

Qui détient les droits d'auteur sur les diverses productions des professeurs d'université ?

René Pepin †

Introduction

Depuis des siècles, les professeurs d'université utilisent, pour dispenser leurs enseignements, des outils qu'ils ont eux-mêmes produits, qu'il s'agisse de notes de cours, de recueils de documents, de tableaux, de compilations et, ces dernières années, d'éléments qui relèvent du monde de l'audiovisuel et de ce qu'on appelle communément le multimédia. La question des droits d'auteur sur les productions de ces professeurs, qu'il s'agisse d'œuvres écrites, sonores ou autres, n'a traditionnellement pas posé de difficultés. Les professeurs ont toujours pris pour acquis qu'ils étaient les titulaires des droits d'auteur, sans toutefois pouvoir s'appuyer sur un article précis d'une loi ou sur une décision particulière d'un tribunal qui aurait reconnu cette prétention. Leurs employeurs n'ont jamais contesté ouvertement cet état des choses, ils n'ont jamais cherché à interdire une publication au motif que leur autorisation n'aurait pas été donnée, et n'ont pas cherché non plus à récolter de droits d'auteur lorsqu'une œuvre créée par un professeur, par exemple une monographie, était vendue au grand public. Au contraire, les universités encouragent les professeurs de leurs facultés à publier le résultat de leurs travaux de recherche. Elles s'enorgueillissent de compter dans leurs rangs des personnes dont la renommée peut s'étendre jusqu'au niveau international. Par ailleurs, si elles se montrent intéressées à participer financièrement à l'exploitation des œuvres seulement dans le cas de celles qui relèvent de la *Loi concernant les brevets d'invention*,¹ il n'en va pas de même pour les œuvres qui relèvent de la *Loi sur le droit d'auteur (LDA)*.²

Cette situation risque de changer rapidement. On devine que le manque d'intérêt des universités à l'égard des diverses productions du corps professoral vient du fait qu'il n'y avait tout simplement pas d'argent à récolter de ce côté. Les professeurs soumettent leurs écrits à des revues spécialisées qui ne paient rien pour obtenir les textes qui seront retenus pour publication. Ils sont censés être récompensés par la satisfaction du devoir accompli et le prestige d'avoir été publié dans une revue où leurs pairs ont jeté un regard critique sur la valeur de leur travail. . . Mais il y a deux facteurs nouveaux à considérer.

Le premier vient du fait que les universités québécoises ont subi, surtout dans la deuxième moitié des années '90, d'importantes compressions budgétaires qui expliquent leur intérêt légitime à l'égard de tout ce qui peut représenter une source de revenus, même minime. Le professeur qui publie une monographie signe un contrat avec une maison d'édition et reçoit des droits d'auteur. L'université qui emploie ce professeur peut être amenée à considérer le fait qu'étant donné que le volume a été rédigé durant les heures normales de travail et que la tâche du professeur consiste en des activités de recherches et publications, il est naturel que les droits d'auteur soient au moins partagés avec elle. L'autre élément est beaucoup plus important. Il est dû, on ne s'en étonnera pas, aux changements technologiques survenus dans la dernière décennie et qui font que les productions des professeurs peuvent représenter un potentiel financier extraordinaire.³

On se rappellera que, dans la deuxième moitié des années '60, les universités avaient entrepris certaines expériences au niveau de ce qu'on a appelé «l'enseignement à distance». Un certain nombre de cours étaient diffusés à la télévision conventionnelle. Les étudiants inscrits recevaient de la documentation pertinente, devaient rédiger des travaux et se présenter à des examens. Mais sans encadrement pédagogique favorisant la discipline de l'étudiant ni lien avec le professeur, les échecs furent très nombreux.⁴ C'est pourquoi ces expériences n'ont pas été répétées. La technologie moderne, *par contre, comporte deux grands avantages: il est beaucoup plus facile d'avoir une interaction entre le professeur et ses étudiants, lesquels peuvent accéder aux divers documents pédagogiques au moment de leur choix.*

L'utilisation des nouvelles technologies de l'information et de la communication (NTIC) peut prendre un grand nombre de formes. On peut donner l'exemple, déjà appliqué à certains endroits, où le professeur, en plus de dispenser son enseignement dans un local de cours, place le contenu intégral de son cours sur un serveur de la faculté ou de l'université, avec un genre de babillard électronique dans lequel les étudiants

†Faculté de droit, Université de Sherbrooke

peuvent lui poser des questions, lire ses réponses, ou discuter entre eux de différents sujets. Les étudiants peuvent aussi le contacter par téléphone ou par courriel. La technologie facilite également l'enregistrement des cours sur cassettes vidéo ou sur disques compacts. Il est facile de voir comment une université peut tirer profit de ces éléments.⁵ Elle peut être tentée d'utiliser les cours pré-enregistrés année après année auprès d'une clientèle qui demeure dans les régions éloignées des grands centres. Elle pourrait conclure des ententes avec d'autres universités de façon à mettre en commun une «banque» de cours pré-enregistrés et ainsi les offrir à des étudiants inscrits à l'une ou l'autre université. Ce serait un moyen peu dispendieux d'augmenter le nombre d'étudiants qui vont verser des frais de scolarité... La question de savoir qui détient les droits d'auteur sur ces diverses productions devient donc très importante. Si c'est l'université qui les détient, elle pourrait faire en sorte qu'un professeur qui dispense un enseignement au moyen du logiciel "Power point", par exemple, ne puisse le réutiliser s'il change d'employeur, à moins d'avoir obtenu son consentement et possiblement de lui avoir versé des droits d'auteur.

C'est donc toute cette problématique que nous nous proposons d'étudier.⁶ Nous allons examiner l'état du droit au Canada, en Angleterre et aux États-Unis, car les règles prévues dans la législation de ces trois pays sur le sujet sont très semblables. De plus, aux États-Unis cette question a été l'objet de beaucoup d'attention en doctrine.

La relation employeur-employé

Une remarque préliminaire s'impose. Tout au long de notre propos, il faudra conserver à l'esprit la distinction entre le droit d'auteur sur les diverses productions des professeurs et le droit de propriété sur les objets physiques qui contiennent ces œuvres. Les règles relatives au droit de propriété sont énoncées au *Code civil du Québec*; celles relatives au droit d'auteur se trouvent dans la loi fédérale sur le droit d'auteur. L'exemple suivant en matière de photographie pourra illustrer cette distinction. Lorsqu'une photo a été commandée par une tierce personne et confectionnée contre rémunération, l'article 13(2) LDA prévoit que celui qui a donné la commande est présumé le premier titulaire du droit d'auteur. Dans le cas d'une personne qui se rend chez un photographe professionnel pour faire exécuter une photo d'elle-même, cela donne le résultat suivant: le client est propriétaire des exemplaires des photos qui lui ont été remises en vertu du contrat; le photographe est propriétaire du négatif puisqu'il a acheté la pellicule; il est aussi propriétaire des autres exemplaires qu'il a pu tirer du négatif, mais il ne peut le faire dans l'intention d'exposer les photos en public ou de les vendre à une revue, car c'est le client qui détient les droits d'auteur.

Au Canada, les règles pertinentes à la question qui nous intéresse peuvent être exposées très simplement. La LDA prévoit qu'une œuvre est protégée dès le moment de sa création.⁷ L'enregistrement n'est pas obligatoire.⁸ La plupart des œuvres créées par les professeurs sont protégées en tant qu'œuvres littéraires. Ce concept ne vise pas seulement les écrits couchés sur papier. Il englobe aussi tout ce qui est incorporé dans «une forme matérielle quelconque».⁹ Cette définition comprend les écrits qui sont enregistrés sur une disquette ou sur le disque dur d'un ordinateur. Les images sont aussi protégées, à condition que, comme toute œuvre reconnue par la loi, elles soient originales¹⁰ et incorporées dans une forme matérielle quelconque.

L'article 13 LDA énonce le principe selon lequel le créateur d'une œuvre est le premier titulaire du droit d'auteur. S'il n'y avait pas d'exceptions à cette règle, elle semblerait superflue tant le principe semble évident. Mais effectivement, la loi envisage une série de cas particuliers qui dérogent à la règle. Pour le cas qui nous intéresse, le troisième paragraphe est crucial. La question à laquelle nous tentons de répondre est traitée dans cette seule disposition de la loi. Tout va dépendre de l'interprétation qui en sera faite. Vu son importance, nous la reproduisons textuellement:

Art. 13(3): Lorsque l'auteur est employé par une autre personne en vertu d'un contrat de louage de services 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.

