

Vol. 22, n° 3

Le régime canadien des titulaires de droits d'auteur introuvables

Mario Bouchard*

1. Introduction	485
2. Le régime canadien	488
3. Publication.	489
4. Protection	490
5. Utilisation protégée	491
6. Le pouvoir discrétionnaire de la Commission	491
7. Qui sont les licenciés ? Qu'est-ce qui peut faire l'objet d'une licence ?	494
8. Modalités	496
9. Crédits et autres renseignements de base	498
10. Gérer l'incertitude.	499
11. À propos des redevances	500

© Commission du droit d'auteur, 2010.

* Avocat général, Commission du droit d'auteur du Canada. Les opinions exprimées dans le présent document sont celles de l'auteur et elles ne reflètent pas nécessairement celles de la Commission du droit d'auteur ou du gouvernement du Canada.

12. La numérisation massive	502
13. Conclusion	508

1. INTRODUCTION

Tristes tropiques de Claude Lévi-Strauss tombera dans le domaine public canadien le 1^{er} janvier 2061, quelque 105 ans après sa publication. *L'Eau vive* sera protégée par le droit d'auteur encore plus longtemps si Guy Béart, octogénaire cette année, vit encore le 1^{er} janvier 2011. Les *Demoiselles d'Avignon* de Picasso auront, en janvier 2024, bénéficié de la protection du droit d'auteur pendant plus de 117 ans ; c'est une dizaine d'années de moins que ce dont bénéficiaient les premières chansons de Charles Trenet. Avec une protection aussi longue, il n'est pas étonnant que des titulaires de droits d'auteur manquent à l'appel.

En fait, la structure même de la *Convention de Berne* engendre des problèmes d'œuvres orphelines. L'obligation d'enregistrer le droit d'auteur irait à l'encontre des dispositions de la convention interdisant les formalités¹. Les auteurs ne sont pas tenus de divulguer leur identité : le droit d'auteur protège les œuvres anonymes et pseudonymes. Les auteurs connus déménagent. Souvent, ce ne sont pas même les auteurs qui possèdent les droits. Les transactions concernant les droits d'auteur sont principalement d'ordre privé. De vastes catalogues d'œuvres changent de mains régulièrement : les principaux éditeurs des maisons de disques ne sont pas au courant de tout ce qu'ils possèdent. En conséquence, les utilisateurs potentiels sont parfois incapables de retrouver les personnes dont ils devraient obtenir la permission pour utiliser légalement une œuvre protégée ou un autre objet du droit d'auteur².

Cela pose un dilemme. Utiliser l'œuvre sans permission viole le droit d'auteur, ce qui peut présenter des risques importants si la violation entraîne l'imposition de dommages-intérêts préétablis³. De plus, cela compromet le respect de la loi. L'autre solution est de ne

-
1. *Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques*, par. 5(2).
 2. Dans le reste du présent document, tout renvoi à une œuvre s'entend également de la prestation, de l'enregistrement sonore ou du signal de communication, à moins que le contexte n'indique le contraire.
 3. *Loi sur le droit d'auteur*, L.R.C. (1985), c. C-42, modifiée, art. 38.1 [la Loi].

pas utiliser l'œuvre, mais cela va à l'encontre de l'un des fondements du droit d'auteur, la diffusion des œuvres artistiques et intellectuelles⁴. Les titulaires sont privés d'éventuelles redevances. Les utilisateurs ne peuvent poursuivre leurs démarches.

Au Canada, la question retient l'attention depuis deux générations. Dès 1971, le Conseil économique a prédit que « les longues recherches pour découvrir les titulaires des droits d'auteur [...] vont devenir de plus en plus intolérables »⁵. En 1977, un rapport préparé pour le ministère de la Consommation et des Corporations préconisait de confier à un tribunal un pouvoir discrétionnaire étendu pour délivrer une licence non exclusive d'utilisation d'une œuvre dont l'auteur est décédé, dans la mesure autorisée du vivant de l'auteur⁶. Au début des années 1980, deux des quatorze « Études en vue de la révision de la Loi sur le droit d'auteur » commandées par ce même ministère et par le ministère des Communications recommandaient un régime de licences obligatoires afin d'alléger le fardeau des personnes qui recherchent les titulaires de droits d'auteur introuvables, ce qui « coûte [...] beaucoup de travail, de temps et d'argent »⁷. En 1984, un rapport ministériel proposait de conférer à un tribunal le pouvoir discrétionnaire de délivrer une licence non exclusive, aux conditions qu'il juge utiles, pour l'utilisation d'une œuvre publiée, sur preuve qu'un effort raisonnable a été fait pour trouver le titulaire du droit d'auteur et moyennant le versement de redevances correspondant approximativement à ce qu'on pourrait négocier sur le marché⁸. Les droits moraux seraient pris en compte et le tribunal conserverait les redevances en fiducie ; une fois retrouvé, le titulaire du droit d'auteur aurait le droit de révoquer la licence⁹. Un comité de la Chambre des Communes a appuyé cette recommandation, souli-

4. *Théberge c. Galerie d'Art du Petit Champlain inc.*, 2002 CSC 34, [2002] 2 R.C.S. 336, par. 30.

5. Conseil économique du Canada, *Rapport sur la propriété intellectuelle et industrielle*, (Ottawa : Information Canada, 1971), p. 156.

6. A. KEYES (Andrew) *et al.*, *Le droit d'auteur au Canada : propositions pour la révision de la loi*, (Hull : Consommation et Corporations Canada, avril 1977), p. 192-194.

7. TORNO (Barry), *La propriété du droit d'auteur au Canada* (Ottawa : Direction de la recherche et des affaires internationales, Bureau des corporations, Consommation et Corporations Canada, 1981), p. 119-120 ; BERTHIAUME (Mike) *et al.*, *La reproduction mécanique des œuvres musicales au Canada* (Ottawa : Direction de la recherche et des affaires internationales, Bureau des Corporations, Consommation et Corporations Canada, 1981), p. 14-19.

8. Consommation et Corporations Canada, *De Gutenberg à Télidon : Livre blanc sur le droit d'auteur* (Ottawa : Approvisionnements et Services Canada, 1984), p. 35-36.

9. *Ibid.*, p. 36.

gnant qu'une enquête approfondie devrait être exigée du demandeur¹⁰. Le gouvernement s'est dit essentiellement d'accord¹¹.

En 1977, un rapport britannique recommandait que le Tribunal du droit de représentation et d'exécution se voit conférer un pouvoir similaire¹². En 1981, dans un Livre vert¹³, le gouvernement de l'époque a rejeté la recommandation, considérant qu'il s'agissait d'un empiètement injustifié sur les droits exclusifs du titulaire du droit d'auteur, voire d'une solution incompatible avec la *Convention de Berne*.

Les pays qui se sont intéressés aux œuvres dites « orphelines »¹⁴ régissent la question de diverses manières. Au Royaume-Uni et dans les Fidji, le Tribunal du droit d'auteur peut consentir à ce qu'une personne fasse un enregistrement à partir d'un enregistrement antérieur d'une prestation lorsque l'identité d'un artiste-interprète ou exécutant ou le lieu où il se trouve ne peuvent être déterminés par une recherche raisonnable¹⁵. En Inde, la Commission du droit d'auteur peut délivrer une licence permettant de publier une œuvre indienne non publiée si l'auteur est décédé ou inconnu ou ne peut être retracé, ou si le titulaire du droit d'auteur est introuvable¹⁶. Au Japon, le commissaire de l'Agence des affaires culturelles peut délivrer une licence obligatoire pour l'exploitation d'une œuvre qui a

-
10. Chambre des Communes, Comité permanent des communications et de la culture, *Une charte des droits des créateurs et créatrices – Rapport du sous-comité sur la révision du droit d'auteur* (Ottawa : Approvisionnements et Services Canada, 1985), p. 26.
 11. L'honorable Michel Côté et l'honorable Marcel Masse, Consommation et Corporations Canada et le ministère des Communications, *Réponse du gouvernement au rapport du sous-comité sur le droit d'auteur* (Ottawa : Gouvernement du Canada, 1986).
 12. Committee to consider the law on copyright and designs, *Copyright and Designs Law : Report of the Committee to Consider the Law on Copyright and Designs*, Cmnd 6732, sous la présidence du juge Whitford (Londres : HMSO, mars 1977), p. 200, 214 et 215.
 13. Department of Trade, *Reform of the Law relating to Copyright, Designs and Performers – Protection : A Consultative Document* (Livre vert), Cmnd 8302, (Londres : HMSO, 1981), p. 53.
 14. Ce terme est employé [TRADUCTION] « pour décrire la situation où le titulaire du droit d'auteur sur une œuvre ne peut être identifié et retrouvé par une personne qui désire utiliser l'œuvre d'une manière qui nécessite la permission du titulaire du droit d'auteur » : Registrar of Copyrights, *Report on Orphan Works* (Washington : United States Copyright Office, 2006), p. 1 [US Report]. L'article 77 de la *Loi* parle de titulaires introuvables. L'auteur emploie ces termes de façon interchangeable.
 15. *Copyright, Designs and Patents Act 1988* (Royaume-Uni), art. 190 ; *Copyright Act, 1999* (Fidji), art. 190.
 16. *Copyright Act, 1957* (Inde), art. 31A.

déjà été rendue accessible au public si, malgré l'exercice d'une diligence raisonnable, le titulaire du droit d'auteur reste inconnu ou introuvable¹⁷. En Corée du Sud, le ministre de la Culture (en fait la Commission des délibérations et de conciliation en matière de droit d'auteur) peut délivrer une licence pour l'exploitation d'une œuvre si, [TRADUCTION] « malgré des efforts considérables », le titulaire du droit d'auteur reste introuvable »¹⁸. En France, un tribunal judiciaire peut autoriser l'utilisation d'une œuvre sans titulaire du droit d'auteur connu et assujettir cette utilisation à toute condition qu'il juge appropriée¹⁹. Toutefois, il semblerait que peu de licences, s'il en est, aient été délivrées en vertu de l'une de ces dispositions.

