

Mémoire remis au Comité de l'industrie à l'occasion de l'examen de la Loi sur le droit d'auteur

Soumis par Kenneth Field
Agent des droits d'auteur de l'Université Trent
Le 11 août 2018

L'université Trent offre essentiellement des diplômes de premier cycle et accueille environ 9000 étudiants sur deux campus, l'un à Peterborough, et l'autre à Oshawa, en Ontario.

Le mémoire porte principalement sur l'inclusion du terme « éducation » dans la déclaration sur l'utilisation équitable d'une œuvre aux termes de l'article 29 de la *Loi sur la modernisation du droit d'auteur* de 2012 (L.C. 2012, ch. 20).

L'utilisation équitable est couverte par la Loi sur le droit d'auteur du Canada depuis 1921. En 2004, la Cour suprême du Canada, dans sa décision rendue dans l'affaire *CCH Canada Limitée c. Barreau du Haut-Canada*, [2004] 1 R.C.S. 339, 2004 CSC 13, fournit conseils et éclaircissements sur l'objet et l'application du principe d'utilisation équitable dans la Loi sur le droit d'auteur du Canada. On peut ainsi lire au paragraphe 48 que :

L'exception au titre de l'utilisation équitable [...] correspond à un droit des utilisateurs. Pour maintenir un juste équilibre entre les droits des titulaires du droit d'auteur et les intérêts des utilisateurs, il ne faut pas l'interpréter restrictivement.

Et au paragraphe 51, que :

Toute personne qui est en mesure de prouver qu'elle a utilisé l'œuvre protégée par le droit d'auteur aux fins de recherche ou d'étude privée peut se prévaloir de l'exception créée par l'art. 29. Il faut interpréter le mot « recherche » de manière large afin que les droits des utilisateurs ne soient pas indûment restreints.

La Cour décrit ensuite les six critères permettant de déterminer si l'utilisation d'une œuvre est équitable.

Dans l'affaire *Alberta (Éducation) c. Access Copyright*, [2012] 2 R.C.S. 326, 2012 CSC 36, la Cour suprême fournit d'autres conseils sur l'objet du principe d'utilisation équitable, à savoir :

Parce que les copies de la catégorie 4 ne sont pas faites à la demande d'un élève, la Commission conclut au second volet que la reproduction n'a plus pour fin la **recherche ou l'étude privée**. Elle invoque à l'appui de sa conclusion le fait que, dans l'affaire *CCH*, la Grande bibliothèque produisait des copies à la demande d'avocats. En l'espèce, puisque les copies de la catégorie 4 ne résultent pas d'une telle demande, la Commission estime que l'utilisation a pour but *prédominant* la fin poursuivie par l'enseignant, c'est-à-dire « **l'étude non privée** » ou « **l'enseignement** ». [par. 15] (C'est nous qui soulignons.)

Toutefois, la Cour suprême conclut que :

Il [l'enseignant] n'a pas de motif inavoué lorsqu'il fournit des copies à ses élèves. On ne saurait non plus soutenir qu'il poursuit une fin d'« **enseignement** » totalement distincte, car il est là pour faciliter la **recherche et l'étude privée** des élèves. [...] **Dans le contexte scolaire, enseignement et recherche ou étude privée sont tautologiques**. [par. 23] (C'est nous qui soulignons.)

La Cour suprême précise enfin ce qu'est l'« étude privée », à savoir :

À mon humble avis, l'adjectif « privée » n'exige pas de l'utilisateur qu'il consulte une œuvre protégée dans un splendide isolement. Étudier et apprendre sont des activités intrinsèquement personnelles, qu'on s'y adonne seul ou avec d'autres. En s'attachant au lieu physique de l'enseignement dispensé en classe plutôt qu'à la notion d'étude, la Commission dissocie encore de manière artificielle l'enseignement dispensé par l'enseignant et l'étude à laquelle se livre l'élève. [par. 27]

