

28 mars 2021

Réponse de la communauté archivistique à la « Consultation sur la façon de mettre en œuvre la prolongation de la durée de protection générale du droit d’auteur au Canada »

**Présenté par le Conseil canadien des archives
Tel qu’endossé par l’Association canadienne des archivistes et l’Association des archivistes du Québec**



Groupe de travail sur l’examen statutaire du Conseil canadien des archives (CCA)
Courriel : Nancy.Marrelli@concordia.ca

TABLE DES MATIÈRES

SYNOPSIS	3
Recommandations	3
INTRODUCTION	4
Contexte	4
Qu'est-ce que les archives ont de spécial?	5
OPTIONS PRÉSENTÉES DANS LE DOCUMENT DE CONSULTATION	7
Option 1	7
Option 2	7
Option 3	9
Option 4	11
Option 5	12
Option 5	13
Option 6	14
OPTION 7	14
AUTRES QUESTIONS	17
Savoir autochtone	17
Réversibilité	18
Responsabilité limitée	19
Instrument législatif	19
CONCLUSION	19

SYNOPSIS

Nous avons soigneusement soupesé et commenté toutes les options et autres considérations présentées dans le document de consultation sur la façon de mettre en œuvre la prolongation de la durée de protection générale du droit d'auteur au Canada en vertu de l'ACEUM. Outre ces commentaires, nous proposons une nouvelle option qui, selon nous, aborde plus directement les difficultés liées aux œuvres orphelines non publiées conservées dans des fonds d'archives.

Recommandations

Nous recommandons ce qui suit :

- Créer une exception pour les œuvres orphelines non publiées qui se trouvent dans les collections permanentes de bibliothèques, archives et musées sans but lucratif, option 7, qui résout directement les enjeux pour les documents d'archives.
- Modifier la durée de protection des œuvres non publiées de la Couronne à 50 ans à partir de la date de création, ce qui concorderait mieux avec la durée de protection des œuvres de la Couronne publiées et non publiées au Canada.
- Une étude approfondie qui explorerait les manières dont le droit d'auteur de la Couronne est abordé actuellement par les divers paliers de gouvernement, explorerait les solutions adoptées par d'autres pays, consulterait les parties prenantes et recommanderait des mesures appropriées qui convertirait cette disposition désuète en mesure mieux adaptée à l'intérêt public numérique contemporain.
- Des discussions générales sont requises sans délai afin d'éclaircir les obligations internationales du Canada et la manière dont elles influent sur le processus d'enregistrement.
- Un engagement sans délai, en collaboration respectueuse et transparente avec les peuples autochtones du Canada, afin de modifier la *Loi sur le droit d'auteur* pour qu'elle reconnaisse l'approche communautaire à la protection du droit d'auteur du savoir autochtone. (La communauté archivistique s'engage à y participer activement et de manières pertinentes.)
- Abroger l'article 14(1), ou le modifier, de manière que l'auteur puisse céder aux bibliothèques, archives et musées la réversibilité avec les droits d'auteur. S'il n'est pas abrogé, la période de réversibilité devrait être modifiée de 25 à 35 ans en raison de la nouvelle durée de protection générale prévue par l'ACEUM.
- Attribuer une responsabilité limitée aux bibliothèques, archives et musées pour l'utilisation des œuvres orphelines.
- Créer une loi sur le droit d'auteur autonome qui serait limitée aux modifications requises pour la mise en œuvre de l'ACEUM.

INTRODUCTION

Le présent document est présenté au nom du Conseil canadien des archives en réponse à la consultation du gouvernement du Canada sur la façon de mettre en œuvre la prolongation de la durée de protection générale du droit d'auteur au Canada, issue de l'ACEUM. Cette soumission est soutenue par l'Association des archivistes du Québec et l'Association canadienne des archivistes.

Cette question intéresse la communauté archivistique au plus haut point. Nous déplorons le peu de temps accordé pour la consultation et espérons qu'il y aura d'autres possibilités de fournir des commentaires et de répondre aux initiatives législatives.

Contexte

La prolongation de la durée générale de protection du droit d'auteur au Canada a de nombreuses et graves conséquences négatives pour les bibliothèques, les archives et les musées ainsi que pour notre mission de service public qui est d'acquérir, de préserver et de donner accès à notre patrimoine documentaire et culturel aux chercheurs et aux utilisateurs, au Canada et ailleurs dans le monde. Il est essentiel d'atténuer l'impact négatif de ces changements. Cette prolongation de durée aura les conséquences néfastes suivantes :

- Elle limitera la diffusion d'un nombre croissant d'œuvres qui ne peuvent être rendues disponibles malgré leur absence de valeur commerciale.
- Elle diminuera le domaine public au Canada.
- Les archives détiennent un nombre anormalement élevé d'œuvres orphelines. Le nombre d'œuvres orphelines augmentera, parce que les durées plus longues rendent l'identification ou la localisation des héritiers plus difficile.
- Les chercheurs s'attendent à un accès en ligne aux ressources archivistiques ayant une valeur historique durable, une situation exacerbée par la pandémie de la COVID-19, qui a entraîné la fermeture d'archives et de bibliothèques partout dans le monde. Les bibliothèques, archives et musées ne pourront fournir d'accès en ligne au bloc d'œuvres dont la durée du droit d'auteur est prolongée de 20 ans, exacerbant ainsi les obstacles physiques et financiers liés à l'accès à de la documentation historique importante.
- Les fonds d'archives sont acquis et conservés dans les bibliothèques, archives et musées, parce qu'ils ont une valeur historique permanente. S'ils ne peuvent être utilisés et réutilisés dans de nouvelles créations, il y aurait alors une perte des avantages économiques et sociaux associés à un accès libre et facilité à des millions d'œuvres orphelines archivistiques qui n'ont pas été créées à des fins commerciales et qui n'ont aucune valeur commerciale.
- Tout avantage économique pour les titulaires de droits sur des fonds d'archives (pour la plupart non publiés) sera extrêmement limité, contrairement au fardeau accru pour les

bibliothèques, archives et musées sans but lucratif d'obtenir des droits sur des œuvres orphelines ayant une valeur commerciale limitée ou inexistante.

