BIBLIOGRAPHIE

OUVRAGES DE DOCTRINE

CÔTÉ-HARPER, G. et MANGANAS, A., *Droit pénal canadien*, Les Éditions Yvon Blais Inc., Québec, 1984.

SWEET & MAXWELL, *The Principles of Equitable Remedies*, 2e éd., London, 1980.

PÉRIODIQUES

FERLAND, D., « Outrage au tribunal — Désobéissance à une ordonnance d'injonction — Juridiction de la Cour d'appel », (1979) 39 *R. du B.* 659.

JUKIER, R., « The Emergence of Specific Performance as a Major Remedy in Quebec Law », (1987) 47 *R. du B.* 47.

ARTICLES DE JOURNAUX

« Cable Firms Vow War on Decoder Pirates », *The Montreal Daily News*, 20 octobre 1989.

« 205,000 TV Pirates Raiding Flicks » *The Gazette*, 20 octobre 1989.

« Les câblodistributeurs s'acharnent contre 250,000 pirates au Québec », *Le Devoir*, 20 octobre 1989.

« Le piratage de la télévision payante, un coûteux fléau pour les compagnies de câble », *La Presse*, 20 octobre 1989.

« Le piratage de la télé payante connaît une vogue sans précédent », *Le Journal de Montréal*, 20 octobre 1989.

« Le piratage des ondes nuit à la télé payante », *Le Soleil*, 20 octobre 1989.

DOCUMENTS

Association des câblodistributeurs du Québec Inc., *Journée d'étude sur le piratage des signaux dans le secteur de la télédistribution*, 19 octobre 1989.

Canadian Cable Television Association, *The Case Against Double Jeopardy Cable and Passive Retransmission*, April 1985.

Journal de l'Association des câblodistributeurs du Québec Inc., vol. 3 nos 7, 8, 9, Montréal 1989.

LALONDE, Francine, *La câblodistribution et le droit d'auteur*, ministère des Communications du Québec, avril 1983.

L'originalité de l'oeuvre en droit d'auteur canadien

Marcel Dubé[1]

1- NOTION D'ORIGINALITÉ

A. Absence de définition législative

La *Loi canadienne sur le droit d'auteur*[2], à l'instar de sa source, la loi anglaise (*Copyright Act*) de 1911, établit à son article 5 que : « le droit d'auteur existe au Canada, [...], sur toute oeuvre originale littéraire, dramatique, musicale ou artistique [...] ». Néanmoins, bien que le législateur utilise à plusieurs reprises, dans le texte de loi, le terme « original » pour qualifier les oeuvres protégées[3], jamais il ne propose de définition ou de description qui permettrait de mieux circonscrire la réalité que ce concept recouvre. Il nous faudra donc consulter la jurisprudence si l'on veut se faire une meilleure idée de ce que signifie ce concept au Canada.

B. Définition jurisprudentielle

Les tribunaux canadiens se sont à près d'une trentaine d'occasions penchés sur le sens à donner à cette notion. Il s'agissait dans la très grande majorité des cas de décider si et à quelles conditions une compilation de divers éléments d'informations pouvait faire l'objet d'une protection en vertu de la *Loi sur le droit d'auteur*. Pour l'essentiel, les tribunaux appelés à statuer sur cette question se sont généralement interrogés sur le degré d'originalité que devait présenter l'oeuvre générée par le compilateur. Ils ont retenu la règle suivante : pour être protégée l'oeuvre générée n'a pas à être nouvelle, il suffit qu'elle origine de l'auteur, qu'elle ne soit pas la copie d'une autre oeuvre. De même, il ne sera aucunement tenu compte du mérite littéraire, artistique ou scientifique de l'oeuvre.

© Marcel Dubé, 1991.

