

*Vol. 24, n° 3*

## **L'assurance « Erreurs & Omissions » en petits détours...**

**Vivianne de Kinder\***

INTRODUCTION . . . . .	577
1. À PROPOS DU TITRE DE L'ŒUVRE AUDIOVISUELLE . . . . .	579
1.1 Quand le titre réfère au nom d'un personnage de fiction notoirement connu . . . . .	580
2. DE QUELQUES DÉFENSES ET EXCEPTIONS STATUTAIRES EN DROIT D'AUTEUR. . . . .	582
2.1 L'autorisation non écrite ou « licence implicite » . . . . .	583
2.1.1 La nature de la permission . . . . .	584
2.1.2 Sa portée . . . . .	584
2.1.3 Le producteur de série peut-il transférer la permission ? . . . . .	584
2.1.4 Exception . . . . .	585
2.2 Quand le titulaire est introuvable . . . . .	585
2.2.1 Exclusions . . . . .	585

---

© Vivianne de Kinder, 2012.

\* Avocate.

---

2.2.2	Conditions d'émission de la licence . . . . .	587
2.3	Incorporation incidente et non délibérée . . . . .	587
2.4	Reproduction d'immeubles et sculpture érigée en permanence sur une place publique ou dans un édifice public . . . . .	588
2.5	Utilisation équitable à des fins de « critique et de compte rendu et de communications » ou de « communication de nouvelles » . . . . .	590
2.5.1	Les fins desservies par l'utilisation . . . . .	591
2.5.2	Caractère « équitable » de l'utilisation . . . . .	596
3.	DU PLACEMENT DE PRODUITS. . . . .	597
3.1	Des contraintes de la <i>Loi sur la protection du consommateur</i> et des productions audiovisuelles destinées aux tout-petits ou à toute la famille. . . . .	597
3.1.1	Nature et destination du bien annoncé . . . . .	598
3.1.2	Manière dont le message est présenté . . . . .	598
3.1.3	Du moment ou de l'endroit où il apparaît. . . . .	599
3.1.4	Quatrième critère non mentionné dans la LPC mais considéré par l'Office de la protection du consommateur . . . . .	599
3.2	Du respect des droits moraux des créateurs . . . . .	599
3.3	Du droit à l'image des artistes-interprètes. . . . .	601
	CONCLUSION . . . . .	604

## INTRODUCTION

Une assurance « Erreurs et Omissions », (ci-après « E&O »), est habituellement requise du producteur d'une œuvre audiovisuelle destinée initialement aux marchés de la télévision, du cinéma et, selon les circonstances, de l'Internet et des jeux vidéos. Ceci prévaut du moins au Canada.

L'obtention d'une telle assurance procède le plus souvent d'une exigence des partenaires financiers du producteur (investisseurs institutionnels et privés, diffuseurs et distributeurs mentionnés à la structure financière du film).

Ce type de police d'assurance, comme son nom l'indique, vise les risques de poursuites résultant d'erreurs et d'omissions pouvant subsister dans la chaîne de droits que le producteur détient sur l'œuvre audiovisuelle et les diverses composantes de celle-ci.

Ces risques de poursuites ont trait principalement aux atteintes suivantes :

- Violation des droits d'auteur d'autrui – Utilisation non autorisée de matériel protégé par le droit d'auteur, (œuvres, prestations d'artiste, enregistrements sonores et signaux de communication), dans le scénario, le décor, les accessoires, les costumes, la musique, la trame sonore et visuelle de la production ou encore, en documentaire, dans les références visuelles et sonores (extraits d'archives). Il s'agirait de matériel préexistant et non créé pour la production.
- Atteinte au droit au respect de la vie privée d'autrui – Confusion avec des personnes réelles et emprunts non autorisés du nom, de l'image, de la signature et autres attributs du droit de la personnalité, de faits et données appartenant à la sphère privée d'autrui.
- Atteinte à la réputation et au droit au respect de la dignité ou de l'honneur d'autrui – Diffamation, commentaire déloyal, appro-

---

priation commerciale de l'image et des autres attributs de la personnalité d'autrui, divulgation de faits véridiques mais non d'intérêt public.

- Délit de substitution ou « passing off » – Confusion avec le titre de productions préexistantes ou avec les noms de personnages de fiction préexistants et, le cas échéant, avec le nom d'entreprises réelles.

Il appartient au producteur d'établir une chaîne claire de droits sur les diverses composantes de la production et ainsi démontrer à l'assureur qu'il a pris tous les moyens nécessaires pour assurer à la production une libre et paisible exploitation. Cet exercice est en général confié à l'avocat du producteur et circonscrit aux étapes suivantes :

- Examen du scénario.
- Identification des œuvres, prestations et autres éléments concourant ou devant concourir à l'expression de la production.
- Définition de la nature et de l'étendue des droits à libérer pour l'utilisation de ce contenu.
- Examen des ententes ou arrangements souscrits par le producteur aux fins de cette libération.

Je ne parlerai pas, dans cet article, de la demande comme telle d'une assurance E&O, mais ferai plutôt état de certaines contraintes en création audiovisuelle à partir de détours vers des questionnements sur les aspects suivants :

1. Titre d'une œuvre audiovisuelle.
2. De quelques défenses et exceptions statutaires en droit d'auteur.
3. Du placement de produits, des droits moraux des créateurs, du droit à l'image des artistes-interprètes et des contraintes de la *Loi sur la protection du consommateur* en matière de publicités destinées aux enfants.

Aucun volet ne sera consacré à la protection de l'image d'autrui dont l'application ne fait aucun doute en audiovisuel. Le présent

document se décline en petits détours qui échappent de par leur genre à l'article de fond. Et le traitement d'un sujet aussi vaste et complexe que l'examen du droit au respect de la vie privée et de la réputation d'autrui ne saurait être circonscrit à un détour. Au sujet des problèmes de cette protection en audiovisuel, la littérature juridique fait état d'un article de fond fort intéressant<sup>1</sup>.

## 1. À PROPOS DU TITRE DE L'ŒUVRE AUDIOVISUELLE

Le titre d'une œuvre audiovisuelle n'est pas en principe admissible à la protection du droit d'auteur à moins qu'il ne soit original et distinctif, tel qu'il apparaît de la définition d'« œuvre » à l'article 2 de la *Loi sur le droit d'auteur*<sup>2</sup>, (ci-après « LDA ») :

« œuvre » Est assimilé à une œuvre le titre de l'œuvre lorsque celui-ci est original et distinctif.

Le producteur ne saurait toutefois utiliser un titre susceptible de créer de la confusion avec celui d'une œuvre notoirement connue. L'adoption d'un tel titre exposerait le producteur à un recours pour délit de substitution ou « passing off », en vertu du droit commun. Un tel recours est distinct de ceux pour une atteinte au droit d'auteur ou pour la violation d'une marque de commerce enregistrée. Pour le réussir, l'on doit démontrer :

- L'existence d'un droit à préserver et qu'un tiers tente de s'approprier – la réputation du requérant, et l'achalandage lié à la notoriété du titre d'une œuvre audiovisuelle ou du nom d'un personnage de fiction tiré de cette œuvre.
- La probabilité de confusion avec cette production, laquelle serait susceptible d'induire le public à croire que le produit du défendeur ferait partie de ceux du demandeur ou procéderait d'une activité approuvée par celui-ci.
- L'existence d'un préjudice.

