

LA LOI SUR LE DROIT D'AUTEUR ET LES DROITS DE PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE AUTOCHTONES POUR LES ARCHIVISTES ET LES GESTIONNAIRES DE DOCUMENTS CANADIENS

par Tomoko Shida

ABSTRAIT

Ce document met en lumière les obstacles de la Loi canadienne sur le droit d'auteur au respect des notions autochtones de propriété et de contrôle de la propriété intellectuelle en ce qui concerne les documents destinés ou conservés dans les archives. Il donne d'abord un aperçu de l'évolution des connaissances autochtones et des droits de propriété intellectuelle selon les principes archivistique, avant de se tourner vers le contexte juridique canadien pour examiner des questions spécifiques au sein de la Loi sur le droit d'auteur.

INTRODUCTION : CONTEXTE DU DROIT D'AUTEUR AU CANADA

Selon Jean Dryden, la Loi sur le droit d'auteur est un cadre juridique qui « [...] vise à concilier un éventail complexe d'intérêts privés et sociétaux concurrents, notamment ceux des créateurs, des détenteurs de droits, des utilisateurs et des institutions qui préservent le matériel protégé afin de le rendre disponible pour utilisation » (« What Canadian Archivists Know », p. 78). Les archivistes et les gestionnaires de documents peuvent donc être considérés comme des intervenants importants dans les discussions sur le droit d'auteur, car comme le soutient Dryden, le droit d'auteur fait partie de toutes les fonctions archivistiques, depuis l'acquisition, la description et la préservation jusqu'à l'accès et la diffusion. Par exemple, l'acquisition d'une collection de documents signifie aussi parfois le transfert du droit d'auteur au dépôt, et les instruments de

recherche comprennent de l'information sur le droit d'auteur (p. 78-79). Elle souligne également l'épineuse question de l'accès numérique aux documents d'archives. Selon Dryden, « [...] le droit d'auteur est généralement perçu comme un problème dans la mise en ligne des documents du patrimoine culturel en raison de la difficulté à déterminer si ce droit est expiré ou non, et à identifier et localiser les détenteurs de droits pour obtenir les permissions appropriées, de même que de l'incertitude générale concernant l'application du droit d'auteur dans l'environnement numérique » (p. 79). Ainsi, la Loi sur le droit d'auteur fait partie du travail de plusieurs archivistes et gestionnaires de documents.

La Loi sur le droit d'auteur du Canada a été considérablement mise à jour en 2012. Un examen législatif des lois a eu lieu entre février et décembre 2018, et les membres du Comité permanent de l'industrie, des sciences et de la technologie se sont réunis pour entendre 209 témoins de partout au pays. L'un des nombreux enjeux était de savoir comment la Loi sur le droit d'auteur pouvait être modifiée pour respecter le savoir et les droits de propriété intellectuelle autochtones. La question avait été négligée par certains experts du droit d'auteur canadien de l'époque, y compris par Michael Geist dans son article paru en 2017, « What's next, after the 2012 overhaul? ». D'autres ont soutenu que la « consultation des peuples autochtones » est l'une des cinq composantes essentielles d'un régime de droit d'auteur moderne, comme Pascale Chapdelaine et Myra Tawfik de la faculté de droit de l'Université de Windsor dans un article du *Globe and Mail*. Elles y ont notamment écrit que « le Canada doit amorcer un processus de consultation attendu depuis longtemps en vue de la reconnaissance et de la protection des expressions culturelles autochtones traditionnelles, conformément aux obligations du Canada en vertu de la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones, en particulier l'article 31 » (Chapdelaine et Tawfik, par. 5). Des représentants d'associations de bibliothèques et d'archives canadiennes comme Nancy Marelli pour le Conseil canadien des archives (CCA), Camille Callison et Victoria Owen pour la Fédération canadienne des associations de bibliothèques (FCAB) et Naomi Andrew pour l'Université du Manitoba et le Centre national pour la vérité et la réconciliation (CNVR) font partie des témoins qui ont plaidé en faveur de modifications à la Loi sur le droit d'auteur afin de mieux respecter le savoir et les droits de propriété intellectuelle autochtones.

En juin 2019, le comité permanent présidé par le député libéral Dan Ruimy a présenté son rapport final. Ce rapport comprenait 36 recommandations, dont l'une avait trait à la « protection des arts traditionnels et des expressions culturelles dans le contexte de la réconciliation » (recommandation 5, Canada, p. 3-4), et une section intitulée « Questions autochtones » (p. 29-34). Dans cette section, le comité reconnaît que « dans de nombreux cas, la Loi ne donne

pas adéquatement suite aux attentes des Autochtones en ce qui concerne la protection, la préservation et la diffusion de leurs expressions culturelles » (p. 33).

Toutefois, le rapport admet que des modifications plus concrètes à la Loi exigeraient « un processus de consultation à la fois plus vaste et plus ciblé que le présent examen législatif » et que les futures formulations de politiques devraient « puiser inspiration ailleurs que dans les textes de loi sur le droit d'auteur et la propriété intellectuelle, et examiner de près les interactions entre différentes traditions juridiques – y compris les traditions juridiques autochtones » (p. 34).

