

COMMENTAIRE

Robertson c. Thomson Corp. :
Un commentaire sur le droit des pigistes à la lumière de
l'intervention de la Cour suprême du Canada

Daniel Gervais*

DANS UNE DÉCISION RENDUE LE 12 OCTOBRE 2006 LA COUR SUPRÊME s'est penchée sur les droits des employées et journalistes pigistes du *Globe & Mail* de s'opposer à la reproduction de leurs articles sur un CD-ROM contenant plusieurs éditions du quotidien et dans une base de données en ligne disponible en ligne. L'affaire fait suite à la « certification » en Ontario d'un recours collectif des journalistes contre le *Globe*. La Cour suprême a tranché à cinq contre quatre que les pigistes (mais pas les employés) pouvaient s'opposer en vertu de la *Loi sur le droit d'auteur*, à la republication de leurs articles sur internet, mais pas sur CD-ROM. La décision majoritaire reconnaît le droit d'auteur des pigistes, mais accorde au journal le droit de publier le recueil que constitue le quotidien. Elle considère que le quotidien est reproduit sur le CD-ROM, mais pas dans la base de données car les articles y sont « décontextualisés ». Les quatre juges dissidents estiment que le *Globe* n'avait pas à obtenir l'autorisation des journalistes, même pour la publication sur internet, en invoquant notamment des considérations relatives à l'intérêt général et le risque que le *Globe* retire tout simplement les articles des pigistes. Étonnamment, la Cour passe pratiquement sous silence la relation contractuelle qui existait bien évidemment entre les pigistes et le *Globe*. L'affaire a aussi soulevé un point de procédure inusité. Le juge Rothstein, qui n'avait pas encore été nommé à la Cour lors de l'audition de l'affaire, a en effet enregistré le vote décisif après visionnement des bandes vidéo.

IN A DECISION RENDERED 12 OCTOBER 2006, THE SUPREME COURT examined whether *The Globe and Mail* staff writers and freelancers could object to the reproduction of their articles on a CD-ROM containing several editions of the newspaper and in an online database. This case follows from the certification in Ontario of a class action by journalists against *The Globe and Mail*. In a majority decision of five to four, the Supreme Court held that freelancers (but not staff writers) could object to the reproduction of their articles on the internet, but not on a CD-ROM, under the *Copyright Act*. The majority acknowledged the copyright of freelancers, but authorized the newspaper to publish the collection that constitutes the newspaper. In its view, the newspaper is reproduced on the CD-ROM, but not in the database since articles are decontextualized. The four dissenting judges held that the *Globe* was not required to get permission from journalists, even for a publication on the internet, relying namely on general interest considerations as well as the risk that the *Globe* would simply remove freelancers' articles. Strangely, the Court says virtually nothing about the contractual relationship that obviously existed between the freelancers and the *Globe*. An unusual procedural issue was also raised. Justice Rothstein, who had not yet been appointed at the time of this hearing, cast the decisive vote after viewing the video recording of the proceedings.

Copyright © 2006 by Daniel Gervais.

* Chaire de recherche de l'université en propriété intellectuelle et professeur Osler de droit de la propriété intellectuelle et de la technologie, Faculté de Droit (Common Law), Université d'Ottawa. L'auteur remercie ses collègues Elizabeth Judge et Mistral Goudreau, co-auteurs du livre *Droit de la propriété intellectuelle* (Carswell/Yvon Blais, 2006) ainsi que Me Mario Bouchard, Avocat général de la Commission du droit d'auteur, pour leurs commentaires sur la première ébauche de ce texte. Les opinions exprimées n'engagent que l'auteur.

603	1. INTRODUCTION
604	2. PROCÉDURE INUSITÉE
604	3. LA DÉCISION
604	3.1 <i>Qui est l'auteur de l'œuvre?</i>
605	3.2 <i>La portée des droits des pigistes</i>
606	3.3 <i>Originalité de l'œuvre collective</i>
608	4. ANALYSE
608	4.1 <i>Les deux faces de l'article 3</i>
609	4.2 <i>Le pigiste en situation contractuelle</i>
610	4.3 <i>Reproduction du « journal »</i>
612	4.4 <i>Neutralité du support</i>
612	5. POLITIQUE DU DROIT D'AUTEUR
613	6. CONCLUSION

Robertson c. Thomson Corp. : Un commentaire sur le droit des pigistes à la lumière de l'intervention de la Cour suprême du Canada

Daniel Gervais

1. INTRODUCTION

LA COUR SUPRÊME A RENDU LE 12 OCTOBRE 2006 une décision très attendue dans les milieux du droit d'auteur dans l'affaire *Robertson c. Thomson Corp*¹. Les faits de l'affaire étaient en substance les suivants : des journalistes pigistes et d'autres employés du *Globe & Mail* poursuivaient l'éditeur du quotidien bien connu, car ils s'objectaient à la publication sur CD-Rom et sur internet d'articles publiés à l'origine (et avec leur consentement) dans l'édition papier du journal. Selon la Cour, le CD-ROM reprend en quelque sorte les éditions quotidiennes du journal², alors que sur internet, l'éditeur choisit certains articles de l'édition papier et les ajoutent à la base de données. Cette base de données ne reproduit donc pas le format de chaque édition quotidienne, mais les amalgame sans plus.

L'appelante, Heather Robertson, qui a obtenu la « certification » d'un recours collectif au nom de tous les collaborateurs du *Globe* sauf ceux décédés avant 1944³, avait aussi présenté une requête pour obtenir un jugement sommaire partiel et une injonction interdisant l'utilisation de ses œuvres dans les bases de données, sollicitant un jugement en son nom et en celui d'un employé du *Globe*.

