

Code de bonnes pratiques en matière d'utilisation équitable des ressources éducatives libres

Un guide pour la création, l'adaptation et l'utilisation de matériels d'enseignement et d'apprentissage sous licence libre au Canada

12 février 2024

www.carl-abrc.ca

Déclaration de licence



Sauf indication contraire, ce document est sous licence [Creative Commons Attribution 4.0 International \(CC BY 4.0\)](#). © 2024 CARL et rédigé par Rowena Johnson, Heather Martin, Stephanie Savage, Joshua Dickson, Ann Ludbrook et Kayla Lar-Son. Le contenu a été adapté du [Code of Best Practices in Fair Use for Open Educational Resources](#) disponible à [auw.cl/oer](#), sous la direction de Meredith Jacobs, Peter Jaszi, Prudence S. Adler et William Cross, avec une annexe rédigée par Carys J. Craig. Veuillez consulter la section de remerciements pour plus d'information.

Citation suggérée

Le Code de bonnes pratiques en matière d'utilisation équitable des ressources éducatives libres – Un guide pour la création, l'adaptation et l'utilisation de matériels d'enseignement et d'apprentissage sous licence libre au Canada © 2024 Association des bibliothèques de recherche du Canada sous licence [CC BY 4.0](#). Adaptation du [Code of Best Practices in Fair Use for Open Educational Resource](#) disponible à l'adresse [auw.cl/oer](#) sous licence [CC BY 4.0](#), sous la direction de Meredith Jacobs, Peter Jaszi, Prudence S. Adler et William Cross.

Avertissement légal

Le matériel fourni dans ce Code est uniquement à des fins d'information générale. Il ne constitue pas un avis juridique. Le contenu reflète les meilleures pratiques à la date de publication et peut être révisé et mis à jour le cas échéant.

Remerciements

Généraux

Le Code de bonnes pratiques en matière d'utilisation équitable des ressources éducatives libres – Un guide pour la création, l'adaptation et l'utilisation de matériels d'enseignement et d'apprentissage sous licence libre au Canada est adapté de la version américaine sous le titre de [Code of Best Practices in Fair Use for Open Educational Resources](#). L'équipe de rédaction de la version canadienne du Code est redevable au travail de collègues aux États-Unis et de ceux et celles qui ont contribué à sa rédaction. Bien que le Code canadien ait adopté le format et le style de la version

américaine et qu'il soit similaire dans sa portée et son objectif, des changements importants étaient nécessaires pour tenir compte du contexte législatif et juridique canadien. En conséquence, la version canadienne est plus qu'une adaptation, c'est une nouvelle œuvre qui doit son contexte sous-jacent et son inspiration à la version américaine.

Le Code canadien a bénéficié du processus de consultation américain et a adopté les mêmes principes généraux, considérations et cas d'utilisation. Cependant, de nouvelles sections ont été rédigées et certains contenus de la version américaine ont été complètement supprimés. Ceci est particulièrement notable dans la section *Derrière le code : flexibilités en matière de droit d'auteur et utilisation équitable des REL*, et dans les annexes. Par exemple, l'*annexe trois* du Code américain, rédigé par le juriste canadien Carys Craig, apparaît désormais comme *annexe un* dans le code canadien. Elle a été mise à jour pour refléter les développements récents du droit canadien et fournit l'analyse juridique sous-jacente à la version canadienne. L'*annexe trois* du code canadien, qui a été rédigée avec l'aide de Kayla Lar-Son, est originale et aborde les connaissances autochtones et les considérations relatives aux REL.

Association des bibliothèques de recherche du Canada (ABRC)

Le groupe de travail souhaite remercier l'Association des bibliothèques de recherche du Canada pour son soutien et sa contribution à ce projet.

Rédaction/Contribution

Rowena Johnson, responsable du droit d'auteur, Université de Calgary; Agente de programme invitée - les politiques d'accès au contenu numérique de l'Association des bibliothèques de recherche du Canada

Stephanie Savage, bibliothécaire de communications savantes et droit d'auteur, Université de la Colombie-Britannique

Heather Martin, responsable du droit d'auteur, Université de Guelph

Ann Ludbrook, bibliothécaire, droit d'auteur et engagement scientifique, Université métropolitaine de Toronto

Joshua Dickson, responsable du droit d'auteur, Université du Nouveau-Brunswick

Kayla Lar-Son, bibliothécaire, programmes et services autochtones, Université de la Colombie-Britannique

Révision juridique

Nous tenons à remercier notre équipe de révision juridique pour sa contribution essentielle à la compréhension de certains concepts juridiques clés.

Professeure Carys J. Craig

Vice-doyenne (recherche et relations institutionnelles) et professeure agrégée à la Osgoode Hall Law School; directrice du programme de droit et technologies d'Osgoode, PI Osgoode; directrice académique du programme de droit professionnel en propriété intellectuelle, Université York

Professeure Lucie Guibault

Professeure de droit; Vice-doyenne (enseignement); directrice du Law & Technology Institute, Université Dalhousie

Maître Michal Jaworski

Associé, Clark Wilson LLP; co-directeur du Clark Wilson Higher Learning Practice Group, Vancouver, C.-B.

Communauté de pratique

Nous souhaitons remercier les membres des communautés du droit d'auteur, de l'éducation ouverte et des communautés connexes qui ont fourni leurs commentaires sur ce document. Leur rétroaction et leur contribution ont rendu ce document plus utile à un public plus large.

Table des matières

Ressources Éducatives Ouvertes Et Utilisation Équitable.....	5
Ressources Éducatives Ouvertes, Insertions Et Accès Universel.....	7
Derrière Le Code : Flexibilités En Matière De Droit D'auteur Et Utilisation Équitable Des Rel. 9	
Mise En Œuvre Du Code.....	12
Le Code : Principes, Considérations Et Cas Notables	16
A. Les Insertions Comme Objets De Critiques Et De Révision	16
B. Les Insertions Aux Fins D'illustration.....	18
C. L'incorporation De Contenu Comme Matériel Pédagogique	21
D. La Réutilisation Du Contenu Pédagogique Existant Comme Matériel Éducatif.....	23
Reconnaître L'utilisation Équitable.....	26
Annexe Une : Utilisation Équitable Au Canada – Histoire Et Évolution	28
Les Débuts De L'utilisation Équitable	28
L'utilisation Équitable Comme Droit D'utilisation.....	28
La Pentalogie Du Droit D'auteur	29
La Loi De 2012 Sur La Modernisation Du Droit D'auteur.....	31
Réaffirmation De L'utilisation Équitable Dans L'enseignement Supérieur.....	31
Test En Deux Étapes Pour Déterminer Une Utilisation Équitable	32
Annexe Deux : Au-Delà De L'utilisation Équitable – Autres Bonnes	
Nouvelles Concernant Le Droit D'auteur Pour Les Rel	37
Le Domaine Public : Matériels Et Contenus Non Protégés Par Le Droit D'auteur.....	37
Contraintes Intégrées Sur La Portée Du Droit D'auteur.....	40
Autres Exceptions De La Loi Sur Le Droit D'auteur	41
Autres Domaines De La Propriété Intellectuelle :	42
Annexe Trois : Savoir Autochtone Et Considérations À L'incorporation Dans Les Rel	44

Ressources éducatives ouvertes et utilisation équitable

Les ressources éducatives ouvertes (REL) sont du matériel pédagogique sous licence ouverte¹, distribué gratuitement qui fait progresser un large éventail d'objectifs au sein du système éducatif. Elles permettent une pédagogie flexible et ouverte, soutiennent un accès équitable à l'attribution académique, facilitent la représentation des différentes expériences étudiantes et réduisent les obstacles financiers associés au matériel d'apprentissage de haute qualité. La création et l'utilisation de REL sont souvent motivées par un engagement commun à accroître l'accès aux matériels et à contribuer au bien commun.

Pour que les REL remplissent pleinement leurs fonctions pédagogiques, pragmatiques et sociales, elles doivent avoir la capacité d'incorporer et de référencer de manière responsable des œuvres protégées par le droit d'auteur. Elles ne doivent pas être limitées uniquement à ce que les éditeurs commerciaux choisissent de proposer et aux formats dans lesquels ils choisissent de le proposer, et l'obtention d'une autorisation ou d'une licence ne doit pas non plus être la seule considération lorsqu'il s'agit de l'utilisation autorisée d'un contenu ayant un objectif pédagogique clair.

Cependant, pour de nombreuses personnes créant des REL, un manque de connaissance de la loi sur le droit d'auteur et de son application peut entraîner une incertitude, voire une anxiété, lorsqu'il s'agit d'incorporer du matériel tiers dans leur travail. Communément appelée *refroidissement du droit d'auteur* (*copyright chill*, en anglais), cette situation est encore exacerbée pour les auteurs et autrices de REL qui n'ont pas accès à une assistance spécialisée en matière de droit d'auteur pour les aider à répondre aux questions qui se posent, et pour qui la perspective de faire leurs propres recherches sur le droit d'auteur peut être intimidante. Les contraintes de temps peuvent également contribuer à la réticence à aborder les questions liées au

¹ Ce document fait une distinction entre les œuvres sous licence ouverte et les autres types de matériels protégés par le droit d'auteur. Les œuvres protégées par le droit d'auteur dans le contexte de ce document désignent les œuvres qui ne sont pas sous licence ouverte et tous les droits sont réservés par le ou la propriétaire du droit d'auteur. Les documents sous licence ouverte sont toujours protégés par le droit d'auteur, mais permettent au créateur ou à la créatrice d'accorder une autorisation avancée à des tiers pour certaines utilisations. Par exemple, il est possible d'utiliser, de partager ou d'adapter une œuvre sous licence ouverte selon les modalités de certaines licences Creative Commons.

droit d'auteur et, par conséquent, ils peuvent décider d'éviter l'utilisation de tout matériel protégé par le droit d'auteur dans leurs REL. Cela peut entraîner un recours à Creative Commons ou à d'autres contenus sous licence ouverte, ce qui peut être adéquat, mais loin d'être idéal en termes d'objectifs pédagogiques des REL. Dans de nombreux cas, une créatrice ou un créateur peut avoir besoin d'examiner, de critiquer ou d'analyser une œuvre spécifique, et ce n'est qu'en incluant des parties pertinentes de cette œuvre que l'examen peut être efficace.

Heureusement, il leur est possible de prendre des décisions judicieuses et juridiquement défendables concernant le contenu qu'ils souhaitent utiliser dans leur travail. La loi canadienne sur le droit d'auteur est structurée de manière à équilibrer les droits des titulaires de droits d'auteur avec ceux qui utilisent des œuvres protégées par le droit d'auteur; en tant que telle, la loi contient de nombreuses exceptions pour permettre une gamme d'utilisations autorisées. En particulier, l'exception d'utilisation équitable offre un droit d'utilisateur large et flexible destiné à faciliter l'utilisation de matériels protégés par le droit d'auteur à des fins telles que l'éducation, l'étude privée, la recherche, la critique et l'évaluation – toutes fins pertinentes pour la création d'une REL. Les décisions judiciaires des deux dernières décennies ont apporté beaucoup de clarté en ce qui concerne l'application des principes d'utilisation équitable, en particulier dans les contextes éducatifs. De plus, la plupart des établissements d'enseignement au Canada ont adopté des politiques ou des lignes directrices sur l'utilisation équitable qui fournissent des conseils judicieux sur l'utilisation équitable des œuvres protégées par le droit d'auteur à des fins éducatives.

Le contexte canadien

Ce Code, adapté de la version américaine, le [Code of Best Practices in Fair Use for Open Educational Resources](#) (Code américain), explore l'application juridique et pratique de l'utilisation équitable dans le contexte de la création de REL au Canada. Bien qu'il existe des similitudes, tant dans leur objet que dans leur portée, entre l'exception d'utilisation équitable (*fair use*) aux États-Unis et l'utilisation équitable (*fair dealing*) au Canada, les deux doctrines ne sont pas identiques. En fournissant le contexte législatif et juridique canadien et des exemples pratiques pertinents, cette adaptation fournit un modèle efficace pour l'application de l'utilisation équitable des REL au Canada. En général, les lignes directrices sur l'utilisation équitable utilisées dans les établissements d'enseignement canadiens sont destinées à s'appliquer à des scénarios pédagogiques dans lesquels l'auditoire est limité. Cependant, l'exception d'utilisation équitable dans la *Loi sur le droit d'auteur* est pertinente pour un éventail plus large de cas d'utilisation. Le Code décrit des moyens clairs, bien documentés et fiables pour évaluer l'utilisation équitable, spécifiquement dans le contexte de la

création de REL. Il s'inspire largement de l'annexe trois du Code américain originale, rédigée par le juriste canadien Carys Craig, à qui nous sommes redevables. La version canadienne a également bénéficié du processus de consultation approfondi et robuste entrepris par les auteurs du Code américain. Nous espérons que ce Code permettra aux créatrices et créateurs ainsi qu'aux personnes qui adoptent des REL au Canada de recourir à l'utilisation équitable, tout en favorisant un soutien institutionnel et juridique pour ce faire.

Les avantages de l'incorporation de sélections de matériel tiers protégé par le droit d'auteur – que nous appelons *insertions* dans le présent document – dans une REL sont significatifs. La capacité de s'appuyer sur un large éventail de ressources pertinentes, quel que soit leur statut de droit d'auteur, garantit le développement de ressources pédagogiques de haute qualité qui répondent efficacement aux objectifs d'apprentissage spécifiques identifiés lors de la création. Comparativement à leurs homologues commerciales, ces ressources de qualité sont plus faciles à maintenir exactes et à jour et plus susceptibles d'être largement adoptées et adaptées par d'autres, ayant ainsi un impact positif sur un plus grand nombre d'élèves. L'utilisation des REL plutôt que de ressources éducatives commerciales élimine les obstacles importants à l'accès pour les élèves tout en favorisant une expérience d'apprentissage supérieure. Non seulement les étudiantes et étudiants bénéficient d'un accès immédiat et abordable au matériel d'apprentissage dont ils ont besoin, mais ces matériels peuvent également être adaptés pour répondre à des objectifs de cours, des approches pédagogiques ou des contextes spécifiques, et pour garantir l'accès et l'adéquation à divers publics, y compris les personnes en situation de handicap et celles issues de communautés marginalisées.