1. Rapport national préparé pour le Congrès de l'ALAI — Grèce 1991. L'auteur est professeur à la Faculté de droit de l'Université de Sherbrooke.
2. L.R.C. (1985), c. C-42.
3. Au moins 12 occurrences ont été dénombrées.

a) Relation avec le régime établi par la Loi sur les brevets d'invention[4]

Comme dans beaucoup d'autres pays, les tribunaux canadiens ont pris soin de ne pas allier la notion d'originalité à l'exigence de nouveauté qui s'impose généralement au régime des brevets d'invention. Dans quelques décisions en effet, nos tribunaux ont tenu à bien distinguer ces deux réalités.

Ainsi, déjà en 1957, dans l'affaire *Kilvington Bros* c. *Goldberg*, le juge Judson rappelait :

> The ideas embodied in this work are obviously not original in the sense of being new or inventive. [...] But novelty and inventiveness are not the tests of originality in the law of copyright.[5]

Plus récemment, en 1988, madame le juge Reed de la Cour fédérale du Canada, soulignait :

> With respect to the argument that the work is not sufficiently original because it does not constitute a substantial improvement over the prior art, [...] I do not think this is a test for originality which applies in the copyright field. It is a test which applies with respect to patents.[6]

b) Relation avec le régime établi par la Loi sur les dessins industriels[7]

De la même manière, l'originalité de l'oeuvre objet du droit d'auteur n'a pas à respecter l'exigence de nouveauté imposée aux dessins industriels par la *Loi sur les dessins industriels*. Dans l'affaire *Kilvington Bros.* c. *Goldberg* plus haut mentionnée, le juge Judson rappelle cette exigence.

> [A] design capable of being registrated under the *Industrial Design and Union Label Act*, [...] must be original in the sense of novel. [...] The test adopted by the [Supreme] Court in the *Clatworthy* case is stated in these terms (p. 13 D.L.R., p. 432 S.C.R.). 'There must be the exercice of intellectual activity so as to originate, that is to say suggest for the first time, something which had not occurred to anyone before as to applying by some manual, mechanical, or chemical means some pattern, shape, or ornament to some special subject-matter to which it had not been applied before.'[8]

4. L.R.C. (1985), c. P-4.
5. (1957) 28 C.P.R. 13, 14 (Ont. H. Ct).
6. *D.R.G. Inc.* c. *Datafile Ltd.*, (1988) 18 C.P.R. (3d) 538 (C.F. 1re inst.), p. 548 et 549.
7. L.R.C. (1985), c. I-8.
8. *Supra*, note 5, p. 17.

c) Régime de la Loi sur le droit d'auteur

Sous le régime de la *Loi sur le droit d'auteur*, on détermine si l'oeuvre satisfait à l'exigence de l'originalité en appréciant le plus souvent la quantité mais quelquefois aussi la qualité de l'effort fourni par l'auteur de l'oeuvre dans la réalisation de celle-ci.

Ainsi, il sera généralement tenu compte du temps consacré par l'auteur à la réalisation de son oeuvre, de l'effort intellectuel qu'il y a déployé, du talent qu'il y manifeste, de son jugement dans la sélection des éléments retenus. En définitive, on apprécie son travail créatif.

Dans les faits cependant, rares seront les oeuvres considérées qui seront exclues des avantages de la Loi parce qu'elles ne satisfont pas à cette exigence. En effet, dès que l'on aura établi que l'auteur a réalisé une oeuvre de son cru, les tribunaux se montreront aussitôt enclins à la protéger. En revanche, ceux-ci refuseront de protéger ce qui est du domaine de l'idée tout autant qu'ils rejetteront les oeuvres de pure reproduction.

