

# Renforcer les droits des utilisateurs canadiens grâce à une vision commune :

## Adapter les *Codes of Best Practices in Fair Use* au contexte canadien

22 FÉVRIER 2021

Mark Swartz, gestionnaire du droit d'auteur de l'université Queen et agent de programme invité de l'ABRC

Graeme Slaght, bibliothécaire chargé des communications savantes et de la sensibilisation au droit d'auteur, université de Toronto

[info@carl-abrc.ca](mailto:info@carl-abrc.ca)

[www.carl-abrc.ca](http://www.carl-abrc.ca)

# Table des matières

Introduction.....	2
Les arguments en faveur de l'adaptation des codes de pratique exemplaire en matière d'usage acceptable .....	2
Pourquoi commencer par la préservation des logiciels? .....	8
Bibliographie.....	13

## Introduction

Le concept canadien d'utilisation équitable est, à de nombreux égards, l'une des exceptions au droit d'auteur les plus souples et les plus fortes au monde. Les tribunaux ont déterminé qu'une interprétation restrictive de l'utilisation équitable bouleverserait l'équilibre entre les droits des créateurs et les droits des utilisateurs, et le secteur de l'éducation partout au Canada applique des lignes directrices (p. ex. les Lignes directrices d'Universités Canada) qui ont permis d'étendre le recours à l'utilisation équitable pour la mise à disposition de matériel de cours. Néanmoins, pour beaucoup d'autres fins et activités, la portée et l'application de l'utilisation équitable manquent de clarté. En conséquence, de nombreuses communautés de pratique du Canada évitent d'y avoir recours, ce qui renforce la culture de la permission ou même fait dérailler des projets. Le Canada tirerait donc profit d'un cadre robuste de codes de pratique exemplaire en matière d'utilisation équitable semblables aux codes en vigueur aux États Unis.

Dans le présent document, nous soutenons que même si l'utilisation équitable n'est pas une copie conforme de l'usage acceptable, elle y ressemble suffisamment pour que les principes et les limites énoncés dans de nombreux codes de pratique exemplaire en matière d'usage acceptable en vigueur aux États Unis s'appliquent au contexte canadien. De plus, nous sommes d'avis que de collaborer avec les communautés de pratique du Canada pour construire un réseau de codes de pratique exemplaire en matière d'utilisation équitable nouveaux ou adaptés est une bonne stratégie pour faire tomber les craintes et l'incertitude concernant l'application de l'utilisation équitable dans certaines situations non couvertes par des politiques institutionnelles. Nous suggérons aussi comme point de départ d'adapter le code américain le plus récent, le Code of Best Practices in Fair Use for Software Preservation (trad. : Code de pratique exemplaire en matière d'usage acceptable pour la préservation des logiciels), la communauté de la préservation des logiciels du Canada ayant mentionné lors de nos consultations préliminaires qu'il fallait que certains points au sujet de telles applications soient clarifiés.

## Les arguments en faveur de l'adaptation des codes de pratique exemplaire en matière d'usage acceptable

L'analyse présentée dans le présent document s'inspire du livre intitulé *Reclaiming Fair Use : How to Put Balance Back in Copyright*. Les auteurs de ce livre, Patricia Aufderheide et Peter Jaszi, parlent de la flexibilité de la doctrine de l'usage acceptable

aux États Unis et de la force derrière l'élaboration d'une série de codes de pratique exemplaire en matière d'usage acceptable pour plusieurs communautés de pratique. Ces énoncés (trad.) «ont permis de démystifier l'usage acceptable pour certains groupes d'utilisateurs sans restreindre indûment la flexibilité qui donne toute sa force à la doctrine de l'usage acceptable et aussi d'aider les avocats et les gardiens à comprendre les importantes normes. Ces énoncés se sont avérés un puissant outil pour nombre de ceux qui dépendent de l'usage acceptable» (Falzone et Urban, 2009, p. 338).

