



Réponse conjointe à la consultation sur la prolongation de la durée du droit d'auteur

Présentée par la
Fédération canadienne des associations de bibliothèques
et
l'Association des bibliothèques de recherche du Canada

Le 29 mars 2021

Table des matières

Introduction	2
Résumé des recommandations	2
Recommandations supplémentaires sur la mise en œuvre	2
Contexte.....	3
Enregistrement	4
Réponse aux options du document de consultation	6
Option 1	7
Option 2	7
Option 3	9
Option 4	11
Option 5	12
Améliorations à apporter aux options.....	12
Élargissement de l'utilisation équitable.....	13
Réversion des droits successoraux	13
Définition de l'accessibilité commerciale	14
Limitation de la responsabilité.....	15
Dérogation par contrat et contournement des mesures de protection technologiques à des fins non interdites.....	16
Autres considérations	17
Connaissances autochtones.....	17
Œuvres non publiées	18
Droit d'auteur de la Couronne.....	18
Au-delà des BAM.....	19
Réversion des droits contractuels.....	19
Instrument législatif.....	20
Conclusion.....	20
Annexe 1	21
Exemples de bibliothèques.....	21

Introduction

Le présent mémoire est préparé par la Fédération canadienne des associations de bibliothèques (FCAB) et l'Association des bibliothèques de recherche du Canada (ABRC), avec l'appui du Conseil des bibliothèques urbaines du Canada (CBUC) et de l'Association canadienne des bibliothèques de droit (ACBD). Il s'agit d'une réponse au document de consultation du gouvernement du Canada.

Ce mémoire présente le point de vue de la communauté des bibliothèques sur les cinq options présentées, ainsi qu'un système d'enregistrement. Nous recommandons ensuite d'autres possibilités stratégiques que le gouvernement devrait envisager au moment de mettre en œuvre les exigences de l'ACEUM dans la législation canadienne. La communauté des bibliothèques note la complexité de ces questions et le court délai accordé pour répondre au document de consultation, ce qui a limité notre capacité d'explorer pleinement les répercussions des diverses options.

Résumé des recommandations

Recommandations générales : Enregistrement et exceptions pour les œuvres orphelines et inaccessibles sur le marché

La FCAB et l'ABRC recommandent que le Canada explore expressément des options pour élargir la portée du système actuel d'enregistrement des droits d'auteur afin d'ajouter les contrepoids nécessaires aux effets négatifs qui découleront de la prolongation de la durée imposée par l'ACEUM. En particulier, le Canada devrait explorer la faisabilité d'une exigence d'enregistrement pour les 20 dernières années de protection du droit d'auteur, et il devrait le faire séparément, indépendamment de la consultation actuelle qui soulève des questions connexes, mais distinctes, relatives aux œuvres orphelines et inaccessibles sur le marché.

En ce qui concerne les options soulevées dans la présente consultation, la FCAB et l'ABRC conviennent que l'option 3, parmi les options présentées dans le document intitulé « Document relatif à la consultation sur la façon de mettre en œuvre la prolongation de la durée de protection générale du droit d'auteur au Canada » (document de consultation), combinée à d'autres mesures stratégiques proposées, présente une approche préférable pour la communauté des bibliothèques. L'option 3 permettrait l'utilisation d'œuvres orphelines ou d'œuvres inaccessibles sur le marché.

De plus, l'ABRC et la FCAB appuient en général les parties de l'option 5 qui créeraient des exceptions pour l'utilisation des documents 100 ans après leur création, et en particulier celles qui s'appliquent au droit d'auteur de la Couronne. Cependant, les nombreux problèmes complexes liés au droit d'auteur de la Couronne bénéficieraient d'une étude, d'une consultation et d'une résolution distinctes. L'inclusion des œuvres de la Couronne dans cette option est accessoire et ne correspond pas directement à l'ACEUM.

Recommandations supplémentaires sur la mise en œuvre

- Modifier l'article 29 de la *Loi sur le droit d'auteur* pour que la liste des fins autorisées en vertu de l'exception relative à l'utilisation équitable soit une liste indicative plutôt qu'exhaustive.
- Abroger le paragraphe 14(1) de la *Loi sur le droit d'auteur* ou, à tout le moins, modifier le paragraphe pour y inclure une disposition selon laquelle le créateur peut renoncer aux droits de réversion au moment de la cession du droit d'auteur aux bibliothèques, archives et musées (BAM).

- Modifier l'article 2 de la *Loi sur le droit d'auteur* afin de modifier la définition de l'expression « accessible sur le marché ».
- Établir un régime de responsabilité limitée à l'égard des bibliothèques, des archives et des musées pour l'utilisation d'œuvres orphelines et inaccessibles sur le marché.
- Modifier la *Loi sur le droit d'auteur* pour indiquer clairement qu'aucune exception au droit d'auteur ne peut être levée ou annulée par contrat.
- Modifier la *Loi sur le droit d'auteur* pour indiquer clairement qu'aucune exception au droit d'auteur ne peut être levée ou annulée par contrat et que les mesures de protection technologiques (MPT) peuvent être contournées à des fins non interdites.
- Répondre au besoin de respecter les connaissances autochtones.
- Trouver une solution pour permettre la numérisation des œuvres non publiées.
- Attribuer une licence Creative Commons à toutes les publications du gouvernement fédéral accessibles au public.
- Étendre les options 3 et 5 aux établissements d'enseignement et à d'autres organismes sans but lucratif.
- Examiner la recommandation 8 du Comité INDU, qui vise à ajouter un droit non transférable de mettre fin à tout transfert ou droit exclusif 25 ans après la cession.
- L'instrument législatif devrait être un projet de loi distinct visant à modifier la *Loi sur le droit d'auteur*.

Contexte

Les bibliothèques du Canada se sont unies pour s'opposer à la prolongation de la durée du droit d'auteur prévue par l'ACEUM, comme l'ont souligné les déclarations publiées par la FCAB¹ et l'ABRC² en 2018. En somme, la prolongation de la durée en vertu de l'ACEUM retardera l'accès à un grand nombre d'œuvres protégées par le droit d'auteur qui n'ont aucune valeur commerciale³ et qui sont donc peu susceptibles d'être mises à la disposition du public canadien par les titulaires de droits.

Les deux plus grands enjeux pour les bibliothèques concernant la prolongation de 20 ans de la durée du droit d'auteur sont les suivants :

- la diminution du domaine public en raison d'un gel, pendant deux décennies, de l'accès à de nombreuses œuvres qui entrent dans ce domaine; et
- les problèmes connexes liés à l'utilisation d'œuvres orphelines et inaccessibles sur le marché (ou à l'accès à ces œuvres), qui créent des fardeaux supplémentaires pour les bibliothèques, les archives et les musées (BAM).

Un vaste domaine public enrichit la vie sociale, politique, intellectuelle, culturelle et artistique des Canadiens. De plus, les œuvres qui entrent dans le domaine public peuvent procurer des avantages économiques, car la

¹ FCAB, « Énoncé de position : Effets de la prolongation de la durée du droit d'auteur en vertu de l'Accord Canada–États-Unis–Mexique », janvier 2019, http://cfla-fcab.ca/wp-content/uploads/2019/03/CFLA-FCAB_position_statement_CUSMA_fr.pdf.

² ABRC, « Déclaration de l'ABRC sur l'Accord États-Unis–Mexique–Canada (AEUMC) », octobre 2018, <https://www.carl-abrc.ca/fr/nouvelles/reaction-de-labrc-a-laccord-etats-unis-mexique-canada-aeumc/>.

³ Heald, P. J., « Copyright Reversion to Authors (and the Rosetta Effect): An Empirical Study of Reappearing Books », décembre 2017, SSRN : <https://ssrn.com/abstract=3084920> ou <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3084920>.

plupart de ces œuvres ne sont pas disponibles sur le marché depuis des décennies et pourtant, elles peuvent trouver une nouvelle vie lorsqu'elles entrent dans le domaine public^{4 5}.

En 2021, une multitude d'œuvres et d'autres objets, auparavant protégés par le droit d'auteur, sont entrés dans le domaine public au Canada, y compris des romans, des photographies, des partitions musicales, des enregistrements et des poèmes. Ces documents sont ensuite remixés, réutilisés, traduits, adaptés, exécutés et utilisés dans une vaste gamme de nouveaux projets. Avec une prolongation générale de la durée du droit d'auteur à compter de 2022, aucune nouvelle œuvre ou aucun autre objet du droit d'auteur n'entrerait dans le domaine public au Canada pendant 20 ans.

Par ailleurs, les bibliothèques, les archives et les musées sont confrontés à des problèmes liés aux œuvres orphelines et inaccessibles sur le marché. La protection du droit d'auteur au Canada est automatique et dure 50 ans après le décès de l'auteur, mais très peu d'œuvres demeurent viables à long terme sur le plan commercial⁶. La majorité des œuvres ne sont pas commercialisées pendant la plus grande partie de la période pendant laquelle elles sont admissibles à la protection du droit d'auteur, mais elles sont tout de même valorisées par les bibliothèques et le public qui ont de la difficulté à accéder aux œuvres et à obtenir la permission de les utiliser.