Bref, comme aiment à le rappeler depuis très longtemps les tribunaux anglais :

> The true principle in all these cases is, that the defendant is not at liberty to use or avail himself of the labour which the plaintiff has been at for the purpose of producing his work that is, in fact, merely to take away the results of another man's labour, or, in other words, his property.[9]

Dans cette perspective, les tribunaux canadiens ont retenu comme originales les oeuvres suivantes : un bottin d'adresses professionnelles[10] ou commerciales[11] ; des dictionnaires[12] ; des tableaux servant à l'évaluation des acquis de formation[13] ; le code source d'un logiciel[14] ; des plans d'une maison à logements[15], d'une résidence exclusive[16] et même d'une maison bon marché[17] ; le scénario d'une émission de radio[18] ;

9. Propos du vice-chancelier Hall dans l'affaire *Hogg* c. *Scott*, (1874) L.R. 18 Eq. 444, 458, repris par Lord Wilson dans l'affaire *Macmillan* c. *Suresh Chunder Deb*, (1890) I.L.R. 17 Calc. 951 et cités par la Chambre des Lords, notamment dans *Ladbroke (Football), Ltd.* c. *William Hill (Football), Ltd.*, [1964] 1 All. E.R. 465, 476.
10. *Cartwright* c. *Wharton*, (1912) 3 O.W.N. 499.
11. *Latour* c. *Cyr*, (1951) 11 Fox. Pat. C. 136.
12. *Beauchemin* c. *Cadieux*, (1900) 10 B.R. 255, (1901) 31 R.C.S. 370 ; *National Film Board* c. *Bier*, (1970) 63 C.P.R. 164 (C. de l'Échiquier) ; *Pasicknak* c. *Dojacek*, [1928] 2 D.L.R. 545 (Man. C.A.).
13. *Éditions Hurtubise H.M.H. Ltée* c. *CEGEP André Laurendeau*, [1989] R.J.Q. 1003 (C.S.).
14. *F. & I. Retail Systems Ltd.* c. *Thermo-Guard Automobile Prods. Co. Ltd.*, (1984) 1 C.P.R. (3d) 297 (Ont. H.C.).
15. *Kaffka* c. *Mountain Side Developments Ltd.*, (1982) 62 C.P.R. (2d) 157 (B.C.S.C.).
16. *Randall Homes Ltd.* c. *Harwood Homes Ltd.*, (1987) 17 C.P.R. (3d) 372 (Man. Q.B.).
17. *Hay et Hay Constr. Co. Ltd.* c. *Sloan*, (1957) 27 C.P.R. 132 (Ont. H. Ct).
18. *Kantel* c. *Frank E. Grant, Nisbet & Auld*, [1933] Ex. C.R. 84.

le dessin d'une pierre tombale[19]; le dessin d'une enseigne néon[20]; des tables d'organisation de parties de bridge (*bridge tallies*)[21]; un manuel et un vidéo de cours de conduite automobile[22]; un manuel de fixation des primes d'assurance automobile[23]; un jeu de questions (*Trivial Pursuit*)[24]; des étiquettes alphanumériques respectant un code de couleurs et utilisées à des fins de classement et de repérage[25]; un programme écrit de courses présentant l'ordre de départ des chevaux[26].

À l'opposé, ils refusaient de reconnaître l'originalité des oeuvres ci-après énumérées: le dessin à l'échelle de projets de panneaux publicitaires préparés à partir d'ébauches esquissées par le commanditaire[27]; la production d'une émission télédiffusée en direct d'une activité sportive[28]; divers modes de présentation de parties de quilles à la télé (*formats of game*)[29] ainsi que les titres d'un film[30] ou d'une émission de télévision[31].

Si à chaque fois que l'originalité de l'oeuvre est reconnue les tribunaux ne manquent pas de souligner l'apport créatif de l'auteur, il sera sans doute tout aussi intéressant de saisir comment ils arrivent à déterminer que l'oeuvre ne satisfait pas à cette exigence. Dans la plupart des cas, ils y parviennent en vérifiant si l'on peut identifier dans l'apport de l'auteur une expression vraiment personnelle de sa pensée.

