

The Room vs Room Full of Spoons – Où l’exception d’« utilisation équitable » fait BUZZ

M^e Viviane De Kinder*

INTRODUCTION	525
1. LES ŒUVRES EN PRÉSENCE	527
1.1 <i>The Room</i>	527
1.2 Le documentaire <i>Room Full Of Spoons</i>	528
2. DE L'EXCEPTION D'UTILISATION ÉQUITABLE AUX FINS PRÉVUES AUX ARTICLES 29.1 ET 29.2 DE LA LOI	532
2.1 Reproduction ou non d'une partie importante du film ..	532
2.2 De l'exception d'utilisation équitable	533
2.2.1 L'utilisation aux fins des articles 29.1 (« compte rendu et critique ») et 29.2 (« communication de nouvelles »)	533
2.2.2 L'utilisation des emprunts concernés est-elle en l'instance « équitable » ?	536
2.2.3 De l'obligation de mentionner la source des emprunts concernés	539

© Viviane De Kinder 2020.

* Avocate, Montréal.

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

INTRODUCTION

The Room, film de 99 minutes de Tommy Wiseau (ci-après, le « film »), remarqué par la critique pour sa piètre qualité¹ et produit au coût de six millions de dollars américains, n'aura tenu l'affiche que pendant deux semaines suivant sa sortie commerciale à Los Angeles en juin 2003, avec des recettes au guichet d'un peu moins de 2000 \$.

Ce navet du cinéma vaut bien un documentaire, moins pour en décrier la qualité que pour rendre compte du culte que, par leurs pratiques et rituels des *midnight shows*, les fans ont construit à son sujet.

Le documentaire *Room Full Of Spoons* examine ce phénomène à partir de données, de questions, de documents et de témoignages au sujet du film et du culte qui en a fait une œuvre et lui a conféré une certaine notoriété.

Il comprend notamment des entrevues avec les acteurs (sauf Greg Sestero) et certains membres de l'équipe technique du film, les fans, les critiques et les personnes qui, ayant vu et revu le film lors de sa sortie en 2003, en ont organisé les premières projections privées de minuit (ci-après, « *midnight shows* »).

Ce documentaire de 109 minutes reproduit 69 extraits du film, dont le plus long est de 21 secondes. Ces extraits ou emprunts correspondent à une durée totale de 7 minutes.

L'utilisation non autorisée de ces emprunts serait-elle susceptible de porter atteinte au droit d'auteur sur le film et, dans l'affirmative, s'inscrirait-elle dans une utilisation équitable du film

-
1. Différentes critiques du film l'ont qualifié de :
 - *A car crash of incompetence and catastrophic misjudgment* (BBC)
 - *The Citizen Kane of bad movies* (Entertainment Weekly)
 - *A 99 minutes train wreck* (The Huffington Post).

au sens des articles 29.1 et 29.2 de la *Loi sur droit d'auteur*² (ci-après, la « Loi ») ?

Critique et compte rendu

29.1 L'utilisation équitable d'une œuvre ou de tout autre objet du droit d'auteur aux fins de critique ou de compte rendu ne constitue pas une violation du droit d'auteur à la condition que soient mentionnés :

- a) d'une part, la source ;
- b) d'autre part, si ces renseignements figurent dans la source :
 - (i) dans le cas d'une œuvre, le nom de l'auteur,
 - (ii) dans le cas d'une prestation, le nom de l'artiste-interprète,
 - (iii) dans le cas d'un enregistrement sonore, le nom du producteur,
 - (iv) dans le cas d'un signal de communication, le nom du radiodiffuseur.

Communication de nouvelles

29.2 L'utilisation équitable d'une œuvre ou de tout autre objet du droit d'auteur pour la communication des nouvelles ne constitue pas une violation du droit d'auteur à la condition que soient mentionnés :

- a) d'une part, la source ;
- b) d'autre part, si ces renseignements figurent dans la source :
 - (i) dans le cas d'une œuvre, le nom de l'auteur,
 - (ii) dans le cas d'une prestation, le nom de l'artiste-interprète,

2. *Loi sur le droit d'auteur*, L.R.C. (1985), ch. C-42.

