

LES AUTEURS SONT-ILS DES EMPLOYÉS? CERTAINES RÉFLEXIONS SUR LA PROPRIÉTÉ DES DROITS D'AUTEUR DANS LE CONTEXTE SCOLAIRE

David Lametti [1]

1 Introduction

Dans la tradition de *common law*, dont dérive de façon générale la législation canadienne sur le droit d'auteur, les droits économiques des auteurs sont régis par une loi (il s'agit au Canada de la *Loi sur le droit d'auteur*). En d'autres termes, les droits économiques des professeurs, des chercheurs et des étudiants sont créés par la loi. Conférés par le législateur, du moins par défaut, à certaines personnes, physiques ou morales, ces droits sont ainsi exemptés des aléas inhérents aux droits naturels. Aux termes du paragraphe 13(3) de la *Loi sur le droit d'auteur*, le droit d'auteur sur une oeuvre exécutée dans l'exercice d'un emploi appartient non pas à l'auteur, mais à l'employeur. À première vue, on pourrait aisément classer les professeurs et les chercheurs dans la catégorie des employés, de sorte que le droit d'auteur sur une oeuvre produite dans le cadre de l'emploi d'un professeur appartiendrait en principe à l'université (bien qu'habituellement le droit d'auteur soit cédé aux professeurs). En pratique, ces droits économiques, du moins ceux des chercheurs et des professeurs rémunérés, d'une part, et de l'université, d'autre part, sont régis par un contrat ou par la politique de l'université. En réalité, une latitude assez étendue semble exister, notamment celle qui peut être accordée aux professeurs d'université. [1] Même lorsque ces droits sont rétrocédés à un auteur en totalité ou en partie, on peut dire que ces droits suivent le modèle du *copyright* : les principes initiaux de la législation servent de fondement aux négociations concrètes ou aux autres décisions touchant les politiques.

Certaines dispositions de la *Loi sur le droit d'auteur* ressortissent à une autre tradition juridique. Cette tradition vient des pays de droit civil et met davantage l'accent sur les droits naturels résultant de la création par l'auteur ou le créateur. Ces droits naissent du fait de la création elle-même, non pas d'un octroi par le législateur, et l'auteur ou créateur est une personne physique. [2] Les droits d'auteur selon la tradition civile incluent les droits économiques issus de l'oeuvre de création, droits que la tradition de *common law* appelle "copyright", ainsi que les droits moraux tels les droits d'attribution et de protection de l'intégrité de l'oeuvre. [3] La *Loi sur le droit d'auteur* révèle des traces de cette autre tradition qui est peut être plus englobante, [4] particulièrement aux articles 14.1, 14.2, 28.1 et 28.2, mais également, aux fins du présent texte, dans la disposition fondamentale sur le droit d'auteur, à l'article 13(1). L'argument issu de cette tradition, mené jusqu'à ses conclusions logiques, donne du poids à une position dite "de défaut" selon laquelle les professeurs, les chercheurs et les étudiants conservent leurs droits économiques, en l'absence d'une convention explicite ou implicite. [5]

Bien qu'un professeur soit l'employé d'une université, on peut soutenir que la situation de défaut prévue pour les relations entre employeur et employé en vertu de la *Loi sur le droit d'auteur*, c'est-à-dire la propriété du droit d'auteur conférée à l'employeur, n'est pas clairement applicable dans ce contexte particulier. À mon avis, le cadre universitaire abonde en exemples de cas limites qui ne nous permettent pas de déterminer d'emblée si les oeuvres que produisent traditionnellement les professeurs et les chercheurs sont des oeuvres exécutées dans l'exercice d'un emploi. Selon la pratique actuelle, le droit d'auteur est accordé aux professeurs d'université par le truchement d'une convention explicite ou implicite. Il ressort donc de ce contexte une opinion largement répandue selon laquelle le premier titulaire du droit d'auteur est ou devrait être l'auteur-professeur ou l'auteur-chercheur, malgré le statut d'employé contractuel de l'un ou l'autre. Ces vues ont longtemps été exprimées dans bon nombre de pays de *common law*, notamment en Angleterre [6] et aux États-Unis [7], qui sont dotés de dispositions législatives similaires. Cette tendance requiert des explications, sinon une justification. La position dite "de défaut" dans la

tradition civile des droits d'auteur suscite une réflexion plus poussée, du fait qu'elle a inspiré d'autres parties de la *Loi* et qu'elle a fait couler beaucoup d'encre. Comme les produits de la recherche universitaire pouvant être protégés par le droit d'auteur sont de plus en plus susceptibles de mise en marché — c'est le cas du logiciel, notamment —, ces questions revêtent une importance économique accrue (et, si l'Association canadienne des professeurs d'université (l'ACPU) a raison, elles amènent les universités à revoir la latitude qu'elles accordaient traditionnellement aux professeurs en matière de droit d'auteur [8]).

Dans le contexte universitaire, la question des droits économiques des étudiants est moins explicite, mais on pourrait prétendre qu'elle est plus claire. En effet, puisqu'ils ne sont ni rémunérés ni employés par l'université dans un sens traditionnel, ils conservent la propriété du droit d'auteur sur leurs propres oeuvres, ainsi que le confirme une affaire récente en Ontario. [9] Les droits économiques des étudiants ne seront pas abordés directement dans le présent article, sauf lorsque le cas des étudiants peut apporter une certaine lumière au cas des professeurs et des chercheurs rémunérés. Le statut des étudiants fait donc l'objet d'observations indirectes.