Ce Code aidera les gens en milieu de pratique à prendre des décisions raisonnées lors de l'incorporation d'œuvres protégées par le droit d'auteur dans des créations REL. Il vise à faciliter la discussion et une compréhension plus approfondie du droit d'utilisation équitable en ce qui concerne les REL au Canada. Le Code est un guide pratique qui complétera les politiques, procédures et ressources institutionnelles en matière de droit d'auteur. Il s'agit d'un outil destiné à aider la création et l'adaptation de REL relativement à l'évaluation éclairée de l'utilisation d'œuvres protégées par le droit d'auteur dans les REL. Les personnes utilisant le Code devraient également consulter les bureaux institutionnels du droit d'auteur ou les spécialistes, le cas échéant, au besoin.

Ressources éducatives ouvertes, insertions et accès universel

Conformément au Code américain, cette adaptation canadienne utilise le terme *insertions* pour identifier un extrait d'une œuvre protégée provenant d'une source

tierce que les éducatrices ou éducateurs pourraient souhaiter intégrer dans une REL. Par exemple, les insertions peuvent inclure une image, une figure, des extraits de texte, une vidéo ou un clip audio.

Lors de l'élaboration du Code américain, l'équipe de rédaction a consulté un large éventail de personnes professionnelles en REL (dans les domaines de la rédaction, du conseil, de la bibliothéconomie, de la conception pédagogique, de l'édition, de l'organisation de réseaux, de l'adoption, etc.), qui ont collectivement fait les observations suivantes en ce qui concerne l'utilisation d'insertions :

- l'utilisation stratégique des insertions peut apporter un soutien crucial aux objectifs pédagogiques en rendant les REL plus claires, plus engageantes et plus convaincantes;
- l'utilisation d'insertions appropriées peut également contribuer à rendre les REL plus accessibles aux personnes apprenantes issues d'horizons, de circonstances et de capacités variés;
- les préoccupations concernant le respect des droits d'auteur peuvent contraindre les créatrices et créateurs de REL à utiliser uniquement des insertions sous licence Creative Commons dans leurs œuvres. Cependant, le type et la gamme de matériels disponibles sur cette base signifient que leurs choix ne répondent souvent pas à leurs objectifs pédagogiques; et
- les préoccupations concernant le respect des droits d'auteur peuvent également limiter complètement l'utilisation d'insertions dans la création de REL, favorisant des pratiques comme proposer des liens vers les sources plutôt que de les incorporer dans la REL. Cela réduit l'efficacité et la durabilité des REL et présente des risques particuliers pour les personnes en situation de handicap et celles confrontées à d'autres obstacles à l'accès.

REL et accessibilité

La communauté de l'éducation ouverte est généralement attachée aux principes d'accessibilité et s'efforce de garantir que les REL soient accessibles aux personnes apprenantes avec des antécédents, des circonstances et des capacités variés. Cependant, la création de REL peut involontairement compromettre l'accessibilité de l'œuvre dans le but de rester dans les limites de l'utilisation équitable. Par exemple, il peut être plus simple de référencer ou de fournir un lien vers une ressource tierce plutôt que d'incorporer le matériel souhaité directement dans les REL, car la création de liens est perçue comme plus sûre, même si elle est moins fiable et moins satisfaisante sur le plan pédagogique. Outre les raisons pratiques évidentes de préférer incorporer des insertions plutôt que de créer des liens vers elles – les liens

peuvent se rompre ou changer, parfois ils pointent vers des endroits inattendus et ils ne sont pas utilisables dans un environnement hors ligne – il existe également des raisons de principe. Rendre les REL accessibles aux élèves ayant une déficience perceptuelle est à la fois une nécessité et une occasion pédagogique, et le recours aux liens n’y répond pas de manière adéquate.

Les établissements d’enseignement au Canada ont des obligations éthiques et parfois juridiques de rendre les ressources universellement accessibles à leurs communautés. La théorie de la conception universelle enseigne que lorsque des objets de toute nature – des chaises aux manuels scolaires – sont conçus s’adapter aux personnes ayant des besoins d’accessibilité, il en résulte souvent qu’ils deviennent également plus utiles aux autres. L’utilisation équitable aide les établissements d’enseignement à respecter leurs engagements en matière d’accessibilité et à atteindre leurs objectifs pédagogiques plus larges. Bien qu’il puisse parfois y avoir de bonnes raisons prudentielles pour lesquelles les créatrices et créateurs de REL renoncent à exercer leur droit d’utilisation équitable, les avantages de l’évitement des risques doivent être mis en équilibre avec les coûts potentiels. Comprendre la portée et la flexibilité qu’offre l’exception d’utilisation équitable peut faciliter l’analyse risques-avantages et garantir l’accomplissement de la mission principale motivant la création : mettre les meilleures REL possibles à la disposition du plus large éventail de personnes apprenantes.

Derrière le code : flexibilités en matière de droit d’auteur et utilisation équitable des REL

Avant de commencer une évaluation de l’utilisation équitable, il est important de considérer d’abord les nombreuses flexibilités du droit d’auteur qui favorisent une large diffusion de l’information. Parmi elles se trouve la distinction idée/expression qui a pour effet de garantir que les idées (c’est-à-dire les faits, les théories et les concepts incorporés dans les documents protégés par le droit d’auteur) sont toujours disponibles pour être réutilisées. De même, le contenu qui se trouve dans le domaine public, soit parce que son droit d’auteur a expiré, parce qu’il ne jouit pas de la protection du droit d’auteur, ou parce que la créatrice ou le créateur a choisi de consacrer son œuvre au domaine public, est généralement libre d’utilisation lors de la création de REL. Par ailleurs, il est possible d’utiliser de petites parties d’une œuvre qui sont non substantielles (en termes d’ampleur et d’importance) par rapport au reste de l’œuvre et qui ne nécessitent donc pas une évaluation d’utilisation équitable. Par exemple, en fonction de leur ampleur ou de leur qualité, de très courts extraits ou citations de contenus protégés peuvent être considérés comme non substantiels. L’Annexe deux du Code fournit des détails supplémentaires sur les types de contenu qui peuvent ne pas être soumis à la protection du droit d’auteur et qui sont donc

disponibles pour une réutilisation sans qu'il soit nécessaire de considérer une utilisation équitable.

Cependant, si d'autres flexibilités en matière de droits d'auteur ont été envisagées et rejetées, la réalisation d'une évaluation de l'utilisation équitable permettra au créateur ou à la créatrice de REL d'évaluer si son utilisation d'une insertion est «équitable». L'information qui suit sert de guide pratique pour évaluer l'utilisation équitable des insertions dans le contexte des REL. Pour une explication plus détaillée de l'utilisation équitable, y compris des détails importants sur son histoire et son évolution dans le contexte canadien, voir l'Annexe un.

Utilisation équitable au Canada

Les droits d'utilisation, dont l'utilisation équitable est la plus vaste, font partie intégrante de la législation du droit d'auteur au Canada. L'exception de l'utilisation équitable au Canada dans la *Loi sur le droit d'auteur* accorde aux créatrices et créateurs un droit limité de copier et de communiquer des œuvres protégées sans autorisation ni paiement, si certains facteurs de qualification sont remplis. Les tribunaux ont identifié deux étapes pour évaluer si l'utilisation d'une œuvre peut être considérée comme une utilisation équitable :

Étape 1 :

Le but de l'utilisation de l'œuvre doit être l'un des huit objectifs d'utilisation équitable spécifiés dans la Loi sur le droit d'auteur : recherche, étude privée, éducation, parodie, satire, critique, critique ou reportage d'actualité. Lors de la première étape, les finalités doivent recevoir une interprétation large et libérale afin de garantir que les droits d'utilisation ne soient pas indûment limités.

Étape 2 :

L'utilisation du matériel copié doit également être équitable. Les tribunaux ont introduit et appliqué systématiquement plusieurs facteurs comme cadre pour évaluer si une utilisation était équitable. Ces facteurs comprennent : la raison pour laquelle la copie a été utilisée, dans quelle mesure la copie est rendue disponible, la quantité d'œuvres copiées, la nature de l'œuvre originale, s'il existait une solution de rechange raisonnable à la copie de l'œuvre et l'impact de la copie de l'œuvre sur le marché de l'œuvre originale.

La plupart des éléments insérés dans une REL – à des fins pédagogiques, et pas simplement comme ajout décoratif ou divertissant – relèveront de l'une des fins d'utilisation équitable autorisées énumérées à l'étape 1 ci-dessus, comme l'éducation, l'étude privée, la critique ou la révision.

Cependant, l'étape 2 de l'évaluation de l'utilisation équitable exige que la personne qui utilise l'œuvre évalue également si son utilisation spécifique est équitable. Même si la Cour suprême du Canada a établi que le seuil pour la première étape est relativement bas, c'est la deuxième étape qui fait l'objet d'une analyse rigoureuse de l'utilisation équitable. La Cour suprême du Canada a identifié les six facteurs suivants dans la deuxième étape pour déterminer si l'utilisation est équitable ou non.

Les six facteurs sont :

- 1. Le but de la copie.** Après avoir abordé l'objectif général lors de la première étape, ce facteur examine le véritable objectif ou motif de l'utilisation dans la reproduction ou la distribution d'une œuvre. Les œuvres créées à des fins non commerciales sont généralement plus équitables. Lors de la détermination de l'objectif, la perspective prédominante est celle de l'utilisation finale (par exemple, un ou une élève dans le cas d'une REL). L'objectif de la copie n'est pas sans importance, mais il est peu probable que l'autrice ou l'auteur d'une REL ait un objectif distinct ou une arrière-pensée qui rende l'utilisation déloyale.
- 2. La nature de l'utilisation.** Ce facteur examine l'utilisation prévue de l'œuvre. En général, une copie unique est plus susceptible d'être équitable que des copies multiples et/ou largement distribuées. Ce facteur tendra presque toujours vers l'injustice dans le contexte des REL, comme indiqué ci-dessous.
- 3. L'ampleur du travail qui sera copiée.** Ce facteur évalue la quantité ou la proportion de l'œuvre utilisée par rapport à la finalité de l'utilisation. Une petite partie a tendance à être plus juste qu'une grande partie d'une œuvre. L'œuvre ne doit pas être utilisée au-delà de ce qui est raisonnablement nécessaire pour atteindre l'objectif de l'opération.
- 4. S'il existe des solutions de rechange à la copie.** La copie d'une œuvre est plus susceptible d'être équitable s'il n'existe aucune solution de rechange raisonnable à cette pratique. Lors de la copie de contenu pour l'inclure dans une REL, les sélections soigneusement sélectionnées et utilisées à des fins pédagogiques tendront vers l'équité. Si l'argument pédagogique avait pu être formulé efficacement sans utiliser l'œuvre protégée par le droit d'auteur, cela tendrait vers l'injustice. De plus, il n'est pas nécessaire d'acquérir une œuvre disponible sous licence ou par abonnement au lieu de copier l'œuvre.
- 5. La nature de l'œuvre copiée.** Ce facteur examine le type d'œuvre copiée. Copier des œuvres qui ne sont pas confidentielles ou qui étaient destinées à être largement partagées est plus susceptible d'être équitable.
- 6. L'effet de la copie sur le marché de l'œuvre originale.** Ce facteur évalue l'impact que la copie peut avoir sur le marché commercial de l'œuvre originale.

La copie aura tendance à être équitable si elle n'a pas d'impact négatif sur les ventes de l'original.

Il est important de prendre en compte les six facteurs pour déterminer si une utilisation équitable permet l'inclusion d'une insertion sélectionnée dans une REL. Et il est essentiel de noter que tous les facteurs ne peuvent pas s'appliquer ni avoir la même pondération en fonction du cas d'utilisation de chaque insertion. Certains facteurs peuvent être neutres, ni justes, ni injustes, tandis que d'autres feront clairement pencher la balance. Par exemple, comme indiqué dans la description des six facteurs ci-dessus, le caractère de la copie dans le contexte des REL tendra presque toujours vers l'injustice. En effet, pour atteindre l'objectif sous-jacent consistant à rendre les REL disponibles sans restriction, une large diffusion est non seulement inévitable, mais recherchée. À l'inverse, le facteur objectif devrait systématiquement tendre vers l'équité, car l'inclusion d'insertions dans le but de promouvoir un objectif pédagogique relèvera facilement des objectifs d'utilisation équitable de la critique, de la révision, de l'éducation ou de l'étude privée. La section Code ci-dessous couvre quatre des *principes* qui reflètent les meilleures pratiques lors de l'application d'une utilisation équitable aux insertions sélectionnées pour être incluses dans une REL. Les principes ont été identifiés à l'origine dans le cadre du processus de consultation du Code américain, mais sont également pertinents pour l'environnement canadien des REL.

Mise en œuvre du Code

Le Code discute de l'application possible de l'utilisation équitable dans des scénarios courants qui se présenteront lorsque les praticiennes et praticiens de l'éducation ouverte rédigeront, adapteront et adopteront des REL. Il identifie quatre cas d'utilisation, en fonction de la nature de l'œuvre à partir de laquelle une insertion est tirée, ainsi que de l'objectif pédagogique pour lequel l'insertion est utilisée, et décrit les bases sur lesquelles une utilisation équitable peut permettre son utilisation dans chaque cas.

