

Le 22 octobre 2018

Comité permanent de l'industrie,
des sciences et de la technologie
Standing Committee on Industry,
Sciences and Technology
indu@parl.gc.ca

**Mémoire – Examen législatif de la *Loi sur le droit d'auteur*
présenté par Myra Tawfik au nom de spécialistes
canadiens du droit de la propriété intellectuelle**

Monsieur le Président,
Mesdames et Messieurs les membres du Comité,

Nous soumettons le présent mémoire dans le contexte de l'examen législatif de la *Loi sur le droit d'auteur*, L.R.C., 1985, ch. C-42. Ce mémoire renferme des recommandations précises et est présenté parallèlement à un autre mémoire de Pascale Chapdelaine (au nom de spécialistes canadiens du droit de la propriété intellectuelle) portant sur des questions et des principes généraux que le Comité devrait prendre en compte dans le cadre de l'examen législatif et qui formule quatre recommandations sur les droits des utilisateurs du droit d'auteur. Ces recommandations reflètent l'opinion des signataires des mémoires et reposent sur des années d'étude et d'enseignement du droit canadien et international de la propriété intellectuelle. Des liens vers la biographie de chacun des signataires sont joints au présent mémoire.

Les signataires seraient heureux d'avoir l'occasion de comparaître séparément devant le Comité pour expliquer et approfondir des aspects particuliers de ce mémoire ou d'autres propositions de réforme du droit d'auteur qui ne sont pas abordées ici.

À la lumière des principes directeurs présentés en introduction dans le mémoire déposé simultanément par Pascale Chapdelaine (au nom de spécialistes canadiens du droit de la propriété intellectuelle), le présent mémoire formule six recommandations supplémentaires concernant :

- Le lancement d'un processus de consultation des peuples autochtones
- Le libre accès aux publications scientifiques
- Les œuvres créées par l'intelligence artificielle
- L'exploration de textes et de données
- Les recours pour les titulaires de droits d'auteur
- Les recours pour les utilisateurs du droit d'auteur

1. Lancement d'un processus de consultation des peuples autochtones

Nous saluons l'annonce du Comité selon laquelle il consultera les collectivités autochtones du Canada. Cette étape importante se fait attendre depuis longtemps et pourrait mener à la reconnaissance et à la protection appropriées des expressions culturelles traditionnelles autochtones,

particulièrement celles qui ne sont pas protégées par la *Loi*. Nous exhortons le Comité à reconnaître les obligations du Canada en vertu de la *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones*, en particulier de l'article 31, qui vise à susciter la prise de mesures concrètes, et à procéder à des consultations exhaustives avec les communautés autochtones du Canada afin que les droits et les intérêts des peuples autochtones soient pleinement et adéquatement pris en compte aux niveaux national et international.

2. Libre accès aux publications scientifiques

À l'appui d'une politique nationale de libre accès, la *Loi* devrait comporter une disposition aux termes de laquelle l'auteur d'une publication scientifique résultant d'activités de recherche partiellement financées par des fonds publics a le droit de rendre ces travaux accessibles au public après une période raisonnable à la suite de sa première publication, à condition que la source de la première publication soit clairement mentionnée. Une disposition semblable existe dans plusieurs pays, dont la France, l'Allemagne, l'Italie et les Pays-Bas.

L'accès rapide et rentable à la recherche scientifique contribue à l'accroissement du bien-être socioéconomique général de la société. Dans un monde où le financement public de la recherche universitaire diminue et où le prix des revues scientifiques augmente, il est difficile d'offrir aux chercheurs l'accès le plus large possible à du matériel scientifique de haute qualité évalué par leurs pairs, et ce à un faible coût. La mise en œuvre de cette disposition sur le libre accès, qui complète et appuie les politiques sur le libre accès et les données ouvertes des organismes canadiens de financement de la recherche au Canada, est un élément clé de cet objectif.

3. Œuvres créées par l'intelligence artificielle

Le niveau croissant de complexité de l'intelligence artificielle soulève d'importantes questions de droit d'auteur. La plus importante a trait à la paternité et à la propriété des œuvres créées par l'intelligence artificielle, le critère d'originalité entrant en jeu dans le cas des œuvres générées ou assistées par ordinateur. Nous recommandons que le statu quo soit maintenu à cet égard et que les œuvres créées exclusivement par l'intelligence artificielle ou entièrement par ordinateur ne puissent pas être protégées par le droit d'auteur. Dans la mesure où une personne physique ferait preuve de suffisamment de compétences et de jugement dans la façon dont elle utilise des logiciels ou d'autres technologies pour produire une œuvre originale, les principes habituels s'appliqueraient pour conférer le droit d'auteur à cette personne (ou premier titulaire du droit d'auteur). Cependant, si un produit n'est pas le résultat de l'exercice des compétences et du jugement de quelqu'un, mais résulte de la technologie elle-même, il ne devrait pas bénéficier de la protection du droit d'auteur.

