Vol. 32, nº 2

Survol des décisions récentes en droit du divertissement

Martine Tremblay et Camille Avery-Benny*

RÉSUMÉ / ABSTRACT 259

INTRODUCTION 261

1. ŒUVRES AUDIOVISUELLES 263

1.1 *Evans* c. *Discovery Communications LLC* 263

1.1.1 Faits et questions en litige 263

1.1.2 L'analyse et les conclusions de la Cour 264

1.2 *Young* v. *Thakur*. 265

1.2.1 Faits et questions en litige 265

1.2.2 L'analyse et les conclusions de la Cour 265

2. PHOTOGRAPHIES 268

2.1 *Capitale en fête inc.* c. *Ouellet* 268

2.1.1 Faits et questions en litige 268

2.1.2 L'analyse et les conclusions de la Cour 269

© Martine Tremblay et Camille Avery-Benny, 2020.

* Me Tremblay est avocate et consultante en droit du divertissement et Madame Avery-Benny est parajuriste chez Lussier & Khouzam et étudiante en droit à l'Université du Québec à Montréal.

[Note : cet article a été soumis à une évaluation à double anonymat.]

3. PARODIE ET HUMOUR 271

3.1 *MédiaQMI inc.* c. *Murray-Hall* 271

3.1.1 Faits et analyse de la Cour. 271

3.1.2 L'analyse et les conclusions de la Cour 273

3.2 *Ward* c. *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse (Gabriel et autres)* 280

3.2.1 Faits et analyse de la Cour. 280

3.2.2 L'analyse et les conclusions de la Cour 282

4. ŒUVRES CRÉÉES EN COLLABORATION 286

4.1 *Leclerc* c. *Brodeur (Éditions du Carnet)* 286

4.1.1 Faits et analyse de la Cour. 286

4.1.2 L'analyse et les conclusions de la Cour 287

CONCLUSION. 288

RÉSUMÉ

Dans le vaste univers du divertissement, la liberté artistique ne peut être absolue. Ses limites, parfois définies par la loi, se clarifient à travers nombre de jugements rendus chaque année. Cet article propose une revue de certaines décisions récentes apportant nuances et précisions en matière de droit de la propriété intellectuelle et de liberté artistique. De ces litiges mettant en cause des créations audiovisuelles, musicales, photographiques, littéraires et humoristiques découle une analyse des notions d'œuvre artistique, d'originalité, de satire, de discrimination et d'oeuvre créée en collaboration.

ABSTRACT

In the vast universe of entertainment, artistic freedom cannot be absolute. Its limits, sometimes defined by law, are clarified through a number of judgments rendered each year. This article offers an overview of a few recent decisions providing nuances and clarifications in matters of intellectual property law and artistic freedom. From these disputes involving audiovisual, musical, photographic, literary and humorous creations follows an analysis of the concepts of artistic work, originality, satire, discrimination and of works of joint authorship.

In limits, there is freedom. Creativity thrives within structure.

Julia Cameron

Le monde de la réalité a ses limites ; le monde de l'imagination est sans frontières.

Jean-Jacques Rousseau

INTRODUCTION

La production artistique au Québec fait face à de nombreux défis : le sous-financement de la majorité des formes de production artistique, la précarité du statut économique des artistes, le marché restreint pour les œuvres locales, et parfois même des enjeux de légitimité liés au fait que la production artistique doit très souvent sa survie aux subventions gouvernementales… Et pourtant, chaque jour, des chefs-d'œuvre de créativité, d'ingéniosité et d'originalité naissent malgré vents et marées. Les artistes et producteurs qui œuvrent dans le domaine culturel sont appelés à créer dans un monde rempli de limites. Parmi elles, les contraintes imposées par le droit.

Le droit du divertissement est un domaine qui, en soi, est une compilation de diverses autres sphères juridiques qui s'influencent les unes les autres pour créer un corpus au sein duquel le praticien développe une certaine expertise. En effet, il s'agit essentiellement d'appliquer les règles du droit des contrats, de la propriété intellectuelle, du droit à l'image, du droit à la vie privée et même de la *Charte des droits et libertés de la personne*, tel qu'a pu nous l'enseigner la Cour d'appel cette année dans l'affaire Ward[1]. Le droit des assurances, par le biais de la très populaire assurance Erreurs et Omissions, en est également un aspect important. Quant aux relations de travail,

1. *Ward* c. *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse (Gabriel et autres)*, 2019 QCCA 2042.

ce milieu étant depuis fort longtemps encadré par des conventions collectives entre producteurs et artistes, les règles du droit du travail contribuent elles aussi à faire évoluer le droit du divertissement. Certains y assimilent également les règles de droit liées aux enjeux réglementaires de l'industrie, comme les lois et règlements appliqués par le CRTC ou encore, la mise en place de tarifs liés au droit d'auteur à la Commission du droit d'auteur.

Ainsi, l'expression « droit du divertissement » couvre un très large spectre de disciplines : sont souvent assimilés au droit du divertissement, le droit du sport, des médias, des télécommunications, de la publicité, de l'édition… Et même dans le domaine connu sous le nom « droit du divertissement », des spécialités liées au monde juridique émergent : la libération de droits musicaux, qui requiert souvent une expertise bien particulière du domaine musical, ou encore la libération d'archives audiovisuelles ou photographiques pour laquelle des archivistes allient leurs connaissances à celles de leurs collègues avocats ou parajuristes.

Le présent texte ne peut évidemment aborder toutes les décisions qui pourraient, directement ou indirectement, avoir une influence sur les domaines du droit qui touchent de près ou de loin le « droit du divertissement ». Nous avons donc privilégié les décisions récentes dont le contexte, de manière générale, touche directement le divertissement, avec une préférence pour les décisions ayant un lien avec la propriété intellectuelle, ou pouvant avoir une incidence sur la gestion des risques qui est au centre de la pratique pour celles et ceux d'entre nous qui conseillons producteurs ou assureurs d'œuvres audiovisuelles ou musicales.

Nous aborderons donc la thématique imposée « *Survol des décisions récentes en droit du divertissement* » en analysant celles-ci sous l'angle qui émerge du biais des auteures, c'est-à-dire en étudiant ces décisions pour comprendre leur impact sur la gestion du risque pour les entreprises de production musicale et audiovisuelle, et pour favoriser les « meilleures pratiques » à implanter à la lumière de celles-ci.

Évidemment, les décisions choisies pourraient également être analysées en fonction d'autres critères que celui du droit du divertissement. Le présent texte ne vise pas à intellectualiser ces décisions ni à en tirer de grandes leçons, les décisions de la fin 2018 et de 2019 ne changeant pas de manière importante l'état du

droit. Il s'agit plutôt d'attirer à l'attention du lecteur les décisions qui pourraient être utiles pour illustrer ou pour appuyer une situation factuelle vécue dans la pratique quotidienne du droit du divertissement.

1. ŒUVRES AUDIOVISUELLES

1.1 *Evans* c. *Discovery Communications LLC*[2]

1.1.1 Faits et questions en litige

Le contenu scientifique est-il protégé par la *Loi sur le droit d'auteur* ? C'est ce qu'a tenté de faire valoir Dean Joseph Evans, auteur du roman *Glimpses of a Black Ops*, publié en 2011. En effet, sept ans après la publication de son roman, Evans s'est adressé à la Cour fédérale du Canada pour faire reconnaître une violation de son droit d'auteur par Discovery Communications LLC, la productrice de la série *Futurescape*, diffusée en 2013 et abordant sensiblement le même thème que l'œuvre littéraire.

