

JOURNALISTES PIGISTES À L'ÈRE NUMÉRIQUE: RÉFLEXIONS SUR L'AFFAIRE TASINI c. NEW YORK TIMES

Marshall Leaffer[©]

1. Introduction
2. La pratique journalistique à l'ère numérique
3. Œuvres collectives (*Collective Works*)
4. L'arrêt *Tasini*
5. La décision de la Cour de district
6. Les contrats d'exploitation et le nouveau média : doit-on favoriser la dissémination des oeuvres?
7. La décision de la Cour d'appel
8. Les suites de l'arrêt *Tasini*
9. L'avenir : les rapports contractuels après *Tasini*
10. Conclusion

1. Introduction

Un nombre croissant de publications imprimées sont distribuées sur l'Internet ou autres réseaux électroniques. La communication par les réseaux électroniques est devenue le moyen le moins cher et le plus efficace de communiquer avec le public le plus large. Il est probable que dans peu de temps ce mode de diffusion dépassera en volume celui des imprimés.¹

Qui a le droit de distribuer les œuvres écrites dans les grands réseaux électroniques? Cette question est particulièrement pertinente dans le monde journalistique où, de plus en plus, le contenu des quotidiens est disséminé sur l'Internet et par des réseaux électroniques divers.

Le monde journalistique comprend deux catégories: (1) la pratique journalistique en poste permanent dans un organe de presse et (2) la pratique en pigiste, hors institution. Le statut d'écrivain est essentiel pour savoir qui détient les droits d'auteur dans une œuvre. En règle générale, dans la *Loi sur le droit d'auteur* américaine, l'auteur est l'individu qui crée l'œuvre. L'exception principale à cette règle est le cas du «work made for hire» où l'auteur de l'œuvre n'est pas le créateur mais son employeur.² De nombreux journalistes occupent des postes à plein temps pour un seul journal comme «employees for hire». Dans ce cas, la maison d'édition est le détenteur de tous les droits tandis que l'individu n'a aucun droit sur l'œuvre. Par contre, le droit d'auteur sur un article écrit par un journaliste pigiste demeure la propriété de l'auteur individuel et le droit d'exploiter l'œuvre est gouverné par des termes contractuels.³ L'affaire *Tasini*, le sujet de cet article, a trait aux droits de ces auteurs pigistes, qui ne disposent pas du statut de salarié dans les sociétés qui publient leurs textes.

*Tasini c. New York Times*⁴ est une action en justice instituée par un groupe de journalistes pigistes contre le New York Times et d'autres maisons d'édition. Mettant fin à un long cheminement dans le système judiciaire, la Cour d'appel du 2e circuit de New York a accordé une victoire aux journalistes pigistes dans leur lutte contre les maisons d'édition concernant les droits de publication électronique. La question posée aux tribunaux était simple: qui détient le droit de publication dans des réseaux électroniques en l'absence d'entente contractuelle entre une maison d'édition et un journaliste pigiste? Se fondant sur une disposition de la *Loi sur le droit d'auteur* qui n'avait jamais encore été interprétée, la Cour d'appel du 2e circuit (New

York) a renversé le jugement de la Cour de district⁵ en décidant que les pigistes ne sont pas présumés avoir transmis le droit de publier leurs œuvres dans des réseaux électroniques parce que cet acte de diffusion n'était pas une «révision» d'une œuvre collective dans la *Loi sur le droit d'auteur* américaine.

La décision de la Cour d'appel était attendue avec impatience par les pigistes, après avoir perdu devant la Cour de district. En 1997, la Cour de district (Southern District of New York) avait interprété l'article 201(c)⁶ de la *Loi sur le droit d'auteur* dans une décision très controversée et défavorable aux pigistes. Le résultat de cette décision était effectivement de les déposséder d'une tranche majeure de leurs droits économiques. Certes, les autres tribunaux n'étaient pas obligés d'appliquer cette décision, mais cet arrêt était devenu une autorité persuasive en raison de l'analyse approfondie des questions et au fait que la décision provenait de New York, le centre des maisons d'édition aux États-Unis. En appel, la Court of Appeals a déclaré que les droits électroniques appartiennent à l'auteur et que les maisons d'édition devraient négocier pour ces droits, certainement un gain pour les pigistes.

Mais la portée de ce succès devant la cour n'est pas clair sur le plan pratique. Il est probable que, dans le futur, la supériorité économique des maisons d'édition les autorisera à un transfert des droits électroniques en leur faveur. Pour les droits des œuvres créées antérieurement à la décision, les pigistes ont gagné une victoire significative grâce à cette interprétation de la Cour d'appel. Avant d'analyser l'affaire *Tasini* devant les tribunaux, il faut considérer le contexte de cet arrêt. Bien qu'il soit question d'un groupe particulier de journalistes et de l'interprétation de leurs contrats, cette affaire soulève des questions profondes en ce qui concerne le droit de propriété des œuvres dans notre époque digitale.