Il est dès lors essentiel de mettre en place des mesures d'atténuation afin de contrer les conséquences néfastes de la prolongation de la durée imposée par l'AECUM sur la mission de service public des bibliothèques, archives et musées sans but lucratif.

Qu'est-ce que les archives ont de particulier?

Les archives sont les documents créés ou reçus par une personne, une famille ou une organisation dans la poursuite de ses activités. Elles sont conservées en raison de la valeur permanente des informations qu'elles contiennent ou prouvent les fonctions et responsabilités de leur créateur. La [Déclaration universelle sur les archives](#) exprime clairement le rôle d'intérêt public des archives :

« Les archives constituent un patrimoine unique et irremplaçable transmis de génération en génération... Sources d'informations fiables pour une gouvernance responsable et transparente, les archives jouent un rôle essentiel dans le développement des sociétés en contribuant à la constitution et à la sauvegarde de la mémoire individuelle et collective. L'accès le plus large aux archives doit être maintenu et encouragé pour l'accroissement des connaissances, le maintien et l'avancement de la démocratie et des droits de la personne, la qualité de vie des citoyens. »¹

Il convient de noter que les archives et les archivistes servent à la fois les communautés de créateurs et d'utilisateurs. Les créateurs sont nos donateurs et nous avons l'obligation légale et éthique de sauvegarder leurs documents et de faire respecter leurs droits de propriété intellectuelle dans tout ce que nous faisons. Nous servons également la communauté des utilisateurs en acquérant, préservant et rendant accessible le patrimoine documentaire du Canada.

La nature des documents d'archives présente des défis particuliers du point de vue du droit d'auteur. La combinaison d'un grand nombre d'œuvres, du fait que la plupart n'ont pas été créées à des fins commerciales, de la forte proportion d'œuvres orphelines et de l'absence de modèles de licence signifie que les solutions ne sont pas évidentes. Les archivistes travaillent avec des documents papier, des pellicules, des enregistrements audio et numériques. La plupart des documents d'archives sont les documents accumulés par les gouvernements,

¹ Conseil international des archives, *Déclaration Universelle des Archives* (Paris, 2011), <https://www.ica.org/fr/declaration-universelle-des-archives>

entreprises, organisations caritatives, familles et individus. On y trouve, par exemple, des lettres, journaux intimes, courriels, états financiers, procès-verbaux de réunions, rapports, photographies, enregistrements audio et films amateurs. Chaque lettre, photo ou rapport est une œuvre distincte protégée par le droit d'auteur. Leur étendue est vaste : il n'est pas exagéré de dire que les archives du Canada contiennent des milliards d'œuvres. Cela a des répercussions sur toute recherche diligente et sur les exigences en matière de tenue de dossiers.

Bien que les fonds d'archives comprennent certains documents publiés, ils n'ont pas été (pour la plupart) créés à des fins commerciales ou pour être communiqués au public, et sont donc en grande partie non publiés. La nature non publiée de la grande majorité des fonds d'archives a plusieurs conséquences. Peu d'entre eux ont une valeur commerciale. Il est donc peu probable que les titulaires de droits souhaitent tirer profit de cette propriété intellectuelle; en fait, beaucoup d'entre eux ignorent qu'ils sont titulaires de droits d'auteur.

En outre, les fonds d'archives contiennent une forte proportion d'œuvres orphelines, c'est-à-dire des œuvres dont les titulaires de droits d'auteur ne peuvent être identifiés ou trouvés. Les titulaires du droit d'auteur de ces documents ont peu ou pas d'intérêt à être facilement trouvés afin d'en autoriser l'utilisation ou de tirer un revenu de leurs créations. Par exemple, les documents d'un ministre peuvent contenir des milliers de lettres et de courriels de citoyens, de bureaucrates et d'autres fonctionnaires. Un service d'archives souhaitant numériser ces documents et les rendre accessibles en ligne devrait entreprendre un processus fastidieux et coûteux (et peut-être aussi infructueux) pour contacter des milliers de titulaires de droits.

Et pour les documents d'archives, il n'existe pas de modèles de licence efficaces. Étant donné l'infime valeur financière de la plupart des documents d'archives et la difficulté d'identifier et de trouver les titulaires de droits, les licences collectives ne sont pas une option viable.

Les documents d'archives servent de matière première à d'innombrables nouvelles œuvres sur divers supports. Afin de parvenir à une résolution satisfaisante en matière de politique publique, toute tentative d'atténuer les conséquences néfastes de la prolongation de la durée de protection doit prendre en compte les particularités des documents d'archives.

Dans cette réponse à la consultation, nos remarques se limitent largement aux questions liées aux œuvres non publiées, qui constituent la grande majorité des fonds d'archives. Nous laissons à d'autres intervenants le soin de répondre en détail aux questions relatives aux œuvres publiées, qui ne représentent qu'une petite partie des fonds d'archives.

