

Capsule

**En attendant *Robertson* : Définir la
possession du droit d’auteur sur
les œuvres des pigistes dans
les nouveaux médias**

Giuseppina D’Agostino*

1. Introduction	165
2. Les auteurs pigistes et l’édition numérique	167
3. La législation sur le droit d’auteur au Canada	168
3.1 <i>Robertson</i> , en première instance	169
3.2 Le transfert du droit d’auteur par voie de conditions implicites et de licence implicite	170

© Giuseppina D’Agostino , 2005.

* BA spécialisé (York) ; licence en droit (Osgoode) ; MSt et DPhil (Oxford) ; membre du BHC (inscription 2001). Je remercie le ministère du Patrimoine canadien, la Direction générale de la politique du droit d’auteur et, tout particulièrement, Danielle Bouvet et Bruce Stockfish d’avoir appuyé la publication du présent article. J’exprime également mes remerciements à Luc André Vincent pour ses suggestions circonstanciées et à Marie-Josée Cossette et Valérie Demers pour leurs utiles commentaires. Naturellement, tous les avertissements d’usage s’appliquent au présent essai et j’assume l’entière responsabilité des opinions et des maladresses qu’il renferme. Ce travail découle de ma thèse de doctorat, G D’Agostino « Towards a Balanced Copyright Treatment of Freelance Authors in the Digital Era » (Université d’Oxford, St Peter’s College, DPhil Thesis, Bodleian Law Library 2004), rédigée sous la direction du professeur David Vaver (Oxford) et financée par le Conseil de recherches en sciences humaines du Canada (CRSH).

- 3.3 *Robertson* en appel : moins de clarté sur la licence
implicite 173
- 4. Il n'en a pas toujours été ainsi : leçon d'histoire sur
l'équilibre à établir entre les intérêts de l'auteur et
de l'éditeur 177
- 5. Une approche interprétative restrictive : précédents
comparatifs concernant la licence implicite 180
- 6. L'avenir de la réforme du droit d'auteur : vers l'équilibre . 182

1. Introduction

Le recyclage d'œuvres existantes dans de nouveaux médias est une pratique séculaire qui continue de mettre en cause la législation sur le droit d'auteur et son avenir. L'invention de chaque nouvelle technologie fait apparaître une nouvelle manière de recycler une œuvre existante. Au Canada, une contestation récente de la législation sur le droit d'auteur sera bientôt débattue devant la Cour suprême du Canada : elle porte sur le droit de propriété dont sont investis les journalistes-pigistes à l'égard de leurs œuvres publiées dans des journaux ou magazines¹. Présentement, les éditeurs exploitent les œuvres des auteurs pigistes non seulement sous forme imprimée, mais aussi sous forme numérique, sur leur propre site Internet ou en les revendant à des bases de données appartenant à des tiers. Des pigistes ont lancé une série de poursuites judiciaires au Québec², aux États-Unis³ et à travers l'Europe continentale⁴, et un règlement important est intervenu au Royaume-Uni⁵.

Les pigistes font valoir qu'ils ne reçoivent aucun avis, n'accordent aucune autorisation et ne touchent aucune rémunération à l'égard de l'exploitation de leurs œuvres dans le cadre de ces nouvelles utilisations numériques. Les éditeurs, pour leur part, prétendent que les contrats qu'ils ont déjà passés avec leurs pigistes les autori-

-
1. *Robertson c. Thomson Corp.*, (2004), 34 CPR (4th) 161 (CA de l'Ont.) (autorisation d'appel accordée le 21 avril 2005 ; plaidé le 6 décembre 2005 et en délibéré à l'heure de tombée de cet article).
 2. *Association des journalistes indépendants du Québec (AJIQ) c. Cedrom-SNI*, [1999] JQ 4609 (C.S.Qué.) ; *Electronic Rights Defence Committee (ERDC) c. Southam Inc.*, [1999] JQ 349 (C.S.Qué.).
 3. *Tasini v. New York Times*, 533 US 483, 121 S Ct 2381 (2001) (« *Tasini* »).
 4. Ex. en France : (3 février 1998) (Tribunal de Grande Instance de Strasbourg – Ordonnance de Référé Commercial) en traduction à (1998) 22 Columbia-VLAJLA 199 (« *Plurimédia* »). En Allemagne : *Freelens* (5 juillet 2001) No I ZR 311/98 Cour suprême fédérale (Bundesgerichtshof) en traduction à (2003) 34 IIC 227, 229.
 5. Le règlement de 1999 entre *The Guardian* et ses pigistes stipulait que le journal devait 1) cesser de forcer les pigistes à céder leur droit d'auteur sans paiement additionnel et 2) remettre aux pigistes 50 pour cent des ventes réalisées dans l'année.

sent à exploiter de nouvelles utilisations de telles œuvres en vertu d'une licence implicite. L'enjeu principal est de savoir si les contrats avec les auteurs, en transférant aux éditeurs le droit de reproduction lié à l'impression de leurs œuvres, tiennent également compte des droits de reproduction électronique⁶. Pour les pigistes, il s'agit là d'un point discutable en raison de l'applicabilité de la doctrine de la création « dans l'exercice d'un emploi », mais pour les pigistes, dont le gagne-pain dépend de chaque nouveau contrat, cet enjeu revêt une importance vitale⁷. En droit d'auteur, les pigistes sont des entrepreneurs indépendants, si bien que, à moins d'une entente à l'effet contraire, ils sont censés contrôler les droits d'exploitation future liés à leurs œuvres. La question est celle de la période antérieure à la publication électronique (avant les années 1990), où il n'y avait pas de contrats écrits et où on ne s'entendait que sur des conditions clés, comme la date de soumission et le nombre de mots.

La question est donc de savoir si la portée de la licence implicite s'étend aux médias en ligne en l'absence de conditions expresses. Bien que, dans une certaine mesure, cette question s'apparente au droit de la preuve et soit de nature interprétative vu qu'elle nécessite une analyse de la violation du droit d'auteur, elle s'adresse plus fondamentalement à la nature contractuelle de la relation entre pigiste et éditeur et, en définitive, aux façons dont la gestion de telles nouvelles utilisations met en cause les fondements mêmes du droit d'auteur et les objectifs de politique auxquels la loi est censée répondre. La loi sur le droit d'auteur est censée promouvoir la culture et la diffusion des œuvres « en stimulant les auteurs et les artistes à produire des œuvres de valeur et les entrepreneurs, à investir dans le financement, la production et la diffusion de telles œuvres. »⁸ La loi sur le droit d'auteur fait l'équilibre entre les intérêts des titulaires du droit d'auteur et ceux de ces utilisateurs⁹.

Le présent article soutient que l'enjeu lié au contrôle et à la gestion du droit d'auteur concernant les œuvres des pigistes reproduites dans de nouveaux médias a essentiellement été formulé comme une

6. L'article 3 de la *Loi sur le droit d'auteur* du Canada, L.R.C. (1985), ch. C-42 (« LDA ») énumère les droits économiques (ex. droit de reproduction) qui reviennent au titulaire du droit d'auteur.