2. La pratique journalistique à l'ère numérique

De nos jours, la technologie digitale a changé toutes les attentes et idées qui touchent notre conception du droit d'auteur. Ce moyen universel d'expression a bouleversé et déformé toutes les catégories du droit d'auteur. Maintenant, une œuvre - qu'elle soit musicale, artistique, littéraire - peut être transformée en format numérique. En raison de cette plasticité du média, la digitalisation a érodé d'autres bases fondamentales du droit d'auteur, en particulier l'idée centrale selon laquelle l'auteur détient la paternité d'une œuvre. Dans notre époque digitale, n'importe qui peut être un auteur et, en même temps, il est parfois difficile de déterminer qui est l'auteur d'un œuvre donnée. D'autre part, la digitalisation a permis la participation de tellement d'auteurs qu'il est difficile d'allouer les droits de propriété.⁷ De plus, la digitalisation a facilité la distribution des œuvres d'une ampleur sans précédent. Les réseaux digitaux, dont l'Internet est l'exemple principal, sont la manifestation de ce phénomène. Les bases de données massives numérisées qui se trouvent dans ces réseaux digitaux sont parmi les œuvres d'information de nos temps. On n'a qu'à comparer la quantité d'informations qui existe aujourd'hui dans les bases des données avec ce qui était disponible il y a deux décennies. En gros, la numérisation a permis une diffusion exponentielle d'œuvres de parfaite qualité et la possession de ces œuvres ainsi que leur accès sont la clé de notre économie d'information.

Le revers de ces développements technologiques est une diminution de contrôle progressive des auteurs sur leurs créations. Tous ces changements technologiques ont donc profondément affecté tous les concepts à la base de la *Loi sur le droit d'auteur*, dont l'objet est de protéger le droit de propriété des auteurs sur leurs créations.

Toutes les règles qui attribuent le droit de propriété aux auteurs étaient adaptées aux années soixante, une période où le mode de distribution de l'information était celui de copies imprimées. Au regard des technologies qui existaient dans les années soixante-dix, la loi de 1976 était déjà dépassée, même avant son entrée en vigueur le 1er janvier 1978. Malgré ses carences, la loi de 1976, était relativement progressiste, mais personne n'était capable de prédire les défis de l'âge numérique, qui a eu lieu deux décennies plus tard.⁸ Depuis ce temps, le Congrès américain a essayé périodiquement de réviser la *Loi sur le droit d'auteur*, mais ce projet était essentiellement un *patchwork*. Dans les années quatre-vingt-dix, il est devenu évident que cette loi progressiste était sérieusement dépassée dans sa capacité d'adaptation à une époque des réseaux numériques.⁹ Les nouvelles technologies de reproduction et diffusion des œuvres ont engendré une incertitude majeure et ont remis en cause l'interprétation des termes de fond du concept du droit d'auteur. L'arrêt *Tasini* constitue un excellent exemple de

cette tension ainsi que des questions originales engendrées par les nouvelles technologies, notamment sur les personnes susceptibles de profiter de l'exploitation des œuvres dans les grands réseaux numériques.

3. Œuvres collectives (*Collective Works*)

Afin de mieux comprendre le raisonnement du tribunal, il faut examiner la signification du concept «d'œuvre collective» («collective work») dans le contexte du droit d'auteur américain.

La loi définit l'œuvre collective («collective work») ainsi:

L'œuvre collective est une œuvre, telle qu'une publication périodique, une anthologie ou une encyclopédie, qui réunit dans un ensemble collectif un certain nombre de contributions, constituées en elles-mêmes d'œuvres séparées et indépendantes.¹⁰

Selon cette définition, une œuvre collective est composée de plusieurs contributions originales qui, en elles-mêmes, sont des œuvres individuelles assemblées par l'auteur de l'œuvre collective. En effet, la plupart des revues, journaux, et magazines sont des œuvres collectives.

Article 201(c) Contributions à des œuvres collectives. Le droit d'auteur sur chaque contribution individuelle à une œuvre collective est distinct du droit d'auteur sur l'œuvre collective dans son ensemble et il appartient à titre originaire à l'auteur de la contribution. En l'absence d'un transfert explicite du droit d'auteur sur l'œuvre ou de tout droit en découlant, le titulaire du droit d'auteur sur l'œuvre collective est présumé n'avoir acquis que le privilège de reproduire et de distribuer la contribution en tant qu'élément de cette œuvre collective déterminée, toute œuvre collective ultérieure de la même série. ¹¹