---

1. LAMOTHE-SAMSON (Madeleine), « Le « docudrame » et le droit, les frontières du droit au respect de la vie privée dans le cadre de la mise à l'écran de « faits vécus », dans Service de la formation continue du Barreau du Québec, *Développements récents en matière de divertissement 2006*, vol. 249, (Cowansville : Blais, 2006), p. 233.

2. (1985) L.R.C., ch. C-42.

### 1.1 Quand le titre réfère au nom d'un personnage de fiction notoirement connu

En soi, l'utilisation d'un prénom comme titre ne poserait aucun problème à moins que celui-ci ne réfère à un personnage de fiction jouissant d'une grande notoriété.

Ainsi, dans l'arrêt *Henson Associates Inc. c. 119201 Canada Inc. et Gabriel Richard*<sup>3</sup> (ci-après « Henson »), la Cour a ordonné une injonction pour empêcher la production, la distribution, la publicité et la promotion, sous forme de vidéocassettes, d'un projet de série de spectacles pour adultes intitulée « Miss Piggy goes Porno » ou « The Sex Life of Miss Piggy », devant représenter une action entre « humains » et non entre marionnettes.

« Miss Piggy » désigne l'un des principaux personnages de la série de télévision « The Muppet Show ». Cette série, destinée à toute la famille, a été diffusée sur une base hebdomadaire pendant cinq années, de 1976 à 1981, dans 100 pays, dont les États-Unis et le Canada. Elle aurait joui d'un audimat de 250 millions de téléspectateurs par semaine.

Selon la Cour, l'utilisation du nom « Miss Piggy » en liaison avec le projet des intimés était susceptible de ternir l'image du personnage « Miss Piggy », de la série « The Muppet Show » et des créateurs de ceux-ci et d'induire le public en général à croire que la carrière de « Miss Piggy » avait pris une autre direction pour désormais se poursuivre dans le marché des productions pour adultes :

Les intimés prétendent aussi que leur œuvre sera destinée à un public différent. Alors que la marionnette de Henson est la vedette d'un divertissement destiné à tous les membres de la famille, leur spectacle pornographique ne vise et n'intéressera qu'un consommateur adulte. D'abord, cela reste à voir et deuxièmement, ici ce n'est pas le contenu de l'œuvre « qui gêne », c'est son titre. Que pensera le consommateur ordinaire [...] lorsqu'il verra une annonce dans une publication quelconque introduisant par exemple des vidéo-cassettes « MISS PIGGY GOES PORNO » ou « THE SEX LIFE OF MISS PIGGY » ? Ou encore lorsqu'il verra dans un établissement offrant en vente ou en location des vidéo-cassettes à l'emballage portant le même titre ? Est-il probable que ce consommateur

3. 500-05-005340-847, J. Flynn, décision du 31 mai 1985 (C.S.).

établira une relation entre cette vidéo-cassette et la marionnette de Henson et partant, entre une œuvre pornographique et la requérante Henson ?<sup>4</sup>

Vu la probabilité de confusion, vu que la requérante a amplement prouvé son intérêt à conserver à « MISS PIGGY » la bonne réputation qui lui a permis l'accès dans les foyers et dans les cinémas, ou sous différentes formes dans les étalages des magasins, le TRIBUNAL conclut à la nécessité du remède demandé. [...]<sup>5</sup>

Par ailleurs, les personnages de fiction feraient l'objet d'un droit d'auteur dès que leurs attributs psychologiques ou dramatiques et, le cas échéant, visuels seraient suffisamment élaborés ou « particularisés ». C'est ce qui ressort de l'opinion du juge Gendreau de la Cour d'appel du Québec dans l'arrêt *Productions Avanti Ciné-Vidéo Inc. c. Favreau*<sup>6</sup> :

*La Petite Vie* est une œuvre drôle, originale et unique en son genre au Québec. Elle met en scène des personnages qui, tout au moins pour les deux plus importants, n'ont pas de comparable dans la vie courante. Ils se meuvent dans un décor caractéristique qui s'ajuste à l'absurdité du texte lui-même.<sup>7</sup>

[...] Ces personnages sont aussi typés par leurs manies, leurs tics et les expressions de langage. [...]<sup>8</sup>

Je retiens donc du dossier que Meunier a littéralement conçu des personnages autonomes, parfaitement caractérisés tant par leur allure extérieure que par leurs tics, leur conduite et leur langage et à qui il a confié un texte absurde et drôle. Ce qui définit l'œuvre, c'est à la fois l'individualité des composantes parfaitement identifiables et leur intégration dans un tout. Il est incontestable qu'au Québec, les personnages de *La Petite Vie* sont aussi singularisés que ceux de *Tintin*, d'*Astérix le Gaulois* ou de *Garfield*. [...]<sup>9</sup>

4. *Ibid.*, p. 14 *in fine* et 15.

5. *Ibid.*, p. 15 *in fine* et 16.

6. [1999] R.J.Q. 1939 (C.A.).

7. *Ibid.*, par. 33.

8. *Ibid.*, par. 34.

9. *Ibid.*, par. 37.

Dans le dossier se rapportant à la série pour la télévision « Robinson Sucroé » par Films Cinar, la Cour supérieure<sup>10</sup> et la Cour d'appel du Québec<sup>11</sup> ont suivi cette position :

En l'espèce, l'auteur Claude Robinson a suffisamment typé ses personnages, leur caractère, leurs relations et leur environnement pour qu'il ait droit à la protection de la LDA.<sup>12</sup>

La protection du droit d'auteur sur un personnage de fiction aussi *singularisé* que ceux de la P'tite Vie prévaudrait-elle à l'égard du nom seulement ? Ce nom ferait certes partie des caractéristiques ou attributs de la personnalité du personnage. L'atteinte dépendrait toutefois du contexte de l'utilisation. Je retiens pour l'instant que la décision rendue par le juge Flynn dans l'arrêt *Henson* porte sur un délit de substitution et nullement sur une atteinte au droit d'auteur.

## 2. DE QUELQUES DÉFENSES ET EXCEPTIONS STATUTAIRES EN DROIT D'AUTEUR

À l'examen d'une chaîne de droits sur une œuvre audiovisuelle, l'on peut constater l'existence de matériel protégé à l'égard duquel le producteur n'a obtenu aucune autorisation écrite ou dont l'utilisation non autorisée serait licite en vertu de l'une quelconque des exceptions prévues à la LDA. Le présent volet fera état des cas suivants :

- Théorie de la « licence implicite ».
- Titulaire introuvable.
- Incorporation incident et non délibérée.
- Images d'immeubles et de sculptures érigées en permanence sur la place publique.
- Utilisation équitable à des fins de critique ou de compte rendu ou de communication de nouvelles.

10. *Robinson c. Films Cinar inc.*, [2009] R.J.Q. 2261 (C.S.).

11. *France Animation, s.a. c. Robinson*, 2011 QCCA 1361.

12. *Ibid.*, par. 54.



