

## **Les conditions d'existence du droit d'auteur: n'oublions pas l'auteur et sa créativité!**

**Madeleine Lamothe-Samson\***

1.	Introduction . . . . .	621
2.	Existence d'un objet susceptible d'être protégé par droit d'auteur . . . . .	622
2.1	Catégories . . . . .	622
2.1.1	Œuvres littéraires, dramatiques, musicales et artistiques . . . . .	622
2.1.2	Autres objets du droit d'auteur . . . . .	624
2.2	«Nationalité» de l'objet du droit d'auteur . . . . .	626
2.3	Fixation matérielle . . . . .	628
2.3.1	Œuvres pour lesquelles la fixation matérielle est requise par la Loi . . . . .	629
2.3.2	Œuvres pour lesquelles la fixation matérielle n'est pas requise par la Loi . . . . .	630

---

© Madeleine Lamothe-Samson, 2002.

\* Avocate du cabinet Ogilvy Renault. L'auteure tient à remercier chaleureusement M<sup>e</sup> Claude Brunet pour ses précieux commentaires.

---

2.4	Le principe de la séparation de l'idée et de l'expression. . . . .	632
2.4.1	En général . . . . .	632
2.4.2	La théorie de la fusion . . . . .	634
3.	Conditions fondamentales du droit d'auteur. . . . .	636
3.1	L'œuvre doit être créée par un «auteur» . . . . .	636
3.1.1	Indications de la nécessité d'un auteur dans la <i>Loi sur le droit d'auteur</i> . . . . .	637
3.1.2	Là où la Loi s'écarte de ce principe . . . . .	638
3.2	L'œuvre doit être originale . . . . .	641
3.2.1	En général . . . . .	641
3.2.2	Le cas des compilations . . . . .	643
4.	Conclusion . . . . .	651

## 1. INTRODUCTION

Le droit d'auteur est un droit purement statutaire, ce qui signifie que tout droit que possède un auteur (ou autre titulaire de droit d'auteur) sur une œuvre provient exclusivement de la *Loi sur le droit d'auteur* (la «Loi»)<sup>1</sup>.

Les conditions d'existence de ce droit d'auteur sont assez complexes. Les deux plus fondamentales sont que l'œuvre émane d'une personne (l'auteur) et qu'elle soit «originale».

Le concept d'«originalité» a fait l'objet de plusieurs débats par le passé et est aujourd'hui au cœur de l'économie et de la politique du droit d'auteur. L'interprétation qui est faite de ce concept a été influencée par deux lignes de pensée. D'un côté, l'approche dite anglo-saxonne, encline à protéger ceux et celles qui ont déployé temps, argent et énergie dans la production d'œuvres intellectuelles utiles et, de l'autre, l'approche dite civiliste, selon laquelle l'auteur et son lien avec l'œuvre créative sont au cœur du régime de droit d'auteur. Le vocabulaire utilisé pour décrire cet aspect de la propriété intellectuelle est un bon indicateur de cette différence culturelle: le mot «copyright» est utilisé en anglais alors que les expressions «droit d'auteur», «derecho de autor», «direito do autor», *etc.* sont utilisées dans les pays de droit civil. Au Canada, la *Loi sur le droit d'auteur, Copyright Act* dans sa version anglaise, a été inspirée par ces deux approches et est unique en son genre, à l'image d'un pays où deux systèmes de droit cohabitent. Cet article porte sur l'importance de préserver ce «caractère distinct» de la loi canadienne, ainsi que sur les dangers d'adopter une approche purement anglo-saxonne dans l'interprétation des conditions d'existence du droit d'auteur.

En premier lieu, les conditions préalables d'existence du droit d'auteur seront abordées. Ces conditions sont que l'œuvre (ou autre

---

1. *Loi sur le droit d'auteur*, L.R.C. (1985), c. C-45, art. 89; *Canadian Admiral Corporation Ltd. c. Rediffusion, Inc.*, [1954] R.C. de l'É. 382, 390 (C. de l'É.) [ci-après *Canadian Admiral*]; *Compo Co. c. Blue Crest Music Inc.*, [1980] 1 R.C.S. 357 (C.S.C.).

objet «candidat» à la protection par droit d'auteur) fasse partie de l'une ou de plusieurs des catégories d'objets protégés par la Loi, que cette œuvre soit protégeable au Canada si elle est d'origine étrangère, qu'elle soit parfois fixée matériellement et qu'elle constitue l'expression d'une idée, et non pas l'idée elle-même.

En second lieu, seront abordées les deux conditions de protection les plus fondamentales: l'existence d'un auteur et le caractère «original» de l'œuvre.

## **2. EXISTENCE D'UN OBJET SUSCEPTIBLE D'ÊTRE PROTÉGÉ PAR DROIT D'AUTEUR**

### **2.1 Catégories**

#### **2.1.1 Œuvres littéraires, dramatiques, musicales et artistiques**

Traditionnellement, seules les œuvres littéraires, dramatiques, musicales ou artistiques faisaient l'objet d'une protection en vertu de la Loi. Avec l'avènement des nouvelles technologies, les tribunaux canadiens ont, autant que faire se peut, interprété ces quatre catégories de façon libérale, afin que soient incluses de nouvelles formes d'expression telles que les programmes d'ordinateur (le code source et le code objet étant en effet considérés comme des œuvres littéraires). Le législateur a tôt fait d'emboîter le pas, en ajoutant des éléments à la liste d'exemples d'œuvres protégées contenue dans la Loi. Dans cette liste se retrouvent les compilations, les conférences, les œuvres dramatico-musicales, les traductions, les illustrations, les croquis et les ouvrages plastiques relatifs à la géographie, à la topographie, à l'architecture ou aux sciences<sup>2</sup>. La Loi prévoit également une liste d'exemples pour la plupart des catégories d'œuvres.

#### *Œuvres littéraires*

La Loi ne définit pas le concept d'«œuvre littéraire», mais contient une liste d'exemples de ce qui fait partie de cette catégorie. Pour l'application de la Loi, sont donc considérés comme «littéraires» les tableaux, les programmes d'ordinateur et les compilations d'œuvres littéraires<sup>3</sup>. Pour qu'une œuvre soit considérée «littéraire»

---

2. Art. 2 «toute œuvre littéraire, dramatique, musicale ou artistique originale».

3. Art. 2 «œuvre littéraire». La notion de compilation sera abordée plus loin.

au sens de la Loi, il n'est pas nécessaire que cette œuvre présente un «mérite» littéraire, mais elle doit au moins avoir la «qualité» de ce qui est littéraire. En conséquence, la catégorie comprend tout ce qui est par écrit ou imprimé. Le support lui-même (papier, disquette ou autre) est sans importance<sup>4</sup>. Cependant, la Loi ne protège pas les courtes combinaisons de lettres ou de mots telles que les marques de commerce<sup>5</sup>.

### Œuvres dramatiques

La catégorie «œuvres dramatiques» comprend «les pièces pouvant être récitées, les œuvres chorégraphiques ou les pantomimes dont l'arrangement scénique ou la mise en scène est fixé par écrit ou autrement, les œuvres cinématographiques et les compilations d'œuvres dramatiques»<sup>6</sup>.

Depuis les années 1990, dans le but de répondre à la popularité grandissante de la danse contemporaine et en réponse au lobbying des chorégraphes, la Loi précise qu'il n'est pas nécessaire qu'une «œuvre chorégraphique» ait un sujet pour que celle-ci soit protégée<sup>7</sup>. La Loi n'offre cependant pas cette précision pour les «pièces pouvant être récitées» et les pantomimes. Il nous est donc permis de se demander, tout comme le professeur Vaver, si cela signifie que les pantomimes et autres œuvres dramatiques doivent avoir un sujet, un «story line», pour être protégées<sup>8</sup>.

La définition d'«œuvres dramatiques» comprend également les «œuvres cinématographiques»<sup>9</sup>, auxquelles sont assimilées les œuvres exprimées par un procédé analogue à la cinématographie, qu'elles soient accompagnées ou non d'une bande sonore<sup>10</sup>. Bien que leurs conclusions ne soient pas entièrement dépourvues d'incer-

4. D. VAVER, *Copyright, Essentials of Canadian Law*, Toronto: Irwin Law, 1990, p. 33.

5. Ex. *Exxon Corp. c. Exxon Insurance Consultants International Inc.*, [1982] Ch. 119 (C.A.) (Litige à savoir si le mot inventé EXXON peut être protégé par droit d'auteur).

6. Art. 2 «œuvre dramatique».

7. Art. 2 «œuvre chorégraphique».

8. D. VAVER, *supra*, note 4, p. 37.

9. Il est étonnant de voir une expression archaïque telle qu'«œuvres cinématographiques» dans la Loi, alors que nous venons de passer à travers tant de périodes de révision de la Loi. Le législateur se refuse pourtant à adopter l'expression «œuvres audiovisuelles», beaucoup plus adaptée à la réalité actuelle.

10. Art. 2 «œuvre cinématographique».

titude, la plupart des observateurs semblent s'entendre pour dire que cette définition comprend les films enregistrés de façon électronique sur des supports tels que les vidéocassettes et les cédéroms.