La Cour suprême a tranché à cinq contre quatre que les pigistes (mais pas les employés) pouvaient s'opposer en vertu de la *Loi sur le droit d'auteur*⁴, à la republication de leurs articles sur internet, mais pas sur CD-Rom. Les quatre juges dissidents ont jugé que le *Globe* n'avait pas à obtenir l'autorisation des

1. *Robertson c. Thomson Corp.*, 2006 CSC 43, <<http://scc.lexum.umontreal.ca/fr/2006/2006csc43/2006csc43.html>>, [2006] 2 R.C.S. 363 [*Robertson*].

2. *Ibid.* au para. 52 :

Lorsqu'il visualise un article sur CD-ROM après avoir cherché une édition particulière, les autres articles de cette édition quotidienne s'affichent dans le cadre situé à droite de l'écran. Pour qu'une reproduction soit reconnue comme telle, il n'est pas nécessaire qu'elle représente une réplique ou une photocopie de l'original. Il faut cependant qu'elle demeure fidèle à l'essence de l'œuvre originale. À notre avis, les CD-ROM remplissent cette condition en offrant aux utilisateurs un condensé des éditions quotidiennes du journal.

3. Voir *Robertson v. Thomson Corp.* (1999), 43 O.R. (3d) 161 (Div. gén.).

4. *Loi sur le droit d'auteur*, L.R.C. 1985, ch. C-42 <<http://laws.justice.gc.ca/fr/c-42/230307.html>> [la Loi].

journalistes, même pour la publication sur internet. Ce faisant, elle rejetait l'appel de la décision de la Cour d'appel de l'Ontario⁵ (à deux contre un) et accueillait en partie l'appel incident du *Globe*.

*

2. PROCÉDURE INUSITÉE

CETTE DÉCISION A SOULEVÉ UN POINT de procédure important. Selon le dossier de la Cour, les juges en sont arrivés à une décision le 10 avril 2006 qui, on peut le présumer, était une égalité des voix (4 contre 4). Le juge Rothstein, nommé à la Cour le 1^{er} mars 2006, soit après l'audition de l'affaire le 6 décembre 2005, a été invité à participer à la décision. Utilisant une procédure inusitée, la Cour avait rendu une ordonnance de visionnement des bandes vidéo et de nouvelle audition⁶, ce qui a suffi pour que l'honorable Rothstein participe à la décision et enregistre le vote décisif.

*

3. LA DÉCISION

SUR LE FOND, LA QUESTION CENTRALE se divise en deux branches : en premier lieu, les auteurs des articles ont-ils sur ceux-ci un droit d'auteur opposable à l'éditeur; en second lieu, et dans l'affirmative, ce droit leur permet-il d'interdire la publication sur CD-ROM et la mise en disposition en ligne (sur internet) de ces articles?

3.1. Qui est l'auteur de l'œuvre?

S'agissant de la première question, en principe l'auteur d'une œuvre littéraire (comme un article de journal) est le premier titulaire du droit d'auteur sur celle-ci⁷. Le paragraphe 13(3) de la Loi qui était au cœur du litige prévoit ce qui suit :

Lorsque l'auteur est employé par une autre personne en vertu d'un contrat de louage de service ou d'apprentissage, et que l'œuvre est exécutée dans l'exercice de cet emploi, l'employeur est, à moins de stipulation contraire, le premier titulaire du droit d'auteur; *mais lorsque l'œuvre est un article ou une autre contribution, à un journal, à une revue ou à un périodique du même genre, l'auteur, en l'absence de convention contraire, est réputé posséder le droit d'interdire la publication de cette œuvre ailleurs que dans un journal, une revue ou un périodique semblable*⁸ [italiques ajoutés par l'auteur].

5. *Robertson v. Thomson* (2004), 72 O.R. (3d) 481 (C.A.), <<http://www.ontariocourts.on.ca/decisions/2004/october/C38148.htm>>.

6. Le juge Major était présente à l'audition mais suite à sa retraite n'a pas pris part à la décision. Dossier de la CSC 30644. Nouvelle audition le 18 avril 2006. Selon le greffe de la Cour, l'ordonnance de nouvelle audition datée du 7 avril 2006 prévoyait ce qui suit : « La Cour procédera, du consentement des parties, à une nouvelle audition de l'appel en lisant la transcription de l'audience du 6 décembre 2005 et en visionnant la vidéocassette de celle-ci. Si des questions se soulèvent pendant la nouvelle audience, elles devront être soumises par écrit aux avocats des parties, qui se verront accorder la possibilité de répondre et répliquer par écrit dans les délais prescrits par la registraire. Nouvelle audience ordonnée ». Voir <http://205.193.81.30/information/cms/docket_f.asp?30644>.

7. Loi, *supra* note 4, art. 13(1).

8. *Ibid.*, art. 13(3).

Les opinions majoritaire et minoritaire s'entendent sur le fait que les journalistes *employés* n'avaient pas le droit de s'opposer à l'utilisation de leurs articles. La Cour a estimé que les employés du *Globe* n'avaient pas tenté de s'opposer à la publication en ligne. La Cour exprime néanmoins, en *obiter*, le point de vue selon lequel le paragraphe 13(3) aurait pu s'appliquer car, selon la décision majoritaire, la base de données électronique du *Globe* n'est pas un « journal, une revue ou un périodique semblable » au sens de où l'entend la seconde partie de cette disposition⁹.

