
**LE RÉGIME CANADIEN DES « ŒUVRES ORPHELINES » :
LES TITULAIRES DE DROIT D'AUTEUR INTROUVABLES
ET LA COMMISSION DU DROIT D'AUTEUR**

**PAR
JEREMY DE BEER*
ET
MARIO BOUCHARD****

LE 1^{ER} DÉCEMBRE 2009

**Jeremy de Beer est professeur agrégé à la faculté de droit de l'Université d'Ottawa.
** Mario Bouchard est l'avocat général de la Commission du droit d'auteur du Canada.*

Les auteurs remercient Daniel Albahary, Mélissa Lacroix, Derek Loewen, Ryan Prescott, Michael Walsh et Tanya Woods pour l'aide qu'ils leur ont apportée dans la recherche et les analyses statistiques dont il est ici rendu compte. Ils remercient également Claude Majeau, Lise St-Cyr, Tina Lusignan et les autres membres du personnel de la Commission pour leur contribution à l'établissement de la présente étude.

Cette étude a été financée par la Commission du droit d'auteur du Canada et le ministère du Patrimoine canadien. Cependant, elle n'exprime que les opinions des auteurs, qui ne sont pas nécessairement celles de ces deux organismes ou du gouvernement du Canada.

RÉSUMÉ

La *Loi sur le droit d'auteur* du Canada contient des dispositions, réunies dans son article 77, qui autorisent la Commission du droit d'auteur du Canada à délivrer une licence à l'intéressé qui n'a pu retrouver le titulaire du droit d'auteur bien qu'il ait fait son possible, dans les circonstances, pour y arriver. Ces dispositions constituent le régime canadien des « œuvres orphelines ». La question des œuvres orphelines prend de plus en plus d'importance et fait l'objet d'une attention mondiale. Bien qu'on puisse soutenir qu'il représente l'une des solutions législatives en vigueur les plus avancées du monde au problème des œuvres orphelines, le régime canadien n'a guère fait l'objet d'analyses systématiques et est souvent mal compris dans ses détails. La présente étude est la première à proposer une description complète des aspects juridiques et pratiques du régime canadien des œuvres orphelines. Elle ne se veut ni une évaluation de programme ni une analyse de politique, encore que les résultats empiriques dont elle rend compte puissent servir de base à des travaux ultérieurs de cette nature.

L'article 77 confère à la Commission le pouvoir de délivrer des licences non exclusives autorisant l'utilisation au Canada d'œuvres publiées, de fixations de prestations, d'enregistrements sonores publiés et de fixations de signaux de communication dont les titulaires du droit d'auteur sont introuvables. Lorsqu'on ne sait pas avec certitude si l'œuvre orpheline est protégée ou si l'utilisation projetée exige une licence, la Commission a le pouvoir discrétionnaire de décider s'il y a lieu ou non de délivrer une licence. La Commission n'a pas le pouvoir de renoncer aux droits moraux des auteurs lorsqu'elle octroie une licence d'utilisation d'une œuvre dont le titulaire du droit d'auteur est introuvable, mais elle a pour usage d'assortir la licence de modalités propres à inciter le licencié à respecter ces droits moraux. Elle ne peut délivrer de licence que si le demandeur a démontré qu'il n'a pu retrouver le titulaire du droit d'auteur après avoir fait son possible, dans les circonstances, pour y arriver. Les efforts jugés nécessaires dépendent de facteurs contextuels, entre autres de la nature du demandeur, de l'œuvre et de l'utilisation projetée. La Commission conserve toujours le pouvoir discrétionnaire résiduel de rejeter les demandes, mais elle doit l'exercer de manière raisonnable. Elle doit aussi se montrer raisonnable dans la fixation des modalités de la licence. Ces modalités peuvent concerner les questions de la territorialité, de la durée, de la rétroactivité, du taux des redevances et de leur paiement, des mentions relatives au droit d'auteur, ainsi que du caractère annulable et de la cessibilité de la licence. Parmi ces questions, celle du taux des redevances et de leur paiement s'est révélée l'une des plus controversées et des plus difficiles à régler. La Commission a pour pratique soit de subordonner le paiement de redevances à la condition que l'on retrouve le titulaire du droit d'auteur, soit de prescrire aux licenciés de verser des redevances à une société de gestion représentant des titulaires de droit d'auteur de la même catégorie que le titulaire introuvable.

Depuis la promulgation du régime, la Commission a ouvert 411 dossiers concernant quelque 12 640 œuvres orphelines, et a répondu à un nombre considérablement plus élevé de demandes de renseignements. Le nombre des demandes de licences reçues par année a plus que quadruplé depuis 1990. Environ la moitié de l'ensemble des demandes a donné lieu à la délivrance de licences. Les autres demandes ont pour la plupart été retirées ou

abandonnées, souvent parce que le demandeur avait retrouvé le titulaire du droit d'auteur avec l'aide de la Commission ou d'une société de gestion. Très peu de demandes ont fait l'objet d'un rejet proprement dit. Environ la moitié des décisions ayant donné lieu à la délivrance de licences ont été rendues après une durée de traitement de huit semaines, et environ le quart après une durée de traitement de 16 semaines. Cependant, 12 % des demandes ont donné lieu à décision en moins de deux semaines. Il n'existe aucune preuve directe que la durée de traitement des demandes ait changé sensiblement, malgré l'accroissement de la charge de travail de la Commission. Les durées moyennes de traitement des demandes concernant respectivement des œuvres artistiques, littéraires et musicales sont pratiquement les mêmes, mais les demandes visant des plans architecturaux ont été traitées beaucoup plus rapidement. Dans bien des cas, les lenteurs sont attribuables au fait que les intéressés négligent de répondre aux communications de la Commission, qui peut par exemple avoir besoin de renseignements complémentaires. Le nombre moyen de jours nécessaires pour traiter les demandes non commerciales était de 47, contre 63 pour les demandes commerciales. Les entreprises ou organismes commerciaux représentaient 37 % de l'ensemble des demandes; les personnes physiques, 31 %; les éducateurs ou établissements d'enseignement, 13 %; les organismes d'État, 11 %; les galeries et musées, 3 %; et les groupes communautaires et organismes caritatifs, le pourcentage restant. Compte non tenu de la nature des demandeurs, 51 % des demandes visaient des utilisations commerciales (plutôt que non commerciales). La plupart des demandes concernaient des œuvres littéraires (39 %), des œuvres artistiques (22 %), ainsi que des œuvres musicales, des prestations et des enregistrements sonores (11 %). Dix-neuf pour cent de l'ensemble des demandes portaient sur des plans architecturaux, mais il n'a plus été présenté de demandes de cette nature après que la Commission eut annoncé en 2007 un changement de politique à leur égard. La valeur totale des redevances payées ou à payer relativement aux licences délivrées par la Commission est inférieure à 70 000 \$. Les redevances conditionnelles à la découverte du titulaire formaient 30 % de ce total, tandis que les 70 % restants devaient être payés immédiatement à une société de gestion.

Les analyses juridique, empirique et statistique démontrent la nécessité d'un supplément d'examen des questions de politique concernant les titulaires de droit d'auteur introuvables et les œuvres orphelines au Canada. Le présent rapport constitue un travail préparatoire à la poursuite de l'étude du problème, aux comparaisons avec d'autres États, ainsi qu'à la formulation de recommandations en vue d'améliorer le fonctionnement du régime canadien et de suggestions de solutions législatives, administratives ou pratiques.

TABLE DES MATIÈRES

I.	Introduction.....	6
II.	Analyse juridique	10
	A. Les dispositions législatives applicables.....	10
	B. La compétence de la Commission	11
	1. Œuvres, prestations, enregistrements et signaux	11
	2. Publication ou fixation.....	12
	3. La condition de protection par le droit d’auteur	13
	4. L’obligation de faire son possible pour retrouver le titulaire	18
	5. Le pouvoir discrétionnaire résiduel d’accueillir ou de rejeter les demandes.....	22
	C. Le pouvoir discrétionnaire d’établir les modalités de la licence.....	24
	1. La territorialité	24
	2. La durée	25
	3. Les licences provisoires	26
	4. La rétroactivité.....	27
	5. Les redevances et leur paiement	28
	6. Les mentions relatives au droit d’auteur	33
	7. L’annulation et la résiliation	34
	8. La cessibilité	36
III.	Analyse empirique et statistique	36
	A. Le nombre des demandes et les taux afférents.....	37
	B. Les résultats des demandes	38
	C. Les durées de traitement des demandes	39
	D. La nature des demandeurs, des œuvres et des utilisations projetées.....	42
	E. La valeur des redevances relatives aux licences délivrées.....	44
IV.	Conclusion	46

I. Introduction

La protection du droit d'auteur dure longtemps : de 50 ans à plus d'un siècle. Il n'existe pas d'obligation d'enregistrement du droit d'auteur. Il n'existe pas non plus de liste complète des titulaires de droits déterminés. Par conséquent, il arrive qu'on ne puisse trouver le titulaire du droit d'auteur sur l'œuvre qu'on souhaite utiliser, soit parce qu'il est inconnu, soit parce qu'on ne dispose pas des renseignements nécessaires pour le joindre.

L'expression « œuvres orphelines » est employée aux États-Unis et ailleurs « pour décrire la situation dans laquelle le titulaire du droit d'auteur sur une œuvre protégée ne peut être identifié et trouvé par quelqu'un qui souhaite utiliser cette œuvre d'une manière exigeant l'autorisation de ce titulaire ». ¹ La *Loi sur le droit d'auteur* parle à ce propos de « titulaires introuvables ». ² Cette expression correspond à *owners who cannot be located* dans le texte anglais de la *Loi*, et est rendue librement par *unlocatable owners* dans l'usage courant. L'expression « œuvre orpheline » met l'accent sur la situation de l'œuvre, tandis que « titulaire introuvable » se rapporte avant tout à la situation du titulaire. Nous employons ici l'une et l'autre locutions, selon le contexte. ³

L'incapacité des utilisateurs éventuels à trouver les titulaires de droit d'auteur crée souvent des difficultés. L'intéressé qui ne peut invoquer le droit d'utilisation équitable ou d'autre justification pour se passer de l'autorisation du titulaire du droit d'auteur n'a pas beaucoup de possibilités. Soit il décide d'aller de l'avant sans cette autorisation, portant ainsi atteinte au droit d'auteur, privant le titulaire de la rémunération qui lui est due, s'exposant à des poursuites au civil et au pénal, et contribuant au mépris de la loi. Soit il décide de s'abstenir d'utiliser l'œuvre, ce qui a pour conséquences de le frustrer lui-même dans ses espoirs et de priver le titulaire d'une possibilité de percevoir des redevances, et risque en fin de compte d'entraver le développement économique et social.

Aucun des termes de cette alternative n'est intéressant. En fait, les œuvres orphelines forment l'une des principales questions relatives au droit d'auteur dont à peu près tous les intervenants seraient d'accord pour dire qu'elles posent un problème important de politique générale, ainsi qu'en témoigne par exemple la réponse massive, donnée par pratiquement tous les groupes d'intérêt qui participent en général aux débats d'orientation sur le droit d'auteur, qu'a reçue le Copyright Office des États-Unis à son appel d'observations sur le sujet. ⁴ La Recording Industry Association of America, Lawrence Lessig, Google Inc., l'Association of American Publishers et des centaines d'autres intervenants se sont tous accordés pour dire qu'il s'agit là d'un problème réel. ⁵

¹ Registrar of Copyrights, *Report on Orphan Works*, Washington, United States Copyright Office, 2006 [rapport américain], p. 1.

² *Loi sur le droit d'auteur*, L.R.C. 1985, ch. C-42, art. 77. <http://laws.justice.gc.ca/fra/C-42/index.html>

³ On appelle parfois « orphelin » le titulaire de droit d'auteur qui n'est pas lié à une société de gestion. Cette question est cependant tout à fait distincte de celle des œuvres orphelines et des titulaires introuvables.

⁴ Rapport américain, *supra* (note 1), p. 17.

⁵ Voir le rapport américain, *supra* (note 1), annexe B. Toutes les observations formulées sont consultables en ligne à l'adresse <http://www.copyright.gov/orphan/comments/index.html>.

La publication de rapports très discutés, aussi bien aux États-Unis (le rapport américain)⁶ qu'au Royaume-Uni (l'étude du BSAC)⁷ et en Europe continentale (les rapports du GEHN et le rapport de l'IViR),⁸ démontre que la question des œuvres orphelines fait maintenant l'objet d'une attention mondiale. L'intention de diffuser sur Internet des quantités massives de documents qui pourront ainsi être facilement découverts par les titulaires de droit d'auteur, et donc donner lieu à des risques de réclamations mettant en jeu des sommes considérables, n'a pas peu fait pour susciter l'intérêt dont cette question fait actuellement l'objet.

Cependant, les intervenants d'horizons distincts et les décideurs d'États différents ont des avis divergents sur la manière de résoudre le problème. L'une des solutions possibles consiste à réduire les risques qu'entraîne l'utilisation des œuvres sans autorisation en limitant les mesures de réparation offertes aux titulaires introuvables.⁹ Une autre consiste à décharger de toute responsabilité pour contrefaçon l'utilisateur qui n'a pu trouver le titulaire après avoir déployé des efforts raisonnables en ce sens.¹⁰ Une troisième possibilité, en cours de discussion, serait de considérer les titulaires introuvables comme représentés par une société de gestion, dans le cadre d'un régime de licence collective étendue.¹¹ Ces propositions s'ajoutent à un certain nombre de formules « non impératives » aussi envisagées, par exemple celle qui consisterait à inciter à une utilisation volontaire plus fréquente des registres et bases de données contenant des renseignements sur les titulaires de droit d'auteur.¹²

Plusieurs pays, dont l'Inde, le Japon, la Corée du Sud et le Royaume-Uni, ont déjà établi des mécanismes limités en vue de régler certains aspects du problème des œuvres orphelines. On pourrait soutenir que le Canada, quant à lui, a mis en place l'une des formules législatives les plus avancées du monde à cet égard. L'article 77 de la *Loi sur le droit d'auteur* du Canada confère à la Commission du droit d'auteur le pouvoir de

⁶ Rapport américain, *supra* (note 1).

⁷ British Screen Advisory Council, *Copyright and Orphan Works: A Paper Prepared for the Gowers Review by the British Screen Advisory Council*, 2006, <http://www.bsac.uk.com/reports/orphanworkspaper.pdf> [étude du BSCA].

⁸ i2010 : Groupe d'experts de haut niveau sur les bibliothèques numériques – Sous-groupe Droits d'auteur, *Rapport sur la conservation numérique, les œuvres orphelines et les éditions épuisées. Questions particulières de mise en pratique*, 2007, http://ec.europa.eu/information_society/activities/digital_libraries/doc/hleg/reports/copyright/copyright_report_april_2007_fr.pdf [rapport du GEHN de 2007]; *Final Report on Digital Preservation, Orphan Works, and Out-of-Print Works*, 2008, http://ec.europa.eu/information_society/activities/digital_libraries/doc/hleg/reports/copyright/copyright_subgroup_final_report_26508-clean171.pdf [rapport du GEHN de 2008]; et Hugenholtz, Bernt, et. coll., *The Recasting of Copyright & Related Rights for the Knowledge Economy*, Amsterdam, Institut du droit de l'information, 2006, ch. 5, http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/docs/studies/etd2005imd195recast_report_2006.pdf [rapport de l'IViR].

⁹ Rapport américain, *supra* (note 1), p. 126.

¹⁰ Étude du BSAC, *supra* (note 7), p. 37-38.

¹¹ Voir Daniel Gervais, *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. 33.

¹² Rapport du GEHN de 2007, *supra* (note 8); et rapport américain, *supra* (note 1), p. 70, 71 et 106.

délivrer une licence non exclusive au demandeur qui n'a pu trouver le titulaire du droit d'auteur après avoir fait son possible, dans les circonstances, pour y arriver. Malgré la relative simplicité de cet article, le large pouvoir discrétionnaire qu'il donne à la Commission a soulevé un bon nombre de questions juridiques et pratiques.

Il est fait référence au régime canadien dans tous les principaux rapports, et dans certains mémoires de spécialistes, de l'étranger. Beaucoup trouvent à y redire. Le rapport américain note qu'on reproche au régime canadien d'imposer un fardeau administratif injustifié aux demandeurs, de sorte qu'il donne lieu à des lenteurs et ne présente guère d'avantages.¹³ Le rapport de l'IViR cite des critiques analogues touchant le temps et les dépenses qu'exigent les demandes de licences soumises à la Commission.¹⁴ L'étude du BSAC attribue en partie le caractère censément limité de l'efficacité du régime canadien à sa portée étroitement nationale et à son inapplicabilité aux œuvres non publiées.¹⁵ Certains observateurs étrangers reprochent aussi au régime canadien le fait que la Commission exige souvent que les demandeurs versent des redevances à une société de gestion pour l'utilisation d'œuvres orphelines; la plupart de ceux qui ont évoqué cette pratique devant le Copyright Office des États-Unis « étaient fermement défavorables à l'approche canadienne ». ¹⁶ D'autres commentateurs voient des aspects positifs dans le régime de l'article 77, reconnaissant que l'intervention de la Commission aide à contrôler la qualité des efforts de recherche et que la participation d'une autorité publique est une formule potentiellement intéressante.¹⁷

Un grand nombre des commentateurs du régime canadien se méprennent sur la pratique et le droit canadiens et les simplifient à l'excès.¹⁸ On peut les comprendre, étant donné la rareté des études sur ce sujet. Bien que la question des œuvres orphelines suscite un intérêt très vif et que le régime canadien se distingue des autres, on n'a guère analysé jusqu'à maintenant les pratiques et les procédures de la Commission du droit d'auteur dans ce domaine. Le peu d'attention accordé au régime canadien s'accorde avec l'observation du Copyright Office des États-Unis selon laquelle, en général, « on n'avait effectué que très peu de recherche systématique sur les problèmes particuliers relatifs aux titulaires de droit d'auteur non identifiables et introuvables ». ¹⁹

¹³ Rapport américain, *supra* (note 1), p. 83. Voir aussi Center for the Study of the Public Domain, Duke Law School, "Orphan Works Analysis and Proposal", étude présentée au Copyright Office, mars 2005.

¹⁴ Rapport de l'IViR, *supra* (note 8), p. 187.

¹⁵ Étude du BSAC, *supra* (note 7), p. 11.