Le Canada a décidé de régir l'utilisation d'œuvres dont le titulaire du droit d'auteur est introuvable au même moment où il a créé la Commission du droit d'auteur, il y a environ 21 ans. Le présent document vise à donner un aperçu du régime canadien, de sa portée et de ses limites, de ses modalités d'application et de certaines nouvelles questions pouvant découler des efforts déployés pour numériser une partie ou la totalité des fruits de l'esprit dans le monde. Il ne se veut pas une analyse exhaustive de tous les aspects du régime. Toute personne intéressée à en apprendre davantage sur cette question gagnera à lire certaines publications récentes ou à venir à ce sujet²⁰.

2. LE RÉGIME CANADIEN

L'article 77 de la *Loi* prévoit ce qui suit :

77. (1) La Commission peut, à la demande de tout intéressé, délivrer une licence autorisant l'accomplissement de tout acte mentionné à l'article 3 à l'égard d'une œuvre publiée ou aux articles 15, 18 ou 21 à l'égard, respectivement, d'une fixation d'une prestation, d'un enregistrement sonore publié ou d'une fixation d'un signal de communication si elle estime que le titulaire du droit d'auteur est introuvable et que l'intéressé a fait son possible, dans les circonstances, pour le retrouver.

17. *Loi japonaise sur le droit d'auteur*, art. 67.

18. *Loi coréenne sur le droit d'auteur*, art. 47.

19. [...] le tribunal de grande instance peut ordonner toute mesure appropriée [...] s'il n'y a pas d'ayant droit connu ou en cas de vacance ou de déshérence. *Code de propriété intellectuelle*, art. L.122-9.

20. Entre autres BEER (Jeremy de) *et al.*, *Le régime canadien des « œuvres orphelines » : les titulaires de droit d'auteur introuvables et la Commission du droit d'auteur*, décembre 2009.

(2) La licence, qui n'est pas exclusive, est délivrée selon les modalités établies par la Commission.

(3) Le titulaire peut percevoir les redevances fixées pour la licence, et éventuellement en poursuivre le recouvrement en justice, jusqu'à cinq ans après l'expiration de la licence.

(4) La Commission peut, par règlement, régir l'attribution des licences visées au paragraphe (1).

À première vue, le critère prévu par la loi semble relativement simple. Pour obtenir une licence, il faut en faire la demande. L'objet de la demande doit être une œuvre publiée, un enregistrement sonore publié, une fixation d'une prestation ou une fixation d'un signal. L'objet ne doit pas faire partie du domaine public. L'utilisation projetée doit être mentionnée aux articles 3, 15, 18 ou 21 de la *Loi*. La Commission doit estimer que le titulaire est introuvable malgré des efforts raisonnables en ce sens. La licence doit être non exclusive et doit comporter une date d'expiration²¹. Le reste relève de la discrétion de la Commission.

Cependant, un examen plus poussé révèle que le critère prévu par la loi n'est pas dépourvu d'ambiguïté sur le plan juridique et pratique. En voici quelques exemples.

3. PUBLICATION

La Commission peut délivrer des licences permettant l'utilisation d'œuvres et d'enregistrements sonores uniquement s'ils sont « publiés ». Dans la plupart des cas, cela se traduit par la mise à la disposition du public d'exemplaires de l'œuvre ou de l'enregistrement sonore avec le consentement du titulaire du droit d'auteur²². Le nombre d'exemplaires doit être suffisant pour satisfaire à la demande du public ciblé²³. La Commission a interprété la notion de « publication » à plusieurs reprises. Elle a statué qu'un dessin animé produit dans les années 1930 ou 1940 devant être projeté dans des

21. Le titulaire du droit d'auteur a le droit de percevoir les redevances jusqu'à cinq ans après l'expiration de la licence : *Loi*, par. 77(3).

22. *Loi*, par. 2.2(1) et (3). L'édification d'une œuvre architecturale et l'incorporation d'une œuvre artistique à celle-ci constituent d'autres formes de publication.

23. McKEOWN (John S.), *Fox on Canadian Law of Copyright and Industrial Designs*, feuilles mobiles, 4^e éd. (Toronto : Thomson Carswell, 2007), section 6:1(c).

salles de cinéma était publié pour autant qu'il y avait un nombre suffisant d'exemplaires pour satisfaire à la demande des cinémas²⁴. Il est généralement impossible d'établir que le titulaire du droit d'auteur a consenti à une publication – après tout, si un utilisateur demande une licence à la Commission, c'est parce qu'on ne peut avoir accès au titulaire du droit d'auteur et, donc, qu'on n'a pas la possibilité de vérifier directement si un consentement a été donné. En général, la Commission agit en fonction d'un certain nombre de présomptions qui reposent en grande partie sur les pratiques de l'industrie. Par conséquent, le consentement à une publication est présumé dans le cas d'œuvres littéraires publiées²⁵, de photos d'événements d'actualité publiées dans les journaux²⁶ et de photos personnelles croquées sur le vif diffusées sur Internet²⁷ ; il n'est pas présumé dans le cas de photos publiées dans des livres²⁸.

4. PROTECTION

La version anglaise de la Loi mentionne expressément que la Commission peut délivrer des licences uniquement à l'égard d'œuvres sur lesquelles un droit d'auteur subsiste. En conséquence, aucune licence ne devrait être délivrée si une œuvre fait partie du domaine public. Toutefois, il peut souvent s'avérer difficile de savoir si une œuvre est encore protégée par le droit d'auteur. Il se peut qu'on ne connaisse pas l'année de la création ou de la publication d'une œuvre bénéficiant d'une protection à durée déterminée, ni l'année du décès de l'auteur d'une œuvre bénéficiant d'une protection à vie et pour une période de 50 ans après le décès. La question se complique davantage lorsque des dérivés de l'original sont en cause. Il se peut qu'une œuvre fasse partie du domaine public mais pas sa traduction ou son adaptation : la réinterprétation moderne d'une pièce ou d'une prière vieille de plusieurs siècles en serait un bon exemple.

24. *U.P. Productions, Inc.* (26 mars 1992), 1991-15.

25. En tenant pour acquis que les éditeurs ne peuvent, en règle générale, avoir accès à de telles œuvres sans le consentement de l'auteur.

26. En tenant pour acquis que les rédacteurs en chef de journaux ne peuvent, en règle générale, avoir accès aux photos sans le consentement du photographe.

27. En tenant pour acquis que les webmestres ne peuvent avoir accès à des photos personnelles croquées sur le vif sans le consentement du photographe. La Commission considère que la diffusion sur Internet constitue une publication : voir *Near-Miss Productions Inc.* (21 novembre 2005), 2005-UO/TI-22.

28. Avec le temps, la Commission s'est rendu compte que la permission d'utiliser des photos dans des livres n'est pas demandée systématiquement : voir *Centre canadien d'architecture* (17 janvier 2005), 2004-UO/TI-32 ; *Cabinet du Lieutenant-gouverneur du Québec* (3 mars 2005), 2004-UO/TI-37.

5. UTILISATION PROTÉGÉE

La Commission ne peut délivrer une licence que pour l'accomplissement de « tout acte mentionné à l'article 3 [...] ou aux articles 15, 18 ou 21 ». Un tel acte n'est pas en cause, même si une œuvre est protégée par le droit d'auteur, à moins que l'utilisation envisagée vise une « partie substantielle » de l'œuvre. Encore une fois, il n'est pas toujours évident de savoir ce qui est important, loin de là²⁹ : une petite portion d'une partie qualitativement importante peut s'avérer suffisante³⁰.

De plus, il est implicite qu'aucune licence ne devrait être délivrée lorsqu'il n'y a pas lieu de le faire, comme lorsque la *Loi* permet déjà l'utilisation envisagée. L'utilisation d'œuvres pour les besoins d'un examen en est un bon exemple³¹. L'utilisation équitable à une fin énumérée en est un autre. Encore là, il n'est pas toujours évident de savoir ce qui constitue une utilisation équitable. Par exemple, l'incertitude subsiste quant à savoir ce qui constitue de la « recherche »³².