Ayant ainsi évacué le problème des employés (on peut regretter que la Cour ne nous ait pas éclairé davantage sur le sens à donner au paragraphe 13(3) et sur la nécessité pour le journaliste employé de s'objecter *en amont* à la republication pour que la Loi opère en sa faveur), restait celui des pigistes. Semblant tenir pour acquis, à juste titre, que les pigistes ne sont pas des employés au sens de la Loi¹⁰, la Cour analyse ensuite leurs droits face à l'éditeur du journal.

3.2. La portée des droits des pigistes

Le point de départ de l'analyse est irréfutable : les pigistes ont un droit à opposer au journal, puisqu'ils demeurent titulaires de leur droit d'auteur. Ce droit est contenu pour l'essentiel au paragraphe 3(1) de la Loi :

3(1) Le droit d'auteur sur l'oeuvre comporte le droit exclusif de produire ou reproduire la totalité ou une partie importante de l'oeuvre, sous une forme matérielle quelconque, d'en exécuter ou d'en représenter la totalité ou une partie importante en public et, si l'oeuvre n'est pas publiée, d'en publier la totalité ou une partie importante; ce droit comporte, en outre, le droit exclusif :

- a) de produire, reproduire, représenter ou publier une traduction de l'oeuvre; [...]
- f) de communiquer au public, par télécommunication, une oeuvre littéraire, dramatique, musicale ou artistique;

[...]

Est inclus dans la présente définition le droit exclusif d'autoriser ces actes¹¹.

La divergence d'opinion la plus importante entre les opinions majoritaire et minoritaire porte sur la nature de ce qui est reproduit. Selon la majorité, la base

9. *Robertson*, *supra* note 1 au para. 63 : « Sans pour autant conclure en ce sens, nous croyons qu'en conséquence, et essentiellement pour les mêmes motifs, ces bases de données ne sauraient être considérées comme des journaux, des revues ou d'autres périodiques semblables pour l'application du par. 13(3) ».

10. Les critères au sens de la Loi pour déterminer si une personne est « employée » sont les suivants : 1) qui est le propriétaire des outils utilisés, 2) qui contrôle ou dirige (existence d'un rapport de subordination), 3) si l'auteur assume tout ou partie des risques de l'entreprise (profit ou perte), et 4) dans quelle mesure l'auteur s'intègre dans l'entreprise de « l'employeur ». Voir *Amusements Wiltron c. Mainville*, [1991] R.J.Q. 1930, 40 C.P.R. (3d) 521 (C. S. Qué.) au para. 18. Il semble en effet qu'un journaliste indépendant qui soumet des articles à un journal qui peut les refuser n'est pas « employé ».

11. Loi, *supra* note 4, art. 3(1).

de données ne reproduit pas le *journal* (tel que publié comme quotidien), mais plutôt les *articles* pris individuellement. Ainsi, en produisant sa base de données, le *Globe* ne reproduit pas le journal sur lequel il a des droits, mais les œuvres de pigistes, dont il viole par conséquent les droits. Selon l'opinion dissidente, la base de données reproduit la substance du journal et ne requiert donc pas l'autorisation des pigistes. Les deux opinions s'accordent cependant sur le fait que le CD-ROM, qui reproduit le quotidien (dans la mesure où lorsqu'on accède à un article les autres articles parus la même journée sont mentionnés), est une reproduction par l'éditeur du *journal* et, partant, ne requiert pas l'autorisation des pigistes.

Selon la majorité, la question centrale peut être formulée ainsi :

La véritable question à résoudre reste donc celle de déterminer si les bases de données électroniques qui contiennent les articles du *Globe* reproduisent le journal ou si elles reproduisent simplement les articles originaux. Les éditeurs peuvent reproduire une partie importante du recueil sur lequel ils possèdent un droit d'auteur; mais ils enfreignent la *Loi sur le droit d'auteur* s'ils reproduisent une œuvre individuelle sans le consentement de son auteur, titulaire du droit d'auteur à son égard. Pour répondre à cette question, il faut décider si l'« originalité » reproduite revient à l'auteur pigiste seulement ou aux éditeurs, les auteurs du recueil [...] ¹².

Et elle y répond ainsi :

L'article 3 de la *Loi sur le droit d'auteur* accorde au titulaire du droit d'auteur le droit de reproduire la totalité ou une partie importante de l'œuvre. En conséquence, le choix original peut constituer, à lui seul, une partie importante d'un journal, dans la mesure où l'on conserve l'essence du journal, c.-à-d. ce qui confère au recueil l'originalité requise pour qu'un droit d'auteur s'y rattache ¹³.

3.3. Originalité de l'œuvre collective

Pour bien comprendre cette décision, il faut partir du point de vue (que les deux opinions partagent) que nous en sommes en présence de deux catégories d'œuvres (et donc de deux droits d'auteur ¹⁴) à savoir, d'une part, des articles considérés comme œuvres littéraires, et une série de « recueils », à savoir chaque édition du *Globe*. Un recueil est une « œuvre composée, en parties distinctes, par différents auteurs ou dans laquelle sont incorporées des œuvres ou parties d'œuvres d'auteurs différents » ¹⁵. La Loi englobe dans la définition du terme « recueil » les « journaux, revues, magazines ou autres publications périodiques » ¹⁶. Or, la propriété de ces deux catégories d'œuvres est différente. En effet, ce sont les pigistes qui détiennent le droit d'auteur sur chacun de leurs articles, mais le *Globe* qui détient le droit d'auteur sur le recueil quotidien appelé *Globe & Mail*.

