvre dans le recueil de notes constitue dans les faits une appropriation du travail de son auteur. □¹⁷

¹⁷*Boudreau c. Lin* (1997), 150 D.L.R. (4th) 324 (C. d'Ontario - div. gén.). Dans cette affaire, un professeur avait publié dans un recueil destiné à l'usage des étudiants un travail rédigé par un étudiant. Le nom de ce dernier avait été supprimé. La cour a reconnu que cette pratique ne correspondait pas à une utilisation équitable dans le cadre d'une étude privée ou d'une recherche.

3.3.2 Critique et compte rendu : article 29.1

À son article 29.1, la *Loi sur le droit d'auteur* stipule que:

L'utilisation équitable d'une oeuvre ou de tout autre objet du droit d'auteur aux fins de critique ou de compte rendu ne constitue pas une violation du droit d'auteur à la condition que soient mentionnés:

- a) d'une part, la source;
- b) d'autre part, si ces renseignements figurent dans la source :
 - (i) dans le cas d'une oeuvre, le nom de l'auteur,
 - (ii) dans le cas d'une prestation, le nom de l'artiste-interprète,
 - (iii) dans le cas d'un enregistrement sonore, le nom du producteur,
 - (iv) dans le cas d'un signal de communication, le nom du radiodiffuseur. □

Mentionnons dans un premier temps que le texte de cette exception a été modifié en 1993 par l'ajout de l'obligation de mentionner la source de l'emprunt et le nom de l'auteur.¹⁸ Avec un tel ajout, le législateur a apporté une autre dimension à la disposition; le droit moral de l'auteur. Ainsi, la présente exception en est une reliée au droit d'auteur tout en prenant en considération le droit moral de ce dernier.¹⁹ C'est ainsi dire que le lecteur de la critique ou du compte rendu établira une distinction entre cette oeuvre et l'oeuvre de l'auteur initial objet de la critique ou du compte rendu. De cette façon, le caractère personnel associé à l'oeuvre de l'auteur initial sera respecté évitant ainsi un risque d'atteinte à l'honneur ou la réputation de ce dernier résultant de la critique ou du compte rendu. Cependant, il ne faut pas croire que le simple fait de fournir la source et le nom de l'auteur suffit à faire disparaître la contrefaçon. Bien que cela puisse servir à démontrer la bonne foi de l'utilisateur, il y aura contrefaçon si l'utilisation n'est pas faite de manière équitable.

Il est important de comprendre ici que la loi n'autorise pas en exception un droit de critique ou de compte rendu. Si tel était le cas, toutes les formes de critique ou de compte rendu seraient acceptées comme étant des exceptions au droit d'auteur et la notion d'utilisation équitable perdrait toute sa signification. De

¹⁸*Loi annotée, supra* note 2 à la p.409.

¹⁹Voici une définition sommaire du □droit moral□ selon l'auteur Tamaro: «Le droit moral de l'auteur est une institution par laquelle le législateur prévoit qu'un auteur peut exiger que son oeuvre soit diffusée en tenant compte de certains droits de *nature personnelle*. En vertu du droit moral, le cessionnaire des droits sur une oeuvre se voit imposer des limites quant à l'utilisation qu'il peut faire de l'oeuvre. Ces limites tiennent compte de l'*honneur* et de la *réputation* de l'auteur de l'oeuvre» □ *Tamaro, supra* note 5 à la p.174.

toute évidence, ce n'est pas ce que le législateur a voulu créer comme exception. La loi érige plutôt en exception l'utilisation équitable à des fins de critique ou de compte rendu.

La parodie ; position du Canada et droit comparatif avec le droit américain

De façon très incidente au sujet principal qui nous intéresse, nous introduisons ici une section sur la parodie car, selon la Loi américaine sur le droit d'auteur, la parodie peut être considérée comme une forme de critique.²⁰ Qu'en est-il de la loi canadienne? Elle génère une situation différente de celle observée aux États-Unis. En effet, la parodie a toujours été considérée au Canada comme une violation du droit d'auteur en tant que reproduction d'une partie importante de l'oeuvre parodiée. Une des raisons pour lesquelles le concept de parodie n'a pas été importé au Canada est que, contrairement au Canada, les exceptions au droit d'auteur aux États-Unis sont énoncées d'une manière non exhaustive. Alors que les articles 29 à 29.2 de la Loi canadienne sur le droit d'auteur fournissent les seules situations où l'utilisation équitable peut être soulevée, la législation américaine ne porte pas ce caractère exhaustif, donc est moins restrictive. Par conséquent, les tribunaux canadiens refusent de donner une portée trop générale à la définition du mot «critique» utilisé à l'article 29.1.

Sur le sujet de la parodie, le juge Teitelbaum dans l'affaire *Cie générale des établissements Michelin-Michelin & Cie c. CAW-Canada* est très explicite :

Le droit de critique littéraire comprend le droit de citation des passages de l'oeuvre critiquée, et le nombre ou l'importance des citations ne modifie pas le caractère de publication, si celles-ci ne servent qu'à concourir à la démonstration de la critique entreprise. Dans la jurisprudence canadienne et celle du Commonwealth, la parodie n'a jamais été regardée comme une critique, bien que le terme critique n'y soit pas limité à la «critique littéraire». (...) Je ne peux me résoudre à donner au mot «critique» une interprétation large au point d'y inclure la parodie. Je me trouverais à créer de la sorte une nouvelle exception à la violation du droit d'auteur, démarche qui relève de la compétence exclusive du législateur.²¹

Donc, le moins que l'on puisse dire est que la parodie est un sujet des plus problématique dans le domaine des droits d'auteur. Alors que des pays comme la France et la Belgique prévoient des exceptions législatives où la parodie n'est pas considérée comme une violation du droit d'auteur²², le Canada n'en est

²⁰*Campbell c. Acuff-Rose Music Inc.*, 114 S. Ct. 1164 (1994). (ci-après *Campbell*)

²¹ (1997) 2 C.F. 306 aux pp. 350-351. (ci-après *Michelin*)

²²Loi du juillet 1992 relative au code de la propriété intellectuelle. Article 112-5, n°4.

Loi du 30 juin 1994 relative au droit d'auteur et aux droits voisins. Article 22, n°6. Tel que cité par M. Spence, «Intellectual Property and the Problem of Parody» (1998), 114 L. Q. Rev. 594 à la

pas rendu à un tel niveau, refusant toujours de céder le pas devant un mécanisme même moins permissif, comme celui des États-Unis par exemple. Il y a que le sujet de la parodie fait face à des obstacles majeurs dans le régime canadien sur le droit d'auteur. Un des obstacles est sûrement la difficulté de conciliation de la parodie avec le paragraphe 3(1) de la loi. Comme nous l'avons vu un peu plus haut, cette disposition confère entre autre à l'auteur le droit exclusif de produire ou reproduire *la totalité ou une partie importante de l'oeuvre*. Or, dans la majorité des cas, l'auteur d'une parodie fera une utilisation substantielle de l'oeuvre protégée. De par sa définition²³, une parodie est souvent le résultat d'un emprunt important pour satisfaire au standard de l'imitation.

Un autre obstacle qui s'oppose à la reconnaissance de la parodie comme exception à la violation du droit d'auteur en droit canadien est la protection des droits moraux. En effet, et comme nous l'avons déjà mentionné, en vertu des paragraphes 14.1(1) et 28.2(1) de la loi, l'auteur a droit à l'intégrité de son oeuvre et ce droit est violé si l'oeuvre est déformée, mutilée ou autrement modifiée d'une manière préjudiciable à l'honneur ou à la réputation de l'auteur. Or, il serait assez difficile de concilier cette exigence avec la notion de la parodie. Son caractère burlesque attaquant de façon directe l'intégrité de l'oeuvre, celle-ci est hautement susceptible d'être déformée ou mutilée. Visiblement, la défense de l'utilisation équitable ne pourrait pas être applicable dans le contexte de la loi actuelle, car celle-ci est limitée aux cas de violation de droits d'auteur (droits de nature économique) et non pas aux cas de violation des droits moraux de l'auteur.

Certains arguments plus ou moins convaincants ont été soulevés dans d'autres juridictions de façon à admettre la parodie en exception à la violation du droit d'auteur. Dans son étude sur le sujet, l'auteur anglais Michael Spence²⁴ formule quelques arguments, comme : faire de la parodie une exception autonome comme en France et en Belgique, accepter la parodie pour favoriser le transfert des idées et le développement de la créativité, voir la parodie comme une oeuvre nouvelle née d'une création indépendante de l'oeuvre protégée, et protéger la parodie comme un exercice de la liberté d'expression. Pour le moment, la situation du Canada reste stagnante; il est clair que la parodie n'est pas une forme de critique acceptée en droit canadien et il serait donc impossible de soulever cette défense en vertu de l'article 29.1 de la loi.

