afin de régir une industrie totalement différente de l'industrie artistique qu'est celle de l'informatique. Nous répondons que le développement des interfaces usagers de la réalité virtuelle mène la *Loi sur le droit d'auteur* à son paroxysme. En effet, pour les raisons déjà énoncées, nous concluons que le droit d'auteur n'est pas adapté au défi des interfaces usagers et de l'équilibre des intérêts du public et des intérêts privés, tout en assurant l'essor technologique. Il y a donc lieu de réévaluer les conditions de protection et les critères de contrefaçon et de créer des règles qui puissent garantir le respect des intérêts en jeu et accorder une protection adéquate à cette technologie. Le développement des interfaces usagers en dépend.

Vol. 7, nº 2

Jean-Paul, Rémi, Bella, Blanche ... et une, une souris verte

Hélène Messier*

Qui n'a pas été ému par *Rémi Duval* écoutant la divine *Callas*? Quel adolescent a pu rester insensible à l'innocence de *Mille Milles* et *Châteauguê*? Qui n'a pas souhaité qu'*Ovila* trouve enfin le bonheur auprès de sa belle brume? Si l'on vous dit: «Bonjour, les tout petits», vous pensez à *Bobino*. On vous susurre: «Bonsoir, ma biche», vous imaginez *Jean-Paul Belleau*. La légende veut même que la Société Radio-Canada ait été inondée par les dons de nourriture et de vêtements destinés à *Donalda*, tellement négligée par son avare de mari. Où s'arrête la fiction? Où commence la réalité?

Les personnages, on les aime, on les regarde, on les désire, on leur parle, on les imagine, on les lit, on les entend, on en rêve, ils nous habitent. Une schizophrénie collective s'empare des téléspectateurs, des lecteurs, des auditeurs, des cinéphiles, des amateurs des beaux-arts. Pendant ce temps, la paranoïa menace les auteurs et les titulaires de droits qui ne savent plus comment protéger leurs créatures (comme dirait le *Père Gédéon*, un autre personnage) contre les admirateurs frénétiques et les dangereux prédateurs.

La *Loi sur le droit d'auteur* offre-t-elle une armure efficace pour garantir aux titulaires de droits que leurs personnages ne tomberont pas, un jour, entre les mains d'un vil contrefacteur?

© Hélène Messier, 1994.

* L'auteure est chef du Service des droits d'auteur à la Société Radio-Canada. Ce texte consiste en une version révisée de l'allocution prononcée le 1er février 1993, à l'occasion d'un dîner-conférence de l'ALAI Canada à Montréal.

L'analyse de la jurisprudence démontre que les juges ont traité différemment la question de la protection des personnages fictifs représentés graphiquement ou sous une forme sculpturale et ceux issus d'une oeuvre littéraire. Nous aborderons donc les deux hypothèses distinctement.

I- LES PERSONNAGES FICTIFS REPRÉSENTÉS GRAPHIQUEMENT

Les juges des tribunaux anglais et canadiens se sont penchés à quelques reprises sur cette question dans le cas des poupées et des broches «Popeye»[1], des montres «Popeye»[2], des poupées «Strawberry Shortcake/Fraisinette»[3], des figurines et des porte-clés «E.T.»[4], des oursons «Care Bears/Câlinours»[5], des circulaires et des autocollants illustrés du coq des Rôtisseries Saint-Hubert[6] et même des personnages «California Raisins»[7] reproduits sur des chandails.

Dans chacune de ces décisions, l'oeuvre d'origine est un dessin ou une sculpture et se qualifie donc comme une «oeuvre artistique» au sens de la *Loi sur le droit d'auteur*. Nul doute alors que les personnages fictifs de *Popeye* ou de *Fraisinette* peuvent à titre d'oeuvres artistiques bénéficier en soi de la protection de la *Loi sur le droit d'auteur*. Le tribunal n'a qu'à comparer visuellement le modèle original avec la reproduction qui en a été faite soit en deux ou en trois dimensions pour déterminer s'il s'agit d'une copie exacte de l'oeuvre ou d'une partie importante de celle-ci ou encore d'une imitation déguisée. Il s'attardera sur la ressemblance entre le produit dérivé et l'oeuvre originale. «The test is purely visual...»[8]. Une fois que le tribunal a établi qu'il est en présence d'une reproduction substantielle ou identique de l'oeuvre artistique originale, la partie défenderesse peut réfuter la présomption de contrefaçon en démontrant

