

Bernie, mêmes et mitaines : comme on s’amuse... ! jusqu’à ce qu’un avocat spécialisé en droit d’auteur s’en mêle !

François Larose et Naomi Zener*

Si vous vivez sur la planète Terre et avez accès à Internet, vous avez probablement vu le même Internet¹ du sénateur américain Bernie Sanders devenu viral peu après l’investiture aux États-Unis du président Joe Biden et de la vice-présidente Kamala Harris. Lors de cet événement historique, le sénateur Sanders a été photographié, à son insu, sur une chaise pliante, socialement éloignée des autres, vêtu d’un manteau d’hiver, jambes et bras croisés arborant des mitaines tricotées désormais célèbres.

Cette image du sénateur Sanders était tant aimée qu’elle lui a fait visiter le globe, la Lune et Tatoonie, lui a permis de voyager dans le temps puis dans le futur, l’a fait rejoindre la distribution de films et de séries télévisées, l’a propulsé en bonne compagnie de plusieurs gens célèbres ou aux premières scènes d’événements célèbres ou événements sportifs, et dans d’autres contextes trop innombrables

© François Larose et Naomi Zener, 2021.

* François Larose est avocat, agent de marques de commerce et associé au sein de Bereskin & Parr, S.E.N.C.R.L., s.r.l. Naomi Zener est membre du Barreau de l’Ontario et avocate-conseil au sein de Bereskin & Parr, S.E.N.C.R.L., s.r.l.
[Note : cet article a été soumis à une évaluation à double anonymat.]

1. Selon la définition du *Grand dictionnaire terminologique*, un « même Internet » est défini comme étant un « élément culturel propagé de façon virale sur le Web » et « peut notamment prendre la forme d’une vidéo, d’un site Internet, d’un mot, d’une phrase, d’un personnage ou d’un phénomène ». OFFICE QUÉBÉCOIS DE LA LANGUE FRANÇAISE. *Le grand dictionnaire terminologique*, 2013, en ligne : <http://gdt.oqlf.gouv.qc.ca/ficheOqlf.aspx?Id_Fiche=26522991> (consulté le 24 février 2021).

pour être mentionnés, et ce, sans jamais avoir quitté la cérémonie de l'inauguration.

Le photographe qui a croqué ce cliché, Brendan Smialowski, photojournaliste de l'Agence France-Presse (« AFP »), n'a pas cherché à devenir célèbre avec cette photographie. Il s'est contenté de capturer des moments de cette journée spéciale, tels qu'il les voyait à travers l'objectif de son appareil photo. En utilisant l'image du sénateur Sanders lors de l'investiture du président Biden, de nombreuses personnes se sont jointes à la fête, transformant le sénateur Sanders en un mème viral qui a fait rire les gens pendant des jours – rires dont nous avons toutes et tous certainement besoin.

Il s'avère que la banque d'images Getty Images offre cette photo en licence à quiconque souhaite l'utiliser – probablement en vertu d'un contrat d'agence entre M. Smialowski/l'AFP et Getty Images. Nous présumons toutefois que la plupart des mèmes Internet du sénateur Sanders et de ses merveilleuses mitaines ont été réalisés sans l'autorisation de M. Smialowski, de l'AFP ou de Getty Images. Alors, qu'est-ce qui attend les créateurs de ces mèmes Internet qui se sont exécutés sans l'autorisation expresse du titulaire des droits d'auteur ou d'un détenteur de licence exclusive ? La *Loi sur le droit d'auteur* (la « LDA ») prévoit deux exceptions notables qui peuvent fournir aux créateurs de mèmes Internet certains moyens de défense à l'utilisation non autorisée de l'image du sénateur Sanders : l'utilisation équitable et le contenu non commercial généré par l'utilisateur.

L'utilisation équitable. Les dispositions en matière d'utilisation équitable prévoient des exceptions à la violation du droit d'auteur dans des catégories spécifiques énumérées aux articles 29, 29.1 et 29.2 de la LDA, à savoir :

- l'étude privée ;
- la recherche ;
- l'éducation ;
- la parodie ou la satire ;
- la critique et le compte rendu ;
- les communications de nouvelles.

Pour bénéficier de ces exceptions, l'utilisation pour l'une des fins autorisées doit également être *équitable* suivant les critères énoncés par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *CCH*². Dans le cas d'un mème Internet, on pourrait parfois faire valoir que l'utilisation relève de la parodie ou de la satire, et que selon le contexte, cette utilisation est équitable. Par exemple, un créateur de mèmes Internet pourrait notamment arguer que l'utilisation de l'image est limitée à être partagée dans les médias sociaux à des fins non commerciales.