Dans la foulée de la Commission de vérité et réconciliation du Canada sur le système des pensionnats indiens, les modifications futures de la Loi sur le droit d'auteur auront sans aucun doute des répercussions pour les archivistes et les gestionnaires de documents canadiens. Cela est particulièrement vrai pour ceux qui traitent des documents relatifs aux peuples autochtones, que ces derniers soient créateurs ou sujets de ces documents. Après tout, les archivistes travaillent souvent au sein d'institutions culturelles qui « se situent à la jonction tendue des besoins et des intérêts des divers intervenants : d'une part, les créateurs, les chercheurs, les universitaires et le grand public souhaitent accéder au patrimoine culturel traditionnel contenu dans les collections riches et variées des institutions culturelles, l'étudier, le partager, le réutiliser et le recréer, et, d'autre part, les peuples autochtones qui souhaitent prévenir le détournement de leur culture » (Vezina, p. 100). De même, les changements potentiels aux notions de propriété et de contrôle de la propriété intellectuelle exigeront que les gestionnaires de documents réexaminent de nombreux aspects de leur pratique, dont l'accès aux documents en leur possession qui concernent les peuples autochtones, de même que leur classification, leur conservation et leur élimination.

Le présent document vise donc à examiner les aspects de la Loi sur le droit d'auteur du Canada qui, du point de vue des intervenants autochtones, ont été signalés comme problématiques relativement aux documents destinés à des dépôts d'archives ou qui y sont déjà conservés. Pour ce faire, je définirai d'abord le « savoir autochtone » dans le contexte des archives, puis je donnerai un aperçu de l'évolution du savoir et des droits de propriété intellectuelle autochtones au sein de la sphère archivistique, avant de me tourner vers le contexte juridique canadien pour examiner des points précis de l'actuelle Loi sur le droit d'auteur.

LE SAVOIR AUTOCHTONE DANS LES DÉPÔTS D'ARCHIVES ET D'AUTRES INSTITUTIONS DE GESTION DU PATRIMOINE CULTUREL

Le savoir autochtone englobe à la fois le savoir traditionnel défini comme « les expressions et manifestations culturelles autochtones (TK) transmises par les ancêtres autochtones au fil des générations successives » ainsi que « le savoir autochtone contemporain et le savoir issu d'une combinaison de savoir traditionnel et contemporain » (Younging, p. 67). L'article 31 de la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones (DNUDPA) décrit plus en détail certaines catégories de savoir autochtone lorsqu'elle énonce que « [l]es peuples autochtones ont le droit de préserver, de contrôler, de protéger et de développer leur patrimoine culturel, leur savoir traditionnel et leurs expressions culturelles traditionnelles ainsi que les manifestations de leurs sciences, techniques et culture, y compris leurs ressources humaines et génétiques, leurs semences, leur pharmacopée, leur connaissance des propriétés de la faune et de la flore, leurs traditions orales, leur littérature, leur esthétique, leurs sports et leurs jeux traditionnels et leurs arts visuels et du spectacle » (DNUDPA, article 31).

Dans une déclaration instiguée par la bibliothécaire et archiviste autochtone Camille Callison, l'énoncé de position de la FCAB sur le savoir autochtone dans la Loi sur le droit d'auteur définit le savoir et les expressions culturelles autochtones comme incluant « [...] des expressions tangibles et intangibles, notamment les traditions orales, les chansons, la danse, les contes, les anecdotes, les noms de lieux et les noms héréditaires » (FCAB, par. 2). Livia Iacovino divise le savoir autochtone considéré de nature archivistique en quatre catégories :

- (1) « Mémoire orale et traditions associées »
- (2) « Mémoire orale qui a été captée au moyen de diverses technologies occidentales »
- (3) « Documents créés par des peuples et des organisations autochtones à l'aide des structures et des formes des systèmes de connaissance et de communication occidentaux »
- (4) « Documents créés par des non-Autochtones et des Autochtones » (p. 355-356)

La théorie occidentale traditionnelle en matière d'archives a eu tendance à ne pas reconnaître la première catégorie d'Iacovino, la mémoire orale, comme étant de nature archivistique, mais cette conception commence à changer. Par exemple, outre Iacovino, l'archiviste canadien Raymond Frogner exhorte les archives publiques à explorer des façons d'acquérir « la culture et les traditions autochtones non écrites » afin de « préserver une représentation significative des groupes sociaux qui composent notre démocratie constitutionnelle » (Frogner, p. 126). De même, Rachel Buchanan « soutient que pour la décolonisation [...], la définition de ce qui constitue des

archives doit être élargie » (cité dans Luker, p. 112). La deuxième catégorie de savoir autochtone d'Iacovino comprend des mots, des histoires et des chansons qui ont été consignés sous une forme tangible à l'aide de technologies occidentales comme les stylos et le papier, les ordinateurs, les magnétophones, etc. La troisième catégorie fait référence, par exemple, aux documents textuels, audio et numériques créés par des Autochtones dont les créations vivent maintenant sous diverses formes, comme des lettres, des romans, des CD, des blogues, etc.