Avant de décrire les avantages des codes et de montrer comment ils permettent aux communautés de tirer profit de leurs droits en matière d'usage acceptable, il est important de comprendre avant tout ce qu'est l'usage acceptable et en quoi il ressemble à la même exception de l'utilisation équitable en vigueur au Canada. «L'usage acceptable» est défini à l'article 107 du Copyright Act des États Unis en ces termes : (trad.) «l'usage acceptable d'un ouvrage protégé par le droit d'auteur... utilisé pour une critique, un commentaire, une nouvelle, l'enseignement (y compris les multiples copies destinées à une classe), une étude ou une recherche ne constitue pas une violation du droit d'auteur.» Du côté canadien, «l'utilisation équitable» est définie à l'article 29 de la Loi sur le droit d'auteur (la «Loi»). Elle permet de la même manière d'utiliser un ouvrage protégé par le droit d'auteur sans permission et gratuitement aussi longtemps que la fin visée est inscrite dans la liste des fins énumérées dans la Loi et que l'utilisation est équitable. La différence la plus importante entre l'usage acceptable et l'utilisation équitable tient au à la nature de la liste des fins possibles : celle de l'usage acceptable est indicative et celle de l'utilisation équitable est exhaustive, ce qui signifie qu'en principe l'utilisation équitable est plus flexible et s'applique à une plus grande variété de situations que l'usage acceptable.

Dans le deuxième chapitre de leur livre, Aufderheide et Jaszi exposent clairement l'importance de l'usage acceptable comme droit de l'utilisateur en ces termes :

(trad.) «Toute personne aux États Unis, peu importe le média, peut invoquer l'usage acceptable, même si peu de personnes le savent. Il s'agit là d'une exemption qui s'applique à tous les droits à caractère monopolistique d'un titulaire de droit d'auteur, y compris son droit de contrôler l'adaptation, la distribution et la prestation. Le besoin de partager la culture en vue d'en retirer le maximum s'en trouve ainsi bien affirmé». (Aufderheide et Jaszi, 2018, p. 49)

Au moyen d'un synopsis de l'historique de l'usage acceptable tant dans les situations pratiques que devant les tribunaux, ils dépeignent une exception qui est devenue la plus flexible et la plus adaptable au monde. Selon Aufderheide et Jaszi, (trad.) «L'usage acceptable a été adopté par les juges, les organisations d'intérêt public, les organisations de créateurs, de même que les particuliers. L'usage acceptable peut se

révéler un moyen d'obtenir l'égalité de statut pour la possibilité, la créativité, l'innovation et la libération de l'imaginaire du droit d'auteur» (Aufderheide et Jaszi, 2018, p. 129). » Ils décrivent aussi le processus sous-tendant l'élaboration des codes de pratique exemplaire en matière d'usage acceptable qui ont (trad.) «établi des normes, suscité l'intérêt à l'égard de l'usage acceptable et inspiré d'autres personnes à établir leurs propres normes» (Aufderheide et Jaszi, 2018, p. 177).

S'appuyant sur l'histoire relatant la manière dont les cinéastes ont organisé leur communauté pour créer le premier énoncé de pratique exemplaire, les auteurs décrivent un solide processus par lequel les cinéastes ont fait œuvre de pionniers en lançant une nouvelle approche pour changer la politique régissant le droit d'auteur.

Les documentaristes :

(trad.) «... se sont instruits eux-mêmes au sujet de la loi, ils ont réclamé leur droit d'interpréter l'usage acceptable en tant que citoyens et créateurs et travaillé ensemble pour arriver à clarifier leur compréhension commune du travail qui était le leur. Ils ont aussi changé leur compréhension de ce qu'ils étaient. Ils n'étaient pas seulement des créateurs de culture, ils en étaient aussi des utilisateurs. Ils ont appris à valoriser la sélection et la réutilisation de culture en tant qu'acte de création et ils ont appris à accepter que d'autres personnes soient parfois capables d'utiliser leurs ouvrages sans avoir à payer ou à demander de permission parce qu'elles créeraient aussi quelque chose de nouveau» (Aufderheide et Jaszi, 2018, p. 197).