Chacune des sections de ce Code a été adaptée de la version américaine du Code pour refléter les meilleures pratiques dans le contexte du droit canadien. Chaque scénario, ou section du Code, est organisé sous les rubriques suivantes :

Description : fournit des détails sur le type d'insertion, le but de son inclusion dans les REL, sa fonction par rapport aux objectifs pédagogiques des REL et des exemples pertinents.

Principe : évalue la disponibilité d'une utilisation équitable pour permettre l'utilisation licite des insertions décrites, sur la base du résultat d'une évaluation de l'utilisation

équitable. Une brève explication des facteurs d'utilisation équitable les plus applicables à ce scénario, ainsi que la manière de les évaluer, est incluse. Le principe reflète les meilleures pratiques identifiées par la communauté des REL lors de l'évaluation de l'équité d'une utilisation dans des scénarios pertinents et est soumis à des considérations importantes.

Considérations : énumère les facteurs contextuels importants qui font partie intégrante de l'application de l'utilisation équitable telle que décrite dans le principe. Ces considérations fournissent des détails et des nuances supplémentaires qui peuvent aider un praticien ou une praticienne à garantir que l'utilisation est conforme aux principes de l'utilisation équitable.

Cas notables : fournit des exemples d'un ou plusieurs cas d'utilisation qui peuvent nécessiter une attention particulière lors de l'évaluation de l'utilisation équitable ou qui peuvent ne pas correspondre clairement aux meilleures pratiques établies en matière d'utilisation équitable.

Le Code ne décrit pas toutes les situations dans lesquelles une utilisation équitable pourrait être disponible pour la communauté des REL. De même, certaines insertions peuvent être analysées dans plusieurs cas d'utilisation du Code, et les insertions incluses dans les REL peuvent servir à plusieurs fins pédagogiques. Les principes et considérations du Code sont également sujets à interprétation, et il est prévu que les membres de la communauté REL appliqueront et adapteront les approches décrites dans le Code aux nouvelles situations à mesure qu'elles se présentent.

Des mesures technologiques de protection ou *verrous numériques*, comme on les appelle communément, sont des logiciels ou des mécanismes par lesquels les titulaires de droits d'auteur restreignent l'accès. Ils ne doivent pas être contournés ou brisés afin d'accéder et d'incorporer du contenu dans une REL dans le cadre d'une utilisation équitable. Par exemple, les filigranes ne peuvent pas être supprimés des images et il n'est pas autorisé d'extraire des DVD protégés contre la copie afin d'en reproduire le contenu.

De plus, les œuvres mises à disposition derrière un mur payant ou via des services d'abonnement personnels tels que Netflix, Disney+, des copies de manuels électroniques, ou même du contenu de revues et de livres électroniques sous licence institutionnelle, seront soumises à des conditions générales qui s'appliqueront à leur utilisation. Il est important que les créateurs de REL examinent les conditions d'utilisation de tout matériel sous licence ou par abonnement qu'ils ont l'intention d'inclure dans une REL, car elles peuvent interdire les utilisations autorisées dans le cadre d'une utilisation équitable.

La *Loi sur le droit d'auteur* du Canada exige que la source originale soit mentionnée lorsque l'utilisation équitable est appliquée à des fins de critique, d'examen et de reportage. De plus, s'il est indiqué dans la source, le nom de l'auteur ou l'auteurice doit être mentionné. Bien que l'attribution ne soit pas une exigence pour chaque objectif d'utilisation équitable, les meilleures pratiques universitaires soutiennent l'inclusion d'une reconnaissance lors de l'utilisation de contenu tiers dans une œuvre. Au-delà des normes professionnelles, un référencement clair des insertions dans les REL permet d'éliminer toute ambiguïté pour les autres personnes qui pourraient par la suite adapter ou réutiliser le travail².

La loi canadienne accorde également la protection des droits moraux aux créateurs et créatrices. Les auteurs et auteurices ont le droit de protéger leur réputation ainsi que l'intégrité de leur œuvre. Ils et elles jouissent du droit d'association à l'œuvre en tant qu'auteur ou auteurice, ou d'utiliser un pseudonyme, ou encore de rester anonymes. Ces droits durent pendant toute la durée du droit d'auteur. Notamment, l'utilisation équitable ne constitue pas un moyen de défense contre une violation des droits moraux. Dans le contexte de la création de REL, il est peu probable que l'attribution des insertions conformément aux meilleures pratiques énoncées dans le présent Code entraîne une violation des droits moraux. Et si le droit à l'intégrité peut empêcher la déformation, la mutilation ou la modification d'une œuvre, ou son utilisation « en association avec un produit, un service, une cause ou une institution », ce droit n'est violé que si une telle utilisation se fait « au préjudice de l'auteur³ ».

Ce Code utilise des exemples pratiques pour appliquer une analyse de l'utilisation équitable à des documents à la fois familiers et émergents. Les principes devraient servir à encourager des discussions constructives avec des collègues et à soutenir les lignes directrices institutionnelles et autres directives ou conventions applicables en matière de droit d'auteur. Le Code n'a pas l'intention de créer des règles empiriques, des règles anecdotiques ou d'autres raccourcis décisionnels décontextualisés tels que les pourcentages d'une œuvre ou le nombre de mots qu'il est permis d'inclure. Il souligne plutôt l'importance du jugement professionnel lors de la création des REL

² L'attribution est une obligation juridique pour reconnaître un créateur ou une créatrice et n'est requise que pour des cas d'utilisation spécifiques, comme indiqué dans la *Loi sur le droit d'auteur*, ou compte tenu des modalités d'un accord de licence. Les pratiques de citation, bien qu'elles soient également utilisées pour identifier la parentalité d'une œuvre, sont une question d'intégrité académique et sont utilisées dans les publications universitaires et de recherche pour signaler l'inclusion d'idées et de matériels de tiers. En règle générale, tous les guides de style de citation savants répondront aux exigences d'attribution.

³ *Loi sur le droit d'auteur*, LRC 1985, c C-42, art 28.2. Les atteintes à l'honneur ou à la réputation nécessitent une certaine forme d'atteinte objective à la réputation au-delà des préférences subjectives de l'auteur. Voir p. ex., *Snow c. The Eaton Centre* (1982), 70 CPR (2d) 105 (H.C. Ont.); *Prise de Parole Inc. c. Guérin, Éditeur Ltée* (1995) 66 CPR (3 d) 257 (CFPI).

pour évaluer l'équité d'une utilisation par rapport aux objectifs pédagogiques des REL. Enfin, tout comme ce Code n'est pas exhaustif, il n'est pas non plus obligatoire puisque les personnes et les établissements peuvent choisir de ne pas revendiquer l'intégralité de leurs droits d'utilisation équitable pour diverses raisons. Cependant, il est utile et important de connaître ces droits avant de prendre toute décision en matière de gestion des risques.

LE CODE : principes, considérations et cas notables

A. Les insertions comme objets de critiques et de révision

DESCRIPTION

Comme pour tous les manuels et matériels pédagogiques, les REL dépendent de l'inclusion de contenus tiers pour permettre l'analyse, la critique et la révision. Un manuel étudiant la poésie moderne sera plus efficace si ses arguments sur les tendances stylistiques sont étayés par des discussions sur des poèmes spécifiques inclus à cet effet. Un cours d'études cinématographiques visant à développer des compétences d'analyse approfondie bénéficiera de l'examen de la construction d'extraits de films à partir de films réels. L'éducation aux médias doit se fonder sur des publicités du monde réel afin de transmettre la maîtrise des compétences nécessaires pour évaluer l'exactitude des affirmations de la publicité politique. Des exemples similaires peuvent être tirés pour tous les domaines éducatifs, y compris les sciences sociales et les matières STIM. Que la critique explicitée dans la REL ou déduite par la personne apprenante, la possibilité de sélectionner des insertions protégées par le droit d'auteur et de les inclure comme objets de critique et d'examen garantit que les REL peuvent atteindre leur valeur maximale.

PRINCIPE

Les insertions à des fins de critique ou d'examen relèveront presque toujours du champ d'application de l'exception d'utilisation équitable, étant donné que ces deux objectifs sont explicitement énumérés dans la *Loi sur le droit d'auteur*. De plus, comme ces insertions sont spécifiquement sélectionnées comme objets de critique ou de révision, il n'existe sans doute aucune solution de rechange pédagogique raisonnable à leur inclusion dans les REL.

Une fois l'objectif général de la critique ou de l'examen établi, l'auteur ou l'autrice d'une REL doit encore évaluer si l'utilisation de l'insertion respecte les limites de l'utilisation équitable. Ce faisant, l'évaluation devra se concentrer sur les facteurs d'utilisation équitable suivants : le but spécifique de l'utilisation, la quantité d'œuvres originales copiées, la disponibilité de toute solution de rechange raisonnable à l'utilisation et l'impact sur l'œuvre originale que l'utilisation d'insertions peut avoir sur le marché pour l'œuvre originale.

La quantité d'une œuvre qui comprend l'insertion doit toujours être appropriée par rapport à l'objectif pédagogique qu'elle poursuit. L'utilisation d'un poème ou d'une

illustration entière peut être justifiée, si cela est raisonnablement nécessaire pour effectuer l'analyse ou la critique prévue. Mais dans d'autres cas, seule une partie représentative d'une œuvre, comme un extrait de film ou un extrait de texte, peut être nécessaire pour atteindre l'objectif pédagogique.

Déterminer s'il existe des solutions de rechange à l'utilisation d'une insertion particulière sera également important pour évaluer l'utilisation équitable. S'il existe une licence ouverte ou une solution de rechange à l'utilisation gratuite⁴ qui répond au même objectif pédagogique et permet la même profondeur d'analyse critique et d'examen, l'utilisation d'une insertion protégée est moins susceptible d'être équitable. Cependant, si une REL aborde directement un texte, une image ou un autre objet spécifique – ou invite les lectrices et lecteurs à le faire – il n'existe souvent pas de solution de rechange pédagogique équivalente à l'inclusion de cet élément.

Enfin, il convient d'évaluer lors de la création de REL si l'inclusion d'une insertion peut avoir un effet néfaste, comme une diminution des ventes de l'œuvre originale. Bien qu'une REL puisse être en concurrence directe avec d'autres œuvres commerciales (telles que des manuels scolaires), il est peu probable que les insertions incluses à des fins de critique et de révision aient elles-mêmes un impact sur la valeur de l'œuvre originale (par exemple, le poème ou le film à partir duquel un le clip a été pris).

En conclusion, l'utilisation équitable peut permettre l'utilisation d'insertions à des fins de critique et d'examen sur la base de l'évaluation des facteurs décrits ci-dessus et sous réserve des considérations supplémentaires suivantes :

CONSIDÉRATIONS

1. L'application de l'utilisation équitable aux insertions à cette fin devrait généralement être limitée aux objets ou aux documents sources qui sont directement examinés. Lorsque des insertions sont incluses et invitent à exercer des compétences critiques, les REL doivent inclure des conseils, tels que des annotations ou des questions de réflexion, pour démontrer un objectif pédagogique objectif.
2. L'inclusion d'une insertion sous « utilisation équitable » doit être quantitativement et qualitativement appropriée. Dans chaque cas, considérez la portée du commentaire ou de l'analyse : l'utilisation équitable peut justifier l'inclusion d'une œuvre entière, comme un poème, si l'œuvre dans son

⁴ Ce document définit les documents à utilisation libre comme ceux qui ne bénéficient d'aucune protection par le droit d'auteur ou qui sont sous licence de telle manière qu'ils permettent l'utilisation prévue dans les REL.

intégralité est critiquée, mais pas un long métrage dans son intégralité si seulement une partie est examinée.

3. Les autrices et auteurs de REL devraient envisager de s'appuyer sur une gamme d'ouvrages sources. L'inclusion d'insertions provenant de sources multiples est probablement équitable tant que chaque insertion est limitée à la quantité nécessaire pour l'objectif recherché.
4. L'attribution doit être fournie pour toutes les insertions incluses à des fins de critique et d'examen. Même si l'attribution doit généralement être conforme aux normes en vigueur dans la discipline, la *Loi sur le droit d'auteur* précise que la source et la parentalité de l'œuvre (autrice, auteur, interprète, personne responsable de la production ou de la diffusion) doivent être mentionnées lorsqu'on s'appuie sur l'utilisation équitable à des fins de critique ou d'évaluation. La pratique de l'attribution éthique fournit également aux personnes étudiantes un bon modèle à suivre et est essentielle pour une future adaptation des REL de l'ouvrage.

CAS NOTABLES

Le cas d'utilisation ci-dessus envisage d'inclure potentiellement des œuvres entières sous forme d'insertions, ce qui pourrait conduire à une REL contenant un certain nombre d'œuvres entières protégées. Bien que l'analyse de l'utilisation équitable évoquée ci-dessus s'applique à chaque œuvre protégée individuelle, des questions demeurent quant à savoir quand et comment l'utilisation équitable peut être utilisée pour créer une anthologie de REL autonome ou une collection d'œuvres protégées. Par exemple, même si une sélection de poèmes destinés à être utilisés dans les cours de littérature contemporaine pouvait être autorisée conformément au principe et aux considérations évoqués ci-dessus, l'évaluation dépendrait (entre autres facteurs) fortement du contexte critique inclus dans le recueil. Les projets de ce type nécessitent une discussion avec une personne possédant une expertise appropriée en matière de droit d'auteur afin d'évaluer l'occasion de s'appuyer sur une utilisation équitable ou si une autorisation doit être demandée.

