

Vol. 33, n° 2

Survol des décisions récentes en droit du divertissement

Hugo Hamelin*

| | |
|---|-----|
| RÉSUMÉ | 653 |
| INTRODUCTION | 655 |
| 1. <i>WISEAU STUDIO, LLC ET AL. c. HARPER ET AL., 2020 ONSC 2504</i> | 656 |
| 1.1 Les faits | 656 |
| 1.2 Les questions en litige | 658 |
| 1.3 L'analyse et la décision | 658 |
| 1.3.1 L'utilisation équitable | 658 |
| 1.3.2 Droits moraux de Wiseau | 661 |
| 1.3.3 Les atteintes à l'image et à la vie privée | 662 |
| 1.3.4 La demande reconventionnelle des demandeurs et les dommages | 663 |
| 1.4 Nos conclusions | 663 |
| 2. LES CONCESSIONS DE DROITS À DURÉE INDÉTERMINÉE : <i>DRUIDE INFORMATIQUE INC. c. ÉDITIONS QUÉBEC AMÉRIQUE INC., 2020 QCCA 1197</i> | 664 |

© Hugo Hamelin, 2021.

* Avocat et associé fondateur du cabinet Artem studio juridique.
[Note : cet article a été soumis à une évaluation à double anonymat.]

| | | |
|-------|--|-----|
| 2.1 | Les faits | 664 |
| 2.2 | Le jugement de première instance | 665 |
| 2.3 | L'analyse et la décision | 666 |
| 2.4 | Nos conclusions | 667 |
| 3. | LA DIFFAMATION ET LES RÉSEAUX SOCIAUX : <i>CLIFFE c. ALLARD</i> , 2020 QCCS 3051 | 667 |
| 3.1 | Les faits | 668 |
| 3.2 | L'analyse et la décision | 668 |
| 3.3 | Nos conclusions | 669 |
| 4. | LA LIBERTÉ D'EXPRESSION : <i>GODBOUT c.</i> <i>PROCUREURE GÉNÉRALE DU QUÉBEC</i> , 2020 QCCS 2967 | 670 |
| 4.1 | Les faits | 670 |
| 4.2 | La position des parties. | 671 |
| 4.3 | L'analyse et la décision | 671 |
| 4.4 | Nos conclusions | 674 |
| 5. | LA PROTECTION DES SOURCES JOURNALISTES DANS LE CONTEXTE DES DÉNONCIATIONS : <i>CBC/RADIO-CANADA c. ARSENAULT</i> , 2020 QCCS 2898 | 674 |
| 5.1 | Les faits | 675 |
| 5.2 | L'analyse et la décision | 675 |
| 5.2.1 | Le véhicule procédural | 675 |
| 5.2.2 | Les sources journalistiques. | 676 |
| 5.2.3 | Le matériel journalistique provenant des sources ouvertes | 679 |
| 5.3 | Nos conclusions | 682 |

RÉSUMÉ

Une revue jurisprudentielle de décisions rendus au Canada en 2020 dans le domaine large du droit du divertissement : droit d'auteur et droits moraux, utilisation équitable et diffamation, conséquences monétaires d'une demande au fondement juridique faible (*Wiseau*, 2020 ONSC 2504), qualification des contrats, concession de droits d'auteur à durée indéterminée et danger des ententes ambiguës (*Druide*, 2020 QCCA 1197), diffamation sur les réseaux sociaux (*Cliffe*, 2020 QCCS 3051), liberté d'expression artistique et droit criminel (*Godbout*, 2020 QCCS 2967) et protection des sources journalistiques (*Arsenault*, 2020 QCCS 2898).

INTRODUCTION

L'année 2020 a été particulièrement riche en actualité pour le milieu du divertissement : nouvelle vague de dénonciations ; diversité et inclusion des minorités ; défense et limites de la liberté d'expression avec, en toile de fond, la COVID-19 qui, dans tous les domaines d'activités, aura éclipsé tout autre sujet. Les effets de la pandémie sur l'industrie du divertissement et les questions juridiques qui en découlent se sont multipliés au même rythme que le virus dans certains bars de karaokés.

Après quelques semaines de pause, les secteurs de la production audiovisuelle et de la publicité ont dû apprendre à se réinventer avec notamment des normes sanitaires qui ont imposé de nouvelles manières de faire aux équipes de plateau. Même les scénaristes, dont le télétravail était la norme bien avant la pandémie, ont dû adapter leur manière d'écrire pour tenir compte de ces règles, soulevant au passage certains enjeux quant à leur liberté créative. Bien que ces normes québécoises aient rapidement eu la réputation d'être parmi les plus strictes en Amérique du Nord et en Europe, leur succès a pu être observé grâce à leur efficacité persistante, au moment où même Hollywood était forcé d'interrompre ses plateaux de tournage un an après le début de la pandémie.

D'autres secteurs, comme ceux du spectacle et des musées, luttent carrément pour leur survie après avoir été aux prises avec des fermetures qui se sont étendues sur la majeure partie de l'année. Le même sort a été réservé aux salles de cinéma, qui se retrouvent plus que jamais confrontées à la pression imposée par la concurrence des géants du Web, dont l'offre de services et de contenu ne cesse de croître.

Malgré les nombreux défis et casse-tête juridiques engendrés par ces événements aussi imprévisibles que complexes, l'année 2020 n'aura pas été aussi marquante du point de vue jurisprudentiel pour

l'industrie du divertissement. Quelques décisions auront tout de même retenu notre attention pour leur application particulière des principes de droits déjà connus. Certaines de ces décisions semblent également mettre la table pour des enjeux juridiques qui pourraient se poursuivre au cours des prochaines années.