(iii) dans le cas d'un enregistrement sonore, le nom du producteur,

(iv) dans le cas d'un signal de communication, le nom du radiodiffuseur.

Cette question est au cœur de la décision rendue le 23 avril 2020 par le juge Schabas de la Cour supérieure de l'Ontario dans l'affaire *Wiseau Studio, LLC et al. v. Harper et al.*³ (ci-après, la « décision Wiseau »).

1. LES ŒUVRES EN PRÉSENCE

1.1 *The Room*

Tommy Wiseau est le producteur, le réalisateur, le scénariste et l'un des principaux acteurs du film dont les personnages sont les protagonistes d'un triangle amoureux : un couple composé d'un homme (Tommy Wiseau) et d'une femme (Juliette Danielle) et l'amant de celle-ci (Greg Sestero), également le meilleur ami de son conjoint.

Malgré sa nullité indubitable, le film connaîtra une certaine notoriété grâce au phénomène des *midnight shows*, qui fait son apparition en 2003, à l'initiative de cinéphiles de mauvais films.

En 2017, des projections similaires ont lieu chaque mois dans le monde entier, où l'assistance, dans un chahut, exulte à la piètre qualité du film, ponctuant le visionnement de cris, d'exclamations et d'autres pratiques, comme répéter à haute voix et exécuter respectivement répliques et gestes des personnages en simultané avec ceux-ci⁴.

3. *Wiseau Studio, LLC et al. v. Harper et al.*, 2020 ONSC 2504.

4. *Ibid.*, par. 16; Pour un compte rendu de ces représentations, voir : Carlos Almeida, *A Room Full of Spoons: A Review of The Room, The Phoenix*, édition du 20 avril 2017 dont voici quelques exemples :

Spoons – Dans le décor du film, pauvre en contenu, on voit la photo d'une cuillère et, à chaque apparition de celles-ci, l'auditoire lance à l'écran des poignées de cuillères en plastique, criant « *Spoons* ».

Ballons de football que l'auditoire s'échange chaque fois que les personnages du film le font.

« *Focus! Unfocus!* » — Cris de l'assistance à chaque fois que l'image est hors foyer (*Focus*) et « *Oh God. Unfocus!* » à chaque scène de sexe.

Fredonnement du thème de *Mission : Impossible* lorsque le personnage incarné par Wiseau insère une cassette dans un répondeur téléphonique.

Ces représentations donnent naissance à un phénomène ou rituel semblable à celui des projections de minuit du *Rocky Horror Picture Show*.

Tommy Wiseau apparaît souvent à ces projections, devenant ainsi une célébrité, où il signe des autographes et vend des copies DVD du film et des produits dérivés.

La création du film fera l'objet d'un livre écrit par Greg Sestero, intitulé *The Disaster Artist: My Life Inside The Room, the Greatest Bad Movie Ever Made* et publié en 2013, dont une adaptation cinématographique intitulée *The Disaster Artist* sera produite avec la pleine coopération de Tommy Wiseau moyennant, semble-t-il, l'attribution à celui-ci d'une contrepartie financière ou d'une participation dans les revenus d'exploitation de cette production⁵. Le réalisateur de cette adaptation, James Franco, y incarne Tommy Wiseau.

The Disaster Artist, dont la sortie commerciale aura lieu en décembre 2017, sera tout d'abord présenté au Festival international du film de Toronto (TIFF) en septembre 2017 et vaudra à James Franco le prix d'interprétation masculine au *Golden Globe Awards* de 2018, catégorie « film musical » ou « comédie ».

1.2 Le documentaire *Room Full Of Spoons*

En avril 2011, les défenseurs ont un premier contact avec Tommy Wiseau (ci-après « Wiseau »), à l'occasion d'une projection privée du film à Ottawa, organisée et financée par eux. Cette projection comprend une apparition de Tommy Wiseau, qui les invite à l'accompagner par la suite à Toronto, pour l'assister dans l'organisation de plusieurs projections et la vente de produits dérivés.

