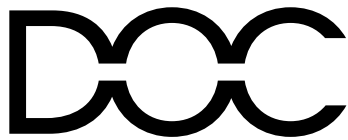


Droit d'auteur et utilisation équitable

LIGNES DIRECTRICES DESTINÉES
AUX DOCUMENTARISTES



DOCUMENTARY ORGANIZATION OF CANADA
DOCUMENTARISTES DU CANADA

MAI 2010

Sommaire

| | |
|---|----|
| Préambule | 3 |
| Toile de fond | 4 |
| L'incorporation incidente et l'espace public | 4 |
| Utilisation équitable | |
| L'utilisation est-elle faite à une fin admissible? | 6 |
| L'utilisaton est-elle équitable? | 9 |
| Lorsque requis, y a-t-il eu mention de l'auteur et de la source? | 12 |
| Lignes directrices | |
| Première ligne directrice : la saisie non délibérée d'œuvres protégées | 13 |
| Deuxième ligne directrice : l'utilisation d'œuvres protégées pour documenter un événement qui mérite d'être signalé dans les nouvelles. | 14 |
| Troisième ligne directrice : l'utilisation d'œuvres protégées à des fins de critique ou de compte rendu soit de la composition de l'œuvre, soit des points de vue exprimés dans l'œuvre. | 16 |
| Quatrième ligne directrice : l'utilisation d'une œuvre protégée aux fins de critiquer une autre œuvre ou d'en faire un compte rendu | 18 |
| Conclusion et considérations supplémentaires | |
| L'utilisation d'œuvres protégées qui ne constituent pas une partie importante de l'œuvre | 20 |
| Les œuvres qui relèvent du domaine public | 20 |
| Annexe | |
| Droit d'auteur et utilisation équitable: Résumé des lignes directrices destinées aux documentaristes | 22 |

Préambule

Les présentes lignes directrices décrivent l'application des règles en matière d'utilisation équitable et de droit d'auteur aux pratiques des documentaristes au Canada.¹

Une enquête récente auprès de documentaristes canadiens a révélé que les frais d'affranchissement des droits d'auteur représentent maintenant jusqu'à 27 pour cent du budget d'un film.² Indépendamment des coûts élevés, l'obligation pour les documentaristes d'obtenir des licences pour *chaque* utilisation de contenu protégé par le droit d'auteur, même les utilisations les plus équitables ou incidentes, crée de véritables problèmes pour les documentaristes. L'ironie est que plusieurs des frais d'affranchissement sont inutilement engagés. En effet, dans une large mesure, le contenu qu'utilisent les documentaristes se qualifie à titre d'incorporation incidente ou d'utilisation équitable qui ne nécessitent aucun affranchissement en vertu de la loi canadienne sur le droit d'auteur. Plusieurs projets de documentaires canadiens sont inutilement pénalisés – sur le plan du contenu et de la qualité – par cette «culture de l'affranchissement»³.

La Cour suprême du Canada perçoit l'utilisation équitable et d'autres exceptions relatives à la responsabilité pour violation du droit d'auteur comme des «droits d'utilisateurs» qui doivent recevoir une interprétation juste et équilibrée.⁴ La Cour suprême a également indiqué qu'elle s'appuierait sur les pratiques courantes pour déterminer ce qui est considéré comme équitable dans une communauté artistique et pour apprécier l'équité d'un système de pratiques.⁵ Les présentes lignes directrices, fondées sur la loi et guidées par les pratiques de l'industrie, se veulent une réponse à l'invitation de la Cour suprême d'aider les tribunaux qui

-
- 1 Le présent document est comparable au document du *Center for Social Media de l'American University*, intitulé «Documentary Filmmakers' Statement of Best Practices in Fair Use», qui clarifie ce que le milieu des documentaristes considère être une application raisonnable de la doctrine américaine du «*fair use*» en matière de droit d'auteur. [«Statement of Best Practices in Fair Use»]. Disponible à <http://www.centerforsocialmedia.org/files/pdf/fair_use_final.pdf>.
 - 2 Kirwan Cox, *Censorship by Copyright: Report of the DOC Copyright Survey* (novembre 2005), en ligne: American University Washington College of Law <<http://www.wcl.american.edu/pijip/go/internationalfilm>>.
 - 3 Pour un examen approfondi des conséquences d'une «culture d'affranchissement» sur les cinéastes de documentaires, y compris le rôle que les assureurs et avocats, les radiodiffuseurs et les autres gardiens d'erreurs et d'omissions, joue dans l'interprétation du droit d'auteur et des pratiques de l'industrie, voir Laura J. Murray and Samuel E. Trosow, *Canadian Copyright: A Citizen's Guide* (Toronto: Between the Lines, 2007) à 126-133 [Murray and Trosow]; Howard Knopf, «The Copyright Clearance Culture and Canadian Documentaries: A White Paper on Behalf of the Documentary Organisation of Canada ("DOC")» *Documentary Organisation of Canada* (22 Novembre 2006), en ligne: Documentary Organisation of Canada <http://docorg.ca/sites/docorg.ca/files/White%20Paper_HPK_Copyright&Documentaries.pdf>. [Knopf, *DOC White Paper*]; Sheila Curran Bernard and Kenn Rabin, *Archival Storytelling: A Filmmaker's Guide to Finding, Using, and Licensing Third-Party Visuals and Music* (Oxford: Focal Press, 2009) à 220; Nancy Ramsey, «The Hidden Cost of Documentaries» *New York Times* (16 Octobre 2005), en ligne: New York Times <<http://www.nytimes.com/2005/10/16/movies/16rams.html>>; et Sean Flynn et Peter Jaszi, *Untold Stories: Creative Consequences of the Rights Clearances Culture for Documentary Filmmakers* (Decembre 2009), en ligne: American University Washington College of Law <<http://www.wcl.american.edu/pijip/go/internationalfilm>>.
 - 4 *CCH Canadienne Ltée c. Barreau du Haut-Canada*, 2004 CSC 13, 30 C.P.R. (4th) 1, [2004] 1 R.C.S. 339 au par. 48 [CCH]; *Théberge c. Galerie d'Art du Petit Champlain*, [2002] 2 R.C.S. 336, 2002 CSC 34 [Théberge].
 - 5 *CCH*, *ibid* au par. 63.

seront appelés, dans le futur, à interpréter l'utilisation équitable dans le contexte des documentaires.⁶

Le présent document aborde quatre catégories d'utilisation pour lesquelles les documentaristes s'entendent pour dire que l'affranchissement des droits d'auteur n'est pas nécessaire en vertu du droit canadien. Il y a consensus, chez les documentaristes, pour dire que de telles utilisations sont acceptables et légales à titre d'incorporation incidente ou d'utilisation équitable d'œuvres protégées par le droit d'auteur.

Toile de fond

La *Loi sur le droit d'auteur*⁷ canadienne établit un équilibre entre, d'une part, la promotion, dans l'intérêt public, de la création et de la diffusion des œuvres et, d'autre part, les intérêts privés des créateurs à obtenir une juste récompense pour leurs œuvres.⁸ Dans le contexte des documentaires, deux ensembles d'exceptions relatives à la responsabilité pour violation du droit d'auteur peuvent aider les documentaristes : (1) les exceptions d'incorporation incidente⁹ et d'espace public¹⁰ et (2) l'exception relative à l'utilisation équitable.¹¹

L'incorporation incidente et l'espace public

Les documentaristes peuvent incorporer une autre œuvre, en tout ou en partie, dans un documentaire lorsque l'incorporation est incidente et non délibérée.¹²

La *Loi sur le droit d'auteur* prévoit une exception explicite qui dispense les documentaristes de l'obligation d'affranchir les droits sur, par exemple, les logos, la musique (y compris les sonneries de téléphones mobiles) et les panneaux réclame susceptibles de figurer dans une scène de documentaire tournée dans

6 L'application des présentes lignes directrices se limite au contexte des documentaires. Il se peut que d'autres normes d'équité s'appliquent dans d'autres milieux créatifs. Par exemple, le système de pratiques dans le milieu des producteurs de programmes d'information peut être différent de celui du milieu des documentaristes et les deux systèmes peuvent être sensiblement différents des pratiques qui ont cours dans le milieu des réalisateurs de films de fiction.

7 *Loi sur le droit d'auteur*, L.R.C. 1985, ch. C-42 [*Loi sur le droit d'auteur*].

8 *Théberge* au par. 30, 123, juge Binnie (renvoi à *Apple Computer, Inc. c. Mackintosh Computers Ltd.*, [1987] 1 C.F. 173 (1^{re} inst.) 200).

9 *Loi sur le droit d'auteur*, *supra* note 7, art. 30.7.

10 *Ibid.*, sous-al. 32.2(1) b)(ii).

11 *Ibid.*, art. 29.

12 *Ibid.*, art. 30.7. Cette exception prévoit ce qui suit:

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

- a) l'incorporation d'une œuvre ou de tout autre objet du droit d'auteur dans une autre œuvre ou un autre objet du droit d'auteur;
- b) un acte quelconque en ce qui a trait à l'œuvre ou l'autre objet du droit d'auteur ainsi incorporés.

la rue. Cette exception importante rend irrecevables au Canada certaines des demandes d'affranchissement les plus outrancières qui ont été faites aux États-Unis,¹³ un pays dont la loi sur le droit d'auteur ne comprend pas d'exception explicite semblable (bien qu'une telle incorporation soit admissible à titre de *fair use* selon la *Documentary Filmmakers' Statement of Best Practices in Fair Use* (États-Unis)).¹⁴

Les documentaristes peuvent également filmer des édifices et des sculptures situées en permanence dans un espace public. La *Loi sur le droit d'auteur* prévoit une exception explicite qui permet aux documentaristes de filmer des édifices ou des sculptures situées dans un espace public au Canada, sans égard à leur notoriété ou l'importance qu'ils occupent dans la scène.¹⁵

Ces droits s'ajoutent aux droits d'utilisation équitable dont bénéficient les documentaristes; ils ne s'y substituent pas et ne les limitent pas.¹⁶ Autrement dit, il se peut que l'utilisation d'une image protégée par le droit d'auteur ne viole pas ce droit, tant à titre d'utilisation équitable de l'œuvre qu'à titre d'incorporation incidente de celle-ci.

