

DÉVELOPPEMENTS RÉCENTS EN MATIÈRE DE DROIT D'AUTEUR ET D'UTILISATION ÉQUITABLE : L'APRÈS CCH

par
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 H2Z 2B7
Téléphone (514) 987 6242 - Télécopieur (514) 845 7874
Courriel info@robic.com – Site Internet www.robic.ca

1. Introduction

Toute loi ou toute règle de droit comporte des exceptions... la *Loi sur le droit d'auteur*¹ n'y fait pas exception ! Bien que la Loi ait pour principale mission de protéger les auteurs et titulaires de droit d'auteur et de leur accorder divers droits quant à l'exploitation de leurs œuvres, la Loi reconnaît également aux utilisateurs canadiens un certain « droit » d'utilisation de ces œuvres protégées par le droit d'auteur. Il s'agit des exceptions prévues aux articles 29, 29.1 et 29.2 de la Loi qui établissent que l'*utilisation équitable* d'une œuvre (ou de tout autre objet du droit d'auteur) ne constitue pas une violation de droit d'auteur si elle est faite à des fins d'étude privée ou de recherche, de critique ou de compte rendu, ou de communications de nouvelles.

Un peu plus tôt cette année, la Cour suprême du Canada a rendu une décision fort attendue en matière d'utilisation équitable, *CCH Canadienne Ltée. c. Barreau du Haut-Canada*², où elle s'est non seulement saisie de l'occasion de faire un rappel des principes généraux de ce régime d'exceptions, mais aussi de prendre position quant à l'interprétation à y donner.

Avant de traiter plus particulièrement de l'affaire CCH et des développements que cette dernière a apportés au régime d'exceptions en droit d'auteur canadien, définissons succinctement dans un premier temps la portée de ces exceptions à la lumière des dispositions de la Loi et de

© LEGER ROBIC RICHARD / ROBIC, 2004.

* Avocate, Catherine Bergeron est membre 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. Publication 322.

¹L.R.C. 1985, ch. C-42. (ci-après la « Loi »)

²2004 CSC 13. (ci-après « l'affaire CCH »)

certaines décisions d'intérêt.

2. Définition sommaire des exceptions d'utilisation équitable

Règle générale, le titulaire du droit d'auteur sur une oeuvre jouit de certains droits exclusifs quant à l'utilisation de cette oeuvre. Ce droit d'auteur comporte notamment le droit de produire ou reproduire la totalité ou une partie importante de l'oeuvre, d'en exécuter ou d'en représenter la totalité ou une partie importante en public, d'en publier la totalité ou une partie importante, etc. N'importe qui est donc libre de reprendre, sans autorisation et en toute légitimité, une *partie non importante* d'une oeuvre. Ainsi, dans le cas de l'utilisation d'une partie non importante d'une oeuvre, donc en l'absence de violation de droit d'auteur, les exceptions d'utilisation équitable ne jouent pas. L'utilisateur d'une partie importante d'une oeuvre protégée par le droit d'auteur pourra quant à lui avoir recours aux exceptions pour échapper à la violation du droit d'auteur si son activité correspond à l'une de celles prévues aux articles 29 à 29.2 de la Loi et s'il satisfait aux conditions de l'utilisation équitable.

On ne saurait trop insister sur le fait que ces exceptions d'utilisation équitable ne s'appliquent que si l'une ou l'autre des situations prévues aux articles 29 à 29.2 de la Loi est en jeu. Contrairement à certains autres régimes d'exception en droit d'auteur, notamment le régime américain, les articles 29 à 29.2 de la Loi fournissent une liste exhaustive des exceptions qui peuvent être invoquées pour se soustraire à la violation d'un droit d'auteur. Afin de mieux comprendre les enjeux de l'affaire CCH, passons brièvement ces exceptions statutaires en revue.

2.1 Étude privée ou recherche

→ *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.*

La Loi permet au chercheur d'utiliser de façon équitable une oeuvre protégée par droit d'auteur afin de réaliser une étude privée ou une recherche. Considérant un scénario typique d'étude ou de recherche, il serait effectivement insensé de s'attendre à ce qu'un chercheur se procure sur le marché un exemplaire de tous les ouvrages utilisés pour réaliser l'étude ou la recherche. Cependant, cette règle d'utilisation équitable semble se limiter aux activités directement reliées à l'étude ou à la recherche et ne s'étend pas à la publication de l'oeuvre utilisée avec les résultats de l'étude

ou de la recherche. Par exemple, il semblerait acceptable pour un chercheur de photocopier certaines informations ou les retranscrire sur des fiches pour ensuite s'en servir pour les fins de sa recherche. Par contre, la reproduction intégrale des fiches ou des photocopies dans la publication du résultat final de la recherche en question ne constituerait vraisemblablement pas une utilisation équitable au sens de la Loi. Cette position s'explique d'ailleurs par le fait que, contrairement aux deux autres exceptions, l'exception prévue à l'article 29 de la Loi n'exige pas la divulgation de la source de l'oeuvre copiée.

Enfin, l'utilisation d'une oeuvre ne saurait être équitable lorsqu'elle résulte en une appropriation du travail de l'auteur. Par exemple, une cour de l'Ontario a déjà été saisie d'une affaire impliquant un professeur qui avait publié dans un recueil destiné à l'usage des étudiants un travail rédigé par un de ses étudiants. Le nom de ce dernier avait également été supprimé. La cour avait décidé 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.»³

2.2 Critique et compte rendu

→ *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.

Le texte de cette exception a été amendé en 1993 par l'ajout de l'obligation de mentionner explicitement la source et le nom de l'auteur (ou de l'artiste-interprète, ou du producteur, ou du radiodiffuseur). Par le biais d'une telle modification, le législateur a ajouté une autre dimension à cette deuxième exception : le droit moral de l'auteur. C'est ainsi dire que le lecteur de la critique ou du compte rendu pourra être en mesure d'établir une distinction claire entre cette oeuvre (soit le compte rendu ou la critique) et l'oeuvre de

³*Boudreau c. Lin* (1997), 75 C.P.R. (3d) 1 (C. Ont. - div. gén.).

l'auteur initial objet de la critique ou du compte rendu. De cette façon, le caractère personnel associé à l'oeuvre de l'auteur 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 suffise à contourner toute violation du droit d'auteur. Bien que cette indication puisse servir à démontrer la bonne foi de l'utilisateur, il y a tout de même risque de violation si l'utilisation n'est pas faite de manière équitable.