Au cours de ce séjour, il s'installe entre les parties une certaine complicité. Richard Harper, l'un des défenseurs, propose alors l'idée d'un documentaire. Le projet plaît à Wiseau, qui accepte d'y participer.

De l'été 2011 jusqu'au mois de janvier 2016, les défenseurs tâcheront de développer et de parfaire la production du documentaire, toutefois, sans Wiseau, qui, dès juin 2011, décline toute participation.

5. Le montant de cette compensation demeure inconnu, Tommy Wiseau ayant refusé de divulguer en preuve quelque donnée ou document à ce sujet; Wiseau, *supra*, note 3, par. 143, 144 et 244.

En 2015, Richard Harper négocie avec Wiseau une licence pour l'utilisation dans le documentaire d'extraits du film. En vain, les parties ne parviennent à aucune entente, les défenseurs ne pouvant accepter les demandes de Wiseau. Celles-ci auraient eu pour effet d'assujettir la licence au paiement d'une somme trop importante, ainsi qu'à l'attribution à Wiseau d'un contrôle ou d'un droit final de décision sur le contenu et le montage final du documentaire.

Avant même l'achèvement du documentaire, les défenseurs reçoivent des demandes pour sa projection par des exploitants de salles de cinéma au Royaume-Uni et au Canada.

En 2016 et au début de janvier 2017, l'œuvre sera présentée dans dix festivals en Europe et en Amérique du Nord, dans le but de la promouvoir et d'intéresser un potentiel distributeur. La critique lui réserve un accueil favorable :

Along with capturing the excitement and joy the movie has brought to those fans all over the world, Harper's documentary solves a long list of mysteries fans have wondered about « The Room » for years. It's a very impressive feat of reporting.⁶

Et selon l'*Ottawa Life Magazine* :

An encyclopaedic reference guide to everything a fan of the film would want to know.⁷

Entre avril 2015 et février 2016, Tommy Wiseau fera campagne à l'encontre de *Room Full Of Spoons* en publiant sur son site et sur YouTube une série de trois capsules⁸ faisant référence à des allégations d'atteinte au droit d'auteur, d'appropriation de création et

6. Todd VAN LULING, « The Irresistible Mystery of Tommy Wiseau », *The Huffington Post*, éd. du 29 janvier 2016, en ligne : <https://www.huffpost.com/entry/tommy-wiseau-origin_n_56a11990e4b0d8cc1098fdb8> ; Wiseau, *supra*, note 3, par. 44.

7. « Ottawa Filmmaker Rick Harper's Time in The Room », *Ottawa Life Magazine*, éd. du 25 avril 2016, en ligne : <<https://www.ottawalife.com/article/ottawa-filmmaker-rick-harpers-time-in-the-room?c=2>> ; Wiseau, *supra*, note 3, par. 45.

8. Tommy WISEAU, « Tommy Wiseau Presents "Shame On You" », 18 avril 2015, en ligne : <<https://www.youtube.com/watch?v=qg1ADQfwreE>> ; Tommy Wiseau, « Tommy Wiseau Presents Shame On You, Part 2: The Shaming Continues », 20 décembre 2015, en ligne : <<https://www.youtube.com/watch?v=mi400q1KWwk>> ; Tommy WISEAU, « Tommy Wiseau Presents Shame On You, Part 3: The Reckoning », 12 février 2016, en ligne : <<https://www.youtube.com/watch?v=qI4Ecf9jY>>.

de téléchargement illégal. Par des courriels, il menace des exploitants de salles de cinéma de recours judiciaires s'ils projettent le documentaire ou encore leur interdit de projeter le film s'ils ne retirent pas le documentaire de leur programmation.

Le 23 février 2016, les défendeurs transmettent à Wiseau une copie du documentaire. Celui-ci l'accueille avec une série d'objections concernant les renseignements à son sujet (nom véritable, lieu de naissance et sa famille en Pologne) et les extraits du film. À son avis, l'utilisation de ces extraits concourt à un portrait ou compte rendu trop négatif de son film⁹.