La *Loi sur le droit d'auteur* américaine partage le droit d'auteur entre l'auteur de l'œuvre collective et l'auteur ou auteurs des œuvres individuelles. Selon cette répartition, l'auteur de l'œuvre collective est le titulaire des droits dans l'arrangement et de toute autre matière qu'il a ajoutée, comme une préface ou autre rédaction. Sans d'autre entente contractuelle, l'auteur de l'œuvre collective a le droit de republier et réviser l'œuvre collective, mais il n'a aucun droit de reproduire les œuvres individuelles. Supposons qu'une revue publie un numéro contenant des articles écrits par dix auteurs différents sur un sujet comme la musique contemporaine. Dans cet exemple, le magazine est l'auteur de l'œuvre collective et les auteurs détiennent les droits sur l'exploitation de leurs articles individuels. Le magazine aura le droit de publier le numéro intégralement, comme livre ou sur microfiche. En tant que propriétaire de l'œuvre collective, le magazine peut même réviser l'œuvre, c'est-à-dire changer d'autres aspects de l'œuvre, comme ajouter de la publicité ou une préface, ou augmenter l'édition avec d'autres articles. Par contre, le magazine ne peut pas reproduire ou autoriser des tiers à publier les articles individuellement. La question principale dans l'affaire *Tasini* concerne l'envergure de l'interprétation du terme «révision» dans la *Loi sur le droit d'auteur*. Autrement dit, il s'agit de définir les limites du droit du titulaire de l'œuvre collective à réviser celle-ci.

4. L'arrêt *Tasini*

Entre 1990 et 1993, des auteurs pigistes ont publié 21 articles dans le *New York Times*, le *Sports Illustrated*, le *Newsday* et autres journaux. La plupart des contrats de ces auteurs avec les maisons d'édition étaient informels, plus spécialement le contrat verbal du *New York Times*. Normalement, les accords contractuels couvrent les termes d'exploitation de l'œuvre, y compris le sujet, la longueur, la date limite de soumission et les honoraires. En ce qui concerne le contrat avec le *New York Times*, il n'existait aucune clause concernant le transfert des droits.¹² En particulier, il n'y était fait aucune mention du droit de publier les œuvres électroniquement et c'est cette omission qui concerne ces droits qui est à l'origine de la controverse. Dans cette affaire, après avoir publié les articles en copie imprimée, les éditeurs ont vendu le contenu de leurs périodiques aux maisons d'édition électronique telles que MEAD Corporation et University Microfilms. MEAD est le propriétaire de NEXIS, un système en ligne d'extraction des textes. UMI fabrique des CD-ROM tel le *New York Times OnDisc*, contenant les articles publiés dans le *New York Times*. Les clients de NEXIS et autres services

en ligne avaient accès aux articles existant dans les grandes bases de données. Le résultat de la recherche consistait en une liste d'articles, identifiant le titre de chaque article et son auteur. Par la suite, les clients de Nexis/Lexis pouvaient lire le texte intégral de chaque article.

5. La décision de la Cour de district

Les demandeurs ont soutenu la position selon laquelle le transfert du droit d'auteur aux maisons de publication était limité et que les maisons d'édition avaient violé leurs droits d'auteur en autorisant les maisons d'édition à mettre leurs articles dans les bases de données électroniques. Tasini et d'autres pigistes ont intenté une action en justice contre le New York Times et d'autres maisons d'édition. Dans *Tasini c. New York Times*¹³. La Cour fédérale de New York (Southern District de New York) a décidé que, malgré le fait que les journalistes n'avaient pas accordé expressément aux maisons d'édition le droit d'exploiter les articles dans les bases de données électroniques, l'article 201(c) de la *Loi sur le droit d'auteur* donne le droit de disséminer les articles de cette manière. La Cour a déclaré que les publications électroniques n'étaient que des révisions périodiques originales et que les maisons d'édition n'avaient pas violé les droits d'auteur des journalistes selon les termes de cet article de la *Loi sur le droit d'auteur*.

Les auteurs pigistes étaient d'accord que le New York Times et les autres défendeurs avaient le droit de distribuer les articles dans une nouvelle publication de l'œuvre collective entière. Cela veut dire que le New York Times avait le droit de vendre l'article dans une nouvelle publication sur microfiches ou autres supports physiques. Les pigistes admettaient que, dans ce contexte, le New York Times et les magazines pouvaient republier l'œuvre collective comme telle, ou pouvaient faire une révision de l'œuvre collective. Par exemple, le magazine pouvait réarranger la séquence des articles ou écrire une nouvelle préface pour l'œuvre. En outre, les titulaires de l'œuvre collective pouvaient placer de la matière publicitaire dans chaque nouvelle révision. Toutes ces démarches étaient conformes au sens donné au droit de révision d'une œuvre collective.¹⁴ D'après les pigistes, ces activités s'inscrivaient dans les attentes typiques d'une époque de médias imprimés¹⁵. Par contre, les activités des maisons d'édition consistant en la combinaison des articles des pigistes avec d'autres articles provenant de différentes sources, ne ressemblaient pas à ces usages traditionnels au sens de l'article 201(c) de la *Loi sur le droit d'auteur*.¹⁶

L'argument fondamental des journalistes était que les activités ci-dessus mentionnées pratiquées par les maisons d'édition ne consistaient pas en une révision autorisée dans la mesure où les éditeurs, en effet, ne révisaient pas mais vendaient les articles individuels de l'œuvre collective. Ainsi, la vente des articles sans autorisation des écrivains pigistes était une violation des droits d'auteur.

