

Télé réalité et droit d'auteur

René Pepin*

1. Introduction	743
2. Y a-t-il vraiment une œuvre?	745
3. La protection du «format» d'une œuvre	749
3.1 Au Canada et en Angleterre	751
3.2 Aux États-Unis	753
4. Conclusion.	764

© René Pepin, 2004.

* Professeur, Faculté de droit, Université de Sherbrooke.

1. Introduction

Depuis déjà quelques années, on entend de plus en plus parler de cette nouvelle mode, dans l'univers de la télévision, appelée «télé-réalité». Apparue d'abord aux États-Unis dans des émissions du genre *Survivor*, elle s'est répandue comme une traînée de poudre dans les pays occidentaux. Le Québec n'est pas en reste. Qui n'a pas entendu parler de «Loft story», «Star Académie» ou «Occupation double»? Ces émissions sont caractérisées par la mise en vedette de personnes qui ne sont pas acteurs ou actrices professionnels et qui ne jouent pas un rôle. Leur intérêt vient de ce qu'elles seraient absolument «vraies» ou «authentiques», puisque le public voit les personnages vivre leur vie quotidienne, ou participer à des compétitions. Dans ce cas, l'attrait des émissions tient à l'interaction qui se joue entre les personnages et cet élément ajouté par les producteurs selon lequel un participant est éliminé à tour de rôle, jusqu'à ce qu'il ne reste plus qu'un grand gagnant.

Notre intention n'est pas d'étudier ce phénomène sous un angle sociologique ou psychologique. C'est peut-être son aspect le plus important, mais notre propos est plus modeste. Nous voulons voir si ce genre d'émissions soulève des questions particulières en ce qui concerne la *Loi sur le droit d'auteur*¹.

Un rapide tour d'horizon de notre loi en fait apparaître au moins deux. L'une d'elles, qui nous demandera un examen plus approfondi, est la suivante. On devine que dès qu'une émission devient populaire, les réseaux concurrents veulent embarquer dans le bal, et créent rapidement des émissions qui ressemblent beaucoup à l'originale. D'autre part, les producteurs de n'importe quelle émission de télévision tirent une bonne partie de leurs revenus de leur vente à l'étranger, ou au moins de leur idée de base, qu'on appelle «format» ou «concept». Dans l'un et l'autre cas, lorsque ce n'est pas une émission qui est intégralement reproduite, mais son «format», y

1. L.R.C. (1985), c. C-42, ci-après «la LDA».

a-t-il une protection accordée par la LDA? Cela est très important en pratique, car si on conclut que la loi protège seulement la reproduction de l'intégralité d'une émission, ou au moins d'une partie très importante, cela voudrait dire que n'importe qui, au Canada ou à l'étranger, peut copier impunément le «format» d'une émission. On pourrait ainsi, en France ou en Angleterre, produire une émission calquée sur la formule de «Un gars, une fille», qui a été très populaire au Québec, sans payer de droits d'auteur. Qu'en est-il, au juste?

Il y a une autre question en jeu dans la télé réalité, qu'il faut étudier avant toute autre. C'est celle de savoir si ce type d'émission est protégé par la loi! Il est bien possible qu'il ne fasse partie d'aucune des catégories d'œuvres protégées. En effet, il n'y a généralement pas d'œuvre musicale incluse dans ces émissions. Il ne peut s'agir non plus d'une œuvre littéraire, car il n'y a pas de texte écrit déclamé par des comédiens. Restent comme possibilités les œuvres artistiques, où il est question de photographies, et les œuvres dramatiques, qui englobent les films². Mais, là encore, on sait que deux éléments sont absolument essentiels pour qu'une œuvre bénéficie de la protection de la loi: l'originalité³ et l'incorporation dans un support matériel quelconque. L'originalité signifie, de façon minimale, qu'une personne doit pouvoir montrer une œuvre en disant que c'est là le fruit de son travail, et non une pure copie. Or, personne ne sait d'avance ce qui va se passer ou se dire dans les émissions dites de télé réalité. C'est en partie ce qui explique leur attrait. Mais s'il n'y a pas d'«œuvre» au sens de la loi, il n'y a aucune protection, et il ne sert à rien alors d'étudier si le «format» d'une émission est protégé!

On voit donc que les émissions dites de télé réalité mettent en jeu des concepts qui sont absolument fondamentaux en matière de droit d'auteur: qu'est-ce qu'une œuvre «originale»? À partir de quand risque-t-on d'être accusé d'avoir «reproduit» une émission? Qu'est-ce que reproduire «une partie importante»⁴ d'une œuvre? Ces concepts sont essentiels, et se retrouvent dans toutes les lois sur le droit d'auteur des pays qui partagent la même tradition dans ce domaine du droit: le Canada, les États-Unis, l'Angleterre et l'Australie. Nous aurons donc avantage à voir comment les tribunaux de l'un ou l'autre de ces pays ont traité ces questions.

2. Voir l'art. 2 de la LDA, où ces termes sont définis.

3. L'exigence d'originalité est confirmée à l'article 5(1) de la LDA et dans la dernière définition à l'article 2, celle de «toute œuvre littéraire, dramatique, musicale ou artistique originale».

4. Ces termes apparaissent à l'article 3(1) de la loi canadienne.

2. Y a-t-il vraiment une œuvre?

On doit se demander, en tout premier lieu, si la loi accorde une protection aux émissions de télé réalité. À première vue, on peut être porté à penser que non considérant que, comme dans une rencontre sportive, il n'y a personne qui contrôle vraiment ce qui se passe sur le plateau de tournage ou sur le terrain de jeu. On devine que cette question a été l'objet d'études en jurisprudence. Au Canada, dès les années 50, la Cour de l'Échiquier en a traité dans la célèbre affaire *Canadian Admiral*⁵.

Peu de décisions en matière de droit d'auteur ont été davantage commentées que celle-là. Pendant des décennies on a considéré qu'elle faisait autorité sur des principes fondamentaux en droit d'auteur, et comme ayant clos définitivement la question de savoir si les compagnies de télévision par câble devaient payer des droits d'auteur. Certains motifs du juge Cameron nous semblent pourtant contestables. Quoi qu'il en soit, rappelons rapidement les faits, qui devraient être archi-connus de toute personne qui s'intéresse un tant soit peu au droit d'auteur. Nous sommes à l'orée de l'ère de la télévision. La compagnie *Canadian Admiral*, un fabricant d'appareils, veut convaincre le public d'acheter ses téléviseurs. Pour ce faire, rien de mieux que de leur montrer qu'il y a des choses intéressantes à regarder à la télévision. Une entente est conclue avec *Radio-Canada* pour assurer la diffusion d'un certain nombre de matchs de football des *Alouettes* de Montréal. La compagnie *Rediffusion*, une entreprise de télévision par câble, a retransmis ce signal à ses abonnés. S'est posée la question de savoir si elle avait violé les droits d'auteurs d'une personne ou l'autre: la compagnie propriétaire du club de football, *Radio-Canada* ou *Canadian Admiral*.

Le juge Cameron a rejeté toutes les prétentions de la demanderesse. À son avis, il n'y avait d'abord pas d'œuvre au sens de la loi dans la retransmission du match. De plus, ce qui était diffusé à la télévision n'était pas suffisamment original, et n'avait pas d'existence suffisante dans un support matériel. Enfin, même s'il y avait eu une œuvre au sens de la loi, elle n'a pas été «transmise au moyen de la radiophonie» lorsqu'elle était véhiculée sur les fils de la compagnie *Rediffusion*.

5. *Canadian Admiral Corporation c. Redifusion Inc.*, [1954] R.C.É. 382 (C.d'É.).

