

OPINION D'UN ÉTRANGER SUR LE DROIT AMÉRICAIN RÉGISSANT LA PROTECTION DES LOGICIELS PAR LE DROIT D'AUTEUR

1.0 Introduction

Le droit d'auteur est l'un des principaux régimes de propriété intellectuelle utilisé à l'échelle mondiale visant à protéger les programmes d'ordinateur de la piraterie. Son importance à l'ère numérique ne peut être sous-estimée. De nombreux programmes d'ordinateur de grande valeur sont créés aux États-Unis et sont protégés par le droit d'auteur de ce pays. De plus en plus, des revenus importants tirés de ces oeuvres proviennent de leur distribution à l'extérieur des États-Unis et réciproquement, de nombreux programmes d'ordinateur sont créés à l'extérieur des États-Unis et sont distribués dans ce pays. Il devient donc de plus en plus important pour les éditeurs de logiciels de comprendre que malgré l'existence de conventions internationales telles la Convention de Berne et la Convention universelle sur le droit d'auteur (UCC), il existe des différences significatives relativement à l'étendue de la protection de ces oeuvres tant aux États-Unis qu'ailleurs. Ces différences peuvent être utilisées de façon stratégique par les propriétaires de programmes protégés et leurs concurrents en prenant des décisions-clés relatives à l'emplacement géographique où les programmes sont réalisés et aux pays où les droits sont sanctionnés.

8 Barry B. Sookman 1996. Traduction de Michel Bergeron, Michel Racicot et Nicole Roch, McCarthy Tétrault, Montréal. L'auteur est avocat chez McCarthy Tétrault à Toronto.

Il y a une tendance accrue des tribunaux du Canada, des pays du Commonwealth et de certains pays européens, telle la France, de se reporter aux décisions américaines sur des questions relatives aux droits d'auteur. Dans le domaine de la protection des programmes d'ordinateur, par exemple, les autorités américaines ont été mentionnées au Canada et, malgré les différences entre le texte des lois canadiennes et américaines, ont servi pour appuyer des décisions. Il est bien normal qu'on se reporte aux décisions américaines. Une telle tendance est particulièrement justifiée lorsqu'il n'y a pas ou lorsqu'il y a très peu d'autorités dans le Commonwealth à l'égard de questions importantes et lorsqu'il existe une jurisprudence relativement mature et importante aux États-Unis comme dans certains domaines ésotériques du droit d'auteur tels que la protection par le droit d'auteur de programmes d'ordinateur et d'autres oeuvres compréhensibles par une machine.

Le droit d'auteur américain, tant dans sa version actuelle que dans sa version antérieure, comporte bon nombre de similitudes avec le droit d'auteur du Commonwealth. De plus, la Convention de Berne (dont les États-Unis et la plupart des autres pays industrialisés sont membres), a imposé un certain degré d'harmonisation de protection relativement aux oeuvres qui doivent être protégées et aux droits des titulaires du droit d'auteur sur ces oeuvres. Toutefois, il existe des différences fondamentales entre la loi des États-Unis intitulée *Copyright Act* et le droit d'auteur des autres pays et, en outre, dans les concepts de base qui s'appliquent à l'interprétation du droit d'auteur à l'échelle mondiale qui peuvent mener à des variations significatives dans l'étendue de la protection accordée aux logiciels d'un territoire à l'autre. Il est important que les sociétés qui exploitent une entreprise à l'échelle internationale comprennent ces différences.

Cet article examinera certains préceptes fondamentaux du droit d'auteur américain et indiquera comment diffèrent les concepts correspondants du droit d'auteur du Commonwealth. Pour simplifier cet examen, les différences entre le droit d'auteur et les concepts des divers pays du Commonwealth ne seront pas traités ici. De plus, l'examen visera les principaux concepts et principes de droit qui ont une incidence sur la résolution des cas difficiles de violation du droit d'auteur mettant en cause les programmes d'ordinateur.

2.0 Objet et principes sous-jacents du droit d'auteur

Les progrès dans la technologie informatique et numérique et le changement de la protection et de la distribution des oeuvres sous forme imprimée à des oeuvres sous forme compréhensible par une machine ont fait naître de nombreuses questions juridiques intéressantes, notamment dans le domaine du droit d'auteur. Comme l'indiquait la Cour d'appel du deuxième circuit des États-Unis dans l'arrêt Computer Associates International Inc. c. Altai Inc., à mesure que la connaissance scientifique progresse, les tribunaux s'efforcent de suivre l'évolution, et quelquefois - comme dans le domaine de la technologie informatique - ils doivent s'aventurer dans des eaux plus ou moins familières. En tentant de solutionner les questions difficiles, les tribunaux ont souvent recours aux premiers principes fondamentaux pour commencer leur analyse. Lorsque les premiers principes de base divergent, il est presque certain que l'analyse d'un cas complexe variera d'un territoire à l'autre.

2.1 Objet des lois sur le droit d'auteur aux États-Unis

Aux États-Unis, il est bien reconnu que les droits du titulaire du droit d'auteur reflètent un équilibre entre l'objectif de garantir un rendement équitable pour l'oeuvre créatrice de l'auteur et l'objectif ultime de la loi qui vise à stimuler la créativité artistique pour l'intérêt du public en général. Plusieurs des principales causes qui ont traité de la portée de la protection du droit d'auteur pour les programmes d'ordinateur ont appliqué ces principes pour résoudre des cas difficiles. Bon nombre des causes, qui sont devenues des arrêts de jurisprudence prépondérante dans le domaine, ont fait ressortir l'importance de permettre la libre utilisation et le libre développement des fonctions, idées, procédés et méthodes d'exploitation non susceptibles d'être protégés plutôt que d'accorder simplement un monopole d'exploitation aux personnes industrieuses. Par exemple, dans la cause Computer Associates International Inc. c. Altai Inc., le tribunal déclarait ce qui suit:

L'intérêt du droit d'auteur n'est pas simplement le fait d'accorder un monopole d'exploitation à des personnes industrieuses, mais de promouvoir le bien-être public en récompensant la créativité artistique, d'une manière qui permet le libre usage et le libre développement d'idées et de procédés non susceptibles d'être protégés. À cet égard, notre conclusion se fonde sur l'exposé concis du juge Stewart sur les principes qui régissent correctement l'adaptation du droit d'auteur à de nouvelles circonstances. Dans la cause Twentieth Century Music Corp. c. Aiken, il écrit: *La portée limitée du monopole d'exploitation statutaire du titulaire du droit d'auteur, comme la durée limitée du droit d'auteur exigée par la constitution, reflète un équilibre entre les revendications contradictoires et l'intérêt public: l'oeuvre créatrice doit être encouragée et récompensée, mais la motivation individuelle doit servir ultimement à promouvoir la disponibilité de la littérature, de la musique et des autres arts pour le grand public. L'effet immédiat de notre droit d'auteur vise à garantir un rendement équitable pour l'oeuvre créatrice d'un *auteur+. Mais le but ultime est, grâce à cet incitatif, de stimuler la créativité artistique pour l'intérêt du public en général. Lorsqu'un changement technologique rend ces modalités ambiguës, la *Loi sur le droit d'auteur (Copyright Act)* doit être interprétée en tenant compte de ce but fondamental.+ 422 U.S. 151, 156 (1975).