13 Récemment, Fox a exigé que le site de vidéo en ligne Broadcaster.com retire trois clips d'animation qui parodiaient Les Simpsons – intitulés *The OJ Simpsons* – parodiant le spectacle animé de Fox, *The Simpsons* («Fox angry at Simpsons web parody» *BBC News* (14 mai 2007), en ligne: *BBC News* <http://news.bbc.co.uk/2/hi/entertainment/6654087.stm>). Dans *Anheuser-Busch Inc c. Balducci Publications* (*Anheuser-Busch Inc c. Balducci Publications* 28 F3d 769 (1994)), la bière Michelob était représentée comme un produit huileux dans une publicité destinée à commenter un déversement de pétrole. Le tribunal a conclu que l'exception fondée sur le Premier devait céder le pas aux droits de Michelob. Dans *Starbucks c. Dwyer* (*Starbucks c. Dwyer* (2000) C00 1499), Starbucks a poursuivi Kieron Dwyer pour violation de droit d'auteur, contrefaçon de marque de commerce, dilution de marque de commerce et concurrence déloyale après qu'un caricaturiste ait créé une parodie du logo de Starbucks représentant une sirène avec la mention «consumer whore». Bien que le *United States District Court for Northern California* ait statué que l'entreprise n'allait sans doute pas avoir gain de cause relativement à ses allégations de violation de droit d'auteur et de contrefaçon de marque de commerce, puisque le dessin de Dwyer allait vraisemblablement être considéré comme une parodie légitime, le tribunal a accordé une injonction, puisqu'il a également conclu que la parodie du défendeur ternissait l'image de Starbucks et constituait une dilution de la marque de commerce. Dans *Mattel Inc c. Walking Mountain Productions*, 353 F. 3d 792 (2004), Mattel a intenté un recours contre un artiste qui avait produit des photographies où des poupées Barbie avaient été utilisées pour représenter des scènes d'interactions humaines (*Mattel Inc c. Walking Mountain Productions* 353 F. 3d 792 (2004)).

14 «Énoncé des pratiques exemplaires en matière d'usage», *supra* note 1.

15 *Loi sur le droit d'auteur*, *supra* note 7, sous-al. 32.2(1) b)(ii). Cette exception prévoit ce qui suit:
Ne constituent pas des violations du droit d'auteur [...] b) la reproduction dans une peinture, un dessin, une gravure, une photographie ou une oeuvre cinématographique [...] (ii) d'une sculpture ou d'une oeuvre artistique due à des artisans, ou d'un moule ou modèle de celles-ci, érigées en permanence sur une place publique ou dans un édifice public.
Voir également De Beer, «Fair Dealing for Filmmakers: A Report on User Rights for Documentary Filmmakers in Canada» à la p. 3, en ligne: *American University Washington College of Law* <<http://www.wcl.american.edu/pijip/go/filmmakerpapers>>; et Murray et Trosow, *supra* note 3 à la p. 128.

16 *CCH*, *supra* note 4 au par. 49, où la Cour a affirmé que la règle selon laquelle «l'exception relative à l'utilisation équitable créée par l'art. 29 peut toujours être invoquée» fait partie intégrante du régime de droit d'auteur. Tout comme la grande bibliothèque d'Osgoode Hall devrait s'en remettre à l'exception relative aux bibliothèques (prévues dans la *Loi sur le droit d'auteur*, L.R.C. 1985, ch. C-42, art. 30.2, mod.) seulement si elle n'est pas en mesure de prouver l'application de l'exception relative à l'utilisation équitable (prévues dans la *Loi sur le droit d'auteur*, L.R.C. 1985, ch. C-42, art. 29, mod.), les documentaristes pourront invoquer les deux exceptions – l'utilisation équitable et les droits d'utilisation, pour montrer qu'ils n'ont pas violé de droit d'auteur.

Ces droits sont utiles aux documentaristes non seulement parce qu'ils les déchargent du fardeau onéreux et coûteux de l'affranchissement des droits, mais parce qu'ils les dispensent de l'obligation de «brouiller» ou de retrancher au montage de la musique, des statues et des façades d'édifice qui n'ont pas fait l'objet d'un affranchissement de droits. Ensemble, ces droits permettent aux documentaristes de documenter la réalité : ils réservent l'espace public au public

Utilisation équitable

La notion d'utilisation équitable fournit un cadre de travail qui permet l'utilisation sans licence d'œuvres protégées par le droit d'auteur à des fins particulières.¹⁷ Le test d'utilisation équitable oblige le documentariste à répondre par l'affirmative aux trois questions suivantes :

1. L'utilisation est-elle faite à une fin admissible?
2. L'utilisation est-elle équitable?
3. Le documentariste a-t-il mentionné l'auteur et la source (dans le cas d'une critique, d'un commentaire ou d'une communication des nouvelles)?¹⁸

1. L'utilisation est-elle faite à une fin admissible?

La *Loi sur le droit d'auteur* permet d'invoquer l'exception relative à l'utilisation équitable dans cinq cas seulement : (1) l'étude privée, (2) la recherche, (3) la critique, (4) le compte rendu et (5) la communication des nouvelles.¹⁹ Quel que

¹⁷ *Loi sur le droit d'auteur*, supra note 7, art. 29-29.2 (voir la note 19 ci-après et le texte d'accompagnement).

¹⁸ *Ibid*, art. 29. Les deux premiers éléments de ce critère ont été énoncés pour la première fois dans *Zamacois c. Douville*, (1943) Ex. C.R. 208 [Zamacois]. Le troisième élément a été rendu obligatoire par les modifications apportées à la loi en 1997 qui prescrivent l'inclusion d'une obligation de mentionner l'auteur et la source dans le cas de critiques, de comptes rendus et de communication des nouvelles: L.C. 1997. ch. 24, art. 18.

¹⁹ L'article 29 de la *Loi sur le droit d'auteur* prévoit ce qui suit en ce qui concerne la recherche et l'étude privée:

29. 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.

L'article 29.1 de la *Loi sur le droit d'auteur* prévoit ce qui suit en ce qui concerne la critique ou le compte rendu:

29.1 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.

L'article 29.2 de la *Loi sur le droit d'auteur* prévoit ce qui suit en ce qui concerne la communication des nouvelles:

29.2 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.

soit le caractère équitable de l'utilisation, si l'utilisation n'est pas faite pour l'une de ces cinq fins, l'exception relative à l'utilisation équitable ne peut être invoquée²⁰.

Les documentaires, de par leur nature, sont couverts par plusieurs de ces fins. Chacune des cinq catégories d'utilisations est interprétée de façon téléologique. Par exemple, l'expression «critique», ne s'entend pas de la critique dans un sens académique ou littéraire seulement, mais doit être interprétée de manière à inclure le commentaire critique, la contestation de points de vue et même la parodie lorsqu'elle est entreprise dans l'intention véritable de critiquer l'œuvre parodiée.²¹ Pareillement, l'expression «compte rendu» devrait être interprétée de manière à inclure non seulement le commentaire sur le mérite artistique, mais le compte rendu et la communication de faits et d'événements.²² L'expression

20 Carys Craig, *Fair Dealing and the Purposes of Copyright Protection: An Analysis of Fair Dealing in the Copyright Law of the U.K. and Canada* (Thèse LL.M., Faculté de droit, Queen's University, 2000) [Craig, non publié], à 106; et Daniel Gervais, «Canadian Copyright Law Post-CCH» (2004) 18:02 IPJ 131 à 157.

21 David Vaver, *Copyright Law* (Toronto: Irwin Law Inc., 2000) [Vaver] à la p. 194 [citant *Hager c. ECW Press Ltd.* (1988), 85 C.P.R. (3d) 289 (C.F. 1^{re} inst.) [Vaver]; *Pro Sieben Media A.G. c. Carlton U.K. Television Lts.*, [1999] F.S.R. 610 (C.A.)] et 195, où Vaver critique l'arrêt *Compagnie Générale des Établissements Michelin – Michelin & Cie c. Syndicat national de l'automobile, de l'aérospatiale, du transport et des autres travailleurs et travailleuses du Canada (TCA-Canada)* (1996), 71 C.P.R. (3d) 348 (C.F. 1^{re} inst.) [Michelin] qualifiant de «troublante» l'affirmation dans l'arrêt *Michelin* selon laquelle «la revendication de la garantie de liberté d'expression» ne peut jamais l'emporter sur le droit d'auteur, un droit de «propriété». Vaver soutient que d'emblée, la véritable parodie ou satire ne devrait pas être considérée comme une violation du droit d'auteur. Ce point de vue a été entériné par la suite dans *Les productions Avanti Ciné Vidéo inc. c. Favreau*, [1999] 177 D.L.R. (4th) 568 (C.A. Qué.) [Favreau]. Voir aussi *Pro Sieben Media AG c. Royaume-Uni Carlton Television Lts.*, [1999] FSR 610 (C.A.) [Pro Sieben]. Pour en savoir plus sur la liberté d'expression et les répercussions de la Charte des droits d'auteur et d'une critique de Michelin, voir Jane Bailey, «Deflating the Michelin Man: Protecting Users' Rights in the Canadian Copyright Reform Process» dans Michael Geist, éd., *In the Public Interest: The Future of Canadian Copyright Law* (Toronto: Irwin Law, 2005) 125. Suite au jugement de la Cour suprême dans CCH, D'Agostino a fait valoir qu'il est raisonnable d'affirmer que «une critique» pourrait maintenant inclure la parodie et que «l'approche restrictive de Michelin ne semble plus être une bonne loi»: Giuseppina D'Agostino, «Healing Fair Dealing?: A Comparative Copyright Analysis of Canada's Fair Dealing to U.K. Fair Dealing and U.S. Fair Use» (2008) 53 McGill LJ 309, à la p. 330 [D'Agostino]. Plus récemment, la Commission du droit d'auteur du Canada a noté que la critique et le compte rendu peuvent être des activités privées et que les étapes préparatoires à ces activités peuvent être caractérisées de «recherche»: voir *Gestion collective relative aux droits visés aux articles 3, 15, 18 et 21*, [2009] C.B.D. No. 6; C.D.A. no 6. (26 juin 2009) Commission du droit d'auteur, aux par. 91 – 94 en ligne: Commission du droit d'auteur du Canada < <http://www.cb-cda.gc.ca/decisions/2009/Access-Copyright-2005-2009-Schools.pdf> > [Commission du droit d'auteur, K-12 (2009)]. Voir aussi Cary J. Craig, «Putting the Community in Communication: Dissolving the Conflict Between Freedom of Expression and Copyright Law» (2006) 56 *University of Toronto Law Journal* à 97 (où Craig critique également la décision dans *Michelin*, en faisant valoir que, en vertu de la catégorie de propriété privée et des analogies que cette catégorie permet, la nature du droit d'auteur est déformée pour s'adapter à des hypothèses concernant les droits traditionnels de propriété privée) [Craig, «Dissolving the Conflict»]; Hugues G. Richard, *Fair Dealing: Criticism, Review and Newspaper summaries* at 4, en ligne: Leger Robic Richard/Robic (1994) <<http://www.robic.ca/publications/Pdf/146-HGR.pdf>> (où citant, *Hubbard v. Vosper*, [1972] 1 All E.R. 1023 (C.A.) [Hubbard], Richard indique que la critique ne se limite pas au style ou au mode d'expression d'un travail, mais peut s'étendre à des idées ou théories qui y sont contenues) [Richard]. La critique ne se limite pas à la critique littéraire et l'on est libre de faire usage d'extraits d'une œuvre dans le but de critiquer les vues exprimées par l'auteur. Richard précise également (citant S. Eaton Drone, un traité sur le droit de propriété dans les productions intellectuelles en Grande-Bretagne et des États-Unis (Boston, Little, Brown & Co. 1879)) que la critique doit être déterminé par le caractère de ses publication et l'objet qu'il sert. Voir aussi John S. McKeown, *Fox Canadian Law of Copyright and Industrial Designs*, 4^e ed. (Toronto: Thomson Canada Limited, 2009), à 23-12 où [citant *Hubbard v. Vosper* [1972] 1 All E.R. 1023 (C.A.)], McKeown indique que la critique s'étend non seulement au style littéraire, mais aussi à la doctrine ou la philosophie de l'écrivain, tel qu'exposé dans l'œuvre littéraire en question et qu'elle devrait être interprétée libéralement) [McKeown].

