

Memorandum

À Réseau canadien de documentation pour la recherche

De Clark Wilson LLP (traduction assurée par le RCDR)

Date 29 septembre 2021

Objet **Analyse concernant l'acquisition et l'utilisation de microfilms commerciaux**

En cas de divergence ou d'incohérence entre la version française et la version anglaise de ce document, la version anglaise prévaudra, régira et aura préséance, avec toute la rigueur permise par la loi.

I. Question

Vous nous avez demandé de procéder à une analyse concernant l'ajout de documents provenant d'une collection de journaux sur microfilm (la « Collection d'actualités ») à votre collection de Canadiana. Vous nous avez demandé en particulier d'examiner (1) si vous pouvez numériser n'importe quel contenu (et si oui, selon quels paramètres), (2) de quelles autorisations (le cas échéant) vous pourriez avoir besoin et (3) quelle période serait appropriée.

II. Historique et contexte

La Collection d'actualités est donnée à Bibliothèque et Archives Canada (« BAC ») par une entreprise commerciale d'imagerie numérique appelée Western Canadian Digital Imaging Inc. (« WD »). Les services de WD ont été retenus par divers éditeurs de journaux¹ (certains des titres et certains des éditeurs pourraient aujourd'hui être disparus) dans le but de préparer des versions de leurs publications sur microfilm. WD ne possède aucun droit sur les publications originales, mais fait simplement don de ses microfilms matériels à BAC. WD ne fournit aucune représentation et ne cède aucun droit, sauf celui de la propriété des microfilms matériels. BAC, à son tour, a approché le Réseau canadien de documentation pour la recherche (« RCDR ») afin d'ajouter une partie de la Collection d'actualités à sa collection de Canadiana.

Dans ce cas, en raison du contexte commercial de la publication des journaux, du don de WD et de la nature plus récente de certaines des publications contenues dans les microfilms (datant à partir des années 1800, mais certaines semblent être aussi récentes que 2017), le RCDR nous a demandé d'examiner la Collection d'actualités.

Nous comprenons que, alors que le RCDR mettrait toutes les pages numérisées à la disposition du public, celles-ci seraient affichées « tel quel » (c'est-à-dire sans extraction de texte, etc., et simplement comme des images de ce qui serait des pages de journaux).

Nous comprenons que, une fois le don effectué, les microfilms matériels appartiendront à BAC.

¹ Nous considérons que la Collection d'actualités est presque entièrement constituée de microfilms de journaux.

III. Sommaire

Sur la base de notre évaluation des questions juridiques liées au droit d'auteur dans la Collection d'actualités, et en tenant compte des considérations tant juridiques que pratiques, bien que le RCDR puisse numériser sans risque *une partie* de la Collection d'actualités (là où le droit d'auteur est arrivé à échéance), il semble probable qu'une partie importante des contenus soit toujours protégée par le droit d'auteur, sur la base des périodes concernées – cela dit, en plus d'un examen fondé sur la date, nous présentons un certain nombre de recommandations en matière de gestion et d'atténuation des risques afin de réduire au minimum le risque de litige.

Dans tous les cas, la meilleure approche consisterait à obtenir l'autorisation des éditeurs et des auteurs éventuellement susceptibles de détenir un droit d'auteur actif sur les œuvres². Cela pourrait toutefois ne pas être pratique et/ou il se pourrait que le détenteur des droits ne puisse pas être retrouvé de nos jours.

Il est *probable* que les œuvres de la Collection d'actualités antérieures à 1913 se retrouvent maintenant dans le domaine public (les « Œuvres à faible risque »). Les œuvres datant de 1913 à 1931 environ *pourraient* maintenant être dans le domaine public (les « Œuvres à risque modéré »), tandis que pour les œuvres créées après 1931, il serait plus sûr de supposer l'existence d'un droit d'auteur, bien que celui-ci expire au fur et à mesure que le temps passe (les « Œuvres à risque élevé »).

Dans le cas des Œuvres à faible risque, le risque juridique (risque lié à l'expiration ou non du droit d'auteur sur un document) est *faible*. Le risque de litige (risque d'une éventuelle réclamation par un détenteur de droit encore existant), basé sur une analyse de gestion des risques (tel que discuté ci-dessous) pour définir les paramètres du sous-ensemble de ces œuvres à numériser/rendre disponibles, est probablement aussi *faible*. Ce sont donc des œuvres de cette catégorie que le RCDR devrait probablement commencer à numériser et à rendre disponibles.

Pour les Œuvres à risque modéré, le risque juridique est *faible-modéré*, mais en effectuant une analyse de gestion des risques pour définir les paramètres du sous-ensemble de ces œuvres à numériser/rendre disponibles, vous êtes probablement en mesure de maintenir le risque de litige à un niveau *faible ou faible-modéré*.