Dans cette revue jurisprudentielle, nous traiterons évidemment de décisions qui portent sur le droit d'auteur et le droit à l'image. Nous verrons également que le débat sur la liberté d'expression artistique s'est étendu au droit criminel. Enfin, nous traiterons également d'une décision qui analyse la récente *Loi sur la protection des sources journalistiques*.

1. WISEAU STUDIO, LLC ET AL. c. HARPER ET AL., 2020 ONSC 2504

En avril 2020, la Cour supérieure de justice de l'Ontario a rendu une décision hors du commun qui opposait Tommy Wiseau, un cinéaste américain, et sa société de production Wiseau Studio aux producteurs ontariens du film documentaire *Room Full of Spoons*. Ce film dresse notamment un portrait du plaignant, Tommy Wiseau, et intègre sans son autorisation plusieurs extraits de l'une de ses œuvres. Cette décision constitue l'un des rares jugements qui appliquent les principes de l'utilisation équitable dans le domaine de l'audiovisuel et plus particulièrement au genre documentaire. En plus d'une analyse qui pourrait lancer de nouveaux débats pratiques, les conclusions de cette décision étonnent et pourraient jeter une douche froide sur les ayants droit qui appliquent les exceptions de la loi de façon restrictive. Non seulement les prétentions de Wiseau sur la violation de ses droits d'auteur et de son image ont été rejetées, mais les défendeurs se sont vu octroyer d'importants dommages pour compenser les pertes de revenus engendrés par les actions et recours de Wiseau.

1.1 Les faits

Au début des années 2000, Tommy Wiseau (« Wiseau »), le co-demandeur, a produit, écrit et réalisé le film *The Room* (« l'œuvre »), dans lequel il interprétait également un rôle principal. À sa sortie, en 2003, l'œuvre a été un cuisant échec tant commercial que critique. Certains médias sont même allés jusqu'à attribuer à Wiseau le titre peu élogieux du pire cinéaste au monde.

Ironiquement, les médiocres qualités artistiques de *The Room* en ont fait un film culte au fil des ans avec l'émergence d'une solide communauté d'admirateurs à travers le monde. Encore aujourd'hui, l'œuvre reprend régulièrement l'affiche dans des salles de cinéma à travers le monde, projections auxquelles Wiseau prend part pour rencontrer ses admirateurs.

La production derrière *The Room* fut tout aussi rocambolesque que le destin voué à cette œuvre unique. Elle inspira un acteur du film, Greg Sestero, à écrire un livre qui décrit son expérience sur le tournage et dont le titre est assez évocateur : *The Disaster Artist – My Life Inside The Room, The Greatest Bad Movie Ever Made*. Ce livre a lui-même donné lieu à une adaptation cinématographique réalisée par James Franco, *The Disaster Artist*, qui lui a d'ailleurs valu un Golden Globe d'interprétation. Wiseau a autorisé tant la sortie du livre de Sestero que son adaptation cinématographique. Il a d'ailleurs activement participé à sa production et à sa promotion, même si ces œuvres présentent des critiques parfois acerbes à son endroit et envers son œuvre originale.

En parallèle de *The Disaster Artist*, les défenseurs, Richard Haper, Fernando Forero McGrath et Martin Racicot, trois amateurs ontariens du film de Wiseau, ont produit au Canada le long métrage documentaire *Room Full of Spoons* portant sur Wiseau, son œuvre et ses admirateurs (le « documentaire »). Au cours de diverses rencontres avec les défenseurs, Wiseau a d'abord montré son soutien envers le projet des défenseurs. Pour des raisons obscures qui laissent place à de nombreuses spéculations, l'attitude de Wiseau à l'égard du documentaire change drastiquement au point de devenir carrément hostile envers le projet. D'abord, Wiseau annule sans préavis un tournage prévu à New York. Il nuit ensuite à une campagne de sociofinancement des défenseurs visant le financement de la production du documentaire. En cours de production, les défenseurs sont incapables de s'entendre avec Wiseau sur l'utilisation d'extraits de son œuvre.

Les défenseurs procèdent tout de même à la production du documentaire en y intégrant sans autorisations des extraits de l'œuvre, mais dans des contextes qu'ils jugent conformes aux exceptions prévues par la *Loi sur le droit d'auteur*¹. Finalisé en 2016, le documentaire d'une durée de 109 minutes comprend environ 7 minutes de cours extraits de l'œuvre, soit 69 extraits dont le plus long dure 21 secondes.

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

Enfin, à l'approche de la sortie du documentaire et avant même d'avoir vu son résultat final, Wiseau fait diverses sorties pour le dénoncer publiquement, affirmant qu'il porte atteinte à ses droits. Il prend différentes actions dans le but de nuire à sa sortie en salle, ce qui s'avère un succès pour Wiseau : les défendeurs perdent le soutien d'un distributeur important ; plusieurs cinémas refusent de projeter le documentaire ; et une tournée promotionnelle internationale dans 25 villes est annulée. Malgré de nombreux pourparlers entre les parties et plusieurs compromis proposés par les défendeurs, Wiseau semble déterminé à empêcher la sortie du documentaire. Ce dernier entreprend une série de recours judiciaires en 2017. Devant l'acharnement de Wiseau, les défendeurs présentent une demande reconventionnelle visant l'indemnisation des pertes subies par cet acharnement. L'audition sur le fond se tient en janvier 2020 après de multiples tentatives infructueuses de report par Wiseau et ses avocats. Jusqu'au jugement rendu en avril 2020, les défendeurs ont été incapables de procéder à l'exploitation du documentaire.

