



ROBIC

+ DROIT
+ AFFAIRES
+ SCIENCES
+ ARTS

AVOCATS, AGENTS DE BREVETS ET DE MARQUES DE COMMERCE
DEPUIS 1892

PASSEZ GO ET FAITES VALOIR VOS DROITS D'AUTEUR! – L'IMPACT POTENTIEL DE L'ARRÊT ROBINSON SUR LA PROTECTION DES JEUX DE SOCIÉTÉ AU CANADA

VINCENT BERGERON ET JEAN-SÉBASTIEN RODRIGUEZ-PAQUETTE*

ROBIC, S.E.N.C.R.L.

AVOCATS ET AGENTS DE BREVETS ET DE MARQUES DE COMMERCE

A. INTRODUCTION

Il est traditionnellement reconnu qu'un jeu de société ne pourrait faire l'objet d'une protection de droit d'auteur dans sa globalité, notamment parce qu'il serait impossible de protéger l'application des règlements ou les principes mécaniques associés à l'expérience des joueurs. Cette conception est reconnue depuis fort longtemps, sans que les principes qui la sous-tendent soient remis en question.

La doctrine récente s'est penchée de façon plus approfondie sur les jeux vidéo et l'expérience en ligne des joueurs, qui a grandement changé grâce aux évolutions technologiques récentes. Le droit entourant la protection des jeux de société par le droit d'auteur n'a pas fait l'objet du même examen récent. Or, à la lumière de décisions récentes des tribunaux canadiens, et en particulier de l'arrêt Robinson¹, il est devenu pertinent de remettre en question certains principes reliés à la protection des jeux de société par droit d'auteur, afin d'évaluer si de nouvelles approches ne devraient pas être envisagées.

Est-ce que l'arrêt Robinson² constitue l'as permettant aux concepteurs de jeux de société de crier Black Jack? Le présent article vise à mettre échec et mat les questionnements relatifs à la protection des jeux de société au Canada en utilisant une nouvelle approche sur les atouts disponibles dans le jeu de cartes du droit d'auteur.

Nous traiterons ici des jeux de société de façon générale, mais le présent article s'applique également avec les nuances qui s'imposent aux jeux de tables ou aux

© CIPS, 2014.

* Avocats, chez ROBIC, S.E.N.C.R.L., un cabinet multidisciplinaire d'avocats, d'agents de brevets et d'agents de marques de commerce. Texte présenté dans le cadre du colloque du 2014-11-14 *Développements récents en droit de la propriété intellectuelle (2014)* organisé par le Service de la formation continue du Barreau du Québec (Cowansville, (QC), Yvon Blais, 2014). Publication 440.

¹ *Cinar Corporation c. Robinson*, 2013 CSC 73.

² *Id.*

ROBIC, S.E.N.C.R.L.
www.robic.ca
info@robic.com

MONTRÉAL
1001, Square-Victoria - Bloc E - 8^e étage
Montréal (Québec) Canada H2Z 2B7
Tél.: +1 514 987-6242 Téléc.: +1 514 845-7874

QUÉBEC
2828, boulevard Laurier, Tour 1, bureau 925
Québec (Québec) Canada G1V 0B9
Tél.: +1 418 653-1888 Téléc.: +1 418 653-0006

jeux de casino, pour tant soit peu qu'ils soient constitués de règlements, de cartes, de tables de paiement, de tables de jeu, de jetons, de pions ou d'autres éléments constitutifs similaires à un jeu de société.

B. L'ÉTAT DU DROIT CANADIEN EN MATIÈRE DE PROTECTION DES JEUX DE SOCIÉTÉ

1. Les principes fondamentaux

Un des principes fondamentaux du droit d'auteur canadien est qu'il protège l'expression de «toute œuvre littéraire, dramatique, musicale ou artistique originale»³ [Nos soulignements]. Il ne protège donc pas les idées, les concepts ou les méthodes, mais seulement leur expression⁴, pour peu qu'elle se matérialise sous l'une des formes d'œuvres énumérées dans la *Loi sur le droit d'auteur* (ci-après la « Loi»), soit les œuvres littéraires, dramatiques, musicales ou artistiques.

C'est notamment en raison de ce principe que les jeux de société en soi ont traditionnellement été considérés comme ne bénéficiant pas d'une protection de droit d'auteur au Canada⁵. En effet, s'il est possible d'obtenir une protection par droit d'auteur sur certains éléments particuliers d'un jeu, tel que le texte de ses règlements (œuvre littéraire)⁶, l'aspect visuel de sa planche de jeu (œuvre artistique)⁷ ou même son titre⁸, il était traditionnellement reconnu qu'il serait impossible d'obtenir une protection de droit d'auteur sur le principe du jeu, sur son fonctionnement ou sur le jeu en tant que tout comprenant plusieurs éléments distinctifs.

Ainsi, en vertu de la position traditionnelle canadienne, les jeux de société dans leur globalité ne peuvent bénéficier d'une protection de droit d'auteur, puisqu'ils ne sont pas considérés comme des œuvres au sens de la Loi.

Plus précisément, suivant la conception classique du droit d'auteur canadien, la commercialisation d'un jeu de société dans lequel les joueurs devraient faire l'acquisition du plus grand nombre de terrains possible sur une planche de jeu afin de détenir un monopole ne serait pas considérée comme une contrefaçon du droit d'auteur sur le célèbre jeu *Monopoly*; à condition de ne pas intituler ce nouveau jeu *Monopoly* et de ne pas reprendre la totalité ou une partie importante de chacun des éléments littéraires ou artistiques du célèbre jeu.

³ *Loi sur le droit d'auteur*, L.R.C. 1985, c. C-42, (ci-après L.D.A.), art. 2.

⁴ *CCH Canadienne Ltée c. Barreau du Haut-Canada*, 2004 CSC 13, par. 8.

⁵ Nous faisons ici allusion à une protection globale par droit d'auteur sur les jeux de société en tant que tout et non sur les éléments particuliers qui composent ces jeux.

⁶ *Bernard Thibault c. Les Importations Géocan Inc.*, 2003 CanLII 54588 (QC CS), par.11.

⁷ *Id.*

⁸ *Id.*, par. 19 et ss.

Après tout, comme le mentionne l'auteur John S. McKeown :

« *Only the language in which rules of a game are expressed is protected by copyright and if another person restates those rules in their own words, there is no infringement.* »⁹.

Nous verrons ultérieurement que certaines évolutions du droit d'auteur canadien permettent, selon nous, de tempérer cette affirmation jusqu'ici considérée comme inébranlable.

2. Les éléments traditionnellement protégés dans un jeu de société

Nous avons déjà mentionné que les divers éléments qui composent un jeu de société peuvent être individuellement protégés en droit d'auteur canadien, à condition qu'ils soient originaux et qu'ils puissent être considérés comme des œuvres au sens de la Loi. Puisque l'objet du présent article est de plaider pour une protection en droit d'auteur des jeux de société dans leur globalité, nous ne ferons que survoler la protection des éléments individuels protégés qui les composent. D'ailleurs, la protection de ces éléments est clairement reconnue en jurisprudence¹⁰. Malgré tout, il convient ici d'en dresser un portrait sommaire, pour établir les fondements de notre analyse subséquente.

Précisons au passage que pour bénéficier d'une protection de droit d'auteur, ces éléments du jeu de société ne devront pas forcément être novateurs ou uniques; ils devront seulement être originaux, c'est-à-dire qu'ils devront avoir fait l'objet de l'expression d'un minimum de talent et de jugement de la part de leur auteur¹¹. La violation du droit d'auteur consiste donc à s'approprier cette originalité sans autorisation¹².

a. Les règles de jeu et les autres œuvres littéraires

Puisque le droit d'auteur canadien ne protège pas les idées, les systèmes ou les méthodes, il était jusqu'ici reconnu que seule l'expression littérale des différents éléments littéraires d'un jeu, tel que ses règlements, pouvait faire l'objet d'une protection de droit d'auteur¹³, et non l'expérience vécue par les joueurs qui mettent en œuvre les règlements en jouant au jeu.

⁹ John S. MCKEOWN, *McKeown Fox on Canadian Law of Copyright and Industrial Designs*, 4^e Éd., Toronto, Carswell, 2003, mise à jour 2-2014, Ch. 7, p.16.; Citant *Whist Club c. Foster* (1929), 42 F.2d. 782.

¹⁰ *Bernard Thibault c. Les Importations Géocan Inc.*, précité, note 6, par.15. Voir aussi *Wall c. Horn Abbott Ltd.*, [2007] N.S.J. No.280, par. 495 (N.S.S.C.).

¹¹ *CCH Canadienne Ltée c. Barreau du Haut-Canada*, précité, note 4, par. 16.

¹² *Cinar Corporation c. Robinson*, précité, note 1, par. 24.

¹³ J. S. MCKEOWN, *op. cit.*, note 9, p.16.

Les éléments littéraires d'un jeu de société peuvent notamment comprendre les règlements, les différents textes inscrits sur des cartes, sur une table de paiement ou sur une table de jeu, ainsi que tout autre écrit se retrouvant sur les accessoires servant au jeu¹⁴ ou sur le matériel promotionnel qui l'accompagne.

Toutefois, puisque la Loi ne protège que l'expression de l'idée, et non l'idée elle-même, il n'y aurait contrefaçon des éléments littéraires du jeu qu'à condition qu'on ait reproduit la totalité ou une partie importante de ces éléments, et non simplement leurs idées sous-jacentes¹⁵. Par exemple, il est généralement reconnu qu'on ne peut obtenir une protection de droit d'auteur sur une recette culinaire¹⁶, mais qu'on peut protéger l'expression de celle-ci par écrit, c'est-à-dire la formulation des idées sous forme écrite et le choix des mots employés pour la décrire¹⁷.

Dans l'affaire *Bernard Thibault c. Les importations Géocan Inc.*, la Cour supérieure notait que les éléments littéraires du jeu des défendeurs étaient suffisamment différents de ceux des demandeurs, notamment en raison du fait que les termes « VICTOIRE! », « BONNE CHANCE » et « Tu as presque terminé. » avaient été remplacés par « Bravo! », « Du courage, c'est le départ! » et « Me voilà presque au sommet de la gloire! »¹⁸. Ainsi, lorsque confrontée à une question de violation de droit d'auteur relative aux éléments littéraires d'un jeu de société, la Cour supérieure avait limité son analyse à la comparaison mot-à-mot du libellé des instructions des deux jeux. Nous reviendrons sur cette décision ultérieurement.

Ceci dit, nous sommes d'avis que cette façon d'analyser la contrefaçon entre deux jeux de société, ou leurs éléments constitutifs, devrait être revue en regard de la jurisprudence récente en droit d'auteur.

b. L'aire de jeu et les autres œuvres artistiques

La Loi ne comporte aucune définition explicite de l'expression « œuvre artistique », mais énumère certains types d'œuvres tombant sous cette grande catégorie, parmi lesquels figurent notamment les dessins :

« Œuvre artistique : Sont compris parmi les œuvres artistiques les peintures, dessins, sculptures, œuvres architecturales, gravures ou photographies, les œuvres artistiques dues à des artisans ainsi que les graphiques, cartes, plans et compilations d'œuvres artistiques.¹⁹ ».

¹⁴ *Bernard Thibault c. Les Importations Géocan Inc.*, précité, note 6, par. 15.

¹⁵ J. S. MCKEOWN, *op. cit.*, note 9, p.16.

¹⁶ BEAUREGARD, Gaëlle, *Entre l'art, l'invention et la nourriture : la propriété intellectuelle des recettes au Canada*, Cowansville, Les Éditions Yvon Blais, 2011, p.83.