OPTIONS PRÉSENTÉES DANS LE DOCUMENT DE CONSULTATION

Option 1

Étendre le régime canadien des œuvres orphelines / l'élargir aux œuvres inaccessibles sur le marché

Réponse

Le régime actuel consiste à demander à la Commission du droit d'auteur une licence limitée pour l'utilisation d'œuvres publiées dont les propriétaires sont introuvables, c'est-à-dire les œuvres orphelines. La Commission du droit d'auteur est confrontée depuis longtemps à de multiples et graves problèmes et ces problèmes persistent, malgré les nombreuses tentatives pour les résoudre. L'ajout de demandes concernant potentiellement des milliers d'œuvres non publiées submergerait complètement le système de la Commission du droit d'auteur. De plus, l'idée de base d'une licence de la Commission pose de nombreux problèmes, à savoir :

- La licence est limitée à la distribution au Canada et ne convient pas aux projets de numérisation de masse des fonds d'archives pour un accès mondial en ligne.
- La licence est circonscrite dans le temps, mais les projets de numérisation d'archives pour l'accès en ligne n'ont pas de limite de temps pour l'accès.
- La détermination des redevances n'est pas claire pour les œuvres publiées et risque d'être encore plus difficile pour les œuvres non publiées pour lesquelles il existe peu de normes, voire aucune. La Commission n'a pas d'expérience ou d'expertise dans l'attribution d'une valeur aux documents non publiés.
- La rémunération pour des œuvres sans valeur commerciale est un non-sens.
- Le paiement à des sociétés de gestion qui ne représentent pas le titulaire des droits et qui garderont simplement l'argent n'est rien d'autre qu'une taxe sur les institutions sans but lucratif qui ont une mission publique importante.

Recommandation

Cette option ne convient pas aux documents d'archives des bibliothèques, archives et musées.

Si cette option est retenue, une solution de rechange potentielle serait d'exclure de tout système de licence collective, les œuvres orphelines non publiées conservées dans les fonds permanents de bibliothèques, archives et musées sans but lucratif.

Option 2

Adopter un ou des régimes de licences collectives visant à favoriser l'accès aux œuvres orphelines et/ou aux œuvres inaccessibles sur le marché

Réponse

Les sociétés de gestion collective fournissent des mécanismes appropriés pour l'exercice du droit d'auteur et des droits apparentés, dans les cas où l'exercice individuel par les titulaires de droits serait impossible ou peu pratique.

L'octroi de licences collectives ne fonctionne pas pour les archives. Un très petit nombre d'œuvres protégées par le droit d'auteur conservées dans les archives ont été créées à des fins commerciales. Elles sont conservées pour fournir des informations et des preuves sur ce qui a été fait et pourquoi. Elles sont essentiellement non publiées, et peu d'entre elles ont une valeur commerciale. Les bibliothèques, archives et musées canadiens contiennent des milliards d'œuvres individuelles dont les titulaires de droits n'ont aucun intérêt commercial à protéger.

Imaginez que vous cherchiez à contacter tous les auteurs individuels, les personnes et les titulaires de droits institutionnels qui ont correspondu avec un organisme gouvernemental, une entreprise ou un particulier. Combien y en aura-t-il? Des milliers. Le temps et les efforts nécessaires pour les trouver et les contacter sont énormes; en fait, bon nombre d'entre eux peuvent être inconnus et/ou impossibles à trouver. Combien d'entre eux sont susceptibles de rejoindre une société de gestion collective de droits d'auteur? Très peu ou aucun, puisque les lettres, les courriels, les procès-verbaux et les photographies de famille n'ont pas été créés dans un but lucratif.

Compte tenu de la valeur monétaire très limitée des œuvres orphelines, il est irréaliste de proposer qu'une société de gestion collective soit intéressée à la concession de licences sur des fonds d'archives. Il est également difficile d'imaginer quel genre de tarif la Commission du droit d'auteur pourrait établir, étant donné que l'évaluation de documents d'archives dépasse largement l'expérience et l'expertise de la Commission. Les licences de la Commission pour les œuvres publiées sont très peu utilisées (une moyenne de 11 par année entre 1990 et 2020), et il n'est pas réaliste de s'attendre à ce que la Commission puisse traiter en temps opportun des demandes supplémentaires pour des milliers de licences potentielles.

Étant donné qu'un très grand nombre d'œuvres d'archives non publiées conservées dans les bibliothèques, archives et musées sont des œuvres orphelines, il est peu probable que les paiements versés aux sociétés de gestion pour l'utilisation de ces œuvres soient remis aux titulaires légitimes des droits, puisqu'ils sont inconnus ou introuvables. Les licences sont circonscrites dans le temps et ne peuvent être utilisées qu'au Canada, ce qui limite leur utilité pour les collections numériques en ligne.

Recommandation

L'octroi de licences collectives n'est pas une option acceptable pour les fonds d'archives des bibliothèques, archives et musées.

Si cette option est retenue, il est important d'exclure de tout système de licence collective, les œuvres orphelines non publiées conservées dans les fonds permanents de bibliothèques, archives et musées sans but lucratif.

Option 3

Permettre l'utilisation des œuvres orphelines et/ou des œuvres inaccessibles sur le marché, en laissant la possibilité au titulaire de réclamer une rémunération équitable