Le demandeur ne reproche pas à la défenderesse d'avoir repris la trame narrative de son roman, mais plutôt d'avoir tiré son inspiration de son contenu scientifique, appelé « technologie noire »[3]. À cet effet, il mentionne notamment la technologie des ondes électromagnétiques, la télépathie, les planètes extrasolaires, la robotique, la génétique et l'invisibilité comme éléments scientifiques récurrents dans son roman ainsi que dans la série. Alors que le roman et la série présentent des expressions différentes de ces idées, les similitudes entre les œuvres se trouvent dans les faits scientifiques.

Le tribunal doit donc déterminer si les références communes entre les deux œuvres sont assez explicites pour conclure à une violation selon la *Loi sur le droit d'auteur*, définie au paragraphe 27(1) comme étant « l'accomplissement, sans le consentement du titulaire de ce droit, d'un acte qu'en vertu de la présente loi seul ce titulaire a la faculté d'accomplir »[4]. Ne pouvant qualifier des faits scientifiques d'« œuvre » au sens de la *Loi*, et donc en l'absence de question litigieuse, la Cour a rendu un jugement sommaire en faveur de la défenderesse.

---

2. *Evans* c. *Discovery Communications LLC*, 2018 C.F. 1153.
3. *Id.*, par. 3.
4. L.R.C. (1985), ch. C-42, art. 27(1).

1.1.2 L'analyse et les conclusions de la Cour

Le juge Zinn réfère à l'arrêt *Cinar Corporation* c. *Robinson* qui précise que le droit d'auteur « ne donne pas à l'auteur le monopole sur les idées ou sur les éléments qui relèvent du domaine public et dont tous sont libres de s'inspirer »[5]. L'arrêt *CCH Canadienne ltée* c. *Barreau du Haut-Canada* rappelle également que le droit d'auteur protège l'expression fixe des idées et non les idées elles-mêmes[6].

Les deux œuvres en question présentent sans contredit des similitudes dans les faits, mais l'expression des idées similaires se fait à travers des mots et des scènes différents, ce qui suffit à distinguer le roman de la série, selon le tribunal.

La preuve démontre de plus que les œuvres sont nées de processus de création indépendants. Si le roman a été publié deux ans avant la diffusion de la télésérie, aucune des parties n'a pu faire la preuve qu'une personne participant à la série avait pris connaissance du roman. La Cour précise que, même s'il avait été démontré que la série avait été créée indépendamment du roman, Evans n'aurait pu empêcher sa diffusion jugée « indépendante et originale ».

Le juge Zinn établit également que des faits, ce qui inclut les faits scientifiques, ne peuvent faire l'objet d'une violation du droit d'auteur.

Selon l'expert Allan Weiss, présenté par la défenderesse, « il serait très surprenant qu'une télésérie portant sur la technologie d'avant-garde et futuriste ne porte pas sur la cartographie cérébrale, les liens entre le corps et l'esprit, les améliorations technologiques des systèmes biologiques et cognitifs, la navigation spatiale et l'application par les militaires ou la police de toutes ces technologies »[7].

Bien qu'Evans déclare que les œuvres sont « semblables sur le plan sémantique »[8] et qu'elles sont à peu près semblables dans leur « expression unie »[9], la Cour rappelle les fondements de la *Loi sur le droit d'auteur* et refuse de reconnaître dans les idées une violation

5. *Cinar Corporation* c. *Robinson*, 2013 CSC 73, par. 23.
6. *CCH Canadienne ltée* c. *Barreau du Haut-Canada*, 2004 CSC 13, par. 8 (ci-après « arrêt CCH »).
7. *Evans* c. *Discovery Communications LLC*, *supra*, note 2, par. 15.
8. *Id.*, par. 10.
9. *Id.*

du droit. En qualifiant lui-même la violation de « non littérale »[10], le demandeur affirme que ce ne sont que ses idées qui ont été empruntées par la défenderesse. Sur la base qu'aucun droit d'auteur ne lie les idées, le tribunal rejette l'action d'Evans, avec dépens.

1.2 *Young* v. *Thakur*[11]

1.2.1 Faits et questions en litige

Dans cette affaire présentée devant la Cour fédérale, les demanderesses Melodie Young et Melxdie Entertainment Inc. allèguent la violation de leurs droits d'auteur sur une composition musicale et un enregistrement sonore par les défendeurs Rohit Thakur et Badmash Factory. Ces derniers, sur demande des demanderesses, ont produit un vidéoclip pour l'œuvre musicale intitulée *Secrets*, composée par Mme Young. Insatisfaite du résultat, la demanderesse souhaite récupérer le matériel de tournage, ce que le défendeur refuse de faire, alléguant que leur entente ne visait pas la cession des droits sur les séquences visuelles non utilisées dans le vidéoclip. Aucune entente écrite n'était intervenue entre les parties, que ce soit à l'égard du vidéoclip ou du matériel de tournage.

Or, peu de temps après, le défendeur Thakur et sa compagnie Badmash Factory publient, dans son portfolio sur le site Web de cette dernière et sur son compte Vimeo, le vidéoclip de Secrets. Les demanderesses somment les défendeurs de retirer le tout par le biais d'une mise en demeure, demande qui est ignorée par les défendeurs jusqu'à ce qu'ils reçoivent la procédure judiciaire déposée en Cour fédérale. Les défendeurs n'ont pas comparu, se limitant à la production d'un affidavit rapportant leur version des faits.

Dans cette affaire, la Cour doit donc déterminer si les droits d'auteur et les droits moraux des demanderesses relatifs à la composition musicale et à l'enregistrement sonore ont été violés, et si, le cas échéant, elles ont droit à des dommages statutaires, de même que leur quantum.

1.2.2 L'analyse et les conclusions de la Cour

Quant aux droits moraux, la Cour rappelle qu'il appartient à la demanderesse d'établir la preuve des dommages moraux :

10. *Id.*, par. 11.
11. *Young* v. *Thakur*, 2019 F.C. 835.

> [34] The jurisprudence has established that there is both a subjective and objective aspect to the test to establish infringement of moral rights. The author or performer of the works may provide evidence to establish subjectively how their honour or reputation has been affected, but there must also be objective evidence of the prejudice (*Collett* v. *Northland Art Company Canada Inc.*, 2018 FC 269, par. 22, [2018] FCJ No 349 (QL); *Maltz* v. *Witterick*, 2016 FC 524, par. 49, [2016] FCJ No 484 (QL); *Prise de parole Inc.* v. *Guérin Éditeur ltée* (1995), 66 CPR (3d) 257, 104 FTR 104 (TD), aff'd (1996), 73 CPR (3d) 557, [1996] FCJ No 1427 (QL) (CA)).
>
> [35] The burden of proof lies on the party seeking to establish an infringement of moral rights. The Applicants provided no evidence or argument to support their allegation of infringement of their moral rights.[12]

Quant aux droits d'auteur, le juge déclare que la preuve déposée démontre que, selon la balance des probabilités, les défendeurs ont effectivement reproduit la composition musicale et l'enregistrement sonore des demanderesses en publiant le vidéoclip sur leur site Web et sur le site Vimeo, sans autorisation, même si le défendeur croyait, disait-il, en avoir le droit.

L'intérêt de cette décision, outre la discussion sur le caractère commercial du portfolio de l'artiste, porte également sur l'attribution des dommages statutaires.

Rappelons que l'article 38.1 de la *Loi sur le droit d'auteur* prévoit que :

> **38.1** (1) Sous réserve des autres dispositions du présent article, le titulaire du droit d'auteur, en sa qualité de demandeur, peut, avant le jugement ou l'ordonnance qui met fin au litige, choisir de recouvrer, au lieu des dommages-intérêts et des profits visés au paragraphe 35(1), les dommages-intérêts préétablis ci-après pour les violations reprochées en l'instance à un même défendeur ou à plusieurs défendeurs solidairement responsables :
>
> a) <u>dans le cas des violations commises à des fins commerciales</u>, pour toutes les violations — relatives à une œuvre donnée

12. *Id.*, par. 34-35.