Certains des motifs du juge Cameron sont inattaquables. Pour bénéficier de la protection de la loi, une œuvre doit faire partie d'une des quatre catégories reconnues. Il ne peut être question ici d'œuvre musicale, ni littéraire. Restent les œuvres dramatiques ou artistiques, où il est question de photographies et de films. Selon le juge Cameron, on ne peut comparer ce qui apparaît sur un écran de télévision, pendant une fraction de seconde, à une photographie ou «à un procédé analogue», comme mentionné dans la loi. Car une photo ou un film sont constitués d'une pellicule de plastique saupoudrée de cristaux d'argent qui réagissent à la lumière⁶. À la télévision, l'information est relayée du stade de football aux auditeurs par des ondes électromagnétiques, ou par les câbles de la compagnie Rediffusion.

Mais il y a plus, et c'est ce qui est particulièrement important pour nous. Même si un film avait été fait de l'événement, il n'y aurait pas plus de protection en vertu de la loi, car l'«œuvre» n'était pas originale. On avait prétendu que l'originalité résidait dans le fait qu'un dénommé Renaud, qui travaillait dans une salle où il voyait l'image retransmise par les trois opérateurs de caméras, choisissait quelles images allaient être retransmises au public. Comme l'a écrit le juge: «The submission is that the originality is to be found in the conception, selection and arrangement of the production which, in this case, goes on the air»⁷. Ce qui fut rejeté par la cour en des termes non équivoques: «All he did in my opinion was to choose the particular play in the game –a play in which he took no part whatsoever– and [...] communicate that play...». Et la Cour d'ajouter: «In the picture so seen there was no expression of his thoughts, but merely a view of what was seen by thousands of others at the playing field»⁸.

Les choses en sont restées là pendant une quarantaine d'années. Nous sommes d'accord avec le juge Cameron pour affirmer que si aucun enregistrement de la partie de football n'est effectué, il ne peut y avoir une œuvre au sens de la loi. Mais si un film avait été fait, il nous apparaît qu'on doit arriver à une conclusion différente. À notre avis, ce qui a pu porter à confusion vient du fait que, dans la version de la loi applicable en 1954, les œuvres dramatiques, définies à l'article 2⁹, visaient les films «lorsque les dispositifs de la mise en scène ou les combinaisons des incidents représentés donnent à l'œuvre un caractère original». Ce qui laisse entendre que seuls sont

6. *Ibid.*, p. 395-396.

7. *Ibid.*, p. 391 et 399.

8. *Ibid.*, p. 399.

9. L.R.C. 1952, c. C-30.

protégés les films qui sont le résultat du travail d'une personne qui a écrit des dialogues et d'un metteur en scène. Pourtant, les films ont toujours été protégés également comme série de photographies. La première loi canadienne sur le sujet, adoptée en juin 1921¹⁰, le prévoyait. Son article 2, sur les définitions, mentionnait déjà «toute œuvre exécutée par un procédé analogue à la photographie» et «toute œuvre exécutée par un procédé analogue à la cinématographie». Or une photo, pour être protégée, n'a pas besoin de scénario. Il suffit qu'elle soit originale. L'originalité ne réside pas dans le sujet photographié, mais dans le travail du photographe: le choix de la lentille, l'angle sous lequel est prise la photo, l'éclairage, la sensibilité du film, etc. On peut prendre un exemple dans un autre domaine, pour expliquer notre propos. Supposons une personne qui se rend en Afrique participer à un safari. Elle voit un lion qui prend en chasse une gazelle. Elle ne peut pas dire: «ce lion qui court après cette gazelle est mon œuvre et moi seul peux filmer cette scène». Son «œuvre originale» résidera dans le film qui sera fait de cette scène de chasse. Toute autre personne assistant à la même scène peut faire son propre film. La seule chose qui soit interdite serait de reproduire le film que quelqu'un a déjà effectué.

Ainsi en va-t-il des représentations sportives. La jurisprudence canadienne s'est rangée à cette façon de voir en 1992 dans l'affaire *FWS Joint Sports Claimants*¹¹. Il s'agissait d'une contestation de la décision de la Commission du droit d'auteur d'établir un premier tarif pour la retransmission des signaux éloignés. Encore ici, il était question de parties de football, mais qui se déroulaient aux États-Unis et étaient retransmises au Canada. Suite à la signature de l'accord de libre-échange avec les États-Unis en 1988, la LDA a été modifiée de façon à prévoir le paiement de droits pour les signaux américains captés au Canada¹². La Cour fédérale s'est déclarée d'accord avec la Commission, qui avait rejeté l'argument selon lequel il ne peut exister un droit d'auteur sur le déroulement d'une activité sportive. Elle écrit: «La Commission a jugé qu'il n'existait aucun droit d'auteur de ce genre, bien qu'il y en ait un sur la réalisation de la télédiffusion d'un match. [...] Je suis d'accord avec la Commission».¹³

10. 11-12 George V, c. 24.

11. *FWS Joint Sports Claimants c. Copyright Board*, [1992] 1 C.F. 487 (C.A.F.).

12. C'est l'article 31 de la loi actuelle qui traite de cette question.

13. *FWS*, *supra*, note 11, p. 495. La doctrine canadienne semble partager cet avis. Voir, notamment, J.S. McKEOWN, *Fox Canadian Law of Copyrights and Industrial Designs*, 4^e éd. (Toronto, Carswell, 2000), p. 234. Parlant de l'exigence de l'originalité dans les films, il écrit: «For example, in the case of a nature film, this will be satisfied by the skill required to successfully make a visual depiction of a scene from nature».

Malgré cette décision, il faut dire que toute cette question n'est pas encore définitivement réglée, et n'a pas fini d'embêter les tribunaux. En 1999, la Cour fédérale d'Australie y a été confrontée. Il s'agissait de savoir qui détenait les droits d'auteur sur les films réalisés lors des Jeux Olympiques de Melbourne en 1956¹⁴. Le juge Lingren était confronté à plusieurs types de films. Certains étaient restés à l'état brut, par exemple le déroulement sur plusieurs heures de la compétition du lancer du javelot. D'autres ont fait l'objet d'un montage. Selon lui, les films «bruts» ne sont pas une œuvre originale. Ils ne sont donc pas protégés en tant que films, mais ils le sont en tant que série de photographies. Les autres films, qui ont fait l'objet d'un montage, sont clairement protégés, car «perhaps considerable skill and labour was exercised in selecting and editing from the unedited film and in writing and narrating the soundtracks in order to produce the edited films».

Il note qu'il existe encore une controverse dans la doctrine en Angleterre sur cette question. Dans l'ouvrage *Copinger & Skone James*, peut-être le plus prestigieux, on lit dans la sixième édition, publiée après la grande refonte de la loi effectuée en 1911, qu'aucun droit d'auteur ne saurait exister pour un film d'un événement se déroulant en direct, comme une course de chevaux. Cette façon de voir a été contestée par les auteurs Laddie, Prescott et Vitoria dans la première édition de leur traité¹⁵. À leur avis, même un film de type documentaire peut être protégé par la loi, car «great skill and care will normally go into selecting the subject matter and the manner in which the film is shot and then into editing the final product». Mais en 1995, dans la seconde édition de leur traité, leur opinion est beaucoup plus nuancée. À leur avis, les mots dans la loi, qui ont leur pendant dans la nôtre dans l'expression «lorsque les dispositifs de la mise en scène ou les combinaisons des incidents représentés donnent à l'œuvre un caractère original», font en sorte que le fait de filmer une procession, par exemple, ne constituerait pas la création d'une œuvre originale. Il faudrait quelque chose de plus: «the originality would have to reside in the arrangements, acting form or combination of incidents represented, these being the original contribution of the author»¹⁶. Il faudrait donc faire plus que capter un événement en direct. Car la loi décrit, en matière d'œuvres cinématographiques,

14. *Australian Olympic Committee c. Big Fights Inc.*, (1999) 46 I.P.R. 53 (Cour fédérale d'Australie).