22 Vaver, *ibid.* à la p. 191, où Vaver [en citant *Allen c. Toronto Star Newspaper Ltd* (1997), 36 O.R. (3d)] affirme qu'il est possible d'utiliser équitablement [TRADUCTION] «même une œuvre, un enregistrement sonore, une prestation ou une radiodiffusion au complet.» Voir également à la p. 194, où Vaver affirme explicitement que le compte rendu [TRADUCTION] «peut également comprendre la revue d'événements ou de faits passés».

«communication des nouvelles» ne devrait pas se limiter aux bulletins de nouvelles du soir et aux journaux, et devrait aussi s'appliquer aux documentaires qui rassemblent des faits et des événements :²³ la disposition canadienne ne se limite pas à la communication par reportage d'événements d'*actualité*, comme c'est le cas dans des juridictions comme celle du Royaume-Uni²⁴ et de la Nouvelle-Zélande.²⁵ Ce qui compte est le caractère factuel ou historique et non l'actualité d'un propos.

La «recherche» et l'«étude privée» sont des activités privées qui aident les documentaristes dans la *préparation* de leurs films, mais qui ne dispensent pas de l'obligation d'affranchissement des droits en prévision de leur distribution et de leur exécution en public.²⁶

Le tribunal de *Pro Sieben*, *supra* note 21 à la p. 614 reconnu que l'examen peut également s'étendre aux idées trouvées dans un ouvrage et répercussions sociales ou morales. Voir aussi, McKeown, *supra* note 21 à la p. 23-12 où il déclare que le mot «révision» doit être interprété libéralement.

23 Vaver, *supra* note 21 à la p. 193, où Vaver affirme que le compte rendu d'événements d'actualité, qui est l'interprétation actuelle de l'expression «communication des nouvelles» peut se produire dans «tout média», couvrir une «gamme de formats» et s'appliquer à «toutes les formes d'informations», et non seulement aux actualités. De même, l'analyse du Royaume-Uni sur le thème «communication de l'actualité» dans *Pro Sieben*, *supra* note 21 n'a pas de charnière sur tout support ou le format de livraison, en particulier, mais uniquement si le contenu ou le sujet était objectivement de nature factuelle. Voir aussi, McKeown *supra* note 21 à la p. 23-13, où [en citant *Allen v. Toronto Star Newspapers Ltd.* (1997), 36 O.R. (3d) 201] McKeown indique que les résumés de journal s'étendent désormais à tous les médias. Voir aussi, Richard, *supra* note 21 à la p. 6, où Richard énonce la définition d'un résumé en tant qu'un court exposé des points essentiels d'une affaire, ce qui pourrait soutenir l'idée résumé des nouvelles que équitable et qui ne devrait pas être limité aux nouvelles du soir en cours et le journal du matin et aussi longtemps que c'est un court récit d'une affaire.

24 *Copyright, Designs and Patents Act 1988* (c. 48) art. 30. Dans *The Newspaper Licensing Agency Ltd. v. Marks & Spencer plc*, [1999] R.P.C. 536 (Ch D) [*Marks & Spencer*], Lightman J. estime que «les nouvelles» sont plus larges que «l'actualité», comme elle s'étend à la déclaration des événements du passé qui n'étaient pas connus auparavant et des questions d'un intérêt historique. Pour un résumé de l'histoire jurisprudentielle d'interprétation «actualité» au Royaume-Uni, voir Craig, non publié, *supra* note 20 à 50-54 ans.

25 *Copyright Act 1994* No 143 (as at 1 December 2008), Public Act, art. 42.

26 Dans une décision récente de la Commission du droit d'auteur (Commission du droit d'auteur, *K-12* (2009), *supra* note 21) au paragraphe 89, on affirme que: «Il y a recherche dès lors qu'il y a effort pour trouver, peu importe sa nature ou son intensité.» Dans la même décision, la Commission souligne qu'il y a plus d'un siècle, les tribunaux britanniques ont statué que l'étude d'œuvres protégées en salle de classe ne constituait pas de la «recherche privée». Il est important de noter, néanmoins, que la Cour dans l'arrêt *CCH*, *supra* note 4 au par. 51 a déclaré que la «recherche» en tant que terme «doit recevoir une interprétation large et libérale afin de garantir que les droits des utilisateurs ne soient pas indûment limité», et qu'il n'est pas limitée à des contextes privés ou non-commerciaux afin de se qualifier comme équitable. Factuel, éditorial, le cinéma et d'autres matériel de recherches de tiers partie par des cinéastes dans le but de construire une histoire et en sélectionnant des extraits de films susceptibles de servir à la version finale d'un film reste de la recherche au sens de l'article 29 et peut être invoquée dans les préparatifs en vue d'un montage final d'un film.

2. L'utilisation est-elle équitable?

Le caractère équitable du traitement de l'œuvre est au cœur de l'exception relative à l'utilisation équitable. La Cour suprême du Canada a établi une liste non exhaustive de six facteurs que doivent considérer les tribunaux pour statuer sur le caractère équitable d'une utilisation donnée.²⁷ Ces facteurs seront adaptés aux faits de l'espèce et dans certaines situations, il ne sera pas nécessaire de tous les appliquer.

(1) **Le but de l'utilisation** : Les tribunaux évalueront objectivement le but ou le motif réel du documentariste dans l'utilisation de l'œuvre protégée, et non sa croyance subjective.²⁸

(2) **La nature de l'utilisation** : Les tribunaux examineront la manière dont l'œuvre protégée est utilisée.²⁹ Les coutumes ou les pratiques dans un secteur d'activité donné peuvent aider à décider si la nature de l'utilisation est équitable ou non.³⁰ Les présentes lignes directrices visent justement à établir les pratiques acceptées chez les documentaristes en vue d'éclairer les tribunaux à cet égard.

(3) **L'ampleur de l'utilisation** : Les tribunaux examineront tant l'ampleur de l'utilisation que l'importance de l'extrait tiré de l'œuvre qui aurait fait l'objet d'une violation.³¹ Même une œuvre entière peut être copiée équitablement dans certains

27 *CCH*, *supra* note 4 aux par. 53-60. D'autres facteurs non nommés pourraient également être utilisés pour évaluer l'équité d'une utilisation - D'Agostino, *supra* note 21.

28 Le but de l'utilisation aura tendance à être juste si elle est pour l'une des fins autorisées en vertu de la Loi: la recherche d'étude privée, la critique, la révision ou la communication des nouvelles. «Ces objectifs autorisés ne devraient pas subir une interprétation restrictive ou ceci entraînerait la restriction induite des droits des usagers.» *CCH*, *supra* note 4 au par. 54 [renvoi à l'arrêt *Associated Newspapers Group plc c. News Group Newspapers Ltd.*, [1986] R.P.C. 515 (Ch. D.) et à McKeown, *supra* note 21 à 23-26], John S. *Fox Canadian Law of Copyright and Industrial Designs*, 4th ed. Toronto: Thomson/Carswell, 2003 (feuilles mobiles), aux pp. 23-26]. Voir également Commission du droit d'auteur, *K-12* (2009), *supra* note 21 au par. 117, où la Commission a statué que : «La copie unique faite pour l'usage du copiste, à sa demande ou non, bénéficie de l'exception dès lors qu'elle est faite à une fin y donnant ouverture, même si elle est faite aussi à une autre fin. Il en est de même pour la copie unique ou multiple faite pour un tiers à sa demande, dès lors qu'elle est faite à une fin donnant ouverture à l'exception, même si elle est faite aussi à une autre fin.». Voir aussi, *CCH* *supra* note 4 au para. 54, où la Cour a déclaré: «... ces fins autorisées ne doivent pas être données une interprétation restrictive ou ce qui pourrait entraîner la restriction induite des droits des usagers. «Ces objectifs autorisés ne devraient pas subir une interprétation restrictive ou ceci entraînerait la restriction induite des droits des usagers».