¹⁶ Rapport américain, *supra* (note 1), p. 114.

¹⁷ Rapport de l'IViR, *supra* (note 8) p. 187; et rapport du GEHN de 2007, *supra* (note 8), p. 9.

¹⁸ Voir par exemple : Benjamin Hickman, "Can You Find A Home For This 'Orphan' Copyright Work? A Statutory Solution For Copyright-Protected Works Whose Owners Cannot Be Located", 2006, 57 *Syracuse L. Rev.* 123, p. 154-155; Dennis Khong, "Orphan Works, Abandonware and the Missing Market for Copyrighted Goods", 2006, 15(1) *Int'l J.L. & I.T.*; Pamela Brannon, "Reforming Copyright To Foster Innovation: Providing Access To Orphaned Works", 2007, 14 *J. Intell. Prop. L.* 145; Ian McDonald, "Some Thoughts on Orphan Works", 2006, 24(3) *Copyright Reporter* 157; et Jerry Brito et Bridget Dooling, "An Orphan Works Affirmative Defense to Copyright Infringement Actions", 2005, 12 *Mich. Telecomm. Tech. L. Rev.* 75, p. 105-107.

¹⁹ Rapport américain, *supra* (note 1), p. 21.

Donc, bien que certains cherchent une inspiration dans l'expérience canadienne, on n'a pas analysé en profondeur au Canada, des points de vue juridique, économique ou stratégique, la question des œuvres orphelines ni la manière dont le législateur et la Commission du droit d'auteur ont tenté de la régler. Cette question est brièvement évoquée dans certains manuels canadiens,²⁰ mais n'a pas par ailleurs fait l'objet d'études savantes. Le gouvernement du Canada a recensé les problèmes que pourrait poser le régime de licences de l'article 77 dans un rapport, daté de 2002, sur les dispositions et l'application de la *Loi sur le droit d'auteur*, mais sans inscrire cette question au programme de réforme.²¹ Quant à la jurisprudence sur le sujet, il n'y en a pas, à part les décisions de la Commission, qui ont jusqu'à maintenant été rendues sans le secours d'une étude systématique ni d'une analyse comparative.

La présente étude inaugure donc l'analyse du problème des œuvres orphelines au Canada. La première étape a consisté à recenser, à examiner et à analyser toutes les demandes présentées à la Commission sous le régime de l'article 77, et à classer les dossiers correspondants dans une base de données. Les conclusions dont nous rendons compte dans le présent rapport sont issues d'une analyse statistique des données ainsi recueillies et classées.

Le principal objet du rapport qui suit est de décrire la méthode adoptée pour l'examen systématique des décisions de la Commission et d'exposer les résultats de cet examen. Le rapport commence par une brève analyse juridique du dispositif législatif régissant l'octroi de licences dans les cas où le titulaire du droit d'auteur est introuvable, analyse enrichie par des références aux décisions de la Commission touchant les problèmes particuliers qui se sont posés jusqu'à maintenant. La deuxième partie du rapport rend compte du premier examen empirique détaillé et de la première analyse statistique approfondie de l'ensemble des dossiers de la Commission relatifs aux demandes formées sous le régime de l'article 77.

Le présent rapport ne recommande pas de modifications législatives ni n'examine les possibilités à cet égard, pas plus qu'il ne propose d'analyse ou d'évaluation d'autres solutions possibles du problème des œuvres orphelines. On y trouvera cependant une définition des questions générales qui exigent l'attention et, nous l'espérons, une base solide pour les recherches ultérieures. Plus précisément, l'étude dont nous rendons

²⁰ Voir par exemple : David Vaver, *Copyright Law*, Toronto, Irwin Law, 2000, p. 226; Sunny Handa, *Copyright Law in Canada*, Markham, Butterworths, 2002, p. 141 et 354; Normand Tamaro, *Annotated Copyright Act*, Toronto, Thompson Canada, 2004, p. 756-762; Laurent Carrière, "Unlocatable Copyright Owners: Some Comments On The Licensing Scheme Of Section 77 Of The Canadian Copyright Act", 1998, dans *Robic-Léger's Canadian Copyright Act Annotated*, Toronto, Carswell, 1993.

²¹ « Certains intervenants craignent que le processus d'octroi de licence *in absentia* à des œuvres d'un titulaire de droit d'auteur introuvable ait surchargé les ressources de la Commission et qu'il soit nécessaire d'améliorer le processus en la matière. D'autre part, l'octroi de licence *in absentia* s'applique uniquement aux œuvres, aux prestations et aux enregistrements sonores qui ont fait l'objet d'une publication. Il y a lieu de se demander si le processus d'octroi de licence *in absentia* doit être étendu aux œuvres non publiées. Ces dernières, plus particulièrement les archives, peuvent s'avérer d'intérêt public. » Canada. *Stimuler la culture et l'innovation : Rapport sur les dispositions et l'application de la Loi sur le droit d'auteur*, Ottawa, Industrie Canada, 2002, p. 46.

compte ici devrait servir de travail préparatoire à une analyse comparant le régime canadien aux mécanismes existants ou envisagés dans d'autres États, à l'évaluation des questions sous-jacentes de politique générale, ainsi qu'à l'examen des solutions législatives ou réglementaires possibles du problème.

II. Analyse juridique

Aucun tribunal judiciaire n'a encore examiné les questions juridiques spécifiquement liées au régime canadien de licences d'utilisation des œuvres orphelines. Notre analyse juridique doit donc se fonder sur les principes applicables du droit d'auteur et du droit administratif, ainsi que sur les règles générales d'interprétation des dispositions législatives. En outre, la Commission du droit d'auteur a élaboré au fil des ans des pratiques uniformes fondées sur sa propre interprétation du régime. Ces pratiques ont trouvé leur expression dans un nombre croissant de décisions qui remplissent la fonction de précédents non officiels dont la Commission s'inspire pour se prononcer sur les demandes dont elle est saisie.

A. Les dispositions législatives applicables

L'article 77 de la *Loi sur le droit d'auteur* permet à quiconque souhaite obtenir l'autorisation d'utiliser une œuvre protégée, mais ne peut trouver le titulaire du droit d'auteur, de demander une licence d'utilisation de cette œuvre à la Commission du droit d'auteur du Canada. Cet article est libellé comme suit :

<p>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.</p>	<p>77. (1) Where, on application to the Board by a person who wishes to obtain a licence to use</p> <ul style="list-style-type: none"> (a) a published work, (b) a fixation of a performer's performance (c) a published sound recording, or (d) a fixation of a communication signal <p>in which copyright subsists, the Board is satisfied that the applicant has made reasonable efforts to locate the owner of the copyright and that the owner cannot be located, the Board may issue to the applicant a licence to do an act mentioned in section 3, 15, 18 or 21, as the case may be.</p>
<p>(2) La licence, qui n'est pas exclusive, est délivrée, selon les modalités établies par la Commission.</p>	<p>(2) A licence issued under subsection (1) is non-exclusive and is subject to such terms and conditions as the Board may establish.</p>

(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.	(3) The owner of a copyright may, not later than five years after the expiration of a licence issued pursuant to subsection (1) in respect of the copyright, collect the royalties fixed in the licence or, in default of their payment, commence an action to recover them in a court of competent jurisdiction.
(4) La Commission peut, par règlement, régir l'attribution des licences visées au paragraphe (1).	(4) The Copyright Board may make regulations governing the issuance of licences under subsection (1).

B. La compétence de la Commission

Tandis que les régimes des œuvres orphelines de certains autres pays, tels que le Japon²² et la Corée du Sud,²³ permettent à des organismes gouvernementaux de délivrer des licences, le régime canadien donne ce pouvoir à un tribunal administratif. Le paragraphe 77(1) confère en effet à la Commission le pouvoir d'octroyer une licence au demandeur, mais seulement dans certains cas. Le libellé des dispositions applicables implique que la compétence de la Commission est limitée. Lorsque certaines conditions ne sont pas remplies, la Commission n'a pas compétence pour délivrer une licence. Cependant, même si les conditions applicables sont remplies, le terme « peut » [*may*] donne à penser que la Commission conserve le pouvoir discrétionnaire résiduel d'accueillir ou de rejeter la demande. Nous examinons ci-dessous quelques questions pertinentes à cet égard.

1. Œuvres, prestations, enregistrements et signaux

Au moment de la promulgation de l'article 77 en 1988, la Commission du droit d'auteur a reçu le pouvoir de délivrer des licences autorisant l'accomplissement des actes visés à l'article 3. Celui-ci confère au titulaire du droit d'auteur le droit de produire, reproduire, représenter, traduire, transformer, enregistrer et adapter l'œuvre, ainsi que de la communiquer au public par télécommunication et de la lui présenter dans le cadre d'une exposition.²⁴ Pour ce qui concerne les œuvres conventionnelles, l'article 77 de la *Loi* canadienne peut être appliqué à toute œuvre littéraire, dramatique, musicale ou artistique, c'est-à-dire à « toute production originale du domaine littéraire, scientifique ou artistique quels qu'en soient le mode ou la forme d'expression ».²⁵ En fait, la Commission a traité de nombreuses demandes portant sur l'utilisation de plans architecturaux, de photographies, de films et d'autres catégories d'œuvres.

En 1997, la compétence de la Commission a été élargie, de sorte qu'elle peut maintenant aussi délivrer des licences autorisant l'accomplissement des actes visés aux articles 15, 18

²² *Copyright Law of Japan*, http://www.cric.or.jp/cric_e/clj/clj.html, art. 67.

²³ *Copyright Act of Korea*, http://eng.copyright.or.kr/law_01_01.html, art. 47.

²⁴ *Loi sur le droit d'auteur*, *supra* (note 2), paragr. 3(1).

²⁵ *Loi sur le droit d'auteur*, *supra* (note 2), art. 2.

et 21.²⁶ Ces articles portent respectivement sur les droits des artistes-interprètes, des producteurs d'enregistrements sonores et des radiodiffuseurs. Par conséquent, le régime canadien des œuvres orphelines s'applique non seulement aux œuvres entendues au sens strict, mais aussi aux prestations, aux enregistrements sonores et aux signaux de communication.

On voit donc que le régime canadien est beaucoup plus large que ceux de certains autres pays, le Royaume-Uni par exemple, qui n'autorise la délivrance de licences qu'à l'égard des représentations et exécutions orphelines.²⁷ L'étude du BSAC note que les dispositions britanniques ne sont pas utiles, en partie parce qu'elles s'appliquent seulement aux droits de reproduction des artistes-interprètes, et pas à leurs droits de distribution. Apparemment, on n'y aurait eu recours que deux fois.²⁸

2. *Publication ou fixation*

Tout objet du droit d'auteur pour lequel on demande une licence d'utilisation sous le régime de l'article 77 doit avoir été publié ou fixé. La *Loi* emploie le terme « publié(e) » à propos des œuvres et des enregistrements sonores orphelins, et le terme « fixation » relativement aux prestations et aux signaux de communication.

Certains pays, l'Inde par exemple, ont établi des procédures visant seulement les œuvres orphelines non publiées.²⁹ Le rapport américain et l'étude du BSAC ont tous deux recommandé que la formule qu'on adopterait pour régler le problème des œuvres orphelines comporte des solutions pour les œuvres publiées comme pour les non publiées.³⁰ Aux États-Unis, par exemple, le Copyright Office s'est déclaré d'avis que l'établissement de distinctions à cet égard perpétuerait l'incertitude au lieu de contribuer à la dissiper. Il peut en effet se révéler difficile d'établir si une œuvre est publiée ou non.³¹

On pourrait soutenir qu'un régime qui permettrait la délivrance de licences relatives à des œuvres non publiées risquerait de porter atteinte au droit à la vie privée du titulaire introuvable. C'est un fait que certains titulaires se sont rendus introuvables précisément parce qu'ils accordent une grande valeur à la préservation de leur vie privée. Quelle qu'en soit la raison, la Commission du droit d'auteur du Canada n'a compétence pour délivrer une licence que s'il y a eu publication ou fixation.

Le terme « publication » est défini à l'article 2.2 de la *Loi*. L'élément principal à retenir est qu'une œuvre est dite publiée lorsqu'elle a été mise à la disposition du public. Mais la publication peut se faire de manières diverses, selon la nature de l'objet. Par exemple, une

²⁶ *Loi sur le droit d'auteur, supra* (note 2), paragr. 77(1).

²⁷ *Copyright, Patent and Designs Act 1988* (Royaume-Uni), http://www.opsi.gov.uk/acts/acts1988/Ukpga_19880048_en_12.htm#mdiv190, art. 190.

²⁸ Étude du BSAC, *supra* (note 7), p. 8.

²⁹ *Copyright Act 1957* (Inde), <http://copyright.gov.in/Documents/CopyrightRules1957.pdf>, art. 31A.

³⁰ Rapport américain, *supra* (note 1), p. 100-102; et étude du BSAC, *supra* (note 7), p. 22.

³¹ Rapport américain, *supra* (note 1), p. 100.

œuvre architecturale (c'est-à-dire tout bâtiment ou édifice, ou tout modèle ou maquette de bâtiment ou d'édifice) est considérée comme publiée une fois qu'elle est édiflée,³² comme est ainsi considérée une œuvre artistique lorsqu'elle se trouve incorporée à une œuvre architecturale;³³ cependant, une œuvre architecturale ou une sculpture n'est pas réputée publiée du simple fait qu'on en édite une photographie ou une gravure.³⁴

La publication doit aussi avoir été faite avec le consentement du titulaire du droit d'auteur. Le consentement peut être considéré comme tacite, comme dans le cas d'un roman, d'une photographie ou d'un article publiés dans un journal, ou d'une lettre à la rédaction. Mais ce n'est pas toujours possible. La Commission a dans certains cas refusé de délivrer une licence d'utilisation d'une photographie qui avait été publiée dans un livre, au motif qu'il paraissait probable que le consentement du photographe n'avait pas été obtenu.³⁵

La fixation diffère de la publication. Il peut arriver qu'une prestation ou un signal de communication fixés n'aient jamais été mis à la disposition du public. Comme l'article 77 établit une distinction entre ces deux conditions, il semblerait qu'une licence puisse être délivrée sous son régime à l'égard d'une prestation ou d'un signal de communication même non publiés. Qui plus est, comme il n'est pas exigé que la fixation se fasse avec le consentement du titulaire du droit d'auteur, on pourrait soutenir qu'une prestation illicite peut faire l'objet d'une demande sous le régime de l'article 77.

3. La condition de protection par le droit d'auteur

a) Les droits économiques

Le texte anglais de la *Loi* précise que la Commission peut délivrer une licence à l'égard d'une œuvre, d'une prestation, d'un enregistrement ou d'un signal protégés par le droit d'auteur [*in which copyright subsists*]. Il s'ensuit que la Commission n'a pas compétence pour délivrer des licences d'utilisation d'objets non protégés. Il y a plusieurs cas où cette restriction peut se révéler pertinente.

L'article 77 ne s'applique pas aux œuvres non originales. Pour qu'une œuvre soit protégée, son auteur doit avoir exercé « du talent et du jugement » dans sa création. L'exercice de « talent » s'entend ici du « recours aux connaissances personnelles, à une aptitude acquise ou à une compétence issue de l'expérience pour produire l'œuvre »; et « jugement » signifie « la faculté de discernement ou la capacité de se faire une opinion ou de procéder à une évaluation en comparant différentes options possibles pour produire

³² *Loi sur le droit d'auteur, supra* (note 2), sous-al. 2.2(1a)(ii).

³³ *Loi sur le droit d'auteur, supra* (note 2), sous-al. 2.2(1a)(iii).

³⁴ *Loi sur le droit d'auteur, supra* (note 2), paragr. 2.2(2).

³⁵ *Centre canadien d'architecture*, 17 janvier 2005, 2004-UO/TI-32, en ligne : <http://www.cb-cda.gc.ca/unlocatable-introuvables/other-autre/3-b.pdf>; et *Cabinet du Lieutenant-gouverneur du Québec*, 3 mars 2005, 2004-UO/TI-37, en ligne : <http://www.cb-cda.gc.ca/unlocatable-introuvables/other-autre/4-b.pdf>. Voir aussi le dossier 1995-UO/TI-2 (demande abandonnée).

l'œuvre ». ³⁶ Les œuvres qui ne remplissent pas les critères nécessaires ne sont pas protégées par le droit d'auteur et se trouvent donc implicitement exclues de l'application du régime des œuvres orphelines. Dans un environnement de technologie numérique, la question de l'originalité peut se poser plus fréquemment que dans le passé.

De même, la Commission ne peut délivrer de licences portant sur des œuvres dont la protection par le droit d'auteur est expirée. Les règles qui régissent la durée de cette protection varient selon la nature de l'auteur et de l'œuvre en question. Au Canada, la règle générale est que le droit d'auteur sur une œuvre subsiste jusqu'à la fin de la cinquantième année suivant celle du décès de l'auteur. ³⁷ La protection expire à la fin de la cinquantième année suivant celle : de sa première fixation au moyen d'un enregistrement sonore ou de son exécution, dans le cas de la prestation; de sa première fixation, dans le cas de l'enregistrement sonore; et de son émission, dans le cas du signal de communication. ³⁸ Des dispositions spéciales, qui peuvent se révéler pertinentes pour la compétence de la Commission, s'appliquent aux photographies et aux œuvres cinématographiques, ³⁹ aux œuvres posthumes, ⁴⁰ aux œuvres créées en collaboration, ⁴¹ ainsi qu'aux œuvres anonymes et pseudonymes. ⁴² Bref, la Commission perd le pouvoir de délivrer une licence sous le régime de l'article 77 à l'égard de l'œuvre orpheline une fois qu'elle est tombée dans le domaine public.

La condition selon laquelle doit être protégé par le droit d'auteur l'objet visé par une demande formée sous le régime de l'article 77 constitue une limite raisonnable, qui va de soi en fait, à la compétence de la Commission. L'œuvre orpheline non originale ou tombée dans le domaine public peut être utilisée sans la permission de qui que ce soit. Les œuvres non originales ne sont pas protégées par le droit d'auteur, et les objets tombés dans le domaine public n'appartiennent à personne. L'octroi de licences par la Commission à leur égard serait logiquement incompatible avec ces situations. En outre, la Commission gaspillerait des ressources déjà peu abondantes en examinant des demandes de licences dans les cas où des licences ne sont pas nécessaires.