Quant à l'évaluation de ce caractère équitable, le juge Angers dans *Zamacois c. Douville*⁴ avait décidé que la reproduction d'une oeuvre dans son entièreté aux fins de critique écartait la défense de l'utilisation équitable. Bien que la même affaire pourrait être tranchée autrement aujourd'hui, le test semble demeurer le même : il convient de soupeser l'aspect *quantitatif* et l'aspect *qualitatif* des citations utilisées pour la création de la critique ou du compte rendu.

Les tribunaux canadiens ont plus d'une fois eu à se pencher sur la question à savoir si la *parodie* peut être considérée comme une forme de critique. De façon générale, ceux-ci n'ont, jusqu'à ce jour, jamais été très enclins à accueillir la parodie à titre d'exception à la violation du droit d'auteur. À titre d'exemple, le juge Teitelbaum dans l'affaire *Cie générale des établissements Michelin-Michelin & Cie c. CAW-Canada* s'est prononcé de façon plutôt explicite sur le sujet:

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. (...) Mon rôle n'est pas de faire des lois mais d'appliquer les règles existantes conçues par le législateur. Si ce dernier avait voulu exempter la parodie à titre d'exception en vertu de la disposition relative à l'utilisation équitable, il l'aurait fait.⁵

Cet extrait reflète adéquatement la position du Canada en matière de parodie; contrairement à l'attitude beaucoup plus permissive et tolérante des Américains, le sujet de la parodie fait face à des obstacles majeurs en droit d'auteur canadien. L'un de ces obstacles est sans contredit la difficulté

⁴(1943), 2 C.P.R. 270 (C. de l'É.).

⁵ (1997) 2 C.F. 306 aux pp. 350-351 (C.F. 1^{re} inst.). (ci-après « l'affaire *Michelin* »)

de concilier la parodie avec le caractère équitable de l'utilisation à titre de condition essentielle à l'application de l'exception prévue à l'article 29.1 de la Loi. Or, dans la majorité des cas, l'auteur d'une parodie fera une utilisation *substantielle* de l'oeuvre protégée. En effet, une parodie est bien souvent le résultat d'un emprunt important pour satisfaire au standard de l'imitation. Dans l'affaire *Michelin*, le juge Teitelbaum a d'ailleurs exprimé certaines réserves à cet égard :

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: (voir *Hubbard v. Vosper*, (1972) 2 Q.B. 84 (C.A.)). 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. J'ai déjà décidé que les défendeurs ne pouvaient pas se prévaloir de l'exception visée à l'alinéa 27(2)a.1), mais même si la parodie était interprétée comme une critique, les défendeurs devraient respecter l'ensemble des restrictions attachées à la critique, y compris l'obligation de traiter l'oeuvre protégée d'une manière équitable. (...). La quantité substantielle de l'oeuvre originale utilisée dans les prospectus et sur les affiches jette aussi le doute sur le caractère équitable du traitement fait par les défendeurs. (nos soulignés)⁶

Il ressort donc clairement de ce qui précède que la Loi ne crée pas un *droit* à la critique et au compte rendu par le biais de cette exception. Si cela était le cas, tous les types de critiques et de comptes rendus, incluant la parodie, échapperaient à la violation du droit d'auteur. La Loi établit plutôt comme exception l'utilisation *équitable* (question de degré et d'impression) d'une oeuvre à des fins de critique et de compte rendu.

2.3 Communication de nouvelles

→ *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*

⁶ *Supra* note 5 à la page 357.

radiodiffuseur.

À l'instar de l'exception en matière de critique et de compte rendu, la personne qui désire se prévaloir de l'exception d'utilisation équitable d'une oeuvre à des fins de communication de nouvelles doit également mentionner explicitement la source et le nom de l'auteur (ou de l'artiste-interprète, ou du producteur, ou du radiodiffuseur).

Malgré la quasi-absence de jurisprudence sur cette troisième exception, une décision intéressante retient notre attention. Il s'agit de la décision *Allen c. Toronto Star Newspaper Ltd.*⁷ 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 de ces photos s'est par la suite retrouvée en page couverture d'un numéro du magazine. Cinq ans plus tard, le défendeur *Toronto Star* a publié un article sur Madame Copps à côté duquel figurait en entier la page couverture en question. Faisant face à une poursuite en violation de droit d'auteur intentée par le photographe, le défendeur avait argumenté comme moyen de défense que l'utilisation de la page couverture en question était une utilisation équitable au sens de la Loi.⁸ En révision, la cour a donné raison au défendeur en décidant que:

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*.⁹

Bien qu'à l'époque où cette décision a été rendue l'obligation statutaire de mentionner la source et le nom d'auteur n'existait pas, il ressort tout de même de cette affaire que, à l'instar des autres exceptions, la question de savoir si l'original a été utilisé de bonne foi et équitablement à des fins de communication de nouvelles est une question de degré et d'impression qui varie selon les faits de l'espèce.

3. L'affaire CCH

⁷(1997), 78 C.P.R. (3d) 115 (C. Ont. - div. gén.).

⁸Précisons 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.

⁹*Supra* note 7, à la p.123.

Non seulement les décisions rendues par la Cour suprême en matière de droit d'auteur se font plutôt rares, mais les décisions en matière d'utilisation équitable le sont davantage. Il n'est donc pas surprenant que l'affaire CCH, rendue le 4 mars 2004, ait autant retenu l'attention.

Avant de s'attarder de façon plus spécifique aux retombées de cette décision, voici tout d'abord un bref résumé des faits et des motifs de la décision.

3.1 Les faits

Le Barreau du Haut-Canada (ci-après le « Barreau ») assure le fonctionnement de la Grande bibliothèque d'Osgoode Hall (ci-après la « bibliothèque»), une bibliothèque de consultation et de recherche qui offre à ses membres un service de photocopie sur demande. La bibliothèque met également des photocopieuses libre-service à la disposition de ses usagers.

En 1993, les éditeurs d'ouvrages juridiques intimés (ci-après les « éditeurs ») ont intenté des actions en violation de droit d'auteur contre le Barreau. Ils ont demandé un jugement confirmant l'existence et la propriété du droit d'auteur sur des œuvres et déclarant que le Barreau avait violé le droit d'auteur lorsque la bibliothèque avait photocopie chacune de ces œuvres. Les éditeurs ont également demandé une injonction permanente interdisant au Barreau de reproduire les œuvres en question. Le Barreau a demandé pour sa part un jugement déclarant qu'il n'y a pas de violation de droit d'auteur lorsque la bibliothèque, soit par un membre de son personnel ou par un usager au moyen d'une photocopieuse libre-service, fait, à des fins de recherche, une seule copie d'une décision publiée, d'un résumé jurisprudentiel, d'une loi, d'un règlement ou d'un extrait limité d'un traité.