1. *King Features Syndicate c. O & M. Kleeman Ltd.*, [1941] A.C. 417 (H.L.).
2. *King Features Syndicate Inc. c. Lechter*, [1950] R.C. de l'É. 297.
3. *American Greetings Corporation c. Oshawa Group Ltd.*, (1982) 62 C.P.R. (2d) 238 (C.F.).
4. *Universal City Studios c. Zellers Inc.*, (1983) 73 C.P.R. (2d) 1, [1984] 1 C.F. 49.
5. *American Greetings Corporation c. Hudson's Bay Co.*, (1983) 77 C.P.R. (2d) 161 (C.F.).
6. *Rôtisseries Saint-Hubert c. Syndicat des travailleurs (euses) de la Rôtisserie Saint-Hubert de Drummondville (CSN)*, [1987] R.J.Q. 443 (C.S.), (1986) 17 C.P.R. (3d) 461 (Qué. C.S.).
7. *California Raisin Advisory Board c. 132832 Canada*, (1988) 19 C.I.P.R. 153 (C.F.).
8. *King Features Syndicate Inc. c. O & M Kleeman Ltd.*, [1941] A.C. 417, 435, Lord Wright.

qu'elle a créé son oeuvre tout à fait indépendamment de la première[9]. Autant prouver que la partie défenderesse habite une autre planète notamment dans le cas de *E.T* et de *Popeye*, un autre continent ne suffirait pas considérant la notoriété des personnages.

C'est pourquoi l'argument le plus souvent invoqué consiste à affirmer la non-applicabilité de la *Loi sur le droit d'auteur* en plaidant que le dessin litigieux relève plutôt de la *Loi sur les dessins industriels*[10]. Le tribunal a généralement rejeté cet argument, en invoquant l'absence de preuve que les dessins avaient été conçus «pour servir de modèles ou d'échantillons, pour être multipliés par un procédé industriel quelconque», qu'ils n'appartenaient pas à une catégorie de produits définis dans le règlement ou encore que cette question devait faire l'objet d'un examen lors d'une audition sur le fond du litige et non lors d'une requête en injonction[11].

Précisons qu'en 1988 ont été amendés les articles de la *Loi sur le droit d'auteur* traitant des dessins industriels[12] de façon à atténuer les conflits avec la *Loi sur les dessins industriels*[13].

Donc, les personnages fictifs représentés graphiquement, ou sous forme de sculptures et qui se qualifient comme «oeuvres artistiques», bénéficient sans réserve de la protection de la *Loi sur le droit d'auteur*. Qu'en est-il des personnages qui font partie d'un roman, d'un scénario ou d'une pièce de théâtre?

9. «I think, however, that, where there is a substantial similarity, that similarity is prima facie evidence of copying which the party charged may refute by evidence that, notwithstanding the similarity, there was no copying but independant creation.» *King Features Syndicate Inc. c. O & M Kleeman Ltd.*, note 8, p. 436, Lord Wright.
10. L'article 64 (anciennement 46) de la *Loi sur le droit d'auteur*, L.R.C. (1985), c. C-42, se lit ainsi:
«La présente loi ne s'applique pas aux dessins susceptibles d'être enregistrés en vertu de la *Loi sur les dessins industriels*, à l'exception des dessins qui, tout en pouvant être enregistrés de cette manière, ne servent pas ou ne sont pas destinés à servir de modèles ou d'échantillons, pour être multipliés par un procédé industriel quelconque.»
11. *Règles régissant les dessins industriels*, C.R.C., c. 964. Voir également *Rôtisseries Saint-Hubert Ltée c. Syndicat des travailleurs(euses) de la Rôtisserie Saint-Hubert de Drummondville (C.S.N.)*, [1987] R.J.Q. 443, 449-450; *King Features Syndicate Inc. c. O. & M. Kleeman Ltd.*, [1941] A.C. 417, 425-431, 436-441; *American Greetings Corp. c. Oshawa Group Ltd.*, (1982) 69 C.P.R. (2d) 238, 242-244; *Universal City Studios Inc. c. Zellers inc.*, (1983) 73 C.P.R. (2d) 1, 6-8.
12. L.R.C. (1985), c. 10 (4e supp.).
13. L.R.C. (1985), c. 1-9. Voir Bob H. SOTIRIADIS, «Esthétisme et utilité: une relation non protégée», (1992) 4 *C.P.I.* 211-232; Normand TAMARO, *Loi sur le droit d'auteur annotée 1993*, Scarborough, Carswell, 1992, 673 p., p. 446-456.