Réponse

Cette question préoccupe au plus haut point les archivistes, car les fonds d'archives contiennent un grand nombre d'œuvres orphelines. Bien qu'elles constituent une part importante de notre patrimoine documentaire, les œuvres orphelines ne sont souvent pas sélectionnées pour la numérisation et/ou l'accès en ligne, en raison de l'incertitude quant aux protections juridiques liées à leur utilisation. Si l'auteur est inconnu, comme c'est d'ailleurs souvent le cas, l'œuvre tombe dans un trou noir de durée indéterminée, sans que l'on puisse discerner la fin de la durée du droit d'auteur. Si l'auteur est introuvable, il est impossible de négocier une entente pour l'utilisation de l'œuvre ou des œuvres. L'exigence d'une recherche « valable et de bonne foi » peut nécessiter la production de preuves de recherche pour des milliers d'œuvres individuelles qui pourraient faire l'objet d'un projet de numérisation.² Par exemple, la collection Sir Arthur Currie conservée dans les Archives de l'Université McGill³ est constituée de 411 dossiers : chacun d'eux contient entre 25 et 500 documents rédigés individuellement, aucun d'eux n'a été publié et un grand nombre sont des œuvres orphelines. Le fonds Wilder Penfield⁴ conservé dans les Archives de McGill est une autre collection numérique qui présente un intérêt public important. Il s'agit d'une collection très consultée, qui comprend 44,7 mètres de documents textuels, dont une grande partie de correspondance, 11 797 photographies, 3 885 illustrations et 2 638 diapositives sur verre, dont beaucoup ne sont pas signées. L'expérience dans les juridictions où les exigences de recherche diligente ont été promulguées pour s'appliquer aux documents non publiés trouvés dans les archives a donné lieu à des exigences rigides visant à protéger les intérêts monétaires, et qui ne sont pas normalement applicables aux fonds d'archives non publiés.⁵ Pour les documents conservés dans les institutions d'archives, qui sont par définition sans but lucratif, les mesures d'atténuation pourraient consister à modifier l'exigence à « recherche raisonnablement diligente ».

Il est rare qu'un titulaire de droits légitime demande une rémunération à l'égard de fonds d'archives non publiés. Des problèmes peuvent survenir pour déterminer ce qui représente une « rémunération équitable ». Bien qu'il n'existe que peu de documentation sur les documents non publiés, l'expérience des bibliothèques, archives et musées en matière d'établissement de droits pour l'utilisation de documents publiés démontre que cela peut être difficile. Par exemple, l'accès illimité à un livre électronique acheté par une bibliothèque coûte

² Jean Dryden, "The Role of Copyright in Selection for Digitization," *The American Archivist*, 2014, Vol. 77, No. 1, p. 72.

³ <https://archivalcollections.library.mcgill.ca/index.php/sir-arthur-currie-collection>

⁴ <https://archivalcollections.library.mcgill.ca/index.php/wilder-penfield-fonds>

⁵ See, for example, the detailed process for licensing orphan works in the U.K. (www.gov.uk/guidance/copyright-orphan-works).

généralement entre 100 et 500 dollars, alors qu'une licence pour numériser un livre autrement inaccessible (non disponible pour une utilisation commerciale), pour une classe, coûte souvent des milliers de dollars pour son utilisation pendant une seule session, cette somme devant être payée à nouveau pour d'autres sessions. Lorsqu'on ne peut conclure d'entente de rémunération équitable, la Commission du droit d'auteur, qui est déjà débordée, ne possède pas l'expertise nécessaire pour établir des normes de rémunération équitable pour la vaste gamme de documents non publiés conservés dans les fonds d'archives, très peu d'entre eux ayant été créés à des fins d'exploitation commerciale ou ayant une valeur commerciale.

Recommandation

Les œuvres orphelines représentent un enjeu de taille pour les fonds d'archives en raison de leur grand nombre dans les fonds de bibliothèques, archives et musées. Compte tenu de ces contraintes, cette option pourrait être viable si :

- Pour les œuvres orphelines non publiées, il faut prendre en compte l'avantage public d'un accès accru par rapport au préjudice minimal causé aux titulaires de droits. Il doit y avoir une disposition de retrait immédiat, ou une entente de rémunération équitable pour utilisation future, si un titulaire de droits fait une réclamation à des bibliothèques, archives et musées pour violation de droits, mais sans dommages-intérêts pour l'utilisation passée. Il en résultera un bénéfice public substantiel en rendant ces œuvres accessibles avec un préjudice négligeable pour les titulaires de droits.
- Pour les fonds d'archives non publiés conservés dans les bibliothèques, archives et musées, l'atténuation pourrait inclure la modification de l'exigence à « recherche raisonnablement diligente » pour les œuvres orphelines non publiées des bibliothèques, archives et musées.
- Il est possible de tout simplement retirer l'œuvre ou les œuvres, si un titulaire de droits d'auteur se manifeste et qu'aucune entente ne peut être conclue pour l'utilisation future.
- Étant donné que le recours à la Commission du droit d'auteur est irréaliste pour établir une rémunération équitable pour toutes les raisons exposées dans l'option 1, il serait possible, dans les cas où un titulaire de droits d'auteur se manifeste, d'établir un mécanisme pour élaborer des normes types de ce qui constitue une « rémunération équitable ». Ces normes pour l'utilisation continue de matériel non publié dans les projets de numérisation qui fournissent un accès en ligne aux fonds d'archives devraient être équitables pour les titulaires de droits et pour les bibliothèques, archives et musées. Elles peuvent aussi fournir des orientations non contraignantes pour les discussions portant sur ce qui constitue une rémunération équitable pour l'utilisation d'une variété de matériel.
- Étant donné que chaque lettre ou photographie est une œuvre distincte, il serait fastidieux de documenter les preuves de recherches (largement infructueuses) des titulaires de droits sur les œuvres orphelines. Il ne faut pas imposer de tenue de documents trop onéreuse.

Voir également ci-dessous notre option 7, qui propose une approche similaire pour résoudre les problèmes relatifs aux œuvres orphelines non publiées conservées dans des bibliothèques, archives et musées sans but lucratif.

Option 4

Créer une exception concernant l'utilisation des œuvres au cours des 20 dernières années du droit d'auteur

Réponse

De prime abord, permettre à des bibliothèques, archives et musées sans but lucratif d'utiliser des œuvres pendant les 20 ajoutées à la durée de protection du droit d'auteur semble être une solution raisonnable. Toutefois, cette option présente certains obstacles pour les bibliothèques, archives et musées dont le fonds comprend des documents d'archives.