3.3.3 Communication de nouvelles : article 29.2

p.601. (ci-après *Spence*)

²³*Imitation* burlesque d'une oeuvre littéraire ou artistique.

²⁴*Spence, supra* note 22.

Nous pouvons lire à l'art. 29.2 de la loi que :

L'utilisation équitable d'une oeuvre ou de tout autre objet du droit d'auteur pour la communication des nouvelles ne constitue pas une violation du droit d'auteur à la condition que soient mentionnés:

- a) d'une part, la source;
- b) d'autre part, si ces renseignements figurent dans la source :
 - (i) dans le cas d'une oeuvre, le nom de l'auteur,
 - (ii) dans le cas d'une prestation, le nom de l'artiste-interprète,
 - (iii) dans le cas d'un enregistrement sonore, le nom du producteur,
 - (iv) dans le cas d'un signal de communication, le nom du radiodiffuseur.

De façon générale, cette disposition fait moins l'objet d'un point de critique dans la doctrine et la jurisprudence. Nous pouvons certainement expliquer cela par son caractère nouveau dans la loi, et aussi du fait que son texte parle davantage de lui-même. En effet, contrairement à ce que nous avons vu dans le cas de l'article précédent, soit celui concernant la critique et le compte rendu, l'objet visé par l'art. 29.2 est plus distinct et non équivoque. Alors que la définition de critique (pensons à la parodie) et de compte rendu (pensons à un résumé) est plus susceptible de controverse, la définition de communication de nouvelles est plutôt claire, du moins son application semble assez restreinte.

Malgré la quasi-absence de développement sur ce qui est aujourd'hui l'article 29.2 de la loi, une décision importante rendue en 1997 à la cour de division de l'Ontario doit attirer notre attention. Il s'agit de la décision *Allen v. Toronto Star Newspaper Ltd.*²⁵ Dans cette affaire, le demandeur, un photographe indépendant engagé par le magazine □Saturday Night□, avait pris des photos de Madame Sheila Copps chevauchant une motocyclette, une d'entre elles ayant fait la page couverture du numéro de novembre 1985. Cinq ans plus tard, le défendeur □Toronto Star□, un journal quotidien, a publié un article sur Madame Copps à côté duquel figurait la page couverture en question. Le défendeur avait argumenté comme moyen de défense que l'utilisation de la page couverture était équitable en vertu de la loi.²⁶ En première instance, on décida que : □publishing the *whole* photograph even in its *Saturday Night* magazine form does not fit the fair dealing defence.□²⁷ Cette décision avait

²⁵(1997), 36 O.R. (3d) 201 (C. d'Ontario - div. gén.). (ci-après *Allen*)

²⁶Précisons qu'au moment où l'action a été intentée, c'est l'alinéa 27(2)a) de la Loi qui était en vigueur et aucune mention de la source ou du nom de l'auteur n'était exigée.

²⁷R. Howell et al., *Intellectual Property Law; Cases and Materials* (Toronto, Edmond Montgomery Publications Limited, 1999), à la p.368. (ci-après *Howell*)

été rendue en conformité avec le principe établi il y a plus de cinquante ans dans *Zamacois v. Douville and Marchand*²⁸, décision dans laquelle le juge Angers avait décidé que la reproduction d'une oeuvre dans son entièreté écartait la défense de l'utilisation équitable la rendant impossible. Rejetant cette dernière interprétation, le juge Sedgwick rendit la décision qu'il y avait eu une utilisation équitable de la page couverture du magazine □Saturday Night□ en fournissant les raisons suivantes :

The cover was not reproduced in colour as was the original. The cover was reproduced in reduced form. The news story and accompanying photos received no special prominence in the newspaper. They appeared on an inside page of an inside section. These factors are indications that the purpose of its reproduction of the cover was to aid in the presentation of a news story and not to gain an unfair commercial or competitive advantage over Allen or *Saturday Night*.²⁹

Cette décision, rejetant un principe longtemps appliqué au profit de critères plus libéraux comme la question de l'impression des juges³⁰, fait preuve d'une plus grande flexibilité dans l'interprétation de l'exception de l'utilisation équitable.³¹ Peut-être même aurons nous l'occasion d'assister à un courant d'assouplissement des critères d'évaluation de l'exception au cours des prochaines décennies.

3.4 L'interprétation de l'exception de l'utilisation équitable prévue aux articles 29 à 29.2

²⁸(1943), 2 CPR 270, (1943) 2 DLR 257. (ci-après *Zamacois*)

²⁹*Howell, supra* note 27 à la p. 368.

³⁰Dans la prochaine section sur l'interprétation de l'exception de l'utilisation équitable prévue aux art. 29 à 29.2 de la loi, nous verrons comment la décision *Hubbard c. Vosper* ((1971) 1 All E. R. 1023 (ci-après *Hubbard*)) a traité la défense de l'utilisation équitable sous le paragraphe 6(2) du □*Copyright Act*□ du Royaume-Uni. Lord Denning présente la notion de l'utilisation équitable comme impossible à définir, mais son interprétation est une question de *degré* et d'*impression*.

³¹La décision *Allen, supra* note 25, est un exemple marquant qu'il n'y a pas que le critère de la *quantité* qui doit être pris en considération. Sinon, il ne s'agirait que d'établir une certaine proportion à partir de laquelle l'utilisation est considérée comme non équitable, et cela pourrait mener à des conclusions déraisonnables. Les tribunaux ont depuis longtemps rejeté cette façon de procéder. En effet, ceux-ci prennent également en considération la *qualité* de l'utilisation, ce qui rend l'analyse plus équitable. À titre d'exemple, dans *Breen c. Hancock House Publishers Ltd.* (1985), 6 C.P.R. (3d) 433 (C.F.), la cour a retenu que «even though the proportion of the taking was quantitatively small, the quality of the taking constituted an appropriation of the skill and time and talent of the copyright owner and therefore was more than fair dealing». □ Nous assistons à une évolution des critères utilisés dans l'analyse de la défense de l'utilisation équitable car dans *Allen*, la cour va encore plus loin que les critères de qualité et de quantité en se basant sur un critère d'*impression* beaucoup plus général au niveau de son application.

Après avoir examiné brièvement les trois situations où l'exception d'utilisation équitable pouvait être soulevée, il serait maintenant opportun de se pencher sur son interprétation ainsi que son application jurisprudentielle et doctrinale. Bien que nous sachions maintenant dans quelles situations elle est susceptible d'application, comment déterminer dans quels cas l'utilisation en question sera équitable en vertu de la loi? En d'autres termes, qu'est-ce que le législateur entend par *utilisation équitable*? Comme nous l'avons mentionné un peu plus tôt, il n'y a malheureusement pas de réponse claire et précise à cette interrogation. Le législateur est demeuré silencieux sur le sujet tant aux articles 29 à 29.2 de la loi qu'à l'article 2 où nous retrouvons des définitions s'appliquant à la loi. C'est pourquoi il faut s'en remettre à la jurisprudence et à la doctrine pour donner un sens au principe de l'utilisation équitable et lui donner une interprétation exacte.

3.4.1 Détermination préalable d'une violation du droit d'auteur

Comme nous l'avons vu un peu plus haut, le tribunal devra, dans un premier temps, déterminer s'il y a effectivement eu une violation du droit d'auteur. S'il est d'avis qu'il n'y a pas eu de telle violation, il n'y aura pas lieu de soulever la défense de l'utilisation équitable et ce sera, règle générale, la fin du litige. Pour ce faire, le tribunal saisi de l'action en violation du droit d'auteur devra donc se pencher sur la question dite de la *substantialité*. En d'autres termes, il devra juger si l'emprunt que le défendeur a fait de l'oeuvre de l'auteur original est assez substantiel pour constituer une violation du droit d'auteur.

La question de la substantialité est apparue pour la première fois dans la décision *Zamacois*.³² Cependant, comme nous l'avons déjà soulevé à la partie 3.2, les tribunaux avaient à cette époque tendance à confondre cette première étape de l'analyse relative à l'importance de l'emprunt (l'emprunt est-il suffisamment important pour qu'on le considère comme une violation?) avec la deuxième étape (si l'emprunt est suffisamment important pour considérer une violation, est-il assez important par rapport à l'ensemble de l'oeuvre protégée pour constituer ou non une utilisation équitable?)³³ L'auteur Ng nous fait remarquer que ce n'est que quelques cinquante ans plus tard, dans l'affaire *Michelin*³⁴, qu'une cour a explicitement divisé sa décision en deux étapes, soit la détermination de la violation et la détermination de l'utilisation équitable, et a refusé de se pencher sur la question de la défense de l'utilisation équitable avant que la violation ait été reconnue, rendant ainsi nécessaire la défense en question.