## 2.1 L'autorisation non écrite ou « licence implicite »

La reproduction ou insertion de matériel protégé (ou d'une partie importante de celui-ci) dans une œuvre audiovisuelle serait attentatoire au droit d'auteur à moins d'avoir été autorisée par le titulaire du droit d'auteur concerné, tel qu'il apparaît du paragraphe 27(1) LDA :

27(1) Constitue une violation du droit d'auteur 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.

Ce consentement n'est dans la LDA assujéti à aucune condition de forme et ne confère aucun intérêt, titre ou droit dans la propriété du droit d'auteur sur le matériel concerné. Il n'en résulte aucun tel transfert. Évidemment, l'écrit demeure la meilleure preuve. Mais le consentement pourrait s'inférer de la conduite des parties, selon la doctrine et la jurisprudence canadiennes et britanniques, en vertu de la théorie de la licence ou permission « implicite ». L'on retrouve maintes applications de cette théorie en des instances concernant des plans d'architecte et d'ingénieur.

Pour fins d'illustration, considérons le cas d'une commande ayant pour objet la création de logos devant identifier deux équipes de hockey qui seraient les protagonistes d'une série de fiction pour la télévision. Il ne subsiste entre le producteur de cette série et le créateur des logos aucune entente mais uniquement des échanges de courriel faisant mention de la commande (logos), des consignes du producteur, des honoraires et frais de l'artiste et de la série.

Après avoir exécuté la commande et reçu paiement du prix convenu, l'artiste ne pourrait pas s'objecter à l'utilisation des logos dans la production, la communication au public par télécommunication (ci-après « diffusion »), la distribution, la publicité ou promotion de la série. Une telle utilisation desservirait les fins assignées par la commande et serait en cela effectuée avec la permission implicite de l'artiste<sup>13</sup>.

13. *Netupsky c. Dominion Bridge Co.*, [1972] R.C.S. 368. Il convient de citer l'extrait suivant du jugement rendu par le juge Judson :  
« [20] La jurisprudence sur le point précis en litige ici est limitée. Je fais mienne la déclaration de principe de la Cour suprême de *New South Wales dans Beck v. Montana Constructions Pty. Ltd.* (1963), 5 F.L.R. 298, p. 304-5 :  
[TRADUCTION] ...que l'engagement que prend une personne de produire moyennant rémunération une chose susceptible de faire l'objet d'un droit d'auteur

Quelles sont la nature et la portée d'une telle permission ?

### **2.1.1 La nature de la permission**

Elle ne peut être que non exclusive en l'absence d'une déclaration à l'effet contraire et écrite par l'artiste. Par ailleurs, si la commande est acceptée à titre gratuit ou sans contrepartie, l'artiste pourrait, selon la doctrine, révoquer en tout temps son consentement<sup>14</sup>. La permission implicite serait donc irrévocable, sous réserve du parfait paiement à l'artiste de la rémunération convenue<sup>15</sup>.

### **2.1.2 Sa portée**

L'autorisation ne prévaudrait qu'à l'égard des actes plus haut mentionnés, en l'occurrence la production, la diffusion, la distribution et la publicité ou promotion de la série. En d'autres termes, l'utilisation des logos ne sera autorisée que pour les fins agréées au moment de la commande ou arrangement d'affaires entre l'artiste et le producteur. Serait-elle valable pour des adaptations de la série sous forme de long métrage, de « spin off » ou de « prequels » ou pour l'exploitation de droits de camelotage (« merchandising rights ») ? Il semble que non à moins que ces futures utilisations aient été mentionnées et agréées par les parties dans leurs échanges écrits ou électroniques. En l'absence d'une telle mention, ces utilisations constitueraient des applications nouvelles dont les parties n'auraient pas pu convenir au moment de leur arrangement d'affaires<sup>16</sup>.

### **2.1.3 Le producteur de la série peut-il transférer la permission ?**

Le transfert de la licence ou permission aux fins de la production de la série ne poserait aucun problème<sup>17</sup>.

---

implique l'utilisation de la chose avec la permission ou le consentement ou la licence de celui qui a pris cet engagement, en la manière et pour les fins qu'au moment de l'engagement les parties avaient à l'esprit au sujet de son utilisation.»

14. FOX (Harold G.), *Canadian Law of Copyright and Industrial Designs*, 2<sup>e</sup> éd. (Toronto : Carswell, 1967), pp. 339-340 :

« If the consent is given without consideration, it can be withdrawn at any time but if it is given for valuable consideration, it will be irrevocable and will convey an equitable interest in the copyright. »

15. *Katz c. Cytrynbaum*, 1983 CanLII 557 (C.A. C.B.).

16. *Bemben & Kuzych Architects c. Greenhaven-Carnagy Developments Ltd.* (1992), 45 C.P.R. (3d) 488 (C.S. C.B.).

17. *Supra*, note 13, p. 379.

### 2.1.4 Exception

La licence implicite ne saurait prévaloir que si l'artiste est le titulaire des droits correspondant aux utilisations projetées ou convenues.

## 2.2 Quand le titulaire est introuvable

S'il lui est impossible de retracer le titulaire du droit d'auteur, le producteur de l'œuvre audiovisuelle peut s'adresser à la Commission du droit d'auteur, (ci-après « Commission ») pour obtenir une licence, en vertu de l'article 77 LDA<sup>18</sup>.

Aux fins de sa demande de licence auprès de la Commission, il appartient au requérant d'établir chacun des éléments suivants :

- Le titulaire du droit d'auteur est introuvable.
- Le requérant a fait son possible dans les circonstances pour le retrouver.
- La demande se rattache à l'ensemble ou l'un quelconque des objets suivants :

Description du matériel	Actes visés
Œuvre publiée	Actes mentionnés à l'article 3
Enregistrement sonore publié	Actes mentionnés à l'article 18
Fixation d'une prestation	Actes mentionnés à l'article 15
Fixation d'un signal de communication	Actes mentionnés à l'article 21

### 2.2.1 Exclusions

La Commission n'aurait pas compétence pour agir dans les cas suivants :

- i) Une œuvre ayant fait seulement l'objet d'une représentation en public ou d'une communication au public par télécommunication

18. BOUCHARD (Mario), « Le régime canadien des titulaires de droit d'auteur introuvables » (2010), 22:3 *Cahiers de propriété intellectuelle* 483.

---

ou s'il s'agit d'une œuvre artistique, d'une exposition en public, seraient exclues de la compétence de la Commission au motif que ces actes ne sauraient constituer une publication au sens de la LDA<sup>19</sup>.

- ii) Une œuvre ou un enregistrement sonore dont la publication a été faite sans le consentement du titulaire de ce droit<sup>20</sup>.
- iii) Une œuvre faisant du domaine public ou dont l'expression n'est pas admissible à la protection du droit d'auteur.
- iv) Une demande de licence ayant pour objet :
  - l'une quelconque des utilisations équitables prévues aux articles 29. 29.1 et 29.2 de la Loi ;
  - la reproduction d'une partie non importante d'une œuvre, d'une prestation, d'un enregistrement sonore ou d'un signal de communication ;
  - l'exercice d'un acte afférent aux droits moraux ;
  - l'exclusivité à l'égard d'un acte visé aux articles 3, 15, 18 et 21 de la LDA<sup>21</sup>.