¹⁷ *Id.*, p.99.

¹⁸ *Bernard Thibault c. Les Importations Géocan Inc.*, précité, note 6, p.6.

¹⁹ L.D.A., art. 2.

À la lecture de cette définition, il appert que les éléments artistiques d'un jeu de société peuvent notamment comprendre les dessins, photographies ou graphiques qui peuvent apparaître sur des cartes, sur une table de paiement, sur une table de jeu, sur toute représentation graphique se retrouvant sur les accessoires servant au jeu²⁰ ou sur le matériel promotionnel qui l'accompagne. Ils peuvent aussi comprendre les différents objets utilisés dans le déroulement du jeu, tels que les pions ou les jetons.

Par exemple, l'aire de jeu du célèbre jeu de société *Trivial Pursuit* a été considérée comme une œuvre artistique devant faire l'objet d'une protection de droit d'auteur en raison de sa complexité qui était manifestement le produit de l'exercice de talent et de jugement de la part de son auteur²¹.

c. Le titre

Le titre d'un jeu de société fait généralement l'objet d'un enregistrement à titre de marque de commerce. Pensons notamment à certains jeux bien connus tels que *Monopoly*²², *Scrabble*²³ ou *Clue*²⁴, dont les titres font l'objet d'enregistrements à titre de marque de commerce au Canada. Or, même si l'enregistrement du titre en tant que marque de commerce demeure certainement la meilleure avenue pour s'en assurer l'exclusivité, il faut rappeler que le droit d'auteur canadien offre également une protection au titre d'une œuvre, si celui-ci est original et distinctif²⁵. L'article 2 de la Loi énonce ainsi la protection du titre en droit d'auteur :

« Est assimilé à une œuvre le titre de l'œuvre lorsque celui-ci est original et distinctif²⁶. » [Nos soulèvements]

Il ressort de cet article que pour qu'un titre puisse bénéficier d'une protection de droit d'auteur, il devra d'abord se rattacher à une œuvre au sens de la Loi²⁷, mais il devra également être original et distinctif et donc, ne pas être purement descriptif²⁸.

²⁰ *Bernard Thibault c. Les Importations Géocan Inc.*, précité, note 6, par. 15.

²¹ *Wall c. Horn Abbott Ltd.*, précité, note 10, par. 495.

²² MONOPOLY, no. d'enregistrement : LCD5674.

²³ SCRABBLE, no. d'enregistrement: LCD47061.

²⁴ CLUE, no. d'enregistrement : LMC196556.

²⁵ L.D.A., art. 2.

²⁶ L.D.A., art. 2.

²⁷ L.D.A., art. 2.

²⁸ Certains auteurs ont remarqué que la double condition posée afin qu'un titre puisse bénéficier de la protection du droit d'auteur est intéressante, puisqu'elle tend à se rapprocher du droit des marques de commerce. En effet, contrairement à toute autre œuvre qui doit uniquement répondre au critère de l'originalité, le titre doit également être distinctif; une condition qui est généralement associée au domaine des marques de commerce. Voir à ce sujet : Sébastien PIGEON, « Droit d'auteur, marque de commerce et titre d'une œuvre – État de la protection juridique accordée au titre d'une œuvre à la suite de la décision Drolet c. Stiftung », dans Service de la formation continue, Barreau du Québec, *Développements récents en droit du divertissement (2009)*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2009,

Si le premier critère de rattachement à une œuvre peut être relativement facile à atteindre, puisque le titre peut se rattacher à une œuvre littéraire (les règlements) ou sur une œuvre artistique (la planche de jeu), c'est plutôt au niveau de l'évaluation du caractère original et distinctif du titre que peut subsister une certaine incertitude qu'il convient d'éclaircir.

Par exemple, la jurisprudence a jugé dépourvus d'originalité les titres « *Fleur d'amour, fleurs d'amitié* »²⁹, « *The new Canadian bird book* »³⁰, « *Médecine d'aujourd'hui* »³¹ et « *The man who broke the bank of Monte Carlo* »³², alors que les titres « *Popeye* »³³ et « *Bécassine* »³⁴ passèrent avec succès le test des tribunaux.

Dans l'affaire *Flamand c. Société Radio Canada*³⁵, la Cour a considéré que le titre « *Médecine d'aujourd'hui* », qui se rapportait à une émission de télévision portant sur la médecine, était hautement descriptif et non original et qu'il ne devait donc recevoir aucune protection indépendante en vertu de la Loi³⁶.

Si le titre « *Médecine d'aujourd'hui* » ne peut être considéré suffisamment original, il ne peut non plus satisfaire le second critère qui exige que le titre soit distinctif, puisque ce même titre peut facilement être appliqué à une autre série télévisée portant sur le même sujet³⁷.

En revanche, le titre « *Bécassine* » a, quant à lui, été jugé comme distinctif, puisqu'il constitue un élément de reconnaissance de l'œuvre (le nom du personnage principal) et qu'il participe de façon significative à la renommée de celle-ci³⁸.

Ainsi, pour qu'un titre puisse bénéficier d'une protection de droit d'auteur, il devra permettre au public de distinguer l'œuvre³⁹ tout en étant non descriptif, mais également créatif :

« Bien que l'exigence d'une créativité minimale ait été rejetée par notre Cour suprême⁴⁰ pour les œuvres, il semble que l'existence d'une telle créativité sera incontournable afin de conclure à la protection du titre d'une œuvre par droit

p.124. Voir aussi : Stefan MARTIN, *Les jeux de société et leur protection juridique*, Québec, Les publications du Québec, 1994, p.68.

²⁹ *Rochat c. Radio Canada*, [1974] C.S. 638.

³⁰ *Mc. Indoo c. Musson Book Co.*, (1916) 26 D.L.R. 550 (C.A.).

³¹ *Flammand c. Société Radio Canada*, [1967] C.S. 424.

³² *Francis Day & Hunter Ltd. c. Twentieth Century Fox Corporation Ltd.*, [1940] A.C. 112 (Ch. D.).

³³ *King Features Syndicate c. Benjamin Lechter*, [1950] (Ex. C.). 297.

³⁴ *Zlata c. Lever Brothers Ltd.* (1948-49) 8 Fox Pat. C. 122 (C.S.).

³⁵ *Flammand c. Société Radio Canada*, [1967] C.S. 424.

³⁶ S. PIGEON, *op. cit.*, note 28, p.127.

³⁷ S. PIGEON, *op. cit.*, note 28, p.127.

³⁸ S. MARTIN, *op. cit.*, note 28, p.68.

³⁹ S. PIGEON, *op. cit.*, note 28, p.128.

⁴⁰ *CCH Canadienne Ltée c. Barreau du Haut-Canada*, précité, note 4., par. 25.

d'auteur⁴¹ et que le simple critère du talent et du jugement ne serait pas suffisant⁴². »⁴³ [Références dans le texte original].

Cette exigence supplémentaire de créativité pourrait en effet s'expliquer par la nécessité de prévenir qu'un simple arrangement de mots couramment utilisés dans la littérature devienne la propriété exclusive d'un auteur⁴⁴, ce qui nous rappelle encore une fois les parallèles évidents avec le droit des marques de commerce au niveau de la prohibition de l'enregistrement de marques de commerce clairement descriptives.

d. La compilation

Les compilations d'œuvres sont explicitement protégées en vertu de l'article 2 de la Loi, qui définit le terme « compilation » comme visant « les œuvres résultant du choix ou de l'arrangement de tout ou partie d'œuvres littéraires, dramatiques, musicales ou artistiques ou de données »⁴⁵.

Encore une fois, rappelons que la qualité artistique n'est pas un critère et l'originalité doit être évaluée en fonction du choix ou de l'arrangement par le biais d'un exercice de talent et de jugement⁴⁶. Une compilation peut donc être constituée du choix ou de l'arrangement d'œuvres protégées par la Loi, mais peut également être composée du choix ou de l'arrangement de données, qui sont des éléments ne se qualifiant pas individuellement en tant qu'œuvres au sens de la Loi et qui ne sont pas définis expressément dans la Loi.

Par exemple, furent considérés comme des compilations : un certificat d'assurance⁴⁷, un certificat autorisant la pratique médicale⁴⁸, et même la forme et la séquence d'une liste des avis de décès publiée dans un journal⁴⁹.

Les tribunaux ont également considéré qu'un bottin téléphonique contenant uniquement les noms et numéros de téléphone de personnes d'origine italienne

⁴¹ Voir *obiter dictum* dans *Flammand c. Société Radio Canada*, précité, note 31.

⁴² Voir à ce sujet : Stanley RICKETSON, *The Law of Intellectual Property*, Melbourne, Law Book, 1984, par. 5.62-5.63.

⁴³ S. PIGEON, *op. cit.*, note 28, p.128.

⁴⁴ *Rochat c. Société Radio-Canada*, [1974] C.S. 638.

⁴⁵ L.D.A., art. 2.

⁴⁶ Daniel Gervais et Elizabeth F. JUDGE, *Le droit de la propriété intellectuelle*, Cowansville, Les Éditions Yvon Blais, 2006, p.36.

⁴⁷ John S. MCKEOWN, *op. cit.*, note 9; Citant *Continental Casualty Co. c. Beardsley* (1958), 253 F. 2d. 702 (U.S.2d Cir.).

⁴⁸ John S. MCKEOWN, *op. cit.*, note 9; Citant *Latham c. Stevens*, [1913] Macg. Cop. Cas. 83.

⁴⁹ John S. MCKEOWN, *op. cit.*, note 9; Citant *John Fairfax & Son Pty. Ltd. c. Australian Consolidated Press Ltd.* [1960] S.R. (N.S.W.) 413.

constituait une compilation⁵⁰ au sens de la Loi, mais qu'un bottin téléphonique du type des *Pages Jaunes* ne remplissait pas le critère d'originalité nécessaire, puisqu'il s'agissait essentiellement d'une liste de noms et de numéros de téléphone classés par ordre alphabétique⁵¹.

Pour qu'il y ait compilation au sens de la Loi, il est donc nécessaire qu'il existe plus qu'une simple opération mécanique⁵². Pour être originale, la compilation « doit être une œuvre que son auteur a créée de façon indépendante et qui, par les choix dont elle résulte et par son arrangement, dénote un degré minimal de talent, de jugement et de travail »⁵³.

3. La protection des jeux de société dans leur globalité à titre de compilations d'œuvres

Suivant nos commentaires généraux sur les compilations d'œuvres, les différents éléments d'un jeu de société tels que les règlements, les cartes, la table de paiement, la table de jeu ou les divers éléments additionnels tels que les jetons ou les pions sont des éléments protégés par droit d'auteur dans leur individualité. Il ne fait donc nul doute que, suivant un arrangement d'œuvres protégées ayant nécessité un exercice de talent et de jugement de la part de leurs auteurs, les jeux de société puissent être considérés dans leur globalité à titre de compilations d'œuvres au sens de l'article 2 de la Loi⁵⁴.

À cet effet, l'auteur Stefan Martin donne l'exemple du jeu *Trivial Pursuit* :

« Dans le cas du jeu mentionné [Trivial Pursuit], la structure consiste en la combinaison d'une aire de jeu circulaire reliée par une croix permettant une variété de déplacements, d'un ensemble de questions et de réponses classées selon six champs de connaissances, d'une sorte de camembert que possède chaque joueur et qui est destiné à matérialiser les différentes étapes qu'il a franchies. Les règles du jeu coordonnent le tout, en obligeant chaque participant à devenir tout d'abord expert dans chaque domaine, avant de se diriger vers le centre de l'aire de jeu où il devra alors répondre à six questions successives. Les règles afférentes à la protection des compilations devraient conduire à sanctionner toute initiative qui reprendrait directement ou d'une manière déguisée cette structure. »⁵⁵ [Nos soulignements].