Alors que la division de première instance de la Cour fédérale a accueilli en partie l'action des éditeurs en concluant qu'il y avait eu violation de droit d'auteur sur certaines œuvres par le Barreau, la Cour d'appel fédérale a pour sa part accueilli en partie l'appel des éditeurs, statuant que les œuvres en cause étaient toutes originales et protégées par droit d'auteur.

3.2 Les questions en litige et conclusions

La principale question qui s'est posée devant la Cour suprême est celle de savoir si le Barreau a violé le droit d'auteur des éditeurs (1) en offrant à ses membres un service de photocopie grâce auquel une seule copie d'un ouvrage des éditeurs est transmise sur demande ou (2) en mettant à la

disposition des usagers des photocopieuses libre-service et des exemplaires des ouvrages des éditeurs.

Afin de répondre à cette question, la Cour suprême a dû examiner certaines sous-questions, dont les suivantes :

- i) les ouvrages des éditeurs constituent-ils des « œuvres originales » protégées par le droit d'auteur ?
- ii) la bibliothèque a-t-elle autorisé la violation du droit d'auteur en mettant à la disposition des usagers des photocopieuses libre-service et des exemplaires des ouvrages des éditeurs ?
- iii) l'utilisation des ouvrages des éditeurs par le Barreau constituait-elle une « utilisation équitable » au sens de l'article 29 de la Loi ?

Pour les motifs résumés ci-après, la Cour suprême a conclu que le Barreau n'avait pas violé le droit d'auteur des éditeurs en fournissant à ses membres une seule copie des œuvres dans le cadre de son service de photocopies offert par la bibliothèque. Bien que les œuvres en question soient toutes des œuvres « originales » des éditeurs, donc protégées par le droit d'auteur, la bibliothèque les a utilisées à des fins de recherche et de façon équitable au sens de l'article 29 de la Loi. Cette utilisation ne constituait donc pas une violation du droit d'auteur des éditeurs. La Cour a également conclu que le Barreau n'a pas autorisé la violation du droit d'auteur en mettant des photocopieuses libre-service à la disposition des usagers de la bibliothèque.

3.3 Les motifs de la décision

En bref, la Cour suprême a décidé que le Barreau ne commet pas de violation de droit d'auteur lorsque la bibliothèque fait une seule copie d'une décision publiée, d'un résumé jurisprudentiel, d'une loi, d'un règlement ou d'une partie restreinte d'un texte provenant d'un traité conformément à sa politique d'accès. Bien que ces œuvres soient originales, et donc protégées par le droit d'auteur, l'utilisation des œuvres des éditeurs par le Barreau vise des fins de recherche et est faite de façon équitable en vertu des dispositions de l'article 29 de la Loi. De surcroît, le Barreau n'autorise pas la violation du droit d'auteur en mettant des photocopieuses libre-service à la disposition de ses usagers et en affichant un avis¹⁰ où il décline toute responsabilité relativement aux copies produites en violation du droit d'auteur.

¹⁰ L'avis se lit comme suit : « (traduction) La législation sur le droit d'auteur au Canada s'applique aux photocopies et autres reproductions qui sont faites de documents protégés. Certaines reproductions peuvent constituer une violation du droit d'auteur. La bibliothèque n'assume aucune responsabilité en cas de violations susceptibles d'être commises par les utilisateurs des photocopieuses. »

3.3.1 Le critère d'originalité

La Cour suprême s'est penchée dans un premier temps sur la question à savoir si les ouvrages des éditeurs constituent des « œuvres originales » protégées par le droit d'auteur.

Afin de bénéficier d'une protection en vertu du droit d'auteur, une oeuvre doit d'abord être *originale*. Suite à l'analyse d'une certaine jurisprudence contradictoire sur le sens du terme « originale » en matière de droit d'auteur, la Cour a adopté une position mitoyenne en concluant qu'une oeuvre *originale* au sens de la Loi doit s'interpréter comme une oeuvre qui émane d'un auteur et qui n'est pas une copie d'une autre oeuvre. Afin de satisfaire aux critères de cette définition plutôt laconique, la Cour a ajouté que l'oeuvre doit en outre être le produit de *l'exercice du talent et du jugement d'un auteur*, c'est-à-dire le recours aux connaissances personnelles, à une aptitude acquise, à une compétence issue de l'expérience, au discernement ou à la capacité de se faire une opinion. Cet exercice qui implique un effort intellectuel, et donc qui ne doit pas se limiter à une entreprise purement mécanique, ne doit toutefois pas obligatoirement relever de la « créativité ». Dans cette perspective, la « créativité » n'est pas une caractéristique essentielle à l'originalité.

À la lumière de ce test du critère d'originalité, la Cour a conclu que toutes les œuvres en question¹¹, qu'il s'agisse de sommaires, résumés jurisprudentiels, index analytiques ou décisions judiciaires publiées, étaient originales au sens de la Loi et donc protégées par le droit d'auteur. Elles sont toutes des œuvres émanant de l'exercice du talent et du jugement de leur auteur et ne sont pas de simples copies.

Quant aux décisions judiciaires publiées, la Cour a cependant précisé que, de façon à pouvoir bénéficier de la protection du droit d'auteur, elles doivent nécessairement être considérées comme une *compilation* des motifs judiciaires et du sommaire (constitué du résumé jurisprudentiel, des mots clés, de l'intitulé répertorié et des renseignements relatifs aux motifs du jugement). En dehors du cadre de la compilation, les motifs de la décision en eux-mêmes ne constituent pas des œuvres originales sur lesquelles un éditeur

¹¹ Les onze œuvres sont trois décisions judiciaires publiées, les trois sommaires qui les précèdent, l'ouvrage annoté *Martin's Ontario Criminal Practice, 1999*, un résumé jurisprudentiel, un index analytique, le manuel *Economic Negligence* (1989) et une monographie, « *Dental Evidence* », figurant au chapitre 13 de l'ouvrage *Forensic Evidence in Canada* (1991).

pourrait prétendre avoir un droit d'auteur.

3.3.2 L'autorisation de la violation du droit d'auteur

Le paragraphe 27(1) de la Loi prévoit que : « 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 ». Est notamment inclus dans la portée de ces droits exclusifs énumérés à l'article 3 de la Loi le droit d'*autoriser* l'un ou l'autre de ces actes. Les éditeurs avaient donc fait valoir que le Barreau avait violé leur droit d'auteur, en vertu de cette disposition, en autorisant tacitement les usagers de la bibliothèque à copier des œuvres en mettant des photocopieuses libre-service à leur disposition.

