



PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE
DROIT DU DIVERTISSEMENT
MLSLEGAL.CA
3800A, rue Saint-Hubert
Montréal (Québec) H2L 4A5 Canada

ÉRIKA BERGERON-DROLET
T. 514.360.1532 F. 514.221.2018
erika@mlslegal.ca

Le 20 mars 2020

Transmis par courriel

Madame Eve Lagacé, MSI, bibl. prof.
Directrice générale
Association des bibliothèques publiques du Québec
1453, rue Beaubien Est, bureau 215
Montréal (Québec) H2G 3C6

Objet : Opinion sommaire concernant les risques juridiques associés à l'« heure du conte » virtuelle

Chère Madame Lagacé,

Vous nous avez consultées relativement aux risques liés à la diffusion en ligne par des bibliothèques publiques d'« heures du conte », soit la narration d'œuvres littéraires destinées principalement à de jeunes enfants. Nous comprenons que la diffusion pourrait être uniquement simultanée (aucune copie écoutable par la suite), mais pourrait aussi parfois inclure l'enregistrement de la narration pour écoute ultérieure. Le tout serait offert sans frais. Nous assumons que les bibliothèques visées ne font pas partie d'établissements d'enseignement.

Nous sommes d'avis que ce type d'activité requière généralement l'autorisation des ayants droit de l'œuvre littéraire ainsi lue. Bien que des arguments intéressants pourraient être avancés à l'effet qu'il s'agit d'utilisation équitable, l'état actuel de la jurisprudence ne nous permet pas de conclure que cette activité pourrait être faite sans risque non-négligeable de réclamation par les ayants droit.

Dans cet avis, nous traitons : (1) de la protection applicable aux œuvres littéraires, (2) des exceptions applicables, et (3) nous présentons nos recommandations pour la suite des choses.

1. Protection applicable aux œuvres littéraires

Les œuvres littéraires (p. ex. contes, romans, livres) sont protégées en vertu de la *Loi sur le droit d'auteur* (LDA). La LDA confère à l'auteur de l'œuvre littéraire divers droits exclusifs, incluant :

- Le droit de « produire ou reproduire la totalité ou une partie importante de l'œuvre, exécuter ou représenter la totalité ou une partie importante en public » (art. 3(1) LDA);
- Le droit « d'en faire un enregistrement sonore [...] à l'aide [duquel] l'œuvre peut être reproduite, représentée ou exécutée mécaniquement » art. 3(1)d) LDA);
- Le droit de la « communiquer au public, par télécommunication » (art. 3(1)f) LDA), incluant droit de la « mettre à la disposition du public par télécommunication [...] de manière que chacun puisse y avoir accès de l'endroit et au moment qu'il choisit individuellement » (art. 2.4(1.1) LDA).

La LDA donne aussi à l'auteur le droit exclusif d'autoriser des tiers à poser ces actes (art. 3 *in fine* LDA).



Il y a violation de droit d'auteur lorsqu'une personne pose l'un des actes exclusifs réservés au titulaire du droit d'auteur sans son consentement, à l'égard de la totalité ou d'une partie importante et substantielle d'une œuvre (art. 27 LDA).

L'acte de lire une œuvre littéraire publiquement et de diffuser cette narration constitue une exécution en public et une communication au public par télécommunication que seul l'auteur peut faire ou autoriser. L'enregistrement de la narration pour écoute ultérieure engage le droit de reproduction et de mise à disposition, également réservés à l'auteur.

La même analyse s'applique si l'auteur a cédé ses droits ou concédé une licence à un tiers comme un éditeur.

Nous notons également que l'auteur a des droits moraux à l'égard de son œuvre. Les droits moraux incluent : (1) le droit d'être reconnu comme l'auteur de l'œuvre, d'utiliser un pseudonyme ou revendiquer l'anonymat (art. 14.1(1) LDA) et (2) le droit à l'intégrité de l'œuvre qui permet d'empêcher (a) qu'une œuvre soit déformée, mutilée ou autrement modifiée, et (b) qu'une œuvre soit utilisée en liaison avec un produit, une cause, un service ou une institution, le tout de manière préjudiciable à l'honneur ou à la réputation de l'auteur (art. 28.2(1) LDA).