⁵⁰ *Ital Press Ltd c. Sicoli*, 86, C.P.R. (3d) 129, par. 107 (F.C.T.D.).

⁵¹ *Télé-Direct (Publications) Inc. c. American Business Information Inc.*, [1998] 2 CF 22, p.15.

⁵² *Ghanotakis c. Expertises didactiques Lyons inc.*, 2006 QCCA 1866, par. 42.

⁵³ *Télé-Direct (Publications) inc. c. American Business Information Inc.*, précité, note 51, par. 28.

⁵⁴ S. MARTIN, *op. cit.*, note 28., p.46-47; Voir aussi *Horn Abbott Ltd. c. W.B. Coulter Sales Ltd.*, (1984) 77 C.P.R. (2d) 145 (C.F.), p. 159.

⁵⁵ S. MARTIN, *id.*, p.47.

4. L'approche traditionnelle de l'évaluation de la contrefaçon des jeux de société

À la lecture de la jurisprudence canadienne et comme le faisait remarquer l'auteur Stefan Martin⁵⁶, la catégorisation d'un jeu de société au rang de compilation pourrait ne pas être suffisante pour lui assurer une protection efficace en droit d'auteur, si l'évaluation de la contrefaçon se limite à la reproduction littérale des éléments littéraires et artistiques, sans porter attention à l'essence de l'œuvre⁵⁷. Voici quelques exemples où une telle méthode d'analyse a été retenue.

i. L'affaire Horn Abbot c. W.B. Coulter Sales Ltd.

Dans l'affaire *Horn Abbot c. W.B. Coulter Sales Ltd.*⁵⁸, la Cour fédérale devait se prononcer sur une injonction interlocutoire présentée par les créateurs du jeu *Trivial Pursuit*, qui souhaitaient empêcher un concurrent de violer leurs droits d'auteurs en commercialisant un jeu nommé *Golden Trivia*⁵⁹.

Dans cette affaire, les jeux de société du demandeur et du défendeur consistaient en un ensemble de cartes comportant des questions et réponses sur différents thèmes, ainsi qu'une planche de jeu sur laquelle le joueur devait progresser après avoir répondu correctement aux questions posées par ses adversaires.

Il est intéressant de constater que le fonctionnement des deux jeux était excessivement similaire. En effet, les seules différences notées par la Cour étaient d'abord le nombre de catégories retenues par chacun des jeux (6 pour le demandeur et 9 pour le défendeur)⁶⁰ ainsi que certaines différences au niveau des règlements (dans *Golden Trivia*, une réponse exacte aux questions était récompensée par l'allocation de cinq points plutôt que de permettre la relance des dés)⁶¹.

En fait, les différences entre les deux jeux étaient tellement ténues que la Cour mentionna dans son jugement qu'il était possible de jouer à l'un en utilisant le matériel de l'autre :

« I fully appreciate that there is a difference in the scoring system which in the case of Trivial Pursuit is closely associated with the use of the playing board to determine the winner.

But with variations the Golden Trivia is susceptible of being played on the Trivial Pursuit board and conversely Trivial Pursuit could be played by awarding points for a correct answer by the simple expedient of assigning the colour code

⁵⁶ S. MARTIN, *id.*, p.48.

⁵⁷ *Robinson c. Films Cinar inc.*, 2009 QCCS 3793 (CanLII), par. 826.

⁵⁸ *Horn Abbot c. W.B. Coulter Sales Ltd.*, précité, note 54.

⁵⁹ *Id.* p.145.

⁶⁰ *Id.*, p.147 et 151.

⁶¹ *Id.*, p.151.

to the six categories to the numbers on the faces of the dice to the detriment of other facets of the game. »⁶².

Pourtant, malgré le fait que les deux jeux étaient si semblables qu'il était possible de jouer à l'un en utilisant le matériel de l'autre, la Cour n'a analysé l'existence de contrefaçon que sous l'angle de la ressemblance des questions inscrites sur les cartes⁶³. À cet égard, la preuve présentée par le demandeur démontrait non seulement que 20% des questions de *Trivial Pursuit* avaient été reprises intégralement dans *Golden Trivia*, mais également que 50% des cartes du jeu du défendeur contenaient au moins une question faisant partie du jeu du demandeur⁶⁴. De plus, la preuve démontrait que le défendeur avait même reproduit certaines erreurs qui s'étaient glissées dans la rédaction des cartes du jeu *Trivial Pursuit*⁶⁵, ce qui peut difficilement constituer un meilleur indice à l'effet que le défendeur a délibérément copié les questions du demandeur.

Malgré le fait que l'injonction interlocutoire ait été accordée aux demandeurs, il est déplorable que la Cour ait décidé de ne considérer uniquement que la contrefaçon liée à la rédaction des questions du jeu. En effet, si une grande partie des questions qui se trouvaient dans le jeu *Golden Trivia* n'avaient pas été identiques à celles de *Trivial Pursuit*, la Cour n'aurait possiblement pas considéré qu'il y avait contrefaçon, et ce même s'il était possible de jouer au premier jeu en utilisant le matériel du second⁶⁶. Ceci dit, il faut se rappeler que cette décision a été rendue au stade de l'injonction interlocutoire et non sur le fond.

ii. L'affaire *Bernard Thibault c. Les Importations Géocan Inc.*

Dans l'affaire *Bernard Thibault c. Les Importations Géocan Inc.*⁶⁷, le demandeur reprochait à la défenderesse d'avoir violé ses droits d'auteurs en réalisant et en mettant en marché un jeu éducatif « similaire au sien ».

Dans son jugement, la Cour supérieure résume ainsi le principe des deux jeux à l'étude :

« Sur un tableau présenté sous la forme d'un calendrier ou grille de quatre semaines, parents, éducateurs ou enfants apposent des autocollants énonçant certains objectifs hebdomadaires, comme « Je fais mon lit ».

À chaque jour, le respect de l'objectif permet à l'enfant d'apposer une image, par exemple une étoile, dans la case correspondant à cette journée.

⁶² *Id.*, p.154.

⁶³ *Id.*, p.154.

⁶⁴ *Id.*, p.158.

⁶⁵ *Id.*, p.158.

⁶⁶ S. MARTIN, *op. cit.*, note 28, p.49.

⁶⁷ *Bernard Thibault c. Les Importations Géocan Inc.*, précité, note 6.

L'accumulation de ces images donne droit à des récompenses et à des encouragements. Certains règlements s'appliquent. »⁶⁸

Pour déterminer s'il y avait eu contrefaçon du jeu du demandeur, la Cour a commencé par vérifier si les différentes versions du jeu de société créées par le demandeur pouvaient faire l'objet d'une protection de droit d'auteur.

Après avoir reconnu que les tableaux et les feuillets du jeu, qui faisaient d'ailleurs l'objet d'enregistrements de droit d'auteur⁶⁹, étaient bien des œuvres littéraires et artistiques au sens de la Loi⁷⁰, la Cour a émis un bref commentaire qui semblait reconnaître une protection de droit d'auteur aux différentes versions du jeu du demandeur dans leur intégralité :

« Bref, les cinq versions du jeu du demandeur sont protégées par droit d'auteur au sens de la Loi »⁷¹.

Or, il importe ici de tempérer cette dernière affirmation de la Cour, puisque dans son jugement, le juge Buffoni n'élabore pas davantage sur le concept de protection *globale* des jeux. Par conséquent, il est difficile d'affirmer avec certitude que l'intention de la Cour était d'accorder le statut d'œuvres protégées en vertu de la Loi aux différentes versions du jeu du demandeur dans leur globalité. Considérant que l'analyse de la Cour se limitait jusque-là aux éléments du jeu dans leur individualité, soit les tableaux et les feuillets, nous sommes d'avis qu'il est difficile d'interpréter cette citation comme étant une reconnaissance jurisprudentielle claire de la possibilité de protéger l'ensemble d'un jeu de société en droit d'auteur canadien.

Après avoir déterminé que les jeux du demandeur pouvaient faire l'objet d'une protection de droit d'auteur, ou du moins certains aspects de ces jeux, la Cour a procédé à une analyse comparative des divers éléments qui composaient les deux jeux étudiés, afin de déterminer s'il y avait bel et bien contrefaçon en l'espèce.

Il convient ici de citer à nouveau le juge Buffoni :

« Ce jeu constitue-t-il une contrefaçon des œuvres du demandeur?

Dans le présent contexte, la contrefaçon est définie comme toute reproduction non autorisée de la totalité ou d'une partie importante de l'œuvre.

Cela dit, on ne répétera jamais assez que le droit d'auteur protège non pas *l'idée* – les idées sont de libre parcours –, mais *l'expression* de l'idée. »⁷²
[Italiques dans le texte original].

Ainsi, la Cour analysa les jeux des parties en détail et s'intéressa particulièrement aux différences qui les distinguaient. Elle a notamment reproché au demandeur

⁶⁸ *Id.*, par. 8.

⁶⁹ *Id.*, par. 12.

⁷⁰ *Id.*, par. 15.

⁷¹ *Id.*, par. 18.

⁷² *Id.*, par. 25-27.

d'avoir concentré toute son attention sur les aspects communs des deux jeux⁷³, alors qu'elle considérait que la défenderesse était parvenue à matérialiser les « idées » du demandeur dans une expression qui lui était propre⁷⁴.

La Cour dressa donc un tableau détaillé des divers éléments composant le « concept »⁷⁵ du jeu du demandeur (et par extension de la défenderesse) et remarqua certaines différences telles que les titres, les couleurs de fond des deux tableaux, les couleurs des cases, etc⁷⁶. La Cour remarqua également que la défenderesse s'était approprié certains éléments du jeu du demandeur, en remplaçant notamment l'inscription « VICTOIRE! » par « Bravo! » et l'inscription « Tu as presque terminé. » par « Me voilà presque au sommet de la gloire! »⁷⁷.

Commentant ces différences, la Cour ajouta que :

« Ces éléments différents du jeu de la défenderesse donnent à ce dernier un style et une présentation visuelle et littéraire fort différente de ceux qui se dégagent du tableau du demandeur. À vrai dire, l'ensemble de ces éléments représente une expression propre à la défenderesse, distincte et indépendante de celle du demandeur, de concepts et d'idées sur lesquels le demandeur n'a aucun monopole. »⁷⁸.

Ainsi, pour la Cour, le jeu de la défenderesse ne constituait pas une contrefaçon du jeu du demandeur :

« La conclusion s'impose : la défenderesse, tout en s'inspirant du concept du demandeur, a adopté une forme d'expression de ce concept qui lui est propre. Même idée, expression différente. »⁷⁹.

Bien que le jugement rendu dans cette affaire nous semble imparfait à certains égards, cette dernière conclusion nous apparaît juste, en ce qu'une protection de droit d'auteur sur un jeu ne devrait pas avoir pour effet d'octroyer un monopole sur un concept ou sur une idée.

Quoi qu'il en soit, nous sommes d'avis que les méthodes d'analyse de la contrefaçon employées dans les décisions susmentionnées ne sont plus applicables, puisque la jurisprudence récente indique que l'évaluation de la contrefaçon dépasse largement la simple reproduction littérale et l'évaluation des différences entre les œuvres, mais implique aussi une évaluation de l'essence de l'œuvre⁸⁰, en observant d'abord les similitudes entre les œuvres.