Malgré la différence évidente entre la publication électronique et la publication traditionnelle de l'imprimerie, la Cour de district a accordé un jugement sommaire en faveur des maisons d'édition. La Cour de district a affirmé que la reproduction des contributions individuelles des pigistes n'était qu'une révision électronique de l'œuvre collective. La Cour admettait que ce prononcé privait les demandeurs de bénéfices économiques importants concernant l'exploitation de leurs créations, mais que seuls les changements technologiques étaient responsables de ce résultat et non pas une application incorrecte de l'article 201(c) de la *Loi sur le droit d'auteur*.

Certes, la Cour de district avait, dans un certain sens, raison parce que le Congrès américain, en rédigeant l'article 201(c), ne faisait pas référence à la réalité digitale qui existait alors à peine. Dans les années soixante, l'impact économique le plus immédiat sur les pigistes n'était pas les avancées dans la technologie des ordinateurs, mais la publication de leurs articles écrits pour un magazine et d'autres publications comme un livre. Le but de l'article 201(c) de la *Loi sur le droit d'auteur* était de protéger les écrivains contre le pouvoir des maisons d'édition qui auraient voulu distribuer les copies des articles en forme imprimée. L'article 201(c) a créé un équilibre entre les droits des pigistes de contrôler la republication individuelle de leurs œuvres et la permission donnée aux maisons d'édition de republier les éditions complètes dans un livre ou sur microfiches.

Le raisonnement de la Cour de district était que la publication de l'œuvre sous la forme de microfiches serait une republication permise dans un nouveau média. En outre, le langage justifie une interprétation large en ce qui concerne le titulaire de l'œuvre collective. D'après le tribunal, l'intention législative du Congrès américain était d'englober dans le droit d'auteur les technologies non conçues.¹⁷ Cela justifiait l'interprétation de la Cour sur le fait que l'article 201(c) de la *Loi sur le droit d'auteur* autorisait les publications électroniques comme «révisions», c'est-à-dire le média électronique comme nouveau média, mais qui ne diffère pas essentiellement des microfiches. En somme, c'est le même média avec certaines avancées technologiques.

6. Les contrats d'exploitation et le nouveau média: doit-on favoriser la dissémination des œuvres?

En interprétant l'article 201(c) de la *Loi sur le droit d'auteur*, la Cour se trouvait face à un dilemme parce qu'il y n'avait pas de jurisprudence antérieure concernant la question de savoir si l'exploitation électronique entraînait dans la définition du terme «révision» de l'œuvre collective. En plus, l'intention du législateur était obscure quant à l'étendue des droits du titulaire de l'œuvre collective vis-à-vis de ceux de l'auteur individuel. Dans cette situation d'incertitude, la Cour de district a fondé sa décision sur une politique qui favorise la dissémination de l'œuvre si les termes du contrat de licence n'existent pas ou sont ambigus. Cette doctrine concernant l'interprétation des contrats avait été articulée dans l'affaire *Bartsch c. MetroGoldwyn-Mayer* de la Cour fédérale de New York.¹⁸ La Cour, dans *Bartsch*, avait déclaré qu'une licence pour l'exploitation de l'œuvre faisait présumer que l'œuvre pouvait être exploitée dans tous les médias dont les parties avaient connaissance ou auraient dû prévoir au moment du contrat.

L'affaire *Tasini* illustre une question qui a «troublé» l'interprétation des contrats concernant le droit d'auteur: la détermination de l'étendue du droit d'exploitation pour les différents médias quand les contractants ne l'ont pas spécifiée avec précision. C'est une question récurrente dans l'interprétation des contrats dans le domaine du droit d'auteur aux États-Unis.

Ce problème résulte des changements technologiques rapides et révolutionnaires dans le monde des «communications média». Parfois, comme dans l'affaire *Tasini*, les contractants ne font pas mention du nouveau média. Dans d'autres cas, les contractants ne sont pas au courant de l'existence du nouveau média ou ne peuvent faire référence à un média qui n'existe pas encore. De manière générale, les tribunaux ont exprimé une politique neutre en ce qui concerne l'interprétation d'un nouveau média. En ce qui concerne les nouveaux usages, facilités par les nouvelles technologies non prévues ou envisagées au moment du contrat, les cours ont utilisé deux modes d'interprétation. Une vue conservatrice (interprétation étroite) préconise qu'une licence de droits pour tous médias n'inclut que les usages qui tombent dans un noyau non ambigu du sens du terme et tous les autres usages sont exclus.¹⁹ Cette interprétation, qui favorise le droit de propriété des auteurs, risque de décourager la distribution d'œuvres. Une deuxième approche, appelée l'approche libérale de l'interprétation des contrats, soutient que les droits d'exploitation s'appliquent aux usages qui peuvent tomber vraisemblablement dans le média décrit dans la licence.²⁰ Cette approche est plus favorable au concessionnaire et encourage la dissémination des œuvres. Certaines décisions ont appliqué des approches similaires à celles appliquées lors de la transition des films non parlés aux films parlés, puis à la télévision, puis aux vidéocassettes et, finalement, aux droits électroniques.²¹ Cependant, dans l'ensemble, la jurisprudence est incertaine concernant l'interprétation des usages dans les nouveaux médias.