³²*Zamacois*, supra note 28.

³³*Torno*, supra note 13 à la p.14.

³⁴*Michelin*, supra note 21.

3.4.2 Analyse de la défense/exception de l'utilisation équitable

Une fois qu'il est reconnu qu'il y a effectivement eu une violation du droit d'auteur, la deuxième étape de l'analyse consiste à déterminer si l'utilisation de l'oeuvre en question a été faite de façon équitable.

En 1996, la Cour fédérale a conclu que l'utilisation est équitable si, dans les cas prévus, celui qui prétend profiter de l'exception utilise l'oeuvre selon les exigences de la *bonne foi*.³⁵ C'est ainsi que le juge Teitelbaum dans *Michelin* exprime son opinion sur l'interprétation de l'utilisation équitable:

Le terme «utilisation équitable» n'est pas défini dans la Loi sur le droit d'auteur, mais j'accepte l'argument de la demanderesse que l'utilisation de l'oeuvre protégée doit être dans l'ensemble «équitable» ou *traiter de celle-ci de bonne foi*. Dans le dictionnaire Collins, le mot «équitable» est défini comme suit : (TRADUCTION) «exempt de discrimination, de malhonnêteté, etc., juste; impartial». Les deux éléments secondaires, savoir la mention de la source et le traitement équitable, sont liés puisque la condition selon laquelle le critique doit mentionner la source et le nom de l'auteur représente en quelque sorte une attestation de l'utilisation équitable. La question de savoir si l'original a été traité de bonne foi est une *question de degré et d'impression qui dépend de la qualité et de la quantité des passages de l'oeuvre originale reproduits*. Une fois de plus, comme lorsqu'il s'est agi de déterminer s'il y a eu reproduction d'une partie importante, *c'est une question d'impression*.³⁶

De toute évidence, cette définition de l'utilisation équitable tire sa source d'une décision anglaise de 1972 dans laquelle Lord Denning s'exprimait en ces termes :

It is impossible to define what is «fair dealing». It must be a *question of degree*. You must consider first the number and extent of the quotations and extracts. Are they altogether too many and too long to be fair? Then you must consider the use made of them. If they are used to convey the same information as the author, for a rival purpose, that may be unfair. Next, you must consider the proportions. To take long extracts and attach short comments may be unfair. But, short extracts and long comments may be fair. Other considerations may come to mind also. But, after all is said and done, it must be a *matter of impression*.³⁷

³⁵Loi annotée, *supra* note 2 à la p.414.

³⁶*Michelin*, *supra* note 21 à la p. 357.

³⁷*Hubbard*, *supra* note 30 à la p. 94.

Nous constatons donc que même les exemples de jurisprudence les plus souvent cités et utilisés ne fournissent pas une réponse exacte ni un test précis à appliquer. Ce qu'on nous apprend c'est qu'il revient au juge de déterminer, en fonction de critères de degré et d'impression, s'il y a eu utilisation équitable compte tenu de la quantité et de la qualité des passages utilisés. Chaque cas sera donc traité comme un cas d'espèce et le résultat variera en fonction de la situation à l'étude, selon l'interprétation du tribunal. En adoptant une telle approche, le législateur a voulu éviter la difficile tâche d'en arriver à une définition qui serait susceptible d'être trop rigide pour l'appliquer à la multitude de scénarios possibles, ou trop conciliante pour être efficace. Inévitablement, un tel type de définition de l'utilisation équitable nous laisse comprendre qu'il y aura souvent des situations dites de «zone grise» où la réponse ne sera pas clairement identifiable.

Contrairement à la législation américaine et comme nous le verrons en détail un peu plus loin, la Loi canadienne sur le droit d'auteur ne fournit pas une liste de critères à considérer aux fins de l'analyse de l'exception de l'utilisation équitable. Par contre, étant donné le nombre limité de décisions canadiennes sur le sujet et compte tenu de la similarité d'intérêts avec ceux des Américains, le système d'analyse américain peut servir de guide utile en terrain canadien.³⁸ Bien que les critères d'analyse du «fair use» décrits dans la loi américaine ne trouvent pas une application identique et sans variation dans les décisions canadiennes, ils sont tout de même reconnus par plusieurs auteurs canadiens comme un guide de référence. C'est pour cette raison que nous allons, dans un premier temps, étudier ces critères compris dans le «Copyright Act» pour ensuite faire des rapprochements avec la législation canadienne et déterminer dans quelles mesures ceux-ci peuvent servir de modèles à la définition de l'exception de l'utilisation équitable.

4. Exception au principe de droit exclusif de l'auteur sur son oeuvre en droit américain: le «fair use»

Comme nous le mentionnions, les Américains ont eux aussi leur équivalent du principe de l'utilisation équitable; il s'agit du principe du «fair use»³⁹. Essentiellement de la même façon qu'au Canada, l'usage équitable peut être utilisé comme moyen de défense dans le cas d'une poursuite en contrefaçon de droits d'auteur. Une fois que l'auteur a démontré qu'il y a eu violation de son droit par une utilisation substantielle de son oeuvre, il revient au défendeur d'exercer sa défense et de démontrer que l'usage était équitable. Bien qu'en

³⁸Voir partie 4.2

³⁹Nous traduirons «fair use» par usage équitable pour une lecture plus simplifiée du travail.

surface les deux principes ont l'air similaires au point de les assimiler à une seule et même notion, il en est tout autrement. En effet, nous verrons un peu plus loin que leur interprétation et leur application présentent des différences majeures. Avant de se lancer dans l'analyse de ces critères, il serait d'abord utile et intéressant de positionner le concept de l'usage équitable dans son contexte historique.

4.1 Origine et évolution du principe de l'usage équitable

Comme nous l'avons vu précédemment pour le Canada, la législation américaine en matière de droits d'auteur remonte également à la Loi de la Reine Anne. En effet, cette loi anglaise de 1710 a largement été incorporée dans le premier *Copyright Act*⁴⁰ de 1790. On disait de cette loi que c'était: *(a)n act for the encouraging of learning, by securing the copies of maps, charts, and books to the authors and proprietors of such copies, during the times mentioned therein.*⁴¹ Cependant, cette loi ne faisait alors aucune mention de la notion de l'usage équitable. Le principe moderne de l'usage équitable tel que nous le connaissons aujourd'hui a pris naissance dans un tout autre contexte; c'est la doctrine⁴² découlant de la loi de 1790 qui a développé et forgé le principe. Mentionnons que même à cette époque l'Angleterre avait toujours une grande influence sur les Américains dans ce domaine car ces derniers ont importé des principes doctrinaux anglais pour développer la doctrine en question. Cette dernière permettait la condensation du travail d'un autre sans commettre de violation à son droit d'auteur, le condensé étant considéré comme une création indépendante. Bien que cette doctrine est vue aujourd'hui comme un premier pas vers le développement du principe de l'usage équitable, elle ne faisait pas l'unanimité à cette époque. En fait, durant tout le dix-neuvième siècle, aucun Américain ne réussit à soulever cette défense avec succès.

C'est plutôt en 1841, avec la décision de *Folsom v. Marsh*⁴³, que l'on assista à la reconnaissance d'un principe de l'usage équitable. Celui-ci continua d'être appliqué discrètement jusqu'au milieu du vingtième siècle, jusqu'au moment où la prolifération des décisions appliquant ce principe lui procura une place de choix dans la jurisprudence américaine. En 1976, le principe fut finalement enchassé à l'art. 107 de la Loi américaine sur le droit d'auteur.

⁴⁰*Act of May 31, 1790*, ch. 15, 1 Stat 124.

⁴¹Tel que cité par *Ng*, *supra* note 9 à la p.186.

⁴²Appelée *doctrine of abridgement*, tel que cité par *Ng*, *idem* à la p.187.

⁴³9 F. Cas. 342. Dans cette affaire, le juge Story avait rejeté la *doctrine of abridgement*, ce qui a contribué à son abolition en 1909.

4.2 L'article 107 de la Loi sur le droit d'auteur et les facteurs énumérés

La majorité des auteurs qui ont comparé la loi sur le droit d'auteur du Canada et celle des États-Unis, surtout au niveau de l'exception de l'utilisation équitable et du « fair use » respectivement, s'entendent pour dire que la différence majeure entre ces deux concepts légaux vient du fait que l'art. 107 de la loi américaine énumère une liste de facteurs à prendre en considération pour les fins d'une analyse de l'exception. Contrairement à cela, nous avons vu en première partie de recherche que la législation canadienne est muette quant aux facteurs d'application, ce qui contribue d'ailleurs à l'ambiguïté et à la difficulté d'application de notre exception de l'utilisation équitable. De cette façon, l'usage équitable revêt un caractère beaucoup plus souple, rendant son application plus simplifiée. Pour expliquer cette différence, le Professeur Howell s'exprime en ces termes : « The fair use provision in the United States, on the other hand, involves considerable judicial discretion in applying broad principles or theories underlying copyright protection as well as specifically stipulated factors, and without any limit as to categories or purposes. »⁴⁴

L'art. 107 de la loi se lit comme suit :

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 a 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 value of the copyrighted work.