Cette disposition comporte deux notions cruciales. Une université sera exceptionnellement détentrice des droits d'auteur sur les diverses productions de ses professeurs (a) s'ils sont engagés en vertu d'un contrat de louage de services, et (b) si l'œuvre est réalisée «dans l'exercice de cet emploi».

La première de ces conditions ne pose pas de difficultés. Elle réfère à des concepts qui existaient dans l'ancien *Code civil du Bas-Canada*, lequel distinguait entre le contrat de louage d'ouvrage et celui de louage de services. Seul était défini le contrat de louage d'ouvrage, à l'article 1666a¹¹: «Le louage d'ouvrage est un contrat par lequel le locateur s'engage à faire quelque chose pour le locataire moyennant un prix». La disposition suivante mentionnait que les principales espèces d'ouvrage pouvant être loués étaient le service des domestiques, des voituriers et des contracteurs. Ces notions se trouvent aujourd'hui aux articles 2085 et 2098 du *Code civil du Québec*. Selon l'article 2085, le contrat de travail est celui par lequel le salarié s'oblige, moyennant rémunération «à effectuer un travail sous la direction ou le contrôle d'une

autre personne». Le contrat «d'entreprise ou de service» réfère plutôt à une personne qui a le statut d'entrepreneur indépendant et qui accepte de fournir des services professionnels moyennant compensation monétaire.¹²

Il nous apparaît évident que les professeurs d'université sont des «employés» qui sont engagés en vertu d'un «contrat de travail». Certains ont pu croire dans le passé que les professeurs étaient en quelque sorte des professionnels qui acceptaient, pour un temps indéterminé, de fournir des services à leur employeur. Mais cette vision des choses, qui était probablement basée sur le fait que le professeur d'université n'est pas supervisé de façon très directe par un supérieur immédiat, comme c'est le cas dans une usine, n'a pas résisté à la réalité. Il n'est même pas nécessaire de consulter les ouvrages de base en droit du travail pour se convaincre que les professeurs sont des «salariés» au sens du *Code du travail*.¹³ À peu près tous les critères utilisés en jurisprudence et en doctrine pour départager les employés qui peuvent être syndiqués et ceux qui font partie de la direction d'une entreprise vont dans le même sens, à savoir que le professeur est un salarié :

- Il reçoit un «salaire» et non des honoraires ou une somme forfaitaire.
- Il jouit de bénéfices marginaux et n'assume aucun risque au niveau des profits et pertes.
- Il n'est pas propriétaire des moyens de production qu'il utilise et son activité est intégrée à celle de son employeur, plutôt que d'être simplement accessoire ou complémentaire.
- L'impôt sur son revenu est retenu à la source et, en vertu de la loi de l'impôt tant fédérale que provinciale, il a un revenu de «charge ou d'emploi» et non d'entreprise.
- Pour finir et point le plus important, un lien de préposition ou de subordination existe entre lui et son employeur.

Il faut se rappeler, en effet, que les tâches des professeurs ne sont pas négociées de gré à gré, comme un contrat habituel d'emploi. Légalement, elles sont assignées par la direction de la faculté. On comprend qu'en pratique ces questions fassent l'objet de discussions, car une faculté n'a pas avantage à imposer à son personnel enseignant des tâches qu'il ne voudrait absolument pas assumer. Mais il reste qu'au point de vue juridique le dernier mot revient à l'employeur. Le seul recours du professeur, là où existe une convention collective, est de déposer un grief s'il estime que l'employeur a enfreint la clause de la convention collective prévoyant que sa tâche annuelle doit être autant que possible semblable à celle de l'année précédente.

En Angleterre, la situation est semblable à ce que l'on connaît ici. Ce qui ne doit pas nous surprendre puisque notre loi s'inspire très directement de la loi anglaise. L'article 11(2) du *Copyright Act de 1998* est

même plus clair sur la question qui nous intéresse car il utilise tout simplement le terme «employee»: «Where a literary, dramatic, musical or artistic work, or a film, is made by an employee, his employer is the first owner of any copyright in the work, subject to any agreement to the contrary».¹⁴ En doctrine, Copinger et Skone James, qui représentent pour plusieurs la plus grande autorité en matière de droits d'auteur, enseignent qu'il faut faire une distinction, comme on le verra pour ce qui est des États-Unis, entre le «contract of service» et le «contract for services»¹⁵: le premier dénote un contrôle direct de l'employeur tant sur le travail effectué que sur la façon de l'accomplir¹⁶; le second réfère à un service rendu par un entrepreneur indépendant. Ces auteurs précisent cependant que la question du degré de contrôle n'est pas le seul élément à apprécier et qu'il faut aussi déterminer jusqu'à quel point le travail de l'employé s'intègre bien dans la mission de l'employeur, ou s'il s'agit plutôt de quelque chose d'accessoire. À cet égard, ils suggèrent un critère qui leur paraît plus simple, savoir si la personne qui accomplit une tâche le fait en tant que personne en affaires à son propre compte. Il est bien sûr qu'en utilisant un tel critère, on obtient le même résultat qu'au Canada pour ce qui concerne le statut juridique des professeurs d'universités.

Aux États-Unis, la législation pertinente prévoit des règles fort semblables à ce que nous connaissons au Canada. L'article 102 du *Copyright Act de 1976* énonce que pour être protégée, une œuvre doit avoir un caractère d'originalité et exister sous une forme matérielle quelconque.¹⁷ L'article 201, pour sa part, prévoit en son premier paragraphe le principe voulant que l'auteur d'une œuvre soit le premier bénéficiaire du droit d'auteur. Son second paragraphe est particulièrement important parce qu'il traite de la relation employeur-employé. Il est formulé ainsi:

Works made for hire — In the case of a work made for hire, the employer or other person for whom the work was prepared is considered the author for purposes of this title, and, unless the parties have expressly agreed otherwise in a written instrument signed by them, owns all of the rights comprised in the copyright.

L'expression «work made for hire» est définie à l'article 101 de cette loi et couvre deux situations. D'abord, ce qui est pertinent pour nous, elle vise le «work prepared by an employee within the scope of his or her employment». La seconde partie de la définition vise le cas d'un travail spécifiquement commandé aux fins de servir comme «instructional text», soit comme examen ou comme réponses à des questions d'examen, lorsque les deux parties ont convenu par écrit que l'œuvre demandée en était une de «work made for hire». La fin de cette disposition prévoit qu'un «instructional text» est une œuvre destinée à la publication et qui doit servir pour des étudiants inscrits dans des études formelles.¹⁸

On voit que la seconde partie de la définition ne traite pas du cas qui retient notre attention, celui du *professeur produisant des œuvres qui ne lui auraient pas*

été spécifiquement commandées. Son employeur sera détenteur des droits d'auteur sur ses productions s'il s'agit d'une œuvre qui est visée par l'expression "work made for hire" et si elle a été préparée "within the scope of his employment". La loi traite donc clairement de la relation employeur-employé. Mais ces termes ne sont pas définis et ils ont donné lieu à des difficultés d'interprétation.¹⁹ Après l'adoption du *Copyright Act en 1976 et jusqu'à la fin des années '80, les cours fédérales d'appel ont utilisé différents critères pour déterminer si nous étions en présence d'une relation employeur-employé. Certaines ont mis l'accent sur le contrôle qu'avait ou non l'employeur sur le produit qui allait être l'objet du droit d'auteur. D'autres ont utilisé le concept de l'"agency", notion qui se rapproche de ce qu'on appelle ici le mandat, mais qui s'en distingue sur certains points.*²⁰ Quoi qu'il en soit, la Cour suprême eut

l'occasion de se prononcer sur cette question en 1989 dans l'affaire *Reid*.²¹ Il s'agissait d'une sculpture commandée par un organisme à but non lucratif, destinée à illustrer le sort des itinérants aux États-Unis. Elle fut réalisée par l'artiste Reid. Lorsque l'organisme voulut la présenter à plusieurs endroits aux États-Unis, Reid refusa qu'elle soit déplacée. Se posa alors la question de savoir qui détenait les droits d'auteur. La cour énonça treize facteurs à appliquer, sans qu'aucun ne soit absolument déterminant. Nous retenons seulement les suivants pour démontrer qu'on applique à peu près les mêmes critères qu'au Canada²² : si l'employeur contrôle la façon dont le travail est accompli, l'endroit où le travail est accompli, qui fournit les outils de travail, la durée du travail, si l'employé reçoit des bénéfices marginaux, le mode de paiement et le traitement fiscal du revenu gagné par le sculpteur. En l'occurrence, Reid était un entrepreneur indépendant qui fournissait temporairement ses services à un organisme; il détenait donc les droits d'auteur sur la sculpture.