> ou à un autre objet donné du droit d'auteur —, des dommages-intérêts dont le montant, d'au moins 500 $ et d'au plus 20 000 $, est déterminé selon ce que le tribunal estime équitable en l'occurrence. [nos soulignements][13]

Pendant un certain temps, une incertitude subsistait dans la jurisprudence quant à la détermination du montant des dommages statutaires dans le cas d'une violation commise à des fins commerciales. En effet, certaines décisions suggéraient qu'il devait y avoir une corrélation entre les dommages réellement subis par le demandeur et le montant des dommages statutaires accordés. D'autres décisions plus récentes ont toutefois établi que l'évaluation des dommages statutaires devait se faire en tenant compte de la réalité des cas présentés afin d'arriver à un résultat plus juste[14].

La Cour n'a pas été convaincue de la présence des facteurs aggravants indiqués au paragraphe 38.1(5) de la *Loi sur le droit d'auteur* dans la conduite des défendeurs. Elle a donc établi les dommages statutaires à 1 000 $ par œuvre contrefaite, soit la composition musicale et l'enregistrement sonore, pour un total de 2 000 $. Le juge rappelle que l'évaluation doit se faire « par œuvre contrefaite » et n'a pas retenu la suggestion des demanderesses de tenir compte du fait que 82 violations avaient eu lieu puisque la vidéo avait été vue 82 fois :

> [41] Contrary to the Applicant's submission, the jurisprudence has established that statutory damages are assessed on a per work infringed basis. In other words, statutory damages are awarded based on the number of works infringed. They are assessed with respect to "all infringements involved in the proceedings for each work.[15]

13. *Loi sur le droit d'auteur*, *supra*, note 4, art. 38.1.
14. Dans ce contexte : « [60] The Court has discretion to award statutory damages and must determine what amount of statutory damages will yield a just result. A just result is fair and proportionate based on the factors set out in subsection 38.1(5) and the jurisprudence which the Court has considered: [61] Subsection 38.1(5) provides: (5) In exercising its discretion under subsections (1) to (4), the court shall consider all relevant factors, including (a) the good faith or bad faith of the defendant; (b) the conduct of the parties before and during the proceedings; (c) the need to deter other infringements of the copyright in question; and (d) in the case of infringements for non-commercial purposes, the need for an award to be proportionate to the infringements, in consideration of the hardship the award may cause to the defendant, whether the infringement was for private purposes or not, and the impact of the infringements on the plaintiff ».
15. *Id.*, par. 41.

Cette décision nous rappelle donc qu'un portfolio constitue généralement une utilisation commerciale d'une œuvre, et, dès lors, la violation du droit de son auteur peut donner ouverture à une réclamation sous l'article 38.1 de la *Loi sur le droit d'auteur*. Mieux vaut donc avoir une autorisation claire de son client, dès le début du mandat, pendant que la relation contractuelle est positive et harmonieuse, avant de publier une œuvre dans son portfolio !

2. PHOTOGRAPHIES

2.1 *Capitale en fête inc.* c. *Ouellet*

Le conseiller juridique en droit du divertissement est souvent appelé à visionner des œuvres audiovisuelles dans lesquelles des images d'archives sont incorporées. Parfois, celles-ci sont libres de droits, étant du domaine public, ou encore, peuvent tout simplement ne pas être suffisamment originales pour que son titulaire puisse prétendre qu'il s'agisse même d'une œuvre artistique. Le conseiller juridique prudent recommandera sans doute néanmoins à son client de libérer les droits sur celle-ci, puisque ni lui ou elle ni l'équipe de production ne sont nécessairement compétents pour déterminer si la photographie a été le résultat du talent et du jugement du photographe.

2.1.1 Faits et questions en litige

La Cour du Québec[16] s'est penchée sur une question technique intéressante en matière d'œuvres photographiques en 2019 alors qu'un producteur d'événements accusé de violation de droits d'auteur sur une photographie publiée sur son site Web a soulevé l'argument qu'une photo générique n'était pas assez originale pour être qualifiée d'« *oeuvre* » au sens de la *Loi sur le droit d'auteur*[17]. Cette décision est intéressante notamment en raison de l'analyse du juge quant à la notion de « détourage » et de l'expertise requise pour ce faire.

Ainsi, dans le cas qui nous occupe, le défendeur et producteur de spectacles Michel Ouellet s'est vu accusé de violation de droits d'auteur après avoir publié sur son site Web des photos fournies par la demanderesse Capitale en fête (ci-après « Capitale »), une compagnie de location d'équipements auteure des images, sans son autorisation. Les photos en question, qui montrent les équipements

16. *Capitale en fête* c. *Ouellet*, 2019 QCCQ 2607.
17. *Loi sur le droit d'auteur*, *supra*, note 4, art. 2.

offerts en location, avaient fait l'objet d'opérations de détourage, soit une procédure de modification de l'image pour en arriver au résultat escompté.

La Cour s'est notamment intéressée à la notion d'œuvre artistique pour déterminer s'il y avait matière à condamnation en vertu de la *Loi sur le droit d'auteur*.

2.1.2 L'analyse et les conclusions de la Cour

La *Loi* définit l'œuvre artistique comme suit : « 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 »[18]. La photographie n'échappe donc pas à cette règle à première vue, mais qu'en est-il d'une image à caractère générique ?

L'arrêt CCH vient préciser certains critères : « Point n'est besoin toutefois [que l'œuvre] soit créative, c'est-à-dire novatrice ou unique. L'élément essentiel à la protection de l'expression d'une idée par le droit d'auteur est l'exercice du talent et du jugement ». La juge en chef McLachlin définit la notion de talent comme étant « le recours aux connaissances personnelles, à une aptitude acquise ou à une compétence issue de l'expérience ». Le jugement est quant à lui défini ainsi : « la faculté de discernement ou la capacité de se faire une opinion ou de procéder à une évaluation en comparant différentes options possibles »[19].

Dans la présente affaire, s'ajoute à l'opération qui consiste en la prise d'une photo, le détourage. Selon la Cour, le choix d'un logiciel informatique et des outils adéquats ainsi que la modification de l'image représentent « un certain niveau de connaissances, de talent et de jugement, lesquels s'acquièrent de par l'expérience », et constituent plus qu'une « simple opération mécanique »[20].

Reconnaissant le caractère original des photographies d'équipement en location, le tribunal a donc accordé à Capitale un montant de 300 $ par œuvre, pour un total de 36 œuvres, dans le but de créer un effet dissuasif.

---

18. *Id.*
19. *CCH Canadienne ltée* c. *Barreau du Haut-Canada*, *supra*, note 6, par. 16.
20. *Capitale en fête* c. *Ouellet*, *supra*, note 16, par. 58.

Il est toutefois intéressant de noter que le tribunal ne nous donne pas d'indice sur ce qu'aurait été la décision s'il n'y avait pas eu de détourage.

Dans un même ordre d'idées, dans une autre décision de droit d'auteur de 2019[21] qui ne sera pas analysée en longueur ici mais qui mérite d'être soulignée, des photographies de pots de sauce alignés sur fond blanc ou noir et placés sur une planche de bois ont échoué le test d'originalité éprouvé par l'arrêt CCH. Toutefois, dans cette même décision, la Cour a statué que lorsqu'on ajoute une dame derrière les pots de sauce disposés sur une plaque de pierre et quelques piments décoratifs, l'effort artistique est reconnu et l'œuvre est alors qualifiée d'originale.