Reprenons maintenant ces facteurs de façon individuelle afin de mieux saisir leur interprétation et afin de voir comment ils sont appliqués dans la jurisprudence des États-Unis.

4.2.1 Le but et le caractère de l'usage, incluant la distinction entre une

⁴⁴Howell, *supra* note 27 à la p.351.

utilisation de nature commerciale ou pour des fins d'enseignement à but non lucratif.

Il est à noter que dans la première version de l'article 107 de la loi, le premier facteur visait seulement le but et le caractère de l'usage. Par contre, un amendement à la loi est venu modifier la disposition de façon à y inclure les notions de commercialité et de non-commercialité. Le «House report» de 1976 explique l'intention d'un tel amendement :

This amendment is not intended to be interpreted as any sort of not-for-profit limitation on educational uses of copyrighted works. It is an express recognition that, as under the present law, the commercial or non-profit character of an activity, while not conclusive with respect to fair use, can and should be weighed along with other factors in fair use decisions.⁴⁵

Donc, une première étape dans l'analyse de l'exception d'usage équitable est de déterminer si cet usage a été fait à des fins commerciales ou non. Pour ce faire, les tribunaux auront aussi tendance à prendre en considération simultanément un deuxième indice qui est interrelié avec celui de la commercialité; il s'agit du caractère privé ou public de l'usage. Bien qu'un usage à des fins non commerciales ou qu'un usage purement privé ne mènent pas automatiquement à des usages équitables, ces indices sont tout de même très révélateurs et persuasifs. À titre d'exemple, dans la décision *Sony Corp. of America v. Universal City Studios, Inc.*⁴⁶, la Cour Suprême avait soulevé en ces termes une certaine hypothèse: «every commercial use of copyrighted material is presumptively an unfair exploitation of the monopoly privilege that belongs to the owner of the copyright.» Cette affirmation avait soulevé la question à savoir si *a contrario* un usage à caractère non-commercial pouvait créer une présomption d'usage équitable. On a plus tard décidé, dans une autre décision de la Cour Suprême, que cette question devait recevoir une réponse négative.⁴⁷ Cependant, la prémisse de la Cour Suprême dans *Sony* demeure toujours vraie. Les auteurs américains Miller et Davis abondent dans le même sens dans leur ouvrage général sur la propriété intellectuelle lorsqu'ils concluent à propos de ce premier facteur : «perhaps the most accurate way of highlighting the «purpose and character» test is to note that the profit motive almost inevitably vitiates a claim of fair use and what is claimed to be educational, critical, or otherwise legitimate, is likely, when done for money, to be seen by a court as «chiselling for personal profit».»⁴⁸

⁴⁵H.R. Rep. No. 1476, 94th Cong., 2d Sess. 66 (1976). Tel que cité dans W. Patry, *The Fair Use Privilege in Copyright Law*, 2^e éd., (Washington, BNA Books, 1995) à la p.420. (ci-après *Patry*)

⁴⁶464 U.S. 417 (1984). (ci-après *Sony*)

⁴⁷*Campbell*, *supra* note 20.

⁴⁸A. Miller et M. Davis, *Intellectual Property; Patents, Trademarks, and Copyright* (St. Paul, MN, West Publishing Co., 1990), aux pp.354-355. (ci-après *Miller et Davis*)

4.2.2 La nature de l'oeuvre protégée.

Comparativement aux trois autres facteurs, le facteur de la nature de l'oeuvre protégée est sans doute celui qui a le moins retenu l'attention des auteurs et des tribunaux. Il mérite tout de même quelques commentaires. Premièrement, la nature de l'oeuvre peut être mesurée par la *créativité* et l'*originalité* que son auteur a fournies pour sa réalisation. Une oeuvre qui reflète un apport considérable de ces deux caractéristiques est une oeuvre qui, si utilisée par un tiers, est moins susceptible de faire l'objet d'un usage équitable qu'une oeuvre qui est le produit d'un apport minimal d'originalité et de créativité. Selon l'auteur Ng, les oeuvres de fiction et de création sont généralement favorisées par rapport à des oeuvres plus factuelles, et ce pour deux raisons : □fictional and creative works involve a higher degree of creativity worthy of protection while factual works and compilations are vested with public interest not to be monopolized to promote the progress of science and useful arts. The «sweat of the brow» theory is often cited in these cases to justify the level of protection earned by the creator.□⁴⁹ Dans le même ordre d'idées, la nature de l'oeuvre nous renvoie aussi à une forme de consentement implicite de la part de l'auteur. Par exemple, dans certains cas, l'auteur doit raisonnablement s'attendre à ce que le public fasse une certaine utilisation de son oeuvre lorsque la nature de l'oeuvre le permet.

Finalement, le fait que l'oeuvre ne soit pas publiée, comme des documents privés ou des lettres, est aussi un critère important à prendre en considération. Parce que les oeuvres non publiées n'ont pas encore été exploitées, le droit à la première publication a une grande valeur.⁵⁰ C'est pourquoi la nature □non publiée□ d'une oeuvre créera un déséquilibre dans la balance en défaveur de l'usage équitable.⁵¹

4.2.3 L'importance et le caractère substantiel de la part de l'oeuvre utilisée, en relation avec l'oeuvre protégée dans sa totalité.

⁴⁹Ng, *supra* note 9 à la p.197.

⁵⁰Miller et Davis, *supra* note 48 à la p.357.

⁵¹Voir à cet effet *Harper & Row Publishers, Inc. c. Nation Enterprises* 105 S. Ct. 2218, 85 L. Ed. 2d. 588 (1985). (ci-après *Harper*) Le juge O'Connor s'exprime ainsi : «□(F)irst publication is inherently different from other art. 106 rights in that only one person can be the first publisher,...the commercial value of the right lies primarily in exclusivity. Because the potential damage to the author from judicially enforced sharing of the first publication right with unauthorized users of his manuscript is substantial, the balance of equities in evaluating such a claim of fair use inevitably shifts».

Comme il a été mentionné précédemment, et le même principe s'applique en droit américain, la question de la substantialité s'analyse en deux temps. Premièrement, il n'y aura pas de violation du droit d'auteur si l'usage ou l'utilisation de l'oeuvre n'est pas, à la base, substantielle. Rappelons-nous que s'il n'y a pas violation du droit d'auteur, il n'y aura pas lieu de soulever la défense de l'usage équitable. Deuxièmement, une fois qu'il a été établi qu'il y a eu violation du droit d'auteur, la question de savoir si un usage est équitable sera déterminée, entre autre, par la substantialité de l'usage. Ainsi, pour que la défense de l'usage équitable puisse s'appliquer, l'usage doit être assez substantiel pour conclure à une violation du droit d'auteur, et pour que l'usage soit considéré comme équitable, il ne doit pas être trop substantiel. C'est d'ailleurs ce que vise ce troisième facteur maintenant à l'étude.

Si les dispositions de l'exception de l'utilisation équitable de la loi canadienne comportent certaines déficiences quant à leur mutisme sur certains facteurs à appliquer en vue d'une analyse de l'exception, la loi américaine, de la même façon, comporte aussi certains problèmes d'interprétation. Premièrement, elle ne fournit aucune information quant à un test qualitatif ou quantitatif à appliquer et comment l'appliquer dans chaque cas d'espèce. De plus, elle ne renferme aucun indice quant à la proportion de l'oeuvre protégée par rapport à la balance de l'oeuvre de la personne qui se prévaut de l'exception. Malgré ces absences, les tribunaux ont tout de même, de façon générale, adopté la position que la disposition en question implique que la *quantité* et la *qualité* de l'usage soit prises en considération. Les deux critères doivent donc être observés de façon parallèle. De cette manière, un usage important au niveau de la qualité pourra tout de même être qualifié de non équitable même si la quantité utilisée de l'oeuvre est très minime, ne représentant que quelques lignes de l'oeuvre protégée⁵², et vice versa. Évidemment, ces critères ne sont pas facile à appliquer, et parfois la ligne est très mince entre un usage équitable et une violation du droit d'auteur. Chaque cas est donc un cas d'espèce et les décisions vont fluctuer en fonction des faits propres à chaque situation.