1.2 Les questions en litige

Le juge Schabas divise son analyse en sept questions, qui peuvent elles-mêmes se subdiviser en trois catégories : (1) les droits d'auteur de Wiseau ; (2) le droit à l'image de Wiseau ; et (3) la demande reconventionnelle des défendeurs. Les deux dernières catégories relevant des principes de common law, nous allons surtout nous attarder aux questions portant sur le droit d'auteur, soit l'utilisation équitable dans le contexte documentaire et le droit à l'intégrité de l'œuvre originale (droit moral).

1.3 L'analyse et la décision

1.3.1 L'utilisation équitable

Après avoir déterminé la titularité des droits sur l'œuvre *The Room*, le juge Schabas dresse une analyse complète des principes de l'article 3 de la *Loi sur le droit d'auteur*, pour déterminer si les défendeurs ont reproduit une partie importante de l'œuvre de Wiseau. Dans le contexte où l'œuvre est le principal sujet du documentaire et que les défendeurs utilisent un nombre non anodin d'extraits de celle-ci, soit 69 extraits qui représentent plus de 6 % de la durée totale du documentaire, le juge en conclut qu'une partie importante de l'œuvre est indéniablement reproduite, mais celle-ci remplit les conditions de

l'utilisation équitable énoncées par l'arrêt *CCH*² et ne constitue donc pas une violation des droits des demandeurs.

(i) *But de l'utilisation*

La Cour est d'avis que l'utilisation des extraits de l'œuvre par les défendeurs n'a pas un objectif purement commercial puisqu'elle est faite à des fins de critique, de compte rendu ou de communication de nouvelles. Ces conclusions ne sont pas surprenantes à première vue, mais l'analyse du juge Schabas est particulièrement intéressante puisqu'elle définit les exceptions prévues par la loi dans le contexte documentaire.

D'abord, le juge détermine que la simple utilisation d'une partie de l'œuvre originale dans le but d'illustrer un propos constitue une critique. Il n'est pas nécessaire que ces critiques défendent un point de vue ou soient respectueuses du sujet traité, ni même équilibrées ou objectives, car l'objectif de la loi n'est pas d'évaluer les commentaires et les critiques au regard de l'atteinte à la réputation ou à la diffamation.

Le juge rejette également un argument sur le contexte de l'utilisation de l'œuvre par les défendeurs. Wiseau a cherché à attaquer la crédibilité du film des défendeurs en insinuant qu'il ne s'agissait pas véritablement d'un documentaire, mais plutôt d'un exposé sensationnaliste. Le juge souligne que, de son point de vue, un documentaire ne doit pas nécessairement avoir un objectif éducatif ni défendre ou promouvoir une cause, même si c'est une caractéristique de la majorité de ce type de productions audiovisuelles. En somme, un documentaire ne constitue pas nécessairement une présentation factuelle ou objective d'un sujet, mais peut également présenter un point de vue éditorial critique envers celui-ci.

Il est également intéressant de souligner que le juge ne s'attarde pas au contexte spécifique dans lequel chacun des extraits est utilisé : il s'attarde plutôt au contexte global de leur utilisation pour en arriver à ces conclusions.

Certains points apportés par le juge peuvent sembler évidents, comme le fait que la critique peut faire preuve d'un parti pris et de subjectivité. Des conclusions différentes auraient soulevé des

2. *CCH Canadienne Ltée c. Barreau du Haut-Canada*, [2004] 1 R.C.S. 339, 2004 CSC 13.

questions sur la liberté d'expression et auraient pu mettre en péril de nombreux magazines culturels. Toutefois, cette décision semble appliquer de façon plutôt souple les exceptions prévues par la loi, et certains y voient déjà une porte ouverte³ à une dérive qui serait préjudiciable aux ayants droit. Selon l'analyse qui est faite par le juge, on peut en effet conclure que le simple fait de démontrer qu'une production cinématographique constitue un documentaire semble être suffisant pour déterminer qu'il s'agit d'une critique, d'un compte rendu ou de la communication d'une nouvelle au sens de la loi. Mais l'analyse qui doit être faite de l'utilisation tient compte de cinq autres facteurs.

(ii) *Nature de l'utilisation*

Comme nous l'avons mentionné précédemment, chaque extrait de l'œuvre est accompagné d'un commentaire critique ou illustratif par le narrateur ou une des personnes qui témoignent dans le documentaire, ce qui constitue une pratique courante en documentaire.

(iii) *Ampleur de l'utilisation*

Même si la quantité d'extraits de l'œuvre n'est pas anodine, le juge considère qu'elle n'est pas excessive dans le contexte. Les défendeurs ont en effet reproduit moins de 7 % de l'œuvre à travers 69 extraits de quelques secondes chacun. Ces extraits représentent une proportion encore plus faible du documentaire, dont la durée est plus longue que l'œuvre au cœur de celui-ci.

(iv) *Solutions de rechange à l'utilisation*

Non seulement il n'existe aucune solution de rechange pour les défendeurs, mais la preuve démontre qu'il a été impossible pour les demandeurs d'obtenir des licences d'utilisation de la part des ayants droit, qui exigeaient un contrôle créatif sur le documentaire.