Plusieurs autres décisions américaines ont réitéré les sentiments du tribunal dans Altai à l'égard de l'importance relative des droits de propriété du titulaire du droit d'auteur afin d'empêcher des tiers de récolter les fruits de son labeur et de l'intérêt du public d'utiliser et de développer les progrès du

titulaire du droit d'auteur. Par exemple, dans la cause Atari Games Corp. and Tengen Inc. c. Nintendo of America Inc., la Cour d'appel du circuit fédéral a cité favorablement l'opinion du neuvième circuit dans la cause de New Kids on the Block c. News Am. Publishing, où le tribunal déclarait:

Le titulaire du droit d'auteur a un droit de propriété en empêchant des tiers de récolter les fruits de son labeur, mais non en empêchant les auteurs et les penseurs de l'avenir d'utiliser ou d'améliorer ses progrès. Le processus de création est souvent un processus progressif et les progrès élaborés sur des développements antérieurs sont beaucoup plus communs que les nouveaux concepts radicaux. Se reporter à la cause Lewis Galoob Toys Inc. c. Nintendo, N° 91-16205, slip op. à 5843 (9^e circ. 1992). Lorsque la violation est légère par rapport à la nouvelle oeuvre créée, l'utilisateur équitable bénéficie grandement de ses propres efforts créatifs plutôt que de resquiller l'oeuvre d'un autre. Une interdiction de toute reproduction quelle qu'elle soit réprimerait l'échange libre d'idées sans servir l'intérêt légitime du titulaire du droit d'auteur.

2.2 Objet des lois sur le droit d'auteur dans le Commonwealth

Il existe une certaine autorité dans le Commonwealth voulant que le double objectif du droit d'auteur est d'encourager la divulgation d'oeuvres pour l'avancement de la connaissance et de protéger et récompenser l'effort intellectuel des auteurs pendant une période limitée pour les oeuvres créées. À cet égard, certains tribunaux, à l'instar de ceux des États-Unis, ont reconnu, notamment relativement à la protection d'articles utilitaires par le droit d'auteur, que le progrès technologique est tributaire de l'adaptation et de l'amélioration des idées d'autres personnes et ont recherché à établir un équilibre entre la protection des intérêts des titulaires du droit d'auteur et le droit d'autres personnes que les titulaires du droit d'auteur de faire concurrence dans la production d'articles qui remplissent exactement la même fonction. Au Canada et dans d'autres pays du Commonwealth, les tribunaux ont, cependant, privilégié le fait d'empêcher des personnes de se prévaloir injustement des oeuvres de tiers. Ce principe a été récemment réaffirmé par la Cour d'appel fédérale du Canada dans la cause Canadian Association of Broadcasters c. Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada où il était indiqué:

Dans le présent contexte, l'observation du lord juge Lindley dans la cause Hanfstaengl c. Empire Palace; Hanfstaengl c. Newnes, [1894] 3 Ch. 109 (C.A.), à la p. 128 est toujours pertinente:

Le droit d'auteur, comme le droit de brevet, est un monopole d'exploitation restreignant le public de faire, le monopole d'exploitation mis à part, ce qu'il serait parfaitement légal de faire. Le monopole d'exploitation est en soi légitime et équitable et est accordé aux fins d'empêcher des personnes de se prévaloir injustement des oeuvres de tiers, que cette oeuvre soit scientifique, littéraire ou artistique. La protection des auteurs, que ce soit d'inventions, d'oeuvres d'art ou de compositions littéraires, est l'objet qui est visé par toutes les lois sur les brevets et le droit d'auteur. Les lois doivent être interprétées en tenant compte de cet objectif. Par contre, il faut toujours veiller à ne pas permettre que ces lois deviennent des moyens d'oppression et d'extorsion.

3.0 Exigence d'originalité

Pour être protégée par le droit d'auteur, une oeuvre doit être originale. Le terme *original+ n'est pas défini dans la loi sur le droit d'auteur des États-Unis ou dans les lois des pays du Commonwealth, mais le sens de ce terme est relativement établi. Le terme original, tel qu'utilisé dans le droit d'auteur, signifie uniquement que l'oeuvre a été créée de façon indépendante par l'auteur (par opposition à la reproduction d'autres oeuvres), et qu'elle possède au moins un certain degré minimal de créativité. Le niveau nécessaire de créativité est extrêmement faible; même une petite partie suffit. Ce bas niveau de créativité est la norme aux États-Unis ainsi que dans le Commonwealth.

3.1 Originalité aux termes de la loi des États-Unis

Aux termes de la loi des États-Unis, il est évident que la doctrine de l'effort intellectuel (*sweat of the brow+) seule ne suffit pas à rendre une oeuvre originale. Sur cette base, par exemple, trois éléments distincts doivent être présents pour qu'une compilation factuelle soit admissible à la protection du droit d'auteur: 1) la collecte et l'assemblage de documents, de faits ou de données qui existent déjà; 2) la sélection, la coordination ou l'arrangement de ces documents; et 3) la création, grâce à cette sélection, cette coordination ou cet arrangement et à une créativité minimale, d'une oeuvre *originale+ d'un auteur et non quelque chose de si mécanique ou de si routinier, entièrement typique, ou si évident qu'il n'exige aucune créativité quelle qu'elle soit. De même, aux États-Unis, la découverte d'un fait, peu importe les heures de travail et le montant des dépenses pour en arriver à la découverte, n'est pas considérée comme l'oeuvre d'un auteur et elle n'est pas susceptible d'être protégée.

3.2 Originalité aux termes des lois du Commonwealth

Au Canada, au Royaume-Uni et ailleurs dans le Commonwealth, la jurisprudence omet de façon constante de distinguer entre l'habileté et le jugement, d'une part, et le travail et le capital, d'autre part, nécessaires pour créer une oeuvre aux fins de déterminer si l'oeuvre est *originale+. Relativement à l'exigence d'originalité pour les compilations factuelles, par exemple, dans certains cas le terme *original+ appliqué à la constitution d'une compilation a été décrit comme l'exercice d'habileté et de discrétion dans la sélection, l'arrangement et la combinaison des renseignements pour produire quelque chose de nouveau et d'utile. Quelquefois, la base de protection a été établie sur le fait que l'auteur a employé suffisamment *de travail et d'habileté+; dans d'autres cas, on a examiné s'il y avait eu suffisamment *de travail et de goût+; *de travail, d'habileté et de capital+; ou *de travail laborieux et soigné+. Toutefois, il semble que le poids de l'autorité judiciaire jusqu'à ce jour au Canada et au Royaume-Uni a été de conférer la protection dans les compilations fondées sur le travail, le nombre d'heures et les dépenses qui ont été consacrés pour rassembler les faits; ou dans la compétence, le jugement, la connaissance, l'ingéniosité ou l'effort intellectuel mis en cause pour sélectionner ou arranger les éléments qui doivent être inclus; ou les deux. On a soutenu que l'exigence d'*originalité+ nécessite plus que du temps et du travail par l'auteur. Cependant, le travail et les frais seuls ont été considérés suffisants pour que le droit d'auteur subsiste dans une compilation.

Comme on peut le voir dans ce qui précède, le principe sous-jacent dominant du droit d'auteur dans le Commonwealth - la protection du travail d'un auteur à l'égard de l'appropriation illicite par un autre - a été reporté dans le concept d'originalité. Cette divergence dans le concept de ce qui constitue *l'originalité+ a eu des incidences relativement aux questions de l'objet de la protection, notamment, la protection des compilations des faits. L'incidence sur la protection des bases de données est évidente.