Les défendeurs tentent de négocier une solution, mais Wiseau s'acharne contre eux par voie de lettres d'avocats et de demandes additionnelles de changements au documentaire. Il persiste à réclamer des sommes pour l'utilisation des extraits, maintient ses prétentions en violation du droit d'auteur et interdit toute mention de son nom.

En mai 2017, les défendeurs en sont à négocier avec le distributeur Gravitas Pictures un contrat pour la distribution du film et, avec les procureurs de Tommy Wiseau, une entente en résolution du conflit. Le documentaire incorpore alors un certain nombre des changements antérieurement demandés par la partie demanderesse. Pour écarter toute idée, suggestion ou impression d'une caution morale ou de soutien de Wiseau, les défendeurs font mention dans la bande-annonce du texte suivant : « *The documentary Mr. Wiseau does not want you to see* »¹⁰.

La sortie commerciale du documentaire, initialement prévue le 1^{er} juin 2017, sera reportée au 15 juin, à la demande des procureurs canadiens de Wiseau, menaçant les défendeurs de recours en injonction s'ils ne procèdent pas à un tel report.

Ainsi, cette sortie commerciale n'aura pas lieu en raison de l'ordonnance d'injonction intérimaire rendue *ex parte* la veille, soit le 14 juin 2017.

Cette ordonnance s'inscrit dans une action en violation du droit d'auteur de Wiseau Studio et Tommy Wiseau/Wiseau-Films, pour atteintes au droit au respect de la vie privée (*privacy intrusion*),

9. Wiseau, *supra*, note 3, par. 41.

10. Traduction libre : Le documentaire que M. Wiseau ne veut pas que vous voyiez.

appropriation de l'image de Tommy Wiseau et délit de substitution (*passing off*).

Le juge Koehnen dissoudra l'injonction intérimaire, le 1^{er} novembre 2017¹¹, en raison d'une preuve déficiente, voire même trompeuse, de la partie demanderesse.

Le 23 avril 2020, le juge Schabbas de la Cour Supérieure de l'Ontario rejettera l'action et condamnera la partie demanderesse à payer aux défendeurs la somme de 750 000 \$, dont 550 000 \$ en dommages compensatoires et 200 000 \$ en dommages punitifs.

Les faits soumis à la Cour démontrent une attitude complaisante, malhonnête, voire abusive de Wiseau. À ce sujet, nous retenons les faits suivants :

- Wiseau se dépeint comme un réalisateur important, occultant le fait qu'il doit la notoriété du film (et de surcroît la sienne) à la piètre qualité de celui-ci, dont les fans des *midnight shows* se régalent¹²;
- Le film a été rendu disponible dans sa totalité sur YouTube pendant presque quatre années sans que Wiseau n'ait pris de quelconques mesures ou procédures pour en obtenir le retrait ou faire cesser cette mise à la disposition du public¹³;
- La demande des procureurs de Wiseau de reporter au 15 juin 2017 la sortie du documentaire n'était qu'une manœuvre pour tromper les défendeurs et permettre à la partie demanderesse de préparer et obtenir *ex parte*, le 14 juin 2017, l'injonction intérimaire¹⁴;
- La sortie du documentaire à la date initiale prévue le 1^{er} juin 2017 n'aurait causé à la partie demanderesse aucun dommage ou

11. *Wiseau Studio et al. v. Richard Harper*, 2017 ONSC 6535.

12. *Wiseau*, *supra*, note 3, par. 20 : « Although Mr. Wiseau complained in his affidavit that the documentary mocks, derides and disparages him and *The Room*, he did not disclose that *The Room's* fame rests on its apparently abysmal quality as a movie. People flock to see *The Room* because it is so bad. People see the movie for the very purpose of mocking it; a phenomenon that has won the movie its cult status. »

13. *Ibid.*, par. 72.

14. *Ibid.*, par. 244 et 248; s'ils avaient pu en 2017 sortir leur documentaire, les défendeurs auraient pu profiter du *buzz* ou retentissement entourant la sortie, la même année, du film *The Disaster Artist*.

préjudice financier, mais au contraire aurait profité à Wiseau, au film et peut-être même au culte ou rituel des *midnight shows*¹⁵ ;

- Par ses demandes répétées de remises d’audition et ses manœuvres pour prolonger les délais, Wiseau a cherché délibérément à nuire au documentaire en empêchant sa sortie¹⁶ et la conclusion de toute entente avec Gravitas Pictures et tout autre distributeur ou diffuseur.