---

19. Article 2.2 LDA :

«2.2 (1) Pour l'application de la présente loi, « publication » s'entend :

a) à l'égard d'une œuvre, de la mise à la disposition du public d'exemplaires de l'œuvre, de l'édification d'une œuvre architecturale ou de l'incorporation d'une œuvre artistique à celle-ci ;

b) à l'égard d'un enregistrement sonore, de la mise à la *disposition* du public d'exemplaires de celui-ci.

Sont exclues de la publication la représentation ou l'exécution en public d'une œuvre littéraire, dramatique, musicale ou artistique ou d'un enregistrement sonore, leur communication au public par télécommunication ou l'exposition en public d'une œuvre artistique. »

20. Article 2.3 LDA :

«2.2 (3) Pour l'application de la présente loi – sauf relativement à la violation du droit d'auteur –, une œuvre ou un autre objet du droit d'auteur n'est pas réputé publié, représenté en public ou communiqué au public par télécommunication si le consentement du titulaire du droit d'auteur n'a pas été obtenu. »

21. Paragraphe 77(2) LDA :

« 77(2) La licence, qui n'est pas exclusive, est délivrée selon les modalités établies par la Commission. »

### **2.2.2 Conditions d'émission de la licence**

Toute licence que la Commission peut accorder sera non exclusive. Le prix, le territoire, la durée et les autres modalités d'exercice pour chaque licence sont décidés au regard des particularités de chacun des cas soumis à la Commission (utilisation projetée, nombre d'exemplaires projeté, statut du demandeur, sans que cette énumération soit limitative). Par ailleurs, toute licence accordée par celle-ci serait limitée, de par son territoire, au Canada. En effet, l'article 77 ne contient rien qui puisse conférer à la Commission le pouvoir de décider autrement. Enfin, si le titulaire « mystère » venait à se manifester, le seul recours de celui-ci serait celui prévu au paragraphe 77(3), soit percevoir les redevances fixées pour la licence ou en poursuivre le recouvrement jusqu'à cinq ans après l'expiration de celle-ci. Il semble qu'il ne pourrait pas en demander la résiliation en l'absence d'indication à l'effet contraire dans la licence.

### **2.3 Incorporation incidente et non délibérée**

L'article 30.7 LDA fait état de deux actes distincts : l'incorporation comme telle et l'utilisation subséquente de celle-ci dans et en liaison avec l'exploitation du matériel d'origine où elle apparaît.

30.7 Ne constituent pas des violations du droit d'auteur, s'ils sont accomplis de façon incidente et non délibérée :

- a) l'incorporation d'une œuvre ou de tout autre objet du droit d'auteur dans une autre œuvre ou un autre objet du droit d'auteur ;
- b) un acte quelconque en ce qui a trait à l'œuvre ou l'autre objet du droit d'auteur ainsi incorporés.

Il n'existe actuellement aucune décision au sujet de l'application de cet article.

Prenons donc pour exemple la réalisation d'un reportage pour la télévision au sujet d'un festival à Montréal. Le réalisateur est à parfaire le tournage d'une courte entrevue avec un spectateur. Au cours de cette entrevue qui se déroule sur la place publique, se joue tout au loin une chanson connue exécutée par un artiste-promeneur qui passe là, dans un périple sur sa planche à roulettes ou skateboard.

La présence dans ce reportage de cette prestation furtive procéderait-elle d'une « incorporation incidente et non délibérée » de matériel protégé ?

Il s'agirait de composantes dont le réalisateur ne pouvait au préalable prévoir l'existence ni en contrôler la présence ou incorporation dans le reportage. En cela, l'insertion de ces composantes ne constituerait pas une atteinte aux droits d'auteur respectifs sur la prestation et la chanson concernées. Il en va de même pour l'utilisation de l'insertion aux fins de la reproduction, la communication au public par télécommunication, la représentation en public et la traduction du reportage.

Qu'en est-il maintenant d'entrevues réalisées au cours de bals de graduation pour les fins d'un film documentaire sur ces manifestations étudiantes ? La musique sera certes omniprésente et son insertion inévitable et prévisible.

Dans ce contexte, il serait difficile de faire valoir une incorporation « incidente » et « non délibérée » de la musique. L'insertion de celle-ci au documentaire obligerait le producteur à obtenir les autorisations nécessaires à l'utilisation du matériel suivant :

- Chacune des œuvres musicales incorporées aux scènes de bals

et, selon que ces œuvres sont exécutées par un orchestre :

- Chacune des prestations de musiciens, interprètes et chefs d'orchestre visés par ces exécutions ;

ou qu'elles le sont à partir d'enregistrements sonores :

- Chacun de ces enregistrements

Un tel exercice pourrait s'avérer complexe, long et coûteux.

Par ailleurs, il serait loisible au producteur et au réalisateur du documentaire de ne montrer des bals que des images et au montage final, de juxtaposer à ces images une musique originale créée pour la production et en résonance avec le mouvement des participants apparaissant à l'écran.

#### **2.4 Reproduction d'immeubles et sculpture érigée en permanence sur une place publique ou dans un édifice public**

Selon l'alinéa 32.2(1)b LDA, la reproduction non autorisée de telles œuvres dans une peinture, un dessin, une gravure, une

photographie ou une œuvre cinématographique échapperait à l'application de la LDA :

32.2(1) Ne constituent pas des violations du droit d'auteur : [...]

b) la reproduction dans une peinture, un dessin, une gravure, une photographie ou une œuvre cinématographique :

(i) d'une œuvre architecturale, à la condition de ne pas avoir le caractère de dessins ou plans architecturaux ;

(ii) d'une sculpture ou d'une œuvre artistique due à des artisans, ou d'un moule ou modèle de celles-ci, érigées en permanence sur une place publique ou dans un édifice public.

Toutefois, cette exception statutaire s'arrête à la confection de la reproduction et ne prévaut à l'égard d'aucune utilisation de celle-ci. Par ailleurs, en sont exclus les plans ou dessins des œuvres architecturales.

Cette exception ne servirait à rien en ce que la copie des œuvres concernées serait licite mais interdite d'utilisation<sup>22</sup>.

Elle vise des œuvres qui font partie de l'espace public et concourent de par leur présence à l'identité visuelle d'une ville ou région donnée.

Dans le cas d'un documentaire en matière d'architecture urbaine ou d'art public en milieu urbain, la défense statutaire d'« utilisation équitable à des fins de compte rendu » pourrait peut-être prévaloir à l'encontre d'une action en violation du droit d'auteur. En effet, comment rendre compte de telles réalités visuelles sans représentation de celles-ci ? Évidemment, la question ne se pose pas à l'égard d'immeubles tombés dans le domaine public. Pour ceux faisant l'objet d'un droit d'auteur, la défense évoquée ne serait pas acquise. Cette question sera abordée au titre suivant.

Par ailleurs, la portée même de l'alinéa 32.1(1)b) soulève plusieurs autres questions.

---

22. DANIEL (Johanne), « L'utilisation non autorisée de l'image d'un immeuble dans un contexte commercial : est-ce permis ou interdit ? », dans Service de la formation continue du Barreau du Québec, *Développements récents en matière de divertissement 2006*, (Cowansville : Blais, 2006), p. 3.