Enfin, il est particulièrement important de noter que Iacovino inclut également les documents créés par des non-Autochtones comme du savoir autochtone, car cette catégorie constitue une grande partie du savoir autochtone contenu dans les dépôts d'archives canadiens – principalement les archives gouvernementales, religieuses et universitaires. Bien que ce que Jennifer O'Neal écrit s'inscrit dans le contexte américain, sa description de la manière et des raisons pour lesquelles ces documents se sont retrouvés dans les dépôts d'archives s'applique également au Canada. Elle écrit : « [...] la majeure partie de la documentation historique provient d'anthropologues, d'ethnographes et d'historiens qui croyaient souvent que les communautés amérindiennes étaient en train de disparaître. Les collections résultantes, qui comprenaient des documents tels que des notes de terrain, des manuscrits et des enregistrements, ont souvent été données à des universités, des sociétés historiques locales et d'État, des musées et des organisations religieuses souvent éloignés de la communauté d'origine dont les documents étaient issus [et] probablement à l'insu de la communauté tribale » (O'Neal, p. 129-130). Dans le contexte canadien, explique Frogner, « la mémoire des archives publiques déborde de documents rédigés par les communautés colonisatrices sur l'expérience coloniale autochtone : rapports des agences indiennes, documents de missionnaires, documents sur les sentiers de piégeage, commissions des réserves et études anthropologiques » (p. 128). Bibliothèque et Archives Canada détient à lui seul près de 20 kilomètres de documents textuels qui documentent la relation entre l'État colonial canadien et les peuples autochtones.

RÉPONSES DE LA COMMUNAUTÉ ARCHIVISTIQUE AU SAVOIR AUTOCHTONE

Les professionnels de la gestion des archives et des documents en Amérique du Nord peuvent sembler un peu en retard en ce qui concerne la réponse aux préoccupations des peuples autochtones concernant leur culture et leur savoir. Ils ont cependant réalisé d'importantes avancées récemment. En 1990, la Native American Graves Protection Act (NAGPRA) a été adoptée aux États-Unis. En vertu de cette loi, toutes les institutions recevant des fonds fédéraux devaient restituer les « objets culturels » en leur possession qui appartenaient aux tribus

amérindiennes. Cependant, selon Randall Jimerson, « [c]e changement important dans les pratiques muséales a créé un précédent que les archives ont tardé à suivre, malgré des appels de toutes parts à l'application des concepts de la NAGPRA aux documents d'archives » (p. 354). Peu après, en 1995, les Aboriginal and Torres Strait Islander Protocol for Libraries, Archives, and Information Services ont été créés en Australie (p. 135), mais il a fallu plus d'une décennie pour qu'un document similaire soit produit aux États-Unis, puis une autre décennie pour qu'il soit officiellement approuvé par l'influente Society of American Archivists.

En 2006, le groupe First Archivist Circle a rédigé les Protocols for Native American Archival Materials (ci-après appelés « PNAAM » ou « protocoles »). Ce groupe de « 19 archivistes, bibliothécaires, spécialistes de musées et universitaires », dont la plupart étaient amérindiens ou membres des Premières Nations, s'est réuni en Arizona à l'initiative de Karen J. Underhill, alors directrice des collections spéciales et des archives à la bibliothèque Cline de l'Université de Northern Arizona (Agarwal, par. 2). Grandement inspirés des protocoles australiens, les PNAAM avaient pour but de fournir des lignes directrices sur les pratiques exemplaires « pour la gestion et la conservation des documents d'archives amérindiens conservés dans des dépôts non tribaux » (par. 2).

Le First Archivist Circle a communiqué avec un certain nombre d'associations, dont la Society of American Archivists (SAA), pour obtenir l'approbation des protocoles, mais a échoué en 2008 et en 2012 (Agarwal, par. 10). Selon les auteurs du rapport sur la première tentative infructueuse d'obtenir l'approbation de la SAA, la position adoptée par les protocoles en matière de propriété intellectuelle et de droit d'auteur a été particulièrement critiquée par les membres de la SAA (Boles et coll., p. 10). Le groupe de travail de la SAA sur la propriété intellectuelle s'est particulièrement opposé à deux points relativement aux droits de propriété intellectuelle; ce groupe a écrit que « la SAA devrait se montrer prudente avant de soutenir la création de droits de tiers pour les documents d'archives lorsqu'il n'y en a pas actuellement », de même que « le droit d'auteur occidental est fondé sur l'idée de paternité individuelle plutôt que sur les traditions culturelles » (cité dans Boles et coll., p. 58). Ce n'est qu'en août 2018 que le conseil de la SAA a enfin approuvé officiellement le document, déclarant dans son annonce : « Bon nombre des critiques initiales des protocoles reposaient sur le langage de l'insensibilité culturelle et de la suprématie blanche...

Nous regrettons et nous nous excusons que la SAA n'ait pas pris de mesures pour avaliser les protocoles plus tôt et participer à une discussion plus appropriée » (SAA, par. 4-5).