II- LES PERSONNAGES FICTIFS ISSUS D'UNE OEUVRE LITTÉRAIRE

Historiquement, les juges et les auteurs de doctrine (tant au Canada qu'en Angleterre) ont démontré peu d'enthousiasme à reconnaître des droits d'auteur sur les personnages issus d'oeuvres littéraires[14]. FOX nous dit: «It would not seem that a character *per se* could be the subject of copyright apart from the particular scenes and situations in which the character takes part»[15].

L'examen de la jurisprudence confirme le maintien de cette tendance initiée par une décision anglaise de 1932, soit *Kelly* c. *Cinema Houses, Ltd.*[16]. Dans cette cause, Kelly allègue que les personnages, les scènes et l'action du film produit par l'intimée sont similaires à ceux de son roman. Le juge de première instance insiste sur la distinction entre les idées contenues dans un roman et leur expression. «...I do not think it follows that mere ideas contained in the novel can be protected. If the plot of a story, whether it be found in a play or in a novel, is taken bodily with or without some minor additions and substractions for the purposes of a stage play or a cinema film, there is no doubt about the case. But if a character only is, to speak, «lifted», or one or two situations, the problem becomes more difficult.«[17].

Le juge Maugham poursuit en établissant un parallèle avec des personnages comme ceux de *Arlequin, Pierrot, Colombine* et *Pantalon* pour préciser que: «It is the use which the author of play or film makes of these well-known characters in composing his dramatic scenes that the Court has to consider in a case of alleged infringement: in other words, the plaintiff has to show that the combination or series of dramatic events in the infringing work have been taken from the like situations in the plaintiff work. [...] The plaintiff, in order to prove his right, must at least establish that he is the *author* of the character or the idea in some possible sense of the word. [...] Unless incidents and situations of real substance are also taken, I think the plaintiff has no right to complain»[18].

14. Voir *Kelly* c. *Cinema Houses Ltd.*, [1932] Mag. Cop. Cas. 362 (C.A.).
15. Harold G. FOX, *The Canadian Law of Copyright and Industrial Designs*, 2e éd., 1967, The Carswell Company Ltd., Toronto, 848 p., p. 144.
16. [1932] Mag. Cop. Cas. 362 (C.A.).
17. *Id.*, note 16, p. 367-368, j. Maugham.
18. *Id.*, note 16, p. 368-370.

Madame Kelly ne pouvant se conformer aux exigences requises par le juge, la cause est rejetée et, par la suite, confirmée par la Cour d'appel.

La théorie du juge Maugham s'appuie sur la prémisse que, bien souvent, les personnages représentent les mêmes archétypes : deux adolescents aux amours contrariées (*Roméo* et *Juliette*, les protagonistes de *West Side Story*), un avare (*Harpagon* et *Séraphin Poudrier*), un tombeur (*Don Juan* et *Jean-Paul Belleau*), et que les auteurs puisent donc à des sources communes, dans des concepts universels, aux mêmes idées et que personne ne peut en revendiquer le monopole. Seul le contexte dramatique viendra conférer à ces personnages un caractère original et leur permettra éventuellement de bénéficier de la protection de la *Loi sur le droit d'auteur* en autant que ces éléments de dramatisation soient reproduits par le contrefacteur.