Recommandation :

Pour que cette exception soit efficace pour les documents d'archives, elle devrait aborder les questions suivantes :

- Définition du terme « utilisation »
Le droit d'auteur intervient directement dans de nombreuses fonctions archivistiques, notamment la reproduction à des fins de recherche et d'exposition, la traduction de documents pour la recherche et l'exposition, la lecture d'œuvres audiovisuelles dans des salles de lecture publiques et la diffusion de copies en ligne. Par conséquent, le terme « utilisation » doit être défini de manière exhaustive afin d'inclure tous les droits nécessaires à la réalisation des missions d'intérêt public des bibliothèques, archives et musées, à savoir la reproduction, la production en public, la communication au public, l'exposition publique et la traduction. Nous ne nous opposons pas à ce qu'une telle disposition soit limitée aux utilisations sans motif de gain au-delà de la capacité de couvrir les coûts directs et indirects (*Loi sur le droit d'auteur*, art. 29.3).
- Application aux œuvres publiées et non publiées
Bien que la majorité des documents d'archives soient constitués d'œuvres non publiées, les fonds d'archives comprennent également des œuvres publiées. Alors que la « solution » américaine (17 USC §108(h)) se limite, pendant les 20 dernières années de protection, aux œuvres publiées qui ne sont pas disponibles sur le marché, une solution canadienne similaire doit s'appliquer aux œuvres publiées et non publiées. En ce qui concerne les œuvres publiées, nous convenons que l'application de l'exception soit réservée aux œuvres publiées qui ne sont pas disponibles dans le commerce.
- Étendre l'application aux enregistrements sonores qui ne sont pas disponibles dans le commerce
Les fonds d'archives comprennent des enregistrements sonores qui n'ont jamais été créés à des fins commerciales, tels que des entrevues d'histoire orale, des enregistrements de réunions et des vœux saisonniers échangés au sein de familles. Pour

être vraiment utile, une telle exception doit couvrir les enregistrements sonores qui se trouvent dans les collections permanentes des bibliothèques, archives et musées, et qui ne sont pas disponibles dans le commerce.

Plus important encore, cette option, dans sa forme actuelle, ne peut s'appliquer à de nombreuses œuvres orphelines non publiées. Si l'identité de l'auteur est inconnue, il est impossible de savoir quand (ou si) l'auteur est mort. Il est impossible de déterminer quand ces œuvres atteignent le seuil de 20 ans signalant le début d'un plus grand accès. Par conséquent, cette option ne serait réalisable que si elle était jumelée à d'autres mesures portant sur les œuvres orphelines non publiées dont l'identité/la date de décès ou le créateur sont inconnus.

L'obligation de documenter les utilisations d'œuvres individuelles pose également un problème. Les archives canadiennes détiennent des milliards d'œuvres individuelles qui ne sont pas cataloguées à la pièce. L'obligation de suivre ces utilisations, pièce par pièce, représenterait une lourde charge pour les institutions détenant des documents d'archives. De plus, pourquoi tenir de tels documents? Qui les utiliserait?

Option 5

Créer une exception pour l'utilisation des œuvres à partir de la centième année depuis leur création

Réponse :

Bien que cette option semble être destinée à fonctionner avec d'autres options afin de fournir une voie d'accès claire lorsqu'aucune autre possibilité n'est disponible, elle pose certains problèmes pour les archives. La durée de 100 ans suggérée dans cette option va bien au-delà du délai raisonnable pour le gain financier des documents non publiés et non commerciaux qui constituent la majorité des fonds d'archives. Une recherche raisonnable de l'utilisation commerciale est une pratique exemplaire standard dans les archives. La majorité des documents publiés il y a même 50 ans ont dépassé le moment où ils présentent une valeur financière significative,⁶ et c'est encore plus vrai pour la majorité des œuvres non publiées dans les fonds d'archives, car ces œuvres n'ont jamais été créées à des fins commerciales. L'établissement d'une période de 100 ans n'augmentera pas la rémunération des titulaires de droits d'œuvres non publiées, mais perpétuera plutôt les problèmes actuels liés aux œuvres orphelines, puisque même après 50 ans, il devient difficile de trouver les titulaires de droits. Les œuvres du patrimoine culturel conservées dans des fonds d'archives présentent de nombreux obstacles à l'accès du public, notamment des obstacles physiques et financiers. Les projets de numérisation conçus pour l'accès en ligne abordent petit à petit ces problèmes. Une bonne politique publique devrait permettre à ces efforts d'accroître l'accès à ces documents pour une large diffusion publique.

Recommandation

⁶ Rebecca Giblin, *ibid.*, pp. 182-84.

Tout compte fait, cette option n'est pas très utile pour les documents d'archives non publiés. Se reporter à notre option 7 pour une approche plus viable à la résolution des problèmes touchant les œuvres orphelines non publiées détenues dans des bibliothèques, archives et musées sans but lucratif.

Option 5

Utilisation potentielle de l'option 5 pour aborder certaines questions limitées relativement aux œuvres de la Couronne non publiées

Réponse

L'application de cette option aux œuvres de la Couronne non publiées ouvrirait la voie à l'utilisation, mais la période de 100 ans est beaucoup trop longue pour les œuvres de la Couronne, qui devraient être aussi accessibles que possible au public dans le cadre de la politique générale pour un gouvernement ouvert. La suppression de la dernière durée perpétuelle de protection du droit d'auteur au Canada (pour les œuvres de la Couronne non publiées) se fait attendre depuis trop longtemps, mais cette option ne suffit pas.