4. Exploration de textes et de données

Une autre utilisation perturbatrice importante de la technologie ayant des répercussions sur le droit d'auteur a trait à l'exploration de textes et de données. Le Royaume-Uni a pris des dispositions pour permettre aux chercheurs de reproduire du matériel protégé par un droit d'auteur pour l'analyse de textes et de données, considérée comme une exception à la violation du droit d'auteur. Bien que nous soyons d'avis que ces activités relèveraient en grande partie de l'utilisation équitable [*fair dealing*] (ou d'une disposition de type utilisation équitable [*fair-use style*], comme le propose le mémoire déposé en même temps que celui-ci par Pascale Chapdelaine et coll., disposition aux termes de laquelle l'exploration de textes et de données pourrait s'ajouter comme but supplémentaire), le Canada devrait envisager la meilleure façon de protéger la pratique de l'exploration de textes et de

données. Il pourrait pour ce faire adopter une exception particulière à la violation du droit d'auteur semblable à celle du Royaume-Uni et qui pourrait s'étendre au-delà des utilisations non commerciales. L'absence d'une exception explicite pour l'exploration de textes et de données pourrait saper considérablement la position du Canada en tant que chef de file de l'IA et d'autres innovations en créant de l'incertitude quant à la légalité, au coût et aux répercussions d'activités essentielles à ces innovations. L'exploration de textes et de données est une utilisation non expressive qui permet des recherches vitales sans produire de copies qui atteignent les consommateurs ni de substituts pour l'original dans le marché. Limiter les MTP nuit à l'immense potentiel de production de connaissances, aux occasions d'affaires et à la participation des citoyens, et ne peut se justifier comme une question de politique sur le droit d'auteur.

5. Recours pour les titulaires de droits d'auteur

Nous recommandons de ne pas introduire de recours supplémentaires pour les titulaires de droits d'auteur, comme un organisme administratif qui faciliterait les ordonnances de blocage de sites et la désindexation de sites, en réponse au repérage d'œuvres contrefaites comme l'a proposé la coalition Fair Play Canada, une proposition récemment rejetée par le CRTC. Cette proposition a suscité un tollé de protestations pour de bonnes raisons. Les injonctions mandatoires contre des tiers devraient demeurer exceptionnelles et faire partie d'un régime bien établi de poids et de contrepoids reconnus dans la longue tradition du droit des recours. Ces injonctions seraient inefficaces et procureraient aux titulaires de droits d'auteur des gains à court terme qui seraient compensés par des effets collatéraux imprévus et disproportionnés, dont l'étouffement de la liberté d'expression. La violation du droit d'auteur en général ne justifierait pas ce besoin exceptionnel de recourir à des injonctions mandatoires contre des tiers.

Nous recommandons de maintenir le régime actuel d'avis et avis et nous applaudissons le fait que le Canada a conservé sa capacité de le faire dans l'AEUMC. Le régime d'« avis et [de] retrait » à l'américaine a suscité de vives critiques en raison des vastes pouvoirs supplémentaires qu'il confère *de facto* aux titulaires de droits d'auteur. Transplanter cette procédure risquerait d'éroder l'équilibre fragile entre les droits des titulaires, les droits des utilisateurs et l'intérêt public qui s'établit progressivement au Canada.

Nous recommandons de limiter la capacité des titulaires de droits d'auteur de réclamer des dommages-intérêts préétablis aux œuvres qui sont enregistrées au moment de la violation présumée. Une telle limite existe actuellement aux États-Unis. Bien que les dommages-intérêts préétablis offrent des avantages évidents aux titulaires de droits d'auteur, p. ex. en allégeant le fardeau de la preuve qu'ils ont à assumer et en prévenant peut-être les violations, ils peuvent aussi avoir comme effet imprévu de dissuader des citoyens respectueux des lois de poursuivre des activités productives et socialement bénéfiques dans les zones grises où la violation du droit d'auteur est incertaine. Le risque de devoir payer des dommages-intérêts préétablis excessifs freine sérieusement les activités socialement souhaitables. Limiter les dommages-intérêts préétablis aux œuvres enregistrées publiquement constitue une approche plus mesurée des recours des titulaires de droits d'auteur.

6. Recours pour les utilisateurs du droit d'auteur

Bien que la *Loi* accorde un large éventail de recours aux titulaires de droits d'auteur contre la violation du droit d'auteur et des droits moraux, et le contournement des MTP, elle n'offre aucun recours aux utilisateurs qui sont indûment empêchés d'utiliser légitimement des œuvres protégées par le droit d'auteur. L'étape naturelle suivante vers le renforcement des droits des utilisateurs du droit

d'auteur consisterait à offrir explicitement des recours équitables et généraux en common law aux utilisateurs qui font face à ce genre de limites, ainsi qu'une procédure administrative facilitant l'accès légitime aux œuvres protégées par le droit d'auteur (p. ex. pour assurer l'utilisation équitable ou pour l'interopérabilité d'une œuvre protégée par des mesures techniques de protection). Des procédures administratives semblables de médiation entre les titulaires de droits d'auteur et les utilisateurs privés de l'accès légitime à leurs œuvres existent actuellement, p. ex. en France et au Royaume-Uni.