### *Œuvres musicales*

Une «œuvre musicale» est décrite comme:

Toute œuvre ou toute composition musicale, – avec ou sans paroles – et toute compilation de celles-ci.<sup>11</sup>

Il est à noter que le droit d'auteur sur une œuvre musicale est différent du droit d'auteur sur l'exécution de cette œuvre musicale par un musicien. L'interprète possède un droit d'auteur sur sa prestation, c'est-à-dire sur l'exécution particulière qu'il fait d'une œuvre, indépendamment du droit d'auteur se rattachant à l'œuvre interprétée<sup>12</sup>.

### *Œuvres artistiques*

Sont considérées comme «œuvres artistiques» les peintures, dessins, sculptures, œuvres architecturales, gravures ou photographies, les œuvres artistiques dues à des artisans ainsi que les graphiques, cartes, plans et compilations d'œuvres artistiques<sup>13</sup>.

Cette liste n'est pas exhaustive. Il a même été déclaré que les œuvres exprimées visuellement, plutôt que de façon littéraire, musicale ou dramatique, font presque automatiquement partie de la catégorie des «œuvres artistiques»<sup>14</sup>.

## **2.1.2 Autres objets du droit d'auteur**

### *Prestations*

La Loi définit le concept de «prestation» comme suit:

11. Art. 2 «œuvre musicale».

12. Le droit d'auteur dans les «prestations» est abordé plus loin.

13. Art. 2 «œuvre artistique».

14. *DRG Inc. c. Datafile Ltd.*, [1988] 2 C.F. 243, 253 (F.C.T.D.), conf. par (1991), 35 C.P.R. (3d) 243 (C.F.A.). (Dans cette affaire, des étiquettes de couleur pour le classement des dossiers ont été considérées comme des «œuvres artistiques» au sens de la Loi. Toutefois, la Cour a jugé que les dessins n'étaient pas protégés par droit d'auteur puisqu'ils pouvaient être enregistrés comme dessins industriels.)

«Prestation» Selon le cas, que l'œuvre soit encore protégée ou non et qu'elle soit déjà fixée sous une forme matérielle quelconque ou non:

- a) l'exécution ou la représentation d'une œuvre artistique, dramatique ou musicale par un artiste-interprète;
- b) la récitation ou la lecture d'une œuvre littéraire par celui-ci;
- c) une improvisation dramatique, musicale ou littéraire par celui-ci, inspirée ou non d'une œuvre préexistante.<sup>15</sup>

Les interprètes bénéficient d'un droit d'auteur en vertu des articles 15 à 17 de la Loi. Ce droit d'auteur consiste en un droit exclusif de faire certains actes liés à la prestation, ce qui inclut sa communication au public par télécommunication, son exécution en public, sa fixation sur un support matériel quelconque, la reproduction de toute fixation de celle-ci qui aurait été faite sans l'autorisation de l'interprète, la location d'un enregistrement sonore de cette performance, ainsi que l'autorisation d'effectuer les actes ci-dessus mentionnés<sup>16</sup>.

#### *Enregistrements sonores*

Un enregistrement sonore est défini comme un «enregistrement constitué de sons provenant ou non de l'exécution d'une œuvre et fixés sur un support matériel quelconque»<sup>17</sup>. Il est important de comprendre qu'un enregistrement sonore fait l'objet d'un droit d'auteur, indépendamment du droit d'auteur qui pourrait exister sur la musique, les paroles ou la prestation enregistrées. Cela signifie qu'un enregistrement sonore peut être l'objet d'un droit d'auteur même si l'œuvre sous-jacente ne fait pas l'objet d'un droit d'auteur, ou si le droit d'auteur sur l'œuvre sous-jacente est expiré. Il est également à noter que la bande sonore d'une œuvre cinématographique, lorsqu'elle accompagne celle-ci, est exclue de la définition d'«enregistrement sonore». En effet, les bandes sonores font partie de la définition d'«œuvre cinématographique» aux fins de leur protection par droit d'auteur<sup>18</sup>.

15. Art. 2 «prestation».

16. Par. 15(1).

17. Art. 2 «enregistrement sonore».

18. Art. 2 «enregistrement sonore» et «œuvre cinématographique».

Le droit d'auteur sur un enregistrement sonore comprend le droit exclusif de publier pour la première fois la totalité ou une partie importante de l'enregistrement, d'en reproduire la totalité ou une partie substantielle sur un support matériel quelconque, de le louer (ou d'en louer une partie substantielle), ainsi que d'autoriser ces actes<sup>19</sup>.

### *Signaux de communication*

L'article 21 de la Loi stipule qu'un radiodiffuseur possède un droit d'auteur sur le signal de communication qu'il émet. Cela inclut le droit exclusif de fixer le signal de communication sous une forme matérielle quelconque, d'en reproduire toute fixation faite sans autorisation, d'autoriser un autre diffuseur à le retransmettre au public simultanément à son émission, d'exécuter en public un signal de communication télévisuelle en un lieu accessible au public moyennant droit d'entrée, ainsi que d'autoriser l'un ou l'autre de ces actes<sup>20</sup>. Un signal de communication est susceptible d'être protégé par droit d'auteur même si l'objet de la diffusion n'est pas sujet à telle protection<sup>21</sup>.

Si on peut facilement concevoir qu'une grille de programmation radio ou télé est une compilation elle-même protégeable d'œuvres diverses, il est plus difficile de considérer un signal de communication comme une «création originale», objet fondamental du droit d'auteur, et raison pour laquelle il a été créé. Octroyer un droit d'auteur aux émetteurs de signaux de communication est sans contredit une dérogation importante aux principes fondamentaux du droit d'auteur.

## **2.2 «Nationalité» de l'objet du droit d'auteur**

À l'origine, un droit d'auteur était seulement octroyé aux citoyens ou sujets du pays dans lequel l'œuvre était publiée pour la première fois. Puisqu'il n'existait aucune protection internationale, les œuvres pouvaient facilement être piratées. Les besoins grandissants de protection des œuvres à l'étranger ont incité plusieurs pays à négocier des accords bilatéraux et, éventuellement, multilatéraux.

---

19. Par. 18(1).

20. Par. 21(1).

21. À titre d'exemple, les signaux de communication d'un match de hockey peuvent faire l'objet d'un droit d'auteur même si la Loi ne s'applique pas au match lui-même.



La *Convention de Berne pour la protection d'œuvres littéraires et artistiques*<sup>22</sup> en est un bon exemple. En plus des accords internationaux spécifiques au droit d'auteur, les accords commerciaux internationaux, devenus de plus en plus importants, ont commencé à intégrer des dispositions relatives au droit d'auteur. *L'Accord de libre échange nord-américain* (ALÉNA) et *l'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce* (ADPIC), qui fait partie des textes juridiques de l'Organisation mondiale du commerce, font partie de cette catégorie.

Au Canada, les accords internationaux n'ont pas, par eux-mêmes, d'effets exécutoires. En l'absence de lois pour mettre en œuvre ces traités ou accords, leur signature par le Canada ne change pas le droit interne canadien. Les traités sur le droit d'auteur n'ont donc d'effet au Canada que si cela est prévu dans la Loi, telle que modifiée de temps à autre. Conséquemment, les auteurs étrangers sont protégés au Canada, non pas grâce à l'existence de ces accords et traités, mais parce que cela est prévu dans la Loi.

En vertu de l'article 5 de la Loi, les œuvres créées par des citoyens ou résidents habituels du Canada sont protégées au Canada. La même règle s'applique aux œuvres dont la publication a eu lieu pour la première fois au Canada. De plus, l'article 5 étend cette protection aux citoyens, sujets ou résidents habituels d'un pays signataire<sup>23</sup>.

La Loi protège également les œuvres dont la première publication a eu lieu dans un pays signataire, en autant que suffisamment d'exemplaires soient disponibles pour satisfaire la demande raisonnable du public<sup>24</sup>.

Les autres objets du droit d'auteur, soit les enregistrements sonores, les prestations et les signaux de communication ont des critères de protection différents<sup>25</sup>.

22. 9 septembre 1886, 828 R.T.N.U. 222 [ci-après «*Convention de Berne*»].

23. Un «pays signataire» est un pays partie à la *Convention de Berne* ou à la *Convention universelle* ou membre de l'OMC (art. 2 «pays signataires»).

24. Par. 5(1)(i). Est réputée avoir été publiée pour la première fois dans un pays signataire l'œuvre qui y est publiée dans les 30 jours qui suivent sa première publication dans un autre pays (par. 5(1.1)). De plus, lorsqu'un pays devient membre de la *Convention de Berne* ou de l'OMC, la Loi s'applique rétroactivement aux œuvres qui n'étaient pas protégées auparavant (par. 5(1.01) et 5(1.03)). La règle précédente ne s'applique cependant pas aux pays qui deviennent membres de la *Convention universelle*.

25. Voir par. 15(2) et 15(3) (prestations), par. 18(2) et 18(3) (enregistrements sonores), et par. 21(2) et 21(3) (signaux de communication).

### 2.3 Fixation matérielle

Dans l'arrêt *Canadian Admiral Corporation Ltd c. Rediffusion, Inc.*, on affirme que:

For copyright to subsist in a "work", it must be expressed to some extent in some material form, capable of identification and having a more or less permanent endurance.<sup>26</sup>

Depuis cette déclaration de la Cour de l'Échiquier du Canada, il a souvent été tenu pour acquis que la fixation matérielle était une condition *sine qua non* du droit d'auteur<sup>27</sup>. Cette présomption doit cependant être nuancée. L'arrêt *Canadian Admiral* a été rendu en 1954, alors que la Cour avait à déterminer si une radiodiffusion en direct pouvait être considérée comme une «œuvre dramatique». À cette époque, la *Loi sur le droit d'auteur*<sup>28</sup> n'offrait aucune protection spécifique aux signaux de communication ou aux radiodiffusions. De plus, l'étendue de la protection était plus étroite qu'elle ne l'est maintenant: la manière dont chaque catégorie d'œuvres était définie faisait en sorte qu'il était difficile de ne pas conclure en l'existence d'une condition stricte de fixation matérielle<sup>29</sup>.