B. Les insertions aux fins d'illustration

DESCRIPTION

Des insertions provenant de diverses sources et médias sont régulièrement incorporées dans le matériel pédagogique à des fins d'illustration, pour ancrer ce qui est enseigné dans des exemples concrets. Une photographie de laboratoire peut attirer l'attention d'une classe étudiant une expérience classique, tout comme une image d'actualité emblématique peut galvaniser l'intérêt des élèves pour le mouvement syndical canadien, ou des extraits d'une série de films hollywoodiens

peuvent étayer les généralisations sur la façon dont les attitudes culturelles envers la situation des femmes qui travaillent a changé au fil des décennies. Dans ces cas (et dans d'autres, notamment des citations d'articles scientifiques, d'épigraphe littéraires et bien d'autres encore), la fonction des insertions est de renforcer et d'enrichir le récit pédagogique du matériel pédagogique plutôt que de fonctionner comme des objets de critique. De tels exemples d'utilisations d'insertions sont courants et sont effectivement indispensables à la fois à la pratique pédagogique et à l'apprentissage. En règle générale, les insertions illustratives ont été créées à l'origine dans des contextes d'utilisation non éducative tels que le journalisme, le divertissement ou la documentation scientifique. De plus, leur valeur d'apprentissage est étroitement associée à leur authenticité, de sorte qu'ils ne peuvent pas être « recréés » efficacement.

PRINCIPE

À des fins d'illustration, l'utilisation équitable soutient l'incorporation d'insertions soigneusement sélectionnées dans tous les domaines thématiques, provenant d'une gamme complète de sources et de médias.

Même si l'illustration en elle-même ne fait pas partie des objectifs d'utilisation équitable énumérés dans la *Loi sur le droit d'auteur*, l'objectif pédagogique servi par l'inclusion d'insertions à titre d'illustration est aligné sur plusieurs objectifs d'utilisation équitable, notamment la recherche, l'étude privée et l'éducation. L'étape suivante consiste à s'assurer que l'utilisation est équitable. Pour les insertions illustratives, les facteurs critiques à évaluer comprennent le but réel et le motif de l'utilisation, la quantité d'œuvres originales copiées, les solutions de rechange disponibles à l'utilisation des insertions sélectionnées et l'impact que l'utilisation des insertions peut avoir sur le marché pour l'œuvre originale.

Lors de la sélection d'insertions à des fins d'illustration, leur valeur découle souvent de leur ampleur et de leur variété. Il convient de tenir compte de la quantité à copier à partir d'une source donnée et de n'utiliser que la quantité nécessaire pour atteindre l'objectif d'illustration. Les supports sélectionnés doivent également éviter les répétitions ou redondances inutiles.

Étant donné que les insertions destinées à l'illustration proviennent souvent de matériaux qui n'ont pas été créés dans un but pédagogique, il importe de déterminer si l'utilisation de l'œuvre aura un impact sur le marché de l'œuvre originale. Il faut éviter d'utiliser une œuvre protégée par le droit d'auteur lorsqu'une œuvre ouverte ou gratuite alternative est disponible et servirait le même objectif d'illustration.

En plus d'évaluer les facteurs d'utilisation équitable décrits ci-dessus, les auteurs de REL utilisant des insertions à des fins d'illustration devront également prendre en compte les considérations suivantes :

CONSIDÉRATIONS

1. Les créatrices et créateurs de REL doivent être prêts à expliquer la signification attendue d'une insertion illustrative dans le contexte des REL où elle apparaît; cette signification peut être liée à ce que l'insertion représente ou décrit, à sa relation avec le texte ou aux caractéristiques de l'insertion elle-même.
2. De même, les utilisations exclusivement ou principalement décoratives doivent être évitées, lorsqu'elles n'enrichissent pas substantiellement la finalité pédagogique et la narration du matériel pédagogique.
3. La mesure dans laquelle une insertion est incluse doit être quantitativement et qualitativement appropriée à la lumière de sa pertinence pédagogique; ainsi, une analyse réfléchie pourrait justifier l'inclusion d'une photographie entière, mais seulement d'un segment sélectionné d'un film.
4. Il convient d'éviter de copier plusieurs insertions à partir d'une seule source, à moins qu'il y ait une motivation pédagogique claire de le faire.
5. L'attribution doit être fournie pour les insertions illustratives et doit généralement être conforme aux normes en vigueur dans la discipline.

CAS NOTABLES

Il est clair qu'il existe de nombreuses manières par lesquelles les illustrations visuelles, textuelles ou musicales peuvent soutenir la pédagogie des REL, certaines assez littérales et d'autres plus obliques. Ainsi, l'utilisation d'épigraphe est une pratique d'utilisation équitable bien établie, mais il est peu probable que l'introduction de chapitres dans un texte d'histoire avec des photos d'adorables bébés animaux (mais sans rapport) soit juste. Et les pratiques qui pourraient être acceptables dans une salle de classe, avec un public limité (comme l'utilisation de dessins animés thématiques pour commencer une période de cours) peuvent être plus difficiles à justifier dans un contexte de REL dans lequel le travail est largement rendu public. La question qui persiste est de savoir dans quelle mesure l'argument selon lequel l'insertion en question répond (même indirectement) à un objectif pédagogique identifiable et véritable peut être convaincant. Demander une autorisation peut être une option appropriée dans ces cas-là.

C. l'Incorporation de contenu comme matériel pédagogique

DESCRIPTION

Dans leurs disciplines respectives, les étudiantes et étudiants utilisent souvent le contenu pour développer leurs compétences analytiques, leur familiarité ou leur maîtrise de l'information; cet apprentissage basé sur la pratique est grandement amélioré si ces ressources reflètent fidèlement la réalité hors de la salle de classe. Dans un cours d'introduction à l'anglais, la classe peut être exposée à des épisodes sélectionnés d'émissions de télévision populaires pour mieux comprendre comment s'utilise la langue de manière native, tandis que dans un cours intermédiaire, la classe peut bénéficier de lectures dirigées de textes choisis. De même, un cours en sciences politiques sera enrichi par l'exposition aux questions théoriques reflétées dans les éditoriaux des journaux et les articles d'opinion. De par leur nature, les insertions de ce type sont susceptibles d'être protégées par le droit d'auteur. Lorsqu'elles sont incluses dans le matériel d'apprentissage primaire ou secondaire (y compris les manuels scolaires et les cahiers d'exercices), le but recherché n'est ni de permettre la critique ni de fournir une illustration, mais de promouvoir la maîtrise du sujet. Offrir à la classe des occasions essentielles de mettre en pratique leurs compétences et d'approfondir leurs connaissances est crucial pour l'apprentissage. Parfois, les matériaux choisis à cette fin sont de nature éphémère, et parfois ils possèdent une valeur plus durable; cependant, dans de nombreux cas, ces documents ont été créés à des fins autres que pédagogiques. Il s'agit souvent de matériels auquel la classe n'aurait pas été exposée autrement, et ils doivent toujours être contextualisés pour renforcer leur valeur en tant que ressources d'apprentissage.

PRINCIPE

L'utilisation équitable peut permettre l'inclusion d'un large éventail de ressources dans une REL créées à des fins autres que l'usage pédagogique, à condition que leur inclusion soutienne les objectifs d'apprentissage des REL.

Même si les ressources documentaires sélectionnées n'ont peut-être pas été créées en pensant à un public d'apprenants, leur intégration dans une REL pour promouvoir un objectif éducatif s'alignera dans la plupart des cas sur un ou plusieurs objectifs d'utilisation équitable. De telles insertions peuvent être incluses pour faciliter la critique, la révision, l'éducation, la recherche ou l'étude privée. Une fois le but de l'utilisation établi, l'auteur ou l'autrice d'une REL doit également évaluer si l'utilisation de l'insertion dans ce contexte est «équitable».

L
E
C
O
D
E

Pour déterminer si leur utilisation constitue une utilisation équitable, il sera important d'identifier un véritable objectif pédagogique par opposition, par exemple, au simple divertissement ou à la jouissance du matériel source. La rédaction de REL doit tenir compte de la quantité copiée à partir d'une source donnée et n'utiliser que la quantité nécessaire pour remplir leur objectif d'illustration.

Étant donné que ces types de ressources documentaires ne sont généralement pas créés dans un but éducatif, il sera également important de réfléchir à la question de savoir si l'utilisation de l'œuvre peut avoir un impact sur le marché de l'original. Cela est plus susceptible d'être le cas lorsque l'utilisation concerne des parties importantes de l'œuvre source, de sorte que l'utilisation pourrait empiéter sur le marché de l'œuvre originale. Dans de tels cas, il peut être utile de déterminer s'il existe une solution de rechange ouverte ou gratuite qui pourrait servir le même objectif d'apprentissage.

En plus d'évaluer les facteurs d'utilisation équitable décrits ci-dessus, les autrices et auteurs de REL utilisant des insertions comme ressources d'apprentissage devront également prendre en compte les considérations suivantes :

CONSIDÉRATIONS

1. Les ressources documentaires incorporées sur la base de l'utilisation équitable doivent inclure tous les documents contextuels nouvellement rédigés nécessaires pour les rendre accessibles et disponibles aux étudiantes et aux étudiants ou y faire référence et, le cas échéant, pour orienter leur utilisation, y compris les glossaires, les annotations, les questions d'étude, etc.
2. Bien que l'attrait contemporain ou populaire puisse être un facteur dans la sélection des ressources documentaires, la valeur pédagogique de chaque sélection au-delà de son simple contenu divertissant ou informatif doit être expliquée.
3. L'incorporation de toute insertion sur la base d'une utilisation équitable doit être quantitativement et qualitativement appropriée. Dans certains cas, par exemple, l'utilisation équitable peut justifier l'incorporation d'un court article complet nécessaire à la réflexion ou à la réponse étudiante, mais pas d'un texte plus long lorsque seule une partie du travail est intéressante pour aux fins pédagogiques.
4. Dans la mesure du possible, les ressources documentaires doivent provenir directement de sources primaires, plutôt que de versions éditées ou simplifiées à des fins pédagogiques. La raison en est que si vous copiez à partir d'œuvres éditées ou simplifiées, vous devez également tenir compte des droits de la partie qui a effectué l'édition/simplification.

5. Lorsqu'ils sont conformes aux objectifs pédagogiques, les divers matériels de ressources incorporés dans une REL particulière doivent provenir d'un éventail de sources, plutôt que de quelques-unes seulement.
6. L'attribution doit toujours être fournie pour les insertions sous utilisation équitable et doit être conforme aux normes disciplinaires en vigueur.

CAS NOTABLES

Bien que l'incorporation d'éléments de la culture populaire contemporaine soit souvent autorisée à des fins de critique ou d'illustration, les membres de la communauté REL peuvent hésiter à les utiliser dans leur intégralité (vidéos musicales par exemple) comme ressources dans un but pédagogique plus généralisé. Cette préoccupation peut provenir en partie de la perception selon laquelle ces inclusions très médiatisées sont plus susceptibles d'être contestées et qu'il pourrait être difficile d'en justifier clairement leur sélection. Dans de tels cas, il peut être préférable de créer un lien vers le contenu (bien que cela puisse nécessiter de soulever d'autres points à considérer) ou de demander l'autorisation du détenteur ou de la détentrice des droits d'auteur. Lorsqu'on envisage d'incorporer des insertions provenant d'œuvres de la culture contemporaine dans une REL, il est recommandé de consulter une personne avec l'expertise appropriée en matière de droit d'auteur.

D. la Réutilisation du contenu pédagogique existant comme matériel éducatif

DESCRIPTION

Il est possible que le matériel pédagogique existant, tel que des manuels commerciaux, des guides d'étude ou des vidéos éducatives, contient un contenu pertinent idéal pour être inclus dans des REL. Dans de tels cas, il n'est peut-être pas logique pour les autrices et auteurs de substituer des solutions de rechange sous licence ouverte ou de réinventer eux-mêmes le contenu requis. Par exemple, une figure d'une édition plus ancienne d'un manuel de biologie peut être l'illustration la plus appropriée d'un concept particulier à inclure dans une REL sur le même sujet. Ou bien, au lieu de recréer une question de quiz, il peut être judicieux d'utiliser une question pertinente issue d'un guide d'étude existant. Heureusement, une utilisation équitable peut souvent permettre l'utilisation de telles insertions, sous réserve d'un certain nombre de considérations.

PRINCIPE

L'utilisation équitable peut soutenir l'incorporation sélective d'éléments de ressources éducatives existantes qui ne sont plus utilisés actuellement ou qui ne sont plus commercialement viables.

Les insertions tirées de matériels pédagogiques existants tels que des manuels scolaires, des guides d'étude ou des vidéos éducatives seront presque toujours sélectionnés pour promouvoir un objectif pédagogique et, en tant que tels, relèveront de l'un des grands objectifs d'utilisation équitable, qu'il s'agisse de critique, de révision, d'éducation, de recherche ou étude privée. Mais une autrice ou un auteur de REL doit également évaluer si l'utilisation de l'insertion dans ce contexte est «équitable».

Dans les exemples fournis dans la description ci-dessus, le contenu utilisé est susceptible de représenter une petite quantité lorsqu'il est considéré comme une partie de l'ensemble du travail. Certaines insertions peuvent représenter une si petite partie de l'œuvre originale qu'elle est insignifiante, auquel cas l'utilisation peut avoir lieu sans qu'il soit nécessaire de procéder à une analyse de l'utilisation équitable. Pour des portions plus importantes, il faudra déterminer si le montant utilisé est juste, tant d'un point de vue quantitatif que qualitatif, par rapport à l'usage prévu. La reproduction des résumés de chapitre d'un manuel, par exemple, peut ne pas sembler représenter une grande partie du manuel si l'on se base sur le nombre de mots, mais pourrait représenter un élément essentiel du livre lorsqu'il est considéré d'un point de vue qualitatif.