Comparativement à l'Australie et aux États-Unis, le Canada a été beaucoup plus lent à produire un ensemble de lignes directrices collectives à l'intention des archivistes et des gestionnaires de documents travaillant avec des documents autochtones. La prise en compte des droits de propriété intellectuelle autochtones dans le domaine des archives a été intégrée au Code d'éthique et de conduite professionnelle de l'Association canadienne des archivistes (ACA) lors de sa révision en 2017. La section 5 : « Souveraineté » énonce que « [l]es documents et les renseignements relatifs aux peuples autochtones doivent être administrés conformément aux directives fournies par les collectivités autochtones et en consultation avec elles. » Elle encourage les archivistes à consulter un certain nombre de documents externes, notamment l'Aboriginal and Torres Strait Islander Protocols for Libraries, Archives and Information Services (ACA, p. 3-4). La section 3 ne mentionne pas explicitement les peuples autochtones, mais le libellé a été rédigé de manière à inclure des considérations particulièrement pertinentes pour les peuples autochtones. Par exemple, la section 3a explique : « Nous respectons la vie privée des personnes qui ont créé des documents ou qui en sont l'objet, en particulier les personnes et les communautés qui n'avaient pas voix au chapitre dans la création, la transmission, l'élimination ou la préservation des documents » (p. 5). L'ajout des mots « communautés » et « création, transmission et préservation », absents de l'ancien code d'éthique de l'ACA, signifie que les rédacteurs de la nouvelle révision ont reconnu l'héritage colonial des documents sur les communautés autochtones qui ont été rédigés par les colonisateurs sans avoir obtenu l'assentiment de celles-ci, documents qui remplissent les dépôts d'archives des colonisateurs comme les archives nationales, provinciales et religieuses (Frogner, p. 127). Toutefois, il est important de noter que ce code d'éthique ne fournit pas des directives aussi détaillées ou complètes que celles présentées dans les documents américains et australiens.

Plus récemment, le Comité directeur sur les archives canadiennes (CDAC), composé de représentants de l'Association des archivistes du Québec (AAQ), de l'Association des archivistes canadiens (ACA), de l'Association of Records Managers and Administrators – Région du Canada (ARMA Canada), du Conseil canadien des archives (CCA), du Conseil des archivistes provinciaux et territoriaux (CAPT) et de Bibliothèque et Archives Canada (BAC), a formé un groupe de travail en 2016 pour formuler une réponse au rapport de la Commission de vérité et réconciliation. Selon son site Web, la réponse du CDAC au rapport du groupe de travail de la Commission de vérité et réconciliation a pour mandat de « [...] procéder à un examen des politiques et des pratiques exemplaires en matière d'archives qui existent partout au pays et de relever les obstacles potentiels aux efforts de réconciliation entre la communauté archivistique canadienne et les archivistes autochtones » (CDAC, par. 1). En juillet 2020, ce groupe de travail a publié une

ébauche publique de son « Cadre de réconciliation pour les institutions d'archives canadiennes », le premier du genre destiné expressément à la communauté canadienne de gestion des archives et des documents.

DÉFIS DE L'ACTUELLE LOI SUR LE DROIT D'AUTEUR DU CANADA

Malgré ces avancées positives au sein de la communauté archivistique au Canada et ailleurs, il existe encore des obstacles à la création d'un environnement qui respecte véritablement les droits de propriété intellectuelle des Autochtones dans les institutions d'archives canadiennes.

Premièrement, il y a des archivistes et des gestionnaires de documents qui s'opposent ou sont indifférents aux lignes directrices en matière d'éthique fournies par la SAA et l'ACA concernant le savoir autochtone; de plus, ces lignes directrices en matière d'éthique sont inapplicables. Même pour ceux qui souhaitent se conformer aux lignes directrices de cadres comme celui récemment produit par le CDAC, des obstacles juridiques existent, notamment dans la Loi sur le droit d'auteur. Les PNAAM vont jusqu'à dire que « les lois occidentales sur le droit d'auteur sont fondées sur des principes diamétralement opposés aux approches juridiques autochtones en matière de savoir » (First Archivists Circle, p. 14). Andrea Bear Nicholas, professeure malécite de la Première Nation de Tobique, l'a exprimé encore plus vigoureusement lorsqu'elle a écrit : « Les lois canadiennes [...] ont non seulement cherché à ignorer ou à nier expressément les droits des peuples autochtones de pratiquer et de conserver leur propriété culturelle et intellectuelle, mais aussi à légaliser le vol de celle-ci grâce à la Loi sur le droit d'auteur » (par. 4).

Il existe trois aspects problématiques de la Loi sur le droit d'auteur dans le domaine des archives et de la gestion des documents :

- sa définition du titulaire du droit d'auteur comme personne qui a créé l'œuvre (qui exclut le sujet de l'œuvre ou « tiers »);
- sa détermination de la durée de la protection du droit d'auteur fondée sur une conception individuelle de la propriété du droit d'auteur (qui exclut la propriété communautaire et intergénérationnelle);
- la section propre au Canada sur le droit d'auteur de la Couronne pour les documents gouvernementaux non publiés.

QUI DÉTIENT LE DROIT D'AUTEUR?

La Loi sur le droit d'auteur du Canada stipule qu'en général, « l'auteur d'une œuvre est le premier titulaire du droit d'auteur [...], on reconnaît généralement que l'auteur est la personne qui a créé l'œuvre et l'a exprimée sous une forme ou une autre » (Dryden, *Demystifying*, p. 15). Dans le cas de photographies prises le 7 novembre 2012 ou après cette date, l'auteur ou le titulaire du droit d'auteur est le photographe (p. 18). Dans le cas d'une entrevue d'histoire orale ou d'un enregistrement sonore, le titulaire du droit d'auteur est l'intervieweur et la « personne responsable des opérations nécessaires à la première fixation des sons, "personne" qui peut être un être humain ou une personne morale » (p. 18).