Les sculptures exposées dans les galeries ou faisant l'objet d'une exposition temporaire en un lieu public seraient exclues de cet alinéa. Par « place publique » ou « édifice public », doit-on entendre des lieux appartenant aux gouvernements ou à des organismes publics ou parapublics (municipalités, ministères, établissements de santé, de services sociaux et d'enseignement, Loto-Québec, Hydro-Québec, SAQ, la Grande Bibliothèque, etc.) ou de lieux accessibles au public ? Le stationnement du HEC Montréal aurait-il qualité de « lieux public » aux fins de la LDA ? Il ne subsiste à ce jour aucune décision sur cette question et celle-ci demeure entière.

Pour les immeubles, l'exception viserait nécessairement l'image de l'œuvre en sa totalité ou d'une partie importante de celle-ci. Que serait une telle image ? Une représentation de fenêtres situées au 17<sup>e</sup> étage d'un immeuble de 43 étages ? Le toit de celui-ci dans une image « en plongée » ? Les marches de son entrée ? La réponse serait à parfaire au regard d'un examen des caractéristiques de chacun des éléments ainsi captés pour déterminer l'existence ou non d'emprunts à du matériel protégé ou d'expressions non admissibles à la protection du droit d'auteur.

## **2.5 Utilisation équitable à des fins de « critique et de compte rendu et de communications »<sup>23</sup> ou de « communication de nouvelles »<sup>24</sup>**

Ce titre réfère à deux défenses distinctes dont l'application s'avère intéressante en matière d'œuvres audiovisuelles à vocation

23. Art. 29.1 LDA :

« 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. »

24. *Ibid.*, art. 29.2 :

« 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 ;
  - (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. »



documentaire ou d'un reportage réalisé pour un service de nouvelles ou un magazine audiovisuel d'informations.

Pour décider de l'application de chacune de ces défenses, le tribunal se doit d'examiner les faits particuliers de l'utilisation concernée à partir des deux questions suivantes :

- L'utilisation concernée dessert-elle l'une des fins limitativement assignées par la Loi ; et, dans l'affirmative
- Est-elle dans les circonstances, équitable ?

### 2.5.1 Les fins desservies par l'utilisation

Les expressions « critique », « compte rendu » et « communication de nouvelles », [« news reporting »], sont des termes clés que l'on devrait définir et interpréter de façon large. Il convient de citer à cet effet l'extrait suivant de la décision rendue par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *CCH Canadienne Ltée c. Barreau du Haut-Canada*<sup>25</sup> :

[54] Au Canada, l'utilisation ne sera manifestement pas équitable si la fin poursuivie n'est pas de celles que prévoit la *Loi sur le droit d'auteur*, savoir la recherche, l'étude privée, la critique, le compte rendu ou la communication de nouvelles : voir les articles 29, 29.1 et 29.2 de la *Loi sur le droit d'auteur*. Je le répète, il ne faut pas interpréter ces fins restrictivement, sinon les droits des utilisateurs pourraient être indûment restreints. Cela dit, les tribunaux doivent s'efforcer d'évaluer objectivement le but ou le motif réel de l'utilisation de l'œuvre protégée. Voir McKEOWN, *op. cit.*, p. 23-6. Voir également *Associated Newspapers Group plc c. News Group Newspapers Ltd.*, [1986] R.P.C. 515 (Div. Chanc.). De plus, comme la Cour d'appel l'a expliqué, certaines utilisations, même à l'une des fins énumérées, peuvent être plus ou moins équitables que d'autres ; la recherche effectuée à des fins commerciales peut ne pas être aussi équitable que celle effectuée à des fins de bienfaisance.

C'est ainsi que la critique d'une œuvre pourrait avoir pour propos le style, les idées d'une œuvre donnée, le traitement de ces idées ou leurs répercussions sur le plan social ou moral.

25. [2004] CSC 13.

En documentaire, il n'y a au Canada qu'un exemple jurisprudentiel d'application de la défense d'utilisation équitable à des fins de compte rendu ou de critique<sup>26</sup>. Il s'agit d'une décision rendue le 8 mai 2008 par la Cour du Québec, division des petites créances, au sujet de l'utilisation dans un reportage diffusé sur les ondes de TVA d'un extrait de onze secondes tiré d'un film publicitaire sur l'entreprise de la demanderesse<sup>27</sup>. La diffusion de ce reportage a eu lieu dans le cadre de l'émission d'affaires publiques JE. Le tribunal a jugé que l'utilisation reprochée desservait les fins décrites aux articles 29.1 et 29.2 LDA et qu'elle était dans les circonstances équitable. Ce jugement ne contient aucune indication sur le traitement et le propos du reportage ainsi diffusé.

La loi britannique sur le droit d'auteur prévoit des défenses similaires à celles plus haut exposées de la LDA. La jurisprudence du Royaume-Uni comprend plusieurs décisions en cette matière, dont les trois plus bas exposées.

La première de ces décisions rendue dans l'affaire *Time Warner c. Channel 4 Television*<sup>28</sup> concerne un documentaire produit par la défenderesse au sujet du film « A Clockwork Orange » réalisé par Stanley Kubrick, (ci-après « Film »), et du retrait de cette œuvre, en 1974, de salles de cinéma au Royaume-Uni.

Ce retrait, Stanley Kubrick l'avait demandé à Time Warner en raison d'incidents violents que la sortie du film semblait avoir inspirés en sol britannique et de menaces de mort qu'il avait alors reçues, en grand nombre. Certaines de ces menaces visaient également son épouse. 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 2002.

Le documentaire de Channel 4 Television, intitulé « A Clockwork Orange » rend compte du Film, de la controverse entourant la sortie de celui-ci, de ses répercussions dans la société britannique et du climat politique et social qui prévalait alors dans celle-ci. Il incorpore aussi des extraits du Film. La durée totale de ces extraits représentait, selon la preuve, huit pour cent (8 %) de celle du Film et quarante pour cent (40 %) de celle du documentaire. La Cour d'appel

26. À consulter : *Warman c. Fournier*, 2012 FC 803 (C.F. ; 2012-06-21), le juge Rennie (affichage sur un site Internet d'extraits d'œuvres protégées).

27. *Clinique de lecture et d'écriture de La Mauricie inc. c. Groupe TVA inc.*, 2008 QCCQ 4097, juge De Michele.

28. [1994] EMLR 1.

d'Angleterre a conclu que ces utilisations étaient équitables et pertinentes pour les fins recherchées, en l'occurrence la critique, en ce qu'elles illustraient les qualités soit positives soit négatives du film de Stanley Kubrick et permettait au public de se faire une opinion au sujet de l'impact de cette œuvre sur la société britannique et de la décision du réalisateur quant au retrait de son film.

L'arrêt *Pro Sieben Media AG c. Carlton UK Television Ltd.*<sup>29</sup> porte sur une émission ayant pour propos le « chequebook journalism », pratique qui consiste à payer des gens pour l'obtention d'entrevues exclusives au sujet de faits saillants ou triviaux les concernant.

