

Le 7 décembre 2018

Comité permanent de l'industrie,
des sciences et de la technologie
indu@parl.gc.ca

Favoriser l'innovation numérique par le biais d'un régime ouvert d'utilisation équitable :
le cas de l'« exploration de textes et de données »

Mémoire – examen législatif de la *Loi sur le droit d'auteur*

Monsieur le Président et membres du Comité,

Le présent mémoire recommande l'adoption d'un régime ouvert d'utilisation équitable dans la *Loi sur le droit d'auteur*. Dans sa forme actuelle, l'utilisation équitable ne vise que certains buts précis et n'offre donc aucune orientation prévisible quant aux nouvelles utilisations du contenu protégé par le droit d'auteur découlant des récents progrès technologiques. Par exemple, il n'est pas clair si le domaine de l'utilisation équitable canadienne inclut les processus d'exploration de textes et de données, qui dépendent de l'analyse par ordinateur de grandes quantités de données soumises au droit d'auteur. L'exploration de textes et de données est au cœur de l'apprentissage machine, technologie que le Canada cherche à encourager dans sa politique d'innovation en intelligence artificielle (IA)¹. En conséquence, le présent mémoire suggère que, pour devenir à la fois chef de file de l'innovation technologique et marché accueillant pour la recherche en IA, le Canada doit démontrer un appui plus clair aux nouvelles utilisations des œuvres protégées par le droit d'auteur dans sa *Loi sur le droit d'auteur*. Plus important encore, le présent mémoire propose que l'ouverture de dispositions sur l'utilisation équitable au-delà de quelques catégories définies est conforme à la politique canadienne sur le droit d'auteur. Cet amendement est beaucoup moins radical qu'il n'y paraît.

Nous aimerions remercier le professeur Ariel Katz pour ses conseils tout au long de la préparation du présent mémoire.

Luke Maynard, candidat au J.D. en 2019, Université de Toronto
Pierre-Luc Racine, LL.M., Université de Toronto
John Sime, candidat au J.D. en 2019, Université de Toronto

¹ Canada, ministère des Finances, *Le budget de 2017 : Bâtir une classe moyenne forte*, Publications du gouvernement du Canada, Ottawa, p. 117, 2017; Canada, ministère des Finances, *Budget 2018 : Égalité et croissance, une classe moyenne forte*, Publications du gouvernement du Canada, Ottawa, p. 95 et 103, 2018.

1. Contexte : le cas de l'exploration de textes et de données

Au cours des dernières décennies, les technologies numériques et les nouveaux outils, comme l'exploration de textes et de données, sont devenus des vecteurs importants d'innovation. Toutefois, leur interaction avec les dispositions de la *Loi sur le droit d'auteur* relatives à l'utilisation équitable transforme de nombreuses nouvelles utilisations en une activité risquée. Ces outils et ces technologies n'entrent pas facilement dans l'une des catégories précisées (recherche, étude privée, éducation, parodie, satire, critique, revue et reportage) prévues par la *Loi sur le droit d'auteur*². Par exemple, il n'est pas clair si les copies d'œuvres protégées produites par l'exploration de textes et de données sont assujetties au droit d'auteur. Au cours d'une telle exploration, des algorithmes logiciels sophistiqués créent de nombreuses copies pour découvrir de nouvelles connexions dans l'ensemble de données³. Bien que les machines reproduisent et analysent les données sans intervention humaine, il faut peut-être obtenir l'autorisation des détenteurs de droits d'auteur d'utiliser leurs œuvres à cette fin d'exploration de textes et de données⁴. En vertu de ces restrictions du droit d'auteur potentielles, les chercheurs pourraient être obligés de se fier à des œuvres du domaine public à faible risque qui sont plus biaisées, moins actuelles et moins bien adaptées à leur recherche⁵. La plupart des œuvres entrent dans le domaine public au fil du temps; ces œuvres ne reflètent donc pas nécessairement l'information actuelle ou les valeurs contemporaines et peuvent donner lieu à des résultats obsolètes⁶.