Le contenu non commercial généré par l'utilisateur.

L'autre exception est celle du contenu non commercial généré par l'utilisateur (ou « CGU »). L'article 29.21 de la LDA énonce en effet que ne constitue pas une violation du droit d'auteur le fait, pour une personne physique, d'utiliser une œuvre déjà publiée ou mise à la disposition du public pour créer une autre œuvre si certaines conditions sont réunies. Le créateur du CGU doit : (a) utiliser la nouvelle œuvre à des fins non commerciales ; (b) lorsqu'il est possible de le faire dans les circonstances, mentionner la source de l'œuvre protégée par le droit d'auteur utilisée pour créer le CGU ; (c) avoir des motifs raisonnables de croire que l'œuvre protégée utilisée n'était pas contrefaite ; et (d) s'assurer que l'utilisation de la nouvelle œuvre n'ait pas d'effet négatif important, pécuniaire ou autre, sur l'exploitation actuelle ou éventuelle de l'œuvre existante. Dans le cas de la photo du sénateur Sanders, il est possible que l'exception du CGU s'applique dans les cas où les créateurs de mèmes Internet insèrent le Sénateur Sanders dans une multitude de contextes à des fins non commerciales.

Le droit à la vie privée du sénateur Sanders doit également être pris en compte, notamment dans le cadre de l'octroi d'une licence de son image par un tiers à des fins commerciales ou promotionnelles. De même, il convient de déterminer si d'autres éléments qui ne sont pas incorporés de façon incidente dans la photo doivent être autorisés par des détenteurs de droits, outre le consentement du sénateur Sanders, par exemple par la personne qui a créé le design des mitaines³.

2. *CCH Canadian Ltée c. Barreau du Haut-Canada*, [2004] 1 R.C.S. 339, 2004 CSC 13. Ces critères sont : (1) le but de l'utilisation ; (2) la nature de l'utilisation ; (3) l'ampleur de l'utilisation ; (4) les solutions de rechange à l'utilisation ; (5) la nature de l'œuvre ; (6) l'effet de l'utilisation sur l'œuvre.

3. Un droit d'auteur peut exister sur le design des mitaines elles-mêmes. Bien que la LDA prévoit que ne constitue pas une violation du droit d'auteur la reproduction graphique d'un objet utilitaire si l'objet a été reproduit en plus de 50 exemplaires, il existe des exceptions à cette exception, dont celles prévues aux paragraphes 64(3) (a) et (c) de la LDA qui maintiennent la protection du droit d'auteur sur les représentations graphiques appliquées sur un objet ou sur le matériel dont le motif est tissé ou tricoté ou utilisable comme vêtement.

Dans le contexte où le sénateur Sanders a lui-même obtenu les droits d'utilisation de cette photo sur une collection de chandails afin d'amasser des fonds pour des organisations caritatives de services sociaux dans le Vermont, il ne pourrait se plaindre d'un préjudice (oui, c'est aux États-Unis, pas au Québec, mais on jase là). Cependant, qu'en est-il de tous les entrepreneurs qui, depuis l'inauguration présidentielle, ont exercé leur créativité et créé une panoplie de biens de toute sorte, des porte-clés aux tasses et autres accessoires ? Ils pourraient certainement s'attirer des ennuis s'ils n'ont pas obtenu au préalable une licence permettant l'utilisation de la photo de M. Smialowski et de l'image du sénateur Sanders.

* * *

Il est certain que plusieurs parmi celles et ceux qui profitent de l'utilisation de l'image sans consentement voudront défendre leur utilisation en arguant qu'ils ne font que de la publicité gratuite pour cette image. Et, tant que le sénateur Sanders n'est pas représenté de manière négative ou désobligeante, il ne cherchera probablement pas à empêcher les gens d'utiliser son image sans son consentement dans le contexte des mêmes Internet non commerciaux généré par l'utilisateur. Cependant, gardons à l'esprit qu'il n'existe pas de défense de « bonne publicité » en cas de violation du droit d'auteur ou du droit à la vie privée. Bien que, dans de nombreux cas, il serait peu utile, peu pratique ou non économiquement viable de poursuivre pour l'utilisation d'une telle image, enfreindre les droits d'auteur d'autrui comporte toujours des risques. Gare à ceux utilisant un même Internet à des fins commerciales sans avoir préalablement obtenu le consentement du titulaire des droits d'auteur sur l'œuvre utilisée.