



COUR SUPRÊME DU CANADA

RÉFÉRENCE : Robertson c. Thomson Corp., 2006 CSC 43

DATE : 20061012

DOSSIER : 30644

ENTRE :

Heather Robertson

Appelante/Intimée à l'appel incident

et

**The Thomson Corporation, Thomson Canada Limitée,
les entreprises affiliées à Thomson, Information Access Company
et Publications Bell Globemedia Inc.**

Intimées/Appelantes à l'appel incident

- et -

**Association canadienne des journaux et
Canadian Community Newspaper Association**

Intervenantes

TRADUCTION FRANÇAISE OFFICIELLE

CORAM : La juge en chef McLachlin et les juges Major, Bastarache, Binnie, LeBel, Deschamps, Fish, Abella et Charron

MOTIFS DE JUGEMENT : Les juges LeBel et Fish (avec l'accord des juges Bastarache, Deschamps et Rothstein)
(par. 1 à 64)

MOTIFS DISSIDENTS EN PARTIE La juge Abella (avec l'accord de la juge en chef McLachlin et
QUANT AU POURVOI INCIDENT des juges Binnie et Charron)
(par. 64 à 101)

NOTE : Ce document fera l'objet de retouches de forme avant la parution de sa version définitive dans le *Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada*.

robertson c. thomson corp.

Heather Robertson

Appelante/intimée à l'appel incident

c.

**The Thomson Corporation, Thomson Canada Limitée,
les entreprises affiliées à Thomson, Information Access Company
et Publications Bell Globemedia Inc.** *Intimées/appelantes à l'appel incident*

et

**Association canadienne des journaux et
Canadian Community Newspaper Association**

Intervenantes

Répertorié : Robertson c. Thomson Corp.

Référence neutre : 2006 CSC 43.

N° du greffe : 30644.

Audition : 6 décembre 2005.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Major, Bastarache, Binnie, LeBel, Deschamps, Fish, Abella et Charron.

Nouvelle audition : 18 avril 2006.

Jugement : 12 octobre 2006.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Bastarache, Binnie, LeBel, Deschamps, Fish, Abella, Charron et Rothstein.

en appel de la cour d'appel de l'ontario

Propriété intellectuelle — Droit d'auteur — Violation — Droit de reproduire une œuvre — Articles de pigistes et d'employés publiés dans un journal reproduits par les éditeurs du journal dans des bases de données et sur des CD-ROM — Recours collectif pour violation du droit d'auteur intenté par les auteurs pigistes contre les éditeurs du journal — Les éditeurs de journaux peuvent-ils reproduire dans des bases de données électroniques et sur des CD-ROM les articles qu'ils acquièrent de pigistes en vue de les publier dans leurs journaux et les articles rédigés par leurs employés? — Loi sur le droit d'auteur, L.R.C. 1985, ch. C-42, art. 3(1).

Propriété intellectuelle — Droit d'auteur — Licences — La concession par un pigiste d'une licence accordant aux éditeurs de journaux le droit de reproduire ses articles dans des bases de données et sur des CD-ROM doit-elle être constatée par écrit? — Loi sur le droit d'auteur, L.R.C. 1985, ch. C-42, art. 13.

Procédure civile — Recours collectifs — Membres du groupe — Articles de pigistes et d'employés publiés dans un journal reproduits par les éditeurs du journal dans des bases de données et sur des CD-ROM — Recours collectif pour violation du droit d'auteur intenté par les auteurs pigistes contre les éditeurs du journal — Les employés devaient-ils être inclus dans le groupe visé par le recours collectif?

En 1995, l'appelante R a écrit deux articles à la pige qui ont été publiés dans le *Globe and Mail*. La question du droit d'auteur n'a pas été abordée dans les ententes concernant l'un ou l'autre de ces articles. R a intenté une action contre les intimées (les « éditeurs ») pour violation du droit d'auteur, afin de s'opposer à la présence de ses articles dans deux bases de données, Info Globe Online et CPI.Q, ainsi que sur un CD-ROM. Dans Info Globe Online et CPI.Q, les articles tirés d'une édition quotidienne donnée du *Globe and Mail* sont stockés et présentés dans une base de données avec des milliers d'autres articles publiés dans différents journaux ou périodiques et à des dates diverses. Les bases de données identifient chaque article en mentionnant sa date de publication, le numéro de la page et d'autres renseignements contextuels. Les CD-ROM contiennent aussi le *Globe and Mail* et différents journaux. Leur contenu est limité et non modifiable et les utilisateurs peuvent visualiser un journal dans son édition quotidienne. Les bases de données et les CD-ROM omettent les annonces publicitaires, la plupart des illustrations, les renseignements quotidiens, les avis de naissance et de décès ainsi que certains éléments graphiques de l'édition papier originale. L'action de R a été certifiée en tant que recours collectif pour un groupe formé de tous les collaborateurs du *Globe and Mail*, à l'exception de ceux qui sont décédés avant 1944. R a demandé 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 de S, employé du *Globe and Mail*. Le juge des requêtes a conclu que les bases de données et les CD-ROM reproduisaient des articles individuels, et non les recueils que constituaient les journaux, mais il a rejeté la requête parce qu'il existait à son avis de véritables questions litigieuses. La Cour d'appel a confirmé sa décision.

Arrêt (la juge en chef McLachlin et les juges Binnie, Abella et Charron sont dissidents en partie quant au pourvoi incident) : Le pourvoi principal est rejeté. Le pourvoi incident est accueilli en ce qui concerne les CD-ROM seulement.

Les juges Bastarache, **LeBel**, Deschamps, **Fish** et Rothstein : Les éditeurs de journaux qui acquièrent des articles de pigistes en vue de les publier dans leur journal n'ont pas le droit de reproduire ces articles dans Info Globe Online ou CPI.Q sans rémunérer leurs auteurs et sans obtenir leur consentement. Les éditeurs de journaux sont titulaires du droit d'auteur sur leur journal et le par. 3(1) de la *Loi sur le droit d'auteur* leur confère le droit de « reproduire la totalité ou une partie importante de l'œuvre, sous une forme matérielle quelconque ». 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. La question de savoir si cette essence a été reproduite est surtout une question de degré, mais il faut à tout le moins que le contenu rédactionnel du journal — sa véritable originalité — soit préservé et présenté dans le contexte de ce journal. En l'occurrence, l'originalité des articles rédigés à la pige est préservée dans Info Globe Online et CPI.Q, mais celle des journaux ne l'est pas. Les articles sont décontextualisés à tel point que la manière dont on les présente ne préserve pas leur lien intime avec le reste du journal. Considérées « globalement », ces bases de données constituent des compilations d'articles individuels sortis du contexte du recueil original dont ils proviennent. Le recueil qui en résulte et qui est offert au public ne représente pas simplement un regroupement de chacun des recueils — il s'agit d'un recueil d'une nature différente. Les mentions du nom du journal dans lequel les articles ont été publiés, ainsi que de la date et du numéro de la page de leur publication n'apportent que des renseignements rétrospectifs. En revanche, les CD-ROM constituent un exercice valide du droit du *Globe and Mail* de

reproduire son recueil. En offrant essentiellement aux utilisateurs un condensé des éditions quotidiennes du journal, les CD-ROM demeurent fidèles à l'essence de l'œuvre originale. Enfin, le principe de la neutralité du support reconnu au par. 3(1) de la Loi ne permet pas d'écarter les droits des auteurs. La neutralité du support signifie que la *Loi sur le droit d'auteur* continue de s'appliquer malgré l'usage de supports différents, mais elle ne signifie pas qu'après sa conversion en données électroniques, une œuvre peut être utilisée n'importe comment. L'œuvre finale demeure assujettie à la *Loi sur le droit d'auteur*. [1-4] [37-49] [51-53]

La concession d'une licence non exclusive accordant le droit de reproduire un article dans les bases de données ou sur les CD-ROM ne doit pas obligatoirement être constatée par écrit. Selon les par. 13(4) et (7) de la *Loi sur le droit d'auteur*, seule la concession d'une licence exclusive doit être rédigée par écrit. [56]

Les employés du journal n'auraient pas dû être autorisés à participer au recours collectif parce qu'ils n'ont pas de cause d'action. Le paragraphe 13(3) de la Loi prévoit que le droit d'auteur sur les articles rédigés par un employé dans l'exercice de son emploi appartient à l'employeur, mais reconnaît à l'employé le droit d'interdire la publication de son œuvre (ailleurs que dans un journal, une revue ou un autre périodique semblable). En l'espèce, S n'a jamais tenté de faire interdire la publication de ses articles et aucun élément de preuve produit n'indique que d'autres employés aient exercé ce droit. [59] [62]