Finalement, mentionnons que les décisions sur le facteur de la substantialité sont assez nombreuses dans le domaine de la parodie comme une forme de critique. Par définition, une parodie est : □a literary or artistic work that imitates the characteristic style of an author or a work for comic effect or ridicule.□⁵³ La nature même de la parodie veut que celle-ci cherche à imiter, reproduire avec des variantes, une oeuvre originale. Mais, contrairement à ce que l'on pourrait penser compte tenu de son caractère un peu particulier, la parodie ne fait pas exception au test de la substantialité, et ce aux deux étapes (étape de la

⁵²*WPOW, Inc. c. MRLJ Enters.*, 584 F. Supp. 132 (C.D.D.C. 1984) tel que cité par *Patry, supra* note 48 à la p. 137.; voir aussi *Harper, supra* note 51.

⁵³*Campbell, supra* note 20 à la p.1172, tiré de *Ng, supra* note 9 à la p.199.

violation du droit d'auteur et étape de l'usage équitable).

La parodie : reconsidération de la position canadienne

Nous avons vu un peu plus haut⁵⁴ que, contrairement au système américain, la parodie n'est pas une forme de critique acceptée au Canada. Difficulté de conciliation avec le paragraphe 3(1) de la Loi canadienne sur le droit d'auteur (droit de produire ou de reproduire la totalité ou une partie importante de l'oeuvre), protection des droits moraux de l'auteur, et respect d'une tradition cherchant à protéger l'auteur et son oeuvre sont autant de motifs qui expliquent l'attitude du Canada envers cette forme de critique grandissante aux États-Unis. Mais pourquoi le Canada adopte-t-il toujours une interprétation aussi stricte de la parodie et de la critique ? N'y aurait-il pas un besoin émanant de la société d'opter pour une interprétation plus permissive? Encore une fois, et comme il a été question un peu plus haut, mentionnons que la législation est soucieuse de récompenser le travail de l'auteur et de le protéger contre l'invasion étrangère. Le Canada n'est donc peut-être pas prêt à ouvrir la porte à une telle permission, allant ainsi directement à l'encontre de l'objectif de la Loi sur le droit d'auteur. Par contre, il ne faut pas oublier que la promotion de la créativité en société est aussi un objectif visé par la loi; d'une part le droit d'auteur reconnaît le travail que l'auteur a fourni à la réalisation de son oeuvre, d'autre part ce même droit encourage la création et le renouvellement de l'art. Selon nous, il ne faut pas négliger l'importance de ce dernier objectif. Pourquoi la parodie ne pourrait-elle pas être en elle-même une nouvelle création inspirée d'une oeuvre originale, favorisant ainsi le transfert des idées et le développement de la créativité? C'est d'ailleurs ce que le droit américain semble permettre à sa société. Sans permettre de réaliser une oeuvre dérivée dont seul le titulaire du droit d'auteur pourrait autoriser la reproduction⁵⁵, la parodie pourrait cependant être acceptée comme une oeuvre créatrice même si inspirée d'une oeuvre originale⁵⁶. En somme, □si le caractère parodique est un subterfuge à la piraterie des oeuvres d'autrui, elle doit être condamnée. En revanche, si l'oeuvre d'autrui sert de référence pour qu'une nouvelle oeuvre vienne la caricaturer (...) ou la parodier, il s'agira d'une forme particulière de la critique qui sera licite.□⁵⁷ Ces principes généraux pourraient servir de lignes directrices à une réorientation de l'interprétation de la parodie, tout en respectant l'origine et le contenu de la législation canadienne. Mais, d'abord faudrait-il qu'une cour initie un tel virage.

Une tentative de reconnaissance de parodie s'est présentée au Québec en

⁵⁴À la p. 17 dans la catégorie de la critique et du compte rendu.

⁵⁵*Benny c. Loew's Inc.*, 239 F. 2d 532 (9^{ième} circuit, 1956).

⁵⁶*Columbia Pictures Corp. c. National Broadcasting Co.*, 137 F. Supp. 348 (S.D. Calif. 1955).

⁵⁷J.-M. Baudel, *La législation des États-Unis sur le droit d'auteur* (Paris, Éditions Frison-Roche, 1990), à la p.207.

1997 dans la décision *Les Productions Avanti Ciné-Vidéo c. Favreau*⁵⁸. La cour avait reconnu qu'une parodie pouvait être une sorte de critique en vertu de l'ancien art. 27(2) de la loi sur le droit d'auteur. Cependant, cette décision n'a pas eu les répercussions qu'elle aurait normalement du avoir dans le domaine de l'utilisation équitable parce que la cour avait basé sa décision sur des motifs étrangers à ceux de la critique et de la parodie. En effet, elle avait reconnu qu'il n'y avait pas eu de violation du droit d'auteur parce que l'oeuvre des défendeurs ne reprenait pas de façon substantielle l'oeuvre originale. Malgré la décision surprenante qu'elle rendait, la cour était demeurée silencieuse quant à une approche d'analyse de l'utilisation équitable.

4.2.4 L'effet de l'usage sur le marché économique potentiel de l'oeuvre originale

Le dernier facteur, mais non le moindre, a été déclaré par la Cour Suprême des États-Unis dans *Harper*⁵⁹ comme le plus important de tous les critères.⁶⁰ Comme prémisses de départ, nous pouvons dire que si l'oeuvre originale a été utilisée à des fins de profit, il y aura automatiquement un impact □potentiel□ sur le marché économique de l'auteur. Sans plus d'explication, il nous est assez facile de voir pourquoi il en est ainsi. Cependant, déterminer ce que l'on entend par □marché économique potentiel□ relève d'une tâche un peu plus ardue. L'auteur Patry nous donne un bon point de départ:

In an era when licensing and subsidiary rights have taken on increasing importance, the potential market for the copyrighted work goes well beyond the sale of copies of the work in its original form. Today, the market for derivative works is an economically important part of the copyright owner's market and therefore an important part of the incentive that drives the copyright system.⁶¹

Ainsi, les cours ont inclus dans leur considération du quatrième facteur l'effet de l'usage du défendeur sur la capacité du titulaire du droit d'auteur d'accorder une licence pour la préparation d'une oeuvre dérivée. En d'autres termes, les cours vont prendre en considération l'impact économique sur la perte d'opportunité de l'auteur de vendre son oeuvre sous une autre forme, comme un recueil de nouvelles par exemple. Mais, quelle étendue l'interprétation du

⁵⁸(1997) R.J.Q. 1918. (ci-après *Productions Avanti*). (Note de la rédaction : subséquemment à la remise du tapuscrit, la Cour d'appel du Québec a infirmé la décision de première instance (1999), (1999) RJQ 1939, JE 1607-99, REJB 99-13719, (1999) JQ 2725, 177 DLR (4th) 568 (C.A. Québec).)

⁵⁹*Harper*, supra note 51.

⁶⁰*Patry*, supra note 45 aux pp. 561 à 565. L'auteur Patry est en désaccord avec cette affirmation. Selon lui, les trois autres facteurs doivent recevoir autant de poids que ce quatrième facteur.

⁶¹*Idem* à la p.557.

marché économique potentiel devrait-elle recevoir? Cela comprend-il le fait d'empiéter sur les droits que l'auteur exploite ou prévoit vraiment exploiter, ou l'impact s'étend-il plutôt jusqu'à tous les droits possibles et imaginables que l'auteur serait susceptible d'exercer un jour ou l'autre? Toujours selon l'auteur Patry, il faut donner une interprétation simple aux termes «marché économique potentiel» selon leur sens ordinaire de façon à y inclure non seulement les droits déjà exploités par l'auteur, mais aussi ceux que l'auteur pourrait avoir un certain intérêt à exploiter dans le futur.

Bien que plusieurs décisions des cours américaines traitent de ce quatrième facteur, une d'entre elles attire davantage notre attention pour toutes les interrogations et les oppositions qu'elle a soulevées. Il s'agit de l'affaire *Sony*⁶² dans laquelle la Cour suprême des États-Unis avait créé une présomption applicable à une analyse du quatrième facteur. «What is necessary is a showing by a preponderance of the evidence that some meaningful likelihood of future harm exists. If the intended use is for commercial gain (référence au premier facteur), that likelihood may be presumed. But if it is for a noncommercial purpose, the likelihood must be demonstrated..»⁶³ La question principale que plusieurs se sont posée après la lecture de la décision vise donc à savoir si la cour avait vraiment l'intention de créer une telle présomption.