⁷³ *Id.*, par. 32.

⁷⁴ *Id.*, par. 31.

⁷⁵ *Id.*, par. 29.

⁷⁶ *Id.*, par. 33.

⁷⁷ *Id.*, par.33.

⁷⁸ *Id.*, par. 34.

⁷⁹ *Id.*, par. 41.

⁸⁰ *Robinson c. Films Cinar inc.*, précité, note 57, par. 826.

5. La protection de l'essence de l'œuvre avant l'arrêt Robinson

Le droit d'auteur canadien ne protège pas les idées, mais seulement leur expression originale. En effet, la jurisprudence et la doctrine ont maintes fois répété que « les idées sont de libre parcours »⁸¹, c'est-à-dire que « la pensée elle-même échappe à toute appropriation; elle reste dans le domaine inviolable des idées, dont le privilège est d'être éternellement libre »⁸².

D'ailleurs, la Cour suprême de la Colombie-Britannique mentionnait dans un jugement rendu en 1983 que :

« *There can be no copyright in ideas or information, and it is no infringement of copyright to adopt the ideas of another or to publish informations derived from another, provided there is no copying of the language in which those ideas have, or that informations has, been previously embodied.* »⁸³.

Ainsi, le droit d'auteur canadien semble accorder davantage d'importance à la forme de l'œuvre, donc à son expression matérielle qu'au contenu de celle-ci; comme si les idées ne jouaient aucun rôle dans l'expression et qu'il s'agissait de deux mondes hermétiques⁸⁴.

Or, dans certaines circonstances, les idées revêtiront un caractère essentiel, notamment dans l'évaluation de la contrefaçon. À ce propos, il importe de clarifier ce que nous entendons par le terme « idée ». En effet, s'il est acquis que le droit d'auteur ne protège certainement pas les idées dans le sens de « représentation abstraite, élaborée par la pensée »⁸⁵, nous sommes toutefois d'avis que ce terme peut parfois avoir un caractère concret⁸⁶ et peut évoquer le fondement même d'une œuvre⁸⁷; ce que l'on pourrait également désigner comme la *substance* d'un jeu ou sa structure⁸⁸. Aux fins du présent article, nous emploierons l'expression « essence de l'œuvre »⁸⁹ pour référer à cette notion de fondement d'une œuvre qui doit, selon la jurisprudence canadienne récente, être au centre de l'analyse de la contrefaçon⁹⁰.

⁸¹ Il serait possible de retracer l'origine de cette formule dogmatique jusque dans l'œuvre de Sénèque, tel que mentionné dans : S. MARTIN, précité, note 28, p.30.

⁸² S. MARTIN, *op. cit.*, note 28, p.30.

⁸³ *British Columbia Jockey Club c. Standen*, 1983 322 (BC SC), par. 30; Citant avec approbation *Copinger on Copyright*, 6th ed. (1927), p.31.

⁸⁴ S. MARTIN, *op. cit.*, note 28, p.31.

⁸⁵ LE PETIT LAROUSSE ILLUSTRÉ, 2013, *sub verbo*, « idée ».

⁸⁶ S. MARTIN, *op. cit.*, note 28, p.29.

⁸⁷ « Élaboration originale de la pensée, à l'origine d'une œuvre artistique ou d'une invention », LE PETIT LAROUSSE ILLUSTRÉ, *op. cit.*, note 85, « idée ».

⁸⁸ S. MARTIN, *op. cit.*, note 28, p.46.

⁸⁹ *Robinson c. Films Cinar inc.*, précité, note 57, par. 826.

⁹⁰ *Id.*

D'ailleurs, l'auteur Stefan Martin évoquait cette notion d'idée concrète dans son livre portant sur la protection juridique des jeux de société :

« Envisager l'œuvre à travers sa seule expression équivaut à éroder le processus créatif de sa composante déterminante. Les idées subsistent sans expression, mais l'œuvre n'existe pas sans idée. « Idées, composition, expression » ne constituent pas une trilogie dont le droit peut disposer à souhait, mais forment un tout indissociable. Partie intégrante de l'œuvre, les idées doivent être soumises au même régime que celle-ci. »⁹¹.

L'emploi du terme « idée » plutôt qu'« essence de l'œuvre » dans cet extrait est peut-être répulsif pour un juriste initié au droit d'auteur, mais il n'en demeure pas moins que ces deux termes peuvent être perçus comme des synonymes, à la condition que la distinction fondamentale de l'idée concrète et appliquée versus l'idée immatérialisée demeure. L'idée concrète, fixée dans une forme matérielle⁹², ou *l'essence de l'œuvre*, fait donc référence au contenu de l'œuvre plus qu'à sa forme et doit certainement être protégée par le droit d'auteur :

« *Copyright may be infringed by appropriating a substantial amount of the material published by the original author, although the language employed by the infringer be different and the material be altered* »⁹³.

Depuis 2013, c'est l'arrêt Robinson qui représente l'autorité en matière d'analyse de la contrefaçon de droit d'auteur au Canada, lequel a clarifié la théorie de la reproduction de l'essence de l'œuvre, laquelle nous permet d'envisager une protection de droit d'auteur aux jeux de société dans leur globalité qui dépasse la simple reproduction littérale d'éléments protégeables distincts.

Toutefois, avant d'analyser l'impact de cet arrêt sur la protection juridique des jeux de société en droit d'auteur, il convient de survoler certains autres jugements ayant traité de contrefaçon de droit d'auteur au Canada. En effet, une analyse de la jurisprudence permet de constater que les tribunaux ne se sont pas uniquement contentés de rechercher les reproductions littérales d'œuvres protégées lorsqu'ils ont analysé des allégations de contrefaçon, mais ont parfois cherché à déterminer ce qui constituait *l'essence de l'œuvre* afin de savoir si une partie *importante* de l'œuvre d'origine avait été reproduite, quoiqu'en utilisant parfois d'autres expressions pour communiquer ces notions.

a. *Preston c. 20th Century Fox Canada Ltd*⁹⁴

⁹¹ S. MARTIN, *op. cit.*, note 28, p.33.

⁹² *Wall c. Horn Abbot Ltd.*, précité, note 10, par. 485.

⁹³ *British Columbia Jockey Club c. Standen*, *op. cit.*, note 83, par. 36.

⁹⁴ (1990), 38 F.T.R. 183, 33 C.P.R. (3d) 242 (F.C.), confirmée en appel dans (1993), 164 N.R. 304, 53 C.P.R. (3d) 407 (F.C.A.D.).

Dans cette affaire où le demandeur alléguait être l'auteur des personnages des *Ewoks* représentés dans le célèbre film *Return of the Jedi*, la Cour fédérale s'inspira de la jurisprudence américaine pour établir les facteurs devant être analysés pour déterminer si une partie importante d'une œuvre avait été reproduite :

« *These factors include plot, themes, dialogue, mood, setting or scenes, pace, sequence and characters, so far as these are within the recognized limits of copyright in the protected work. In assessing these factors, a decision ultimately for the trier of fact, the test is ultimately whether the average lay observer, at least one for whom the work is intended, would recognize the alleged copy as having been appropriated from the copyrighted work. »⁹⁵ [Nos soulèvements].*

Il est intéressant de constater que dans ce jugement, la Cour a mis en place un test basé sur la capacité d'un observateur moyen à déceler que l'auteur d'une œuvre s'est approprié les éléments essentiels⁹⁶ d'une œuvre préexistante⁹⁷.

Dans cette affaire, le demandeur n'était toutefois pas parvenu à convaincre la Cour qu'une partie importante de son œuvre avait été reproduite dans le film *Return of the Jedi*⁹⁸, ni qu'il possédait des droits d'auteur au sujet des personnages des *Ewoks*⁹⁹.

*b. Les productions Avanti Ciné Vidéo Inc. c. Daniel Favreau*¹⁰⁰

Dans cette affaire, la demanderesse (« Avanti ») alléguait en première instance une violation de ses droits d'auteur par les défendeurs, en s'appropriant des parties importantes de la populaire série télévisée des demandeurs « La Petite Vie » pour les utiliser dans un film érotique intitulé « La Petite Vite-réflexologie érotique »¹⁰¹. Les défendeurs alléguaient pour leur part que leur film érotique constituait plutôt une parodie de l'œuvre de la demanderesse et qu'il n'y avait donc en l'espèce aucune contrefaçon¹⁰².

⁹⁵ *Id.*, par. 66.

⁹⁶ *Id.*, par. 68.

⁹⁷ Ce test fût notamment repris dans *Tele-Direct (Publications) Inc. c. American Business Information Inc.*, précité, note 53. Ce test a de nouveau été entériné par la Cour supérieure dans *Robinson c. Cinar Corporation*, précité, note 57. par. 615; dont nous traiterons ultérieurement. Précisons également que la Cour suprême a reconnu dans *Cinar Corporation c. Robinson*, précité, note 1, par. 51, que ce test peut parfois être insuffisant et que la preuve d'expert peut, dans certaines circonstances, s'avérer la plus appropriée.

⁹⁸ *Preston c. 20th Century Fox Canada Ltd*, précité, note 94, par. 84.

⁹⁹ *Id.*

¹⁰⁰ 1999 CanLII 13258 (QC CA).

¹⁰¹ *Productions Avanti Ciné-Vidéo inc. c. Favreau*, 1997 IJCan 8792 (QC C.S.), par. 7.

¹⁰² Le juge Rothman de la Cour d'appel a rejeté la défense de parodie en précisant que les parodies devaient être de nature humoristique et que le film *La Petite Vite* n'était, selon lui, qu'une tentative des défendeurs de profiter de la notoriété de l'œuvre des demandeurs sans avoir à créer des personnages, des costumes, des décors ou des péripéties.

En première instance, la Cour supérieure s'est rangée aux arguments des défendeurs en concluant que les personnages de *La Petite Vie* n'étaient pas protégés par droit d'auteur et que *La Petite Vite* n'empruntait peu ou pas à l'œuvre des demandeurs¹⁰³ :

« Les personnages de *La Petite Vie*, eux-mêmes des véhicules appelés à caricaturer la vie quotidienne, comme la voit l'auteur, ne présentent pas des caractéristiques à ce point originales qu'ils puissent, sans jeu de théâtre et sans mot dire, être à eux seuls sujet à protection de droit d'auteur; c'est le jeu auquel ils s'adonnent, les mots qu'ils disent, la scénarisation de leur action qui leur donnent vie, qui les animent et leur confèrent leur caractère propre. Or du jeu, des mots, des textes et objectifs des scénarios d'origine de *La Petite Vie*, *La Petite Vite* ne fait peu ou pas d'emprunt, rien qu'on ne puisse qualifier d'important. »¹⁰⁴.

En appel, le juge Gendreau a rejeté cette conclusion dans ses motifs en mentionnant que les personnages de *La Petite Vie* étaient suffisamment singularisés pour pouvoir bénéficier par eux-mêmes d'une protection de droit d'auteur¹⁰⁵ et qu'ils représentaient par conséquent une partie substantielle (importante) de l'œuvre du demandeur¹⁰⁶.

Puisque le film des défendeurs reprenait les personnages de *La Petite Vie* et que ceux-ci étaient parfaitement reconnaissables dans leurs costumes et leurs manies, la Cour d'appel a donc considéré qu'il y avait contrefaçon de droit d'auteur en l'espèce¹⁰⁷.