La juge en chef McLachlin et les juges Binnie, **Abella** et Charron (dissidents en partie quant au pourvoi incident) : Le recours collectif devrait être rejeté. Les éditeurs du journal sont titulaires du droit d'auteur sur leur journal. Étant

donné que Info Globe Online et CPI.Q contiennent une reproduction d'une « partie importante » du talent et du jugement qu'ont exercés les éditeurs en créant le journal, elles relèvent de l'exercice du droit de reproduction que leur confère le par. 3(1) de la *Loi sur le droit d'auteur*. L'« originalité » qui a valu au journal d'être protégé par un droit d'auteur est préservée dans les bases de données, parce qu'elles reproduisent en entier le choix et l'édition, par l'éditeur, des articles apparaissant dans le journal, ainsi que, dans une certaine mesure, leur disposition. Cela étant, les bases de données reproduisent le journal. L'intégration de cette reproduction électronique dans une base de données contenant des versions d'autres journaux ou périodiques organisées de façon semblable est l'équivalent électronique d'éditions papier d'un journal empilées sur une tablette et ne fait pas perdre à la version électronique son statut de reproduction d'un journal. De plus, toute différence entre la version papier du journal et sa version figurant dans les bases de données n'est attribuable qu'à la « forme » numérique et, par conséquent, ne diminue en rien le droit de l'éditeur de reproduire son journal dans les bases de données électroniques. Selon le concept de la neutralité du support, reconnu au par. 3(1), le droit exclusif de l'auteur de reproduire une « partie importante » d'une œuvre protégée par le droit d'auteur n'est pas limité par les modifications que l'avènement d'un nouveau support peut entraîner sur le plan de la forme ou des données de sortie. Le critère n'est pas celui de la manifestation physique de l'œuvre, mais bien celui de savoir si le produit reproduit, de manière perceptible, l'exercice du talent et du jugement consacrés par les éditeurs à la création de l'œuvre. La perte du « contexte » sur laquelle insiste la majorité met l'accent sur la forme et non sur le contenu des bases de données et est de ce fait incompatible avec le principe de la neutralité du support dont l'art. 3 commande l'application. [67] [73] [76] [80] [89-92] [97] [99-100]

En conséquence, la reproduction des articles des pigistes dans les bases de données ne viole pas leur droit d'auteur et les employés ne peuvent invoquer le par. 13(3) de la *Loi sur le droit d'auteur* pour interdire la publication de leurs œuvres individuelles dans ces bases de données, puisqu'elles continuent ainsi d'être publiées « dans un journal, une revue ou un périodique semblable ». [67]

Jurisprudence

Citée par les juges LeBel et Fish

Arrêts mentionnés : *New York Times Co. c. Tasini*, 533 U.S. 483 (2001); *Allen c. Toronto Star Newspaper Ltd.* (1997), 36 O.R. (3d) 201; *CCH Canadienne Ltée c. Barreau du Haut-Canada*, [2004] 1 R.C.S. 339, 2004 CSC 13; *Édutile Inc. c. Assoc. pour la protection des automobilistes*, [2000] 4 C.F.195; *Thrustcode Ltd. c. W. W. Computing Ltd.*, [1983] F.S.R. 502; *Apple Computer, Inc. v. Mackintosh Computers Ltd.*, [1988] 1 C.F. 673, conf. par [1990] 2 R.C.S. 209; *Ritchie c. Sawmill Creek Golf & Country Club Ltd.* (2004), 35 C.P.R. (4th) 163.

Citée par la juge Abella (dissidente en partie quant au pourvoi incident)

Théberge c. Galerie d'Art du Petit Champlain inc., [2002] 2 R.C.S. 336, 2002 CSC 34; *CCH Canadienne Ltée c. Barreau du Haut-Canada*, [2004] 1 R.C.S. 339, 2004 CSC 13; *Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c. Assoc. canadienne des fournisseurs Internet*, [2004] 2 R.C.S. 427, 2004 CSC 45; *New York Times Co. c. Tasini*, 533 U.S. 483 (2001); *Apple Computer Inc. c. Macintosh Computers Ltd.*, [1987] 1 C.F. 173, conf. plus tard par [1990]

2 R.C.S. 209; *Édutile Inc. c. Assoc. pour la protection des automobilistes*, [2000] 4 C.F. 195; *Allen c. Toronto Star Newspapers Ltd.* (1997), 36 O.R. (3d) 201; *Slumber-agic Adjustable Bed Co. c. Sleep-King Adjustable Bed Co.* (1984), 3 C.P.R. (3d) 81.

Lois et règlements cités

Copyrights Act, 17 U.S.C. § 201(c) (2000).

Loi sur le droit d'auteur, L.R.C. 1985, ch. C-42, art. 2, 2.1(2), 3, 5, 13(1), (3), (4), (7).

Loi sur le droit d'auteur, S.C. 1921, ch. 24, art. 3.

Doctrine citée

Bickham, Douglas P. « Extra! Can't Read All About It: Articles Disappear After High Court Rules Freelance Writers Taken Out of Context in *New York Times Co. v. Tasini* » (2001), 29 *W. St. U. L. Rev.* 85.

Geist, Michael. *Our Own Creative Land: Cultural Monopoly & The Trouble With Copyright*. Toronto : Hart House Lecture Committee, 2006.

McKeown, John S. *Fox on Canadian Law of Copyright and Industrial Designs*, 4th ed. Toronto : Thomson/Carswell, 2003 (loose-leaf updated 2006, rel. 2).

Sims, Charles S., and Matthew J. Morris. « *Tasini* and Archival Electronic Publication Rights of Newspapers and Magazine » (2001), 18:4 *Comm. Law.* 9.

Traités et autres documents internationaux

Convention de Berne pour la protection des oeuvres littéraires et artistiques, 9 septembre 1886, art. 9.

Organisation mondiale de la propriété intellectuelle. *Guide to the Copyright and Related Rights Treaties Administered by WIPO and Glossary of Copyright and Related Rights Terms*, 2003, art. BC-9.6.

Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur, CRNR/DC/94, 23 décembre 1996, art. 1(4).

POURVOI et POURVOI INCIDENT contre un jugement de la Cour d'appel de l'Ontario (les juges Weiler, Gillese et Blair) (2004), 72 O.R. (3d) 481, 243 D.L.R. (4th) 257, 190 O.A.C. 231, 34 C.P.R. (4th) 161, [2004] O.J. No. 4029 (QL), qui a confirmé une décision du juge Cumming (2001), 15 C.P.R. (4th) 147, [2001] O.J. No. 3868 (QL). Pourvoi rejeté et pourvoi incident accueilli en partie, la juge en chef McLachlin et les juges Binnie, Abella et Charron sont dissidents en partie quant au pourvoi incident.

Michael McGowan, Ronald E. Dimock, Dorothy Fong, Sangeetha Punniyamoorthy et Gabrielle Pop-Lazic, pour l'appelante/intimée à l'appel incident.

Sheila R. Block, Wendy Matheson, Andrew Bernstein et Jill Jarvis Tonus, pour les intimées/appellantes à l'appel incident.

Thomas G. Heintzman et Barry B. Sookman, pour les intervenantes.

Version française du jugement des juges Bastarache, LeBel, Deschamps, Fish et Rothstein rendu par

LES JUGES LEBEL ET FISH —

I. Introduction

1 La question fondamentale soulevée dans le présent pourvoi est de savoir si, selon les règles de droit applicables, les éditeurs de journaux qui acquièrent des articles de pigistes en vue de les publier dans leurs journaux peuvent reproduire ces articles dans des bases de données électroniques — sans rémunérer leurs auteurs et sans obtenir leur consentement. À notre avis, ils n’ont pas ce droit. Leur droit d’auteur sur leurs journaux ne leur confère pas le droit de reproduire, ailleurs que dans *ces* recueils — c.-à-d. dans leurs journaux — les articles de pigistes qui y paraissent.

2 Selon la *Loi sur le droit d’auteur*, L.R.C. 1985, ch. C-42, les éditeurs de journaux sont titulaires du droit d’auteur sur leurs journaux. À ce titre, ils jouissent du droit de reproduire la totalité ou une partie importante d’un journal, mais ils ne détiennent pas celui de reproduire des articles individuels rédigés par des pigistes, sans le consentement de leur auteur. Info Globe Online et CPI.Q constituent de vastes bases de données électroniques. Ce sont des compilations d’articles individuels présentés en dehors du contexte des recueils dont ils faisaient partie. Le recueil ainsi offert au public ne représente pas un simple regroupement de ces recueils — il s’agit d’un recueil de nature différente.

3 À notre avis, *The Globe and Mail* (« *Globe* ») ne peut donc pas reproduire les articles rédigés par des pigistes dans les bases de données électroniques Info Globe Online ou CPI.Q. Le droit de reproduire un recueil, prévu par la *Loi sur le droit d’auteur*, n’emporte pas celui de publier à nouveau, dans un recueil totalement différent, les articles rédigés par des pigistes.

4 Par contre, nous estimons que les CD-ROM sont le résultat d’un exercice valide du droit que possède le *Globe* de reproduire son recueil. Les CD-ROM peuvent

être considérés comme des collections de quotidiens, contrairement à Info Globe Online et à CPI.Q.

5 Pour ces raisons et pour les motifs exposés ci-dessous, nous sommes d'avis de rejeter le pourvoi principal ainsi que le pourvoi incident, sauf en ce qui concerne les CD-ROM.

II. Contexte

6 Le présent pourvoi porte essentiellement sur les droits concurrents des auteurs pigistes et des éditeurs de journaux. La *Loi sur le droit d'auteur* établit un régime de droits superposés. Les pigistes qui rédigent des articles de journaux conservent le droit d'auteur sur leurs œuvres, alors que l'éditeur du journal acquiert un droit d'auteur sur le journal.