Partant de la prémisse que le terme « autoriser » signifie « sanctionner, appuyer ou soutenir »¹², la Cour est d'avis que le fait de permettre la simple utilisation d'un appareil, ici une photocopieuse, susceptible de conduire à la violation d'un droit d'auteur ne constitue pas en soi une *autorisation* de la violation du droit d'auteur. Les tribunaux doivent présumer que les personnes qui autorisent une activité ne l'autorisent que dans les limites de la légalité. Cette présomption peut cependant être réfutée par une preuve qui démontre qu'il existait un certain *degré de contrôle* entre la personne qui autorise l'activité et les personnes qui ont violé le droit d'auteur.

En l'espèce, rien ne prouvait que les photocopieuses mises à la disposition des usagers de la bibliothèque avaient été utilisées d'une manière incompatible avec les dispositions de la Loi. De plus, le fait que le Barreau avait affiché un avis où il déclinait toute responsabilité relativement aux copies produites en violation du droit d'auteur n'établissait pas qu'il reconnaissait expressément que les photocopieuses seraient utilisées de façon illégale. Au contraire, cet avis avait été affiché pour rappeler aux usagers de la bibliothèque que la reproduction de documents est assujettie au régime de droit d'auteur.

Enfin, le Barreau n'exerce pas un contrôle suffisant sur l'utilisation que les usagers font de ce libre-service; même si la preuve établissait que les photocopieuses avaient été utilisées en violation du droit d'auteur, rien ne démontre que le Barreau a approuvé, donc sanctionné, appuyé ou de toute autre façon soutenu la violation du droit d'auteur.

¹² *Muzak Corp. c. Composers, Authors and Publishers Association of Canada Ltd.*, (1953) 2 R.C.S. 182 à la page 193.

3.3.3 L'utilisation équitable

Nous arrivons maintenant à la troisième sous-question en litige, soit celle qui retient plus particulièrement notre attention : *l'utilisation équitable* des œuvres des éditeurs. La question est donc celle de savoir si le service de photocopie offert par la bibliothèque à ses membres bénéficie de l'exception prévue à l'article 29 de la Loi qui dispose que « (l)'utilisation équitable d'une œuvre 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».

La Cour a d'abord rappelé que, pour qu'une utilisation soit considérée équitable au sens de l'article 29 de la Loi, le défendeur doit nécessairement rencontrer deux critères, soit :

- 1) qu'il s'agit d'une utilisation aux fins d'étude privée ou de recherche ;
- et
- 2) que cette utilisation est équitable.

Comment définit-on le terme « équitable » dans ce contexte ? En l'absence de définition dans la Loi, la Cour a d'entrée de jeu rappelé qu'il s'agit d'une question de degré et d'impression qui doit être tranchée à la lumière des circonstances de l'espèce en citant l'extrait suivant de la décision *Hubbard c. Vosper* :

(TRADUCTION) Il est impossible de définir l' « utilisation équitable ». C'est une question de degré. Tout d'abord, il faut tenir compte du nombre et de l'importance des citations et des extraits. Considérés globalement, sont-ils trop nombreux et trop longs pour être équitables? Il faut ensuite se pencher sur l'usage qui en est fait. S'ils sont utilisés aux fins de commentaire, de critique ou de compte rendu, il peut s'agir d'une utilisation équitable. S'ils sont employés pour transmettre la même information que l'auteur, dans un but concurrent, l'utilisation peut être inéquitable. Il faut ensuite considérer les proportions. Utiliser un long extrait et l'accompagner d'un bref commentaire peut être inéquitable. Cependant, un court extrait et un long commentaire peuvent constituer une utilisation équitable. D'autres considérations peuvent également être pertinentes. Mais, en définitive, c'est une question d'impression. L'on peut établir un parallèle entre le commentaire loyal et honnête en matière de diffamation et l'utilisation équitable en matière de droit d'auteur. Il appartient au juge des faits de trancher.¹³

¹³ (1972) 1 All E.R. 1023 (C.A.) Lord Denning, à la page 1027.

Afin d'évaluer cette question de degré et d'impression, c'est-à-dire afin de déterminer s'il y avait eu utilisation équitable des œuvres des éditeurs par le Barreau, la Cour s'est servie des six facteurs énumérés par le juge Linden de la Cour d'appel, soit : (1) le but de l'utilisation; (2) la nature de l'utilisation; (3) l'ampleur de l'utilisation; (4) les solutions de rechange à l'utilisation; (5) la nature de l'oeuvre; (6) l'effet de l'utilisation sur l'oeuvre.

Nous résumons succinctement ci-après l'explication de chacun de ces facteurs fournie par le juge McLachlin de même que les circonstances qui l'ont menée à la conclusion que le Barreau avait fait une utilisation équitable des œuvres des éditeurs à des fins de recherche.

i) le but de l'utilisation

Le but de l'utilisation doit nécessairement correspondre à l'une des situations prévues par la Loi, soit la recherche, l'étude privée, la critique, le compte rendu ou la communication de nouvelles. Selon la Cour, les tribunaux doivent évaluer le plus objectivement possible le but de l'utilisation de l'oeuvre protégée en évitant toute interprétation restrictive des fins poursuivies afin de ne pas indûment restreindre les droits des utilisateurs. Nous reviendrons sur ce dernier aspect dans le cadre de nos commentaires sur les points saillants de l'affaire CCH.

La Cour précise également que le Barreau observe une politique d'accès à l'information juridique qui régit le service de photocopie de la bibliothèque en indiquant, entre autres, les types de demandes de photocopies qui sont acceptables. Ainsi, la personne qui demande des photocopies de matériel juridique doit préciser à quelles fins elle entend l'employer. Cette politique garantit donc raisonnablement que les ouvrages seront utilisés à des fins de recherche et d'étude privée.

ii) la nature de l'utilisation

Quant à la nature de l'utilisation, le tribunal doit examiner la manière dont l'oeuvre a été utilisée. Par exemple, si de multiples copies sont transmises, l'utilisation tend à être inéquitable. D'un autre côté, lorsqu'une seule copie est utilisée à une fin légitime en particulier, il est plus facile de conclure que l'utilisation était équitable. De la même manière, le tribunal prendra aussi en considération d'autres circonstances, tel le fait que la copie de l'oeuvre a été détruite après utilisation ou tel l'usage ou la pratique dans un secteur d'activité donné.