2. DE L’EXCEPTION D’UTILISATION ÉQUITABLE AUX FINS PRÉVUES AUX ARTICLES 29.1 ET 29.2 DE LA LOI

Pour la Cour, la présence dans le documentaire des 69 séquences du film répond aux fins assignées par les articles 29.1 (critique et compte rendu) et 29.2 (communication de nouvelles) de la Loi et s’avère « équitable » au regard des faits particuliers du dossier.

2.1 Reproduction ou non d’une partie importante du film

Rappelons-nous que le documentaire n’incorpore que 7 minutes du film, ventilées en 69 séquences de courte durée, la plus longue étant de 21 secondes.

Avant de considérer l’application des exceptions statutaires ci-avant mentionnées, la Cour se devait de déterminer s’il y avait en l’espèce l’appropriation d’une partie importante du film.

À ce sujet, elle conclut à l’existence d’une telle appropriation, même si elle considère que les emprunts concernés ne sont pas excessifs :

[164] In my view, *Room Full of Spoons* does reproduce a « substantial part » of *The Room* within the meaning and intent of s. 3 of the *Copyright Act*. While the amount is not large compared to the length of the film, the documentary would not be the same without the number of clips used, and this amount of use cannot be regarded as « trivial » : *CCH Canadian Ltd. v. Law Society of Upper Canada*, 2004 SCC 13, [2004] 1 S.C.R. 339 (« *CCH* »), at para. 56.

15. *Ibid.* ; Wiseau, *supra*, note 3, par. 143 et 144. Il convient de noter que Wiseau n’a présenté aucune donnée financière au sujet des revenus résultant de l’exploitation du film et des produits dérivés y étant associés.

16. *Ibid.*, par. 244 et 245.

L'appropriation serait due non pas à la quantité ou à la durée des emprunts, ni à leur qualité, mais au rôle ou à la place que ceux-ci occupent dans la trame narrative du documentaire. En leur absence, celui-ci ne serait plus le même.

La Cour souligne par ailleurs que leur insertion dans le documentaire sert à rendre compte du film et non à remplacer ou imiter cette œuvre, à en diminuer la valeur ou à s'en approprier le mérite.

[165] I reach this conclusion with some reluctance because *Room Full of Spoons* does not seek to replace or copy *The Room*, nor does it purport to copy Wiseau's skill or judgment, or diminish the value of his work, or to pass his work off as the defendants' product. Rather, the clips are used to talk about Wiseau's work, with all its flaws. However, the issue of whether the use of the plaintiffs' material infringes copyright is best addressed in the context of fair dealing [...].

2.2 De l'exception d'utilisation équitable

Après avoir conclu à l'utilisation par les défendeurs d'une partie importante du film, la Cour aborde ensuite la question de l'exception d'utilisation équitable, à partir des deux questions suivantes :

- (i) L'utilisation concernée correspond-elle à l'une des fins limitativement assignées par la Loi, aux articles 29 (étude privée, recherche, éducation, parodie et satire) 29.1 (critique, compte rendu) et 29.2 (communication de nouvelles);

et, dans l'affirmative,

- (ii) Est-elle, dans les circonstances, équitable¹⁷ ?

2.2.1 *L'utilisation aux fins des articles 29.1 (« compte rendu et critique ») et 29.2 (« communication de nouvelles »)*

(A) *Portée de l'utilisation*

Pour les défendeurs, l'utilisation des emprunts concernés répond aux fins prévues aux exceptions ci-avant mentionnées. Le

17. *Ibid.*, par. 171.

documentaire est une critique et un compte rendu du film et du culte ou rituel des *midnight shows* créé autour de celui-ci ; il contient des témoignages, des références et des commentaires au sujet de certains aspects de celui-ci (scènes, décors, dialogues, jeu d'acteur, intrigue, réalisation, montage et thèmes). Il informe également le public de certains faits entourant le film et Tommy Wiseau¹⁸.