Aufderheide et Jaszi décrivent plus loin la multiplication de codes semblables dans plusieurs communautés de pratique : enseignants, historiens de la danse, vidéastes sur le net, bibliothèques, communautés de chercheurs et journalistes. Enfin, ils décrivent le processus que peuvent suivre les communautés de pratique pour concevoir leurs propres codes à l'aide de leurs membres à qui ils sont destinés avant de les faire approuver par des avocats et/ou des juristes. Un code est ensuite lancé. Il sert non seulement à encourager ou éduquer les membres de la communauté, mais aussi à invoquer l'exception plus souvent. Comme le soulignent Aufderheide et Jaszi : (trad.) «voici une leçon à retenir des codes de pratique exemplaire en matière d'usage acceptable : la pratique crée l'habitude. Lorsque des personnes font valoir leurs droits, ces derniers se renforcent et plus de personnes peuvent les utiliser. Pour changer une pratique, il ne suffit pas de créer un document, il faut qu'un nombre suffisant de personnes utilisent cet outil pour changer leur comportement et en parlent aux autres» (Aufderheide et Jaszi, 2018, p. 272).

Après avoir lu ce livre, il est facile d'envier l'usage acceptable et les divers codes de pratique exemplaire au service des communautés de pratique aux États Unis. Aufderheide et Jaszi abordent l'application ailleurs dans le monde des codes relatifs à l'usage acceptable au chapitre 11 intitulé (trad.) «Le contexte international». Le

contexte canadien y est mentionné dans la section portant sur l'approche de l'utilisation équitable largement en place dans les pays du Commonwealth britannique et dans les anciennes colonies de l'Empire britannique. Aufderheide et Jaszi affirment que (trad.) «la défense par des juristes tels que David Vaver, Michael Geist, Ariel Katz, Howard Knopf et Laura Murray suffit à persuader les tribunaux de ces pays — et en particulier la Cour suprême — d'appliquer la règle de l'utilisation équitable en insistant sur la transparence interprétative et la neutralité technologique» (Aufderheide et Jaszi, 2018, p. 297).

Dans le livre intitulé «The Copyright Pentology» publié en 2013, deux des auteurs cités par Aufderheide et Jaszi comme juristes, Michael Geist et Ariel Katz, démontrent que l'utilisation équitable est une exception flexible qui se rapproche davantage du concept d'usage acceptable que des exceptions d'utilisation équitable plus restrictives d'autres pays du Commonwealth. Dans le chapitre intitulé (trad.) «Usage acceptable 2.0 : renaissance de l'utilisation équitable au Canada», Katz a résumé des directives de la Cour suprême tirées de CCH Canadienne ltée c. Barreau du Haut-Canada où le tribunal a (trad.) «déclaré de manière unanime que l'utilisation équitable est un droit de l'utilisateur, qui fait autant partie de la Loi sur le droit d'auteur que les droits des titulaires et qu'il faudrait laisser libre cours à l'interprétation» (Aufderheide et Jaszi, 2018, p. 297). Katz démontre au moyen d'un synopsis de l'historique de l'utilisation équitable que ce concept renvoie à une exception flexible et de grande portée qui se rapproche de l'usage acceptable, même s'il ne peut atteindre les objectifs de l'usage acceptable parce (trad.) «certaines utilisations, présentes ou futures, sont toujours catégoriquement exclues» (Geist, 2013, p. 139).

Dans le chapitre suivant du livre The Copyright Pentology, Geist suit les arguments de Katz avec un synopsis des six critères définissant l'équité, tels qu'énoncés dans l'affaire CCH, et affirme que bien que l'utilisation équitable exige une analyse en deux étapes, (trad.) «il est si facile de se conformer aux exigences de la première étape que le Canada a une disposition d'usage acceptable en tous points sauf le nom. L'usage acceptable conventionnel pourrait demander un seul critère pour établir l'équité, mais la version hybride de l'utilisation équitable et de l'usage acceptable au Canada s'y rapproche en faisant en sorte que presque tous les usages correspondent aux fins normalisées et passent à la deuxième étape, l'analyse des six facteurs» (Geist, 2013, p. 177).