Toutefois, certains pourraient soutenir qu'il y a de très bonnes raisons de penser que la Commission devrait envisager de délivrer des licences dans les cas où il n'est pas possible d'établir avec certitude si les œuvres en question sont protégées par le droit d'auteur, en dépit du risque qu'elle courrait ainsi d'outrepasser sa compétence. Les questions d'originalité s'attachent au contexte et sont parfois ambiguës. De même, il est souvent difficile pour le demandeur de savoir si l'œuvre dont il s'agit est tombée dans le domaine public. Si l'on connaît l'identité de l'auteur et la date de son décès, il est possible d'en déduire quand l'œuvre est tombée ou tombera dans le domaine public. Si on ne les connaît pas – ce qui arrive souvent avec les œuvres orphelines –, il peut se révéler

³⁶ *CCH Canadienne Ltée c. Barreau du Haut-Canada*, [2004] 1 R.C.S. 339, 2004 C.S.C. 13, paragr. 16.

³⁷ *Loi sur le droit d'auteur*, *supra* (note 2), art. 6.

³⁸ *Loi sur le droit d'auteur*, *supra* (note 2), paragr. 23(1).

³⁹ *Loi sur le droit d'auteur*, *supra* (note 2), art. 10 et 11.

⁴⁰ *Loi sur le droit d'auteur*, *supra* (note 2), art. 7.

⁴¹ *Loi sur le droit d'auteur*, *supra* (note 2), art. 9.

⁴² *Loi sur le droit d'auteur*, *supra* (note 2), art. 6.2.

impossible d'établir quand la protection a pris ou prendra fin. Dans de tels cas, une interprétation trop étroite de la compétence de la Commission pourrait aggraver le problème que le régime des œuvres orphelines est censé régler, en accroissant la frustration des utilisateurs éventuels. Il pourrait donc sembler raisonnable, lorsqu'il n'est pas possible d'établir si l'objet en question est encore protégé par le droit d'auteur, de délivrer une licence qui serait valable pour le cas où l'œuvre n'appartiendrait pas au domaine public, de manière que le demandeur puisse en faire l'utilisation projetée en toute tranquillité d'esprit. Cela semble être la pratique suivie par la Commission jusqu'à maintenant.⁴³

S'il est établi que la Commission n'a pas compétence pour délivrer de licences portant sur des objets non protégés par le droit d'auteur, on peut se poser la question légèrement différente de savoir s'il lui est permis de délivrer des licences à l'égard d'utilisations non contrefaisantes de tels objets. Par exemple, la Commission peut-elle délivrer une licence d'utilisation d'une partie non importante de l'œuvre?

L'article 77 confère à la Commission le pouvoir de délivrer une licence autorisant seulement l'accomplissement de « tout acte mentionné à l'article 3 [...] ou aux articles 15, 18 ou 21 ». Chacun de ces articles met en jeu le concept du caractère important (ou substantiel). Les titulaires de droit d'auteur ne peuvent contrôler l'utilisation que de parties importantes de l'œuvre, de la prestation, de l'enregistrement ou du signal. L'utilisation de parties non importantes n'est pas un acte mentionné aux articles 3, 15, 18 ou 21. Il s'ensuit que la Commission n'a pas compétence pour délivrer des licences à l'égard de telles utilisations. En fait, il lui est arrivé de rejeter des demandes au motif qu'elle estimait que l'utilisation projetée ne portait pas sur une partie importante de l'œuvre en question.⁴⁴

De même, la Commission ne peut délivrer de licences autorisant l'exécution ou la représentation d'une œuvre en privé, puisque l'article 3 de la *Loi* ne protège que les prestations publiques. Les mêmes arguments, pour et contre la délivrance de licences, que ceux énumérés plus haut sont applicables au cas où le caractère public ou privé de la prestation est incertain.

Autre question de même nature, quoique distincte : la Commission peut-elle délivrer une licence lorsque le demandeur jouit déjà d'un droit d'utilisation? Par exemple, la

⁴³ Voir : *Centre Alpha du Pied de la Lettre*, 10 juin 1991, 1991-UO/TI 4, en ligne : Commission du droit d'auteur du Canada <http://www.cb-cda.gc.ca/unlocatable-introuvables/licences/3-b.pdf>; *Goose Lane Editions*, 6 avril 1992, 1992-UO/TI-2, en ligne : Commission du droit d'auteur du Canada <http://www.cb-cda.gc.ca/unlocatable-introuvables/licences/9-b.pdf>; *Commission scolaire de Saint-Eustache*, 4 novembre 1992, 1992-UO/TI-9, en ligne : Commission du droit d'auteur du Canada <http://www.cb-cda.gc.ca/unlocatable-introuvables/licences/13-b.pdf>; et *Thérèse Potvin*, 11 février 1997, 1996-UO/TI-10, en ligne : Commission du droit d'auteur du Canada <http://www.cb-cda.gc.ca/unlocatable-introuvables/licences/35-b.pdf>.

⁴⁴ Voir par exemple *Pointe-à-Callière, Musée d'archéologie et d'histoire de Montréal*, 29 mars 2004, 2003-UO/TI-21, en ligne : Commission du droit d'auteur du Canada <http://www.cb-cda.gc.ca/unlocatable-introuvables/other-autre/1-b.pdf>.

Commission peut-elle octroyer une licence autorisant une utilisation équitable, renforçant ainsi la protection fournie par le droit d'auteur?⁴⁵ Et qu'en est-il des utilisations qui entrent dans la catégorie des dérogations prévues au titre des établissements d'enseignement,⁴⁶ des bibliothèques, musées et services d'archives,⁴⁷ de la reproduction des enregistrements sonores pour usage privé,⁴⁸ ou des copies de sauvegarde de programmes d'ordinateur?⁴⁹ Dans ces cas, contrairement à celui de l'utilisation de parties non importantes de l'objet, il semblerait que la *Loi* ne fixe pas formellement de limite à la compétence de la Commission pour délivrer des licences. Par conséquent, il se pourrait que la Commission doive justifier tout rejet d'une demande de cette nature en invoquant son pouvoir discrétionnaire résiduel. Nous recensons plus loin les facteurs susceptibles d'influer sur l'exercice de ce pouvoir par la Commission. En fait, la Commission a élaboré au fil des ans une politique selon laquelle elle ne délivre pas de licence lorsqu'il n'en est manifestement pas besoin.

Un autre point vaut la peine d'être examiné dans ce contexte. La *Loi sur le droit d'auteur* du Canada énumère un certain nombre d'activités qui portent atteinte au droit d'auteur mais n'entrent pas dans la catégorie des actes mentionnés aux articles 3, 15, 18 ou 21. Par exemple, le paragraphe 27(2) dispose que constitue une violation dérivée du droit d'auteur le fait de délibérément vendre, louer, mettre en circulation, exposer en public ou importer des objets contrefaisants. Comme la compétence de la Commission est expressément limitée à la délivrance de licences à l'égard des actes mentionnés aux articles 3, 15, 18 ou 21, il semblerait qu'elle ne puisse délivrer sous le régime de l'article 77 de licences autorisant ces activités dérivées.

On peut donc soutenir que la Commission ne peut délivrer de licences autorisant de telles activités, bien qu'elle l'ait fait à l'occasion.⁵⁰ Cependant, la limite imposée à la compétence de la Commission ne constitue pas un problème majeur. En pratique, la Commission délivre, en réponse à une demande touchant des activités visées au paragraphe 27(2), une licence autorisant l'accomplissement de l'acte sous-jacent mentionné aux articles 3, 15, 18 ou 21. Le demandeur se voit ainsi autorisé à exercer les activités visées au paragraphe 27(2), puisqu'il n'y a pas alors de contrefaçon primaire sur le fondement de laquelle on pourrait établir l'existence d'une contrefaçon dérivée.

La question des droits moraux, cependant, pose un problème de compétence plus sérieux.

b) Les droits moraux

L'article 14.1 de la *Loi sur le droit d'auteur* confère des droits moraux à l'auteur d'une œuvre, notamment le droit de maintenir l'intégrité de celle-ci et celui d'en

⁴⁵ *Loi sur le droit d'auteur, supra* (note 2), art. 29 et 29.2.

⁴⁶ *Loi sur le droit d'auteur, supra* (note 2), art. 29.4 et 30.

⁴⁷ *Loi sur le droit d'auteur, supra* (note 2), art. 30.1 et 30.5.

⁴⁸ *Loi sur le droit d'auteur, supra* (note 2), art. 80.

⁴⁹ *Loi sur le droit d'auteur, supra* (note 2), art. 30.6.

⁵⁰ Voir par exemple *Goose Lane Editions, supra* (note 43).

revendiquer la création. Or, il arrive souvent que l'auteur ne soit pas le titulaire du droit d'auteur, par exemple lorsque l'œuvre est exécutée dans l'exercice d'un emploi, ou encore en cas de cession.⁵¹ Les droits moraux, quoiqu'incessibles, sont susceptibles de renonciation ou peuvent être légués par testament.⁵² Il est cependant à noter que la cession du droit d'auteur n'emporte pas renonciation automatique aux droits moraux.⁵³

Respecter ou obtenir une renonciation aux droits moraux peut se révéler encore plus difficile que la question des droits économiques, étant donné qu'elle exige que l'on identifie et trouve l'auteur de l'œuvre orpheline en plus du titulaire du droit d'auteur. Les droits moraux forment donc un aspect sérieux de l'ensemble du problème des œuvres orphelines.

Cependant, l'article 77 ne porte que sur les droits des titulaires de droit d'auteur, pas sur ceux des auteurs. Le fait que le titre de cet article soit « Titulaires introuvables » [*Owners Who Cannot be Located*] montre bien que l'accent est mis sur les titulaires de droit d'auteur, plutôt que sur les œuvres ou leurs auteurs. En outre, comme nous l'avons déjà rappelé, la Commission n'a compétence pour délivrer de licences qu'à l'égard des actes visés aux articles 3, 15, 18 ou 21. Elle n'est apparemment pas habilitée à prendre des mesures (directement, du moins) à l'égard des droits moraux des auteurs, qu'établit l'article 14.1 de la *Loi*.

Malgré l'absence de mention expresse des droits moraux des auteurs à l'article 77, on pourrait soutenir qu'une interprétation téléologique de la *Loi* exige que la Commission ait compétence sur les questions de droits moraux. En effet, si la Commission n'a de compétence que sur les questions de droits économiques, l'article 77 est tout au plus une solution partielle du problème que pose la difficulté d'utiliser les œuvres orphelines. Le point de savoir si le législateur a eu l'intention de créer ce qui, dans l'hypothèse susdite, paraîtrait à certains un régime incomplet, de nature à ne résoudre qu'une partie du problème des œuvres orphelines, ou plutôt pour tenir compte intentionnellement de questions économiques et non de droits moraux reste une question ouverte.

Les études et rapports étrangers font référence aux droits moraux dans le contexte des œuvres orphelines. On peut mesurer toute la difficulté que présente le problème des droits moraux afférents aux œuvres orphelines quand on apprend que, dans les centaines de mémoires reçus par le Copyright Office des États-Unis, « aucune suggestion utile n'a été faite touchant la manière de résoudre ce problème ».⁵⁴ L'étude du BSAC (Royaume-Uni), quant à elle, recommande que toute licence octroyée au nom d'un titulaire introuvable oblige le licencié à faire mention de l'auteur de l'œuvre, s'il est connu.⁵⁵ En outre, la même étude recommande que le régime éventuel d'affranchissement des droits

⁵¹ *Loi sur le droit d'auteur, supra* (note 2), art. 13.

⁵² *Loi sur le droit d'auteur, supra* (note 2), paragr. 14.1(3) et 14.2(2).

⁵³ *Loi sur le droit d'auteur, supra* (note 2), paragr. 14.1(4).

⁵⁴ Rapport américain, *supra* (note 1), p. 89.

⁵⁵ Étude du BSAC, *supra* (note 7), p. 30.

économiques des titulaires ne soit pas applicable aux droits moraux de l'auteur concernant l'intégrité de son œuvre.⁵⁶

On ne sait pas avec certitude dans quelle mesure la Commission peut tenir compte des droits moraux de l'auteur lorsqu'elle exerce son pouvoir discrétionnaire à l'égard d'une demande d'utilisation d'une œuvre orpheline ou des modalités d'une éventuelle licence. Si l'intention du législateur était d'axer le régime sur les titulaires introuvables, on pourrait soutenir que les droits moraux sont dénués de pertinence et que la Commission ne devrait pas les prendre en considération pour les besoins de sa décision. Cependant, dans un cas au moins, l'intéressé a retiré sa demande après que la Commission l'eut avisé qu'elle ne délivrerait pas la licence demandée à moins que l'œuvre en question ne fût réimprimée sans aucune modification.⁵⁷ En outre, il arrive souvent que la Commission exige, comme modalité de la licence, que le bénéficiaire de celle-ci utilise l'œuvre en faisant les références bibliographiques voulues.⁵⁸ Nous poursuivrons l'analyse de ces questions dans le cadre de l'examen du pouvoir discrétionnaire de la Commission.

4. L'obligation de faire son possible pour retrouver le titulaire

L'article 77 dispose que, avant de pouvoir accueillir une demande de licence, la Commission doit être convaincue que le titulaire du droit d'auteur est introuvable et que l'intéressé a fait son possible, dans les circonstances, pour le retrouver.

Il est à noter que le titulaire du droit d'auteur peut être inconnu et pourtant susceptible d'être retrouvé. Par exemple, il peut arriver qu'un nombre limité de personnes connues se disputent la qualité de titulaire (unique ou non) du droit d'auteur. Le ou les titulaires sont alors trouvables, mais indéterminés. La Commission a conclu que, dans ce cas, elle n'a pas compétence pour délivrer de licence.⁵⁹ Son rôle, estime-t-elle, est d'intervenir lorsque le titulaire est introuvable, et non d'arbitrer les différends entre revendicateurs du droit d'auteur.

Il est également à noter que la Commission n'a pas compétence pour délivrer de licence lorsque le titulaire du droit d'auteur a été trouvé, mais n'a pas répondu à la demande de licence ou a exigé la fixation de modalités inacceptables pour le demandeur. Ce problème

⁵⁶ Étude du BSAC, *supra* (note 7), p. 31.

⁵⁷ Dossier 2002-UO/TI-01. Le demandeur souhaitait modifier les « expressions choquantes par leurs connotations racistes », ce qui aurait dénaturé l'œuvre.

⁵⁸ *Fondation Les Forges*, 30 août 1994, 1994-UO/TI-2, en ligne : Commission du droit d'auteur du Canada <http://www.cb-cda.gc.ca/unlocatable-introuvables/licences/18-b.pdf>; et *Nisker*, 31 mars 1993, 1993-UO/TI-2, en ligne : Commission du droit d'auteur du Canada

<http://www.cb-cda.gc.ca/unlocatable-introuvables/licences/16-b.pdf>. Voir aussi Carrière, *supra* (note 20).

⁵⁹ La manière pour l'utilisateur éventuel de s'en sortir est alors d'obtenir l'autorisation de tous les revendicateurs et de confier à un dépositaire les sommes à verser en redevances jusqu'au règlement du différend. Voir par exemple *Office national du film du Canada*, 13 septembre 2005, 2005-UO/TI-34, en ligne : Commission du droit d'auteur du Canada

<http://www.cb-cda.gc.ca/unlocatable-introuvables/other-autre/5-b.pdf>. C'est précisément là la solution que retiennent la plupart des sociétés de gestion quand des différends s'élèvent au sujet de la distribution des redevances.

ne relève pas du domaine des œuvres orphelines. La Commission ne peut délivrer de licence sous le régime de l'article 77 que si le titulaire est proprement introuvable.⁶⁰

Selon une interprétation envisageable de l'article 77, les questions relatives à la recherche effectuée par le demandeur seraient distinctes de celles qui touchent la possibilité de trouver le titulaire du droit d'auteur. Bien que cette interprétation soit grammaticalement plausible, il paraît plus raisonnable de fusionner ces deux éléments liés entre eux, c'est-à-dire de poser que la Commission peut considérer le titulaire comme introuvable si le demandeur n'a pu le trouver après avoir fait son possible, dans les circonstances, pour y arriver.

En n'imposant à l'intéressé, comme condition préalable à la demande de licence, que la condition de faire « son possible, dans les circonstances » (ou, selon le texte anglais, de déployer des efforts raisonnables [*reasonable efforts*]) pour retrouver le titulaire du droit d'auteur, le législateur a laissé entendre qu'il n'était pas nécessaire de prendre toutes les mesures concevables à cette fin. L'article 77 laisse à la Commission une marge d'appréciation considérable pour décider si la condition susdite est remplie. Il ne prévoit aucun critère déterminé dont la Commission aurait à tenir compte, et cette dernière n'a pas pris de dispositions réglementaires proprement dites à cet égard.

On retrouve des concepts analogues dans les lois en vigueur ou les projets législatifs d'autres États. L'étude du BSAC relève plusieurs dispositions de la législation britannique sur le droit d'auteur qui mentionnent la nécessité d'une « recherche raisonnable », mais rejette ce critère comme n'étant pas assez rigoureux pour les utilisateurs d'œuvres orphelines.⁶¹ En même temps, le BSAC déclare craindre qu'une norme trop rigoureuse ne se révèle indûment onéreuse pour les utilisateurs à visées non commerciales et disposant de peu de ressources.⁶² En fin de compte, l'étude britannique propose l'application du critère de « l'effort maximal » (*best endeavours*), dont la tradition d'interprétation judiciaire peut servir de boussole.⁶³ Le rapport américain, quant à lui, évoque la possibilité d'exiger des utilisateurs d'œuvres orphelines qu'ils effectuent une « recherche raisonnablement diligente » (*reasonably diligent search*) avant de voir limiter leur responsabilité éventuelle.⁶⁴ Un projet de loi fondé sur ce rapport prévoyait de manière assez détaillée l'application de ce critère, mais il n'a pas été adopté.⁶⁵

Le Copyright Office des États-Unis a recommandé, en plus de l'établissement du critère de la recherche raisonnablement diligente, que la possibilité pour les utilisateurs d'œuvres orphelines de bénéficier d'une disposition proposée de limitation des mesures de réparation possibles soit subordonnée à la condition qu'ils fassent preuve de « bonne foi ».⁶⁶ Le régime canadien ne fait entrer en ligne de compte ni la bonne ni la mauvaise

⁶⁰ *Supra* (note 59).