7 Nul ne conteste le droit des pigistes de reproduire leurs œuvres individuelles. La portée du droit d'un éditeur de reproduire ces mêmes œuvres, dans le cadre de son droit de reproduire son journal, est moins certaine.

8 Les progrès de la technologie informatique ont radicalement modifié la réalité journalistique. Autrefois synonymes du message imprimé, les journaux peuvent de nos jours être stockés et affichés électroniquement. Les bases de données électroniques en cause archivent des milliers et des milliers d'articles de journaux. Comme le flot continu d'un ruisseau, ces bases de données croissent et se transforment sans cesse. Les moteurs de recherche permettent à leurs utilisateurs de parcourir ces articles à la vitesse de l'éclair, d'un seul clic de souris. Or, ces progrès, comme

presque tous les autres, suscitent de nouvelles difficultés, dont celle de déterminer l'étendue des droits des éditeurs de journaux dans ce paysage technologique en pleine évolution.

9 Les numéros antérieurs des journaux sont archivés depuis plus de cent ans. À l'origine, comme le juge des requêtes l'a fait remarquer, ils étaient conservés dans une bibliothèque — parfois appelée la « morgue », dans le jargon journalistique. Avec l'avènement des microfilms et des microfiches, on a eu recours à l'imagerie photographique pour l'archivage. De nos jours, les journaux sont archivés sur support électronique. Cependant, la fonction des bases de données en cause ne se limite pas à l'archivage des numéros antérieurs.

10 Le transfert des articles de journaux de leur format initial à Info Globe Online et à CPI.Q, contrairement à la reproduction sur microfilm ou sur microfiche, va au-delà du simple passage du monde de l'écrit à celui de l'électronique. Comme nous l'expliquerons, le produit obtenu est différent et porte atteinte aux droits d'auteur des pigistes dont les œuvres sont versées dans ces bases de données. Commençons par un aperçu des faits et de l'historique des procédures.

III. Les faits

11 Heather Robertson est une auteure pigiste. En 1995, elle a écrit deux articles que le *Globe* a publiés. Le premier, un extrait de livre, a fait l'objet d'une entente écrite entre le *Globe* et l'éditeur du livre de M^{me} Robertson; le second, une critique de livre, a été rédigé conformément à un accord verbal avec M^{me} Robertson. La question du droit d'auteur n'a été abordée ni dans un cas ni dans

l'autre. Par la suite, en 1996, le *Globe* a commencé à passer systématiquement avec les pigistes des ententes écrites dont une clause lui accorde certains droits électroniques sur leurs œuvres. Des modifications ultérieures ont été apportées à cette stipulation afin d'en élargir la portée. Ces ententes ne sont pas en litige en l'espèce.

12 Le *Globe* est l'un des plus importants journaux nationaux du Canada et, depuis la fin des années 1970, il est publié à la fois en version imprimée et en version électronique. Les intimées désignées au pourvoi sont : The Thomson Corporation, Thomson Canada Limitée, les entreprises affiliées à Thomson, Information Access Company et Publications Bell GlobeMedia Inc., l'éditeur actuel du *Globe* (collectivement désignés comme les « éditeurs »).

13 M^{me} Robertson s'oppose à la présence de ses articles dans les trois bases de données suivantes : Info Globe Online, CPI.Q et les CD-ROM (les « bases de données électroniques »). L'utilisation des articles rédigés par des pigistes dans l'édition Internet quotidienne du *Globe* n'est pas en cause dans le présent pourvoi.

14 Info Globe Online constitue une base de données commerciale qui existe depuis avril 1979, incluant des textes qui remontent à novembre 1977. Moyennant certains frais, ses abonnés peuvent accéder aux articles tirés du *Globe*. Ils y trouvent également des articles provenant d'un grand nombre d'autres journaux, revues et banques de références, ainsi que des fils de presse. Les abonnés peuvent aussi effectuer des recherches par mot-clé et récupérer électroniquement des articles qu'il leur est loisible d'afficher, lire, télécharger, stocker ou imprimer.

- 15 CPI.Q est la version électronique de l' *Index de périodiques canadiens*, qui répertorie des articles sélectionnés provenant de divers journaux. On peut le consulter dans les bibliothèques et on l'utilise couramment pour la recherche. En 1987, il est devenu disponible en version électronique. CPI.Q représente ainsi une version améliorée de l'index original. Elle permet à ses abonnés d'effectuer des recherches par mot-clé dans les archives électroniques des périodiques répertoriés et de récupérer les articles électroniquement. Une fois affiché, le texte peut être imprimé.
- 16 Les CD-ROM, qui contiennent chacun les numéros du *Globe* et de plusieurs autres quotidiens canadiens parus au cours d'une année civile, sont disponibles depuis 1991. Les utilisateurs peuvent les parcourir à l'aide de moteurs de recherche, récupérer des articles et les imprimer. Faits à signaler, le contenu des CD-ROM est limité et non modifiable et les utilisateurs peuvent visualiser un journal dans son édition quotidienne.
- 17 Toutes les bases de données électroniques omettent les annonces publicitaires, certains tableaux, les photos, les illustrations, les légendes, les avis de naissance et de décès, les tableaux financiers, les prévisions météorologiques et certains éléments graphiques de l'édition imprimée originale.
- 18 L'action pour violation du droit d'auteur intentée par M^{me} Robertson contre les éditeurs a été certifiée en tant que recours collectif pour un groupe formé de tous les collaborateurs du *Globe*, à l'exception de ceux qui sont décédés le ou avant le 31 décembre 1943 : *Robertson c. Thomson Corp.* (1999), 43 O.R. (3d) 161 (Div. gén.), p. 168. M^{me} Robertson a présenté une requête en jugement sommaire partiel et en injonction afin d'interdire l'utilisation de ses œuvres dans les bases de données. Elle

voulait obtenir un jugement au nom de deux membres du groupe en particulier : elle-même et Cameron Smith, un ancien employé du *Globe*.

IV. Décisions des juridictions inférieures

19 Le juge des requêtes a conclu que les bases de données électroniques reproduisaient des articles « individuels » et non le recueil que constituent les journaux.

20 Les éditeurs ont fait valoir plusieurs moyens de défense, y compris l'existence d'un droit contractuel implicite ou d'une licence implicite leur permettant de reproduire les articles. M^{me} Robertson a rétorqué que, pour être valide, une telle licence aurait dû être constatée par écrit. Le juge Cumming a rejeté la requête en jugement sommaire partiel, parce qu'il existait à son avis de véritables questions litigieuses : (2001), 15 C.P.R. (4th) 147.

21 La juge Weiler a rédigé les motifs de la décision des juges majoritaires de la Cour d'appel de l'Ontario : (2004), 72 O.R. (3d) 481. Elle a conclu que le juge des requêtes avait accordé trop de poids à la décision américaine *New York Times Co. c. Tasini*, 533 U.S. 483 (2001). Elle a également décidé que le juge Cumming avait commis une erreur en attribuant de l'importance à la création d'une activité économique différente et en insistant exagérément sur la nature des moyens technologiques utilisés pour accéder aux bases de données à l'aide de moteurs de recherche perfectionnés.

22 La juge Weiler a néanmoins rejeté l'appel incident, pour le motif que ni les bases de données ni les CD-ROM ne reproduisaient pas une partie importante du *Globe*. Elle a constaté qu'environ la moitié du contenu du journal (les articles) était transférée quotidiennement à Info Globe Online. Sur le plan quantitatif, cela représentait une partie importante du journal, mais non sur le plan qualitatif. Après avoir appliqué un critère qualitatif, elle a conclu que, pour reproduire un recueil, il faut conserver à la fois le choix et l'arrangement du recueil original.

23 Selon le juge Weiler, lorsque les articles individuels sont dissociés du recueil, ils échappent au droit d'auteur collectif, en raison de la disparition de leur mode de présentation à l'intérieur du recueil. Elle a en outre noté que la nouvelle œuvre avait une « forme » et une « fonction » différentes. En ce qui concerne la forme, le *Globe* ne couvre que les événements de la journée, alors qu'Info Globe Online et CPI.Q demeurent en perpétuelle croissance. Quant à la fonction, les lecteurs du *Globe* lisent les nouvelles, alors que les utilisateurs d'Info Globe Online ou de CPI.Q effectuent des recherches.

24 La juge Weiler a aussi rejeté l'appel principal. Elle estimait que le juge des requêtes n'avait commis aucune erreur en concluant qu'il n'était pas nécessaire que la concession d'une licence non exclusive soit constatée par écrit. Elle reconnaissait aussi que M^{me} Robertson n'avait pas qualité pour demander une injonction au nom du personnel de rédaction du *Globe*.

25 Le juge Blair a convenu que l'appel devait être rejeté pour les motifs exprimés par la juge Weiler, mais n'a pas souscrit à sa conclusion quant à l'appel incident. Le juge Blair a formulé la question en litige dans les termes

suiuants : [TRADUCTION] « la version électronique du *Globe* versée dans les archives électroniques constitue-t-elle une reproduction du recueil? » (par. 131 (italique omis)). Selon lui, une fois l'article versé dans la base de données à titre d'élément du recueil, la façon dont il est repéré, décomposé, identifié, récupéré ou affiché à l'écran n'importe plus.