Le présent article vise à décrire certaines difficultés et anomalies rencontrées lorsque les professeurs d'université et les chercheurs sont considérés soit comme des employés, soit comme des travailleurs autonomes. Le présent article veut paver la voie à des échanges plus poussés sur les justifications philosophiques, théoriques et pratiques sous-jacentes à la propriété du droit d'auteur dans le contexte universitaire, ainsi qu'examiner les incidences qui en découlent sur l'interprétation du paragraphe 13(3) de la *Loi sur le droit d'auteur*. [10]

2 La propriété du droit d'auteur dans le contexte universitaire

Selon la tradition de *common law* qui est reflétée au paragraphe 13(3) de la *Loi sur le droit d'auteur*, le premier titulaire du droit d'auteur est l'employeur lorsque l'oeuvre a été créée par un employé dans le cadre de son emploi :

13. (3) Lorsque l'auteur est employé par une autre personne en vertu d'un contrat de louage de service ou d'apprentissage, et que l'oeuvre est exécutée dans l'exercice de cet emploi, l'employeur est, à moins de stipulation contraire, le premier titulaire du droit d'auteur...

Cette disposition constitue une exception explicite au principe général énoncé au paragraphe 1 de l'article 13 de la *Loi* selon lequel l'auteur d'une oeuvre est le premier titulaire du droit d'auteur s'y rapportant, sous réserve des exceptions prévues dans la *Loi*. Comme l'observe David Vaver, l'employeur devient titulaire du droit d'auteur car l'on s'attend dans un système capitaliste que les matériaux produits par un employé reviennent à l'employeur. Sans l'emploi, il n'y aurait vraisemblablement pas eu de production. [11] Cette justification est conforme à la conception que l'employeur fournit généralement les matières premières ainsi que l'infrastructure pour la création ou la production et qu'il rémunère l'employé pour ses efforts. Métaphoriquement, l'employé est assimilé au génie créateur commun de l'employeur lorsque l'employé suit les directives de production générale de l'employeur dans la poursuite d'un objectif commun.

En conséquence, le contexte d'emploi qui entoure la création de l'oeuvre a une influence déterminante sur la propriété du droit d'auteur. En particulier, le contexte est capital lorsque l'employé jouit d'un certain degré d'indépendance sur le plan de la création. Effectivement, la conception juridique du lien d'emploi doit pouvoir régir un éventail de situations différentes allant d'un extrême où l'employé reçoit des directives précises pour l'exécution de ses fonctions à l'autre extrême où l'employé est engagé précisément à des fins de création selon quasi aucune directive. Dans les contextes de ce dernier type, l'employeur s'attend à ce que l'employé fasse preuve d'imagination, d'originalité, de créativité et du sens des responsabilités dans le cadre d'un emploi hautement autonome. À cette extrémité du spectre, la question est de savoir si le fruit de cette créativité et de cette originalité, c'est-à-dire la propriété du droit d'auteur, devrait dans certaines

circonstances revenir à l'employé plutôt qu'à l'employeur. Grâce en particulier à l'examen du contexte, on déterminera dans quelle mesure le libellé du paragraphe 13(3) devrait permettre une interprétation souple quant à la nature de l'emploi afin que l'on puisse établir, premièrement, si le travail de création, de par sa nature générale ou spécifique, se trouve toujours ou occasionnellement à l'extérieur de l'exercice de cet emploi ou, deuxièmement, si ce travail, par convention implicite ou explicite, doit être inclus ou exclu du contrat de travail. Dans ces circonstances, on peut se demander si le texte de la *Loi* doit être appliqué littéralement de sorte que tout travail de l'employé confère un droit d'auteur à son employeur. Il se peut que le lien d'emploi ordinaire ou le contrat de travail ordinaire ou encore le contexte de négociations ordinaire ne convienne pas dans le cadre universitaire.

Dans la jurisprudence existante, les principales causes sur le sujet concernent souvent des personnes ayant conclu un contrat de service, par exemple à titre de consultant ou de journaliste. [12] Vaver énonce en termes doublement négatifs le test général permettant d'établir si l'oeuvre d'un employé est effectuée dans l'exercice de l'emploi : l'employé aurait-il violé son contrat de travail ou, en d'autres termes, aurait-il manqué à ses obligations contractuelles, s'il n'avait pas produit l'oeuvre en cause? Si la réponse est négative, le droit d'auteur revient à l'employé. [13] Cette formulation du test met l'accent sur ce que l'on attend de l'employé dans l'exécution de ses fonctions. L'accent porte sur la nature de l'emploi.

Au Royaume-Uni, les tests "ancien" et "nouveau", que l'on appliquait aux consultants en gestion, étaient structurés de façon plus positive. Dans l'affaire *Stephenson Jordan*, Lord Denning a conclu que l'ancien test, qui visait à déterminer si la personne s'étant engagée à exécuter l'ouvrage exerçait la haute main sur le mode d'exécution de cet ouvrage, était maintenant périmé et que le nouveau test devrait être de savoir si la personne qui remplissait les fonctions le faisait dans le cadre intégral de l'entreprise. [14] L'ancien test était axé sur le degré de supervision qu'exerçait l'employeur sur l'employé, tandis que le nouveau test est organisé en termes plus larges, de l'avis de Lord Denning, du fait qu'il examine la nature de l'entreprise et le rôle que joue la création ou la production dans l'entreprise. Dans ces circonstances, ce n'est peut être pas pour une création indépendante et non supervisée que l'employeur verse une rémunération. De quelque façon, tous ces tests tentent de faire ressortir l'objectif de l'entreprise que l'employeur a fixé et dont il a entrepris la réalisation. Plus un employé travaille de près à la réalisation du "plan d'entreprise", plus on sera porté à conclure qu'il a consenti à la cession du droit d'auteur sur les choses produites. Ici encore, le test est orienté sur la nature de l'emploi et le rôle que joue l'employé dans l'entreprise. [15]

Bien que manifestement des liens d'emploi ordinaires existent dans un cadre universitaire, la nature de l'emploi crée des difficultés pour l'application de ces tests jurisprudentiels. Le test doublement négatif énoncé précédemment est utile dans le cas du droit d'auteur sur les notes de cours, selon l'exemple de Vaver. Étant donné que rien n'oblige les professeurs à écrire quoi que ce soit pour la préparation de leurs cours, le droit d'auteur sur les notes ou le matériel de cours effectivement transcrit devrait échoir au chargé de cours. On soutient effectivement que cette oeuvre (ce travail) ne fait pas partie du cours ordinaire de l'emploi, étant donné qu'elle n'est pas absolument exigée aux termes du contrat de travail. Cela nous mène à l'examen du travail facultatif dans un contexte où la liberté de l'enseignement ne prescrit pas une solution spécifique en vue d'un résultat particulier, mais où un résultat particulier est effectivement exigé. Il y a de nombreuses façons pour un chargé de cours de préparer et d'organiser son enseignement. De solides arguments sont donc offerts à celui qui prétend que ce travail est effectué dans le cadre de l'emploi.