C'est ainsi que dans l'affaire *Commercial Signs* c. *General Motors*, le tribunal a jugé trop mécanique l'intervention du dessinateur professionnel qui avait complété les esquisses préparées par le commanditaire:

> [T]here was no artistic skill [...] but merely the mechanical work of putting the drawing in such a form as to enable the customer to view it from a proper perspective.[32]

19. *Kilvington Bros* c. *Goldberg*, (1958) 28 C.P.R. (2nd) 13 (Ont. H. Ct).
20. *Silverson* c. *Neon Products Ltd.*, (1978) 6 W.W.R. 512 (B.C.S.C.).
21. *Stevenson* c. *Crook*, [1938] 4 D.L.R. 294 (Ex. Ct.).
22. *École de conduite Technic Aubé Inc.* c. *150988858 Qué. Inc.*, (1986) 12 C.I.P.R. 284 (C.S. Qué.).
23. *Underwriters Survey Bureau Ltd.* c. *American Home For Ass'ce & al.*, (1939) Ex.C.R. 296.
24. *Horn Abbot Ltd.* c. *W.B. Coulter Sales Ltd.*, [1984] 1 C.I.P.R. 97 (C. F. 1re instance).
25. *D.R.G. Inc.* c. *Datafile Ltd.*, (1988) 18 C.P.R. (3d) 538 (C.F. 1re instance).
26. *Ascot Jockey Club Ltd.* c. *Simons*, (1968) 39 Fox Pat.C. 52 (B.C.S.C.); *B.C. Jockey Club* c. *Standen (Winbar Publications)*, (1983) 73 C.P.R. (2d) 164 (B.C.S.C.), confirmée par (1985) 8 C.P.R. (3d) 283 (B.C.C.A.).
27. *Commercial Signs* c. *Gen. Motors Products of Can. Ltd.*, [1937] O.W.N. 58 (Ont. H. Ct), confirmée par [1937] 2 D.L.R. 800 (Ont. C.A.).
28. *Canadian Admiral Corp. Ltd.* c. *Rediffusion Inc.*, (1954) Ex. C.R. 382.
29. *Goldner* c. *Can. Broadcasting Corp.*, (1972) 7 C.P.R. (2d) 158 (C.F.), confirmée par (1974) 13 C.P.R. (2d) 230 (Fed. C.A.).
30. *Francis Day & Hunter* c. *Twentieth Century Fox*, (1939) 4 D.L.R. 353 (C.Pr.).
31. *Flamand* c. *Société Radio-Canada*, (1967) 53 C.P.R. 217 (C.S. Qué).
32. *Supra*, note 27, p. 62.

De même, dans l'affaire *Canadian Admiral Corp.* c. *Rediffusion*, le juge Cameron considère que le réalisateur de l'émission sportive, en choisissant les images à diffuser, ne créait pas une oeuvre originale:

> All that he did in my opinion was to choose the particular play in the game a play in which he took no part whatsoever and by means of the equipement provided communicate that play so that it could be seen by any one within the range of the telecast who desired to see it and had the necessary equipment for its reception. 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.[33]

Par ailleurs, dans l'affaire *Goldner* c. *Canadian Broadcasting Corp.*, le juge Gibson soulignait:

> [T]he plaintiff has no copyright in the ideas or concepts of these three formats [...] but only in *his expression of them*, his action against the defendant fails because no evidence was adduced proving that the defendant produced or reproduced in any material form whatever at any time his expressions of them.[34]

C'est donc en évaluant l'effort personnel de l'auteur dans la réalisation de son oeuvre que les tribunaux canadiens en arrivent à définir si cette oeuvre est originale, si elle constitue vraiment l'expression de sa pensée. On verra dans le corollaire suivant que les problèmes suscités par l'utilisation non autorisée du titre d'une oeuvre préexistante font l'objet d'une appréciation judiciaire quelque peu différente.

Corollaire: *Originalité du titre et concurrence déloyale*

Le texte de la *Loi sur le droit d'auteur* prévoit que le titre d'une oeuvre est inclus dans l'oeuvre et protégé dans la mesure où il est original et distinctif[35].