En cours de production, les défendeurs ont en effet tenté de négocier l'utilisation d'extraits de l'œuvre de Wiseau dans le documentaire. Ce dernier a exigé des conditions qui ne reflètent pas les pratiques habituelles de l'industrie cinématographique : en plus de tarifs très élevés, Wiseau exigeait un droit d'approbation du montage

3. Bob TARANTINO, « Room Full of Spoons: The Contributions of Wiseau Studio v. Harper to Canadian Entertainment Law », *Entertainment & Media Law Signal*, 1^{er} mai 2020, en ligne : <<http://www.entertainmentmedialawsignal.com/room-full-of-spoons-the-contributions-of-wiseau-studio-v-harper-to-canadian-entertainment-law/>>.

final du documentaire (*final cut*), privilège normalement dévolu au réalisateur et au producteur d'une œuvre audiovisuelle. Le juge Schabas souligne que c'est notamment pour prévenir de telles impasses que la loi prévoit les exceptions pour l'utilisation équitable.

(v) *Nature de l'œuvre*

Sur ce point, non seulement l'œuvre n'est pas secrète ou confidentielle, mais le juge souligne qu'elle est disponible gratuitement en ligne depuis plusieurs années sans que Wiseau prenne des mesures pour faire cesser ces utilisations illicites. Par leur négligence, les demandeurs ont démontré qu'ils ne cherchent pas à limiter le préjudice subi par des violations de leurs droits d'auteur.

(vi) *Effet de l'utilisation sur l'œuvre*

Enfin, la preuve ne permet pas de conclure que l'utilisation des extraits aurait eu un effet négatif pour l'œuvre, mais plutôt qu'elle aurait pu avoir un effet positif puisque le documentaire suscite l'intérêt envers celle-ci. Des festivals et salles de cinémas ont même manifesté un intérêt pour des projections doubles du documentaire et de l'œuvre. Le juge souligne tout de même que l'effet négatif que le documentaire pourrait avoir ne porte que sur Wiseau lui-même et non sur l'œuvre, ce qui ne rend pas inéquitable l'utilisation faite par les défendeurs.

1.3.2 *Droits moraux de Wiseau*

Wiseau prétend que les défendeurs ont porté atteinte à l'intégrité de l'œuvre en plus de porter préjudice à son honneur et à sa réputation en déformant, mutilant et modifiant son œuvre originale et en l'associant à un produit ou un service, soit la production du documentaire. Encore une fois, le juge rejette ces prétentions de Wiseau.

En ce qui a trait à la modification de son œuvre, Wiseau reproche aux défendeurs d'avoir utilisé des extraits en basse résolution (dans une qualité inférieure) selon les moyens mis à leur disposition (disques Blu-ray ou YouTube). S'appuyant sur la jurisprudence récente, le juge souligne :

[203] Moral rights involve a consideration of both the subjective views of the plaintiff and objective evidence. Moral rights are not, and cannot be, determined solely on the feelings or opinions of the creator of a work.

Or, les demandeurs n'ont soumis aucune preuve objective d'une atteinte aux droits moraux de l'auteur. Le juge ajoute au passage que Wiseau ne peut invoquer sa propre turpitude, puisqu'il a lui-même refusé à plusieurs occasions de fournir aux défendeurs les bandes maîtresses de l'œuvre, ce qui leur aurait possiblement permis d'avoir des extraits dans une meilleure résolution.

Enfin, aucune preuve pertinente ne démontre que les défendeurs ont associé Wiseau ou son œuvre à un produit ou un service, ni que Wiseau aurait approuvé le documentaire. Quant à l'atteinte à l'honneur et à la réputation de Wiseau, la preuve démontre seulement qu'il est dépeint comme une personne ayant produit un film très mauvais, ce qui ne constitue pas une information nouvelle, bien au contraire.

1.3.3 Les atteintes à l'image et à la vie privée

À ce sujet, Wiseau invoque une utilisation illicite de son image et de son identité (*passing off*) ainsi qu'une atteinte à sa vie privée. Bien qu'il s'agisse d'une décision rendue selon les principes de common law, la preuve soumise et les faits de cette affaire permettent de penser que les conclusions seraient fort probablement les mêmes en droit civil.

Concernant les deux premiers points, le juge analyse la situation en regard du droit fondamental à la liberté d'expression protégé par l'article 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*⁴. La preuve soumise ne démontre aucun dommage subi par l'utilisation de l'image et de la personnalité de Wiseau dans le documentaire et sa promotion. De manière objective, il est clair que l'intention des défendeurs n'est pas de s'approprier l'image du demandeur à des fins commerciales.

Concernant l'atteinte alléguée à la vie privée de Wiseau, la preuve démontre que les informations personnelles dévoilées dans le documentaire sont déjà publiques et que les défendeurs n'ont pas obtenu ces informations de façon illicite. Ces derniers auraient, par ailleurs, volontairement omis de dévoiler des faits hautement choquants sur Wiseau afin de limiter l'impact négatif du documentaire à son égard. Enfin, le juge souligne que le fait pour une personnalité

4. Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982* [annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, c. 11 (R.-U.)].

connue de chercher à entretenir le culte du mystère ne lui confère aucune protection plus importante de sa vie privée.

1.3.4 La demande reconventionnelle des demandeurs et les dommages

En raison de la faiblesse des arguments juridiques du demandeur, de son acharnement à nuire à la sortie du documentaire et de sa mauvaise foi démontrée par diverses actions, le juge accorde des dommages importants aux défendeurs, y compris des dommages punitifs.

Dans son évaluation des dommages, le juge Schabas prend en considération la stratégie commerciale du documentaire, qui visait à profiter de la vitrine de *The Disaster Artist*, le film réalisé par James Franco qui a bénéficié d'une grande couverture médiatique. Le juge a ainsi été convaincu que le documentaire aurait pu être un rare film de ce genre à rencontrer un certain succès commercial. Il ne fait pas de doute que les diverses actions de Wiseau auront eu pour effet de priver les défendeurs d'une fenêtre commerciale stratégiquement intéressante pour eux. Pour tous ces motifs, les demandeurs sont condamnés à verser aux défendeurs des dommages de 550 000 dollars américains et de 200 000 dollars canadiens en dommages punitifs, ce qui est légèrement en dessous de ce qui était demandé.