29 Voir Commission du droit d'auteur, *K-12* (2009), *supra* note 21 au par. 99, où la Commission, discutant l'analyse de la «nature de l'utilisation» statue que les pratiques suivantes seraient considérées moins équitables : le fait de faire plusieurs copies plutôt qu'une seule; le fait de garder une copie plutôt que de la détruire après l'usage. Aux États-Unis, le caractère de l'utilisation est déterminé en partie par une question de savoir si elle est transformatrice. Une œuvre est réputée transformatrice si ce n'est pas simplement un remaniement gratuit de l'original; si elle «ajoute quelque chose de nouveau, avec un autre but de nature différente, modifier l'œuvre originale avec une nouvelle expression, sens, ou message». *Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc.*, 510 U.S. 569 (1994).

30 *CCH*, *supra* note 4 au par. 55 (renvoi à *Sillitoe c. McGraw-Hill Book Co. (U.K.)*, [1983] F.S.R. 545 (Ch. D.) [*Sillitoe*]). Pour une discussion sur l'utilité des meilleures pratiques d'industrie ou des lignes directrices pour déterminer l'équité en ce qui concerne l'utilisation équitable, voir D'Agostino, *supra* note 21 aux pp. 334, 354-359, 361-362.

31 *CCH*, *ibid.* au par. 56 (renvoi à *Hubbard c. Vosper*, *supra* note 21, [1972] 1 All E.R. 1023 (C.A.)); voir également Vaver, *supra* note 21 à la p. 191 et Commission du droit d'auteur, *K-12* (2009), *supra* note 21 au par. 102, où la Commission, citant *CCH*, affirme que : «[...la reproduction, dans un court laps de temps, de nombreuses demandes visant de multiples extraits d'une même œuvre pourrait être inéquitable.» Autrement dit, même si l'utilisation est justifiable si elle se produit une seule fois, elle pourra être considérée

cas.³² Ceci est particulièrement vrai dans le cas des œuvres artistiques telles les photographies qui sont habituellement utilisées en entier.

(4) **Solutions de rechange à l'utilisation** : Les tribunaux se demanderont si un équivalent non protégé aurait pu être utilisé à la place de l'œuvre, et si l'utilisation était raisonnablement nécessaire eu égard à la fin visée par la (nouvelle) œuvre.³³ Par exemple, le tribunal pourrait se demander si une critique donnée aurait été tout aussi efficace sans la reproduction de l'œuvre protégée.³⁴

(5) **La nature de l'œuvre** : Il est plus difficile d'utiliser équitablement du contenu confidentiel ou non publié que du contenu publié.³⁵ On peut équitablement

inéquitable si elle est faite à répétition. Dans la même décision, la Commission affirme au par. 103 que: «[...] les copies uniques faites pour l'usage du copiste et les copies uniques ou multiples faites pour un tiers [p. ex. un étudiant] à sa demande tendent à être équitables.» Le montant de la traite n'est pas déterminé par une formule, mais est plutôt un exercice de jugement. Alors que la durée importe, le contexte est déterminant. Dans *Time Warner Entertainment Co. c. Channel Four Television Corp* (1993), 28 DPI 456 (CA) [*Channel Four*] l'utilisation d'un documentaire de 30 minutes de clips valant de douze minutes et demie (douze extraits) du film «A Clockwork Orange» n'a pas été considérée comme étant déraisonnable ou gratuite. Tout en reconnaissant la préoccupation qu'une utilisation importante des clips peut en fait rentrer en concurrence avec le film original, la Cour a finalement conclu que «de sérieuses critiques d'un film requiert que vous passer suffisamment de temps à montrer le film lui-même» (p. 9-10). À noter: les clips étaient accompagnés par des commentaires et une narration, et ont été entrecoupées de commentaires et critiques par les personnes interrogées pour le programme (à 10). Voir aussi *Hubbard*, *supra* note 21 à la p.1027, où la Cour a déclaré que: «Après que tout soit dit et fait, cela doit être sujet d'impression».

32 *CCH*, *supra* note 4 au par. 56 («Il est possible d'utiliser équitablement une œuvre entière.»); Commission du droit d'auteur, *K-12* (2009), *supra* note 21 au par. 102 («La reproduction d'une oeuvre entière peut être équitable.»). Toutefois, la reproduction d'une œuvre entière est subordonnée à l'objectif. Comme Theresa Scassa le dit, «It might be fair dealing to copy an entire journal article for the purpose of research, but not to copy the entirety of another work in a different context.» Theresa Scassa, «Recalibrating Copyright Law?: A Comment on the Supreme Court of Canada's Decision in *CCH Canadian Ltd. v. Law Society of Upper Canada*» (2004) 3 C.J.L.T. 89 at 95 [Scassa]. Voir aussi Sunny Handa, *Copyright Law in Canada* (Toronto: Butterworths, 2001) à la p. 299, où, critiquant *Zamacois*, *supra* note 18, pour sa thèse selon laquelle la reproduction d'une œuvre entière ne peut jamais être considérée comme équitable, Handa a également déclaré devant *CCH* qu'il est raisonnable de s'attendre à ce qu'une approche plus équilibrée sera adopté au Canada. Voir aussi à la p. 291, où (citant *Allen*, *supra* note 22) Handa indique que le critère approprié pour l'utilisation équitable n'est pas simplement un test mécanique, mesurant l'ampleur copie en cause, mais plutôt, elle doit être l'objet d'une enquête. Voir aussi à la p. 301 et 305 où Handa stipule que l'utilisation équitable peut permettre la reproduction d'une œuvre entière dans certaines circonstances et que l'utilisation équitable est un concept évolutif et donc les règles qui affirment que la copie d'une œuvre entière ne peut être équitable doivent être revisités. Voir aussi *Tom Hopkins International Inc c. Wall Redekop & Reality Ltd*, 1 RCR (3d) 348 à 352-53, (1984), où la Cour a déclaré que l'utilisation équitable peut permettre la reproduction d'une œuvre entière, dans certaines circonstances.

33 *CCH*, *supra* note 4 au par. 57; Voir aussi Commission du droit d'auteur, *K-12* (2009), *supra* note 21 au par. 105. Au par. 106, la Commission ajoute qu': «[...] il ne serait pas raisonnable d'exiger de ce dernier [que l'étudiant] effectue toute sa recherche ou son étude privée sur place, ou qu'il utilise uniquement des oeuvres du domaine public. [...] Ce qui captive les générations montantes n'est pas forcément ce qui a envoûté les *baby boomers*.» Cette analyse tend à justifier comme équitable les activités de décalage spatial ou temporel (*space/time-shifting*) entreprises dans la foulée d'une catégorie reconnue d'utilisation. La Cour suprême ne se développe pas, toutefois, de quoi un «équivalent» à un travail se constitue, telles que copier le travail cesse d'être équitable en raison de l'existence de «l'équivalent» non protégé: Scassa, *ibid.* à 95. Comme le note D'Agostino, la Cour a cependant mis plus l'accent «sur la facilité d'accès aux œuvres que sur la disponibilité réelle des ouvrages non protégés»: D'Agostino, *supra* note 21 à la p. 322.

34 Voir également Commission du droit d'auteur, *K-12* (2009), *supra* note 21 au par. 91, qui ajoute qu' : «[...] une copie n'est faite aux fins de critique que si elle est incorporée à la critique même. On pourrait, par contre, soutenir que la copie fournie à celui qui veut éventuellement se livrer à la critique est faite aux fins de recherche pouvant ou non mener à la critique.»

35 *CCH*, *supra* note 4 au par. 58 (renvoi à *Beloff c. Pressdram Ltd.*, [1973] 1 All E.R. 241 (Ch. D.), à la p. 264). La Cour dans *Channel Four*, *supra* note 31, a conclu que, une fois qu'une œuvre est publiée, ou dans le contexte d'un film, largement diffusé et disponible dans la sphère publique pour la consommation, il doit être considéré comme «équitable» à la critique ou à l'examen. Voir aussi, Handa, note *supra* 32 à 307, où

utiliser une œuvre non publiée lorsque ce faisant, par exemple, l'utilisation assure la liberté d'expression au sens large : l'avancement des connaissances ou la recherche de la vérité.³⁶

(6) **L'effet de l'utilisation sur l'œuvre** : Une œuvre reproduite qui se substitue au marché de l'œuvre originale ou qui lui fait concurrence est moins susceptible d'être jugée équitable.³⁷

Ce bref exposé des facteurs qu'un tribunal considérera dans l'évaluation du caractère équitable de l'utilisation est loin d'être exhaustif. Toutefois, les documentaristes devraient savoir que ni la demande de paiement, ni la possibilité d'acquiescer une licence, ni le défaut d'acquiescer une licence n'a la moindre incidence sur le caractère équitable de l'utilisation ou sur l'applicabilité de l'exception.³⁸ Chaque affaire est un cas d'espèce.

(citant *Harper & Row Publishers c. NOIAN entreprises*, (1985) 471 US 539) Handa déclare que le tribunal n'a pas créé une règle absolue sur une voie privée qui viendrait interdire la publication dans tous les cas où les œuvres non publiées sont concernées.

36 Voir, p. ex., *Lion Laboratories Ltd. c. Evans* [1984] W.L.R. 539 (C.A.) [*Lion Laboratories*]. Dans cette affaire, le tribunal a statué que la reproduction de renseignements protégés sur le mauvais fonctionnement d'alcootests était justifiée malgré leur caractère confidentiel et le fait qu'ils étaient protégés par le droit d'auteur. Le tribunal a conclu que la diffusion de ces renseignements était d'intérêt public. Fait intéressant à noter, le tribunal ne s'est pas appuyé sur l'exception relative à l'utilisation équitable pour arriver à cette conclusion, mais s'est plutôt inspiré du droit de la confidentialité pour appliquer une exception d'«intérêt public». Voir également Commission du droit d'auteur, *K-12* (2009), *supra* note 21 au par. 108, où la Commission, en comparant les intérêts publics respectifs soulevés par l'accès à du matériel scolaire et l'accès à des ressources juridiques, a fait la distinction entre les deux en notant que le matériel scolaire était créé en utilisant des ressources privées, par opposition aux arrêts de la Cour suprême qui sont compilés par des éditeurs privés, mais créés en utilisant des ressources publiques. En outre, la Commission a souligné que s'il existe rarement un substitut à l'arrêt le plus récent de la Cour suprême [,] un manuel scolaire peut toujours être remplacé par d'autres ressources d'appui à l'enseignement.»