Compte tenu de cette formulation législative, la question de l'originalité des titres est soumise à un traitement particulier. En effet, le titre ne sera protégé que dans la mesure où il constitue une partie importante de cette oeuvre, et, comme le notait le Conseil Privé, dans l'affaire *Francis Day & Hunter Ltd.* c. *Twentieth Century Fox Corp.*: «As a rule a title does not involve literary composition and is not sufficiently substantial to justify a claim to protection[36].»

33. *Supra*, note 28, p. 399; les italiques sont de nous.
34. *Supra*, note 29; les italiques sont de nous.
35. La définition du mot «oeuvre» à l'article 2 de la Loi (version française) prévoit en effet que «Est assimilé à une oeuvre le titre de l'oeuvre lorsque celui-ci est original et distinctif». Quant à la version anglaise, elle stipule que le mot: «work» shall include the title thereof when such title is original and distinctive.
36. *Supra*, note 30, p. 358.

Aussi, confrontés au problème de l'identification d'une oeuvre au moyen d'un titre déjà existant d'une autre oeuvre, les tribunaux canadiens ne se sont pas tant attardés à rechercher si le titre était original qu'à vérifier s'il était distinctif, c'est-à-dire s'il était ou non susceptible de créer de la confusion dans l'esprit du public. Ils cherchaient en somme à s'assurer que le titre utilisé ne fasse pas une concurrence déloyale à l'oeuvre ayant déjà porté la même appellation.

Comme le propose avec pertinence le juge Reid dans l'affaire *Flamand*, à cet effet, un certain nombre de principes devraient guider les tribunaux appelés à décider de semblables affaires :

> 1. A mere title cannot form the object of a copyright independently of the work to which it relates.
>
> 2. There is no exception to this principle except when the title of a work is «original and distinctive» within the meaning of s. 2(u) of the *Copyright Act*, and otherwise the title is in the public domain and is not subject to ownership.
>
> 3. When the owner of a work complains that a portion of the work has been stolen, and that this portion comprises only the title, he must prove that it is original, otherwise he cannot succeed.
>
> 4. When a person desires to obtain an injunction to prevent someone from using a certain title, he must prove the original and distinctive character of his title, *i.e.*, he must demonstrate the probability of confusion in the mind of the public between his work and that of the other person.
>
> 5. When any title cannot form the subject-matter of a copyright because of lack of originality, the party seeking an injunction to prevent its use by someone else must prove an intention on the part of this other person to deceive the public into accepting his work in place of the one belonging to the party seeking the injunction.
>
> 6. When a title does not appear to be an original creation of the mind, and cannot enjoy copyright, the difference between the two works bearing that title is sufficient to eliminate all unfair competition because the works are not addressed to the same readers and do not satisfy the same intellectual needs.
>
> 7. When a title is purely descriptive and, consequently, devoid of originality, an injunction cannot be obtained unless the applicant proves that his adversary is attempting to pass off another work as the applicant's.
>
> [...].[37]

37. *Supra*, note 21, p. 224 et 225.

Comme on le réalise à la lecture de cette nomenclature, dans l'appréciation d'un titre, le tribunal aura comme premier souci de faire en sorte que celui-ci ne puisse causer de préjudice à autrui soit en créant de la confusion dans l'esprit du lecteur (ou de l'auditeur), soit en faisant une concurrence déloyale au premier auteur.

Mais, en définitive, n'est-ce pas toujours cette même préoccupation qui anime les tribunaux lorsqu'ils ont à déterminer si l'oeuvre litigieuse est originale ? Nous pourrons mieux l'apprécier dans la prochaine partie, après avoir jeté un regard critique sur le critère d'évaluation qu'ils ont retenu.