⁶¹ Étude du BSAC, *supra* (note 7), p. 25.

⁶² Étude du BSAC, *supra* (note 7), p. 26.

⁶³ Étude du BSAC, *supra* (note 7), p. 26.

⁶⁴ Rapport américain, *supra* (note 1), p. 96.

⁶⁵ *Orphan Works Act of 2006* (H.R. 5439).

⁶⁶ Rapport américain, *supra* (note 1), p. 98.

foi. Il est cependant vraisemblable que les intentions du demandeur influenceront sur la qualité, et donc sur le caractère suffisant ou non, de sa recherche. Si la Commission ne peut prendre la mauvaise foi en considération dans ce contexte, elle y est probablement habilitée dans le cadre de son pouvoir discrétionnaire résiduel de rejeter les demandes.

Comme nous le verrons ci-dessous, la Commission a le pouvoir de prendre des dispositions réglementaires prescrivant des conditions uniformes de recherche aux demandeurs. Elle ne l'a pas encore fait, principalement à cause des avantages qu'elle trouve à conserver une approche souple, pouvant s'adapter à la diversité des circonstances dans lesquelles se pose le problème des œuvres orphelines.

Si la Commission n'a pas pris de dispositions réglementaires proprement dites, sa pratique témoigne de l'application de critères informels propres à guider l'évaluation des efforts de recherche des demandeurs. La Commission établit au cas par cas si cette recherche est suffisante, en fonction d'exigences qui dépendent largement des circonstances. Le rapport américain énumère de nombreux facteurs suggérés par les commentateurs,⁶⁷ dont la Commission prend automatiquement une grande partie en considération dans le contexte des demandes formées sous le régime de l'article 77.

Certains facteurs pertinents se rapportent à la nature du demandeur. Par exemple, il importe de savoir si celui-ci est une personne physique, une entité commerciale ou un organisme sans but lucratif. L'utilisation projetée par le demandeur peut aussi se révéler pertinente, c'est-à-dire que son caractère, selon qu'il est commercial ou non, peut influencer sur la conclusion de la Commission quant à savoir si l'intéressé a fait son possible, dans les circonstances, pour retrouver le titulaire du droit d'auteur.

D'autres facteurs concernent la nature de l'œuvre et les renseignements disponibles sur son auteur. Il peut se révéler important de savoir si l'œuvre elle-même porte mention de son auteur. Par exemple, il est probable qu'un livre contiendra des renseignements sur l'identité de l'auteur et du titulaire du droit d'auteur, tandis que la chose est moins probable dans le cas d'une photographie.⁶⁸ On peut aussi se demander si l'auteur de l'œuvre est encore vivant ou si la personne morale titulaire du droit d'auteur existe encore, ou s'il est possible de trouver des renseignements sur l'identité du titulaire dans des archives accessibles au public.

Il y a plusieurs choses que l'utilisateur éventuel peut faire pour que sa recherche du titulaire soit jugée suffisante sous le régime applicable. La Commission s'attend en général à ce que le demandeur ait consulté la plupart des répertoires des agences de licences de droit d'auteur et des sociétés de gestion, les catalogues des bibliothèques

⁶⁷ Rapport américain, *supra* (note 1), p. 77-79 et 99-108.

⁶⁸ En fait, les problèmes relatifs à l'identité des auteurs et des titulaires de droit d'auteur qui se posent à propos des photographies compliquent souvent les efforts déployés pour établir la méthode qui convient à la recherche du titulaire. Par exemple, l'« auteur » d'un cliché publicitaire d'un chanteur des années 1950 ou 1960 peut être aussi bien le photographe que le label, le chanteur ou son manager. En outre, la durée du droit d'auteur dépend de la question de savoir si l'« auteur » est une personne physique, une personne morale contrôlée par un auteur-photographe ou une autre personne morale.

nationales, les registres des bureaux du droit d'auteur, ainsi que les archives des maisons d'édition et des autres entreprises concernées. Les observations présentées au Copyright Office américain indiquent que les utilisateurs font parfois des recherches sur Internet, ainsi que dans de vieux bottins téléphoniques, des certificats de décès et des actes de succession.⁶⁹ Le demandeur devra aussi avoir cherché au-delà des frontières canadiennes s'il est probable que le titulaire du droit d'auteur se trouve à l'étranger.

Le demandeur était auparavant tenu de déposer un affidavit rendant compte avec précision de toutes les mesures prises pour trouver le titulaire du droit d'auteur, ainsi que d'autres pièces justificatives. La Commission a abandonné cette pratique.

Le rapport américain et l'étude du BSAC ont soulevé la question de savoir si l'on devrait permettre à l'utilisateur d'invoquer les recherches antérieures effectuées par d'autres pour établir que le titulaire du droit d'auteur est introuvable.⁷⁰ Le BSAC a recommandé qu'on oblige l'utilisateur à établir de manière indépendante le caractère suffisant de la recherche en fonction de sa situation particulière.⁷¹ Selon le rapport américain, chaque utilisateur devrait effectuer sa propre recherche, encore qu'il puisse dans certains cas se révéler raisonnable de se fonder en partie sur les efforts d'autres personnes.⁷² La Commission a pour pratique d'autoriser le demandeur à s'appuyer sur son actualisation de recherches antérieures pour établir qu'il a fait son possible, dans les circonstances, pour retrouver le titulaire du droit d'auteur et que celui-ci reste introuvable. Le BSAC a noté le rapport entre cette question et les utilisations en aval d'œuvres orphelines sous-jacentes, par exemple dans le cas des films. La Commission n'a encore été saisie d'aucune demande où ce problème se pose.

Certains utilisateurs éventuels d'œuvres orphelines pourraient se plaindre de ce que les conditions de recherche fixées par la Commission soient excessivement rigoureuses et soutenir qu'il convient de les relâcher. La position du BSAC touchant les opinions de cette nature serait qu'un régime des œuvres orphelines ne doit pas nécessairement permettre une utilisation rapide et bon marché de telles œuvres. L'organisme britannique fait observer dans son étude qu'il arrive souvent que les négociations relatives au droit d'auteur prennent du temps et entraînent des frais : telle est la réalité du droit d'auteur. On peut cependant soutenir aussi qu'un régime des œuvres orphelines d'une lourdeur excessive risque de ne pas être utilisé. La Commission essaie apparemment de trouver le juste milieu entre ces extrêmes, encore qu'elle ait tendance à se montrer plus exigeante dans les cas d'utilisations substantielles d'œuvres manifestement protégées.

La Commission n'a pas publié de liste de « pratiques exemplaires » de recherche en fonction de contextes déterminés, pas plus qu'elle n'a encouragé d'autres instances à le faire. Toutefois, la brochure qu'elle a publiée à ce sujet énumère un certain nombre de

⁶⁹ Rapport américain, *supra* (note 1), p. 29.

⁷⁰ Le Copyright Office des États-Unis désigne cette pratique par le terme *piggybacking* [parasitage]; voir le rapport américain, *supra* (note 1), p. 78.

⁷¹ Étude du BSAC, *supra* (note 7), p. 27.

⁷² Rapport américain, *supra* (note 1), p. 9 et 79.

mesures que le demandeur éventuel devrait prendre avant de s'adresser à elle.⁷³ Il est concevable que l'établissement et la promotion de pratiques exemplaires puissent réduire le temps et les ressources que la Commission emploie actuellement à renseigner les demandeurs sur les méthodes de recherche possibles, à se concerter avec les sociétés de gestion ou à effectuer elle-même certaines opérations de recherche. Le rapport américain note que certains commentateurs ont fait observer que des lignes directrices seraient utiles, et en recommande l'élaboration conjointe par les associations d'utilisateurs et de titulaires.⁷⁴ Des activités de cette nature sont déjà en cours, réunissant par exemple des associations internationales d'éditeurs et de bibliothécaires.⁷⁵

5. Le pouvoir discrétionnaire résiduel d'accueillir ou de rejeter les demandes

L'article 77 dispose que la Commission « peut » délivrer une licence lorsque sont remplies les conditions qu'il fixe. En conférant à la Commission le pouvoir discrétionnaire de délivrer une licence, cet article l'autorise implicitement à rejeter une demande. Cependant, suivant les principes du droit administratif, la Commission doit se montrer raisonnable dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire d'accueillir ou de rejeter les demandes.⁷⁶

Le demandeur doit normalement convaincre la Commission, suivant la prépondérance des probabilités, que sa demande est conforme aux exigences de la *Loi*. Cela dit, les tribunaux administratifs tels que la Commission n'appliquent pas les règles de preuve de la même manière que les tribunaux judiciaires, de sorte que cette dernière fait preuve de souplesse quant à la nature des éléments qu'elle admet à l'appui des demandes, par exemple lorsqu'il n'y a pas de preuve directe que l'œuvre a été publiée ou lorsque la protection par le droit d'auteur se révèle incertaine sur le fondement de la preuve produite.⁷⁷ La Commission a également conclu que certaines formes de publication (par exemple celle de la photographie d'un événement dans un journal) sont probablement presque toujours faites avec le consentement du titulaire du droit d'auteur.⁷⁸

⁷³ Commission du droit d'auteur du Canada, *Brochure titulaires de droits d'auteur introuvables*, en ligne : Commission du droit d'auteur du Canada <http://www.cb-cda.gc.ca/unlocatable-introuvables/brochure-f.html>.

⁷⁴ Rapport américain, *supra* (note 1), p. 79 et 110.

⁷⁵ Voir par exemple : Fédération internationale des associations de bibliothécaires et des bibliothèques et Union internationale des éditeurs, *Déclaration conjointe IFLA/IPA sur les œuvres orphelines*, juin 2007, <http://ifla.queenslibrary.org/VI/4/admin/ifla-ipaOrphanWorksJune2007-fr.pdf>.

⁷⁶ *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817, paragr. 53. Pour une étude générale de cette question, voir Blais et coll., *Standards of Review of Federal Administrative Tribunals*, 3^e éd., Markham, LexisNexis, 2007, ch. 1 et 9.

⁷⁷ Voir par exemple : *Centre canadien d'architecture*, 17 janvier 2005, 2004-UO/TI-32, en ligne : Commission du droit d'auteur du Canada

<http://www.cb-cda.gc.ca/unlocatable-introuvables/other-autre/3-b.pdf>; et *Cabinet du Lieutenant-gouverneur du Québec*, 3 mars 2005, 2004-UO/TI-37, en ligne : Commission du droit d'auteur du Canada <http://www.cb-cda.gc.ca/unlocatable-introuvables/other-autre/4-b.pdf>.

⁷⁸ Voir par exemple *Near-Miss Productions*, 25 novembre 2005, 2005-UO/TI-22, en ligne : Commission du droit d'auteur du Canada <http://www.cb-cda.gc.ca/unlocatable-introuvables/licences/170-f.pdf>.

Pour ce qui concerne les questions de procédure considérées en général, la Commission n'est liée par les règles officielles d'aucun tribunal judiciaire. Ce principe régissant le fonctionnement des tribunaux administratifs est cependant subordonné à la condition qu'ils respectent « les règles de l'équité et, dans l'exercice de fonctions judiciaires ou quasi judiciaires [...] les règles de justice naturelle ». ⁷⁹ La Commission n'a adopté de règles officielles de procédure relativement à aucune de ses fonctions. Son Modèle de directive sur la procédure ⁸⁰ est conçu pour l'examen des projets de tarifs et non des demandes formées sous le régime de l'article 77.

Le paragraphe 77(4), qui est entré en vigueur presque une décennie après la promulgation de la première version de l'article 77, confère à la Commission le pouvoir de régir par règlement l'attribution des licences. Or, la Commission n'a jamais fait usage de ce pouvoir. La plupart des personnes qui ont présenté des observations pour le rapport américain s'opposaient à ce que le Copyright Office des États-Unis établisse des règles relatives aux critères de recherche, au motif que cela risquerait de limiter sa flexibilité dans les cas spéciaux. ⁸¹ D'un autre point de vue, l'établissement de dispositions réglementaires pourrait rendre le processus plus transparent et plus prévisible. On constate donc l'existence d'un choix possible entre deux formules en relation inverse : d'un côté, l'uniformité et la prévisibilité; de l'autre, la souplesse et l'équité.

La Commission a retenu une solution moyenne en adoptant un certain nombre de principes fondamentaux sur la question de savoir s'il y a lieu de délivrer une licence et, dans l'affirmative, quelles en seront les modalités. L'un de ces principes est de considérer que son rôle consiste à se mettre à la place du titulaire introuvable. ⁸² Étant dans l'impossibilité d'établir quels sont exactement les souhaits de ce dernier, la Commission fonde sa décision sur le comportement d'autres titulaires qui se sont trouvés dans la même situation ou sur les pratiques générales du marché, en présumant qu'ils sont représentatifs de la ligne de conduite que suivrait le plus probablement le titulaire introuvable. Elle essaie donc, lorsqu'il est question de délivrer une licence et d'en fixer les modalités, d'agir comme elle croit qu'agirait le titulaire.

Ce n'est pas là la seule façon possible pour la Commission d'aborder les demandes formées sous le régime de l'article 77. Plutôt que d'agir au nom du titulaire introuvable, elle pourrait adopter une position neutre dans ses décisions. Lorsqu'un tribunal judiciaire examine une affaire *ex parte*, son rôle n'est pas de représenter la partie absente : il accorde dans ce cas une attention particulière aux préjudices possibles pour la partie non représentée, mais il ne se met pas à sa place.

⁷⁹ *Prasad c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1989] 1 R.C.S. 560, p. 568-569.

⁸⁰ Commission du droit d'auteur du Canada, *Modèle de directive sur la procédure*, en ligne : Commission du droit d'auteur du Canada <http://www.cb-cda.gc.ca/about-apropos/directive-f.html>.

⁸¹ Rapport américain, *supra* (note 1), p. 10.

⁸² Commission du droit d'auteur du Canada, *Speech given by the Honourable Justice William J. Vancise*, en ligne : Commission du droit d'auteur du Canada <http://www.cb-cda.gc.ca/aboutus/speeches/20070815.pdf>, p. 6.

Dans les faits, cependant, la Commission n'essaie pas aveuglément de se conformer aux souhaits supposés du titulaire absent. Elle a par exemple déclaré ce qui suit dans une de ces décisions : « La Commission ne devrait pas [...] délivrer une licence pour un usage qui choquerait la société canadienne moderne, même en sachant que l'auteur appuyait cet usage; ce faisant, la Commission négligerait de tenir compte des objectifs d'intérêt public, qu'elle doit toujours avoir à l'esprit. »⁸³

C. Le pouvoir discrétionnaire d'établir les modalités de la licence

Lorsque la Commission décide de faire droit à une demande de licence, il lui incombe aussi de décider les modalités qui conviennent à la licence en question. Elle fixe ces modalités à son gré, encore que dans le cadre d'un certain nombre de contraintes que lui imposent aussi bien la *Loi* que les principes juridiques généraux.

Par exemple, le paragraphe 77(2) dispose que la Commission ne peut délivrer que des licences non exclusives. Cette restriction semble remplir deux objets : elle tient compte de la possibilité que le titulaire introuvable ait concédé (ou concède ultérieurement) une licence à un autre utilisateur, et elle interdit à la Commission d'octroyer ce qui équivaldrait au monopole de l'utilisation d'une œuvre orpheline déterminée.

Le pouvoir discrétionnaire de fixation des modalités des licences conféré à la Commission est aussi limité par des facteurs externes. Les principes du droit administratif l'obligent en effet à agir avec équité, à donner aux intéressés la possibilité de faire valoir leurs moyens et à motiver ses décisions.⁸⁴ À la condition de se conformer à ces exigences de procédure et de fond, la Commission peut fixer les modalités raisonnables qu'elle estime adéquates.

La Commission prend divers facteurs en considération dans l'établissement des modalités des licences, par exemple le nombre d'exemplaires qu'on veut tirer, l'ordre de grandeur des bénéfices escomptés, l'utilisation projetée et la nature du demandeur. Dans le cadre ainsi délimité, elle décide les modalités des licences au cas par cas.

1. La territorialité

L'article 77 n'indique pas si la Commission a le pouvoir de délivrer des licences exécutoires autorisant l'accomplissement d'actes hors du Canada. En pratique, cependant,

⁸³ *Breakthrough Films & Television Inc.*, 6 mars 2006, 2004-UO/TI-33, en ligne : Commission du droit d'auteur du Canada <http://www.cb-cda.gc.ca/unlocatable-introuvables/licences/156r-b.pdf>, p. 13. Cette déclaration paraît exprimer le point de vue général de la Commission, même si elle a été formulée dans une opinion minoritaire.

⁸⁴ Pour une étude générale de cette question, voir : Sara Blake, *Administrative Law in Canada*, 4^e éd., Markham (Ont.), LexisNexis Butterworths, 2006; et D.P. Jones et A.S. De Villars, *Principles of Administrative Law*, 4^e éd., Toronto, Carswell, 2004. Les modalités des licences sont en général convenues au préalable; la non-motivation des décisions ne cause donc pas de préjudice aux demandeurs. Depuis juin 1998, la Commission n'expose ses motifs qu'en cas de nécessité, par exemple lorsqu'elle rejette la demande.

la Commission a toujours considéré comme admis qu'elle ne l'avait pas. Chacune des licences qu'elle délivre porte la mention suivante : « La licence est [...] valide seulement au Canada. Pour les autres pays, c'est la loi du pays qui s'applique. » Ce point de vue correspond à l'interprétation que donne la Commission de son pouvoir de fixer des tarifs et il s'accorde avec la présomption d'absence de portée extraterritoriale des lois canadiennes.

La Cour suprême du Canada a statué que la Commission a compétence pour sanctionner les tarifs applicables à des personnes ou à des activités qui ont « un lien réel et important » avec le Canada.⁸⁵ On ne voit pas pourquoi cette conclusion de la Cour suprême ne s'appliquerait pas à la délivrance de licences sous le régime de l'article 77. Par conséquent, la Commission s'est estimée habilitée à délivrer des licences autorisant l'utilisation au Canada d'œuvres orphelines qui appartiennent à des titulaires étrangers introuvables.