7. LDA, paragraphe 13(3).

8. D. Vaver, *Intellectual Property Law* (Concord, Irwin Law, 1997), 22.

9. *CCH Canadienne Ltée c. le Barreau du Haut-Canada*, [2004] 1 R.C.S. 339 ; voir également W.F. Grosheide, « Copyright Law from a User's Perspective : Access Rights for Users », (2001), 23-7 *European Intellectual Property Review*, 321-5, 321.

question de violation du droit d'auteur dans les tribunaux inférieurs canadiens¹⁰ et aux États-Unis¹¹. Cependant, la question la plus pressante, au niveau du droit d'auteur, est celle de la relation contractuelle entre les parties et, plus spécifiquement, la doctrine de la licence implicite. À mesure que se développent les nouvelles technologies et en dépit du langage normalisé utilisé pour tenir compte de l'ensemble des utilisations dans les médias « connus ou inconnus », les contrats continueront sans doute à causer des difficultés d'interprétation en définissant la portée de la licence (par exemple, tenter d'interpréter l'intention des parties peut être tout un défi). On ne devrait pas interpréter le manque de précision de ce langage contractuel d'une manière qui permette aux éditeurs de contrôler les nouvelles utilisations des œuvres sans commencer par obtenir la permission obligatoire des auteurs et assurer leur rémunération. Dans ce cas-ci, l'ordre judiciaire ferait mieux d'adopter une approche interprétative restrictive. Par approche interprétative restrictive, nous entendons que lorsque les tribunaux interprètent un contrat de droit d'auteur, ils ne devraient pas y relever plus de conditions qu'il n'en faut pour rendre le contrat efficace commercialement, de sorte qu'il n'est pas nécessaire de sous-entendre une condition lorsque le contrat est efficace autrement¹². Comme le présent article l'illustrera, cette approche restrictive est conforme aux principes existants de l'interprétation judiciaire et contractuelle dans les juridictions de common law et les juridictions civiles comme dans l'histoire des ententes de droit d'auteur et des principes du droit d'auteur.

2. Les auteurs pigistes et l'édition numérique

Les pigistes sont souvent considérés comme les travailleurs d'ateliers de pressurage d'aujourd'hui. Complètement dépourvus d'avantages sociaux, ils gagnent généralement entre 9 000 et 20 000 dollars américains par année¹³. Pendant ce temps, les conglomerats de l'édition s'étendent et s'enrichissent en normalisant en leur

10. *Robertson, supra*, note 1 (au niveau de l'appel) ; (2001) 109 ACWS (2d) 137 (C.S.Ont.).

11. *Tasini supra*, note 3.

12. Le même principe est appliqué dans *Robin Ray c. Classic FM plc*, [1998] ECC 488 (Ch D).

13. N. DuVergne Smith, « The Writers' Lot » (National Writers' Union Survey 1995) <http://members.aol.com/nancyds/wlot1.html#top> (3 mars 2004) ; ces chiffres sont comparables à ceux d'autres pays semblables au Canada ; le revenu annuel des entrepreneurs indépendants s'établissait généralement à 13 032 \$ CAN et 19 769 \$ CAN pour les hommes et les femmes respectivement ; *Statistique Canada, Enquête sur la dynamique du travail et du revenu, 1999*, exécution spéciale.

faveur les arrangements légaux entre auteur et éditeur¹⁴. L'ancienne pratique de l'industrie permettait aux pigistes de se faire payer pour un article publié et d'obtenir des cachets additionnels pour les traductions, les réimpressions et autres modifications de l'œuvre. Aujourd'hui, les éditeurs continuent de rémunérer l'auteur pour un article imprimé, mais ne le font pas pour la réutilisation numérique des œuvres des pigistes, une industrie de plus en plus lucrative qui supplante souvent l'édition imprimée. Voilà pourquoi les pigistes soutiennent que leur gagne-pain dépend du contrôle qu'ils tiennent à exercer sur les droits d'exploitation qui peuvent en découler.

3. La législation sur le droit d'auteur au Canada

Un objectif principal du droit d'auteur est de donner des droits d'exploitation aux titulaires des œuvres originales. En vertu de la LDA, l'article 3 énumère plusieurs des droits accordés aux titulaires¹⁵. Le titulaire du droit d'auteur, qui est normalement l'auteur, a le droit exclusif de gérer ces droits. L'entente entre le pigiste et l'éditeur est régie par le droit des contrats. Pour pouvoir publier l'œuvre d'un pigiste, l'éditeur doit passer une entente avec l'auteur pour obtenir de lui une cession ou une concession de licence pour la publication de l'œuvre. Puisque les pigistes n'ont souvent d'autre contrat qu'une « poignée de main » avec leur éditeur, le droit coutumier veut qu'une telle entente ne contienne qu'une licence non exclusive implicite pour la publication de l'œuvre¹⁶. En d'autres termes, il est probable que, en l'absence d'un contrat, le seul droit obtenu du pigiste par l'éditeur est un droit d'utilisation unique¹⁷.

14. A. Diamond, « The Year of the Rat », (1996), 19-23 *Canadian Forum*, où est expliquée en détail la démission de l'auteur Nancy Lyon, rédactrice d'une chronique populaire du *Montreal Gazette*, afin de cesser de se faire exploiter par ses éditeurs ; pour une discussion générale de la mondialisation de l'industrie de l'imprimé, voir A. Schiffrin, *The Business of Books* (New York : Verso Press, 2000) ; pour ce qui est des rapports entre la mondialisation et les pigistes, voir G. D'Agostino, « Freelance Authors for Free : Globalisation of Publishing, Convergence of Copyright Contracts and Divergence of Judicial Reasoning » dans F. Macmillan (édit.) *New Directions in Copyright* (Cheltenham, Edward Elgar, 2005).

15. Ex. droit de reproduction, de traduction, d'exécution, de communication et de publication.

16. W.J. Gordon, « Fine-Tuning Tasini : Privileges of Electronic Distribution and Reproduction », (2000), 66 *Brooklyn Law Review*, 473-500, 477.

17. Bien que les transactions verbales puissent agir en *equity* à l'encontre des pigistes. Voir D. Vaver, *Copyright Law* (Toronto : Irwin Law, 2000) 95, citant *Allen c. Toronto Star Newspapers Ltd.*, (1997) 142 DLR (4th) 518 ; pour l'instant, je ne me pencherai pas sur cette argumentation vu qu'elle n'a pas encore été présentée dans les précédents en matière de droits des pigistes, le principal sujet de notre discussion.