On peut toutefois soutenir aux termes du test doublement négatif que les tâches non liées à la liberté de l'enseignement relèvent du lien d'emploi visé au paragraphe 13(3). Ainsi, on peut présumer que les documents touchant le travail administratif, tel que les rapports à des comités,

sont assujettis au droit d'auteur de l'employeur. (Ce qui ne constitue pas réellement un problème, puisque la valeur marchande de ces documents est vraisemblablement modique!) [16] Ici encore, aurait-il été suffisant de remettre un rapport verbal? Même si l'on pouvait tracer des distinctions très nettes quant à la nature des tâches en cause, on ne pourrait les appliquer aisément pour établir qui est propriétaire du droit d'auteur. Bref, le test doublement négatif n'est pas toujours déterminant, particulièrement dans les cas où un membre du personnel universitaire est employé pour exercer son jugement.

Il n'en reste pas moins que certains travaux sont plus étroitement liés à l'esprit créateur du professeur ou du chercheur et que les caractéristiques particulières de ces travaux ne sont pas strictement exigées par l'employeur. La question des droits économiques sur ces oeuvres demeure ouverte. La question est problématique, car une partie importante du travail des membres du personnel universitaire n'est pas classée aisément suivant le test négatif. La publication d'articles savants et de rapports de recherche, qui constitue l'essentiel du travail du personnel universitaire, aboutit généralement à la production de documents protégeables par le droit d'auteur, étant donné que les exigences aux fins de cette protection sont extrêmement réduites. Certains de ces documents, particulièrement les logiciels, mais également les textes bien accueillis d'étudiants du premier cycle ou les livres qui remportent du succès, comportent une importante valeur économique. Toutefois, il est difficile de classer de façon précise le travail qui doit absolument être effectué de façon spécifique.

En fin de compte, plus on étudie la justification sous-jacente à la disposition notamment celle qui sous-tend le test jurisprudentiel, plus la situation devient ambiguë. Les professeurs et les chercheurs doivent publier pour être engagés, promus ou titularisés ou encore obtenir un traitement supérieur ou des avantages sociaux, notamment fondés sur leur rendement, et la qualité des travaux en cause est évaluée (habituellement par des collègues), mais normalement l'université ne prescrit pas aux professeurs quoi publier, et ce sont ces derniers qui assument le "risque" professionnel lié à la publication. Ainsi, le contrat de travail ne couvre pas (ou que très rarement) le *contenu* d'un article, d'un livre ou d'un logiciel spécifique. L'absence de directives s'explique par les principes si souvent invoqués de la liberté de l'enseignement des professeurs et par la promotion des universités en tant qu'institutions incitant à la créativité. On peut difficilement avancer que si un professeur n'avait pas publié un article donné, il n'aurait pas été titularisé. L'université se soucie uniquement de la qualité des articles publiés, non d'un article spécifique. On pourrait au contraire soutenir que si un article donné n'entraîne pas la violation d'un contrat de travail, l'omission générale de toute publication constitue pareille violation. Ce serait donc là une exigence du poste, et la propriété des oeuvres produites reviendrait à l'université. Cependant, divers éléments factuels peuvent être invoqués à l'encontre de cet argument. Un dossier supérieur dans le domaine de l'enseignement ou de l'administration suffira parfois à répondre aux exigences de titularisation et aux autres critères d'avancement. De plus, une fois titularisé, un professeur pourrait prétendre que le droit d'auteur lui appartient, étant donné que la publication n'est plus nécessairement une condition de son maintien en fonction. L'absence de publication constitue-t-elle, aux termes du test doublement négatif, la preuve d'une violation de contrat?

La classification du travail universitaire est encore plus ardue suivant l'énonciation positive du test. La rédaction de travaux universitaires savants est-elle entreprise dans le cadre de l'emploi? À la première lecture de la disposition, la réponse est presque certainement affirmative. Le personnel universitaire est rémunéré par l'université et une partie de la description de poste contenue dans le contrat de travail officiel ou officieux d'un professeur et d'un chercheur inclut la publication de rapports de recherche et d'écrits savants. Néanmoins, la formulation du test jurisprudentiel dans l'affaire *Stephenson Jordan* ne donne pas de résultats évidents : l'université ou ses structures (par exemple les départements ou les facultés) ne tentent pas de diriger sur le plan substantif les oeuvres de son personnel. Un article ou un livre donné ne fait pas partie de "l'entreprise" c'est-à-dire de la mission de l'université. L'université a pour mission de promouvoir le savoir par

l'enseignement, et elle peut avoir des intérêts spécifiques quant à certains projets universitaires, mais il semble impossible qu'une université exerce une revendication générale en fonction du contenu. La recherche et les écrits universitaires sont souvent très particularisés, ce qui exclut les arguments fondés sur la haute main ou sur la mission de l'université. En termes imagés, l'employeur ne dirige aucunement la pensée commune de l'entreprise, et les employés fonctionnent de façon individuelle.

Ici encore l'argument contraire d'ordre général peut être invoqué. L'université ne s'intéresse sans doute pas de façon particulière au contenu d'un article, mais elle exige que ses professeurs publient des articles. Les universités ont pour mission de produire des recherches et des écrits savants. La réputation d'une université tient tout autant, sinon davantage, à la recherche qu'à l'enseignement, l'administration constituant un mal nécessaire. La rédaction de travaux savants a toujours fait partie de la mission de l'université depuis le Moyen-Âge. L'université engage le corps professoral en fonction de son potentiel scientifique et exige des membres de ce personnel qu'ils exercent leur jugement. Les motifs du jugement dans l'affaire *Stephenson Jordan* font état de cette souplesse et de la portée des responsabilités et du jugement de l'employé prévus dans le contrat de travail. De plus, le principe de la liberté de l'enseignement signifie que ce dévouement à la recherche et à la préparation d'articles érudits ne peut être exigé qu'en termes très généraux : une université ne peut imposer un calendrier de recherche à ses professeurs.