Une évaluation de l'utilisation équitable doit également prendre en compte toute solution de rechange raisonnable à l'utilisation de l'œuvre en question. Si une insertion tout aussi pertinente pouvait être utilisée à partir d'une œuvre du domaine public, ou si l'utilisation de l'insertion ne favorise pas réellement les objectifs pédagogiques des nouvelles REL, cela pourrait aller à l'encontre d'une conclusion d'équité. Les autrices et auteurs qui sélectionnent soigneusement des insertions à partir de matériel pédagogique existant pour soutenir les objectifs pédagogiques de leurs REL peuvent facilement faire valoir que leur choix d'insertions était délibéré et qu'aucune solution de rechange n'aurait été appropriée ou aussi efficace.

Cependant, le facteur d'utilisation équitable le plus difficile à évaluer dans ce scénario est peut-être l'impact de l'utilisation sur le marché de l'original. Il est probable que, lorsqu'on s'appuie sur des travaux pédagogiques actuels, ces travaux soient destinés exactement au même marché. Ainsi, l'utilisation d'insertions issues de ces œuvres pourrait avoir un impact négatif sur les ventes actuelles de l'original. Cependant, il existe de nombreuses œuvres potentielles sources créées à des fins éducatives ayant

dépassé leur durée de vie commerciale utile, mais qui restent protégées par la loi sur le droit d'auteur. Lors de l'évaluation de l'effet de l'utilisation sur le marché de l'œuvre, l'utilisation du contenu d'œuvres non commercialisées est plus susceptible d'être considérée comme neutre ou tendant vers l'équité.

En plus d'évaluer les facteurs d'utilisation équitable décrits ci-dessus, l'utilisation d'insertions provenant de matériels pédagogiques existants nécessite également un examen attentif des éléments suivants :

CONSIDÉRATIONS

1. L'analyse de l'utilisation équitable devrait commencer par une évaluation des parties du matériel source réellement protégées par le droit d'auteur; il existe de nombreux types d'information factuelle non protégée par le droit d'auteur, comme indiqué plus en détail dans l'*Annexe deux*.
2. Comme expliqué précédemment, les flexibilités du droit d'auteur signifient que le sujet, l'organisation générale et les larges choix de couverture reflétés dans les matériels d'apprentissage existants, y compris ceux qui restent populaires, sont hors de portée de la protection du droit d'auteur, et il demeure possible de les réutiliser dans des REL sans avoir à procéder à une analyse de l'utilisation équitable.
3. De même, l'utilisation de courts extraits de texte provenant de sources protégées par le droit d'auteur peut être autorisée simplement parce que les extraits ne sont pas suffisamment substantiels pour justifier la protection du droit d'auteur ou pour garantir une évaluation d'utilisation équitable.
4. Si la création de REL s'appuie sur l'utilisation équitable pour des emprunts plus importants, les autrices et auteurs doivent être en mesure d'expliquer la valeur pédagogique ou d'apprentissage spécifique de chaque élément incorporé et pourquoi il représente le meilleur choix pour l'objectif visé; justifier l'étendue du matériel incorporé en termes pédagogiques; et préciser de quelles manières, le cas échéant, le matériel a été mis à jour.
5. Il faut être en mesure de pouvoir expliquer pourquoi l'insertion ne remplace pas l'original dans le marché (soit parce qu'il n'existe actuellement aucun marché, soit parce que l'œuvre incorporée était ou est destinée à un marché différent de celui des REL).
6. Lorsque cela est possible et lorsque cela est pédagogiquement approprié, les auteurs et autrices de REL incorporant des insertions issues de matériels pédagogiques doivent les sélectionner parmi un large éventail d'œuvres sources plutôt que de s'appuyer sur un seul ouvrage.

7. L'attribution doit être fournie pour toutes les insertions, une considération qui revêt une importance particulière dans les cas où le texte inséré peut être confondu avec un texte nouvellement rédigé.

CAS NOTABLES

Ce principe reflète le fait que les utilisations de contenus issus d'œuvres éducatives qui soutiennent les objectifs pédagogiques des REL peuvent être autorisées en vertu de l'exception d'utilisation équitable – à condition qu'elles ne nuisent pas au marché de l'original. Lorsque les insertions sont tirées d'œuvres populaires et actuelles qui sont largement utilisées dans le secteur de l'éducation, il peut être difficile de démontrer que leur utilisation constitue une utilisation équitable, en particulier si le matériel est électronique et soumis à des conditions de licence. Dans ces cas-là, il peut être conseillé de demander l'autorisation (ce qui peut nécessiter la négociation d'une licence) du ou de la titulaire de droit d'auteur, pour permettre l'incorporation d'éléments de ces documents dans les nouvelles REL.

Reconnaître l'utilisation équitable

La communauté des REL se caractérise par son engagement à garantir que l'adoption et l'adaptation d'une REL existante soient aussi simples et transparentes que possible. En conséquence, les membres de la communauté ont souligné que lorsque des insertions dans des documents sont incluses dans le cadre d'une utilisation équitable, une reconnaissance claire de cette incorporation constitue une bonne pratique.

Au Canada, lors de l'utilisation de documents à des fins d'utilisation équitable, à savoir la critique, l'examen et la couverture de l'actualité, l'attribution est en fait une exigence légale. La *Loi sur le droit d'auteur* du Canada exige que la source, ainsi que la personne responsable de la création (auteur, autrice, interprète, responsable de la production ou de la diffusion) d'une œuvre, afin que soit reconnue une utilisation équitable. Bien qu'il ne s'agisse pas d'une exigence réglementaire en matière d'utilisation équitable à des fins éducatives, l'attribution du matériel source devrait être une pratique courante lorsque des insertions sont incluses dans des ouvrages scientifiques, y compris les REL. Outre le respect des droits individuels en matière de création et d'utilisation, la reconnaissance du fait que le matériel a été utilisé sur la base d'une utilisation équitable est également importante pour la communauté des REL. Puisque les REL sont intentionnellement créées en vue d'être partagées, adaptées et réutilisées à l'avenir, le signalement d'une utilisation équitable apporte clarté et certitude à ceux et celles qui envisagent des adaptations des REL.

Sur la base des meilleures pratiques actuelles de la communauté REL, il est recommandé de reconnaître directement chaque insertion incluse dans la section Utilisation équitable. Cela nécessite l'identification des insertions avec la mention de l'utilisation équitable avec une courte légende qui comprend la citation de l'œuvre originale, ainsi qu'une reconnaissance d'utilisation équitable :

L'illustration, provenant de [SOURCE] est incorporée sur la base d'une utilisation équitable.

Afin d'indiquer à ceux et celles qui utiliseront et adapteront en aval leur travail les conditions dans lesquelles le contenu peut être réutilisé, les autrices et auteurs de REL attribueront une licence ouverte, telle qu'une licence Creative Commons, aux REL complétées. Il est essentiel que la déclaration de licence des REL indique également les cas où des insertions individuelles dans les REL peuvent faire l'objet d'une licence différente ou être utilisées sur la base d'une utilisation équitable. Un exemple de déclaration de licence reconnaissant l'inclusion d'un tel matériel (et son exclusion des modalités de la licence REL) pourrait être :

Ce travail est sous licence CC BY-NC, à l'exception du contenu explicitement étiqueté autrement.

Bien qu'il soit souvent utile de conserver ses propres archives du raisonnement en matière d'utilisation équitable, il n'est généralement pas nécessaire de le communiquer dans les REL elles-mêmes, au-delà d'indiquer clairement quels documents étaient originaux et lesquels ont été incorporés à partir de sources tierces. Toute personne souhaitant adopter ou adapter une REL pourrait demander des informations supplémentaires à l'autrice ou l'auteur de la REL.

Annexe une : Utilisation équitable au Canada – histoire et évolution

Les débuts de l'utilisation équitable

L'histoire de l'utilisation équitable remonte à une doctrine équitable qui s'est développée dans les tribunaux du Royaume-Uni au XIX^e siècle. La doctrine de l'usage équitable jugée par le juge a été codifiée au Royaume-Uni en 1911⁵ et au Canada dix ans plus tard⁶. Les dispositions légales sur l'utilisation équitable au Royaume-Uni et au Canada établissent une liste fermée d'objectifs autorisés : critique et examen, études et recherches privées et résumés de journaux. Ces objectifs énumérés ont ensuite été interprétés de manière étroite par les tribunaux comme limitant la possibilité d'une utilisation équitable, tandis que le terme « équité » a également été interprété de manière stricte. Le développement de l'utilisation équitable au XX^e siècle explique la perception générale selon laquelle l'utilisation équitable au Canada est plus limitée que la version de l'utilisation équitable aux États-Unis qui a continué d'évoluer sans être légalement limitée à des fins spécifiques.

L'utilisation équitable comme droit d'utilisation

Le sort de l'utilisation équitable a radicalement changé au Canada avec l'arrêt rendu en 2004 par la Cour suprême dans l'affaire *CCH Ltée c. Barreau du Haut-Canada*⁷. Dans cette affaire, qui concernait des copies de documents juridiques faites par des bibliothécaires pour leurs clients, la Cour suprême du Canada a rejeté la notion selon laquelle l'utilisation équitable devait être interprétée de manière stricte. Au lieu de cela, elle a reconnu l'utilisation équitable comme un droit positif d'utilisation à équilibrer avec les droits des titulaires de droits d'auteur :

[I]l est peut-être plus juste de considérer cette exception comme une partie intégrante de la *Loi sur le droit d'auteur* plutôt que comme un simple moyen de défense. Un acte visé par l'exception relative à l'utilisation équitable ne viole pas le droit d'auteur. À l'instar des autres exceptions que prévoit la *Loi sur le droit d'auteur*, cette exception correspond à un droit des utilisateurs. Pour maintenir un juste équilibre entre les droits des titulaires du droit d'auteur et les intérêts des utilisateurs, il ne faut pas

⁵ *Copyright Act*, 1911, art 2(1)(i).

⁶ *Loi sur le droit d'auteur*, 1921, article 16.

⁷ *CCH Canadienne Ltée c. Barreau du Haut-Canada*, 2004 CSC 13, [2004] 1 RCS 339 [CCH].

l'interpréter restrictivement [...] « [L]es droits des utilisateurs ne sont pas de simples échappatoires. Les droits du titulaire et ceux de l'utilisateur doivent donc recevoir l'interprétation juste et équilibrée que commande une mesure législative visant à remédier à un état de fait⁸ ».

La Cour a ensuite déclaré que les objectifs d'utilisation équitable « doivent recevoir une interprétation large et libérale afin de garantir que les droits des utilisateurs ne soient pas indûment restreints »⁹. Notamment, l'interprétation large de la recherche a permis de la partie défenderesse d'affirmer que les pratiques de copie de la bibliothèque étaient « fondées sur la recherche et équitables » lorsque la copie était effectuée au nom des usagers en tant qu'utilisateurs finaux¹⁰.

Il est important de noter que la Cour a également énoncé des facteurs à prendre en considération pour évaluer le caractère équitable d'une utilisation : « le but de l'utilisation, la nature de l'utilisation, le montant de l'utilisation, la nature du travail, les solutions de rechange disponibles à l'utilisation, et l'effet du trafic sur l'œuvre¹¹ ».

La pentalogie du droit d'auteur

Un autre développement important dans la doctrine de l'utilisation équitable du Canada a été la série d'affaires surnommée la « Pentalogie du droit d'auteur » : cinq arrêts rendus par la Cour suprême du Canada en 2012.

Plus particulièrement pour la création de REL, dans l'arrêt *Alberta (Éducation) c. Access Copyright*¹², les copies en classe réalisées par le personnel enseignant pour leurs classes étaient incluses dans une lecture « large et libérale » de la recherche et des études privées. L'objectif des élèves était compris comme étant l'étude privée, même dans le cadre d'une salle de classe : « Étudier et apprendre sont essentiellement des efforts personnels, qu'ils soient réalisés avec d'autres ou dans la solitude¹³. » La Cour a expliqué : « Son rôle [à l'enseignant] consiste à faciliter la recherche et l'étude privée des élèves et de permettre à ceux-ci de disposer du matériel nécessaire à l'apprentissage. L'enseignant/auteur des copies et l'élève/utilisateur qui s'adonne à la recherche ou à l'étude privée poursuivent en

⁸ *Ibid* au para 48.

⁹ *Ibid* au para 51.

¹⁰ *Ibid* au para 63.

¹¹ *Ibid* au para 53.

¹² *Alberta (Éducation) c. Canadian Copyright Licensing Agency (Access Copyright)*, 2012 CSC 37, [2012] 2 RCS 345.

¹³ *Ibid* au para 27.

symbiose une même fin.^{14.}» Reconnaisant que le personnel enseignant n'avait aucune « arrière-pensée » lorsqu'il fournissait des copies aux étudiants, l'objectif de faciliter les études des étudiants les a amenés à entrer dans le champ de l'utilisation équitable.