Toujours en matière droit d'auteur en 2019, nous soulignons également la décision *Rallysport Direct LLC* c. *2424508 Ontario Ltd*[22], qui s'est aussi intéressée au caractère original de photographies visant à promouvoir un produit et à leur qualification comme œuvre artistique. Dans cette affaire, la compagnie demanderesse, qui œuvre dans la vente de pièces d'automobiles, soutient être titulaire des droits d'auteur entourant les photographies de ses produits ainsi que de leurs descriptions publiées sur son site Web. La défenderesse, en tant que grossiste, a à son tour publié ces images et descriptions sur son site Web dans le cadre de ses affaires commerciales, et ce, sans autorisation.

La tâche du photographe consistait, dans cette affaire, à mettre en scène les produits et les disposer de manière à ce qu'ils puissent être examinés par la clientèle. Ce travail à intérêt commercial peut-il être qualifié d'œuvre artistique ?

L'arrêt *CCH Canadienne ltée* c. *Barreau du Haut-Canada*[23] est encore une fois cité par la Cour. Jugées comme étant le résultat de savoir-faire, les photographies sont alors qualifiées d'œuvres artistiques par la juge Fuhrer, sans égard à leur caractère commercial. En effet, le choix des outils et des angles, le cadrage et la mise en scène constituent un « exercice de talent et de jugement » selon la Cour.

---

21. *Portraits Rembrandt ltée* c. *Interdonato (Ikono)*, 2019 QCCQ 5878.
22. *Rallysport Direct LLC* v. *2424508 Ontario Ltd*, 2019 F.C. 1524.
23. *CCH Canadienne ltée* c. *Barreau du Haut-Canada*, *supra*, note 6, par. 16.

3. PARODIE ET HUMOUR

L'humour et la parodie sont souvent utilisés dans les œuvres audiovisuelles pour accrocher l'auditoire. On n'a qu'à penser aux classiques Bye Bye et aux diverses émissions à caractère humoristique qui pullulent à la télévision, que ce soit chez les diffuseurs dits traditionnels ou sur ces nouvelles plateformes de diffusion qui émergent et captent les auditoires par la variété de leur offre de contenu.

Les deux prochaines décisions qui seront étudiées dans le cadre des présentes portent précisément sur la parodie, d'une part, et sur l'humour, d'autre part.

3.1 *MédiaQMI inc.* c. *Murray-Hall*[24]

3.1.1 Faits et analyse de la Cour

Comme peu de décisions sur l'exception de parodie ont été rendues par nos tribunaux, nous croyons intéressant d'analyser de plus près le jugement *MédiaQMI inc.* c. *Murray-Hall*[25]. La parodie est ici utilisée comme moyen de défense, non pas à une action en violation de droits d'auteur, mais à une action en contrefaçon de marque de commerce. Débutons par une remise en contexte du litige.

Les faits indiquent que *Le Journal de Montréal*, publié sur papier depuis 1964, a acquis une notoriété certaine au Québec à travers les années. Grâce à des investissements de plusieurs millions de dollars par son propriétaire, MédiaQMI inc. (ci-après « QMI »), ainsi qu'aux revenus provenant de la publicité, *Le Journal* s'est assuré une présence en ligne après un virage numérique amorcé en 2011. Son logo actuel est sa marque de commerce depuis 2013.

En 2013, Janick Murray-Hall (ci-après « Murray-Hall ») fonde ce qui allait devenir l'un des sites de nouvelles satiriques les plus consultés de la décennie au Québec, avec plus de 150 000 abonnés sur Facebook en 2016. Depuis, le site www.journaldemourreal.com et sa page Facebook *Le Journal de Mourréal* diffusent des nouvelles humoristiques à travers une URL, une mise en page et une image de marque rappelant ceux du *Journal* original.

24. *MédiaQMI inc.* c. *Murray-Hall*, 2019 QCCS 1922.
25. *Id*.

Si la notoriété du *Journal de Montréal* est reconnue, une part de son lectorat semble confondre la marque avec celle du *Journal de Mourréal*, tel qu'en témoignent les plaintes reçues par QMI à la suite de fausses nouvelles publiées par le média satirique. Ces plaintes ont mené QMI à formuler une demande de retrait de la page *Le Journal de Mourréal* auprès de Facebook, qui a finalement refusé d'intervenir.

QMI a donc déposé en 2016 une demande d'injonction permanente devant la Cour supérieure de Montréal, dans le but de contraindre le créateur du site satirique *Journal de Mourréal* de cesser d'utiliser son nom et de lui verser les fruits de l'utilisation de sa marque de commerce. Dans sa demande, *Le Journal de Montréal* accuse *Le Journal de Mourréal* d'appropriation de son image pour générer des profits, alors que ce dernier invoque le droit à la liberté d'expression. *Le Journal de Montréal* soutient également que le contenu du pastiche déprécie son image et occasionne une perte de sa clientèle. La page satirique a quant à elle souligné son intention d'imiter pour faire rire plutôt que nuire.

Le 'ournal de Monrial et RBO : des parodies acceptables selon QMI

Dans son témoignage, le vice-président des contenus numériques chez Québécor Média, Mathieu Turbide, souligne que des parodies du *Journal de Montréal* ont été réalisées par le passé, sans qu'une objection n'ait été soulevée par QMI. Il invoque notamment le cas du magazine humoristique Croc, qui avait publié une version parodique sur papier du *Journal de Montréal* en 1983 : *Le 'ournal de Monrial*.

(Source : Bibliothèque et Archives du Québec)

Turbide, en tant que témoin, évoque que la forme de la distribution est un critère qui pourrait augmenter le risque de confusion. En ce sens, il soutient qu'une édition unique ne peut être comparée à la portée d'une page Facebook et d'un site Web tel que *Le Journal de Mourréal*.

Lorsqu'il aborde le *Bye Bye* lors duquel le groupe d'humour Rock et Belles Oreilles a présenté une parodie télévisée du *Journal* durant les années 2000, Turbide évoque le caractère humoristique de l'émission et les attentes du public à cet égard pour justifier la passivité de QMI.

Dans l'affaire *Journal de Mourréal*, la juge Perrault souligne également : « Il s'agit d'une reproduction continue sur plusieurs années de manière régulière et non d'une reproduction unique et isolée comme dans le cas du magazine Croc ou de RBO »[26].

3.1.2 L'analyse et les conclusions de la Cour

Tel que mentionné ci-dessus, la poursuite est basée sur l'utilisation non autorisée de la marque de QMI, et non sur la violation d'un droit d'auteur lié au logo du *Journal de Montréal*, bien que Murray-Hall formule une défense basée sur le droit de parodier qui constitue une exception à la *Loi sur le droit d'auteur*[27].

La contrefaçon

Le paragraphe 20(1)a) de la *Loi sur les marques de commerce*[28] définit la contrefaçon : la marque doit être dûment enregistrée, elle doit être utilisée par une tierce partie de manière à créer de la confusion, l'utilisation doit impliquer la vente, la distribution ou la publicité de produits ou services en lien avec la marque, et la tierce partie doit faire cette utilisation sans autorisation[29]. L'auteure Kelly Gill rappelle les éléments principaux à retenir de ces critères, soit l'existence d'une marque enregistrée et son utilisation non autorisée créant probabilité de confusion[30].

26. *Id.*, par. 65.
27. *Loi sur le droit d'auteur*, *supra*, note 4, art. 29.
28. L.R.C. (1985), ch. T-13, art. 20(1)a).
29. *United Airlines, Inc.* v. *Cooperstock*, 2017 F.C. 616, par. 30.
30. Kelly GILL, *Fox on Canadian Law of Trade-marks and Unfair Competition*, 4e éd., Toronto, Carswell, 2002, feuilles mobiles, à jour 2006, section 7.4 « Section 20 Infringement ».

Les parties admettent que *Le Journal de Montréal* est une marque de commerce dûment enregistrée et reconnaissent qu'aucune autorisation n'a été émise par la demanderesse. Le débat porte donc sur l'utilisation de la marque et le critère de confusion.