A première vue, l'arrêt *Tasini* présente les mêmes questions d'interprétation des contrats en ce qui concerne le nouveau média et qui favorise la continuation de l'exploitation des œuvres dans un nouveau média. Cependant, l'arrêt *Tasini* diffère d'autres affaires dans ce domaine de deux façons principales. Premièrement, dans les arrêts comme *Bartsch*, le nouveau média n'existait pas au moment où les parties ont signé le contrat tandis que dans l'affaire *Tasini*, les parties contractantes étaient au courant de la distribution électronique. Deuxièmement, la *Loi sur le droit d'auteur*, par son article 201(c), a établi des règles à propos de la division des droits entre l'auteur d'une œuvre individuelle et celui de titulaire d'une œuvre collective.

La décision de la Cour de district dans l'affaire *Tasini* a été attaquée vigoureusement dans les communautés journalistiques pigistes.²² Certes, on peut avancer l'argument selon lequel la décision était injuste pour les journalistes et une aubaine pour les maisons d'édition. Les pigistes soutenaient que la *Loi sur le droit d'auteur* ne permettait que les révisions des œuvres collectives pour le même média. Cette idée est plausible mais le texte de la *Loi sur le droit d'auteur* est neutre sur le traitement du média et de la technologie.

Les pigistes ont interjeté un appel auprès de la Cour d'appel du 2e circuit. Comme précisé ci-après, ils ont persuadé la Cour d'appel que cette affaire n'avait rien à voir avec l'interprétation des contrats mais en était une d'interprétation d'un article de la *Loi sur le droit d'auteur*, dont le sens ne justifiait pas la manière dont les maisons d'édition avaient exploité leurs œuvres individuelles.

7. La décision de la Cour d'appel

En 1999, la Cour d'appel du 2e circuit a renversé la décision de la Cour de district.²³ Les pigistes avaient lieu d'être optimistes, quand on considère qu'entretemps la décision de la Cour de district a été unanimement dénoncée dans la communauté académique²⁴ et rejetée en 1998 par la Cour de district de Californie dans *Ryan c. Carl Corp.*²⁵ En décidant en faveur de *Tasini*, la Cour d'appel a ignoré les questions les plus larges concernant l'interprétation des nouveaux médias. Comme dans l'affaire *Ryan*, la Cour d'appel s'est concentrée sur le texte de l'article 201(c) de la *Loi sur le droit d'auteur*, dont le sens était clair. D'après la Cour, le terme «révision d'une œuvre collective» ne protège que les éditions d'un numéro, comme l'édition d'un journal.²⁶ Il protège l'usage d'une contribution individuelle dans une œuvre collective qui est un peu modifiée par rapport à l'original dans lequel l'article est initialement apparu. Mais les bases de données électroniques sont d'une qualité différente et ne sont pas compatibles avec la définition de révision de l'article 201(c) de la *Loi sur le droit d'auteur*. Premièrement, une base de données électronique peut contenir des centaines ou des milliers d'éditions de périodiques, y compris des journaux, revues, anthologies et encyclopédies. Ce privilège d'usage par les maisons d'édition, établi par l'article 201(c), est une exception à la règle générale du principe de base selon lequel le droit d'auteur appartient à l'auteur de la contribution individuelle.²⁷ Interpréter la notion de «révision de cette œuvre collective» de manière aussi large que le voulaient les maisons d'édition aurait pour résultat que l'exception l'emporterait sur la règle générale. L'article 201(c) ne permet pas à une maison d'édition de vendre une copie individuelle d'un article, même si cette maison d'édition n'offre pas tous les autres articles d'un numéro en même temps.²⁸ D'après la Cour, les éditeurs ne sont pas autorisés à accomplir indirectement, par le moyen du réseau électronique, ce qu'elles ne pouvaient pas faire directement, c'est-à-dire exploiter une œuvre individuellement. ²⁹

8. Les suites de l'arrêt *Tasini*

Certainement, la victoire des pigistes devant la Cour d'appel a été reçue par la communauté journalistique avec jubilation. Par contre, les maisons d'édition se sont plaintes de la décision qui peut les soumettre à des risques légaux et financiers. En particulier, les entreprises de médias qui ont rapidement profité de l'âge électronique et qui ont un vaste inventaire d'articles sur leurs bases de données ou sites Internet seraient obligées de réajuster leurs bases de données, une démarche qui pourrait être extrêmement coûteuse pour les maisons d'édition. Par exemple, les avocats de *Tasini* ont menacé les maisons d'édition d'une «injonction» les forçant à cesser l'usage des articles en question ou à fermer leurs bases de données. Il est peu probable que les grandes bases de données seront arrêtées mais cette possibilité existe.