Le droit d'auteur de la Couronne est beaucoup trop compliqué pour être traité de façon fragmentaire. Des problèmes complexes sont associés au droit d'auteur, tant pour les œuvres publiées que pour les œuvres non publiées. Les collections d'archives contiennent de nombreuses œuvres de la Couronne, et la plupart ne sont pas publiées. Les problèmes liés au droit d'auteur de la Couronne vont bien au-delà de la protection perpétuelle du droit d'auteur. Des études successives sur le droit d'auteur de la Couronne soulignent sa nature déroutante, y compris la signification précise de la prérogative royale, les juridictions auxquelles s'applique le droit d'auteur de la Couronne et les entités gouvernementales qui sont couvertes.⁷ Le droit d'auteur de la Couronne mérite certainement un examen complet et systématique.

Recommandation

L'option 5 ne constitue pas une solution aux multiples problèmes que pose le droit d'auteur de la Couronne. Les archives se réjouissent que l'on reconnaisse l'existence d'un problème lié au droit d'auteur perpétuel pour les œuvres de la Couronne non publiées. Dans un geste visant à régler la question du droit d'auteur perpétuel, nous accueillerions favorablement une initiative visant à modifier la durée de protection des œuvres de la Couronne non publiées à 50 ans à compter du moment de la création, ce qui permettrait d'aligner plus étroitement la durée de protection des œuvres publiées et non publiées de la Couronne au Canada.

Mais cela ne réglerait qu'une petite partie des problèmes liés au droit d'auteur de la Couronne. Le droit d'auteur de la Couronne est un vestige d'une époque révolue et une refonte s'impose. Nous recommandons que le gouvernement fédéral commande une étude exhaustive qui déterminera les façons dont le droit d'auteur de la Couronne est actuellement traité par les

⁷ Jean Dryden, (2017, September 22). *Rethinking crown copyright law*. Retrieved March 01, 2021, from <https://policyoptions.irpp.org/magazines/september-2017/rethinking-crown-copyright-law/>

différents paliers de gouvernement, recensera les nombreux problèmes, explorera les solutions adoptées par d'autres pays, consultera les parties prenantes et recommandera des mesures appropriées qui transformeront cette disposition désuète en une mesure qui sert l'intérêt public à l'ère numérique. En collaboration avec la communauté des bibliothèques, la communauté archivistique a entrepris plusieurs efforts concrets depuis 2019 pour faire avancer cette initiative. Il est urgent de modifier en profondeur les dispositions relatives au droit d'auteur de la Couronne, mais cela dépasse largement le cadre de la présente consultation.

Option 6

Recommandation du comité INDU

Le comité INDU a recommandé de modifier la *Loi sur le droit d'auteur* afin d'inclure un processus d'enregistrement permettant l'application des 20 dernières années d'une éventuelle durée de protection générale *Life + 70*. Toutefois, le document de consultation mentionne que cette approche « soulève de sérieuses questions dans le contexte des obligations internationales du Canada ». La communauté archivistique a trouvé cette option intéressante pour atténuer les inconvénients de la prolongation de la durée de protection. Nous pensons qu'une plus grande clarté et une discussion ouverte sont nécessaires immédiatement concernant les ramifications des obligations internationales du Canada et la façon dont elles influent sur un processus d'enregistrement. En l'absence de clarté juridique sur cette question, la communauté archivistique propose l'option 7 qui aborde plus directement les questions relatives aux œuvres orphelines de documents non publiés, qui constituent une partie importante de nos fonds.

OPTION 7

Créer une exception pour les documents d'archives dans les collections des bibliothèques, archives et musées sans but lucratif

Le document de consultation indique clairement que le gouvernement a reconnu que toute prolongation de la protection aura des conséquences négatives importantes pour les bibliothèques, archives et musées. Les options 1 à 3 visent directement les œuvres orphelines et les œuvres inaccessibles sur le marché conservées dans les bibliothèques, archives et musées. Malheureusement, bien que certaines des options puissent convenir aux œuvres *publiées* conservées par les bibliothèques, archives et musées, aucune d'elles ne convient aux milliards d'œuvres orphelines que contiennent les collections d'archives. (Voir également nos commentaires sur les options 3, 4 et 5).

Nous souhaitons proposer une solution de rechange qui répond à ces besoins. La proposition fournit une solution canadienne pour les œuvres orphelines non publiées conservées dans les bibliothèques, archives et musées. L'option codifie les pratiques professionnelles établies. Comme l'a noté la Cour suprême dans le contexte de l'utilisation équitable, « *L'on peut*

*également tenir compte de l'usage ou de la pratique dans un secteur d'activité donné pour décider si la nature de l'utilisation est équitable ».*⁸

Les bénéficiaires seraient les bibliothèques, archives et musées sans but lucratif, puisque les bibliothèques et les musées (ainsi que les archives) préservent et maintiennent des collections d'archives.

Cette exception proposée est limitée aux **œuvres orphelines non publiées dans les collections permanentes des bibliothèques, archives et musées sans but lucratif**. Peu de gens réalisent l'ampleur du problème lié aux œuvres orphelines dans les collections d'archives. Il y a des milliards d'œuvres orphelines dans les bibliothèques, archives et musées. Lorsque le titulaire des droits est connu, les archivistes cherchent à obtenir les autorisations nécessaires pour inclure les œuvres dans les projets de numérisation destinés à l'accès public en ligne sur un site Web. Cependant, la plupart des fonds d'archives n'ont pas été créés à des fins commerciales. Par conséquent, ils n'ont pas été publiés et ont une faible valeur monétaire. Identifier et trouver le(s) titulaire(s) des droits de **chaque** œuvre est extrêmement long, fastidieux et souvent infructueux. L'effort requis est démesuré par rapport à la valeur monétaire des œuvres concernées.