Cette formulation de la propriété du droit d'auteur pose deux problèmes connexes, mais distincts lorsqu'on aborde le savoir autochtone. Le premier est de savoir à qui la propriété des droits d'auteur est conférée. Comme on peut le constater dans l'énoncé de position de la FCAB, du point de vue occidental sur lequel repose la loi canadienne sur le droit d'auteur, le droit d'auteur appartient à la personne qui a été la première à « fixer » une œuvre. Toutefois, « les peuples autochtones considéreraient les propriétaires comme les personnes d'où proviennent les connaissances » (FCAB, p. 1). Dans sa déclaration devant le comité parlementaire permanent chargé de l'examen de la Loi sur le droit d'auteur, Lynn Lavallée, alors vice-rectrice, Mobilisation autochtone à l'Université du Manitoba, affirme : « La Loi sur le droit d'auteur permet non seulement de favoriser l'appropriation du savoir autochtone [...], mais aussi d'ouvrir la porte au vol légalisé de ce savoir, car le droit d'auteur revient à la personne qui a recueilli les informations. Même si la propriété intellectuelle est définie comme des "créations de l'esprit", lorsqu'un chercheur s'adresse à un Autochtone, qu'il s'agisse d'un Aîné ou d'un gardien du savoir traditionnel, les connaissances qui sont transmises sont au bout du compte la création de l'esprit de la personne qui transmet la connaissance, pourtant, le droit d'auteur va à celui qui collecte l'information » (Lavallée, 16:15).

Du point de vue de certains peuples autochtones, cet aspect de la loi canadienne sur le droit d'auteur peut être considéré comme problématique : non seulement il peut entrer en conflit avec la conception qu'ont les peuples autochtones de la propriété du savoir, mais aussi il doit être vu à travers le prisme des relations historiques entre les colonisateurs et les Autochtones au Canada. Comme nous l'avons vu plus en détail, il existe une « tradition » selon laquelle les personnalités de l'époque coloniale s'emparaient du savoir des Autochtones sans leur consentement. Selon les

PNAAM, « [...] une collecte originale antérieure aurait pu être effectuée en utilisant la tromperie, la contrainte, un subterfuge et d'autres moyens illicites ou contraires à l'éthique. [...] Dans de telles circonstances, les questions liées au titre, au droit d'auteur et à la paternité d'une œuvre sont suspectes » (p. 15). Il n'y a donc aucun doute qu'il existe dans les dépôts d'archives canadiens des documents dont les droits d'auteur ont été transférés aux dépôts par des entités que les peuples autochtones ne considèrent pas comme les propriétaires légitimes des documents.

QUI PEUT EXERCER UN CONTRÔLE SUR LA PROTECTION DES DROITS D'AUTEUR?

La question de la propriété des droits d'auteur est liée à celle de savoir qui a le pouvoir d'exercer un contrôle sur ces protections du droit d'auteur, entre autres le droit de transférer les droits d'auteur à des dépôts d'archives ou d'autoriser des dépôts d'archives à rendre les documents accessibles sous forme physique ou numérique, et les conditions dans lesquelles ces documents peuvent être consultés et utilisés. En outre, la division de la pensée occidentale et dans la théorie archivistique entre le créateur du document et le sujet du document (souvent appelé « tiers ») est au cœur de cet enjeu.

Cependant Trish Luker élucide ce problème ainsi : « Cette division entre le créateur principal du document et le rôle subsidiaire de sujet du document reflète le paradigme essentialiste de la pensée occidentale selon lequel les sujets du savoir sont considérés comme des objets » (p. 113) et sont dépouillés de leur pouvoir de gérer leurs propres documents.

Naomi Andrew, directrice et avocate générale du Bureau des pratiques équitables et des affaires juridiques à l'Université du Manitoba, a exposé concrètement ce problème devant le Comité permanent :

« Le CNVR est hébergé à l'Université du Manitoba et abrite environ cinq millions de documents liés à l'histoire des pensionnats indiens. Comme la plupart des services d'archives, nous ne sommes pas propriétaires du droit d'auteur de la majorité des documents et des images d'archives. La Loi sur le droit d'auteur constitue un obstacle lorsque l'on communique avec le CNVR pour obtenir la permission d'utiliser des images d'archives à des fins qui appuient clairement la réconciliation. Seul le créateur initial d'une photo peut permettre sa réutilisation en l'absence d'exemption du droit d'auteur. En raison de l'histoire des pensionnats indiens, le fait d'exiger qu'une personne, comme un survivant, ait à communiquer avec un créateur pour obtenir sa permission est un réel obstacle à la vérité et à la réconciliation » (Andrew, 14:20).

QUELLE EST LA DURÉE DE LA PROTECTION DU DROIT D'AUTEUR?