26 Le juge Blair a ajouté que chaque article récupéré indiquait clairement qu'il provenait du *Globe*, car sa date de parution, son numéro de page initial, la section dans laquelle il figurait, le fait qu'il était accompagné d'une illustration, son titre et le nom de son auteur y étaient mentionnés.

27 Le juge Blair partageait aussi l'opinion de la juge Weiler selon laquelle les éditeurs pouvaient verser les articles écrits par leurs employés dans les bases de données électroniques, parce que le par. 13(3) de la *Loi sur le droit d'auteur* précise que les employés n'ont pas le droit d'interdire la publication de leurs articles dans un journal, une revue ou un périodique du même genre. Selon le juge Blair, la « version électronique du *Globe* » qui figure dans les bases de données tombe sous l'application du par. 13(3).

V. Analyse

28 Le pourvoi incident soulève deux questions : Les bases de données électroniques ont-elles porté atteinte (1) au droit des auteurs pigistes et (2) à celui des employés du *Globe*? Le pourvoi principal soulève deux autres questions : (1) La licence par laquelle un pigiste accorde expressément à un éditeur le droit de reproduire son article dans les bases de données électroniques doit-elle être constatée par écrit?

(2) M^{me} Robertson a-t-elle qualité pour exercer un recours au nom des employés du *Globe*?

29 Nous proposons d'examiner d'abord la première question du pourvoi incident, puisqu'une bonne partie des arguments sont liés à cette question. Nous nous pencherons ensuite sur les autres questions.

A. L'appel incident : la question principale

30 Le paragraphe 13(1) de la *Loi sur le droit d'auteur* prévoit : « Sous réserve des autres dispositions de la présente loi, l'auteur d'une œuvre est le premier titulaire du droit d'auteur sur cette œuvre ». Et le paragraphe 2.1(2) confirme que « [l]'incorporation d'une œuvre dans une compilation ne modifie pas la protection conférée par la présente loi à l'œuvre au titre du droit d'auteur ou des droits moraux ». Par conséquent, en tant qu'auteur des articles qu'elle rédige à la pige, M^{me} Robertson est titulaire du droit d'auteur sur ces œuvres. Il en va de même pour les autres pigistes.

31 L'éditeur n'est titulaire d'aucun droit d'auteur sur les articles rédigés à la pige comme tels, mais il possède un autre droit d'auteur, distinct, sur les quotidiens qui les publient. En effet, la définition d'un « recueil » énoncée à l'art. 2 de la *Loi sur le droit d'auteur* inclut les journaux. Un journal peut également être considéré comme une « compilation » au sens de l'art. 2 de la *Loi sur le droit d'auteur*, qui la définit comme une œuvre résultant « du choix ou de l'arrangement » de plusieurs œuvres. Nous nous trouvons donc devant deux droits d'auteurs différents, mais qui se chevauchent.

32

Le paragraphe 3(1) de la *Loi sur le droit d'auteur* prévoit :

3. (1) Le droit d'auteur sur l'œuvre comporte le droit exclusif de produire ou reproduire la totalité ou une partie importante de l'œuvre, sous une forme matérielle quelconque, [. . .] ce droit comporte, en outre, le droit exclusif :

- a) de produire, reproduire, représenter ou publier une traduction de l'œuvre;
- b) s'il s'agit d'une œuvre dramatique, de la transformer en un roman ou en une autre œuvre non dramatique;
- c) s'il s'agit d'un roman ou d'une autre œuvre non dramatique, ou d'une œuvre artistique, de transformer cette œuvre en une œuvre dramatique, par voie de représentation publique ou autrement;
- d) s'il s'agit d'une œuvre littéraire, dramatique ou musicale, d'en faire un enregistrement sonore, film cinématographique ou autre support, à l'aide desquels l'œuvre peut être reproduite, représentée ou exécutée mécaniquement;
- e) s'il s'agit d'une œuvre littéraire, dramatique, musicale ou artistique, de reproduire, d'adapter et de présenter publiquement l'œuvre en tant qu'œuvre cinématographique;
- f) de communiquer au public, par télécommunication, une œuvre littéraire, dramatique, musicale ou artistique;
- g) de présenter au public lors d'une exposition, à des fins autres que la vente ou la location, une œuvre artistique — autre qu'une carte géographique ou marine, un plan ou un graphique — créée après le 7 juin 1988;
- h) de louer un programme d'ordinateur qui peut être reproduit dans le cadre normal de son utilisation, sauf la reproduction effectuée pendant son exécution avec un ordinateur ou autre machine ou appareil;
- i) s'il s'agit d'une œuvre musicale, d'en louer tout enregistrement sonore.

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

33

En clair, les auteurs pigistes ont le droit de reproduire leurs articles et d'en autoriser la reproduction. De même, en tant que titulaires du droit d'auteur sur leurs

journaux, les éditeurs peuvent « produire ou reproduire la totalité ou une partie importante de l'œuvre, sous une forme matérielle quelconque ».

34 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 : voir *Allen c. Toronto Star Newspaper Ltd.* (1997), 36 O.R. (3d) 201 (C. div.).

35 L'« originalité » représente la pierre angulaire du droit d'auteur. En effet, l'article 5 de la *Loi sur le droit d'auteur* précise que le droit d'auteur existe « sur toute œuvre littéraire, dramatique, musicale ou artistique originale ». C'est ce qu'a souligné la juge en chef McLachlin, au nom de la Cour, dans *CCH Canadienne Ltée c. Barreau du Haut-Canada*, [2004] 1 R.C.S. 339, 2004 CSC 13 :

Pour être « originale » au sens de la *Loi sur le droit d'auteur*, une œuvre doit être davantage qu'une copie d'une autre œuvre. Point n'est besoin toutefois qu'elle soit créative, c'est-à-dire novatrice ou unique. L'élément essentiel à la protection de l'expression d'une idée par le droit d'auteur est l'exercice du talent et du jugement. [par. 16]

36 Plus précisément, la juge en chef McLachlin a traité alors de l'originalité liée aux compilations — en l'occurrence, celles des décisions judiciaires :

Les décisions judiciaires publiées, considérées à juste titre comme une *compilation* du sommaire et des motifs judiciaires révisés qui l'accompagnent, sont des œuvres « originales » protégées par le droit d'auteur. Celui-ci protège l'originalité de la *forme* ou de l'expression. Une compilation consiste dans la présentation, sous une forme différente, d'éléments existants. Celui qui l'effectue n'a aucun droit d'auteur sur les composantes individuelles. Cependant, il peut détenir un droit d'auteur sur la forme que prend la compilation. [TRADUCTION] « Ce ne sont pas les divers éléments qui sont visés par le droit d'auteur, mais bien leur agencement global qui est le fruit du travail du demandeur » : *Slumber-Magic Adjustable Bed Co. c. Sleep-King Adjustable Bed Co.* (1984), 3 C.P.R. (3d) 81 (C.S.C.-B.), p. 84; voir également *Ladbroke (Football) Ltd. c. William Hill (Football) Ltd.*, [1964] 1 All E.R. 465 (H.L.), p. 469.

Les décisions judiciaires publiées qui sont visées en l'espèce satisfont au critère d'originalité. Les auteurs ont agencé de façon particulière le résumé jurisprudentiel, les mots clés, l'intitulé répertorié, les renseignements relatifs aux motifs du jugement (les sommaires) et les motifs de la décision. L'agencement de ces différents éléments nécessite l'exercice du talent et du jugement. Considérée globalement, la compilation confère un droit d'auteur. [Souligné dans l'original; par. 33-34.]

37 De même, les éditeurs sont titulaires du droit d'auteur sur leurs journaux, dont chacun constitue un recueil original de différents éléments qui témoigne de l'exercice du talent et du jugement. Rappelons qu'au sens de l'art. 2 de la *Loi sur le droit d'auteur*, une « compilation » s'entend d'une œuvre résultant d'un choix ou d'un arrangement. La même notion d'originalité sous-tend l'inclusion des journaux dans la définition du terme « recueil ». Nous constatons que l'emploi de la conjonction disjonctive « ou » à l'art. 2 importe. La *Loi sur le droit d'auteur* n'exige pas que le choix et l'arrangement répondent tous les deux au critère d'originalité. De même, et en toute déférence pour la conclusion contraire de la juge Weiler, nous estimons, comme les éditeurs, qu'il n'est pas nécessaire qu'à *la fois* le choix et l'arrangement de l'œuvre originale soient conservés pour qu'une compilation ou un recueil soit reproduit en conformité avec le droit de reproduction de l'éditeur.

38 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. Dans *Édutile Inc. c. Assoc. pour la protection des automobilistes*, [2000] 4 C.F. 195, la Cour d'appel fédérale a fait les commentaires suivants à ce propos :

Pour déterminer si une « partie importante » d'une œuvre protégée a été reproduite, ce n'est pas tant la quantité de ce qui a été reproduit qui compte, que la qualité et la nature de ce qui a été reproduit [. . .]

Il m'apparaît évident que l'APA s'est approprié une « partie importante », voir[e] l'essence même de l'œuvre d'Édutile [. . .] [Je souligne; par. 22-23.]

39 On retrouve beaucoup d'éléments originaux dans un journal : le contenu rédactionnel, le choix et la disposition des articles, l'arrangement des annonces publicitaires et des images, ainsi que la police et le style employés. Toutefois, 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.