L'utilisation de la marque

L'emploi de la marque *Le Journal de Mourréal* se décline sous trois formes : l'identification du site Web www.lejournaldemourreal.com, la page Facebook éponyme ainsi que le contenu publié sur ces deux plateformes.

Considérant que *Le Journal de Montréal* utilise l'adresse www.lejournaldemontreal.com comme nom de domaine, *Le Journal de Mourréal* y porte atteinte en utilisant une URL similaire, selon le tribunal. C'est d'ailleurs la conclusion à laquelle est arrivé l'Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle, en 2016, après avoir été saisie d'une demande en arbitrage et médiation par QMI pour déterminer si l'utilisation du nom de domaine www.journaldemourreal.com créait de la confusion avec sa marque[31].

Le tribunal reconnaît également une utilisation non autorisée dans l'incorporation de l'ancien logo détenu par QMI dans la version satirique créée par Murray-Hall ainsi que sa mise à jour à la suite d'une nouvelle forme graphique adoptée par *Le Journal de Montréal* en 2013.

La Cour conclut donc que les activités du *Journal de Mourréal* constituent une utilisation non autorisée de la marque *Le Journal de Montréal*.

La confusion

Pour établir s'il y a probabilité de confusion, la Cour s'appuie sur l'article 6 de la *Loi sur les marques de commerce*[32] et étudie le degré de ressemblance, le caractère distinctif inhérent, la période d'emploi, le genre de produits et services ainsi que la nature du commerce en comparant les marques *Le Journal de Montréal* et *Le Journal de Mourréal*.

31. *MédiaQMI Inc.* c. *Janick Murray-Hall*, Centre d'arbitrage et de médiation de l'OMPI, 5 septembre 2016, <www.wipo.int>.
32. *Loi sur les marques de commerce*, *supra*, note 28, art. 6.

Le degré de ressemblance, c'est-à-dire « le rapport entre des objets de même espèce présentant des éléments identiques »[33], est le facteur le plus important lorsqu'il est question de risque de confusion. Cette analyse doit être faite sur la base de la première impression[34].

Il importe donc d'évaluer si, à sa première impression, un « consommateur ordinaire plutôt pressé » saurait faire la distinction entre la marque véritable et sa version satirique[35]. Comme le démontre la Cour, « le seul élément de distinction entre les deux marques repose sur deux lettres, soit les lettres NT (Journal de MoNTréal) et UR (Journal de MoURréal). La marque *Le Journal de Mourréal* est ainsi pratiquement identique visuellement et phonétiquement à la marque *Le Journal de Montréal* ».

La confusion entoure donc non seulement le titre de la publication, mais également sa mise en page, sa typographie et ses couleurs. Selon les témoignages retenus par le tribunal, les deux seules lettres permettant la différenciation (parfois masquées en ligne) et le traitement similaire du texte et des images sur leurs interfaces respectives créent une probabilité de confusion entre les marques.

33. *Masterpiece Inc.* c. *Alavida Lifestyles Inc.*, 2011 CSC 27, par. 62.
34. *Id.*, par. 83.
35. *Id.*, par. 41.

Sur le site Web du *Journal de Mourréal*, le logo est accompagné de deux poissons rouges et d'un hameçon, ce qui le distingue de la marque appartenant à QMI, selon Murray-Hall. Cette distinction ne suffit cependant pas à convaincre le tribunal.

(Source : Page Facebook du Journal de Montréal)

(Source : Page Facebook du Journal de Mourréal)

La Cour établit donc qu'il y a bel et bien un risque de confusion entre *Le Journal de Montréal* et *Le Journal de Mourréal* et ses dérivés, et ce après l'analyse convaincante du critère de ressemblance. Les autres critères sont néanmoins revus par le tribunal.

Le caractère distinctif et notoire de la *marque Le Journal de Montréal* ainsi que la période d'emploi de la marque qui remonte à plus de 55 ans (contrairement à six ans pour le *Journal de Mourréal*) sont reconnus *de facto* par les parties. Il est également établi que les deux publications œuvrent dans le même champ de produits et services et exercent un commerce de même nature. Bien qu'aucun élément commercial ou monétaire ne soit exigé par l'article 20 de la *Loi sur les marques de commerce*, la preuve démontre que 38 005,12 $ ont été générés par l'exploitation des diverses plateformes du *Journal de Mourréal* entre octobre 2013 et mars 2019.

Avec comme preuve le nombre de courriels de lecteurs confus ainsi que le témoignage personnel de la journaliste Anne-Marie Dussault, sujet d'une fausse nouvelle propagée par le *Journal de Mourréal* prétendant que cette dernière entretenait une relation avec l'ancien ministre libéral Gaétan Barrette, QMI a tenté de démontrer que des personnes « instruites, éduquées et informées » ont cru à ces informations[36].

La preuve apportée par la partie demanderesse montre également que, lors de diverses entrevues radiophoniques ainsi que lors de son interrogatoire préalable, Murray-Hall avait admis que son initiative créait une forme de confusion.

Avec ses publications récurrentes dépendant surtout de l'achalandage généré par la notoriété du *Journal de Montréal*, *Le Journal de Mourréal* prête à confusion avec la marque de QMI et contrevient ainsi au paragraphe 20(1)a) de la *Loi sur les marques de commerce*, selon la Cour supérieure.

Concernant la notion d'avertissement, sur laquelle la Cour fédérale avait statué en 2017 dans l'affaire United Airlines[37], le tribunal conclut que la mention suivante, limitée à une section de la page Facebook *Le Journal de Mourréal*, ne suffit pas à éliminer le risque de confusion : « Avertissement ce contenu ne s'adresse pas à des gens ordinaires plutôt pressés ».

La parodie

Soutenant que ses publications constituent une imitation parodique du *Journal de Montréal* au sens de la *Loi sur le droit*

36. *MédiaQMI inc.* c. *Murray-Hall*, *supra*, note 24, par. 36.
37. *United Airlines, Inc.* v. *Cooperstock*, *supra*, note 29.

d'auteur[38], Murray-Hall voit sa défense rejetée puisqu'elle ne répond pas à la demande fondée sur l'enregistrement en vertu de la *Loi sur les marques de commerce*. La Cour entend tout de même le défendeur, concluant que son utilisation parodique ne correspond pas non plus aux critères d'utilisation équitable établis par la Cour suprême dans l'arrêt CCH, soit le but de l'utilisation, sa nature, son ampleur, les alternatives envisageables, la nature de l'œuvre et l'effet de l'utilisation sur l'œuvre[39] :

> [63] D'abord, le recours de QMI se fonde sur la LMC et sur son enregistrement de la marque de commerce *Le Journal de Montréal* et non sur le droit d'auteur. L'exception de satire et de parodie n'existe pas sous le régime de la LMC. De plus, le nouveau logo du Journal de Montréal n'a pas fait l'objet d'un enregistrement de droit d'auteur.
>
> [64] Quoi qu'il en soit, l'utilisation faite par Murray-Hall ne rencontre pas le test établi par la Cour suprême dans l'arrêt *CCH Canadienne ltée* c. *Barreau du Haut-Canada* [Fn 42 CCH Canadienne ltée c. Barreau du Haut-Canada, 2004 CSC 13 (CanLII), [2004] 1 R.C.S. 339, par. 52-59] afin de déterminer ce qu'il faut entendre par « équitable » […]
>
> [65] Qu'en est-il en l'espèce ?
>
> 1) La reproduction par Murray-Hall est faite à des fins commerciales ;
>
> 2) *Le Journal de Mourréal* reproduit la façon dont *Le Journal de Montréal* traite la nouvelle, y compris son graphisme caractéristique dans la présentation visuelle de ses publications ;
>
> 3) Il s'agit d'une reproduction continue sur plusieurs années de manière régulière et non d'une reproduction unique et isolée comme dans le cas du magazine Croc ou de RBO ;
>
> 4) De nombreuses autres alternatives existent. En effet, la publication de nouvelles fictives issues ou non de l'actualité peut se faire sans créer de confusion avec la marque *Le*

38. *Loi sur le droit d'auteur*, *supra*, note 4, art. 29.
39. *CCH Canadienne ltée* c. *Barreau du Haut-Canada*, *supra*, note 6, par. 53.