Un autre enjeu de la Loi sur le droit d'auteur est la façon de déterminer la durée de protection du droit d'auteur en fonction de la paternité individuelle ou conjointe de l'œuvre avant qu'elle n'entre dans le domaine public. De façon générale, la durée du droit d'auteur au Canada correspond à la durée de la vie de l'auteur plus cinquante ans ou, dans le cas d'une paternité conjointe, à la durée de la vie de l'auteur qui vit le longtemps plus cinquante ans (Dryden, *Demystifying*, p. 16 et 20).

Par la suite, l'œuvre est rendue publique et peut être utilisée gratuitement.

Cette formulation ne tient toutefois pas compte de la conception qu'ont certaines communautés autochtones de la propriété communautaire et intergénérationnelle. Comme l'a exprimé Lavallée, « Souvent, les connaissances sont transmises de génération en génération » (Lavallée, 2019). Lors de son témoignage devant le comité permanent chargé de l'examen de la Loi sur le droit d'auteur, Nancy Marelli a présenté les arguments suivants en faveur d'une réforme du droit d'auteur afin d'assurer une meilleure protection du savoir autochtone hébergé dans les dépôts d'archives canadiens : « Les principes fondateurs de la Loi sur le droit d'auteur veulent qu'il appartienne à un auteur jusqu'à sa mort. Dans l'approche autochtone, il existe une propriété communautaire et continue des créations. Les archivistes sont déterminés à travailler avec les collectivités autochtones afin d'offrir une protection appropriée du savoir autochtone et un accès adéquat à celui-ci dans nos fonds documentaires, tout en s'assurant de tenir compte des protocoles traditionnels, des préoccupations et des désirs des peuples autochtones. Nous prions le gouvernement fédéral d'entreprendre une collaboration rigoureuse, respectueuse et transparente avec les peuples autochtones du Canada afin de modifier la Loi sur le droit d'auteur et de reconnaître une approche fondée sur la collectivité » (16:00).

La durée limitée actuelle du droit d'auteur pose également problème. Selon la loi canadienne sur le droit d'auteur, le fait de revendiquer la protection du droit d'auteur pour la propriété intellectuelle force ironiquement les communautés à céder éventuellement le contrôle de leur savoir au domaine public, même si les descendants des créateurs de ce savoir sont toujours vivants. Cette situation est particulièrement problématique dans le cas de documents qui décrivent ce que les PNAAM désignent comme étant des « informations religieuses ou sensibles » (First Archivists Circle, p. 14).

Comme l'écrit Gregory Younging, « le précepte selon lequel toute la propriété intellectuelle, y compris le savoir traditionnel, est destinée à entrer éventuellement dans le domaine public pose

problème aux peuples autochtones parce que le droit coutumier stipule que certains aspects du savoir traditionnel ne sont pas destinés à un accès ou une utilisation externe sous quelque forme que ce soit » (p. 71). Younging précise en outre que « [l]es arguments en faveur de l'inclusion du savoir autochtone dans le domaine public réduisent encore une fois la capacité des peuples autochtones de contrôler leur savoir et de prendre des décisions à son égard [...] » (p. 73). À son tour, cela « peut entraîner des risques d'abus ou de détournement [...] étant donné que les expressions culturelles traditionnelles ne sont pas entièrement protégées par les régimes de propriété intellectuelle existants : elles font supposément partie du domaine public et sont libres d'utilisation » (Vezina, p. 95).

À QUI REVIENT LE DROIT D'AUTEUR DE LA COURONNE?

Enfin, un autre article particulièrement problématique de la Loi sur le droit d'auteur du Canada est l'article 12, qui stipule que la durée du droit d'auteur des œuvres de la Couronne non publiées – essentiellement toute œuvre créée par un ministère et qui n'est pas publiée – n'expire jamais. Avant 2013, l'autorisation d'utiliser des œuvres de la Couronne était centralisée au Crown Copyright and Licensing Office, mais comme l'explique Dryden, le gouvernement a décidé de « transférer ses responsabilités à différents ministères » (Dryden, « Crown Copyright », par. 7), ce qui rend encore plus difficile d'obtenir l'autorisation d'utiliser ces œuvres. Cela pose problème pour les dépôts d'archives, car, comme l'explique Marelli, « les dépôts d'archives canadiens détiennent des millions d'œuvres de la Couronne non publiées qui sont d'intérêt historique, entre autres des correspondances, des rapports, des études, des photographies et des enquêtes – toutes sortes d'œuvres » (15:55).

Comme mentionné dans une section précédente, une grande partie de ce qui est considéré comme des connaissances autochtones conservées dans les archives sont en fait des œuvres de la Couronne. Les documents non publiés liés à l'administration courante des pensionnats indiens sont un exemple d'œuvres de la Couronne non publiées. Le droit d'auteur perpétuel de la Couronne pose des problèmes particulièrement pour le CNVR, ainsi que pour d'autres dépôts d'archives ayant pour mandat d'éduquer le public canadien qui souhaitent numériser leurs fonds. Cet article sur le droit d'auteur de la Couronne – qui accorde essentiellement la propriété communautaire et intergénérationnelle du droit d'auteur des œuvres de la Couronne au gouvernement canadien – est aussi particulièrement troublant à la lumière du refus de celui-ci de réformer la Loi sur le droit d'auteur pour reconnaître le droit des communautés autochtones à cette même propriété communautaire et intergénérationnelle du savoir.