II- ÉVALUATION DU CRITÈRE JURISPRUDENTIEL RETENU

Cette revue de la jurisprudence canadienne en matière d'originalité de l'oeuvre nous permet de constater que le test utilisé pour déterminer si l'oeuvre est originale (*v.g.* l'évaluation de l'effort fourni par l'auteur), est essentiellement subjectif, formel et indifférencié peu importe la catégorie d'oeuvres.

A. Critère subjectif

En effet, comme nous l'avons déjà signalé, les tribunaux n'ont pas voulu établir de balises spécifiques hors desquelles l'oeuvre ne sera pas considérée originale. Ils tentent plutôt, dans leur évaluation de l'effort personnel fourni par l'auteur, de vérifier s'il a vraiment été à l'origine de l'oeuvre, le véritable artisan de cette réalisation.

À l'instar des tribunaux anglais, ils rappellent souvent :

> The originality which is required relates to the expression of the thought. But the Act does not require that the expression be in an original or novel form, but the work must not be copied from another work that it should originate from the author.[38]

B. Critère formel

Nos tribunaux rappellent souvent aussi que la *Loi sur le droit d'auteur* ne protège pas les idées mais leur mode d'expression. Leur évaluation des efforts déployés par l'auteur dans la réalisation de son oeuvre consistera donc à identifier ce qui lui appartient en propre par opposition à ce qu'il a emprunté à l'oeuvre d'autrui.

Ainsi, appelé à évaluer si la préparation d'un dictionnaire constituait une oeuvre originale, l'honorable juge Blanchette de la Cour du Banc

38. *University of London Press, Ltd. c. University Tutorial Press, Ltd.*, (1916) 2 Ch. 601, 608-609 ; ce passage est régulièrement repris par nos tribunaux.

de la Reine, à l'époque tribunal d'appel du Québec, précisait avec insistance :

> Les appelants soutiennent que la forme dont ils ont revêtu et paré les différentes matières contenues dans leur dictionnaire constitue un travail d'auteur, et que, s'ils n'ont pas inventé le fond de leurs articles, ils sont néanmoins propriétaires de la rédaction qu'ils leur ont donnée [...].
>
> Les auteurs et la jurisprudence sont unanimes à reconnaître cette distinction.[39]

Tout récemment, le juge Tessier de la Cour supérieure du Québec, s'apprêtant à évaluer si des tableaux servant à la reconnaissance d'acquis de formation pouvaient faire l'objet de protection, rappelait :

> Il y a lieu de distinguer la matière faisant l'objet de l'oeuvre et le produit du travail consacré à l'élaboration de l'oeuvre.[40]

En somme, soulignera-t-il plus loin, le Tribunal doit à travers la preuve qui lui est soumise vérifier l'existence d'« une prestation créatrice » de la part de l'auteur[41].

C. Critère indifférencié

Les tribunaux canadiens ne semblent pas non plus modifier leur standard d'évaluation de l'effort créatif de l'auteur selon le genre d'oeuvre, sa catégorie ou sa destination. En bref, suivant en cela le législateur lui-même[42], les tribunaux n'accordent aucune importance au mérite relatif de l'oeuvre réalisée, bien qu'on ait tenté à plusieurs reprises de les inciter en ce sens, particulièrement en matière d'oeuvres architecturales.

En effet, jusqu'en 1988, la définition législative de l'oeuvre d'art architecturale était ainsi rédigée :

> Tout bâtiment ou édifice d'un caractère ou d'un aspect artistique, *par rapport à ce caractère ou aspect*, ou tout modèle pour un tel bâtiment ou édifice ; [...].[43]

39. *Beauchemin c. Cadieux, supra*, note 12, p. 278.
40. *Éditions Hurtubise H.M.H. Ltée c. CEGEP André Laurendeau, supra*, note 13, p. 1013.
41. *Id.*, p. 1014.
42. Selon la définition de l'« oeuvre littéraire », à l'article 2, la loi canadienne protège au même titre, les tableaux et les compilations, les traductions et les programmes d'ordinateur. De la même manière, sont considérées « oeuvres artistiques » aussi bien les photographies, les graphiques, les cartes géographiques et marines, les plans que les oeuvres de peinture, de sculpture ou même les oeuvres d'art architecturales.
43. Les italiques sont de nous.