Quant à savoir si la validité de telle ou telle licence délivrée par la Commission serait reconnue dans un autre pays, c'est une autre question. En effet, même si la Commission prétendait autoriser l'accomplissement d'actes dans un autre pays, il pourrait arriver qu'un tribunal de celui-ci ne reconnaisse pas la validité de la licence octroyée par elle. Cela dépendrait des règles de droit international privé applicables dans le pays en question. Il n'est pas certain que la licence en question serait inexécutable : en théorie, un tribunal étranger pourrait en reconnaître la validité et en faire exécuter les modalités, bien que la présente étude n'ait pas pour objet de fournir une analyse juridique complète de cette question.

2. *La durée*

L'article 77 ne précise pas que la Commission du droit d'auteur doit établir une date d'expiration déterminée pour la licence. Cependant, selon le paragraphe 77(3), le délai de prescription de cinq ans dont dispose le titulaire du droit d'auteur pour percevoir les redevances commence à courir à l'expiration de la licence non exclusive. La Commission est donc implicitement tenue de préciser la durée de la licence, ce qu'elle a pour pratique courante de faire.⁸⁶

Lorsque l'acte ou les actes protégés sont déterminés, physiques (par exemple s'agissant de reproduction), la Commission établit généralement la durée de la licence en se fondant sur une estimation du temps dont le demandeur aura besoin pour les accomplir. Il en va de même dans les domaines où il est d'usage courant sur le marché de concéder des

⁸⁵ *Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c. Association canadienne des fournisseurs Internet*, [2004] 2 R.C.S. 427, 2004 C.S.C. 45, paragr. 60-61. Voir aussi Stephen Couglan, Robert J Currie, Hugh Kindred et Teresa Scassa, *Global Reach, Local Grasp: Constructing Extraterritorial Jurisdiction in the Age of Globalization*, Commission du droit du Canada, 2006.

⁸⁶ *U.P. Productions, Inc.*, 26 mars 1992, 1991-UO/TI-15, en ligne : Commission du droit d'auteur du Canada <http://www.cb-cda.gc.ca/unlocatable-introuvables/licences//7-b.pdf> [*U.P. Productions, Inc.*], p. 3; et *Aylmer United Church*, 9 juillet 1992, 1992-UO/TI-7, en ligne : Commission du droit d'auteur du Canada <http://www.cb-cda.gc.ca/unlocatable-introuvables/licences/12-b.pdf> [*Aylmer United Church*].

licences à durée limitée. Le demandeur qui souhaite continuer à utiliser l'œuvre devra former une nouvelle demande.⁸⁷

Par contre, dans les domaines où la pratique générale sur le marché est de concéder des licences perpétuelles (par exemple lorsqu'il s'agit d'œuvres audiovisuelles), ou dans les cas où l'on prévoit des utilisations protégées multiples sur la durée (par exemple lorsqu'il est question de radiodiffusion), la Commission délivre parfois des licences devant expirer à la date où l'œuvre tombera dans le domaine public, que cette date puisse ou non être établie. L'important ici n'est pas que la date d'expiration de la licence soit connue, mais qu'elle puisse être déterminée. Évidemment, si le licencié a l'intention de continuer à utiliser l'œuvre protégée après qu'elle sera tombée dans le domaine public, il n'aura pas besoin de licence pour le faire, de sorte que la Commission a décidé de ne pas prolonger inutilement la durée de la licence au-delà de cette date.⁸⁸

Il y a aussi lieu de s'interroger dans le même contexte sur ce qu'il en sera de la validité de la licence délivrée sous le régime de l'article 77 après que, le cas échéant, se sera manifesté le titulaire auparavant introuvable. Il est possible que ce dernier souhaite que le licencié cesse d'utiliser l'œuvre. Au Canada, cependant, le titulaire n'a droit qu'au paiement des redevances fixées dans la licence. Le rapport américain envisage une limitation des mesures injonctives possibles dans les cas où la cessation de l'utilisation présenterait de graves inconvénients pour l'utilisateur. L'étude du BSAC évoque à titre d'exemples les cas où l'œuvre orpheline est incorporée dans une œuvre dérivée et celui où l'utilisateur a fait imprimer du livre en question un grand nombre d'exemplaires qu'il n'a pas encore vendus.⁸⁹ La Commission n'a jamais délivré de licence conférant au titulaire le droit de la résilier, mais cette question est actuellement à l'examen. Il se peut que certaines des entités qui ont présenté au personnel de la Commission des projets exigeant l'affranchissement des droits afférents à des quantités massives d'œuvres souhaitent qu'elle subordonne à certaines conditions le droit du titulaire de résilier les éventuelles licences en question.

3. *Les licences provisoires*

L'article 66.51 de la *Loi sur le droit d'auteur* dispose que la Commission peut, sur demande, rendre des décisions provisoires. Il est déjà arrivé que la Commission délivre des licences provisoires pour répondre aux besoins des demandeurs tout en assurant la protection des droits des titulaires introuvables. Par exemple, elle a adopté le point de vue selon lequel le libellé du paragraphe 70.7(2) de la *Loi* « est suffisamment général pour lui permettre de traiter de la question immédiatement, tout en réservant sa décision finale

⁸⁷ Voir par exemple *Office national du film du Canada*, 18 juin 2003, 2003-UO/TI-15, en ligne : Commission du droit d'auteur du Canada <http://www.cb-cda.gc.ca/unlocatable-introuvables/licences/122-f.pdf> (licence renouvelée par la décision de la Commission n° 2008-UO/TI-03).

⁸⁸ *U.P. Productions, Inc.*, *supra* (note 85); et *Office national du film du Canada*, 30 novembre 1992, 1992-UO/TI-10, en ligne : Commission du droit d'auteur du Canada <http://www.cb-cda.gc.ca/unlocatable-introuvables/licences/14-b.pdf>.

⁸⁹ Étude du BSAC, *supra* (note 7), p. 33.

sur certains aspects de la demande ». ⁹⁰ Se fondant sur cette interprétation, elle a délivré une licence autorisant la reproduction de 15 couvertures de magazines pour illustrer un calendrier à distribuer gratuitement aux abonnés d'un autre magazine sur renouvellement de leur abonnement, licence assortie de conditions provisoires qui permettaient au demandeur de faire imprimer son calendrier dans les délais voulus. ⁹¹ La Commission a pris ces mesures parce que le demandeur avait un besoin immédiat de la licence, mais que sa demande soulevait un bon nombre de questions juridiques difficiles. Des licences de même nature ont été octroyées dans plusieurs autres cas. ⁹²

4. *La rétroactivité*

L'une des questions contestées qui se posent à propos des demandes formées sous le régime de l'article 77 est celle des licences rétroactives. ⁹³ La Commission a souvent conclu qu'il lui était permis de délivrer des licences applicables à des actes déjà accomplis. Mais le point de savoir si cela lui est effectivement permis est une autre question. La Commission devrait-elle décharger le demandeur de la responsabilité afférente à ses atteintes antérieures au droit d'auteur, ou au contraire exiger qu'il demande une licence avant d'accomplir un acte qui serait autrement contrefaisant? Des arguments valables ont été présentés pour et contre ces deux thèses dans le cadre d'une demande qui a donné lieu à une décision partagée. ⁹⁴

La majorité des membres de la Commission ne voyait aucune raison de rejeter la demande de licence, formée par une entreprise de production cinématographique qui souhaitait utiliser en narration, dans un documentaire historique, des extraits d'un livre protégé. Cette entreprise avait demandé l'autorisation de le faire après qu'elle eut reproduit les extraits en question, mais avant la diffusion du documentaire. Il n'y avait aucun motif de penser que le titulaire du droit d'auteur, si on l'avait retrouvé, se serait opposé à cette utilisation.

Les membres minoritaires de la Commission ont aussi reconnu que, en pratique, les titulaires de droit d'auteur sanctionnent souvent des utilisations antérieures de leurs œuvres. Ils ont également admis que la délivrance de licences rétroactives peut promouvoir la certitude aussi bien que le respect des principes du droit d'auteur. Pourtant, ils n'auraient pas délivré de licence rétroactive en l'espèce. Chose plus importante, ils ne

⁹⁰ *Maclean Hunter Limited*, 24 août 1990, 1990-3, en ligne : Commission du droit d'auteur du Canada <http://www.cb-cda.gc.ca/unlocatable-introuvables/licences/1-b.pdf>, p. 2.

⁹¹ *Ibid.*

⁹² *Musée de la civilisation*, 14 mai 1992, 1992-UO/TI-6, en ligne : Commission du droit d'auteur du Canada <http://www.cb-cda.gc.ca/unlocatable-introuvables/licences/10-b.pdf> (autorisant la reproduction et la traduction d'extraits de deux livres); et *Goose Lane Editions*, 16 mars 1992, 1992-UO/TI-2, en ligne : Commission du droit d'auteur du Canada <http://www.cb-cda.gc.ca/unlocatable-introuvables/licences/6-b.pdf> (autorisant la réimpression d'une photographie provenant d'un livre).

⁹³ Voir par exemple Carrière, *supra* (note 20).

⁹⁴ *Breakthrough Films & Television Inc.*, 6 mars 2006, 2004-UO/TI-33, en ligne : Commission du droit d'auteur du Canada <http://www.cb-cda.gc.ca/unlocatable-introuvables/licences/156r-b.pdf>.

voulaient pas que l'article 77 soit perçu comme une police d'assurance contre le risque de réclamations postérieures à la contrefaçon, ce qui priverait les titulaires de recours juridiques efficaces dans le cas où ils finiraient par se manifester. Ils voulaient plutôt encourager l'application de modèles commerciaux pourvus de mécanismes proactifs d'affranchissement des droits.

5. *Les redevances et leur paiement*

Chacune des licences délivrées par la Commission fixe un prix pour l'utilisation autorisée, mais ce ne sont pas toutes les licences qui exigent du licencié le paiement anticipé de redevances. Lorsqu'un tel paiement est exigé, il devient nécessaire d'établir qui percevra les redevances, ainsi que la manière dont il convient de les administrer et, le cas échéant, de les distribuer. Nous examinons ces points dans l'ordre ci-dessous.

La première question qui se pose est celle de savoir si le licencié devrait toujours être tenu de payer des redevances. Le rapport américain et l'étude du BSAC envisagent tous deux la possibilité que, dans certains cas, il soit raisonnable de fixer à zéro les redevances à payer pour l'utilisation d'une œuvre orpheline.⁹⁵ La Commission a rejeté ce point de vue. Cependant, les fins auxquelles le demandeur souhaite utiliser l'œuvre – fins qui peuvent être commerciales, éducatives ou religieuses – sont parfois considérées comme pertinentes et peuvent amener la Commission à fixer pour les redevances un montant nominal,⁹⁶ ou encore, comme nous le verrons plus loin, à ne pas exiger leur paiement anticipé. On pourrait néanmoins soutenir qu'il serait raisonnable, par exemple, de ne pas prescrire le paiement de redevances pour les licences délivrées à des organismes caritatifs, à des bibliothèques, à des musées, à des établissements d'enseignement, à des personnes physiques ou même à d'autres entités, lorsque l'utilisation projetée est de nature non commerciale. Il serait cependant difficile de soutenir la même chose relativement aux utilisations commerciales, pour lesquelles la Commission essaie de fixer les redevances aux taux du marché.

Il y a divers facteurs qu'on peut prendre en considération dans l'établissement d'un taux raisonnable de redevances. La Commission demande souvent aux sociétés de gestion les renseignements les plus récents sur les prix qu'elles fixent pour les licences visant l'utilisation projetée de catégories d'œuvres déterminées de leur propre répertoire. Quant aux marchés où il n'y a pas de gestion collective des droits, il est souvent possible d'établir la pratique qui y est généralement reconnue. Le BSAC a énuméré un certain

⁹⁵ Rapport américain, *supra* (note 1), p. 12-13; et étude du BSAC, *supra* (note 7), p. 32.

⁹⁶ Souvent, le montant est suggéré par une société de gestion qui elle-même demande moins pour certaines utilisations. Dans d'autres cas, l'objet de la licence peut influencer sur l'établissement que la Commission assure elle-même du montant des redevances ; voir : *Royal Canadian Artillery Museum*, 14 juin 1991, 1991-UO/TI-9, en ligne : Commission du droit d'auteur du Canada <http://www.cb-cda.gc.ca/unlocatable-introuvables/licences/4-b.pdf>, p. 3; *Aylmer United Church*, *supra* (note 87) p. 3; et *Institut canadien de microreproductions historiques*, 18 septembre 1996, 1993-UO/TI-5, en ligne : Commission du droit d'auteur du Canada <http://www.cb-cda.gc.ca/unlocatable-introuvables/licences/27-b.pdf>, ainsi que les décisions ultérieures relatives au même demandeur.

nombre d'autres facteurs qui pourraient se révéler pertinents pour la fixation de redevances raisonnables, par exemple la mesure dans laquelle des exemplaires permanents additionnels de l'œuvre orpheline ont été mis à la disposition du public et la durée sur laquelle l'utilisation a eu lieu.

L'étude du BSAC et le rapport américain ont aussi proposé que le taux des redevances, dans les cas qui le justifient, soit fixé d'un commun accord par le titulaire et l'utilisateur après négociation. Cette formule n'est évidemment applicable que si, suivant la recommandation des deux documents, le paiement de redevances est subordonné à la condition que le titulaire du droit d'auteur se fasse connaître. Cette approche est incompatible avec le régime canadien, où la licence est nécessairement délivrée avant que le titulaire se manifeste et où la Commission est tenue de fixer le taux des redevances, ce qui ne laisse aucune place aux négociations après coup.

Il pourrait sembler à certains – en particulier si l'utilisation est de nature commerciale – que le fait de n'imposer au licencié que le paiement conditionnel de redevances enrichit injustement l'utilisateur dans le cas où le titulaire ne se manifeste jamais. Le BSAC pense néanmoins que cette formule serait la plus simple et la meilleure au Royaume-Uni.⁹⁷ Le rapport américain et le projet de loi correspondant auraient aussi subordonné l'obligation pour l'utilisateur de payer un montant raisonnable pour l'utilisation de l'œuvre à l'éventualité que le titulaire auparavant introuvable se manifeste pour réclamer des redevances.

Il est arrivé à l'occasion que la Commission, après l'examen de divers facteurs, conclût qu'il convenait de fixer des redevances conditionnelles. Le meilleur exemple en est la série de licences qu'elle a délivrées à l'Institut canadien de microreproductions historiques, organisme créé pour conserver et distribuer sur microfiches les imprimés canadiens anciens.⁹⁸ La Commission a ainsi délivré à l'ICMH, sur une période de quatre ans, onze licences autorisant la reproduction d'un total de 6 675 ouvrages canadiens publiés entre 1900 et 1920. Un grand nombre de ces œuvres étaient encore manifestement protégées par le droit d'auteur. Souvent, cependant, il était impossible de l'établir avec certitude. La Commission a pris en considération, entre autres facteurs, la nature de l'utilisation projetée, le fait que les titulaires introuvables ne se manifesteraient probablement pas et le fait que presque tous les titulaires qu'on avait pu retrouver avaient autorisé la reproduction sans demander de redevances. En fin de compte, malgré les objections de la société de gestion compétente, la Commission a délivré une licence qui n'exigeait pas le paiement de redevances à une société de gestion et fixait les redevances conditionnelles à seulement dix cents par exemplaire de chaque œuvre.

Toutefois, si la licence prévoit le paiement *ex ante* de redevances en l'absence d'un titulaire connu et pouvant être trouvé, il y aura lieu de se demander qui, le cas échéant, devrait recevoir et détenir les redevances. Évidemment, un titulaire introuvable ne peut par définition recevoir de redevances d'un licencié.

⁹⁷ Étude du BSAC, *supra* (note 7), p. 28.

⁹⁸ *Supra* (note 42).

Une formule possible consisterait à constituer un compte de garantie bloqué où les redevances seraient détenues au nom du titulaire. Cependant, selon le rapport américain, cette solution serait « hautement inefficace » et « dans la plupart des cas, ne faciliterait pas vraiment le paiement de redevances aux titulaires par les utilisateurs d'œuvres orphelines ». ⁹⁹ L'expérience de la Commission confirme que cette formule est impraticable parce qu'elle coûterait trop cher. Les premières licences délivrées par la Commission exigeaient que le demandeur, et plus tard les sociétés de gestion, détiennent les redevances en fiducie. Mais cette pratique a en fin de compte été abandonnée. Quant à la solution selon laquelle la Commission détiendrait elle-même les sommes en question, elle ne serait envisageable que si cette dernière en avait le pouvoir, ce qui n'est actuellement pas le cas.

Plutôt, la Commission prescrit souvent au licencié de verser des redevances à une société de gestion immédiatement après la délivrance de la licence. Dans le passé, la société de gestion désignée avait l'obligation de détenir les redevances en fiducie pour le titulaire introuvable durant cinq ans à compter de l'expiration de la licence délivrée par la Commission, soit le délai dont il dispose pour faire valoir les droits que lui confère cette licence. Après l'expiration de la période de cinq ans, il était permis à la société de gestion d'utiliser le montant des redevances à son gré. Cependant, on a constaté que cette pratique était trop exigeante en proportion des montants en question. On a donc décidé de permettre plutôt aux sociétés de gestion d'utiliser à leur gré dès le départ le montant des redevances dues aux titulaires introuvables, à condition de s'engager à les rémunérer le cas échéant.

Il semble que les pratiques à cet égard varient selon les sociétés de gestion. Aucune d'entre elles ne tient de comptes en fiducie. La plupart ont constitué des réserves. Certaines, dont Access Copyright, rémunèrent le titulaire du droit d'auteur même s'il réclame ses redevances après l'expiration du délai prévu par la *Loi*.

La pratique consistant à faire participer les sociétés de gestion au processus d'octroi de licences sous le régime de l'article 77 est contestée et a fait l'objet de plaintes explicites adressées à la Commission. ¹⁰⁰ Le juriste Vaver la qualifie de « discutable », faisant observer que si la Commission ne peut inscrire l'obligation de faire des dons de charité parmi les modalités d'une licence d'utilisation d'une œuvre orpheline, elle peut encore moins permettre à des sociétés de gestion de s'approprier les redevances. Parmi les commentateurs qui ont abordé la question du paiement des redevances dans le contexte du rapport américain, certains proposaient que les redevances non réclamées échoient à l'agence qui les administre, d'autres soutenaient que cet argent devrait être donné aux organismes appuyant les artistes du domaine dont relève l'œuvre orpheline, et d'autres encore estimaient que les redevances devraient être rendues à l'utilisateur. ¹⁰¹ Tous ces commentateurs partaient du principe que le paiement de redevances serait prescrit dans

⁹⁹ Rapport américain, *supra* (note 1), p. 11 et 114.