Selon l'argument contraire, l'université a pour objet, entreprise ou mission de promouvoir la recherche et de produire des articles savants. Elle doit donc en retirer les avantages *économiques*, en plus de la rémunération qu'elle touche sous la forme d'une amélioration de sa réputation et, indirectement, de son potentiel de recrutement et de financement. L'argument selon lequel l'entreprise de l'université depuis ses origines a toujours été de promouvoir la recherche et l'érudition est déficient, étant donné l'apparition relativement récente des droits économiques importants pouvant découler du droit d'auteur. L'université a toujours retiré de l'engagement de professeurs une certaine forme de rémunération. Les droits économiques sur les oeuvres publiées ne faisaient pas normalement partie de cette rémunération durant la plus grande partie de l'histoire des universités. Celles-ci se contentaient historiquement d'être le siège du haut savoir théologique, linguistique, philosophique, mathématique et scientifique. Cette conception explique peut-être pourquoi, dans les pays occidentaux dotés des universités les plus anciennes, particulièrement l'Italie et la France, le droit d'auteur est facilement accordé aux professeurs. Le problème moderne a surgi précisément parce que la valeur pécuniaire des droits économiques s'est accrue et que les universités de bon nombre de pays ont été contraintes à rechercher de nouvelles sources de financement.

On pourrait encore recourir à la liberté de l'enseignement pour renforcer cet argument. La liberté de l'enseignement, particulièrement en ce qu'elle concerne l'évaluation du bien-fondé d'une oeuvre, rend difficile l'application des tests positifs ou négatifs décrits précédemment ainsi que leur application au contexte universitaire, particulièrement dans les pays qui ont du droit d'auteur une conception civiliste. Par ailleurs, un autre aspect de la liberté de l'enseignement jette de la lumière sur la façon dont l'université devrait mener son entreprise ou poursuivre sa mission, quelle qu'en soit la définition. Si l'université est titulaire du droit d'auteur, elle peut exercer tous les droits qu'un titulaire traditionnel exerce traditionnellement, notamment les droits d'empêcher la réimpression, la réédition, l'adaptation ou la reproduction de l'oeuvre ou même d'empêcher sa publication initiale ou de dicter qui va la publier. L'université pourrait également refuser à l'auteur la participation à une réédition (pourvu qu'aucune atteinte ne soit portée aux droits moraux). Ces pouvoirs de l'université pourraient restreindre radicalement, sinon anéantir, la liberté de l'enseignement d'un auteur. On n'a qu'à penser à l'ouvrage impopulaire de Philip Rushton pour constater que ce scénario n'est pas tout à fait invraisemblable.

La détermination de la nature d'un travail exécuté dans l'exercice d'un emploi se complique davantage en raison des divers échelons du personnel dans un cadre universitaire. Les professeurs sont effectivement employés directement par l'université, tout comme les chercheurs et, dans certains cas, les étudiants. L'université a un statut d'employeur dans ces circonstances et, dans la mesure où les critères précités sont respectés, elle peut revendiquer le droit d'auteur. Dans le cas des étudiants, tel qu'il a été indiqué précédemment, la situation est simple : l'étudiant conserve le droit d'auteur sur toute oeuvre écrite qu'il peut avoir soumise en vue d'une évaluation, par exemple les exposés écrits, les rapports de recherche et les thèses. [17] L'université n'a pas employé les étudiants, elle n'a pas la haute main sur le contenu, même si pour les fins de ses normes et de sa réputation, elle peut évaluer la qualité de ces écrits. Effectivement, les étudiants paient pour le droit de créer ces oeuvres!

Le cas des étudiants éclaire la situation des chercheurs et des professeurs rémunérés à deux égards. Premièrement, la plupart des arguments touchant la qualité, la haute main et l'évaluation que pourrait faire valoir un étudiant pour revendiquer le droit d'auteur s'applique par analogie aux professeurs et aux chercheurs rémunérés, la seule différence importante étant que les professeurs reçoivent un traitement et d'autres avantages économiques de l'université. Les étudiants, pour réussir les cours, doivent produire des travaux de recherche et des écrits savants et les soumettre à des fins d'évaluation. Les professeurs, pour être titularisés et pour obtenir des hausses de salaire fondées sur leur rendement, doivent préparer des travaux de recherche et des écrits savants à des fins d'évaluation. Dans chaque cas, l'université peut imposer des formalités et créer des tracasseries, mais dans les deux cas, c'est par souci de qualité que l'université intervient, non pas pour exercer une emprise sur le fond. La logique suivant laquelle l'université est titulaire du droit d'auteur à titre d'employeur à défaut d'une convention contraire est susceptible de mener à des conclusions plutôt singulières dans le cas où un professeur et un étudiant de deuxième cycle rédigent conjointement un exposé écrit ou un rapport. Est-il concevable que l'étudiant détienne le droit d'auteur conjointement avec l'université, à l'exclusion du professeur, même si ce dernier a contribué au projet un type similaire de ressources intellectuelles? Bien que cet argument soit juste dans certains cas, [18] on peut espérer que dans la plupart des cas ce résultat soit jugé inéquitable. À mon avis, ce résultat serait également injuste lorsque l'oeuvre protégeable comporte une valeur économique importante. L'argument contraire selon lequel les avantages économiques que touchent les professeurs constituent une rémunération suffisante n'est pas convaincant. Même si la propriété du droit d'auteur constitue le seul avantage économique que retire l'étudiant en pareil cas et même si les professeurs sont tenus de superviser les étudiants et de les aider dans leurs recherches, l'argument en cause suppose que la rémunération des professeurs couvre ces droits économiques, soit en raison du lien d'emploi, soit en raison du contrat de travail, dont il sera traité succinctement. La vraie question est de savoir si les droits économiques rattachés à la ressource intellectuelle appartiennent à l'université ou aux professeurs, point qui ne devrait pas être tenu pour acquis.