Mais à notre avis, le tribunal évite de se poser la vraie question qui n'est pas de savoir si le personnage fictif d'une oeuvre littéraire peut en soi être protégé par la *Loi sur le droit d'auteur* mais plutôt si la reproduction d'un personnage fictif tiré d'une oeuvre littéraire constitue la reproduction d'une partie importante de cette oeuvre littéraire selon l'article 3 de la *Loi sur le droit d'auteur*? En effet, s'il est aisé de reconnaître que la sculpture de *E.T.* ou le dessin de *Popeye* sont protégés à titre d'oeuvres artistiques on ne peut dire des personnages d'*Agaguk* ou du *Survenant* qu'ils constituent en soi une oeuvre littéraire, rien dans la *Loi sur le droit d'auteur* ne permettant une telle extrapolation. Toutefois, puisque ces personnages fictifs sont inclus dans une oeuvre littéraire protégée par la loi, il faut donc se demander si leur reproduction constitue une violation de la loi de la même façon que la reproduction de tout autre extrait d'un roman, donc en abordant l'incontournable question de la partie importante.

La reproduction non autorisée d'un personnage fictif issu d'une oeuvre littéraire constitue-t-elle la reproduction d'une partie importante de cette oeuvre en violation de la *Loi sur le droit d'auteur*?

Cette démarche se rapproche de celle suivie par le juge Salvas, de la Cour supérieure, dans la cause *Zlata* c. *Lever Brothers Ltd.*[19]. La demanderesse avait obtenu de Languereau, l'auteur des albums de *Bécassine*, une licence exclusive pour l'adaptation et la représentation de l'oeuvre à la radio et sur scène. Plus d'une centaine d'émissions avait d'ailleurs été diffusée dans les années quarante sur les

19. (1948) 8 Fox Pat. C. 122 (Qué. C.S.).

ondes de CKAC et de Radio-Canada. Une tournée avait aussi eu lieu dans plusieurs villes du Québec. La défenderesse a par la suite produit une pièce radiophonique sur les ondes de CKAC dont l'un des personnages importants s'appelle *Bécassine*. La demanderesse poursuit donc la compagnie Lever Brothers pour violation de ses droits d'auteur.

Après avoir comparé la pièce avec l'oeuvre littéraire d'origine, le juge Salvas mentionne que la défenderesse a violé les droits d'auteur en intercalant «dans la pièce [...] telle qu'interprétée à la radio, le personnage *Bécassine* dont le nom, des expressions spéciales, les caractères distinctifs et le rôle sont évidemment tirés en particulier, des trois albums susdits»[20]. Il ajoute «que le rôle de «Bécassine» est le rôle titre de l'oeuvre de Languereau et celui qui constitue sa valeur littéraire et artistique»[21]. Il semble donc que le juge Salvas, sans référer spécifiquement à l'expression «partie importante de l'oeuvre», a quand même intégré cette notion à son jugement en examinant la place prépondérante qu'occupe le personnage de *Bécassine* dans l'oeuvre de l'auteur. La défenderesse ne réussissant pas à prouver qu'elle a créé, de toutes pièces, le personnage de *Bécassine*, elle est condamnée à payer 2 000$ en dommages-intérêts.

Dans *Preston* c. *20th Century Fox Canada Ltd.*[22], le demandeur réclame du réalisateur George Lucas et du distributeur la somme de 5 millions de dollars pour violation du droit d'auteur. Preston affirme que pour réaliser *Return of the Jedi*, Lucas a utilisé une partie substantielle de son scénario intitulé *Space Pets*, notamment en reproduisant le nom, les caractéristiques, l'apparence, le costume, les armes et le style de vie des personnages, les *Ewoks*, qu'il avait lui-même créés. Preston ajoute que Lucas avait facilement eu accès à son scénario puisqu'il le lui avait fait parvenir en 1979.

Le juge MacKay de la Cour fédérale examine les deux oeuvres et affirme que: «Many of the detailed similarities, in my view, can be traced to the common store of folklore about primitive species with human characteristics upon which Lucas was as free to draw as were Preston and Hurry. Yet drawing upon a common store of information does not in itself answer to the claim of infringement. It is the expression of ideas, not the ideas themselves, that is the subject of copyright»[23].