4.0 Dichotomie de l'idée et de l'expression

4.1 Dichotomie de l'idée et de l'expression aux États-Unis

Aux États-Unis, c'est un principe de base du droit d'auteur qu'un auteur n'a pas de droit d'auteur dans les idées, mais uniquement dans la forme d'expression de celles-ci. Ce principe, quelquefois appelé la *dichotomie de l'idée et de l'expression+, est codifié à l'article 102(b) de la loi des États-Unis qui stipule ce qui suit:

Dans aucun cas la protection par le droit d'auteur d'une oeuvre originale d'un auteur ne s'applique à une idée, une procédure, un procédé, un système, une méthode d'exploitation, un concept, un principe ou une découverte, peu importe la forme sous laquelle il est décrit, expliqué, illustré ou formulé dans l'oeuvre.

La *dichotomie de l'idée et de l'expression+ est au coeur des outils analytiques élaborés par les tribunaux des États-Unis visant à séparer les *idées+ de leur expression pour déterminer si deux oeuvres sont essentiellement analogues comme question de droit dans des cas de violation du droit d'auteur. Son importance ne peut être sous-estimée dans la compréhension du droit d'auteur aux États-Unis.

4.2 Dichotomie de l'idée et de l'expression dans le Commonwealth

De nombreux arrêts dans le Commonwealth ont établi une distinction entre l'expression d'une oeuvre qui a le droit d'être protégée par le droit d'auteur et les idées de cette oeuvre qui ne sont pas protégées. Cependant, plusieurs des principaux auteurs de textes du Commonwealth et des jugements récents ont contesté la proposition fondamentale voulant qu'il ne peut y avoir de droit d'auteur dans une idée en tant que telle. Ces autorités acceptent que le droit d'auteur ne s'applique pas aux idées ou concepts de base, mais allèguent que le droit d'auteur existe dans les idées qui sont appliquées dans l'exercice visant à donner une expression aux concepts de base. À l'un des textes fondamentaux sur le droit d'auteur publié dans le Commonwealth, The Modern Law of Copyright, les auteurs se sont donné beaucoup de mal pour tenter de démystifier l'expression *qu'il n'y a pas de droit d'auteur dans une idée en tant que telle+.

2.75 En y pensant un peu la maxime se révèle obscure ou, dans son sens plus étendu, suspecte...

2.76 De plus, compte tenu qu'il sera perçu qu'une oeuvre littéraire ou dramatique contient une combinaison d'idées, de pensées et d'informations détaillées exprimées en un certain langage ou une certaine notation; et dès qu'il est reconnu que la protection n'est pas limitée au langage réel ou à la notation réelle utilisés, il en découle que ce qui reste, et qui est protégé, se compose de cette collecte d'idées, de pensées ou d'informations... Cependant, on continue d'utiliser des expressions stériles comme la *dichotomie de l'idée et de l'expression+. Quelquefois, les tribunaux se contentent d'énoncer la proposition pour ensuite l'ignorer si elle ne convient pas. À d'autres moments, alors qu'ils disent qu'il s'agit d'un principe élémentaire du droit qu'il n'existe aucun droit d'auteur dans les idées, ils entreprennent d'expliquer que ce principe vise des idées purement générales et traitent les idées-modèles comme faisant partie de l'expression. Cette manière d'agir n'est pas utile. À moins qu'on entende par *expression+ la forme réelle d'une expression utilisée, laquelle n'est pas le droit, alors d'une manière abstraite une telle dichotomie n'existe pas. Il existe simplement une série de degrés imaginables qui vont du très abstrait au très concret et qui conviennent tous à une oeuvre donnée. Le droit est évidemment à l'effet que quelque chose peut être trop abstrait ou

trop vague pour être susceptible d'être protégé par le droit d'auteur et, il faut pouvoir tirer la ligne quelque part, mais le renvoi à un soi-disant principe voulant que le droit d'auteur se limite à l'expression n'aide pas à tirer cette ligne. Il s'agit de découvrir un principe différent afin de commencer à la tirer. Pour résumer nos critiques, par conséquent: a) la proposition voulant que la protection par le droit d'auteur se limite à la forme d'expression ne se retrouve dans aucune loi adoptée par le Parlement; b) cette proposition, dans son sens étroit, est injuste et ne reflète pas l'état du droit depuis de nombreuses années; mais c) si on délaisse le sens étroit, ce qui reste du concept n'est pas un guide utile pour agir et pour prédire les décisions des tribunaux.

Au lieu de tenter de faire, de façon critique, la distinction entre une *idée+ et son *expression+, comme si une telle distinction pouvait être faite de manière évidente, les récentes autorités et les auteurs recommandent que les idées, les pensées et les faits, une fois présentés sous une forme matérielle, puissent être susceptibles de protection, puisqu'il s'agit d'une question de fait et de degré pour déterminer si une collecte détaillée d'idées, des modèles d'incidents ou des compilations d'informations constituent des éléments importants en vue de décider si l'oeuvre dans son ensemble est originale.

5.0 Fusion de l'idée et de l'expression

5.1 Fusion de l'idée et de l'expression aux États-Unis

Les tribunaux des États-Unis ont appliqué plusieurs doctrines pour déterminer la portée de la protection devant être accordée aux programmes d'ordinateur. Une de ces doctrines est la doctrine de *fusion+. Dans certaines circonstances, il est difficile de distinguer entre une idée et son expression de sorte que les deux sont dites *fusionnées+. Si l'idée et le mode particulier d'expression d'une idée par un auteur ne peuvent être séparés, aux termes du concept de fusion, seule la reproduction identique de l'expression est interdite. La raison habituellement donnée pour un tel résultat est que l'idée et l'expression de l'oeuvre fusionnent, rendant la partie applicable non susceptible d'être protégée. La reproduction de l'*expression+ ne sera pas interdite, étant donné que la protection de *l'expression+ conférerait un monopole d'exploitation de *l'idée+ au titulaire du droit d'auteur libre des conditions et limites imposées par le droit des brevets. Confronté au dilemme de protéger l'expression originale, même lorsque cette protection peut être accrue pour accorder un monopole d'exploitation réel de l'idée alors exprimée, ou de rendre l'idée accessible à tous avec le résultat concomitant que le demandeur perd la protection réelle du droit d'auteur même sur l'expression originale précise utilisée, le droit d'auteur aux États-Unis choisit la dernière solution.