15. *The Modern Law of Copyright and Designs* (London, Butterworths, 1980), p. 273-274.

16. Au chapitre 5.13.

le «producteur» comme celui «qui effectue les opérations nécessaires à la confection d'une œuvre cinématographique»¹⁷. À la limite, le simple fait de filmer un événement en direct et choisir des séquences pourrait ne pas être suffisant pour constituer une œuvre originale.

Pour notre part, nous estimons que nous n'avons pas à creuser davantage cette question. Il est bien admis maintenant que le genre de film auquel on pense en matière de télé réalité est au moins protégé en tant que série de photos. Les concepteurs de tels films bénéficient donc clairement d'une protection en vertu de la loi. Il nous importe moins de savoir si leur «œuvre» bénéficie d'une protection additionnelle en tant que film, ce qui leur conférerait des droits supplémentaires. Nous pouvons donc passer à l'étude de la deuxième question, celle de savoir si le «format» ou le «genre» d'une œuvre est protégé.

3. La protection du «format» d'une œuvre

Tel qu'indiqué, les principes fondamentaux en matière de droit d'auteur sont les mêmes dans les pays de tradition britannique. On peut énumérer ceux qui sont pertinents ici avant d'effectuer une étude de la jurisprudence.

Un premier principe, qui est peut-être le plus important en ce domaine, est que la loi n'accorde pas de protection aux idées, mais seulement à la façon concrète dont elles sont exprimées dans une matière tangible¹⁸. Personne ne peut avoir de monopole sur une idée, de la même façon que personne ne peut avoir le monopole de l'utilisation d'un seul mot du dictionnaire. Aux États-Unis, cette règle est formulée dans le texte même de la loi, à l'article 102(b): «In no case does copyright protection for an original work of authorship extend to any idea, procedure, process, system, method of operation, concept, principle, or discovery...»¹⁹. Deux concepts viennent compléter la dichotomie entre l'idée et son expression. C'est ce que la jurisprudence et la doctrine américaines ont surnommé *merger* et *scène à faire*. Dans ces deux cas, on ne peut bénéficier de la protection de la loi. La doctrine du *merger* vise les cas où on ne peut faire de distinction entre une idée et son expression, car elle ne peut être exprimée que d'une façon, à toutes fins pratiques. Ainsi, protéger

17. Art. 2 de la LDA, à la définition de «producteur».

18. En doctrine, voir, entre autres, S. HANDA, *Copyright Law in Canada* (Toronto, Butterworths, 2002), p. 143.

19. *Copyright Law*, 17 U.S.C., s. 102(b).

l'expression aurait pour effet de protéger l'idée, ce qui est défendu²⁰. Par exemple, dans le domaine de l'informatique, il n'y a pas beaucoup de façons de donner la commande d'impression d'un texte autrement qu'en enfonçant la touche *print* sur un clavier. Les *scènes à faire* expriment un peu la même réalité, notamment qu'il n'y a pas de protection pour des concepts ou scènes qui vont nécessairement découler de la même idée de base. Ainsi, tous les écrits ou programmes d'ordinateur qui décrivent la façon optimale de mélanger du ciment vont nécessairement se ressembler²¹. Autre exemple: on ne peut protéger l'«idée» d'une série policière qui ne serait pas exprimée plus précisément qu'en disant qu'il y aura deux policiers par autopatrouille, qu'ils iront sur les lieux d'accidents ou d'incendies, et qu'ils pourchasseront des criminels. On parle alors de *stock scenes*, c'est-à-dire d'éléments qui vont toujours nécessairement se retrouver dans l'expression de telle idée de base.

Un second principe est à l'effet que, dans une action en contrefaçon, le demandeur doit montrer qu'il détient un droit d'auteur sur une œuvre, et que l'un des droits que la loi lui accorde a été violé²². Le droit qui est en cause dans la télé-réalité sera celui de reproduction de l'œuvre. Le paragraphe 3(1) de la loi canadienne, en énumérant les droits accordés aux détenteurs de droits d'auteur, mentionne celui de reproduire l'œuvre «ou une partie importante de l'œuvre». C'est ici que toute la question va se jouer. Il s'agira de déterminer, lorsque seul le «format» ou le «genre» d'une émission de télé-réalité est reproduit, jusqu'à quel point on peut dire qu'une partie importante de l'œuvre originale l'a été. Ajoutons, comme dernier grand principe, que pour prouver infraction à la loi, il faut montrer que le défendeur a eu accès à l'œuvre originale, ce qui se fait souvent par preuve circonstancielle. Car, en matière de droit d'auteur, si deux personnes en arrivent de façon indépendante à créer une œuvre très semblable, elles auront chacune des droits sur leur création respective. La situation est tout à fait contraire de celle prévalant dans le domaine des brevets, où seule la personne qui enregistre la première son «invention» sera protégée par la loi.

20. Au Canada, voir S. HANDA, *loc. cit.*, note 18, p. 146. Aux États-Unis, voir S. HALPERIN, C. NARD et K. PORT, *Intellectual Property* (The Hague, Kluwer Law International), p. 33.

21. En doctrine, voir «The Scènes à Faire Doctrine», (1989) 41 *Fla. L. Rev.* 79; en jurisprudence, voir *Williams c. Crichton*, 84 F.3d 581 (1996), p. 587: «Similarly, scènes à faire, sequences of events that “necessarily result from the choice of a setting or situation” do not enjoy copyright protection».

22. Voir le par. 27(1) de la LDA.

3.1 Au Canada et en Angleterre

Au Canada, il y a relativement peu de décisions portant sur la protection du «genre» ou du «format» d'une œuvre, de sorte que la jurisprudence n'a pas élaboré de critères systématisés. Une première décision, *Kantel c. Frank*²³, date de 1933 et a été rendue par la Cour de l'Échiquier. Dans cette affaire, une compagnie avait décidé de commanditer une émission radiophonique pour enfants. Un canevas a été créé par une entreprise de publicité, utilisé pour chaque émission. L'animateur faisait un petit boniment au début, chantait une chanson pour les enfants malades, soulignait l'anniversaire des enfants présents dans la salle, donnait des conseils de sécurité, faisait chanter les enfants, etc. Une autre compagnie eut l'idée d'utiliser la même formule, avec quelques variations. Par exemple, l'animateur dans ce cas était ventriloque et dialoguait avec un pantin. La question s'est posée de savoir si la première entreprise pouvait réclamer une injonction pour empêcher sa rivale de l'imiter ainsi. La décision est intéressante car elle nous apprend que ce type d'émission peut être protégé à titre d'œuvre dramatique. Peu importe que le texte décrivant le déroulement de l'émission soit très peu élaboré, et que l'animateur s'en éloigne assez régulièrement²⁴. Mais sur le point le plus important pour nous, le tribunal se contenta de constater, sans motifs, que le canevas de l'émission originale, qu'on désigna comme le *sketch*, était suffisamment original et, comme il avait été reproduit, il y avait infraction à la loi.

Une décision plus élaborée a été rendue en 1992 par la Cour d'appel de l'Alberta, impliquant la CBC²⁵. Dans ce cas, un dénommé Hutton avait produit en 1980 les premiers épisodes de ce qui devait être une série d'émissions sur la musique populaire des années 50, intitulées *Star Tracks*. La Société d'État a résilié son contrat, ce qu'elle avait le droit de faire, mais, en 1983, il s'aperçut que les émissions qu'il avait conçues étaient diffusées sous le nom *Star Chart*, d'où l'action en contrefaçon. Selon le juge Foisy, le critère à appliquer était de savoir s'il y avait *substantial similarity* entre les œuvres, et si l'œuvre protégée était l'inspiration directe de la seconde. Si on était en présence de deux œuvres créées de façon indépendante²⁶, il n'y avait pas de contrefaçon. Et, point particulièrement important, il fallait examiner les deux œuvres de façon

23. [1933] R.C.É. 84 (C. d'É.).