¹⁰⁰ Courriel en date du 26 février 2006 adressé par Wallace MacLean à la Commission du droit d'auteur du Canada.

¹⁰¹ Rapport américain, *supra* (note 1), p. 85.

les cas où le titulaire serait introuvable, proposition que le Copyright Office des États-Unis a en fin de compte rejetée.

Du point de vue juridique, toute aptitude de la Commission à prescrire le paiement de redevances à des sociétés de gestion, qui puissent ensuite en disposer à leur gré, doit nécessairement découler du paragraphe 77(2) de la *Loi sur le droit d'auteur*, qui l'habilite à établir les modalités de la licence. Dans le contexte de la certification de tarifs, la Cour d'appel fédérale a donné une interprétation large du pouvoir d'établissement des modalités dont jouit la Commission.¹⁰² Dans l'exercice des pouvoirs que lui confère l'article 77, la Commission a choisi d'appliquer les principes généraux du droit des fiducies, notamment la doctrine *d'equity du cy-près*, selon laquelle, lorsqu'il devient impossible, impraticable ou illégal de remplir l'objet d'une fiducie caritative, le tribunal peut, au lieu d'annuler celle-ci, ordonner que les fonds en question servent à une autre fin, aussi proche que possible de celle qu'avait choisie le fiduciaire.¹⁰³ Cette doctrine est parfois appliquée à la gestion des fonds de règlement de recours collectif, lorsque les ayants droit ne se manifestent pas.¹⁰⁴

Selon la maxime juridique *Delegatus non potest delegare*, tout tribunal doit rendre lui-même toutes les décisions que sa loi habilitante lui confère le pouvoir de rendre.¹⁰⁵ Certains pourraient faire valoir que la *Loi sur le droit d'auteur* habilite la Commission à octroyer des licences et à en fixer les modalités, mais pas à déléguer ces pouvoirs, que ce soit par voie réglementaire, de gré à gré ou autrement, de sorte que, selon ce raisonnement, la Commission n'aurait pas la faculté de s'en remettre aux opinions ou à l'approbation de qui que ce soit d'autre, encore moins de permettre à qui que ce soit d'autre de prendre des décisions concernant les demandes formées sous le régime de l'article 77.

Cependant, on peut aussi soutenir que l'attribution des fonctions de perception et de distribution des redevances n'est pas une délégation de pouvoir de décision. La Commission seule rend toutes les décisions. Il lui est par ailleurs permis de faire participer les sociétés de gestion et d'autres experts au processus d'octroi de licences. Le fait que la *Loi* autorise expressément la Commission à retenir les services d'experts pour l'assister dans l'exercice de ses fonctions peut être ou non pertinent à cet égard.¹⁰⁶ Chose plus importante, le droit administratif permet à la Commission de recueillir renseignements et avis auprès d'autres personnes, d'appliquer les normes élaborées par

¹⁰² *Société canadienne de gestion des droits voisins c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique*, [2004] 1 R.C.F. 303.

¹⁰³ Mark R. Gillen et Faye Woodman, *The Law of Trusts, A Contextual Approach*, Toronto, Emond Montgomery, 2000, p. 257-267.

¹⁰⁴ Ward Branch, *Class Actions in Canada*, feuilles mobiles, Aurora (Ont.), Canada Law Book Inc., juin 2006, paragr. 18-200. La doctrine du cy-près a été intégrée dans le régime québécois des recours collectifs dès la mise en place de celui-ci en 1978.

¹⁰⁵ Blake, *supra* (note 84), p. 137.

¹⁰⁶ *Loi sur le droit d'auteur*, *supra* (note 2), paragr. 66.4(3).

d'autres instances, et de déléguer les tâches telles que celles d'établissement des faits et d'enquête.¹⁰⁷

Ces principes et dispositions sembleraient donner à la Commission le pouvoir de maintenir sa pratique de consultation des sociétés de gestion en vue d'établir les prix approximatifs du marché lors de la fixation des modalités de licence. Il est également possible que la Commission soit habilitée à développer les protocoles déjà en place avec des sociétés de gestion telles que Copibec et Access Copyright, ou à élargir la participation des sociétés de cette nature en obligeant les demandeurs à coordonner avec elles leurs efforts de recherche des titulaires, ou en demandant à ces organismes de vérifier la conformité aux critères établis ou de lui proposer des modalités de licence.

S'agissant de décider s'il y a lieu de faire participer les sociétés de gestion à l'application du régime de l'article 77, la Commission pourrait prendre en considération un certain nombre de facteurs. L'efficacité administrative et l'attribution des ressources de la Commission comptent parmi les plus importants de ces facteurs. Les membres et le personnel de la Commission du droit d'auteur gèrent une multiplicité de régimes tarifaires, dont la plupart mettent en jeu des montants de redevances de loin supérieurs à ceux qui relèvent de l'article 77. Nous laissons à d'autres le soin d'examiner le point de savoir s'il est pratiquement possible ou théoriquement souhaitable que la Commission consacre des ressources, par exemple, à la gestion et à la distribution de sommes détenues en fiducie pour le compte des titulaires introuvables.

Par contre, la perception et la distribution des redevances constituent la raison d'être même des sociétés de gestion. Il existe des éléments anecdotiques qui donnent à penser que la participation des sociétés de gestion à l'octroi des licences, ainsi qu'à la perception et à la distribution des redevances, accroît la probabilité que celles-ci parviennent en fin de compte au véritable titulaire du droit d'auteur. Un autre argument à l'appui de la participation des sociétés de gestion est qu'il pourrait être plus facile pour le titulaire de se faire payer les sommes qu'on lui doit par une société de gestion que par un utilisateur pris isolément, susceptible de disparaître avant l'extinction de ses droits. Certaines sociétés de gestion publient la délivrance des licences qu'il leur est demandé de gérer. En outre, la collaboration avec la Commission dans le cadre des demandes relevant de l'article 77 entraîne des frais pour ces sociétés, que la perception des redevances leur permet de récupérer au moins en partie.

La Commission a élaboré dès 1991 sa politique consistant à faire participer les sociétés de gestion à l'application du régime de licences de l'article 77, mais ce n'est qu'en 1997 qu'elle a envisagé d'officialiser cette relation. Lorsqu'elle a été appelée à témoigner devant le Comité permanent du patrimoine canadien en 1997, elle a proposé certaines modifications à la *Loi* en vue de simplifier le processus d'octroi des licences. L'objet de sa première recommandation était d'éviter que ses ressources soient indûment grevées : elle y proposait de confier la fonction d'octroi des licences aux sociétés de gestion qui s'occupaient déjà de la catégorie d'utilisation visée par la demande; elle ne serait

¹⁰⁷ Blake, *supra* (note 84), p. 137, et décisions qui y sont citées.

intervenue qu'en l'absence de société de gestion ou afin de régler tout différend entre une telle société et un demandeur.

Le législateur a réagi en modifiant la *Loi sur le droit d'auteur* de manière à conférer à la Commission le pouvoir de régir l'attribution des licences par règlement. Cependant, la Commission n'a pas exercé ce pouvoir, en partie parce qu'il ne suffit probablement pas de lui permettre de déléguer d'autres fonctions aux sociétés de gestion sous le régime de l'article 77. Ainsi, la Commission est revenue sur ce sujet dans les observations qu'elle a présentées en 2003 concernant le *Rapport sur l'article 92*.¹⁰⁸

Plutôt que d'officialiser ses rapports avec les sociétés de gestion par la voie de dispositions réglementaires, la Commission a continué de collaborer avec elles et de les consulter au cas par cas. Cependant, à la demande des principales sociétés canadiennes de gestion des droits de reprographie, à savoir Copibec et Access Copyright, elle a conclu avec elles des accords administratifs en bonne et due forme. Ces accords énoncent les mesures que la Commission entend les voir prendre lorsqu'elles participent au traitement des demandes et à l'application des décisions. Ils prévoient aussi un mécanisme permettant aux demandeurs éventuels de s'adresser directement à ces sociétés, sans que la Commission ait à intervenir aux premières étapes des demandes. Quelle que soit la voie que la Commission choisisse pour l'avenir, on peut s'attendre à ce qu'elle accorde une grande importance au maintien de la transparence dans le but d'assurer l'acceptation par le public de toutes ententes éventuelles avec les sociétés de gestion.

6. Les mentions relatives au droit d'auteur

L'étude du BSAC recommandait de prévoir l'obligation d'indiquer le nom de l'auteur, s'il était connu, comme condition d'utilisation de l'œuvre orpheline. Cette recommandation du BSAC s'explique probablement par une recommandation presque identique formulée antérieurement dans le rapport américain. Celui-ci proposait qu'on recommande cette obligation afin de « faire comprendre le plus clairement possible au public que l'œuvre a été produite par un autre auteur et qu'une autre personne détient sur elle le droit d'auteur ». ¹⁰⁹ Les associations internationales d'éditeurs et de bibliothécaires se sont aussi entendues sur le principe de cette obligation. ¹¹⁰ En fait, les intervenants de toutes catégories semblent de plus en plus d'accord pour dire que l'obligation de préciser le plus possible la source de l'œuvre orpheline est une condition légitime de son utilisation, de façon à faciliter ensuite la localisation des titulaires de droits d'auteur, à des fins d'équité, mais peut-être aussi pour d'autres raisons.

Dans le même contexte, l'étude du BSAC suggère aussi d'obliger l'utilisateur de l'œuvre orpheline à indiquer sur tous les exemplaires qu'il en produit, communique ou distribue

¹⁰⁸ Industrie Canada, « Stimuler la culture et l'innovation : Rapport sur les dispositions et l'application de la *Loi sur le droit d'auteur* », Ottawa, Industrie Canada, 2002.

¹⁰⁹ Rapport américain, *supra* (note 1), p. 10, 82 et 110-112.

¹¹⁰ Déclaration IFLA/IPA, *supra* (note 75).

au public qu'il est autorisé à ce faire par des dispositions déterminées.¹¹¹ Selon le BSAC, le titulaire, quand il se manifestera plus tard, saura ainsi s'il peut percevoir des redevances et comment le faire, ce qui lui évitera d'intenter des poursuites en contrefaçon à l'utilisateur pour découvrir plus tard que l'utilisation était autorisée par une dérogation ou une licence relatives aux œuvres orphelines. On peut aussi accroître la probabilité que le titulaire puisse percevoir les redevances qui lui sont dues en publiant le fait que l'œuvre est considérée comme orpheline. On trouve des observations analogues dans le rapport américain.¹¹²

Il est parfois arrivé, dans le contexte des demandes formées sous le régime de l'article 77, que la Commission du droit d'auteur prescrive au licencié d'indiquer le nom de l'auteur, le fait que l'œuvre était utilisée en vertu d'une licence délivrée par elle, ainsi que la manière dont le titulaire pourrait obtenir la rémunération afférente, mais elle ne l'a pas fait systématiquement. Par exemple, elle a octroyé à un libraire québécois une licence l'autorisant à réimprimer 2 000 exemplaires d'un livre à la condition qu'ils portent une mention bien visible du nom de l'auteur et de l'existence d'une licence de la Commission.¹¹³ Il semble que cette pratique soit maintenant plus systématique.

D'autres dispositions de la *Loi sur le droit d'auteur* prévoient déjà des obligations de même nature. Il y a un droit moral à la mention de la source dans les cas où elle s'impose normalement. En outre, certains types d'utilisation équitable, par exemple pour des besoins de critique, de compte rendu ou de communication de nouvelles, sont subordonnés à l'indication de la source de l'œuvre. Les indications précises à donner sur le droit d'auteur, le cas échéant, et la manière précise de les donner peuvent varier en fonction de la nature de l'œuvre, de l'utilisation projetée et d'autres facteurs.

L'obligation d'indiquer le nom de l'auteur s'il est connu aide à éviter les problèmes de droits moraux qu'on peut causer involontairement. Nous avons évoqué plus haut le caractère incertain de l'aptitude de la Commission à se prononcer sur les droits moraux. Il est évident que la Commission ne peut renoncer aux droits moraux au nom de l'auteur. Cependant, on pourrait soutenir que la Commission est habilitée à fixer les modalités que tout titulaire prudent du droit d'auteur fixerait. Il est possible d'inclure parmi les modalités de la licence l'obligation d'utiliser l'œuvre de manière à ne pas porter atteinte aux droits moraux. Il paraît simple de régler la question des indications relatives au droit d'auteur. Or, si cette question peut être réglée, celle de l'intégrité de l'œuvre peut l'être aussi.

7. L'annulation et la résiliation

La Commission du droit d'auteur n'est pas expressément habilitée à réexaminer et à modifier une décision rendue sous le régime de l'article 77, même s'il est intervenu un

¹¹¹ Étude du BSAC, *supra* (note 7), p. 22.

¹¹² Rapport américain, *supra* (note 1), p. 111.

¹¹³ *Chelsea Books*, 29 mars 2007, 2007-UO/TI-06, en ligne : Commission du droit d'auteur du Canada <http://www.cb-cda.gc.ca/unlocatable-introuvables/licences/199-e.pdf>.

changement important de la situation dans laquelle elle l'a rendue. Chose plus importante, les licences délivrées en vertu de l'article 77 ne font pas partie des décisions que l'article 66.52 de la *Loi* autorise la Commission à modifier. Ce fait soulève des questions touchant ce qui peut être fait dans le cas où le licencié ne respecte pas les modalités de la licence que lui a octroyée la Commission du droit d'auteur. Cette dernière peut-elle annuler la licence ou en demander l'exécution devant un tribunal judiciaire? Ces questions difficiles ne se sont pas encore posées en pratique à la Commission.

Une autre question est celle de savoir si le titulaire d'abord introuvable peut annuler la licence ou en modifier les modalités s'il se manifeste après sa délivrance. Le paragraphe 77(3) dispose seulement que le titulaire peut percevoir les redevances fixées pour la licence ou en poursuivre le recouvrement en justice jusqu'à cinq ans après l'expiration de la licence. Or, le titulaire peut souhaiter résilier la licence ou obtenir une injonction interdisant au licencié de poursuivre l'utilisation autorisée par la Commission : celui lui est-il permis?

L'article 77 n'empêche pas le titulaire de demander une injonction ou une remise des exemplaires contrefaisants de l'œuvre sous le régime de l'article 34 ou d'autres dispositions réparatrices. Dans la mesure où de telles mesures de réparation sont prévues, la Commission ne serait probablement pas autorisée à y interdire le recours. Cependant, le point important ici est que les exemplaires doivent être contrefaisants. Or, les exemplaires tirés en vertu d'une licence valide délivrée par la Commission ne peuvent pas, par définition, être contrefaisants. L'utilisateur qui se conforme aux modalités de la licence délivrée par la Commission est tout autant protégé par cette licence que l'est par la sienne celui qui la tient directement du titulaire du droit d'auteur. La vraie question, donc, n'est pas le pouvoir de la Commission de déroger aux droits du titulaire, mais l'étendue de ces droits. La réponse probable est que la seule voie de recours ouverte au titulaire est celle que prévoit le paragraphe 77(3), à moins que le libellé de la licence elle-même ne lui permette de la résilier.

La Commission n'a jamais inscrit dans une licence de clause en autorisant l'annulation par le titulaire du droit d'auteur. Elle pourrait vraisemblablement le faire en vertu de son pouvoir d'établir les modalités de la licence. En supposant qu'elle le puisse, la manière dont cela lui serait permis serait d'importance cruciale. La Commission ne s'est pas encore occupée de ces questions, mais d'autres les ont déjà soulevées. Le rapport américain fait référence à de nombreuses observations d'intervenants touchant les mesures qu'on devrait prendre lorsque le titulaire, d'abord introuvable, se manifeste et essaie de faire valoir ses droits.¹¹⁴ Le consensus est qu'il convient de distinguer les utilisations nouvelles et les utilisations en cours. La plupart des commentateurs étaient d'accord pour dire que les titulaires devraient pouvoir empêcher les nouvelles utilisations de leurs œuvres. Quant à la question de savoir s'il devrait être permis au titulaire d'empêcher un utilisateur d'accomplir des actes relatifs aux exemplaires existants de l'œuvre auparavant orpheline, elle était plus contestée, s'agissant en particulier d'une

¹¹⁴ Rapport américain, *supra* (note 1), p. 86.

œuvre incorporée dans une œuvre dérivée. L'étude du BSAC examine des questions du même ordre.¹¹⁵

8. La cessibilité

La *Loi sur le droit d'auteur* et les licences délivrées par la Commission du droit d'auteur sous le régime de l'article 77 sont muettes sur l'aptitude du détenteur d'une telle licence à disposer de celle-ci.¹¹⁶ Selon toute probabilité, les règles valant en général pour les licences non exclusives seraient ici d'application. Si son paragraphe 13(4) dispose que le titulaire peut céder son droit d'auteur de multiples façons, la *Loi* ne paraît comporter aucune disposition touchant l'aptitude du licencié à faire de même. Par conséquent, le point de savoir si une licence délivrée par la Commission sous le régime de l'article 77 peut être cédée, être divisée ou donner lieu à l'octroi d'une sous-licence reste une question ouverte.

Toutefois, il est probable que la Commission, tout comme le titulaire du droit d'auteur, est habilitée à prévoir expressément dans la licence qu'elle peut être cédée, être divisée ou donner lieu à l'octroi d'une sous-licence. Il lui est d'ailleurs déjà arrivé de le faire implicitement, par exemple en octroyant des droits de radiodiffusion à des producteurs n'exploitant pas de station de télévision.

III. Analyse empirique et statistique

Nous proposons dans la présente section un examen empirique et une analyse statistique détaillés des activités de la Commission relevant du régime de licences de l'article 77, dans le but de fournir des renseignements factuels fondamentaux qui facilitent les discussions d'orientation, l'étude comparative et l'analyse des programmes. Les données présentées seront souvent accompagnées de graphiques et de diagrammes ainsi que d'explications et d'interprétations possibles des résultats de l'étude. Nous avons fixé la date limite de l'analyse à la fin de l'année calendaire 2008, encore que nous ayons tenu compte de certaines données de 2009 quand elles étaient disponibles et pertinentes.

¹¹⁵ Étude du BSAC, *supra* (note 7), p. 33.

¹¹⁶ Carrière, *supra* (note 20), p. 14.