Évidemment, on ne connaîtra jamais le montant exact des recettes que le documentaire aurait générées si son exploitation avait débuté en 2017. Il faut ajouter que même si le jugement devait marquer le véritable début de la vie commerciale du documentaire, il a été rendu dans les premières semaines des effets de la pandémie de COVID-19 au Canada. Évidemment, le juge n'a pas pris cette situation en compte dans son évaluation des dommages, mais, au moment d'écrire ces lignes, les défendeurs doivent toujours patienter avant de pouvoir diffuser leur œuvre à la hauteur de leurs attentes.

1.4 Nos conclusions

L'affaire *Wiseau* peut sembler offrir une très grande souplesse à l'application des exceptions de critique et compte rendu dans le contexte documentaire, mais les conclusions semblent surtout avoir été motivées par l'attitude particulière du demandeur, qui a fait preuve tout au long du processus judiciaire d'un manque de transparence et d'une certaine mauvaise foi. Bien que les ayants droit puissent être inquiets de l'impact de cette décision, il serait surprenant que les

documentaristes considèrent que la reproduction d'œuvres originales est un buffet à volonté. Les autres critères d'analyse de l'arrêt *CCH* doivent être pris en compte, et les critères sur l'ampleur et l'effet de l'utilisation devraient assurer une certaine protection des ayants droit. Il faut donc rester prudent quant à l'application des exceptions prévues par la loi, car il serait surprenant de constater un assouplissement des règles de droit par les ayants droit et les assureurs qui couvrent les erreurs et omissions des producteurs de documentaires.

En pratique, il sera quand même intéressant de suivre l'impact de cette situation dans les années à venir. Une action à l'encontre d'une œuvre audiovisuelle déposée prématurément peut la rendre non assurable, en conséquence de quoi sa diffusion est compromise. Cet enchaînement d'événements place le producteur d'une œuvre en défaut vis-à-vis de ses partenaires financiers avec toutes les conséquences économiques que ce défaut peut engendrer : inadmissibilité de la production aux programmes de crédit d'impôt, remboursement de partenaires financiers, etc. Face à l'importance des dommages potentiels pour un producteur, il est à se demander si un éventuel plaignant n'aurait pas avantage à déposer son recours après la diffusion de l'œuvre, même si ses dommages risquent de s'en retrouver augmentés.

Bien que l'affaire *Wiseau* soit l'une des rares décisions qui traitent de l'utilisation équitable en documentaire, force est de constater qu'elle soulève plus de questions qu'elle ne donne de réponses.

2. LES CONCESSIONS DE DROITS À DURÉE INDÉTERMINÉE : *DRUIDE INFORMATIQUE INC. c. ÉDITIONS QUÉBEC AMÉRIQUE INC.*, 2020 QCCA 1197

2.1 Les faits

Druide informatique inc. (« Druide ») est une entreprise reconnue pour son célèbre logiciel Antidote. Les Éditions Québec Amérique inc. (« QA ») ont acquis une grande notoriété dans le domaine de l'édition littéraire. À partir de 1997, les parties ont entrepris une collaboration qui impliquait notamment un échange de contenu pour la création de leurs logiciels respectifs. Cette collaboration, qui dura plus d'une décennie, prit différentes formes, mais portait sur de nombreux logiciels et projets entre les parties. Malgré cela, les parties n'ont jamais conclu d'entente écrite formelle et se sont toujours entendues.

En 2010, le lien de confiance entre les parties s'effrite. *Druide* décide de mettre fin à certaines ententes de services entre les parties dont l'objet n'était pas leur collaboration sur les logiciels, mais qui avaient des conséquences financières sur *QA*. *QA* exige alors de convenir d'une entente écrite pour l'utilisation par *Druide* de ses œuvres littéraires dans son plus récent logiciel, *Antidote HD*.

Après trois mois de négociation, les parties sont incapables de s'entendre. *QA* transmet à *Druide* un « avis de révocation d'autorisation » qui « met fin à toute autorisation non exclusive qui aurait pu être accordée à *Druide* ». Elle exige conséquemment le retrait de ses œuvres littéraires d'*Antidote HD*, le seul logiciel de *Druide* alors en exploitation. Malgré cela, *Druide* poursuit l'exploitation de son logiciel qui intègre les œuvres littéraires de *QA*.

Un an plus tard, *QA* dépose une demande contre *Druide* en Cour supérieure dans laquelle elle la somme de « cesser sans délai de reproduire, représenter, communiquer à distance, vendre et exploiter de quelque manière », les œuvres littéraires et les logiciels dont elle estime être titulaire des droits.

Jusqu'au jugement de la Cour supérieure rendue en 2017 par l'honorable juge Poisson, *Druide* a continué d'intégrer les œuvres de *QA* dans son logiciel *Antidote HD* ainsi que dans les nouvelles versions, soit *Antidote 8* et *9*.

2.2 Le jugement de première instance

Après une analyse des faits qualifiée de rigoureusement soignée par la Cour d'appel, la juge Poisson détermine que le consentement de *QA* n'est valable que pour l'intégration de ses œuvres littéraires par *Druide* dans le logiciel *Antidote HD*, soit celui distribué avant le dépôt de la demande de *QA* en Cour supérieure et non pour les versions subséquentes.