En conséquence, pour se plier aux exigences de l'innovation, la *Loi sur le droit d'auteur* doit définir un cadre plus clair à l'intention des développeurs et de leurs machines qui analysent les œuvres protégées. Une inclusion plus prévisible et plus transparente des nouvelles utilisations tiendrait compte des progrès technologiques sans se soustraire en premier lieu à l'exigence d'un accès légal à l'information protégée par le droit d'auteur. Que ce soit par l'achat d'information ou par un partenariat avec les bibliothèques et les archives, les utilisateurs devraient quand même demander un accès légitime aux œuvres protégées par le droit d'auteur avant de mener leurs activités d'utilisation équitable, habituellement au profit ou à l'enrichissement du détenteur du droit d'auteur. En somme, l'enchâssement de nouvelles utilisations dans les dispositions sur l'utilisation équitable établit un équilibre entre les utilisateurs et les détenteurs de droits d'auteur tout en empêchant la « tarification cumulative » par laquelle les innovateurs qui ont payé une fois pour avoir accès à l'information peuvent être injustement obligés à payer une seconde fois.

² *Loi sur le droit d'auteur*, LRC 1985, chapitre C-42, articles 29, 29.1 et 29.2 [*Loi canadienne sur le droit d'auteur*].

³ Ralf Mikut et Markus Reischl, *Data Mining Tools*, WIREs Data Mining and Knowledge Discovery, volume 1, numéro 5, p. 431, 2011; David J Hand, *Principles of Data Mining*, Drug Safety, volume 30, numéro 7, p. 621, 2007.

⁴ Benjamin LW Sobel, *Artificial Intelligence's Fair Use Crisis*, Columbia Journal of Law & the Arts [à paraître], p. 58, en ligne: SSRN <<https://ssrn.com/abstract=3032076>>.

⁵ Amanda Levendowski, *How Copyright Law Can Fix Artificial Intelligence's Implicit Bias Problem*, Washington Law Review [à paraître], p. 27, en ligne : SSRN <<https://ssrn.com/abstract=3024938>>.

⁶ *Ibid.*, p. 30-31.

2. Interprétation du régime actuel d'utilisation équitable

Comme nous l'avons déjà mentionné, l'utilisation équitable canadienne actuelle est, selon une interprétation claire de la loi, un régime fermé et axé sur des catégories. L'évaluation du caractère équitable de l'utilisation n'a lieu qu'une fois qu'on a établi que l'objet de l'utilisation entre dans l'une de ces catégories législatives⁷. Néanmoins, la Cour suprême, dans l'affaire *CCH c. Barreau du Haut-Canada*, a établi qu'« il ne faut pas [...] interpréter restrictivement »⁸ les catégories énumérées. Des décisions subséquentes de la Cour suprême ont confirmé cette tendance jurisprudentielle à utiliser des définitions libres de ces catégories. Dans l'affaire *Alberta c. Access Copyright*, la juge Abella a qualifié la distribution de matériel protégé par le droit d'auteur aux élèves de « recherche et étude privée » en vertu de l'article 29, puisque le « rôle [de l'enseignant] consiste à faciliter la recherche et l'étude privée des élèves »⁹. Dans l'affaire *SOCAN c. Bell*, le terme « recherche » a été utilisé pour inclure les avant-premières musicales privées afin de déterminer s'il y avait lieu ou non d'acheter la chanson en entier¹⁰. Dans les deux cas, la Cour a rejeté les interprétations strictes visant à conclure que l'utilisation équitable était analogue à l'une des catégories prévues dans la loi. En fait, on ne signale aucune décision canadienne voulant que l'utilisation équitable d'un matériel protégé par le droit d'auteur ait échoué simplement parce que le but de l'utilisation n'entraîne pas dans l'une des catégories législatives¹¹.

En conséquence, cela donne à penser qu'au Canada, les catégories d'utilisation équitable énumérées de façon rigide peuvent être en grande partie chose du passé¹². L'utilisation équitable au Canada est peut-être plus proche des régimes ouverts, comme celui des États-Unis, qu'il n'y paraît à première vue. Aux États-Unis, les dispositions sur l'utilisation équitable contiennent des catégories, mais elles ne sont que descriptives, « ne donnant que des indications générales des types de copies que les tribunaux et le Congrès ont le plus souvent considérées comme étant des utilisations équitables »¹³ [TRADUCTION]. Néanmoins, il y a eu une certaine résistance judiciaire à l'idée que les catégories ne sont pas pertinentes. Dans l'affaire *Alberta*, où la décision a été rendue à une faible majorité de 5 contre 4, le juge Rothstein s'est prononcé fortement contre l'inclusion de l'enseignement en classe dans la définition de l'étude privée¹⁴. En tout état de cause, en raison de la rareté relative des décisions canadiennes en matière de droit d'auteur, avec si peu de décisions

⁷ *Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c. Bell Canada*, 2012 CSC 36, paragr. 26, [2012] 2 RCS 326 [Bell].