40 Il peut être difficile de déterminer si cette essence a été reproduite. En fait, il s'agit surtout d'une question de degré. Cependant, il faut à tout le moins que le contenu rédactionnel du journal soit préservé et présenté *dans le contexte* de ce journal.

41 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 journaux.

42 Les éditeurs soutiennent que le lien avec le journal original n'est pas perdu dans les bases de données parce que les articles versés dans Info Globe Online et CPI.Q mentionnent le nom du journal dans lequel ils ont été publiés, ainsi que la date et le numéro de la page de leur publication. Nous ne partageons pas leur avis. Nous acceptons plutôt la conclusion formulée par la Cour suprême des États-Unis dans l'affaire *Tasini*, où le même argument a été analysé et rejeté. Le juge Ginsburg a alors affirmé, au nom des juges majoritaires :

[TRADUCTION] On peut considérer les articles comme des éléments d'un nouveau recueil — à savoir, l'ensemble des œuvres versées dans la base de données. Dans ce recueil, chaque numéro de chaque périodique ne représente qu'une infime partie de la base de données qui est en perpétuelle croissance. La base de données ne constitue pas plus une « version révisée » de chacun des numéros qui la composent que le roman de 400 pages, qui cite un sonnet au passage, ne constituerait une « version révisée » de ce poème [. . .] On ne saurait percevoir l'immense tout que constitue la base de données comme une nouvelle version de chacune des petites parties qui le composent.

On peut aussi considérer les articles versés dans les bases de données, non pas comme des « éléments » d'une œuvre plus importante, mais

simplement comme des articles individuels présentés individuellement. Le fait que chaque article indique de quel périodique en particulier il est tiré (indications qui sont moins détaillées dans NEXIS et NYTO, et plus détaillées dans GPO) laisse entendre qu'il faisait *antérieurement* partie de ce périodique. Mais ces indications ne signifient pas que l'article est *actuellement* reproduit ou distribué à titre d'élément de ce périodique. La reproduction et la distribution d'articles individuels versés dans les bases de données — simplement à titre d'articles individuels — toucherait à l'essence des droits exclusifs conférés aux auteurs par l'art. 106. [Note de bas de page omise, je souligne, italiques dans l'original; p. 500-501.]

43 La juge Weiler a souligné à juste titre qu'il fallait faire preuve de prudence dans l'emploi de la décision *Tasini* dans le contexte canadien en raison des différences entre les lois applicables. En effet, l'alinéa 201c) de la *Copyrights Act*, 17 U.S.C. (2000), des États-Unis ne confère pas à l'éditeur un droit d'auteur distinct à l'égard du recueil, mais seulement le [TRADUCTION] « privilège de reproduire et de distribuer l'article comme un élément de ce recueil précis, d'une version révisée de ce recueil et d'un recueil subséquent de la même collection ». Nous estimons néanmoins que le raisonnement suivi dans l'extrait précité, qui se borne à la nature de la décontextualisation survenant dans des bases de données semblables, est convaincant et pertinent.

44 Cette décontextualisation s'avère d'une importance critique pour l'issue du présent pourvoi. Comme l'a fait observer la juge Weiler, [TRADUCTION] « dans toute cette masse de renseignements, le recueil que constitue le *Globe* est fragmenté, submergé, étouffé et perdu » (par. 82). À notre avis, les mentions de la date et de la page n'y changent rien — elles n'apportent que des renseignements rétrospectifs, comme l'a fait remarquer la Cour suprême des États-Unis.

45 Les éditeurs soutiennent également que la Cour devrait s'intéresser aux données *d'entrée* plutôt qu'aux données *de sortie*. Le juge Blair a aussi adopté ce

point de vue dans son opinion dissidente. Selon ce raisonnement, une partie importante de la version imprimée de chaque numéro du *Globe* (à l'exclusion des images, annonces publicitaires, tableaux et graphiques) est stockée dans un fichier électronique. Le juge Blair a alors conclu que ces données électroniques, *entrées* dans les bases de données, constituent la reproduction électronique de la version papier du quotidien. Il a donc statué que le fichier électronique renferme le contenu rédactionnel du journal et qu'il constitue par conséquent une « reproduction » au sens du par. 3(1) de la *Loi sur le droit d'auteur*, peu importe l'usage qui en est fait ultérieurement.

46 En toute déférence, nous estimons que cette approche met fin prématurément à l'analyse. De plus, la manière dont le juge Blair a formulé la question — en demandant si la *version électronique* du *Globe* figurant dans les bases de données électroniques est une reproduction du *Globe* — présuppose une réponse favorable aux éditeurs. Ce ne sont pas les données électroniques qui sont offertes au public, mais le produit fini, c.-à-d., les bases de données. Il nous faut comparer le recueil original au recueil final pour déterminer s'il y a eu reproduction. Pour reprendre les propos du vice-chancelier Megarry dans *Thrustcode Ltd. c. W. W. Computing Ltd.*, [1983] F.S.R. 502 (Ch. D.), cités avec approbation par le juge Mahoney dans *Apple Computer, Inc. c. Mackintosh Computers Ltd.*, [1988] 1 C.F. 673 (C.A.), conf. par [1990] 2 R.C.S. 209 : [TRADUCTION] « Dans le cas des ordinateurs, comme pour bien d'autres choses, il faut comparer la chose apparemment copiée et celle qui est censée avoir été contrefaite » (p. 505).

47 Considérées « globalement », pour reprendre les termes employés par la Cour dans *CCH*, les bases de données Info Globe Online et CPI.Q reflètent des choix différents de ceux qu'elles incorporent. Elles constituent des compilations d'articles

individuels sortis du contexte du recueil original dont ils proviennent. Le recueil qui en résulte et qui est offert au public ne représente pas simplement un regroupement de chacun des recueils — il s'agit d'un recueil d'une nature différente.

48 Précisons que la présente analyse ne repose pas sur la possibilité donnée à l'utilisateur d'effectuer des recherches par mot-clé. Nous sommes d'accord avec le juge Weiler et avec le juge Blair pour reconnaître que l'outil de recherche qui permet à l'utilisateur d'isoler des articles individuels n'est pas déterminant. Notre analyse demeure fermement centrée sur ce que le *Globe* présente à l'utilisateur, et non sur la façon dont celui-ci l'utilise. En ce sens, la dichotomie entre les données d'entrée et les données de sortie est trompeuse. En outre, 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.

49 Le paragraphe 3(1) de la *Loi sur le droit d'auteur* reflète le principe de la neutralité du support, en reconnaissant un droit de produire ou de reproduire une œuvre « sous une forme matérielle quelconque ». La neutralité du support signifie que la *Loi sur le droit d'auteur* continue de s'appliquer malgré l'usage de supports différents, y compris ceux qui dépendent d'une technologie plus avancée. Elle ne signifie toutefois pas qu'après sa conversion en données électroniques, une œuvre peut être utilisée n'importe comment. L'œuvre finale demeure assujettie à la *Loi sur le droit d'auteur*. Le principe de la neutralité du support ne permet pas d'écarter les

droits des auteurs — il a été établi pour protéger les droits des auteurs et des autres à mesure que la technologie évolue.

50 Les changements récents survenus dans les accords internationaux concernant le droit d'auteur n'ont pas modifié ces principes. Au contraire, ils les reconnaissent et les appliquent.

51 Malgré ces remarques, nous divergeons d'opinion avec la juge Weiler au sujet des CD-ROM. À notre avis, les CD-ROM constituent un exercice valide du droit du *Globe* de reproduire ses recueils (ou une partie importante de ceux-ci) conformément au par. 3(1) de la *Loi sur le droit d'auteur*. À l'instar d'Info Globe Online et de CPI.Q., les CD-ROM ne contiennent aucune annonce publicitaire, image ou couleur et sont présentés sur un support et dans un format différents de ceux de l'édition papier. Les CD-ROM se distinguent toutefois sous un aspect fondamental : ils préservent le lien avec le quotidien original.

52 L'utilisateur des CD-ROM a accès à un recueil de quotidiens qu'il peut consulter séparément. 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.

53 Selon nous, le fait que les CD-ROM contiennent d'autres journaux n'a pas de caractère déterminant. Le journal ne perd pas son essence lorsqu'il est présenté sur CD-ROM avec plusieurs autres journaux différents, dont chacun peut être visualisé séparément et distinctement. En outre, comme nous l'avons déjà mentionné, la reproduction sur CD-ROM demeure une reproduction bien qu'il soit possible d'y effectuer des recherches par mot-clé.

B. *Les autres questions*

54 Le paragraphe 13(4) de la *Loi sur le droit d'auteur* est ainsi libellé :

13. . . .

(4) Le titulaire du droit d'auteur sur une œuvre peut céder ce droit, en totalité ou en partie, d'une façon générale ou avec des restrictions relatives au territoire, au support matériel, au secteur du marché ou à la portée de la cession, pour la durée complète ou partielle de la protection; il peut également concéder, par une licence, un intérêt quelconque dans ce droit; mais la cession ou la concession n'est valable que si elle est rédigée par écrit et signée par le titulaire du droit qui en fait l'objet, ou par son agent dûment autorisé.

55 Le paragraphe 13(7) de la *Loi sur le droit d'auteur* prévoit ceci :

13. . . .