Nous retenons de cette affaire que la Cour d'appel ne s'est pas arrêtée au fait qu'aucun des textes ou éléments scénaristiques de l'œuvre des demandeurs n'était repris dans *La Petite Vite* pour rejeter l'allégation de contrefaçon. En effet, en reproduisant les caractéristiques des personnages de la série des demandeurs, les défendeurs avaient tout de même reproduit une partie importante de l'œuvre d'Avanti, et avaient donc violé les droits d'auteur de cette dernière. L'essence de l'œuvre peut donc résider en d'autres endroits que dans le texte du script ou dans la scénarisation d'une œuvre dramatique.

c. *Fénollar c. PRB Média*¹⁰⁸

¹⁰³ *Les productions Avanti Ciné Vidéo Inc. c. Daniel Favreau*, précité, note 100, p.2 des motifs du juge Gendreau.

¹⁰⁴ *Productions Avanti Ciné-Vidéo inc. c. Favreau*, précité, note 101, par. 39.

¹⁰⁵ *Les productions Avanti Ciné Vidéo Inc. c. Daniel Favreau*, précité, note 100, p.24 des motifs du juge Gendreau.

¹⁰⁶ *Id.*, p.25.

¹⁰⁷ *Id.*, p.27.

¹⁰⁸ 2006, QCCS 1956 (CanLII).

Dans cette affaire, les demandeurs souhaitaient que la Cour supérieure émette une injonction interlocutoire à l'encontre des défendeurs, qu'ils accusaient d'avoir copié leur œuvre, consistant en un projet d'émission télévisée portant sur le soccer.

Pour déterminer s'il y avait bel et bien eu contrefaçon de l'œuvre des demandeurs, la Cour mentionna certains critères permettant de déterminer si une partie importante ou substantielle d'une œuvre avait été reproduite :

« La partie utilisée est-elle caractéristique? Porte-t-elle sur un élément ayant exigé beaucoup de temps, d'effort et d'ingéniosité de la part du premier auteur? L'habileté présente et future du demandeur d'exploiter son œuvre en est-elle grandement affectée?

L'utilisateur s'est-il sauvé beaucoup de temps, d'ennuis ou de dépenses en adoptant les caractéristiques de l'œuvre du demandeur?

Le marché auquel s'adresse le travail de l'utilisateur devrait-il en toute justice appartenir à l'auteur? »¹⁰⁹.

Rappelant qu'il fallait regarder les différents éléments qui composent l'œuvre dans leur ensemble, la Cour ajouta qu'il fallait se demander si, aux yeux d'une personne raisonnable ayant les connaissances requises, le projet taxé de contrefaçon reprenait substantiellement l'œuvre¹¹⁰.

Fait intéressant, la Cour a précisé que plus l'œuvre est simple, plus la reproduction devrait être exacte pour qu'il y ait contrefaçon¹¹¹.

En l'espèce, la Cour considéra que l'œuvre des demandeurs n'avait pas été contrefaite par les défendeurs, puisque seul le thème en avait été repris. En effet, les deux œuvres étaient substantiellement différentes, s'adressant à des publics différents et ayant des visées différentes¹¹². Or, le domaine des sports fait partie de la propriété publique et nul ne peut prétendre détenir un droit quelconque sur le sujet du soccer¹¹³ :

« Il y a lieu de distinguer entre la matière faisant l'objet de l'œuvre et le produit résultant du travail consacré à l'élaboration de l'œuvre. »¹¹⁴.

Malgré qu'il n'y ait eu aucune contrefaçon en l'espèce, nous considérons ce jugement intéressant en raison des critères élaborés par la Cour pour établir l'existence d'une contrefaçon. De plus, nous relevons à nouveau l'emploi du test de

¹⁰⁹ *Fénollar c. PRB Média*, précité, note 108, par. 38; Citant l'auteur David VAVER, dans *Intellectual Property Law, Essentials of Canadian Law*, Toronto, Irwin Law, 1997, p. 82-83.

¹¹⁰ *Id.*, par. 40.

¹¹¹ *Id.*, par. 42; Citant avec approbation *Programmation Gagnon inc. c. Formules d'affaires*, J.E. 2001-1323, [2001] R.J.Q. 1509 (C.S.).

¹¹² *Id.*, 49.

¹¹³ *Id.*, 46.

¹¹⁴ *Id.*, 46.

la « personne raisonnable » qui ouvre la porte à une analyse moins rigide de la contrefaçon; se référant plutôt à l'impression de similarité qui se dégage de deux œuvres et ouvrant la porte à la notion d'essence de l'œuvre¹¹⁵.

C. L'IMPACT DE L'ARRÊT ROBINSON SUR LA PROTECTION DES JEUX DE SOCIÉTÉ PAR DROIT D'AUTEUR

1. Résumé de la saga Robinson : L'essence des décisions

En décembre 2013, la Cour suprême du Canada mettait un terme à une saga judiciaire de plus de dix-sept ans et donnait raison à l'auteur Claude Robinson, en confirmant que son œuvre avait bel et bien été contrefaite par les défendeurs. Sans effectuer une analyse approfondie et exhaustive de cet arrêt et des décisions de la Cour supérieure et de la Cour d'appel, il convient aux fins du présent article d'effectuer un résumé sommaire des faits et des conclusions de la Cour suprême au sujet de la contrefaçon dans cette décision marquante en droit d'auteur canadien.

Claude Robinson a passé plusieurs années à créer et concevoir une série télévisée éducative pour enfants intitulée *Les aventures de Robinson Curiosité* (« Curiosité »), en s'inspirant notamment de la célèbre œuvre *Robinson Crusoé* de l'auteur Daniel Defoe. À partir de 1982, il a donc créé des personnages, dessiné des croquis détaillés, élaboré des *story-boards*, écrit des scénarios ainsi que des synopsis et conçu du matériel promotionnel pour son projet¹¹⁶. Il avait d'ailleurs fait enregistrer son œuvre *Curiosité* auprès du Bureau du droit d'auteur¹¹⁷.

De 1985 à 1987, M. Robinson et ses partenaires ont entrepris plusieurs démarches dans le but de faire avancer le projet et ont retenu les services de Cinar Corporation (« Cinar »), afin qu'elle agisse comme consultante pour la promotion de *Curiosité* aux États-Unis¹¹⁸. M. Robinson a alors remis une copie de l'œuvre *Curiosité* à Cinar¹¹⁹.

De 1987 à 1990, M. Robinson et ses partenaires ont poursuivi leurs efforts pour faire avancer leur projet, mais sans succès¹²⁰. Le projet *Curiosité* fut ensuite mis de côté, jusqu'en 1995, lorsque M. Robinson découvrit une nouvelle série télévisée pour enfants : *Robinson Sucroë* (« Sucroë »), qui lui sembla alors être une copie de *Curiosité*¹²¹.

¹¹⁵ Soulignons à nouveau que dans l'arrêt Robinson, la Cour suprême a précisé que la preuve d'expert pouvait, dans certains cas bien précis, s'avérer la plus appropriée. Nous y reviendrons ultérieurement.

¹¹⁶ *Cinar Corporation c. Robinson*, précité, note 1, par. 3.

¹¹⁷ *Id.*

¹¹⁸ *Id.*, par. 4.

¹¹⁹ *Id.*

¹²⁰ *Id.*, par. 4 à 7.

¹²¹ *Id.*, par. 8.

En effet, M. Robinson considérait que les personnages et l'environnement de *Sucroë* ressemblaient fortement aux personnages et à l'environnement de son œuvre¹²², bien que certaines différences pouvaient tout de même être observées¹²³. M. Robinson apprit par ailleurs que plusieurs parties ayant eu accès au projet *Curiosité*, dont Cinar, Ronald Weinberg, Micheline Charest et Christophe Izard, avaient aussi participé à la production de *Sucroë*¹²⁴.

M. Robinson entama donc une action pour violation de droit d'auteur contre Cinar, Ronald Weinberg, Micheline Charest et Christophe Izard et plusieurs coproducteurs et distributeurs¹²⁵, et réclama également des dommages-intérêts à M. Weinberg et Mme Charest, en application des règles de responsabilité extracontractuelle pour manquement à l'obligation de bonne foi et au devoir de loyauté¹²⁶.

En 2009, l'affaire a été entendue par la Cour supérieure du Québec, qui a alors conclu que l'œuvre *Curiosité* était une œuvre originale protégée par le droit d'auteur, que « les créateurs de *Sucroë* avaient copié *Curiosité*¹²⁷ et que les caractéristiques reprises dans *Sucroë* constituaient une partie importante de *Curiosité* »¹²⁸.

En 2011, la Cour d'appel a confirmé les conclusions du juge de première instance sur la violation du droit d'auteur¹²⁹, mais a apporté quelques nuances au jugement de la Cour supérieure en modifiant notamment le quantum des dommages accordés à M. Robinson¹³⁰.

Finalement, en 2013, la Cour suprême a confirmé la décision rendue en première instance et confirmée en appel, en trouvant les défendeurs coupables d'avoir contrefait l'œuvre de M. Robinson. Pour les fins du présent article, nous n'entrerons toutefois pas dans les détails de la décision relatifs aux condamnations pécuniaires et à la solidarité des défendeurs.

2. L'impact de l'arrêt Robinson sur l'évaluation de la contrefaçon

Puisque la Cour suprême n'a pas souvent l'occasion de se prononcer en matière de droit d'auteur, sous réserve de la fameuse pentalogie de décisions rendues en 2012, il est selon nous incontestable que la saga de Claude Robinson constitue l'une des

¹²² *Id.*, par. 9.

¹²³ *Id.*

¹²⁴ *Id.*, par. 10.

¹²⁵ *Id.*

¹²⁶ *Id.*

¹²⁷ La cour a également conclu que Cinar, M. Weinberg et Mme Charest étaient responsables sur le plan extracontractuel, du manquement à leurs obligations de bonne foi et de loyauté; *Id.*, par. 11.

¹²⁸ *Id.*, par. 11.

¹²⁹ *Id.*, par. 13.

¹³⁰ *Id.*, par. 15 à 17.

séries de décisions les plus importantes des dernières années en termes de droit d'auteur canadien. En effet, ces décisions culminant en un arrêt de la Cour suprême ont grandement aidé à préciser les tests applicables en matière d'évaluation de la contrefaçon. Nous considérons que l'application de l'arrêt Robinson pourrait notamment permettre d'envisager une protection des jeux de société au-delà de la simple reproduction littérale des œuvres artistiques et littéraires qu'ils contiennent, contrairement à l'approche retenue dans les décisions rendues par les tribunaux par le passé en matière de contrefaçon de jeux de société.

a. Notions générales sur la partie importante de l'œuvre

L'intérêt principal de l'arrêt Robinson, dans le cadre du présent article, est qu'il a clarifié les critères devant être considérés dans l'évaluation de la contrefaçon d'une œuvre.

Rappelons d'abord que la Loi confère une protection à toute œuvre littéraire, dramatique, musicale ou artistique originale¹³¹ et qu'une œuvre est originale lorsqu'elle résulte de l'exercice du talent et du jugement de l'auteur¹³². Ainsi, tel que l'a mentionné la Cour suprême à juste titre, « la violation du droit d'auteur consiste à s'approprier cette originalité sans autorisation »¹³³. Rappelons également que le droit d'auteur sur une œuvre :

« [...] comporte le droit exclusif de produire ou reproduire la totalité ou une partie importante de l'œuvre »¹³⁴ [Nos soulignements]

Par conséquent, la Loi « ne protège pas chaque [TRADUCTION] « infime partie » de l'œuvre originale, « chaque petit détail qui, si on se l'approprie, ne risque pas d'avoir une incidence sur la valeur de [...] l'œuvre dans son ensemble »¹³⁵.