37 *CCH*, *supra* note 4 au par. 72 et 59 (renvoi à *Pro Sieben*, *supra* note 21, motifs du lord juge Robert Walker). Voir également Commission du droit d'auteur, *K-12* (2009), *supra* note 21 au par. 113 où la Commission, dans son évaluation de l'«effet de l'utilisation sur l'œuvre», a noté qu' : «[...] une pratique systématique ayant pour effet de concurrencer le marché pour l'original ne doit pas être permise et ce, sans égard au fait que les utilisations en aval pourraient ou non relever de l'exception relative à l'utilisation équitable.» Toutefois, voir Burshtein, *ibid.* à 5: «Alors que l'effet de l'utilisation sur le travail est un autre facteur justifiant l'examen, il n'est ni le seul facteur, ni le facteur le plus important», et D'Agostino, *supra* note 21 à la p. 323: «En soulignant que le facteur de marché 'est pas le seul facteur, ni le facteur le plus important», la Cour semble suggérer que ce facteur est moins important que les autres.» Voir aussi Handa, *supra* note 32 à la p. 299, où (citant *Zamacois*, *supra* note 18) Handa avait également déclaré devant *CCH* que le risque de concurrence entre les deux œuvres devront être considérés pour déterminer si une affaire avec un travail particulier est juste; voir aussi à 291.

38 *CCH*, *supra* note 4 au par. 70:

La possibilité d'obtenir une licence n'est pas pertinente pour décider du caractère équitable d'une utilisation. Tel qu'il est mentionné précédemment, l'utilisation équitable fait partie intégrante du régime de droit d'auteur au Canada. Un acte visé par l'exception au titre de l'utilisation équitable ne violera pas le droit d'auteur. Si, comme preuve du caractère inéquitable de l'utilisation, le titulaire du droit d'auteur ayant la faculté d'octroyer une licence pour l'utilisation de son œuvre pouvait invoquer la décision d'une personne de ne pas obtenir une telle licence, il en résulterait un accroissement de son monopole sur l'œuvre qui serait incompatible avec l'équilibre qu'établit la *Loi sur le droit d'auteur* entre les droits du titulaire et les intérêts de l'utilisateur.

3. Lorsque requis, y a-t-il eu mention de l'auteur et de la source?

Lorsqu'il y a utilisation équitable à des fins de critique, de compte rendu ou de communication des nouvelles (mais non à des fins d'étude privée ou de recherche), la *Loi sur le droit d'auteur* impose l'obligation supplémentaire de «mentionner» la source et (si ce renseignement figure dans la source), l'auteur de l'œuvre.³⁹ Encore une fois, quand bien même l'utilisation est équitable, si le documentariste omet de mentionner la source et l'auteur, il ne pourra pas invoquer l'exception dans les cas de critique, de compte de rendu ou de communication des nouvelles.⁴⁰

Une mention au générique à la fin de documentaires ou l'utilisation de sous-titres à l'écran devrait satisfaire à cette obligation. Il est également probable qu'une mention par voix hors-champ réponde à cette exigence. Toutefois, il n'est pas clair quels autres types de mention répondent à l'obligation de «mentionner» la source et l'auteur.⁴¹ D'une part, l'emploi dans la loi d'un terme courant («mention») indique qu'elle exige moins que les normes académiques d'indication de la source.⁴² D'autre part, au moins un tribunal a statué que la parodie ne «mentionne» pas intrinsèquement sa cible, même si elle l'a évoquée avec succès.⁴³ En outre, il n'est pas clair comment une simple photographie ou œuvre musicale puisse «mentionner» un auteur ou une source. Ailleurs, les documentaristes ont demandé l'abrogation de cette exigence.⁴⁴ Toutefois, d'ici à ce que l'exigence soit abrogée, les documentaristes doivent faire preuve de vigilance pour ce qui est des mentions et des sous-titres.

39 *Loi sur le droit d'auteur*, supra note 7, art. 29.1 – 29.2.

40 *Michelin*, supra note 21; *British Columbia Automobile Assn. c. O.P.E.I.U., Local 378*, 2001 BCSC 156, [2001] B.C.W.L.D. 404, 85 B.C.L.R. (3d) 302, [2001] 4 W.W.R. 95, 10 C.P.R. (4th) 423, [2001] B.C.J. No. 151 [BCAA].

41 *Vaver*, supra note 21 à la p. 197; *Michelin*, *ibid.* à la p. 383. En *Pro Sieben*, supra note 21 à la p. 618, la Cour a constaté que un titre à l'écran en mentionnant le nom du programme un extrait d'entrevue a été prise à partir avec un logo à l'écran de la société de télévision qui est propriétaire du programme - dans ce cas le nombre de roulement «7» logo qui figure sur tous les programmes de Pro Sieben - était suffisant à créditer à la fois la source et l'auteur de l'œuvre.

42 *Vaver*, *ibid.* Voir aussi *Richard* supra note 21 à la p. 8, où il suggère qu'une interprétation juste du mot «source» doit inclure le nom de l'auteur et le titre, ou toute autre description utile des travaux.

43 *Michelin*, supra note 21 à la p. 383; Normand Tamaro, *The 2009 Annotated Copyright Act* (Toronto: Thomson Canada Limited 2008) à la p. 537 [Tamaro].

44 Knopf, *DOC White Paper*, supra note 3.

Lignes directrices

Les présentes lignes directrices s'articulent autour de quatre catégories d'utilisations que les documentaristes font régulièrement, qu'ils considèrent comme légales et équitables et pour lesquelles aucun affranchissement n'est nécessaire. Pour chaque catégorie d'utilisation, ces lignes directrices offrent (1) une description de l'utilisation (2) un survol des principes qui fondent la légalité de l'utilisation (3) un exposé sur les limites applicables aux lignes directrices. Lorsqu'il est utile, les présentes lignes directrices traitent également des différences entre le concept américain du «*fair use*» et le concept canadien d'utilisation équitable («*fair dealing*») pour clarifier la nature de l'utilisation, du principe juridique ou de la limite en question.

Les documentaristes peuvent rencontrer des situations autres que celles qui sont traitées dans les présentes lignes directrices et qui peuvent néanmoins être considérées comme des utilisations équitables d'œuvres protégées. Dans tous les cas, le documentariste doit attentivement considérer les faits de l'utilisation pour être en mesure de déterminer si elle constitue une exception à la violation du droit d'auteur.

Première ligne directrice : la saisie non délibérée d'œuvres protégées (pendant que l'on filme autre chose)

Description : Il arrive couramment que les documentaristes captent de façon non intentionnelle du contenu protégé qui se trouve en arrière-plan de ce qui est filmé (p. ex. affiches, sonneries de cellulaires, chanson jouée sur une chaîne stéréo ou à la radio, film ou émission de télévision). Dans bien des cas, il est difficile, voire impossible, d'éviter de capter des œuvres protégées pendant le tournage. Éliminer ces éléments d'un film (p. ex. en demandant à un sujet d'éteindre la radio, d'enlever une affiche d'un mur) oblige les documentaristes à modifier la réalité qu'ils documentent.

Principe : La captation de ces éléments devrait être reconnue comme une «incorporation incidente» d'œuvres protégées et donc une exception à la violation du droit d'auteur en vertu de la *Loi sur le droit d'auteur*.⁴⁵ Cette exception s'appliquera à ces pratiques, pourvu que deux conditions soient respectées : l'incorporation de l'œuvre protégée doit être (1) *incidente*, et (2) *non délibérée*. Les tribunaux ont interprété le mot «incident» comme signifiant une activité qui est [TRADUCTION] «occasionnelle, non essentielle, subordonnée à l'activité principale ou simplement en arrière-plan».⁴⁶ Cette définition comprend les œuvres qui figurent en arrière-plan d'un documentaire, qui sont de peu d'importance et qui ne sont pas le principal propos d'un film ou sujet d'une scène. La Cour suprême du Canada a défini le mot «délibéré» dans le contexte du droit criminel comme signifiant «réfléchi, non impulsif», et ceci constitue une interprétation raisonnable

45 *Loi sur le droit d'auteur*, *supra* note 7 à l'art. 30.7.