Les œuvres orphelines et inaccessibles sur le marché imposent un fardeau coûteux aux bibliothèques et aux archives canadiennes qui s'efforcent de rendre le patrimoine du Canada accessible en ligne. Les bibliothèques et les archives devraient être en mesure de fournir un accès numérique aux œuvres orphelines et inaccessibles sur le marché et de les rendre disponibles pour la préservation et la recherche lorsque les œuvres ne sont pas exploitées par les titulaires de droits d'auteur. Grâce à des outils numériques modernes, les bibliothèques et les archives sont en mesure de surmonter les obstacles physiques et financiers à l'accès au patrimoine et à la culture au Canada grâce à des initiatives comme la numérisation. Le système actuel oblige ces organismes à obtenir une licence qui entrave l'accès à des œuvres rares et d'importance historique et limite la diffusion de toute la diversité des œuvres qui représentent la pensée et la culture canadiennes. Souvent, ces œuvres ne sont pas numérisées en raison de préoccupations liées à l'incapacité d'obtenir l'affranchissement du droit d'auteur directement auprès du titulaire du droit d'auteur et à la difficulté d'établir la durée du droit d'auteur pour ces œuvres. Voir l'annexe 1 pour connaître les effets négatifs de la prolongation de la durée.

Enregistrement

Le document de consultation souligne que la suggestion du Comité INDU d'élargir le régime d'enregistrement « soulève d'importantes questions au regard des obligations internationales du Canada ». Nous sommes d'accord pour dire que des questions sérieuses sont soulevées dans l'évaluation de la faisabilité et de la

⁴ Lapan, D. « Mémoire présenté au Comité permanent de l'industrie, des ressources naturelles, des sciences et de la technologie : Le droit d'auteur et la règle des 50 ans », 2018, p. 3, <https://www.ourcommons.ca/Content/Committee/421/INDU/Brief/BR10008280/br-external/LePanDon-9894774-f.pdf>.

⁵ Flynn, J., R. Giblin et F. Petitjean, « What Happens When Books Enter the Public Domain? Testing Copyright's Underuse Hypothesis across Australia, New Zealand, The United States and Canada », *UNSW Law Journal*, 2019, vol. 42, n° 4, <http://www.unswlawjournal.unsw.edu.au/wp-content/uploads/2019/11/3-Flynn-Giblin-and-Petitjean.pdf>.

⁶ *Ibid.*

conformité d'un tel système. Toutefois, la communauté des bibliothèques croit que des questions de cette nature exigent une étude sérieuse et des réponses, et que le moment est venu d'étudier ces questions.

Le Comité INDU a recommandé une approche particulière en matière d'enregistrement, selon laquelle le droit d'auteur ne pourrait pas être appliqué au-delà de la durée de vie actuelle plus 50 ans, à moins que la violation alléguée ne se soit produite après l'enregistrement de l'œuvre. L'avantage d'une telle approche est clair, car elle inciterait les titulaires de droits à identifier les œuvres qui sont encore sur le marché à la fin de la période « vie + 50 ans », ce qui permettrait au titulaire du droit de conserver les avantages commerciaux de ces œuvres, tout en réduisant au minimum la responsabilité et le risque liés à l'utilisation d'œuvres qui sont hors de la circulation depuis longtemps. Maria Pallante, ancienne registraire des droits d'auteur des États-Unis, a soutenu un système d'enregistrement, car il permettrait de [TRADUCTION] « transférer le fardeau des 20 dernières années de l'utilisateur au titulaire du droit d'auteur, de sorte qu'au moins dans certains cas, les titulaires du droit d'auteur aient à faire valoir leur intérêt continu à exploiter l'œuvre en s'inscrivant auprès du Bureau du droit d'auteur en temps opportun. Et s'ils ne le font pas, les œuvres entreraient dans le domaine public »⁷.

La suggestion du Comité INDU n'articule qu'une seule approche en matière d'enregistrement, mais il y a de nombreuses options à envisager dans ce domaine. Le Canada devrait donc mener d'autres études et consultations sur différentes approches en matière d'enregistrement, y compris les divers effets de l'enregistrement qui seraient générés dans ces systèmes. Cette étude exhaustive devrait se faire dans le cadre d'une consultation plus approfondie et plus précise qui tient sérieusement compte de ces possibilités.

Par exemple, les États-Unis, qui sont les principaux instigateurs des négociations de l'ACEUM, et une partie contractante dans les mêmes accords internationaux pertinents sur le droit d'auteur que le Canada, offrent actuellement un système d'enregistrement du droit d'auteur plus robuste que tout système n'ayant jamais existé au Canada. Le type d'œuvres auxquelles s'appliquent les exigences d'enregistrement des États-Unis et le type d'allègement offert pour les œuvres non enregistrées sont adaptés au système américain pour tenir compte des obligations internationales pertinentes.

Par conséquent, l'enregistrement n'est pas une proposition du « tout ou rien » : le Canada pourrait imposer des limites aux types de recours offerts aux titulaires de droits d'auteur non enregistrés comme moyen d'encourager de tels enregistrements. Par conséquent, un système d'enregistrement n'est pas un problème insurmontable en vertu du droit international; il serait possible d'utiliser des approches qui ne violeraient pas les obligations internationales du Canada.

Nous devons aussi souligner que le temps est venu d'adopter une telle approche. Le Canada a l'occasion de jouer un rôle de chef de file dans ce dossier, à un moment où la communauté internationale est prête à réévaluer les interdictions historiques relatives aux formalités. Les commentateurs ont fait remarquer qu'au XXI^e siècle, des propositions ont été faites en Amérique du Nord et en Europe pour réintroduire les formalités

⁷ Pallante, M., « The Next Great Copyright Act », *The Columbia Journal of Law & the Arts*, 2013, vol. 36, n° 3.

comme condition d'exercice ou de jouissance du droit d'auteur, les critiques les plus « fortes » venant des commentateurs aux États-Unis⁸.

De plus, les progrès technologiques du siècle dernier pourraient être mis à profit pour réduire au minimum, voire éliminer complètement, les conditions historiques qui ont mené à l'interdiction des formalités relatives au droit d'auteur. Par exemple, l'environnement juridique et économique qui existait au début du XX^e siècle exigeait qu'un auteur s'informe des formalités applicables dans chaque pays étranger où la protection était recherchée, puis se conforme à ces formalités dans divers systèmes juridiques (et souvent dans des langues différentes). La complexité et les dépenses qui en ont résulté ont constitué des obstacles importants à la protection internationale⁹. Cependant, les progrès technologiques réalisés depuis les années 1970 pourraient accélérer et faciliter le respect des formalités partout dans le monde¹⁰. Le problème de l'interdiction des formalités n'est tout simplement pas aussi présent aujourd'hui et, par conséquent, les appels à changer cet aspect des accords internationaux augmentent d'année en année.

Le Canada ne devrait pas faire fi de ses obligations internationales, mais plutôt manifester son ouverture à l'égard de l'expansion de l'enregistrement et adopter une vision avant-gardiste à l'égard de ses obligations actuelles, étant entendu que la nature de ces obligations pourrait changer dans un proche avenir. À ce titre, le Canada devrait s'attaquer de front aux défis du moment en :

- créant une approche en matière d'enregistrement conforme à la Convention de Berne et à l'Accord sur les ADPIC, qui favorise à la fois une plus grande diffusion des œuvres et d'autres objets du droit d'auteur, tout en assurant une juste rémunération pour les titulaires de droits intéressés; et
- élaborant des solutions potentielles aux problèmes posés par les formalités, comme l'élaboration d'une base de données sophistiquée et interopérable sur les droits, plutôt que de simplement conclure que les obligations actuelles de la Convention de Berne empêchent toute tentative d'amélioration du système de droit d'auteur.

Compte tenu du climat international actuel, le Canada a l'occasion de se distinguer en tant que chef de file mondial sur ces questions, tout en continuant de respecter ses obligations en vertu des accords internationaux. Il serait malheureux de laisser une telle occasion se perdre.

Réponse aux options du document de consultation

La communauté des bibliothèques a analysé les cinq options décrites dans le document de consultation. Dans la section suivante, nous présentons une analyse de chaque option de façon séquentielle.

L'option que nous privilégions est l'option 3, qui permettrait aux bibliothèques, aux archives et aux musées (BAM) sans but lucratif d'utiliser des œuvres inaccessibles sur le marché et orphelines sous réserve de demandes de rémunération équitable. De plus, la communauté des bibliothèques recommande d'inclure des modifications législatives à la définition de l'accessibilité commerciale dans la *Loi sur le droit d'auteur* (la Loi) et de limiter la responsabilité des bibliothèques qui rendent ces œuvres accessibles au public. Nous croyons

⁸ van Gompel, S., « Copyright Formalities in the Internet Age: Filters of Protection or Facilitators of Licensing », *Berkeley Tech LJ* p. 1425, 2013, vol. 28, n° 3.

⁹ Sprigman, C., « Reform(aliz)ing Copyright », *Stan L Rev*, p. 546, 2004, vol. 57, n° 2.

¹⁰ *Ibid.*

également que le gouvernement devrait combiner l'option 3 et l'option 5 (créant des exceptions pour l'utilisation par les BAM des œuvres 100 ans après leur création) afin d'offrir le plus vaste avantage possible au public sans causer de tort aux titulaires de droits d'auteur.