Également d'importance était *SOCAN c. Bell Canada*¹⁵, la diffusion en continu d'échantillons de musique a été considérée comme une utilisation équitable dans le but d'aider les consommateurs à « rechercher ». La juge Abella a souligné que la recherche ne doit pas nécessairement être à des fins créatives, « car on peut y associer nombre d'activités qui ne consistent pas nécessairement à établir des faits nouveaux ou à tirer des conclusions nouvelles. La recherche peut être fragmentaire, informelle, exploratoire ou confirmative. Elle peut même être entreprise pour aucun autre motif que l'intérêt personnel. » Elle a également expliqué : « Dans *CCH*, en prescrivant une interprétation généreuse des fins auxquelles il peut y avoir utilisation équitable, dont la « recherche », la Cour applique un critère relativement peu strict au premier volet, de sorte que le grand branle-bas analytique n'intervient qu'au second volet, celui de la détermination du caractère équitable^{16.} »

Ces cas ont renforcé les conclusions de *CCH* : les objectifs d'utilisation équitable prévus par la loi au Canada devraient être interprétés de manière libérale; faciliter l'utilisation équitable de l'utilisation finale (par exemple d'un étudiant ou d'une étudiante); peut amener la personne qui copie (par exemple lors de la création de REL) à atteindre l'objectif visé; et plus important encore, l'utilisation équitable est un droit d'utilisation. De manière plus générale, ils ont confirmé l'importance de l'utilisation équitable dans le système de droit d'auteur du Canada. Selon les mots de la juge Abella :

[L]es droits des utilisateurs sont essentiels à la réalisation des objectifs de la *Loi sur le droit d'auteur* qui sont liés à l'intérêt public. L'exception au titre de l'utilisation équitable constitue l'un des moyens retenus par le législateur pour établir un juste équilibre entre protection et accès. Certaines activités qui, sans cette exception, pourraient violer le droit d'auteur, sont ainsi permises. Dès lors, pour maintenir un juste équilibre entre ces intérêts, « il ne faut pas [...] interpréter [l'exception] restrictivement¹⁷ ».

¹⁴ *Ibid* au para 23.

¹⁵ *Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c. Bell Canada*, 2012 CSC 36, [2012] 2 RCS 326 [*SOCAN*].

¹⁶ *Ibid* au para 27.

¹⁷ *Ibid* au para 11.

La loi de 2012 sur la modernisation du droit d'auteur

L'année 2012 a également vu l'adoption de révisions à la *Loi sur le droit d'auteur* du Canada qui a élargi la portée potentielle de l'utilisation équitable en ajoutant à la liste des fins énumérées. En plus des critiques et des examens, des recherches et des études privées, ainsi que des reportages, l'utilisation équitable est désormais autorisée à des fins « d'éducation, de parodie ou de satire¹⁸ ».

L'ajout du terme « éducation » comme objectif énuméré est particulièrement digne de mention. Avec l'arrêt *Alberta*, faciliter les études des étudiantes et étudiants pourrait potentiellement amener une personne copiant dans le champ de l'utilisation équitable lorsque ses objectifs seraient « symbiotiques » et sans « arrière-pensée ». Cependant, avec l'inclusion de « l'éducation » comme objectif distinct, il n'est plus nécessaire pour cette personne, celle qui fabrique du matériel pédagogique, de se mettre à la place de l'étudiant ou l'étudiante : les personnes qui font des copies dans le but d'éduquer les autres sont elles-mêmes engagées dans la copie à des fins d'utilisation équitable autorisée. Il ne reste plus qu'à établir que leur traitement est « équitable ».

Les modifications de 2012 ont également vu l'adoption d'une exception relative au contenu non commercial généré par l'utilisateur, ainsi que de nouvelles exceptions pour les établissements d'enseignement. L'applicabilité potentielle de certaines de ces exceptions aux créations de REL est discutée dans l'*Annexe deux*.

Réaffirmation de l'utilisation équitable dans l'enseignement supérieur

Au moment de la rédaction du présent article, l'arrêt le plus récent de la Cour suprême ayant une incidence sur le recours à l'utilisation équitable dans un contexte éducatif était *Université York c. Canadian Copyright Licensing Agency (Access Copyright)*¹⁹. » Bien qu'il s'agisse principalement de la notion d'applicabilité des tarifs, dans son verdict unanime, la juge Abella a noté que les tribunaux inférieurs ont commis une erreur dans leur analyse de l'utilisation équitable de la copie dans le but de partager du matériel avec les étudiants en « laissant de côté le point de vue des étudiants qui utilisent ces documents²⁰. » Abella a confirmé que « Les photocopies

¹⁸ *Loi sur le droit d'auteur*, LRC 1985, ch C-42, art. 29.

¹⁹ *Université York c. Canadian Copyright Licensing Agency (Access Copyright)*, 2021 CSC 32 [York].

²⁰ *Ibid* au para 98.

réalisées par les enseignants universitaires à l'usage des étudiants ont pour but l'éducation de ces derniers²¹.» De plus, la Cour suprême a jugé que le tribunal inférieur avait commis une erreur en prenant en compte le nombre total de copies au lieu des copies effectuées au nom de chaque élève :

[L]es reproches que le juge de première instance adresse aux Lignes directrices de l'Université, en raison du fait que différents extraits d'une même œuvre pourraient être distribués à différents étudiants de sorte que l'œuvre entière d'un auteur pourrait finir par être distribuée au complet, sont également contredits par l'arrêt SOCAN, selon lequel « [p]uisque le droit d'utilisation équitable correspond à un droit des utilisateurs, il faut déterminer "l'ampleur" en fonction de l'utilisation individuelle, et non globale²².

La décision réaffirme que la Cour suprême continue de soutenir fermement le droit d'utilisation et encourage les utilisateurs à comprendre que la loi canadienne continue de promouvoir une interprétation large et libérale de l'utilisation équitable. Plus précisément, dans le contexte éducatif, l'arrêt *Université York* confirme expressément que les étudiantes et étudiants ont le droit « de recevoir du matériel de cours à des fins d'éducation d'une manière équitable²³ ». Les pratiques institutionnelles et pédagogiques qui concrétisent ce droit (y compris la réalisation et la distribution de copies en tant que ressources pédagogiques) sont donc conformes « à l'équilibre sous-jacent entre les droits des utilisateurs et les droits que la *Loi* confère aux créateurs²⁴. »

Test en deux étapes pour déterminer une utilisation équitable

L'arrêt *CCH Ltée c. Barreau du Haut-Canada* a établi un test en deux étapes pour aider les gens à déterminer l'utilisation équitable. La première étape consistait à confirmer que l'utilisation était effectuée à l'une des fins d'utilisation équitable énumérées dans la *Loi sur le droit d'auteur*, qui inclut la recherche, l'étude privée, l'éducation, la parodie, la satire, la critique ou le reportage d'actualité. Ce n'est que si une utilisation correspond à l'une de ces finalités qu'une personne peut passer à la deuxième étape du test, qui établit une liste de six facteurs à prendre en compte pour déterminer l'équité de tout cas d'utilisation potentiel :

²¹ *Ibid* au para 103.

²² *Ibid* au para 104.

²³ *Ibid* au para 106.

²⁴ *Ibid* au para 106.

1. Le but de l'utilisation
2. La nature de l'utilisation
3. L'ampleur de l'utilisation
4. La nature de l'œuvre
5. Les solutions de recherche à l'utilisation
6. L'effet de l'utilisation sur l'œuvre

Il est important de noter que lorsqu'il s'appuie sur ces facteurs pour déterminer l'utilisation équitable, le tribunal note dans *CCH* que toutes les considérations ne seront pas prises en compte dans tous les cas d'utilisation équitable, mais qu'elles devraient être considérées comme fournissant un « cadre d'analyse utile pour statuer sur le caractère équitable²⁵ ». De plus, dans plusieurs affaires de droit d'auteur, la Cour suprême a démontré l'importance de prendre en compte tous les facteurs pertinents, précisant que les déterminations du caractère équitable doivent être faites en fonction de chaque facteur évalué conjointement. Les facteurs individuels ne sont généralement pas considérés comme déterminants en matière d'utilisation équitable, mais l'évaluation ne consiste pas non plus simplement à calculer combien de facteurs pèsent pour ou contre une telle utilisation. Le test multifactoriel vise plutôt à guider une évaluation globale du caractère équitable de l'utilisation dans les circonstances pertinentes.

But

La Cour a précisé à plusieurs reprises (*SOCAN, Alberta (Éducation), York*) qu'en tant que droit d'utilisation, il convient d'envisager l'objectif d'utilisation équitable du point de vue de l'utilisation finale, que cette utilisation finale soit faite ou non par la personne qui réalise les copies. Dans les cas de copies effectuées par le personnel enseignant au nom de leurs élèves, la Cour a en outre précisé qu'il n'y a généralement pas d'objectif distinct de la part du personnel enseignant : « Lorsque le professeur d'université fait des copies pour ses étudiants, il n'agit pas « sous le couvert d'une fin permise à l'utilisateur [pour] se livre[r] à une utilisation distincte qui est de nature à rendre l'utilisation inéquitable²⁶. »

Tout comme la première étape, ce facteur de l'analyse de l'utilisation équitable tient compte du but de la copie. Cependant, la finalité de la deuxième étape implique une analyse plus nuancée et réfléchie de la loyauté de l'utilisation à la lumière de la finalité réelle et des véritables motivations de l'utilisation. Un motif commercial inavoué ou

²⁵ *CCH*, note *supra* 4 au para 53.

²⁶ *York*, note *supra* 16 au para 102.

un gain de temps, par exemple, peut peser contre l'utilisation équitable alors qu'un véritable objectif pédagogique jouera en sa faveur.

Nature de l'utilisation

Comme indiqué dans *CCH*, la nature de l'utilisation examine avant tout la manière dont les œuvres sont traitées. Les considérations incluent, par exemple, le nombre total de copies réalisées, l'ampleur de la distribution, la destruction ou non des copies après utilisation, etc.²⁷ Dans le contexte éducatif, ce facteur est souvent invoqué pour considérer le nombre total de copies d'une œuvre réalisées par le personnel enseignant ou l'établissement au nom des élèves et la manière dont les copies ont été distribuées. Cela jouerait généralement en faveur de l'équité, par exemple si une copie était publiée sur un site accessible uniquement à la communauté étudiante inscrite pendant la durée d'un cours.

Dans *SOCAN*, et réitéré plus tard dans *York*, la Cour suprême a mis en garde contre le fait de supposer que « l'utilisation organisée et à grande échelle » étaient intrinsèquement inéquitable. Elle a spécifiquement averti que lorsque « des copies pouvaient facilement être distribuées en grande quantité sur Internet », les tribunaux ne devraient pas se concentrer indûment sur l'ampleur globale de la copie, car cela pourrait « mener à une conclusion d'utilisation inéquitable beaucoup plus souvent pour les œuvres qui sont numérisées que pour celles qui ne le sont pas²⁸. » Dans le contexte éducatif, une telle hypothèse pourrait également désavantager injustement les grands établissements d'enseignement ou les élèves des classes plus nombreuses.

Ampleur

L'ampleur de l'utilisation dépend principalement de la quantité d'une œuvre copiée par rapport à l'ensemble et à la lumière du but de la vente. Comme indiqué clairement dans *CCH*, qu'il n'y a pas de quantité ou de proportion déterminante d'une œuvre qui peut ou non être copiée. Toutefois, si la quantité copiée est insignifiante, une analyse de l'utilisation équitable n'est pas nécessaire, car la loi sur le droit d'auteur autorise la copie d'une partie non substantielle d'une œuvre.

Lorsqu'une partie substantielle d'une œuvre est copiée, la personne faisant l'utilisation doit considérer la partie utilisée tant qualitativement que quantitativement pour évaluer le caractère équitable de la quantité utilisée au regard de la finalité de l'utilisation. Il peut être équitable de copier une œuvre entière et,

²⁷ *CCH*, note *supra* 4 au para 55.

²⁸ *York*, note *supra* 16 au para 105.

selon le type d'œuvre, cela peut être nécessaire pour atteindre l'objectif d'utilisation équitable pertinent :

Par exemple, aux fins de recherche ou d'étude privée, il peut être essentiel de reproduire en entier un exposé universitaire ou une décision de justice. Cependant, lorsqu'une œuvre littéraire est reproduite aux fins de critique, il ne sera vraisemblablement pas équitable de la copier intégralement²⁹.

Solutions de rechange

Des solutions de recherche à l'utilisation peuvent être pertinentes si des équivalents non protégés par le droit d'auteur sont disponibles et peuvent être utilisés de manière réaliste sans perturber l'objectif d'utilisation équitable pertinent³⁰. Si l'utilisation de l'œuvre copiée était raisonnablement nécessaire pour atteindre un objectif pédagogique, par exemple, cela jouera en faveur du caractère équitable. Si les matériaux avaient été « tout aussi efficaces » sans copier l'œuvre, cela pourrait nuire au caractère équitable. Lorsqu'elle examine si une alternative est réaliste dans le contexte éducatif, la Cour note dans *Alberta (Éducation)* que « l'achat d'exemplaires supplémentaires pour les distribuer aux élèves n'est pas une solution raisonnable étant donné que, selon la Commission, les enseignants ne photocopient que de courts extraits pour compléter les manuels utilisés. [...] La reproduction de courts extraits est donc raisonnablement nécessaire eu égard aux fins visées que sont la recherche et l'étude privée des élèves³¹. »

CCH indique également explicitement que la disponibilité d'une licence pour acheter l'œuvre n'est « pas pertinente pour décider du caractère équitable d'une utilisation³² ». Bien entendu, si une transaction est équitable, aucune licence n'est nécessaire.

Nature de l'œuvre

La nature de l'œuvre tient compte du public visé et de la distribution de l'œuvre, notamment en ce qui concerne son statut de publication. Dans CCH, la cour a noté que si une œuvre n'avait pas été publiée auparavant, il serait peut-être plus juste de la reproduire, car une telle reproduction pourrait conduire à « une diffusion plus large de l'œuvre en question, ce qui est l'un des objectifs du régime de droit d'auteur³³. » Il est intéressant de noter que cette interprétation s'écarte de la jurisprudence britannique

²⁹ CCH, note supra 4 au para 56.

³⁰ Ibid au para 57.

³¹ *Alberta (Éducation) c. Canadian Copyright Licensing Agency (Access Copyright)*, 2012 CSC 37 au para 32, [2012] 2 RCS 345 [*Alberta (Éducation)*].

³² CCH, note supra 4 au para 70.

³³ Ibid au para 58.

et américaine, où ils ont estimé que le droit d'un auteur de contrôler la diffusion de son œuvre, en l'occurrence pour lui permettre de rester inédite, l'emportait sur le bien public d'une large diffusion.