Selon l'auteur américain Patry qui a consacré un ouvrage complet à l'analyse de l'exception de l'usage équitable, la conclusion qu'une présomption a été créée serait tout à fait déraisonnable et inappropriée pour plusieurs raisons.⁶⁴ Entre autre, ce quatrième facteur présentement à l'étude serait éliminé de la balance de l'usage équitable de par la présomption créée dans les situations d'usage à des fins commerciales. Aussi, cette présomption soulève à nouveau le problème de définir quels usages sont à des fins commerciales et jusqu'à quel point. Finalement, il n'est pas très sensé de déplacer le fardeau de la preuve sur le titulaire du droit d'auteur lorsque l'usage est non commercial. En effet, dans ces circonstances, l'auteur aurait le fardeau de prouver que bien que l'usage est non commercial, il a tout de même subi un préjudice au niveau de son marché économique potentiel. Or, tel qu'il est déclaré dans *Harper*⁶⁵, la défense de l'usage équitable est une défense «affirmative» et le fardeau de la preuve devrait incomber à celui qui s'en prévaut.

Pour conclure sur l'étude de ce quatrième facteur, notons que l'opinion de Patry sur la décision *Sony* a, de façon générale, largement été partagée par plusieurs auteurs et tribunaux. Les décisions qui ont suivi *Sony* ont clairement indiqué

⁶²*Sony*, supra note 46.

⁶³*Idem* à la p.451.

⁶⁴*Patry*, supra note 45 à la p.565.

⁶⁵*Harper*, supra note 51.

qu'aucune présomption n'avait été créée.⁶⁶ Entre autre, le juge Souter s'est exprimé ainsi dans l'affaire *Campbell*: «No «presumption» or inference of market harm that might find support in *Sony* is applicable to a case involving something beyond mere duplication for commercial purposes.»⁶⁷

5. Analyse des deux systèmes en interrelation

5.1 Les distinctions majeures entre le régime canadien et le régime américain

Maintenant que les deux systèmes régissant l'exception de l'utilisation équitable dans un cas et l'exception de l'usage équitable dans l'autre cas ont été établis, il serait opportun de les comparer entre eux et de déterminer dans quelles dimensions ils se distinguent et dans quelle mesure le premier peut s'inspirer du deuxième.

Mis à part le fait que la législation américaine comporte, contrairement à la législation canadienne, une liste de facteurs à prendre en considération pour des fins d'analyse de la défense de l'usage équitable, d'autres éléments de comparaison entrent en ligne de compte. L'évolution du principe de l'exception est sûrement l'une des disparités les plus évidentes. En effet, malgré son importance dans le régime du droit d'auteur et l'importance du régime de droit d'auteur dans l'avancement des technologies et de l'industrie du divertissement, le principe de l'utilisation équitable demeure relativement nouveau et non exploré au Canada. D'un autre côté, les Américains ont davantage eu l'occasion de peaufiner leur concept d'usage équitable lors des dernières décennies, étant rapidement devenu le centre des développements technologiques et de l'industrie du divertissement et bénéficiant ainsi d'une prolifération de décisions sur le sujet.

La portée de l'usage équitable vs. la portée de l'utilisation équitable

Parallèlement à la première distinction qui a été établie, soit celle des facteurs, une autre distinction vise la portée de l'application de l'exception, c'est-à-dire que l'usage équitable a une portée beaucoup plus large que celle de l'utilisation équitable. Cette différence majeure s'explique principalement par le fait que, au Canada, seulement une utilisation équitable pour les objets spécifiés dans la loi est permise. Si l'utilisation ne tombe pas sous l'une des catégories d'objets spécifiés dans la loi (soit une étude privée ou une recherche (art. 29), une critique ou un compte rendu (art. 29.1), ou une communication de nouvelles (29.2)), alors la défense de l'utilisation équitable est inapplicable. Par

⁶⁶*Steward c. Abend*, 495 U.S. 207, 236-38 (1990); *Harper*, *supra* note 51.

⁶⁷*Campbell*, *supra* note 20 à la p. 1177, tel que cité dans *Patry*, *supra* note 45 à la p. 567.

contre, aux États-Unis, en l'absence de catégories d'objets déterminées, la défense de l'usage équitable est permise en autant que certains critères soient rencontrés à la lumière de la liste non-exhaustive de facteurs que nous connaissons.⁶⁸

En dehors de la différence d'architecture entre les deux lois sur le droit d'auteur, le fait que la disposition sur l'exception de l'usage équitable ait une portée beaucoup plus large que son pendant canadien relève aussi de certains autres facteurs à caractère social. Nous avons vu à la deuxième section de ce travail que le droit d'auteur visait essentiellement à protéger deux ressources : le travail de l'auteur et le bien-être de la société.⁶⁹ La doctrine et la jurisprudence nous informent par contre que la première est davantage protégée par le Canada alors que la deuxième, par les États-Unis. En effet, l'article I de la Constitution américaine stipule que le but de la protection du droit d'auteur est de promouvoir «the Progress of Science and the useful Arts, by securing for limited Times to Authors and Inventors the exclusive Right to their respective Writings and Discoveries.» Ainsi, la protection accordée aux auteurs vise essentiellement à favoriser la créativité pour le bénéfice de la population. Dans cette optique, le but annoncé par la Constitution nous fournit une justification à la plus grande portée de l'exception de l'usage équitable; celle-ci étant davantage acceptée par les tribunaux au profit du bien-être public et au détriment de la protection du droit de l'auteur.

Cette tendance a souvent été traduite dans la jurisprudence américaine, et l'un des meilleurs exemples pour l'illustrer est sûrement l'affaire *Sony* dans laquelle le juge Stevens s'exprime ainsi:

The scholar's work, in other words, produces external benefits from which everyone profits. In such a case, the fair use doctrine acts as a form of subsidy-albeit at the first author's expense-to permit the second author to make limited use of the first author's work for the public good....each of these uses, (...), reflects a common theme : each is a *productive* use, resulting in some added benefit to the public beyond that produced by the first author's work. The fair use doctrine, in other words, permits works to be used for «socially laudable purposes.»⁷⁰

Bien qu'en vertu de la tradition britannique le Canada a longtemps tenté de protéger la valeur mise de l'avant par la deuxième école de pensée, soit la récompense de l'auteur pour ses efforts déployés, peut-on affirmer qu'il en est toujours ainsi? Est-ce que le droit d'auteur canadien est perçu et expliqué

⁶⁸Ng, *supra* note 9 à la p.194.

⁶⁹Voir p.8

⁷⁰*Sony*, *supra* note 46 à la p. 447.

comme un droit absolu qu'il faut tenter de protéger à tout prix? Nous ne le croyons pas. De plus en plus, peut-être entre autre à cause du développement des communications et de l'influence omniprésente des États-Unis, le droit canadien sous-tend aussi une idéologie visant à favoriser la créativité et le florissement de l'expression des idées. Sur ce, l'auteur Torno écrit que les deux législations, canadienne et américaine, partent de la même notion que si la loi doit encourager et récompenser le travail créateur, elle doit également permettre au public d'accéder largement à la littérature, la musique et les autres arts. □L'effet immédiat de la Loi sur le droit d'auteur est donc d'assurer au travail créateur une compensation équitable *mais son objet en fin de compte* est de stimuler la créativité artistique pour le bien-être public.□⁷¹ Il ne faudrait sûrement pas voir l'absence de la mention de cet objectif dans la constitution canadienne comme le reflet de son importance dans notre société. Au contraire, nous y voyons là un objectif primordial dans une société comme la nôtre où la dissémination des idées est au coeur des communications et des technologies. Cela étant dit, même si plusieurs auteurs tracent encore une ligne entre les deux écoles de pensées et les deux pays en question qui les véhiculent, nous croyons que cette dichotomie ne va pas de soi. Il faut alors se demander si une analyse de la situation de façon plus ponctuelle et contemporaine ne nous mènerait pas vers une vision plus juste de la société canadienne où la promotion de la créativité prend toute son importance. Dans cette optique, nous croyons que c'est à tort que l'on donne une portée plus restrictive à l'exception de l'utilisation équitable sur la base de l'objectif de la loi visant à protéger le travail créateur.

Malgré l'opinion que nous venons de soulever, il demeure que, dans l'état du droit actuel, la portée de l'usage équitable est beaucoup plus permissive que l'exception canadienne. Un autre exemple illustrant cela s'est traduit par la tentative d'accepter une exception □d'intérêt public□ sur la base du Premier Amendement pour faciliter l'usage d'oeuvres protégées par le droit d'auteur. Un courant de pensée s'était implanté dans les années soixante aux États-Unis de façon à introduire une défense constitutionnelle basée sur la liberté d'expression, permettant ainsi une plus grande exploitation des oeuvres protégées par le droit d'auteur. Par exemple, dans *Harper*⁷², les juges avaient choisi d'interpréter le concept du droit d'auteur en relation avec et dans l'esprit du Premier Amendement. Cependant, la décision a été rejetée en appel, rendant ainsi impossible la défense autonome basée sur le Premier Amendement.⁷³ Bien que

⁷¹Torno, *supra* note 14 à la p. 4 du sommaire.

⁷²Harper, *supra* note 51.