⁸ *CCH Canadienne Ltée c. Barreau du Haut-Canada*, 2004 CSC 13, paragr. 48, [2004] 1 RCS 339 [CCH].

⁹ *Alberta (Éducation) c. Canadian Copyright Licensing Agency (Access Copyright)*, 2012 CSC 37, paragr. 23, [2012] 2 RCS 345 [Alberta].

¹⁰ *Ibid.*, paragr. 21-22.

¹¹ Ariel Katz, *Fair Use 2.0: The Rebirth of Fair Dealing in Canada*, Michael Geist, éd., *The Copyright Pentology: How the Supreme Court Shook the Foundations of Canadian Copyright Law*, Presses de l'Université d'Ottawa, Ottawa, p. 96, 2013.

¹² Michael Geist, *Fairness Found: How Canada Quietly Shifted from Fair Dealing to Fair Use Hand*, Michael Geist, éditeur, *The Copyright Pentology: How the Supreme Court Shook the Foundations of Canadian Copyright Law*, Presses de l'Université d'Ottawa, Ottawa, p. 159, 2013.

¹³ *Campbell v Acuff-Rose Music Inc*, 510 U.S. p. 577, 1994.

¹⁴ *Alberta*, note 9 ci-dessus, paragr. 47.

judiciaires rendues, il est prématuré de déclarer ces catégories non pertinentes. Devant des utilisations nouvelles et peu familières de l'informatique qui n'entrent pas explicitement dans les catégories établies d'utilisation équitable, il est possible que les tribunaux refusent d'élargir suffisamment les catégories énumérées pour permettre de nouvelles utilisations¹⁵. Toutefois, une chose est certaine : l'ouverture des dispositions canadiennes sur l'utilisation équitable ne constituerait pas un changement profond au régime actuel.

3. Recommandation : adoption d'un régime ouvert d'utilisation équitable

En conséquence, pour refléter les ambitions du Canada en matière de recherche et d'innovation et confirmer l'obsolescence d'une approche stricte axée sur des catégories, nous recommandons l'adoption d'un régime ouvert d'utilisation équitable¹⁶. Nous estimons que le simple fait d'ajouter de nouvelles catégories, comme l'exploration de textes et de données, dans le champ d'application de l'utilisation équitable est moins approprié, puisque leurs effets seraient limités à des mesures ciblées. Au contraire, une disposition ouverte couvrirait éventuellement les utilisations futures des œuvres protégées par le droit d'auteur qu'exigeront les progrès technologiques.

(i) Avantages d'un régime ouvert

Des études empiriques ont montré qu'un régime ouvert et souple d'utilisation équitable procure des avantages économiques au secteur de l'information¹⁷. Un tel régime augmente « les revenus des entreprises des industries de l'information, y compris de la conception de logiciels et de systèmes informatiques »¹⁸. De plus, les industries qui dépendent des dispositions sur l'utilisation équitable, notamment les sociétés d'IA et d'exploration de données, ont tendance à avoir des revenus plus élevés et à faire mieux dans les pays où le régime du droit d'auteur est ouvert¹⁹. Un environnement ouvert d'utilisation équitable favorise aussi l'augmentation de la production savante, tant en qualité qu'en quantité²⁰. Selon tous les critères imaginables, une approche exempte de catégories de l'utilisation équitable incite fortement les chercheurs ou les entreprises à établir leurs activités dans des pays offrant de telles dispositions.