À la lumière de ces deux décisions, on peut penser que l'« enseignement » et la « recherche et l'étude privée » ne sont qu'une seule et même chose. En conséquence, l'ajout du terme « éducation », dont l'*Oxford English Dictionary* donne la définition suivante : « L'**enseignement** systématique, l'enseignement ou la formation dans diverses matières académiques ou non, donnés à un enfant, généralement à l'école... », à l'article 29 de la *Loi sur le droit d'auteur* peut être vu comme la codification du raisonnement suivi par la Cour suprême dans les affaires subventionnées, en particulier celle de l'Alberta.

Depuis l'ajout du terme « éducation » à l'article 29 de la *Loi sur le droit d'auteur*, on a fait grand cas de ses effets délétères pour les créateurs, les maisons d'édition, et particulièrement Access Copyright. À l'occasion de l'examen, prévu par la loi et mené en mai 2018, de la Loi sur le droit d'auteur, le Canadian Publishers' Council a remis au Comité de l'industrie un mémoire dans lequel il affirme que :

[...] depuis la dernière réforme, un nombre considérable d'éditeurs canadiens ont vu leur chiffre d'affaires décliner, en bonne partie parce que, au nom de l'exception en matière d'utilisation équitable accordée au secteur de l'éducation (l'exception), les établissements d'enseignement, de la maternelle aux universités, ont pris l'habitude de reproduire gratuitement à très grande échelle les ouvrages protégés par le droit d'auteur [...], p. 1

<http://www.noscommunes.ca/Content/Committee/421/INDU/Brief/BR10002773/br-external/CanadianPublishersCouncil9864019-f.pdf>

John Degen, directeur exécutif de la Writers' Union of Canada, a déclaré devant le Comité :

Nous savons que l'imposition en 2012 de l'éducation en tant que catégorie d'utilisation équitable n'a produit aucun des avantages prévus et a causé exactement le genre de dommages-intérêts que bon nombre d'entre nous ont prédit [...] Nous avons perdu nettement 80 % de notre revenu de licence parce que les écoles reproduisent maintenant gratuitement ce qu'elles achetaient. Le 26 avril 2018.

<http://www.noscommunes.ca/DocumentViewer/fr/42-1/INDU/reunion-103/temoignages>

Enfin, selon le témoignage devant le Comité de Roanie Levy, présidente-directrice générale d'Access Copyright :

Le but véritable des amendements de 2012, comme le soulignaient les représentants du secteur de l'éducation devant le comité législatif, était de préciser que l'utilisation équitable peut être invoquée par les établissements d'enseignement lorsque la reproduction d'une œuvre n'est pas couverte par des licences ou facilement accessible par l'entremise des titulaires de droits, et non pas pour échapper aux licences collectives. Le 22 mai 2018.

<http://www.noscommunes.ca/DocumentViewer/fr/42-1/INDU/reunion-116/temoignages>

L'érosion du marché des publications dans le secteur de l'enseignement de la maternelle aux universités ne s'explique pas uniquement par l'utilisation équitable. Dans son jugement dans l'affaire

Canadian Copyright Licensing Agency c. Le ministère de l'Éducation de la Colombie-Britannique, 2017 CAF 16, la Cour d'appel fédérale fait l'observation suivante à propos des conséquences de l'utilisation équitable sur le marché :

Elle [Commission du droit d'auteur du Canada] est parvenue à cette conclusion après avoir examiné le témoignage de M. McIntyre qui, lorsqu'il a été contre-interrogé par l'avocat du Consortium, a admis que l'avènement des ressources éducatives ouvertes, le partage numérique et l'apparition de nouvelles technologies en général pouvaient expliquer le déclin de la vente de livres (motifs, au paragraphe 322). [par. 98]

Et

La Commission n'a pas omis de tenir compte de la preuve soumise par les parties. Elle a simplement estimé qu'Access avait seulement démontré que les reproductions n'étaient que l'une des nombreuses causes auxquelles la diminution des ventes de livre (c. à d. le marché des œuvres originales) était attribuée. [par. 99]