Une licence peut être verbale ou implicite en fonction de l'usage, exclusive ou non exclusive. D'une portée semblable à celle d'une cession¹⁸, la licence exclusive doit être émise par écrit afin d'accorder au titulaire de licence le pouvoir d'exercer un droit à l'exclusion de toute autre personne, y compris le cédant¹⁹. Dans le cas des pigistes, la licence non exclusive sous-entend que d'autres titulaires de licence (éditeurs) peuvent être autorisés à concurrencer entre eux et avec le pigiste²⁰. Cela veut également dire que, contrairement à la cession, dans le cadre de laquelle il y a transfert de propriété, le pigiste conserve la possession, soit le droit d'empêcher toute personne autre que le titulaire de la licence d'utiliser son œuvre²¹. La cession et la licence peuvent être partielles. Par exemple, un pigiste peut se contenter de concéder une licence uniquement à l'égard du droit d'impression. Il est possible de renoncer à des droits moraux par écrit, mais ces derniers demeurent incessibles²². Si les pigistes avaient fait une cession ou une concession de licence exclusive, celle-ci ferait l'objet d'un contrat écrit. De cette manière, la prévision d'utilisations secondaires serait probablement plus facile à décerner.

3.1 Robertson, en première instance

*Robertson c. Thomson Corp.*²³ est un recours collectif dirigé par l'auteure canadienne Heather Robertson, qui écrivait pour le *Globe & Mail* (le *Globe*). Thomson Corporation est une grande société de multimédias à plusieurs filiales dont l'activité est la publication de journaux comme le *Globe*. Des œuvres déjà publiées de Robertson ont par la suite été conservées électroniquement et mises à la disposition du public contre honoraire par l'entremise de divers médias électroniques tels le CD-ROM et les bases de données Internet²⁴. Le *Globe* a conclu une entente par lettre avec l'éditeur Robertson, McClelland & Stewart, en août 1995 à l'égard de l'utilisation unique

18. La distinction entre une concession de licence et une cession « n'est pas toujours aussi claire et nette » ; la licence exclusive de l'ensemble des droits devant demeurer valide jusqu'à l'expiration des droits revient à une cession, si bien que « c'est moins le nom qu'on donne au contrat que l'effet de la transaction elle-même qui détermine s'il s'agit d'une cession ou d'une concession de licence. » H Pearson et C Miller *Commercial Exploitation of Intellectual Property* (Londres, Blackstone Press, 1990) 344.

19. LDA, paragraphe 13(4) ; articles correspondants du UK Copyright, Design and Patents Act (CDPA) 1988 c. 48 a. 92(1).

20. D. Vaver, *Copyright Law* (Toronto, Irwin Law, 2000) 238.

21. Pearson et Miller, *supra*, note 18, p. 343.

22. LDA, a. 14.1(2) ; articles correspondants, CDPA a. 94-5.

23. *Robertson*, *supra* note 10.

24. *Robertson*, *supra*, notes 1 et 10.

de ses œuvres contre cachet, entente qui ne mentionnait pas les droits électroniques. En février 1996, le *Globe* a passé des ententes écrites avec plusieurs pigistes, ententes que la compagnie a révisées en décembre 1996 pour en étendre la clause relative aux droits électroniques, qui se lit :

[...] pour l'inclusion perpétuelle dans les bases de données et autres médias de stockage (électroniques ou autres) internes et disponibles dans le commerce du *Globe* et de ses cessionnaires et produits (électroniques ou autres) dérivés.²⁵

Tout d'abord, la cause portait sur deux questions principales : 1) celle de savoir si la reproduction électronique viole les droits de l'auteur individuel du titulaire ou si une telle reproduction subsiste dans les droits de l'auteur collectif et, autrement, 2) même si le *Globe* pouvait avoir violé le droit d'auteur de la demanderesse, la question de savoir si le *Globe* pouvait fonder sa défense sur la présence d'une licence implicite ou d'une condition implicite²⁶.

3.2 Le transfert du droit d'auteur par voie de conditions implicites et de licence implicite

Le juge des requêtes a statué que les éditeurs avaient violé le droit d'auteur des pigistes étant donné que les reproductions constituaient des copies des œuvres des pigistes. Le tribunal a trouvé la question des licences comme fortement problématique et a donc rejeté la demande de jugement sommaire vu qu'il y avait décidément matière à procès.

Bien que le juge des requêtes n'ait pas statué sur la transmission du droit d'auteur, il a consacré un certain temps à l'articulation de sa position sur la question. Le paragraphe 13(4) de la *Loi sur le droit d'auteur* du Canada est considéré comme s'appliquant à la fois aux cessions et aux licences de propriétaire et stipule que ces dernières peuvent être accordées en totalité ou en partie, mais qu'elles doivent être rédigées par écrit²⁷. Il est clair qu'une simple licence qui

25. *Robertson, supra*, note 10, p. 22.

26. *Ibid.*, 2 ; dans *Tasini, supra*, note 3 ; contre *Robertson, Tasini* a débattu la force de loi de la violation du droit d'auteur dans l'alternative. Appel *Robertson*, aux paragraphes 1 à 3. Le débat sur ces enjeux a été repris devant la Cour suprême le 6 décembre 2005.

27. *Ibid.*, paragraphes 13(4) et 13(7) sur les cessions et les licences de propriétaire respectivement ; l'a. 13(4) s'applique également aux licences de propriétaire, mais non aux licences non exclusives ou implicites ; J.S. McKeown, *Fox Canadian Law of Copyright and Industrial Designs* (Scarborough : Carswell, 2000, 3^e édition).

n'accorde pas de participation au droit d'auteur n'a pas à être rédigée par écrit²⁸. Dans *Robertson*, le *Globe* a prétendu qu'il avait une licence, soit par le truchement de conditions implicites au contrat, soit par le truchement d'une licence implicite²⁹. Le *Globe* a soutenu que lui revenait le « droit perpétuel de reproduire à travers le monde les articles rédigés par la demanderesse par le biais de bases de données électroniques par Internet »³⁰. En réplique, la pigiste a soutenu qu'une telle concession suggérait « une cession ou concession de licence qui revenait à la cession d'un *intérêt patrimonial* dans le droit d'auteur du pigiste »³¹. En conséquence, la pigiste demanderesse a prétendu que le défendeur doit se conformer au paragraphe 13(4) de la LDA pour que la licence soit valide. Le tribunal a néanmoins statué que la licence n'avait pas à être rédigée par écrit parce qu'elle n'effectuait pas de transfert d'intérêt patrimonial. La licence du *Globe* était « sans doute non exclusive » du fait que la pigiste « conserve le droit de publier et de revendre l'œuvre individuelle »³².

Bien que le tribunal n'ait pas été à même de conférer au défendeur l'intérêt patrimonial qu'il cherchait à obtenir dans le droit d'auteur, le tribunal a laissé ouverte la question de savoir s'il existait effectivement une licence entre les parties et, plus précisément, de quel type de licence il s'agissait. Le jugement, par exemple, n'a pas exclu la possibilité que la défenderesse puisse avoir droit à une licence à l'égard de nouvelles utilisations électroniques des œuvres. La preuve contradictoire relative à la licence n'a pas permis au tribunal d'émettre un jugement et, conséquemment, le tribunal a évité de rendre un jugement définitif.