A. Le nombre des taux et des demandes

La Commission du droit d'auteur a ouvert des dossiers pour plus de 441 demandes de licences présentées sous le régime de l'article 77.¹¹⁷ Cependant, elle a reçu beaucoup plus de demandes de renseignements que de demandes de licences proprement dites. Nous n'analysons ici que les demandes à l'égard desquelles des dossiers ont été ouverts.

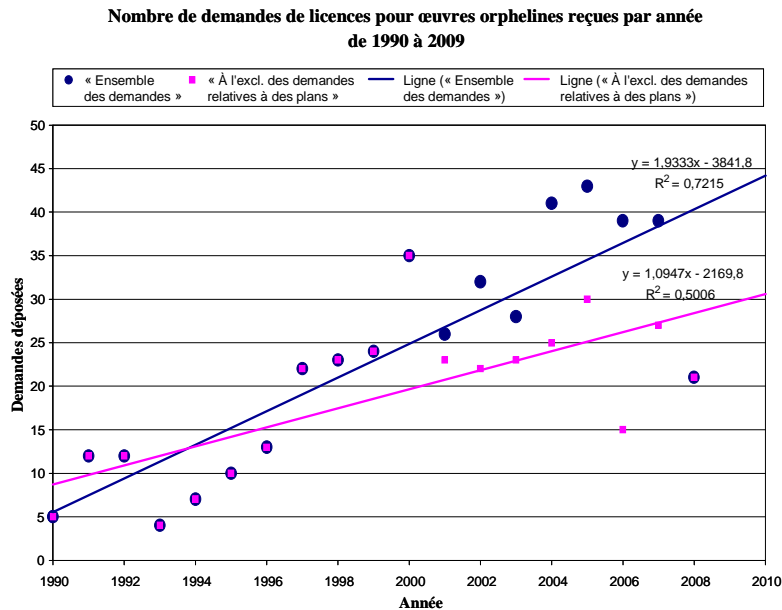


Figure 1 : Nombre de demandes par année

L'activité de la Commission découlant de l'article 77 s'est intensifiée avec le temps. Le nombre de dossiers qu'elle a ouverts annuellement est passé de moins de 10 en 1990 à plus de 40 en 2006, le nombre moyen des demandes augmentant de 2 à 3 (de 2,38 pour être plus précis) par an. Les demandes relatives aux œuvres architecturales faussent cependant ces chiffres.

En effet, dès que la Commission a changé sa politique touchant cette catégorie d'œuvres en 2007,¹¹⁸ le nombre des demandes déposées a diminué sensiblement. Si l'on exclut de

¹¹⁷ Aux fins de cette analyse empirique, nous avons traité séparément un nombre restreint (cinq) de demandes isolées ayant entraîné la délivrance de licences multiples.

¹¹⁸ Selon la *Politique de la Commission du droit d'auteur du Canada portant sur la délivrance de licences pour les plans architecturaux détenus dans les archives municipales*, <http://cb-cda.gc.ca/unlocatable-introuvables/municipal-municipales-b.pdf>, la Commission a cessé de délivrer des licences d'utilisation de plans architecturaux, bien que les œuvres de cette catégorie soient protégées par le droit d'auteur, et ce, pour deux raisons : 1) le plus souvent, l'utilisation envisagée constitue une utilisation équitable à des fins de recherche ou fait l'objet d'une licence implicite; 2) le paragraphe 32.1(1) de la *Loi* dispose que la municipalité qui communique copie d'un plan en réponse à une demande d'accès à l'information ne viole pas le droit d'auteur. La plupart des municipalités canadiennes sont assujetties à une loi d'accès à l'information.

l'analyse les demandes concernant les plans architecturaux, on obtient un taux d'augmentation plus modéré pour l'ensemble des demandes.

Les 421 demandes déposées jusqu'à la date du présent rapport concernaient quelque 12 640 œuvres différentes, ce qui s'explique du fait que certains demandeurs ont déposé des demandes portant chacune sur des œuvres multiples. Soixante-cinq pour cent des demandeurs souhaitaient utiliser seulement une œuvre, 24 % entre 2 et 10, et 7 % entre 11 et 100. Certains demandaient une ou plusieurs licences applicables à un grand nombre d'œuvres, jusqu'à des milliers dans quelques cas.

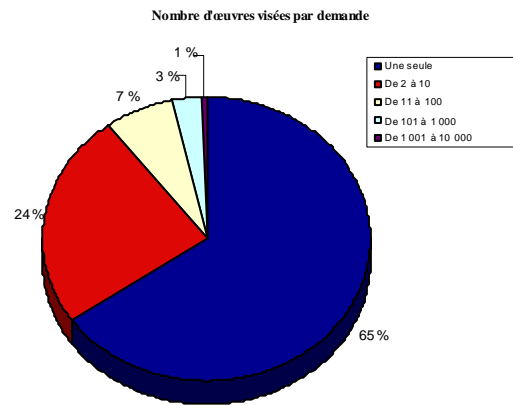


Figure 2 : Nombre d'œuvres par demande

B. Les résultats des demandes

Environ la moitié des demandes relatives à des œuvres orphelines présentées à la Commission ont donné lieu à l'octroi de licences. La Commission avait délivré 230 licences à la fin de 2008.¹¹⁹ La proportion des licences délivrées aux demandes déposées ne signifie pas que la Commission ait souvent rejeté les demandes. En fait, elle n'en a rejeté formellement que cinq. Le graphique suivant représente les résultats de l'ensemble des demandes de licences traitées par la Commission.

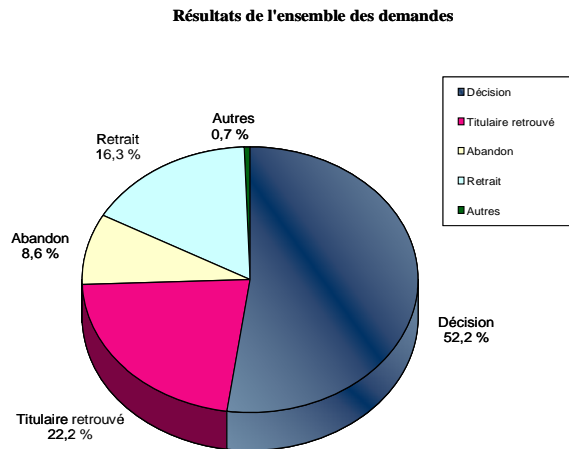


Figure 3 : Résultats des demandes

Comme on peut le voir à la figure 3, 22,2 % des demandes ont été abandonnées parce qu'on a retrouvé le titulaire du droit d'auteur, en général avec l'aide de la Commission, et souvent avec celle de sociétés de gestion. Que les sociétés de gestion aient aidé à retrouver les titulaires au Canada concorde avec les observations présentées au Copyright Office américain, qui donnent à penser que le problème des œuvres orphelines se pose moins souvent là où les droits sont gérés collectivement.¹²⁰

Une très faible proportion seulement des demandes ont été officiellement rejetées. Les motifs de ces rejets étaient en général soit la non-nécessité d'une licence, soit le fait que

¹¹⁹ Ce nombre ne correspond pas exactement au nombre de titres qu'on trouve sur le site Web de la Commission du droit d'auteur. Celui-ci comporte en effet quelques titres de plus, ce qui s'explique par exemple par la délivrance d'un nombre restreint de licences modifiées ou provisoires; dans d'autres cas, le site ne donne qu'un titre pour plusieurs licences connexes.

¹²⁰ Rapport américain, *supra* (note 1), p. 31.

le demandeur n'eût pas prouvé que l'œuvre avait été publiée. Les données indiquent que 16,3 % des demandes ont été retirées et que 8,6 % ont été apparemment abandonnées. Il ne semble pas y avoir de raison précise. Certains demandeurs considèrent comme trop rigoureuses les conditions de recherche fixées par la Commission et préfèrent risquer de violer le droit d'auteur plutôt que de les remplir. D'autres sont informés que leur demande serait rejetée pour des motifs de compétence ou autres. D'autres encore, sans en aviser la Commission, décident de ne pas utiliser la licence aux fins prévues par leur demande ou finissent par retrouver le titulaire du droit d'auteur. Les données relatives aux demandes retirées ou abandonnées sans qu'une décision ait été prononcée sont insuffisantes. La Commission n'a pas fixé de délai uniforme après lequel elle considère les demandes comme abandonnées. Par conséquent, il est impossible de tirer des conclusions sûres quant à la période de temps que les demandeurs ont attendu avant de retirer ou d'abandonner leurs demandes.

C. Les durées de traitement des demandes

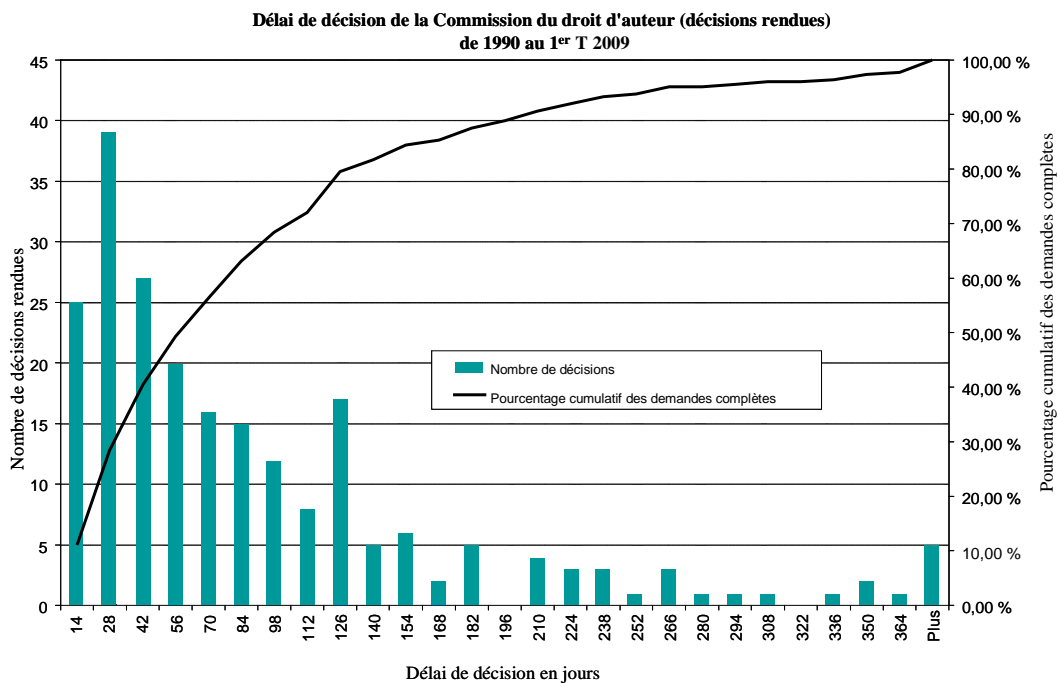


Figure 4 : Durée d'attente de la décision en jours

Le caractère impressionniste de l'analyse proposée dans la présente section n'a pu être évité. Étant donné la nature des données brutes, nous nous sommes en effet heurtés à plusieurs obstacles méthodologiques sérieux. En outre, tous les dossiers ne sont pas traités de la même manière, ce qui rend difficile de tirer des conclusions générales sur les durées. Par exemple, nous avons décidé de calculer le temps qu'il faut pour traiter une demande à partir du moment où la Commission la reçoit. Cependant, de nombreuses demandes se révèlent incomplètes à la réception, et les demandeurs peuvent mettre un temps considérable à donner à la Commission les renseignements complémentaires requis, ce qui fausse sensiblement les données présentées ci-dessous. En outre, les demandes simples en apparence soulèvent parfois des questions complexes. Nous

n'avons pas essayé de distinguer ces dossiers ni de les prendre en compte en tant que valeurs aberrantes.

La figure 4 ne rend compte que des demandes sur lesquelles la Commission a prononcé une décision (en général favorable). Environ la moitié (49 %) de ces affaires ont été décidées en moins de huit semaines. Dans un cinquième des dossiers, la Commission a mis de deux à quatre mois pour rendre sa décision, et dans quatre cas (environ 2 % des dossiers), il lui a fallu plus d'un an. Douze pour cent des décisions ont été prononcées dans les deux semaines suivant la réception de la demande, et un peu plus du quart des affaires ont été décidées en moins d'un mois.

Il est possible de représenter la même information de manière quelque peu différente. Alors que les barres de la figure 4 rendent compte du nombre de jours qu'il a fallu pour rendre les décisions, celles de la figure 5 correspondent au pourcentage de demandes encore en suspens après des périodes de 2, 4, 8, 16 et 52 semaines. Environ la moitié des demandes restent pendantes après 8 semaines, et un peu moins des trois quarts des décisions sont prononcées en moins de 16 semaines.

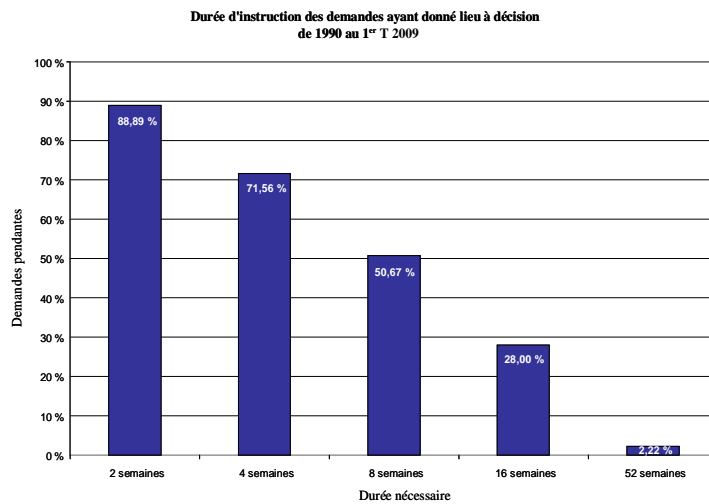


Figure 5 : Demandes pendantes selon le temps écoulé en semaines

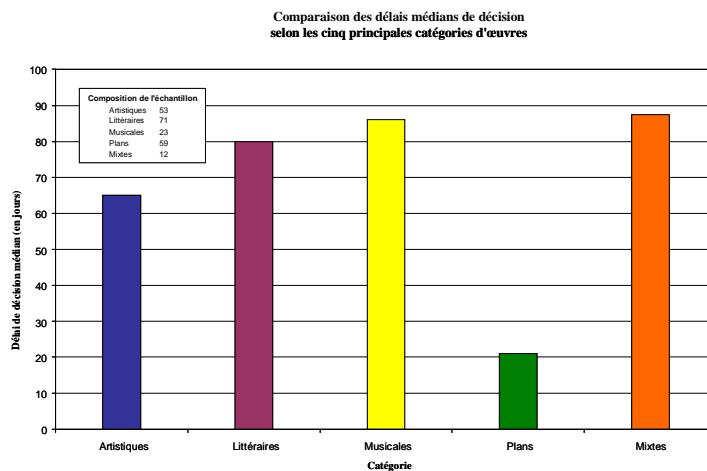


Figure 6 : Délai de décision en jours selon la catégorie d'œuvres

Nous n'avons pas constaté de dépendance entre le nombre des demandes à un moment donné et le temps nécessaire pour rendre les décisions. Malgré l'augmentation du nombre des demandes entre 1990 et 2008, la Commission n'a pas mis plus ou moins de temps en moyenne pour rendre ses décisions.

La diminution manifeste des durées de traitement constatée récemment (représentée à la queue de la figure 7) pourrait

s'expliquer par l'apparition des demandes de licences visant des plans architecturaux. Comme on peut le voir à la figure 6, il n'y avait presque aucune différence entre les durées de traitement des demandes portant respectivement sur des œuvres artistiques, littéraires et musicales, mais il n'a fallu, pour traiter les demandes portant sur des plans architecturaux, qu'environ le quart du temps nécessaire pour les demandes relatives à d'autres catégories d'œuvres.

L'analyse des données représentées à la figure 8 révèle que la Commission a traité les demandes relatives à des utilisations non commerciales plus rapidement que celles visant des utilisations commerciales.

Le nombre médian de jours

nécessaires pour rendre la décision était de 47 dans le cas des demandes non commerciales, et de 63 dans le cas des demandes commerciales. Les trois quarts des demandes non commerciales ont donné lieu à décision en moins de 98 jours, tandis que la même proportion de demandes commerciales a exigé 126 jours, soit 4 semaines de plus. L'écart entre les demandes commerciales et non commerciales est proche de son maximum au 75^e percentile. Autrement dit, bien qu'il y ait manifestement une différence, les statistiques que nous venons de donner pourraient en surestimer l'importance. Les données montrent aussi que les décisions concernant les demandes commerciales ont été rendues après plus de 5 mois dans une proportion plus élevée que les non commerciales.