Selon son analyse, la juge estime que les parties ne sont pas liées par une entente à durée indéterminée qui aurait autorisé *Druide* à « adapter, produire, reproduire représenter et télécharger » les œuvres littéraires de *QA* dans toutes les versions de son logiciel *Antidote*. De son point de vue, *Druide* bénéficie plutôt d'un consentement tacite à utiliser les œuvres de *QA* dans son logiciel *Antidote HD*. Toute entente subséquente pour l'utilisation des œuvres de *QA* était selon elle conditionnelle à la rédaction d'un écrit.

La juge ordonne par conséquent à *Druide* de cesser l'utilisation et toute forme d'exploitation des œuvres de *QA* dans un certain délai et le condamne à verser 100 000 \$ pour l'utilisation illégale des œuvres de *QA*, ainsi que 25 000 \$ en dommages-intérêts punitifs.

2.3 L'analyse et la décision

La Cour d'appel ne partage pas l'avis de l'honorable juge *Poisson* et annule le jugement de première instance tant pour l'utilisation jugée « illicite » par *Druide* que pour sa condamnation à des dommages-intérêts punitifs.

D'abord, la Cour d'appel considère que la juge commet une erreur manifeste et déterminante en qualifiant l'entente intervenue entre les parties de « consentement » et en assimilant ce consentement à un contrat à durée déterminée qui limite celui-ci au logiciel *Antidote HD*. Or, la *Loi sur le droit d'auteur* prévoit trois types de consentement, soit la cession, la licence exclusive et la licence non exclusive. En regard de la preuve soumise, la Cour qualifie ce consentement de licence non exclusive.

Cette qualification revêt un caractère déterminant et fondamental pour la Cour d'appel, puisque la conclusion qu'il s'agit d'une licence non exclusive revient à dire que les parties ont, selon toute vraisemblance, conclu un contrat. Cette erreur d'aiguillage de la juge de première instance a entraîné son défaut d'avoir analysé l'intention commune des parties pour déterminer la durée et les modalités du renouvellement du consentement en l'absence de termes clairs.

Puisque la relation entre les parties est constituée d'échanges verbaux, la Cour est d'avis que la licence non exclusive est à durée indéterminée et qu'elle est renouvelée pour chaque logiciel depuis 2004. La juge de première instance se méprend donc en concluant qu'un contrat écrit était une condition essentielle à l'utilisation des œuvres littéraires de *QA* par *Druide* dans ses logiciels subséquents. En effet, cette formalité n'a jamais été une condition *sine qua non* à l'existence d'un contrat entre les parties et à la construction d'une solide relation d'affaires qui dura plus de dix ans.

La preuve révèle également que l'intention des parties a toujours été celle d'un partenariat d'une durée « illimitée », et ce, malgré des discussions portant sur des durées potentielles qui ont eu lieu après dix ans de relation d'affaires et qui n'ont jamais abouti. À la

lumière de ces divers éléments de preuve, la Cour conclut alors en l'existence d'un contrat à durée indéterminée.

Cette qualification étant faite, la Cour analyse la possibilité des parties d'y mettre fin en regard du droit civil et décide que QA ne pouvait résilier ce contrat qu'en laissant à *Druide* un préavis raisonnable afin de lui permettre « de bénéficier d'une période nécessaire pour réorienter ses activités commerciales »⁵. La Cour conclut que le délai accordé par la juge de première instance constitue un préavis raisonnable et que l'utilisation par *Druide* des œuvres littéraires de QA dans ses logiciels subséquents ne constitue pas une violation des droits d'auteur de QA. *Druide* n'ayant par conséquent pas commis de violation des droits de QA, la Cour annule du même coup les dommages-intérêts punitifs.

2.4 Nos conclusions

Cette décision porte un regard particulièrement intéressant sur l'importance de la qualification des contrats en droit d'auteur. Les ententes verbales ou ambiguës étant coutume dans les domaines de la production artistique, l'affaire *Druide informatique* énonce des principes d'interprétation pertinents qui ultimement pourraient permettre aux parties d'éviter des litiges potentiels. Cette affaire accorde toutefois beaucoup d'importance à la longue relation qui existe entre les parties. Étant donné que la majorité des relations dans la production artistique sont éphémères, il serait intéressant de se questionner sur les critères pris en considération dans de telles circonstances. À l'inverse, le droit français et de la plupart des pays européens prévoit qu'un fournisseur de service régulier peut se voir attribuer des dommages lorsqu'un client met fin à une longue relation d'affaires.

3. LA DIFFAMATION ET LES RÉSEAUX SOCIAUX : *CLIFFE c. ALLARD*, 2020 QCCS 3051

L'affaire *Cliffe c. Allard* a suscité notre intérêt parce qu'elle est une des rares décisions qui prend en considération la technologie employée pour la diffusion des propos qui font l'objet de la diffamation alléguée.

5. *Toshiba Business Equipment, Division of Toshiba of Canada Ltd. c. Admaco Business Machines Ltd.*, 2007 QCCA 125, par. 38.

3.1 Les faits

Karen Cliffe (« Cliffe ») et André Allard (« Allard ») sont des adversaires politiques qui étaient tous deux candidats aux élections municipales de 2013 et 2017 pour le poste de conseiller du district de Summerhill de la Ville de Kirkland. En 2013, Allard l'a emporté par une majorité de 72 voix sur Cliffe, qui a terminé en deuxième place. Lors de l'élection de 2017, ils sont les deux seuls candidats, et une campagne tendue se dessine entre eux.