CONCLUSION : CONSÉQUENCES FUTURES POUR LES ARCHIVISTES ET LES GESTIONNAIRES DE DOCUMENTS CANADIENS

Compte tenu de ces problèmes mis en évidence dans la formulation actuelle de la Loi sur le droit d'auteur du Canada, il ne suffit pas que les archivistes et les gestionnaires de documents et d'informations canadiens adhèrent à la Loi sur le droit d'auteur : en effet, elle ne tient pas compte de nombreuses formes de savoir autochtone et ne prévoit pas de dispositions adéquates pour protéger les droits de propriété intellectuelle des Autochtones. Tant que la Loi n'aura pas été modifiée pour corriger les problèmes susmentionnés, une approche éthique destinée aux dépôts d'archives canadiens doit aller au-delà de la Loi sur le droit d'auteur.

Je propose deux grandes orientations que les archivistes et les gestionnaires de documents canadiens peuvent adopter pour promouvoir et assurer la protection des droits de propriété intellectuelle des Autochtones au sein de leurs propres institutions canadiennes. Premièrement, les professionnels de la gestion des archives, des documents et de l'information peuvent prendre une part active au discours public entourant l'adoption de la DNUDPA par le gouvernement fédéral du Canada, ce qui sera à son tour essentiel pour faire progresser des réformes législatives concrètes de la Loi sur le droit d'auteur. Bien que le gouvernement canadien ait approuvé la DNUDPA après son refus initial de 2007, il n'a pas encore adopté une loi qui l'engagerait à mettre en œuvre et à intégrer les lignes directrices de la Déclaration aux instruments juridiques fédéraux existants comme la Loi sur le droit d'auteur (Gunn, par. 1).

Les principales recommandations de la DNUDPA en matière de propriété intellectuelle autochtone comprennent, par exemple, l'article 11 qui stipule que « [l]es États doivent accorder réparation par le biais de mécanismes efficaces – qui peuvent comprendre la restitution – mis au point en concertation avec les peuples autochtones, en ce qui concerne les biens culturels, intellectuels, religieux et spirituels qui leur ont été pris sans leur consentement préalable, donné librement et en connaissance de cause, ou en violation de leurs lois, traditions et coutumes » (article 11).

Deuxièmement, jusqu'à la mise en œuvre de la DNUDPA et de ses principes dans le cadre de nos régimes canadiens de droits d'auteur et de propriété intellectuelle, les politiques et procédures internes peuvent être modifiées afin qu'elles reflètent non seulement les lois fédérales et provinciales, mais aussi d'autres normes et lignes directrices. L'Australian Aboriginal and Torres Strait Islander Protocol for Libraries, Archives, and Information Services et les American Protocols for Native American Archival Materials susmentionnée sont des exemples de documents qui peuvent aider à façonner des politiques et des pratiques au sein de dépôts d'archives individuels

qui protègent mieux les droits de propriété intellectuelle des Autochtones. Les principes de PCAP® des Premières Nations (Propriété, Contrôle, Accès et Possession) élaborés par le Comité de gouvernance de l'information des Premières nations constituent également un important « ensemble de normes qui établissent comment les données et les informations des Premières Nations doivent être collectées, protégées, utilisées ou partagées » (CGIPN, par. 1.). Bien qu'ils aient à l'origine été élaborés en tant que normes de gestion des données de recherche, ces principes peuvent être appliqués à une vaste gamme d'informations, dont de nombreux types de documents.

À PROPOS DE L'AUTEUR

Tomoko Shida est une canadienne d'origine japonaise avec un baccalauréat en arts, histoire et études religieuses, un baccalauréat en enseignement de l'histoire, une maîtrise en études mondiales et, plus récemment, une Maîtrise en gestion des archives et des documents. Elle travaille actuellement comme archiviste à la bibliothèque de l'Université de Toronto à Mississauga.

OUVRAGES CITÉS

Association canadienne des archivistes. « Code of Ethics and Professional Conduct ». Association canadienne des archivistes, 2017.

Agarwal, Kritika. (1^{er} octobre 2018). A Way Forward: The Society of American Archivists Endorses Protocols for Native American Archival Materials. Perspectives on History, 1^{er} octobre 2018.

Andrew, Naomi. « Statutory Review of the Copyright Act ». Canada. Parlement. Chambre des communes. Comité permanent de l'industrie, des sciences et de la technologie. Preuve. 42^e législature, 1^{re} session, réunion n° 112. Parlement du Canada, 10 mai 2018.

Boles, Frank et al. « Report: Task Force to Review Protocols for Native American Archival Materials ». Society of American Archivists Council, 2008, files.archivists.org/governance/taskforces/0208-NativeAmProtocols-IIIA.pdf.

Callison, Camille. « Statutory Review of the Copyright Act ». Canada. Parlement. Chambre des communes. Comité permanent de l'industrie, des sciences et de la technologie. Preuve. 42^e législature, 1^{re} session, réunion n° 112. Parlement du Canada, 10 mai 2018.

Canada. Parlement. Chambre des communes. Comité permanent de l'industrie, des sciences et de la technologie. « Examen prévu par la loi de la loi sur le droit d'auteur : Rapport du comité permanent ». 42^e législature, 1^{re} session. Parlement du Canada, juin 2019.