6. LE POUVOIR DISCRÉTIONNAIRE DE LA COMMISSION

La *Loi* prévoit que la Commission « peut », selon les modalités qu'elle établit, délivrer une licence, si elle « estime » que l'intéressé a « fait son possible » en matière de recherche. Les mots tels que « peut », « estime » et « fait son possible » indiquent que la Commission dispose d'un large pouvoir discrétionnaire pour décider de délivrer ou non la licence. Selon les principes généraux du droit administratif, ce pouvoir discrétionnaire doit être exercé de façon raisonnable. Le pouvoir discrétionnaire s'exerce à différents niveaux.

Tout d'abord, la Commission détermine si les conditions prévues par la loi ont été respectées. Ce pouvoir discrétionnaire est

29. Comparer les motifs majoritaires et les motifs dissidents dans *Breakthrough Films & Television Inc.* (6 mars 2006), 2004-UO/TI-33.

30. *Larrikin Music Publishing Pty Ltd. c. EMI Songs Australia Pty Limited*, [2010] FCA 29 (4 février 2010).

31. *Loi*, par. 29.4(2) : voir *Ministère de l'Éducation, du Loisir et du Sport*. Dossier 2009-UO/TI-25, décision du 2010-04-23.

32. L'arrêt *Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada c. Bell Canada* 2010 CAF 123 élargit considérablement la notion, au point d'inclure le magasinage de fichiers musicaux. Voir aussi *Access Copyright (Établissements d'enseignement) 2005-2009 (CDA)*, 28 juin 2009, en ligne à l'adresse <<http://www.cb-cda.gc.ca/decisions/2009/Access-Copyright-2005-2009-Schools.pdf>>. La décision de la Cour d'appel fédérale en révision judiciaire n'ajoute rien sur la question : *Alberta (Education) v. Access Copyright* 2010 FCA 198.

inhérent à tout exercice du pouvoir décisionnel par un tribunal administratif et découle de la nécessité de tirer une conclusion au vu des faits constatés par le tribunal, y compris des inférences raisonnables tirées de ces faits.

De plus, la Commission doit estimer³³ que le titulaire du droit d'auteur reste introuvable après que des efforts raisonnables ont été déployés. Bien que, règle générale, la Commission soit assez exigeante dans son appréciation de ce qui est raisonnable, les efforts qu'elle requiert varient quelque peu en fonction de la nature de l'utilisation envisagée, de la sophistication du demandeur, de la notoriété de l'auteur ou du titulaire du droit d'auteur et d'autres facteurs. Par exemple, la Commission peut se montrer moins exigeante envers un professeur de maternelle qui souhaite enregistrer sa classe chantant une chanson en chœur afin d'offrir un CD aux parents dans le cadre d'une activité de financement qu'envers un service d'affranchissement des droits désirant utiliser la même chanson dans un long métrage.

Même la décision concernant la façon dont la Commission entend procéder pour s'assurer du caractère suffisant de la recherche fait intervenir un pouvoir discrétionnaire. La Commission aurait pu choisir d'examiner les demandes fondées sur l'article 77 en se basant uniquement sur la recherche que le demandeur a pu effectuer. Au lieu de cela, elle apprécie le caractère suffisant de la recherche en vue de la compléter elle-même ou d'exiger que le demandeur obtienne des renseignements supplémentaires. Dès le début, la Commission s'est en effet rendu compte que l'une des façons les plus sûres de vérifier le caractère suffisant d'une recherche était d'effectuer elle-même quelques recherches. La Commission fait également appel à la coopération des sociétés de gestion qui s'occupent des genres d'utilisation en cause dans une demande ; on suppose ici qu'une société de gestion œuvrant dans le marché pertinent est susceptible de disposer de plus de renseignements que presque n'importe qui d'autre sur le répertoire dans ce marché. La Commission a même signé avec deux sociétés de gestion³⁴ une entente qui prévoit que la société de gestion va recevoir des demandes de la Commission, vérifier le caractère suffisant des recherches des demandeurs, discuter des modalités de la licence avec eux et formuler une proposition sur la manière de traiter la demande. Au moment de la rédaction du présent document, la Commission avait entamé des discussions avec une autre

33. En anglais « be satisfied ».

34. Access Copyright et COPIBEC.

société de gestion³⁵ afin de permettre à cette dernière d'agir en qualité de mandataire des maisons de disques pour la délivrance de licences dites de « reproduction mécanique » pour l'utilisation d'œuvres musicales publiées dans des enregistrements sonores.

Le pouvoir discrétionnaire est encore sollicité lorsqu'il s'agit de définir le sens des mots « est introuvable ». Pour la Commission, il existe au moins deux situations où le titulaire du droit d'auteur, bien qu'impossible à rejoindre, n'est pas introuvable. La première survient lorsque la personne connue comme étant le titulaire du droit d'auteur ne répond pas aux demandes de renseignements. La seconde se produit lorsqu'un nombre restreint de personnes connues se disputent la titularité du droit d'auteur³⁶.

Même lorsque la Commission estime que les conditions prévues par la Loi sont respectées et que le titulaire du droit d'auteur est introuvable, elle peut tout de même décider de ne pas délivrer la licence. Comme le paragraphe 77(1) de la *Loi* prévoit que la Commission « peut » délivrer une licence, elle jouit d'un certain pouvoir discrétionnaire à cet égard. En règle générale, la Commission a comme pratique de se mettre à la place du titulaire en s'appuyant sur un certain nombre de présomptions qui reflètent en grande partie les pratiques du marché, à moins que le dossier n'amène la Commission à conclure que le titulaire du droit d'auteur n'aurait pas suivi de telles pratiques. Par conséquent, si des licences sont généralement délivrées systématiquement pour certains types d'utilisation protégée, la Commission va habituellement elle aussi délivrer la licence. En revanche, si le marché est quelque peu ambigu quant à savoir s'il y a lieu ou non de délivrer une licence dans certaines circonstances, la Commission tiendra compte de ce facteur. Les préférences probables du titulaire putatif du droit d'auteur (notamment ses préférences en matière de droits moraux) joueront un rôle : la Commission ne délivrera probablement pas de licence à l'égard de la traduction d'un livre dont l'auteure a toujours refusé que ses œuvres soient publiées dans une langue différente de l'original, ou de l'utilisation d'une chanson composée par un végétalien notoire afin de promouvoir les avantages rattachés au fait de manger de la viande.

La mesure dans laquelle la Commission va tenter de tenir compte des préférences du titulaire du droit d'auteur comporte toutefois des limites. En tant qu'organisme public, la Commission consi-

35. CMRRA/SODRAC Inc.

36. *Office national du film du Canada* (13 septembre 2005), 2005-UO/TI-34.

dère que l'intérêt public doit parfois prévaloir sur les souhaits connus ou probables du titulaire du droit d'auteur. Elle ne délivrera pas de licence à l'égard d'une utilisation inacceptable du point de vue social, même si l'auteur était reconnu pour appuyer une telle utilisation. À l'inverse, elle pourrait fort bien décider de délivrer une licence à l'égard d'une utilisation que le titulaire du droit d'auteur n'aurait pas autorisée si cette utilisation remplit une fonction importante. Autrement dit, il arrive que l'intérêt public prime sur la vision du monde du titulaire du droit d'auteur.

7. QUI SONT LES LICENCIÉS ? QU'EST-CE QUI PEUT FAIRE L'OBJET D'UNE LICENCE ?

L'examen attentif des licences que la Commission a délivrées au fil du temps montre que les types d'œuvres, d'utilisations et d'utilisateurs visés par les demandes fondées sur l'article 77 sont extrêmement variés.

Comme on peut s'y attendre, la Commission a délivré des licences ou a reçu des demandes de licence pour toutes sortes d'œuvres, sous diverses formes : des chansons, y compris des feuilles de musique³⁷ ; des livres de toutes sortes, y compris le journal d'un régiment³⁸ ; un livre de grand format³⁹, des romans et des nouvelles⁴⁰, des caricatures éditoriales⁴¹, des lettres au rédacteur en chef⁴², des photos de premiers ministres⁴³, de musiciens⁴⁴, d'édifices⁴⁵ et d'écrasements d'avions⁴⁶, un manuel de formation sur la mécanique⁴⁷ ; des peintures et des gravures⁴⁸, des films, y compris des dessins animés⁴⁹ ; des pages couvertures de revues⁵⁰ ; et des prières, y compris la prière de la sérénité et la prière à Notre-Dame de

37. *University of British Columbia Library* (14 juin 2007), 2007-UO/TI-03.

38. *Lucie Gagné* (3 octobre 2007), 2007-UO/TI-29.

39. *John E. Marriott* (11 juin 2007), 2007-UO/TI-22.

40. *McElvaine Investment Management Ltd.* (13 février 2008), 2008-UO/TI-01 ; *Athabasca University* (30 octobre 1998), 1998-UO/TI-13 ; *Éditions Triptyque* (20 mars 2000), 2000-UO/TI-4.

41. *Patricia E. Roy* (14 septembre 2007), 2007-UO/TI-34.

42. *McGraw-Hill Ryerson Limited* (19 juillet 2005), 2005-UO/TI-17.