Le tribunal a été saisi de preuves considérables à l'égard des nouvelles pratiques de publication électronique du *Globe*. Le tribu-

28. Vaver (n° 18) 243 ; McKeown, *ibid.*, 388, mais un contrat verbal accordant une participation au droit d'auteur pourrait être valide en *equity* là où 1) les ententes sont sur le point d'être conclues et où 2) les intentions des parties sont claires ; voir B. St-Sauveur et L.A. Vincent, « The *Turgeon*, Case Law or Not So Traditional Issues of Assignment », (2004) 17 IPJ 288, 291, discutant *Michaud c. Turgeon*, (2003) CarswellQue 1553 (C.A. Qué) où le tribunal a sous-entendu une cession ; voir aussi *Allen v. Toronto Star Newspapers Ltd.*, (1997) 142 DLR (4th) 518. Bien qu'« il semble que la cession de droits d'auteur futurs ne fonctionne que lorsque l'entente inclut une contrepartie de valeur... » L Bently and B Sherman *Intellectual Property Law* (2^e éd. OUP Oxford 2004) 253. Et, comme le soutient D'Agostino (note 1), les principes de justice et d'équité peuvent effectivement favoriser les réclamations d'un pigiste.

29. L'argumentation de la défense du *Globe* incluait le consentement, l'acquiescement, la période de limitation applicable et les loquets ; *Robertson*, *supra*, note 10, p. 135.

30. *Ibid.*, 168.

31. *Ibid.*, 169 [les italiques sont nôtres].

32. *Ibid.*, 77.

nal a noté que les pigistes étaient possiblement au courant de l'existence de la base de données, InfoGlobeOnline, qui contient des versions en ligne d'articles de pigistes depuis bien avant 1996³³. Le tribunal suggère que, en 1996, le *Globe* n'a fait que codifier la pratique existante de publier électroniquement les œuvres des pigistes dans le cadre de son nouveau contrat type. Le tribunal stipule donc que si les pigistes veulent restreindre leurs droits, ils doivent le faire expressément³⁴. Mais là encore, la nature de la preuve contradictoire (vu que les pigistes ont témoigné qu'ils n'accordaient que des droits pour une seule impression) a empêché le tribunal d'émettre un jugement déterminant.

Le juge Cumming a suggéré que, vu la complexité, l'incertitude et l'importance de l'enjeu du droit d'auteur dans *Robertson*, le *Globe* aurait pu établir des contrats explicites avec ses pigistes dès la mise en place de sa base de données électroniques en 1977³⁵. En fait, en guise d'opinion incidente, le tribunal a considéré comme inusité le fait que le *Globe* n'ait pas de contrats à l'égard de ses supposés droits électroniques puisqu'il soutenait qu'il jouissait d'une simple licence implicite alors que ce qu'il désirait se voir reconnaître était un intérêt patrimonial. Cette omission a été considérée étrange étant donné que la pratique du *Globe* était de n'accepter que des articles de pigistes pouvant se diffuser par voie électronique³⁶ et que, comme géant des médias, il était dans la meilleure posture possible pour s'assurer les droits électroniques par contrat. Il est donc ironique que le *Globe* se soit fondé sur l'usage et la pratique pour valider son activité électronique commerciale, mais qu'il ait négligé la pratique de codifier convenablement ce nouvel usage. Certains spécialistes mettent en cause l'importance que les éditeurs accordent à l'usage pour la bonne raison qu'un tel « prétendu usage est unilatéral » et ne se traduit pas logiquement par un paiement fait au pigiste ou par la reconnaissance du fait qu'il ne participe pas à l'établissement de l'usage³⁷. On pourrait sans doute dire que le *Globe* prétendait simplement qu'il avait droit à toutes les utilisations futures des œuvres imprimées de ses pigistes *gratuitement*.

33. *Ibid.*, 160.

34. « Un pigiste qui sait à quels usages une œuvre est destinée et qui n'exprime aucune limitation peut sans doute être réputé permettre implicitement à l'éditeur à se servir de ses œuvres dans le cadre de ces utilisations envisagées. » *Ibid.*, 164-5.

35. *Ibid.*, 23.

36. *Ibid.*, 23-4.

37. Gordon, *supra*, note 16, p. 495.

3.3 Robertson en appel : moins de clarté sur la licence implicite

La Cour d'appel de l'Ontario a rejeté l'appel incident du *Globe* sur la question de la violation du droit d'auteur. De plus, la cour a rejeté l'appel de Robertson sur la question de la licence implicite. La Cour d'appel a statué que Robertson avait accordé au *Globe* une licence verbale valide : celle-ci n'entraînait aucun transfert de propriété et n'avait donc pas à être rédigée par écrit. Le tribunal n'a toutefois pas clarifié la portée globale de la licence du *Globe*. Il a soutenu que, puisque Robertson admettait avoir permis au *Globe* de publier ses articles en version imprimée et de les archiver sur microfiche et microfilm, le *Globe* « disposait d'une licence verbale valide *au moins* à ces fins. »³⁸. Malgré que Robertson ait continué d'affirmer qu'elle s'opposait à l'idée d'avoir en même temps concédé par licence ses droits liés aux bases de données, la question de savoir si la licence verbale s'étend à ce nouveau médium reste incertaine.

Conséquemment, la Cour d'appel, qui était pourtant dans une posture idéale pour clarifier les questions de licence, est demeurée muette à ce sujet. On s'attendait à ce que *Robertson* produise un jugement déterminant sur la question de la licence implicite à base d'argumentation fondée sur l'acquiescement³⁹. Au lieu de cela, le tribunal a continué de se pencher sur la description des différences entre les médias sur la question de la violation du droit d'auteur (même s'il prétendait ne pas reprendre l'approche américaine)⁴⁰.

En formulant les enjeux, la Cour d'appel a appliqué dans une certaine mesure la logique américaine de *Tasini v. New York Times* bien qu'elle ait prétendu ne pas le faire, et elle a statué que le juge des requêtes avait erré pour cette même raison⁴¹. Dans l'affaire *Tasini*, six pigistes ont engagé des poursuites contre trois éditeurs d'imprimés, *The New York Times* (NYT), *Newsday* et *Time Inc.* Le litige portait sur 21 articles rédigés entre 1990 et 1993 dont les pigistes avaient enregistré le droit d'auteur. Les éditeurs avaient enregistré des droits d'auteur collectifs pour chaque édition ou numéros

38. *Robertson CA supra*, note 1, par. 96 [les italiques sont nôtres].

39. W. Matheson, avocat de Robertson, interview par téléphone (18 juillet 2002).

40. Pour l'argumentation voulant que le Canada ait suivi une démarche américaine sans l'avouer, voir G. D'Agostino, « Should Freelancers Keep their Copyrights in the Digital Era ? » (2004), 8-4 *Copyright & Media Newsletter* 6 ; voir G. D'Agostino, « Copyright Treatment of Freelance Work in the Digital Era » (2002), 19 *Santa Clara Computer and High Technology LJ* 37, pour une discussion détaillée des différences entre les médias.