5.2 Fusion de l'idée et de l'expression dans le Commonwealth

Actuellement au Canada et ailleurs dans le Commonwealth, il existe des doutes quant à savoir si la doctrine de fusion s'applique ou quant à la portée de son application. Dans la cause Delrina Corp. c. Triolet Systems Inc., une cour de l'Ontario a accepté que si une idée ne peut être exprimée que d'une seule manière ou en un nombre très limité de manières, alors le droit d'auteur dans cette expression sera refusé du fait que l'expression fusionne avec l'idée et, par conséquent, ne peut bénéficier de la protection du droit d'auteur. Ce principe a aussi été accepté par la Haute Cour d'Australie dans la cause Autodesk Australia Pty. Ltd c. Dyason. Dans Autodesk, la Haute Cour d'Australie a déclaré:

Il est souvent difficile de séparer une idée de son expression, mais il est néanmoins fondamental que la protection du droit d'auteur ne soit accordée qu'à la forme sous laquelle les idées sont exprimées, non aux

idées elles-mêmes. La protection des idées, en tout état de cause lorsqu'elle fait l'objet de fabrication, revient au domaine du droit des brevets. Il y a une certaine difficulté à distinguer une idée de son expression dans le cas d'une oeuvre utilitaire, tel un programme d'ordinateur, qui, contrairement aux oeuvres littéraires de nature artistique, vise à être utile plutôt qu'à plaire. Mais il a été décidé que l'idée d'une oeuvre utilitaire est sa fin ou sa fonction et que la méthode pour arriver à cette fin ou fonction constitue l'expression de l'idée: se reporter à la cause Whelan Associates Inc. c. Jaslow Dental Laboratory Inc., 797 F. 2d 1222 (3^e cir. 1986) ainsi, lorsque l'expression d'une idée ne peut être séparée de sa fonction, elle fait partie intégrante de l'idée et n'a pas droit à la protection du droit d'auteur.

La doctrine de fusion a aussi été discutée en première instance dans la cause canadienne Apple Computer Inc. et al. c. Mackintosh Computers Ltd. et al.. Dans cette cause, le juge Reed a exprimé l'opinion que *la portée exacte de la règle de droit (si elle existe) voulant que lorsqu'il y a fusion de l'idée avec son expression, la protection du droit d'auteur n'a pas d'effet, n'est pas du tout évidente+. De plus, le juge a déclaré que les décisions canadiennes et britanniques citées en faveur de la proposition voulant que *lorsqu'il existe une fusion de l'idée et de son expression, l'oeuvre ne peut bénéficier de la protection du droit d'auteur+ n'ont pas appuyé cette proposition. Quant à la difficulté d'appliquer la règle de fusion, le juge Reed a écrit ce qui suit:

Je ne peux dissimuler avoir éprouvé beaucoup de difficulté en cherchant à appliquer la règle de fusion alléguée; il me semble que de nombreuses oeuvres qui sont clairement des oeuvres pouvant bénéficier de la protection du droit d'auteur présentent une fusion de l'idée qu'elles transportent et de l'expression de celle-ci: un poème, une pièce, un tableau, une carte, un graphique. Ce n'est que si l'idée communiquée par ces oeuvres est décrite en des termes très abstraits, lointains et généraux que quelqu'un pourrait dire qu'il n'y a aucune fusion de l'idée qu'elles transportent et de l'expression en laquelle l'idée est transportée. En outre, le terme *idée+ en lui-même comporte diverses définitions.

Des exemples donnés dans l'argumentation de l'application du principe de fusion sont les formulations telles $E=mc$ [2], le théorème de pythagore ou diverses preuves algébriques. Il se peut que ces exemples ne démontrent rien de plus que l'idée particulière exprimée est réellement de l'information au sujet du monde extérieur (reconnaissant que $E=mc$ [2] est en fait une hypothèse) et que l'information factuelle est quelque chose que le droit d'auteur ne protège pas. Je vois une analogie, par exemple, entre un énoncé tel *le Premier ministre du Canada a rencontré le Président des États-Unis le 17 mars+ et *le carré de l'hypoténuse d'un triangle rectangle est égal à la somme des carrés des deux autres côtés+. Aucune de ces expressions en tant que telles, mis à part un texte plus long où elles peuvent figurer, ne serait assujettie au droit d'auteur. L'exemple des preuves algébriques mène, il me semble, à une discussion presque philosophique de la nature de la pensée intellectuelle. C'est une discussion qu'un tribunal plus élevé que le présent tribunal peut trouver nécessaire d'examiner mais je considère qu'il suffit de souligner qu'un programme d'ordinateur n'est pas similaire à l'un ou l'autre des exemples cités. Il ne s'agit pas d'un énoncé rapportant un fait. Ce n'est pas comparable à une preuve algébrique. Il s'agit tout aussi bien d'une création que d'un manuel d'instruction.

La doctrine de fusion a aussi été acceptée par le juge Baker dans une cause britannique lors de l'audition d'une requête en injonction interlocutoire dans Total Information Processing Systems Ltd. c. Daman Ltd. Dans la décision John Richardson Computers c. Flanders, le juge Ferris de la Haute Cour britannique a aussi implicitement appliqué cette doctrine. Par exemple, en examinant la question quant à savoir s'il pouvait y avoir violation en reproduisant dans le programme du défendeur une caractéristique appelée *Best day's use Stock Control+, il déclarait ce qui suit:

Pour ces pharmaciens c'est évidemment commode, sinon essentiel, qu'ils devraient avoir la quantité minimale de stock devant eux lorsqu'ils manipulent le produit pertinent, c'est-à-dire lorsqu'ils remplissent le contenant déjà étiqueté. Si, comme je le crois, JRC ne peut, au moyen du droit d'auteur, établir un monopole d'exploitation à l'égard de l'utilisation du système *Best day's use Stock Control+, il ne peut, au moyen du droit d'auteur, établir un monopole d'exploitation à l'égard de quelque chose qui doit être fait afin que le système puisse être utilisé. Si le fait d'afficher la quantité minimale de stock à l'écran ou le fait de l'imprimer sur l'étiquette est une expression plutôt qu'une idée c'est, selon moi, l'adoption du seul moyen pratique par lequel l'idée peut être exprimée...

En examinant en détail les caractéristiques de contrôle des stocks des deux programmes, j'admets, comme l'a fait M. Flanders, qu'ils exécutent en grande partie la même fonction. J'admets aussi qu'ils le font de la même manière. M. Flanders doit avoir obtenu ses connaissances à l'égard du *Best day's use Stock Control+ de son expérience et de sa connaissance du programme BBC. Il a utilisé le même système dans le programme Chemtec. Le fait de reproduire le code pertinent n'est cependant pas établi. Quant aux structures et à l'organisation, je ne suis pas convaincu que M. Flanders ait pris quoi que ce soit au-delà de l'idée sous-jacente au système et de certaines caractéristiques qui, dans la mesure où elles constituent l'expression plutôt que l'idée, équivalent aux caractéristiques qui doivent être présentes si l'idée doit être utilisée. Je ne suis pas convaincu que, relativement au système de contrôle des stocks, y compris la caractéristique de la remise à zéro quotidienne, le programme Chemtec reproduit une partie importante du programme BBC.

La question a aussi été traitée dans l'affaire britannique IBCOS Computers Limited c. Barclay's Mercantile Highland Finance Limited. Dans cette cause, le juge Jacob a critiqué l'opinion du juge Baker dans Daman qui avait soutenu que s'il n'y avait qu'une seule façon d'exprimer une idée, alors une telle façon n'était pas protégée par le droit d'auteur. Selon lui, la vraie position *est que lorsqu'une idée@ est suffisamment générale, alors même une oeuvre originale la renferme et le seul fait de prendre cette idée ne constituera pas une violation. Mais si l'idée@ est détaillée, alors il peut y avoir violation. C'est une question de degré.+

Comme on a pu le constater par ce qui précède, le concept de fusion de l'idée et de son expression n'a pas été adopté uniformément dans tout le Commonwealth et son statut dans le droit d'auteur du Commonwealth demeure incertain. Étant donné l'importance de la doctrine de fusion dans l'analyse des questions difficiles comportant violation du droit d'auteur relativement aux programmes d'ordinateur, cette divergence potentielle dans le droit pourrait entraîner des différences importantes dans l'étendue de la protection accordée aux programmes d'ordinateur aux États-Unis par rapport à la protection accordée dans le Commonwealth.