24. *Ibid.*, p. 96-97.

25. *Hutton c. Can. Broad. Corp.*, (1992) 41 C.P.R. (3d) 45.

26. *Ibid.*, p. 48.

globale. Il ne fallait pas les disséquer et comparer chacun de leurs éléments constitutifs: «Although it may be useful to compare components of each work, the overriding requirement for infringement is substantial similarity of the works as a whole and substantial similarity in the modes of expression»²⁷. Car ce n'est pas la quantité des éléments de ressemblance qui compte le plus, mais la qualité, c'est-à-dire savoir si les éléments de similitude sont fondamentaux. En l'occurrence, on jugea que les œuvres n'étaient pas suffisamment semblables. Les éléments communs étaient des *stock devices*²⁸, savoir des éléments qu'on trouvera nécessairement dans les émissions de ce genre. Ici, dans les deux émissions, il y avait un animateur qui faisait une petite présentation initiale, puis décrivait en quelques minutes la pièce musicale à venir, pour conclure avec un remerciement à l'auditoire pour sa fidélité, l'invitant à revenir à l'antenne la semaine suivante.

La Cour d'appel du Québec a adopté la même approche en 1999 dans l'affaire des *Productions Avanti Ciné Vidéo inc*²⁹. La question à trancher concernait surtout celle de savoir si une parodie d'une œuvre peut bénéficier de la défense d'utilisation équitable. En l'occurrence, un film pornographique avait été réalisé, basé sur la musique et les personnages de la série télévisuelle «La petite vie». Avant de trancher cette question, le juge Gendreau a dû déterminer si on avait reproduit «une partie importante» de l'œuvre originale. À ce sujet, il a rappelé que le tribunal doit utiliser une approche globale pour déterminer si une œuvre est nouvelle et originale. Pour ce faire, il faut étudier l'œuvre sous l'angle de l'effort créatif fait par l'auteur. La notion de «partie importante» fait donc davantage appel à la qualité qu'à la quantité de ce qui était reproduit. S'appuyant sur l'auteur Tamaro³⁰, il démontre qu'il y a un lien entre «partie importante» de l'œuvre et la notion d'originalité: c'est en recourant à la notion d'originalité qu'on détermine ce qui est une partie importante de l'œuvre.

On voit donc que la jurisprudence canadienne a adopté au cours des ans un certain nombre de critères pour déterminer quand le «genre» ou le «format» d'une émission est protégé par la loi. La question essentielle est de savoir s'il y a *substantial similarity* entre les deux œuvres, et il faut les examiner de façon globale.

27. *Ibid.*

28. *Ibid.*, p. 50.

29. [1999] R.J.Q. 1939 (C.A.).

30. N. TAMARO, *Le droit d'auteur, fondement et principes* (Montréal, P.U.M., 1994), p. 66-67. Le juge en traite à la p. 1945 de la décision.

L'étude de la jurisprudence américaine va nous montrer que certaines questions n'ont pas encore été abordées ici. Par exemple, on ne sait pas si un juge peut ou doit exiger une preuve d'«expert» pour évaluer les ressemblances ou différences entre deux œuvres. On ne sait pas non plus précisément si le juge peut appliquer sa propre perception globale des deux œuvres, ou s'il doit identifier quelle impression «monsieur tout le monde» aurait.

Enfin, on peut dire que dans les pays de tradition britannique, l'état du droit ne semble pas plus précis qu'au Canada. Ainsi, dans la décision *Green*³¹, une affaire de Nouvelle-Zélande qui est allée jusqu'au Conseil privé, les juges se sont montrés particulièrement peu réceptifs à reconnaître une protection à une émission de télévision du genre «découverte de nouveaux talents». Ils ont semblé particulièrement agacés par le fait que le contenu de chaque émission changeait un peu à chaque épisode. À leurs yeux, cela faisait que l'œuvre n'était pas assez «fixée» au sens de la loi³². De plus, il y avait trop peu de texte écrit pour appuyer la prétention que l'émission contenait au moins une œuvre littéraire. Enfin, la description de ce type d'œuvre se situait à un niveau trop général, du genre: présentation de l'animateur, présentation de chacun des participants, et utilisation d'un «clapomètre» pour mesurer l'appréciation du public.

3.2 Aux États-Unis

Ici, des efforts plus importants ont été faits en jurisprudence pour formuler un ou des critères permettant d'identifier la limite entre ce qui est protégé par la loi et ce qui ne l'est pas. Mais, comme on le verra, il n'existe pas encore de critère unique, facile à appliquer et qui fasse l'unanimité. Au contraire, la jurisprudence nous semble se trouver à une croisée des chemins. Mais, au moins, elle a le mérite d'identifier clairement les concepts juridiques pertinents.

Il semble que la première décision rendue sur ce sujet remonte à 1930, par une cour d'appel³³. Le plaignant, Nichols, avait écrit le texte d'une pièce de théâtre, intitulée *Abie's Irish Rose*, qu'il préten-

31. *Green c. Broadcasting Corp. of New Zealand*, [1989] 2 All E.R. 1056.

32. *Ibid.*, p. 1058 *in fine*: «Moreover it seems to their Lordships that a dramatic work must have sufficient unity to be capable of performance and that the features claimed as constituting the “format” of a television show [...] lack that essential characteristic.» Les juges concluent sur ce point qu'aucune jurisprudence n'a pu leur être citée pour soutenir la prétention de Green.

33. *Nichols c. Universal Pictures Corp.*, 45 F.2d 119 (Circuit Court of Appeals, Second Circuit).

dait avoir été plagiée par la défenderesse dans son film *The Cohens and the Kellys*. Les deux œuvres partageaient plusieurs similitudes. Il s'agissait essentiellement de l'histoire de deux familles pauvres, dirigées par un père intransigent au point de vue religieux, en ce sens qu'il n'accepterait jamais que son fils marie une fille d'une autre confession religieuse que la leur. Dans les deux cas, le fils se marie secrètement avec une fille ayant d'autres croyances religieuses, mais s'arrange pour la faire aimer et accepter par ses parents avant de révéler le pot aux roses. L'histoire se termine ainsi sur une note positive. Le juge Hand, qui rendit seul la décision, a d'abord expliqué que le droit d'auteur sur une œuvre ne peut viser seulement le mot à mot d'une pièce de théâtre, car un contrefacteur pourrait toujours éviter une condamnation en omettant un élément trivial. Il fallait donc identifier à partir de quand on peut affirmer qu'une partie «substantielle» de l'œuvre a été reproduite, et sans que puisse jouer la défense de *fair use*. Il a élaboré le critère suivant, qui sera repris constamment par la jurisprudence ultérieure:

Upon any work, and especially upon a play, a great number of patterns of increasing generality will fit equally well, as more and more of the incidents is left out. The last may perhaps be no more than the most general statement of what the play is about, and at times might consist only of its title: but there is a point in this series of abstractions where they are no longer protected, since otherwise the playwright could prevent the use of his "ideas", to which, apart from their expression, his property is never extended.³⁴

La faiblesse de cette approche, comme cela a été bien vu en doctrine³⁵, est que ce critère n'en est pas vraiment un. C'est plutôt, simplement, une façon élégante de reformuler le problème à résoudre. En effet, pour savoir si le «format» d'une œuvre est protégé, il faut justement se demander jusqu'à quel niveau d'abstraction, dans la description d'une œuvre, on peut remonter.

34. *Ibid.*, p. 121.