12. Robertson, *supra* note 1 au para. 34.

13. *Ibid.* au para. 38.

14. *Ibid.* au para. 31 : « Nous nous trouvons donc devant deux droits d'auteurs différents, mais qui se chevauchent. »

15. Loi, *supra* note 4, art. 2.

16. *Ibid.*

Une œuvre au sens de la Loi doit résulter de choix dans le processus de création qui ne sont ni mécaniques ni triviaux¹⁷. La présence de ces choix créateurs ne fait aucun doute pour les articles. En ce qui concerne le recueil, en revanche, comme pour toute collection ou¹⁸ compilation, il faut que l'auteur démontre qu'il a choisi ou arrangé le contenu du recueil de façon non mécanique et non triviale. Dans *Robertson*, les deux opinions concordent sur le fait que le *Globe* choisit les articles qu'il publie chaque jour et les arrange de façon originale dans son édition quotidienne¹⁹. Il y a donc originalité. Mais les opinions divergent lorsque le regard se porte sur la base de données. La majorité est d'avis que la base ne reproduit pas les choix de l'éditeur et, par conséquent, conclut que le recueil (journal) n'est pas reproduit dans la base de données. Selon cette opinion, la « véritable originalité d'un journal réside dans son contenu rédactionnel, car c'est le choix des textes, et les textes eux-mêmes, qui touchent le cœur et l'esprit des lecteurs »²⁰. Elle ajoute que dans la base de données, les articles sont décontextualisés et conclut donc que la base de données ne reproduit pas le recueil, seulement les articles qu'il contient (et sur lesquels les pigistes ont conservé leurs droits)²¹ :

Nous convenons aussi avec les éditeurs que leur droit de reproduction d'une partie importante du journal comporte celui de reproduire le journal sans annonces publicitaires, graphiques et tableaux, ou de modifier sa présentation et sa police de caractères. Mais on ne saurait pour autant en décontextualiser les articles à tel point que la manière dont on les présente ne préserve pas leur lien intime avec le reste du journal. Dans Info Globe Online et CPI.Q, les articles tirés d'une édition quotidienne donnée du *Globe* sont stockés et présentés dans une base de données avec des milliers d'autres articles publiés dans des périodiques différents et à des dates diverses. De plus, ces bases de données croissent et se transforment quotidiennement à mesure que l'on y verse des articles. Elles ressemblent davantage à des banques d'articles individuels qu'à des reproductions du *Globe*. Nous estimons donc que l'originalité des articles rédigés à la pige est préservée, mais non celle des journaux²².

De là, il n'y a qu'un pas à franchir pour juger, comme le fait l'opinion majoritaire, que le droit d'auteur des pigistes a été violé.

Selon la dissidence, la base de données reproduit en substance le journal puisqu'elle reproduit le choix des articles et donc l'originalité du recueil :

17. Voir *CCH c. Barreau du Haut-Canada*, 2004 CSC 13, <<http://scc.lexum.umontreal.ca/fr/2004/2004csc13/2004csc13.html>>, [2004] 1 R.C.S. 339, aux paras. 16, 24, 25, 88.

18. *Robertson*, supra note 1 aux paras 36–38.

19. *Ibid.* au para. 37 : « Les éditeurs sont titulaires du droit d'auteur sur leurs journaux, dont chacun constitue un recueil original de différents éléments. »

20. *Ibid.* au para 39.

21. La majorité note le débat à l'audition sur la question de savoir s'il faut mesurer l'originalité de la base à l'entrée des données (au moment où on peut prétendre que l'originalité du journal, dont on copie une partie substantielle dans la base chaque jour, est en quelque sorte transférée à la base) ou à la sortie des données, lorsque l'utilisateur cherche un article dans la base. Comme le note l'opinion majoritaire, c'est un faux débat. Il faut regarder la base à un moment *t* et décider si elle est originale. L'opinion dissidente cherche d'ailleurs à confirmer l'originalité de la base en soulignant que le choix des articles dans la base (effectué par l'éditeur) est en soi générateur d'originalité.

22. *Robertson*, supra note 1 au para. 41.

Si les éditeurs convertissaient en version électronique chaque article d'une édition donnée en le plaçant dans son propre fichier électronique, en inscrivant sur chaque article électronique la page et la date de sa parution, et en transférant tous ces fichiers sur une disquette ou en les joignant à un courriel, le faisceau d'articles électroniques qui en résulterait constituerait manifestement une reproduction électronique d'une 'partie importante [du journal de ce jour-là,] sous une forme matérielle quelconque'.

Si l'on veut que la neutralité du support ait un sens, elle doit permettre aux éditeurs de convertir la version imprimée de leur quotidien en version électronique. [...]

[L]a décision des éditeurs d'organiser le contenu d'une édition électronique en utilisant les articles individuels, parce qu'ils représentent les unités les plus pratiques et les plus faciles d'accès, n'a rien de spécieux. Cette analyse vaut même si plusieurs de ces éditions électroniques hypothétiques sont regroupées. Il s'agit simplement de l'équivalent électronique d'éditions papier d'un journal empilées sur une tablette²³.

La dissidence souligne ici à juste titre, comme l'opinion majoritaire²⁴, qu'il ne faut pas tenir compte de la nature du support. L'œuvre existe indépendamment de celui-ci et le fait qu'un article ou un recueil soit reproduit sur papier ou en forme électronique ne change rien à l'analyse.