On tenta donc d'amener les tribunaux à évaluer la valeur artistique de l'oeuvre. Ceux-ci s'y objectèrent toujours formellement, invoquant que, compte tenu du processus judiciaire, une telle tâche ne pouvait leur avoir été dévolue. Dans un long développement, le juge Stewart de la High Court of Ontario justifiait ainsi cette position :

> The legal approach is, as a rule, to elevate precedent and to view innovations somewhat askance. The function of the Judge has always been to weigh evidence and propound existing law. In the arts evidence of aesthetic value is, as a rule, merely the heated opinion of prejudiced adherents.[44]

Et il ajoutait :

> Artistic values cannot be weighted, for no universally acceptable unit or artistic weight has ever been agreed upon, nor have any so-called artistic laws retained their sanctity for a protracted period of time.[45]

En conséquence, il concluait :

> Therefore, to interpret the Act properly, the tribunal should not attempt to exercise a personal aesthetic judgment but to consider the intent of the creator and its result.[46]

À cette fin, il lui parut alors suffisant de vérifier si l'auteur avait par son oeuvre manifesté une certaine originalité au sens habituellement reconnu à ce terme en droit d'auteur.

Cette position fut à diverses reprises rappelée et citée avec approbation par d'autres collègues appelés à décider des affaires semblables[47], si bien que le législateur, dans sa réforme de 1988[48], se rendit à leurs arguments et décida de soustraire de la définition d'oeuvre d'art architecturale toute mention du caractère ou de l'aspect artistique[49].

On constate donc de cette brève analyse que, pour les tribunaux canadiens, la détermination de l'originalité de l'oeuvre s'inscrit essentiellement dans une vérification de l'apport formel de l'auteur à son oeuvre, peu importe le type d'oeuvre réalisé. Celà nous apparaît encore plus patent lorsque l'on examine le genre de preuve que nos tribunaux exigent des plaideurs.

Corollaire : *Preuve de l'originalité*

44. *Hay & Hay Constr. Co. Ltd. c. Sloan, supra*, note 17, p. 136.
45. *Ibid.*
46. *Id.*, p. 137.
47. *Kafka c. Mountain Side Developments Ltd., supra*, note 15 et *Randall Homes Ltd. c. Harwood Homes Ltd., supra*, note 16.
48. *Loi modifiant la Loi sur le droit d'auteur et apportant des modifications connexes et corrélatives*, L.C. 1988, c. 15.
49. Le nouveau texte se lit maintenant comme suit : « oeuvre d'art architecturale » « Tout bâtiment ou édifice ou tout modèle ou maquette de bâtiment ou d'édifice ».

a) Type de preuve

On sait déjà que l'originalité est considérée avant tout comme une question de fait. Pour déterminer que l'oeuvre est bien l'émanation de la personnalité de l'auteur, le tribunal évaluera quels efforts l'auteur a personnellement déployés à la réalisation de l'oeuvre et, à cette fin, la cour devra être informée des circonstances qui ont entouré sa concrétisation. À titre d'exemple, lorsqu'il s'agit d'une oeuvre littéraire, on versera le plus souvent au dossier un exemplaire de l'oeuvre en litige, rappelant les circonstances de sa matérialisation et les efforts que l'auteur a consacrés à cette réalisation. De son côté, la partie adverse tentera d'en faire ressortir soit la similitude avec une oeuvre préexistante, soit son caractère trop général, commun, banal.

b) Fardeau de la preuve

On peut néanmoins se demander qui de la partie demanderesse ou de la partie défenderesse doit présenter au tribunal les éléments de preuve nécessaires à la détermination de l'originalité de l'oeuvre ? Selon les règles générales applicables en matière de preuve, c'est habituellement à la partie qui réclame la protection de l'oeuvre en litige qu'il appartient d'en démontrer l'originalité.