Toujours suivant la politique d'accès à l'information juridique, la Cour a reconnu que le Barreau n'avait fourni qu'une seule copie des documents demandés aux seules fins expressément autorisées par la Loi. La Cour est même allée jusqu'à dire que « copier une oeuvre aux fins d'une recherche juridique portant sur un sujet en particulier constitue généralement une utilisation équitable. »¹⁴

iii) l'ampleur de l'utilisation

Le caractère équitable de l'utilisation d'une oeuvre protégée dépend également de l'ampleur de l'utilisation de même que de l'importance de l'oeuvre qui aurait fait l'objet d'une reproduction illicite. La Cour doit donc répondre à la question : quelle portion de l'oeuvre a-t-il été utilisé? Bien qu'il soit possible d'utiliser équitablement une oeuvre entière (par exemple pour faire la critique d'une photographie), l'ampleur de l'extrait utilisé peut aussi être plus ou moins équitable selon la fin poursuivie. Présentant tout de même une certaine utilité, ce facteur prend plus de signification lorsque évalué en conjonction avec d'autres facteurs.

La politique d'accès à l'information juridique précise que la bibliothèque veille à ce que l'ampleur de l'utilisation des oeuvres protégées demeure raisonnable. Acceptant généralement de photocopier une décision, un article ou un court extrait d'une loi, la bibliothèque impose cependant certaines limites quant aux demandes de photocopies qui sont inacceptables. Cet aspect de la politique porte donc à croire que l'utilisation des oeuvres des éditeurs par le Barreau est équitable.

iv) les solutions de rechange à l'utilisation

Les tribunaux doivent également évaluer s'il existe un équivalent non protégé qui aurait pu être utilisé à la place de l'oeuvre. De la même manière, il y a également lieu de déterminer si l'utilisation était raisonnablement nécessaire eu égard à la fin visée. Par exemple, il est possible de croire que certains comptes rendus ou critiques puissent être réalisés sans avoir recours à la reproduction d'une oeuvre.

Les faits de l'espèce représentent un bon exemple de situation où aucune solution de rechange n'était disponible. Compte tenu du genre de recherche juridique en cause, on ne peut raisonnablement s'attendre à ce

¹⁴ *Supra* note 2, paragraphe 67.

que les usagers effectuent toujours leurs recherches sur place. Aussi, compte tenu de la forte demande dont la collection juridique de la bibliothèque fait l'objet, les chercheurs ne sont pas autorisés à emprunter des ouvrages. La reproduction des œuvres devient, dans ces circonstances, nécessaire.

v) la nature de l'oeuvre

Bien qu'il ne s'agisse pas d'un facteur décisif, les tribunaux doivent également tenir compte de la nature de l'oeuvre, savoir si elle est publiée ou non. L'utilisation d'une oeuvre non publiée sera davantage susceptible d'être équitable du fait que sa reproduction accompagnée d'une indication de la source pourra mener à une diffusion plus large de l'oeuvre en question, ce qui est d'ailleurs l'un des objectifs du régime de droit d'auteur. Il y aurait également lieu de se demander si l'oeuvre était confidentielle. Dans l'affirmative, la balance pourra pencher en faveur du caractère inéquitable de l'utilisation.

En l'espèce, la Cour est d'avis que la nature des œuvres des éditeurs porte à croire que leur utilisation par le Barreau était équitable compte tenu de l'intérêt du public à avoir accès aux décisions judiciaires sans limitation injustifiée. De plus, la politique d'accès à l'information juridique circonscrit adéquatement le service de photocopie de la bibliothèque en ce qu'elle ne permet pas que tout ouvrage juridique soit photocopie à n'importe quelle fin.

vi) l'effet de l'utilisation sur l'oeuvre

Finalement, l'effet de l'utilisation sur l'oeuvre, tel que tout effet concurrentiel, doit être pris en considération dans l'évaluation du caractère équitable de l'utilisation. La Cour a cependant pris la peine de préciser qu'il ne s'agissait pas là du facteur le plus important.

En l'espèce, aucun élément de preuve n'a été présenté par les éditeurs afin d'établir que les copies produites par la bibliothèque ont eu un impact sur le marché des œuvres des éditeurs.

Prenant en considération chacun des six facteurs susmentionnés, et à la lumière des circonstances de l'espèce, la Cour a conclu que l'utilisation des œuvres des éditeurs par le Barreau, par le biais du service de photocopie de la bibliothèque, était pour des fins de recherche et ce, de façon équitable.

3.4 Le pourvoi incident

Les éditeurs ont également formé un pourvoi incident dans lequel ils ont entre autres fait valoir que le Barreau avait aussi violé le droit d'auteur en télécopiant des copies de leurs œuvres protégées dans le cadre de son service de photocopie. Une des questions en litige de ce pourvoi incident était donc celle de savoir si la transmission par télécopieur des œuvres des éditeurs par le Barreau à des avocats de l'Ontario constituait une communication « au public » au sens du paragraphe 3(1) de la Loi constituant une violation du droit d'auteur.

Autant en première instance, en appel que devant la Cour suprême, il a été décidé que la transmission par télécopieur des copies en question n'équivalait pas à une communication au public par télécommunication pour la raison fort simple que ces copies provenaient d'un seul point et étaient destinées à une seule personne. Bien que la Cour suprême reconnaisse que la transmission répétée d'une copie d'une même œuvre à de nombreux destinataires pourrait constituer une communication au public et violer le droit d'auteur, les éditeurs n'avaient présenté aucune preuve à cet effet.

4. Quelques commentaires

Bien que plusieurs puissent être d'avis que l'affaire CCH ne constitue pas une décision qui remue ciel et terre en matière de droit d'auteur, force est de reconnaître que la Cour suprême du Canada a tout de même remis quelques pendules à l'heure et a soulevé certaines pistes de réflexion fort intéressantes.

Nous élaborerons ci-après, dans un premier temps, quelques commentaires succincts relativement aux conclusions et retombées de l'affaire CCH en matière d'exceptions. Quoique allant au-delà du cadre du présent article principalement orienté sur les exceptions d'utilisation équitable, nous nous permettons tout de même d'aborder dans un deuxième temps trois autres points saillants de l'affaire CCH, soit le critère d'originalité et les notions d'autorisation et de communication au public par télécommunication.