Même avec une exception à l'utilisation équitable qui est semblable en pratique à l'usage acceptable, une liste descriptive des fins serait une amélioration majeure pour les utilisateurs du droit d'auteur du Canada. En fait, tant la communauté des juristes que celle des bibliothécaires ont demandé des changements législatifs pour que la liste des fins d'utilisation équitable soit indicative plutôt qu'exhaustive. Ce plaidoyer a porté fruit puisqu'il a été inclus comme 18e recommandation du rapport du récent

examen obligatoire de la Loi du Comité permanent de l'industrie, des sciences et de la technologie. Dans leurs observations, les membres du Comité ont indiqué que donner suite à cette recommandation :

«... rendrait ainsi la Loi plus souple en permettant l'ajout d'une plus grande variété de fins admissibles qui découleraient des fins existantes, et ce, sous la direction et la supervision des tribunaux (p. ex. de la critique à la citation, de la parodie au pastiche et de la recherche à l'analyse informationnelle). Une telle modification pourrait permettre à de nouvelles pratiques d'entrer dans le champ d'application de l'utilisation équitable, comme les « réactions en vidéo » et la diffusion de jeux vidéo en continu » (Comité permanent de l'industrie, des sciences et de la technologie de la Chambre des communes du Parlement du Canada, 2019, p. 75).

La souplesse que donnent des exceptions illimitées d'usage acceptable/utilisation équitable est essentielle pour préserver l'équilibre en matière de droit d'auteur entre les droits des créateurs et des utilisateurs des ouvrages protégés par un droit d'auteur. Il existe une large variété d'avantages liés aux exceptions illimitées. Souvent, les exceptions qui portent sur des situations particulières sont paralysées par des exigences coûteuses, non pratiques ou irréalisables, qui sont vite reléguées aux oubliettes. Dans son récit classique sur la négociation qui a mené à l'adoption du Digital Millennium Copyright Act (DMCA), Jessica Litman a conclu que (trad.) « la longue liste d'exceptions étroites du projet de loi... n'a pas permis de conclure que les exceptions générales classiques et les privilèges s'appliquaient. » Les exceptions étroites du DMCA étaient le résultat de ce que Litman a décrit comme étant ce (trad.) « qu'une brochette de particuliers a réussi à extraire de chacun », le résultat étant (trad.) « une grande chasse aux bénéfiques au détriment du grand public » (Litman, 2006). Il y a beaucoup d'exemples de ce genre au Canada. L'exception visant les prêts entre bibliothèques dans la Loi est si problématique que la majorité des bibliothèques universitaires canadiennes ont recours à l'utilisation équitable pour permettre les services de prêts entre bibliothèques, plutôt qu'à l'exception explicitement mentionnée à cette fin (Tiessen, 2012). Il y a aussi l'exception prévue pour l'enseignement à distance, qui impose une obligation de suppression si coûteuse que la plupart des établissements d'enseignement supérieur évitent d'y recourir dans de nombreuses situations où elle se serait appliquée.

Dans l'article intitulé «Demystifying Fair Use», Falzone et Urban mentionnent d'autres aspects qui rendent la doctrine de l'usage acceptable supérieure pour certaines exceptions. Ils affirment que (trad.) « si l'usage acceptable avait été réduit à une longue liste d'exceptions, il n'aurait pas eu la capacité de s'adapter aux nouvelles technologies et aux nouveaux modes d'expression. L'adaptabilité est cruciale, vu le rôle que joue l'usage acceptable dans la politique sur le droit d'auteur comme l'une des nombreuses restrictions qui empêche la loi sur le droit d'auteur de freiner la

créativité même qu'elle était destinée à encourager» (Falzone et Urban, 2009, p. 338). Falzone et Urban soulignent plus loin l'une des faiblesses de l'usage acceptable : l'incertitude et l'imprévisibilité apparente de l'application de l'usage acceptable dans certaines situations, combinées au coût important d'un contentieux, pourraient amener une réticence à prendre des risques qui (trad.) « conduit à s'autocensurer et à altérer le système d'équilibre du droit d'auteur ; le droit d'auteur lié à la créativité qu'il est censé stimuler est brimé » (Falzone et Urban, 2009, p. 340). En conséquence, on se trouve devant un paradoxe : la flexibilité de l'usage acceptable permettrait d'appliquer ce concept dans n'importe quelles circonstances. Cependant, cette ouverture sans fin crée de l'incertitude. Il est vrai que des exceptions étroites donnent une certitude, mais souvent qu'à quelques activités très restreintes ou impraticables ; elles résultent habituellement de négociations qui dérogent de l'objectif de l'intérêt public de la loi régissant le droit d'auteur. Les codes relatifs à l'usage acceptable viennent aider à résoudre ce problème.