Ces divers arguments sur la nature du lien de travail et sa concordance avec les dispositions énoncées au paragraphe 13(3) suscitent donc des controverses justifiées. Certains aspects du travail d'un professeur ou d'un chercheur universitaire s'inscrivent aisément dans le lien d'emploi standard, tandis que d'autres aspects ou même certains projets précis débordent de ce cadre. Manifestement, le contexte universitaire requiert une pondération des intérêts légitimes, notamment économiques, des parties en cause et une interprétation des dispositions législatives fondées sur une lecture complète de la *Loi* et un examen de sa justification fondamentale, lorsqu'il s'agit de décider qui sera le premier titulaire du droit d'auteur sur une oeuvre savante.

On peut articuler autrement ces questions dans le cadre universitaire en ne s'attachant pas directement à la nature du travail, mais plutôt au contrat de travail qui constate le lien d'emploi et reflète la nature de l'emploi. Si, suivant une lecture très littérale du paragraphe 13(3), la propriété du droit d'auteur sur toutes les oeuvres protégeables revient à l'employeur, quelle forme une

dérogation à cette situation doit-elle prendre? Un contrat qui attribue la propriété du droit d'auteur à l'employé doit-il être exprès ou peut-il être déduit de l'usage? Si, compte tenu de la nature de l'emploi, la propriété des oeuvres protégeables n'est pas nécessairement attribuée d'après une lecture littérale du paragraphe 13(3), quels seront les fondements d'un contrat exprès ou implicite? Est-ce que dans pareille circonstance, il existe un contrat implicite attribuant la propriété du droit d'auteur à l'employé de telle sorte que l'employeur doive obtenir le consentement exprès de l'employé pour être titulaire du droit d'auteur?

Il existe sur ce point un précédent, du moins en *common law* .^[19] Dans la cause *University of London Press c. University Tutorial Press Limited* ,^[20] le tribunal a jugé qu'une cession de droit d'auteur par l'université en faveur du professeur avait été effectuée implicitement, même si la loi britannique intitulée *Copyright Act, 1911* exigeait que cette cession soit faite par écrit et qu'elle porte la signature du cédant. (Cette disposition trouve son pendant au paragraphe 4 de l'article 13 de la *Loi canadienne*.) En pareil cas, le professeur détiendrait le droit de propriété reconnu en *equity*, et l'université, le droit reconnu en *common law* . Les principes d' *equity* exigeraient que la cession du droit soit complétée par la signature d'un acte de cession écrit, étant donné qu'il s'agit de la seule exigence imposée par la loi. ^[21]

Cette optique répondrait aux inquiétudes exprimées précédemment relativement à la liberté de l'enseignement et à la créativité. Même lorsque l'université détient le droit d'auteur, la délégation expresse et particulièrement implicite de propriété en faveur de l'auteur permet au professeur d'exercer la haute main sur diverses questions, notamment le contenu, la publication et la distribution. Même si l'université demeurerait propriétaire, on pourrait conclure à l'existence d'un contrat implicite visant le déploiement d'efforts raisonnables en vue de la promotion et de la publication, la non-suppression et d'autres engagements. En dépit de ces deux interprétations fondées sur un contrat implicite, la question demeure de savoir à qui, d'entre l'université et le professeur, la propriété devrait être accordée sans une convention expresse.

La jurisprudence américaine fait état de ces problèmes de qualification et, d'après la démarche qui semble avoir été adoptée dans ce pays, l'accent porte tout autant sur le contrat que sur la nature de l'emploi. Selon la théorie dite "exemption concernant les professeurs", une disposition implicite du contrat de travail fait des professeurs les premiers titulaires du droit d'auteur, compte tenu de la nature particulière du travail universitaire (et des oeuvres qui en découlent). Les lois américaines sur le droit d'auteur de 1909 et de 1976 renferment des dispositions similaires à la norme canadienne et octroient à l'employeur la propriété des oeuvres exécutées en vertu d'un contrat de louage de service, l'employeur étant réputé l'auteur. ^[22] Avant la Loi de 1976, aucun tribunal n'a jamais conclu que les oeuvres de professeurs étaient des oeuvres exécutées en vertu d'un contrat de louage de service. Au contraire, deux causes posaient le principe de l'exemption des professeurs en regard de la règle habituelle, soit les affaires *Williams c. Weiser*^[23] et *Sherrill c. Grieves*.^[24] Dans cette dernière affaire, le tribunal a notamment refusé de considérer les exposés et les notes d'un professeur comme des oeuvres exécutées en vertu d'un contrat de louage de service. ^[25] La première cause a élargi la portée de cette décision en excluant le travail universitaire d'un professeur de l'application de la disposition touchant les oeuvres exécutées en vertu d'un contrat de louage de service. Le tribunal a invoqué des motifs utilitaires tels que des conséquences indésirables et l'absence d'intérêt de l'université à l'égard des notes, ainsi que la coutume dans le contexte universitaire. ^[26] Selon certains commentateurs, la Loi de 1976 a aboli l'exception et accordé la propriété du droit d'auteur aux employeurs, à moins d'une convention contraire, cette Loi interdisant spécifiquement l'utilisation de la coutume comme preuve de l'existence d'une convention contraire. ^[27] Les vues sont partagées sur le maintien de l'exemption, mais l'auteur de ces lignes est persuadé qu'elle existe toujours. ^[28] Quoi qu'il en soit, les tribunaux et les juristes américains ont reconnu qu'il était difficile d'appliquer les tests standards du lien d'emploi pour la détermination de la propriété du droit d'auteur dans un contexte universitaire. Ils ont donc prévu

une modalité pour l'exclusion de la situation de défaut prévue par la Loi en concluant que, par l'effet de la coutume, il existait une disposition implicite dans le contrat de travail universitaire.