Journal de Montréal. D'ailleurs, c'est ce que fait Murray-Hall avec sa publication anglophone WNDR ;

5) Le critère concernant la nature de l'œuvre ne s'applique pas dans le cas présent ;

6) *Le Journal de Montréal* et *Le Journal de Mourréal* tentent tous deux d'attirer un lectorat sur les réseaux sociaux.

Puisque Murray-Hall reproduit le travail du *Journal de Montréal* à des fins commerciales (tels qu'en témoignent les revenus générés par ses publications), qu'il en reproduit la méthode et le graphisme, qu'il s'agit de publications régulières, que de nombreuses alternatives s'offrent à lui (tel qu'utiliser un autre nom) et que les deux parties cherchent à attirer un lectorat en ligne, la Cour supérieure rejette l'application de l'exception basée sur la défense de parodie prévue dans la *Loi sur le droit d'auteur*[40].

La liberté d'expression

L'atteinte à sa liberté d'expression est également invoquée par le défendeur. La Cour rappelle à cet effet que cette liberté n'est pas absolue et que, ne répondant pas aux exigences de l'utilisation équitable en termes de parodie, *Le Journal de Mourréal* ne peut se prévaloir de l'argument fondé sur les libertés fondamentales.

La dépréciation de l'achalandage

En tant que plateforme de diffusion de nouvelles à travers une mer d'informations en ligne, *Le Journal de Montréal* invoque la dépréciation de son achalandage due aux publications satiriques de Murray-Hall. Le paragraphe 22(1) de la *Loi sur les marques de commerce* établit à cet effet que « nul ne peut employer une marque de commerce déposée par une autre personne d'une manière susceptible d'entraîner la diminution de la valeur d'achalandage attaché à cette marque de commerce »[41]. Le terme « achalandage » est quant à lui défini par la Cour suprême dans l'arrêt *Veuve Clicquot* rendu en 2006, comme : « l'association positive qui attire les consommateurs vers les marchandises ou services du propriétaire de la marque plutôt que vers ceux de ses concurrents »[42].

40. *Loi sur le droit d'auteur*, *supra*, note 4, art. 29.
41. *Loi sur les marques de commerce*, *supra*, note 28, art. 22(1).
42. *Veuve Clicquot Ponsardin* c. *Boutique Cliquot ltée*, 2006 CSC 23, par. 50.

Puisque la preuve démontre que l'emploi de la marque *Journal de Mourréal* est en lien avec des produits et services, que la marque originale dispose d'un caractère distinctif et un volume de ventes forts, tel qu'admis par les parties, que l'utilisation par Murray-Hall crée de la confusion, que l'apparence des marques est similaire et que le caractère vulgaire et grossier de certaines publications peut ternir l'image de QMI, la Cour conclut que cette utilisation a contribué à déprécier la valeur de l'achalandage associé au J*ournal de Montréal*. Il y a donc lieu de déterminer des dommages pour une éventuelle réparation.

Les conclusions de la Cour donnent ainsi gain de cause à QMI, qui se verra verser 23 532,36 $ représentant les profits réalisés par *Le Journal de Mourréal*, et une ordonnance d'injonction oblige Murray-Hall à cesser toute publication sous le nom *Journal de Mourréal* ainsi que toute diffusion de contenu pouvant porter à confusion avec le nom, l'image, la marque ou le nom de domaine du *Journal de Montréal*.

Feu *Le Journal de Mourréal*

Après avoir poursuivi ses activités sous le nom *Le Journal de Marrrrde !*, Murray-Hall a finalement fermé sa page de nouvelles satiriques en 2019.

Il a déposé une déclaration d'appel, puis un acte de désistement en octobre 2019.

3.2 *Ward* c. *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse (Gabriel et autres)*

3.2.1 Faits et analyse de la Cour

L'une des décisions les plus médiatisées de 2019 est sans aucun doute ce pourvoi contre une décision du Tribunal des droits de la personne accueillant en partie la demande de Jérémy Gabriel en dommages pour atteinte au droit à la sauvegarde de la dignité, honneur et réputation sans discrimination pour un montant de 80 000 $.

Jérémy Gabriel, né en 1996, est atteint du syndrome de Treacher-Collins, qui entraîne certaines malformations au niveau de

la tête, mais qui n'affecte toutefois pas ses capacités intellectuelles ni son espérance de vie. Dès son jeune âge, Jérémy exprime son souhait de mener une carrière internationale en chant et sa mère décide de l'accompagner dans la réalisation de ses projets. En 2006, il se rend à Rome pour chanter devant le pape. Il participe ensuite à diverses émissions et lance un album.

Mike Ward est un humoriste depuis 1993 et pratique l'humour noir. Il est reconnu pour aborder des sujets provocateurs, délicats et s'attaquer aux tabous. Il entend parler de Jérémy dans les médias après son passage à Rome.

De 2010 à 2013, l'humoriste présente son spectacle *Mike Ward s'eXpose*, dans lequel il aborde notamment les thèmes de la tolérance, du racisme et de la religion. Dans son numéro intitulé « Les intouchables », il s'en prend à certaines « vaches sacrées », des personnes dont on n'ose généralement pas rire, telles que René Angélil, Guy A. Lepage… et Jérémy Gabriel. Il s'attaque alors au physique du jeune chanteur, s'étonne qu'il n'ait pas succombé à sa condition, insinue avoir essayé de le noyer dans une piscine et constate qu'il « n'est pas tuable ». Il ajoute par ailleurs que la mère de Jérémy utilise l'argent de son fils pour se payer du luxe.

Le spectacle est présenté 230 fois en trois ans, 135 000 billets ont été vendus, en plus de 7 500 exemplaires DVD distribués. Mike Ward diffuse également des capsules humoristiques sur son site Web, dont une dans laquelle il fait allusion à la ténacité de Jérémy, usant du même ton que lors de ses spectacles. Le handicap de Jérémy est mentionné trois fois dans le spectacle et une fois dans la capsule Web.

Après avoir visionné le contenu de Ward le concernant, Jérémy est blessé. Pendant plus de deux ans, il ne veut plus chanter, sortir de chez lui ou exister. Il devient dépressif et perd sa joie de vivre. Quant à sa mère, elle souffre d'insomnie et prend des antidépresseurs depuis 2012.

Le litige découle donc des propos tenus par Mike Ward dans le cadre de son spectacle « Mike Ward s'eXpose » ainsi que dans une capsule diffusée sur le Web.

3.2.2 L'analyse et les conclusions de la Cour

Première instance[43]

En 2014, la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse représente Jérémy Gabriel et ses parents et demande au Tribunal des droits de la personne de condamner Ward à verser à Jérémy, à sa mère ainsi qu'à son père des montants à hauteur de 80 000 $ à titre de dommages moraux et punitifs pour avoir tenu des propos discriminatoires à leur égard. Elle demande aussi que soit ordonné à Mike Ward de ne plus tenir de propos à l'égard de Jérémy ou de ses parents, en lien avec le handicap de Jérémy, et de ne plus utiliser ce handicap en diffusant son image ou en rapportant ses faits et gestes. Quant à l'humoriste, il invoque le droit fondamental à la liberté d'expression.