(7) Il est entendu que la concession d'une licence exclusive sur un droit d'auteur est réputée toujours avoir valu concession par licence d'un intérêt dans ce droit d'auteur.

56 Nous sommes convaincus que la juge Weiler a eu raison de conclure que seule la concession d'une licence exclusive doit être rédigée par écrit. Si le législateur avait voulu que la concession de tout type de licence non exclusive soit réputée avoir valu « concession par licence d'un intérêt » et soit constatée dans un contrat écrit, il aurait pu le prévoir expressément comme au par. 13(7) à l'égard des licences

exclusives. Selon nous, l'extrait suivant de la décision de la Cour supérieure de justice de l'Ontario dans *Ritchie c. Sawmill Creek Golf & Country Club Ltd.* (2004), 35 C.P.R. (4th) 163, expose correctement le problème :

[TRADUCTION] La « concession par licence d'un intérêt », dont il est question au par. 13(4), est le transfert d'un droit de propriété par opposition à l'autorisation de faire une certaine chose. Dans le premier cas, le titulaire de la licence peut intenter en son nom une action en contrefaçon; dans le second, il ne peut que contester cette action. Dans la mesure où il existait une certaine incertitude quant au sens de l'expression « concession par licence d'un intérêt » et quant à savoir si elle visait les licences non exclusives, cette incertitude a été résolue en 1997 lorsque la *Loi sur le droit d'auteur* a été modifiée pour y inclure le par. 13(7). [par. 20]

57 Le juge des requêtes a été saisi de preuves contradictoires sur la portée d'une telle licence implicite présumée. La teneur de ces licences reste une question qui n'a pas encore été réglée et qui devra être tranchée à l'issue d'un procès, comme l'a ordonné le juge des requêtes.

58 Si l'on conclut que les auteurs pigistes ont effectivement concédé par licence au *Globe* le droit de reproduire leurs articles dans les bases de données électroniques, la présente décision aura évidemment moins d'intérêt pratique. De plus, les parties demeurent libres de modifier par contrat les droits établis par la *Loi sur le droit d'auteur*, tout comme elles l'étaient par le passé et continueront de l'être.

59 Quant à la seconde question soulevée dans le pourvoi, nous concluons que les employés du *Globe*, y compris Cameron Smith, n'auraient pas dû être autorisés à participer au recours collectif puisqu'ils n'ont aucune cause d'action.

60 Dans un recours collectif, la définition du groupe doit être appuyée par une cause d'action commune à tous les membres du groupe. La définition de celui-ci en l'espèce ne distingue pas les auteurs pigistes et le personnel de rédaction. Or, les droits des uns et des autres diffèrent fondamentalement.

61 Le paragraphe 13(3) de la *Loi sur le droit d'auteur* dispose :

13. . . .

(3) Lorsque l'auteur est employé par une autre personne en vertu d'un contrat de louage de service ou d'apprentissage, et que l'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.

62 Lorsqu'un membre de la rédaction écrit un article pour un journal, une revue ou un périodique du même genre dans l'exercice de son emploi, le par. 13(3) de la *Loi sur le droit d'auteur* prévoit que le droit d'auteur appartient à l'employeur, mais reconnaît à l'employé le droit d'interdire la publication de son œuvre (ailleurs que dans un journal, une revue ou un autre périodique semblable). Ainsi, même si les auteurs pigistes possèdent une cause d'action pour violation du droit d'auteur, les membres de la rédaction n'en ont aucune à moins qu'ils n'aient préalablement exercé leur droit d'interdire la publication. En l'espèce, Cameron Smith n'a jamais tenté de faire interdire la publication de ses articles. Enfin, aucun élément de preuve produit n'indique que d'autres employés aient exercé ce droit.

63 Il n'est donc pas nécessaire, pour les besoins du présent pourvoi, de déterminer si les bases de données électroniques sont des « journaux, des revues ou des périodiques semblables » au sens du par. 13(3) de la *Loi sur le droit d'auteur*. Nous

avons déjà conclu qu'Info Globe Online et CPI.Q ne reproduisent pas une partie importante des journaux qui les alimentent parce qu'elles constituent des œuvres d'une nature différente. 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).

VI. Dispositif

64 Pour ces motifs, nous sommes d'avis de rejeter le pourvoi principal et d'accueillir le pourvoi incident en ce qui concerne les CD-ROM seulement. Compte tenu de toutes les circonstances et du résultat mitigé, chaque partie supportera ses propres dépens devant notre Cour.

Version française des motifs de la juge en chef McLachlin et des juges Binnie, Abella et Charron rendus par

65 LA JUGE ABELLA — Suivant le par. 3(1) de la *Loi sur le droit d'auteur*, L.R.C. 1985, ch. C-42, le droit fondamental de tout titulaire du droit d'auteur est celui « de produire ou reproduire la totalité ou une partie importante de l'œuvre, sous une forme matérielle quelconque ».

66 Le présent pourvoi porte sur les bases de données électroniques dans lesquelles les éditeurs versent tous les articles qu'ils ont sélectionnés en vue de les inclure dans l'édition quotidienne de leurs journaux. Chaque article mentionne la date, la page et le titre de l'article paru dans la version imprimée de ces journaux.

67 Je conviens avec les juges LeBel et Fish qu'il y a lieu de rejeter le pourvoi principal et d'accueillir le pourvoi incident en ce qui concerne les CD-ROM. Toutefois, en toute déférence, je ne partage pas leur point de vue sur l'application de la *Loi sur le droit d'auteur* à Info Globe Online et à CPI.Q et j'accueillerais le pourvoi incident à leur égard également. À mon avis, les bases de données reproduisent une « partie importante » de « l'œuvre » des éditeurs, et relèvent de ce fait de l'exercice du droit de reproduction conféré par le par. 3(1) de la Loi. Il s'ensuit que les employés ne peuvent invoquer le par. 13(3) pour interdire la publication de leurs œuvres individuelles dans ces bases de données, puisqu'elles continuent ainsi d'être publiées « dans un journal, une revue ou un périodique semblable ».

Analyse

68 L'article 3 de la *Loi sur le droit d'auteur* est demeuré essentiellement inchangé depuis qu'il a été adopté, pour la première fois, en 1921 : voir S.C. 1921, ch. 24, art. 3. Sa promulgation est survenue un an après la mise en marché des premiers postes de radio destinés aux ménages par la Westinghouse Electric and Manufacturing Company, et bien des décennies avant la révolution technologique qui allait produire, entre autres innovations, les bases de données électroniques.

69 La Cour a maintes fois déclaré que la *Loi sur le droit d'auteur* vise deux objectifs généraux : la promotion, dans l'intérêt du public, de la création et de la diffusion des œuvres artistiques et intellectuelles, et l'obtention d'une juste récompense pour le créateur de l'œuvre (voir *Théberge c. Galerie d'Art du Petit Champlain inc.*, [2002] 2 R.C.S. 336, 2002 CSC 34, par. 30; *CCH Canadienne Ltée*

c. Barreau du Haut-Canada, [2004] 1 R.C.S. 339, 2004 CSC 13, par. 23; et *Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c. Assoc. canadienne des fournisseurs Internet*, [2004] 2 R.C.S. 427, 2004 CSC 45 (« SOCAN »), par. 40). Comme ces objectifs se trouvent souvent en contradiction, les tribunaux [TRADUCTION] « doivent s’efforcer de maintenir un juste équilibre entre ces deux objectifs » : J. S. McKeown, *Fox on Canadian Law of Copyright and Industrial Designs* (4^e éd. (feuilles mobiles)), p. 1-13.

70 L’intérêt du public prend une importance toute particulière dans le contexte des journaux archivés. Ces documents constituent une ressource fondamentale pour les enseignants, les étudiants, les écrivains, les journalistes et les chercheurs. C’est cet intérêt qui doit être mis en équilibre avec les droits opposés des deux groupes de créateurs en cause, soit les auteurs et les éditeurs.

71 Les répercussions de l’affaire *New York Times Co. c. Tasini*, 533 U.S. 483 (2001), 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 : D. P. Bickham, « Extra! Can’t Read All About It: Articles Disappear After High Court Rules Freelance Writers Taken Out of Context In *New York Times Co. v. Tasini* » (2001), 29 *W. St. U. L. Rev.* 85, p. 102. 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 » : C. S. Sims et M. J. Morris, « *Tasini and Archival Electronic Publication Rights of Newspapers and Magazines* » (2001), 18:4 *Comm. Law.* 9, p. 15.

72 L'effet préjudiciable d'une telle décision peut être encore plus prononcé au Canada puisque le par. 13(3) de la *Loi sur le droit d'auteur* permet aux employés de l'éditeur d'interdire toute nouvelle publication de leurs articles dans des bases de données électroniques s'il est statué qu'elles ne constituent pas un « journal ». À mon sens, la Loi ne dicte pas une telle décision. Les éditeurs sont titulaires du droit d'auteur sur leur journal qui, pour l'application de la *Loi sur le droit d'auteur*, constitue un « recueil ». Un journal constitue également une « compilation », définie dans la Loi comme comprenant des « œuvres résultant du choix ou de l'arrangement de [. . .] données ». La clé se trouve dans l'emploi de la conjonction disjonctive. Le choix *ou* l'arrangement de données suffit pour en faire une « œuvre » protégée par le droit d'auteur.