Pour qu'il y ait contrefaçon d'une œuvre protégée, il faudra donc qu'une « partie importante » de celle-ci ait été reproduite; une évaluation qui devra être effectuée sur une base qualitative plutôt que quantitative, au cas par cas¹³⁶.

Dans l'arrêt Robinson, la Cour suprême s'est chargée de préciser ce concept et a considéré qu'en règle générale, « une partie importante d'une œuvre est une partie qui représente une part importante du talent et du jugement de l'auteur exprimés dans l'œuvre »¹³⁷.

¹³¹ L.D.A., art. 5.

¹³² *CCH Canadienne Ltée. c. Barreau du Haut-Canada*, précité, note 4, par. 16.

¹³³ *Cinar Corporation c. Robinson*, précité, note 1, par. 24.

¹³⁴ L.D.A., art. 3.

¹³⁵ *Cinar Corporation c. Robinson*, précité, note 1, par. 25.

¹³⁶ *Id.*, par. 26.

¹³⁷ *Id.*

Puisqu'il s'agit ici d'un des éléments centraux de notre analyse, il convient de citer les enseignements de la Cour suprême lorsqu'elle aborde le concept de reproduction non littérale :

« Ce ne sont pas seulement les mots sur la page ou les coups de pinceau sur la toile qui peuvent constituer une partie importante d'une œuvre. La Loi protège les auteurs tant contre la reproduction littérale que contre la reproduction non littérale, pourvu que le matériel reproduit constitue une partie importante de l'œuvre contrefaite. Comme l'a affirmé la Chambre des Lords :

[TRADUCTION] [...] la « partie » jugée importante peut être une caractéristique ou une combinaison de caractéristiques de l'œuvre qui représentent l'œuvre d'un point de vue non littéral plutôt que d'en constituer une partie distincte. [...] [L]es éléments originaux de l'intrigue d'une pièce de théâtre ou d'un roman peuvent constituer une partie importante, de sorte qu'il est possible que le droit d'auteur soit violé par une œuvre qui ne reprend aucune phrase du texte original. »¹³⁸.

Dans ce passage, la Cour suprême ne révolutionne pas le droit canadien, puisque la jurisprudence avait déjà confirmé qu'il pouvait y avoir contrefaçon même en l'absence d'une reproduction littérale d'une œuvre. Il s'agit toutefois d'une confirmation récente et sans équivoque de ce principe par le plus haut tribunal au pays.

Selon nous, cette confirmation nous permet désormais de faire un premier pas vers une meilleure application de la protection par droit d'auteur des jeux de société. En effet, la Cour suprême confirme qu'il n'est pas nécessaire qu'il y ait reproduction littérale des règlements d'un jeu de société, à titre d'exemple, pour pouvoir évoquer la contrefaçon, contrairement à certaines analyses ayant été faites par les tribunaux par le passé où l'on se limitait à comparer les emprunts constituant des reproductions littérales.

Suivant les confirmations apportées par l'arrêt *Robinson*, il suffit que la partie empruntée de ces règlements en constitue une « partie importante ». En première instance, le juge Auclair employait les termes « essence », « substance » et « partie vitale de l'œuvre »¹³⁹ pour décrire ce qui constitue une partie importante de celle-ci. L'emploi de ces termes est important, puisqu'il réfère moins à l'aspect quantitatif de l'emprunt qu'à son aspect qualitatif (« substance »)¹⁴⁰.

b. La détermination de la partie importante de l'œuvre

¹³⁸ *Id.*, par. 27.

¹³⁹ *Robinson c. Films Cinar inc.*, précité, note 57, par. 826.

¹⁴⁰ Notons que dans l'affaire *Wall c. Horn Abbot*, la Cour employait l'expression « heart of Trivial Pursuit », précité, note 10, par. 492.

Pour évaluer l'importance de la partie reproduite d'une œuvre, les tribunaux canadiens ont adopté une approche qualitative et globale, c'est-à-dire qu'ils doivent examiner non pas des extraits isolés, mais les deux œuvres dans leur ensemble¹⁴¹.

Dans l'arrêt *Robinson*, la Cour suprême a donc analysé l'effet cumulatif des caractéristiques de *Curiosité* reproduites dans *Sucroë*, afin de déterminer si elles constituent une partie importante du talent et du jugement dont a fait preuve M. Robinson dans la création de l'ensemble de son œuvre¹⁴².

Ainsi, l'approche préconisée par la Cour suprême comporte trois éléments essentiels soit : (1) l'analyse des œuvres dans leur globalité plutôt que d'en examiner chaque partie isolément¹⁴³; (2) l'analyse des ressemblances existantes entre les deux œuvres plutôt que sur leurs différences¹⁴⁴; et (3) l'analyse des caractéristiques reprises par le défendeur, afin de déterminer si elles constituent une partie importante de l'œuvre du demandeur, et non de celle du défendeur¹⁴⁵.

Bien que ces critères aient déjà été appliqués dans une certaine mesure par le passé dans certaines décisions, nous constatons tout de même une divergence avec l'approche préconisée par la Cour supérieure dans l'affaire *Bernard Thibault c. Les importations Géocan Inc.*, où la Cour avait dressé un tableau comparatif des différences entre les deux œuvres, en les analysant côte à côte, plutôt que d'étendre son analyse sur les œuvres dans leur globalité, en accordant une plus grande importance aux similitudes¹⁴⁶.

Néanmoins, la Cour suprême rappelle dans l'arrêt *Robinson* que l'appréciation des différences entre les œuvres n'est pas sans importance dans l'analyse de la partie reproduite d'une œuvre¹⁴⁷ :

« Si les différences sont telles que l'œuvre, prise dans son ensemble, constitue non pas une imitation, mais plutôt une œuvre nouvelle et originale, il n'y a pas de violation du droit d'auteur. Comme l'a indiqué la Cour d'appel, " les différences peuvent n'avoir aucun impact si l'emprunt demeure substantiel. À l'inverse, il se peut aussi qu'il en résulte une œuvre nouvelle et originale, qui est tout simplement inspirée de la première. Tout est donc une question de nuance, de degré et de contexte". »¹⁴⁸.

L'un des aspects essentiels de la saga *Robinson* est qu'elle permet notamment de bien comprendre la portée du concept d'*essence de l'œuvre*. En l'espèce, c'est vers la décision de première instance qu'il faut se tourner pour connaître en détail les

¹⁴¹ *Cinar Corporation c. Robinson*, précité, note 1, par. 35.

¹⁴² *Id.*, par. 36.

¹⁴³ *Id.*, par. 35.

¹⁴⁴ *Id.*, par. 36.

¹⁴⁵ *Id.*, par. 39.

¹⁴⁶ *Bernard Thibault c. Les Importations Géocan Inc.*, précité, note 6, p. 6.

¹⁴⁷ *Cinar Corporation c. Robinson*, précité, note 1, par. 40.

¹⁴⁸ *Id.*

raisons qui ont poussé la Cour suprême à confirmer que l'œuvre de M. Robinson avait été contrefaite, malgré le fait qu'une certaine quantité de différences pouvaient être observées entre les œuvres *Curiosité* et *Crusoë*.

i. Les personnages

Le premier élément analysé par la Cour supérieure a été le degré de ressemblance entre les deux protagonistes ci-dessous, Robinson Curiosité (à gauche) et Robinson Sucroë (à droite).



Observant les similitudes graphiques entre les deux personnages principaux des œuvres comparées, la Cour mentionnait que :

« Sucroë et Curiosité sont de stature moyenne et ont le même âge. Sucroë porte des monocles alors que Curiosité porte des lunettes rondes. Leur nez est arrondi. Quant aux oreilles, celles de Curiosité sont plus grandes que celles de Sucroë. Ils portent tous deux un chapeau. Sucroë a une barbe hirsute alors que celle de Curiosité est taillée. »¹⁴⁹.

Également, la Cour nota certaines ressemblances de caractère entre ces personnages, dont notamment qu'ils démontraient tous deux des caractères boudeurs¹⁵⁰, enfantins¹⁵¹, maladroits¹⁵², naïfs¹⁵³, désordonnés¹⁵⁴, tendres¹⁵⁵, généreux¹⁵⁶ et curieux¹⁵⁷. De plus, les deux personnages avaient une personnalité changeante¹⁵⁸, étaient polyvalents¹⁵⁹, devaient réaliser qu'ils n'étaient pas seuls au

¹⁴⁹ *Robinson c. Films Cinar inc.*, précité, note 57, par. 508.

¹⁵⁰ *Id.*, par. 521.

¹⁵¹ *Id.*, par. 522.

¹⁵² *Id.*, par. 525.

¹⁵³ *Id.*, par. 526.

¹⁵⁴ *Id.*, par. 528.

¹⁵⁵ *Id.*, par. 533.

¹⁵⁶ *Id.*, par. 535.

¹⁵⁷ *Id.*, par. 529.

¹⁵⁸ *Id.*, par. 523.

¹⁵⁹ *Id.*, par. 527.

monde¹⁶⁰, ils avaient de la difficulté à apprécier l'humour des autres¹⁶¹ et ils étaient parfois colériques et impatients envers les autres¹⁶².

Il est intéressant de noter que la plupart de ces traits physiques (lunettes, chapeaux, barbes, nez arrondis) et la plupart de ces traits de caractère (maladroits, tendres, généreux et curieux) sont des caractéristiques fréquemment rencontrés chez les personnages principaux d'œuvres jeunesse. Or, malgré tout, la Cour a considéré qu'il s'agissait d'éléments pertinents pour établir l'existence d'une similitude substantielle entre les deux protagonistes, et ce, malgré l'existence de certaines différences.

Parmi ces différences, la Cour a notamment dénoté la taille des oreilles et l'aspect de la barbe de chacun¹⁶³, ainsi que le degré inégal de curiosité des deux protagonistes¹⁶⁴. Or, le juge de première instance a considéré que ces différences n'étaient pas suffisamment substantielles pour faire oublier le haut degré de similarité entre les personnages¹⁶⁵.

Par ailleurs, la subordination des différences par rapport aux ressemblances entre les personnages apparaît encore plus clairement lorsque la Cour traite de certains personnages secondaires.



En effet, en étudiant les personnages de Vendredi Férié et de Mercredi (ci-dessus), la Cour a bien entendu dénoté certaines différences physiques, mais a surtout considéré que le haut degré de similitudes caractérielles des deux personnages suffisait à conclure à une similitude substantielle entre ceux-ci¹⁶⁶.

¹⁶⁰ *Id.*, par. 524.

¹⁶¹ *Id.*, par. 532.

¹⁶² *Id.*, par. 534.

¹⁶³ *Id.*, par. 508.

¹⁶⁴ *Id.*, par. 531.

¹⁶⁵ *Id.*, par. 536.

¹⁶⁶ *Id.*, par. 556.

Le même type de raisonnement fût appliqué pour la comparaison des personnages de Boum Boum et de Duresoirée¹⁶⁷ :



De Léon le caméléon et de Petitevacances¹⁶⁸ :



Ainsi que du Paresseux et de Dimanchemidi¹⁶⁹ :



Ainsi, même en comparant des personnages animaux à des personnages humains, la Cour en est venue à la conclusion que leurs caractéristiques globales permettaient

¹⁶⁷ *Id.*, par. 557 et ss.

¹⁶⁸ *Id.*, par. 585 et ss.