Que le documentaire réponde aux fins assignées aux articles 29.1 et 29.2 de la Loi ne fait aucun doute pour la Cour.

Ces exceptions statutaires correspondraient à un droit des utilisateurs, que l'on ne devrait pas interpréter de façon restrictive¹⁹.

Ainsi, la critique ou le compte rendu d'une œuvre peut couvrir les idées, la philosophie ou le style exprimés dans celle-ci, ou encore les répercussions ou phénomènes sociaux en découlant, sa censure ou son retrait du marché.

La Cour traite de ce sujet entre autres dans la décision rendue dans l'affaire *Time Warner Entertainments Co LP v. Channel Four Television Corporation Plc*²⁰. Cette décision concerne un documentaire produit par la défenderesse au sujet du film *Clockwork Orange*, réalisé par Stanley Kubrick et, à la demande de celui-ci, retiré en 1974 des salles de cinéma au Royaume-Uni.

Ce retrait, Stanley Kubrick l'avait demandé à Time Warner en raison d'incidents violents (série de viols et de meurtres) alors commis par des jeunes qui, dans certains cas, portaient un habillement calqué sur ceux des personnages du film. La rumeur veut que Kubrick et sa famille aient reçu des menaces de mort, qui auraient cessé dès le retrait de l'œuvre²¹. Time Warner fit suite à cette demande. C'est ainsi que le film fut interdit de projection au Royaume-Uni jusqu'à la mort de Stanley Kubrick, en 1999.

18. *Ibid.*, par. 172 et 173.

19. *CCH Canadienne Ltée c. Barreau du Haut-Canada*, 2004 CSC 13, par. 48 et 54 [CCH].

20. *Time Warner Entertainments Co LP v. Channel Four Television Corporation Plc*, [1994] E.M.L.R. 1 [Time Warner]; Wiseau, *supra*, note 3, par. 179.

21. Collin BLACKSTOCK, « "Clockwork Orange" ban to be challenged », *The Independent*, édition du 14 mars 1999, en ligne : <<https://www.theguardian.com/film/1999/sep/01/1>> : *It was widely assumed he imposed the ban because of the « copycat » violence it allegedly generated. But for many years it has been rumoured there was a more sinister explanation - that he and his family had received death threats unless he withdrew the film.*

La critique dans ce cas visait cette décision de Kubrick et non seulement son film²².

(B) Documentaire ou tabloïd

Room Full Of Spoons ne serait pour Wiseau qu'un exposé de style tabloïd et non un documentaire, et porterait ainsi atteinte à sa réputation.

La Cour retient la définition adoptée par l'Academy of Motion Pictures, selon laquelle le documentaire serait un film dont le propos prend appui sur la réalité et non sur la fiction :

[174] [...] As noted earlier, the Academy of Motion Pictures defines a documentary as a non-fiction film, with the emphasis on fact and not fiction. The Academy's definition does not require a documentary to enlighten and educate, though it is to be expected that most will do so given their emphasis on facts. Nor does it require that such film « procure or promote a cause », although many undoubtedly will-indeed Spicuzza conceded that documentaries might have a point of view.

On pourrait tenir compte de la définition de « documentaire » en vigueur au Canada, énoncée respectivement dans les ententes suivantes :

- Art. 215 de l'entente « The WGC Independent Production Agreement (IPA) 2019-2022 between The Writers Guild of Canada ("WGC") and the Canadian Media Producers Association ("CMPA") » :

A.215 – Documentary means an information production not designed to be purely entertainment, and which may include drama or variety techniques in achieving its information goal.

- Art. 1.20 de l'Entente collective entre l'Association québécoise de la production médiatique (« AQPM ») et la Société des auteurs de radio, télévision et cinéma (« SARTEC »), secteur télévision :

1.20 DOCUMENTAIRE Émission qui représente la réalité de façon non fictive et à l'intérieur de laquelle des techniques

22. Time Warner, *supra*, note 20, p. 15.

relatives aux dramatiques ou aux variétés peuvent être utilisées afin de faire passer l'information à donner.