Le montant des dommages et intérêts pour les pigistes est une question également difficile à résoudre. Par quelle mesure doit-on indemniser les journalistes pour l'exploitation de leurs articles déposés dans ces bases de données? Sur le plan pratique, il arrive souvent que les dommages subis par les demandeurs soient difficiles à prouver. Dans ce cas, la *Loi sur le droit d'auteur* est généreuse en donnant l'option à un demandeur de prouver les profits de la partie défenderesse.³⁰ En ce qui concerne les profits du défendeur, les demandeurs doivent prouver le revenu brut des maisons d'édition. Les maisons d'édition peuvent toutefois déduire les frais liés à la violation du droit d'auteur.³¹ De plus, le demandeur ne peut récupérer que les profits attribués à la violation du droit d'auteur et le rôle de la Cour est de déterminer les dommages et intérêts sur la base d'un pourcentage des profits qui résultent de la violation de droits d'auteur.

Dans le contexte de l'affaire *Tasini*, quel pourcentage de revenu net peut-on attribuer à l'usage des oeuvres des pigistes dans les bases de données des maisons d'édition?³² Probablement, le montant des dommages et intérêts résultera d'un choix arbitraire, mais cette approche est défaillante sur le plan juridique, qui prévoit normalement que les dommages intérêts représentent un gain réel. Malgré tout, selon la jurisprudence des dommages et intérêts, la précision mathématique n'est pas exigée quand il est impossible de le faire sur le plan pratique. Vu les complications juridiques et pratiques, la seule solution sera collective, gérée par un organisme, comme la Publication Rights Clearinghouse,³³ qui distribuera équitablement une somme d'argent fondée sur une formule de compensation approximative. Une solution est nécessaire pour conserver les ressources judiciaires et pour compenser adéquatement un grand nombre de journalistes divers. La plupart des journalistes n'avaient pas les moyens de poursuivre les maisons d'édition, surtout en ce qui concerne une petite compensation.

Espérons que les maisons d'édition et les journalistes pourront régler cette affaire à l'amiable. Le pire des scénarios dans cette situation serait que les maisons d'édition suppriment les articles de leurs bases de données et, parallèlement, que les journalistes ne soient pas rémunérés pour l'usage de leurs articles. Dans ce scénario, il n'y aurait que des perdants, les journalistes, les maisons d'éditions et, surtout, le public qui sera privé d'informations. À court terme, il y aura peu de gagnants dans l'affaire *Tasini*.

À long terme, il est douteux que l'affaire *Tasini* change les rapports entre pigistes et maisons d'édition. L'espoir majeur des pigistes et de leur syndicat, la National Writers Union, est un statut plus important pour la Publication Rights Clearinghouse, une société de perception basée sur le modèle ASCAP, qui gère le droits d'auteur des pigistes depuis 1996.³⁴ En fait, le PRC était déjà actif dans ce domaine et, après l'affaire *Tasini*, les maisons d'édition semblent, du moins en ce moment, plus ouvertes à des négociations qui puissent mener à une solution de grande envergure. Dans les sillons de *Tasini*, il est possible que les parties puissent trouver une solution pour toute l'industrie comme le PRC.³⁵ Mais le déséquilibre de pouvoir entre les pigistes et les maisons d'édition va persister avec une continuation des rapports contractuels qui ont existé depuis longtemps.

9. L'avenir : les rapports contractuels après l'affaire *Tasini*

Avant l'affaire *Tasini*, l'industrie de l'édition évitait largement les contrats écrits avec les pigistes. Cette pratique a changé subitement avec le premier arrêt *Tasini* en 1993, les maisons d'édition changeant leur politique en remplaçant uniformément leurs contrats informels par des contrats prévoyant les droits électroniques. Au moins, *Tasini* a accompli une chose: maintenant, tous les droits entre les éditeurs et les journalistes pigistes sont énumérés dans un contrat écrit qui spécifie avec précision les droits respectifs des parties. En effet, les forces de marché ont persuadé les maisons d'édition que les droits électroniques sont nécessaires, quoi qu'il adienne avec le résultat ultime de *Tasini*. Pour le moment, la plupart des maisons d'édition ont trois versions dans leurs contrats qui touchent les droits électroniques. Mais la capacité chez les pigistes de négocier des contrats d'exploitation favorables à leurs intérêts économiques est limitée par un déséquilibre du rapport de force avec les éditeurs, un déséquilibre qui n'a pas été corrigé par la victoire juridique des pigistes.