2. Exceptions applicables

Malgré ce qui précède, la LDA définit des exceptions permettant à des tiers d'utiliser des œuvres protégées sans autorisation. Les exceptions suivantes sont les plus pertinentes pour nos fins : (a) utilisation équitable, (b) lecture ou récitation publique, (c) contenu non-commercial généré par l'utilisateur et (d) exceptions spécifiques aux bibliothèques.

a. Utilisation équitable

L'exception d'utilisation équitable (art. 29 à 29.2 LDA) permet l'utilisation d'œuvres sans autorisation à des fins particulières, et requière une analyse en deux étapes. Cette exception doit recevoir une interprétation large et libérale puisqu'il s'agit d'un droit des utilisateurs.¹ Pour qu'une utilisation soit considérée équitable, il faut pouvoir répondre « oui » aux deux questions suivantes : (1) est-ce que l'utilisation projetée est faite à l'une des fins définies par la LDA ?, et (2) est-ce que l'utilisation est réellement équitable considérant les critères mis de l'avant dans la jurisprudence ?

Étape 1 : est-ce que l'utilisation projetée est faite à l'une des fins définies par la LDA ?

La LDA permet l'utilisation équitable à des fins d'étude privée, de recherche, d'éducation, de parodie, de satire, de critique, de compte-rendu ou de communication de nouvelles. Si une utilisation est faite à plusieurs fins, il suffit que l'une des fins poursuivies soit prévue par la LDA pour satisfaire à cette étape de l'analyse (et ce, même si l'utilisation n'est pas faite de manière prédominante à une fin prévue par la LDA).²

Nous allons regarder de plus près les fins d'éducation, de critique et de compte-rendu.

¹ *CCH Canadienne Ltée c. Barreau du Haut-Canada*, [2004] 1 RCS 339, par. 51.

² *Statement of Royalties to be Collected by Access Copyright for the Reprographic Reproduction, in Canada, of Works in its Repertoire [Provincial and Territorial Governments -- 2005-2014]*, 2015 CarswellNat 1792 (Commission du droit d'auteur; 22 mai 2015), par. 246.

- *Exception à des fins d'éducation.*

Cette exception a été intégrée à la LDA en 2012. Il existe actuellement très peu de jurisprudence permettant d'en délimiter la portée. Comme la LDA ne précise pas que cette exception est restreinte aux établissements d'enseignement (ce qu'elle fait par ailleurs aux art. 29.4 à 30.04 LDA), il est raisonnable de conclure que d'autres types d'établissements peuvent s'en prévaloir, incluant les bibliothèques. Toutefois, les commentaires du gouvernement quant à l'application de cet article faisaient tous référence à des « cadres formels » et des « contextes structurés »³. Ainsi, l'intention du législateur n'était probablement pas de couvrir l'« éducation » du public au sens large.

L'heure du conte pourrait constituer une utilisation d'une œuvre littéraire à des fins d'éducation, dans la mesure où cette activité est faite à des fins d'éveil à la lecture, d'éducation populaire et d'alphabétisation des enfants (et pas uniquement comme un divertissement). Si l'heure du conte est faite dans un contexte structuré et appuyée par des objectifs pédagogiques, cela augmente les chances de satisfaire à cette première étape de l'analyse.

- *Exception à des fins de critique ou de compte-rendu.*

L'utilisation équitable aux fins de critique ou compte-rendu ne constitue pas une violation du droit d'auteur, dès lors que sont cités la source et, si possible, le nom de l'auteur (art. 29.1 LDA). Comme pour l'éducation, ces fins ont fait l'objet d'un traitement jurisprudentiel très limité.

La critique a été définie comme l'acte « d'évaluer les qualités et la nature d'une œuvre littéraire ou artistique; fonction ou travail d'un critique [;] la science critique qui traite du texte, de la nature, de la composition et de l'origine des documents littéraires ».⁴ La critique peut porter non seulement sur le texte ou la composition d'une œuvre, mais sur les idées ou les théories qui y sont énoncées.⁵ Simplement reproduire des passages d'une œuvre sans inclure de commentaire critique n'est pas suffisant.⁶ Dans le domaine littéraire, il est généralement reconnu que l'exception de critique ne s'applique pas si on reproduit une œuvre en entier⁷.