L'émission de la défenderesse incorporait un extrait de trente et une secondes tiré d'un reportage télévisuel au sujet de « A », une femme enceinte de huit embryons ayant pris les services d'un consultant en relations publiques, pour l'obtention d'entrevues liées au « chequebook journalism ».

La durée totale de ce reportage produit par la demanderesse était de neuf minutes. Pour la Cour d'appel d'Angleterre, l'utilisation de l'emprunt concerné s'inscrivait dans une critique de cette œuvre et de la pratique journalistique ayant présidé à sa création.

Il convient de noter que la loi du Royaume-Uni, tout comme la LDA, prévoit l'obligation de mentionner la source de l'emprunt. Il s'agit d'une condition pour l'application de la défense d'« utilisation équitable ». À ce sujet, la Cour a jugé que la transmission télévisuelle du logo de Pro Sieben au soutien de celle de l'extrait utilisé était suffisante.

Enfin, l'arrêt *Fraser-Woodward Ltd. c. BBC & Brighter Pictures Ltd.*<sup>30</sup> se rattache à l'utilisation de photographies de Jason Fraser dans la production d'une émission de la série « Tabloid Tales » diffusée par la BBC et animée entre autres par Piers Morgan<sup>31</sup>.

Jason Fraser est un illustre photographe qui s'adonne à la photographie de célébrités.

29. [1999] 1 WLR 605.

30. [2005] EWHC 472 (Ch. D.).

31. Cet animateur est sans doute connu du public canadien pour sa participation, en qualité de juge, à la série américaine « America's Got Talent ».

L'émission en litige, surnommée dans la décision « Beckham Programme », incorporait 13 œuvres de ce photographe et une quatorzième à l'égard de laquelle celui-ci détenait le droit d'auteur. Ces œuvres avaient pour sujet des scènes apparemment croquées sur le vif, représentant deux ou plusieurs des membres de la famille Beckham affairés à quelques activités dans l'espace public. L'une de ces photographies (désignée dans le jugement comme « Beckham 14 ») fait exception en ce qu'elle ne représente que Madame Beckham. Le matériel ainsi utilisé par les défenderesses provenait d'articles ou coupures de revues ou journaux à qui Jason Fraser avait vendu des droits de publication. L'émission faisait référence à ces publications dans le traitement des œuvres concernées.

La famille Beckham désigne bien entendu David Beckham, un joueur vedette de football du fameux club Manchester United, son épouse Victoria Beckham, membre du groupe musical « Spice Girls », et leurs enfants.

La série « Tabloid Tales » se voulait une critique ou un examen de la presse *people* – ou presse à sensation – et des méthodes que celle-ci et, le cas échéant, les célébrités dont elle fait état, utilisent pour construire ou exploiter une nouvelle à leur avantage.

Le « Beckham Programme » comprend diverses séquences où l'on traite de la couverture médiatique accordée à divers traits et faits personnels de Victoria Beckham, des relations entre la presse et celle-ci pour l'octroi d'entrevues ou reportages exclusifs, du contrôle exercé par elle sur la sélection du contenu visuel de ces articles et des recettes résultant de la vente des revues ou journaux dont les Beckham font les grands titres.

Il contient une entrevue avec Jason Fraser. Cette entrevue est, dans l'émission, précédée d'une page de journal apparaissant à l'écran où sont publiées quelques-unes des œuvres du photographe avec le crédit suivant : « Pictures : JASON FRASER ». Ce crédit apparaît en gros plan dans l'émission. Le déroulement de cette séquence visuelle comprend une déclaration « off camera » de Piers Morgan à l'effet que ces photographies sont l'œuvre de Jason Fraser.

Il appartenait à la Cour de décider des questions suivantes :

- L'utilisation reprochée avait-elle pour objet une critique ou compte rendu au sujet des œuvres de Jason Fraser ?

- Dans l'affirmative, était-elle excessive ?
- Faisait-elle mention de la source des œuvres ainsi utilisées ?

À la première question, la Cour conclut qu'à l'exception de la photographie « Beckham 14 », l'insertion des emprunts concernés et le traitement accordé à ceux-ci dans l'émission s'inscrivaient dans un compte rendu ou critique au sujet des photographies de Jason Fraser. Cette critique incluait certes un portrait de la presse à sensation. Ce portrait servait à décrire le contexte dans lequel les œuvres étaient exploitées et permettait une réflexion au sujet de l'importance accordée aux faits et gestes personnels ou publics et triviaux des célébrités, de l'attrait du public pour ce genre d'informations et des répercussions d'une telle presse sur l'actualité<sup>32</sup> :

When judging whether what has happened is a sufficient criticism or review there is no requirement of any particular degree of specificity. There has to be sufficient content to amount to criticism of whatever is being criticised (the copyright work or another work). In the present case there is sufficient content in the programme to amount to a criticism of other works (the tabloid newspapers and magazines), and in most cases the photographs themselves.<sup>33</sup>

Y avait-il eu utilisation excessive des œuvres du photographe ? La Cour devait déterminer l'étendue des emprunts ou du temps d'exposition de ceux-ci dans le montage de l'émission. La preuve à ce sujet n'a pas démontré l'existence d'une telle utilisation ni un saupoudrage pour créer du contenu. Au contraire, la durée d'exposition de chaque insertion était d'au plus trois secondes et en cela, rien qui puisse servir de « rating booster » :

[59] [...] There was, for example, no suggestion that the programme was trailed by alerting viewers to the fact that it would contain these photographs, or even photographs of a similar nature which would have the viewers switching on to see them. Nor is it plausible that was the motive when one looks at the programme itself. The photographs were deployed briefly at various points in the programme, amidst a lot of other visual material. There is no way in which it can sensibly be said that these photographs were somehow intended as a rating booster,

32. *Ibid.*, par. 45.

33. *Ibid.*, par. 53 *in fine*.

and no evidence which would begin to justify such an assertion (let alone a finding) to that effect.

Au sujet de la source des emprunts, l'émission en fait état dans la majorité des insertions. Il convient de rappeler que plusieurs de ces emprunts proviennent d'articles de journaux où les œuvres ont été publiées. À plusieurs reprises dans le documentaire il est fait mention du photographe, soit par un zoom sur le crédit inscrit dans les images d'extraits de journaux, soit verbalement par un commentaire de l'animateur à cet effet. Selon la Cour, la manière dont il était fait référence au créateur permettait d'associer les œuvres concernées à celui-ci.

### 2.5.2 Caractère « équitable » de l'utilisation

Il est difficile, en termes clairs, de définir ce qu'il faut entendre par « équitable ». La LDA ne le précise pas. Il s'agit d'une question qui doit être tranchée au regard du contexte et des faits particuliers de chaque cas d'utilisation.