La notion d'œuvre exécutée dans l'exercice d'un emploi

En pratique, c'est la notion d'œuvre exécutée dans l'exercice d'un emploi qui pose toute la difficulté. Pour que l'article 13(3) de la loi canadienne s'applique, il faut non seulement être en présence d'une relation employeur-employé, mais aussi que l'œuvre ait été exécutée dans l'exercice de l'emploi. Avant de vérifier l'état de la jurisprudence sur cette question, remarquons d'abord que dans un conflit susceptible d'opposer un professeur et l'université où il travaille, chacune des parties dispose d'arguments parfaitement plausibles à faire valoir. La thèse de l'université consisterait à démontrer que les professeurs ne sont pas engagés seulement pour dispenser des enseignements et offrir une certaine disponibilité aux étudiants. Leur tâche régulière, normale, consiste en des activités de recherche et de publications. Cela est si vrai qu'on tient compte de ces éléments

lorsqu'il s'agit de se prononcer sur une demande de permanence, de promotion ou de congé sabbatique. Les universités ne précisent pas au début de chaque année académique les sujets sur lesquels elles veulent voir les professeurs faire des recherches, simplement parce qu'elles respectent leur liberté académique. Le travail d'un universitaire ne ressemble pas au travail en usine où un contremaître surveille de très près le travail des employés. Mais cela n'enlève rien au fait que les travaux de recherche et de publication sont accomplis «dans l'exercice de l'emploi». Après tout, ils sont faits la plupart du temps sur les lieux du travail et avec les ressources fournies par l'université : bibliothèque, ordinateur et, éventuellement, le personnel technique qui aide à mettre les cours sur divers supports, qu'il s'agisse d'un film, vidéo, disque compact ou site web de la faculté ou de l'université.

Les professeurs, pour leur part, prennent le contre-pied de cette position, au nom de la liberté académique. À leur avis, ils ont été engagés pour dispenser des enseignements au meilleur de leurs connaissances, à partir de leurs notes personnelles. Ces textes leur appartiennent en propre. Quant aux publications, ils ont tellement de latitude sur les sujets qu'ils développent, le nombre d'heures qui y sont consacrées, l'endroit où le travail est accompli, qu'on ne peut pas réalistement les considérer faites «dans l'exercice de l'emploi». On suggère d'employer le critère suivant : qu'arriverait-il si cette partie de la tâche n'était pas accomplie ? Normalement le professeur devrait conserver son emploi, malgré les décisions défavorables qui pourraient être prises relativement à ses promotions ou demandes de congé.

Au Canada, il n'y a pas à notre connaissance de jurisprudence spécifique sur cette question, et très peu de doctrine. Seuls D. Vaver et D. Lametti se prononcent précisément sur la question des droits d'auteur des personnes employées dans le secteur de l'éducation.²³ Pour déterminer si une œuvre a été exécutée dans le cadre d'un emploi, Vaver pose deux questions : (a) si l'employé n'avait pas produit l'œuvre en question, aurait-il manqué à ses engagements contractuels ? et (b) le fait que l'employé soit détenteur du droit d'auteur serait-il incompatible avec son obligation de bonne foi et de loyauté à l'égard de son employeur ? Si l'on répond oui à l'une de ces questions, l'employeur est détenteur du droit d'auteur. Si on répond par la négative aux deux, le droit d'auteur va à l'employé.²⁴ Pour illustrer cette règle, il mentionne l'arrêt *Byrne*²⁵ d'Angleterre, où un employé d'un journal s'est fait reconnaître le droit d'auteur sur la traduction d'une conférence. Il avait répondu à un appel d'offre fait par son employeur qui voulait faire traduire une conférence importante donnée en Portugais. Il avait été retenu car son prix était le plus bas. Nous croyons toutefois que la décision *Byrne ne peut servir d'appui aux règles suggérées par Vaver. C'est le cas trop évident d'un travail effectué à l'extérieur du cadre normal des activités d'un employé d'un journal. On ne peut en con-*

séquence considérer que cet arrêt a énoncé un principe de base.

Sur la question plus spécifique du travail des universitaires, Vaver enseigne qu'il faut d'abord regarder ce que prévoit le contrat qui lie le professeur à son université. Et, comme tout contrat, il doit être interprété en fonction non seulement de ce qui y est prévu expressément, mais aussi des coutumes, usages et conventions.²⁶ Selon Vaver, si le contrat prévoit que le professeur doit enseigner, mais sans exiger la production de notes de cours complètes, sous une forme publiable, le professeur conserverait les droits d'auteur sur ses notes. Cette règle serait la bonne également pour des considérations de politique administrative. Car les professeurs seraient découragés de publier des "text-books" s'ils savaient que l'université pouvait s'en approprier les droits d'auteur. L'université recevrait un bénéfice en quelque sorte indu. Elle pourrait même obliger un professeur qui change d'université à enseigner dans de nouvelles matières puisque les droits d'auteur sur ses anciens cours ne lui appartiendraient plus...

Les droits d'auteur sur les monographies et les articles dans des revues savantes devraient aussi revenir aux professeurs, si nous appliquons les deux critères de Vaver: le professeur ne briserait pas ses engagements contractuels en ne publiant pas, et il ne manquerait pas non plus à son obligation de loyauté envers son employeur.²⁷ Nous n'avons pas la prétention d'avancer que Vaver soit dans l'erreur, mais force nous est de reconnaître qu'il cite peu d'autorités à l'appui de ses thèses et que les arrêts sur lesquels il s'appuie sont tous des décisions anglaises qui, nous le verrons, sont loin d'aller systématiquement dans le sens qu'il indique.

David Lametti, pour sa part, a produit une brillante étude de la question, mais il s'attarde peu à l'étude du droit existant et se situe davantage au plan théorique pour scruter les arguments philosophiques ou politiques qui militent en faveur de l'attribution des droits d'auteur aux professeurs plutôt qu'aux universités. Comme il l'écrit en introduction à son texte: "Although a professor is clearly an employee of the university [*sic*], one may argue persuasively that the default situation for employer-employee relationships under the Copyright Act — ownership of copyright to the employer — does not apply".²⁸ Il considère que le travail effectué par les professeurs n'entre pas facilement dans le cadre de l'expression «dans le cadre de cet emploi». Sa thèse de base est triple. Il cherche d'abord à montrer que l'étude des grands principes qui justifient l'attribution du droit d'auteur à une personne ou à une autre devrait nous amener à conclure que les professeurs sont les premiers titulaires de ces droits sur leurs productions. Et ceci même lorsqu'on applique les arguments basés sur des questions de mérite, sur le fait qu'une œuvre soit une émanation de la personnalité de son créateur, ou les arguments reliés à des questions économiques, comme la répartition la plus efficace des ressources.²⁹ Dans un deuxième temps, il montre que cette grille d'analyse n'est

pas pertinente en ce qui concerne les productions moins traditionnelles des professeurs, comme les logiciels. Dans ce cas, il accepte l'idée que les employeurs soient les premiers détenteurs des droits d'auteur ou qu'il y ait à tout le moins co-propriété.³⁰ Troisièmement, Lametti reconnaît que le fait d'accorder d'emblée les droits d'auteur aux professeurs ferait que notre régime juridique ressemblerait davantage au système européen du droit d'auteur, où l'emphase est mise davantage sur ce droit vu comme une émanation des droits de la personnalité que comme un droit économique, ce qui lui semblerait une évolution souhaitable.³¹