La jurisprudence américaine suggère également que la nature du travail est pertinente, car certaines œuvres sont « plus proche que d'autres du cœur de la protection prévue du droit d'auteur³⁴. » Il peut être plus juste d'utiliser un travail d'information comme un journal télévisé, un article scientifique ou une biographie, par exemple, que de copier une œuvre expressive comme un film ou un roman. Dans un contexte pédagogique, la nature de l'œuvre utilisée doit être appréciée à la lumière de la finalité pédagogique.

Effet

L'effet de l'utilisation de l'œuvre exige que les personnes l'utilisant se questionne sur « [l]a concurrence que la reproduction est susceptible d'exercer sur le marché de l'œuvre originale³⁵. » Si leur utilisation vient concurrencer ou remplacer la demande pour l'original, cela peut conduire à une injustice. Les utilisations qui ne remplacent pas l'œuvre originale sur le marché sont plus susceptibles d'être équitables (même si elles nuisent à la demande de l'original d'une autre manière, par exemple en formulant une critique convaincante).

Dans *Alberta (Éducation)*, la cour a abordé ce facteur en ce qui concerne la copie pédagogique à partir de manuels scolaires, notant que même si le marché des ventes de manuels scolaires s'était rétréci au fil du temps, « plusieurs autres considérations susceptibles d'expliquer la baisse, dont l'enseignement par semestre, la diminution du nombre d'inscriptions, l'augmentation de la durée de vie des manuels, le recours accru aux outils électroniques, dont Internet et l'apprentissage axé sur une grande variété de ressources³⁶. » Ici, la cour a affirmé que l'applicabilité du facteur de substitution au marché doit être directement liée à l'utilisation en question.

³⁴ *Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc.*, 510 US 569 (1994) au para 586.

³⁵ *CCH*, note *supra* 4 au para 59.

³⁶ *Alberta (Éducation)*, note *supra* 30 au para 33.

Annexe deux : Au-delà de l'utilisation équitable – Autres bonnes nouvelles concernant le droit d'auteur pour les REL

Dans le Code lui-même et dans l'Annexe une, nous avons abordé en profondeur comment comprendre et appliquer l'utilisation équitable et comment comprendre les limites de la loi sur le droit d'auteur. Cependant, l'utilisation équitable n'est pas le seul aspect de la loi canadienne sur le droit d'auteur, et plus largement du droit de la propriété intellectuelle (PI), qui peut s'appliquer pour permettre la création licite de ressources éducatives ouvertes. Sans chercher à être exhaustif, nous proposons ci-dessous de l'information supplémentaire sur les pratiques à faible risque qui peuvent contribuer à alléger le fardeau de la conformité légale. Nous avons inclus des exemples de doctrine en matière de droit d'auteur autres que l'utilisation équitable qui peuvent s'appliquer aux insertions potentielles dans les REL, ainsi que d'autres domaines du droit de la propriété intellectuelle qui peuvent être pertinents pour la communauté des REL.

Notre objectif ici est d'aborder divers domaines de préoccupation potentiels, en indiquant les situations dans lesquelles l'utilisation d'une insertion peut même ne pas nécessiter une évaluation de l'utilisation équitable. Il s'agit notamment des situations dans lesquelles le droit d'auteur peut sembler s'appliquer à une œuvre source, mais ne s'applique pas en réalité, par exemple lorsque l'œuvre relève du domaine public.

Le domaine public : matériels et contenus non protégés par le droit d'auteur

Dans la planification d'un projet REL, les autrices et auteurs peuvent identifier des contenus apparemment soumis au droit d'auteur (images, textes, compositions) qu'il serait souhaitable d'incorporer sous forme d'insertions, en tout ou en partie. Il est possible que certaines de ces œuvres soient utilisables parce qu'elles ne sont pas protégées par le droit d'auteur, pour une ou plusieurs raisons.

Une œuvre tombe dans le domaine public au Canada lorsque la protection du droit d'auteur a expiré. Lorsque vous recherchez du matériel sur Internet, il est important de noter qu'une grande partie du matériel n'est pas dans le domaine public, bien qu'il soit accessible au public. De plus, la protection du droit d'auteur est attribuée automatiquement lors de la création d'une œuvre originale; par conséquent, l'absence d'une déclaration ou d'un symbole de droit d'auteur ne constitue pas une preuve qu'une œuvre appartient au domaine public.

Les œuvres du domaine public peuvent être utilisées librement sans avoir à demander une autorisation, à payer des redevances ou à compter sur des exceptions

de la Loi sur le droit d'auteur. Au Canada, les œuvres entrent dans le domaine public de plusieurs manières :

- La règle générale est que le droit d'auteur sur une œuvre dure pendant toute la vie du dernier auteur survivant ou de la dernière autrice survivante, plus 70 ans supplémentaires si cette dernière personne est décédée en 1972 ou après. Si cette personne est décédée avant 1972, la durée du droit d'auteur était de 50 ans après l'année du décès de la personne.

Il existe des exceptions à cette règle pour certaines catégories d'œuvres, telles que :

- Certaines œuvres publiées à titre posthume, qui sont soumises à des règles basées sur la date du décès de l'auteur ainsi que sur la date de publication ultérieure (le cas échéant). Les œuvres publiées à titre posthume avant 1999 expirent après 50 ans après la publication ou 70 ans après le décès de l'autrice ou de l'auteur, en retenant la période la plus longue. Pour les œuvres des personnes décédées entre 1949 et 1999, qui n'ont pas été publiées avant 1999, elles sont protégées selon la période la plus longue entre : jusqu'en 2049 ou jusqu'à 70 ans après la mort du créateur ou de la créatrice.
- Les œuvres produites par les agences gouvernementales fédérales au Canada sont généralement assujetties au droit d'auteur de la Couronne, qui expire 50 ans après leur publication. Le droit d'auteur de la Couronne est perpétuel sur les œuvres gouvernementales qui ne sont jamais publiées. La plupart des œuvres soumises au droit d'auteur de la Couronne peuvent être utilisées à des fins non commerciales. Il est toutefois important de vérifier la source pour connaître les conditions d'utilisation. Les lois, statuts, règlements, décisions des cours et des tribunaux du gouvernement du Canada ne sont pas protégés.
- Les enregistrements sonores et les œuvres cinématographiques non dramatiques restent protégés par le droit d'auteur pendant 70 ans à compter de la date à laquelle ils ont été réalisés, à moins qu'ils ne soient publiés avant l'expiration du droit d'auteur, auquel cas ils restent protégés soit pendant 75 ans après la publication, soit pendant 100 ans à compter de la date d'expiration du droit d'auteur, en retenant la période la plus courte.

En mettant de côté les exceptions ci-dessus, il est par ailleurs raisonnable de supposer qu'une œuvre relève du domaine public au Canada si l'ensemble des autrices et auteurs sont décédés depuis au moins 70 ans.

Une fois qu'il est déterminé qu'une œuvre particulière appartient au domaine public, chacun peut librement l'utiliser et l'adapter, en ce qui concerne la loi canadienne sur le droit d'auteur. Mais des difficultés surviennent parfois lorsque les documents du

domaine public sont soumis à des restrictions en fonction de l'endroit où ils sont hébergés ou hébergés. Par exemple :

- Lorsque la copie source d'une œuvre du domaine public réside dans une bibliothèque, des archives ou un musée, cette institution peut dicter les conditions d'utilisation et restreindre ce qui peut être fait avec l'œuvre, comme condition d'accès. Ces conditions n'ont souvent rien à voir avec le droit d'auteur, mais peuvent malheureusement limiter les possibilités d'utilisation des œuvres en question. Il est important de noter que des conditions d'utilisation restrictives sont spécifiques à l'institution, et qu'une copie de la même œuvre du domaine public, si elle peut être obtenue ailleurs, peut être utilisée sans avoir à négocier avec le propriétaire de l'original.
- Certaines institutions peuvent également faire valoir le droit d'auteur sur leurs propres photographies ou sur les reproductions numériques d'œuvres de leurs collections. Cependant, ces affirmations n'ont que peu ou pas de fondement dans le cas de reproductions textuelles d'objets plats (textes, photographies, peintures, etc.). En revanche, les photos d'objets tridimensionnels (comme les sculptures) sont plus susceptibles de bénéficier d'un certain niveau de protection par le droit d'auteur. En plus de l'utilisation équitable, il peut y avoir d'autres exceptions disponibles lors de l'utilisation de ces œuvres.
- Bien que ce document se concentre sur les considérations pour la création de REL en contexte canadien, la création de REL qui prévoit une adoption et une adaptation à l'échelle mondiale devra probablement inciter à réfléchir au moment où les matériaux entreront dans le domaine public dans d'autres juridictions.

Une autre catégorie d'œuvres du domaine public qui peuvent être utilisées librement et dans leur intégralité, sans qu'il soit nécessaire de procéder à une enquête plus détaillée, sont les œuvres entièrement constituées de données ou d'autres informations factuelles disposées de manière commune ou bien établie, par exemple, une liste chronologique des monarques régnants, un tableau de statistiques pluviométriques ou un diagramme circulaire des dépenses gouvernementales. En effet, les faits et les données, lorsqu'ils sont présentés et organisés de manière simple et peu originale, ne sont pas soumis à la protection du droit d'auteur. En d'autres termes, un simple ensemble de données (ou une représentation de données) est susceptible de tomber dans le domaine public, qu'il s'agisse d'un contenu nouvellement créé ou de données historiques.

Bien qu'il existe des cas où les connaissances autochtones peuvent appartenir au domaine public conformément aux lois canadiennes sur le droit d'auteur, les créateurs et créatrices devraient s'efforcer de référer aux conseils des communautés

de pratique et aux protocoles de partage des connaissances appropriés. Pour en savoir plus sur l'utilisation respectueuse des savoirs autochtones, veuillez consulter l'*Annexe trois : savoir autochtone et considérations à l'incorporation dans les REL*.

Contraintes intégrées sur la portée du droit d'auteur

La doctrine du droit d'auteur précise également que même lorsqu'une œuvre est protégée par le droit d'auteur, tout ce qu'elle contient ne peut pas être protégé. En fait, les sources protégées par le droit d'auteur incluent plus de matériel disponible qu'on pourrait l'imaginer à première vue, et un bon point de départ pour évaluer la disponibilité d'un contenu spécifique est de se demander si les éléments à utiliser sont réellement soumis à la protection du droit d'auteur.

Un principe de base de la loi sur le droit d'auteur au Canada ainsi que dans de nombreux autres pays est que même si le droit d'auteur peut exister sur une œuvre, les idées sous-jacentes à une œuvre ne sont pas protégées par le droit d'auteur. C'est ce qu'on appelle la distinction idée/expression : la proposition selon laquelle les découvertes et les idées sous-jacentes ou les thèmes généraux et les concepts abstraits sont tout simplement trop fondamentalement importants pour être isolés, même si les choix spécifiques sur la manière de présenter ces idées en utilisant des mots, des sons, des termes ou les éléments visuels peuvent bénéficier de la protection du droit d'auteur.

Par exemple, une REL peut s'inspirer de l'étude d'un auteur de manuel commercial sur l'histoire du Canada dans une perspective féministe pour créer un ensemble de ressources d'apprentissage ouvertes employant un thème similaire. Dans ce cas, la nouvelle œuvre ne violerait pas le droit d'auteur sur le manuel commercial. Cependant, d'autres applications de la distinction idée/expression sont plus compliquées. Supposons, par exemple, qu'une REL ait pour objectif de familiariser une communauté étudiante en soins infirmiers avec les nouvelles technologies médicales et cite assez longuement le mode d'emploi du fabricant d'un appareil d'imagerie particulier, un ouvrage qui est évidemment riche en éléments factuels non protégés, mais qui peut également contenir du contenu potentiellement protégé par le droit d'auteur qui exprime ou transmet une information pratique particulière. Dans ce cas, on peut faire valoir que lorsqu'il n'existe qu'un nombre limité de manières utiles par lesquelles il est raisonnable d'exprimer une idée donnée, aucune d'entre elles ne devrait être soumise à la protection du droit d'auteur.

L'implication la plus importante de la distinction idée/expression pour la création de REL peut être énoncée comme suit : lorsque l'on s'appuie sur un matériel source qui bénéficie uniquement d'un droit d'auteur *ténu* parce qu'il contient de grandes proportions de contenu non protégé (qu'il s'agisse d'un diagramme scientifique ou

du récit factuel d'une bataille célèbre), il est généralement facile de contourner les éléments protégés en les remplaçant par son propre contenu créatif original. Il convient toutefois de rappeler que les éléments protégés peuvent inclure la manière dont l'information ou le contenu non protégés ont été sélectionnés et disposés dans l'œuvre originale.

La création de REL peut également considérer l'utilisation de quelques lignes d'une œuvre comme une « utilisation non substantielle » qui ne déclencherait aucune protection du droit d'auteur ni ne nécessiterait l'autorisation du ou de la titulaire du droit d'auteur³⁷. Bien que cela ne soit pas défini dans la *Loi*, le concept de caractère non substantiel a été abordé dans la jurisprudence et pris en compte par la Commission du droit d'auteur du Canada dans ses décisions tarifaires. Par ailleurs, la Cour suprême a déclaré que le « concept de "partie importante" de l'œuvre est souple. Il s'agit d'une question de fait et de degré [...] En règle générale, une partie importante d'une œuvre est une partie qui représente une part importante du talent et du jugement de l'auteur exprimés dans l'œuvre³⁸. » Comme pour toute utilisation de matériel tiers, il est important de reconnaître correctement la source de l'insertion.