Cependant, puisque le droit d'auteur est un droit purement statutaire, il importe d'examiner la Loi, telle qu'elle se lit de nos jours, avant de sauter à la conclusion que toute œuvre doit avoir été fixée matériellement pour bénéficier d'une protection.

La *Convention de Berne* réserve aux législations des pays membres la faculté de déterminer qu'une œuvre ne sera pas protégée tant qu'elle n'a pas été fixée sur un support matériel<sup>30</sup>. L'article 5 de la Loi canadienne, qui énumère les conditions générales d'existence du droit d'auteur, ne mentionne pas la fixation matérielle comme étant une condition, pas plus que ne le fait l'article 2, qui définit l'expression «toute œuvre littéraire, dramatique, musicale ou artistique originale». L'article 2 contient plutôt l'expression «quels qu'en soit le mode ou la forme d'expression». *Le Petit Robert* définit ces concepts comme suit:

«Mode»: forme particulière sous laquelle se présente un fait, s'accomplit une action.

26. *Canadian Admiral*, *supra*, note 1, p. 394.

27. Ex.: *Gould Estate c. Stoddart Publishing Co.* (1996), 30 O.R. (3d) 520 (Gen. Div.), conf. par (1998), 39 O.R. (3d) 545 (C.A.).

28. S.R.C. 1927, c. 32.

29. *Canadian Admiral*, *supra*, note 1, p. 394.

30. *Convention de Berne*, art. 2(2).

«Forme»: manière variable dont une notion, une idée, un événement, une action, un phénomène se présente; manière dont une pensée, une idée s'exprime.

Donc, ni un «mode» ni une «forme» d'expression n'excluent les manières de s'exprimer non fixées matériellement. L'article 2 de la Loi ne précise d'ailleurs pas que cette forme doive être «matérielle».

Il est entendu que la nature même de certaines œuvres rend la fixation matérielle nécessaire. Autrement, ces œuvres n'existeraient pas. Mais toute expression d'idées n'est pas nécessairement fixée matériellement. Les discours, les improvisations et autres œuvres orales, par exemple, constituent des formes ou modes d'expression d'idées, mais ne sont pas fixés matériellement préalablement à leur présentation au public. Ces formes d'expressions sont-elles néanmoins protégées par droit d'auteur? La réponse se trouve souvent dans les dispositions de la Loi qui sont spécifiques à ces types d'expression. Dans les faits, la plupart des œuvres doivent être fixées matériellement, que ce soit parce que leur nature le requiert, ou parce que la Loi le prévoit. Dans les autres cas, il faut probablement conclure que la «forme» ou le «mode» d'expression est protégé, même en l'absence de fixation matérielle.

La section suivante contient des exemples d'œuvres pour lesquelles la fixation matérielle est requise par la Loi et des exemples d'œuvres pour lesquelles la fixation matérielle n'est pas requise. Les œuvres requérant une fixation matérielle de par leur nature (les photographies, les peintures et les sculptures, par exemple) ne sont pas considérées.

### ***2.3.1 Œuvres pour lesquelles la fixation matérielle est requise par la Loi***

#### *Programmes d'ordinateur*

Un «programme d'ordinateur» est défini comme un «ensemble d'instructions ou d'énoncés destiné, quelle que soit la façon dont ils sont exprimés, fixés, incorporés ou emmagasinés, à être utilisé directement ou indirectement dans un ordinateur en vue d'un résultat particulier»<sup>31</sup>. Malgré cette définition très large, il est logique de pen-

---

31. Art. 2 «programme d'ordinateur».

ser que pour qu'un programme d'ordinateur puisse remplir les fonctions pour lesquelles il est créé, celui-ci doit généralement être matériellement fixé dans une forme qui convienne à ses fonctions.

*Pièces pouvant être récitées, œuvres chorégraphiques ou pantomimes*

Dans la définition d'«œuvre dramatique», la Loi requiert que l'arrangement scénique ou la mise en scène soit fixée «par écrit ou autrement»<sup>32</sup>. Cela signifie que les chorégraphies ou pantomimes improvisées, par exemple, ne sont pas protégées<sup>33</sup>. Mais comment fixer matériellement un arrangement scénique ou une mise en scène? La solution prudente est de filmer la prestation au moment où elle se déroule, afin que l'arrangement scénique ou la mise en scène soit reproduite sur support audiovisuel.

**2.3.2 Œuvres pour lesquelles la fixation matérielle n'est pas requise par la Loi**

*Conférences*

Le législateur considère que les conférences sont des objets du droit d'auteur<sup>34</sup>. Sont assimilés à une «conférence» les allocutions, les discours et les sermons<sup>35</sup>, et la Loi n'impose pas la fixation matérielle préalable comme condition de protection. Il en est de même pour la *Convention de Berne*<sup>36</sup>.

32. Art. 2 «œuvre dramatique».

33. L'auteur et interprète d'une telle improvisation est cependant susceptible de recevoir une protection en vertu des dispositions applicables aux prestations.

34. Art. 2 «toute œuvre littéraire, dramatique, musicale ou artistique originale».

35. Art. 2 «lecture».

36. *Convention de Berne*, art. 2(1):

Les termes «œuvres littéraires et artistiques» comprennent toutes les productions du domaine littéraire, scientifique et artistique, quel qu'en soit le mode ou la forme d'expression, tel que les livres, brochures et autres écrits; les conférences, allocutions, sermons et autres œuvres de même nature; les œuvres dramatiques ou dramatico-musicales; les œuvres chorégraphiques et les pantomimes; les compositions musicales avec ou sans paroles; les œuvres cinématographiques, auxquelles sont assimilées les œuvres exprimées par un procédé analogue à la cinématographie; les œuvres de dessin, de peinture, d'architecture, de sculpture de gravure, de lithographie; les œuvres photographiques, auxquelles sont assimilées les œuvres exprimées par un procédé analogue à la photographie; les œuvres des arts appliqués; les illustrations, les cartes géographiques; les plans, croquis et ouvrages plastiques relatifs à la géographie, à la topographie, à l'architecture ou aux sciences. [nos soulignés].

La question demeure à savoir si les allocutions, discours et sermons peuvent être spontanés ou improvisés tout en bénéficiant de la protection de la Loi. La rare jurisprudence disponible sur la question des conversations spontanées tend à favoriser une réponse négative à cette question.

Dans *Gould Estate c. Stoddart Publishing Co.*, la Ontario Court (General Division) a refusé à la succession de l'interviewé la reconnaissance d'un droit d'auteur dans des conversations orales enregistrées, puisque ces conversations n'avaient pas été fixées matériellement avant d'être captées sur support audio. La Cour a plutôt conclu que c'est la personne qui prend des notes et fait rapport de cette conversation qui est l'auteur du rapport et titulaire du droit d'auteur sur le rapport<sup>37</sup>. La décision de la Cour de nier l'existence d'un droit de l'interviewé était aussi basée sur la nature spontanée des déclarations de l'interviewé:

Here too, the nature of the interview, conducted in informal settings – at an empty Massey Hall, at the home of Gould's mother and on vacation in the Bahamas – was such that it was intended to be casual, to catch the spontaneity of Gould when he was relaxing.... *Gould was not delivering a structured lecture or dictating to Carroll....* Gould was making offhand comments that he knew could find their way into the public domain. This is not the kind of discourse which the Copyright Act intended to protect.<sup>38</sup> [Les italiques sont nôtres.]

À la lumière de ce qui précède, il est raisonnable de conclure que l'expression orale n'a pas, pour être protégée, à avoir été fixée matériellement avant d'être présentée publiquement, mais que les œuvres orales doivent avoir fait l'objet d'une certaine «préparation». Les conversations et autres propos spontanés ne sont probablement pas couverts par la Loi. Cependant, une conférence (concept qui englobe les allocutions, discours ou sermons) qui n'a pas été entière-

37. *Gould Estate c. Stoddart Publishing Co.*, *supra*, note 27, à la p. 529. La Cour a cependant précisé que ce principe ne s'applique pas au simple exécutant qui ne fait que mettre sur papier ce qui lui est dicté par son supérieur. Voir également, au même effet, *Hager c. ECW Press Ltd.*, [1999] 2 C.F. 287 (reprenant les enseignements de l'arrêt *Gould* selon lesquels la personne qui consigne sous une forme permanente les déclarations orales obtient le droit d'auteur sur celles-ci).

38. *Ibid.*, p. 530. La Cour d'appel de l'Ontario, tout en confirmant la décision, a remis en question les limites imposées par le juge de première instance. Selon la Cour d'appel, l'interviewer était sans l'ombre d'un doute l'auteur du livre résultant de l'entretien, cela lui conférait un droit d'auteur sur le livre et cela lui suffisait à régler la question (à la p. 553 du jugement en appel, *supra*, note 27).

ment fixée, mais qui a été structurée à l'avance par son auteur, est fort probablement protégée par droit d'auteur, indépendamment du fait que la personne qui a donné la conférence puisse également revendiquer un droit d'auteur en vertu de la protection offerte aux prestations.