Pour les Œuvres à risque élevé, le risque juridique est *élevé ou modéré-élevé*, mais une fois encore, en effectuant une analyse de gestion des risques afin de définir les paramètres du sous-ensemble de ces œuvres à numériser/rendre disponibles, vous êtes probablement en mesure de maintenir le risque de litige à un niveau *faible-modéré*.

IV. Discussion

De façon générale

Hypothèses

² Il faut noter qu'il peut y avoir un droit d'auteur sur chaque article, en plus du droit d'auteur sur un journal en tant que « compilation » – dans certains cas, un éditeur (ou son successeur) pourrait détenir les deux ensembles de droits, mais ce ne sera pas toujours le cas.

Par souci de simplicité (puisque nous ne disposons pas d'informations précises sur la paternité des œuvres de la Collection d'actualités – qui semble être essentiellement constituée de pages de journaux – et comme nous nous attendons à ce qu'il y ait peu d'œuvres anonymes ou posthumes dans le contexte caractéristique des journaux), nous avons considéré la durée générale actuelle du droit d'auteur, qui s'étend sur toute la vie de l'auteur et le reste de l'année civile de son décès, plus 50 ans supplémentaires (dans le cas de coauteurs, en fonction du dernier auteur décédé). En conséquence, si un auteur (qu'il s'agisse d'un auteur unique ou du dernier coauteur restant – la suite de notre analyse suppose qu'il s'agit d'un auteur unique ou que nous considérons le « dernier coauteur à mourir ») est mort au cours de l'année 1970, le droit d'auteur continuerait à s'appliquer jusqu'à la fin de l'année civile 1970, plus 50 ans supplémentaires; il expirerait donc le 31 décembre 2020, et ces œuvres entreraient dans le domaine public le 1^{er} janvier 2021.

L'espérance de vie des *femmes nées entre 1970 et 1972* au Canada était d'environ 77 ans³. Évidemment, comme l'espérance de vie a généralement augmenté au cours du XX^e siècle⁴, l'utilisation de l'espérance de vie pour cette dernière période *surévalue* la durée de vie probable de tout auteur né plus tôt, ce qui serait nécessairement le cas pour une personne décédée en 1970 – cette hypothèse conservatrice vise à sous-évaluer les cas où le droit d'auteur a expiré, de manière à minimiser les risques juridiques et de litige. De plus, historiquement pour cette époque, il est *probable* que la plupart des auteurs en question étaient des hommes, dont l'espérance de vie était inférieure à celle des femmes⁵ – pour les mêmes raisons, cette hypothèse conservatrice a été utilisée pour minimiser le risque pour nos Œuvres à faible risque. Nous supposons également que l'âge moyen d'un auteur au moment où il crée une œuvre est d'au moins 20 ans, étant donné que la plupart des « hommes » de presse étaient des adultes (même s'il peut, bien sûr, y avoir des cas d'auteurs plus jeunes ou plus âgés).

Catégorisation du risque temporel

Avec ces hypothèses et le cadre ci-dessus à l'esprit, si un auteur de 20 ans crée ou publie une œuvre en 1913 et vit encore 57 ans, on peut s'attendre à ce qu'il décède en 1970, c'est-à-dire que ses œuvres seraient entrées dans le domaine public le 1^{er} janvier 2021. Ainsi, nous pouvons supposer de manière relativement sûre que toutes les œuvres créées par un auteur *avant* 1913 ont vu leurs droits d'auteur expirer et se trouvent désormais dans le domaine public (nos Œuvres à faible risque). Encore une fois, des exceptions sont possibles en fonction de circonstances précises, mais il s'agit d'une généralisation.

Pour les œuvres créées entre 1913 et 1931 environ, en nous basant sur l'espérance de vie moyenne plus faible chez les hommes et sur la variabilité de l'espérance de vie moyenne, et toujours en supposant un âge minimum de 20 ans des auteurs, nous pouvons affirmer qu'il est possible que certaines œuvres aient vu leur droit d'auteur expirer, mais ce ne serait pas le cas pour toutes. À titre d'exemple, pour les œuvres écrites en 1931, un auteur masculin de 20 ans serait né en 1911 – même si les données sur l'espérance de vie ne remontent qu'à 1920/1922⁶, si nous prenons l'espérance de vie moyenne des hommes nés à cette époque, soit environ 59 ans, comme approximation pour 1911, nous pouvons raisonnablement supposer qu'en moyenne ces hommes seraient morts en 1970, année du décès pour

³ Voir <https://www150.statcan.gc.ca/n1/pub/11-630-x/11-630-x2016002-fra.htm>.