Option 1

La communauté des bibliothèques n'appuie pas l'option 1 en raison de ses limites, du fardeau administratif, des coûts et des retards qui y sont associés.

L'option 1 propose de modifier et d'étendre le régime de propriétaires introuvables de la Commission du droit d'auteur du Canada afin d'y inclure les œuvres non publiées et inaccessibles sur le marché. La communauté des bibliothèques n'appuie pas l'option 1, car elle nuirait à notre travail en imposant des fardeaux administratifs, des coûts et des retards inutiles. Elle n'accorderait pas de licences perpétuelles et ne s'appliquerait pas à l'échelle internationale, ce qui limiterait encore davantage son utilité pour les projets de numérisation qui sont accessibles au monde entier.

Une étude de 2014 de la Commission européenne a révélé que 13 % des livres protégés par le droit d'auteur, 90 % des photos dans les musées et 129 000 films archivés étaient des œuvres orphelines¹¹. La prolongation de la durée ne fera qu'exacerber le problème des droits d'utilisation des œuvres orphelines¹². Le régime de licence de propriétaires introuvables de la Commission du droit d'auteur du Canada peut être utilisé pour obtenir une licence afin de copier des œuvres orphelines, mais le processus est long, et la licence est limitée aux œuvres publiées et à la distribution au Canada. De plus, le processus de détermination des redevances n'est pas clair, et le paiement des redevances aux sociétés de gestion collective, qui ne représentent probablement pas les titulaires de droits, est litigieux, coûteux et sans fondement juridique clair. Les services de la Commission ne répondent pas aux besoins des projets de numérisation du patrimoine et, par conséquent, les œuvres canadiennes demeurent coincées dans des installations d'entreposage et ne sont pas accessibles aux Canadiens et à la communauté internationale.

L'option 1 comprend la délivrance d'une licence d'une durée limitée. Au XXI^e siècle, la plupart des reproductions d'œuvres orphelines et d'œuvres inaccessibles sur le marché par les BAM et d'autres organismes sans but lucratif feront probablement partie des projets de numérisation. L'octroi d'une licence d'une durée limitée menace la viabilité à long terme des projets de numérisation.

Option 2

La communauté des bibliothèques n'appuie pas l'option 2, car elle permettrait aux sociétés de gestion collective de percevoir des redevances lorsqu'il est probable qu'aucune somme ne sera versée au créateur, et en raison de ses limites, du fardeau administratif, des coûts et des retards qui y sont associés.

L'option 2 prévoit la création ou la désignation d'une ou de plusieurs sociétés de gestion collective pour administrer un tarif approuvé par la Commission du droit d'auteur pour la reproduction d'œuvres orphelines et d'œuvres inaccessibles sur le marché. Le seul attribut positif de cette proposition réside peut-être dans son application à l'ensemble de la société et pas seulement aux BAM. Toutefois, la communauté des

¹¹ Gangjee, D.S., « Copyright Formalities: A Return to Registration. What if we could reimagine copyright? », R. Giblin (éd.), K. Weatherall, Australian National University Press, 2017, p. 227. <http://dx.doi.org/10.22459/WIWCRC.01.2017>.

¹² Bard, R.L., et L. Kurlantzick, « Copyright duration at the Millennium », *Journal of the Copyright Society of the USA*, vol. 47, 2000, p. 13-47.

bibliothèques n'appuie pas cette option, car, comme l'option 1, elle entraînerait des fardeaux administratifs, des coûts et des retards inutiles. Ce qui est encore plus troublant, c'est qu'elle habiliterait les sociétés de gestion collective à percevoir des redevances lorsque, dans les faits, il est probable que le créateur n'ait aucun intérêt commercial continu dans une œuvre (dans le cas des œuvres inaccessibles sur le marché) ou qu'il est impossible de verser un paiement au créateur (dans le cas des œuvres orphelines).

L'option 2 est semblable aux systèmes de licences collectives élargies en place dans les pays nordiques. Là, le système permet l'utilisation massive et accélérée des œuvres protégées par le droit d'auteur, puisque l'utilisateur négocie seulement avec l'organisation collective, et non avec chacun des titulaires de droits¹³. Un tel système élimine les préoccupations juridiques des utilisateurs, y compris les utilisateurs d'œuvres orphelines, et augmente la rémunération des titulaires de droits qui ne peuvent pas administrer leur droit d'auteur et qui ne sont pas au courant de la réutilisation de leur œuvre. Cependant, il y a une foule de problèmes liés à la distribution transparente, juste et équitable des redevances. De plus, la nature nationale de la licence¹⁴ pose problème, car une licence accordée par une société de gestion collective canadienne n'est valide que pour le Canada.

L'option 2 exigerait un paiement de redevance pour copier une œuvre dans des circonstances où le titulaire du droit a décidé il y a longtemps que l'œuvre n'avait aucune valeur commerciale et a cessé de la rendre disponible. Pour cette raison, l'option 2 pose d'importants problèmes de politique et d'équité. Le régime du droit d'auteur du Canada n'a pas pour objectif de protéger les intérêts économiques d'un titulaire de droit qui n'a aucun intérêt commercial dans l'œuvre ou qui a déterminé que l'œuvre n'a plus de valeur commerciale et n'est plus incité à diffuser l'œuvre. Par exemple, les bibliothèques des établissements postsecondaires et les librairies de campus ont souvent essayé d'obtenir la permission des éditeurs pour reproduire des œuvres inaccessibles sur le marché, mais les demandes répétées sont restées sans réponse. La pratique démontre que l'octroi de licences collectives pour les œuvres inaccessibles sur le marché empêcherait toutes les organisations, sauf les plus riches, de mettre à disposition des éléments précieux du patrimoine du Canada et ne ferait rien pour atténuer les effets négatifs de la prolongation de la durée.

Les œuvres orphelines, de par leur nature, n'ont pas de titulaire de droit qui peut être rémunéré. Par conséquent, comme il a été mentionné précédemment, aucune redevance ne devrait être perçue pour leur utilisation. Le point de vue de M. David Vaver sur cette pratique, dans son analyse du régime de licence des titulaires introuvables de la Commission du droit d'auteur, est pertinent :

[TRADUCTION] « Cette pratique semble douteuse. La Commission ne peut pas obliger les demandeurs à faire des dons de bienfaisance comme condition d'obtention de licences. Le pouvoir d'autoriser les sociétés de gestion collective à confisquer de l'argent est encore moins plausible. »¹⁵

Des redevances devraient être perçues seulement lorsqu'elles peuvent être versées à un titulaire de droit. Une société de gestion collective ne devrait pas conserver d'argent lorsqu'elle ne peut pas le verser au bon titulaire de droit. Il serait préférable d'adopter un système semblable à celui de la Hongrie, où l'organisme de délivrance de licences conserve les redevances pendant une certaine période et les retourne ensuite au

¹³ Zhang, Z., « Transplantation of Extended Collective Licensing System in China », *China Legal Science*, vol. 3, n° 6, 2015, p. 71-100.

¹⁴ Trumpke, F., « Effects and Potential of Extended Collective License Systems » dans Kung-Chung Liu et Reto M. Hilty (éd.) *Remuneration of Copyright Owners*, Springer, 2017, p. 85-100.

¹⁵ Vaver, D., *Intellectual Property Law* (2^e édition), Irwin Law, 2011, p. 263.

titulaire de licence si le titulaire du droit d'auteur est introuvable¹⁶. Un tel système exigerait un niveau important de transparence de la part des sociétés de gestion collective et des vérifications des paiements par un tiers indépendant.

L'option 2 propose donc une solution qui pourrait créer plus de problèmes qu'elle n'en résoudra. Premièrement, les sociétés de gestion collective actuelles peuvent délivrer des licences pour l'utilisation d'œuvres inaccessibles sur le marché, ce qui rend superflue la création de nouvelles sociétés de gestion collective chargées d'exploiter des œuvres inaccessibles sur le marché. Deuxièmement, l'idée d'étendre la licence collective aux œuvres orphelines est contraire à l'exigence juste et fondée sur des principes selon laquelle les redevances ne doivent être versées qu'à des titulaires de droits de bonne foi. Par conséquent, l'option 2 doit être éliminée.

Option 3

L'option 3 est l'option que privilégie fortement la communauté des bibliothèques par rapport à celles décrites dans le document de consultation.

L'option 3 est un moyen raisonnable et efficace d'atténuer une partie du tort causé par la prolongation de la durée, permettant aux bibliothèques et aux archives de remplir leur mission essentielle d'intérêt public sans causer de tort aux titulaires de droits et aux éditeurs. Un modèle qui pourrait être examiné et qui est semblable à l'option 3 est la disposition sur les œuvres orphelines israéliennes, l'amendement no 5, 5779 — 2019, dans leur loi sur le droit d'auteur. Toutefois, contrairement à l'option 3, cette disposition ne s'applique qu'aux œuvres orphelines et couvre les utilisations commerciales et non commerciales.