La jurisprudence du Royaume-Uni et des États-Unis fait état de plusieurs facteurs pouvant servir dans l'appréciation du caractère « équitable », lesquels ne sont pas exhaustifs ni pertinents dans tous les cas. Dans l'affaire *CCH*, la Cour suprême fait état de ces facteurs que le juge Linden de la Cour d'appel avait répertoriés comme suit<sup>34</sup> :

- *Le but de l'utilisation* – En documentaire, l'utilisation doit desservir les fins stipulées aux articles 29.1 et 29.2 LDA.
- *La nature de l'utilisation* – Ce facteur soulève la manière dont l'œuvre est utilisée. Quel rôle lui fait-on jouer ? Par exemple, dans le cas d'un compte rendu composé entièrement ou en majeure partie d'extraits de matériel protégé, il serait difficile de conclure à une utilisation équitable, voire même à un compte rendu. Il s'agit en somme de déterminer, au regard des faits particuliers de chaque cas d'utilisation, si les emprunts effectués servent à illustrer ou à étayer le propos de la critique ou du compte rendu ou s'ils en constituent le principal attrait ou contenu.
- *L'ampleur de l'utilisation* – Sur cette question, il conviendrait d'examiner le nombre et l'importance des emprunts par rapport au propos et au contenu de la critique ou du compte rendu.

34. *Ibid.*, note 25, par. 53-60.

- *Les solutions de rechange à l'utilisation* – Les emprunts sont-ils en l'espèce justifiés ou nécessaires ou en l'espèce incontournables ? Ou existe-t-il des solutions de rechange à leur utilisation ?
- *La nature de l'œuvre* – S'agit-il d'une œuvre inédite ? Dans l'affirmative, le caractère inédit pourrait faire obstacle à l'application des défenses concernées.
- *L'effet « concurrent » de l'utilisation* – Le compte rendu ou la critique seraient-ils susceptibles de faire concurrence aux œuvres dont ils reproduisent des extraits ?

### 3. DU PLACEMENT DE PRODUITS

Dans ce présent volet, il sera question des répercussions que le placement de produits en une œuvre audiovisuelle pourrait avoir sur les droits respectifs des créateurs et des artistes-interprètes dont les œuvres et les prestations seraient associées ou en lien direct avec ce placement.

Mais tout d'abord, commençons par un détour en matière de publicités destinées aux enfants.

#### 3.1 Des contraintes de la *Loi sur la protection du consommateur* et des productions audiovisuelles destinées aux tout-petits ou à toute la famille

Le placement de produits serait, aux fins de la *Loi sur la protection du consommateur*<sup>35</sup> (ci-après « LPC »), assimilé à un message publicitaire, lequel est défini à l'article 1 h) dans les termes suivants :

« message publicitaire » : un message destiné à *promouvoir* un bien, un service ou un organisme au Québec [mes italiques]

Les dispositions de la LPC en matière de publicité destinée aux enfants prévaudraient à l'égard des placements de produits en des productions audiovisuelles destinées aux enfants de moins de 13 ans tel qu'il apparaît de l'article 248 :

**248.** Sous réserve de ce qui est prévu par règlement, nul ne peut faire de la publicité à but commercial destinée à des personnes de moins de 13 ans.

35. L.R.Q., c. P-40.1.

Il serait permis d'inférer du dernier alinéa de l'article 249 LPC l'élargissement de cette interdiction de placements de produits à des productions destinées à toute la famille ou diffusées « lors d'une période d'écoute destinée à des personnes de 13 ans et plus ou destinée à la fois à des personnes de moins de 13 ans et à des personnes de 13 ans et plus [...] ».

Comment savoir si un message publicitaire contrevient aux dispositions plus haut mentionnées ? Pour répondre à cette question, l'on doit se référer aux critères énoncés à l'article 249<sup>36</sup> :

**249.** Pour déterminer si un message publicitaire est ou non destiné à des personnes de moins de 13 ans, on doit tenir compte du contexte de sa présentation et notamment :

- a) de la nature et de la destination du bien annoncé ;
- b) de la manière de présenter ce message publicitaire ;
- c) du moment ou de l'endroit où il apparaît.

### **3.1.1 Nature et destination du bien annoncé**

Le message poserait problème si le produit « placé » est exclusivement destiné aux enfants (jouets, jeux, *outils* comme crayons de couleurs, etc.) ou présente un attrait marqué pour eux (produits dits « familiaux », comme certaines friandises, céréales, certains desserts et gâteaux, parcs d'amusement, restauration rapide, certains produits destinés aux adolescents, sans que cette énumération soit limitative).

### **3.1.2 Manière dont le message est présenté**

Le message pourrait avoir pour objet un produit ou bien qui, en soi, ne serait pas susceptible d'intéresser les enfants ou de constituer un attrait pour eux (comme La Capitale, Caisse Desjardins ou Téléfilm Canada), mais dont la présentation serait susceptible de créer un attrait auprès des enfants.

---

36. Voir le Guide d'application des articles 248 et 249 (Publicité aux moins de 13 ans), Office de la protection du consommateur, septembre 1980, réimprimé en novembre 1996.



En guise d'illustration, citons le cas suivant d'une publicité du Mouvement Desjardins : celui-ci avait offert aux écoles un cahier d'activités destiné à l'enseignement au niveau primaire de l'épargne et du fonctionnement des finances. Ce document incorporait une insertion des logos de cette institution financière et de son emblème ou mascotte, lequel est une abeille. Suite à une plainte, l'Office de la protection du consommateur est intervenu et a conclu que, par ce cahier, le Mouvement Desjardins faisait de la publicité en contravention avec la LPC<sup>37</sup>.

### **3.1.3 Du moment ou de l'endroit où il apparaît**

Ce critère n'est en général retenu que si le message rencontre les deux premiers critères plus haut mentionnés.

### **3.1.4 Quatrième critère non mentionné dans la LPC mais considéré par l'Office de la protection du consommateur**

L'« impression générale » est liée au contexte dans lequel le produit est présenté.

## **3.2 Du respect des droits moraux des créateurs**

Il s'agit de droits prévus aux articles 14.1 et 28.1 et 28.2 LDA, subsistant en faveur de tous les auteurs, qu'ils soient salariés ou non. Ils se rattachent de par leur objet à ce qui suit :

- Paternité de l'œuvre (« authorship ») ou le droit pour l'auteur de revendiquer la création de celle-ci sous son nom ou un pseudonyme.
- Intégrité de l'œuvre ou le droit au respect de celle-ci, étant précisé que ce droit réfère à toute modification dans l'expression de l'œuvre et à toute utilisation de celle-ci en liaison avec un produit, une cause, un service ou une institution. Il ne subsiste que si l'acte ainsi exécuté est d'une manière générale *préjudiciable à l'honneur ou à la réputation de l'auteur*. Il appartient à l'auteur de démontrer cette atteinte, à moins que l'œuvre ne soit une peinture, une sculpture ou une gravure. Pour ces œuvres, l'atteinte sera

37. ALLARD (Marie), « Desjardins a fait de la pub dans les écoles », [2012-02-03] *La Presse*.

présumée du seul fait de la modification, en vertu de l'article 28.2 LDA<sup>38</sup>.

Le terme « auteur » est un terme générique dont le sens englobe les créateurs d'œuvres protégées de toutes catégories (scénariste, réalisateur, illustrateur, compositeur de musique, peintre, sans que cette énumération soit limitative).

Il va sans dire que le droit d'auteur sur une œuvre audiovisuelle est distinct de celui qui subsiste sur chacune des œuvres utilisées dans sa production et ne saurait l'occulter. Ceci prévaut évidemment pour les adaptations d'œuvres préexistantes (romans, pièces de théâtre, opéras, ballets, comédies musicales, etc.).