35. Voir, par exemple, J.M. MOLHER, «Toward a Better Understanding of Substantial Similarity in Copyright Infringement Cases», 68 *U. Cin. L. Rev.* 971, p. 980. Cet auteur est très critique à l'égard de l'état de la jurisprudence américaine. Il reconnaît que les juges ont correctement identifié que le critère à appliquer est de savoir s'il y a «substantial similarity» entre deux œuvres, mais il écrit «... there are a myriad of tests for substantial similarity...» et «... the tests are inconsistently applied, or often misapplied» (p. 972 *in limine*). Pour une analyse du critère spécifiquement appliqué par le juge Hand, voir M.L. SHARB, «Getting a "Total Concept and Feel" of Copyright Infringement», (1993) 64 *U. Colo. L. Rev.* 903, p. 911.

On peut illustrer ceci par un exemple concret. Prenons *King Lear*, un des chefs-d'œuvre de Shakespeare. Il est évident qu'il serait illégal de reproduire le texte de la pièce en changeant simplement le nom des personnages ou quelques répliques. Mais jusqu'où va la protection de la loi? On peut expliciter le sujet de la pièce avec différents degrés de précision. On peut, par exemple, décrire de façon détaillée, pour chaque scène de chaque acte, l'essentiel de l'action, et des dialogues. Il serait probablement illégal pour un auteur d'écrire une pièce de théâtre qui serait aussi fidèle à la pièce originale. Mais si on se place à un niveau beaucoup plus abstrait, on peut dire que le sujet de la pièce est «L'histoire d'un roi qui décide de partager, avant sa mort, son héritage entre ses enfants, pour réaliser qu'ils ne l'ont jamais aimé (sauf la cadette), et que tous leurs beaux sourires étaient hypocrites. La même mésaventure arrive à un de ses meilleurs amis». À un niveau d'abstraction encore plus élevé, on pourrait simplement dire «L'histoire d'un homme qui partage avant sa mort son héritage entre ses enfants» et, à un autre niveau encore, on pourrait décrire le sujet de la pièce comme étant «Le manque de jugement». Au dernier niveau, on dirait qu'il s'agit «d'une pièce de théâtre». Où se situe la ligne de démarcation?³⁶

Il n'y a pas eu de décisions importantes sur la question qui nous intéresse avant la fin des années 50 mais, en 1945, l'éminent professeur Zecharian Chafee a cherché à raffiner le critère énoncé dans l'affaire *Nichols*. Dans un texte paru dans la *Columbia Law Review*³⁷, il a écrit que la loi protège une œuvre à partir du moment où la séquence des événements et l'interaction entre les personnages est décrite avec suffisamment de précision: «I like to say that the protection covers the “pattern” of the work... the sequence of events and the development of the interplay of the characters»³⁸. Cette approche est intéressante, car elle cherche à identifier, dans la série de niveaux d'abstraction mentionnée dans *Nichols*, à quel stade la loi protège une œuvre. Cependant, dans le cas qui nous intéresse, la télé réalité, force nous est de reconnaître que ce critère est peu utile. Il n'y a pas de scénario ici qui décrive, comme dans un roman, une

36. Dans l'affaire *Nichols*, le juge Hand a estimé que le studio de cinéma avait copié, selon l'expression française, «pas plus que ce que la loi permet» (p. 121 *in fine*) [notre traduction]: Car il y avait beaucoup de différences dans la description des personnages et le déroulement des événements. Il conclut ainsi (p. 122): «A conflict between Irish and Jews, into which the marriage of their children enters, is no more susceptible of copyright than the outline of Romeo and Juliet».

37. «Reflections on the Law of Copyright», (1945) 45 *Colum. L. Rev.* 503.

38. *Ibid.*, p. 513.

pièce de théâtre ou un film, le déroulement de l'action. On voit que le critère proposé par le professeur Chafee ne vaut essentiellement que pour les œuvres littéraires. Un juge ne peut s'en servir s'il doit comparer deux tableaux, ou des motifs de broderie³⁹.

En 1958, un tribunal de première instance a rendu une courte décision dans le cas d'une personne qui prétendait que son idée pour un jeu-questionnaire portant sur le degré de connaissance des films par les participants avait été plagiée⁴⁰. On y a émis la règle, toujours suivie depuis, selon laquelle, pour déterminer s'il y a une ressemblance suffisante entre deux œuvres, il faut non pas obtenir l'avis d'experts, mais se demander si presque toute personne qui voit la «deuxième» œuvre reconnaîtrait l'œuvre originelle. Comme l'a écrit le juge Sirica: «Copying involves the use of an original work so as to produce a work so near to the original as to give to every person seeing it the idea created by the original».⁴¹ Dans ce cas, la cour ne s'est pas montrée exigeante avant de conclure qu'une œuvre est suffisamment différente d'une autre. Ici la «deuxième» œuvre différerait suffisamment de la première parce que la participation de la salle était différente, et qu'elle testait les connaissances des participants sur des films non encore diffusés, où ils avaient à reconnaître la voix des acteurs ou actrices⁴².

Durant les années 70, la jurisprudence a particulièrement contribué à l'élaboration d'un critère plus utile. Ce fut surtout le résultat du travail des juges de la Cour d'appel pour le Neuvième Circuit. Ils ont formulé le critère connu sous le nom *de total concept and fee*. Une première décision a été rendue en 1970, concernant une question de plagiat pour des cartes de souhaits. Selon le tribunal, il fallait, pour déterminer s'il y avait contrefaçon, examiner de façon globale tous les éléments pertinents, savoir le texte, l'œuvre artistique, et le lien entre les deux: «... proper analysis of the problem

39. Pour une analyse critique du critère du professeur Chafee, voir A.M. BROADDUS, «Eliminating the Confusion: a Restatement of the Test for Copyright Infringement», (1994-5) 5 *DePaul-LCA J. Art & Ent. L.* 43, p. 45.

40. *Richards c. Columbia Broadcasting System Inc.*, 161 F. Supp. 516 (U.S. District Ct. Distr. of Columbia).

41. *Ibid.*, p. 516-517.

42. Il en a été un peu de même en 1962 dans *Herwitz c. Nat. Broad. Co.*, 210 F. Supp. 231, où on a jugé qu'il n'y a pas infraction à la loi quand on «copie» l'idée de base pour une émission de télévision qui s'exprime en termes très généraux: des participants répondent à des questions, et celui ou celle qui a amassé le plus de points aura à choisir entre un prix en argent ou une enveloppe ou une boîte renfermant un cadeau dont la valeur peut aller d'un suçon à une bague à diamant.

requires that all elements of each card, including text, arrangement of text, artwork, and association between artwork and text, be considered as a whole»⁴³.

Mais c'est en 1977 que ce critère a été davantage explicité, dans l'affaire *Sid & Mary Krofft Television Productions*⁴⁴. Il s'agissait d'un couple qui avait été approché en 1968 par le réseau de télévision NBC pour créer une émission destinée aux enfants, projet qui se concrétisa l'année suivante. La compagnie de restauration rapide McDonald s'est associée à cette émission en créant une série de figurines représentant les personnages créés par le couple Krofft. Mais on s'aperçut qu'après la fin de l'entente, la compagnie McDonald continuait de faire de la publicité avec les mêmes personnages fictifs, appelés *Pufnstuff*, d'où l'action en contrefaçon. Le juge Carter rappela que, pour qu'il y ait violation de la loi, il faut conclure non pas seulement à une *substantial similarity* entre les idées en présence, mais aussi quant à la façon dont elles ont été exprimées concrètement. Il ajouta ensuite quelque chose de nouveau. À son avis, le critère à appliquer était en réalité double. Il faut, en premier lieu, faire une liste et analyser en profondeur tous les éléments constitutifs des deux œuvres. À ce stade, qu'on a appelé le critère extrinsèque, le juge peut se faire aider par une preuve d'experts. Il doit ensuite déterminer, seul, s'il y a des similarités suffisantes entre les œuvres. C'est ce que la loi canadienne appelle la reproduction d'une «partie importante» de l'œuvre⁴⁵. Le juge applique alors un critère dit «intrinsèque», où il doit déterminer quelle serait la perception de la personne typique⁴⁶. Il n'y a plus lieu ici de disséquer des éléments pour les comparer, ni d'entendre de preuve par témoin-expert. En l'occurrence, on a rejeté l'approche proposée par la compagnie McDonald, consistant à faire une énumération de tous les éléments de dissemblance entre les deux œuvres. Par l'approche intrinsèque, on a conclu rapidement qu'il y avait contrefaçon.