Par exemple, la plupart des juridictions qui ont déjà adopté des dispositions ouvertes d'utilisation équitable, dont les États-Unis, Israël, Taiwan, Singapour, la Malaisie et les Philippines, sont des chefs de file dans le secteur de la haute technologie²¹. Tous ces pays (à l'exception des Philippines)

¹⁵ Michael Geist, *Why copyright law poses a barrier to Canadian AI ambitions*, The Globe and Mail, 17 mai 2017, en ligne : <<https://www.theglobeandmail.com/report-on-business/rob-commentary/why-copyright-law-poses-a-barrier-to-canadian-ai-ambitions/article35019241>>.

¹⁶ *Budget de 2017*, note 1 ci-dessus, p. 82, 103-104; *Budget de 2018*, note 1 ci-dessus, p. 85, 92 (On y remarque que le gouvernement vise à « faire du Canada un modèle apte à attirer la crème des chercheurs des quatre coins de monde », p. 95).

¹⁷ Sean Flynn et Mike Palmedo, *The User Rights Database: Measuring the Impact of Copyright Balance*, p. 14, 2017, en ligne : SSRN <<https://ssrn.com/abstract=3082371>>.

¹⁸ *Ibid.*

¹⁹ *Ibid.*, p. 17.

²⁰ *Ibid.*

²¹ Geist, note 12 ci-dessus, p. 157-164.

surpassent le Canada en matière d'innovation, qui se classe au vingt-troisième rang selon l'Indice de compétitivité mondiale, les États-Unis et Israël se classant respectivement deuxième et troisième²². En conséquence, en ouvrant explicitement les catégories d'utilisation équitable, le Canada signifierait aux investisseurs, aux chercheurs et aux analystes qu'il est au moins aussi ouvert que ces autres pays et capable de leur faire concurrence sur le marché mondial. Sinon, comme le met en garde Michael Geist, « notre cadre juridique sera encore à la traîne de celui d'autres pays qui ont réduit les risques liés à l'utilisation des ensembles de données dans le cadre d'activités [...] [comme l'extraction de textes et de données] »²³ [TRADUCTION].

(ii) Préoccupations relatives à un régime ouvert

Néanmoins, l'adoption d'un régime ouvert suscite encore des inquiétudes. Certains ont fait remarquer que l'abandon d'un système de catégories fermées d'utilisation équitable va à l'encontre du « critère en trois parties » de l'article 13 de l'Accord sur les ADPIC²⁴. Ils soutiennent que le Canada ne se conformerait pas à ce critère, qui stipule que les pays membres doivent « restreindre les limitations ou les exceptions aux droits exclusifs à certains *cas spéciaux* [l'italique est de nous] qui ne sont pas contraires à une exploitation normale de l'œuvre et qui ne portent pas un préjudice déraisonnable à l'intérêt légitime du détenteur du droit »²⁵ [TRADUCTION]. Par ailleurs, comme Hugenholtz et Okediji l'indiquent clairement, la notion de « certains cas spéciaux » signifie seulement que le droit doit être interprété et restreint à certaines utilisations, et non que des codes de conduite définissent avec précision des restrictions²⁶. Le reste de l'analyse de l'affaire *CCH* sur l'utilisation équitable satisfait donc facilement ce critère, car cette affaire exempte la responsabilité en matière de droit d'auteur pour ceux qui traitent équitablement le contenu protégé par le droit d'auteur après une évaluation en six étapes²⁷.

De plus, d'autres ont laissé entendre qu'une approche exempte de catégories de l'utilisation équitable manquerait de clarté. Par exemple, le Royaume-Uni a rejeté l'établissement d'un régime ouvert d'utilisation équitable pour conserver la prétendue certitude offerte par les catégories

²² Forum économique mondial, *12th Pillar: Innovation*, en ligne : *World Economic Forum*. <<http://reports.weforum.org/global-competitiveness-index-2017-2018/competitiveness-rankings/#series=GCI.C.12>>.

²³ Michael Geist, *What's Next, After the 2012 Overhaul?*, Policy Options, 12 juin 2017, en ligne : <<http://policyoptions.irpp.org/magazines/june-2017/whats-next-after-the-2012-copyright-overhaul>>.

²⁴ International Intellectual Property Alliance, *2018 Special 301 Report on Copyright Protection and Enforcement*, p. vi, en ligne : IIPA <https://iipa.org/files/uploads/2018/02/2018_SPECIAL_301.pdf>.