Les documents d'archives comprennent des documents textuels, photos, films, enregistrements audio et numériques. La détermination de la valeur monétaire (le cas échéant) des œuvres individuelles est également fastidieuse et prend du temps, en raison de l'absence de données relatives à la valeur marchande. Même si la Commission du droit d'auteur disposait des ressources nécessaires, elle n'a pas l'expertise voulue pour déterminer la valeur de milliers d'œuvres orphelines non publiées.

Ceux et celles qui déposent des documents dans des archives le font parce qu'ils veulent que le matériel soit disponible pour la recherche. Les chercheurs s'attendent de plus en plus à ce que le matériel soit disponible en ligne, une attente qui s'est accentuée pendant la pandémie, puisque les archives et les bibliothèques étaient fermées et que seul l'accès numérique était possible.

Les archivistes traitent des groupes plutôt que des pièces. C'est-à-dire que les documents créés et reçus d'une organisation, d'une famille ou d'un individu sont traités comme une unité, celle-ci contenant de nombreuses œuvres individuelles. Puisque l'ensemble d'une collection d'archives est plus grand que la somme de ses parties, lors de la sélection de projets de numérisation, les archivistes préfèrent numériser des collections entières pour que les chercheurs comprennent le contexte des documents et les relations entre les éléments.

⁸ *CCH Canadienne Ltée c. Barreau du Haut-Canada*, 2004 SCC 13, ¶155, <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/fr/item/2125/index.do?q=CCH>

L'omission des œuvres orphelines nuit aux chercheurs, car cela fausse la compréhension du matériel.

L'ampleur du problème des œuvres orphelines implique toute exigence de tenue de documents. Toute obligation de tenir des relevés des recherches de titulaires de droits, des utilisations ou de la disponibilité commerciale de milliers d'œuvres individuelles serait onéreuse, et quel en serait l'objectif? Qui utiliserait ces relevés?

Il s'agit clairement d'un domaine qui a grand besoin de mesures réalistes pour atténuer les effets de la prolongation de la durée de protection. Les archivistes décrivent avec éloquence leurs expériences avec les œuvres orphelines :

Archives municipales (Nouvelle-Écosse)

« Lorsque nous parvenons à retrouver un titulaire de droits d'auteur pour obtenir l'autorisation d'utiliser une œuvre, ou transférer ses droits d'auteur, je n'ai jamais vu qui que ce soit refuser ou demander une rémunération plus importante qu'un crédit de citation. Nous passons plus souvent un nombre incalculable d'heures à parcourir des avis nécrologiques, chercher des adresses de proches parents ou des inscriptions aux registres d'entreprises, sans toujours savoir avec certitude en bout de piste qui est le titulaire du droit d'auteur et où il se trouve. C'est également très difficile d'enregistrer les recherches effectuées, des dates de décès et des autorisations données. Cela semble être un investissement de temps considérable pour se conformer à une exigence qui n'est nécessaire que pour un groupe restreint d'œuvres et de créateurs. »

Archives municipales (Ontario)

Les Archives possèdent des films amateurs (années 1950-1990) contenant des images rares d'une communauté d'immigrants. Le créateur (qui a déposé le matériel) est décédé; son seul enfant a quitté le pays et est introuvable.

Bibliothèque académique (Ontario)

« ... Cela signifie qu'il faut tenter d'identifier des dizaines, voire des centaines d'auteurs, de désambiguïser leurs noms avec très peu d'informations sur l'identité des auteurs (un document peut être signé et daté avec une adresse, mais identifier quel « Donald Smith » louait un appartement dans la ville de Toronto pendant les années 1930 est presque impossible) et ENSUITE identifier à qui revenait la gestion de leurs droits d'auteur au moment de leur décès. Cela vaut rarement les heures de recherche et de vérification, surtout lorsque la plupart des gens ne comprennent même pas qu'ils sont titulaires de leurs propres droits d'auteur. »

L'exception suivante offre une solution viable et élégante au problème des œuvres orphelines pour les œuvres non publiées conservées dans les bibliothèques, archives et musées sans but lucratif, et ce, sans causer de préjudice indu aux titulaires de droits d'auteur.

30.22 (1) Ne constitue pas une violation du droit d'auteur le fait de reproduire une œuvre non publiée ou un enregistrement sonore déposé dans la collection permanente de bibliothèques, archives et musées et de la mettre à la disposition du public (OU de la communiquer au public par télécommunication) à des fins de recherche ou d'étude privée, à condition que :

- a. Cette exception s'applique aux œuvres orphelines créées il y a plus de 25 ans.
- b. Les reproductions sont accompagnées d'un message indiquant : (a) que la reproduction doit être utilisée uniquement à des fins de recherche ou d'étude privée et (b) que toute utilisation de la reproduction à une fin autre que la recherche ou l'étude privée peut nécessiter l'autorisation du titulaire du droit d'auteur de l'œuvre en question.
- c. La qualité de l'œuvre reproduite mise à disposition en ligne est adaptée à la recherche et à l'étude privée uniquement [mais pas à la publication].
- d. L'œuvre sera retirée si le titulaire du droit d'auteur se manifeste et qu'aucune entente ne peut être conclue relativement à l'utilisation continue de l'œuvre reproduite par les bibliothèques, archives et musées.
- e. Le titulaire du droit d'auteur ne peut être identifié ou trouvé après une recherche raisonnablement diligente.

(2) Les bibliothèques, archives et musées ne peuvent reproduire l'œuvre que dans les conditions suivantes :

- a. la personne qui a déposé l'œuvre, si elle est titulaire du droit d'auteur, n'en a pas interdit la reproduction, au moment où l'œuvre a été déposée; et
- b. tout autre titulaire du droit d'auteur sur l'œuvre n'a pas interdit la reproduction de l'œuvre en question.

(3) Aucune action visée à l'article 30.22 ne peut être accomplie dans le but de faire un gain.