★

4. ANALYSE

4.1. Les deux faces de l'article 3

AVANT DE TRAVERSER L'ARTICLE 3 DE LA LOI, qui énonce les droits économiques de l'auteur, il faut regarder des deux côtés de la rivière. En aval, soit *après publication*, la relation qui existe entre le *Globe* et le lecteur qui achète une copie papier du quotidien est un contrat de vente du bien tangible que constitue le journal (papier). Le droit de propriété du lecteur sur cet exemplaire (tangible) lui permet d'en disposer à sa guise comme bien meuble (chatel)²⁵. S'agissant du contenu, la Loi permet au lecteur (propriétaire de l'exemplaire) de (a) faire une utilisation équitable des articles et du recueil que constitue le journal²⁶; (b) de reproduire une partie non substantielle de chaque œuvre²⁷; et (c) d'utiliser ces

23. *Ibid.* aux paras. 85–91.

24. Voir *ibid.* au para. 48 : « ...nous sommes conscients du principe de la neutralité du support applicable sous le régime de la *Loi sur le droit d'auteur*. Nous reconnaissons d'ailleurs que ce principe ne permet pas de conclure à la violation du droit d'auteur simplement parce que les outils de recherche sont devenus plus efficaces que par le passé. Cela dit, la concentration de l'analyse sur la nature des données d'entrée, au nom de la neutralité du support, exagère la portée de ce principe et, en définitive, en modifie fondamentalement la nature ».

25. Et même d'en transférer l'encre sur un autre support. Voir *Théberge c. Galerie d'Art du Petit Champlain Inc.*, 2002 CSC 34, <<http://scc.lexum.umontreal.ca/fr/2002/2002csc34/2002csc34.html>>, [2002] 2 R.C.S. 336 [Théberge].

26. Voir *Théberge*, *ibid.* et la Loi, *supra* note 4, arts. 29.1, 29.2.

27. Voir la Loi, *ibid.*, art. 3(1). Cela permet donc, par exemple, d'en citer de courts extraits sans autorisation.

deux œuvres de la façon prévue par la Loi dans certains cas particulier (en particulier pour l'enseignement²⁸). Il n'y pas normalement pas de relation contractuelle qui modifie ces droits dont dispose le lecteur²⁹.

4.2. Le pigiste en situation contractuelle

Il faut considérer la relation entre l'auteur pigiste et le journal, de façon différente, soit en amont de la publication. *Il existe indéniablement un contrat* entre le pigiste et le journal. Les parties peuvent prévoir dans ce contrat les conditions d'utilisation de l'œuvre du pigiste. Si le contrat est établi par écrit, il peut avoir cession (transfert) du droit d'auteur du pigiste au journal ou concession d'un droit exclusif d'utilisation (« licence exclusive »)³⁰. Pour interpréter ce contrat, il faut étudier les pratiques pertinentes et les attentes raisonnables des parties eu égard à ces pratiques³¹.

La Loi s'efface en général en présence d'un contrat. Elle établit notamment certains principes qui détermineront le contenu d'un contrat en l'absence de clauses à l'effet contraire. Parmi les clauses obligatoires, on notera :

- l'obligation d'avoir un contrat écrit pour céder un droit d'auteur ou concéder une autorisation exclusive d'utilisation (articles 13(4) et 13(7)),
- le fait que la cession des droits économiques n'emporte pas renonciation au droit moral (article 14.1(3)) et
- la réversibilité d'une cession 25 ans après la mort de l'auteur (article 14.1).

Parmi les clauses « par défaut », on notera :

- le transfert de la propriété du droit d'auteur à l'employeur (article 13(3)—sous réserve du droit de l'employé, si l'œuvre est un article, de s'opposer à la publication ailleurs que dans un journal),
- la propriété des droits sur une gravure, photographie ou portrait commandée au client à l'auteur qui a payé l'œuvre (article 13(2)),

28. *Ibid.*, arts. 30–32.2.

29. La situation est en train d'évoluer avec internet, car l'utilisateur de l'œuvre n'obtient pas un exemplaire physique et ne dispose donc pas d'un droit de propriété sur celui-ci, mais en outre on lui demande fréquemment de renoncer par « contrat » au droit d'utilisation d'équitable. Voir Lucie Guibault, *Copyright Limitations and Contracts : An Analysis of the Contractual Overridability of Limitations on Copyright* (Hague : Kluwer Law International, 2002) aux pp. 198–214; et Éric Franchi, « Florilège de principes contractuels liés à la création, à l'acquisition et à l'exploitation d'actifs de propriété intellectuelle dans un contexte de nouvelle économie dans Vincent Gautrais (éd.), *Droit du commerce électronique* (Montréal : Thémis, 2002) 421–452 aux pp. 450–452. Une décision états-unienne confirmant la validité d'une telle licence dans l'affaire *ProCD, Inc. v. Zeidenberg*, 86 F.3d 1447 (7th Cir. 1996), <<http://laws.lp.findlaw.com/7th/961139.html>> aux pp. 1449, 1452–1453 a fait couler beaucoup d'encre. Voir notamment Neil W. Netanel, « Copyright and a Democratic Civil Society » (1996) 106:2 Yale Law Journal 283 à la p. 383 :

Judge Easterbrook made clear that, in his view, copyright limitations, no less than entitlements, are freely abrogable by market actors. Coupled with the White Paper's support for the displacement of copyright by online licensing, Judge Easterbrook's opinion represents a significant and ominous incursion of the neoclassicist approach into the digital arena.