La présente affaire ne porte donc pas sur un cas de diffamation, mais plutôt sur une atteinte à la dignité, à l'honneur et à la réputation fondée sur le caractère discriminatoire des propos humoristiques, selon les articles 4 et 10 de la *Charte des droits et libertés de la personne*, les articles 3 et 35 du *Code civil du Québec*, ainsi que sur les limites à la liberté d'expression garantie à l'article 3 de la *Charte* québécoise, de même qu'au paragraphe 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

Le Tribunal doit donc analyser les trois critères menant à la discrimination au sens de l'article 10 de la *Charte* québécoise, soit 1) la distinction, l'exclusion ou la préférence 2) fondée sur l'un des motifs énumérés dans ce dernier article (dans ce cas, le handicap et les moyens pour y palier) et 3) « qui a pour effet de détruire ou de compromettre le droit à une pleine égalité dans la reconnaissance et l'exercice d'un droit ou d'une liberté de la personne », puis déterminer si une telle atteinte peut être justifiée par la liberté d'expression. Par ailleurs, l'intention du défendeur ou sa bonne/mauvaise foi n'ont pas d'importance en l'espèce[44].

En ciblant Jérémy et sa mère pour être sujets de blagues fondées sur le handicap de l'adolescent dans le but de faire rire et en les exposant à moquerie, Mike Ward répond aux trois critères de la discrimination selon la *Charte des droits et libertés de la personne*,

43. *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse (Gabriel et autres)* c. *Ward*, 2016 QCTDP 18.
44. *Id.*, par. 78.

conclut le Tribunal. Bien que le jeune chanteur soit une personnalité publique normalement exposée à la critique, son droit au respect de son honneur, de sa réputation et de sa vie privée sans discrimination subsiste, selon la Cour.

Si Mike Ward soutient avoir exposé Jérémy Gabriel au même titre que d'autres personnalités publiques, la Cour suprême rappelle qu'une telle idée réfère à un concept d'égalité formelle qui ne tient pas compte de la réalité des personnes discriminées, et n'élimine pas la possibilité qu'une personne soit traitée comme étant « de moindre valeur »[45].

Qu'en est-il du droit à la liberté d'expression invoqué par l'humoriste ? Ce dernier « n'est pas absolu », rappelle le Tribunal[46]. Selon la preuve, Mike Ward aurait été au-delà de ce qu'une personne raisonnable est tenue de tolérer au nom de la liberté d'expression.

Deux ans après l'introduction de la demande, le Tribunal tranche ainsi du côté de la Commission. 42 000 $ en dommages-intérêts compensatoires et punitifs sont accordés aux mis en cause, dont 35 000 $ pour Jérémy et 7 000 $ pour Mme Gabriel. Le père de Jérémy Gabriel, n'ayant pas été la cible directe des propos de Mike Ward, voit sa demande rejetée. La demande de la Commission d'interdire à Ward de tenir des propos à l'égard de Jérémy ou de ses parents, en lien avec le handicap de Jérémy, est elle aussi rejetée sous motif que sa portée est excessive, considérant que Mike Ward n'a pas cherché à se déresponsabiliser.

Appel[47]

Mike Ward dépose une déclaration d'appel en 2016. Dans leurs motifs publiés en novembre 2019, les juges Roy et Cotnam de la Cour d'appel confirment en partie le jugement de première instance. « Faut-il en conclure que l'on ne peut plus tenir des propos humoristiques à propos de personnes handicapées ou de M. Jérémy Gabriel [...] en particulier ? » Non, pondère la Cour[48].

---

45. *Québec (Procureur général)* c. *A.,* 2013 CSC 5, par. 138.
46. *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse (Gabriel et autres)* c. *Ward*, *supra*, note 43, par. 117.
47. *Ward* c. *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse (Gabriel et autres)*, *supra*, note 1.
48. *Id.*, par. 142.

La décision ne revient pas sur la conclusion de discrimination à l'égard de Jérémy Gabriel ni les dommages accordés à ce dernier. La Cour réitère notamment qu'il « suffit de conclure que le handicap a contribué au choix de M. Ward de l'intégrer dans son numéro » pour reconnaître la discrimination, ce qui a été établi devant le Tribunal des droits de la personne[49]. Elle ajoute que :

> Les propos dénigrants de M. Ward véhiculent le stéréotype qu'une personne vivant en situation de handicap vaut moins qu'une autre personne, qu'elle est moins « belle » qu'une autre ou, pire encore, qu'elle devrait vivre moins longtemps. Ils exposent à la moquerie un adolescent, en raison précisément des limitations liées à ce handicap.[50]

La Cour d'appel retire toutefois à Mme Gabriel les dommages accordés en première instance, au motif que sa situation ne répond pas aux critères de discrimination précédemment établis. Elle n'écarte cependant pas la possibilité d'un recours en diffamation pour les propos tenus à l'égard de la mère de Jérémy Gabriel.

Dissidence

La juge Savard prend quant à elle une position différente dans cette affaire. Une analyse intéressante qui mérite d'être mentionnée.

Selon les juges Roy et Cotnam, « il suffit de conclure que le handicap a contribué au choix de M. Ward de l'intégrer dans son numéro » pour reconnaître la discrimination[51]. La juge Savard n'est pas de cet avis.

Elle rappelle le premier élément constitutif de la discrimination selon *Procureure générale du Québec* c. *Association des juristes de l'État* :

> la preuve de l'existence d'un traitement (une exclusion, une distinction, une mesure ou une préférence) se manifestant généralement par une décision, une mesure ou une conduite différente de celle réservée à d'autres individus à qui elle peut également s'appliquer.[52]

49. *Id.*, par. 167.
50. *Id.*, par. 186.
51. *Id.*, par. 167.
52. *Procureure générale du Québec* c. *Association des juristes de l'État*, 2018 QCCA 1763, par. 58.

La juge Savard soutient qu'on ne peut conclure à une distinction menant à la discrimination sur la base du fait qu'une personne est directement visée dans le cadre d'un spectacle d'humour[53].

Dans « Les intouchables », Mike Ward s'attaque au physique de diverses personnalités publiques, incluant lui-même. Gregory Charles se fait remarquer pour ses sourcils, Céline Dion pour son image d'ex-« laide ». L'humoriste se sert également de l'apparence de Jérémy Gabriel pour se moquer de lui. S'il est le seul avec un handicap à faire l'objet de blagues dans ce numéro, Jérémy Gabriel n'en fait pas partie à cause de cette caractéristique, selon la juge Savard. Elle donne d'ailleurs raison à Mike Ward en évaluant le contexte.

Après une nouvelle analyse des trois critères menant à la discrimination au sens de l'article 10 de la *Charte des droits et libertés de la personne*, la juge dissidente conclut que c'est parce qu'il est considéré comme une personnalité « intouchable » que Jérémy Gabriel fait partie du numéro de Mike Ward, et non pour sa condition physique.

L'article 10 vise à protéger les droits et libertés de la personne et ainsi garantir l'égalité pour tous dans la jouissance de ces droits, et non à « mettre à l'abri une personne d'un groupe protégé de tout propos sur ses caractéristiques personnelles », souligne la juge[54]. Conclure le contraire reviendrait selon elle à considérer comme discriminatoire le fait de « mentionner l'orientation sexuelle d'une personne alors que celle-ci est déjà connue du public. Ou même de faire une caricature d'une personnalité publique en soulignant une caractéristique découlant d'un handicap ou, encore, de son orientation politique ou de son âge »[55].