Dans son blogue du 22 mai 2018 intitulé *Canadian Copyright, Fair Dealing and Education, Part One: Making Sense Of the Spending*, (<http://www.michaelgeist.ca/2018/05/copyrightfairdealingeducationpartone/>), Michael Geist attire l'attention sur les rapports annuels de la Cambridge University Press pour 2017, (<http://www.cambridge.org/about-us/annual-report-2017/academic-publishing>), et de l'Oxford University Press pour 2016/2017 (<https://annualreport.oup.com/2017/>) dans lesquels on attribue les changements survenus sur le marché de l'enseignement à l'avènement des ressources éducatives ouvertes, aux nouvelles habitudes d'achat et à l'augmentation des locations de manuels.

Dans son rapport intitulé *Copyright and the Evolving Learning Materials Market, 2018*, (<https://www.scribd.com/document/363248925/Copyright-and-the-Evolving-Learning-Materials-Market-Campus-Stores-Canada>), Campus Stores Canada écrit :

La cherté de certains manuels de cours a fait baisser la demande de manuels comprenant des mises à jour mineures. En outre, le marché du matériel didactique imprimé est désormais saturé, concurrencé par les locations de manuels, les importations d'éditions internationales, les ventes privées et la demande accrue d'éditions plus anciennes, qui sont moins chères, pp. 3 et 4.

Dans l'étude intitulée *Digital Trends and Initiatives in Education: The Changing Landscape for Canadian Content*, que Susan Howell et Brian O'Donnell ont menée en mars 2017 pour l'Association of Canadian Publishers, ceux-ci font remarquer :

L'omniprésence des ressources éducatives ouvertes à bas prix ou gratuites continue de nuire aux maisons d'édition canadiennes et à leurs programmes, p. 5.
(<http://www.omdc.on.ca/Assets/Research/Research+Reports/Digital+Trends+and+Initiatives+in+Education/Digital+Trends+and+Initiatives+in+Education.pdf>)

Malgré toutes ces affirmations, Geist fait remarquer que les maisons d'édition canadienne n'en souffrent pas :

Les données de Statistique Canada sur les maisons d'édition canadiennes montrent que le marché de l'édition n'est à peu près pas touché par l'utilisation équitable, compte tenu des autres changements survenus sur le marché. Les données publiées à la fin mars 2018

montrent que la marge de profit des maisons d'édition canadiennes a augmenté depuis les réformes des droits d'auteur survenues en 2012. De 9,4 % cette année-là, la marge de profit est passée à 9,6 % en 2014 et à 10,2 % en 2016.

S'agissant du marché des publications éducatives, les données de Statistique Canada indiquent que la valeur des titres éducatifs publiés par les maisons d'édition canadiennes est passée de 376,6 millions de dollars en 2014 à 395,1 millions en 2016.

[\(http://www.michaelgeist.ca/2018/05/copyrightfairdealingeducationpartone/\)](http://www.michaelgeist.ca/2018/05/copyrightfairdealingeducationpartone/)

Quant à l'hypothèse de John Degen, selon laquelle la baisse des recettes d'AC et, partant, de ses auteurs, est due à la multiplication des reproductions gratuites, les raisons en sont en fait tout à fait différentes. Depuis 2012, les établissements d'enseignement postsecondaire boudent largement les ententes de licence avec AC en raison de l'abandon des ressources imprimées au profit des ressources numériques, dont les licences comprennent souvent des droits de reproduction et de distribution. Par ailleurs, on se rend de plus en plus compte que les ententes de licence avec AC ne conviennent plus aux besoins des étudiants des établissements postsecondaires.