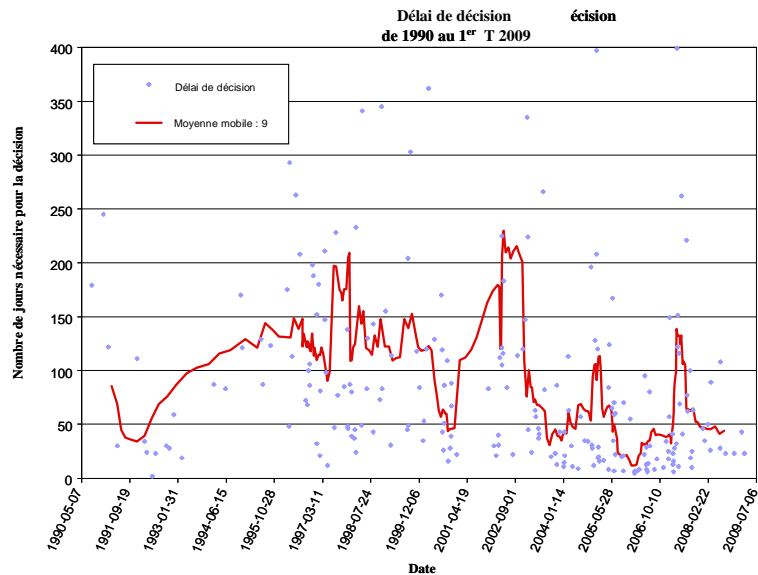


Figure 7 : Variation temporelle de la durée d'instruction

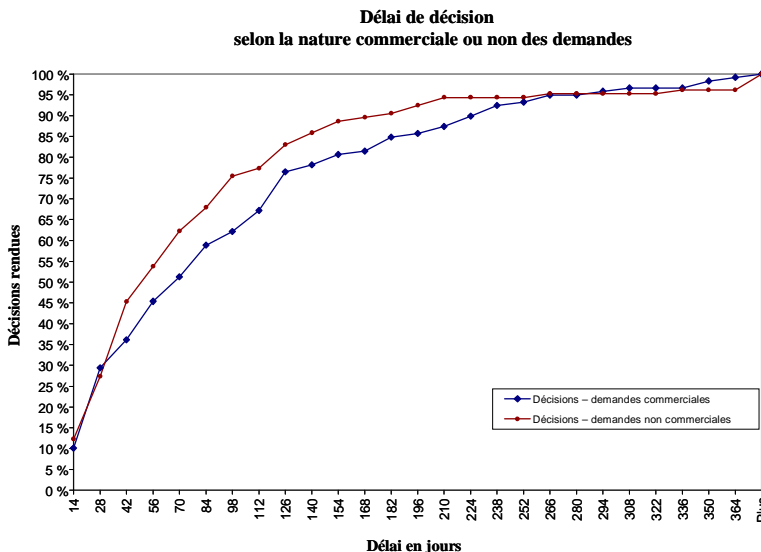


Figure 8 : Délai de décision en jours selon que la demande est commerciale ou non

Les données anecdotiques donnent à penser que les facteurs les plus susceptibles d'influer sur la durée de traitement sont les suivants : a) le nombre d'œuvres en question; b) la probabilité que les œuvres soient encore protégées; c) la notoriété de l'œuvre ou de l'auteur; d) le nombre et l'identité des

titulaires du droit d’auteur, ainsi que la complexité de leurs utilisations sur le marché en cause; e) les connaissances du demandeur en matière de droit d’auteur; f) l’importance de l’utilisation envisagée; g) le temps qu’il faut à la société de gestion ou au demandeur pour répondre aux demandes de renseignements de la Commission; h) la charge de travail de la Commission dans ses autres domaines d’activité.

Un autre facteur dont il est difficile de rendre compte quantitativement est la complexité des questions soulevées par une demande formée sous le régime de l’article 77. Enfin, il faut souligner encore une fois que les lenteurs du traitement sont souvent attribuables à l’inactivité des demandeurs et non à la procédure de la Commission. Il arrive que les demandeurs mettent des semaines ou des mois à répondre aux lettres de la Commission touchant leurs dossiers, provoquant ainsi des retards qui faussent sensiblement les données présentées ci-dessus.

D. La nature des demandeurs, des œuvres et des utilisations projetées

L’analyse révèle plusieurs éléments intéressants sur le type des demandeurs qui recourent en général à l’article 77. Le rapport américain classe les utilisateurs éventuels d’œuvres orphelines selon la nature de l’utilisation envisagée, distinguant ainsi les producteurs d’œuvres dérivées, les bibliothèques, musées ou services d’archives qui entreprennent des opérations à grande échelle pour rendre leurs collections plus accessibles, les enthousiastes qui utilisent les œuvres à des fins spéciales, et les simples particuliers qui ont en vue des fins privées.¹²¹

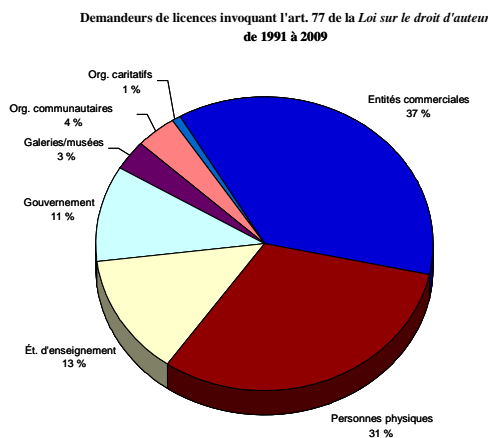


Figure 9 : Répartition des demandeurs

Vu la nature des données disponibles, nous avons classé les demandeurs différemment pour la présente étude. S’il était souvent difficile de distinguer les demandeurs selon leur catégorie, on peut dire que la plupart étaient des entités commerciales. Les entreprises représentent 37 % de l’ensemble des demandes, et les personnes physiques, les suivant de près, en représentent 31 %. Les éducateurs ou établissements d’enseignement intervenaient pour 13 % de l’ensemble des demandeurs, les organismes gouvernementaux, 11 %, les galeries et musées, 3 %, les groupes communautaires, 4 %, et les organismes caritatifs, 1 %.

¹²¹ Rapport américain, *supra* (note 1), p. 36-40.

Il a été possible de classer les dossiers non seulement selon le type du demandeur, mais aussi selon le caractère commercial ou non commercial de l'utilisation projetée. Le nombre des demandes déposées en vue d'une utilisation non commerciale l'emporte de peu.

Distribution des demandes commerciales et non commerciales de 1990 au 1^{er} T 2009

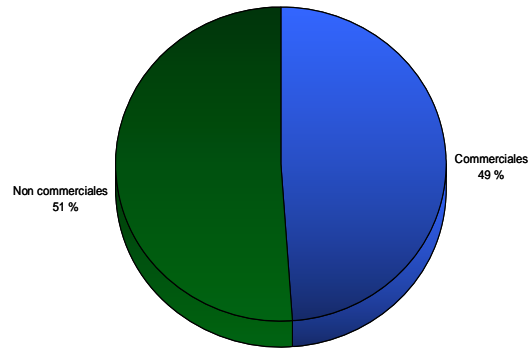


Figure 10 : Utilisations projetées

Nous avons effectué une analyse distincte en fonction des catégories des œuvres visées par les demandes. La majorité des demandes reçues (plus de 60 %) concernaient des œuvres « littéraires » ou « artistiques ». Aux fins de la présente étude, les livres, les poèmes, les lettres, les scénarios et les documents enregistrés sur microfiches ou CD sont considérés comme des œuvres littéraires. La catégorie des œuvres artistiques comprend entre autres les photographies, les peintures, les représentations graphiques, les dessins et les illustrations. Le diagramme ci-dessous représente la distribution relative des catégories d'œuvres protégées qui intéressent les demandeurs.

Répartition des demandes selon la catégorie d'œuvres de 1990 au 1^{er} T 2009

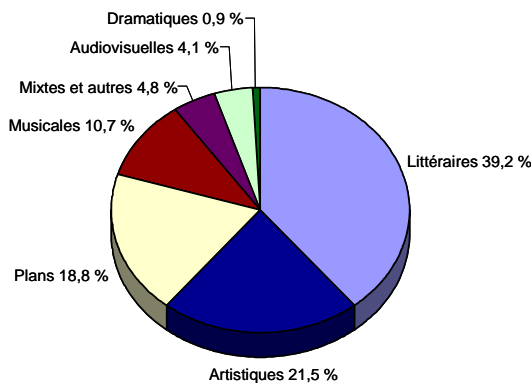


Figure 11 : Pourcentages de demandes selon la catégorie d'œuvres

Bien que, à proprement parler, les plans architecturaux puissent aussi être considérés comme appartenant à la catégorie des œuvres artistiques, nous les en avons séparés aux fins de la présente étude. Aucune demande relative à des plans architecturaux n'a été présentée avant 2001, mais elles représentent néanmoins 18,8 % des demandes soumises durant toute la période considérée. La Commission a commencé à recevoir des demandes de cette nature après que deux municipalités canadiennes, soit celles de Calgary et d'Ottawa, eurent subordonné la communication des copies de plans demandées par des personnes qui souhaitent

entreprendre des travaux de rénovation résidentielle à la production de lettres des titulaires respectifs autorisant expressément cette utilisation. Le personnel de la municipalité dirigeait les demandeurs vers la Commission lorsque le titulaire était introuvable. Cette nouvelle façon de procéder a mis à rude épreuve les ressources de la Commission. Étant donné le poids de cette charge et le fait que, dans la plupart des cas, il n'est pas nécessaire de détenir une licence pour reproduire les plans conservés dans les archives municipales, la Commission a récemment cessé de traiter les demandes de cette nature.¹²²

¹²² Commission du droit d'auteur du Canada, *Politique de la Commission du droit d'auteur du Canada portant sur la délivrance de licences pour les plans architecturaux détenus dans les archives municipales*, <http://www.cb-cda.gc.ca/unlocatable-introuvables/municipal-municipales-b.pdf>. Le temps qu'il a fallu à la

Un peu moins de 5 % des demandes concernaient des catégories multiples d'œuvres protégées. Dans certains cas, le demandeur présentait une seule demande relativement à plusieurs œuvres appartenant à des catégories différentes. Par exemple, un demandeur qui souhaite utiliser un article de journal peut aussi demander l'autorisation d'utiliser une photographie accompagnant cet article. Il est aussi à noter que, dans notre classement, n'ont été considérées comme visant une œuvre musicale que les demandes où l'intéressé sollicitait l'autorisation d'utiliser, en plus de l'œuvre musicale sous-jacente, la prestation ou l'enregistrement correspondants.

E. La valeur des redevances relatives aux licences délivrées

**Valeur pécuniaire des licences délivrées
de 1990 à 2008**

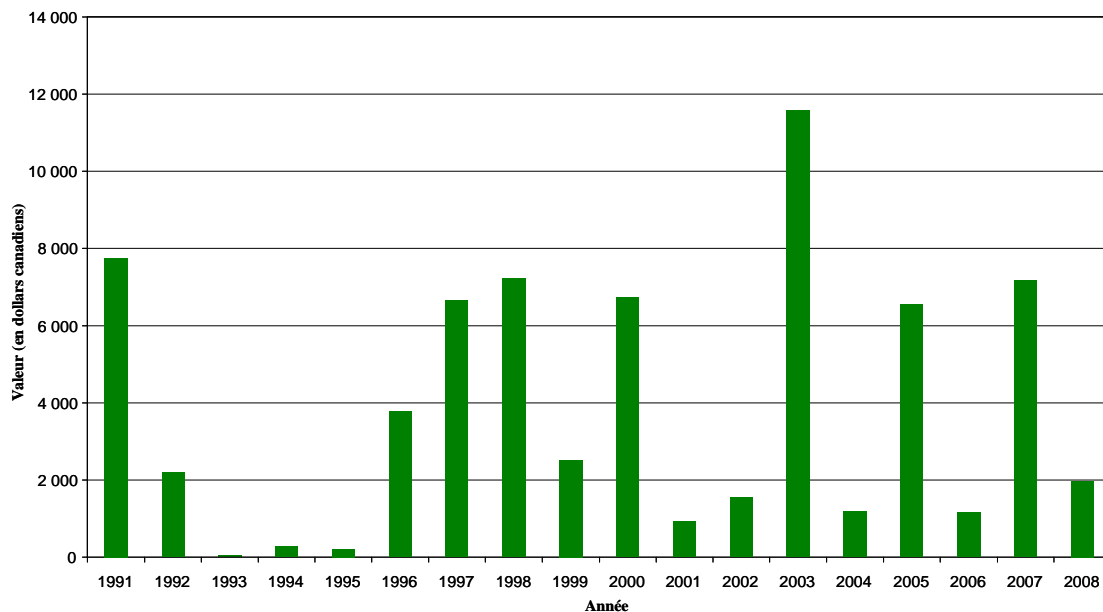


Figure 12 : Valeur pécuniaire annuelle des licences

La somme des redevances payées ou à payer à l'égard de toutes les licences délivrées depuis la promulgation du régime s'élève à un peu moins de 70 000 \$, soit 69 622,68 \$. Cette somme ne comprend pas les redevances fixées à tant de cents par exemplaire produit ou dont les taux sont liés aux ventes, étant donné que, dans bien des cas, on ne dispose pas de données sur le nombre des exemplaires effectivement produits ou vendus.

Commission pour adopter et publier cette politique s'explique en partie par sa volonté d'éviter aux demandeurs d'avoir à traiter avec deux organismes administratifs appliquant des règles contradictoires. Depuis que la Commission a publié sa nouvelle politique, aucune demande visant des plans architecturaux n'a été déposée.

Redevances conditionnelles et non conditionnelles de 1990 au 1^{er} T 2009

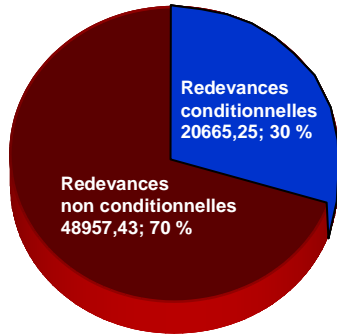


Figure 13 : Nature conditionnelle ou non des redevances

Cependant, la somme des redevances de cette nature est estimée à quelques milliers de dollars. La valeur annuelle des redevances ne suit pas une tendance particulière.

Comme nous l’expliquions plus haut, il est arrivé dans certains cas que la Commission n’exige le paiement de redevances que si le titulaire se manifestait dans le délai de cinq ans que prévoit la *Loi*. Dans environ 30 % des cas, les droits devaient être payés si le titulaire était trouvé. Dans les autres cas, les redevances devaient être versées à une société de gestion.

Access Copyright (auparavant appelée CanCopy) a encaissé la plus grande partie de ces redevances non conditionnelles. Dans de nombreux cas aussi, les redevances ont été versées à des sociétés de gestion représentant les artistes visuels. Le graphique à barres de la figure 14 illustre comment se répartissent les paiements de redevances non conditionnelles entre les sociétés de gestion.

Valeur des redevances versées aux sociétés de gestion de 1990 au 1^{er} T 2009

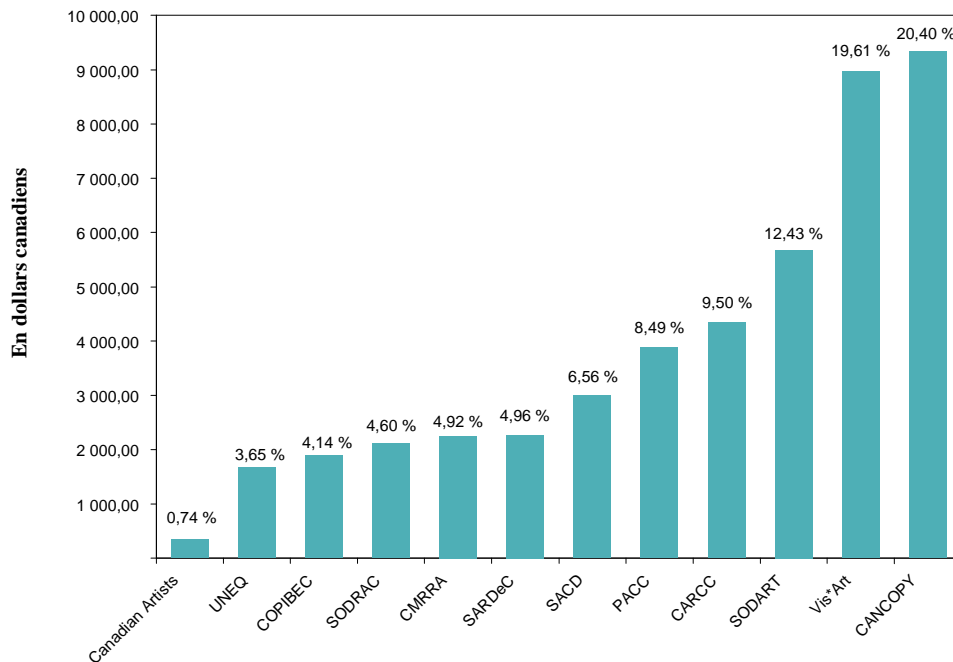


Figure 14 : Distribution des redevances

IV. Conclusion

Après avoir examiné des centaines de mémoires et tenu plusieurs tables rondes publiques et un plus grand nombre de réunions privées, les auteurs du rapport américain ont conclu qu'il fallait promulguer des dispositions législatives pour résoudre vraiment les problèmes très réels que posent les œuvres orphelines.¹²³ Ils ont rejeté l'idée d'un système qui exigerait la participation du gouvernement, au motif qu'il nécessiterait plus de ressources et d'efforts qu'il était possible de mobiliser sans procurer d'avantages compensateurs.¹²⁴

Le fait que la formule représentée par le régime canadien ait été écartée sans être envisagée comme une solution de principe viable aux États-Unis pourrait nous inciter à douter de sa pertinence pour le Canada. De plus, certaines entités qui envisagent de numériser des quantités massives d'œuvres sont séduites par le niveau de certitude qu'offre la méthode canadienne et ont formulé à son égard des observations favorables. Néanmoins, l'interprétation, l'application et l'efficacité des règles canadiennes régissant l'attribution de licences aux œuvres orphelines continuent de soulever de nombreuses questions.

Cela confirme à notre avis la nécessité de poursuivre l'étude et l'analyse de l'expérience canadienne. La présente analyse juridique et empirique a jeté les bases d'un examen du bien-fondé de la formule canadienne. Avant la présente étude, peu de travaux avaient porté sur l'article 77 de la *Loi sur le droit d'auteur* du Canada, qui porte sur la délivrance de licences d'utilisation d'œuvres orphelines pour le compte des titulaires introuvables. La première étape pour combler cette lacune consistait à examiner les pratiques suivies par la Commission du droit d'auteur depuis la mise en œuvre de ce régime de licences.

À cette fin, nous avons recensé, catalogué et classé la totalité des demandes formées devant la Commission sous le régime de l'article 77. Nous avons examiné ces demandes en fonction du droit régissant la délivrance de licences et étudié certaines des principales questions juridiques et pratiques qui se posent dans ce contexte. Nous avons également effectué une analyse statistique des données produites dans le cadre de notre étude et rendu compte de nos observations empiriques sur le fonctionnement du régime de l'article 77.

Comme nous l'expliquions dans l'introduction, notre but n'était pas d'évaluer les règles et les pratiques de la Commission ni d'examiner d'autres solutions possibles au problème des œuvres orphelines, ou encore comment le régime pourrait s'appliquer ailleurs. Nous avons toutefois fait référence aux principales études étrangères traitant de ce problème pour montrer comment le régime canadien actuel est perçu dans d'autres pays. Notre intention était de jeter les bases d'une étude plus poussée sur le problème des œuvres orphelines, ainsi que de proposer des éléments à partir desquels pourront être formulées des recommandations visant à accroître l'équité et l'efficacité du régime canadien actuel.

¹²³ Rapport américain, *supra* (note 1), p. 92-93.

¹²⁴ Rapport américain, *supra* (note 1), p. 95.