6.0 Doctrine de *scènes à faire+

6.1 Doctrine de *scènes à faire aux États-Unis+

Aux États-Unis, les dispositifs standards et les autres matières qui sont communs à un sujet donné ne peuvent être protégés aux termes de la doctrine de *scènes à faire+. Telle qu'appliquée à la protection des programmes d'ordinateur, cette exclusion a été justifiée par l'explication voulant que le fait d'accorder la protection du droit d'auteur aux incidents nécessaires d'une idée conférerait effectivement un monopole d'exploitation au premier programmeur à exprimer ces idées. On a aussi dit que la doctrine de *scènes à faire+ était fondée sur la prémisse que lorsqu'une certaine expression est commune au traitement d'une certaine idée, d'un certain procédé ou d'une certaine découverte, elle manquait l'élément d'originalité qui est une condition indispensable pour la protection par le droit d'auteur.

6.2 Doctrine de scènes à faire dans le Commonwealth

La jurisprudence du Commonwealth, tout en évitant l'expression américaine *scènes à faire+, applique généralement des principes analogues pour éviter de protéger des dispositifs standards, des outils usuels de l'air et des techniques communément utilisées qui sont indispensables, ou au moins standards, dans le traitement d'un sujet donné. Toutefois, comme on le verra ci-après, la doctrine de *scènes à faire+ n'a pas encore été appliquée dans le Commonwealth comme elle l'a été aux États-Unis afin d'exclure de la protection les éléments d'un programme d'ordinateur qui ont été dictés par des facteurs externes, tels que les normes visant le matériel et les spécifications mécaniques, ainsi que les normes visant les logiciels et les exigences de compatibilité.

7.0 Caractéristiques de reproduction dictées par des contraintes externes

7.1 Contraintes externes aux termes du droit des États-Unis

Aux États-Unis, de nombreuses décisions ont conclu qu'il n'y aurait pas de violation du droit d'auteur en cas de reproduction des éléments d'un programme dictés par des facteurs externes, tels que des contraintes techniques, conceptuelles ou d'efficacité, des normes visant le matériel et des spécifications mécaniques de l'ordinateur sur lequel un certain programme est destiné à fonctionner, des normes visant les logiciels et des exigences de compatibilité d'autres programmes ou matériel avec lesquels le programme est conçu pour fonctionner, des normes de conception des fabricants d'ordinateurs, la vitesse et la puissance de l'ordinateur avec lequel le logiciel est utilisé, ou des facteurs environnementaux et ergonomiques qui limitent la portée de l'expression possible.

La cause Computer Associates International Inc. c. Altai Inc., arrêt fondamental des États-Unis, a proposé que le fait de reproduire des éléments du programme dictés par des facteurs externes ne constituerait pas une violation du droit d'auteur. Dans cette affaire, le tribunal a identifié cinq facteurs externes qui peuvent limiter la liberté d'un programmeur dans le choix d'une conception: *1) les spécifications mécaniques de l'ordinateur sur lequel un certain programme est destiné à fonctionner; 2) les exigences de compatibilité des autres programmes avec lesquels un programme est conçu pour fonctionner; 3) les normes de conception des fabricants d'ordinateurs; 4) les demandes de l'industrie desservie; 5) les pratiques de programmation généralement reconnues dans l'industrie informatique+.

L'exclusion de la protection du droit d'auteur pour ces aspects d'un programme informatique aux États-Unis a été justifiée dans Altai et dans d'autres arrêts en s'appuyant soit sur la doctrine de *fusion+ de l'idée et de son expression, soit sur la doctrine de *scènes à faire+. Toutefois, certaines décisions semblent considérer que la cause Computer Associates c. Altai et celles qui l'ont suivie ont établi comme règle absolue que la reproduction à l'égard de l'un des cinq facteurs susmentionnés ne peut, comme question de droit, constituer une violation. Par exemple, dans Engineering Dynamics, Inc. c. Structural Software, Inc., le tribunal a résumé l'état du droit sur cette question de la façon suivante:

Par exemple, Gates Rubber a défini la doctrine de scènes à faire afin d'intégrer l'exclusion de protection pour des aspects d'une oeuvre servant à des fins fonctionnelles. *Id.* à 838 (*La doctrine de scènes à faire exclut aussi de la protection les éléments d'un programme qui ont été dictés par des facteurs externes+. Se reporter à Plains Cotton Co-op Ass'n c. Goodpasture Computer Serv. Inc., 807 F. 2d 1256 (5^e cir. 1987). Dans le domaine des programmes d'ordinateur, ces facteurs externes peuvent comprendre des normes visant le matériel et des spécifications mécaniques, Manufacturers Technologies, Inc. c. Cams, Inc., 706 F. Supp. 984, 995 (D.Conn.1989), des normes visant les logiciels et des exigences de compatibilité, Sega Enterprises Ltd. c. Accolade, Inc., 977 F. 2d 1510, 1525-27 (9^e cir. 1993), des normes de conception des fabricants d'ordinateurs, des pratiques et demandes cibles de l'industrie (se reporter à Plains Cotton, 807 F. 2d à 1262), et des pratiques de programmation de l'industrie informatique, Apple Computer, 799 F. Supp. à 1033.+

De même, dans Atari Games Corporation c. Nintendo of America, Inc., le juge Fern Smith de la Cour du district des États-Unis a exprimé l'opinion, sur le sujet de la reproduction aux fins de réaliser la compatibilité, que la question de savoir si une certaine partie du code de programmation est une *expression+ qui peut bénéficier de la protection du droit d'auteur ou une *idée+ qui ne peut en bénéficier représente une conclusion juridique tributaire en grande partie de la détermination du fait que le code en cause est nécessaire pour réaliser la compatibilité. Selon l'opinion du juge, la doctrine américaine de fusion s'appliquera automatiquement dans ces circonstances. Sur cette base, le juge a conclu que des parties d'un programme qui étaient nécessaires pour réaliser la compatibilité n'étaient pas susceptibles de bénéficier de la protection du droit d'auteur.

7.2 Contraintes externes aux termes du droit du Commonwealth

Comme il est indiqué ci-devant, la jurisprudence des États-Unis, qui a exclu de la protection des caractéristiques de programme qui sont dictées par des éléments externes, s'est fiée aux doctrines de fusion et de *scènes à faire+. Le statut de la doctrine de fusion dans le Commonwealth est toujours incertain. Les principes sous-jacents à la doctrine de scènes à faire comportent certaines analogies en droit d'auteur du Commonwealth. Cependant, la jurisprudence n'a pas élaboré cette doctrine dans la même mesure qu'aux États-Unis, et il est peu probable qu'elle le soit. Par conséquent, on ne peut affirmer que le droit du Commonwealth est le même que celui des États-Unis relativement à la protection des caractéristiques de programme qui sont dictées par des contraintes externes.