46 *IPC Magazines Ltd c. MGN Ltd.*, [1998] F.S.R. 431 à la p. 441 (ch.) [IPC] ; Vaver, *supra* note 21 à la p. 180. Voir aussi, Handa, *supra* note 32 à la p. 284, où il observe que une personne peut inclure une œuvre dans une autre ouvrage, à condition qu'il soit fait incidemment et non délibérément.

de ce terme dans la *Loi sur le droit d'auteur*.⁴⁷ L'exigence du «caractère délibéré» s'applique à l'incorporation du contenu, et non au décor.⁴⁸ On pourrait délibérément choisir un décor particulier pour une scène – par exemple, la rue Yonge au milieu de la journée – sans avoir délibérément choisi les logos et les panneaux réclame qui seront inévitablement incorporés dans la scène. Sur le plan téléologique, l'exception vise à empêcher que le droit d'auteur ait des effets abusifs : lorsqu'une œuvre incorporée incidemment ne fait qu'occuper l'arrière-plan et n'est pas l'objet du film ou de la scène, l'exception s'appliquera; lorsque l'œuvre incorporée se trouve à être une caractéristique essentielle et importante du film ou de la scène, sortant de l'arrière-plan pour servir de sujet, l'exception ne s'appliquera pas.⁴⁹

Limites :

- L'incorporation d'œuvres protégées (autres que des édifices et des sculptures) doit être à la fois incidente et non délibérée.⁵⁰
- Les documentaristes canadiens doivent également savoir qu'aux États-Unis, il n'y a pas de dispositions comparables en matière d' «incorporation incidente» ou d' «espace public» dans le *Copyright Act* de ce pays. Les documentaristes doivent plutôt s'appuyer sur l'exception relative à l'utilisation équitable (*fair use*) du droit américain. Voir le document intitulé *Documentary Filmmakers' Statement of Best Practices in Fair Use* pour en savoir plus sur cette pratique.⁵¹

Deuxième ligne directrice : l'utilisation d'œuvres protégées pour documenter un événement qui mérite d'être signalé dans les nouvelles (actuel ou historique)

Description : Les documentaires portent fréquemment sur des événements qui méritent d'être signalés dans les nouvelles. Les documentaires conformes aux faits doivent souvent incorporer des œuvres protégées comme des extraits de discours tristement célèbres ou des scènes qui avaient été présentées à un bulletin de nouvelles pendant un événement historique ou qui méritaient d'être signalés dans les nouvelles. De nombreux documentaires relatent d'importantes parties de l'histoire canadienne et jouent un rôle important de sensibilisation du public à l'égard de l'actualité et des événements historiques. Pour pouvoir dépeindre avec exactitude ces événements qui méritent d'être signalés dans

47 *More c. R.*, 1 C.R. 98, [1963] R.C.S. 522, [1963] 3 C.C.C. 289, 41 D.L.R. (2d) 380 à la p. 35.

48 L'article 30.7 de la *Loi sur le droit d'auteur*, *supra* note 7, prévoit que l'œuvre elle-même ne doit pas être délibérément incorporée dans une autre œuvre ou objet du droit d'auteur. De même, une délibération ou une inclusion délibérée est défini par le diffuseur du Royaume-Uni, Channel 4, en tant que contenu spécifiquement ajoutés ou inclus dans la version finale (c.-à-d. est imputable à des décisions prises dans la salle de montage). «Independent Producer Handbook: Channel 4 and Five» *Channel 4 Television* (2008), en ligne: Page d'accueil de «Independent Producer Handbook» <<http://www.independentproducerhandbook.co.uk>> à 87.

49 Elizabeth F. Judge et Daniel Gervais, *Intellectual Property: The Law in Canada* (Toronto: Carswell, 2005) à 98; Knopf, *DOC White Paper*, *supra* note 3 aux pp. 20-21, et Vaver, *supra* note 21 à la p. 180.

50 Voir les commentaires qui précèdent.

51 «Statement of Best Practices in Fair Use», *supra* note 1 à la p. 5.

les nouvelles, les documentaristes doivent pouvoir utiliser des œuvres protégées pour les relater.

Principe : L'utilisation de cette façon d'œuvres protégées devrait généralement être considérée équitable à des fins de communication des nouvelles lorsque le documentariste satisfait à l'obligation supplémentaire de mentionner la source et (le cas échéant) l'auteur de l'œuvre.⁵² La «communication des nouvelles» est une catégorie générale en matière d'utilisation équitable. La notion de «nouvelles» ne se limite pas à ce qui peut être présenté au bulletin de nouvelles de 18 heures : la représentation d'actualités, de récits d'intérêt public et de journalisme d'enquête sont également admissibles à titre de «communication des nouvelles» aux fins de l'utilisation équitable.⁵³ La détermination de la portée de ce type de l'exception relative à l'utilisation équitable est une question de jugement, où doit être pris en compte l'intérêt public.⁵⁴ Les utilisations équitables aux fins de la «communication des nouvelles» comprennent évidemment les cas où le contenu reproduit est l'objet du reportage, mais comprennent aussi le contenu – historique ou autre – qui est pertinent au sujet du reportage. Le contenu lui-même n'a pas à être l'objet du reportage, pourvu que sa reproduction ait pour but d'aider la présentation du reportage.⁵⁵

Limites: En plus de respecter les six facteurs d' «équité», les documentaristes sont mieux à même de revendiquer l'utilisation équitable aux fins de la communication des nouvelles dans les cas suivants :⁵⁶

- L'utilisation véhicule les nouvelles d'une manière qui a de la pertinence pour les Canadiens d'aujourd'hui; les utilisations de contenu dans le seul but de relater l'histoire ont plus de chances d'être considérées comme équitables à des fins

52 *Loi sur le droit d'auteur*, *supra* note 7 à l'art. 29.2.

53 *Fraser c. Evans*, [1969] 1 Q.B. 349 (C.A.) (la reproduction de renseignements obtenus dans la préparation d'un rapport gouvernemental); *Allen*, *supra* note 22 (où le tribunal a statué que la reproduction photographique d'une couverture de revue mettant en vedette Sheila Copps pouvait être assimilée à une communication des nouvelles au sens de l'al. 27(2) a) (maintenant l'art.29.2) de la *Loi sur le droit d'auteur*). Pour l'exploration du champ d'application de communication de «nouvelles», voir *Marks & Spencer*, *supra* note 24.

54 *Vaver*, *supra* note 21 aux pp. 188-190. Voir également *Lion Laboratories*, *supra* note 36. Pour une discussion approfondie sur l'intérêt public dans le droit d'auteur, voir *Handa*, *supra* note 32 à la p. 318, où *Handa* indique que la défense de common law de l'intérêt public peut être appliquée pour équilibrer les aspects d'intérêt public du droit d'auteur et avec la revendication de l'auteur sur les droits économiques, bien que ce soit un résultat étrange dans le contexte de la procédure du droit d'auteur. Voir aussi à 308, où *Handa* indique que de l'intérêt public n'est pas une licence pour porter atteinte à une œuvre et que la notion d'intérêt public du droit d'auteur est une notion complexe. Il ne doit pas être utilisé libéralement que la primauté de droit d'auteur chaque fois qu'il ya une préoccupation d'intérêt public. Voir aussi, *Craig*, «Dissolution du conflit», *supra* note 21 à la p. 111, où *Craig* affirme que les droits du propriétaire du droit d'auteur n'existe que par l'intérêt public et ne peut être justifiée en dépit d'elle. Voir aussi à 112, où *Craig* affirme que le droit d'auteur ne doit pas être une propriété privée, car le caractérisé comme une propriété privée oppose le système du droit d'auteur à la liberté d'expression et droit d'auteur ne devrait pas être aussi caractérisé. Conceptualiser le droit d'auteur comme étant intrinsèquement en conflit avec la liberté d'expression, sape la propres logiques du droit d'auteur et menace sa cohérence interne. Conclure que le droit d'auteur coupe à l'atout de la liberté d'expression est de priver au droit d'auteur de sa justification et de rendre incohérente une théorie de l'intérêt public en fonction du droit d'auteur.

55 *Allen*, *supra* note 22.

56 *Vaver*, *supra* note 21 aux pp. 191-194.

de compte rendu ou de critique (voir la troisième ligne directrice, ci-après).⁵⁷

- Les œuvres protégées sont (objectivement) reproduites dans le but de la communication des nouvelles, par opposition à l'obtention d'un avantage concurrentiel sur le titulaire du droit d'auteur.
- La source de l'œuvre (et l'auteur, l'artiste-interprète, le producteur ou le diffuseur, si ces renseignements figurent dans la source) est mentionnée. L'indication de la source n'est pas une condition de l'utilisation équitable (*fair use*) aux États-Unis.
- L'utilisation de l'œuvre dans le documentaire n'est pas telle qu'elle se substitue au marché de l'œuvre originale protégée.

Troisième ligne directrice : l'utilisation d'œuvres protégées à des fins de critique ou de compte rendu soit de la composition de l'œuvre, soit des points de vue exprimés dans l'œuvre

Description: Les documentaristes utilisent souvent des extraits d'un film, des citations d'une œuvre littéraire etc., pour faire l'analyse critique de la composition d'une œuvre donnée (p. ex. des extraits qui illustrent la mauvaise qualité de montage d'un film) ou des points de vue exprimés dans l'œuvre (p. ex. l'utilisation de segments d'une œuvre protégée pour faire la critique de ses propos homophobes ou misogynes)⁵⁸. Des documentaristes peuvent également reproduire le contenu dans le seul but de réviser ce qui s'est dit ou fait dans ce contenu (p. ex., reproduire un extrait d'entrevue pour établir qu'une personne a exprimé un certain point de vue).⁵⁹

Principe : Une telle utilisation d'une œuvre protégée peut être qualifiée d'utilisation équitable aux fins de critique ou de compte rendu, pourvu que l'utilisation soit équitable et que le documentariste mentionne la source et l'auteur de l'œuvre protégée. Les tribunaux ont interprété le mot «critique» comme impliquant une évaluation, une analyse et un jugement critiques du mérite ou de la qualité.⁶⁰ La critique en ce sens peut être revendiquée tant par celui qui critique le mérite, la forme ou la structure d'une œuvre – dans le sens de la critique littéraire ou de film – que par celui qui critique les idées exprimées dans une

⁵⁷ *Ibid.* à la p. 194.

⁵⁸ Hubbard, *supra* note 21; et Hager, *supra* note 21.

⁵⁹ En outre, la Commission du droit d'auteur, *K-12* (2009), *supra* note 21 au par. 92, précise que l'art. 29.1 de la *Loi sur le droit d'auteur* «vise uniquement l'utilisation qui se fait dans le cadre même de la critique.» À titre d'illustration, prenons l'exemple d'un chroniqueur de musique qui copie un album au complet, ou un certain nombre d'œuvres individuelles, puis fait la critique d'une seule chanson. Les copies des autres chansons qui n'ont pas été l'objet de critiques, bien que non justifiables en vertu de l'art. 29.1, pourraient néanmoins être considérées comme faites: «aux fins de recherche, recherche dont le but est une éventuelle critique.»

⁶⁰ *Ibid.* à la p. 194. En ce qui a trait au «sens courant» du mot «critique», le *Oxford English Dictionary*, édition en ligne le définit comme suit «“criticism” is defined as “the action of criticizing, or passing judgement upon the qualities or merits of anything; esp. the passing of unfavourable judgement; fault-finding, censure» <<http://www.oed.com/>>» [OED].