Pour que l'option 3 soit efficace, les bibliothèques et les archives auraient besoin des mesures stratégiques suivantes :

1. *Recherches automatisées*¹⁷. Il est bien documenté que les recherches raisonnables qui sont faites article par article sont coûteuses¹⁸ et complexes, et constituent un obstacle à la numérisation¹⁹. Pour que les BAM et les établissements d'enseignement puissent bénéficier de cette approche proposée, les processus normalisés et les sources pour les « recherches raisonnables » et la tenue de dossiers doivent être définis selon les pratiques exemplaires du secteur des BAM²⁰.
2. *Définition de l'expression « accessible sur le marché »*. Un autre élément important qui se rapporte aux exigences de recherche raisonnable pour les œuvres inaccessibles sur le marché est le fait que la définition actuelle de l'expression « accessible sur le marché » est fondamentalement viciée. Une modification de la définition a été recommandée dans des projets de loi de réforme du droit

¹⁶ Hongrie, « Orphan Works Decree (Government Decree No. 138/2014) ». <https://www.hipo.gov.hu/en/copyrights-and-related-rights/orphan-works>.

¹⁷ Parmi les exemples que le Canada pourrait suivre, mentionnons des outils comme [Durationator](#), [Stanford's Copyright Renewal Database](#) ou [ReLire](#), la base de données de livres non disponibles de la Bibliothèque nationale de France.

¹⁸ Borghi, M., K. Erickson et M. Favale, « With Enough Eyeballs All Searches Are Diligent: Mobilizing the Crowd in Copyright Clearance for Mass Digitization », *Chicago-Kent Journal of Intellectual Property*, vol. 16, n° 1, 2016, p. 149, <http://scholarship.kentlaw.iit.edu/ckjip/vol16/iss1/6>.

¹⁹ Dryden, J., « The Role of Copyright in Selection for Digitization », *The American Archivist*, printemps-été 2014, vol. 77, n° 1, 2014, p. 72.

²⁰ Les processus et les sources varieront selon que l'œuvre est publiée ou non, et selon la nature de l'œuvre, p. ex., enregistrement sonore, document imprimé, élément audiovisuel, etc.

d'auteur qui remontent à 1998²¹. Cette définition, qui se trouve à l'article 2 de la Loi, comprend une licence « octroyée par une société de gestion ». Une licence délivrée par une société de gestion collective ne peut être considérée comme étant équivalente à l'accessibilité commerciale, à moins qu'il soit possible pour quiconque de communiquer avec cette société pour une utilisation de l'œuvre « sur un support et d'une qualité appropriés »²² comme il serait possible de le faire par l'entremise d'une librairie commerciale. Nous recommandons donc que la partie b) de la définition (l'accessibilité d'une licence d'une société de gestion) soit supprimée. Cette question est abordée plus en détail dans la section « Définition de l'accessibilité commerciale » ci-dessous.

3. *Application double*. Si l'option 3 est mise en œuvre avec des mesures comme l'exigence de diffuser des avis publics, ou si elle permet aux titulaires de droits de se manifester et de réclamer une rémunération pour une utilisation future ou d'exiger la cessation de l'utilisation, les œuvres orphelines et les œuvres inaccessibles sur le marché devraient être incluses dans la disposition adoptée. Comme ces mesures atténueraient les torts causés aux titulaires de droits, l'inclusion des deux catégories d'œuvres permettrait la numérisation de masse d'une grande variété d'œuvres qui seraient autrement inaccessibles au public. Cela aurait l'immense avantage public de donner accès à des œuvres qui sont inaccessibles depuis longtemps et de prévoir des mesures appropriées pour les titulaires de droits qui prévoient de continuer d'utiliser leurs œuvres. De plus, toute rémunération des titulaires de droits doit refléter la juste valeur de ces œuvres.
4. *Aucune responsabilité avant l'avis*. Pour fonctionner correctement, une disposition relative à l'utilisation d'œuvres orphelines et d'œuvres inaccessibles sur le marché exige une responsabilité zéro pour la reproduction de l'œuvre par les BAM avant l'apparition d'un titulaire de droit d'auteur prétendant à une violation. Cette question est abordée plus en détail dans la section « Limitation de la responsabilité » ci-dessous.
5. *Limites s'appliquant aux dommages-intérêts préétablis*. Les limites imposées aux dommages-intérêts préétablis en cas de violation non commerciale découragent les personnes qui, dans le domaine du droit d'auteur, sont l'équivalent des chasseurs de brevets de préférer des menaces de poursuites dans le but d'obtenir un paiement et de mettre un frein à l'utilisation légitime des dispositions proposées.

En adoptant ces mesures stratégiques, on mettrait en place des mesures de protection utiles pour la communauté des bibliothèques. Toutefois, l'option 3 ne règle pas les problèmes des œuvres orphelines non publiées dont le créateur est inconnu. Veuillez consulter la section ci-dessous sur les œuvres non publiées.

²¹ Projet de loi C-358, 1998, art. 1, <https://parl.ca/DocumentViewer/fr/36-1/projet-loi/C-358/premiere-lecture/page-16> et projet de loi C-280, 1999, art.1, <https://parl.ca/DocumentViewer/fr/36-2/projet-loi/C-280/premiere-lecture/page-16>.

²² *Loi sur le droit d'auteur*, PARTIE III, Violation du droit d'auteur et des droits moraux, et cas d'exception, Bibliothèques, musées ou services d'archives, <https://laws-lois.justice.gc.ca/fra/lois/C-42/page-11.html#h-103529>.

Option 4

L'option 4 est une option viable pour la communauté des bibliothèques, mais elle n'a pas une application ou un avantage aussi vaste que l'option 3 (avec les modifications décrites ci-dessus).

L'option 4 est semblable à l'approche adoptée par les États-Unis afin d'atténuer l'impact de la prolongation de la durée²³ sur les œuvres orphelines et les œuvres inaccessibles sur le marché, telle qu'elle est énoncée à l'article 108 du titre 17, appelé alinéa 108(h). Les États-Unis prévoient une exception pour l'utilisation d'œuvres orphelines et d'œuvres inaccessibles sur le marché au cours des 20 dernières années de protection du droit d'auteur. Il s'agit d'une exception propre aux bibliothèques, aux archives et aux établissements d'enseignement sans but lucratif à des fins de préservation, d'érudition ou de recherche. En 2018, l'alinéa 108(h) a été élargi au-delà de la disposition originale pour les œuvres publiées afin d'inclure les enregistrements sonores antérieurs à 1972²⁴.

Il y a des éléments de l'approche américaine que le Canada devrait imiter, s'il choisit d'adopter cette approche. Par exemple, pour atteindre des objectifs liés aux missions d'intérêt public des BAM et des établissements d'enseignement, l'exception devrait s'appliquer aux œuvres publiées et non publiées à des fins de conservation, de recherche et d'érudition.

De plus, il n'y a pas d'exigences en matière de tenue de dossiers à l'alinéa 108 (h) pour l'utilisation des œuvres. Toute exigence en matière de tenue de dossiers, au-delà de l'inclusion de l'information sur la copie ou l'utilisation dans la bibliographie ou la description de l'article, ajouterait un obstacle inutile à l'utilisation de l'exception dans l'intérêt public. Ces enregistrements de métadonnées (MARC 21, RDA, BIBFRAME, etc.) fournissent suffisamment d'information pour identifier une œuvre copiée en vertu de l'exception. Cette approche en matière de tenue de dossiers devrait également être adoptée au Canada, s'il choisit d'adopter l'option 4.

Une procédure autogérée comportant une recherche raisonnable et de bonne foi devrait être instituée pour établir que de nouvelles copies de l'œuvre ne sont pas diffusées sur le marché par le titulaire de droit et que des copies de l'œuvre ne sont pas facilement accessibles « sur un support et d'une qualité appropriés »²⁵ aux fins de l'utilisation visée. Nos commentaires sur les faiblesses des recherches raisonnables et la définition de l'accessibilité commerciale, qui figurent sous l'option 3, s'appliqueraient également ici.

Si l'œuvre devient par la suite accessible sur le marché pendant la vie du créateur plus 70 ans, l'auteur ou le titulaire du droit devrait avoir le droit de réclamer une rémunération pour une utilisation future ou exiger la cessation de l'utilisation. De même, l'interdiction des utilisations à des fins lucratives est une condition acceptable. Comme dans l'option 3, cette exception doit inclure une limitation de la responsabilité des BAM et des établissements d'enseignement, ainsi que de leur personnel, en ce qui concerne l'utilisation des œuvres au cours des 20 dernières années de la durée de leur droit d'auteur. De plus, si une œuvre redevient commercialement accessible après avoir été numérisée en vertu de l'exception, les BAM ou les

²³ *Copyright Term Extension Act of 1998*, <https://www.copyright.gov/legislation/s505.pdf>.

²⁴ *The Music Modernization Act of 2018*, <https://www.copyright.gov/music-modernization/>.

²⁵ *Loi sur le droit d'auteur*, PARTIE III, Violation du droit d'auteur et des droits moraux, et cas d'exception, Bibliothèques, musées ou services d'archives, <https://laws-lois.justice.gc.ca/fra/lois/C-42/page-11.html#h-103529>.

établissements d'enseignement seraient déchargés de toute responsabilité liée à l'utilisation de cette œuvre²⁶.

Il convient de noter que l'option 4 n'est pas une option pratique pour les œuvres orphelines non publiées pour lesquelles la date de décès de l'auteur est inconnue.

Option 5

Parallèlement à d'autres options, l'option 5 pourrait être une approche pratique pour la communauté des bibliothèques.