### *Œuvres musicales*

Toute œuvre ou toute composition musicale – avec ou sans paroles – et toutes compilations de celles-ci est une «œuvre musicale» au sens de la Loi. Il n'est donc pas nécessaire que l'œuvre musicale soit matériellement fixée pour bénéficier de la protection de la Loi. Les improvisations musicales sont donc protégées.

### *Prestations*

Le droit d'auteur sur les prestations comprend le droit exclusif de fixer cette prestation sur un support matériel quelconque, si elle n'est pas déjà fixée<sup>39</sup>. Cela veut clairement dire que la fixation matérielle n'est pas un prérequis à l'existence du droit d'auteur sur les prestations.

### *Signaux de communication*

Le droit d'auteur sur les signaux de communication comprend le droit exclusif de fixer ce signal ou toute partie de celui-ci<sup>40</sup>. Donc, la radiodiffusion en direct d'un événement ferait vraisemblablement l'objet d'un droit d'auteur, même dans l'optique (improbable) où cet événement ne serait pas simultanément enregistré.

Puisque le droit d'auteur est un droit purement statutaire, il ne devrait pas y être ajouté un prérequis de fixation matérielle lorsque cette condition ne se retrouve pas de façon expresse dans la Loi.

## **2.4 Le principe de la séparation de l'idée et de l'expression**

### **2.4.1 En général**

Le droit d'auteur protège l'expression de l'idée, et non l'idée elle-même. Si les lois sur le droit d'auteur protégeaient également les

39. Par. 15(1) a)(iii).

40. Par. 21(1) a).

idées, il serait possible d'obtenir un monopole sur une idée, ce qui ne serait aucunement justifiable: cela aurait pour effet de freiner la diffusion des idées, diffusion qui est essentielle à l'évolution d'une société:

It is... an elementary principle of copyright law that an author has no copyright in ideas but only in his expression of them. The law of copyright does not give him any monopoly in the use of ideas with which he deals or any property in them, even if they are original. His copyright is confined to the literary work in which he expressed them. *The ideas are public property, the literary work is his own. Everyone may freely adopt and use the ideas but no one may copy his literary work without his consent.*<sup>41</sup> [Les italiques sont nôtres.]

Donc, les lois sur le droit d'auteur protègent la façon dont ces idées sont exprimées, en octroyant à l'auteur un droit exclusif de reproduire, représenter publiquement, publier, traduire, adapter, communiquer... l'œuvre<sup>42</sup>.

Voici des exemples de cette séparation entre l'idée et l'expression de celle-ci: une méthode pour perdre du poids en 10 jours n'est pas protégeable, mais il peut exister un droit d'auteur sur le manuel d'instructions dans lequel cette méthode est décrite. Il n'y a pas de protection dans l'idée d'une histoire d'amour, mais la façon dont l'auteur d'un roman a agencé les mots pour communiquer cette histoire d'amour au public peut bénéficier d'une protection en vertu de la Loi. La personne qui est interviewée et qui fournit à l'interviewer de la matière (des idées) qui est plus tard utilisée pour écrire un article ne possède pas de droit d'auteur sur les articles: le titulaire du droit d'auteur est l'auteur des articles, la personne «qui a mis les idées en forme»<sup>43</sup>.

Lorsque le nombre de façons d'exprimer une idée est très limité, ou lorsqu'il n'y a qu'une façon d'exprimer une idée, l'idée et l'expression de celle-ci sont si intimement liées qu'elles sont difficilement dissociables l'une de l'autre. Il devient alors malaisé d'évaluer quelle partie d'une œuvre donnée est protégée et, lorsque l'œuvre a été reproduite, si c'est l'idée ou l'œuvre qui l'a été.

41. *Moreau c. St. Vincent*, [1950] R.C. de l'É. 198, 203 (C. de l'É.).

42. L'article 3 contient une liste complète des actes exclusivement réservés au titulaire du droit d'auteur.

43. Ex. *Donohue c. Allied Newspapers Ltd.*, [1938] 3 Ch. 106, 109: «Who has clothed the ideas in form».

### 2.4.2 La théorie de la fusion

Quand il n'y a qu'une façon d'exprimer une idée, il n'est pas justifié d'octroyer à l'auteur de l'expression un monopole sur celle-ci, puisque cela revient à lui octroyer un monopole sur l'idée. Ces principes, appliqués à des œuvres telles que les programmes d'ordinateur, ont donné naissance, dans la jurisprudence américaine, à la théorie dite de la «fusion», ou «merger theory»<sup>44</sup>. Un logiciel, lorsqu'il est considéré dans son ensemble, constitue souvent une expression originale d'idées. Cependant, lorsque la violation du droit d'auteur sur ce logiciel est alléguée, le tribunal est forcé de déterminer quelles parties de cette «œuvre globale originale» sont en fait protégées, et quelles parties peuvent être reproduites par des tiers. L'interface usager est la partie d'un logiciel où les idées et l'expression de celles-ci sont le plus susceptibles d'entrer en «fusion». En effet, plusieurs éléments de l'interface usager sont en fait des idées plutôt que des expressions d'idées, ou font partie du domaine public.

Le passage suivant résume bien l'essentiel de la théorie de la fusion:

Even if the expression originated with the author, the expression of the idea is not copyrightable if the expression does no more than embody elements of the idea that are functional in the utilitarian sense.<sup>45</sup>

Les tribunaux canadiens se sont d'abord montrés réticents à appliquer la théorie de la fusion. Madame la juge Reed, de la Cour fédérale, a déjà déclaré ce qui suit:

In any event, I have not been persuaded that there is a merger of the idea and the expression thereof in a computer program. The fact that a program can be written in a variety of different forms, that the same programmer would not write a program the same way if he or she were to start anew a second time, that the programmer is indifferent to the medium in which the programme is embodied, all indicate that computer programs do not fall within the merger exception to copyrightable subject-matter (*if such exception exists*).<sup>46</sup>

[Les italiques sont nôtres.]

44. Ex. *Apple Computer c. Microsoft Corporation*, 32 U.S.P.Q (2d) 1087 (9th Cir. 1994), p. 1092-1093.

45. *Lotus c. Paperback*, 740 F. Supp. 37 (D. Mass. 1990), p. 57-58.

46. *Apple Computer Inc. c. Mackintosh Computers Ltd.*, [1987] 1 F.C. 173, 190, conf. par *Mackintosh Computers Ltd. c. Apple Computer Inc.*, [1990] 2 R.C.S. 209, 261, juge Cory [ci-après *Apple*].



Il est important de préciser que, dans ce cas, la Cour n'avait pas à se prononcer sur l'application de la théorie de la fusion aux interfaces usager: elle avait à décider si cette théorie s'applique ou non aux codes source et objet.

L'arrêt *Delrina Corporation c. Triolet Systems Inc.*<sup>47</sup> est le premier arrêt où une cour canadienne s'est prononcée sur une possible application de la théorie de la fusion aux interfaces usager. Le juge O'Leary de la Ontario Court (General Division) a exprimé l'opinion qu'une analyse de contrefaçon ne devrait porter que sur les éléments faisant l'objet d'un droit d'auteur (par exemple, éléments originaux, qui constituent l'expression d'idées et non les idées elles-mêmes, qui ne font pas partie du domaine public et qui ne sont pas dictées par des contraintes fonctionnelles):

Whether a Canadian court should adopt the abstraction-filtration-comparison method in deciding an action for copyright infringement or some other similar method, it seems clear that before a computer program or some part of it can be held to be copyrightable, some method must be found to weed out or remove from copyright protection those portions which, for the various reasons already mentioned, cannot be protected by copyright. After the portions that are not copyrightable have been filtered out, there may or may not be any kernels or golden nuggets left to which copyright can attach.<sup>48</sup>

Avant d'appliquer ce test de l'abstraction, de la filtration et de la comparaison aux faits devant lui, le juge O'Leary a rappelé quelques principes généraux applicables aux lois sur le droit d'auteur. L'un de ces principes est le suivant:

If an idea can be expressed in only one or in a very limited number of ways, then copyright of that expression will be refused for it would give the originator of the idea a virtual monopoly on the idea. In such case, *it is said that the expression merges with the idea and thus is not copyrightable.*<sup>49</sup>  
[Les italiques sont nôtres.]

47. (1993), 47 C.P.R. (3d) 1 (Ont. Gen. Division).

48. *Ibid.*, p. 37.

49. *Ibid.*, p. 41.

La Cour d'appel de l'Ontario, en confirmant la décision du juge de première instance, a ajouté ce qui suit:

The merger notion is a natural corollary to the idea/expression distinction which... is fundamental in copyright law in Canada, England and the United States. Clearly, if there is only one way or a very limited number of ways to achieve a particular result in a computer program, to hold that way or ways are protectable by copyright could give the copyright holder a monopoly on the idea or function itself.<sup>50</sup>

Donc, la Cour d'appel de l'Ontario a clairement indiqué qu'elle considèrerait la théorie de la fusion comme faisant partie de la loi canadienne. La Cour d'appel a refusé de renverser la décision du juge de première instance, qui avait décidé de nier l'existence du droit d'auteur sur des éléments du logiciel fabriqué par Delrina, tels que certains «noms» d'items sur lesquels l'interface se rapporte (parce qu'ils sont les mots logiques à utiliser), certaines parties du code source (parce qu'utilisés par toute la communauté HP3000), etc.<sup>51</sup>.