41. *Tasini, supra*, note 3, interprétant le *Copyright Act* 1976 17 USC.

dans lesquels les articles avaient paru à l'origine. Ils avaient engagé les auteurs à titre d'entrepreneurs indépendants dans le cadre de contrats verbaux qui n'envisageaient pas la publication électronique. En vertu d'accords de licence distincts avec des entreprises de CÉDÉROM et de bases de données, et sans le consentement de leurs pigistes, les éditeurs avaient permis que des copies des articles de leurs pigistes figurent dans des médias électroniques. Par un vote de 7 contre 2 qui confirmait une décision de cour de deuxième circuit, la Cour suprême des États-Unis a statué que l'alinéa 201(c) du *US Copyright Act* n'autorise pas les éditeurs à reproduire une œuvre en tant qu'élément distinct⁴². Ils ne peuvent reproduire les œuvres qu'en contexte dans le cadre d'une « révision » ou de l'œuvre collective. Statuer autrement reviendrait à « réduire » les « droits exclusifs » des auteurs sur les articles⁴³. Chose importante, la majorité et la dissidence ont négligé de se pencher sur la question de savoir si le privilège de l'alinéa 201(c) était transférable à des tiers⁴⁴.

La Cour suprême américaine s'est principalement penchée sur les différences entre les médias imprimés et électroniques et n'a pas abordé les enjeux de licence qui avaient été débattus devant les tribunaux inférieurs, où *Newsday* n'avait pas eu gain de cause en invoquant les bordereaux de chèques qui autorisaient le magazine à inclure les articles des demandeurs dans des « archives électroniques ». *Time* a connu le même sort en invoquant le « droit de première édition » assuré dans son contrat écrit avec un des demandeurs (le seul contrat écrit de la cause *Tasini*)⁴⁵.

La Cour d'appel, dans *Robertson*, s'est fondée sur la doctrine de la similitude substantielle pour présenter une approche « faite au Canada », mais elle l'a fait en se concentrant sur les différences entre les médias et ce, plus ou moins comme on l'avait fait aux États-Unis. Par exemple, la discussion sur la violation du droit d'auteur s'est déroulée en fonction des divers types de médias utilisés pour recycler les œuvres des pigistes. Concernant les bases de données du *Globe* qui reproduisent les œuvres des pigistes, InfoGlobeOnline, le tribu-

42. *Ibid.*, 487 ; 2384–85.

43. *Ibid.*, 498 ; 2390.

44. *Ibid.*, note en bas de page 4, 511 ; 2396 ; voir alinéa 201(d) du USCA. N'est pas discutée l'application de l'alinéa 103(b) du USCA stipulant également une distinction entre le droit d'auteur inhérent à une œuvre collective et le droit d'auteur inhérent aux collaborations indépendantes.

45. *Tasini c. New York Times Co* 972 F Supp 804 (NYSD Ct 1997) (*Tasini Dt*) soldée par un jugement sommaire en faveur des éditeurs défendeurs *Tasini c. New York Times Co* 981 F Supp 841 (NYSD Ct 2001), refusant une requête de révision des auteurs.

nal a effectué une comparaison entre la base de données et le journal et a conclu que, bien que plus de 50 % de ce qui paraissait dans l'édition quotidienne du journal était transféré dans la base de données, on ne pouvait parler de partie substantielle étant donné que les aspects qualitatifs du journal n'étaient pas préservés. Aux yeux du tribunal, le *Globe* était une « œuvre collective fragmentaire, submergée, engloutie et perdue. »⁴⁶. Dans *Tasini*, cette analyse a été formulée comme une question de « révision » et, au Canada, comme une question de similitude substantielle.

On pourrait expliquer la raison pour laquelle la Cour d'appel a exprimé son désaccord avec le juge des requêtes et a pu éviter d'être perçue comme adoptant l'approche américaine en songeant que, d'après le tribunal, le *US Copyright Act* favorise davantage l'auteur et, de ce fait, il est moins équilibré. Tel que décrit par la Cour d'appel, l'alinéa 201(c) est un règlement favorable à l'auteur qui confère à l'éditeur le privilège de reproduire les articles des pigistes, et il se distingue donc de la LDA, qui prétend être « neutre »⁴⁷. Aux yeux de la Cour d'appel, « la Loi canadienne établit un équilibre plus égal entre la possession du droit d'auteur par le journaliste-pigiste à l'égard de son œuvre originale et le droit d'auteur du journal à l'égard de sa compilation ou de son œuvre collective »⁴⁸. La loi sur le droit d'auteur américaine n'est pas équilibrée parce que le « privilège » de l'éditeur est moins étendu que les « droits » de l'auteur pigiste⁴⁹. Les motifs de la décision sous-entendent que le pigiste et l'éditeur devraient jouir des mêmes droits légaux et devraient être considérés égaux *aux termes* de la loi.

Pour étayer son appui au cadre juridique « mieux équilibré » du Canada, la Cour d'appel a cité, avec approbation, la cause *CCH Canadienne Ltée c. le Barreau du Haut-Canada*, dans laquelle on a conclu que la norme américaine face à la créativité était trop élevée : « l'exigence de l'exercice d'habileté et de jugement assure que l'intérêt qu'a le public à accéder à l'information est respecté et que les auteurs ne sont pas surcompensés pour leurs œuvres »⁵⁰. On ne voit pas très bien comment le fait de compenser les auteurs pour leurs œuvres pourrait constituer une surcompensation ou se solder par un accès réduit du public à leurs œuvres. Rémunérer l'auteur n'équi-

46. *Robertson CA supra*, note 1, par. 80-81.

47. *Ibid.*, par. 54-55.

48. *Ibid.*, par. 57.

49. *Ibid.*

50. *Ibid.*, par. 56 citant *CCH Canadienne Ltée c. Barreau du Haut-Canada*, [2004] 1 RCS 339 par. 23.

vaut pas à refuser l'accès. Ce qui peut équivaloir au refus de l'accès aux œuvres est plutôt l'insuffisance de la rémunération de l'auteur à l'égard de ses œuvres⁵¹ ou sa mise sur la liste noire par l'éditeur lorsqu'il refuse d'accepter ses conditions à prendre ou à laisser⁵². De plus, on souscrit à l'hypothèse que les auteurs, dans *Tasini*, étaient surcompensés étant donné que, selon la Cour d'appel, les États-Unis adoptent une démarche moins équilibrée. Or, rien n'est moins vrai⁵³. On doit se demander si le fait que le tribunal considère la LDA comme étant plus « neutre » ne revient pas à laisser les éditeurs libres de contracter et de continuer d'exploiter les œuvres et d'en récolter les fruits à leur guise. Le problème, à cet égard, est que le tribunal ne reconnaît pas le déséquilibre qui persiste entre le pouvoir de l'auteur et celui de l'éditeur et, partant, le caractère aveugle de la neutralité de la loi.