Il y a des motifs importants pour lesquels la cause Computer Associates c. Altai et celles dans la même lignée ne devraient pas être appliquées rigoureusement dans le Commonwealth (ou aux États-Unis) pour refuser la protection de l'expression susceptible de bénéficier de la protection du droit d'auteur dans un programme d'ordinateur pour la simple raison qu'il existe des contraintes externes qui peuvent avoir eu une incidence sur l'écriture d'un programme. Une telle règle omettrait de tenir compte du double usage de l'expression *similarité importante+ en droit d'auteur tel qu'exprimé dans la distinction entre la reproduction comme question de fait, qui est nécessaire dans une poursuite en droit d'auteur pour prouver que le défendeur avait accès à l'oeuvre et a utilisé l'oeuvre du demandeur comme point de départ de son oeuvre, et la reproduction comme question de droit, qui est nécessaire pour prouver la reproduction illicite.

Par exemple, des similitudes dans les programmes d'ordinateur peuvent s'expliquer par des facteurs externes qui ont, de façon indépendante, dicté l'expression de chaque oeuvre ou eu une

incidence sur celle-ci. À cet égard, un programmeur tentera normalement de maximiser la vitesse et l'efficacité d'un programme tout en tenant compte de certains éléments externes telles les contraintes de mémoire de l'ordinateur sur lequel fonctionnera le programme. Ces similitudes peuvent ne pas être pertinentes dans l'établissement de la reproduction comme question de fait dans la mesure où il peut être établi que ces ressemblances ont été dictées par ces exigences. Mais, si la reproduction comme question de fait a été prouvée, ces similitudes peuvent néanmoins être une preuve de reproduction illicite comme question de droit. Une grande partie de cette preuve dépendra de la nature de la contrainte et du niveau d'abstraction auquel elle s'applique. Pour compléter l'exemple, la plupart des programmes sont écrits avec une certaine préoccupation pour l'utilisation efficace des ressources tel l'espace mémoire.

Mais, il y a souvent de nombreux moyens d'effectuer la tâche d'écrire un programme pour réaliser ces objectifs. Si ce qui a été reproduit est une expression qui bénéficie de la protection du droit d'auteur, alors la reproduction peut néanmoins constituer une violation même si la reproduction peut avoir été influencée par certaines contraintes externes. Une telle reproduction ne devrait pas être justifiée simplement par un motif de nécessité commerciale ou d'économie de temps et d'argent, même si le résultat pratique est que le demandeur peut établir un monopole d'exploitation sur le droit de publier des oeuvres du type publié par le demandeur. D'un autre côté, si ce qui a été reproduit n'est pas protégé par le droit d'auteur, alors cette reproduction ne constituera pas une violation.

Sur la question de la reproduction illicite, le tout consiste à savoir si les facteurs externes ont dicté la reproduction de l'oeuvre protégée par le droit d'auteur. Généralement, les facteurs ou contraintes externes devront être à un niveau relativement bas pour que la reproduction ne constitue pas une violation, ceci parce qu'un niveau élevé de contraintes peut habituellement être atteint de nombreuses façons, dont l'expression, si elle est reproduite, constituera habituellement une violation. Sur la question de savoir si les similitudes sont le résultat d'une reproduction, il s'agira dans tous les cas d'une question de fait où il faut déterminer s'il est possible de tirer des similitudes la conclusion qu'il y a eu reproduction. Aucune règle ferme et inflexible ne peut ou ne devrait être établie.

8.0 Méthodologie visant à déterminer la violation

Il est maintenant reconnu aux États-Unis et dans divers pays du Commonwealth que dans les litiges de droit de l'informatique comportant la violation du droit d'auteur, les tribunaux doivent établir un cadre analytique afin de déterminer si les similitudes des programmes du demandeur et du défendeur sont attribuables à une reproduction ou doivent l'être à tout autre motif et si les similitudes attribuables à une reproduction constituent la reproduction d'une partie substantielle du programme du demandeur. Le besoin d'un tel cadre s'intensifie dans les causes comportant une violation du droit d'auteur dans les programmes d'ordinateur, étant donné que les similitudes des programmes sont souvent occasionnées par l'inclusion dans les deux programmes d'idées, de méthodes ou de procédés qui ne peuvent pas être protégés ou d'éléments qui, bien que similaires, ne sont pas dus à la reproduction.

8.1 Méthode d'analyse de la violation aux États-Unis

Aux États-Unis, l'arrêt fondamental sur la question de la dissection analytique d'une oeuvre pour déterminer une similitude substantielle est Computer Associates International Inc. c. Altai Inc.. Le tribunal a recommandé d'entreprendre une procédure en trois étapes afin de savoir si deux programmes sont substantiellement similaires. Aux termes de cette cause, un tribunal décomposerait tout d'abord le programme supposé contrefait en ses parties de structure constitutive et isolerait chaque niveau d'abstraction qui y est contenu. Ensuite, en examinant chacune de ces parties à la recherche d'éléments tels que les idées intégrées, l'expression qui est

nécessairement accessoire à ces idées et les éléments qui proviennent du domaine public, le tribunal pourrait alors dégager tout le matériel qui n'est pas susceptible de bénéficier de la protection ou qui peut à peine en bénéficier. Ce procédé d'élimination exposerait un noyau, ou possiblement des noyaux, d'expression créative - la pépite d'or de l'expression protégeable - et, alors, en dernière étape, le tribunal comparerait ce matériel avec la structure du programme supposé contrefait. À cette étape, l'enquête des similitudes substantielles faite serait centrée sur la question de savoir si le défendeur a reproduit un aspect de cette expression protégée, ainsi que sur une évaluation de l'importance relative de la partie reproduite par rapport au programme global du demandeur. Comme on peut le voir, cette méthode vise l'analyse requise pour évaluer la similitude substantielle comme question de droit. Elle ne traite pas précisément de l'analyse distincte et également importante et nécessaire pour déterminer si la reproduction est la raison qui explique les similitudes entre les deux oeuvres en cause qui font l'objet de la poursuite.

Le test d'abstraction - filtration - comparaison mentionné dans Altai a été appliqué dans de nombreux cas aux États-Unis. Il a aussi été utilisé par la Cour d'appel de dixième circuit des États-Unis dans Gates Rubber Co. c. Bando American Inc.. La cour y a résumé les deux premiers principes (abstraction et filtration) devant être utilisés pour fixer la portée de la protection qui doit être accordée aux programmes d'ordinateur et la dernière étape (comparaison) utilisée pour évaluer ultimement la similitude substantielle:

Tout d'abord, afin de fournir un cadre pour l'analyse, nous concluons qu'un tribunal devrait disséquer le programme conformément à ses divers niveaux de généralité prévus dans le test d'abstraction. Ensuite, compte tenu de ce cadre, le tribunal examinerait chaque niveau d'abstraction afin de filtrer les éléments du programme qui ne peuvent être protégés. La filtration devrait éliminer de la comparaison les éléments d'idées, de procédés, de faits, d'informations du domaine public, de matériel de fusion, de matériel de scènes à faire qui ne peuvent être protégés et les autres éléments qui ne peuvent être protégés suggérés par les faits spécifiques du programme faisant l'objet de l'examen. Enfin, le tribunal devrait comparer les autres éléments qui peuvent être protégés avec le programme supposé contrefait pour déterminer si les défendeurs se sont appropriés illicitement des éléments substantiels du programme du demandeur.