L'avantage de l'option 5 (une exception octroyée aux BAM pour l'utilisation d'œuvres 100 ans après leur création) est que toutes les œuvres sont traitées de la même façon. Une telle exception peut réduire la complexité de la recherche raisonnable des droits d'exploitation commerciale, puisqu'elle élimine tout besoin de confirmer la date du décès de l'auteur, en se fondant uniquement sur la date de création. Dans certains cas, l'œuvre serait accessible plus tôt en vertu de l'option 4, de sorte que la combinaison de plusieurs options pourrait offrir le meilleur résultat dans l'intérêt du public. Les œuvres non publiées, par exemple, n'ont jamais été destinées à l'exploitation commerciale et l'intérêt public serait mieux servi si elles étaient accessibles le plus tôt possible.

Comme pour les options 3 et 4, cette exception doit inclure une limitation de la responsabilité des BAM et des établissements d'enseignement, ainsi que de leur personnel, dans l'exercice de leurs fonctions, en ce qui concerne l'utilisation des œuvres en vertu de cette exception.

L'option 5 traite de certains des problèmes liés aux œuvres de la Couronne. Les problèmes liés au droit d'auteur de la Couronne sont complexes et nombreux et profiteraient d'une étude, d'une consultation et d'une résolution distinctes. L'option 5 apporterait des précisions bienvenues pour les œuvres de la Couronne non publiées après 100 ans, éliminant ainsi le dernier vestige du droit d'auteur perpétuel au Canada. Cependant, il serait plus utile que la durée de protection des œuvres de la Couronne non publiées soit harmonisée avec celle des œuvres de la Couronne publiées. Cela s'appliquerait de façon assez uniforme à la protection des œuvres publiées et non publiées de la Couronne.

Nous avons inclus des recommandations concernant le droit d'auteur de la Couronne sous la rubrique « Considérations supplémentaires ».

Améliorations à apporter aux options

Pour contrer la perturbation entraînée par la prolongation de la durée du droit d'auteur en vertu de l'ACEUM et rétablir l'équilibre dans le droit d'auteur, il faudrait envisager certains autres aspects de la Loi. De concert avec une ou plusieurs des options ci-dessus, une partie ou l'ensemble de ces mesures supplémentaires atténueront davantage les aspects négatifs de toute prolongation de la durée du droit d'auteur.

²⁶ Townsend Gard, E., « Creating a Last Twenty (L20) Collection: Implementing Section 108(h) in Libraries, Archives and Museums », 2017, p. 82, <https://ssrn.com/abstract=3049158>.

Élargissement de l'utilisation équitable

Modifier l'article 29 de la *Loi sur le droit d'auteur* pour que la liste des fins autorisées en vertu de l'exception relative à l'utilisation équitable soit une liste indicative plutôt qu'exhaustive.

L'utilisation équitable est la seule exception générale dans la Loi. Comme le Canada harmonise la durée du droit d'auteur avec celle des États-Unis, il devrait également harmoniser l'utilisation équitable avec l'exception d'utilisation équitable plus souple. La prolongation de la durée met fin à l'équilibre du droit d'auteur canadien. Une exception semblable à celle de l'utilisation équitable aidera à rétablir l'équilibre entre les droits des utilisateurs et ceux des titulaires de droits d'auteur. Pour ce faire, il est possible de modifier l'article 29 de la Loi afin que la liste des fins d'utilisation équitable soit illustrative plutôt qu'exhaustive, comme le préconisent la FCAB et l'ABRC et comme le recommande le rapport du Comité INDU²⁷. Cela permettrait l'utilisation d'œuvres à des fins autres que celles actuellement énumérées à l'article 29, et ces utilisations demeureraient assujetties à une évaluation aux fins d'équité.

Si le Canada devait adopter une liste illustrative des fins autorisées, en se fondant sur l'utilisation équitable aux États-Unis, les bibliothèques et les institutions culturelles pourraient plus facilement reproduire des œuvres inaccessibles sur le marché et orphelines en utilisant cette exception.

Réversion des droits successoraux

Abroger le paragraphe 14(1) de la *Loi sur le droit d'auteur* ou, à tout le moins, modifier le paragraphe pour y inclure une disposition selon laquelle le créateur peut renoncer aux droits de réversion au moment de la cession du droit d'auteur aux BAM.

Les donateurs cèdent souvent leurs droits d'auteur à la bibliothèque ou aux archives où ils déposent leurs documents afin de ne pas avoir à traiter des demandes d'autorisation de reproduction et d'utilisation. Toutefois, le paragraphe 14(1) de la Loi prévoit actuellement que, lorsqu'un auteur a cédé les droits d'auteur sur ses documents à une autre partie, comme un dépôt d'archives ou une bibliothèque (autrement que par testament), la propriété du droit d'auteur reviendra à la succession de l'auteur 25 ans après son décès, et la succession sera propriétaire du droit d'auteur pour les 25 années restantes de la durée du droit d'auteur. Cette disposition ne peut être annulée par des modalités contractuelles supplémentaires. En plus d'être une ingérence indue dans la liberté d'un auteur de conclure un contrat, cette disposition peu connue est un cauchemar administratif pour les institutions d'archives, les bibliothèques et les successions des donateurs.

En raison des changements apportés aux conditions de protection générale, les modalités de cette disposition doivent, à tout le moins, être modifiées, mais nous recommandons que le paragraphe 14(1) de la Loi soit abrogé. S'il est conservé, il devrait être modifié pour permettre à l'auteur d'attribuer aux BAM les intérêts réversifs ainsi que le droit d'auteur.

²⁷ Voir la recommandation 18 de l'examen du Comité INDU de la *Loi sur le droit d'auteur* : <https://www.noscommunes.ca/DocumentViewer/fr/42-1/INDU/rapport-16/page-150#36>.

Définition de l'accessibilité commerciale

Modifier l'article 2 de la *Loi sur le droit d'auteur* afin de modifier la définition de l'expression « accessible sur le marché »²⁸.

Nous recommandons qu'à l'article 2 de la Loi, la définition de ce qui est accessible sur le marché soit modifiée de façon à supprimer l'alinéa b)²⁹, soit « pour lequel il est possible d'obtenir, à un prix et dans un délai raisonnables et moyennant des efforts raisonnables, une licence octroyée par une société de gestion pour la reproduction, l'exécution en public ou la communication au public par télécommunication, selon le cas ». Cela aiderait à rendre l'option 3 réalisable pour la communauté des bibliothèques³⁰.

Le retrait de ce libellé permettrait aux bibliothèques et aux utilisateurs de droits d'auteur de recourir à d'autres exceptions en matière de violation qui sont accessibles seulement lorsqu'une œuvre n'est pas accessible sur le marché, y compris celles qui permettent la reproduction à des fins d'enseignement³¹ et la gestion et le maintien des collections de BAM³². Il y a un décalage évident entre l'alinéa b) de la définition de l'expression « accessible sur le marché » à l'article 2 et la limite de ces exceptions. Par exemple, l'exception relative à la gestion et à l'entretien stipule que l'exception ne s'applique pas « si des exemplaires de l'œuvre ou de l'autre objet du droit d'auteur sont accessibles sur le marché et sont sur un support et d'une qualité appropriés » pour l'utilisation visée³³.

De plus, la définition actuelle ne correspond clairement pas à l'objectif des lois sur le droit d'auteur et aux réalités de l'utilisation, car la simple possibilité d'accéder à une licence par l'intermédiaire d'une société de gestion ne signifie pas véritablement que l'œuvre est réellement commercialement accessible, ce qui fausse cette définition. La confusion est un obstacle important à l'utilisation de ces exceptions.

Par exemple, la Cour suprême du Canada a rejeté l'accessibilité d'une licence comme facteur pertinent dans d'autres contextes (comme l'utilisation équitable) qui exigent la préservation de l'équilibre entre les propriétaires et les utilisateurs de droits d'auteur :

Si, comme preuve du caractère inéquitable de l'utilisation, le titulaire du droit d'auteur ayant la faculté d'octroyer une licence pour l'utilisation de son œuvre pouvait invoquer la décision d'une personne de ne pas obtenir une telle licence, il en résulterait un accroissement de son monopole sur l'œuvre qui serait incompatible avec l'équilibre qu'établit la *Loi sur le droit d'auteur* entre les droits du titulaire et les intérêts de l'utilisateur³⁴.

²⁸ *Loi sur le droit d'auteur*, article 2, accessible sur le marché, b), <https://laws-lois.justice.gc.ca/fra/lois/C-42/page-1.html>.

²⁹ *Ibid.*

³⁰ L'adhésion du Canada au Traité de Marrakech a eu pour effet de supprimer cette condition de mise à la disposition des personnes ayant une déficience perceptuelle en vertu de l'article 32 de la *Loi sur le droit d'auteur*.

³¹ *Loi sur le droit d'auteur*, Établissements d'enseignement, paragraphe 29.4(3), <https://laws-lois.justice.gc.ca/fra/lois/C-42/page-9.html?txth=commercially+available>.

³² *Loi sur le droit d'auteur*, PARTIE III, Violation du droit d'auteur et des droits moraux, et cas d'exception, Bibliothèques, musées ou services d'archives, <https://laws-lois.justice.gc.ca/fra/lois/C-42/page-11.html#h-103529>.