À la décharge de la Cour suprême américaine, celle-ci a interprété d'une manière calculée la législation en analysant le sens juridique de l'alinéa 201(c) dans l'éclairage de son historique. Alors que le droit d'auteur lié à la contribution initiale est investi dans l'auteur, le droit d'auteur lié à l'œuvre collective est investi dans l'auteur collectif ou la compagnie qui publie le journal, et il ne s'étend qu'au matériel de création qui lui est fourni et non au « matériel préexistant employé dans l'œuvre »⁵⁴. Le tribunal américain a expliqué que, avant la révision du *US Copyright Act* en 1976, les auteurs risquaient de perdre leurs droits lorsqu'ils plaçaient un article dans une œuvre collective vu que « les éditeurs, profitant de la supériorité de leur pouvoir de négociation par rapport à celui des auteurs, refusaient d'imprimer des avis à l'égard de chaque collaborateur... »⁵⁵. Le tribunal a déclaré que le Congrès cherchait à « clarifier et améliorer [cette] situation juridique confuse et souvent injuste face aux droits

51. Voir *supra*, note 14, où Diamond explique le cas de Nancy Lyon, auteur du *Montreal Gazette* qui a cessé de rédiger sa chronique populaire afin de ne plus se faire exploiter par ses éditeurs. Dans ce cas, le public était privé de l'accès à ses œuvres.

52. Suite à la décision de la Cour suprême, *The New York Times* a adopté une nouvelle politique voulant que ne soient plus acceptées que les œuvres de pigistes dont les auteurs renonceraient expressément à l'ensemble de leur droit d'auteur. De plus, l'éditeur a mis sur la liste noire les plaignants de *Tasini* en les empêchant à jamais de republier chez lui. M Williams, « Memo to News Executives re Tasini Plaintiffs » (18 sept. 2001) <www.nwu.org> faisant allusion à *Tasini v. New York Times* 533 US 483, 121 S Ct 2381 (2001).

53. Suite à *Tasini*, les pigistes ont été forcés de renoncer à une rémunération ; A Naini, « Copyright Protection for Freelance Authors », (2002) 17 *Berkeley Technology LJ* 19.

54. *Copyright Act* 1976 17 USC alinéa 103(b).

55. *Tasini*, *supra*, note 3, 495 ; 2388.

inhérents aux collaborations »⁵⁶. À cet égard, le tribunal suggère que le Congrès visait à apporter un remède au déséquilibre historique entre l'auteur et l'éditeur⁵⁷. Bien que la restauration de l'équilibre dans le cadre de la LDA soit une question de nature législative et implique certainement la coopération des parties prenantes du droit d'auteur, il est nuisible que les tribunaux canadiens ferment les yeux sur la réalité de l'inégalité qui existe entre les auteurs et les éditeurs dans les contrats. La résistance de la Cour d'appel à être associée à la démarche américaine peut manifester un parti pris contre les auteurs.

4. Il n'en a pas toujours été ainsi : leçon d'histoire sur l'équilibre à établir entre les intérêts de l'auteur et de l'éditeur

Au 19^e siècle, longtemps avant la promulgation de la loi au Canada, l'assemblée législative et l'ordre judiciaire étaient conscients des disparités qui existaient entre les auteurs et les éditeurs : sous ses anciennes formes, la réglementation en matière de droit d'auteur était de loin plus explicite et les causes étaient plaidées selon des méthodes d'interprétation restrictive des contrats. Ensemble, les tribunaux et l'assemblée législative cherchaient à empêcher les éditeurs d'acquiescer les droits des auteurs en bloc.

Conformément au *Copyright Act* (R.-U.) de 1842, même si les auteurs d'œuvres collectives ne conservaient pas le contrôle entier de leurs œuvres, ils obtenaient 1) un paiement garanti, 2) le droit de s'opposer à des utilisations ultérieures de leurs œuvres, 3) la réversion du droit d'auteur dans les 28 années (parallèle au droit d'auteur du propriétaire) et 4) la possibilité de publier leur propre œuvre moyennant négociation⁵⁸. Certaines restrictions utiles empêchaient donc le titulaire du droit d'auteur collectif d'agir à sa guise.

Les implications de la relation entre auteur et éditeur et la question de la possession des œuvres individuelles des auteurs ont

56. *Ibid.*, citant HR Rep No 94-1476, 122 (1976) US Code Congress & Admin News 1976, 5696, 5738.

57. Malgré tout, après *Tasini*, la décision ne s'est pas soldée par une victoire importante des auteurs au plan pratique du fait que les éditeurs ont entrepris de prendre leurs affaires en mains en mettant leurs auteurs sur la liste noire. Par exemple, voir la note 52, plus haut, concernant les listes noires ; discuté en plus de détails dans D'Agostino, *supra*, note 14, 187-8.

58. 5 & 6 Vict c. 45 (« the 1842 Act »). Le projet de loi a reçu l'assentiment royal le 1^{er} juillet 1842 ; (1842) 64 Hansard Parl Debates 858.

été clarifiées dans *Hall-Brown c. Iliffe & Sons Ltd.*⁵⁹. Cette cause se rapportait à une « auteure » bien connue, un auteur pigiste de magazine, qui a passé plusieurs mois à discuter avec son éditeur du style et de la nature de certains comptes rendus de voyage publiés en feuilleton. Bien que l'éditeur ait dicté certaines exigences stylistiques auxquelles l'auteur devait se conformer, aucune entente expresse n'a été conclue quant à des conditions comme les cachets et la date de publication. L'éditeur a néanmoins reproduit une des œuvres en tant qu'élément distinct dans son magazine. L'auteur a demandé une ordonnance pour empêcher la publication de son œuvre pour la bonne raison qu'on avait songé à une série d'articles à l'origine et que la publication autonome de l'article, à son avis, ne ferait pas honneur à sa réputation. Aucune disposition de droit d'auteur n'avait été invoquée, selon le jugement. L'éditeur évoquait le consentement de l'auteur, lequel était soit exprès, soit implicite en vertu de l'usage commercial. Statuant en faveur de l'auteur, le tribunal a conclu 1) qu'il n'y avait pas eu consensus en raison de l'insuffisance des conditions, le consensus n'était « jamais *ad idem* », et 2) que l'usage ne pouvait pas s'appliquer là où « la publication de l'article ou de l'œuvre soumise [avait] fait l'objet d'une discussion et de négociation entre les parties et qu'aucun résultat défini [n'avait] été réalisé »⁶⁰.

Hall-Brown a confirmé que seules des conditions expresses pouvaient exprimer un consensus. Deuxièmement, puisqu'on ne s'était entendu sur aucune condition expresse (elles étaient en suspens), l'éditeur ne pouvait pas s'arroger de conditions en sa faveur. L'usage existant voulait que lorsqu'un article était soumis sans discussion de conditions, il s'ensuivait que l'éditeur avait le droit de le publier sans autre autorisation de l'auteur. Le cachet était payé selon le barème normalement respecté par ce magazine en particulier pour des collaborations semblables. Or, dans cette cause, la méthode de publication et le cachet de l'auteur avaient été discutés, mais aucune entente n'était encore intervenue, si bien qu'il n'y avait pas consensus sur les conditions. La cause ne permettait pas de croire que l'éditeur aurait pu attribuer à l'usage commercial la moindre nouvelle condition comme, par exemple, l'utilisation de l'œuvre dans divers médias. La teneur du jugement est que même si l'auteur avait initié la discussion de telles conditions, en l'absence d'une entente, il fallait présumer que l'auteur n'avait consenti à aucune licence permettant ces nouvelles formes ou utilisations d'œuvres.