4.1 Les exceptions d'utilisation équitable

La première dimension de l'affaire CCH qui retient notre attention et qui aura sans doute des répercussions en droit d'auteur canadien est évidemment celle des exceptions d'utilisation équitable. Alors que les auteurs et les

tribunaux de « l'avant-CCH » traitent généralement ces exceptions comme étant des *défenses* à la violation du droit d'auteur, « l'après-CCH » nous réserve peut-être un changement d'interprétation majeur dans la mesure où la Cour suprême semble accorder à ces exceptions le statut de *droit des utilisateurs*. Bien que cette approche avait, bien sûr, déjà été considérée et préconisée dans le passé, le tribunal de la plus haute instance la « sanctionne » :

(l)Il est peut-être plus juste de considérer cette exception comme une partie intégrante de la *Loi sur le droit d'auteur* plutôt que comme un simple moyen de défense. Un acte visé par l'exception relative à l'utilisation équitable ne viole pas le droit d'auteur. À l'instar des autres exceptions que prévoit la *Loi sur le droit d'auteur*, cette exception correspond à un droit des utilisateurs.¹⁵

Que la Cour ait eu tort ou raison d'accorder à l'exception relative à l'utilisation équitable un statut particulier par rapport à certaines autres exceptions établies par la Loi, ou que la Cour ait eu tort ou raison de conclure que l'utilisation des œuvres des éditeurs ait été faite par le Barreau de façon équitable, une chose est certaine, cette nouvelle interprétation aura sûrement une incidence sur les décisions futures en matière de violation de droit d'auteur.

Cette « reconnaissance » des droits des utilisateurs donnera sans doute également une nouvelle saveur aux débats orientés sur l'esprit et l'objet de la Loi qui sont d'établir un juste équilibre entre l'intérêt public et la juste récompense de l'auteur. Depuis toujours, les pro-auteurs d'un côté et les pro-utilisateurs de l'autre se sont toujours livrés des batailles évoluant au gré de la jurisprudence, des nouvelles technologies et des nouvelles tendances. Parions que l'affaire CCH, qui fait un pas de plus dans la direction des « droits » des utilisateurs, animera encore bien des discussions sur le sujet.

Dans le but « d'élever » la portée des exceptions d'utilisation équitable à celle de droit positif, la Cour a également ajouté que non seulement ces exceptions ne doivent pas être interprétées restrictivement, mais « il faut interpréter le mot « recherche » de manière large afin que les droits des utilisateurs ne soient pas indûment restreints. »¹⁶ Dans cette perspective, la recherche ne se limite pas à celle effectuée dans un contexte non commercial ou privé. Ainsi, l'avocat ou tout autre professionnel qui exerce sa profession dans un but lucratif peut effectuer de la recherche au sens de l'article 29 de la Loi. Il y a fort à parier que, dans le futur, plusieurs se

¹⁵ *Supra* note 2, paragraphe 48.

¹⁶ *Ibid*

rabattront sur cette interprétation libérale des exceptions en matière de droit d'auteur afin de contourner une violation...ou bien encore faire reconnaître le droit d'un utilisateur.

Dans la liste des éléments à retenir de l'interprétation de la Cour suprême des exceptions d'utilisation équitable figure également l'examen des six critères servant à évaluer le caractère équitable d'une utilisation, soit le but de l'utilisation, la nature de l'utilisation, l'ampleur de l'utilisation, les solutions de rechange à l'utilisation, la nature de l'œuvre et l'effet de l'utilisation sur l'œuvre. La Cour ne s'en cache pas, certains de ces facteurs s'inspirent fortement de la doctrine américaine du *fair use*. En effet, contrairement aux exceptions d'utilisation équitable en droit canadien qui sont limitées aux situations d'étude privée ou de recherche, de critique et de compte rendu, ainsi qu'aux communications de nouvelles, le régime d'exceptions en droit d'auteur américain n'établit pas de telle limitation statutaire mais s'interprète par le biais de divers critères établis par la jurisprudence.

En établissant un parallèle clair entre l'interprétation du *fair dealing* (utilisation équitable) canadien et du *fair use* américain, il est possible de penser que la Cour suprême ait manifesté une certaine volonté « d'assouplir » le régime canadien à l'image du régime américain. Il est même possible de spéculer que ce parallèle ouvrira peut-être la porte à une plus grande importation du droit américain dans l'interprétation des exceptions en droit d'auteur canadien.

4.2 Le critère d'originalité

Un autre volet intéressant de l'affaire CCH est la définition du critère d'originalité. Puisque l'originalité est une condition essentielle à la protection d'une œuvre par le droit d'auteur, l'évaluation du critère d'originalité se trouve au cœur du débat.

En l'absence de définition statutaire, et consciente des interprétations jurisprudentielles contradictoires sur le sens du terme « originale » en matière de droit d'auteur, la Cour suprême a tout d'abord pris position quant à l'évaluation du critère d'originalité. Alors que le caractère original de certains types d'œuvres est évident en soi et ne suscite aucun questionnement, d'autres types d'œuvres, telles les compilations de données par exemples, sont plus problématiques. Où tracer la ligne entre une œuvre originale et une œuvre qui ne l'est pas ou pas suffisamment? Jusqu'où l'auteur doit-il pousser l'originalité pour mériter le droit d'auteur ?

Selon la Cour suprême dans l'affaire CCH, et tel qu'il en a été question

précédemment, la juste interprétation à donner au terme « originale » se situe entre les deux extrêmes du spectre, soit d'une part la simple idée d'effort ou de labeur, et d'autre part la nécessité que l'œuvre soit créative pour être originale. La théorie de l'effort et du labeur suggère le test le moins sévère qui soit en accordant un droit d'auteur à quiconque réalise une œuvre sans aucun caractère créatif en autant qu'un quelconque effort, aussi minimal soit-il, ait été déployé. D'un autre côté, le test de la créativité impose un fardeau plus lourd à l'auteur qui veut se prévaloir du droit d'auteur dans la mesure où le simple effort ne suffira pas à accorder à l'œuvre le statut d'œuvre originale protégée par droit d'auteur. Dans cette perspective, une « activité créative » doit avoir contribué à la création de l'œuvre.

À ce chapitre, la décision *Télé-Direct (Publications) Inc. c. American Business Information Inc.*¹⁷ a maintes fois été citée à titre de référence du critère d'originalité. Dans cette affaire, une compilation de données, c'est-à-dire un annuaire téléphonique, n'avait pas été considérée comme une œuvre originale protégée par le droit d'auteur puisque le test de la créativité n'avait pas été rencontré. La Cour d'appel fédérale avait statué que les décisions fondées sur le critère de l'effort ne devaient pas être interprétées comme affirmant que le travail permet à lui seul de conclure à l'originalité.