Dans Gates, la cour a alors exprimé l'opinion que le test d'abstraction variera nécessairement d'une cause à l'autre et d'un programme à l'autre. Compte tenu de la complexité et de la nature sans cesse évolutive de la technologie informatique, le tribunal a refusé d'établir une méthodologie stricte pour l'abstraction de programmes d'ordinateur. Toutefois, il a proposé que normalement un programme d'ordinateur peut être analysé en au moins six niveaux décroissants d'abstraction: i) la fin principale, ii) la structure ou l'architecture du programme, iii) les modules, iv) les algorithmes et les structures de données, v) le code source et vi) le code objet. Elle a aussi noté que les procédés peuvent se retrouver à n'importe quel niveau (sauf peut-être le niveau du but principal de l'abstraction) et que, le plus souvent, les procédés se retrouveront dans le cadre de l'architecture d'un système, des opérations à l'intérieur des modules ou en tant qu'algorithmes. Selon le tribunal, la fin ou la fonction principale d'un programme ou d'un module d'un programme sera toujours une idée qui ne peut être protégée. Le code source et le code objet seront presque toujours une expression qui peut être protégée à moins que les doctrines de fusion et de scènes à faire n'entrent en jeu. Les niveaux intermédiaires d'abstraction, telles la structure, la séquence, l'organisation, seraient dans chaque cas une question de fait. Relativement aux procédés, la cour a noté que, bien que les procédés eux-mêmes ne bénéficient pas de la protection du droit d'auteur, la description de ce procédé par son auteur, tant qu'elle intègre une certaine originalité, peut être protégée. Elle a exprimé ces principes généralisés de la façon suivante:

Le fait de distinguer entre les idées et l'expression de ces idées n'est pas toujours chose facile et, étant donné la nature changeante des programmes d'ordinateur, cette distinction doit nécessairement être *ad hoc*. Compte tenu du cadre fourni par le test d'abstraction, nous croyons toutefois qu'un tribunal peut filtrer convenablement les idées d'un programme. Par exemple, la fin ou la fonction principale d'un programme sera toujours une idée qui ne peut être protégée... De même, chaque module peut généralement être décrit par sa fin ou sa fonction individuelle et la fonction ou la fin de base d'un module sera presque toujours une idée ou un procédé qui ne peut être protégé. De l'autre côté de la gamme d'abstractions, le code source et le code objet, qui sont les éléments constants d'un programme, seront presque toujours une expression qui peut être protégée à moins que les doctrines de fusion et de scènes à faire n'entrent en jeu... Les niveaux intermédiaires d'abstraction, telles la structure, la séquence, l'organisation ou toute chose analogue, sont moins propices à la généralisation. Bien que la structure d'un programme peut ne pas être susceptible de protection étant donné qu'elle constitue une idée, l'organisation et l'arrangement d'un autre programme peuvent être une expression et par, conséquent, susceptibles de protection. Enfin, naturellement, dans un programme, certains éléments de structure peuvent être une expression susceptible de protection tandis que d'autres éléments sont des idées qui ne peuvent être protégées.

En examinant l'applicabilité du cadre décrit dans Altai pour distinguer entre une expression qui peut être protégée et une expression qui ne peut l'être dans un programme d'ordinateur, la Cour d'appel du premier circuit dans Lotus Development Corporation c. Borland Internatinal Inc. a proposé que ce cadre peut réellement être trompeur dans la mesure où il incite les tribunaux à trouver des matières qui peuvent bénéficier du droit d'auteur à divers niveaux d'abstraction, là où il ne peut y en avoir. Selon ce tribunal, l'enquête initiale devrait toujours chercher à déterminer si le droit d'auteur subsiste dans l'oeuvre dans son ensemble. De plus, il a exprimé l'opinion que, même si le cadre d'Altai peut être utile pour évaluer la reproduction non littérale du code machine, il n'est pas d'un grand secours pour évaluer si la reproduction littérale constitue une violation du droit d'auteur.

8.2 Méthode d'analyse de la violation dans le Commonwealth

La méthode recommandée dans l'arrêt Computer Associates c. Altai pour déterminer si un programme informatique en viole un autre a été appliquée sans critiques par plusieurs tribunaux du Canada. Elle a aussi été discutée dans la cause britannique John Richardson Computers c. Flanders. Le juge Ferris a cité abondamment Altai et a souligné qu'au stade où l'importance de la reproduction doit être évaluée, une méthode analogue à celle adoptée dans la cause Computer Associates pourrait être utilisée. Il a toutefois souligné que les causes britanniques traditionnelles sur le droit d'auteur exigeaient que l'analyse de la violation soit effectuée d'une manière différente. Il a exprimé cette opinion de la façon suivante:

Il n'y a donc rien dans une décision britannique qui entre en conflit avec la méthode générale adoptée dans la cause Computer Associates. Je pense qu'au lieu de rechercher *l'élément essentiel de l'expression qui peut être protégée+ dans le programme du demandeur, un tribunal britannique décidera d'abord si le programme du demandeur, dans son ensemble, a le droit de bénéficier de la protection du droit d'auteur et décidera ensuite si une similitude attribuable à la reproduction qui doit

être trouvée dans le programme du défendeur équivaut à la reproduction d'une partie substantielle du programme du demandeur. Cette méthode s'est révélée correcte dans la cause William Hill. Mais au stade où l'importance de la reproduction n'est pas évaluée dans une cause britannique, la question qui doit être résolue, relativement à l'originalité du programme du demandeur et à la séparation d'une idée de son expression, est essentiellement la même question que le tribunal américain a traitée dans la cause Computer Associates. Selon moi, il serait correct d'adopter une méthode similaire en Angleterre.

Dans la décision IBCOS Computers Limited c. Barclay's Mercantile Highland Finance Limited, le juge Jacob de la Haute Cour britannique a convenu que la méthode recommandée par le juge Ferris dans le paragraphe cité ci-dessus provenant de la cause John Richardson Computers c. Flanders est *la méthode+ prévue dans la loi britannique sur le droit d'auteur. Il n'a toutefois pas approuvé celle retenue dans Computer Associates c. Altai pour faire la distinction entre l'idée et l'expression. Sur cette question, il écrit ce qui suit:

Pour ma part, la consultation de la jurisprudence américaine ne m'a pas paru particulièrement utile. Comme je l'ai mentionné, le droit d'auteur du Royaume-Uni ne peut empêcher la reproduction d'une simple idée générale, mais peut protéger la reproduction d'une *idée+ détaillée. C'est une question de degré où la notion d'emprunt abusif de l'habileté, du travail et du jugement qui ont contribué à la création de l'oeuvre visée par le droit d'auteur constitue un bon guide. L'utilisation du concept d'un *noyau d'expression protégeable+ ne fait que compliquer la question dans la mesure où notre droit est en cause. Il est possible que cela conduise à un abus de citation des autorités américaines selon une loi qui diffère de la nôtre. En fin de compte, la question doit être laissée au jugement du tribunal.

Le passage du jugement de Jacob dans IBCOS remet l'accent sur le principe de fond sous-jacent au droit d'auteur dans le Commonwealth qui, comme il a été mentionné ci-devant, consiste à protéger les fruits du labeur de l'auteur d'une oeuvre protégée. Il n'est pas surprenant que certains tribunaux du Commonwealth, en tentant de déterminer s'il y a eu une reproduction d'une partie substantielle d'une oeuvre visée par le droit d'auteur, se demandent s'il y a eu une *reproduction injuste+ d'une oeuvre dans la création d'une autre. Selon cette méthode, le droit d'auteur peut être violé par un emprunt abusif de l'habileté, du travail, des dépenses et du jugement qui ont contribué à la création de l'oeuvre visée par le droit d'auteur. Cette analyse attire l'attention sur le fait de déterminer si l'on s'est approprié l'effort, l'habileté et le jugement du titulaire du droit d'auteur dans la création de l'oeuvre originale ont été utilisés dans la création de ce qui semble être, selon une évaluation réaliste, une reproduction d'une partie substantielle.