⁴ *Ibid.*

⁵ *Ibid.* « L'espérance de vie des hommes a toujours été plus courte que celle des femmes. Si cet écart entre les sexes était faible en 1920-1922 (1,8 année), il a atteint un sommet de 7,3 années en 1975-1977, pour ensuite diminuer, passant à 4,3 années en 2009-2011. »

⁶ *Ibid.*

que le droit d'auteur d'une œuvre ait expiré à la fin de 2020, conformément à la condition générale du droit d'auteur (nos Œuvres à risque modéré).

En prenant les mêmes hypothèses que ci-dessus, il est *probable* que les œuvres créées après 1931 soient encore protégées par des droits d'auteur, du moins en moyenne (nos Œuvres à risque élevé), bien que certains droits expirent, bien sûr, de façon continue chaque année.

De plus, alors que l'analyse ci-dessus, basée sur le temps, traite du risque juridique lié au fait qu'une œuvre donnée soit encore couverte par le droit d'auteur, il est à noter que, même lorsqu'une œuvre est toujours protégée par le droit d'auteur, il existe des paramètres d'utilisation équitable qui vous permettraient de l'utiliser. Comme l'utilisation équitable est contextuelle et implique toujours un risque de réclamation, nous ne l'avons pas examinée en détail, mais les questions de gestion des risques que nous posons plus loin en tiennent compte implicitement.

Recommandations en matière de gestion et d'atténuation des risques

Dans le cas de la Collection d'actualités, outre le risque juridique lié à l'expiration ou non du droit d'auteur, il existe des considérations supplémentaires associées à la nature commerciale des journaux qui ont une incidence sur le risque de litige, même pour les œuvres qui ne sont plus protégées par le droit d'auteur⁷.

Dans cette optique, il faut prendre en compte un certain nombre de questions de « diligence raisonnable » et de gestion/atténuation des risques (et bien sûr, en général le risque, en particulier le risque juridique, augmente à mesure que l'on passe des Œuvres à faible risque → Œuvres à risque modéré → Œuvres à risque élevé, ce qui constitue une division basée sur le temps). Grâce à ces questions, vous seriez en mesure de préciser davantage le sous-ensemble d'œuvres à numériser/rendre disponibles.

Dans chacun des cas ci-dessous, une réponse négative diminuerait le risque de litige :

- La publication est-elle toujours éditée?
- L'éditeur (ou son successeur, le cas échéant) est-il encore actif aujourd'hui? Si c'est le cas, est-il reconnu pour son attitude combative quant à l'application ou à la tentative d'application du droit d'auteur (que les contenus soient ou non réellement protégés par le droit d'auteur)?
- La publication (ou un sous-ensemble des Œuvres à risque faible, modéré ou élevé) est-elle actuellement offerte par l'intermédiaire d'un service payant/commercial?
- La publication (ou un sous-ensemble des Œuvres à risque faible, modéré ou élevé) est-elle actuellement offerte sous quelque forme que ce soit?

Dans chacun des cas ci-dessous, une réponse positive diminuerait également le risque de litige :

- Existe-t-il un éditeur (ou son successeur, le cas échéant) actif actuellement, auprès duquel vous pourriez obtenir les droits pour numériser la publication (ou un sous-ensemble des Œuvres à risque faible, modéré ou élevé) et en permettre l'accès?
- La publication (ou un sous-ensemble des Œuvres à risque faible, modéré ou élevé) est-elle actuellement accessible par l'intermédiaire d'un service éducatif et/ou gouvernemental gratuit?

⁷ Évidemment, même s'il n'y a pas de risque de litige, cela ne signifie pas que les œuvres protégées par le droit d'auteur peuvent être utilisées librement.

- La publication (ou un sous-ensemble des Œuvres à risque faible, modéré ou élevé) est-elle actuellement offerte sous des conditions de licence qui permettent explicitement une redistribution/utilisation? Et/ou les œuvres ont-elles été « données » au domaine public (ou les détenteurs des droits d’auteur ont-ils indiqué leur intention de n’exercer aucun de leurs droits)?

Comme nous comprenons que l’intention du RCDR est probablement de commencer par des œuvres de la Collection d’actualités qui sont marginales/épuisées/non déjà disponibles en ligne, tout bien considéré, nous estimons que le risque de litige serait faible pour un tel sous-ensemble, en particulier si vous commencez par les Œuvres à faible risque, et que les réponses à la plupart des questions ci-dessus sont négatives/positives (selon le cas).

Dans tous les cas, le fait de disposer d’un mécanisme permettant de traiter la plainte d’un éventuel titulaire de droits atténuerait et encadrerait le risque de litige, en particulier si l’on commence par des œuvres pour lesquelles il est *peu probable* qu’il existe un droit d’auteur en vigueur.

Nous serons heureux de discuter avec vous de notre analyse et de répondre à vos questions.