20. *Id.*, note 19, p. 134-135.
21. *Id.*, note 19, p. 136.
22. (1991) 33 C.P.R. (3d) 242 (C.F.), appel rejeté (1994) 53 C.P.R. (3d) 407 (C.F.A.).
23. *Id.*, note 22, p. 272.

On retrouve donc la théorie relevée dans l'arrêt *Kelly*[24], *i.e.* celle du réservoir universel d'informations auquel tous les auteurs sont libres de puiser. Mais le juge MacKay ajoute qu'il faut pousser plus loin l'analyse entre les deux oeuvres car, même si les idées de base sont libres de droit, il faut s'assurer que l'expression de ces idées n'a pas fait l'objet d'une reproduction illégale.

Le juge utilise le test de la «substantial similarity». Les éléments de comparaison entre les oeuvres «include plot, themes, dialogue, mood, setting or scenes, pace, sequence and characters, so far as these are within the recognized limits of copyright in the protected work. [...] the test is ultimately whether the average lay observer, at least one for whom the work is intended, would recognize the alleged copy as having been appropriated from the copyrighted work»[25].

Après l'application de ce test, le juge MacKay en vient à la conclusion que, malgré l'existence de quelques ressemblances générales au sujet des personnages, la plus importante étant celle du nom *Ewoks*, il n'y a pas de ressemblance substantielle entre le scénario *Space Pets* et le film *Return of the Jedi*.

Cette conclusion aurait dû disposer des prétentions de Preston et c'est d'ailleurs ce que le juge affirme lui-même[26]. Il décide cependant de poursuivre son analyse en se demandant si les personnages *Ewoks* peuvent en soi bénéficier de la protection de la *Loi sur le droit d'auteur* et, le cas échéant, s'ils ont été substantiellement reproduits par Lucas:

> While generally there cannot be copyright in a mere name (...), where the name identifies a well known character, copyright in the name and associated character may be recognized (...). For such recognition it is said the character must be sufficiently clearly delineated in the work subject to copyright that it become widely known and recognized (...).[27]

Après avoir examiné le script *Space Pets*, le juge estime que les *Ewoks* ne sont pas assez définis et il rejette les prétentions du demandeur. Précisons que le juge MacKay a cru les affirmations de Lucas et de ses employés à l'effet qu'ils n'avaient jamais reçu le script

24. Voir la note 14.
25. Voir la note 22, p. 274.
26. *Ibid.*
27. *Id.*, p. 275.

de Preston et que les *Ewoks* apparaissant dans *The Return of the Jedi* étaient le produit du travail de l'équipe artistique qui assistait Lucas.

À la lumière de ces arrêts, essayons maintenant d'identifier certains éléments qui doivent exister pour qu'un titulaire de droits sur un personnage fictif issu d'une oeuvre littéraire puisse avoir gain de cause dans une poursuite en contrefaçon en vertu de la *Loi sur le droit d'auteur*.

On doit préalablement établir que le personnage reproduit est inclus dans une oeuvre littéraire protégée par la Loi et qu'il constitue une partie importante de l'oeuvre originale au sens de l'article 3. Le personnage doit donc occuper une place prépondérante dans l'oeuvre.

Remarquons que si le personnage n'avait pas une certaine importance il n'aurait pas attiré l'attention d'un présumé contrefacteur. Comme on ne cesse de le répéter: «...what is worth copying is prima facie worth protecting.»[28]

Cette jolie maxime ne semble cependant pas avoir navigué jusqu'en terre américaine car dans l'arrêt *Warner Brothers Pictures* c. *Columbia Broadcasting System*[29], le tribunal a élaboré un critère de protection extrêmement restrictif. Le célèbre auteur Dashiell Hammett a publié dans les journaux et sous forme de livre une oeuvre intitulée *The Maltese Falcon*. En 1930, il accorde une licence exclusive à la Warner pour l'adaptation et la diffusion de cette oeuvre au cinéma, à la radio et à la télévision. L'oeuvre est effectivement portée à l'écran avec l'irrésistible Humphrey Bogart dans le rôle-titre de *Sam Spade*.