43. *LoneWolf Advertising Agency* (23 janvier 1997), 1996-UO/TI-9.

44. *Regal Recordings Limited* (17 juin 1999), 1999-UO/TI-5 ; *National Library of Canada* (21 juin 2000), 2000-UO/TI-6.

45. 1999-UO/TI-24 ; *Centre canadien d'architecture*, *supra*, note 28.

46. *Near-Miss Productions Inc.*, *supra*, note 27.

47. 2008-UO/TI-25.

48. 1990-UO/TI-6 ; 1995-UO/TI-2 ; 1996-UO/TI-1.

49. *U.P. Productions, Inc.*, *supra*, note 24.

50. *Maclean Hunter Limited* (24 août 1990), 1990-3.

Fatima⁵¹. En revanche, les demandes visant d'autres objets du droit d'auteur n'ont porté que sur des enregistrements sonores⁵².

Parmi les titulaires et auteurs manquant à l'appel, dont certains ont été retrouvés, on compte notamment les ayants droit d'un ancien premier ministre de Terre-Neuve-et-Labrador⁵³, un professeur de droit constitutionnel de l'Université McGill et mentor de Pierre-Elliott Trudeau⁵⁴, une artiste peintre renommée de la côte Ouest⁵⁵, le scénariste d'une série télévisée ayant remporté un vif succès⁵⁶ et des membres d'ordres religieux, dont la seule des trois enfants de Fatima à avoir survécu à l'épidémie de grippe de 1918-1920⁵⁷.

Les types de demandeurs sont également variés : des éditeurs⁵⁸, des réalisateurs de cinéma et de télévision⁵⁹, le créateur du festival Juste pour rire⁶⁰, la Société Radio-Canada⁶¹, l'Office national du film du Canada⁶², des enseignants et des écoles⁶³, des étudiants diplômés⁶⁴, des universitaires⁶⁵, des personnes de tous les horizons⁶⁶, des organismes gouvernementaux⁶⁷, des galeries⁶⁸, des

51. *Marilynne Feeney* (9 septembre 2009), 2005-UO/TI-14.

52. *Dan Janzen* (6 juillet 2007), 2006-UO/TI-42.

53. Joey Smallwood : 2005-UO/TI-20.

54. F.R. Scott : 2003-UO/TI-03, 2005-UO/TI-32.

55. Emily Carr : 1995-UO/TI-2.

56. John Lucarotti, qui a écrit la série *Horatio Hornblower* : 2001-UO/TI-08.

57. Sœur Lúcia de Jésus et du Cœur immaculé : *Marilynne Feeney*, *supra* note 51.

58. *Éditions du Renouveau Pédagogique Inc. (ERPI)* (8 février 1999), 1998-UO/TI-23 ; *University of Toronto Press* (7 janvier 1999), 1998-UO/TI-20 ; *McGraw-Hill Ryerson Ltd.* (26 mars 1998), 1998-UO/TI-8.

59. *Epitome Pictures Inc.* (27 août 1997), 1997-UO/TI-10 ; *Les Films Rozon Inc.* (20 août 1996), 1996-UO/TI-4 ; *U.P. Productions Inc.*, *supra* note 24 ; *Breakthrough Films & Television Inc.*, *supra*, note 29.

60. *Les Distributions Rozon Inc.* (29 novembre 1996), 1996-UO/TI-7.

61. *Société Radio-Canada* (9 octobre 1998), 1998-UO/TI-10.

62. *Office national du film du Canada* (13 mars 1998), 1997-UO/TI-15 ; *Office national du film du Canada* (30 novembre 1992), 1992-UO/TI-10.

63. *Athabasca University*, *supra* note 40 ; *Monique Dufresne* (11 juin 1997), 1997-UO/TI-7 ; *Mount Royal College* (25 avril 2005), 2002-UO/TI-36.

64. 2003-UO/TI-16 ; 2006-UO/TI-10.

65. *Pr Daniel Coleman* (4 août 2005), 2005-UO/TI-21 ; *The University of Alberta Press* (31 janvier 2006), 2005-UO/TI-45 ; *Daniel G. Arnold* (11 août 2006), 2006-UO/TI-32.

66. *Marilynne Feeney*, *supra*, note 51 ; *Nathalie Hamel* (13 août 2009), 2009-UO/TI-14.

67. *Ontario Ministry of Education and Training* (26 mai 1999), 1999-UO/TI-3.

68. *Art Gallery of Alberta* (26 juillet 2006), 2006-UO/TI-31.

musées⁶⁹, ainsi que des organismes communautaires et de bienfaisance⁷⁰.

Parmi les utilisations autorisées par licence, on trouve notamment l'impression d'un livre de prières⁷¹, des CD de chansons interprétées par des enfants en garderie⁷², des productions télévisuelles et cinématographiques⁷³, la préservation dans des archives⁷⁴, la diffusion sur Internet⁷⁵, un manuel de renseignements sur les lignes téléphoniques⁷⁶, un CD de piano à distribuer à la famille et aux amis⁷⁷, des manuels scolaires⁷⁸ et de la documentation destinée aux levées de fonds⁷⁹.

8. MODALITÉS

Chaque licence prévoit des modalités qui limitent le champ de l'utilisation autorisée.

La licence est toujours délivrée à l'égard d'*œuvres précises et identifiables*. Dans la plupart des cas, les œuvres sont expressément mentionnées dans la licence. Si le nombre d'œuvres visées est très élevé, la licence peut renvoyer à un document externe, telle l'annexe d'une demande⁸⁰. On peut recourir à d'autres moyens pour déterminer les œuvres faisant l'objet d'une licence. Par exemple, si une bibliothèque avait l'intention d'offrir sur Internet une collection de magazines ou de journaux, la licence pourrait porter sur tous les numéros d'une publication donnée parus pendant un certain nombre d'années, ainsi que tous les objets du droit d'auteur contenus dans

69. *Royal Canadian Artillery Museum* (14 juin 1991), 1991-9 ; *Musée de la Civilisation* (14 mai 1992), 1992-UO/TI-6.

70. *La Fondation Les Forges* (30 août 1994), 1994-UO/TI-2.

71. *Marilynne Feeney*, *supra*, note 51.

72. *Les services de garde La petite école* (23 janvier 2006), 2005-UO/TI-06.

73. *Breakthrough Films & Television Inc.*, *supra*, note 29 ; *Northern Sky Entertainment Ltd.* (12 novembre 2003), 2003-UO/TI-22.

74. *Institut canadien de microreproductions historiques* (10 février 1997), 1997-UO/TI-2 [*Microreproductions*].

75. Première demande rejetée : 1995-UO/TI-8 ; première demande accueillie : *National Library of Canada* (21 juin 2000), 2000-UO/TI-6.

76. *Lower Mainland WITT Association* (11 juin 1997), 1997-UO/TI-1.

77. *Eileen Roycroft* (12 janvier 2001), 2000-UO/TI-28.

78. *Edwinna von Baeyer et Pleasance K. Crawford* (16 novembre 1995) / (11 février 1997), 1995-UO/TI-9.

79. *Centre Glebe* (26 février 1997), 1997-UO/TI-3.

80. *Institut canadien de microreproductions historiques* (18 septembre 1996), 1993-UO/TI-5 ; *Institut canadien de microreproductions historiques* (10 février 1997), 1997-UO/TI-2.

ces numéros⁸¹. En théorie, il serait possible de délivrer une licence à l'égard de tous les droits d'auteur appartenant à un titulaire ou groupe de titulaires⁸². En fin de compte, il n'y a que deux choses qui soient importantes à cet égard. Tout d'abord, la licence ne peut être délivrée que si l'œuvre peut être déterminée. Par ailleurs, une œuvre peut être déterminée sans qu'elle soit expressément nommée ou désignée.

À ce jour, toutes les licences que la Commission a délivrées portaient sur *une ou plusieurs utilisations* particulières. Bien qu'aucune disposition de la *Loi* n'empêche clairement la Commission de délivrer une licence autorisant toutes les utilisations possibles d'une œuvre, cela contreviendrait probablement à la politique de la Commission consistant à « se mettre à la place » du titulaire du droit d'auteur⁸³.

La façon dont les utilisations autorisées sont décrites dans la licence ne reflète pas toujours les termes de la *Loi* (par exemple reproduction, communication). On s'efforce plutôt d'employer le langage courant du marché pertinent. La licence visant la reproduction d'une œuvre musicale dans un enregistrement sonore peut être désignée par l'expression « licence de reproduction mécanique », alors que la licence pour reproduire la même œuvre dans une annonce à la télévision ou à la radio sera appelée « licence de synchronisation ». Dans la même veine, la licence pour communiquer une émission de télévision peut être appelée « licence de radiodiffusion ».

Ce ne sont pas toutes les demandes qui indiquent correctement les utilisations pour lesquelles une licence est requise. Il se peut que la personne intéressée à reproduire un enregistrement particulier d'une chanson ne sache pas qu'elle a besoin d'une autorisation pour reproduire l'œuvre ainsi que l'enregistrement sonore, ou pour exécuter en public la chanson après qu'elle ait été enregistrée de nouveau. En général, le personnel de la Commission aide les demandeurs à cet égard.