73 Le droit le plus fondamental dont l'éditeur bénéficie en sa qualité de titulaire d'un droit d'auteur est celui de produire *et reproduire* l'œuvre protégée. Le droit d'auteur qui se rattache à une œuvre s'entend, selon l'art. 3, du « droit exclusif de produire ou reproduire la totalité ou une partie importante de l'œuvre, sous une forme matérielle quelconque ». Ce droit comporte deux caractéristiques très importantes. Premièrement, au Canada, contrairement aux États-Unis où l'al. 201c) du *Copyrights Act*, 17 U.S.C. (2000), confère un privilège plus restreint, le titulaire du droit d'auteur peut reproduire non seulement l'œuvre, mais également « une partie importante de l'œuvre ».

74 Deuxièmement, la *Loi sur le droit d'auteur* canadienne, à l'instar de son équivalent américain, institue la neutralité du support : elle confère le droit de reproduire l'œuvre « sous une forme matérielle quelconque ». Ce sont ces termes qui balisent le concept de la « neutralité du support ». Le droit de l'éditeur d'alimenter les bases de données en cause repose sur le sens de ces mots.

75 Le concept de la neutralité du support est le moyen retenu par le législateur pour composer avec les progrès technologiques éventuels. La protection liée à la neutralité du support établie par le par. 3(1) est à première vue un concept simple. Comme le juge Gonthier l'a souligné dans l'arrêt *Théberge*, la phraséologie du par. 3(1) « est utile et judicieuse en ce qu'elle reconnaît qu'une œuvre peut être reproduite *même si* le nouveau support matériel est différent » (par. 148 (souligné dans l'original)).

76 Les termes « sous une forme matérielle quelconque » utilisés au par. 3(1) devraient s'entendre dans leur sens ordinaire : le droit exclusif de l'auteur de reproduire une « partie importante » d'une œuvre protégée par le droit d'auteur n'est pas limité par les modifications que l'avènement d'un nouveau support peut entraîner sur le plan de la forme ou des données de sortie. Une *Loi sur le droit d'auteur* qui consacre la neutralité du support empêche que de telles transformations de forme réduisent la portée de la protection offerte par le droit d'auteur : voir la décision *Apple Computers, Inc. c. Mackintosh Computers Ltd.*, [1987] 1 C.F. 173 (1^{re} inst.), p. 197, conf. ultérieurement par [1990] 2 R.C.S. 209.

77 Sous le régime d'une *Loi sur le droit d'auteur* qui consacre la neutralité du support, une simple comparaison visuelle de l'œuvre avec sa présumée

reproduction peut être trompeuse. Lorsqu'une œuvre est convertie d'un support à un autre, son aspect change nécessairement, mais ces changements d'aspect n'ont aucune incidence sur le contenu du droit qui se rattache à l'œuvre.

78 Comme le juge Binnie l'a expliqué dans l'arrêt *Théberge*, au par. 47, le droit de reproduction prévu par la *Loi sur le droit d'auteur* ne se limite pas à « la reproduction littérale matérielle et mécanique », et la notion de reproduction s'est élargie pour reconnaître que « l'évolution technologique permet maintenant la reproduction de l'expression par des moyens qu'on ne pouvait même pas imaginer auparavant, comme les copies éphémères et “virtuelles” en format électronique ».

79 La *Loi sur le droit d'auteur* a été conçue pour suivre l'évolution technologique afin de promouvoir la créativité intellectuelle, artistique et culturelle. La tâche des tribunaux qui appliquent la *Loi sur le droit d'auteur* à un domaine qui inclut l'Internet et les bases de données en cause est particulièrement ardue, mais en s'en acquittant, ils doivent bien garder à l'esprit les bienfaits que le public tire de cet univers numérique. Comme le professeur Michael Geist l'a fait observer :

[TRADUCTION] 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.

(M. Geist, *Our Own Creative Land: Cultural Monopoly & The Trouble With Copyright* (2006), p. 9.)

80 Ainsi que notre Cour l'a précisé dans *CCH*, la nature et source de tout droit d'auteur rattaché à une œuvre subsistent pour autant que l'œuvre demeure « originale ». Que l'œuvre en question soit une œuvre individuelle ou un recueil, la

question de savoir si elle a été reproduite pour l'application de l'art. 3 tient avant tout au fait que l'« originalité » qui lui a valu d'être protégée par un droit d'auteur se retrouve ou non dans la prétendue reproduction.

81 Selon l'arrêt *CCH*, l'originalité requiert l'exercice « du talent et du jugement » d'un auteur : voir par. 16. Toute œuvre protégée par le droit d'auteur — qu'il s'agisse d'une œuvre individuelle ou d'un recueil — résulte de l'exercice du talent et du jugement. Ainsi, lorsqu'il s'agit de déterminer si une œuvre comme un journal, ou « une partie importante » de cette œuvre, a été reproduite, l'élément déterminant est la mesure dans laquelle une partie importante du talent et du jugement exercés par son créateur se retrouve, sur le plan qualitatif et non quantitatif, dans la prétendue reproduction : voir *Édutile Inc. c. L'Association pour la protection des automobilistes*, [2000] 4 C.F. 195 (C.A.), par. 22.

82 Le droit de reproduction joue autant en faveur des auteurs d'œuvres individuelles qu'en faveur des auteurs de recueils ou de compilations. En ce qui concerne le droit de reproduction de l'éditeur, les juges majoritaires sont d'avis que la ligne entre les droits des auteurs individuels et les droits des auteurs de recueils doit être tracée selon que l'originalité de l'œuvre reproduite est attribuable aux uns ou aux autres — ce qui donne à entendre que les bases de données en question ne reproduisent que l'originalité d'un seul groupe. J'estime, en toute déférence, que cela va à l'encontre de l'essence même des recueils et des compilations, qui comportent intrinsèquement à la fois l'« originalité » attribuable aux auteurs des œuvres individuelles et celle attribuable au créateur du recueil ou de la compilation. Toute reproduction d'un recueil implique forcément la reproduction de l'originalité propre à *chacun de ces deux niveaux*.

83 Il n'est pas pour autant interdit au créateur d'un recueil, tel un journal, de reproduire le journal. Au contraire, les créateurs de recueils, tout comme les créateurs d'œuvres individuelles, détiennent le « droit exclusif » prévu à l'art. 3 de produire ou reproduire leurs œuvres qui, dans le cas des premiers, engloberont nécessairement l'originalité attribuable aux auteurs qui y ont contribué : voir, par exemple, *Allen c. Toronto Star Newspapers Ltd.* (1997), 36 O.R. (3d) 201 (C. div.). Ce droit continu d'utiliser l'originalité attribuable aux auteurs individuels ne crée pas d'injustice à leur égard, puisque la capacité de produire un recueil dépend au départ du consentement des auteurs individuels à l'utilisation des documents qui forment la compilation, ainsi que le faisait observer la juge McLachlin dans *Slumber-Magic Adjustable Bed Co. c. Sleep-King Adjustable Bed Co.* (1984), 3 C.P.R. (3d) 81 (C.S.C.-B.), p. 84-85.

84 Dans le contexte d'un recueil, il faut se demander si l'auteur du recueil ou de la compilation a reproduit cette œuvre, ou une « partie importante » de celle-ci, en reconnaissant que, ce faisant, il aura nécessairement reproduit une partie importante de l'« originalité » attribuable aux auteurs individuels. La question qui, selon les termes choisis par les juges majoritaires, consisterait à savoir « si [. . .] les éditeurs de journaux qui acquièrent des articles de pigistes en vue de les publier dans leurs journaux peuvent reproduire ces articles dans des bases de données électroniques » (par. 1), présuppose que les éditeurs ont « reprodu[it]. . . des articles de pigistes » plutôt que le recueil, soit le journal, à l'égard duquel ils détiennent incontestablement un droit de reproduction.

85 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 ».

86 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. Il s'agit alors pour eux de supprimer les annonces publicitaires, les photographies et d'autres éléments de la disposition des articles dans le journal, puis de placer chaque article dans son propre fichier électronique. Chaque texte est daté, mentionne une section, un numéro de page, un titre et le nom de son auteur, et fait état de sa parution dans *The Globe and Mail*.

87 Mme Robertson reconnaît que l'édition électronique quotidienne qui existe depuis 1995 ne porte pas atteinte au droit d'auteur des pigistes individuels. Rien ne distingue essentiellement l'édition électronique quotidienne actuelle du faisceau d'articles électroniques tirés d'un numéro donné d'un quotidien (chacun dans son propre fichier). Parce que les deux reprennent chaque article sélectionné par les éditeurs pour inclusion dans le journal, et parce que le texte de chaque article dans la version électronique est identique à celui publié dans le journal, le talent et le jugement qu'exercent les éditeurs dans le choix et l'édition des articles se retrouvent entièrement dans chacune de ces deux formes de reproduction électronique.