Ce point est aussi souligné dans le texte britannique fondamental sur le droit d'auteur, The Modern Law of Copyright, où les auteurs écrivent ce qui suit:

20.56 Comme il a déjà été indiqué, il peut y avoir une violation du droit d'auteur dans un programme d'ordinateur même si la version du défendeur ne ressemble pas à celle du demandeur à un niveau très détaillé. Sur ce point, on suggère que le droit d'auteur en matière informatique a été élaboré pour sembler plus confus qu'il ne l'est réellement, en raison d'un rapprochement non nécessaire avec des concepts qui ne font probablement pas partie du droit du Royaume-Uni (se reporter ci-après). À notre avis, la règle directrice est très simple et a

été citée succinctement par Hall VC il y a 120 ans dans un jugement d'une grande autorité.

Le vrai principe dans toutes ces causes est que le défendeur n'est pas libre d'utiliser le travail que le demandeur a effectué aux fins de produire son oeuvre ni n'est libre de s'en prévaloir; il s'agit là, en fait, d'une appropriation du résultat du travail d'une autre personne ou, en d'autres termes, de son bien.

Par *travail+, on entend naturellement un travail mental *substantiel*. La question *Est-ce que le défendeur a utilisé une partie substantielle du travail mental du demandeur au lieu de faire son propre travail?+ est facilement intelligible et assujettie à une règle de raison. Naturellement, c'est au demandeur qu'il incombe de démontrer qu'il y a un *emprunt abusif+.

Les auteurs de ce texte ont alors poursuivi et, en se reportant à la cause IBCOS, ont critiqué l'utilisation de la méthode recommandée dans Altai, en soulignant qu'elle était non conforme aux principaux concepts du droit d'auteur en Angleterre.

20.58 Malgré ceci, certains tribunaux ont embrouillé ce qui aurait dû être simple par l'importation non nécessaire de concepts provenant des États-Unis. Dans tous les pays, le droit d'auteur ne protégera pas une idée générale ou un principe général mais en Amérique, sans doute pour des motifs de politique saine fondée sur des facteurs culturels spéciaux, ce concept a été développé et élaboré beaucoup plus à fond. Il y a un vaste ensemble de connaissances sur ce qu'il est convenu d'appeler la dichotomie des idées et des expressions. Un type d'élaboration tente de décrire le niveau de généralité où la matière devient trop abstraite pour faire l'objet de protection. Toutefois, étant donné qu'il est accepté universellement que *personne n'est arrivé à fixer cette frontière et que personne n'y arrivera+, la vérité pourrait être que la ligne de division réelle a été fournie par ce qui était considéré normal et acceptable selon les moeurs et coutumes. Une telle frontière peut avoir été relativement facile à délimiter dans le cas de romans ou de pièces, mais ne pourrait probablement pas être utilisée dans un domaine en pleine évolution comme les logiciels informatiques. Un autre élément est une politique de longue date qui cherche à tenir le droit d'auteur hors du champ fonctionnel, ce qui va en contradiction avec une politique de protection des programmes d'ordinateur et, le moins qu'on puisse dire, les résultats n'ont pas été uniformes. Ainsi, un principe énonce que lorsqu'il n'y a qu'une seule forme d'expression de l'*idée+ (quelquefois appelée *fusion de l'idée et de l'expression+), l'expression est considérée faire partie du domaine public ou, de toute façon, comme ne pouvant être violée, sauf en cas de reproduction identique. Afin d'affronter cette difficulté, un tribunal a déclaré que, dans le cas d'une oeuvre utilitaire, *l'idée+ devrait être le but de l'oeuvre; dans cette cause, il s'agissait d'exploiter un laboratoire dentaire et étant donné qu'il y a de nombreux moyens de le faire, chacun de ces moyens pourrait être considéré comme une expression et non une idée. Cependant, une telle interprétation a été largement critiquée et les tribunaux d'autres circuits ont refusé de suivre cette décision. Ils ont plutôt proposé un test qui consiste à découvrir un noyau de matériel protégeable en filtrant a) les éléments dictés par l'efficacité (fusion de

l'idée et de l'expression); b) les éléments dictés par des facteurs externes (de scènes à faire); c) les éléments provenant du domaine public (ceux qui sont courants). Un tribunal britannique a par la suite adopté ce raisonnement même si, on s'en doute, il a admis l'avoir trouvé d'application difficile. Cependant, nous sommes respectueusement d'avis que cette difficulté n'était pas nécessaire parce que l'histoire, le développement et les lois en Amérique sur ce point sont notablement différentes et ne sont pas susceptibles d'apporter une aide réelle au Royaume-Uni. Le juge Jacob dans IBCOS Computers Ltd c. Barclays Mercantile Highland Finance Ltd a soutenu une telle démarche que nous croyons être la meilleure méthode pour traiter cette question. Le savant juge a soutenu qu'une idée générale en tant que telle n'est pas protégée mais, cela mis à part, que la tâche du tribunal est de répondre aux questions suivantes:

- (1) Quelles sont les oeuvres à l'égard desquelles le demandeur réclame un droit d'auteur?
- (2) Est-ce que chaque oeuvre est originale?
- (3) Y a-t-il eu reproduction de cette oeuvre?
- (4) S'il y a eu reproduction, est-ce qu'une partie substantielle de cette oeuvre a été reproduite?

On peut voir par ce qui précède que la méthode visant à déterminer la violation du droit d'auteur dans le Commonwealth n'a pas été uniformément cohérente avec celle utilisée aux États-Unis. Les différences de méthode ne devraient pas avoir d'effet dans une cause de piratage évidente. Cependant, elles pourraient entraîner des répercussions importantes dans un cas limite.

Le juge Jacob a déclaré que la notion d'emprunt abusif de l'habileté, du travail, et du jugement qui ont contribué à la création de l'oeuvre visée par le droit d'auteur constitue un bon guide. L'utilisation du concept d'un *noyau d'expression protégeable+ ne fait que compliquer la question dans la mesure où notre droit est en cause. Nous croyons respectueusement que si l'oeuvre qui provient du demandeur et qui a été prise par le défendeur est originale et suffisamment détaillée pour être considérée comme une *oeuvre littéraire originale+ en tant que telle, le défendeur s'est approprié une oeuvre originale et non une simple idée générale.

Conclusion

Les programmes d'ordinateur originaux seront souvent protégés par le droit d'auteur. Il existe des similitudes entre les lois sur le droit d'auteur des États-Unis et celles du Commonwealth, étant donné que ces pays sont membres de conventions internationales, telles la Convention de Berne et la Convention universelle sur le droit d'auteur. Une tendance croissante des tribunaux du Commonwealth consiste à se reporter aux décisions des États-Unis sur des questions relatives aux droits d'auteur. Cependant, il existe des différences fondamentales entre le droit d'auteur des États-Unis et celui des pays du Commonwealth. Il est important, comme nous l'avons souligné au départ, que les sociétés qui exploitent des entreprises à l'échelle internationale comprennent ces différences.