En 1946, Hammett négocie une licence exclusive avec CBS pour l'utilisation du personnage *Sam Spade* dans des émissions de télévision, de radio et au cinéma mais en excluant *Le Faucon Maltais*. Une série d'émissions radiophoniques est par la suite produite et diffusée de 1946 à 1950.

La Warner poursuit CBS pour violation de droits d'auteur en alléguant qu'en acquérant les droits exclusifs sur *Le Faucon Maltais*, elle a aussi obtenu les droits sur les personnages de cette oeuvre. La défenderesse et l'auteur prétendent au contraire que le contrat ne mentionne pas spécifiquement l'utilisation des personnages ni leur

28. *University of London Press Ltd.* c. *University Tutorial Press Ltd.*, [1916] 2 Ch. 601, j. Peterson.
29. (1954) 216 F. (2d) 945 (C.A. 9th cir.).

nom et qu'Hammett peut donc les réutiliser dans d'autres histoires et en disposer comme il le veut.

La Cour d'appel s'appuie sur les règles d'interprétation contractuelle pour rechercher l'intention des parties. La Cour considère que le contrat doit s'interpréter en faveur de l'auteur puisque les services juridiques de la Warner étaient responsables de la rédaction du contrat. Elle mentionne qu'il est d'usage pour un auteur de romans policiers de réutiliser ses personnages dans des oeuvres futures et, qu'en l'absence de spécification claire à ce sujet, elle doit conclure qu'Hammett n'a jamais eu l'intention de se départir de cette faculté, sans quoi il aurait exigé plus que 8 500$ en contrepartie de ses droits.

Le juge Stephens poursuit son raisonnement en se demandant si un personnage et son nom peuvent faire l'objet d'un droit d'auteur. Et il élabore une règle qui aurait pu ne constituer qu'un obiter mais qui est plutôt devenue un test extrêmement rigoureux:

> It is conceivable that the character really constitutes the story being told, but if the character is only the chessman in the game of telling the story, he is not within the area of the protection afforded by the copyright.[30]

Selon le juge, dans le cas précis du personnage de *Sam Spade*, la licence de droit d'auteur sur l'oeuvre *The Maltese Falcon* n'englobait pas le personnage ou pour reprendre ses termes exacts: «The characters were vehicles for the story told, and the vehicles did not go with the sale of the story.»[31]

Hammett a peut être gagné son procès en se basant sur les règles d'interprétation des contrats mais il a indirectement participé à la création d'un test de protection des personnages fictifs extrêmement rigoureux. On a d'ailleurs atténué en partie la sévérité de ce critère en limitant sa portée aux personnages issus d'oeuvres littéraires et en favorisant une interprétation moins restrictive en matière de personnages représentés graphiquement[32]. Malgré ces tentatives et les efforts d'illustres auteurs comme Melville B. Nimmer[33], l'arrêt *Warner* n'a jamais été clairement renversé[34] et il

30. *Id.*, p. 950.
31. *Ibid.*
32. Voir notamment l'arrêt *Walt Disney Productions* c. *Air Pirates*, (1978) 581 F. (2d) 751 (C.A. 9th cir.).
33. *Nimmer on Copyright*, vol. 1, §2.12, Matthew Bender & Co. Inc., New York (édition sur feuilles mobiles).
34. Voir notamment: *Anderson* c. *Stallone*, (1989) 11 USPQ (2d) 1161 (Cal. Dist. Ct) et *Universal City Studios Inc.* c. *Kamar Industries Inc.*, (1982) 217 USPQ 1162 (Texas Dist. Ct).

demeure, chez nos voisins américains, un obstacle majeur à une reconnaissance généreuse de la protection des personnages fictifs par le biais du droit d'auteur.

Les tribunaux canadiens accordent plus aisément le statut de «partie importante» au personnage issu d'une oeuvre littéraire.