Le compte-rendu est un concept très près de la critique. Si la critique vise le résultat de l'application critique de facultés mentales à une œuvre, le compte-rendu vise le processus précédant la formulation d'une critique.⁸ Le compte-rendu requière un minimum d'analyse de l'œuvre – il ne s'agit pas seulement de condenser l'œuvre en une version plus courte⁹.

La narration d'une œuvre complète dans le cadre de l'heure du conte est, en soi, difficilement réconciliable avec l'exception à des fins de critique ou de compte-rendu. Le simple fait pour le narrateur de mentionner pourquoi il apprécie une œuvre en particulier ne serait probablement pas suffisant pour justifier qu'il s'agit d'une critique ou d'un compte-rendu – il faut qu'il y ait une réelle application de facultés d'analyse et de critique à l'œuvre. Toutefois, si le narrateur commente l'œuvre de manière substantielle et formule une critique à son égard, cela pourrait être suffisant pour que l'on considère qu'il s'agit bel et bien d'une critique ou d'un compte-rendu.

³ Carrière, L., *Canadian Copyright Act Annotated*, art. 29.

⁴ *Hager v. ECW Press Ltd.*, [1999] 2 F.C. 287, par. 57.

⁵ *Ibid.* par. 58.

⁶ *Ibid.* par. 59.

⁷ *Zamacois v. Douville*, [1944] Ex. C.R. 208, par. 101.

⁸ *De Garis c. Neville Jeffress Pidler Pty Ltd*, 95 A.L.R. 625, p. 628.

⁹ *R. c. James Lorimer and Company Limited*, [1984] 1 F.C. 1065, pars. 22-23.

Étape 2 : est-ce que l'utilisation est réellement équitable considérant les critères mis de l'avant dans la jurisprudence ?

Six critères principaux ont été dégagés par la jurisprudence pour déterminer si une utilisation est équitable, au-delà des fins prévues par la LDA. Cette liste n'est pas limitative et le poids relatif de chaque critère peut varier selon les circonstances.¹⁰

- i. *Le but de l'utilisation* : il faut se demander pourquoi l'œuvre est utilisée (au-delà de la finalité prévue dans la loi, quel est le but réel de l'utilisation ?). Par exemple, si une œuvre est utilisée dans le cadre d'une recherche à des fins commerciales, elle peut ne pas être aussi équitable que celle effectuée à des fins de bienfaisance.¹¹
- ii. *La nature de l'utilisation* : il s'agit notamment d'analyser la manière dont l'œuvre est utilisée. Par exemple, si une œuvre est copiée plusieurs fois et diffusée largement, cela tend à être moins équitable que si une œuvre est copiée une seule fois pour répondre à un besoin précis.¹²
- iii. *L'ampleur de l'utilisation* : il faut regarder l'importance de la portion de l'œuvre utilisée. Plus la portion utilisée est large par rapport à ce qui est nécessaire pour accomplir la fin prévue par la LDA, plus cela tend à être inéquitable. Toutefois, il est parfois équitable d'utiliser une œuvre dans son entièreté s'il n'est pas possible de faire autrement (comme utiliser une photographie en entier, par exemple).¹³
- iv. *L'existence d'une solution de rechange à l'utilisation* : il s'agit de se demander s'il existe un équivalent non protégé ou s'il est possible d'atteindre le but visé sans utiliser l'œuvre. Plus il y a d'alternatives, moins l'utilisation d'une œuvre protégée sera considérée équitable¹⁴.
- v. *La nature de l'œuvre* : ce critère nous amène à tenir compte des caractéristiques particulières de l'œuvre. Par exemple, si une œuvre est confidentielle, sa publication sans autorisation pourrait être inéquitable selon les circonstances¹⁵.
- vi. *Les effets de l'utilisation sur l'œuvre* : il faut notamment vérifier si l'utilisation est susceptible de concurrencer le marché de l'œuvre originale¹⁶.