(4) Une bibliothèque, un service d'archives ou un musée, ou une personne agissant sous son autorité, n'a pas de motif de gain lorsqu'elle ou la personne agissant sous son autorité accomplit l'une des actions visées à l'article 30.22 et ne récupère pas plus que les coûts, y compris les frais généraux, associés à l'accomplissement de cette action.

(5) Aucun dommage-intérêt ne peut être prélevé à l'endroit d'une bibliothèque, d'un service d'archives et d'un musée qui est poursuivi en justice dans les circonstances visées à l'article 38.2.

AUTRES QUESTIONS

Savoir autochtone

Le savoir autochtone est exclu de la Consultation

Bien que la *Loi sur le droit d'auteur* protège actuellement le savoir autochtone, tout comme les autres types d'expression, le système de droit d'auteur représenté dans la Loi est fondé sur

l'idée que le droit d'auteur appartient à un auteur et que la durée du droit d'auteur est basée sur la vie de cet auteur. Ce système ne reflète pas l'approche autochtone fondée sur la propriété communautaire des histoires, des chants, des danses, des noms et d'autres créations, et sur le principe que cette propriété est perpétuelle.

La *Loi canadienne sur le droit d'auteur* ne contient aucune disposition spécifique pour protéger le savoir autochtone. Le Canada a récemment souscrit à la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones, dont l'article 31 stipule qu'« *En concertation avec les peuples autochtones, les États prennent des mesures efficaces pour reconnaître ces droits et en protéger l'exercice ...* » patrimoine culturel, leur savoir traditionnel et leurs expressions culturelles traditionnelles. Il faut changer! »

Bien que les changements à la durée de protection du droit d'auteur inclus dans l'ACEUM touchent directement la durée de protection du savoir autochtone, les ajustements complets à la *Loi sur le droit d'auteur* requis pour aborder l'approche autochtone de la protection du droit d'auteur dépassent largement la portée de cette consultation. Comme nous l'avons fait dans le passé, nous exhortons le gouvernement fédéral à s'engager sans délai dans une collaboration respectueuse et transparente avec les peuples autochtones au Canada afin de modifier la *Loi sur le droit d'auteur* de manière à reconnaître une approche communautaire à la protection du savoir autochtone par le droit d'auteur. La communauté des archives s'engage à participer activement à ce processus de toutes les manières appropriées.

Réversibilité

La question de la réversibilité n'a pas été abordée directement dans le cadre de la consultation, mais la prolongation de la période de protection a une incidence sur les questions de réversibilité dans les bibliothèques, archives et musées.

Lorsqu'ils acquièrent des documents historiques de donateurs, les dépôts d'archives et les bibliothèques demandent souvent que le donateur leur cède les droits d'auteur sur les documents acquis (dans la mesure où le donateur est le titulaire des droits). De nombreux donateurs cèdent leurs droits d'auteur afin de ne pas avoir à composer avec des demandes d'autorisation de reproduction et d'utilisation. Toutefois, l'article 14(1) prévoit actuellement que lorsqu'un auteur a cédé le droit d'auteur sur ses documents à une autre partie, tels qu'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 clauses contractuelles supplémentaires. L'article 14(1) est désuet et est issu de la loi britannique de 1911. 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 à gérer pour les institutions d'archives, les bibliothèques et les successions des donateurs.

Recommandation

Nous recommandons que l'article 14(1) soit abrogé, ou qu'il soit modifié pour permettre à l'auteur de céder aux bibliothèques, archives et musées le droit de réversibilité en même temps que les droits d'auteur. Si l'article n'est pas abrogé, la période de réversibilité devrait être modifiée de 25 ans à 35 ans en réponse à la nouvelle période générale de protection issue de l'ACEUM.

Responsabilité limitée

La responsabilité limitée est importante pour les bibliothèques, archives et musées sans but lucratif dans l'accomplissement de leur mission de service public. Toute option visant à atténuer les préjudices causés par l'ACEUM doit prendre en compte la responsabilité limitée pour l'utilisation d'œuvres orphelines, après avoir mené une recherche raisonnable, jusqu'au moment où un titulaire de droits invoque une violation. L'accès à l'œuvre doit alors cesser, à moins que l'utilisation continue de l'œuvre ne soit négociée avec le titulaire des droits. La responsabilité limitée des bibliothèques, archives et musées dans ces circonstances facilitera la numérisation de parties importantes du patrimoine documentaire canadien qui ne seraient pas disponibles au public, sauf dans les salles de lecture des bibliothèques et des archives, afin d'assurer un accès élargi, tout en garantissant une rémunération équitable pour les titulaires de droits.

Instrument législatif

La communauté des archives recommande vivement l'adoption d'une loi autonome sur le droit d'auteur qui se limiterait aux modifications nécessaires à la mise en œuvre de l'ACEUM. La communauté des archives estime que les modifications apportées à la *Loi sur le droit d'auteur* ne devraient jamais être intégrées dans un projet de loi omnibus en vertu duquel les possibilités de participation et de discussion sont extrêmement limitées pour les parties prenantes.

CONCLUSION

La prolongation de la durée du droit d'auteur a un impact négatif sur l'accès aux fonds d'archives des bibliothèques, archives et musées, tout particulièrement au nombre considérable d'œuvres orphelines non publiées. Il faut mettre en œuvre des mesures viables et efficaces pour atténuer les effets néfastes de la prolongation de la durée de protection du droit d'auteur. Les propositions et recommandations du présent mémoire proposent des solutions viables qui répondent aux préoccupations de la communauté archivistique.

Soumis par : Le Groupe de travail sur l'examen statutaire du Conseil canadien des archives (CCA)

Courriel : Nancy.Marrelli@concordia.ca