88 Qu'elle soit présentée dans un courriel comme une « édition électronique quotidienne » ou qu'elle consiste en un faisceau de fichiers réunis sur une disquette,

l'édition électronique renferme une partie importante du talent et du jugement exercés par les éditeurs pour créer ce numéro du journal. Il s'agit d'une reproduction, en version électronique, de la version imprimée du journal. C'est précisément ce que protège la neutralité du support. Comme l'a dit le juge Stevens dans sa dissidence convaincante dans *Tasini* :

[TRADUCTION] Personne ne met en doute le droit du New York Times de réimprimer ses éditions en braille, dans une langue étrangère ou en microformat, même si ces révisions leur donne un aspect très différent de celui de l'original. Pareilles différences, toutefois, seraient largement imputables au support différent auquel on a recours. De manière analogue, la décision de convertir le recueil que constitue le journal en une collection de fichiers ASCII individuels peut être présentée ni plus ni moins comme une décision qui reflète la nature différente du support électronique. Tout comme la version papier du New York Times se divise en « sections » et en « pages » pour que le lecteur puisse feuilleter et manipuler plus facilement de grands pans de papier journal, la décision de sous-diviser la version électronique de ce recueil en fichiers individuels ne contenant qu'un article facilite elle aussi l'utilisation de l'information électronique par le lecteur. La nature très élémentaire du code ASCII mettrait à rude épreuve la patience du lecteur qui essaierait de parcourir l'édition intégrale du New York Times placée dans un seul fichier ASCII. [Note de bas de page omise; p. 512-513.]

89 Comme il serait très malaisé de visualiser le contenu d'un journal sous forme de texte électronique continu, l'article individuel devient l'[TRADUCTION] « unité logique » par laquelle diviser le journal en parties plus faciles à consulter : *Tasini*, le juge Stevens, à la p. 513, note de bas de page 9. Ainsi, la 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.

90 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 tablette.

91 Ayant conclu qu'un regroupement d'articles électroniques tirés d'un numéro donné d'un quotidien constitue une reproduction de ce même quotidien, je m'explique mal comment l'intégration de cette reproduction électronique dans une base de données contenant des versions d'autres périodiques organisées de façon semblable fait perdre à la version électronique son statut de reproduction d'un journal et, du même coup, la protection que lui confère l'art. 3.

92 En définitive, la question est de savoir si la base de données contient une reproduction d'une partie importante du talent et du jugement qu'ont exercés les éditeurs en créant le journal. Si une « édition électronique » reproduit le talent et le jugement des éditeurs et constitue, de ce fait, une reproduction du journal des éditeurs, il n'y a aucune raison pour laquelle la nature de la base de données hébergeant les éditions électroniques devrait modifier la désignation et la nature de ces éditions. Cette question a elle aussi été abordée par le juge Stevens dans *Tasini* :

[TRADUCTION] Un microfilm du New York Times du 31 octobre 2000 ne cesse pas d'être une version révisée de ce recueil du seul fait qu'il est archivé sur la même pellicule de film que d'autres éditions du Times ou sur un rayon de bibliothèque contenant des centaines d'autres périodiques sur microfilm. L'alinéa 201c) n'impose pas non plus la conclusion contre-intuitive selon laquelle l'édition du Times sur microfilm cesserait d'en être une version révisée simplement parce que ses éditeurs ont pu choisir de la vendre sur des pellicules de film réunissant les éditions, sur un an, du New York Times *et* du Herald-Tribune. De même, le versement de notre version électronique révisée hypothétique du New York Times du 31 octobre 2000 dans une base de données électronique plus large ne change en rien la nature de notre première version électronique révisée ni le lien entre cette version révisée et les articles individuels qui en font « partie ». [Souligné dans l'original; p. 517-518.]

93 Ainsi que le juge Blair l'a décrit, il est plus juste de considérer la base de données comme des archives électroniques, [TRADUCTION] « au même titre qu'une bibliothèque traditionnelle consiste en une collection de livres, de journaux, de périodiques et d'une pléthore de publications imprimées » (par. 149). Comme il le fait observer à juste titre, [TRADUCTION] « [p]ersonne ne prétend [. . .] qu'une bibliothèque doive être un journal pour que le droit d'auteur de l'éditeur d'un journal à l'égard des journaux de la bibliothèque soit protégé » (par. 149). La perte du « contexte » sur laquelle insiste la majorité met l'accent sur la forme et non sur le contenu des bases de données et, à mon humble avis, est de ce fait incompatible avec le principe de la neutralité du support dont l'art. 3 de la *Loi sur le droit d'auteur* commande l'application.

94 Cette conclusion est renforcée par les traités internationaux en matière de droit d'auteur auxquels le Canada est partie et qui précisent le principe de la neutralité du support. Lorsqu'il s'agit d'interpréter l'application de la *Loi sur le droit d'auteur* aux nouvelles technologies, l'examen de ces traités, dont la *Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques* (1886) et le *Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur* (1996), CRNR/DC/94, est éclairant : voir *Théberge*, par. 71, et *SOCAN*, par. 97.

95 L'article 9 de la *Convention de Berne* garantit aux auteurs le droit de reproduire leurs œuvres « de quelque manière et sous quelque forme que ce soit ». Le *Guide to the Copyright and Related Rights Treaties Administered by WIPO and Glossary of Copyright and Related Rights Terms* (2003) donne à cet égard les précisions suivantes :

[TRADUCTION] BC9.6 Le libellé de la Convention de Berne ne contient aucune définition complète et explicite du terme « reproduction ». Certains éléments peuvent cependant en être dégagés. On en trouve un bon exemple dans la clarification apportée au par. 9(3) [enregistrement sonore ou visuel considéré comme une reproduction] qui démontre à l'évidence qu'il n'est pas essentiel que, par suite de la reproduction, l'œuvre soit directement perceptible; il suffit que l'œuvre reproduite puisse être rendue perceptible à l'aide du matériel approprié.

(Voir aussi *Apple Computer*, C.F. 1^{re} inst., par. 81.)

96 Si l'on applique le texte du guide de l'OMPI au contexte des journaux, l'« œuvre » réside dans l'exercice du talent et du jugement de l'éditeur dans le choix et l'édition des articles inclus dans le journal. Sous réserve de certaines caractéristiques relatives à la disposition, le contenu intégral des journaux des éditeurs demeure « perceptible », plutôt que visuellement reproduit, dans la base de données, parce que chaque article sélectionné et édité par les éditeurs est compris dans la base de données et identifié comme tel.

97 La Déclaration commune concernant l'article 1.4) du *Traité de l'OMPI*, énoncée dans une note de fin de document rattachée à cet article, vient renforcer davantage la thèse selon laquelle la reproduction sous forme de stockage numérique, comme dans le cas des bases de données, n'entraîne pas la perte du droit d'auteur :

Le droit de reproduction énoncé à l'article 9 de la Convention de Berne et les exceptions dont il peut être assorti s'appliquent pleinement dans l'environnement numérique, en particulier à l'utilisation des œuvres sous forme numérique. Il est entendu que le stockage d'une œuvre protégée sous forme numérique sur un support électronique constitue une reproduction au sens de l'article 9 de la Convention de Berne.

À l'instar des auteurs individuels qui ne perdent pas leur droit d'auteur sur leurs articles en les versant dans une base de données électronique, les éditeurs de journaux

qui en font autant ne perdent pas leur droit de reproduire leur journal, y compris les articles qui en font partie.

98 Il importe peu que la page de journal comme telle ne soit pas reproduite de manière intégrale ou identique dans la base de données, et que les articles soient en conséquence présentés sous une autre forme que dans la version *papier*. Le critère n'est pas celui de la manifestation physique de l'œuvre, mais bien celui de savoir si le produit reproduit, de manière perceptible, l'exercice du talent et du jugement consacrés par les éditeurs à la création de l'œuvre.

99 L'argument voulant que, pour conserver leur droit de reproduction, les éditeurs doivent verser le contenu intégral de chaque journal dans la base de données, dans un flot volumineux de texte continu, plutôt que de permettre la consultation indépendante de chaque article, ne repose sur aucun fondement conceptuel dans la *Loi sur le droit d'auteur*. Pourvu qu'une « partie importante » de l'œuvre soit en fin de compte reproduite, la *Loi sur le droit d'auteur*, qui consacre le principe de la neutralité du support, permet à l'éditeur d'adapter la forme de son œuvre aux exigences des nouvelles technologies médiatiques.

100 C'est sur l'exercice du talent et du jugement en vue de la production de l'œuvre — le journal —, à savoir le choix, l'édition et la disposition des articles, que repose le droit d'auteur que détiennent les éditeurs dans l'œuvre. Les bases de données reproduisent en entier le choix et l'édition, par l'éditeur, des articles apparaissant dans le journal, ainsi que, dans une certaine mesure, leur disposition. Cela étant, les bases de données reproduisent le journal. À mon avis, toute différence entre la version papier du journal et sa version figurant dans les bases de données n'est

attribuable qu'à la « forme » numérique et, par conséquent, ne diminue en rien le droit de l'éditeur de reproduire son journal dans les bases de données électroniques.

101 Je suis donc d'avis de rejeter le pourvoi principal, d'accueillir le pourvoi incident et de rejeter le recours collectif.

Pourvoi principal rejeté, pourvoi incident accueilli en partie, la juge en chef McLachlin et les juges BINNIE, ABELLA et CHARRON sont dissidents en partie quant au pourvoi incident.

Procureurs de l'appelante/intimée à l'appel incident : McGowan & Company, Toronto.

Procureurs des intimés/appelantes à l'appel incident : Torys, Toronto.

Procureurs des intervenants : McCarthy Tétrault, Toronto.