La veille du vote par anticipation, soit huit jours avant l'élection du 5 novembre, Allard constate la disparition de deux de ses affiches électorales. Après un échange acrimonieux entre les deux candidats, Allard publie sur sa page Facebook un message bilingue qui laisse entendre que son adversaire ne respecte pas les règles électorales en tolérant que ses partisans volent ses affiches.

Le jour même, Cliffe demande successivement au Directeur général des élections et au maire de la Ville le retrait de la publication d'Allard ainsi que des excuses. Ce dernier, après réflexion, retire la publication quelques heures après l'avoir publié.

Quelques jours plus tard, l'avocat de Cliffe fait parvenir une mise en demeure à Allard dans laquelle elle demande une rétractation par lettre et par publication Facebook dans les 24 heures. Allard s'exécute le lendemain. Quelques jours plus tard, Allard remporte l'élection par une marge de 81 voix sur son opposante.

Cliffe est d'avis qu'en plus de lui avoir fait perdre son élection, la publication d'Allard a eu un impact négatif sur sa réputation au cours des mois qui ont suivi. C'est ainsi que dix mois après les événements et malgré la rétractation d'Allard, elle entreprend contre lui un recours en diffamation.

3.2 L'analyse et la décision

L'honorable juge Harvie conclut qu'Allard n'a pas porté atteinte à la réputation de Cliffe. D'abord, elle tient compte des mots employés par Allard dans les deux langues et surtout du contexte de joute politique dans lesquels ils ont été tenus. En s'appuyant sur les principes jurisprudentiels, elle cite la décision de la Cour d'appel du Québec qui impliquait le chroniqueur Gilles Proulx contre la présidente de la SFPQ, Lucie Martineau : « les personnalités publiques

doivent démontrer un niveau de tolérance plus élevé en raison de leur engagement public qui les expose inévitablement à la critique, aux plaisanteries et à la satire »⁶. Elle cite également l'affaire *Séguin c. Pelletier* : « Les parties sont devenues de farouches adversaires politiques. Le public ne s'attend pas à ce que ces joueurs se lancent des fleurs. Bien au contraire, leurs interventions ont généralement pour but, ou à tout le moins pour effet, de faire perdre l'estime ou la considération à l'endroit de leur vis-à-vis, ou de susciter à leur égard des sentiments défavorables ou désagréables »⁷.

Dans son analyse, la juge prend aussi en considération le média utilisé, soit Facebook, qui permet de commenter la publication et ainsi de permettre à la personne visée par les allégations de rapidement donner sa version des faits. La juge souligne que le médium utilisé, Facebook, permet de commenter la publication. La publication d'Allard ayant été retirée, il n'y a toutefois aucune preuve que Cliffe a commenté la publication, mais elle ne le dément pas. Il est toutefois mis en preuve que le conjoint de Cliffe aurait commenté les publications d'autres citoyens qui relayaient la publication initiale d'Allard. Les commentaires de son conjoint laissent entendre qu'elle n'a aucune idée de ce dont Allard l'accuse, qu'elle n'a aucun intérêt à retirer des affiches électorales et que les agissements d'Allard ne sont qu'une tentative de porter atteinte à sa réputation. La preuve démontre également que Cliff a elle-même commenté les publications d'Allard en mentionnant : « It actually reflects poorly on you ». Encore une fois, il s'agit de déclarations attendues dans le cadre du débat politique. Son commentaire démontre qu'elle se plaît elle-même dans ces échanges politiques et permet à l'électorat de relativiser la portée de la publication d'Allard.

Concernant les excuses d'Allard faites sur Facebook quelques jours plus tard, la juge Harvie considère qu'elles sont suffisantes et elle tient compte du fait que Cliffe a remercié publiquement Allard pour ces excuses.

3.3 Nos conclusions

L'année ayant été marquée par de nombreuses dénonciations sur les réseaux sociaux, cette décision peut renforcer l'idée que ces plateformes peuvent, dans certaines circonstances, constituer des médiums adéquats pour dénoncer publiquement des comportements

6. *Proulx c. Martineau*, 2015 QCCA 472, par. 31.

7. *Séguin c. Pelletier*, 2017 QCCA 844, par. 44.

socialement inacceptables. Lorsque de telles accusations sont lancées contre elle sur les réseaux sociaux, la personne visée peut en effet utiliser ces mêmes plateformes pour donner sa version des faits et remettre les choses en perspective.

Il faut par contre demeurer prudent sur l'utilisation des médias sociaux, car les derniers mois nous ont démontré que de telles accusations, même lorsqu'elles pourraient être considérées comme diffamatoires, peuvent entraîner des conséquences fortement négatives tant pour les personnes dénoncées que pour les dénonciateurs. Il ne serait pas surprenant que surgissent au cours des prochains mois ou années des poursuites en diffamation en lien avec ces dénonciations. Certaines personnalités publiques qui ont fait l'objet de dénonciation sur les réseaux sociaux ayant choisi de garder le silence, il sera intéressant de voir si cette approche aura nui à leur poursuite.

4. LA LIBERTÉ D'EXPRESSION : *GODBOUT c.* *PROCUREURE GÉNÉRALE DU QUÉBEC,* *2020 QCCS 2967*

Les débats sur la liberté d'expression dans un contexte artistique ou journalistique sont au cœur de beaucoup de discussions depuis au moins une dizaine d'années. Au Canada, ces débats portent surtout sur des enjeux socioculturels, à l'exception de quelques décisions comme l'affaire *Mike Ward* sur laquelle la Cour suprême se penchera en 2021. En 2020, c'est plutôt vers le droit criminel que le débat s'est tourné dans une décision de la Cour supérieure du Québec portant sur des œuvres littéraires.