Maintenant que les conditions préalables à l'existence du droit d'auteur ont été abordées, seront maintenant examinées les conditions fondamentales de cette protection: l'existence d'un auteur et l'originalité.

### **3. CONDITIONS FONDAMENTALES DU DROIT D'AUTEUR**

Deux conditions fondamentales doivent être présentes pour qu'il existe un droit d'auteur. Un être humain (l'auteur) doit être à l'origine de l'œuvre, et l'œuvre doit être originale.

#### **3.1 L'œuvre doit être créée par un «auteur»**

Il peut sembler curieux, pour ceux qui ont été élevés dans un contexte de droit d'auteur, d'avoir à se rappeler que l'existence d'un auteur est une condition essentielle de la protection. En fait, cette condition est inhérente à la nature même de la protection. Malheu-

50. *Delrina Corp. c. Triolet Systems Inc.* (2002), 17 C.P.R. (4th) 289, 307 (Ont. C.A.) (juges Morden, Carthy, MacPherson). \*Une requête pour permission d'en appeler à la Cour suprême du Canada a été déposée par Delrina le 30 avril 2002 (dossier n° 29190) et refusée le 28 novembre 2002.

51. *Ibid.*, p. 307-308.

reusement, des modifications récentes (et moins récentes) à la Loi ont contribué à affaiblir ce principe, au point où il est maintenant souvent nécessaire d'insister sur le fait que le concept de «droit d'auteur» englobe le concept d'«auteur». Avant d'aborder ces modifications, les dispositions de la Loi indiquant que l'existence d'un auteur est essentielle à la protection seront passées en revue.

### ***3.1.1 Indications de la nécessité d'un auteur dans la Loi sur le droit d'auteur***

#### *Premier titulaire du droit d'auteur*

La Loi prévoit que, sous réserve d'autres dispositions, «l'auteur d'une œuvre est le premier titulaire du droit d'auteur sur cette œuvre»<sup>52</sup>. Cela signifie que lorsque la Loi ne prévoit pas le contraire, l'auteur d'une œuvre est le premier titulaire du droit d'auteur sur celle-ci. Sous-jacent à cela est le principe selon lequel chaque œuvre doit émaner d'un auteur. Autrement, le législateur aurait pris la peine de désigner, pour chaque type d'œuvres protégées, le titulaire du droit d'auteur sur celles-ci.

#### *Durée du droit d'auteur*

En règle générale, la durée du droit d'auteur est la vie de l'auteur, plus 50 ans<sup>53</sup>. Dans le cas des œuvres créées en collaboration, la règle est que le droit d'auteur subsiste pendant la vie du dernier survivant des co-auteurs, puis jusqu'à la fin de la cinquantième année suivant celle de son décès<sup>54</sup>. Considérant que la durée de la protection dépend, en règle générale, de la durée de la vie de l'auteur, il est logique de conclure que la Loi est essentiellement destinée à protéger les œuvres créées par des êtres humains.

#### *Droits moraux*

Certains droits se rattachent non seulement à l'œuvre elle-même, mais aussi à la personnalité de son auteur, au point d'y être intimement liés. Le premier de ces droits est le droit à l'intégrité de l'œuvre, qui protège l'auteur contre les déformations, mutilations ou autres modifications à l'œuvre, ou son usage en liaison avec un pro-

---

52. Par. 13(1).

53. Art. 6.

54. Par. 9(1).

duit, une cause, un service ou une institution, d'une manière préjudiciable à son honneur ou à sa réputation<sup>55</sup>.

L'autre droit, dit «moral», est le droit de revendiquer la création de l'œuvre, même sous un pseudonyme, ainsi que le droit à l'anonymat<sup>56</sup>.

La reconnaissance du droit moral dans la loi canadienne est un indice de l'importance accordée à l'existence d'un auteur.

#### *Œuvres créées dans le cadre d'un emploi*

La Loi prévoit que «[l]orsque 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 stipulations contraires, le premier titulaire du droit d'auteur...»<sup>57</sup>. Il est intéressant de noter que dans le cas des œuvres créées dans le cadre d'un emploi, la Loi considère tout de même que la personne physique est l'auteur de l'œuvre. Elle transfère la propriété du droit d'auteur à l'employeur, mais tient pour acquis qu'un être humain a créé l'œuvre protégée.

#### **3.1.2 Là où la Loi s'écarte de ce principe**

La règle générale, rappelons-le, est que l'auteur d'une œuvre est le premier titulaire du droit d'auteur sur celle-ci<sup>58</sup>. Par auteur, on entend généralement la personne qui a créé l'œuvre, de qui l'œuvre émane. L'auteur est donc en règle générale une personne physique. La Loi contient cependant quelques accrocs à ces règles fondamentales, dont voici les principaux.

#### *Photographie*

Dans le cas des photographies, la Loi prévoit, curieusement, que l'auteur est le propriétaire, au moment de la confection du cliché initial ou de la planche ou, lorsqu'il n'y a pas de cliché ou de planche, de l'original<sup>59</sup>. Si des termes plus actuels étaient utilisés, on dirait que le propriétaire des films, des négatifs, de la carte d'un appareil

55. Art. 14.1 et 28.2.

56. Art. 14.1.

57. Par. 13(3).

58. Par. 13(1).

59. Par. 10(2).

numérique, *etc.* est l'auteur de la photographie. Donc, l'«auteur» d'une photographie n'est pas nécessairement le photographe, l'être humain de qui émane l'œuvre. En fait, l'auteur d'une photographie, selon la fiction créée par la Loi, n'est pas forcément une personne physique. La Loi prévoit en effet que «si ce propriétaire [du cliché ou de la planche] est une personne morale, celle-ci est réputée, pour l'application de la présente loi, être un résident habituel d'un pays signataire, si elle y a fondé un établissement commercial»<sup>60</sup>.

Ces dispositions ont été très critiquées par les auteurs, puisqu'elles créent une ambiguïté dans la Loi<sup>61</sup>. De plus, elles s'écartent, sans raison apparente, du principe selon lequel l'auteur, et premier titulaire du droit d'auteur, est la personne physique ayant créé l'œuvre originale.

### *Film*

La Loi est muette quant à savoir qui est l'auteur d'une «œuvre cinématographique». Plusieurs personnes sont impliquées dans la conception d'une œuvre cinématographique, et l'identité de l'auteur du film est souvent incertaine. Dans *Jean-Claude Chehade Inc. c. Films Rachel Inc. (Syndic)*<sup>62</sup>, l'une des rares décisions canadiennes sur le sujet, il a été déterminé que l'auteur d'un film est la personne qui a assemblé les divers éléments du film (scénario, jeux de caméra, décors, musique, bande sonore, *etc.*) et procédé à l'arrangement final<sup>63</sup>.

Un film représente bien plus que la somme des divers éléments qui le composent. En effet, c'est seulement lorsque les divers éléments d'une œuvre cinématographique sont assemblés que cette œuvre peut atteindre son but, sa finalité, qui est de divertir et d'émouvoir le public<sup>64</sup>. Dans cette affaire, la Cour, sous la plume de Madame la juge Julien, s'est questionnée à savoir si le producteur du film en litige pouvait prétendre à cette qualité d'«assembleur», et a rappelé que des auteurs connus comme Harold Fox attribuent la propriété du droit d'auteur sur une œuvre cinématographique au producteur<sup>65</sup>. La Cour avait à décider qui, de la créatrice et des diffé-

60. Par. 10(2) *in fine*.

61. Ex. D. VAVER, *supra*, note 4, p. 80-81.

62. [1995] A.Q. No. 1550 (C.S. Qué.).

63. *Ibid.*, par. 143.

64. *Ibid.*, par. 150.

65. H. FOX, *The Canadian Law of Copyright and Industrial Designs*, 2<sup>e</sup> éd., Toronto: Carswell, 1967, p. 175-176, cité dans *Jean-Claude Chehade Inc.*, *supra*, note 62, par. 153.

rentes compagnies alléguant qu'elles avaient acquis le droit d'auteur du producteur, était le véritable titulaire du droit d'auteur dans le film. La Cour en est venue à la conclusion que le producteur, bien qu'il ait contribué financièrement à la matérialisation de l'œuvre, ne pouvait être reconnu comme auteur du film, puisqu'il n'avait pas contribué au processus intellectuel de création<sup>66</sup>. La Cour en est plutôt venue à la conclusion que Suzie Cohen, auteure du scénario et réalisatrice du film, était la personne qui avait rassemblé les divers éléments du film pour créer un produit final. En conséquence, elle a été désignée comme auteure et première titulaire du droit d'auteur sur le produit final<sup>67</sup>.

Malgré ce qui précède, une ambiguïté subsiste dans la Loi, car celle-ci est muette quant à l'identité de l'auteur d'une œuvre cinématographique.

#### *Enregistrement sonore*

La Loi attribue au «producteur d'un enregistrement sonore» un droit d'auteur sur cet enregistrement<sup>68</sup>. La loi définit le «producteur» comme étant «la personne qui effectue les opérations nécessaires [...] à la première fixation de sons»<sup>69</sup>. Jusque là, rien de trop inquiétant: étant donné la créativité et l'effort intellectuel parfois nécessaires à cette «première fixation de sons», on octroie un droit d'auteur sur le produit de cette première fixation, l'enregistrement sonore, indépendamment du droit d'auteur existant sur l'œuvre musicale ou sur la prestation faisant l'objet de l'enregistrement.