œuvre.⁶¹ Le «compte rendu» comprend pareillement les utilisations qui relatent ou présentent des événements ou des faits passés.⁶²

La jurisprudence récente laisse entendre que la parodie, lorsqu'elle comporte des commentaires mordants sur sa cible, peut équivaloir à une critique admissible à titre d'utilisation équitable.⁶³ Une critique n'a pas à être sérieuse ou savante : elle peut également être humoristique ou drôle par des effets d'amplification, de déformation ou d'exagération de l'œuvre visée.⁶⁴ La décision récente de la Commission du droit d'auteur du Canada prévoit aussi qu'une critique n'a pas à être communiquée au public pour que l'exception puisse être invoquée.⁶⁵ Le copiage d'une œuvre dans le but de profiter de sa popularité n'équivaut pas à de la critique au soutien de l'exception relative à la parodie.⁶⁶ Les documentaristes doivent savoir que l'«exception relative à la parodie» n'a jamais été invoquée avec succès au Canada. Le droit américain, en revanche, reconnaît la parodie et la satire comme des formes de critique qui peuvent être admissibles au titre de l'utilisation équitable (*fair use*) d'œuvres protégées.⁶⁷

Limites : Au soutien de l'allégation selon laquelle cette sorte d'utilisation est équitable, le documentariste devrait respecter les six «facteurs d'équité» et être en mesure de démontrer ce qui suit :

- La critique ou le compte rendu de l'œuvre protégée est (objectivement) plus qu'une simple version résumée de l'œuvre protégée.⁶⁸
- La source de l'œuvre (et l'auteur, l'artiste-interprète, le producteur ou le radiodiffuseur, si ces renseignements figurent dans la source) est mentionnée. Veuillez noter que cette exigence n'existe pas en droit américain.⁶⁹
- La critique ou le compte rendu ne remplacent pas l'œuvre originale dans

61 BCAA, *supra* note 40. Dans le contexte du Royaume-Uni la Cour dans *Channel Four*, *supra* note 21 à la p.12, a affirmé que «la critique» doit être interprétée largement. La critique n'a pas besoin d'être destinée à un œuvre spécifique ou au style de l'œuvre; il peut aussi être destiné à la pensée et à la philosophie que l'œuvre fait ressortir. Voir aussi *Hubbard*, *supra* note 21.

62 Vaver, *supra* note 21 à la p. 194. En ce qui a trait au «sens courant», de l'expression «compte rendu» of "review", le *Oxford English Dictionary*, édition en ligne le définit comme suit « "review" as "to survey; to take a survey of" and "to look back upon; to regard or survey in retrospection"; *OED*, *supra* note 60.

63 Favreau, *supra* note 21.

64 *Ibid.* au par. 69; Tamaro, *supra* note 43 à la p. 545.

65 Commission du droit d'auteur, *K-12* (2009), *supra* note 21 au par. 93.

66 *Ibid.* au par. 6.

67 *Campbell c. Acuff-Rose Music, Inc.*, 510 U.S. 569, 593 (1994). Voir aussi Vaver, *supra* note 21. En revanche de cette approche américaine, voir Handa, *supra* note 32 à la p. 289, où (en citant *Michelin*, *supra* note 21) il observe que des cours canadiens ont systématiquement interprété la portée des cinq fins d'utilisation équitable strictement.

68 *R. c. James Lorimer & Co. Ltd.*, [1984] 1 F.C. 1065 à la p. 1077. *R. v. James Lorimer & Co. Ltd.*, [1984] 1 F.C. 1065 à 1077 [Lorimer]. Voir aussi Handa, *supra* note 32 à la p. 300, où (en citant *Breen v. Hancock House Publishers Ltd.*, [1985] 6 C.I.P.R. (3ème) 433 (F.C.T.D.)) Handa affirme que la récapitulation d'une œuvre sans ajouter de nouveau commentaire ne constitue pas une utilisation équitable. Voir aussi Richard, *supra* note 21 à la p. 4, où il indique que utilisation équitable à des fins de compte rendu exige un minimum d'utilisation de l'œuvre autre que simplement le condenser en version abrégée et le reproduire sous le nom de l'auteur. Voir aussi à la p. 5, où Richard déclare que reproduire un article d'un journal littéraire en totalité avec des fins de compte rendu n'est pas une utilisation équitable.

69 Vaver, *supra* note 21 à la p. 191.

le marché. Plus une œuvre empiète sur le marché d'une œuvre protégée, moins il est probable qu'elle soit considérée comme équitable.⁷⁰ Ceci ne veut pas dire qu'une œuvre ne peut jamais miner équitablement le marché de l'œuvre originale; par exemple, le compte rendu critique d'un film peut faire en sorte que des consommateurs n'iront pas voir ce film (l'œuvre originale), mais l'utilisation n'est pas inéquitable pour autant.⁷¹

- S'il s'agit d'une parodie, celle-ci offre un véritable commentaire ou critique par des effets humoristiques d'amplification, de déformation ou d'exagération de sa cible. La parodie doit être véritablement critique et non un parasite de la popularité de la cible.⁷²

Quatrième ligne directrice : l'utilisation d'une œuvre protégée aux fins de critiquer une autre œuvre ou d'en faire un compte rendu

Description : Le documentariste qui réalise un film en particulier peut avoir pour but de critiquer son objet ou d'en faire le compte rendu. L'objet peut s'agir d'un autre film ou d'une autre œuvre protégée par le droit d'auteur ou encore les actes ou les idées d'une autre personne ou d'un groupe. Le documentariste peut arriver à cette fin par la reproduction de contenu qui ne fait pas l'objet de la critique ou du compte rendu. Généralement, les documentaristes procèdent ainsi à des fins de contraste, de clarification, d'illustration ou d'explication. Par exemple, dans sa critique d'un effet spécial en particulier, le documentariste pourrait utiliser des extraits de plusieurs œuvres protégées qui contiennent des effets de qualité supérieure. Pareillement, un documentariste pourra utiliser des extraits d'un film pour critiquer la décision d'un distributeur de film de cesser de le présenter. Dans tous ces cas, le documentariste fait la critique ou le compte rendu de l'objet du film par le contraste, la clarification, l'illustration ou l'explication des actes, du style, de la philosophie ou du point de vue d'un autre sujet.

Principe : L'utilisation équitable à des fins de critique ou de compte rendu n'exige pas que l'utilisation se rapporte particulièrement à l'œuvre copiée.⁷³ Un documentariste peut donc critiquer une œuvre donnée en citant à la fois

70 *CCH*, *supra* note 4 au par. 59. Voir aussi *Handa*, *supra* note 32 à la p. 291, où *Handa* déclare que la Cour considère aussi la nature des opérations et quel impact il aurait sur le marché pour le travail du demandeur et à la p. 299, où (en citant *Allen*, *supra* note 22) *Handa* déclare « in considering whether a dealing with a particular work is fair, it would have to be considered whether any competition is likely to exist between the two works. » Voir aussi à 314, où *Handa* déclare que parce que des marchés intacts sont toujours potentiellement dans la contemplation du détenteur de droits, une Cour sera plus intéressée par l'effet de la reproduction sur des marchés existants.

71 *Vaver*, *supra* note 21 à la p. 199. Voir aussi *Burshtein*, *supra* note 37 à la p. 5: « While the effect of the dealing on the work is another factor warranting consideration, it is neither the only factor nor the most important factor. » Voir aussi *Handa*, *supra* note 32 à la p. 299, où *Handa* énonce que puisque le but fondamental du droit d'auteur est de promouvoir la nouvelle création et disséminer des informations, sous la doctrine d'utilisation équitable, un parti, d'autre que le détenteur de droit d'auteur de l'œuvre original, qui est enclin à disséminer un œuvre ne doit pas être absolument empêché de le faire si le détenteur de droit d'auteur n'a pas fait ainsi. *Handa* déclare aussi qu'il est raisonnable de s'attendre à ce qu'une approche plus équilibrée soit adoptée au Canada.

72 *Favreau*, *supra* note 21.

73 *Hubbard*, *supra* note 21.

cette œuvre et d'autres œuvres, sans violer le droit d'auteur sur les unes ou les autres. Par conséquent, pourvu que le documentariste mentionne l'auteur et la source, il peut invoquer l'utilisation équitable pour citer d'autres œuvres à des fins d'illustration ou de comparaison dans le cadre de la critique ou du compte rendu. Les documentaristes peuvent également utiliser une œuvre protégée dans le cadre de la critique ou du compte rendu de la philosophie, du style, des points de vue ou des actes de personnes ou de groupes.⁷⁴

Limites : En plus d'adhérer aux six facteurs d'«équité», le documentariste doit veiller à ce qui suit :

- La critique ou le compte rendu de l'œuvre protégée est (objectivement) plus qu'une simple version résumée de l'œuvre protégée.⁷⁵
- La source de l'œuvre (et l'auteur, l'artiste-interprète, le producteur ou le radiodiffuseur, si ces renseignements figurent dans la source) est mentionnée.⁷⁶ Veuillez noter que cette exigence n'existe pas en droit américain.⁷⁷
- La critique ou le compte rendu ne remplacent pas l'œuvre originale dans le marché. Plus une œuvre empiète sur le marché d'une œuvre protégée, moins il est probable qu'elle soit considérée comme équitable.⁷⁸

Conclusion et considérations supplémentaires

Les quatre utilisations traitées dans les présentes lignes directrices ne constituent pas la liste exhaustive des situations où l'affranchissement des droits n'est pas nécessaire. En plus des utilisations qui sont admissibles à titre d'utilisation équitable ou d'incorporation incidente, il existe d'autres utilisations de contenu où l'affranchissement des droits n'est pas obligatoire. Parmi celles-ci, mentionnons l'utilisation d'une partie peu importante d'une œuvre protégée et l'utilisation d'œuvres qui font partie du domaine public.