¹⁶⁹ *Id.*, par. 593 et ss.

de conclure à une similitude substantielle entre ces personnages. Nous croyons que ces exemples démontrent à nouveau que l'analyse de la contrefaçon ne doit pas se faire en comparant de façon littérale les éléments qui composent chaque œuvre, mais qu'il importe plutôt de s'interroger sur ce qui constitue *l'essence* de l'œuvre ou de chacun de ses éléments protégeables. Rappelons que l'interprétation de la Cour supérieure a été retenue dans l'arrêt de la Cour suprême¹⁷⁰.

ii. Les lieux – l'environnement

Après avoir analysé les similitudes entre les personnages, la Cour supérieure s'est intéressée aux lieux et à l'environnement dans lesquels les deux œuvres prennent place. L'analyse portait donc sur les bâtiments, sur le décor, sur les véhicules et sur les animaux observés.



Comparant la résidence des personnages principaux¹⁷¹ de *Curiosité* et *Sucroë*, la Cour en vint à la conclusion que :

« La maison de Robinson est omniprésente dans la série.

L'observateur moyen en arrive facilement à la conclusion qu'il s'agit là d'une similitude substantielle qui ne découle pas du hasard, mais bien d'une imitation à peine déguisée par les défenseurs.

Un dessin de la façade de maison dans *Curiosité* se retrouve substantiellement reproduit dans la façade de la maison de *Sucroë*. Sur les deux maisons en forme de « L », on y retrouve l'observatoire et la tour du côté gauche et, à proximité, un potager. »¹⁷²

¹⁷⁰ *Cinar Corporation c. Robinson*, précité, note 1, par. 45.

¹⁷¹ Il fût noté au procès que la résidence représentée sur la photo de droite n'est pas celle de Robinson *Sucroë* mais bien celle de *Vendredi*. La Cour n'a pas jugé cet argument pertinent, puisqu'il s'agit du dessin de la maison d'un des principaux personnages. *Robinson c. Films Cinar inc.*, précité, note 57, par. 617.

¹⁷² *Id.*, par. 614-616.

Concernant les décors, la Cour n'a pas accordé beaucoup de poids au lieu où se déroule l'action – une île des mers du Sud ayant une végétation abondante¹⁷³ –, mais a accordé davantage d'importance à certains éléments plus caractéristiques tels que la présence d'une plante carnivore¹⁷⁴, d'une grotte hantée¹⁷⁵, de transport en commun (métro ou train)¹⁷⁶, etc.

Il est également intéressant de constater que la Cour supérieure a eu recours au même test que celui employé dans l'arrêt *Preston c. 20th Century Fox Canada*¹⁷⁷ dont nous avons traité précédemment, soit le test de l'observateur moyen. Elle a toutefois également eu recours à un témoignage d'expert sur certains aspects de son évaluation des similitudes entre les œuvres.

À ce sujet, la Cour suprême a apporté certains commentaires sur l'admission de la preuve d'expert dans un procès, que ce soit en matière de droit d'auteur ou pour d'autres types de droits de propriété intellectuelle :

« Pour que la preuve d'expert soit admise au procès, elle doit a) être pertinente; b) se révéler nécessaire pour aider le juge des faits; c) ne pas contrevenir à une règle d'exclusion; et d) être présentée par un expert suffisamment qualifié : *R. c. Mohan*, 1994 CanLII 80 (CSC), [1994] 2 R.C.S. 9. Ces critères s'appliquent tant aux procès pour violation du droit d'auteur qu'aux autres affaires de propriété intellectuelle : *Masterpiece Inc. c. Alavida Lifestyles Inc.*, 2011 CSC 27 (CanLII), 2011 CSC 27, [2011] 2 R.C.S. 387, par. 75. »¹⁷⁸.

Ainsi, dans certains cas, il peut être nécessaire de ne pas s'en tenir au point de vue d'un profane ou d'un observateur moyen, mais de plutôt demander l'assistance d'un expert afin d'éclairer le juge de première instance « de manière à ce que celui-ci soit en mesure de poser sur les œuvres le regard d'une [TRADUCTION] « personne raisonnablement versée dans l'art ou la technologie en cause » »¹⁷⁹.

Dans le cas de l'affaire Robinson, la Cour suprême a confirmé que le juge de première instance n'avait pas commis d'erreur en admettant le témoignage d'un expert en sémiologie, soit l'étude des signes et des symboles ainsi que de la façon dont ceux-ci transmettent un message, suivant l'application du test susmentionné. Ainsi, dans certains cas spécifiques, un témoignage d'expert pourrait être requis pour évaluer les similitudes entre deux jeux de société, bien que l'on appliquera plus généralement le test de l'observateur moyen.

¹⁷³ *Id.*, par. 620.

¹⁷⁴ *Id.*, par. 622.

¹⁷⁵ *Id.*, par. 623.

¹⁷⁶ *Id.*, par. 629.

¹⁷⁷ *Preston c. 20th Century Fox Canada*, précité, note 94, par. 66.

¹⁷⁸ *Cinar Corporation c. Robinson*, précité, note 1, par. 49.

¹⁷⁹ *Id.*, par. 51.

iii. Les éléments scénaristiques

Puisque les deux œuvres *Curiosité* et *Sucroë* sont toutes deux inspirées de l'œuvre *Robinson Crusoë* de Daniel Defoe publiée pour la première fois en 1719, il est normal qu'elles présentent certains éléments scénaristiques similaires. Toutefois, la Cour supérieure a notamment jugé pertinent le fait que les deux œuvres comportent des références à un journal¹⁸⁰, à un logo désignant l'île¹⁸¹, à un service postal sur l'île¹⁸², etc.



En somme, le juge de première instance, tout comme ceux des tribunaux supérieurs, ont considéré que malgré les différences existantes entre les œuvres (les noms et apparences de certains personnages, lieux, etc.), il était toujours possible de relever dans *Sucroë* des caractéristiques tirées de *Curiosité* et que ces caractéristiques constituaient une « partie importante » de l'œuvre de M. Robinson¹⁸³ :

« L'émission *Sucroë* n'est pas seulement la reproduction d'éléments génériques dont tous peuvent s'inspirer. Elle est également la reproduction de la combinaison particulière de personnages qui figurent dans *Curiosité* et qui ont des traits de personnalité distincts, habitent ensemble et interagissent sur

¹⁸⁰ *Robinson c. Films Cinar inc.*, précité, note 57, par. 633 et ss.

¹⁸¹ *Id.*, par. 637 et ss.

¹⁸² *Id.*, par. 639.

¹⁸³ *Cinar Corporation c. Robinson*, précité, note 1, par. 41.

une île tropicale – des éléments qui représentent une partie importante du talent et du jugement exprimé dans *Curiosité*. »¹⁸⁴.

Également, la Cour supérieure précise que c'était aux défendeurs qu'incombait le fardeau de faire la preuve des similitudes qu'ils souhaitaient voir écarter par le Tribunal :

« Le défendeur devra prouver à la satisfaction de la cour l'existence de ces œuvres ou informations accessibles à tous. Il devra montrer de plus qu'il a réussi à créer son œuvre à partir de ces sources sans un usage illégitime de l'œuvre du demandeur »¹⁸⁵ [Soulignement dans le texte original].

c. La valeur des différences dans l'appréciation de la reprise d'une partie importante d'une œuvre

Les tribunaux mentionnent souvent que les différences entre les œuvres conservent une certaine importance dans l'évaluation de la contrefaçon. En effet, si la Cour est d'avis que les différences sont telles que l'œuvre, prise dans son ensemble, constitue non pas une imitation, mais plutôt une œuvre nouvelle et originale, alors n'y aura pas de violation de droit d'auteur¹⁸⁶. Néanmoins, comme le mentionnait la Cour supérieure en citant l'auteur français Pierre Yves Gauthier :

«Pour toutes ces œuvres [...], les défendeurs/prévenus font plaider leurs avocats sur les différences existant entre les deux œuvres. La réponse des juges est invariablement la suivante : la contrefaçon s'apprécie d'abord par le groupement et l'addition des points de ressemblance, après quoi, l'on passera aux différences. Si celles-ci ne détruisent pas l'impression d'ensemble de démarquage, la condamnation s'ensuivra. De ce point de vue, elles ont souvent pour but de masquer l'intention de fraude »¹⁸⁷ [Nos soulignements].

Ainsi, le fait que le contrefacteur ait ajouté des éléments à l'œuvre contrefaite importe peu, de prime abord, puisque la question importante demeure de savoir si celui-ci a repris sans autorisation une partie importante de l'œuvre originale¹⁸⁸. L'appréciation des différences entre les œuvres doit donc être subordonnée aux ressemblances observables entre celles-ci.

D. L'APPLICATION DE L'ARRÊT ROBINSON À LA PROTECTION DES JEUX DE SOCIÉTÉ PAR DROIT D'AUTEUR

¹⁸⁴ *Id.*, par. 46.

¹⁸⁵ *Robinson c. Films Cinar inc.*, précité, note 57, par. 656.

¹⁸⁶ *Cinar Corporation c. Robinson*, précité, note 1, par. 40.

¹⁸⁷ *Robinson c. Films Cinar inc.*, précité, note 57, par. 669.

¹⁸⁸ *Id.*, par. 668.

Nous avons déjà mentionné que les jeux de société ne bénéficient traditionnellement pas d'une protection de droit d'auteur au Canada dans leur globalité, mais uniquement sur les éléments individuels protégeables qui les composent.

Nous avons toutefois déterminé, après une analyse détaillée, que les jeux de société devraient être protégeables à titre de compilation, ce qui a d'ailleurs déjà été envisagé par la doctrine¹⁸⁹ et la jurisprudence¹⁹⁰, puisque la structure d'un jeu de société consiste notamment en l'assemblage d'œuvres littéraires (règlements) et artistiques (planche de jeu et matériel au soutien du jeu). Toutefois, comme nous l'avons démontré en analysant la décision *Horn Abbot Ltd. c. W.B Coulter Sales Ltd.*¹⁹¹, une telle protection deviendrait inutile si l'évaluation de la contrefaçon d'une compilation ne portait que sur la reproduction littérale des divers éléments qui la composent. Le cas échéant, cela aurait pour effet de permettre que la protection accordée par la Loi soit contournée simplement en modifiant la couleur de la planche de jeu¹⁹² ou le libellé exact des instructions¹⁹³.

À cet effet, nous avons déterminé en analysant l'arrêt *Robinson* que la détermination de la contrefaçon ne doit pas porter uniquement sur l'existence ou non d'une reproduction littérale d'une œuvre, mais bien sur l'existence de la reproduction de *l'essence de l'œuvre* :

« Ce qui est bien établi, cependant, c'est le fait que la reproduction littérale d'une œuvre dans sa totalité constitue toujours une contrefaçon. Par contre, lorsque la reproduction ne couvre qu'une partie d'une œuvre protégée le juge refusera de considérer le critère quantitatif pour retenir plutôt le critère qualitatif. Le critère qualitatif exprime l'idée que dès que l'on reproduit ce qui est l'essence même, la substance ou la partie vitale d'une œuvre protégée il y a contrefaçon. Cette situation peut se réaliser même si l'on ne reproduit que quelques lignes d'un texte par ailleurs important ou un seul caractère d'une bande dessinée, ou quelques mesures d'une œuvre musicale. À chaque fois, le juge s'appliquera à situer la reproduction par rapport à l'ensemble de l'œuvre originale. S'il constate que la reproduction reprend l'essence même de l'œuvre originale, il conclura à la contrefaçon »¹⁹⁴ [Nos soulignements]

En étudiant certaines décisions portant sur la contrefaçon, nous avons donc observé que *l'essence de l'œuvre* pouvait notamment se situer dans les costumes ou les manies de personnages d'une série télévisée¹⁹⁵, dans les caractéristiques caractérielles des personnages¹⁹⁶, ou dans le choix des lieux où se situe l'action

¹⁸⁹ S. MARTIN, *op. cit.*, note 28, p.46.