Le développement de l'utilisation équitable par l'adaptation de codes de pratique exemplaire est une voie toute tracée pour les communautés d'utilisateurs ; il leur permet de renforcer les droits des utilisateurs et de traiter avec équité les ouvrages protégés par le droit d'auteur avec plus de certitude. Même avec une exception légèrement plus limitée comme l'utilisation équitable, il est facile de voir que les codes de pratique exemplaire en matière d'usage acceptable pourraient s'appliquer au Canada. Comme les activités entreprises par les communautés des États Unis et du Canada qui sont visées par les codes se ressemblent, il n'est pas nécessaire de partir de zéro. Un addendum aux documents américains précisant le contexte juridique canadien est une bonne voie à suivre pour le Canada. Il nous permettrait de faire fond sur l'incroyable travail fait aux États Unis. De plus, même s'il n'y a pas pour l'instant de codes de pratique exemplaire en matière d'utilisation acceptable, cela ne veut pas dire pour autant qu'elle n'est pas invoquée. La communauté de l'enseignement au Canada a adopté une approche en matière d'utilisation acceptable comportant des directives normalisées sur le traitement équitable des ouvrages protégés par le droit d'auteur en enseignement. Ces directives seront examinées par la Cour suprême du Canada dans le cadre de l'appel de la décision dans l'affaire *Université York c. Canadian Copyright Licensing Agency (Access Copyright)*, mais l'élaboration et l'utilisation généralisée de ces directives dans le monde de l'enseignement montrent bien le besoin de directives sur l'application de cette exception, besoin qui serait satisfait à mesure que les codes américains seraient adaptés ou que des addendas seraient créés. Dans l'attente du règlement du contentieux qui est devant la Cour suprême du Canada, un processus alimenté par une communauté de pratique, avec l'aide de juristes et de chercheurs consultés à ce sujet, pourrait bien être la meilleure voie à suivre pour de nombreux secteurs au Canada.

Le code typique contient quelques éléments standards qui ont été développés et peaufinés avec le temps. Le modèle présente généralement l'application de l'usage acceptable comme étant un processus de délibération, plutôt qu'une formule ou un calcul mathématique. Le code détaillera divers scénarios ou activités connus que les membres d'une communauté de pratique en particulier ont vus comme des points de friction avec la loi sur le droit d'auteur et qui en conséquence ont souffert d'un ralentissement à cause de l'incertitude quant à l'application légale de l'usage acceptable. Les codes donnent aussi des principes de nature qualitative et des restrictions dont les professionnels doivent tenir compte au moment d'évaluer si une activité de reproduction en particulier est conforme à une interprétation raisonnable de l'usage acceptable dans un scénario donné.

Certains ont critiqué le caractère trop restrictif des codes dans l'identification des communautés de pratique concernées. Selon ces critiques, le regroupement des communautés de pratique n'a pas toujours inclus des représentants des titulaires de droit ou leurs points de vue en présumant à tort que la politique sur le droit d'auteur devrait résulter seulement de négociations entre les « utilisateurs » d'un côté, et les « titulaires de droits » de l'autre (le modèle de marchandage décrit par Litman dans son étude du DMCA). D'autres sont avis que les codes sont trop prometteurs quant aux chances que les juges estiment que ces (trad.) « pratiques coutumières non représentatives » sont pertinentes au moment de décider s'il y a violation ou non (Rothman, 2009, p. 372). Néanmoins, les codes sont utiles pour décrire les secteurs où la loi sur le droit d'auteur est trop contraignante pour légitimer les travaux faits de bonne foi et ils constituent un cadre utile pour décider si l'usage acceptable est l'argument à défendre pour surmonter ce fardeau. La loi canadienne sur le droit d'auteur s'est transformée, faisant de l'utilisation équitable non seulement un argument de défense dans un contentieux, mais également un droit de l'utilisateur; donc les inquiétudes au sujet des vues des juges sur les codes pourraient être excessives.