Compte tenu des particularités du contexte universitaire, plusieurs pensent que les premiers titulaires du droit d'auteur sur une oeuvre savante devraient être les professeurs et les chercheurs, sans égard aux données spécifiques de la *Loi sur le droit d'auteur*. On peut ajouter que les dispositions de la *Loi sur le droit d'auteur*, telles qu'elles sont libellées, et les tests jurisprudentiels en découlant, tels qu'ils sont formulés, n'indiquent pas clairement qui détient le droit d'auteur sur une oeuvre savante dans les différents contextes existant à l'université. Par conséquent, diverses interprétations du paragraphe 13(3) sont possibles. [29]

Premièrement, on peut argumenter que la lecture littérale du paragraphe 13(3) régit la situation et que, malgré certaines difficultés d'adaptation au contexte universitaire, il s'agit d'une relation d'emploi dans le cadre de laquelle l'employeur, à défaut d'une convention expresse, est titulaire du droit d'auteur.

Deuxièmement, on peut soutenir que le lien d'emploi habituel ne convient pas, et que le paragraphe 13(3) ne devrait pas s'appliquer dans le contexte universitaire. Au contraire, le paragraphe 1 de la *Loi*, aux termes duquel les auteurs d'une oeuvre sont les premiers titulaires du droit d'auteur s'y rapportant, devrait régir cette situation. Dans ce cas, l'auteur est titulaire du droit d'auteur, à moins qu'il ne le cède à quelqu'un par un contrat.

Troisièmement, tel qu'il appert d'un examen du contexte universitaire et de la jurisprudence s'y rapportant, la propriété du droit d'auteur sur une oeuvre savante, qui a été créée en principe dans le contexte d'un lien d'emploi, devrait être exemptée de la règle générale du paragraphe 13(3), soit parce que ce type de travail ne s'inscrit pas dans la portée du contrat de travail, soit parce que cette propriété a été implicitement ou explicitement cédée au professeur par l'université. Dans ces deux cas, la disposition de base, le paragraphe 13(3), est appliquée, de sorte que, de façon générale, l'université détient le droit d'auteur, mais, dans chaque cas, on crée un genre d'exception. Dans le premier cas, par le truchement de l'interprétation forcée donnée au paragraphe 13(3), une partie du travail professoral est exclu du contrat de travail. Le test doublement négatif et le test du contrôle par l'employeur constituent deux moyens jurisprudentiels pour parvenir à cette fin. Le deuxième test fait appel à un transfert implicite de propriété de l'employeur-université à l'employé-professeur. Ce test a été illustré dans l'affaire *University of London Press*, et il sert peut-être de fondement à l'exemption concernant les professeurs aux États-Unis, car il aborde les coutumes qui sous-tendent ces contrats de travail. Il s'agit ici encore d'une interprétation forcée du paragraphe 13(3) car la modalité "en l'absence d'une convention contraire" perd tout effet.

Quelle que soit l'interprétation la plus judicieuse à donner à cette clause, il ressort clairement du contexte universitaire que l'employeur et l'employé, c'est-à-dire l'université et le professeur, ont tous deux un intérêt économique dans les oeuvres protégeables. Tel qu'il a été indiqué précédemment, la propriété du droit d'auteur, à l'heure actuelle, est normalement régie par des arrangements contractuels. Si l'on admet que la situation sera habituellement couverte par les conventions collectives, une analyse théorique du droit d'auteur dans le contexte universitaire est nécessaire et justifiée pour trois motifs : 1) cet examen contribuera à déterminer quelle doit être la position de défaut, c'est-à-dire la première ou la deuxième option décrite ci-dessus, ce qui, par ricochet, influe sur la négociation des conventions collectives ou d'autres arrangements officieux concernant l'attribution de la propriété du droit d'auteur; 2) si la position de base réside dans la propriété du droit d'auteur par l'université, cet examen pourrait justifier les lectures artificielles du paragraphe 13(3) dont il est fait mention pour la troisième option décrite précédemment et qui donne lieu à un transfert de propriété en faveur du professeur ou du chercheur; et 3) cet examen pourrait servir à dégager des idées plus larges concernant la protection par le droit d'auteur. [30] En particulier, on note que les arguments appartenant plus typiquement au droit d'auteur selon la

tradition civiliste sont invoqués dans un contexte universitaire afin que les professeurs et chercheurs soient les premiers titulaires du droit d'auteur. Cette démarche traduit-elle une tendance plus large en faveur d'arguments fondés sur les droits individuels au détriment des arguments, des justifications et des motifs purement fondés sur les politiques? Nous ne pouvons répondre ici à ces questions.

3 Conclusion

L'exposé qui précède fait ressortir la complexité des questions entourant la propriété du droit d'auteur dans un contexte universitaire. Il nous faut conclure, me semble-t-il, que les universités et les auteurs ont chacun des droits économiques à l'égard des fruits protégeables du travail rémunéré des professeurs et des chercheurs. Or, ces considérations ne sauraient trouver leur expression dans une interprétation littérale de la *Loi*.

Comment cet équilibre de facteurs complexes peut-il être concilié en regard du paragraphe 13(3) de la *Loi sur le droit d'auteur*? Comme nous l'avons dit, la nature de l'emploi universitaire repose sur un jeu de facteurs, dont l'identification étroite de l'auteur à l'oeuvre, les incitations à la production, la liberté de l'enseignement, le rôle de l'université et les besoins institutionnels, ainsi que la nature et la formation du contrat de travail. En général, compte tenu de ce qui précède, on pourrait provisoirement conclure que les professeurs devraient d'une certaine façon être premiers titulaires du droit d'auteur. À mon avis, c'est là une conclusion équilibrée, compte tenu des divers facteurs en cause dans le milieu universitaire.