Dans son blogue intitulé *Canadian Copyright, Fair Dealing and Education, Part Three: Exploring the Impact Of Site Licensing at Canadian Universities*

[\(http://www.michaelgeist.ca/2018/05/copyrightfairdealingeducationpartthree/\)](http://www.michaelgeist.ca/2018/05/copyrightfairdealingeducationpartthree/), Michael Geist écrit :

Les licences d'exploitation représentent désormais la part du lion des budgets d'acquisition des bibliothèques canadiennes qui ont largement privilégié les politiques numériques. Les détails des licences varient, mais la plupart accordent des droits d'utilisation dans les systèmes de gestion des cours, qui remplacent les photocopies par des accès numériques payant. De plus, de nombreuses licences sont achetées à perpétuité, ce qui signifie que les droits aux œuvres ont été entièrement payés pendant une période illimitée. L'immense majorité de ces licences a été achetée depuis 2012, ce qui confirme que l'utilisation équitable n'a pas fait baisser les achats d'œuvres protégées.

Et il ajoute :

Ce sont ces licences qui, combinées au libre accès des documents en ligne, ont largement remplacé les ententes de licence d'Access Copyright, l'utilisation équitable ne jouant qu'un rôle secondaire.

Comme bien des universités canadiennes, sinon toutes, l'université Trent a privilégié l'achat de ressources numériques, en abandonnant progressivement les ressources imprimées. La tendance se confirme lorsque l'on examine les achats faits entre 2014-2015 et 2016-2017. Pendant cette période en effet, les dépenses en monographies imprimées sont passées de 30 102 \$ à 5 722 \$, soit une baisse de 80 %, alors que les dépenses en livres électroniques sont passées de 43 901 \$ à 97 985 \$, soit une augmentation de 46 %. Les dépenses en abonnements électroniques auprès des deux principaux consortiums que sont le Réseau canadien de documentation pour la recherche et le portail Scholars du Conseil des bibliothèques universitaires de l'Ontario ont absorbé pendant la même période 91 % du budget total des achats des bibliothèques, qui s'élève à 1,3 million de dollars.

L'abandon des ressources papier et de leur reproduction est en outre confirmé par la baisse des recettes de photocopies à l'Université Trent qui, entre 2012-2013 et 2016-2017, sont passés de 3 630 \$ à 361 \$, soit une baisse de 91 %.

Le système de rémunération d'AC, appelé Payback System, ne concerne que la reproduction de publications imprimées et exclut toutes les œuvres de plus de 20 ans. Étant donné l'abandon des ressources imprimées dans les universités, il est clair que la valeur des licences d'AC diminue rapidement et que les pertes que l'entreprise prétend subir en raison de l'utilisation équitable sont en réalité dues à un profond changement des modes d'acquisition dans les universités canadiennes. Cela étant dit, l'utilisation équitable est un élément essentiel de la Loi sur le droit d'auteur, mais elle ne constitue pas le mode d'acquisition principal des œuvres dans les établissements d'enseignement canadiens. (Giest, <http://www.michaelgeist.ca/2018/05/copyrightfairdealingeducationpartthree/>)

En conclusion, compte tenu des changements survenus dans les maisons d'éditions scolaires et l'abandon des acquisitions de ressources imprimées au profit de ressources numériques, pour lesquelles les droits d'utilisation par les établissements d'enseignement sont intégrés dans les licences d'exploitation, il semble y avoir très peu d'arguments en faveur du retrait du terme « éducation » de l'article 29 de la *Loi sur le droit d'auteur*.

Par contre, les décisions non équivoques de la Cour suprême du Canada qui confirment le caractère central de l'utilisation équitable comme droit des utilisateurs et que l'éducation assortie d'un enseignement est l'équivalent de la recherche et que la codification de ce raisonnement par l'ajout du terme « éducation » dans l'article 29 de la *Loi sur le droit d'auteur*, sont autant de raisons convaincantes pour lesquelles il convient de maintenir cette notion dans la *Loi sur le droit d'auteur*.

Respectueusement soumis le 11 août 2018