## **Pourquoi commencer par la préservation des logiciels ?**

Jusqu'ici, nous avons démontré que les organisations canadiennes telles que l'ABRC et ses bibliothèques membres, ainsi que d'autres organisations de bibliothèques et établissements, devraient continuer d'avancer ensemble et de défendre une approche plus souple pour l'interprétation de l'utilisation équitable et que d'adapter et de mettre au point les codes de pratique exemplaire en matière d'usage acceptable afin de régler les points de friction avec le droit d'auteur au sein des diverses communautés de pratique est un moyen important de continuer à faire valoir ce droit

de l'utilisateur. Si nous partons du principe que cette approche est la bonne, la prochaine question est de se demander par où commencer.

La deuxième proposition suggérée comme point de départ est de faire correspondre la pratique exemplaire en matière d'usage acceptable à celle en matière d'utilisation équitable à partir du plus récent code américain intitulé « Code of Best Practices in Fair Use for Software Preservation », qui a été publié en septembre 2018 et révisé en 2019 (Center for Media & Social Impact, 2019).

L'élaboration du code pour la communauté de la préservation des logiciels a commencé par une recherche ethnographique auprès des membres du Software Preservation Network (SPN), une organisation associative d'une vingtaine d'établissements qui collaborent au développement d'approches et de technologies communes visant à préserver et rendre disponibles des logiciels pour les chercheurs. Ces premiers entretiens « boule de neige » ont été suivis de consultations délibératives en personne auprès de membres de la communauté visant à établir un consensus sur les problèmes communs touchant le droit d'auteur et à établir des approches de mise en place de l'usage acceptable sur le terrain. Ont été exclus les cas limites pour lesquels le consensus était impossible, tels que les jeux ou les autres œuvres d'expression où l'usage acceptable n'aurait pas pu s'appliquer de la même manière et être généralisé pour toutes les œuvres (Butler et coll., 2019). Les résultats finaux de ce processus ont été résumés, distribués parmi la communauté avant d'être révisés par un groupe de magistrats chargés de vérifier que les limites de l'usage acceptable établies par la communauté respectaient la législation en vigueur (Aufderheide et coll., 2018) (Aufderheide et Jaszi, 2018). Ces travaux ont été financés par la fondation Albert P. Sloan.

Ce code en particulier a été choisi en raison de son ampleur gérable; comparé à d'autres communautés de pratique pour lesquels des codes ont émergé, la communauté de la préservation des logiciels est relativement petite, et la recherche ethnographique contenait déjà quelques données institutionnelles canadiennes. Ce long processus d'élaboration du code aux États Unis serait difficile et, nous pouvons le supposer, superflu de reproduire en entier au Canada. Il serait plus judicieux de demander à la communauté d'examiner si, et dans quelles conditions, les scénarios et les activités des codes américains sont les mêmes au Canada, et s'il y a d'autres scénarios communs ou récurrents, uniques au Canada, qui demandent une attention spéciale.

Dans le cadre de notre recherche pour déterminer s'il y avait un intérêt au Canada pour un code en matière d'utilisation équitable pour la préservation des logiciels, nous avons mené une série d'entretiens préparatoires avec des préservateurs (ou conservateurs) des logiciels au Canada, qui tous étaient d'accord pour dire que le

droit d'auteur, la culture de la permission et l'incertitude quant à l'étendue de l'application de l'utilisation équitable aux logiciels et aux autres objets d'origine numérique représentaient des obstacles importants aux activités de préservation des logiciels au Canada (J. Whyte et S. Marks, communication personnelle, 17 mai 2019).

Une autre raison justifiant le choix de la communauté de préservation des logiciels comme point de départ de l'élaboration des codes canadiens est le fait que l'argument en faveur de l'utilisation équitable pour cette communauté est solide et largement consensuel. Les personnes rencontrées nous ont dit que leurs travaux en préservation numérique et plus précisément en préservation des logiciels impliquent fortement la loi sur le droit d'auteur. Des artefacts numériques et les outils nécessaires pour y accéder, de par leur nature, demandent beaucoup de reproductions et le manque de clarté quant à la portée de l'utilisation équitable par rapport à la préservation de ces objets et outils et à leur mise à disposition a nuï aux travaux fondamentaux visant à assurer la longévité et la mise à disposition d'objets culturels de valeur (J. Durno, communication personnelle, 3 mai 2019).