59. (1910-1935) MacGCC 88 (ChD ; 20 déc. 1929) (« *Hall-Brown* »).

60. *Ibid.*, 99-100.

Un thème important ressort de ces anciennes causes : les contrats de droit d'auteur, et même les cessions en bloc, doivent être très spécifiques pour être exécutoires⁶¹. Dans chaque cause, les tribunaux ont adopté une interprétation restrictive des contrats et répugnaient souvent à désavantager l'auteur. Les jugements s'inspiraient de la décision majeure *Stevens c. Benning*⁶², qui a établi le critère permettant de déterminer la différence entre une cession et une licence implicite. Dans cette cause, un avocat avait consenti à ce qu'une de ses œuvres bien connues soit publiée par la firme Saunders & Benning et, de temps à autre, il avait consenti à réviser l'œuvre pour des éditions ultérieures. Sur la question de savoir si l'entente incluait une cession du droit d'auteur, Lord Hatherley a affirmé que :

Il ne fait aucun doute que si un auteur, en contrepartie d'une somme d'argent, reconnaît à certaines personnes le pouvoir exclusif d'imprimer, réimprimer et publier une certaine œuvre à perpétuité, cela entraînerait l'abandon du droit d'auteur ; mais si l'entente veut que l'éditeur, assujéti à certaines conditions de sa part, jouisse du droit d'imprimer et de publier le livre dans la mesure où il se conforme à ces conditions, il s'agit alors d'une entente bien différente.⁶³

Conséquemment, si « certaines conditions » étaient imposées entre les parties, cette « entente bien différente » était une licence implicite et non une cession.

Une différence a été établie entre la licence relative à la publication et les cessions entières ou partielles du droit d'auteur. Un des critères portait sur la question de savoir si le cédant avait manifesté une confiance en l'habilité et la réputation personnelle du titulaire.⁶⁴ Dans *Hole v. Bradbury*⁶⁵, où une concession du « droit exclusif d'imprimer et de publier » avait été interprétée comme constituant une licence, le tribunal a conclu que l'auteur avait eu confiance qu'il serait rémunéré⁶⁶. Chose significative, le fardeau de la preuve repo-

61. L'opinion voulant que les droits doivent être exprès est conforme au commentaire légal de l'époque ; voir WA Copinger, *The Law of Copyright* (London, Stevens and Haynes, 1870) 248-66, où on trouve un chapitre entier (ch. XIX) consacré aux « Auteurs et Éditeurs ».

62. (1855) 1 K & J 168 (« *Stevens* »).

63. *Ibid.*

64. EJ MacGillivray, *The Copyright Act 1911 Annotated* (London, Stevens & Sons, 1912), 63.

65. (1879) LR 12 886 (ChD)(Fry J).

66. *Ibid.*, 894 ; l'attribution d'une cession aurait été « déraisonnable » parce que l'éditeur aurait eu l'option de publier ou de ne pas le faire, laissant ainsi l'auteur sans rémunération.

sait sur la partie qui tenait à faire valoir qu'il y avait eu cession⁶⁷. De plus, le jugement concluait qu'une licence était révocable à première vue lorsque certaines conditions n'étaient pas en place. Par exemple, le titulaire d'une licence pour la reproduction d'une photographie dans un journal illustré ne pouvait pas prétendre jouir d'un droit acquis lui permettant de reproduire la photographie une seconde fois dans une édition subséquente de son journal simplement parce qu'il avait fait une plaque de la photographie qu'il pouvait utiliser pour sa reproduction⁶⁸. Une licence concédée sans conditions expresses de durée ou de portée devait donc être considérée comme une licence à discrétion qui pouvait [être] révoquée à tout moment. »⁶⁹.

5. Une approche interprétative restrictive : précédents comparatifs concernant la licence implicite

En plus des preuves historiques indiquant que les tribunaux et assemblées législatives favorisaient souvent l'auteur afin d'établir un cadre du droit d'auteur plus équilibré, les précédents actuels, au Royaume-Uni, permettent de continuer d'adopter la même attitude restrictive dans l'interprétation des contrats de droit d'auteur. À mesure que la technologie progresse, l'industrie de la musique doit aborder la question difficile de la manière d'interpréter les droits sur les nouvelles utilisations. Dans une cause importante plaidée au Royaume-Uni, *Robin Ray c. Classic FM plc*⁷⁰, le tribunal de première instance s'est fondé sur des principes généraux de construction en matière de contrat pour décerner la présence d'une condition implicite dans un contrat de consultation entre un entrepreneur et son client, la station de radio Classic FM. La station avait engagé l'entrepreneur pour assembler un palmarès de chansons compilé dans une base de données. Le litige s'est déclaré lorsque la station de radio a fait des copies de la base de données et a offert ces copies sous licence à des stations de radio étrangères. Le droit de la station de radio de faire des copies et d'utiliser la banque de données aux fins de la radiodiffusion au Royaume-Uni même n'était toutefois pas en cause, les conditions afférentes ayant été établies comme clauses d'introduction. Le tribunal de première instance s'est penché sur l'intention du contrat écrit et a conclu que le défendeur avait le droit

67. *Ibid.*

68. *Bowden Bros v. Amalgamated Pictorials Ltd.*, [1911] 1 Ch. 386.

69. MacGillivray 1912, *supra*, note 64, p. 65.

70. *Ray*, *supra*, note 12.

d'utiliser la liste d'écoute pour un « avenir indéterminé à cette fin et à cette fin uniquement », soit la radiodiffusion au Royaume-Uni⁷¹.

Ray a indiqué que c'était sur le titulaire que reposait le fardeau de la preuve de son droit au droit d'auteur et a conclu que le cédant conservait son droit d'auteur faute d'une condition expresse⁷². Pour qu'une condition implicite soit reconnue, elle doit être, *inter alia* : 1) raisonnable et équitable, 2) nécessaire à l'efficacité commerciale du contrat, de sorte qu'il n'est pas nécessaire de sous-entendre une condition implicite lorsque le contrat est efficace autrement, et 3) tellement évidente qu'elle « va sans dire »⁷³. Ce qui est encore plus important, c'est que le dégageant de conditions implicites est « potentiellement tellement intrusif que la loi impose de strictes restrictions à l'exercice de ce pouvoir extraordinaire »⁷⁴.