30. Loi, *supra* note 4, art. 13(4). Il s'agit d'une condition de fond et non de forme. Voir *Motel 6, Inc. c. No. 6 Motel Ltd.*, [1982] 1 C.F. 638, 56 C.P.R. (2^e) 44 (C.F. 1^{re} inst.).

31. Comme l'a d'ailleurs réaffirmé récemment la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick : « ... a custom will not be incorporated into a contract as an implied term unless the term is reasonably certain and notoriously accepted within the commercial world in which the parties contract ». *Boyd v. Cormier*, 2006 NBCA 24, <<http://www.canlii.ca/nb/cas/nbca/2006/2006nbca24.html>>.

- la propriété reconnue à la Couronne sur toute œuvre « préparées ou publiées par l'entremise, sous la direction ou la surveillance de Sa Majesté ou d'un ministère du gouvernement » (article 12), et
- certaines dispositions en matière de gestion collective du droit d'auteur³².

Dans les faits de l'affaire qui nous occupe, il n'y avait pas de contrat écrit traitant de la question des droits d'auteur entre les pigistes et l'éditeur. Étonnamment, les pigistes ont essayé de convaincre la Cour qu'aucun contrat n'existait entre les parties. Il est bien établi qu'une autorisation (licence) non exclusive peut tout-à-fait exister en l'absence d'un écrit, ce que la Cour reconnaît d'emblée³³. En l'absence d'un écrit, la Cour doit donc déterminer si le contrat prévoit des modalités pertinentes. En l'espèce, il semble clair que le pigiste qui soumet un article à un quotidien pour publication dans ce quotidien a consenti à cette publication (à moins d'un avis à l'effet contraire). Cette autorisation vaut-elle pour la version électronique?

4.3. Reproduction du « journal »

Les deux opinions s'entendent pour dire que si le *journal* est reproduit, le *Globe* peut reproduire les articles qu'il contient. Ayant conclu que le CD-ROM est une reproduction du journal, les deux opinions s'accordent donc pour dire que la reproduction du texte des pigistes y est légale. Pour la base de données, la majorité conclut, comme nous l'avons vu, qu'elle ne constitue pas une reproduction du journal/recueil, mais uniquement des articles et que, partant, le *Globe* n'avait pas le droit d'y reproduire les œuvres des pigistes. Les deux opinions divergent sur cette question mixte de fait et de droit de savoir si le recueil est reproduit dans la base de données, mais pas sur l'interprétation à donner au paragraphe introductif de l'article 3 qui accorde au titulaire du droit d'auteur « le droit exclusif de produire ou reproduire la totalité ou une partie importante de l'œuvre, sous une forme matérielle quelconque... »³⁴.

La Cour interprète en quelque sorte le paragraphe 3(1) comme un *droit d'utiliser* l'œuvre collective³⁵ y compris les articles des pigistes qui y sont incorporés. Or, il s'agit (comme la Cour le reconnaît elle-même) de droits distincts³⁶. Pour prendre un exemple simple, on peut créer une compilation (sur CD ou en ligne) des « vingt meilleures chansons françaises des années 1990 ». Le choix des œuvres qui feront partie de la compilation en fera vraisemblablement

32. Voir par exemple la Loi, *supra* note 4, art. 70.3.

33. *Robertson*, *supra* note 1 au para. 56.

34. Loi, *supra* note 4, art. 3.

35. On peut noter que la Cour ne discute pas du lien entre les notions de « recueil » d'une part et de « compilation », d'autre part. La seconde fait référence explicitement au choix ou à la disposition des matières contenues dans la compilation (ce choix ou cet arrangement étant générateur d'originalité). La décision majoritaire (*Robertson*, *supra* note 1, para. 37), tient pour acquis que cette même notion s'applique aux recueils. Cela est essentiellement juste (voir notamment Sam Ricketson et Jane C. Ginsburg, *International Copyright and Neighbouring Rights: The Berne Convention and Beyond*, 2^e éd. (Oxford : Oxford University Press, 2006) au para. 8.88) mais aurait certainement pu faire l'objet d'une analyse plus détaillée.

36. Ainsi, celui qui copie un recueil d'œuvres protégées copie les œuvres et le recueil. Celui qui copie un recueil d'œuvres non protégées (donc du domaine public) ou un recueil de courtes citations viole uniquement les droits dans le recueil. Voir *Moffatt & Paige v. Gill & Sons* (1902), 86 L.T. 465 à la p. 471.

une œuvre originale et la compilation sera donc protégée comme telle. Cependant, cela n'autorise absolument pas l'auteur de la compilation à reproduire les œuvres musicales contenues dans « sa » compilation. Il lui faut l'autorisation des auteurs des œuvres musicales en question³⁷. La portée du droit d'utilisation des œuvres incorporées à une œuvre collective ou à un recueil dépend de la portée de l'autorisation des œuvres incorporées au recueil. Ainsi, la question de savoir si le recueil a été reproduit ou non (sur le CD-Rom ou dans la base de données) est bien différente de la question de savoir si les articles des pigistes ont été reproduits, et si cette reproduction est autorisée ou non. Si un article a été reproduit (en tant que partie du recueil ou non), il y a violation *prima facie* du paragraphe 27(1)³⁸. En l'absence d'une défense d'utilisation équitable (qui ne semble pas pertinente dans le contexte, du moins en ce qui concerne l'éditeur), il faut chercher une autorisation (contractuelle).