Lametti consacre tout de même une brève section à l'étude du droit actuel,³² dans laquelle il estime que les professeurs font un travail qui est tellement éloigné du modèle industriel typique envisagé par l'article 13(3) de la loi canadienne qu'on devrait leur reconnaître la propriété du droit d'auteur. Mais il ne peut fournir en jurisprudence qu'un arrêt canadien, une décision de la Cour suprême de 1940³³ qui n'a rien à voir avec le contexte universitaire, car il s'agissait du droit d'auteur sur des listes de critères élaborés par des compagnies d'assurance contre les incendies pour leur permettre de déterminer le niveau de risque à assumer. Précisons toutefois que le texte de Lametti est tout en nuances, il admet d'ailleurs que la question ne peut tout simplement pas être tranchée péremptoirement. À la fin de son analyse, Lametti propose un choix entre trois solutions. On peut lire l'article 13(3) grammaticalement et conclure que toute production professorale appartient d'emblée à l'employeur. On peut aussi soutenir que l'article 13(3) ne s'applique pas du tout en contexte universitaire, auquel cas il faut revenir à la règle énoncée à l'article 13(1) qui accorde en principe le droit d'auteur au créateur de l'œuvre. La troisième voie serait de considérer que l'article 13(3) s'applique, mais en principe seulement, et qu'en pratique les œuvres des professeurs sont presque toujours exemptées, soit parce qu'elles n'ont pas été effectuées dans le cadre de l'emploi, soit parce que l'université aurait renoncé implicitement à ses droits d'auteur, ou qu'elle les aurait concédés aux professeurs.³⁴

En Angleterre, Copinger et Skone James, sans se prononcer directement sur la question, laissent entendre que dans le cas des universitaires, c'est probablement l'université qui bénéficierait des droits d'auteur. Ils enseignent que le critère à appliquer consiste à se demander si le travail accompli par l'employé est le même genre de travail pour lequel il a été engagé, et si dans les faits le travail a été accompli dans le cours de son emploi,³⁵ deux questions qui souvent se trouvent fusionnées. Ils expliquent qu'il arrive souvent qu'un employé effectue un travail pour lequel il n'a pas été spécifiquement embauché. Lorsque ce travail est accompli durant les heures normales de travail et à la demande de l'employeur, c'est à ce dernier qu'appartiendront tout de même les droits d'auteur. Il faut se demander si l'«auteur» a été embauché pour accomplir le genre de

travail qu'il a effectué et si, en vertu des termes du contrat, l'employeur aurait pu exiger que ce genre de travail soit effectué au point que le refus aurait signifié un *bris de contrat*. . . *Quant au critère du travail effectué en dehors des heures normales et du lieu du travail, il pourrait ne plus être pertinent, étant donné le nombre d'employés aujourd'hui qui œuvrent dans plusieurs domaines avec des horaires flexibles de travail et sans pour autant perdre leur statut d'employé. Comme Copger et James l'expliquent : "It is suggested that if the work is within the scope of employment and was done for the benefit of the employer it will have been done in the course of employment".*³⁶ Ils illustrent cette règle par le cas d'un consultant en épidémiologie qui a rédigé chez lui, les soirs et fins de semaine, et non à la demande de son employeur, un guide sur les règles d'hygiène à respecter dans les cas de "body piercing". Dans un tel cas, on a jugé qu'il n'avait pas effectué son travail dans le cadre de son emploi.³⁷

Harry S. Bloom³⁸ s'est aussi penché sur cette question dans les années '70. Ses recherches l'amènent à conclure que les universités détenaient les droits d'auteur sur les écrits des professeurs. Mais son texte est un plaidoyer pour l'adoption d'une position différente. Bloom s'oppose à l'application dans le domaine du droit d'auteur de la notion de «travail effectué dans le cadre de son emploi» telle qu'elle a été précisée dans des lois sur l'indemnisation de travailleurs ou dans le domaine de la responsabilité des employeurs pour le dommage causé par les employés. En effet, si dans ces domaines il est normal de donner une portée large à l'expression «dans le cadre de son emploi» afin de favoriser les situations où un dédommagement sera accordé à une personne lésée, il n'est pas du tout nécessaire de faire de même en matière du droit d'auteur. Des considérations de "policy" militeraient plutôt dans le sens d'une interprétation très étroite de l'expression dans le domaine du droit d'auteur. Bloom a également trouvé en jurisprudence quelques phrases qui militeraient pour une reconnaissance des droits d'auteur aux professeurs. Par exemple, dans la décision *Stevenson v. MacDonald and Evans*,³⁹ Lord Denning a traité de l'hypothèse d'un médecin ou d'un professeur employés pour dispenser des enseignements. Il a écrit : "If, for his own convenience, he puts his own lectures in writing, then his written work is not done under the contract of service [...] The copyright is in him and not in his employers [...]". Il mentionne aussi le cas de William Blackstone qui, après des années d'enseignement, a décidé de publier en 1756 ses "Commentaries" en présumant qu'il était le seul détenteur du droit d'auteur sur ce qui était initialement des notes de cours.

Aux États-Unis, il y a encore peu de décisions qui ont traité du sujet de la détention des droits d'auteur sur les diverses œuvres produites par les professeurs. Il y a un certain nombre d'auteurs qui se sont penchés sur la question, mais le moins qu'on puisse dire est qu'il n'y a pas d'unanimité sur quelque aspect du problème qui soit.

Pour essayer de comprendre de quoi il retourne, il faut commencer par étudier la situation applicable avant l'adoption du *Copyright Act de 1976, date de la dernière révision importante de la loi*.

Certains auteurs en doctrine considèrent que la jurisprudence aurait créé une sorte d'exception en ce qui concerne les publications des professeurs. Ce courant de pensée est même endossé par Melville Nimmer, considéré par plusieurs comme la plus haute autorité en matière du droit d'auteur.⁴⁰ Ils se fondent sur deux décisions: *Sherrill v. Grieves*, en 1929⁴¹ et *Williams v. Weisser*, en 1969.⁴² Dans la première, un instructeur de l'armée enseignait l'art du croquis, la lecture de cartes et l'arpentage. Il a décidé d'écrire un volume sur le sujet, de sa propre initiative et durant ses temps de loisirs. Il a permis à son employeur, l'armée américaine, d'incorporer dans un dépliant quelques passages de son livre. Il réalisa à un moment donné que Grieves, qui avait écrit un livre sur le même sujet que le sien, avait incorporé la brochure de l'armée, et donc des passages de son texte. Il le poursuivit en réclamant du tribunal une injonction. Grieves se défendit en arguant que Sherrill n'avait pas les droits d'auteur sur son livre, vu qu'il s'agissait d'un "work for hire". La Supreme Court du district de Columbia donna raison à Sherrill, en disant que l'ouvrage n'avait pas été rédigé dans le cadre de son emploi. Selon la cour, un professeur n'a pas d'obligation de mettre par écrit ses enseignements. S'il le fait, cette œuvre ne devient pas la propriété de l'employeur.⁴³ Remarquons qu'il s'agit d'une décision d'une cour de première instance, que l'employeur de Sherrill ne s'attendait absolument pas à ce qu'il publie quoi que ce soit, et que les motifs ne sont pas très fouillés, les principaux arguments soulevés en défense ayant porté sur d'autres questions.

La décision *Williams est plus étoffée. Elle a été rendue par la Court of Appeal de Californie. Le plaignant était un professeur d'anthropologie à l'Université de Californie à Los Angeles. Weisser était propriétaire d'une compagnie offrant au public des condensés de cours sous le nom de "Class Notes". Il avait payé un étudiant pour prendre en classe les notes les plus fidèles possibles à l'enseignement de Williams. Lorsque celui-ci réalisa que le contenu de son cours était offert en vente dans la collection des Class Notes, il demanda à la cour une injonction pour faire cesser immédiatement cette pratique. Le juge Kaus lui donna raison. On trouve sous sa plume les remarques suivantes. Il nota qu'en l'absence de preuve visant à démontrer que les droits d'auteur auraient été cédés à l'université, "We are convinced [...] that [...] the teacher [...] owns the common law copyright to his lectures".*⁴⁴ Remarquons ici que le juge traite de droits pouvant être fondés sur la *common law*, non sur la *Loi sur le droit d'auteur*. Mais cet argument a été abordé par la suite, vu que Weisser prétendait qu'il s'agissait d'un "work for hire". Le juge dit que pour trancher cette question il faut examiner de près ce pour quoi les universités engagent des professeurs. L'obligation

essentielle des universités est envers les étudiants. Il doivent recevoir des enseignements de qualité. Mais l'université ne se mêle pas de décider de quelle façon les enseignements sont dispensés, ni au moyen de quels outils. Un professeur peut décider de procéder par cours magistraux ou autrement. Il peut utiliser un volume qu'il a écrit lui-même ou toute autre chose appropriée. Sa tâche ne renferme donc pas une obligation de produire des écrits. Il nota aussi les "undesirable consequences" qui découleraient d'une décision déclarant que les droits d'auteur appartiendraient à l'employeur. Un professeur qui irait enseigner dans une autre université pourrait se voir interdire l'utilisation du matériel dont il se servait lors de ses enseignements précédents.⁴⁵ Le juge traita aussi de la décision *Sherrill* et se demanda s'il y avait une distinction importante à faire avec le cas présent puisque dans l'affaire *Sherrill* le travail avait été accompli dans les temps de loisirs. Il fut d'avis que cette distinction ne pouvait pas tenir : le professeur a l'obligation de préparer adéquatement son enseignement. C'est à lui de décider de l'organisation de son travail. Même s'il est chez lui le soir ou une fin de semaine, s'il décide de travailler à la réparation de ses cours, il n'est plus dans ses moments de loisirs. La situation dans les deux cas était donc la même : les professeurs n'étaient pas obligés en vertu de leur contrat de rédiger des notes de cours sous une forme publiable. Aucun n'avait l'obligation de préparer son enseignement durant des heures fixes, et les documents préparés avaient un rapport direct avec le sujet enseigné.