Tel que nous l'avons indiqué précédemment, cette conclusion pourrait être mise en application de nombreuses façons, que ce soit aux termes ou en marge du paragraphe 13(3). On pourrait soutenir que le paragraphe 13(3) ne s'applique pas dans le contexte universitaire. À mon avis, cet argument passe sous silence le rôle de l'université touchant le soutien et l'encouragement du processus de création. On pourrait avancer que certains éléments du travail universitaire impliquent que les professeurs seront titulaires du droit d'auteur, bien qu'ils soient les employés de l'université. En ce sens, le contrat implicite qui transfère la propriété du droit d'auteur de l'université au professeur pourrait constituer une solution avantageuse. Cette interprétation n'est pas non plus manifestement contraire au libellé du paragraphe 13(3), car elle rend seulement inapplicable au travail universitaire la clause prévoyant qu'en l'absence d'une convention contraire, la propriété échoit à l'université. Le contraire est plutôt vrai, c'est-à-dire qu'en l'absence d'une convention contraire, la propriété revient au professeur ou au chercheur. Cette solution est peut-être moins cohérente qu'une exclusion complète du travail universitaire de la portée de cette disposition, mais elle reflète peut-être davantage la complexité de la question du droit d'auteur dans ce contexte. Il y a des nuances de degré entre l'ignorance complète du paragraphe 13(3) et le recours à une interprétation forcée d'un segment de ce paragraphe, mais on peut ainsi tenir compte d'un ensemble de considérations qui reflètent davantage toutes les questions importantes et la pondération qu'il convient de leur accorder.

On pourrait considérer que l'argument précité répond adéquatement aux questions de liberté de l'enseignement dont nous avons traité. Une université pourrait détenir le droit d'auteur sous réserve de l'obligation de déployer des efforts raisonnables en vue de la publication et de la promotion de l'oeuvre de l'auteur. Toutefois, il serait difficile de structurer dans un contrat des clauses énonçant pareilles obligations de faire. Il serait peut-être encore plus difficile de les rendre implicites dans le cas où le contrat n'en fait pas mention. Au contraire, si le droit d'auteur est conféré au professeur, il serait plus facile de structurer les clauses contractuelles nécessaires à la protection des intérêts de l'université à l'égard des oeuvres protégeables, par le truchement d'un contrat implicite ou exprès. L'université pourrait se voir octroyer une licence d'une durée indéfinie, exempte de redevances, pour l'utilisation des travaux, du moins pour les fins d'enseignement de cette

université. Ces clauses spécifiques, de nature moins discrétionnaires, sont plus faciles à structurer et à mettre à exécution parce qu'elles évitent des notions vagues telles que “efforts raisonnables”.

Sur les grands thèmes qui sous-tendent la législation sur le droit d'auteur, j'ai fait allusion à la dichotomie entre les deux catégories de justification. [31] Tous les débats, non pas seulement en matière de biens ou de propriété intellectuelle, sont axés sur les droits. En ce sens, on suppose que les droits individuels des auteurs devraient dicter l'organisation des droits économiques. Ces hypothèses et arguments sont, à mon avis, davantage apparentés à la conception civiliste du droit d'auteur. Même l'utilisation du terme “propriété”, à l'extérieur de la sphère des droits de propriété privée sur des ressources traditionnelles, montre que cette position est répandue et persuasive. Ce raisonnement puissant alimente les attentes, lesquelles sont ensuite reflétées dans les règles de droit. Dans la mesure où les approches individualistes fondées sur les droits sont davantage incorporées dans l'analyse du droit d'auteur canadien, on peut probablement déclarer avec justesse que la conception civiliste du droit d'auteur gagne du terrain à titre de fondement de notre droit hybride sur le droit d'auteur. Comme je l'ai écrit ailleurs, [32] malgré mes conclusions intuitives dans le présent essai sur l'attribution de la propriété des droits d'auteur dans un contexte universitaire, il y a lieu de se méfier des arguments qui sont trop manifestement fondés sur les droits, qu'il s'agisse de biens traditionnels ou de propriété intellectuelle.

[© David Lametti, 1999. *] Professeur adjoint, Faculté de droit et Institut de droit comparé de l'Université McGill. Une version antérieure du présent article a été présentée au Congrès des Sciences sociales et humaines en juin 1999; je voudrais remercier les participants à cet événement pour leurs commentaires, notamment Ejan Mackaay et Denis Magnusson. Ce dernier m'a également remis des notes élaborées qui ont considérablement amélioré l'argumentation. À un point tournant, mon collègue Blaine Baker m'a amené à reconsidérer certaines questions d'un point de vue institutionnel. J'aimerais également remercier Carolina Mingarelli (B.C.L., LL.B., McGill, 2001) pour sa contribution précieuse à la recherche et ses commentaires. La traduction française a été réalisée par Me Ian Rose du cabinet Lavery DeBilly.

[1] M.A. Wilkinson, dans son étude publiée en ces pages, note que dans environ la moitié des universités canadiennes, l'auteur exerce le droit d'auteur dans les faits. Ce droit est parfois détenu sans réserve aux termes d'une convention ou d'une cession en faveur de l'auteur (32 %). Dans d'autres cas, l'université conserve le droit de contrôle à l'égard du droit d'auteur, mais ne l'exerce pas dans les faits (18 %).

[2] A. Strowel, *Droit d'auteur et copyright : Divergences et convergences*, Paris, LGDJ, 1993, n° 247, à la p. 323.

[3] Y. Gendreau, “Moral Rights”, dans G.F. Henderson, éd., *Copyright and Confidential Information Law in Canada*, Toronto, Carswell, 1994, 161 aux pp. 164-165.

[4] Voir généralement Gendreau, *ibid.*

[5] C'est effectivement le cas en France, en Belgique et en Allemagne, comme l'indique Strowel, *supra* note 2, à la p. 324 et s.

[6] *Abernathy c. Hutchinson* (1825), 3 L.J. Ch. 209.

[7] L'exception concernant les professeurs aux États-Unis est traitée plus loin, aux notes 22 à 28 ainsi que dans le texte s'y rapportant.

[8] “Intellectual Property Rights at Risk”, *CAUT Now!* (1999), vol. 1 (6 avril 1999) à la page 1.