⁷³La défense basée sur la Premier Amendement présentait en effet des difficultés importantes. L'auteur Patry nous en propose deux principales. Premièrement, si la personne qui se prévaut de la défense invoque son droit à la liberté d'expression en vertu du Premier Amendement, l'auteur original est tout aussi titulaire d'un droit en vertu du même amendement, celui de garder le silence. (*Harper*) Ainsi, si l'auteur invoque *son* droit en vertu du Premier Amendement en réponse

cette tentative s'est avérée être un échec, son existence démontre tout de même selon nous que les Américains sont prêts à aller assez loin pour élargir la catégorie d'usages permis et pour restreindre du même coup l'étendue du droit d'auteur.

Une des raisons principales pour lesquelles l'exception basée sur le Premier Amendement avait été proposée, était d'éliminer, ou de réduire substantiellement, le frein que la protection du droit d'auteur impose à la liberté d'expression; une fois un droit d'auteur reconnu sur une oeuvre, une seule personne peut se prévaloir de ce droit rendant presque impossible l'exploitation de l'oeuvre par des auteurs subséquents. Cependant, cet argument a vite été reconnu comme manquant de consistance avec la mécanique de la protection du droit d'auteur. En effet, la législation sur le droit d'auteur, tant au Canada qu'aux États-Unis, protège l'*expression* (un livre, une chanson, un poème, etc.) de l'oeuvre par opposition à sa simple *idée* (un thème, un fait, un événement public, un concept, etc.).⁷⁴ Donc, le droit d'auteur ne brime en rien l'exploitation multiple de l'idée déjà exploitée par un auteur. Au contraire, elle l'encourage. □(C)opyright is the vehicle *for* the dissemination of such information (idea), since without assurance that they will be able to prevent others from reproducing their works without recompense, many authors will not disseminate their work.□⁷⁵ Comme disait le professeur Nimmer, il ne pourrait y avoir de justification à une défense en vertu du Premier Amendement pour la copie de l'expression avec celle de l'idée simplement parce que l'auteur de cette copie manque de volonté ou de temps ou d'énergie pour créer sa propre et unique expression de l'idée.⁷⁶

5.2 Le système américain appliqué au système canadien

au droit du défendeur, le problème devient une impasse opposant deux droits relevant d'une même source. Deuxièmement, au niveau de la logique fonctionnelle du système de droit d'auteur, l'exception du Premier Amendement renverserait les priorités : les oeuvres présentant le plus grand intérêt public recevraient la moins grande protection, et celles d'intérêt moindre recevraient la plus grande protection. *Patry, supra* note 45 aux pp.581-582.

⁷⁴Par contre, il ne faut pas croire que la distinction entre l'idée et l'expression est une tâche facile. L'auteur Allen Rosen nous prouve le contraire dans son texte □Reconsidering the Idea/Expression Dichotomy□. Il tire la conclusion que cette fausse dichotomie existe principalement pour distinguer l'idée générale de l'idée spécifique. Selon lui, l'idée hautement spécifique et développée devrait être éligible à une protection en vertu du droit d'auteur parce qu'elle fournit une motivation à la créativité. D'un autre côté, une idée trop générale devrait demeurer dans le domaine public favorisant ainsi le progrès des arts et des sciences et compte tenu que le coût relatif à la perte de motivation du fait de ne pas accorder de protection est généralement faible. A. Rosen, «Reconsidering the Idea/Expression Dichotomy»□ (1991) 26 *U.B.C. L. Rev.* p.263 à la p.279.

⁷⁵*Patry, supra* note 45 à la p.579.

⁷⁶M. & D. Nimmer, *Nimmer on Copyright*, vol.3, (New York, Matthew Bender, 1991), au □§1.10. Cité par *Patry, idem* à la p.580.

Dans quelle mesure un système de droit comme le système canadien peut-il s'inspirer d'un autre système étranger? Selon l'auteur Ng, ce phénomène semble tout à fait possible. Elle s'exprime en ces termes : □(G)iven the limited Canadian decisions and the similarity of their concerns with those addressed by the American counter-part, navigating these decisions using the American system of analysis provides at least some framework of orientation.□⁷⁷

Des exemples tirés de la jurisprudence nous démontrent que plusieurs juges canadiens partagent l'opinion de Ng et appliquent des principes américains à leurs décisions. Sans se lancer dans une étude exhaustive des décisions dans lesquelles des principes américains ont été importés, il serait tout de même pertinent d'en illustrer quelques exemples. Tout d'abord, dans l'affaire *Zamacois*, la cour s'est, entre autre, penchée sur le deuxième facteur, soit la nature de l'oeuvre protégée. En statuant d'abord qu'un journal est une oeuvre littéraire composée en partie d'articles de nouvelles et en partie d'articles politiques et littéraires, la cour en est venue à la conclusion que la première composante, de par sa nature factuelle, appartenait au domaine public, alors que la deuxième composante, un produit de créativité et de réflexion, appartenait au domaine privé de l'auteur.⁷⁸

De plus, comme nous l'avons vu un peu plus haut, le troisième facteur relatif à la substantialité de l'utilisation de l'oeuvre a été traité dans l'affaire *Allen*.⁷⁹ Rappelons-nous que la cour avait conclu que même si l'image avait été reproduite en entier, il s'agissait quand même d'une utilisation équitable. Finalement, dans la décision récente *Productions Avanti Ciné-Vidéo Inc.*⁸⁰, le juge de la cour supérieure du Québec s'est fortement inspiré de principes américains en citant *Campbell*⁸¹ et d'autres articles sur l'adoption du traitement américain des parodies au Canada. Même si ce traitement n'a jamais encore été accepté au Canada, il reste que cette décision illustre bien le phénomène d'importation de principes américains dans la jurisprudence canadienne.

Cependant, il ne faudrait pas croire que certains principes du système américain sont appliqués par les cours canadiennes de façon automatique et sans aucune réticence. Au contraire, il existe aussi des exemples où l'on a refusé d'appliquer ces principes étrangers. En voici deux. Premièrement, la cour fédérale, dans l'affaire *Michelin*, s'est rabattue sur la tradition canadienne pour juger si une oeuvre avait été utilisée de façon assez substantielle pour constituer une violation du droit d'auteur. Refusant d'appliquer le droit américain, la cour

⁷⁷Ng, *supra* note 9 à la p.204.

⁷⁸*Zamacois*, *supra* note 28.

⁷⁹*Allen*, *supra* note 25.

⁸⁰*Productions Avanti*, *supra* note 58.

⁸¹*Campbell*, *supra* note 20.

s'est exprimée ainsi : □While the American case is most fascinating from both a cultural and legal perspective, I have not found it to be persuasive authority in the context of Canada's particular copyright regime. ...American decisions are only persuasive to the extent that the laws in both jurisdictions are similar.□⁸² Deuxièmement, contrairement à ce que nous avons observé du côté des États-Unis, le facteur traitant de l'impact de l'utilisation sur le marché économique potentiel de l'auteur n'est pas si important au Canada, surtout lorsqu'il est question d'une critique. La cour supérieure du Québec a d'ailleurs rejeté un tel facteur.⁸³

6. Évolution législative du principe de l'utilisation équitable au Canada

Comme nous l'avons souligné au cours des diverses parties de ce travail, le régime de l'utilisation équitable a suscité beaucoup de controverses chez les auteurs et les tribunaux canadiens. Tantôt pour une question de définition et tantôt pour une question d'interprétation, ceux-ci s'entendent pour dire que le principe de l'utilisation équitable est reconnu pour son ambiguïté et son manque de guides juridiques nécessaires à son application. En effet, la Loi sur le droit d'auteur est muette quant à la définition de l'utilisation équitable et n'offre aucun critère d'interprétation pour les cours. Celles-ci doivent s'en remettre à la doctrine et aux précédents jurisprudentiels qui pointent parfois dans plus d'une direction. Conscients du problème et inspirés par la Loi sur le droit d'auteur de nos voisins du sud, certains auteurs ont réfléchi à une modification de la loi canadienne.

En 1984, le livre blanc intitulé *From Gutenberg to Telidon* recommandait que la législation canadienne modifie le principe de l'utilisation équitable de façon à en faire un principe d'usage équitable comme interprété par la législation américaine. On reprochait bien des maux à la loi alors en vigueur, comme : une liste exhaustive de situations dans lesquelles l'exception s'applique, aucune définition du principe, absence de facteurs à utiliser pour déterminer si une utilisation est équitable ou non, etc. Selon ce rapport, cette déficience au niveau de la définition statutaire était la source principale de la confusion qui régnait dans la doctrine de l'utilisation équitable. Pour remédier à ce problème, une définition avait été proposée; □»fair use» will be defined as a use that does not conflict with the normal exploitation of the work or subject matter and does

⁸²Michelin, *supra* note 21 à la p. 353.