La manifestation de ce déséquilibre se manifeste dans la pratique contractuelle existant dans le monde journalistique avant l'affaire *Tasini*, où on trouve essentiellement trois formes de contrats.³⁶ La première forme, favorisée par les maisons d'édition, s'appelle simplement le contrat «tous droits». Certaines maisons d'édition imposent les contrats «tous droits», qui obligent les pigistes à céder leurs droits d'auteur aux maisons d'édition: ces contrats ont pour but d'éviter les problèmes des droits électroniques.³⁷ Les contrats «tous droits» accordent aux maisons d'édition le plus grand contrôle sur les œuvres de pigistes au prix le moins cher. Par exemple, une stipulation cruciale dans les contrats «tous droits» se présente ainsi : «Le journal est le détenteur de tous droits, y compris le droit d'auteur, dans vos articles et peut les réutiliser sans obligation de paiement supplémentaire.» Une autre forme de contrat «tous droits» confère aux éditeurs le droit d'exploiter les articles écrits par les pigistes «dans tout format ou média connu maintenant ou créé dans le futur». Souvent, les maisons d'édition, grâce à leur pouvoir économique, refusent toute négociation en offrant un contrat «tous droits». En effet, les pigistes doivent choisir le contrat «tous droits» pour être rémunérés.³⁸

La deuxième forme de contrat s'appelle «contrat de durée», également défavorable aux pigistes: ce contrat accorde aux maisons d'édition les droits exclusifs de tout usage pour une certaine durée et, après la durée prévue au contrat, les droits reviennent aux pigistes. À peine plus favorables pour les pigistes que les contrats «tous droits», les contrats de durée limitée ont le même effet que les contrats tous droits sur le plan pratique.³⁹ La maison récupère essentiellement toute la valeur de l'œuvre en vendant rapidement le périodique, journal ou magazine aux bases de données comme Lexis/Nexis ou d'autres services en ligne. Au moment où les droits reviennent aux pigistes, le droit d'auteur est dépourvu de toute valeur économique parce que n'importe quelle personne peut obtenir l'article sur Lexis/Nexis ou un site Internet.

La troisième sorte de contrat qui gouverne les droits électroniques s'appelle «contrat de paiements.» Favorisée par les pigistes, cette forme de contrat accorde aux journalistes une compensation pour les redevances «passées, présentes et futures» de l'exploitation électronique.⁴⁰ Les contrats de paiements, nettement plus favorables aux pigistes, ne sont pas aussi répandus que les formes variées du «tous droits», mais ils sont utilisés par certaines maisons d'édition. On les trouve chez Harper's Magazine, Nation, Science, et d'autres. Cette forme de contrat est soutenue vigoureusement par les pigistes et leurs syndicats, comme la National Writers Union et la Graphic Artists Guild.⁴¹ Après leur victoire, ces groupes ont renouvelé leur appel pour l'acceptation universelle de «contrats de paiements».

10. Conclusion

L'affaire *Tasini* est arrivée au moment où beaucoup de pigistes se trouvent dans une situation économique difficile. Dans les journaux de faible distribution, les salaires sont en baisse. La raison de ce phénomène est que les petits journaux sont absorbés par les grandes chaînes.⁴² Avec ces fusions, les petits journaux régionaux réduisent leurs effectifs de personnel ou cessent de paraître. Il y a simplement un besoin d'emploi moindre dans le monde journalistique et cette tendance va certainement continuer. Comparée aux petits marchés, la situation est beaucoup plus favorable dans les grandes villes. En effet, un fossé existe entre les petits marchés, avec leurs salaires décroissant, et la situation dans les grandes villes, où le nombre de nouveaux emplois augmente, surtout dans le nouveau média comme l'Internet.

Les pigistes ont souffert de ces tendances économiques défavorables. Ils étaient de plus particulièrement frustrés, voyant leurs articles diffusés sur les réseaux numériques, sans compensation. Avec *Tasini*, certains pigistes journalistes bien connus et d'autres, qui travaillent souvent pour les journaux de grande distribution, vont profiter de cette victoire juridique et, en même temps, essayer de négocier des «contrats de paiements». Malheureusement, pour la plupart des pigistes, l'affaire *Tasini* ne constituera qu'une victoire symbolique.

© Marshall Leaffer, 2000

* Distinguished Scholar in Intellectual Property Law and University Fellow Indiana University School of Law.

¹ À titre d'exemple, le New York Times Co. a investi à peu près 40 millions de dollars entre 1994 et 1997. En 1994, le NYT n'a réalisé que 10 pour cent de revenus de ses services électroniques. Maintenant, il a dépassé 25 pour cent. William Glaberson, «Times Company Plans Shift To More Electronic Media», (7 décembre 1994), *N.Y. Times*, à D1.

² Voir 17 U.S.C. §101 (*Work Made for hire*).

³ Pour une explication de qui est un «employee for hire» dans la doctrine «work made for hire», voir Marshall Leaffer, *Understanding Copyright Law* 3e éd. (1999) à l'article 5.3[B].

⁴ *Tasini c. New York Times Co. Inc.* 1999 WL 753966 (2e cir. 1999).

[5](#) *Tasini c. New York Times Co.*, 972 F.Supp. 804 (S.D.N.Y. 1997); *Tasini c. New York Times Co.*, 981 F.Supp. 841 (S.D.N.Y. 1997)

[6](#) 17 U.S.c. §201(c).

[7](#) Voir Marshall Leaffer, «Protecting Authors Rights in a Digital Age» (1997) *U. Tol.* pour une discussion de ces questions.