Cette approche a également été critiquée en doctrine, avec raison à notre avis. Sa principale faiblesse est à l'effet qu'elle est si globale qu'elle risque de ne pas respecter la distinction entre une idée et son expression, qui est pourtant absolument fondamentale en

43. *Roth Greeting Cards c. United Card Co.*, 429 F.2d 1006, p. 1106 (1970). C'est en 1976 que l'expression «total concept and feel» fit son apparition dans *Reyher c. Children's Television Workshop*, 533 F.2d 87, p. 91.

44. *Sid & Mary Krofft Television Productions c. McDonald's Corp.*, 562 F.2d 1157 (1977).

45. Voir le par. 3(1) de la LDA.

46. *Krofft*, *supra*, note 44, p. 1165, par. 11.

droit d'auteur⁴⁷. De plus, le choix du terme *concept* dans l'expression *total concept and feel* est particulièrement mal choisi, car la loi américaine exclut spécifiquement toute protection pour les *concepts*⁴⁸. Enfin, comme l'a dit Melville Nimmer⁴⁹, l'une des autorités les plus respectées en droit d'auteur américain, le critère du *total concept and feel* invite presque à une abdication de toute analyse, le juge se fiant essentiellement à la perception première qu'il a pu avoir lorsqu'il a comparé les deux œuvres.

Ce tribunal, la Cour d'appel pour le Neuvième Circuit, a toujours conservé la même approche. Ainsi dans une décision rendue en 2002, dans *Metcalfe c. Bochco*⁵⁰, le plaignant avait écrit, une douzaine d'années auparavant, le scénario d'un film mettant en vedette le personnel hospitalier d'une grande ville américaine, œuvrant dans un quartier pauvre. Lorsque le réseau CBS lança en 2000 la série «*City of Angels*», il estima qu'on avait copié l'essentiel de son œuvre. La cour appliqua d'abord le critère extrinsèque, savoir la comparaison entre les éléments suivants: «plot, themes, dialogue, mood, setting, pace, characters, and sequence of events»⁵¹. Le tribunal conclut qu'effectivement il y avait eu plagiat et ce, même si aucun des éléments caractéristiques de l'œuvre originale n'était protégé par la loi. On ne peut avoir de monopole sur l'idée de montrer le travail de médecins noirs travaillant dans un quartier défavorisé, avec les problèmes sociaux que cela peut comporter, tels pauvreté, violence familiale, etc. Ce sont des éléments trop génériques, des *scènes à faire*. Mais, de dire le tribunal, la loi protège «the actual concrete elements that make up the total sequence of events and the relationship between the major characters»⁵². Il y a donc possibilité de faire une œuvre originale, protégée par la loi, à partir d'éléments dont aucun n'est, en soi, protégé⁵³. C'est ce qui s'était produit ici. La cour n'a pas eu à appliquer le critère dit intrinsèque, car on

47. Voir J.M. MOHLER, *op. cit.*, note 35, p. 987.

48. Voir 17 U.S.C.A. art. 102(b): «In no case does copyright protection for an original work of authorship extend to any idea, procedure, process, system, method of operation, concept, principle or discovery...».

49. Voir *Nimmer on Copyright*, ss. 13.03(a)(1)(c).

50. 294 F.3d 1069.

51. *Ibid.*, par. 2. On pourrait traduire ces termes par: l'intrigue, le sujet, les dialogues, l'atmosphère, le lieu où se déroule l'action, le rythme, les personnages et l'enchaînement des événements.

52. *Ibid.*, par. 3.

53. La situation est exactement la même au Canada. La LDA mentionne, à l'article 2, parmi les œuvres protégées, les «compilations». Dans la mesure où il y a originalité dans le «choix ou l'arrangement de tout ou partie d'œuvres littéraires, dramatiques, musicales ou artistiques», il y a protection de la loi.

demandait une injonction interlocutoire et, à ce stade, seul le premier critère est appliqué. On cherche seulement à vérifier s'il y a apparence de droit pour le demandeur.

Le même tribunal en est arrivé à une conclusion différente récemment, en mai 2003, mais en appliquant toujours la même grille d'analyse. Dans l'affaire *Rice*⁵⁴, le plaignant avait produit et distribué une cassette vidéo révélant les trucs les plus couramment utilisés par les magiciens. Lorsque le réseau Fox diffusa une série de quatre émissions intitulées «*The Mystery Magician*», il alléguait qu'on avait plagié son œuvre. Encore ici, on appliqua seulement le critère dit extrinsèque, car il s'agissait d'une demande de jugement sommaire. Mais on considéra qu'il n'y avait pas de contrefaçon. S'appliquaient ici parfaitement les notions de *merger* et *scènes à faire*. Comme l'écrit le tribunal: «There are only a discrete number of ways to express a magician revealing the secrets behind magic tricks and illusions»⁵⁵. Et: «...a mood of secrecy and mystery must merge with a show that is about the mysteries of magic»⁵⁶. On n'a donc pas retenu les arguments de Rice à l'effet qu'il y avait originalité dans la présentation de son magicien, c'est-à-dire sa manière d'agir et de bouger, son habillement, le fait qu'il soit considéré un renégat de la profession, etc.

Durant les années 80, quelques décisions ont été rendues par des tribunaux de première instance, où il était question de la copie du «format» d'une émission de télévision. Elles n'ont pas élaboré de critères particuliers, mais elles montrent que certains tribunaux peuvent être très peu exigeants pour conclure à la création d'une œuvre originale. Ainsi, en 1985, une cour de première instance a refusé de reconnaître une protection pour un «format» d'émission appelée *bloopers*, savoir des éléments d'émission enlevés au montage parce qu'un acteur ou autre participant s'était trompé dans son texte, avait eu un trou de mémoire, avait fait une chute inopinée, etc.⁵⁷. On a référé ici encore aux concepts de *scènes à faire* et *stock devices* pour expliquer que ce qui avait été reproduit n'était que l'idée d'un genre d'émission, et qu'il y avait très peu de façons différentes de présenter ces émissions. Il y aurait eu infraction à la loi seulement si on avait reproduit les mêmes extraits de films que dans l'œuvre originale. Il en fut de même en 1988 pour des émissions du genre *To*

54. *Rice c. Fox Broadcasting Co.*, 330 F.3d 1170.

55. *Ibid.*, par. 9.

56. *Ibid.*, par. 12.

57. *The Dick Clark Co. c. Alan Lansbury Productions, Inc.*, 1985 U.S. Dist. LEXIS 18924.

*Tell the Truth*⁵⁸. On a estimé que la loi ne protégeait pas cette idée pour une émission consistant à avoir trois invités de marque qui racontent chacun trois petites histoires assez extraordinaires qui leur seraient arrivées, et des participants qui doivent trouver laquelle est véridique. La cour a reconnu, bien humblement, que le critère pour déterminer à quel point il y avait eu reproduction d'une partie importante de l'œuvre originale était «nécessairement vague» et que les décisions sont rendues sur une base *ad hoc*. Mais on a tout de même reconnu que ce genre d'émission pourrait être protégé: «But even though a television game show is made up entirely of stock devices, an original selection, organization, and presentation of such devices can nevertheless be protected...». En l'occurrence, une décision finale ne put être rendue, car l'appelant avait demandé un jugement sommaire, et la question semblait trop difficile. Il fallait la référer au juge du fond⁵⁹.