81. Étant entendu que, au Canada, il n'est pas toujours nécessaire d'obtenir la permission d'utiliser les objets inclus dans une publication lorsque celle-ci est utilisée : voir *Robertson c. Thomson Corp.*, 2006 CSC 43, [2006] 2 R.C.S. 363.

82. Par exemple, toutes les œuvres écrites par un groupe connu d'auteurs et publiées dans une collection particulière au cours d'un certain nombre d'années.

83. La fragmentation du droit d'auteur constitue la norme, non l'exception : voir GERVAIS (Daniel), *Essai sur la fragmentation du droit d'auteur*, (2003) 15 *Cahiers de propriété intellectuelle* 501-536.

Toutes les licences doivent *expirer à un certain moment*. C'est ce qui se dégage implicitement du paragraphe 77(3) de la *Loi*, lequel prévoit que le droit de recours du titulaire du droit d'auteur introuvable s'éteint cinq ans après l'expiration de la licence. Cela ne signifie pas que la licence doit fixer une date d'expiration précise. L'expiration de la licence peut être rattachée à n'importe quelle date ultérieure et déterminable⁸⁴. Là encore, la Commission tend à s'inspirer des pratiques du marché. Par conséquent, une licence pour reproduire une œuvre dans un manuel scolaire expire généralement à la date à laquelle l'impression du manuel scolaire est censée s'achever⁸⁵. Par contre, comme des autorisations sont souvent accordées « à perpétuité », la Commission prévoira que la licence expirera lorsque l'œuvre tombera dans le domaine public⁸⁶. Cette approche est tout à fait acceptable car, bien que la date du décès d'un auteur (ou la date de la fixation d'un enregistrement sonore) ne soit peut-être pas connue, elle est presque toujours déterminable.

Chaque licence stipule qu'elle est *valide seulement au Canada*. L'article 77 de la *Loi* n'indique pas si la Commission a le pouvoir de délivrer des licences autorisant l'accomplissement d'actes hors du Canada. Cependant, en pratique, la Commission a toujours tenu pour acquis qu'elle ne l'avait pas. Ce point de vue est compatible avec la présomption d'absence de portée extraterritoriale des lois canadiennes.

Par ailleurs, la Commission a toujours été d'avis qu'elle était habilitée à délivrer une licence autorisant l'utilisation au Canada d'une œuvre appartenant à un ressortissant étranger. Cette position est conforme au principe du traitement national. Cela dit, la reconnaissance dans un pays étranger d'une licence fondée sur l'article 77 est une tout autre chose.

9. CRÉDITS ET AUTRES RENSEIGNEMENTS DE BASE

Parfois, mais pas toujours, la licence exige l'insertion de certaines mentions au sujet de la licence ou de l'œuvre faisant l'objet de la licence dans le produit qui utilise l'œuvre. De plus en plus, la Commission exige que la paternité de l'œuvre soit attribuée lorsqu'elle est connue. La licence peut également exiger une mention selon

84. Comme, par exemple, la fin du tirage, ou encore la date à laquelle un certain nombre de copies ont été faites.

85. *HBJ-HOLT Canada* (23 août 1991), 1990-8.

86. *University of Prince Edward Island's Robertson Library* (4 décembre 2003), 2003-UO/TI-1.

laquelle l'œuvre est utilisée conformément à une licence délivrée par la Commission et concernant la manière dont le titulaire du droit d'auteur peut percevoir les redevances fixées dans la licence.

10. GÉRER L'INCERTITUDE ?

Comme nous l'avons vu, il n'est pas toujours facile de déterminer si une licence est nécessaire pour l'utilisation envisagée dans une demande fondée sur l'article 77. Il arrive qu'il soit impossible de savoir si l'œuvre est dans le domaine public. Il se peut qu'une autorisation d'utiliser l'œuvre ait été obtenue d'une personne qui peut être ou ne pas être le titulaire du droit d'auteur⁸⁷. On peut se demander si l'utilisation envisagée est déjà autorisée par la *Loi* ou touche une partie non importante de l'œuvre.

Dans ces circonstances, la Commission est confrontée à une alternative. Si elle délivre la licence et qu'elle n'est pas requise, elle peut être accusée de promouvoir la pratique trop fréquente de l'octroi excessif de licences. Par contre, si elle refuse de délivrer la licence et qu'il en faut une, cela expose l'utilisateur à toutes les sanctions susceptibles d'être infligées aux personnes qui violent le droit d'auteur : bien que le refus de la Commission de délivrer une licence puisse amener le tribunal à atténuer les conséquences de l'utilisation illícite, la conclusion de la Commission selon laquelle aucune licence n'était nécessaire ne lierait probablement pas le titulaire du droit d'auteur, et certainement pas le tribunal de droit commun saisi d'une action pour violation du droit d'auteur.

Devant une telle incertitude, la Commission délivre parfois une licence « dans la mesure où l'œuvre est protégée par le droit d'auteur » ou « dans la mesure où une licence est nécessaire »⁸⁸ et tient compte de la probabilité qu'une licence ne soit pas nécessaire dans la manière dont elle traite les redevances. Le risque de promouvoir l'octroi excessif de licences est donc quelque peu atténué, alors que le licencié jouit des protections rattachées à une licence fondée sur l'article 77.

87. Cette situation peut se présenter lorsqu'il a été possible de rejoindre un proche parent de l'auteur décédé, mais qu'il a été impossible de déterminer comment s'est fait le partage de la succession ou même si une cession en faveur d'un éditeur ou d'une société de gestion est encore en vigueur.

88. *Marilynne Feeney, supra*, note 51.

11. À PROPOS DES REDEVANCES

La Commission ne délivre jamais une licence gratuitement. Cela ne signifie pas qu'elle oblige toujours les utilisateurs à payer les redevances d'avance.

Dans environ le tiers des cas⁸⁹, la licence prévoit que l'utilisateur est tenu de payer des redevances seulement si le titulaire du droit d'auteur les réclame dans le délai prescrit par la *Loi*. Après cette date, toutes les obligations de l'utilisateur envers le titulaire du droit d'auteur s'éteignent. Cette approche, parfois appelée « paiement conditionnel »⁹⁰, est suivie lorsque certains facteurs militent contre l'imposition d'une obligation financière immédiate, notamment le fait que l'utilisateur est une institution publique, le fait que l'utilisation envisagée procure des avantages au public, la probabilité qu'aucune licence ne soit nécessaire et le fait que tous les titulaires de droits d'auteur qui ont été rejoints auraient accordé leur autorisation gratuitement⁹¹.

Dans presque tous les autres cas⁹², le paiement est non conditionnel. L'utilisateur doit payer les redevances fixées dans la licence non pas à la Commission⁹³, mais à une société de gestion. La société [TRADUCTION] « peut disposer de ce montant comme bon lui semble, pour le bénéfice général de ses membres » mais « s'engage [...] à rembourser toute personne qui établira qu'elle détient le droit d'auteur sur l'œuvre » au plus tard cinq ans après l'expiration de la licence⁹⁴.

L'approche du paiement non conditionnel s'inspire de deux notions similaires issues de deux domaines du droit fort différents. La première est le principe d'*equity* du *cy-près* : lorsqu'il devient impossible de réaliser l'objet d'une fiducie, le tribunal peut ordonner

89. Voir BEER (Jeremy de) *et al.*, *supra*, note 20, p. 44, qui fixe la proportion à 30 pour cent.

90. *Ibid.*, p. 26.

91. Tous ces éléments sont présents dans *Microreproductions*, *supra*, note 80.

92. Dans au moins un cas, la Commission a délivré une licence qui était en partie conditionnelle et en partie non conditionnelle : *Marilynne Feeney*, *supra*, note 51.

93. Au motif qu'elle n'est pas apte sur le plan pratique et juridique à gérer ces sommes : voir BEER (Jeremy de).

94. Voir par exemple Office national du film, dossier 2010-UO/TI-10 ; décision du 2010-06-25. Les premières licences exigeaient que les fonds soient détenus en fiducie par l'utilisateur [*Maclean Hunter Limited* (24 août 1990), 1990-3] ou par la société de gestion [*Goose Lane Editions*, (16 mars 1992), 1992-UO/TI-2], mais cette pratique s'est avérée trop contraignante.

que les biens soient utilisés à une fin qui soit aussi proche que possible de l'utilisation initialement prévue⁹⁵. La seconde est la combinaison des principes du retrait⁹⁶ et de la restitution⁹⁷ intégrés au régime québécois des recours collectifs depuis sa création en 1978 et figurant maintenant dans quelques autres lois sur les recours collectifs⁹⁸. L'imposition d'un paiement non conditionnel dans une licence fondée sur l'article 77 repose sur la présomption que, si on lui donnait le choix, le titulaire du droit d'auteur introuvable préférerait que les redevances soient versées à un groupe qui partage des intérêts similaires aux siens que de voir l'utilisateur tirer avantage de son droit d'auteur sans contrepartie.