³³ *Ibid.*

³⁴ *CCH Canadienne Ltée c. Barreau du Haut-Canada*, 2004 CSC 13, par. 70, <https://www.canlii.org/fr/ca/csc/doc/2004/2004csc13/2004csc13.html>.

De même, la possibilité d'obtenir une licence d'une société de gestion collective ne devrait pas être utilisée pour caractériser les œuvres inaccessibles sur le marché comme étant « accessibles sur le marché », car cela serait incompatible avec l'équilibre fondamental qui sous-tend les lois sur le droit d'auteur.

Limitation de la responsabilité

Établir un régime de responsabilité limitée à l'égard des bibliothèques, des archives et des musées pour l'utilisation d'œuvres orphelines et inaccessibles sur le marché.

Un régime de responsabilité limitée doit être intégré à toute exception qui permet aux BAM, après avoir effectué une recherche raisonnable et de bonne foi, de copier et de mettre à disposition des œuvres orphelines ou des œuvres inaccessibles sur le marché.

Les obligations internationales du Canada permettent généralement des « exceptions mineures » aux protections qui sont autrement accordées aux titulaires de droits. De telles exceptions sont permises si elles satisfont au critère en trois volets qui est couramment incorporé dans les traités internationaux sur le droit d'auteur³⁵. La limitation de la responsabilité des BAM pour l'utilisation d'œuvres orphelines ou inaccessibles sur le marché semblerait être une « exception mineure » en vertu de ce critère à trois volets. Premièrement, une limitation de la responsabilité pour de telles utilisations serait limitée à certains cas spéciaux, à la fois parce qu'une telle limitation ne s'applique qu'à certains groupes d'utilisateurs (BAM) et parce qu'elle ne s'applique qu'à certaines catégories d'œuvres. De plus, l'utilisation d'œuvres orphelines ou inaccessibles sur le marché semblerait, par définition, ne pas entrer en conflit avec une exploitation normale de l'œuvre et ne porte pas atteinte de façon déraisonnable aux intérêts légitimes du titulaire de droit.

Un régime de responsabilité limitée pourrait prévoir que les BAM ne sont pas responsables de la violation si, après une recherche raisonnable, une bibliothèque, un service d'archives ou un musée fait des copies et met à disposition une œuvre orpheline ou inaccessible sur le marché et que, par la suite, le titulaire du droit se présente pour exercer ses droits. Dans un tel scénario, l'organisme ne serait pas responsable de son utilisation passée des œuvres et serait autorisé à continuer d'utiliser les œuvres selon des modalités raisonnables négociées avec le titulaire du droit. Si le titulaire du droit et la bibliothèque, le service d'archives ou le musée ne peuvent s'entendre sur un taux de rémunération équitable pour l'utilisation d'une œuvre, l'organisme en question aurait la possibilité de cesser d'utiliser l'œuvre. Cela éliminerait la nécessité de créer un tribunal de tarification. Cela pourrait s'inspirer de la recommandation 6.2 de la réponse du gouvernement australien à l'enquête de la Productivity Commission sur les accords de propriété intellectuelle³⁶ qui est incluse dans la réforme du droit d'auteur proposée par l'Australie³⁷.

En l'absence d'un régime de responsabilité limitée, les BAM sont vulnérables à des litiges coûteux en cas de violation, peu importe leurs meilleurs efforts pour retrouver les titulaires de droits. Une disposition sur les

³⁵ Convention de Berne, art. 9(2), <https://wipolex.wipo.int/en/text/283698>; Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ADPIC), art. 13, https://www.wto.org/french/tratop_f/trips_f/t_agm3_f.htm; ACEUM, art. 20.64, <https://www.international.gc.ca/trade-commerce/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/cusma-aceum/text-texte/20.aspx?lang=fra>.

³⁶ Gouvernement de l'Australie, « Government response: Productivity Commission Inquiry into Intellectual Property Arrangements », 2017, <https://www.industry.gov.au/data-and-publications/government-response-productivity-commission-inquiry-into-intellectual-property-arrangements>.

³⁷ Gouvernement de l'Australie, « Copyright Access Reforms », 2020, <https://www.communications.gov.au/departmental-news/copyright-access-reforms>.

œuvres orphelines ou inaccessibles sur le marché sans limitation de responsabilité n'est rien d'autre qu'un exercice de gestion des risques, plutôt qu'une véritable protection contre la responsabilité. Une disposition assortie d'un régime de responsabilité limitée offre les avantages de l'utilisation d'œuvres orphelines et inaccessibles sur le marché dans la création d'œuvres nouvelles et transformatrices tout en permettant un accès plus riche aux collections des BAM du Canada pour la recherche, l'éducation et la culture³⁸.

Dérogation par contrat et contournement des mesures de protection technologiques à des fins non interdites

Modifier la Loi sur le droit d'auteur pour indiquer clairement qu'aucune exception au droit d'auteur ne peut être levée ou annulée par contrat et que les mesures de protection technologiques (MPT) peuvent être contournées à des fins non interdites.

Chaque année, les bibliothèques canadiennes dépensent des centaines de millions de dollars pour des œuvres numériques sous licence, comme des revues électroniques, des livres électroniques, des livres audio et des vidéos en continu. Pour ces formats, les bibliothèques ne sont plus en mesure d'acheter du matériel directement, mais louent plutôt des collections numériques pour leurs utilisateurs. Une analyse effectuée au Royaume-Uni et en Australie montre que la grande majorité des licences comportent des restrictions qui empiètent sur les droits des utilisateurs dans leur loi sur le droit d'auteur³⁹. Au Canada, ces restrictions empêchent souvent les utilisateurs d'exercer leurs droits en vertu des exceptions relatives à l'utilisation équitable et d'autres exceptions au droit d'auteur, et peuvent inclure des limites explicites sur les prêts entre bibliothèques, le partage savant et les utilisations à des fins éducatives⁴⁰. Souvent, ces limites sont appliquées au moyen de mesures de protection technologiques (MPT), comme la gestion des droits numériques, qui limitent davantage les utilisations pour la recherche, comme l'extraction de texte ou la numérisation de documents du domaine public.

Les régimes de licences manquent de transparence quant au moment où les articles entrent dans le domaine public et ont tendance à faire en sorte qu'il est très difficile pour les bibliothèques et leurs utilisateurs d'en bénéficier lorsque la durée de protection du droit d'auteur prend fin. Le modèle de location, combiné à des conditions de licence restrictives, peut piéger les bibliothèques dans des situations où elles paient un abonnement annuel pour l'utilisation limitée de documents du domaine public. Les fonds publics consacrés aux ressources devraient permettre aux utilisateurs des bibliothèques d'avoir le même accès équitable qu'avec les documents imprimés.

Les gouvernements reconnaissent de plus en plus que la limitation des droits des utilisateurs par contrat mine fondamentalement les efforts visant à faire en sorte que la législation sur le droit d'auteur comporte des dispositions et des exceptions pour le bien public. Comme l'affirme l'International Federation of Library

³⁸ Australian Law Reform Commission. « Copyright and the Digital Economy (ALRC Report 122) », 2013, 13.6.

<https://www.alrc.gov.au/publication/copyright-and-the-digital-economy-alrc-report-122/13-orphan-works/the-orphan-works-problem/>.

³⁹ IFLA, « Protecting Exceptions Against Contract Override », https://www.ifla.org/files/assets/hq/topics/exceptions-limitations/documents/contract_override_article.pdf.

⁴⁰ Un exemple flagrant est la licence de base pour le *Harvard Business Review* pour les bibliothèques universitaires. Cette licence restreint l'utilisation à des fins éducatives et limite également la capacité des instructeurs d'établir un lien direct avec des articles afin qu'ils puissent facilement les fournir aux étudiants. Joshua Gans, membre du corps professoral de la Rotman School of Management de l'Université de Toronto, décrit ce problème dans un billet de blogue de 2013 : <https://digitopoly.org/2013/10/06/harvard-business-school-publishing-crosses-the-evil-academic-line/>.

Associations (IFLA), [TRADUCTION] « les limites et les exceptions, de par leur nature, ne sont pas censées entrer en conflit avec l'exploitation normale des œuvres sur le marché ou causer un préjudice déraisonnable, et il n'y a donc aucune raison économique valable de les restreindre »⁴¹. Des conditions de licence assorties de ces restrictions compliquent aussi beaucoup le paysage de l'utilisation des bibliothèques, car celles-ci doivent composer avec des milliers de licences différentes, toutes avec des limites précises de l'utilisation équitable et d'autres exceptions. C'est pourquoi les gouvernements ont examiné des dispositions générales visant à empêcher la dérogation par contrat aux fins d'enseignement, d'éducation, de recherche et d'utilisations non commerciales.