Une nouvelle surveillance administrative pourrait s'étendre aux pratiques commerciales des titulaires de droits d'auteur et à l'utilisation accrue d'algorithmes et de l'intelligence artificielle comme mécanismes d'autoapplication du droit d'auteur. Ces technologies sont ou peuvent être utilisées pour filtrer le contenu généré par l'utilisateur avant qu'il ne soit téléchargé sur une plateforme – ce qui empêche le téléchargement de matériel protégé par le droit d'auteur –, pour localiser du matériel protégé par le droit d'auteur sur une plateforme, ou pour supprimer ou empêcher le téléversement de documents protégés par le droit d'auteur. La surveillance administrative pourrait veiller à ce que du matériel non contrefait ne soit pas enlevé de façon inappropriée et à ce que la liberté d'expression soit protégée. La surveillance pourrait comporter 1) des exigences en matière de transparence et de rapports sur l'utilisation de ces technologies et des cas de filtrage ou de retrait préalable au téléchargement, 2) la vérification de l'utilisation de ces technologies par les grandes plateformes et 3) la divulgation proactive des ententes privées entre les grandes plateformes et les titulaires de droits d'auteur concernant l'utilisation de ces technologies.

En résumé, nous recommandons ce qui suit :

- qu'un processus de consultation des peuples autochtones soit lancé;
- qu'une disposition permettant le libre accès aux publications scientifiques financées par le secteur public soit adoptée;
- que le statu quo soit maintenu en ce qui concerne la paternité et la propriété des œuvres créées par l'intelligence artificielle;
- que le Canada examine la meilleure façon de protéger la pratique de l'exploration de textes et de données;
- que le régime actuel d'avis et avis soit maintenu, que les dommages-intérêts préétablis soient limités, et que les recours des titulaires de droits d'auteur ne soient pas élargis davantage;
- qu'il soit explicitement fait référence aux recours des utilisateurs du droit d'auteur et à des procédures administratives spécifiques et qu'une surveillance soit établie pour protéger les utilisations légitimes des œuvres protégées par le droit d'auteur.

Myra Tawfik
Pascale Chapdelaine

Sara Bannerman
Olivier Charbonneau
Carys Craig
Lucie Guibault
Ariel Katz
Meera Nair
Graham Reynolds
Teresa Scassa
Samuel E. Trosow

Biographie des signataires

Pascale Chapdelaine, professeure agrégée, Faculté de droit, Université de Windsor
<http://www.uwindsor.ca/law/chapdel/>

Myra J. Tawfik, professeure de droit et professeure de stratégie et de commercialisation de la propriété intellectuelle, Centre EPI, Faculté de droit, Université de Windsor
<http://www.uwindsor.ca/law/tawfik/>

Sara Bannerman, titulaire de la Chaire de recherche du Canada sur la politique en matière de communication et la gouvernance, professeure agrégée, Département des études en communication et des multimédias, Université McMaster
<https://socialsciences.mcmaster.ca/people/bannerman-sara>

Olivier Charbonneau, bibliothécaire et chercheur, Université Concordia
<https://www.concordia.ca/faculty/olivier-charbonneau.html>

Carys Craig, professeure agrégée, Faculté de droit Osgoode Hall, Université York
<https://www.osgoode.yorku.ca/faculty-and-staff/craig-carys-j/>

Lucie Guibault, directrice associée, Institut du droit et de la technologie, Faculté de droit Schulich, Université Dalhousie
<https://www.dal.ca/faculty/law/faculty-staff/our-faculty/lucie-guibault.html>

Ariel Katz, professeur agrégé, titulaire de la Chaire d'innovation – Commerce électronique, Faculté de droit, Université de Toronto
<https://www.law.utoronto.ca/faculty-staff/full-time-faculty/ariel-katz>

Meera Nair, Ph. D., agente du droit d'auteur, Institut de technologie du nord de l'Alberta

Graham J. Reynolds, professeur agrégé, faculté de droit Peter A. Allard, Université de la Colombie-Britannique
<http://www.allard.ubc.ca/faculty-staff/graham-j-reynolds>

Teresa Scassa, titulaire de la Chaire de recherche du Canada en politiques et droit de l'information, Université d'Ottawa
<https://commonlaw.uottawa.ca/fr/personnes/scassa-teresa?destination=node/411>

Samuel E. Trosow, professeur agrégé, Faculté de droit et Faculté d'information et d'études médiatiques, Université Western Ontario
https://law.uwo.ca/about_us/faculty/sam_trosow.html