Malheureusement, les autres éclaircissements que nous offre la Loi quant à l'identité du producteur ont pour effet de conférer à la disposition une connotation totalement distincte. En effet, la Loi prévoit que les «opérations nécessaires» à la première fixation s'entendent des «opérations liées à la conclusion des contrats avec les artistes-interprètes, au financement et aux services techniques nécessaires à la première fixation de sons...»<sup>70</sup>. De plus, elle prévoit

66. *Ibid.*, par. 161.

67. *Ibid.*, par. 166-167. La Cour a ensuite analysé les divers contrats intervenus entre Suzie Cohen et le producteur, pour conclure que Suzie Cohen ne lui avait pas cédé son droit d'auteur.

68. Par. 18(1).

69. Art. 2 «producteur».

70. Art. 2.11.

expressément que le «producteur» puisse être une personne morale<sup>71</sup>.

Ici, il est clair que la Loi s'écarte de ses objectifs premiers, en accordant un droit d'auteur à une personne autre que la personne physique qui a fait preuve d'une certaine créativité dans la confection d'un enregistrement. À noter que le mot «auteur» est totalement absent des dispositions relatives aux enregistrements sonores. C'est donc dire que la Loi octroie un droit d'auteur sur un objet qui n'a pas nécessairement d'auteur. Petites consolations: la Loi n'emploie pas l'expression traditionnelle d'«œuvre» lorsqu'elle réfère à des enregistrements sonores.

### *Signaux de communication*

Tel que mentionné plus haut, la Loi accorde aux radiodiffuseurs un droit d'auteur dans les signaux de communication qu'ils diffusent. Cependant, la Loi ne considère pas le radiodiffuseur comme l'auteur des signaux de communication en question. C'est logique: un signal de communication n'émane pas d'une personne physique ayant fait preuve de créativité. À l'article 21, donc, la Loi octroie un droit d'auteur sur un objet qui n'a pas d'auteur. Cette disposition, relativement nouvelle dans la Loi, s'insère mal dans la raison d'être fondamentale du droit d'auteur.

## **3.2 L'œuvre doit être originale**

L'originalité est l'épine dorsale du droit d'auteur. Plusieurs actions en contrefaçon sont le théâtre d'un débat préliminaire visant à déterminer si l'œuvre dont on allègue la contrefaçon était originale et donc sujette à protection à prime abord. Cette partie de l'article examine le concept d'originalité en général, puis plus particulièrement lorsqu'il est appliqué aux compilations.

### **3.2.1 En général**

C'est souvent lorsque l'on aborde la définition d'originalité que la vision «droit d'auteur» se heurte à la vision «copyright», et vice

71. Art. 18(2):

Le paragraphe 1 s'applique uniquement lorsque, selon le cas:

a) le producteur, lors de la première fixation, s'il s'agit d'une personne morale, a son siège social au Canada ou dans un tel pays [partie à la Convention de Berne ou à la Convention de Rome ou membre de l'OMC] [nos soulignés].

versa. Cependant, il existe des principes de base sur lesquels la plupart des juges, et même des théoriciens, s'entendent. Premièrement, l'originalité n'est pas synonyme de «mérite artistique», d'«innovation» ou d'«esprit inventif»<sup>72</sup>. Lorsque vient le temps de déterminer si un droit d'auteur subsiste dans une œuvre, un juge ne devrait pas avoir à juger du mérite esthétique de cette œuvre, ou posséder une connaissance étendue du domaine des arts afin de pouvoir juger de l'aspect innovateur d'une œuvre:

The word “original” does not [...] mean that the work must be the expression of original or inventive thought. Copyright Acts are not concerned with the originality of ideas, but with the expression of thought [...]. The originality which is required relates to the expression of the thought. But the Act does not require that the expression must be an original or novel form, but that the work must not be copied from another work – that it should originate from the author.<sup>73</sup>

La plupart des gens s'entendent sur un autre point, qui est que pour être originale, l'œuvre doit émaner de son auteur et ne pas constituer une copie. Mais là s'arrête l'harmonie et commence la controverse.

Il existe deux grandes écoles de pensées en matière d'originalité: l'école du «travail industriel», ou «sweat of the brow»<sup>74</sup>, et l'école de la «créativité». La distinction entre ces deux thèses peut paraître subtile. C'est pourquoi des exemples concrets sont utiles pour mieux la comprendre. La dichotomie travail industriel/créativité sera examinée dans le contexte du débat, qui se poursuit, sur la protection des compilations.

72. Ex.: *Kilvington Bros. Ltd. c. Goldberg et al.* (1957), 8 D.L.R. (2d) 768 (Ont. S.C.) (Rejetant l'argument selon lequel une pierre tombale n'est pas originale parce qu'elle contient des idées semblables à celles contenues dans des pierres tombales de fabrication antérieure). Voir aussi *Hay and Hay Construction c. Sloan* (1957), 27 C.P.R. 132, 136-137 (Ont. H.C.) (L'existence ou non du droit d'auteur ne doit pas dépendre des goûts personnels du juge, puisque la notion de bon goût change de génération en génération.). Voir également *Éditions Hurtubise HMM Ltée c. CÉGEP André-Laurendeau*, [1989] R.J.Q. 1003 (C.S.), *Chancellor Management Inc. (C.O.B. Chancellor's Homes) c. Oasis Homes Ltd.*, [2002] A.J. No. 702 (Alta Q.B.), *Maisons Chantignole Inc. c. Dumont*, C.S. Longueuil, n° 505-05-001254-926, 17 juillet 2002.

73. *University of London Press Ltd. c. University of Tutorial Press Ltd.*, [1916] 2 Ch. 601, 608-609.

74. Il est à noter que l'expression «sweat of the brow» provient des États-Unis. Jusque dans les années 1990, on parlait plutôt, au Canada, du «fruit of one's labour».



### 3.2.2 *Le cas des compilations*

Il y a deux types de compilations: les compilations de divers éléments eux-mêmes susceptibles de protection par droit d'auteur, telles les compilations de chansons, les cédéroms multimédia, les recueils de poésie ou de nouvelles, *etc.*, et les compilations de faits ou de données, telles les bases de données, les annuaires téléphoniques, *etc.*<sup>75</sup>. L'auteur du premier type de compilation n'est pas nécessairement le titulaire du droit d'auteur sur chaque élément de la compilation pris séparément, puisque ces éléments peuvent bien avoir été créés par d'autres auteurs. L'auteur du second type de compilation ne peut non plus prétendre posséder un droit d'auteur sur chacun des éléments de la compilation pris séparément, puisque les faits ne font pas l'objet d'une protection par droit d'auteur. Donc, pour qu'un droit d'auteur subsiste sur ces compilations, l'auteur doit avoir été «original» dans sa façon de sélectionner et d'agencer les éléments de la compilation, c'est-à-dire les œuvres<sup>76</sup> ou les données:

It is well established that compilations of material produced by others may be protected by copyright, provided that the arrangement of the elements taken from other sources is the product of the plaintiff's thought, selection and work.<sup>77</sup>

La question de savoir ce qu'est une «œuvre originale», dans un contexte de compilation, demeure. La dépense de temps et d'énergie est-elle suffisante, ou bien est-il essentiel d'être en présence d'une certaine dose de créativité?

#### *La thèse du «travail industriel»*

Brièvement, les partisans de l'approche «sweat of the brow» croient que le concept d'originalité n'englobe pas nécessairement celui de «créativité»<sup>78</sup>. Il suffit que «talent, jugement et travail» aient été déployés. Ce qui est récompensé est le «travail pour le travail» et le titulaire du droit d'auteur est protégé contre ceux qui seraient

75. La définition de «compilation» se trouve à l'alinéa 2(1) de la Loi.

76. Ou autres objets du droit d'auteur.

77. *Slumber-Magic Adjustable Bed Co. Ltd. c. Sleep-King Adjustable Bed Co. Ltd. et al.* (1984), 3 C.P.R. (3d) 81, 84 (B.C.S.C.), juge McLachlin [ci-après *Slumber-Magic*].

78. Ex.: *U & R Tax Services Ltd. c. H. & R. Block Canada Inc.* (1995), 62 C.P.R. (3d) 256, 264 (C.F.).

tentés d'obtenir le même résultat sans dépenser le même temps et la même énergie:

[...] [T]he courts have looked to see whether the compilation of the unoriginal material called for work or skill or expense. If it did, it is entitled to be considered original and to be protected against those who wish to steal the fruits of the work or skill or expense by copying it without taking the trouble to compile it themselves. So the protection given by such copyright is in no sense a monopoly, for it is open to a rival to produce the same result if he chooses to evolve it by his own labours.<sup>79</sup>

Donc, selon les défenseurs de cette thèse, un droit d'auteur devrait subsister sur une compilation pour autant que du travail, du labeur («sweat of the brow») ait été impliqué dans la préparation de celle-ci<sup>80</sup>.