Néanmoins, par le jeu de la présomption légale rattachée à l'enregistrement de l'oeuvre[50], on a récemment décidé que c'est plutôt à la partie adverse qu'il appartiendra de démontrer de façon prépondérante que l'oeuvre ne pouvait bénéficier de la protection de la Loi.

À ce propos, le juge Tessier écrivait :

> Le Tribunal juge que les intimés n'ont pas réussi dans cette preuve [absence de travail créatif], dont le fardeau leur incombe, et qu'ils n'ont pas ainsi repoussé la présomption légale d'existence du droit d'auteur enregistré, créé par l'article 34 (3) de la loi.[51]

Dans cette hypothèse, il suffira donc que le titulaire enregistré du droit sur une oeuvre se prévale de cet enregistrement pour transférer la charge de la preuve sur les épaules de l'autre partie qui devra établir l'absence d'originalité.

En définitive, on se rappellera que la preuve de l'originalité implique avant tout de faire la démonstration de l'effort déployé par l'auteur à la réalisation de l'oeuvre. L'originalité se dégage de l'oeuvre même dans la très grande majorité des cas ; ce n'est que lorsque l'oeuvre apparaît

50. L'article 52(2) de la Loi stipule qu'un « certificat d'enregistrement de droit d'auteur sur une oeuvre est une preuve que cette oeuvre fait l'objet d'un droit d'auteur et que la personne portée à l'enregistrement est le titulaire de ce droit d'auteur ».
51. *Supra*, note 13, p. 1014.

copiée d'une autre oeuvre ou semble trop banale qu'il faudra examiner l'importance de l'intervention créatrice de l'auteur, preuve que ce dernier est habituellement le plus apte à fournir.

Il ne nous semble pas, par ailleurs, que ce critère devrait être modifié par l'avènement des nouvelles formes de création issues des récentes technologies.

CONCLUSION

La jurisprudence canadienne nous semble proposer un test d'évaluation de l'originalité d'une oeuvre somme toute assez efficace. Dans cette mesure l'avènement des nouvelles technologies ne risque pas, nous semble-t-il, de remettre en cause ce test. En effet, l'apport de l'informatique dans l'activité créative, si elle facilite indéniablement le travail du créateur, nécessite néanmoins de sa part l'application d'un bon nombre de connaissances, implique souvent l'exercice d'un jugement rigoureux et l'amène à faire montre de beaucoup d'imagination. Dans la majorité des cas, l'informatique ne l'exempte sûrement pas de consacrer de longues heures à taper sur son clavier ou à contrôler ce qui se déroule sur son écran cathodique. Ce temps, cependant, sera plus efficacement utilisé par l'auteur à l'activité créative qu'à la réalisation technique dont les étapes répétitives et de pure manutention seront confiées à la machine.

Dans cette perspective, il nous semble que l'on devrait toujours considérer originale l'oeuvre qui demeure l'apanage de la créativité de l'auteur en recherchant ce qu'il y a investi en temps, connaissances et habiletés et ce, peu importent les outils qu'il emploie. On s'interrogera sans doute encore à propos de la création réalisée directement par l'ordinateur, mais ne s'agit-il pas plutôt d'une question de titularité de l'oeuvre que d'une question d'originalité ?

En définitive, nous devrons toujours garder à l'esprit le but ultime de cette recherche de l'originalité de l'oeuvre : s'assurer de rémunérer chacun pour ses efforts, car, comme le soulignait le Lord juge, comte de Halsbury, dans l'affaire *Walter* c. *Lane*[52] :

> My Lords, I should very much regret it if I were compelled to come to the conclusion that the state of the law permitted one man to make profit and to appropriate to himself the labour, skill, and capital of another.[53]

52. [1900] A.C. 539 (H.L.).
53. *Id.*, p. 545.