Cette décision semble apporter beaucoup de crédit à la thèse voulant que les professeurs gardent tous les droits d'auteur sur leurs publications, mais, encore là, il faut émettre des réserves. Elle semble isolée et concerne des notes de cours, non des articles dans des revues ou des monographies. On trouve plus de décisions qui vont dans le sens contraire, quoiqu'elles ne concernent pas directement des professeurs d'université. Ainsi par exemple, en 1986, dans l'affaire *Marshall*,⁴⁶ il a été reconnu que l'employeur détenait le droit d'auteur sur un article scientifique d'un de ses employés, pourtant rédigé en dehors de ses heures de travail et sur son propre ordinateur, parce qu'il s'agissait d'une œuvre accomplie «dans le cadre de son emploi». La cour a noté que la recherche préparatoire à la rédaction avait été faite au travail, que des collègues scientifiques avaient été consultés, et que l'employeur avait payé Marshall pour qu'il présente ses conclusions sous forme de communication à un congrès.

On voit donc que l'état du droit sur cette question est loin d'être limpide. Mais il y a plus. En 1976, la législation américaine sur le droit d'auteur connut une refonte importante qui a suscité une controverse sur la question de savoir si la "teachers' exception" avait été maintenue ou abolie. Deux courants de pensée existent sur le sujet. Selon certains,⁴⁷ l'histoire de l'adoption de la loi montre qu'on n'a pas voulu changer quoi que ce soit en ce qui concerne les règles relatives au droit

d'auteur dans le cadre de la relation employeur-employé. La jurisprudence sur la "teachers' exception" devrait donc continuer à être pertinente. L'autre courant de pensée⁴⁸ ne nie pas cet élément. Tous s'accordent pour reconnaître que l'article 201 du *Copyright Act de 1976* constitue "an adoption of the present law".⁴⁹ Mais ils notent que l'article 301 a aboli à toutes fins pratiques les droits découlant de la *common law*. Il faut dire, sans entrer dans les détails, qu'avant 1976 les États pouvaient accorder une certaine protection aux œuvres, notamment celles non encore publiées, mais cela se faisait en vertu de la *common law* de ces États. L'article 301 de la loi fédérale est très clair sur son intention de faire en sorte qu'il n'existe pas d'autres droits d'auteur que ceux reconnus par cette loi.⁵⁰ Or, si on se rappelle bien, bon nombre de décisions rendues par les tribunaux avant 1976, relatives aux enseignants, étaient fondées sur la *common law*. Elles ne sont donc peut-être plus applicables.

Cette situation vaut la peine d'être notée, car la même règle existe au Canada. En effet, en vertu de l'article 89 de la loi canadienne, il ne peut y avoir de droit d'auteur qui proviendrait de la *common law*.⁵¹

Pendant, le motif de l'adoption de cette règle diffère grandement de la situation aux États-Unis. En effet, lorsque l'imprimerie a été inventée au 15^{ème} siècle, les souverains d'alors ont vite perçu que cela pouvait menacer leurs pouvoirs. Ils ont adopté des règles par lesquelles seuls les imprimeurs accrédités pouvaient faire ce métier, obligeant de surcroît chaque ouvrage à faire l'objet d'un imprimatur avant de pouvoir être reproduit. Lorsque la première loi britannique en matière de droit d'auteur fut adoptée en 1710, le *Statute of Anne*, elle brisa le monopole absolu des imprimeurs et reconnut des droits aux auteurs pour la première fois. Mais les imprimeurs acceptèrent de mauvaise grâce la perte de leur monopole et contestèrent devant les tribunaux en arguant que leurs droits étaient de deux sources.⁵²

D'abord ceux reconnus par diverses décisions judiciaires au cours des ans, puis ceux reconnus par la loi de 1710. C'est pour rejeter cette prétention que le législateur précisa qu'il ne peut y avoir d'autres droits d'auteur que ceux reconnus dans sa loi anglaise sur le droit d'auteur, règle qui fut reprise dans le droit canadien.

Quoi qu'il en soit, il a quelques décisions rendues par les tribunaux américains après 1976 qu'il est important d'examiner. Cela nous permettra de nous prononcer avec plus de certitude sur la question de savoir si on peut dire qu'il existe encore une exception relative aux professeurs et ce que l'on entend par l'expression «travail effectué dans le cadre de son emploi». La première est l'affaire *Weinstein v. University of Illinois* rendue en 1987 par une des *Court of Appeals*.⁵³ Il s'agissait essentiellement d'un conflit entre universitaires, portant sur l'ordre dans lequel on devait identifier les personnes ayant rédigé un article. Le professeur Weinstein et deux de ses collègues avaient eu l'idée d'écrire un texte sur la cléricature que devaient faire les étudiants inscrits en

pharmacie à l'Université de l'Illinois. Weinstein rédigea un premier jet qu'il montra aux deux autres, lesquels s'en déclarèrent insatisfaits. Il réalisa plus tard que ses deux collègues avaient utilisé son texte, avec quelques modifications mineures, et l'avaient soumis à une revue, l'*American Journal of Pharmaceutical Education*, mais en mentionnant son nom en dernier. Weinstein poursuivit ses collègues et l'université, mais notons que le débat porta principalement sur la question de savoir si Weinstein avait été dépouillé d'un de ses droits de propriété en application régulière de la loi, tel que prévu dans le 4^{ème} amendement de la constitution américaine.

Quelques passages dans la décision du juge Easterbrook traitent de notre sujet. Après avoir rappelé le texte de l'article 201 du *Copyright Act*, il écrit : "The statute is general enough to make every academic article a 'work for hire' and therefore vests exclusive control in universities rather than scholars".⁵⁴ Mais il infirma la décision rendue en première instance qui concluait en ce sens, au motif que l'université subventionnait le programme de stages des étudiants, et qu'en tant que professeur clinicien, Weinstein se devait de faire de la recherche et de publier des textes sur ce sujet. Le juge Easterbrook se basa sur une politique adoptée par l'université, qui faisait légalement partie du contrat d'emploi de chaque professeur, et par laquelle les professeurs conservaient leurs droits d'auteur sur leurs publications, sauf des cas particuliers, comme celui de la personne spécifiquement embauchée pour créer telle œuvre ou lorsqu'il s'agissait d'une tâche spécifiquement assignée. Il nota aussi que cette politique de l'Université de l'Illinois était conforme à une longue tradition : "This has been the academic tradition since copyright law began".⁵⁵ On voit donc que cette décision est basée sur l'interprétation à donner d'un contrat, non sur une disposition de la loi. Le juge semble considérer que si ce n'était que de la loi, les droits d'auteur reviendraient normalement à l'employeur. Il ne traite aucunement d'une exception ou exemption faite pour les universitaires, sauf pour dire que la politique de l'université s'inscrit dans une longue tradition.

Un an après, cependant, une des Court of Appeals rendit la décision la plus importante aux yeux de ceux qui militent en faveur de la reconnaissance des droits d'auteur pour les professeurs: *Hays v. Sony Corp. of America*.⁵⁶ La décision a été rendue par le juge Posner qui est lui-même un ancien professeur d'université. Les faits sont simples. Les plaignants, deux professeurs de niveau "high school" ont rédigé un manuel pour aider les étudiants qui, dans le cadre d'un cours en administration des affaires, apprenaient le fonctionnement d'un appareil de traitement de textes. En 1984, la commission scolaire acheta des ordinateurs de la compagnie Sony et lui demanda d'adapter le manuel des deux enseignants pour qu'il puisse être utilisé avec les appareils de traitement de textes de cette compagnie. Mais les plaignants trouvèrent que le manuel de Sony ressemblait tellement au leur qu'ils poursuivirent la compagnie en alléguant que leurs droits d'auteur en vertu de la *common law* et

de la loi fédérale avaient été violés. L'une des questions qui s'est posée était évidemment de savoir qui, de la commission scolaire ou des plaignants, possédait les droits d'auteur sur le manuel.