74 *Ibid.* L.J. Megaw écrit ce qui suit à la p. 98 : «Counsel for the plaintiffs did not suggest that 'criticism' in this subsection was confined to what I would call literary criticism; that is to say, criticism of the style - the literary style - of the work in question. But if it is not confined to that, it must surely then cover criticism of the ideas, the thoughts, expressed by the work in question - the subject-matter of the work» Voir aussi McKeown, *supra* note à la p. 23-13, où McKeown déclare que d'utilisation équitable à des fins de critique n'est pas si limitée.

75 *Sillitoe supra* note 30; *Lorimer, supra* note 68. Voir aussi, Richard, *supra* note 21 à la p. 4, où Richard déclare qu'un compte rendu exige un minimum utilisation de l'œuvre autre que de simplement le condenser en version abrégée et le reproduire sous le nom de l'auteur.

76 *Loi sur le droit d'auteur, supra* note 7 à l'art. 29.1.

77 «Statement of Best Practices in Fair Use», *supra* note 1; Tamaro, *supra* note 43 à la p. 539.

78 Tamaro, *supra* note 43 à la p. 539; *Zamacois, supra* note 18; *Hager supra* note 21.

L'utilisation d'œuvres protégées qui ne constituent pas une partie importante de l'œuvre

En vertu de la *Loi sur le droit d'auteur* canadienne, le titulaire du droit d'auteur a le droit exclusif de reproduire une partie importante de son œuvre. Par conséquent, si l'utilisation par un documentariste d'une œuvre protégée ne porte pas sur une partie importante de l'œuvre de laquelle elle est tirée, l'utilisation ne violera pas le droit d'auteur et il ne sera pas nécessaire de s'appuyer sur les dispositions en matière d'utilisation équitable ou d'incorporation incidente de la *Loi sur le droit d'auteur*.⁷⁹ L'expression «partie importante» renvoie à un élément à la fois quantitatif et qualitatif. Autrement dit, il n'est pas nécessaire de prouver l'utilisation d'un pourcentage fixe pour démontrer l'utilisation d'une «partie importante» de l'œuvre; même une partie quantitativement minimale de l'œuvre, mais qui représente une partie essentielle, ou son cœur, peut être considérée comme une partie importante.⁸⁰

Les œuvres qui relèvent du domaine public

Un documentariste peut également utiliser des œuvres dont le droit d'auteur est échu. La *Loi sur le droit d'auteur* prévoit que sauf disposition contraire expresse de la loi, le droit d'auteur subsiste pendant la vie de l'auteur, puis jusqu'à la fin de la cinquantième année suivant la fin de l'année de son décès.⁸¹ Par exemple, la durée du droit d'auteur d'un auteur qui est décédé le 1^{er} janvier 1989 viendra à échéance immédiatement après minuit, le 31 décembre 2039. Certaines œuvres ont une durée différente de la durée générale. Au Canada, la durée du droit d'auteur sur les photographies est la durée générale, à moins que l'auteur ne soit légalement réputé être une personne morale, auquel cas la durée de la protection va de la date de confection de la planche ou du cliché initial jusqu'à

79 *Loi sur le droit d'auteur*, supra note 7 au par. 3 (1); *Demande de licence de John E. Marriott, Canmore (Alberta) pour la reproduction d'une citation du livre intitulé «The Banff-Jasper Highway», écrit par Mabel Bertha Williams* (11 juin 2007), décision de la Commission du droit d'auteur du Canada 2007-UO/TI-22, en ligne : Commission du droit d'auteur du Canada <<http://www.cb-cda.gc.ca/unlocatable-introuvables/other-autre/7-b.pdf>>. Voir aussi *CCH*, supra note 4 au par. 56.

80 Vaver, supra note 21 à la p. 145, (il arrive souvent que les tribunaux se demandent ce qu'en penserait un acheteur ou un utilisateur ordinaire et si une partie distinctive de l'œuvre originale a été utilisée); *Jarvis c. A & M Records Inc.*, 827 F. Supp. 282 (D.N.J. 1993); *G. Ricordi & Co. (London) Ltd. c. Clayton & Waller Ltd.* (1930), [1928-1935] MacG. Cop. Cas. 154 (Ch.); et «Is Fair Use Fair Dealing?» *Copyright and New Media Law Newsletter* Vol. 4 (2000), Issue 4 à la p. 3 (substantialité «dépend de la nature de la reproduction et est aussi une question de degré, tant en termes de qualité et de la quantité de l'œuvre utilisée.») Voir aussi, Handa, note supra 32 à la p. 304, où (citant *University of London Press Ltd. v. University Tutorial Press Ltd.* (1916), 2 Ch. 601) Handa déclare que quand les défendeurs n'ajoutent pas suffisamment à l'œuvre copié et le produit original n'était pas simplement collatéraux au produit fabriqué illicitement, mais c'était sa même essence la cour a trouvé une infraction. Voir aussi à la p. 314, où (en citant *Sega Enterprises Ltd. v. Accolade Inc.* (1992), 24 U.S.P.Q.2d 1561) Handa déclare que, malgré que des œuvres entières ont été copiées, le but de copier le travail entier était fortuit à l'utilisation désire et, puisque l'utilisation désire n'a pas été dirigée à la reproduction du travail; le fait que le travail entier a été copié était «de très petit poids».

81 *Loi sur le droit d'auteur*, supra note 7 à l'art. 6. Pour un examen approfondi de la valeur du domaine public et son rôle dans la réalisation de l'objectif d'intérêt public du droit d'auteur dans la promotion de l'innovation et la créativité, et à la diffusion, l'accès et l'utilisation du droit d'auteur (et expressif) fonctionne, voir: Bailey, supra note 21; Carys Craig, "The Changing Face of Fair Dealing in Canadian Copyright Law: A Proposal for Legislative Reform" in Michael Geist, ed., *In the Public Interest: The Future of Canadian Copyright Law* (Toronto: Irwin Law, 2005) 437; Carys Craig, "The Evolution of Originality in Canadian Copyright Law: Authorship, Reward and the Public Interest" (2005) 2 *University of Ottawa Law & Technology Journal* 425; et David Fewer, "Constitutionalizing Copyright" (1997) 55(2) *U.T. Fac. L. Rev.* 175.

la fin de cette année, plus cinquante ans supplémentaires.⁸² Les films dénués de caractère dramatique (p. ex. de journalisme, ou des films familiaux) sont protégés pour une période fixe de cinquante ans, à compter du moment où le film a été fait. Toutefois, si le film a été publié pour la première fois pendant cette période, le droit d'auteur est prolongé à cinquante ans à compter de la fin de l'année civile de la première publication.⁸³

Les documentaristes doivent savoir que les durées du droit d'auteur varient d'un pays à l'autre. L'Europe et les États-Unis ont récemment augmenté la durée générale de protection à 70 ans après le décès de l'auteur. Dans chaque cas, le documentariste doit respecter les lois en vigueur dans le pays en question.⁸⁴

82 *Loi sur le droit d'auteur, supra* note 7. à l'art. 10.

83 *Ibid.* à l'art. 11.1.

84 Pour les lois américaine applicable, voir: *Copyright Act* art. 101, 17 U.S.C s302(a) (1976) . Une directive de l'Union européenne charge tous les pays membres de prolonger les droits d'auteur à 70 ans après le décès de l'auteur, voir CE, *Directive européenne 93/98/EEC du 29 octobre 1993 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information*, [1993] O.J.L 290/9 , par.1(1).

Annexe

Droit d'auteur et utilisation équitable : Résumé des lignes directrices destinées aux documentaristes

L'affranchissement de droits sur un extrait n'est pas nécessaire dans les cas suivants :

- L'utilisation implique l'incorporation incidente et non délibérée d'une œuvre (sonore ou visuelle) dans l'arrière-plan d'un film.
- L'utilisation implique la reproduction dans un film d'un édifice ou d'une sculpture située en permanence dans un espace public.
- L'utilisation implique une œuvre qui fait partie du domaine public.
- L'utilisation implique une partie peu importante d'une œuvre.

L'affranchissement de droits n'est pas nécessaire lorsque l'exception relative

à l'utilisation équitable s'applique:

- L'utilisation fait partie d'une des cinq catégories d'utilisations admissibles;
- L'utilisation est équitable; et
- Dans le cas d'utilisations à des fins de communication des nouvelles, de critique et de compte rendu, on mentionne la source et l'auteur (si ces renseignements figurent dans la source).

Les catégories d'utilisations qui permettent d'invoquer l'exception relative à l'utilisation équitable comprennent notamment

- La recherche
- L'étude privée
- La critique, soit de l'œuvre elle-même ou d'un autre sujet. La critique peut comprendre la parodie lorsque celle-ci implique une critique de bonne foi (quoique cette question demeure sujet à controverse en droit canadien).
- Le compte rendu
- La communication des nouvelles

Le caractère «équitable» de l'utilisation dépend des circonstances.

Les tribunaux tiendront compte les critères suivants :

- Le but de l'utilisation.
- La nature de l'utilisation : la coutume ou les pratiques d'un secteur d'activité donné pourront aider à trancher la question de savoir si l'utilisation est équitable ou non.
- L'ampleur de l'utilisation : les utilisations plus équitables tendent à être celles où l'ampleur de la copie est moindre, bien qu'il soit possible de copier équitablement l'œuvre au complet (p. ex., les œuvres d'art et les photographies).
- Les solutions de rechange à l'utilisation : était-il nécessaire de copier l'œuvre pour atteindre le but du documentariste?
- La nature de l'œuvre : les tribunaux désapprouvent les utilisations de contenu non publié, mais même les documents confidentiels peuvent être équitablement utilisés lorsque l'utilisation permet de répondre aux fins de la liberté d'expression.
- L'effet de l'utilisation sur l'œuvre : Un film qui se substitue au marché de l'œuvre originale sera vraisemblablement moins équitable. La possibilité de se procurer une licence n'a rien à voir avec le caractère équitable de l'utilisation.

L'obligation de mentionner l'auteur et la source

On peut s'acquitter de l'obligation de «mentionner» la source et l'auteur (si ce renseignement figure dans la source) par une mention appropriée.



215 Spadina, Suite 126, Centre for Social Innovation, Toronto ON, M5T 2C7
416.599.3844 | 1.877.467.4485 | info@docorg.ca | www.docorg.ca