[8](#) Pour une excellente explication du processus législatif à propos de la *Loi sur le droit d'auteur* de 1976, voir Jessica Litman, «Copyright, Compromise and Legislative History», (1987), 72 *Cornell L. Rev.* 857 et Jessica Litman, «Copright Legislation and Technological Change», (1989), 68 *Or. L. Rev.* 275.

[9](#) La législature américaine a été très active et a adapté le droit d'auteur au défi digital, notamment *The Digital Millennium Copyright Act of 1998*, Pub. L. 105-304, 112 Stat. 2860 (1998)

[10](#) 17 U.S.C. §101.

[11](#) 17 U.S.C. § 201(c).

[12](#) En comparant avec Sports Illustrated, on constatera que certains contrats, y compris ceux que les auteurs ont formalisés avec Sports Illustrated et Newsday, ont précisé que Newsday avait le droit de reproduire dans les archives bibliothèques électroniques. Les relations avec Sports Illustrated étaient formalisées dans un contrat précis qui portait transfert de trois droits : (1) le droit exclusif de première publication de l'article dans le magazine (2) le droit non-exclusif de republier l'article dans d'autres publications sous condition que l'auteur soit payé par compensation supplémentaire (3) le droit non-exclusif de republier l'article sous condition que l'auteur soit compensé.

[13](#) 972 F. Supp. 804 (S.D.N.Y. 1997).

[14](#) Voir H.R. Report No 94-1476, at 122-23 (1976).

[15](#) *Tasini*, 972 F. Supp. 804 à 816.

[16](#) *Id.* at 823.

[17](#) *Id.* at 826.

[18](#) 391 F.2d 150 (2e cir. 1968).

[19](#) *Cohen c. Paramount Pictures Corp.* 845 F.2d 851 (9th Cir. 1988) (un terme du contrat qui donnait le droit d'exposer un film «moyen de télévision» ne donnait pas le droit de distribuer les vidéocassettes).

[20](#) Voir Sidney Rosenzweig, «Don't Put My Article Online! Extending Copyright's New Use Doctrine To the Electronic Publishing Media and Beyond», (1995), 43 *U.Pa.L.Rev.* 899.

[21](#) Voir *Platinum Record Co., Inc. c. Lucasfilm, Ltd.*, 566 F. Supp. 226 (D.N.J. 1983) et *Boosy & Hawkes Publishers, Ltd. c. The Walt Disney Co.*, 145 F.3d 481 (2e cir. 1998).

[22](#) Voir <http://nwu.org>, le site Internet de la National Writers Union, le syndicat des pigistes, pour des documents à propos de l'affaire *Tasini*. *Tasini* lui-même était le président de la National Writers Union.

- 23 *Tasini c. New York Times Co., Inc.* 1999 WL 75966 (2e cir.(N.Y.)) ___ F.3d ___ (2d. 1999).
- 24 Voir, par exemple, Frank H. Smith, «Tasini v. New York Times Co.: A Copyright, or Right to Copy?» (1998), 32 *New Eng. L. Rev.* 1093 et Laurie A. Santelli, «New Battles Between Freelance Authors and Publishers in the Aftermath of Tasini v. New York Times», (1998), 7 *J.L.& Pol'y* 253.
- 25 972 F.Supp. 804 (S.D.N.Y. 1997).
- 26 *Tasini*, précité.
- 27 *Tasini*, précité.
- 28 *Tasini*, précité.
- 29 *Tasini*, précité.
- 30 17 U.S.C. article 504(b).
- 31 *Cream Records c. Jos. Schlitz Brewing Co.* 754 F.2d 826 (9e cir. 1985).
- 32 *Sheldon c. Metro-Goldwyn Pictures Co.* 309 U.S. (1940).
- 33 Voir «Frequently Asked Questions about PRC» à <http://www.nwu.org/prc/prcfaq.htm>.
- 34 Voir «Déclaration de Jonathan Tasini» à [http://www. Nwu.org/tvt/9909pr.htm](http://www.Nwu.org/tvt/9909pr.htm).
- 35 Voir (4 octobre 1999), *Publisher's Weekly*.
- 36 Pour une discussion de contrats dans le domaine journalistique voir Thomas Landry, «Roundtable on Electronic Rights», 20 *Colum-VLA J. L. & Arts* 605 (1996).
- 37 Voir John B. Kennedy & Shoshana R. Dweck, «Publishers, Authors Battle Over Electronic Rights: Debate Over Allocation of Rights and Money Sparks Lawsuits and Birth of Author's Registry», (28 octobre 1996) *Nat'l L.J.*, à la page C17.
- 38 Christia Ianzito, «Who Owns That On-line Story?», (15 mai 1997), *Columbia Journalism Review*.
- 39 Voir Matt McAllester, «Life in Cyberspace: Contract Threatens Free-lancers' Right to Resell Articles», (30 mars 1997), *Newday*, à la page A43.
- 40 Voir Landry supra note 36 à 615.
- 41 Id. à 607.
- 42 Voir «Small Markets, Small Paychecks», (juillet/août 1999), *Columbia Journalism Review*.