L'article 3.2.5 du *Copyright and Rights in Performances (Research, Education, Libraries and Archives) Regulations 2014* du Royaume-Uni prévoit que [TRADUCTION] « dans la mesure où une clause d'un contrat vise à empêcher ou à restreindre la production d'une copie qui, en vertu du présent article, ne violerait pas le droit d'auteur, cette clause est inapplicable »⁴². L'adoption d'un libellé comme celui-ci dans la *Loi sur le droit d'auteur* du Canada permettrait aux BAM d'appliquer adéquatement la règle de droit qui permet des exceptions tout en maintenant la protection des œuvres protégées par le droit d'auteur. De plus, étant donné que bon nombre de ces licences sont appliquées au moyen de MPT, les bibliothèques et les usagers des bibliothèques devraient être en mesure de contourner les MPT dans la mesure où leur utilisation constitue une utilisation équitable ou une autre fin qui ne constitue pas une violation.

Autres considérations

Connaissances autochtones

Répondre au besoin de respecter les connaissances autochtones.

Alors que les institutions canadiennes travaillent à la réconciliation et à la décolonisation de leurs pratiques, le droit des peuples autochtones d'être propriétaires de leurs connaissances traditionnelles et vivantes, de les gouverner et d'y avoir accès n'est pas intégré à la législation canadienne sur le droit d'auteur, notamment en ce qui a trait à la durée de la protection. Dans bien des cas, en vertu du régime canadien de propriété intellectuelle, les peuples autochtones d'où proviennent les connaissances, et qui sont les détenteurs traditionnels de droits de propriété intellectuelle, ont perdu leurs droits de propriété.

Au moyen de consultations avec les groupes autochtones, où ces groupes assument un rôle de leadership crucial, le gouvernement du Canada doit envisager des approches pour protéger et valoriser les connaissances autochtones qui intègrent les visions du monde et les protocoles de connaissances autochtones. Ce travail doit être conforme à la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones et effectué de manière à ce que les groupes autochtones demeurent souverains, comme l'a reconnu le gouvernement du Canada.

Bien que la prise en compte des connaissances autochtones n'entre pas dans le cadre de cette consultation, nous exhortons le gouvernement à mener une étude approfondie sur les droits liés aux connaissances autochtones et à veiller au respect et à la protection de ces droits. Le gouvernement du Canada devrait

⁴¹ IFLA, « Protecting Exceptions Against Contract Override », https://www.ifla.org/files/assets/hq/topics/exceptions-limitations/documents/contract_override_article.pdf.

⁴² *The Copyright and Rights in Performances (Research, Education, Libraries and Archives) Regulations 2014*, article 3.2.5, <https://www.legislation.gov.uk/ukdsi/2014/9780111112755>.

envisager des approches pour protéger et renforcer les connaissances autochtones tout en préservant et en élargissant le domaine public dans d'autres sphères du savoir⁴³.

Œuvres non publiées

Trouver une solution pour permettre la numérisation des œuvres non publiées.

Les œuvres non publiées sont incluses dans les collections de nombreux BAM partout au Canada et elles présentent un ensemble particulier de problèmes. Elles n'ont pas été créées à des fins commerciales. Elles ont une valeur historique ou probante durable plutôt qu'une valeur commerciale. Il y a un grand nombre de ces œuvres dans les BAM partout au pays, et la grande majorité d'entre elles sont des œuvres orphelines; de nombreux créateurs sont inconnus ou introuvables; pour certains, la date de création n'est qu'une bonne estimation. Ces œuvres existent sur tous les supports, y compris le papier, les fichiers numériques, les enregistrements audiovisuels et les photographies. Bon nombre, sinon la plupart des créateurs de ces œuvres ne savent pas qu'ils sont des titulaires de droits.

La numérisation de ces documents d'archives est grandement compliquée par la nature des documents. Un seul projet de numérisation visant à rendre du matériel d'importance historique accessible à des fins de consultation en ligne peut comprendre l'autorisation de droits pour des milliers ou des dizaines de milliers d'œuvres qui n'ont aucune valeur commerciale. L'hésitation des BAM à rendre cet important patrimoine documentaire accessible en ligne est le résultat de l'incertitude quant à la responsabilité en cas de violation potentielle. Cette hésitation entraîne une perte malheureuse pour la recherche savante, pour la recherche par les jeunes sur de nombreux aspects de la réalité et de l'expérience canadiennes (par exemple, les projets d'école primaire et secondaire faisant l'objet de recherches en ligne seulement) et pour les membres du grand public qui veulent en savoir plus sur le Canada, qui nous sommes et ce que nous avons fait, mais qui chercheraient ces renseignements seulement en ligne. Il est important de trouver des solutions qui permettront de rendre ces documents accessibles de façon plus viable.

Droit d'auteur de la Couronne

Attribuer une licence Creative Commons à toutes les publications du gouvernement fédéral accessibles au public.

Les questions de droit d'auteur relatives aux œuvres de la Couronne sont complexes et nombreuses et dépassent la portée de cette consultation. Les questions relatives aux œuvres de la Couronne doivent être étudiées, consultées et réglées séparément. En collaboration avec la communauté des archives, la communauté des bibliothèques a entrepris plusieurs efforts concrets depuis 2019 pour faire avancer cette question.

À court terme, une licence CC-BY par défaut rétroactive permettrait immédiatement l'accès à des centaines de milliers de publications numériques et imprimées du gouvernement, y compris des dizaines de milliers de publications qui ont déjà été numérisées par les membres du partenariat de la bibliothèque HathiTrust⁴⁴.

⁴³ Okediji, R. L. « Traditional Knowledge and the Public Domain », Waterloo Center for International Governance Innovation. 2018, <https://www.cigionline.org/sites/default/files/documents/Paper%20no.176web.pdf>.

⁴⁴ FCAB, « Les Canadiens ont besoin d'un accès sans entrave aux publications gouvernementales face à la COVID-19 », 2020, <http://cfia-fcab.ca/wp-content/uploads/2020/10/200921-le-droit-dauteur-de-la-Couronne-3.pdf>.

Nous avons fourni d'autres commentaires sur les œuvres de la Couronne non publiées sous l'option 5 ci-dessus.

Au-delà des BAM

Étendre les options 3 et 5 aux établissements d'enseignement et à d'autres organismes sans but lucratif.

Toutes les options présentées dans le document de consultation se limitent aux bibliothèques, aux archives et aux musées sans but lucratif. Au moment d'adopter ces mesures, le gouvernement devrait envisager d'étendre l'application de toute mesure choisie de façon plus générale; par exemple, pour conserver la similarité avec le titre 17 des États-Unis, alinéa 108 (h), ces mesures devraient s'appliquer aux établissements d'enseignement et aux autres organismes sans but lucratif.

Réversion des droits contractuels

Examiner la recommandation 8 du Comité INDU, qui vise à ajouter un droit non transférable de mettre fin à tout transfert ou droit exclusif 25 ans après la cession.

Une disposition de réversion des droits contractuels permettrait au Canada de mieux s'aligner sur les États-Unis, ce qui rétablirait les droits de certaines catégories de créateurs après 25 ans⁴⁵. Cette disposition procurerait un avantage économique direct au créateur lorsque les droits seraient rétablis, plutôt que de demeurer attribués à une organisation titulaire de droits qui ne verrait peut-être plus aucune valeur dans l'œuvre, ou comme cela arrive parfois, le créateur pourrait choisir que son œuvre entre tôt dans le domaine public pour le plus grand bien de la société. Elle donnera également aux créateurs la souplesse nécessaire pour décider d'autres formes de licences publiques qui pourraient profiter au public. Enfin, elle contribuera à clarifier la question des œuvres inaccessibles sur le marché, car elle obligera les titulaires de droits commerciaux à renégocier ou à renouveler leur licence.

Contrairement aux États-Unis, le Canada n'a pas de droit de réversion qui entre en jeu pendant la vie du créateur. Étant donné que les contrats standard avec les éditeurs ne prévoient pas toujours de droits de réversion pour les auteurs si une œuvre cesse d'être publiée, le fait de prévoir des droits de réversion ou des résiliations dans la législation nationale peut être très avantageux pour les deux créateurs (qui peuvent renégocier les contrats si les œuvres deviennent plus populaires, ou en trouver de nouveaux s'ils sont mécontents de l'éditeur précédent) et le public, qui bénéficie d'un meilleur accès lorsque les œuvres ne continuent pas de languir⁴⁶. Il a été démontré à maintes reprises qu'une durée plus longue du droit d'auteur entraîne la « disparition de livres », ou des œuvres qui sont autorisées à sortir de la circulation même si elles ont toujours de la valeur pour le public⁴⁷. Après avoir évalué les coûts et les avantages d'un droit de réversion

⁴⁵ Voir la recommandation 14 du rapport *Paradigmes changeants* de Patrimoine canadien. Mettre en œuvre la réversion des droits après 25 ans, comme le préconise Bryan Adams (<https://www.ourcommons.ca/Content/Committee/421/CHPC/Brief/BR10277180/br-external/AdamsBryan-f.pdf>), le Projet du capital culturel (<http://hdl.handle.net/10680/1599>), la FCAB (<https://www.noscommunes.ca/Content/Committee/421/CHPC/Brief/BR10277123/br-external/CanadianFederationOfLibraryAssociations-9965446-f.pdf>) et d'autres dans le rapport *Paradigmes changeants* de Patrimoine canadien.

⁴⁶ Yuvaraj, J., et R. Giblin, « Are Contracts Enough? An Empirical Study of Author Rights in Australian Publishing Agreements », *Melbourne University Law Review*, vol. 44, n° 1, 2020, University of Melbourne Legal Studies Research Paper No. 871, Monash University Faculty of Law Legal Studies Research Paper No. 3541350, <https://ssrn.com/abstract=3541350>.