En accordant au mot « originale » son sens ordinaire et en se reposant entre autres sur l'historique du droit d'auteur, la jurisprudence récente, l'objet de la Loi de même que le caractère à la fois fonctionnel et équitable de ce critère, la Cour suprême a adopté une position mitoyenne entre les deux extrêmes en se prononçant comme suit sur le test applicable du critère d'originalité :

Le critère fondé sur « l'effort » n'est pas assez strict. Il favorise indûment les droits du titulaire et ne protège pas l'intérêt du public dans la production et la diffusion optimales des œuvres intellectuelles. Par contre, le critère d'originalité fondé sur la créativité est trop rigoureux. La créativité implique qu'une chose doit être nouvelle et non évidente – des notions que l'on associe à plus juste titre au brevet qu'au droit d'auteur. En comparaison, la norme exigeant l'exercice du talent et du jugement dans la production d'une œuvre contourne ces difficultés et offre, pour l'octroi de la protection du droit d'auteur, un critère fonctionnel et approprié qui est compatible avec les objectifs de politique générale de la *Loi sur le droit d'auteur*.¹⁸

Bien que certains croiront que la Cour suprême a fait fausse route en reliant la

¹⁷ (1998) 2 C.F. 22 (C.A.).

¹⁸ *Supra* note 2, paragraphe 24.

question de la créativité en droit d'auteur et les questions de nouveauté et de non évidence propres aux brevets, il y a tout de même lieu de reconnaître que la jurisprudence a fait un pas de plus vers l'élaboration d'un test du critère d'originalité soucieux de respecter « un juste équilibre entre la promotion, dans l'intérêt public, de la création et de la diffusion des œuvres artistiques et intellectuelles, d'une part, et l'obtention d'une juste récompense pour le créateur, d'autre part. »¹⁹

Bien que seul l'avenir nous dira comment la définition de l'originalité proposée par la Cour suprême sera réellement accueillie, cette définition a déjà été appliquée par la Cour fédérale, division de première instance, dans la décision *Kraff Canada Inc. c. Euro Excellence Inc.*²⁰ Dans cette affaire, en empruntant largement la terminologie employée dans l'affaire CCH, le juge a conclu comme suit quant au caractère original d'une œuvre :

Guided by CCH Canadian Ltd., although the elephant is not novel or unique, it results, in my opinion, from an exercise of skill and judgement. Different possible options obviously had to be considered and that involved intellectual effort. The exercise of skill and judgement was not trivial. In my opinion, the design of the elephant is entitled to copyright protection as an "original" work.²¹

4.3 La notion d'autorisation

Une autre question importante sur laquelle s'est penchée la Cour suprême dans l'affaire CCH fut celle de savoir si la bibliothèque avait *autorisé* la violation du droit d'auteur en mettant à la disposition des usagers des photocopieuses libre-service.

Alors que la notion d'autorisation avait déjà été établie par certains tribunaux canadiens comme signifiant « sanctionner, appuyer ou soutenir » (« sanction, approve and contenance »)²², la Cour suprême est cette fois allée un peu plus loin en insistant sur le fait que « lorsqu'il s'agit de déterminer si une violation du droit d'auteur a été autorisée, il faut attribuer au terme « countenance » son sens le plus fort mentionné dans le dictionnaire, soit « approuver, sanctionner, permettre, favoriser, encourager ».²³ Dans cette perspective, et tel que mentionné lors de la présentation de l'affaire CCH ci-haut, à la notion d'autorisation se greffe nécessairement celle du *contrôle*.

¹⁹ *Supra* note 2, paragraphe 23.

²⁰ (2004) CarswellNat 1371 (C.F. 1^{re} inst.).

²¹ *Supra* note 20, paragraphe 34.

²² *Supra* note 12.

²³ *Supra* note 2, paragraphe 38.

Non seulement la Cour affirme que le Barreau n'a pas dans les faits un contrôle suffisant sur les usagers de la bibliothèque pour que l'on puisse conclure qu'il y a eu autorisation, mais elle suggère également que le Barreau n'avait pas non plus l'obligation d'exercer un tel contrôle dans la mesure où il n'existe pas entre le Barreau et les usagers de la bibliothèque une relation employeur-employé ou une relation du même effet. En l'absence de cette obligation de contrôle, la bibliothèque ne pouvait pas être reconnue responsable d'avoir « passivement » autorisé une violation du droit d'auteur.

Cette analyse intéressante de la notion d'autorisation proposée par la Cour suprême dans l'affaire CCH a d'ailleurs été suivie peu après par le juge von Finckenstein de la Cour fédérale de première instance dans la décision qu'il a rendue en matière de téléchargement d'œuvres musicales sur Internet.²⁴ Dans cette affaire, les demandeurs, tous membres de l'Association de l'industrie canadienne de l'enregistrement, avaient allégué que certains abonnés des prestataires de service Internet en question avaient violé la législation en matière de droit d'auteur en téléchargeant (reproduisant) illégalement des œuvres musicales sur Internet, c'est-à-dire en plaçant sur le disque dur d'un ordinateur un fichier musical à la disposition de tiers à l'aide d'un réseau « peer-to-peer » (« P2P »).

Ayant conclu que « le fait de télécharger (reproduire) une chanson pour usage privé ne constitue pas une violation du droit d'auteur » en vertu des dispositions du paragraphe 80(1) de la Loi, la Cour fédérale s'est penchée sur la question à savoir si les abonnés en question avaient *autorisé* la reproduction de ces enregistrements sonores par des tiers partageant le réseau P2P.

Sans se positionner sur le bien fondé de l'interprétation qu'il en a fait, nous reproduisons ci-après les commentaires du juge von Finckenstein qui s'est appuyé sur la décision CCH quant à la notion d'autorisation :

(L'arrêt CCH) a précisé que le fait de mettre sur place des appareils qui permettent de faire des copies ne correspond pas à autoriser la violation du droit d'auteur. Je ne peux voir quelle réelle différence pourrait exister entre une bibliothèque qui place une photocopieuse dans une pièce remplie de documents visés par le droit d'auteur et un utilisateur qui place sa propre copie dans un répertoire partagé relié à un service de partage de fichiers entre homologues. Dans les deux cas, les conditions nécessaires à la copie et à la contrefaçon sont

²⁴ *BMG Canada Inc. c. John Doe* (2004), 32 C.P.R. (4th) 64 (C.F.). Cette décision fait présentement l'objet d'un appel devant la Cour d'appel fédérale.

présentes, mais il manque l'autorisation. (...) Le simple fait de placer une copie dans un répertoire partagé où l'on peut y avoir accès par l'entremise d'un service de partage de fichiers entre homologues n'est pas de la distribution. La distribution implique un acte positif de la part du propriétaire du répertoire partagé, comme l'envoi de copies ou le fait d'annoncer qu'elles sont disponibles pour qui veut les copier. En l'espèce, aucune telle preuve n'a été présentée par les demandeurs.²⁵

Cette conclusion suggère donc que non seulement les utilisateurs de réseau P2P n'ont généralement aucune obligation de contrôle ou de supervision quant à l'utilisation que les autres utilisateurs font des œuvres musicales téléchargées, mais ceux-ci jouent également un rôle passif dans la chaîne de communication en n'autorisant aucune reproduction par des tiers.