¹⁹⁰ *Horn Abbot c. W.B. Coulter Sales Ltd.*, précité, note 54.

¹⁹¹ *Id.*

¹⁹² *Bernard Thibault c. Les Importations Géocan Inc.*, précité, note 6.

¹⁹³ *Horn Abbot c. W.B. Coulter Sales Ltd.*, précité, note 54.

¹⁹⁴ *Robinson c. Films Cinar inc.*, précité, note 57; Citant Christian VINCKE, (Pierre A. CÔTÉ et Victor NABHAN), *Problèmes de droit d'auteur en éducation*, Éditeur officiel, Québec, 1974, p. 36 et 38.

¹⁹⁵ *Les productions Avanti Ciné Vidéo Inc. c. Daniel Favreau*, précité, note 100, p.27.

¹⁹⁶ *Robinson c. Films Cinar inc.*, précité, note 57.

d'une série télévisée¹⁹⁷, et ce, même sans reproduction littérale de ces divers éléments¹⁹⁸.

À ce sujet, le test appliqué en jurisprudence vise à déterminer si l'observateur moyen arriverait facilement à la conclusion que les éléments similaires des deux œuvres analysées représentent des *similitudes substantielles* qui ne découlent pas du hasard, mais bien d'une imitation déguisée de l'œuvre originale¹⁹⁹, sous réserve du recours à un expert dans certains cas bien spécifiques, tel que mentionné précédemment.

Partant de ces postulats et pour reprendre l'exemple que nous avons utilisé au début du présent article, nous considérons que la commercialisation d'un jeu de société dans lequel les joueurs devraient faire l'acquisition du plus grand nombre de terrains possible sur une planche de jeu afin de détenir un monopole *devrait* être considérée comme une contrefaçon du célèbre jeu *Monopoly*; et ce même si ce nouveau jeu n'était pas intitulé *Monopoly* et même si aucun des éléments littéraires ou artistiques du célèbre jeu n'était repris à l'identique. Il faudrait cependant qu'un certain nombre des caractéristiques qui constituent l'essence du jeu *Monopoly* y soient reproduits sous une forme reconnaissable par l'observateur moyen. Pensons notamment au fait d'utiliser des pions ayant la forme d'objets du quotidien, la présence d'une prison, de cartes de chances, de noms différents sur chacun des terrains, etc.

Nous avançons donc qu'un observateur moyen qui se verrait proposer un tel jeu aurait tôt fait d'établir le parallèle avec le jeu *Monopoly* et qu'il pourrait même être porté à croire qu'il s'agit d'une version alternative de celui-ci. En effet, chacun des éléments constitutifs du jeu *Monopoly*, dont notamment faire l'acquisition de terrains sur une planche de jeu, tenter de détenir un monopole, construire des bâtiments sur les terrains, taxer les joueurs dont le pion se pose sur ses terrains, etc., constituent selon nous l'essence de la compilation d'œuvres qu'est le jeu *Monopoly*. Il s'agirait de la substance de ce jeu; de sa partie vitale.

À partir du moment où l'on accepte le postulat selon lequel les jeux de société peuvent constituer une compilation d'œuvres (littéraires et artistiques) au sens de la Loi, et que l'essence d'une compilation d'œuvre se situe au-delà de l'expression littérale des œuvres qui la composent, alors nous considérons qu'il devient nécessaire de protéger la substance d'un jeu de société dans sa globalité.

Encore une fois, rappelons que le droit d'auteur ne protège pas les idées ou les thèmes généraux. Ainsi, il demeure possible de créer une série télévisée pour enfants, inspirée de l'œuvre *Robinson Crusoé*; tout comme il demeure possible de créer un jeu de société ayant pour thème l'immobilier et l'obtention d'un monopole. Cependant, ces œuvres devront être nouvelles et originales, et ne devront pas

¹⁹⁷ *Id.*

¹⁹⁸ *Robinson c. Films Cinar inc.*, précité, note 57, par. 823.

¹⁹⁹ *Id.* par. 615.

s'accaparer une partie importante du talent et du jugement exprimé par l'auteur d'une œuvre préexistante.

D'ailleurs, une telle conclusion est en parfait accord avec le fondement même de la *Loi*, qui est de permettre à l'auteur d'une œuvre (ou d'une compilation d'œuvres) de tirer un avantage de ses efforts, dans le but de favoriser la création de nouvelles œuvres²⁰⁰.

Au surplus, puisque l'essence ou la structure d'un jeu de société ne peut faire l'objet d'une protection par brevet²⁰¹ ou dessin industriel²⁰², nous considérons que le droit d'auteur constitue le dernier recours des auteurs qui font manifestement preuve de talent et de jugement en créant des jeux de société qui peuvent revêtir une complexité impressionnante.

E. CONCLUSION

L'analyse présentée dans le présent article démontre qu'en droit canadien, un jeu de société devrait pouvoir bénéficier d'une protection de droit d'auteur à titre de compilation d'œuvres. Évidemment, le droit d'auteur canadien ne protège pas les idées, les systèmes ou les méthodes. Ainsi, ce n'est pas le système ou la méthode de jeu qui est protégeable, mais bien plus l'ensemble d'œuvres protégeables faisant partie du jeu de société qui dans son tout constitue une compilation d'œuvres, sans besoin d'une intervention humaine additionnelle.

D'autre part, la présente analyse ne visait pas à examiner la « prestation » des joueurs lorsqu'ils jouent à un jeu de société, en suivant les directives contenues dans les règlements et en combinant le tout avec une bonne dose de hasard et de chance. Une analyse de cette seule question pourrait bénéficier d'un article de fond en soi, par le biais de parallèles ou de distinctions avec les œuvres musicales et dramatiques interprétées par des musiciens ou comédiens, ou encore avec l'expérience des personnes jouant à des jeux vidéo interactifs ou multi-joueurs, à titre d'exemples.

Certains pourraient reprocher à notre thèse d'avoir pour effet d'octroyer un monopole à des idées ou des thèmes privant par exemple toute personne de réaliser un jeu de société éducatif comportant des objectifs liés aux tâches ménagères. Ce n'est toutefois pas le cas, puisque nous reconnaissons que le droit d'auteur ne protège

²⁰⁰ *Cinar Corporation c. Robinson*, précité, note 1, par. 23.

²⁰¹ OFFICE DE LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE DU CANADA, *Recueil des pratiques du Bureau des brevets*, Ottawa, Industrie Canada, section 12.06.05, disponible en ligne au < http://www.opic.ic.gc.ca/eic/site/cipointernet-internetopic.nsf/fra/wr03153.html#n12_06_05 >. Il faut toutefois spécifier que les éléments physiques permettant de jouer au jeu (table, plateau, etc.) qui répondraient aux critères d'utilité, nouveauté et inventivité pourraient par contre être brevetables.

²⁰² Précisons qu'une planche de jeu de société pourrait faire l'objet d'un dessin industriel; mais qu'une telle protection n'offrirait aucune protection à l'essence de cette œuvre. À ce propos, voir S. MARTIN, *op. cit.*, note 28, p.97 et ss.

pas les idées, ces dernières étant de libre parcours et échappant donc à toute appropriation. C'est plutôt l'expression concrète de ces idées sous la forme d'une compilation d'œuvres protégées qui doit se voir octroyer une protection de droit d'auteur.

Ceci dit, nous rappelons ici que les critères d'évaluation de la contrefaçon relatifs à l'essence d'une œuvre, avalisés par la Cour suprême dans l'arrêt *Robinson*, doivent être analysés au cas par cas, de façon qualitative, en observant d'abord les similitudes entre les œuvres et en gardant à l'esprit que certains thèmes, certaines structures de langage et bien entendu, certaines idées, doivent demeurer du domaine public. C'est cette méthode d'analyse qui devrait être retenue à l'avenir pour toute évaluation de la contrefaçon entre deux jeux de société, plutôt qu'une comparaison littérale des différences entre ceux-ci.

Ainsi, nous considérons qu'il serait possible de créer un jeu de société original en s'inspirant du thème d'un autre jeu déjà existant, tel que le jeu de *Monopoly* à titre d'exemple. Il faudrait toutefois que ce nouveau jeu soit original en soi, et qu'il ne reproduise pas une partie importante du jeu de *Monopoly*, ou en d'autres termes, « l'essence » du jeu de *Monopoly*.

Il serait donc possible de créer un jeu de société sur l'immobilier dont le thème principal serait l'acquisition de propriétés, sans effectuer une violation des droits d'auteur sur le jeu de *Monopoly*, si l'aspect visuel de la planche de jeu était d'une forme différente (par exemple : ronde), si les règlements permettant l'acquisition de propriétés étaient différents (par exemple : l'acquisition d'une propriété si le joueur roule un double suite à un lancer de deux dés), si les joueurs devaient effectuer des actions différentes en tombant sur une case où se situe la propriété d'un autre joueur (par exemple : effectuer un défi identifié sur une carte pigée au hasard), si les pions étaient différents (par exemple : des pions d'échec), si le titre du jeu était différent (par exemple : Immobilio-défi), etc. Évidemment, l'analyse de la contrefaçon ne viserait pas à identifier d'abord les différences entre les deux jeux, mais bien les similitudes entre ceux-ci, tel que mentionné précédemment.

Bref, est-ce que l'arrêt *Robinson* constitue l'as permettant aux concepteurs de jeux de société de crier *Black Jack*? Selon nous, il s'agit à tout le moins d'un joker permettant de remettre en question la protection des jeux de société telle qu'elle est tenue pour acquise depuis trop longtemps.

ROBIC, S.E.N.C.R.L.
www.robic.ca
info@robic.com

MONTRÉAL
1001, Square-Victoria - Bloc E - 8^e étage
Montréal (Québec) Canada H2Z 2B7
Tél.: +1 514 987-6242 Téléc.: +1 514 845-7874

QUÉBEC
2828, boulevard Laurier, Tour 1, bureau 925
Québec (Québec) Canada G1V 0B9
Tél.: +1 418 653-1888 Téléc.: +1 418 653-0006

ROBIC, S.E.N.C.R.L.
www.robic.ca
info@robic.com

MONTRÉAL
1001, Square-Victoria - Bloc E - 8^e étage
Montréal (Québec) Canada H2Z 2B7
Tél.: +1 514 987-6242 Téléc.: +1 514 845-7874

QUÉBEC
2828, boulevard Laurier, Tour 1, bureau 925
Québec (Québec) Canada G1V 0B9
Tél.: +1 418 653-1888 Téléc.: +1 418 653-0006

ROBIC, S.E.N.C.R.L.
www.robic.ca
info@robic.com

MONTRÉAL
1001, Square-Victoria - Bloc E - 8^e étage
Montréal (Québec) Canada H2Z 2B7
Tél.: +1 514 987-6242 Téléc.: +1 514 845-7874

QUÉBEC
2828, boulevard Laurier, Tour 1, bureau 925
Québec (Québec) Canada G1V 0B9
Tél.: +1 418 653-1888 Téléc.: +1 418 653-0006

ROBIC, S.E.N.C.R.L.
www.robic.ca
info@robic.com

MONTRÉAL
1001, Square-Victoria - Bloc E - 8^e étage
Montréal (Québec) Canada H2Z 2B7
Tél.: +1 514 987-6242 Téléc.: +1 514 845-7874

QUÉBEC
2828, boulevard Laurier, Tour 1, bureau 925
Québec (Québec) Canada G1V 0B9
Tél.: +1 418 653-1888 Téléc.: +1 418 653-0006