En l'espèce, nous sommes d'avis qu'il y a de fortes chances qu'un tribunal arrive à la conclusion que la récitation d'une œuvre littéraire en entier dans le cadre de l'heure du conte en ligne n'est pas équitable considérant les six critères susmentionnés. Bien que le but de l'utilisation (éveil des enfants à la lecture à des fins non lucratives) tend à la rendre équitable, les éléments suivants feraient probablement pencher la balance du côté de l'iniquité : le fait qu'il s'agit d'une diffusion large (accessible à tous via les réseaux sociaux, surtout si une copie est mise à disposition du public pour écoute ultérieure), que la narration vise l'œuvre en entier, qu'il est possible d'atteindre le but d'éveil des enfants à la lecture sans utiliser des œuvres protégées, qu'il est raisonnablement accessible de demander la permission auprès des éditeurs, et que la diffusion pourrait négativement affecter l'exploitation de l'œuvre (surtout si une copie est mise à disposition du public pour écoute ultérieure). Évidemment, il s'agit seulement d'une évaluation sommaire et celle-ci

¹⁰ *CCH Canadienne Ltée c. Barreau du Haut-Canada*, [2004] 1 RCS 339, par. 53.

¹¹ *Ibid.* par. 54.

¹² *Ibid.* par. 55.

¹³ *Ibid.* par. 56.

¹⁴ *Ibid.* par. 57.

¹⁵ *Ibid.* par. 57.

¹⁶ *Ibid.* par. 59.

pourrait être sujette à modification si d'autres faits pertinents étaient portés à notre attention (p. ex. s'il était établi que cela n'a aucun impact sur le marché de l'œuvre, etc.).

L'impact de la situation particulière que nous vivons présentement, alors que le gouvernement du Québec a mis en place des mesures de confinement pour prévenir la propagation de la COVID-19 obligeant notamment la fermeture des écoles et des bibliothèques, sur l'évaluation du caractère équitable de l'utilisation d'une œuvre dans le cadre de l'heure du conte n'est pas clair. On pourrait dire que la situation actuelle ne rend pas réaliste d'obtenir l'autorisation des éditeurs dans un délai raisonnable, et que l'heure du conte virtuelle est simplement une manière alternative de pouvoir tenir l'heure du conte en personne rendue impossible par les mesures de confinement. Des arguments originaux pourraient être amenés à l'effet qu'un livre pour enfants inclut une licence implicite permettant la lecture de celui-ci à un groupe, et que l'application des principes de neutralité technologique devraient ainsi permettre la lecture tant en personne qu'en ligne. Bien qu'intéressants, ces arguments n'ont jamais été testés. De plus, si aucune démarche n'a été faite auprès des éditeurs, il serait difficile de justifier qu'il n'est pas réaliste d'obtenir leur consentement. Enfin, cet argument ne permettrait pas de rendre disponible une copie de l'enregistrement pour écoute ultérieure.

b. Lecture ou récitation publique

La LDA permet « la lecture ou récitation en public, par une personne, d'un extrait, de longueur raisonnable, d'une œuvre publiée » (art. 32.2(1)d LDA).

Cette exception pourrait difficilement trouver application en l'espèce puisque :

- la notion de public implique la présence de personne et exclurait donc la communication au public par voie de télécommunication¹⁷;
- les œuvres sont lues dans leur intégralité – il serait difficile d'argumenter qu'il s'agit d'un extrait de longueur raisonnable; et
- dans tous les cas, cette exception ne pourrait justifier l'enregistrement d'une copie de la narration pour écoute ultérieure.

c. Contenu non-commercial généré par l'utilisateur

La LDA permet à des personnes physiques « d'utiliser une œuvre ou tout autre objet du droit d'auteur ou une copie de ceux-ci — déjà publiés ou mis à la disposition du public — pour créer une autre œuvre ou un autre objet du droit d'auteur protégés et, pour cette personne de même que, si elle les y autorise, celles qui résident habituellement avec elle, d'utiliser la nouvelle œuvre ou le nouvel objet ou d'autoriser un intermédiaire à le diffuser, si les conditions suivantes sont réunies :

- la nouvelle œuvre ou le nouvel objet n'est utilisé qu'à des fins non commerciales, ou l'autorisation de le diffuser n'est donnée qu'à de telles fins;
- si cela est possible dans les circonstances, la source de l'œuvre ou de l'autre objet ou de la copie de ceux-ci et, si ces renseignements figurent dans la source, les noms de l'auteur, de l'artiste-interprète, du producteur ou du radiodiffuseur sont mentionnés;

¹⁷ Carrière, L., *Canadian Copyright Act Annotated*, art. 32.2.