*La thèse de la «créativité»*

Les défenseurs de la thèse de la créativité, s'ils sont d'accord pour dire que «talent, jugement et travail» sont souvent déployés dans la préparation d'une compilation, sont également d'avis que l'auteur de cette compilation doit avoir fait preuve d'un minimum de créativité ou d'ingéniosité. Le niveau de créativité requis n'est pas élevé, mais il existe:

[...] [t]he originality requirement is not particularly stringent. A compiler may settle upon a selection or arrangement that others have used; novelty is not required. Originality requires only that the author make the selection or arrangement independently (*i.e.* without copying that selection or arrangement from another work), *and that it display some minimal level of creativity*. Presumably, the vast majority of compilations will pass this test, but not all will. There remains a narrow category of works in which the *creative spark* is utterly lacking or so trivial as to be virtually nonexistent.<sup>81</sup>

[Les italiques sont nôtres.]

79. *Ladbroke (Football), Ltd. c. William Hill (Football) Ltd.*, [1964] 1 All E.R. 465, 479-480 (H.L.), Lord Pearce [ci-après *Ladbroke*].

80. Ex.: J.S. McKEOWN, *Fox-Canadian Law of Copyright and Industrial Designs*, 3<sup>e</sup> éd., Toronto: Carswell, 2000, p. 58.

81. *Feist Publications c. Rural Telephone Service Co.*, 499 U.S. 340 (1991), p. 358.

---

*L'évolution du débat au Canada*

Selon la Chambre des Lords dans l'arrêt *Ladbroke (Football) Ltd. c. William Hill (Football) Ltd.*:

It is not disputed that, as regards compilation, originality is a matter of degree depending on the amount of skill, judgment or labour that has been involved in making the compilation.<sup>82</sup>

Dans cet arrêt, la Chambre des Lords avait à décider si des coupons pour parier au football, qui consistaient en une compilation de diverses listes de paris, étaient protégés par droit d'auteur. La Cour en vint à la conclusion que les coupons étaient protégés, puisqu'une quantité suffisante de talent, de jugement et de travail («skill, judgment and labour») avait été déployée dans la sélection des listes et dans l'agencement de celles-ci dans le but de rendre le produit commercialement attrayant. Dans son raisonnement, Lord Evershed prit en considération la grande quantité de travail que nécessite le calcul des probabilités et ce, afin que le «bookmaker» puisse offrir toutes les prévisions, ou groupes de prévisions, tout en retirant un profit de l'opération<sup>83</sup>. Lord Hodson nous offre un raisonnement semblable:

If the respondents have employed more than negligible skill and labour in their selection of sixteen lists containing varieties of bets which they offer to their customers, they are entitled to be protected in respect of their coupons as being original compilations. The evidence shows that this selection was a highly skilled matter involving [...] selections from an infinity of choices and much expenditure of *time, money and effort*. I agree, therefore, with the majority of the Court of Appeal that the respondents' coupons are entitled to protection as compilations, for the amount of skill and labour employed is not to be regarded as negligible.<sup>84</sup>

[Les italiques sont nôtres.]

Faire entrer en ligne de compte la quantité de temps, d'argent et d'efforts déployés dans la production d'une chose n'est pas pertinent au droit d'auteur, qui s'intéresse à l'expression des idées, et non

---

82. *Ladbroke*, *supra*, note 79, p. 469.

83. *Ibid.*, p. 472 («may safely or profitably offer any forecast or group of forecast of forecasts»).

84. *Ibid.*, p. 476-477. Voir également les arguments de Lord Devlin (p. 478), et de Lord Pearce (p. 479-480).

aux idées elles-mêmes. Le travail que nécessite le calcul des probabilités et la présentation des paris au public fait partie du domaine du développement des idées, qui n'est pas un champ d'activités couvert par le droit d'auteur. À trop vouloir accorder de l'importance à la quantité de «temps, d'argent et d'effort» requis pour produire un objet susceptible d'être protégé par droit d'auteur, sans égard au fait qu'aucune créativité n'a été démontrée, on ouvre la porte à l'octroi de monopoles sur les idées, une hypothèse qui a été rejetée de façon unanime par les tribunaux et les auteurs.

Les dépenses d'argent et de temps ne sont pas des indices d'originalité. Plusieurs œuvres d'art importantes n'ont nécessité aucune dépense importante de temps et d'argent. Cependant, il ne fait aucun doute qu'elles sont couvertes par les lois sur le droit d'auteur.

Malheureusement, l'arrêt britannique *Ladbroke* est encore souvent cité comme ayant défini le niveau d'originalité requis pour qu'une compilation soit protégée au Canada<sup>85</sup>.

Plus récemment, dans *Télé-Direct (Publications) Inc. c. American Business Information, Inc.*<sup>86</sup>, la Cour d'appel fédérale a dû se prononcer sur l'existence d'un droit d'auteur sur une compilation. Dans cette affaire, le juge de première instance avait conclu que la demanderesse n'avait fait preuve que d'un minimum de talent, de jugement et de travail dans l'organisation globale des éléments entrant dans la composition de l'annuaire téléphonique, ce qui ne suffisait pas pour conférer à la compilation une originalité telle qu'elle justifierait la protection par droit d'auteur<sup>87</sup>. Les activités de la demanderesse consistaient en la reproduction d'information existante sur des entreprises, en l'ajout d'une plus-value consistant en des renseignements supplémentaires tels que les numéros de télécopieur, les marques de commerce et le nombre d'années d'exploitation de l'entreprise, ainsi que par l'ajout de publicité. Le juge de première instance avait conclu que la demanderesse avait structuré ces renseignements selon des normes de sélection courantes et reconnues dans son domaine d'activité, et que la sélection n'était donc pas originale.

La Cour d'appel s'est ralliée à la position du juge de première instance, selon laquelle la compilation n'était pas originale. Chose

85. Ex. D. VAVER, *supra*, note 4, p. 57.

86. [1998] 2 C.F. 22 (C.A.), juges Denault, Décary, Chevalier [ci-après «*Télé-Direct*»].

87. (1996), 113 F.T.R. 123 (C.F.), juge McGillis.

intéressante, la Cour d'appel est allée plus loin en ajoutant quelques commentaires perspicaces sur la façon dont le critère d'originalité devrait être interprété au Canada. Ce faisant, la Cour a clairement favorisé l'approche de la «créativité»:

Il importe de ne jamais perdre de vue que les dispositions législatives relatives au droit d'auteur ont toujours eu pour objet, notamment, de «protéger et récompenser les efforts intellectuels des auteurs, pendant un certain temps». L'emploi du mot «*copyright*» dans la version anglaise de la Loi a obscurci le fait que l'objet fondamental de la Loi est de protéger «le droit d'auteur». Bien que la Loi ne le définisse pas, le mot «auteur» a une connotation de créativité et d'ingéniosité.<sup>88</sup>  
[Les soulignements sont dans la citation.]

L'arrêt *Télé-Direct* en a surpris plusieurs, qui y ont vu un revirement de la jurisprudence canadienne en matière d'originalité. Pourtant, la notion de créativité n'est pas un concept nouveau en droit d'auteur canadien. Ainsi, dans l'affaire *Hurtubise HMH Ltée c. Cégep André-Laurendeau*, précitée, la Cour supérieure du Québec s'exprimait ainsi:

Quels sont les critères déterminatifs de l'originalité d'une œuvre? De toute évidence, elle doit d'abord résulter d'un travail de création, sans constituer une copie. Cette création exige chez l'auteur un certain effort personnel, des connaissances, de l'habileté, du temps, de la réflexion, du jugement et de l'imagination. L'auteur y consacre ses énergies intellectuelles à la mesure de la nature et du contenu anticipé de l'œuvre.<sup>89</sup>

Le raisonnement de la Cour fédérale d'appel dans *Télé-Direct* n'est pas non plus isolé. En effet, quelques décisions ont repris le même raisonnement. Ainsi, dans l'affaire *Édutile Inc. c. Automobile Protection Association*<sup>90</sup>, la Cour fédérale d'appel avait à décider si des guides automobiles, constitués de listes de prix, étaient protégés en tant que compilations. La Cour d'appel a décidé que, contraire-

88. *Télé-Direct*, *supra*, note 86, par. 29 [références omises].

89. *Hurtubise HMH Ltée c. Cégep André-Laurendeau*, *supra*, note 72. Voir également *Caron c. Assoc. des Pompiers de Montréal Inc.* (1992), 42 C.P.R. (3d) 292 (C.F.). Et, postérieurement à *Télé-Direct*, *Programmation Gagnon Inc. c. Formules d'affaires CCl Inc.*, C.S. Québec, n° 200-05-007352-979, 14 mai 2000, juge Jacques Viens, conf. par C.A. Québec, n° 200-09-003664-015, 16 septembre 2002, juges Proulx, Thibault et Morin.

90. (2000), 6 C.P.R. (4th) 211.

ment au demandeur dans *Télé-Direct*, Édutile avait organisé l'information de façon inédite au Québec et au Canada. En conséquence, elle a jugé qu'un droit d'auteur devait subsister dans la juxtaposition de deux colonnes, l'une présentant le prix du marché de la vente «privée» et l'autre présentant le prix du marché de la vente au détail. Par contre, elle a jugé que la sélection et la présentation d'une liste contenant les prix du marché de la «reprise» n'étaient pas protégées, puisqu'elles ne faisaient preuve d'aucune créativité ou ingéniosité<sup>91</sup>.