Il existait autrefois *en common law* un droit d'utiliser des parties d'œuvres pour produire une œuvre « dérivée »³⁹, mais même ce droit ne permettait de prendre toute l'œuvre ou d'en faire une copie déguisée (au sens de « *colourable* ») mais comme le note McKeown, « in light of subsequent cases and the current provisions of the Act this approach is no longer appropriate »⁴⁰. Aux États-Unis, la Cour suprême a reconnu⁴¹ le droit de créer des œuvres non seulement dérivées, pour lesquelles une autorisation de l'auteur de l'œuvre dont on s'inspire est nécessaire⁴², mais des œuvres dites transformées (« transformative »). Cela ne serait pas le cas ici non plus, car le recueil est une œuvre qui est peut-être dérivée mais pas « transformative » comme le serait, par exemple, une parodie.

On peut bien évidemment interpréter la décision de la Cour comme interprétant le contrat (implicite) entre le pigiste et le journal à la lumière du paragraphe introductif de l'article 3, c'est-à-dire comme accordant à l'éditeur le

37. Et aussi, le cas échéant, de l'artiste interprète et du producteur, qui disposent de droits de reproduction distincts sur la prestation et enregistrement sonore, comme le prévoient les articles 15 et 18 de la Loi, *supra* note 4.

38. Loi, *supra* note 4, art. 27(1) « Constitue une violation du droit d'auteur l'accomplissement, sans le consentement du titulaire de ce droit, d'un acte qu'en vertu de la présente loi seul ce titulaire a la faculté d'accomplir. »

39. Voir *Spiers v. Brown* (1858), 6 W.R. 352; *Reade v. Lacy* (1861), 1 J. & H. 524.

40. John S. McKeown, *Fox Canadian Law of Copyright and Industrial Designs* (Scarborough : Carswell, 2003) à la p. 439.

41. *Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc.* (1994), 510 U.S. 569, <<http://supreme.justia.com/us/510/569/case.html>> à la p. 579:

The central purpose of this investigation is to see, in Justice Story's words, whether the new work merely « supersede[s] the objects » of the original creation, *Folsom v. Marsh* [9 F. Cas. 342 (No. 4,901) (CCD Mass. 1841)] at 348; accord, *Harper & Row* [471 U.S. 539, <<http://supreme.justia.com/us/471/539/case.html>>] at 562 (« supplanting » the original), or instead adds something new, with a further purpose or different character, altering the first with new expression, meaning, or message; it asks, in other words, whether and to what extent the new work is « transformative » [Pierre N. Leval, « Toward a Fair Use Standard » (1990) 103:5 *Harvard Law Review* 1105 at p.] 1111. Although such transformative use is not absolutely necessary for a finding of fair use, [*Sony Corp. of America v. Universal City Studios, Inc.*, 464 U.S. 417, <<http://supreme.justia.com/us/464/417/case.html>>] at 455, n. 40, the goal of copyright, to promote science and the arts, is generally furthered by the creation of transformative works. Such works thus lie at the heart of the fair use doctrine's guarantee of breathing space within the confines of copyright.

Le droit canadien ne connaît pas cette notion de « fair use » (codifiée à l'article 107 de la loi américaine, mais plutôt une notion différente de « fair dealing » (utilisation équitable)).

42. US *Copyright Act*, 17 U.S.C. 106, <http://www.access.gpo.gov/uscode/title17/chapter1_.html>, s. 106(2) : « [T]he owner of copyright under this title has the exclusive rights to do and to authorize any of the following :

[...] (2) to prepare derivative works based upon the copyrighted work ».

droit d'utiliser l'article dans le journal (sous toutes ses formes). Mais dans ce cas il aurait été souhaitable que la Cour le dît alors clairement⁴³.

4.4. Neutralité du support

On peut aussi noter la tension qui existe entre, d'une part, l'insistance de la Cour, à bon droit par ailleurs, sur la notion de neutralité du support et, d'autre part, le transfert des articles sur CD-ROM et dans la base de données. En effet, si les différents supports sont égaux au sens de la Loi, ils ne sont pas techniquement égaux. La numérisation décontextualise presque obligatoirement, car elle permet une utilisation distincte du contenu d'origine qui, dans un journal publié sur papier, est physiquement lié à l'ensemble du quotidien. Cette parcellisation est peut-être limitée sur le CD-ROM par rapport à la base de données, car les liens entre les articles d'une même édition du quotidien sont en partie maintenus. En outre, les possibilités de recherche interactive qu'implique la numérisation, et qui sont en soi un facteur additionnel de décontextualisation, ne rendent pas l'analogie entre la version numérique et la « pile de journaux » très convaincante. Il n'est pas non plus établi que le contexte (c'est-à-dire par exemple le fait qu'un article ait paru à la page A5 de l'édition du 29 octobre accompagné ou non de telle ou telle illustration) a en soi une valeur pour le lecteur. L'argument relatif au transfert de l'originalité exprimée dans les choix de l'éditeur (en particulier le choix des articles) est également peu convaincant. Ce sont ces choix qui créent la base au même titre que le CD-ROM.