Les protections garanties par le droit d'auteur sont censées stimuler la disponibilité et la distribution commerciale continue des œuvres. La question de savoir si c'est ce qui passe réellement pourrait faire l'objet d'une autre recherche, mais pour les logiciels, cette dynamique est absente. Comme les formats et les technologies changent, les mesures incitatives commerciales dans de nombreux types de logiciels conduisent au remplacement et à l'obsolescence plutôt qu'au maintien des logiciels comme ouvrages commercialement disponibles. Les entreprises de logiciels sont reconnues pour ne même pas préserver leurs propres produits. Dans leur recherche ethnographique et au terme de leurs consultations auprès de la communauté de la préservation des logiciels, Butler et coll. ont constaté que (trad.) «l'absence de mesures incitatives à la préservation sur le marché» (Butler et coll., 2019, p. 12) a placé les types des activités de préservation et d'utilisations de la communauté «au cœur» de la mise en balance de l'usage acceptable des fins distinctes des éditeurs de logiciels et de celles des préservateurs/chercheurs.

Les personnes que nous avons rencontrées ont aussi mentionné que la compatibilité à l'échelle internationale des régimes juridiques était un obstacle à leurs travaux. (T. Walsh, communication personnelle, 9 mai 2019). La préservation des logiciels demande de plus en plus d'approches d'émulation et de mise en réseau pour rendre les logiciels disponibles, profiter des collections et des technologies collectives afin d'alléger la charge de tout garder dans chaque collection. Avec l'interdépendance des logiciels, il est souvent possible pour un établissement qui fait la collecte et qui a besoin d'accéder à un logiciel détenu par un autre établissement d'accéder à ses propres fichiers ou de permettre d'exécuter une version de son logiciel. Lorsqu'un des établissements est canadien, les personnes rencontrées ont affirmé être incertaines

quant à savoir si elles pouvaient s'engager dans une telle entreprise collaboratrice de collection si les activités de préservation étaient conçues et mises en œuvre avec l'application de l'usage acceptable. Elles ne savaient pas trop si l'utilisation équitable permettrait ce genre d'activités au Canada, même si, aux États Unis, c'était clairement de l'usage acceptable.

L'adaptation du code au contexte juridique canadien devra vraisemblablement composer avec quelques questions juridiques importantes. L'élaboration du code devra donc se faire avec un conseil ou un groupe de juristes chargés de réviser l'addendum. Le code américain est centré directement sur la préservation des logiciels en tant d'utilisation transformatrice et soutient que la préservation est « au cœur » de l'usage acceptable. La jurisprudence canadienne ayant trait à l'utilisation équitable n'a pas créé jusqu'ici un concept équivalent d'utilisation transformatrice au Canada ; la Cour suprême du Canada a d'ailleurs pris soin d'insister sur le fait que le concept américain de « transformativness » (fin transformatrice) n'est pas requis au regard l'équité dans la première étape de l'analyse de l'utilisation équitable, même dans un contexte commercial. Bien sûr, le « grand branle-bas analytique » de pondération de l'équité de l'utilisation pourrait encore contenir un élément de transformation (SOCAN c. Bell, 2012). En effet, l'idée de donner une définition claire à la notion large « d'équité » aux fins de la loi sur le droit d'auteur a mené à la création du concept de « fin transformatrice » dans un article de revue juridique de l'ancien juge de district Pierre N. Leval (Leval, 1991). Établir la position de la préservation vis à vis de la liste exhaustive des fins de l'utilisation équitable est une autre importante question à régler. Avec une interprétation très large et libérale du point de vue de l'utilisateur final, la préservation aux fins de recherche pourrait satisfaire aux critères de la première étape de l'utilisation équitable, sinon, il est probable que les préservateurs (conservateurs) de logiciels au Canada devront employer l'utilisation équitable en même temps que les exceptions étroites, telles que celle de l'article 30.1 de la Loi relatif à la « Gestion et conservation de collections », en particulier à l'alinéa c), qui permet la préservation d'un ouvrage protégé par le droit d'auteur si « le support original est désuet ou en voie de le devenir ou fait appel à une technique non disponible ou en voie de le devenir ; » [paragr. 30.01 (1) c), Loi sur le droit d'auteur, 2020]. Recenser ces différences de nature législative et doctrinale et en contextualiser les cas courants constituerait probablement l'essentiel de l'adaptation canadienne proposée.