⁴⁷ Heald, P. J., « How Copyright Keeps Works Disappeared », *J. Empirical Legal Studies*, vol. 11, p. 829, 2014, <https://doi.org/10.1111/jels.12057>.

après 25 ans pour le Canada, Paul Heald a conclu que le droit de réversion était dans l'intérêt public⁴⁸. M. Heald fait remarquer que les droits de réversion aux États-Unis signifient que beaucoup plus d'œuvres « anciennes » sont accessibles après la période de réversion, une fois qu'elles sont publiées par des éditeurs indépendants. Au Canada, où le droit de réversion entre en vigueur 25 ans après le décès de l'auteur, un petit échantillon montre que les successions et les éditeurs souhaitent que ces œuvres soient de nouveau accessibles. Une directive de l'UE de 2019 recommandait également une loi de réversion des droits, à la fois comme norme pour les contrats et lorsque les œuvres sont inaccessibles sur le marché depuis un certain temps⁴⁹.

Instrument législatif

L'instrument législatif devrait être un projet de loi distinct visant à modifier la *Loi sur le droit d'auteur*.

La communauté des bibliothèques appuie un projet de loi distinct sur le droit d'auteur visant à modifier la Loi, en limitant sa portée aux modifications qui sont nécessaires à la mise en œuvre de l'ACEUM. La communauté des bibliothèques, par principe, n'appuie pas la modification de la Loi en vertu d'un projet de loi omnibus, car cela limite le débat et l'amélioration de la législation.

Nous notons qu'en plus des modifications servant directement à la mise en œuvre de l'ACEUM, y compris une définition révisée de l'accessibilité commerciale, comme il est indiqué ci-dessus, il serait préférable de soutenir la communauté des bibliothèques dans la mise en œuvre du *Traité de Marrakech visant à faciliter l'accès des aveugles, des déficients visuels et des personnes ayant d'autres difficultés de lecture des textes imprimés aux œuvres publiées*.

Conclusion

La FCAB et l'ABRC recommandent de mener d'autres enquêtes sur la faisabilité et la conformité d'un enregistrement élargi du droit d'auteur au Canada.

En outre, nous recommandons l'adoption de l'option 3 et de l'option 5, toutes deux peaufinées comme nous l'avons décrit ci-dessus, afin d'atténuer l'impact de la prolongation de la durée du droit d'auteur sur le domaine public. L'option 3 permet un accès rapide et équitable aux œuvres orphelines et inaccessibles sur le marché sans coût ou fardeau administratif onéreux, et permet aux titulaires de droits de demander une rémunération pour une utilisation future ou d'exiger la cessation de l'utilisation. Combinées à des fins d'illustration pour l'utilisation équitable, à la révision de la définition de l'accessibilité commerciale à l'article 2 par la suppression de l'alinéa b) et à la limitation de la responsabilité des BAM, ces options 3 et 5 permettraient aux bibliothèques, aux archives et aux musées qui profitent des exceptions législatives nécessaires d'atteindre leurs objectifs d'intérêt public en ce qui a trait à l'amélioration de l'accès aux œuvres.

Un système d'enregistrement pour les 20 années supplémentaires de protection offre des avantages aux BAM, aux titulaires de droits et au gouvernement grâce à un système amélioré d'administration des droits. Par conséquent, nous croyons qu'un système d'enregistrement mérite une étude plus approfondie, qui doit

⁴⁸ Heald, P. J., « The Impact of Implementing a 25-year Reversion/Termination Right In Canada », rapport commandé par Patrimoine canadien, <https://files.webservices.illinois.edu/9076/ssrversionofstudyontheimpactofimplementinga25-yearreversionrightincanada.pdf>.

⁴⁹ Directive (UE) 2019/790 du Parlement européen et du Conseil du 17 avril 2019 sur le droit d'auteur et les droits voisins dans le marché unique numérique et modifiant les directives 96/9/CE et 2001/29/CE (Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE), articles 78-80, <https://eur-lex.europa.eu/eli/dir/2019/790/oj>.

inclure la question de savoir si un système d'enregistrement créerait un déséquilibre en fonction du pays d'origine de l'œuvre de création.

Annexe 1

Exemples de bibliothèques

Les projets et les services des bibliothèques seront touchés si le Canada prolonge la durée générale du droit d'auteur sans prendre de mesures d'atténuation. Les communautés de l'enseignement de la maternelle à la 12^e année et de l'enseignement postsecondaire fournissent des exemples quotidiens de formateurs qui choisissent des travaux du domaine public pour appuyer leur offre de cours, en particulier pendant la pandémie de la COVID-19, alors qu'une grande partie de la formation est offerte en ligne par nécessité. Loin d'être le domaine des « choses » anciennes et dépassées, le domaine public répond à un besoin public vital et permet à des œuvres plus anciennes de prendre une nouvelle vie et d'être utilisées de manière transformatrice par toute la société. Voici des exemples de bibliothèques canadiennes qui montrent comment la prolongation de la durée aura une incidence sur leurs activités et leur mission.

- Une bibliothèque qui a fait don d'une collection de livres et de documents sur l'Holocauste avait l'intention de commencer la numérisation, car la plupart des articles sont sur le point d'entrer dans le domaine public; la bibliothèque craint maintenant que ce projet doive être interrompu pendant 20 ans en raison de la prolongation de la durée du droit d'auteur, ce qui limiterait l'accès à une riche histoire de l'époque et à la création de nouveaux documents de recherche.
- Les collections d'une bibliothèque universitaire comprennent une collection unique d'œuvres de fiction spéculative qui a été assemblée par un fan-artiste et collectionneur canadien de science-fiction. La collection est essentielle pour les chercheurs qui étudient le développement précoce du genre de la science-fiction. La collection comprend des anthologies, créées par le collectionneur, de plus de 13 000 œuvres de fiction publiées, tirées de 570 revues populaires. L'université avait l'intention de s'appuyer sur la collection numérisée existante en ajoutant des histoires des anthologies à mesure qu'elles entrent dans le domaine public. La prolongation de la durée du droit d'auteur mettra fin à ce projet, au détriment des théoriciens de la fiction, des fans et des étudiants du monde entier.
- Une bibliothèque universitaire possède une populaire collection numérique de photos aériennes, composée de photographies de régions principalement urbaines, prises à différentes échelles et années. Les étudiants et les chercheurs comptent sur cette collection pour obtenir des renseignements sur les changements du paysage et des caractéristiques géographiques au fil du temps. Des photos aériennes sont régulièrement ajoutées à la collection à mesure qu'elles entrent dans le domaine public. La prolongation de la durée du droit d'auteur limitera la capacité de la bibliothèque d'ajouter des photos à cette collection très utilisée et mettra fin à la recherche en cours en fonction de celle-ci.
- Une bibliothèque possède une collection numérisée croissante de cartes historiques qui comprend des cartes régionales locales et des cartes d'exploration et d'arpentage de l'Ouest canadien. La collection est utilisée par des sociétés historiques locales et régionales, des étudiants et des chercheurs individuels. Des cartes sont régulièrement ajoutées à la collection à mesure qu'elles entrent dans le domaine public. En tant que l'une des cinq collections numériques les plus consultées

à l'établissement, cette collection populaire à forte demande souffrira de la prolongation de 20 ans de la durée du droit d'auteur, tout comme la recherche qui en découlera.

- Des bibliothèques ont signalé que la prolongation de la durée les empêchera de numériser les journaux communautaires pendant 20 ans. Les petits organismes dépendent de subventions pour financer leurs projets de numérisation, et le financement disponible pour la numérisation est minime. Par conséquent, au cours de la période de 20 ans, les articles, qu'il s'agisse de papier journal original ou de microfilms, se dégraderont. En raison de la prolongation de la durée, les chercheurs ne pourront pas fouiller dans les journaux locaux pour découvrir comment les collectivités locales se sont développées et ont réagi à des questions d'importance sociale et historique.
- La bibliothèque d'une petite université possède une riche histoire photographique de son université et de la vie étudiante qui y est associée. Il est très difficile de suivre les photos et d'obtenir l'autorisation du droit d'auteur pour les numériser, et l'université a donc prévu de les numériser au fur et à mesure qu'elles entreraient dans le domaine public. La prolongation de la durée du droit d'auteur ferme la porte à ce projet et fait en sorte que cette histoire picturale dynamique reste accessible uniquement à ceux qui prennent rendez-vous pour visiter les archives de l'université.
- Les œuvres du domaine public sont valorisées et utilisées par les bibliothèques scolaires. Une division scolaire publique rurale utilise des documents du domaine public en raison d'un budget minimal pour l'achat de romans ou de lectures. L'un des enseignants bibliothécaires a déclaré que [TRADUCTION] « compte tenu de la baisse de la fréquentation et de l'augmentation des coûts d'exploitation, il y a très peu de budget pour l'achat de nouveaux titres comme des ensembles de romans, pour la lecture en classe ou même pour nos centres d'apprentissage. Les enseignants et les animateurs du centre d'apprentissage sont souvent en mesure d'utiliser des titres du domaine public canadien pour élargir leur collection et offrir des titres différenciés à leurs élèves. »