Le juge Posner dit qu'au premier regard, il faut presque obligatoirement conclure que c'est l'employeur qui détient les droits d'auteur, vu les termes de l'article 201 de la loi. Il poursuit en expliquant qu'avant la réforme de 1976, peu de doctrine et de jurisprudence reconnaissait la "teacher exception". Selon Posner, s'il y a si peu d'autorités pour appuyer cette exception, c'est parce qu'il va presque de soi que les professeurs conservent les droits d'auteur sur leurs productions. Le motif en étant que leur employeur ne supervise pas attentivement ce genre de travail et est mal outillé pour exploiter ces œuvres: "A college or university does not supervise its faculty in the preparation of academic books and articles, and is poorly equipped to exploit their writings, whether through publication or otherwise [...]".⁵⁷ Il ajoute ensuite la chose suivante, mais en obiter seulement, car il n'avait pas à se prononcer sur la question pour trancher le litige. Un "high school" ne peut s'attendre à ce que ses enseignants rédigent tout naturellement des articles ou monographies dans le cadre normal de leurs activités. À son avis, il est bien possible que la loi de 1976 ait aboli la "teacher exception", quoique par inadvertance. Mais, considérant (a) le chaos que cette règle amènerait au niveau des pratiques longtemps établies selon lesquelles les universités laissent les professeurs exploiter les droits d'auteur sur leurs productions, (b) le manque d'arrimage entre la loi et la réalité du travail des universitaires et (c) l'absence d'un indice clair par lequel le Congrès aurait voulu abolir la "teacher exemption", il conclut que "[...] we might, if forced to decide the issue, conclude that the exemption had survived the enactment of the 1976 Act".⁵⁸

On voit comment cette dernière phrase est pleine de mises en garde : d'abord tout est dit en obiter, ensuite le juge ne peut s'appuyer sur une loi ou une décision. Tout au plus mentionne-t-il le texte de l'article 201(b) de la loi qui «semble» selon lui exiger non seulement qu'une œuvre ait été faite par un employé, mais aussi qu'elle ait été faite «pour» l'employeur. Or, écrit-il, on pourrait avancer facilement que les diverses productions écrites ou audiovisuelles des professeurs ne sont pas réalisées «pour» l'université, mais pour les étudiants, ou pour leur propre satisfaction d'avoir participé à l'avancement du savoir.

Il y a une autre décision dont la doctrine parle peu, et qui mérite notre attention : l'affaire *Vanderhurst*.⁵⁹ Elle a été rendue en 1998 par une cour de première instance, la U.S. District Court pour le district de Colorado. Il s'agissait essentiellement d'une affaire relevant du droit du travail, la contestation par un professeur enseignant dans un "junior college" de son renvoi par la commission scolaire et à l'occasion de laquelle s'est posée la question des droits d'auteur sur un livre qu'il avait écrit.

Le livre s'intitulait *Veterinarian Technology Outline* et reprenait l'essentiel du contenu de son cours pour des étudiants qui aspiraient à devenir assistant-vétérinaires. Vanderhurst voulait évidemment faire reconnaître ses droits d'auteur sur ce livre, mais la cour les lui refusa. En se basant en doctrine sur le *Restatement (Second) on Agency*, voici comment la cour définit l'expression «dans le cadre de son emploi»: “[...] those acts which are so closely connected with what the servant is employed to do, and so fairly and reasonably incidental to it, that they may be regarded as methods [...] of carrying out the objectives of the employment”.⁶⁰ Il fallait considérer les éléments suivants: si le travail effectué (ici la rédaction du volume) est du même genre que celui pour lequel la personne a été engagée, si le travail s'est effectué en bonne partie durant les heures normales de travail et si le travail sert les fins de l'employeur. De plus, en l'occurrence, une des politiques de la commission scolaire prévoyait que la tâche des professeurs comprend des “professional service activities, (including), but not limited to, course, program and curriculum development (and) course preparation [...]”.⁶¹ Si on fait le lien avec le contrat d'emploi des professeurs d'université, il est vrai que la plupart du temps ils n'ont pas une définition de tâche aussi précise, mais on ne peut pas dire que leur tâche ne comprend pas la fourniture de services professionnels, ni la préparation de cours ou de programmes. . . On peut considérer aussi que la rédaction de textes et la création d'œuvres multimédia font partie du genre de travail pour lequel ils sont embauchés, et que ces œuvres vont dans le sens de la mission de l'université. Voilà donc un autre argument en faveur de la reconnaissance à l'employeur des droits d'auteur sur les productions des professeurs.

Conclusion: *de lege ferenda*

Nous n'avons pas la prétention de faire des suggestions de modifications à la LDA susceptibles d'être agréées par le législateur. Il faut plutôt prendre pour acquis que la formulation actuelle de l'article 13(3) ne sera pas modifiée dans un avenir rapproché. Compte tenu de cet élément, quelle est la meilleure conduite à adopter par les universités et les professeurs? Il nous semble que le premier élément de solution à cette problématique, et peut-être le plus important, se trouve dans le libellé même du texte de loi pertinent, qui énonce la règle applicable «à moins de stipulation au contraire». La situation idéale serait que les universités et leurs professeurs discutent franchement de ces questions en vue de trouver une position où personne n'aura l'impression d'être exploité. Et à cet égard, les syndicats seraient le porte-parole tout indiqué pour les professeurs. Car contrairement à la situation aux États-Unis où la loi prévoit l'existence d'un document signé par les deux parties, il n'est question ici que d'une «stipulation contraire» qui pourrait très bien faire l'objet de dispositions dans le texte d'une convention collective. Par contre,

l'adoption par l'université d'une politique en matière de droit d'auteur ne serait pas une solution, à moins de prévoir que l'université renonce à toute prétention en ce domaine, car un tel document ne peut prévaloir sur une règle qui se trouve dans une disposition d'une loi.

Mais que faire lorsque les deux parties ne veulent rien céder, chacune espérant se faire reconnaître l'exclusivité des droits d'auteur? Il est possible de suggérer une solution mitoyenne. Si l'on repense à la doctrine et à la jurisprudence que nous avons examinées plus haut, il existe des arguments valables pour prétendre que les droits d'auteur sur les diverses productions des professeurs reviennent à l'employeur ou à l'employé. S'il fallait conclure en effet que tous les droits d'auteur appartiennent au professeur, on peut imaginer des cas où cela créerait des situations très délicates. Pensons à celle du professeur qui obligerait les étudiants à se procurer ses notes de cours, au prix qu'il aurait fixé, parce que ce serait le document obligatoire pour suivre le cours. De même, une université ne pourrait contraindre un professeur à partager le fruit de ses recherches avec ses collègues. Par contre, le fait de conclure que les droits d'auteur reviennent systématiquement à l'employeur va, à notre avis, à l'encontre de la notion de liberté universitaire. Cette notion ne vise pas seulement le droit du professeur d'enseigner sans être obligé d'adhérer à une doctrine en particulier. Elle va au-delà et qualifie la relation qui existe entre les universités et les professeurs. Étant donné la très grande latitude dont disposent les professeurs au niveau de leurs sujets de recherche, des heures de travail ou des modes de publication, il est plus délicat de prétendre que tout ce que les professeurs font, en plus de dispenser leurs enseignements, est toujours systématiquement accompli «dans l'exercice de cet emploi».⁶²