Fédération canadienne des associations de bibliothèques. « Position Statement: Indigenous Knowledge in Canada's Copyright Act ». FCAB, 27 août 2018, cfla-fcab.ca/wp-content/uploads/2018/12/CFLA-FCAB_Indigenous_knowledge_statement.pdf.

Chapdelaine, Pascale et Myra Tawfik. « Five Critical Components of a Balanced, Modern Canadian Copyright System ». *The Globe and Mail*, 5 décembre 2018.

Loi sur le droit d'auteur. Lois révisées du Canada, c.42. Canada. Ministère de la Justice. 1985. Ministère de la Justice. <https://laws-lois.justice.gc.ca/fra/lois/C-42/index.html>.

Dryden, Jean. (22 septembre 2017). « Crown Copyright Law is Outdated and Requires Comprehensive Reform ». *Options politiques*, 22 septembre 2017.

—. *Demystifying Copyright: A Researcher's Guide to Copyright in Canadian Libraries and Archives*, 2^e éd., Association canadienne des bibliothèques, 2014.

—. « What Canadian Archivists Know About Copyright and Where They Get Their Knowledge ». *Archivaria*, vol. 69, 2010, p. 77-116.

Centre de gouvernance de l'information des Premières Nations. « Les principes de PCAP® des Premières Nations » Centre de gouvernance de l'information des Premières Nations, <https://fnigc.ca/fr/>

Frogner, Raymond. « Lord, Save Us from the Et Cetera of the Notary': Archival Appraisal, Local Custom, and Colonial Law ». *Archivaria*, vol. 79, 2015, p. 121-158.

Geist, Michael. « What's Next, After the 2012 Copyright Overhaul? » *Options politiques*, 12 juin 2017.

Gunn, Brenda L. « The Senate Halts Recognition of Indigenous Rights on National Indigenous Peoples Day ». Centre for International Governance Innovation, 24 juin 2019.

Iacovino, Livia. « Rethinking Archival, Ethical and Legal Frameworks for Records of Indigenous Australian Communities: A Participant Relationship Model of Rights and Responsibilities ». *Archival Science*, vol. 10, 2010, p. 353-372. DOI : 10.1007/s10502-010-9120-3

Jimerson, Raymond C. *Archives Power: Memory, Accountability and Social Justice*. Society of American Archivists, 2009.

Lavallée, Lynne. « Statutory Review of the Copyright Act ». Canada. Parlement. Chambre des communes. Comité permanent de l'industrie, des sciences et de la technologie. Preuve. 42^e législature, 1^{re} session, réunion n° 112. Parlement du Canada, 10 mai 2018.

Luker, Trish. « Decolonizing Archives: Indigenous Challenges to Record Keeping in 'Reconciling' Settler Colonial States ». *Australian Feminist Studies*, vol. 32, n^{os} 91-92, 2017, p. 108-125.

Marelli, Nancy. « Statutory Review of the Copyright Act ». Canada. Parlement. Chambre des communes. Comité permanent de l'industrie, des sciences et de la technologie. Preuve. 42^e législature, 1^{re} session, réunion n^o 119. Parlement du Canada, 31 mai 2018.

Nicholas, Andrea Bear. « Canada's Laws Have Ignored the Cultural and Intellectual Property Rights of Indigenous Peoples, and even Legalised the Theft of Their Property ». *Options politiques*, 27 juin 2017.

O'Neal, Jennifer. R. (2014). « Respect, Recognition, and Reciprocity: The Protocols for Native American Archival Materials ». *Identity Palimpsests: Archiving Ethnic Identity in the U.S. and Canada*, edited by Dominique Daniel & Amalia Levi, Litwin Books, 2014, p. 125-142.

Society of American Archivists (SAA). « SAA Council Endorsement of Protocols for Native American Archival Materials ». Society of American Archivists, 14 septembre 2018, <https://www2.archivists.org/statements/saa-council-endorsement-of-protocols-for-native-american-archival-materials>.

Comité directeur sur les archives canadiennes. « Un cadre de réconciliation pour les institutions d'archives canadiennes : rapport préliminaire pour consultation publique ». Comité directeur sur les archives canadiennes, juillet 2020.

--. « Response to the Report of the Truth and Reconciliation Commission Taskforce ». Comité directeur sur les archives canadiennes.

Underhill, Karen. J. « Protocols for Native American Archival Materials ». *RBM*, vol. 7, n° 2, 2006, p. 134-145. <https://doi.org/10.5860/rbm.7.2.267>.

Nations Unies. « Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones ». 13 septembre 2007.

Vezina, Brigitte. « Cultural Institutions and Documentation of Indigenous Cultural Heritage ». Dans *Indigenous Notions of Ownership in Libraries, Archives, and Museums*, édité par Camille Callison, Lorien Roy et Gretchen Alice LeCheminant, IFLA, 2011, p. 89-106.

Younging, Greg. « The Traditional Knowledge—Intellectual Property Interface ». Dans *Indigenous Notions of Ownership in Libraries, Archives, and Museums*, éd. par Camille Callison, Lorien Roy et Gretchen Alice LeCheminant, IFLA, 2011, p. 67-73.