[9] *Boudreau c. Lin* (1997), 75 C.P.R. (3d) 1.

[10] Voir D. Lametti, “Publish and Profit?: Justifying the Ownership of Copyright in the Academic Setting”, 1999 [manuscrit non publié que conserve l'auteur].

[11] D. Vaver, *Intellectual Property Law*, Irwin, Toronto, 1998, aux pp. 55 et 56.

[12] Voir l'affaire *Stephenson Jordan & Harrison c. McDonald & Evans* (1951) 69 R.P.C. 10, [1952] 10 T.L.R. 101 (CA). Au Canada, des considérations similaires ont été énoncées relativement à des contrats de service dans l'arrêt *Massie & Renwick c. Underwriters Survey Bureau*, [1940] R.C.S. 218, à la p. 240. Au Canada, les journalistes sont maintenant spécifiquement couverts par la deuxième moitié du paragraphe 13(3), lequel leur permet dans certains cas d'interdire une publication subséquente.

[13] Vaver, *supra*, note 11, à la p. 56.

[14] *Stephenson Jordan*, *supra*, note 12, à la p. 22. La portée des tests dans la jurisprudence américaine était similaire : pour un résumé de ces tests, se rapporter à L. Lape, “Ownership of Copyrightable Works of University Professors: The Interplay Between the Copyright Act and University Copyright Policies”, (1992) 37 *Villanova L. Rev.* 223 à la p. 227.

[15] Voir également l'affaire *Beloff c. Pressdam*, [1973] 1 All ER 241 (Ch. D), à la p. 250.

[16] Je désirerais ajouter que tous ces documents ne sont pas nécessairement sans intérêt. Notre faculté a récemment mené à terme une longue réforme du contenu des cours. Certains des rapports produits suscitaient vraiment la réflexion, se situant aux confins de la nature du droit et de la nature et des objectifs de l'enseignement juridique. J'espère réellement qu'une partie de ce travail substantif sera reproduit dans des articles. Néanmoins, mes collègues qui ont préparé ces divers rapports pourraient difficilement revendiquer le droit d'auteur, car la faculté et l'université avaient un intérêt direct dans les conclusions contenues dans ces rapports!

[17] *Boudreau c. Lin*, *supra*, note 9.

[18] J'ignore ici l'analyse d'attribution utilisée quant aux droits moraux pour l'évaluation des contributions relatives : voir l'affaire *Boudreau c. Lin*, *supra*, note 9.

[19] Je remercie Denis Magnusson pour m'avoir signalé cette façon de voir etcette décision.

[20] [1918] 2 Ch. 601.

[21] S'il existe pareil contrat non écrit, l'université, au moment de la création de l'oeuvre, devient fiduciaire du droit d'auteur pour le bénéficiaire de la fiducie, soit le professeur. La règle invoquée en *equity* dans la cause *Saunders c. Vautier* pourrait être utilisée à l'appui de l'affirmation selon laquelle le propriétaire du droit entier reconnu en *equity*, le professeur, a le pouvoir absolu de mettre fin à la fiducie.

[22] L'article 26 de la Loi de 1909 énonce que le terme “auteur” inclut un employeur dans le cas d'oeuvres exécutées contre rémunération. À titre d'auteur, l'employeur est alors réputé le premier titulaire du droit d'auteur en vertu de l'article 9. La Loi de 1909 ne définissait pas ce qu'était une oeuvre effectuée en vertu d'un contrat de louage de service (“works made for hire”).

[23] (1969) 78 Cal. Rptr 542 (C.A.).

[24] (1929) 57 Wash. L. Rep. 286 (D.C.).

[25] *Ibid.*, à la p. 290.

[26] *Williams, supra*, note 23, aux pp. 546-549.

[27] En vertu de l'article 101 de la Loi de 1976, l'oeuvre exécutée en vertu d'un contrat de louage de service est définie comme une oeuvre exécutée par l'employé dans l'exercice de son emploi. L'employeur, aux termes du paragraphe (b) de l'article 201, est également réputé l'auteur de cette oeuvre, sous réserve d'une convention expresse à l'effet contraire. L'historique de la législation ne mentionne aucunement l'exception concernant les professeurs, tel que l'indique Lape, *supra*, note 14 à la p. 238. La question est donc de savoir si la nature de l'oeuvre exécutée en vertu d'un contrat de louage de service demeure inchangée en vertu de la nouvelle Loi et plus précisément de savoir si l'exception concernant les professeurs, établie par la coutume, existe toujours.

[28] L. Lape, *supra*, note 14, soutient que l'exemption existe toujours. Pour l'avis contraire, voir T.F. Simon, "Faculty Writings: Are they 'Works Made for Hire' Under the 1976 Copyright Act?" (1983), 9 *J.C. & U.L.* 485.

[29] Denis Magnussen a contribué à l'élaboration de cette analyse.

[30] Wilkinson s'intéresse à une question différente, soit la mise à exécution et la gestion de ces droits. La question de la mise à exécution lui paraît plus importante que la propriété du droit d'auteur. Comme je l'ai soutenu dans "Publish and Profit?... ", *supra*, note 10, à la partie III, la mise à exécution effective des droits pourrait motiver l'octroi d'un droit de propriété à une partie ou à l'autre, suivant un critère d'utilité ou d'efficacité. La question de la propriété du droit d'auteur demeure donc cruciale.

[31] Certains ont prétendu que cette distinction était exagérée. Voir J.C. Ginsberg, "A Tale of Two Copyrights: Literary Property in Revolutionary France and America", dans B. Sherman et A. Strowel, éd., *Of Authors and Origins*, Oxford, Clarendon, 1994.

[32] D. Lametti, *The Deon-Telos of Private Property: Ethical Aspects of the Theory and Practice of Private Property* [Thèse de doctorat, 1999, Oxford University]. Une version moins dessinée de cet argument est énoncée dans D. Lametti, "Property and (Perhaps) Justice" (1998) 43 *McGill L.J.* 663.