(C) *Portrait juste ou trompeur des faits*

Pour Wiseau, *Room Full Of Spoons* dresse un portrait péjoratif de son film ou, du moins, ne lui rend pas justice. Toutefois, il ne produit aucun élément de preuve à cet effet.

Si le documentaire dénigrerait le film et son auteur, sa publication ou distribution serait susceptible d'exposer les défendeurs à des recours en diffamation ou pour atteinte à la réputation, en vertu du droit commun sous réserve du droit à la liberté d'expression des défendeurs, au sens de l'alinéa 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*²³.

Pour la Cour, le traitement négatif ou positif des faits importe peu si l'utilisation des emprunts concernés répond à l'une des fins prévues aux exceptions statutaires en matière d'utilisation équitable :

[183] In short, a documentary can be many things, and can be positive or negative about its subject. To the extent that a documentary uses copyrighted material for the purposes of criticism, review or news reporting, then such use is for an allowable purpose under the fair dealing provisions of the *Copyright Act*. *Room Full of Spoons* meets each of those purposes.

2.2.2 L'utilisation des emprunts concernés est-elle en l'instance « équitable » ?

Ayant conclu que l'insertion dans le documentaire des emprunts concernés répondait à l'une des fins prévues aux articles 29.1 et 29.2 de la Loi, la Cour poursuit son analyse du dossier pour décider du caractère équitable de cette utilisation. Dans cet exercice, elle tient compte des six facteurs énoncés par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *CCH*²⁴ pour conclure au caractère « équitable » de l'utilisation. Ces facteurs sont les suivants :

23. *Charte canadienne des droits et libertés*, partie I de la *Loi Constitutionnelle de 1982* [annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, c. 11 (R.-U.)].

24. *CCH*, *supra*, note 19.

(a) Le but de l'utilisation

Cela ne fait aucun doute : le documentaire est, selon la preuve, un reportage ou compte rendu et une critique du film et du phénomène des *midnight shows* créé autour de celui-ci et non une imitation déguisée de cette production²⁵.

(b) La nature de l'utilisation

À ce sujet, la Cour doit examiner la manière dont les emprunts ont été utilisés et, à cette fin, tenir compte de l'usage ou de la pratique en matière de documentaire²⁶.

Dans *Room Full Of Spoons*, les emprunts concernés servent à illustrer ou à étayer les propos, commentaires et critiques du narrateur et ceux exprimés dans les entrevues ou témoignages par les fans, les critiques, les experts et les acteurs et techniciens clés du film *The Room*.

Dans ce contexte, la Cour est d'avis que les emprunts ne sont associés qu'à ces portions du documentaire :

[183] This factor addresses how the copyrighted material is dealt with by the user. In doing so it may be relevant to consider the “custom or practice” in the particular trade or industry to determine whether the character of dealing is fair: *CCH*, at para. 50. In this case, the copyrighted material was almost invariably accompanied by commentary illustrating or supporting points made by the narrator or interviewees. This is a common technique in documentaries and in providing review and criticism, as confirmed by the defendants' evidence as well as that of Synthian Sharp. As in *Time Warner*, use of the clips for the purpose of commentary is a character of dealing that is appropriate and supports a conclusion that the dealing was “fair”.

(c) L'ampleur de l'utilisation

La Cour souligne que le documentaire aborde plusieurs aspects sans lien avec les images ou séquences du film et utilise à cette fin d'autres sources que le film :

25. Wiseau, *supra*, note 3, par. 185.

26. *Ibid.*, par. 186.

[189] [...] While use of excerpts from *The Room* and some other material belonging to the plaintiffs is important to conveying the messages in the documentary, such use is limited and linked to the objectives of the documentary. The purpose of the copying was not to replace *The Room*. To repeat the evidence of the plaintiffs' witness, documentary filmmaker Synthian Sharp said he might have used more clips if he had been making the film. In my view, therefore, the amount of the plaintiffs' work is not excessive and does not support a conclusion that the fair dealing exception does not apply.