Bien qu'on ait débattu de tous les aspects de la participation des sociétés de gestion au processus d'octroi de licences sous le régime de l'article 77, c'est le fait d'exiger le paiement non remboursable de redevances à une société de gestion qui a suscité le plus de commentaires. Selon l'auteur Vaver, la Commission n'est pas habilitée à exiger que des redevances soient payées à quelqu'un qui n'y a pas manifestement droit⁹⁹. Le Bureau américain du droit d'auteur a rejeté cette approche¹⁰⁰.

De son côté, la Commission s'appuie sur plusieurs arguments pour étayer sa position à l'égard des paiements non conditionnels. Premièrement, elle croit qu'il ne lui appartient pas d'émettre des polices d'assurance gratuites contre les poursuites pour violation du droit d'auteur. Deuxièmement, l'existence du principe du *cy-près* en droit des fiducies et des principes du retrait et de la restitution dans le cadre des recours collectifs démontre que l'approche de la Commission est compatible avec les principes généraux de droit. Troisièmement, la pratique de la Commission à cet égard n'est ni rigide ni universelle : le paiement non conditionnel est requis au besoin, en particulier lorsque l'utilisateur a tiré des avantages commerciaux de la licence. Quatrièmement, lorsqu'une utilisation protégée d'une œuvre protégée est envisagée, le paiement de redevances devrait

95. GILLEN (Mark R.) *et al.*, *The Law of Trusts, A Contextual Approach* (Toronto : Emond Montgomery, 2000), p. 257-267.

96. Le jugement final décrit le groupe et lie le membre qui ne s'en est pas exclu : *Code de procédure civile* du Québec, art. 1027.

97. En vertu duquel, si le tribunal ordonne le recouvrement collectif des dommages-intérêts pour le groupe, le reliquat n'est pas remis au défendeur : *Code de procédure civile* du Québec, art. 1036.

98. BRANCH (Ward), *Class Actions in Canada*, feuilles mobiles (Aurora : Canada Law Book Inc., juin 2006), par. 18.200.

99. VAVER (David), *Copyright Law* (Toronto : Irwin Law, 2000), p. 226.

100. *US Report, supra*, note 14, p. 85.

être la règle et non l'exception. Une dernière raison, d'ordre pratique, est invoquée. Les utilisateurs sont au moins aussi susceptibles que les titulaires de droits d'auteur de disparaître. Les sociétés de gestion le sont rarement¹⁰¹. Par conséquent, le recours offert au titulaire introuvable au paragraphe 77(3) de la *Loi* est beaucoup plus sûr et pratique du fait que les redevances sont laissées auprès d'une société de gestion, en particulier si la licence est accordée pour une période assez longue, plutôt qu'auprès d'un utilisateur licencié qui peut être ou ne pas être retrouvé lorsque le titulaire du droit d'auteur prend connaissance de l'utilisation faisant l'objet de la licence.

12. LA NUMÉRISATION MASSIVE

La question des œuvres orphelines attire maintenant l'attention du monde entier. La publication du *US Report*¹⁰² est à l'origine de l'examen de deux projets de loi, en 2006 et en 2008¹⁰³. Le rapport préconisait une solution d'ordre législatif qui permettrait l'utilisation des œuvres orphelines tout en limitant les réparations pécuniaires et les injonctions que le titulaire du droit d'auteur qui se manifesterait par la suite pourrait obtenir à l'encontre d'un utilisateur qui a mené une recherche raisonnablement diligente en vue de trouver le titulaire du droit d'auteur et lui a attribué la paternité de l'œuvre. L'expression « recherche raisonnablement diligente » est définie en termes généraux dans les recommandations, assujettie à certaines normes minimales et appelant à une analyse au cas par cas. Le rapport a aussi caressé l'idée d'établir une forme de registre.

Le rapport final de la i2010 Digital Libraries Initiative de l'Union européenne encourageait les États membres à créer des mécanismes nationaux pour l'utilisation des œuvres orphelines et à publier des listes d'œuvres orphelines connues¹⁰⁴. Plus précisément, le rapport final encourageait l'élaboration de mécanismes permettant l'utilisation d'œuvres orphelines de toutes sortes à des fins commerciales et non commerciales, aux conditions convenues et moyennant rémunération, le cas échéant, à la condition qu'une recherche diligente en vue d'identifier et de localiser les titulaires de

101. Et lorsqu'elles le font, elles ont habituellement un ayant droit connu.

102. *Supra*, note 14.

103. États-Unis, Bill H.R. 5439, *Orphan Works Act of 2006*, 109th Cong., 2006 ; États-Unis, Bill H.R.5889, *Orphan Works Act of 2008*, 110th Cong., 2008.

104. CE, High Level Expert Group on Digital Libraries, *Digital Libraries : Recommendations and Challenges for the Future*, accessible à <http://ec.europa.eu/information_society/activities/digital_libraries/doc/hleg/reports/hlg_final_report09.pdf> (dernière consultation le 24 juillet 2010).

droits sur l'œuvre soit menée dans le pays d'origine avant que les œuvres ne soient utilisées. Ces mécanismes nationaux devraient être reconnus par-delà les frontières, de sorte que le matériel qui peut être utilisé légitimement dans un État membre le serait également dans un autre. Le rapport final envisage aussi l'élaboration de pratiques exemplaires concernant les recherches diligentes en dehors du cadre législatif.

Le Livre vert sur le droit d'auteur dans l'économie de la connaissance¹⁰⁵ a constaté que très peu de progrès ont été réalisés depuis que la Commission européenne a adopté la recommandation qui encourageait les États membres à créer des mécanismes nationaux pour les œuvres orphelines. Sans offrir de solution concrète, le document pose les questions suivantes : i) Est-il nécessaire d'élaborer au niveau communautaire un nouvel acte législatif sur le problème des œuvres orphelines ? ii) Si oui, cet instrument devra-t-il prendre la forme d'une modification de la directive de 2001 sur le droit d'auteur dans la société de l'information, ou d'un acte autonome ? iii) Comment régler les aspects transfrontières de la question des œuvres orphelines de manière à assurer la reconnaissance à l'échelon de l'UE des solutions adoptées dans les différents États membres ?

Le rapport Gowers, issu d'un examen indépendant du régime britannique de la propriété intellectuelle, recommandait, entre autres choses, l'adoption d'une exception semblable à celle que proposait le rapport américain sur les œuvres orphelines, ce qui nécessiterait une modification des directives de la CE¹⁰⁶. En France, la Commission sur les œuvres orphelines a publié un rapport à ce sujet en 2008. Elle y recommandait la création d'un mécanisme obligatoire de gestion collective devant s'appliquer uniquement aux écrits et aux images « fixes », en se fondant sur la présomption – erronée selon moi – selon laquelle le problème des œuvres orphelines est relativement minime en ce qui a trait aux œuvres cinématographiques, audiovisuelles et musicales¹⁰⁷. Des initiatives préconisant des

105. CE, Commission, *Livre vert : Le droit d'auteur dans l'économie de la connaissance* (Bruxelles : CE, 2008), accessible à <http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/docs/copyright-infso/greenpaper_fr.pdf> (dernière consultation le 24 juillet 2010).

106. GOWERS (Andrew), *The Gowers Review of Intellectual Property* (novembre 2006), accessible à <http://www.hm-treasury.gov.uk/d/pbr06_gowers_report_755.pdf> (dernière consultation le 24 juillet 2010).

107. Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique, *Commission sur les œuvres orphelines : Rapport* (19 mars 2008), accessible à <<http://lesrapports.ladocumentationfrancaise.fr/BRP/094000049/0000.pdf>> (dernière consultation le 24 juillet 2010).

solutions pour l'utilisation des œuvres orphelines ont également émané du secteur privé¹⁰⁸.

Cette avalanche d'initiatives a été déclenchée en grande partie par l'annonce de divers projets concernant la numérisation massive. Ces projets sont une arme à double tranchant en ce qui a trait aux œuvres orphelines : lorsqu'une telle œuvre est facilement accessible à un utilisateur, il est tout aussi facile pour le titulaire du droit d'auteur de la retracer.

Mis à part une exception claire, il existe deux façons de fournir une mesure directe de protection aux utilisateurs d'œuvres orphelines. La première consiste à limiter les recours dont dispose le titulaire du droit d'auteur lorsque les utilisateurs ont exercé une forme quelconque de diligence raisonnable, tout en laissant le soin à un tribunal judiciaire de décider de la conformité de l'utilisateur au régime : c'est ce que j'appelle l'approche « en aval ». La seconde consiste à permettre aux utilisateurs d'obtenir une forme de permission liant légalement le titulaire du droit d'auteur : c'est ce que j'appelle l'approche « en amont ».

Ces approches ont chacune leurs défenseurs. Il semblerait que toutes les lois existantes portant sur les œuvres orphelines prévoient qu'une permission doit d'abord être obtenue et que, lorsque la permission a été obtenue, l'utilisateur ne peut être poursuivi pour violation du droit d'auteur. Pourtant, l'approche en aval, laquelle, à ma connaissance, n'a jamais été adoptée dans une loi, est celle que prône la vaste majorité des rapports officiels actuellement en circulation.