De façon plus précise, certains auteurs⁶³ ont suggéré une autre solution. Le droit d'auteur appartiendrait en premier lieu au professeur, mais avec une licence non exclusive, accordée automatiquement à l'université pour une durée qui resterait à négocier. Le concept de licence est mentionné à l'article 13(4) de la LDA. Au contraire de la cession, par laquelle l'auteur se départit de façon permanente d'un ou de la totalité de ses droits moyennant compensation monétaire, la licence implique que l'auteur conserve ses droits, mais qu'il permet à quelqu'un d'autre d'accomplir un des gestes que la loi lui réserve exclusivement.⁶⁴ L'université pourrait alors utiliser à des fins commerciales les diverses productions d'un professeur sans que ce dernier ait concédé son droit d'auteur. D'autres⁶⁵ suggèrent plutôt que l'université soit codétentrice d'un droit d'auteur sur toute œuvre créée par un professeur. Dans ce cas, il faudrait obligatoirement le consentement des deux parties pour poser un des actes que la loi réserve au détenteur du droit d'auteur. Cette solution comporte des désavantages certains: le professeur aurait l'obligation, par exemple, d'obtenir l'assentiment de l'université avant de pouvoir soumettre un article à une revue savante. Et l'université

pourrait céder son propre droit d'auteur à qui elle voudrait, sans que le professeur ait quelque mot à dire. . . Mais cette solution a au moins l'avantage de faire en sorte que tous les profits, lorsqu'il y en a, découlant de la publication d'un volume, ou de l'utilisation d'une cassette vidéo ou d'un disque compact, seraient partagés par moitié. On peut aussi penser⁶⁶ à la possibilité que les professeurs abandonnent leurs droits d'auteur au profit de leur employeur, moyennant compensation financière. Ceci a l'avantage de récompenser financièrement le professeur qui produit des œuvres et de laisser l'employeur libre de les exploiter commercialement.

On constate donc l'existence de plusieurs formes d'ententes auxquelles l'on peut penser. Il est certain, à

notre avis, que l'on devrait s'intéresser de près, dans les universités, à ces questions avant que la situation ne dégénère car la situation actuelle est malsaine. Elle risque d'inhiber l'effort créatif de professeurs qui craignent de se faire «voler» le fruit de leur travail. D'autres peuvent hésiter avant de se procurer des vidéos, disques compacts ou autres produits semblables, s'ils pressentent que la question de la détention des droits d'auteur est litigieuse. Les situations ambiguës risquent toujours de donner lieu à des disputes et des conflits qui aboutissent devant les tribunaux, ce qui implique des dépenses importantes en temps et en argent. Il est toujours préférable de tenter d'éviter de telles situations dans toute la mesure du possible.

Notes:

¹ L.R.C. 1985, ch. P-4. Sur la politique des universités concernant la façon d'exploiter les brevets, cf. M.A. Wilkinson, «Le droit d'auteur dans le contexte de la propriété intellectuelle: une analyse des politiques universitaires canadiennes» (1999) 12 C.P.I. 51.

² L.R.C. 1985, ch. C-42, ci-après la LDA.

³ Aux États-Unis, il a été estimé en 2000 que le marché de l'enseignement à distance représentait, pour le niveau universitaire et celui des études professionnelles, une somme de 100 milliards de dollars! Cf. G.K. Laughlin, "Who Owns the Copyright to Faculty-Created Web-Sites? The Work-For-Hire Doctrine's Applicability to Internet Resources Created for Distance Learning and Traditional Classroom Courses" (2000) 41 B.C.L. Rev. 549 à la p. 555. Il y a aussi un autre phénomène qui a débuté vers 1999, encore peu connu au Canada, mais qui doit nous préoccuper. Il s'agit de compagnies qui paient des étudiants (environ 400\$ par semestre) pour assister à des cours et prendre les notes les plus complètes possibles. Elles les offrent ensuite en vente aux autres étudiants ou les publient sur un site web qui peut être consulté moyennant paiement. Cf. S.L. Seeley: "Are Classroom Lectures Protected by Copyright Laws? The Case for Professors' Intellectual Property Rights" (2001) 51 Syracuse L. Rev. 163 aux pp. 166-9 et 172-8. Plusieurs universités ont réagi en prenant action contre ces entreprises. L'État de la Californie a adopté une loi interdisant l'enregistrement non-autorisé ou la publication du contenu des cours dispensés dans le réseau public d'enseignement. Cf. C. McSherry, *Who Owns Academic Work?* Cambridge (Mass), Harvard U. Press, 2001, aux p.140-141.

⁴ Le journal *La Tribune*, dans son édition du 13 novembre 2002 (à la p. B-7: «L'université à distance promise à un nouvel essor») rapporte que le taux d'abandon frisait les 90%!

⁵ Aux États-Unis, les expériences dans ce sens sont rendues beaucoup plus loin que ce qui se fait ici. Michèle Le Moal-Gray rapporte (cf. : «Distance Education and Intellectual Property: the Realities of Copyright Law and the Culture of Higher Education» (2000) 16 *Touro L. Rev.* 981) qu'en 1995, un tiers de toutes les maisons d'enseignement de haut savoir utilisaient quelque forme d'«enseignement à distance», et qu'un autre quart avait des visées en ce sens. Elle mentionne qu'une université offre déjà une formation complète en droit sans aucun cours dispensé de façon traditionnelle, la *Concord University School of Law* (cf. la note infrapaginale 11) et qu'il existe une université accréditée qui n'existe que de façon virtuelle, c.-à-d. qui n'offre que de l'enseignement à distance, soit la *Jones International University* (cf. p. 984). Cette université avait conclu à la fin de l'année 1999 une entente avec un professeur de l'Université Harvard en vertu de laquelle il enregistrerait un cours complet sur la procédure civile. Son employeur s'y est objecté, non pour une question de droits d'auteur, mais parce qu'il n'avait pas obtenu l'aval de son doyen avant d'enseigner dans un autre établissement. L'affaire n'est pas allée devant les tribunaux, mais elle a amené l'Université Harvard à revoir ses politiques sur ces questions. Cf. Laughlin, supra note 3 aux pp. 556-559.

⁶ La seule chose qui fasse facilement consensus dans les milieux universitaires est que la situation actuelle est critique. Plusieurs parlent de situation de crise. Cf. C. McSherry, supra note 3 à la p. 28: "Although lawyers, jurists, and scholars disagree over the basic premises, reasoning, and even utility of intellectual property law, there is a general agreement that IP law faces unprecedented challenge". Comme elle l'explique bien (aux pp. 32 et

suiv.), les universités sont tiraillées entre leur mission concernant «l'avancement des connaissances» et la tentation de capitaliser à partir de ces connaissances. Elle montre aussi (aux pp. 102-106) que dans certaines universités, l'augmentation inouïe du prix des abonnements à diverses publications (elle mentionne la revue *Brain Research* dont le coût annuel de l'abonnement s'élève à 15000\$US) a fait que les bibliothécaires et les administrateurs font pression sur les professeurs pour qu'ils n'abandonnent pas complètement leurs droits d'auteur lorsqu'ils soumettent un texte à une revue.

⁷ Cf. supra note 2, art. 6: «[...] le droit d'auteur subsiste pendant la vie de l'auteur; puis jusqu'à la fin de la cinquantième année suivant celle de son décès».

⁸ Mais il est fortement recommandé et sert de preuve en cas de conflit. Cf. art. 53(2) LDA.

⁹ Cf. art. 3(1) LDA.

¹⁰ Art. 5(1) LDA.

¹¹ Cf. art. 1665a et 1666 C.c.B.-C.

¹² Art. 2098 C.c.Q.: «Le contrat [...] par lequel l'entrepreneur [...] s'engage envers [...] le client à réaliser un ouvrage matériel ou intellectuel ou à fournir un service moyennant un prix que le client s'oblige à lui payer».

¹³ On pourra tout de même consulter les articles suivants, portant plus spécifiquement sur les enseignants: G. Arbour, "Le professeur salarié ou travailleur autonome?" (2000) 14 *R.J.E.U.L.* 55, et D. Lametti, "Les auteurs sont-ils des employés? Certaines réflexions sur la propriété des droits d'auteur dans le contexte scolaire" (1999) 12 *C.P.I.* 11.

¹⁴ *Copyright, Designs and Patents Act (R.-U.), 1988, c. 48.*

¹⁵ W.A. Copinger, E.P. Skone James, G. Davies, J.J. Rayner, K.M. Garnett, *Copinger and Skone James on Copyright (14th ed.)*, London, Sweet & Maxwell, 1999, aux pp. 221 et suiv.

¹⁶ Cf. aussi H. S. Bloom, "The Teacher's Copyright in His Teaching Materials" (1973) *J. Soc. Pub. L.T.* 333 à la p. 337, où il écrit, commentant la *Copyright Act de 1956*: "[...] there is no doubt that the preparation of lecture material by a teacher is work done in the course of his employment".