Au cours des prochains mois, nous continuerons, par l'intermédiaire de l'ABRC, à travailler sur l'adaptation canadienne du Code of Best Practices in Fair Use for Software Preservation. Nous espérons que ce sera la première d'une longue série d'adaptations. Le Canada a la chance de pouvoir compter sur des communautés d'utilisateurs, des chercheurs en droit enthousiastes et des experts prêts à participer à ces travaux, une communauté de bibliothèques engagée à faire valoir les droits des

utilisateurs des ouvrages protégés par le droit d'auteur et un cadre juridique qui est propice à l'adaptation de ces codes. Ces travaux apporteront plus de certitude à nombre de groupes d'utilisateurs dans l'application de l'utilisation équitable et constitueront un énorme pas en avant pour le recours à l'utilisation équitable et son application dans les domaines où ce concept pourrait avoir été utilisé de façon limitée, s'il l'a été. Comme l'usage acceptable, l'utilisation équitable est un droit de l'utilisateur, et toute personne devrait avoir les outils à sa disposition pour l'exercer.

## Bibliographie

Aufderheide, P., Butler, B., Cox, K., et Jaszi, P. (2018). The Copyright Permissions Culture in Software Preservation and Its Implications for the Cultural Record. <https://www.arl.org/resources/the-copyright-permissions-culture-in-software-preservation-and-its-implications-for-the-cultural-record/>

Aufderheide, P., et Jaszi, P. (2018). Reclaiming Fair Use: How to Put Balance Back in Copyright, Second Edition (2nd ed. edition). University of Chicago Press.

Butler, B., Aufderheide, P., Cox, K., et Jaszi, P. (2019). Cracking the Copyright Dilemma in Software Preservation. *Journal of Copyright in Education & Librarianship*. 3(3), 1-23. <https://www.jcel-pub.org/jcel/article/view/10267>

Comité permanent de l'industrie, des sciences et de la technologie de la Chambre des communes du Parlement du Canada, S. et T. (2019). Examen obligatoire de la Loi : Rapport du Comité permanent de l'industrie, des sciences et de la technologie. Comité permanent de l'industrie, des sciences et de la technologie.

Center for Media & Social Impact. (2019). Code of Best Practices in Fair Use for Software Preservation. <https://cmsimpact.org/code/fair-use-software-preservation/>

Loi sur le droit d'auteur (justice.gc.ca) (2020). <https://laws-lois.justice.gc.ca/fra/lois/c-42/page-11.html>

Durno, J. (3 mai 2019). Software preservation and copyright in Canada [communication personnelle].

Falzone, A., et Urban, J. (2009). Demystifying Fair Use: The Gift of the Center for Social Media Statements of Best Practices Part I. *Journal of the Copyright Society of the U.S.A.*, 57(3), 337-350. <https://heinonline.org/HOL/P?h=hein.journals/jocoso57&i=376>

Geist, M. (2013). The Copyright Pentalogy: How the Supreme Court of Canada Shook the Foundations of Canadian Copyright Law. Les Presses de l'Université d'Ottawa/University of Ottawa Press. <http://ruor.uottawa.ca/handle/10393/24103>

Leval, P. (1990) Toward a Fair use standard, *Harvard Law Review*, 103, 1105-1136. <https://doi.org/10.2307/1341457>

Litman, J. (2006). Digital Copyright. Prometheus Books.

Rothman, J. E. (2009). Best Intentions: Reconsidering Best Practices Statements in the Context of Fair Use and Copyright Law Part I. *Journal of the Copyright Society of the U.S.A.*, 57(3), 371-388. <https://heinonline.org/HOL/P?h=hein.journals/jocoso57&i=410>

Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada v. Bell Canada, [2012] SCC 36. <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/9996/index.do>

Tiessen, R. (2012). How copyright affects interlibrary loan and electronic resources in Canada. *Interlending & Document Supply*, 40(1), 49-54. <https://doi.org/10.1108/02641611211214297>

Walsh, T. (2019, May 9). Software Preservation and copyright in Canada [Communication personnelle].

Whyte, J., & Marks, S. (2019, May 17). Software preservation and copyright in Canada [Communication personnelle].