Une fois cet élément établi, l'auteur devra aussi démontrer qu'entre le personnage fictif et sa reproduction, il existe une similarité substantielle. Pour qu'on puisse comparer l'original et le personnage qui en dérive, il faut que le premier soit suffisamment développé. Si seulement les caractéristiques générales du personnage ont été reprises, les juges auront tendance à rejeter l'action en s'appuyant sur la théorie de l'universalité des idées. Plus l'auteur aura défini ses personnages, plus il s'éloignera des stéréotypes généraux en introduisant de la nouveauté dans ses personnages, plus il lui sera facile de prouver la contrefaçon.

Comme le mentionnait le juge Hand dans un arrêt de la Cour fédérale d'appel américaine: «It follows that the less developed the characters, the less they can be copyrighted; that is the penalty an author must bear for marking them too indistinctly.»[35]

Le demandeur aura évidemment plus de facilité à établir sa preuve si plusieurs éléments propres au personnage sont repris: ses expressions, ses manies, son apparence, son nom, ses caractéristiques psychologiques... On devra ultimement convaincre le juge qu'un individu «ordinaire», un profane, reconnaîtrait dans l'oeuvre dérivée un sous-produit de l'oeuvre originale. Il ne s'agit pas ici d'une vague ressemblance mais d'une similarité certaine.

Dans *Warner Brothers Inc.* c. *American Broadcasting Co.*[36], la demanderesse allègue que Ralph Hinkley, personnage de l'émission *The Greatest American Hero* produite par ABC, constitue une reproduction illégale de *Superman*. Le juge de première instance convient que les personnages sont tous deux dotés d'une super-force, d'une super-ouïe, d'une super-vision, d'une super-rapidité, d'un super-souffle, qu'ils sont invulnérables, qu'ils volent, qu'ils rencontrent des habitants d'autres planètes, que leur costume est similaire, mais il

35. *Nichols* c. *Universal Pictures Corp.*, (1930) 45 F. (2d) 119 (C.A. 2nd cir.), p. 121. Cet énoncé a été repris récemment dans *Williams* c. *Crichton*, (1994) 32 USPQ (2d) 1097 (New York Dist. Ct). Le tribunal a alors rejeté les prétentions du demandeur qui affirmait que l'auteur de *Jurassic Park* avait copié ses livres pour enfants.
36. (1983) 720 F. (2d) 231 (C.A. 2d cir.) confirmant (1982) 215 USPQ 690 (New York Dist Ct).

considère que: «Chiefly, what was taken was the idea of a superhero who fights evil – a benevolent super-human.»[37]

La Cour d'appel confirme cette décision et bien qu'elle reconnaisse la ressemblance de Hinkley avec *Superman*, elle précise: «Stirring one's memory of a copyrighted character is not the same as appearing to be substantially similar to that character, and only the latter is infringement.»[38]

Un troisième élément que l'auteur devra démontrer, c'est le fait que le présumé contrefacteur a eu accès à son oeuvre ou que cette dernière a atteint une telle renommée qu'on ne pouvait en ignorer l'existence. Il contrecarrera ainsi le défendeur qui tenterait de prouver que son personnage est le produit de son unique travail.

La jurisprudence anglaise, canadienne et américaine est unanime sur un point: s'il est relativement facile pour un auteur de faire valoir ses droits sur un personnage représenté graphiquement, il en va tout autrement lorsqu'il appartient à une oeuvre littéraire. Le droit d'auteur apparaît alors semé d'embûches. Peut-être que l'auteur ou le titulaire des droits aura alors avantage à invoquer d'autres fondements pour faire valoir ses droits comme la *Loi sur les marques de commerce*, l'enrichissement sans cause, l'article 1457 du *Code civil du Québec*, notamment au niveau de la concurrence déloyale et du délit de substitution (*passing off*), ou encore à s'appuyer sur un contrat bien explicite au niveau des personnages.

37. (1982) 215 USPQ 690, 691, j. Motley (New York Dist. Ct).
38. (1983) 720 F. (2d) 231, 242, j. Newman (C.A. 2nd cir.).