La cause *Ray* pourrait être invoquée pour limiter la portée de la licence implicite en faveur de l'auteur. Tout d'abord, le tribunal a adopté une approche interprétative restrictive face aux licences ambiguës. Deuxièmement, de la même manière que le tribunal a conclu qu'il était inacceptable de considérer que la licence permettait à la station de radio de mettre des copies de sa base de données à la disposition de tiers sous licence, il pourrait être tout aussi inapproprié de mettre des articles à la disposition, sous licence, de bases de données de tiers auxquelles on peut avoir accès dans le monde entier. Comme dans le cas du demandeur, c'est-à-dire l'entrepreneur qui n'autorisait pas l'exploitation de ses œuvres au-delà de la portée d'émission de la station de radio, les pigistes n'autorisent pas la diffusion de leurs articles au-delà de la portée de leurs publications imprimées (à tout le moins sans avis ni paiement). En effet, même si les éditeurs peuvent jouir de droits indéterminés à l'égard des articles, ils ne peuvent les exploiter en dehors du territoire implicitement établi. Une publication Internet serait donc une violation de cette restriction territoriale. Pourtant, le fait que le concept du territoire applicable ait été codifié dans le cadre d'une narration constitue une différence notable par rapport aux anciennes ententes verbales des pigistes, qui n'envisageaient typiquement pas l'aire géographique de l'utilisation, et par rapport aux contrats actuels des pigistes, qui limitent au monde entier le territoire applicable. Par-dessus tout, compte tenu de l'approche restrictive du tribunal, *Ray* pourrait appuyer une interprétation favorable des licences implicites.

71. *Ibid.*, 510.

72. *Ibid.*, 507.

73. *Ibid.*

74. *Ibid.*



On retrouve la même interprétation dans les causes plaidées en Europe continentale en matière de collaborations à la pige. Ainsi, en France, en Allemagne et aux Pays-Bas, les tribunaux adoptent la règle de l'intention de la concession⁷⁵. Cette règle veut que lorsque les conditions du contrat n'identifient pas spécifiquement les utilisations à l'égard desquelles les droits sont accordés, l'auteur est réputé ne pas avoir concédé plus de droits qu'il n'en faut aux fins du contrat. En Belgique, il faut identifier et la portée de la concession et les moyens d'exploitation et les interpréter étroitement en faveur de l'auteur⁷⁶. Dans de telles causes, les tribunaux appliquent des dispositions expresses gouvernant les clauses de nouvelles utilisations pour favoriser l'auteur. En raison de ces dispositions, divers outils d'interprétation unifiée aident les tribunaux.

6. L'avenir de la réforme du droit d'auteur : vers l'équilibre

La Cour suprême du Canada sera dans une posture unique pour régler les questions d'ordre juridique liées au recyclage d'œuvres existantes dans de nouveaux médias. Le jugement sur ces questions abordera sans doute les principes de politique publique visant l'équilibre du droit d'auteur.

Le présent article soutient que les tribunaux inférieurs, dans *Robertson*, ne sont pas parvenus à s'attaquer au problème sous-jacent qui existe entre l'auteur et l'éditeur et, en bout de ligne, à clarifier un problème qui s'éternise. Et ce problème n'afflige pas uniquement l'industrie de l'édition : il s'étend à tous les autres secteurs du droit d'auteur. En Europe continentale, en raison d'une variété de dispositions expresses gouvernant les clauses ambiguës relatives aux nouvelles utilisations, divers outils d'interprétation unifiant sont disponibles. Ces principes en soutien d'une approche interprétative restrictive se retrouvent historiquement et, présentement, dans les précédents relatifs à la licence implicite. En fonction de ce cadre

75. Ex. *Freelens* (5 juillet 2001) No I ZR 311/98 Cour suprême fédérale (Bundesgerichtshof) traduction à (2003), 34 IIC 227, 229 ; en France, le Code de la Propriété Intellectuelle No 92-587 du 1^{er} juillet 1992, conforme à la dernière modification par l'ordre 2001-670 du 25 juillet 2001, stipule que les modes d'exploitation doivent être expressément déclinés.

76. *General Association of Professional Journalists c. Central Station*, [1988] ECC 40 (Haute Cour de Bruxelles) ; voir L Guibault et B Hugenholtz, *Study on the Conditions Applicable to Contracts Relating to Intellectual Property In the European Union-Final Report* (Institut du droit de l'information, Université d'Amsterdam, mai 2002) pour un examen complet de la législation européenne en matière de contrats de droit d'auteur.

existant et d'objectifs de politique notables en faveur de l'équilibre, les tribunaux feraient bien d'adopter une interprétation restrictive dans l'interprétation des clauses relatives aux nouvelles utilisations.

Il ne suffit toujours pas que les pigistes et les éditeurs invoquent les règles de base du transfert du droit d'auteur, qui se contentent de déclarer que les cessions et les licences exclusives doivent être signées et rédigées par écrit. Bien qu'elle constitue une mesure de protection nécessaire, la documentation écrite des transferts en bloc ne protège pas adéquatement l'auteur. Avec la technologie numérique, les nouveaux moyens d'exploitation et le renouvellement des ambiguïtés qui s'ensuit dans les clauses relatives aux nouvelles utilisations, les dispositions ne guident pas adéquatement les parties dans le processus qui va de la formation du contrat à son interprétation judiciaire. Ce qui est cédé ou concédé par licence reste matière à négociation et la partie la plus faible, soit le pigiste, sera rarement en mesure de négocier des conditions favorables. Conséquemment, le pigiste perdra invariablement le contrôle de l'exploitation (et les gains afférents) de ses œuvres et une loi plus équilibrée est nécessaire pour résoudre cet enjeu.

La réforme du droit d'auteur est en cours au Canada et les créateurs de politiques doivent aborder des questions de plus en plus complexes⁷⁷. Le gouvernement du Canada a pris note des diverses questions liées à la titularité des œuvres des pigistes reproduites dans les nouveaux médias dans son Rapport sur l'article 92⁷⁸. De plus, cet enjeu ne faisait pas partie des priorités à court, moyen ou long terme de la réforme sur le droit d'auteur. En tenant compte de l'augmentation des développements technologiques, des jugements rendus et des pratiques de l'industrie entre pigistes et éditeurs, on se demande si le gouvernement ne devrait pas considérer l'ajout de nouvelles priorités dans son mandat. En effet, certains pays, plus particulièrement ceux de l'Europe continentale, ont déjà étudié et identifié ces enjeux⁷⁹. Il n'y a pas de réponses faciles. Aujourd'hui, la

77. *Stimuler la culture et l'innovation* (Gouvernement du Canada, octobre 2002), aussi connu sous le titre de « Rapport sur l'article 92 », décrit les diverses étapes de la réforme à court, moyen et long terme visant à moderniser la *Loi sur le droit d'auteur*. Le projet de loi C-60, Loi modifiant la Loi sur le droit d'auteur, 1^{ère} session, 38^e législature, 2005, a été présenté à la Chambre des communes le 20 juin 2005 pour aborder plusieurs des enjeux à court terme. Le projet de loi est mort au feuillet le 29 novembre 2005.

78. *Ibid.*, p. 17.

79. Voir la législation continentale citée au n^o 75 ; voir l'étude Guibault et Hugenholtz, *supra*, note 76.

vaste majorité des auteurs, tous genres confondus, sont pigistes⁸⁰. Le développement de nouvelles technologies va continuer d'ouvrir de nouveaux marchés d'exploitation et, partant, de créer des défis renouvelés pour les industries du droit d'auteur et, conséquemment, pour la prise de décisions en matière de législation sur le droit d'auteur tant au niveau des assemblées législatives qu'à celui des tribunaux.

80. DuVergne Smith, *supra*, note 13.