²⁵ *Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce*, 15 avril 1994, 1869 NURT 299, article 13 (entré en vigueur le 1^{er} janvier 1995) [ADPIC].

²⁶ P. Bernt Hugenholtz et Ruth L. Okediji, *Conceiving an International Instrument on Limitations and Exceptions to Copyright*, Amsterdam Law School Legal Studies Research Paper No 2012-43, p. 22, 2008, en ligne : SSRN <<https://ssrn.com/abstract=2017629>>.

²⁷ *CCH*, note 8 ci-dessus, paragr. 53.

fermées, ce qui permet d'éviter « une prolifération à l'américaine de litiges coûteux »²⁸ [TRADUCTION]. Cependant, comme le soutient Matthew Sag, « l'utilisation équitable n'est pas aussi incohérente ou imprévisible qu'on le suppose habituellement »²⁹, puisque « les normes ne sont pas nécessairement plus imprévisibles que les règles »³⁰ [TRADUCTION]. En ce sens, un régime fermé dont les limites énumérées ne tiennent pas compte de façon transparente des technologies émergentes est beaucoup plus imprévisible, à long terme, qu'un régime ouvert à catégories dont les principes directeurs fonctionnent selon un niveau plus élevé de certitude.

(iii) Conséquences sur les créateurs et les détenteurs des droits

Il est important de réitérer que l'adoption d'une disposition ouverte d'utilisation équitable est un changement beaucoup moins radical qu'il n'y paraît à première vue. Comme le souligne Michael Geist, « l'étendue des buts de l'utilisation équitable est maintenant si vaste (...) que les analyses futures de l'utilisation équitable au Canada ne comporteront probablement qu'une évaluation superficielle des premiers critères et une analyse beaucoup plus rigoureuse »³¹ [TRADUCTION]. En outre, toute protection supplémentaire que les créateurs peuvent percevoir à l'égard des catégories limitées est largement illusoire. Même dans le cadre d'un plan qui abandonne l'approche par catégorie, les pratiques réellement injustes resteront illégales. Une disposition non restrictive permettra de procéder directement à une véritable évaluation de l'équité plutôt qu'à un exercice de tri arbitraire qui risque d'exclure inutilement une activité, comme l'exploration de textes et de données, qui n'entre dans aucune des catégories existantes.

En conséquence, un régime ouvert d'utilisation équitable ne causera pas de préjudice important à la communauté des créateurs. « Il existe une relation positive importante entre l'ouverture et les revenus »³² [TRADUCTION]. À bien des égards, l'industrie de la création bénéficie de droits d'utilisation plus ouverts. Les cinéastes qui connaissent l'utilisation équitable font des documentaires mieux produits que ceux qui ne la connaissent pas³³. L'art généré par l'utilisateur qui remixe d'une manière intéressante ou profondément nouvelle le contenu précédemment disponible peut s'épanouir au lieu d'être soumis aux mêmes catégories qui entravent le développement de l'IA³⁴. L'ouverture des catégories d'utilisation équitable n'aura donc aucune incidence sur la créativité. Au lieu de cela, elle contribuera à son essor.

²⁸ Ian Hargreaves, *Digital Opportunity: A Review of Intellectual Property Growth*, UK Intellectual Property Office, p. 44, 2011, en ligne : gouvernement du R.-U. <https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/32563/ipreviewfinalreport.pdf>.

²⁹ Matthew Sag, *Predicting Fair Use*, 73 Ohio State Law Journal, p. 86, 2012.

³⁰ *Ibid.*

³¹ Geist, note 12 ci-dessus, p. 159.

³² Flynn et Palmedo, note 17 ci-dessus, p. 21.

³³ Flynn et Palmedo, note 17 ci-dessus, p. 7-8.

³⁴ Samuel Trosow, *Copyright as a Barrier to Creativity: The Case of User-Generated Content*, B. Courtney Doagoo et coll., éd., *Intellectual Property for the 21st Century: Interdisciplinary Approaches* (Toronto: Irwin Law, p. 530, 2014).

Pour résumer, nous recommandons que :

- le Canada adopte un régime ouvert d'utilisation équitable fondé sur le modèle américain correspondant.