(d) Les solutions de rechange à l'utilisation

Les emprunts étaient en l'espèce justifiés, voire même inévitables. En effet, les défendeurs ne pouvaient se rabattre sur un équivalent non protégé. Comment rendre compte du film *The Room* sans recourir à des extraits de celui-ci ?

(e) La nature de l'œuvre

Si l'œuvre utilisée était inédite ou confidentielle, les tribunaux auraient tendance à conclure que son utilisation n'est pas équitable et à adopter une approche restrictive.

Le film étant sorti en 2003 et, dès lors, offert en DVD, l'utilisation des emprunts concernés ne pose aucun problème au regard du facteur précité.

(f) L'effet « concurrent » de l'utilisation

Sur cette question, la Cour est d'avis que le documentaire ne vise pas à remplacer le film et le rituel des *midnight shows*, ni à leur faire concurrence. Au contraire, il risque de susciter un intérêt pour *The Room* :

[196] In my view, *Room Full of Spoons* is not an alternative to *The Room* and does not replicate or replace the unique experience of attending a showing of the original work, where people dress up as characters in the film, throw footballs around, throw spoons, and shout at the screen. Watching *Room Full of Spoons*

is *more* likely to create interest in *The Room*, than to compete with it. Although both Sharp and Bania agreed that in some respects the documentary could be a competitive product to *The Room*, as watching *Room Full of Spoons* may cause some people to conclude they do not need to see *The Room*, they also both said that the documentary whet their appetite to see *The Room*.

[197] Further, the fact that festivals and cinemas have been interested in playing double features of *The Room* and *Room Full of Spoons* together suggests that the films complement, rather than compete, with one another. There is no evidence that the limited screenings of the documentary have had *any* negative impact on the *The Room*. To the extent there may be a negative impact, which is entirely speculative, it would more likely be due to the film's criticism of *The Room* and Wiseau, and the reporting of facts about him, but that does not make the dealing with his work unfair.

2.2.3 *De l'obligation de mentionner la source des emprunts concernés*

Les défendeurs se devaient, en application des conditions prévues aux articles 29.1 et 29.2, de mentionner la source des emprunts, en l'occurrence le film, et, si ces renseignements étaient donnés dans la source, le nom respectif de l'auteur du film et des acteurs, dont les prestations apparaissent dans les emprunts.

Il semble que cette obligation ait été exécutée à la satisfaction du tribunal :

[170] The attribution requirements of s. 29 are clearly met in this case. It is clear throughout, and at the end, of *Room Full of Spoons*, what aspects of the documentary are drawn from *The Room*. To the extent that still photos are used, these are either clear to the viewer as Wiseau's work or, further to Koehnen J.'s decision at paras. 95-99 can be adequately attributed in the end credits. The plaintiffs did not make an issue of this at trial.

La décision Wiseau illustre de façon claire l'application de l'exception statutaire d'utilisation équitable en matière de documentaire.

Les emprunts utilisés dans cette affaire ne concourent pas à une appropriation du film ni à une imitation déguisée de celui-ci, le documentaire s'intéressant plutôt au culte ou phénomène créé autour de cette production dérisoire et ayant fait du film une œuvre.

Ce n'est pas l'œuvre qui fait le culte, c'est le culte qui fait l'œuvre et sa pérennité.²⁷

Depuis, la partie demanderesse a tenté sans succès de faire réformer le jugement, en invoquant des faits nouveaux dans une requête à cet effet. Saisi de cette requête, le juge Schabas a conclu à une autre manœuvre des demandeurs destinée à nuire au documentaire et à faire obstacle à la sortie de celui-ci²⁸. À son avis, ces faits nouveaux, eussent-ils été révélés lors du procès, n'auraient en rien modifié sa décision²⁹.

27. David PEYRON, « Au fait, c'est quoi une œuvre culte ? », *Le Point Pop*, 7 mars 2017, en ligne : <www.lepoint.fr/pop-culture/cinema/au-fait-c-est-quoi-une-oeuvre-culte-07-03-2017-2110016_2923.php>.

28. *Wiseau Studio, LLC et al. v. Harper et al.*, 2020 ONSC 3920, par. 51.

29. *Ibid.*, par. 3.