⁸³*Rôtisserie St-Hubert c. Le Syndicat Des Travailleurs (euses) de la Rôtisserie St-Hubert de Drummondville (CSN)*, (1986), 17 C.P.R. (3d) 461 à la p.473 : □Pour qu'il y ait contrefaçon, il n'est pas requis ou nécessaire que l'oeuvre contrefaite soit en concurrence sur le marché avec l'oeuvre originale. Il suffit que l'auteur de la contrefaçon exécute un acte que seul le propriétaire ou le titulaire du titre a la faculté d'exécuter.□

not unreasonably prejudice the legitimate interests of the copyright owner. □⁸⁴ En addition à cette nouvelle définition, le rapport en question proposait aussi une liste de facteurs que les cours pourraient prendre en considération pour rendre des jugements sur la question de l'utilisation équitable. Grandement inspirés de la législation américaine, les trois facteurs suggérés étaient ceux-ci : l'impact de l'utilisation sur la récompense économique d'un titulaire de droit d'auteur, la nature de l'oeuvre utilisée et son objet, la quantité ou l'étendue de l'emprunt.

Cette nouvelle approche de la notion de l'utilisation équitable n'en était toutefois pas à ses débuts en 1984 avec la parution de ce rapport. En effet, un des premiers à avoir proposé des solutions et une nouvelle définition au régime de l'utilisation équitable fut Barry Torno du ministère de la justice à cette époque. Son rapport *La révision de la Loi sur le droit d'auteur et la nécessité de clarifier la notion d'utilisation équitable*⁸⁵ avait été préparé en 1981 pour Consommation et Corporations Canada. L'étude fait d'abord ressortir qu'avant 1911, année de l'adoption de la Loi sur le droit d'auteur en Angleterre, le □fair use□ ne comportait pas de violation tandis qu'après cette date, l'utilisation équitable est devenue une violation excusée. Selon Torno, c'est à ce moment-là que la loi a pris une orientation fautive, et il proposait de remettre les pendules à l'heure en revenant à un principe d'usage équitable semblable à celui qui existe présentement aux États-Unis. Comme le livre blanc de 1984 qui lui succéda avait fait, ce rapport tentait aussi de donner un nouveau visage au principe de l'utilisation équitable (à transformer en usage équitable) avec une définition dite mieux adaptée qui se lisait comme suit:

L'usage équitable est l'usage d'une oeuvre protégée qui ne prive pas le titulaire du droit d'auteur sur cette oeuvre des compensations économiques auxquelles il est en droit de s'attendre. Pour déterminer si l'usage d'une oeuvre dans un cas particulier prive le titulaire du droit d'auteur du bénéfice de ces compensations, il faut d'abord tenir compte de la nature de l'oeuvre protégée et ensuite du but, du caractère et de l'étendue de l'usage.⁸⁶

Cette définition n'offrait pas de liste exhaustive de situations où l'usage équitable pouvait s'appliquer, ni de liste indicative comme celle qui figure dans la loi américaine. Pour justifier une telle proposition, Torno se basait sur les observations des auteurs américains, notamment Nimmer qui indiquait que la reconnaissance légale de la notion d'usage équitable devrait être faite en termes généraux et ne pas fournir une énumération précise d'exemples particuliers d'usage équitable.⁸⁷

⁸⁴Tel que cité par *Howell, supra* note 27 à la p.361.

⁸⁵*Torno, supra* note 14.

⁸⁶*Idem* à la p.80.

⁸⁷*Idem*

De toutes ces propositions qui avaient été formulées en 1981 et en 1984, aucune d'entre elles ne virent le jour dans la législation canadienne, car en 1985 le sous-comité sur la révision de la Loi sur le droit d'auteur a rejeté ces propositions. Contrairement aux rapports rendus en 1981 et 1984, le sous-comité avait conclu que le principe américain de l'usage équitable différait substantiellement du principe de l'utilisation équitable, donc qu'il ne pouvait pas se substituer au principe alors en vigueur au Canada. De façon toute aussi contraire aux rapports suggestifs, le sous-comité reconnaissait que le principe de l'utilisation équitable fonctionnait bien compte tenu du nombre limité de décisions nées d'un litige sur le sujet. Selon le sous-comité, ce seul fait constituait une bonne raison de ne pas altérer le principe de l'utilisation équitable de façon aussi radicale. Il soulevait aussi le fait que l'approche plus permissive aux États-Unis avait donné naissance à une myriade de décisions et de litiges sur le sujet. Quant à une définition potentielle du principe de l'utilisation équitable, le sous-comité en était venu à la conclusion qu'il était pratiquement impossible de formuler une telle définition sans sacrifier la flexibilité essentielle du principe. En l'absence de définition, l'interprétation du principe devait être laissée aux cours selon la particularité des faits à l'étude. De la même façon pour ce qui est de la liste de facteurs proposée, celle-ci avait été rejetée parce que vue comme une menace à la flexibilité du principe. Finalement, afin d'assurer une certaine certitude au principe de l'utilisation équitable, une liste exhaustive de situations où celui-ci s'applique devait rester présent dans la loi. Craignant un élargissement trop radical de la portée du principe, la loi avait besoin d'encadrer et de structurer l'applicabilité du principe de cette manière.⁸⁸

Quelques années plus tard, soit en 1990, le projet de loi C-316 proposait aussi une révision de la Loi sur le droit d'auteur. Cette proposition abondait de façon générale dans le même sens que celles de 1981 et 1984, l'objectif principal étant de remplacer la disposition sur l'utilisation équitable par une disposition renfermant le principe de l'usage équitable. Cette proposition a aussi été rejetée.

7. Conclusion

En fin de course, nous constatons qu'il s'avère quelque peu difficile de dresser un bilan simple et circonscrit de la situation juridique de l'exception de l'utilisation équitable au Canada. Bien que cette exception soit prévue dans la législation sur le droit d'auteur, cela n'enlève rien à son caractère ambigu et à sa difficulté d'interprétation. D'un côté le législateur a voulu dissiper une certaine confusion en créant aux art. 29 à 29.2 de la loi des catégories de situations précises où l'exception s'applique, telles l'étude privée ou la

⁸⁸Howell, *supra* note 27 aux pp. 361-363.

recherche, la critique et le compte rendu, et les communications de nouvelles. D'un autre côté, le moins que l'on puisse dire est que cet objectif de structure au niveau de la loi ne remplit pas tout à fait sa mission en laissant à eux-mêmes juges, auteurs et avocats dans l'interprétation de l'exception.

À des fins de comparaison, nous avons étudié le pendant américain de l'utilisation équitable, c'est-à-dire l'usage équitable. Dans un premier temps, cet exercice de comparaison nous a menés à identifier les principales différences qui opposent les deux exceptions, comme, entre autre, la présence d'une liste de facteurs dans la législation américaine et la plus large portée du principe de l'usage équitable. Mais, la question que nous nous posons cherche à savoir jusqu'à quel point cette dernière différence *devrait* toujours en constituer une aujourd'hui. En pratique, et nous avons juste à regarder les décisions rendues dans les deux juridictions pour l'affirmer, il est vrai de dire que l'exception américaine de l'usage équitable est appliquée de façon beaucoup plus permissive que l'exception canadienne; mais est-ce à tort? Bien qu'il nous semble très difficile de trancher une telle question pour ce qu'un oui ou un non puisse impliquer comme conséquences, nous pensons tout de même que l'interprétation stricte de notre exception devrait subir un certain relâchement au profit de la promotion et de l'encouragement de la créativité en société. Notre opinion se joint d'ailleurs à celle de plusieurs auteurs, mais se distingue tout de même de celle des juristes qui ont proposé des modifications substantielles à l'exception de l'utilisation équitable comme nous l'avons vu à la dernière section. Contrairement à ces propositions qui voulaient changer de façon radicale l'identité de l'exception pour lui accorder celle mise de l'avant par les américains avec toutes ses composantes, nous croyons qu'un tel virage ne serait ni nécessaire, ni souhaitable. En effet, nous ne croyons pas qu'il soit nécessaire de doter l'exception de l'utilisation équitable d'une liste de facteurs comme dans la législation américaine pour apporter un changement à l'interprétation de l'exception. Selon nous, il appartient davantage aux cours de donner à l'exception une nouvelle orientation plus fidèle à la réalité de la société canadienne en s'inspirant notamment des principes édictés par le droit américain. Quoiqu'il en soit, il faudra être patient avant de pouvoir témoigner de quelque changement que ce soit; l'évolution de l'application des exceptions au droit d'auteur ne semblant pas bouger au même rythme que l'activité créatrice de la société submergée par le développement des communications et envoûtée par l'expansion de l'expression.