Autres exceptions de la Loi sur le droit d'auteur

La *Loi sur le droit d'auteur* du Canada contient des exceptions autres que l'utilisation équitable qui peuvent être utiles lors de la création de REL lorsque les gens souhaitant utiliser du contenu tiers. Ajoutée à la loi en 2012, la disposition relative au contenu non commercial généré par l'utilisateur, également connue sous le nom d'exception « *mash-up* » ou « *YouTube* », stipule que « ne constitue pas une violation du droit d'auteur le fait, pour une personne physique, d'utiliser une œuvre publiée dans la création d'une nouvelle œuvre si l'utilisation/la diffusion de la nouvelle œuvre se fait uniquement à des fins non commerciales ». L'attribution de la source est requise si cela est raisonnable, et la nouvelle œuvre ne doit pas avoir d'effet négatif substantiel, financier ou autre, sur l'exploitation de l'œuvre existante (y compris en la remplaçant). Cela peut être compris comme une nouvelle défense d'utilisation transformatrice, bien que limitée, au Canada. L'application et les limites de cette exception doivent encore être testées, mais il est intéressant de noter qu'une REL non commerciale pourrait correspondre à la description d'une « nouvelle œuvre ».

³⁷ Access Copyright – Tarif pour les écoles élémentaires et secondaires, 2010-2015. (2016), en ligne : Commission du droit d'auteur du Canada (cb-cda.gc.ca). <https://decisions.cb-cda.gc.ca/cb-cda/r/fr/item/366763/index.do/>.

³⁸ *Cinar Corporation c. Robinson*, 2013 CSC 73 au para 26, [2013] 3 RSC 1168.

Des exceptions supplémentaires pour les établissements d'enseignement ont également été ajoutées en 2012. Il s'agit par exemple d'une exception explicite pour les œuvres disponibles sur Internet, selon laquelle il ne s'agit pas d'une violation du droit d'auteur pour un établissement d'enseignement ou une personne agissant sous son autorité», pour reproduire une œuvre « disponible sur Internet » à des « fins éducatives ou de formation³⁹. » Cela pourrait rassurer davantage les membres de la communauté des REL agissant pour le compte d'un « établissement d'enseignement⁴⁰ » qui copient ou communiquent des documents trouvés légalement en ligne en l'absence de tout avis ou verrou numérique leur interdisant de le faire. Les conditions, telles que l'attribution, devraient être revues lors de l'examen de ces exceptions.

Autres domaines de la propriété intellectuelle

Droit des marques de commerce

La marque protège les propriétaires de marques contre un certain nombre de fausses déclarations commerciales susceptibles de semer la confusion sur le marché ou de déprécier la valeur de la clientèle de la marque. Par exemple, cela empêche les sociétés de café autres que Starbucks d'utiliser dans le cours des échanges commerciaux un logo de sirène rond, vert et semblable au leur, qui prête à confusion, et cela peut conduire à des litiges concernant des marquages de type « swoosh » sur des chaussures autres que Nike. Ainsi, ce pourrait être une erreur d'utiliser une variante du nom d'un éditeur commercial de manuels pour étiqueter une REL, même si cela est fait avec ironie. D'un autre côté, la plupart des utilisations imaginables des marques dans les REL ne peuvent pas susciter de préoccupations de ce type, car il ne s'agit pas d'une « utilisation dans le cadre d'opérations commerciales » conçue pour vendre, promouvoir ou engager des clients.

Ainsi, la création de REL devrait se sentir en confiance lorsque :

- elle comprend des images contenant des noms de marques et des logos, si la loi sur le droit d'auteur l'autorise autrement;
- elle utilise des marques dans le contexte de la fourniture d'exemples réalistes ou de questions-guides; ou

³⁹ *Loi sur le droit d'auteur*, RCS 1985, c C-42, art 30.04. L'exception s'étend également à la communication et à la représentation publique lorsque ce public « est principalement constitué d'étudiants de l'établissement d'enseignement ». L'attribution de la source est requise et l'exception ne s'applique pas si l'on sait que l'œuvre était disponible en ligne sans le consentement du titulaire du droit d'auteur.

⁴⁰ *Ibid* at s.2.

- elle examine directement le marketing ou l'image de marque.

La création de REL devrait éviter, lorsque cela est possible :

- d'utiliser des marques de commerce d'une manière qui pourrait suggérer un parrainage ou une image de marque sur la couverture d'une ressource, ou dans sa dénomination ou sa commercialisation;
- de choisir des marques de commerce liées à une seule marque, lors de la création de nouveaux exemples et hypothèses; et
- d'utiliser des marques visuelles à des fins strictement décoratives et sans rapport avec les finalités pédagogiques des REL (ce qui peut également porter atteinte au droit d'auteur).

Droit des brevets

Tout comme le droit des marques ne s'applique qu'à un éventail restreint de pratiques commerciales, il en va de même pour le droit des brevets. À moins que l'œuvre ne « mette en pratique » une invention brevetée ou n'encourage directement d'autres personnes à le faire, ce type d'utilisation ne s'opère pas dans le domaine contrôlé par le droit des brevets. Le droit des brevets contrôle le droit de fabriquer, de vendre ou d'utiliser une invention, et non de la représenter, de la décrire ou de l'enseigner. Le seul risque théorique serait celui de la responsabilité si l'œuvre encourageait d'autres personnes à enfreindre un brevet préexistant connu, un cas hautement improbable dans le cas du matériel pédagogique. En outre, des recours ne seraient disponibles que si le ou la titulaire du brevet subissait en conséquence un préjudice financier important, ce qui rendrait encore plus difficile d'imaginer comment le matériel pédagogique pourrait donner lieu à une action en justice en matière de brevet.

Annexe trois : savoir autochtone et considérations à l'incorporation dans les REL

Ce Code s'est concentré sur les considérations liées au droit d'auteur, en particulier l'application du principe d'utilisation équitable, pour l'inclusion de matériel tiers protégé par le droit d'auteur dans la création et l'adaptation des REL. Il a souligné l'importance cruciale de la sélection du matériel à des fins pédagogiques et illustré comment les facteurs d'utilisation équitable doivent être évalués dans quatre cas d'utilisation typiques. Cependant, il est important de noter que l'inclusion des connaissances et des expressions culturelles autochtones peut générer des considérations non liées au droit d'auteur.⁴¹

Dans les collectivités autochtones, c'est habituellement un groupe ou une société, plutôt qu'une personne, qui détient les connaissances ou les expressions. Ces groupes surveillent ou gèrent l'utilisation de ces expressions afin de transmettre les connaissances importantes, les valeurs culturelles et les systèmes de croyances aux nouvelles générations. Ces groupes ont le pouvoir de décider si les connaissances, les expressions, les histoires et les images peuvent être utilisées, de choisir les personnes qui peuvent les créer et de déterminer les modalités de reproduction d'une œuvre. Avant la mise au point de la Loi sur le droit d'auteur sous le régime de la common law et du droit législatif du Canada, les nations, les tribus, les clans et les sociétés préservaient et enrichissaient les connaissances et les expressions qu'elles avaient créées.⁴²

Les savoirs autochtones peuvent inclure des compétences, des innovations, un savoir-faire et des pratiques développés par les peuples autochtones en matière de biodiversité, d'agriculture, de santé et d'artisanat. Comme définition supplémentaire : « Les connaissances et les expressions culturelles autochtones incluent les expressions tangibles et intangibles, dont les traditions orales, les chants, la danse, les

⁴¹ Certains éléments de l'annexe trois ont été tirés, avec permission, de McNally, M., Larsson, K., Lachaine, C, Field, E., Ludbrook, A, et al. (2023). Cadre national de revendication pour les ressources éducatives libres au Canada. *Stratégie nationale en matière de REL*. <https://www.carl-abrc.ca/wp-content/uploads/2023/06/Cadre-national-de-revendication-pour-les-ressources-educatives-libres-au-Canada.pdf>.

⁴² Comité permanent de l'Industrie, des Sciences et de la Technologie, *Témoignages*, 1^{re} session, 42^e Législature. (31 octobre 2018), 1600 (Monique Manatch, Indigenous Culture and Media Innovations). <https://www.noscommunes.ca/documentviewer/fr/42-1/INDU/reunion-135/temoignages>.

récits, les anecdotes, les noms de lieux et les noms héréditaires.⁴³» De plus, il est important de noter que les connaissances autochtones ne sont pas statiques et ne se rapportent pas uniquement aux connaissances traditionnelles, comme indiqué plus en détail dans l'*Énoncé de position – Connaissances autochtones dans la Loi sur le droit d'auteur du Canada* Énoncé de position de la CFLA-FCAB : « Les connaissances autochtones sont dynamiques; elles ont été soutenues et transformées. Les peuples autochtones continuent de produire de nouvelles connaissances dans les nouveaux médias – musique, théâtre et danse, photographies, films, poésie, expression littéraire, applications linguistiques, blogues, médias sociaux, collections numériques, etc.⁴⁴» Dans le contexte canadien, le terme autochtone fait référence aux peuples des Premières Nations, des Métis et des Inuits du Canada.

La relation entre les savoirs autochtones et la loi canadienne sur le droit d'auteur est complexe, la loi sur le droit d'auteur créant des lacunes et des obstacles dans lesquels les communautés autochtones ne sont pas en mesure de demeurer les propriétaires légitimes de leurs savoirs et de leurs pratiques culturelles. Cela a non seulement conduit à la cooptation des savoirs autochtones, mais a également permis le vol légalisé de ces savoirs. L'actuelle *Loi sur le droit d'auteur* du Canada, et plus généralement les régimes de propriété intellectuelle adoptés par les pays occidentaux, ne reconnaissent ni ne protègent pas adéquatement les savoirs et les expressions culturelles autochtones. L'un des principaux défauts de la législation canadienne actuelle est qu'elle ne tient généralement pas compte ou ne reflète pas, entre autres choses, les concepts autochtones de propriété et de transfert de connaissances, ou une compréhension de la propriété communautaire et de sa durée.

Dans le contexte des REL et des savoirs autochtones, les REL, lorsqu'elles sont développées d'une manière culturellement adaptée, peuvent soutenir le partage des savoirs autochtones, la revitalisation des langues et la résurgence culturelle. Et même si les REL présentent des avantages tant pour les communautés autochtones que pour les communautés issues de la colonisation, des considérations particulières doivent être prises en compte pour garantir que les protocoles autochtones sont suivis. Des pratiques exemplaires doivent être établies pour garantir que les savoirs autochtones ne sont pas récupérés et sont diffusés d'une manière qui reflète la compréhension de ces savoirs par la communauté et garantit que certains savoirs

⁴³ Fédération canadienne des associations de bibliothèque, *Énoncé de position – Connaissances autochtones dans la Loi sur le droit d'auteur du Canada*. (2018), en ligne : Fédération canadienne des associations de bibliothèque http://cfla-fcab.ca/wp-content/uploads/2018/05/CFLA-FCAB_Indigenous_knowledge_statement_fr.pdf.

⁴⁴ *Ibid.*

autochtones restent la propriété et sont protégés par les communautés dont ils sont issus.⁴⁵

Dans la Stratégie de propriété intellectuelle de 2018, le gouvernement canadien s'est engagé à mettre en œuvre la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones (DNUDPA)⁴⁶. L'article 31 de la DNUDPA traite spécifiquement des connaissances et des expressions culturelles autochtones :

1. Les peuples autochtones ont le droit de préserver, de contrôler, de protéger et de développer leur patrimoine culturel, leur savoir traditionnel et leurs expressions culturelles traditionnelles ainsi que les manifestations de leurs sciences, techniques et culture, y compris leurs ressources humaines et génétiques, leurs semences, leur pharmacopée, leur connaissance des propriétés de la faune et de la flore, leurs traditions orales, leur littérature, leur esthétique, leurs sports et leurs jeux traditionnels et leurs arts visuels et du spectacle. Ils ont également le droit de préserver, de contrôler, de protéger et de développer leur propriété intellectuelle collective de ce patrimoine culturel, de ce savoir traditionnel et de ces expressions culturelles traditionnelles.
2. En concertation avec les peuples autochtones, les États prennent des mesures efficaces pour reconnaître ces droits et en protéger l'exercice.⁴⁷

Le 21 juin 2021, la *Loi sur la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones* a reçu la sanction royale et est entrée en vigueur⁴⁸. Cette législation vise à faciliter la mise en œuvre de la DNUDPA en tant qu'obligation du gouvernement fédéral. Alors que le Canada s'efforce d'adopter la DNUDPA et de comprendre et garantir les moyens appropriés pour reconnaître et protéger les connaissances et les expressions culturelles autochtones, la communauté de création et d'adaptation de REL devrait consulter les communautés autochtones avant d'utiliser tout contenu autochtone, quel que soit le résultat de l'évaluation du caractère d'utilisation

⁴⁵ Krista McCracken et Skylee-Storm Hogan, *Community first: Open practices and Indigenous Knowledge*. (2020), en ligne : eCampusOntario. <https://www.ecampusontario.ca/wp-content/uploads/2020/08/OEProject-McCracken.pdf>

⁴⁶ Innovation, Sciences et Développement économique Canada, *Stratégie en matière de propriété intellectuelle*. (2018), en ligne : Innovation, Sciences et Développement économique Canada. <https://ised-isde.canada.ca/site/strategie-propriete-intellectuelle/fr>.

⁴⁷ Organisation des Nations Unies, *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones*. (2 octobre 2007), en ligne : Organisation des Nations Unies. https://www.un.org/development/desa/indigenouspeoples/wp-content/uploads/sites/19/2018/11/UNDRIP_F_web.pdf.

⁴⁸ *Loi sur la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones, LC 2021, ch. 14.*

équitable ou du domaine public. Cela contribuera à établir une utilisation éthique et respectueuse des connaissances et des expressions culturelles autochtones.