Le Bureau américain du droit d'auteur préconise le scénario en aval. Les recommandations du *US Report* ont été prises en considération dans le projet de loi de 2006¹⁰⁹. N'importe qui pourrait utiliser une œuvre orpheline sans demander une autorisation préalable auprès d'un organisme gouvernemental. Il suffirait simplement de mener une recherche raisonnablement diligente et d'attribuer la paternité à l'auteur. Aucune redevance ne serait payable à moins

108. Voir par exemple KORN (Naomi), *In from the Cold : An assessment of the scope of Orphan Works and its impact on the delivery of services to the public* (Collections Trust, juin 2009), accessible à l'adresse <<http://www.jisc.ac.uk/publications/documents/infromthecold.aspx>> (U.K.) ; Dialogue Transatlantique des Consommateurs, *Paris Accord Discussion Draft* (20 octobre 2009), au par. 18, en ligne à l'adresse <http://www.tacd-ip.org/files/paris_accord/paris_accord_2009_oct20.pdf>.

109. *Orphan Works Act of 2006*, *supra*, note 103.

que le titulaire du droit d'auteur ne demande à être dédommagé. Le titulaire conserverait encore le droit restreint de demander une réparation pécuniaire et une injonction. Plus précisément, le dédommagement se limiterait à une compensation raisonnable pour l'utilisation de l'œuvre. L'utilisateur aurait l'obligation de négocier de bonne foi une compensation raisonnable ; à défaut de quoi, il s'exposerait à payer des dépens, y compris des honoraires d'avocat. Une compensation n'aurait pas lieu d'être accordée si : i) l'utilisation est faite sans en retirer aucun avantage commercial direct ou indirect, et principalement à des fins charitables, religieuses, scolaires ou éducatives ; ii) l'utilisateur met fin à la violation dès qu'il en est informé ; iii) aucune contrepartie n'est obtenue. L'injonction ne s'appliquerait pas aux adaptations ou aux œuvres dérivées. Le projet de loi de 2008 était similaire, mais aurait exigé un « effort diligent » (*diligent effort*) conformément à une brochette de « pratiques exemplaires » (*best practices*) adoptées par le gouvernement et le dépôt d'un avis d'utilisation auprès du registraire¹¹⁰.

L'approche en aval a le mérite de n'exiger aucun effort de l'utilisateur sinon de respecter les conditions préétablies par la loi (par exemple une recherche raisonnable et l'attribution de la paternité). Il n'est pas nécessaire de demander une licence, ce qui évite de devoir convaincre un tiers qu'on se conforme à la loi avant que l'utilisation ne soit autorisée. Tel que conçu aux États-Unis, le régime a l'avantage supplémentaire, du point de vue de l'utilisateur, qu'aucune redevance n'est payée à moins que le titulaire du droit d'auteur ne se manifeste.

Les limites de l'approche en aval sont directement liées aux avantages qu'elle cherche à procurer aux utilisateurs en exigeant le respect d'un éventail de conditions préalables sans qu'il n'y ait de contrôle *ex ante* à cet égard. En l'absence de contrôle *ex ante*, c'est au tribunal saisi d'une poursuite pour violation du droit d'auteur, et donc après que l'utilisation a eu lieu, qu'il incombe de décider si la loi a été respectée. Cette approche est courante dans la plupart des domaines du droit : les tribunaux déterminent si un délit a été commis ou si un contrat a été respecté, *après* les faits à l'origine du différend. Toutefois, du point de vue de l'utilisateur, l'approche comporte des risques. S'il y a conformité, les utilisateurs connaissent assez bien l'étendue de leur responsabilité ; dans le cas contraire, ils

110. *Orphan Works Act of 2008, supra*, note 103.

s'exposent aux rigueurs de la loi. Le recours massif à des « pratiques exemplaires » non testées pourrait créer d'énormes problèmes de responsabilité éventuelle.

Certes, le problème est peut-être plus théorique que pratique, du moins en ce qui concerne les utilisateurs qui se conforment aux pratiques exemplaires en matière de recherche, qu'elles soient ou non sanctionnées par la loi ou un règlement. Les titulaires de droits d'auteur sur des œuvres orphelines se manifestent rarement. Ceux qui le font se contentent généralement de se faire payer un montant adéquat en redevances. Les rares qui pourraient s'en formaliser intenteront un procès pour violation du droit d'auteur. Si le tribunal juge que l'utilisateur a respecté les conditions légales préalables entourant l'utilisation d'une œuvre orpheline, il ne paiera pas plus que ce à quoi on se serait attendu. Si le tribunal détermine que les conditions préalables n'ont pas été respectées, il recourra probablement avec parcimonie aux dommages-intérêts préétablis, étant donné que l'utilisateur a effectué une recherche qui, à défaut de respecter la loi, était généralement considérée comme conforme aux pratiques exemplaires : la bonne foi diminuera le montant des dommages-intérêts. Même là, il serait possible pour les utilisateurs de s'assurer contre le risque que la conformité aux pratiques exemplaires ne s'avère pas suffisante aux yeux du tribunal¹¹¹.

Le Canada a choisi l'approche en amont. Le principal avantage de cette approche est que la licence, lorsqu'elle est délivrée, offre une protection complète pour autant que l'utilisateur respecte ses modalités : le seul recours du titulaire du droit d'auteur consiste à percevoir les redevances fixées dans la licence. Cependant, un tel niveau de sécurité a un prix. Toute adaptation du processus à l'octroi massif de licences doit respecter les exigences prévues expressément ou implicitement à l'article 77 de la *Loi*. Les œuvres visées par une licence doivent être identifiées ou identifiables. Une recherche raisonnable doit être effectuée pour chaque œuvre visée. Il ne peut y avoir de licence générale, ni de décision préalable selon laquelle certaines recherches seront jugées suffisantes dans tous les cas, étant donné qu'une telle décision préalable entraverait illégalement le pouvoir discrétionnaire du comité appelé à décider s'il y a lieu ou non de délivrer la licence. En somme, le processus peut devenir lourd et long, voire oppressif. Cela peut s'expliquer en partie par le fait que le

111. Voir par exemple BOUCHARD (Mario), *An Essay on Monetizing Copyright over the Internet*, présenté au Barreau du Haut-Canada, 17 avril 2009 (non publié).

processus a été conçu à un moment où seules les demandes de particuliers étaient envisagées¹¹².

Cela ne signifie pas que l'octroi massif de licences soit impossible au titre de l'article 77 de la *Loi*. La Commission a réussi à adapter le régime à l'octroi massif de licences dans un environnement analogique¹¹³. On peut supposer que cela pourrait également se faire dans un environnement numérique, où l'échange de renseignements est généralement plus facile.

La façon la plus efficace pour simplifier un processus d'octroi massif de licences consiste à fixer le plus grand nombre possible de paramètres avant qu'une demande soit déposée. Bien que ces paramètres ne puissent être déterminants¹¹⁴, ils faciliteront considérablement en pratique le processus de recherche, d'analyse et de prise de décision. Il existe un outil pouvant servir à atteindre ces objectifs : il s'agit d'un protocole de recherche et d'octroi de licences qui est élaboré par la Commission en collaboration avec l'utilisateur prévu. Ce protocole déterminera les attentes de la Commission à l'égard de questions comme les utilisations prévues, les types d'œuvres visées, les efforts attendus en matière de recherche, la forme du dépôt, les modalités proposées de la licence, les formes de paiement et autres. Des dispositions particulières pourraient identifier des sources de référence à utiliser pour trouver le titulaire du droit d'auteur (lesquelles peuvent varier en fonction du type d'œuvre) ; exiger davantage de recherches pour les auteurs connus ou les œuvres plus récentes ; permettre à l'utilisateur de se fier à des recherches antérieures pour des demandes de licence subséquentes concernant le même titulaire du droit d'auteur¹¹⁵ ; prévoir quels avis doivent être envoyés aux titulaires potentiels de droits d'auteur, les informant notamment que, s'ils ne répondent pas aux demandes de renseignements, la Commission pourrait conclure qu'ils ne sont pas les titulaires ; prévoir la publication d'avis¹¹⁶ ; déterminer la forme (élec-

112. Le genre de conditions prévues dans les divers rapports canadiens qui proposaient l'adoption d'un régime des titulaires de droits d'auteur introuvables donne certainement cette impression : voir le texte accompagnant les notes 5 à 11, *supra*. Une version abrégée du document sera publiée dans la livraison d'octobre 2010 du *Internet and E-Commerce Law in Canada*, (vol. 11, n° 6).

113. *Microreproductions*, *supra*, notes 74 et 80.

114. Étant donné que cela constituerait une restriction induite du pouvoir discrétionnaire de la Commission, lequel doit forcément être exercé lorsqu'une demande formelle est déposée.

115. La Commission autorise déjà les particuliers demandeurs à s'appuyer sur des recherches antérieures pour trouver les auteurs dont les œuvres ont fait l'objet de licences par le passé.