¹⁷ La loi est codifiée au titre 17 du U.S. Code. Voir 17 U.S.C. s. 102: "Copyright protection subsists [...] in original works of authorship fixed in any tangible medium of expression [...]".

¹⁸ La formulation est la suivante: "Instructional text' is a literary, pictorial, or graphic work prepared for publication and with the purpose of use in systematic instructional activities".

¹⁹ Cf. M. Leaffer: *Understanding Copyright Law*, New York, Matthew Bender, 1999, à la p. 194: "These key terms are undefined in the Act and undiscussed in the committee reports".

²⁰ Pour une revue de la jurisprudence pertinente, cf. Laughlin, supra note 3 à la p. 567.

²¹ *Community for Creative Non-Violence c. Reid*, 490 U.S. 730 (1989).

²² C'est aussi ce que conclut la doctrine. Cf. A. Packard, "Copyright or Copy Wrong: an Analysis of University Claims to Faculty Work" (2002) 7 *Comm. L. & Pol'y* 275 à la p. 280: "Although Reid did not address the

- copyright of faculty, the application of its criteria to professors arguably suggests that their work falls within the scope of the work-for-hire provision". Cf. Laughlin, supra note 3 aux pp. 569-572, où il applique les critères de Reid aux universitaires. McSherry, supra note 3 à la p. 133, conclut dans le même sens.
- ²³ D. Vaver, *Copyright Law*, Toronto, Irwin Law, 2000, aux pp. 84-88. D. Lametti, "Publish and Profit? Justifying the Ownership of Copyright in the Academic Setting" (2001) 26 *Queen's L. J.* 497.
- ²⁴ *Ibid.* à la p. 86.
- ²⁵ *Byrne v. Statist co.*, (1914) 1 *K.B.* 622.
- ²⁶ Vaver, supra note 23 aux pp. 86-87.
- ²⁷ *Ibid.* à la p. 88.
- ²⁸ Supra note 23 à la p. 500.
- ²⁹ *Ibid.* aux pp. 520-560.
- ³⁰ *Ibid.* à la p. 502.
- ³¹ *Ibid.* aux pp. 502-503. Notons que notre droit a commencé à se rapprocher de la conception européenne depuis que la LDA a reconnu des droits moraux aux auteurs, qui sont déclarés incessibles. Cf. art. 14.1, 14.2 et 28.1. Ces dispositions ont été adoptées dans les années '80.
- ³² Lametti, supra note 23 aux pp. 504-519.
- ³³ *Massie & Renwick c. Underwriters Survey Bureau*, [1940] *S.C.R.* 218.
- ³⁴ Lametti, supra note 23 aux pp. 517-519.
- ³⁵ Cf. supra note 15 aux pp. 224-226.
- ³⁶ *Ibid.* à la p. 225.
- ³⁷ *Noah v. Shuba* (1991) *F.S.R.* 14 (Ch.).
- ³⁸ Bloom, supra note 16.
- ³⁹ (1952) 1 *T.L.R.* 101 (C.A.) à la p. 111.
- ⁴⁰ Cf. Melville B. Nimmer, *Nimmer on Copyright*, New York, M. Bender, 1963, à la section 5.03[B][1][b][i]. Mais son opinion ne s'appuie pas sur autre chose que des obiter trouvés dans les décisions dont nous faisons état. Dans le même sens que Nimmer, cf. Laura G. Lape, "Ownership of Copyrightable Works of University Professors: the Interplay Between the Copyright Act and University Copyright Policies" (1992) 37 *Vill. L. Rev.* 223 à la p. 246. Mais dans le sens contraire, cf. L.D. DuBoff, "An Academic's Copyright: Publish and Perish" (1992) 32 *J. Copyright Soc'y* 17 à la p. 18, et T.D. Simon, "Faculty Writings: Are They 'Works Made for Hire' Under the 1976 Copyright Act?" (1999) 9 *J.C. & U.L.* 485 à la p. 508.
- ⁴¹ 57 *Wash. L. Rep.* 286 (Sup. Ct. 1929), *Copyright Decisions 1924-35* à la p. 675.
- ⁴² 273 *Cal. App. 2d* 726, 78 *Cal. Rptr.* 542 (1969).
- ⁴³ Supra note 41 à la p. 687. Le juge a écrit : "The court does not know of any authority holding that such a professor is obliged to reduce his lectures to writing or if he does so that they become the property of the institution employing him".
- ⁴⁴ Supra note 42 à la p. 733.
- ⁴⁵ *Ibid.* aux pp. 734-735.
- ⁴⁶ *Marshall v. Miles Laboratories Inc.*, 647 *F.Supp.* 1326 (N.D. Ind. 1986). Dans le même sens, voir *Miller v. Cp Chemicals, Inc.*, 808 *F. Supp.* 1238 (D.S.C. 1992), où on a reconnu à l'employeur le droit d'auteur sur un logiciel préparé par un employé à sa propre initiative, chez lui, sur son propre ordinateur!
- ⁴⁷ Cf. Lape, supra note 40 à la p. 246, et T.K. Daniel et P.D. Pauken, "The Impact of Electronic Media on Instructor Creativity and Institutional Ownership within Copyright Law" (1999) 132 *Educ. L. Rep.* 1.
- ⁴⁸ Cf. DuBoff, supra note 40 à la p. 18, Simon, supra note 40 à la p. 508, et Laughlin, supra note 3 à la p. 578: "There is nothing in the 1976 Act to support a teacher's exception".
- ⁴⁹ Cf. Russ VerSteege, "Copyright and the Educational Process: the Right of Teacher Inception" (1990) 75 *Iowa L. Rev.* 381 à la p. 397.
- ⁵⁰ Le texte pertinent est le suivant: "On and after January 1, 1978, all legal or equitable rights [...] are governed by this title. Thereafter, no person is entitled to any such right or equivalent right in any such work under the common law or statutes of any State".
- ⁵¹ Cette disposition édicte: "Nul ne peut revendiquer du droit d'auteur autrement qu'en application de la présente loi ou de toute autre loi fédérale".
- ⁵² Cf. *Millar v. Taylor* (1769) 4 *Burr.* 2401. En doctrine, une bonne étude historique de la question a été faite par H.H. Chartrand, "Creators, Proprietors and Users" (2000) 30 *J. Arts Mgmt., Law & Soc'y*. Disponible sur Internet: <http://www.culturaleconomics.atfreeweb.com/cpu.htm>.
- ⁵³ 811 *F.2d* 1091 (7th Cir. 1987).
- ⁵⁴ *Ibid.* à la p. 1094.
- ⁵⁵ *Ibid.*
- ⁵⁶ 847 *F.2d* 412 (7th Cir. 1988).
- ⁵⁷ *Ibid.* à la p. 416.
- ⁵⁸ *Ibid.* aux pp. 416-417.
- ⁵⁹ *Vanderhurst v. Colorado Mountain College District*, 16 *F. Supp. 2d* 1297 (D.Colo. 1998).
- ⁶⁰ *Ibid.* à la p. 1307.
- ⁶¹ *Ibid.*
- ⁶² McSherry, supra note 3 à la p. 103, est d'avis que les droits d'auteur devraient appartenir aux professeurs pour le motif suivant: "[T]he position of faculty and the university itself as arbiters of true and valuable knowledge — the very position that, as we will see, justifies the academic exception [...]". Elle estime (à la p. 108) qu'accorder les droits d'auteur aux universités mine le principe de la liberté académique. La règle prévue dans la loi américaine est valable dans les situations où les employés agissent en quelque sorte comme mandataires de l'employeur, ce qui n'est pas le cas en milieu universitaire.
- ⁶³ Cf. notamment R. Kwall, "Copyright Issues in Online Courses: Ownership, Authorship and Conflict" (2001) 18 *Santa Clara Computer & High Tech. L. J.* 1 à la p. 20, Laughlin, supra note 3 à la p. 580, et Lape, supra note 40 à la p. 261. Lametti, supra note 23 à la p. 564, explore aussi cette voie dans la conclusion formelle de son texte.
- ⁶⁴ Cf. art 3(1) LDA: on mentionne la reproduction de l'œuvre, sa publication, sa représentation en public, sa communication au public par télécommunication, sa traduction, etc.
- ⁶⁵ Cf., par exemple, VerSteege, supra note 49 à la p. 410.
- ⁶⁶ Cf. Daniel et Pauken, supra note 47 à la p.18, et Laughlin, supra note 3 aux pp. 581-582.