Dans l'affaire *Ital Press Ltd. c. Sicoli*<sup>92</sup>, la Cour fédérale de première instance, sous la plume du juge Gibson, a adopté le raisonnement du juge Décary dans *Télé-Direct* et l'a étendu aux compilations d'œuvres artistiques<sup>93</sup>. La compilation en litige était aussi un annuaire téléphonique, constitué de pages blanches, de publicité et d'autres éléments. À la différence de celui des demandeurs dans *Télé-Direct*, cependant, les annuaires d'Ital Press étaient destinés à une clientèle italo-canadienne et la sélection des données et de la publicité, ainsi que la disposition de celles-ci, étaient adaptées à cette communauté. Le juge a donc conclu que la compilation était originale car elle ne correspondait pas, comme dans *Télé-Direct*, à des normes de sélection courantes et reconnues dans son domaine d'activité<sup>94</sup>.

Cependant, un arrêt récent de la Cour fédérale d'appel est venu jeter une ombre sur la thèse de la créativité. Dans *CCH Canadienne Ltée c. Le Barreau du Haut-Canada*<sup>95</sup>, le juge Linden, s'exprimant au nom de la Cour, a rejeté l'argument selon lequel l'arrêt *Télé-Direct* aurait modifié la définition anglo-canadienne classique d'originalité en y ajoutant des critères d'«imagination» et d'«étincelle de créativité». Dans cette affaire, la Cour fédérale d'appel avait à décider si le juge de première instance avait erré en concluant qu'aucun droit d'auteur ne subsistait sur une décision judiciaire (avec sommaires, titres courants et autres éléments ajoutés par l'éditeur) publiée dans un volume contenant d'autres décisions judiciaires, sur un sommaire (avec mots clés, exposé de l'affaire et conclusion) ajouté à une décision judiciaire publiée dans un résumé jurisprudentiel (constitué d'une référence ainsi que d'une présentation succincte d'une décision judiciaire) et sur un index analytique des décisions, puisqu'ils sont

91. *Ibid.*, p. 219, 220.

92. (1999), 170 F.T.R. 66.

93. *Ibid.*, par. 87 et 88.

94. *Ibid.*, par. 100 à 107.

95. [2002] C.F. 187 (C.A.), 212 D.L.R. (4th) 385, juges Linden, Rothstein, Sharlow [ci-après *CCH Canadienne*].

dépourvus de l'«étincelle de créativité» nécessaire à leur qualification d'œuvre originale<sup>96</sup>.

Le juge Linden a fait une distinction entre les faits de l'affaire *Télé-Direct* et ceux devant lui: selon lui, le raisonnement de son collègue, le juge Décary, dans *Télé-Direct* s'applique seulement aux «compilations» telles que définies à l'article 2 de la Loi, et non à la définition du mot «original» qui figure à l'article 5 de la Loi<sup>97</sup>. Le juge Linden est même allé plus loin, en interprétant l'expression «créations intellectuelles», qui se retrouve à l'article 2(5) de la *Convention de Berne* et à l'article 1705 de l'ALENA, comme ne nécessitant pas la présence d'une «étincelle de créativité» ou d'«imagination»<sup>98</sup>.

Puis, il a rappelé que le critère traditionnel anglo-canadien de l'originalité est qu'une compilation, pour être originale, «doit être une œuvre que son auteur a créée de façon indépendante et qui, par les choix dont elle résulte et par son arrangement, dénote un degré minimal de talent, de jugement et de travail»<sup>99</sup>. Selon lui, il n'y a pas d'exigence universelle d'«étincelle de créativité» ou d'«imagination» en droit d'auteur anglo-canadien<sup>100</sup>.

Cette conclusion est des plus malheureuses: si le droit d'auteur existe pour remplir un objectif social, ce n'est sûrement pas celui de récompenser le dur labeur, mais plutôt celui de promouvoir la création. Toute personne devrait être libre d'utiliser l'information et les idées qui sont transmises à travers les œuvres, afin d'en créer d'autres. En laissant entendre que les compilations peuvent être protégées même si leur production n'a nécessité aucune créativité, les tribunaux canadiens sont probablement en train de prendre des décisions qui vont à l'encontre des objectifs fondamentaux des lois sur le droit d'auteur.

Premièrement, si aucune créativité n'a été déployée dans la sélection et l'agencement de données pour en faire une compilation,

96. *CCH Canadienne Ltée c. Le Barreau du Haut-Canada*, [2000] 2 C.F. 451, par. 1, 19, et 25 (C.F.).

97. *CCH Canadienne*, *supra*, note 95, par. 36-39. Voir également *Hager c. ECW Press Inc.*, *supra*, note 37, par. 40 à 43.

98. *Ibid.*, par. 43.

99. *Ibid.*, par. 44, citant *Télé-Direct*, *supra*, note 86, par. 28. Voir également *British Columbia Automobile Assn. c. Office & Professional Employees International Union, Local 378* (2001), 85 B.C.L.R. (3d) 302, par. 171 (C.S.C.-B.).

100. *CCH Canadienne*, *supra*, note 95, par. 52. Voir également *U & R Tax Services Ltd. c. H. & R. Block Canada Inc.*, *supra*, note 78, *Great Canadian Oil Change Ltd. c. Dynamic Ventures Corp.*, (15-19 juillet 2002), Vancouver, n° S021011 (C.S.C.-B.).

protéger cette compilation revient à protéger la simple idée de faire une compilation. En effet, il n'est pas faux de dire que l'idée et l'expression de cette idée sont fusionnées si, pour des raisons utilitaires, l'information compilée est présentée d'une certaine manière et qu'il n'y a aucune autre manière de la présenter de manière utile. En conséquence, la protection des compilations dont la préparation n'a pas nécessité de créativité constitue une violation du principe de séparation de l'idée et de l'expression de celle-ci.

En second lieu, l'octroi d'un «monopole» (ou d'un droit de «propriété», dépendamment de l'approche théorique adoptée) sur une façon évidente et pratique d'agencer des données empêche les tiers d'utiliser l'information compilée de la même manière, laquelle est souvent la seule façon logique de présenter l'information. Cette pratique oblige donc les tiers à compiler l'information eux-mêmes, alors qu'ils auraient pu investir leur talent, jugement et travail dans le développement de nouvelles bases de données ou dans la création de nouvelles œuvres.

Cette critique de l'approche dite anglo-canadienne ne devrait pas être interprétée comme un plaidoyer contre la protection des bases de données. Il s'agit plutôt d'un plaidoyer contre la protection par la *Loi sur le droit d'auteur* des bases de données qui ne sont pas originales dans le sens «créatif» du terme.

L'Union européenne a récemment adopté de nouvelles mesures de protection des bases de données, probablement parce qu'il est équitable de le faire, considérant la quantité d'argent, de temps et d'effort déployée dans la compilation, l'agencement, la mise à jour et l'affichage des données. La *Directive 96/9/CE du Parlement européen et du Conseil, du 11 mars 1996, concernant la protection juridique des bases de données*<sup>101</sup> offre deux formes de protection des bases de données. Premièrement, elle prévoit qu'une base de données qui, par le choix ou la disposition des matières, constitue une création intellectuelle propre à son auteur, est protégée par droit d'auteur<sup>102</sup>.

La Directive prévoit également un droit *sui generis*, qui permet au fabricant d'une base de données d'interdire l'extraction ou la réutilisation de la totalité ou d'une partie substantielle du contenu de celle-ci lorsque l'obtention, la vérification ou la présentation de ce

101. Ci-après «Directive».

102. Article 3(1).



contenu atteste un investissement substantiel du point de vue qualitatif ou quantitatif<sup>103</sup>. Ce nouveau droit *sui generis* offre aux bases de données «non originales» une protection de type «sweat of the brow» et les exclut du champ couvert par les lois sur le droit d'auteur. Ces bases de données peuvent donc être traitées différemment. Dans les faits, on leur donne un niveau de protection différent en ce qui a trait, entre autres, à la durée de cette protection, soit une protection de 15 ans au lieu d'une protection équivalente à la vie de l'auteur plus 50 ou 70 ans.

#### 4. CONCLUSION

Jusqu'à maintenant, le Canada a toujours su maintenir un équilibre entre les principes de droit d'auteur et ceux de *copyright*. Malheureusement, certaines décisions récentes de nos instances judiciaires supérieures laissent croire qu'il existe une volonté d'adopter une vision du droit d'auteur se rapprochant davantage de l'approche américaine du «sweat of the brow», qui cherche à protéger le fruit de l'effort, sans égard à la présence ou à l'absence de créativité. Cette situation représente un important recul pour notre «système juridique bi-légal unique». En effet, la nouvelle jurisprudence qui voit le jour (avec une certaine violence, il faut le dire<sup>104</sup>) ressemble fort à un rejet de la pensée civiliste francophone en matière de droit d'auteur. Est-ce un hasard si, dans la décision *Théberge*, la Cour suprême du Canada s'est divisée selon la langue maternelle (et donc la culture profonde) des juges?

Dans un monde où les techniques de création évoluent à un rythme effréné, exiger la présence d'une «étincelle de créativité», loin d'être un obstacle à la récompense de l'effort, contribue à garder l'auteur, l'être humain, au cœur du régime de protection par droit d'auteur. Il est donc souhaitable que les juges francophones sauront résister à ces attaques contre un régime juridique qui a fait ses preuves.

---

103. Article 7(1).

104. Voir les commentaires du juge Binnie dans la récente décision de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Théberge c. Galerie d'Art de Petit Champlain inc.*, 2002 CSC 34. N° du greffe: 7872 (28 mars 2002).