116. *Loi*, art. 66.71.

tronique ou autre) des demandes. Le protocole peut également énoncer les modalités proposées de licence, à l'égard notamment des utilisations prévues, de la durée, des redevances (habituellement selon une grille), des avis à envoyer aux utilisateurs potentiels, du droit de rétractation des titulaires de droits d'auteur qui se manifestent, etc.

Le protocole, une fois sous sa forme définitive, sera mis en œuvre. Le personnel de la Commission examinera les toutes premières demandes de façon approfondie afin de s'assurer que les présomptions reflétées dans le protocole sont raisonnables. Après examen, les demandes seront soumises à un comité qui décidera s'il y a lieu ou non de délivrer la licence et, dans l'affirmative, selon quelles modalités. Généralement, mais pas nécessairement, la licence reflétera les modalités prévues dans le protocole de recherche. Le protocole sera modifié au besoin. Avec le temps, l'examen des demandes subséquentes deviendra moins rigoureux à mesure que la Commission sera davantage confiante que les recherches par des particuliers sont suffisamment fiables. Un processus de vérification permettra à la Commission de rester satisfaite de la fiabilité. À mesure que l'expertise des équipes de recherche des utilisateurs croîtra, le processus deviendra un peu moins exigeant.

Recourir à des protocoles de recherche pour appuyer l'octroi massif de licences n'est pas une panacée. Cela ne change pas la nature en amont du régime. En conséquence, il ne sera jamais aussi facile pour un utilisateur d'agir en vertu de licences fondées sur l'article 77 que dans le cadre d'un système de vérification en aval sans approbation en amont. Cela dit, certains utilisateurs apprécient la sécurité qu'offre la délivrance de licences.

13. CONCLUSION

L'article 77 de la *Loi* est en vigueur depuis maintenant 21 ans. Au cours de cette période, le volume des demandes n'a pas été écrasant. Cependant, à petits pas, les personnes envisageant des utilisations de masse se demandent si elles ne devraient pas se prévaloir du processus d'octroi de licences de la Commission. Cela posera des problèmes qui sont difficiles à évaluer pour l'instant, même avec mes connaissances de ces questions.

Sans aucun doute, un gouvernement pourrait vouloir revoir un certain nombre de questions s'il devait décider de conserver la structure actuelle du régime.

Actuellement, les licences ne confèrent pas d'office un droit de rétractation au titulaire du droit d'auteur qui se manifeste après que la Commission a délivré une licence. Bien qu'un tel droit puisse s'avérer peu utile sur le plan pratique lorsque l'utilisation a déjà eu lieu et que le licencié a investi d'importantes sommes dans l'entreprise (la promotion d'un disque ou d'un livre, par exemple), cela est tout à fait imaginable dans d'autres circonstances. Ainsi, il n'est pas excessif d'exiger qu'une bibliothèque retire une monographie de son site Web. Par ailleurs, ce genre de mécanisme de rétractation, assorti de conditions, existe dans de nombreux cas où l'émergence de nouveaux droits est susceptible de causer un préjudice aux utilisateurs¹¹⁷.

L'article 77 de la *Loi* n'établit pas de mécanisme spécifique de règlement des différends découlant de la délivrance ou de la mise en œuvre d'une licence, notamment en ce qui concerne la titularité du droit d'auteur ou le respect des modalités de la licence. Apparemment, il incombe aux tribunaux de droit commun de statuer sur ces différends. Certains pourraient considérer que la Commission, étant celle qui a délivré la licence, serait la mieux placée pour trancher ces différends.

Le paragraphe 77(4) de la *Loi* habilite la Commission à adopter des règlements régissant la délivrance de licences. La portée de ce pouvoir a suscité un certain débat¹¹⁸. Cela dit, les règlements adoptés en vertu de cette disposition qui porteraient à l'avance que certains types de recherche constituent des « efforts raisonnables » pour certaines utilisations de certaines œuvres constitueraient probablement une restriction indue du pouvoir discrétionnaire de la Commission de décider s'il y a lieu ou non de délivrer une licence. Pourtant, un tel pouvoir de réglementation assurerait sans doute aux utilisateurs potentiels une plus grande certitude lorsqu'ils déterminent si leurs efforts sont suffisants pour justifier une demande à la Commission.

Tous ne conviennent pas que l'article 77 devrait s'appliquer uniquement aux œuvres publiées. Le Bureau américain du droit d'auteur considère assurément que cette limite est inutile¹¹⁹. D'au-

117. Les articles 32.4, 32.5, 33 et 78 de la *Loi* prévoient même que, bien que certaines utilisations d'objets du droit d'auteur qui auparavant n'étaient pas protégées soient permises, on peut y mettre fin en versant une indemnité suffisante.

118. de BEER (Jeremy) *et al.*, *supra*, note 20, p. 17-21.

119. *US Report*, *supra*, note 14, p. 100-102.

tres, comme la Commission¹²⁰, se sont dits d'avis que l'accès aux œuvres non publiées devrait être le même que pour les œuvres publiées.

Actuellement, la Commission ne peut statuer sur les droits moraux qu'indirectement, et seulement dans une certaine mesure¹²¹. Autrement dit, un licencié au titre de l'article 77, dont l'utilisation qu'il fait d'une œuvre soulève des questions touchant les droits moraux, s'expose à une éventuelle violation de ces droits. Certains peuvent considérer que la responsabilité de l'utilisateur à cet égard devrait être davantage précisée.

Les mécanismes relatifs aux œuvres orphelines (qu'ils soient en amont ou en aval) ne doivent pas être considérés en vase clos. Parmi les autres options, on compte la réduction du nombre de titulaires introuvables au nom desquels une licence est accordée par l'entremise d'un système d'octroi de licences collectives étendues¹²² ; un éventail de mécanismes d'enregistrement volontaire¹²³ ; et, bien entendu, de simples exemptions.

Les critiques formulées à l'égard du régime canadien se classent en général dans trois catégories. La première repose sur une compréhension partielle du régime. La deuxième découle d'une perception de la réalité qui diffère de celle qui sous-tendait la décision du législateur d'adopter l'article 77 il y a de cela une génération, alors que l'Internet en était à ses premiers balbutiements et que le World Wide Web était encore à l'état embryonnaire. La troisième reflète différents choix stratégiques, en particulier une différence

120. Mémoire de la Commission du droit d'auteur relatif au projet de loi C-32, *Loi modifiant la Loi sur le droit d'auteur*, au Comité permanent du patrimoine canadien, 3 septembre 1996 ; Témoignage de Michel Héту, c.r., vice-président et premier dirigeant, Commission du droit d'auteur, devant le Comité permanent du patrimoine canadien de la Chambre des Communes, 6 novembre 1996, accessible à <http://www.parl.gc.ca/35/Archives/committees352/heri/evidence/36_96-11-06/heri36_blk201.html>.

121. de BEER (Jeremy) *et al.*, *supra*, note 20, p. 30.

122. Voir GERVAIS (Daniel), *Application d'un régime de licence collective étendue en droit canadien : principes et questions relatives à la mise en œuvre* (Ottawa : ministère du Patrimoine canadien, 2003), p. 34. Veuillez noter que le régime de licence collective étendue rétrécit considérablement la question mais ne l'élimine pas, dans la mesure où : a) un régime d'octroi de licences collectives étendues devrait permettre aux titulaires de droits de se retirer, et b) les titulaires de droits qui se retirent sont tout aussi susceptibles que les autres de devenir introuvables.

123. Rapport de 2007 du High Level Expert Group, *supra*, note 104 ; *US Report*, *supra*, note 14, p. 70-71, 106.

dans la manière d'encadrer les utilisations non autorisées d'œuvres orphelines.

Lorsqu'on en fait un examen superficiel, il est facile de conclure que le régime est un échec. Le nombre de demandes demeure faible ; par rapport à l'ensemble des utilisations d'œuvres orphelines nécessitant une licence, cela représente probablement une infime fraction d'un point de pourcentage. Le montant total des redevances est minime¹²⁴ et ne représente certainement qu'une fraction des ressources que la Commission consacre au programme. Pourtant, c'est précisément ainsi qu'on pourrait qualifier ce point de vue : superficiel. Le régime a le mérite d'exister. On peut dire que son existence est un encouragement à respecter le droit d'auteur – et, inversement, un outil dont le titulaire du droit d'auteur pourrait se servir pour soutenir une réclamation de dommages-intérêts préétablis lorsqu'un utilisateur ne s'est pas donné la peine de demander une licence fondée sur l'article 77. Le fait que, apparemment, tous les pays qui ont légiféré sur les œuvres orphelines jusqu'à présent ont choisi la même approche en amont que le Canada est révélateur en soi¹²⁵. Somme toute, le régime canadien ne peut être rejeté d'emblée.

124. Voir BEER (Jeremy de) *et al.*, *supra*, note 20, p. 44, qui l'évalue à moins de 70 000 \$.

125. Il est toutefois tout aussi facile de prétendre qu'il s'agissait de l'approche de prédilection précisément parce que les régimes ont été créés dans un monde analogique où seules les utilisations par des particuliers étaient envisagées.