*

5. POLITIQUE DU DROIT D'AUTEUR

IL EST INTÉRESSANT DE NOTER que l'opinion dissidente, citant d'ailleurs mon collègue Michael Geist⁴⁴, se fonde ouvertement, comme ce fut le cas dans *Théberge*⁴⁵ et *SOCAN*⁴⁶, sur la perception que *l'intérêt général* serait mieux servi en permettant l'accès du public aux articles des pigistes sur le site internet du

43. On pourrait penser ici par analogie à l'affaire *Waterlow Publishers Ltd. v. Rose*, [1995] F.S.R. 207 (C.A. R.-U.), dans la quelle la Cour d'appel d'Angleterre a estimé que certains types d'œuvres (dans ce cas les compilations) comporte une autorisation implicite d'utilisation :

Published compilations, however, are intended not merely to be read but to be used and the question arises how far they may be used in the preparation of a subsequent compilation. It is no doubt true that the publication of certain books of this character implies a licence to reproduce their contents. Thus, clearly a book of legal precedents is intended to be used by practitioners unless otherwise stated and it is submitted that a writer is entitled to use prior compilations on a similar subject in order to ascertain where he must go for his material.

Cependant, il s'agit de situations extra contractuelles (en aval de la publication) et non, comme dans *Robertson*, de l'analyse d'une transaction en amont.

44. Michael Geist, « Our Own Creative Land : Cultural Monopoly & The Trouble With Copyright », Hart House Lecture 2006, <http://individual.utoronto.ca/dtsang/hhlecture/Resources/Geist_2006.pdf> à la p. 9 :

L'Internet et les nouvelles technologies ont fait déferler une vague sans précédent de nouveaux courants créatifs, donnant ainsi la possibilité à des millions de personnes de prendre part activement et utilement à la culture, plutôt que d'en être les simples consommateurs. [traduction par l'auteur]

45. *Théberge*, supra note 25.

46. *Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c. Assoc. canadienne des fournisseurs Internet*, 2004 CSC 45, <<http://scc.lexum.umontreal.ca/fr/2004/2004csc45/2004csc45.html>>, [2004] 2 R.C.S. 427. Voir également Daniel Gervais, « Le droit d'auteur au Canada : Le point après CCH » (2005) 203 *Revue Internationale du Droit d'Auteur* 2.

Globe. Elle fait aussi référence à une affaire dont les faits sont assez similaires entendue par la Cour suprême des États-Unis⁴⁷, qui avait également reconnu le droit des pigistes de s'objecter à la publication en version électronique de leurs articles parus dans le *New York Times* et d'autres publications de haut calibre. Selon l'opinion dissidente :

Les répercussions de l'affaire [...] *Tasini* [...] sont révélatrices. Des journalistes à la pige ont poursuivi le *New York Times* pour violation du droit d'auteur par suite de l'inclusion d'articles rédigés par eux dans des bases de données électroniques. Ils ont obtenu gain de cause. La société *New York Times Co.* a réagi en retirant les articles en cause de ses bases de données électroniques : [...] Cette réaction ne surprend guère, car [traduction] « [l]es chiffres penchent nettement en faveur de la suppression de ces articles », étant donné que, pour les éditeurs, le fait de « conserver les articles rédigés à la pige dans les éditions électroniques archivées ne procure pratiquement aucun avantage économique, mais comporte de sérieux inconvénients sur le plan financier » [...] L'effet préjudiciable d'une telle décision peut être encore plus prononcé au Canada [...]»⁴⁸.

En somme, toutes les parties y perdent au change : les auteurs pigistes dont les articles disparaissent de la version électronique; le journal (qui y perd cependant moins toutes proportions gardées) car il ne peut mettre certains articles parus dans son édition papier à la disposition de ses lecteurs, et les lecteurs eux-mêmes. Le fonds informationnel disponible pour l'ensemble des Internaute est déficitaire.

Le lecteur de l'opinion dissidente aura peut-être le sentiment que les arguments de politique publique sous-jacents guident les pas des quatre juges. Je pense ici notamment à l'accès aux articles par le public et aux effets néfastes de l'affaire *Tasini* au États-Unis. La décision est en effet assez loin d'une lecture stricte du texte législatif. Cela dit, on peut penser qu'il s'agit là d'un rôle qui sied à la Cour suprême, surtout en l'absence d'interventions législatives récentes. Celles et ceux qui sont en désaccord avec la décision lui reconnaîtront peut-être le mérite de faire avancer le débat. On pourra regretter du même souffle, cependant, que la Cour ait apparemment choisi d'escamoter certains aspects essentiels du débat, comme nous l'avons vu, et ait laissé plusieurs questions sans réponse.

*

6. CONCLUSION

CETTE AFFAIRE VA CONTINUER puisque la Cour suprême est intervenue au niveau d'une requête interlocutoire. Le recours collectif peut donc procéder sans les auteurs employés qui, selon la Cour suprême, n'auraient pas dû faire partie du recours.

On peut aussi penser que, comme après *Tasini*, et comme le souligne Madame la juge Abella dans sa dissidence, l'industrie de l'édition va chercher à adapter tous ces contrats afin d'obtenir soit une autorisation (licence) très vaste

47. *New York Times Co. v. Tasini*, 533 U.S. 483 (2001), <<http://supreme.justia.com/us/533/483/case.html>> [*Tasini*].

48. *Robertson*, *supra* note 1 aux paras. 71–72.

et constatée par écrit, soit même une cession pleine et entière. Cela pourra entraîner une réaction de nature syndicale des pigistes⁴⁹. Ce débat n'est donc pas réglé par l'intervention de la Cour suprême, loin s'en faut, mais il a permis de franchir une étape. Reste à savoir si, avec le recul, les historiens du droit jugeront qu'il a été dans la bonne direction.

49. On peut penser ici à la *Loi sur le statut de l'artiste*, L.R.C. 1985, c. S-19.6, <<http://lois.justice.gc.ca/fr/S-19.6/index.html>>.