Quant aux droits moraux des auteurs respectifs de ces composantes, ceux-ci seraient, au regard des paragraphes 14.1(3) et (4) LDA, nécessairement exclus des licences ou cessions de droits consenties par ces créateurs. En effet, les droits moraux sont réputés incessibles mais susceptibles de renonciation :

(3) La cession du droit d'auteur n'emporte pas renonciation automatique aux droits moraux.

(4) La renonciation au bénéfice du titulaire du droit d'auteur ou du détenteur d'une licence peut, à moins d'une stipulation contraire, être invoquée par quiconque est autorisé par l'un ou l'autre à utiliser l'œuvre.

En l'absence d'une telle renonciation ou du consentement de l'auteur de l'œuvre concernée, l'insertion en une œuvre audiovisuelle d'un placement de produits pourrait être attentatoire aux droits moraux, à la condition de démontrer qu'il en résulte *une véritable association de l'œuvre*<sup>39</sup> avec le produit, le service ou l'institution visé par le placement et que cette utilisation est *préjudiciable à l'honneur ou à la réputation de l'auteur*.

38. *Nature du droit à l'intégrité*

(1) Il n'y a violation du droit à l'intégrité que si l'œuvre est, d'une manière préjudiciable à l'honneur ou à la réputation de l'auteur, déformée, mutilée ou autrement modifiée, ou utilisée en liaison avec un produit, une cause, un service ou une institution.

*Présomption de préjudice*

(2) Toute déformation, mutilation ou autre modification d'une peinture, d'une sculpture ou d'une gravure est réputée préjudiciable au sens du paragraphe (1).

39. *Supra*, note 34, p. 227.

La preuve d'un tel préjudice serait difficile à établir. En effet, comment l'évaluer ? En tenant compte de critères objectifs (opinion du public et avis d'experts), ou subjectifs (réactions ou sentiments de l'auteur), ou de ces deux critères ? La jurisprudence peu nombreuse ne contient à ce jour aucune indication claire à ce sujet.

Pour un auteur de scénario ou de personnages écrits ou créés dans le cadre d'un contrat régi par l'une quelconque des ententes collectives entre l'APFTQ<sup>40</sup> et la SARTEC<sup>41</sup> (ci-après « Conventions Collectives »), les dispositions de ces ententes pourraient peut-être servir à l'encontre d'un placement de produits non autorisé par eux et associé à leurs œuvres.

Les droits conférés au producteur sur les textes et personnages ainsi créés procéderaient de licences dont la portée est définie aux Conventions Collectives. En l'absence d'arrangements écrits et distincts à l'effet contraire entre le producteur et l'auteur, l'utilisation de ces textes et personnages ne serait permise qu'aux seules fins suivantes :

- La production d'une seule œuvre audiovisuelle, en l'occurrence celle mentionnée au contrat de l'auteur.
- Sa distribution dans les marchés de la télévision, des salles commerciales et non commerciales, des droits DVD/vidéo (« home video ») et de l'Internet (pour diffusion intégrale de l'œuvre)<sup>42</sup>.

L'auteur pourrait-il faire valoir qu'il résulterait du placement de produits la production d'un message publicitaire et de ce fait, l'utilisation de son œuvre aux fins d'une « nouvelle » production ? Dans l'affirmative, l'insertion serait attentatoire aux droits d'auteur sur son œuvre. Enfin, il s'agit d'une hypothèse dont la validité n'est pas acquise.

### 3.3 Du droit à l'image des artistes-interprètes

Toute personne a droit, en vertu du droit commun, à la protection de sa dignité et de sa réputation<sup>43</sup>. L'appropriation non auto-

40. Association des producteurs de films et de télévision du Québec.

41. Société des auteurs de radio, télévision et cinéma.

42. Voir articles 8.05 et 8.12 à 8.14 inclusivement de la Convention Collective APFTQ-SARTEC section cinéma et articles 9.05, 9.09 et 9.12 à 9.15 inclusivement de la Convention Collective APFTQ-SARTEC section télévision.

43. Voir articles 35 et 36 du *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, c. 64.

risée de l'image d'autrui à des fins commerciales porterait atteinte à cette protection ou « droit à l'image »<sup>44</sup>.

En matière de production audiovisuelle, l'utilisation de l'image d'un artiste-interprète aux fins d'un placement de produit est régie par l'article 7.12 et l'Annexe G de l'Entente Collective entre l'APFTQ et l'Union des Artistes (2008-2012) :

7-12.01 Les clauses 7-12.01 à 7-12.03 s'appliquent à toutes les fonctions couvertes par l'Entente collective à l'exception des figurants. Toutefois, pour que les tarifs qu'elle prévoit soient payables, il doit y avoir :

- un apport financier du commanditaire ;
- une relation directe entre l'artiste et le produit, le service ou la marque de commerce.

7-12.02 Lorsqu'un producteur demande expressément à un artiste de manipuler ou de nommer un produit ou un service identifiable à l'écran par son nom commercial, son logo ou sa marque de commerce de façon à mettre ce produit ou ce service en valeur auprès du public, il doit respecter les conditions suivantes :

- a) obtenir le consentement écrit de l'artiste ;
- b) ne pas exiger l'exclusivité de l'artiste, à moins d'entente écrite spécifique à cet effet ;
- c) payer à l'artiste un supplément équivalant au tarif minimum prévu à l'Annexe A-1 selon sa fonction.

La présente clause doit être interprétée dans le respect du Guide d'interprétation joint en Annexe G.

L'annexe G constitue un outil précieux en ce qu'il contient des exemples de placement de produits et fait état de cas qui en seraient exclus :

---

44. *Laoun c. Malo*, [2003] R.J.Q. 381 (C.A.Q.).

---

Annexe G

Exemples de placements de produits associés  
à un artiste-interprète

- Demander à un artiste de placer un produit ou une marque de commerce de façon évidente pour la caméra ;
- Demander à un artiste de dire ou de mentionner les mérites d'un produit ou d'une marque de commerce dans une scène du scénario ;
- Demander à un artiste d'agir dans une scène de façon à mettre spécifiquement en évidence une marque de commerce ou un produit ;
- Modifier les répliques originales d'un scénario afin qu'un artiste mette en évidence un produit ou une marque de commerce (Ex : As-tu vu mon « Fido » ? plutôt que As-tu vu mon téléphone cellulaire ?).

Cas dépourvus de telle association :

- Un produit ou une marque de commerce soit présent à titre d'élément du décor ou à titre d'accessoire.
- Le fait de mentionner un produit ou une marque de commerce lorsque cette mention est prévue au scénario original ou à la compréhension de la psychologie d'un personnage.

Exemples :

- Veux-tu un coke ? ;
  - Personnage qui mange des « fruit loops » dans « Les Invincibles » ;
  - Personnage de la finance qui parle de sa « BM ».
- Le fait de mentionner un commanditaire qui fournit des prix de présence aux participants dans une émission de type quiz, jeu ou une autre émission non-dramatique.

**CONCLUSION**

Un dossier d'assurances E&O peut s'avérer pour le praticien une opportunité extraordinaire de questionnements en maints domaines inhérents et étrangers ou externes au droit d'auteur.