Bien qu'elle reconnaisse le caractère « choquant et désobligeant » des blagues faites à l'égard de l'adolescent, la juge Savard ne croit pas que Mike Ward véhicule un discours discriminatoire[56]. À cet effet, elle reproche au juge de première instance d'avoir fait une analyse subjective de la situation en s'appuyant sur les sentiments vécus par Jérémy Gabriel. Une bonne base d'analyse, croit la juge, serait celle faite selon la perspective d'une personne raisonnable prenant en considération que les propos « s'inscrivaient dans le cadre

53. *Ward* c. C*ommission des droits de la personne et des droits de la jeunesse (Gabriel et autres)*, *supra*, note 1, par. 55.
54. *Id.*, par. 70.
55. *Id*.
56. *Id.*, par. 8.

d'un spectacle d'humour noir caractérisé par l'exagération, la généralisation abusive, la provocation et la déformation de la réalité »[57].

Elle rappelle également que le droit à la liberté d'expression ne peut être interprété par rapport au droit à la dignité comme un moyen de défense, et que la *Charte* place chaque valeur fondamentale sur le même pied d'égalité.

D'ailleurs, l'Association des professionnels de l'industrie de l'humour intervient dans cette affaire pour inviter la Cour à « donner une interprétation large à la liberté d'expression dans le domaine humoristique »[58].

Nul doute que Mike Ward et ses représentants espéreront que les arguments de la juge Savard seront retenus par la Cour suprême, si leur demande d'appel est entendue.

Comme le rappellent les juges majoritaires en matière d'humour et de liberté d'expression : « Les humoristes doivent cependant réaliser que la liberté artistique n'est pas absolue et qu'ils sont, comme tout citoyen, responsables des conséquences de leurs paroles lorsqu'ils franchissent certaines limites »[59].

4. ŒUVRES CRÉÉES EN COLLABORATION

4.1 *Leclerc* c. *Brodeur (Éditions du Carnet)*[60]

4.1.1 Faits et analyse de la Cour

L'affaire *Leclerc* c. *Brodeur* est d'intérêt en droit du divertissement en raison du fait qu'elle traite des œuvres conjointes et des œuvres créées en collaboration. Or, le développement d'une œuvre audiovisuelle, tel qu'un long métrage ou une série télévisuelle, se concrétise généralement en obtenant la collaboration de plusieurs talents créatifs qui y apportent chacun leur touche bien particulière.

Dans cette affaire, le juge Cliche se penche sur la violation alléguée du droit d'auteur de Mme Leclerc sur un chapitre du manuel pédagogique *Memento* écrit par elle et publié par le défendeur. La

57. *Id.*, par. 129.
58. *Id.,* par. 31.
59. *Id.* par. 209.
60. *Leclerc* c. *Brodeur (Éditions du Carnet)*, 2019 QCCQ 1613 (Que. Ct. – Petites créances ; 2019-02-05).

demanderesse reproche également à ce dernier d'avoir mis fin, sans droit et de façon discrétionnaire, au contrat d'édition conclu entre les parties suivant la publication d'un nouveau manuel pédagogique numérique similaire à celui faisant l'objet du contrat résilié, intitulé *Méthotic*.

Cette affaire débute lorsque la demanderesse reçoit, en 2016, une lettre de l'éditeur l'avisant qu'une nouvelle version numérique de l'ouvrage serait publiée sans le chapitre écrit par la demanderesse, et mettant fin au contrat entre les parties en lien avec le versement de redevances. Or, la demanderesse soutient que *Mémento*, le manuel original, est une œuvre créée en collaboration, au sens de la *Loi sur le droit d'auteur* et que *Méthotic*, l'œuvre numérique, n'est en fait qu'une nouvelle version ou un dérivé du même ouvrage. Elle plaide que ses droits d'auteur visent l'ensemble du contenu de cette dernière œuvre.

De son côté, le défendeur soutient plutôt que *Mémento* est « un recueil » et une œuvre de « compilation », mais non une « œuvre créée en collaboration » selon la *Loi sur le droit d'auteur*[61].

4.1.2 L'analyse et les conclusions de la Cour

Nous rapportons donc ici les propos du juge Cliche qui résume les éléments à prendre en considération lorsqu'il s'agit de déterminer si une œuvre a été créée en collaboration :

> En effet, les principes permettant de conclure à l'existence d'une telle œuvre sont les suivants : 1. L'« œuvre conjointe est ainsi qualifiée à la lumière de la loi et des faits. 2. La part des coauteurs n'a pas besoin d'être équivalente, mais la part de chacun doit être substantielle. 3. Une certaine collaboration doit s'établir entre les coauteurs dans la poursuite d'un dessein commun. 4. Il faut prouver plus que des idées et des suggestions. 5. Une certaine jurisprudence considère également pertinente l'intention commune des parties de créer ou non un [sic] œuvre en collaboration ».[62]

Dans le présent cas, la preuve prépondérante indique que le travail effectué par la demanderesse s'est limité à la rédaction du chapitre 10 du manuel pédagogique initial *Mémento*, et conséquemment le tribunal ne peut établir que sa participation à la

61. *Id.*, par. 28.
62. *Id.*, par. 41.

rédaction de l'ensemble de l'œuvre est substantielle. La Cour conclut donc à l'absence de violation du droit d'auteur de la demanderesse.

Dans le contexte du droit du divertissement, le producteur soucieux aura avantage à obtenir au préalable les cessions de droits d'auteur requises de tous les collaborateurs à la création d'un projet au fur et à mesure de leur implication dans celui-ci. En effet, les projets sont souvent remaniés par l'équipe de développement qui peut changer au fil du temps. Des segments sont retranchés au profit d'autres, mieux alignés sur les objectifs des diffuseurs et producteurs. Pour éviter d'avoir à débattre du caractère conjoint d'une œuvre segmentaire, les cessions ou licences de droit pertinentes ou les ententes de collaboration au développement devraient être signées au fur et à mesure, mais dans la réalité du quotidien, la nécessité de signer de tels documents est vite mise de côté dans le feu roulant de la production.

CONCLUSION

Les décisions rapportées ci-dessus proposent un rappel intéressant de certaines notions centrales en matière de droit d'auteur applicables dans le contexte du droit du divertissement, que ce soit en matière d'originalité, d'absence de droit d'auteur sur les idées, d'œuvres créées en collaboration ou sur les dommages statutaires en matière de droit d'auteur. L'affaire Ward génère sans doute une incertitude accrue pour certains praticiens en termes d'évaluation des œuvres à caractère humoristique, notamment en lien avec les droits de la personne. Les conseils juridiques sur le contenu humoristique qui irait au-delà de ce qu'une personne raisonnable est tenue de tolérer au nom de la liberté d'expression n'est pas un critère simple à établir ou à définir. La liberté d'expression des artistes est capitale dans une société libre et démocratique, et il est de l'essence même de bien des artistes de repousser les limites, de créer des malaises qui, souvent, génèrent des discussions qui font avancer la société. Mais, comme le rappelle la Cour, la liberté d'expression n'est pas absolue :

> Loin de nous l'intention de restreindre la créativité ou censurer l'opinion des artistes. Les humoristes doivent cependant réaliser que la liberté artistique n'est pas absolue et qu'ils sont, comme tout citoyen, responsables des conséquences de leurs paroles lorsqu'ils franchissent certaines limites. Dans les articles de journaux déposés en preuve où les auteurs reprennent des propos de M. Ward, il indique lui-même vouloir être « méchant mais pas chien » et vouloir constamment

> repousser les limites, voir jusqu'où il peut aller. Cette fois, il est allé trop loin.[63]

Bien que les décisions de la fin 2018 et de 2019 ne modifient pas en soi les tendances jurisprudentielles, nous espérons tout de même que ce survol sera utile à nos confrères et consœurs dans la gestion du risque lors de l'évaluation des œuvres audiovisuelles analysées pour les fins des assurances erreurs et omissions (E & O) ou lors de la détermination des droits d'auteur de leurs clients.

63. *Ward* c. *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse (Gabriel et autres)*, *supra*, note 1, par. 209.