- la personne croit, pour des motifs raisonnables, que l'œuvre ou l'objet ou la copie de ceux-ci, ayant servi à la création n'était pas contrefait;
- l'utilisation de la nouvelle œuvre ou du nouvel objet, ou l'autorisation de le diffuser, n'a aucun effet négatif important, pécuniaire ou autre, sur l'exploitation — actuelle ou éventuelle — de l'œuvre ou autre objet ou de la copie de ceux-ci ayant servi à la création ou sur tout marché actuel ou éventuel à son égard, notamment parce que l'œuvre ou l'objet nouvellement créé ne peut s'y substituer » (art. 29.21(1) LDA).

Cette exception ne trouverait pas application en l'espèce puisque l'heure du conte est organisée et diffusée par une institution, et non une personne physique. De plus, la diffusion pourrait nuire à l'exploitation de l'œuvre (surtout si une copie est mise à disposition du public pour écoute ultérieure).

d. Exceptions spécifiques aux bibliothèques

Les bibliothèques bénéficient de certaines exceptions particulières (art. 30.1 LDA à 30.3 LDA). Cependant, celles-ci ne nous semblent pas applicables en l'espèce.

La plus pertinente est celle permettant à une bibliothèque d'accomplir des actes pour une personne qui pourrait elle-même revendiquer l'exception d'utilisation équitable (art. 30.2 LDA). Considérant notre analyse par rapport l'utilisation équitable, il serait difficile d'argumenter que le public visé par la lecture pourrait se prévaloir de cette exception.

3. Recommandations

Si vous souhaitez tenir une heure du conte virtuelle, nous faisons les recommandations suivantes :

- Obtenir l'autorisation des ayants droit des œuvres littéraires par le biais d'une licence écrite avant d'en faire la lecture intégrale en ligne. Vous assurer que les modalités sont bien claires (durée, titres des œuvres, rémunération, types de diffusion / enregistrement permis, etc.).
- Vous assurer que vos contrats avec les ayants droit incluent les représentations et garanties appropriées.
 - Par exemple, si vous traitez directement avec l'éditeur, inclure du langage à l'effet qu'il a tous les droits requis pour accorder la licence car certains éditeurs ne se font pas céder tous les droits par l'auteur et n'obtiennent qu'une licence limitée leur permettant d'imprimer des livres.
 - De même, si vous traitez directement avec un auteur, assurez-vous que celui-ci n'a pas cédé ou donné une licence exclusive par rapport aux droits requis pour faire et diffuser une lecture publique de l'œuvre.
 - Dans tous les cas, demander une représentation à l'effet que l'œuvre est originale et ne viole pas les droits de tiers.
- Respecter toute disposition relative au droit moral prévue dans la licence (p. ex. mention de l'auteur / illustrateur de l'œuvre). La narration devrait respecter le texte de l'œuvre de sorte à éviter tout risque que l'auteur considère que son œuvre a été modifiée de sorte à porter préjudice à son honneur ou à sa réputation.

- Vous assurer que votre licence inclut la possibilité de montrer les illustrations, le cas échéant.
- Faire faire la narration par un employé salarié de votre institution qui a d'autres fonctions (idéalement permanent), et non un pigiste, afin de limiter le risque de réclamation en vertu de la *Loi sur le statut professionnel et les conditions d'engagement des artistes de la scène, du disque et du cinéma*, RLRQ c S-32.1 (les fonctions de « lecteur », de « diseur » et de « narrateur » sont spécifiquement identifiées dans l'accréditation de l'Union des Artistes comme faisant partie de sa juridiction¹⁸).
- Alternativement :
 - Ne sélectionner que de courts extraits, idéalement bien encadrés de commentaires et explications dans le contexte d'un compte-rendu ou d'une critique en s'assurant de mentionner le nom de l'auteur/illustrateur et la maison d'édition; ou
 - Utiliser des œuvres du domaine public ou rendues disponible sous licence libre (p. ex. Creative Commons).

N'hésitez pas à nous contacter pour toute question relativement à ce qui précède.

Bien à vous,



Érika Bergeron-Drolet
Avocate • Agente de marques de commerce

¹⁸ Reconnaissance de l'Union des artistes en vertu de la *Loi sur le statut professionnel et les conditions d'engagement des artistes de la scène, du disque et du cinéma* (Décision 18-02-1993).