Un effort particulier pour formuler un critère plus précis a été fait par la Cour d'appel pour le Deuxième Circuit, dans les années 90. Il s'agit de cas qui ont trait surtout à des litiges concernant des motifs imprimés sur des vêtements plutôt que des émissions de télé-réalité, mais elles nous apparaissent tout de même pertinentes.

Une première décision, l'affaire *Knitwaves*⁶⁰, impliquait précisément une plainte relativement à des motifs reproduits sur des vêtements pour enfants. Comme la cour l'explique initialement, les vêtements ne sont pas des œuvres protégées par la loi sur le droit d'auteur, mais les motifs qui peuvent y être imprimés sont considérés des «écrits» au sens de la loi, et sont donc protégés⁶¹. Ici, une entreprise prétendait qu'on avait reproduit illégalement des motifs représentant des écureuils et des feuilles aux couleurs automnales. Ce qui est intéressant dans cette décision, c'est que la cour a traité d'une question qui n'avait pas encore été abordée. On a vu qu'en vertu d'un critère dit «intrinsèque», il faut se demander quelle per-

58. *Barris/Frazer Enterprises c. Goodson-Todman Enterprises, Ltd.*, 1988 WL 3013, U.S. Dist. LEXIS 146.

59. En 1990, dans *Novak c. NBC*, 752 F. Supp. 164, une cour de district a jugé qu'il n'y avait pas assez d'originalité dans l'idée de faire une émission d'humour basée sur des entrevues avec des personnages fictifs (exemple: le cinquième Beatle) ou décédés (un gangster des années 30). Dans le même sens, voir en 1992 la décision *Sheehan c. MTV Networks*, (1992 U.S. Dist. LEXIS 3028), où ne fut pas jugée suffisamment originale l'idée d'une émission où le participant qui a répondu au plus grand nombre de questions vise des icônes en mouvement avec un pointeur au laser pour savoir quel prix il gagne.

60. *Knitwaves Inc. c. Lollytogs Ltd.*, 71 F. 3d 996, 1995 U.S. App. LEXIS 31942.

61. *Ibid.*, p. 1000 *in fine*.

ception la personne typique aurait du degré de ressemblance entre les deux œuvres. Mais n'avait pas encore été étudiée la question de savoir, lorsque des œuvres présentent des éléments protégés par la loi et d'autres qui ne le sont pas, s'il faut comparer globalement les deux œuvres, ou s'il faut considérer seulement les éléments protégés. La cour a exprimé son choix dans les termes suivants: «... where we compare products that contain both protectible and unprotectible elements, our inspection must be «more discerning»: we must attempt to extract the unprotectible elements from our consideration and ask whether the protectible elements, standing alone, are substantially similar»⁶². Cette approche est très importante car elle peut mener à des conclusions bien différentes. En effet, dans le cas où une œuvre contient très peu d'éléments originaux protégés par la loi, la «personne moyenne» peut arriver à une conclusion bien différente selon qu'on lui demande de comparer les deux œuvres globalement ou seulement les deux ou trois éléments originaux. On devine que lorsque deux œuvres contiennent plusieurs éléments semblables, on conclura plus rapidement à leur ressemblance. Mais si on compare seulement les éléments vraiment originaux dans l'œuvre originale, il est bien possible que la conclusion soit différente.

On a appliqué cette approche l'année suivante, dans *Williams c. Crichton*⁶³. Williams avait écrit des livres pour enfants où il était question de mondes fabuleux où évoluaient des dinosaures. Il accusa de plagiat Crichton, qui a écrit le roman «*Jurassic Parc*», qui servit de canevas pour le film du même nom. On peut tenter de résumer l'essentiel de la décision de la façon suivante. Le tribunal a rappelé, en se basant sur *Knitwaves*, qu'il devait voir si les éléments protégés d'une œuvre, considérés seuls, sont suffisamment ou substantiellement similaires à ceux d'une autre œuvre. On a aussi dit que le fait que le défendeur fasse une liste de tous les éléments différents entre les deux œuvres ne peut l'exonérer, car ce n'est pas là la question à résoudre. Le défendeur sera déclaré innocent seulement si on conclut que les ressemblances entre les éléments protégés de l'œuvre originale et la sienne sont «of small import quantitatively or qualitatively»⁶⁴. Ici, en comparant les éléments énumérés plus haut, savoir «concept, feel, character, plot, sequence», etc., on a conclu que les éléments semblables entre les œuvres se situaient à un niveau d'abstraction trop élevé pour pouvoir être protégés. Les similitudes se situaient au niveau des idées, plutôt que leur incorporation dans une matière tangible.

62. *Ibid.*, p. 1002.

63. 84 F.3d 581.

64. *Ibid.*, p. 588.

Enfin, une dernière nuance a été faite dans l'arrêt *Boisson* en 2001⁶⁵. Il s'agissait ici aussi d'une affaire de contrefaçon concernant des tissus, savoir des motifs imprimés sur des courtépintes. La cour a précisé que lorsqu'elle compare les éléments protégés d'une œuvre qui contient aussi des éléments relevant du domaine public, elle ne doit pas aller trop loin dans l'analyse minutieuse des éléments à comparer car, à la limite, on arriverait toujours à la conclusion qu'aucune œuvre n'est originale. En effet, les romans sont composés de chapitres, et de phrases, qui sont composées de mots, eux-mêmes faits de lettres. Et un tableau, ultimement, est toujours fait de la juxtaposition de couleurs qui ont toutes déjà été utilisées ailleurs. La cour s'exprime en ces termes: «In applying this test, a court is not to dissect the works at issue into separate components and compare only the copyrightable elements. To do so would be to take the «more discerning» test to an extreme, which would result in almost nothing being copyrightable because original works broken down into their composite parts would usually be nothing more than basic unprotectible elements like letters, colors and symbols»⁶⁶. En l'occurrence, on a jugé qu'il y avait suffisamment d'originalité dans l'œuvre de Mme Boisson, même s'il s'agissait uniquement des lettres de l'alphabet reproduites sur les courtépintes. Il y avait originalité dans leur choix de couleur, taille, et leur disposition en rangées et colonnes.

On doit tout de même constater que, malgré les efforts louables de la cour, le critère élaboré n'est pas encore parfaitement satisfaisant pour l'esprit. On en arrive à une situation où, dans une première étape, appelée le critère extrinsèque, il faut décortiquer les œuvres, mais on ne sait pas trop où s'arrêter dans la comparaison minutieuse des différents éléments⁶⁷. Et, au second critère, on fait presque l'inverse de la première étape: le juge se demande, sans qu'aucune preuve soit apportée, quelle serait la perception de la personne dite «typique», qui a bien pris soin de ne tenir compte que des éléments vraiment originaux dans la première œuvre! Il est facile de voir, en pensant à des cas précis comme une émission de télé-réalité, que le critère proposé ne permet tout simplement pas encore d'arriver à identifier où se situe la limite entre ce qui est protégé et ce qui ne l'est pas.

65. *Judi Boisson c. American Country Quilts and Linens Inc.*, 273 F.3d 262.

66. *Ibid.*, p. 272.

67. Voir, à ce sujet, S. BRASHEARS-MACATEE, «Total Concept and Feel or Dissection? Approaches to the Misappropriation Test of Substantial Similarity», (1993) 68 *Chi-Kent L. Rev.* 913, p. 926.