C'est d'ailleurs cette portion du raisonnement qui a soulevé une certaine controverse chez ceux qui adoptent plutôt la position que les personnes qui téléchargent des œuvres musicales sur Internet ne se limitent pas à faire une copie de l'œuvre pour *usage privé*. Certains prétendent en effet que ces personnes qui reproduisent des œuvres musicales par le biais d'un réseau P2P jouent un rôle (pro)actif dans ce système de partage P2P, ne serait-ce le fait que d'identifier le fichier musical comme étant disponible aux autres usagers du système.

Ayant pour le moment à composer avec des conclusions qui en laissent plusieurs perplexes, il reste à espérer que la cour d'appel saura apporter des précisions et développements quant à la notion d'autorisation de reproduction d'œuvres musicales par le biais d'Internet.

Une question similaire s'est présentée devant la Cour suprême du Canada dans le cadre de la décision *Society of Composers, Authors & Music Publishers of Canada c. Canadian Assn. of Internet Providers*²⁶, mieux connue sous le nom de « l'affaire du Tarif 22 ». En bref, cette affaire soulevait la question à savoir qui devait verser des redevances aux artistes et aux compositeurs titulaires de droit d'auteur sur les œuvres musicales téléchargées au Canada à partir d'un autre pays au moyen de l'Internet. Alors que la Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique (la « SOCAN ») voulait contraindre les divers fournisseurs de services Internet situés au Canada à payer ces redevances, lesdits fournisseurs de services Internet s'y opposaient sur la base qu'ils ne réglementent ni ne connaissent le contenu des communications Internet qu'elles effectuent. Les fournisseurs de services

²⁵ *Supra* note 24, paragraphe 27.

²⁶ 2004 CSC 45.

Internet prétendaient ne fournir que le *moyen* de communication sans exercice de contrôle.

Ayant décidé que, en vertu des dispositions de l'alinéa 2.4(1)(b) de la Loi, les fournisseurs de services Internet n'effectuent pas, sous réserve de certaines autres considérations, une communication au public dans la mesure où ils ne font que fournir à un tiers les moyens de télécommunication nécessaires pour que celui-ci l'effectue, la Cour suprême s'est dans un deuxième temps demandé si ces fournisseurs de services *autorisent* les fournisseurs de contenu (soit ceux qui rendent des œuvres musicales disponibles sur Internet) à commettre cette communication au public.

En employant la terminologie employée dans l'affaire CCH, la Cour suprême a statué que « (l) le fait de savoir que quelqu'un *pourrait* violer le droit d'auteur grâce à une technologie sans incidence sur le contenu (par ex. un photocopieur) n'équivaut pas nécessairement à autoriser cette violation, car il faut démontrer que l'intéressé a « approuv(é), sanctionn(é), permisi(s), favoris(é), encourag(é) » le comportement illicite ». ²⁷ Dans les faits, les fournisseurs de services Internet n'ont assuré aucun contrôle du contenu des innombrables fichiers circulant sur Internet. Dans ces circonstances, la Cour suprême a conclu qu'aucune communication n'avait été « autorisée » par les fournisseurs d'accès.

Sous réserve de certaines situations où les fournisseurs de services Internet échapperaient à l'exception de l'alinéa 2.4(1)(b) de la Loi, notamment les cas où ils continueraient de fournir l'accès Internet à leurs clients diffusant du contenu illégal, la décision de la Cour suprême a eu pour effet de soustraire les fournisseurs de services Internet au paiement de certaines redevances en vertu du Tarif 22.

4.4 La communication au public par télécommunication

Sans entrer dans une analyse détaillée de ce quatrième commentaire portant sur le droit de communiquer une œuvre au public par télécommunication, arrêtons-nous brièvement sur la question du pourvoi incident de l'affaire CCH. Tel que mentionné précédemment, une des questions en litige qui s'est présentée devant la Cour suprême était celle de savoir si la transmission par télécopieur des œuvres des éditeurs par le Barreau à certains de ses membres constituait une communication « au public » au sens du paragraphe 3(1) de la Loi, constituant ainsi une violation du droit

²⁷ *Supra* note 26, paragraphe 127.

d'auteur.²⁸

Alors qu'il est relativement simple et raisonnable de conclure que le fait de transmettre une seule copie à une seule personne par télécopieur ne constitue pas une communication « au public », tel qu'il a d'ailleurs été décidé par la Cour suprême, la même question pourrait se poser dans un contexte beaucoup plus complexe, soit la communication d'une oeuvre par le biais d'Internet. Pensons par exemple au cas de l'utilisateur d'un réseau P2P qui met une oeuvre musicale à la disposition de tiers. Cet utilisateur communique-t-il cette oeuvre au public par télécommunication? Possiblement.

Dans la mesure où la communauté d'utilisateurs qui partagent un réseau P2P peut être perçue par les tribunaux comme étant un « public » au sens de la Loi, bien que chaque utilisateur accède de façon indépendante et non simultanée au fichier, il pourrait être argumenté qu'il y a communication à ce public d'utilisateurs au moment où le fichier est transmis. De cette façon, la personne qui met une oeuvre musicale à la disposition de tiers pourrait, si la chaîne de communication est complétée par un tiers qui reçoit l'oeuvre ou si le seul fait de télécharger l'oeuvre sur un réseau P2P est reconnu par les tribunaux comme étant une autorisation de cette communication au public, commettre une violation de droit d'auteur.

Il ressort des brefs commentaires qui précèdent (qui ne sont en fait qu'une sélection limitée) que l'affaire CCH continuera certainement à influencer les tribunaux dans leurs décisions en matière de droit d'auteur. Que ce soit relativement aux exceptions d'utilisation équitable ou aux autres conclusions soulevées précédemment, le potentiel d'impacts de l'affaire CCH en droit d'auteur canadien n'est pas à négliger.

Comme nous avons pu le constater, les conclusions de la Cour suprême impliquant des oeuvres littéraires imprimées et des appareils de reproduction plus traditionnels tels les photocopieuses peuvent tout aussi bien trouver application dans les cas les plus complexes impliquant les nouvelles technologies existantes (telles que l'Internet) et celles à venir. Les répercussions de l'affaire CCH demeurent donc un dossier chaud.

ROBIC + LAW
+ BUSINESS
+ SCIENCE
+ ART

ROBIC + DROIT
+ AFFAIRES
+ SCIENCES
+ ARTS

²⁸ Pour plus de précision, il est à noter que le droit de *communiquer une oeuvre au public par télécommunication* est un droit différent de celui de *reproduire* une oeuvre, tel que traité au point 4.3.