Où en sommes-nous aujourd'hui? Au début de l'année 2003, la juge Loretta Preska, de la U.S. District Court for the Southern District of New York, a eu l'occasion de faire le point sur la question. Il s'agissait d'une poursuite du réseau CBS contre un autre grand réseau américain à propos du plagiat du «concept» ou du «format» d'une émission de télé réalité⁶⁸. Elle commença par rappeler les grandes règles énoncées dans la jurisprudence antérieure: elle doit voir s'il y a *substantial similarity* entre les œuvres, et appliquer les critères dits extrinsèques et intrinsèques. Elle a expliqué aussi qu'en vertu de la décision *Knitwave*, il faut distinguer les éléments protégés dans une œuvre de ceux qui ne le sont pas, et comparer seulement les éléments originaux.

La juge Preska mentionne ensuite qu'elle a de la difficulté à appliquer les règles émises dans des décisions comme l'affaire *Boisson*, car elles lui apparaissent contradictoires. Car les cours d'appel, dans leurs décisions, lui dictent en même temps de comparer minutieusement les éléments originaux des œuvres en présence, tout en évitant de pousser trop loin la comparaison! Elle estime qu'elle n'a pas à résoudre cette contradiction⁶⁹ car elle explique que, dans le cas soumis, soit des émissions de télé réalité, ce n'est pas le critère à appliquer. En relisant attentivement la jurisprudence et les critiques émises en doctrine⁷⁰, elle est d'avis que c'est le critère du *total concept and feel* qu'elle doit appliquer, car il s'agit d'œuvres qui sont au moins partiellement des œuvres littéraires. C'est le critère à appliquer pour ce type d'œuvres. La règle établie dans *Knitwave* n'est valable que lorsque des œuvres contiennent des éléments non protégés qui relèvent du domaine public. Dans le cas qui lui est soumis, certains éléments sont considérés comme non protégés, parce que pas suffisamment originaux. Il faut alors examiner, comme expliqué dans *Crichton*, le sujet de l'œuvre, les personnages, le déroulement de l'histoire, le rythme, le décor, etc. Ici encore, la question essentielle, après cette analyse, sera de déterminer «Whether a lay observer would consider the works as a whole substantially similar to one another»⁷¹. En l'occurrence, il fallait comparer les deux émissions de télé réalité comme un tout, et non faire une dissection

68. *CBS Broadcasting Inc. c. ABC Inc.*, 2003 U.S. Dist. LEXIS 20258.(13 Jan. 2003). Il s'agissait des émissions «Celebrity» et «Survivor».

69. *Ibid.*, p. 4. Elle utilise plutôt l'euphémisme à l'effet qu'elle n'a pas à «harmoniser» ces deux énoncés généraux.

70. *Ibid.*, p. 4. En doctrine elle s'appuie surtout sur *Nimmer on Copyright*, ss. 1303(a)(1)(c). Il écrit: «... for courts to advert to a work's "total concept and feel" as the essence of its protectable character seems ill-advised in the extreme».

71. *Ibid.*, p. 5.

minutieuse de chaque élément. On constate, cependant, que pour arriver à la décision qu'il n'y a pas eu infraction à la loi⁷², elle n'a pas comparé les œuvres de façon globale, mais a mis en parallèle tous les éléments caractéristiques des émissions: l'aspect télévérité, l'élément de voyeurisme, l'interaction entre les personnages, les épreuves qu'ils doivent surmonter, le lieu où se déroule l'action, le rythme de l'émission, le processus qui mène à l'élimination des participants, le rôle de l'animateur, la participation de l'auditoire, etc. On doit donc déduire que c'est seulement après une étude minutieuse des éléments constitutifs des œuvres qu'on doit se demander si le *total concept and feel* est le même.

4. Conclusion

Si la position de la juge Preska fait jurisprudence, on devra dire que les tribunaux américains appliquent maintenant un critère hybride⁷³. Pour certaines œuvres, surtout les œuvres artistiques, il faut utiliser le critère dit extrinsèque de façon particulièrement rigide, par une comparaison minutieuse des éléments constitutifs. Pour d'autres, comme la télé réalité, on s'en remet plutôt au *total concept and feel*, en se demandant quelle serait la perception de la personne typique.

Ceci dit, on peut se demander si ces critères sont plus précis ou pratiques que le premier qui a été énoncé dans les années 30 par le juge Hand. On peut en douter. À notre avis, si on faisait l'exercice de reprendre les principaux arrêts que nous avons étudiés, on verrait qu'il est très difficile de prévoir l'issue du litige, qu'on applique le critère du juge Hand ou ceux formulés depuis.

La jurisprudence canadienne, il est vrai, n'est pas aussi élaborée que la jurisprudence américaine. Elle n'est constituée que de deux arrêts pertinents, à toutes fins pratiques, les affaires *Hutton* et *Productions Avanti Ciné Vidéo*, mais qui ne fournissent pas de motifs fouillés. De plus, dans le dernier cas, la question principale était

72. Elle a estimé (voir p. 7) que la différence essentielle se trouvait au niveau du «concept and feel»: alors qu'une émission a l'allure d'une compétition coupe-gorge pour les participants, qui cherchent à gagner une importante somme, l'autre (*Celebrity*) a un rythme beaucoup décontracté, et une atmosphère bon enfant.

73. C'est l'opinion de T. SMART, M. GODLER et K. MISULOVIN, qui font une très bonne analyse de la décision. Voir «Reality Check: When Will Two TV Shows in the Same Genre Be Considered Substantially Similar Under Copyright Law?», 21 *SUM Ent. & Sports Law* 1, p. 17.

autre, savoir si une parodie d'une œuvre peut constituer un moyen de défense adéquat. Mais nos juges n'ont pas à se presser pour s'harmoniser avec l'état du droit aux États-Unis. Ils n'y trouveraient pas plus rapidement ou facilement réponse à leurs questions.

En doctrine, plusieurs croient qu'il sera toujours impossible de formuler un critère simple et facile à utiliser⁷⁴. C'est peut-être exact. Si on prend l'exemple d'une pièce musicale, on peut imaginer qu'une personne change quelques notes d'une phrase musicale. Tout le monde reconnaîtrait facilement la pièce originale, dans un tel cas. Mais, à mesure que des modifications sont apportées, comment identifier à partir de quel moment on ne reconnaît plus suffisamment la première œuvre? De même, lorsqu'on regarde un spectre de couleurs, comme dans un arc-en-ciel: à quel endroit exactement peut-on dire que telle couleur n'apparaît plus et que c'est telle autre qui est visible?...

Il est pourtant important qu'un critère existe. On dit que dès qu'une émission de télévision devient populaire, elle donne naissance à trois ou quatre émissions rivales⁷⁵. Lorsqu'un avocat est consulté par une entreprise qui veut savoir si elle doit payer des droits d'auteur à d'autres firmes qu'elle veut concurrencer, il doit être capable, au moins, de dire à son client autre chose qu'il n'existe absolument aucun moyen de répondre à son interrogation. Le même besoin d'être fixé existe pour toutes les entreprises qui veulent vendre le «concept» de leur émission à l'étranger, et pour une entreprise canadienne qui veut savoir si elle peut copier impunément le «genre» d'une émission européenne populaire.

On peut peut-être dire, mais c'est une bien mince consolation, que la même situation existe dans une foule d'autres domaines juridiques. Chaque fois qu'on étudie des notions ou concepts juridiques, on voit qu'il restera toujours un flou, une zone grise où on ne sait pas exactement comment la notion va s'appliquer, ou même si elle vise ou non telle situation pratique. C'est le cas ici pour les mots «ou une partie importante de l'œuvre», employés au paragraphe 3(1) de la LDA, dont on ne soupçonne pas, à première lecture, toute la difficulté d'interprétation.

74. Voir J.M. MOHLER, *op. cit.*, note 35, p. 988-989.

75. T. SMART, *op. cit.*, note 73, p. 6.