4.1 Les faits

Yvan Godbout (« Godbout ») et les Éditions ADA inc. (« ADA ») sont criminellement accusés de production de pornographie juvénile pour avoir écrit, édité et distribué en masse le roman *Hansel et Gretel*. Cette œuvre de fiction relate notamment les sévices physiques, psychologiques et sexuels subis par un frère et une sœur. Quatorze passages ont été identifiés comme pouvant possiblement être qualifiés de pornographies juvéniles au sens de l'article 163.1(1)c) C.cr., lequel se lit de la manière suivante :

163.1 (1) Au présent article, *pornographie juvénile* s'entend, selon le cas :

[...]

c) de tout écrit dont la caractéristique dominante est la description, dans un but sexuel, d'une activité sexuelle avec une personne âgée de moins de dix-huit ans qui constituerait une infraction à la présente loi.

4.2 La position des parties

Godbout et ADA cherchent à obtenir une déclaration d'inconstitutionnalité de certaines dispositions du *Code criminel* édictées par le législateur en 2005. Ils allèguent que celles-ci violent plusieurs de leurs droits fondamentaux, notamment le droit à la liberté d'expression garanti par l'article 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés* (la « Charte ») et le droit à la sécurité prévu à son article 7. Cette violation est à leur avis injustifiable, car le roman n'encourage en aucun temps la pédopornographie et les accusations comportent un stigmatisme social important et dévastateur.

La Procureure générale du Québec admet la violation à l'article 2b) de la Charte, mais estime que celle-ci est justifiée, car la pornographie juvénile appartient à une catégorie d'expression devant être davantage limitée compte tenu des potentielles conséquences sur les enfants, membres vulnérables de notre société. Elle nie cependant toute violation à l'article 7 de la Charte.

4.3 L'analyse et la décision

Le tribunal invalide les articles 163.1(1)c) et 163.1(6)b) C.cr., puisque ceux-ci violent sans justification et de manière disproportionnée les articles 2b) et 7 de la Charte.

Au soutien de sa décision, le tribunal reconnaît d'abord que la criminalisation de la production de pornographie juvénile vise un objectif législatif légitime, soit la protection des enfants. Cependant, il explique que les moyens mis en œuvre pour atteindre cet objectif doivent tout de même préserver une certaine liberté expressive ne posant qu'un risque minime, voire négligeable, pour les mineurs. En effet, il y a lieu de distinguer « le matériel qui expose une réalité tangible, des vidéos ou des photos et même des dessins [...] d'une représentation fictionnelle de scènes de pornographie juvénile conte-

nues dans une œuvre littéraire que l'on veut rendre accessibles au public en général »⁸.

Par exemple, le juge explique que la prise de parole publique, pour certains individus, notamment les victimes de pédophilie, peut être un processus libérateur nécessaire et devant être protégé :

[85] En effet, il existe pour les victimes de pédophilie un droit indéniable, on pourrait même dire un devoir si elles le désirent, de raconter leurs histoires. Ce type de discours participe à l'essence même de la liberté d'expression : la recherche et le besoin de la vérité, de la liberté, de l'épanouissement personnel, de l'affranchissement du poids énorme que représente le fait de vivre avec une réalité possiblement jusqu'à alors [sic] indicible.

[86] Dans cette prise de parole sociale, pour certaines personnes, il s'agit d'abord et avant tout de se libérer d'un mal-être, d'une honte intimement et injustement ressentie, de chercher à dénoncer des crimes pervers et inhumains. Elle peut faire naître assurément l'exutoire qui participe à aider la victime à surmonter les effets délétères de ce vécu. Pour d'autres, elle permet de fonder une recherche de justice, peu importe sa nature, de se sentir écoutées, entendues et soutenues. Pour plusieurs, elle participe à la recherche d'un débat social quant au sort réservé aux victimes et aux agresseurs, ce qui constitue la motivation de leur discours. Évidemment, pour beaucoup, le fait de révéler publiquement l'existence de ce genre d'évènement inclut plusieurs de ces motivations.

[87] La victime doit pouvoir transmettre son message à qui elle veut bien le transmettre, qu'il s'agisse d'un seul interlocuteur ou du monde entier, sans devoir se sentir limitée par un carcan législatif.⁹

Avant les modifications législatives, la notion de pornographie juvénile visait les écrits qui « préconisaient » ou « conseillaient » une activité sexuelle avec une personne mineure, termes que le législateur a choisi d'écarter en 2005 afin d'en élargir la portée. Ainsi, le matériel littéraire similaire à celui des accusés n'était alors pas visé par la définition précédente, le tribunal observant ce qui suit :

8. *Godbout c. Procureure générale du Québec*, 2020 QCCS 2967, par. 78.

9. *Ibid.*, par. 85-87.

[109] Au niveau de l'atteinte minimale à la liberté d'expression, une constatation s'impose donc. À l'évidence, le témoignage de Veilleux et la liste des ouvrages en langue française recensés, permet de constater qu'un vaste pan d'une certaine littérature pornographique, contenant des passages de pédopornographie, se trouve maintenant visé par cette nouvelle définition du *Code criminel* ainsi que certaines œuvres d'autres natures qui contiennent de tels passages. Ainsi, de nombreuses personnes et institutions publiques, on pense à des bibliothèques universitaires, municipales ou scolaires ainsi que des librairies, se retrouvent potentiellement en position de faire l'objet d'accusation de possession ou de distribution de pornographie juvénile puisqu'elles possèdent, prêtent ou vendent de telles œuvres.¹⁰

Ainsi, le tribunal conclut que c'est précisément l'absence des mots « préconise ou conseil » ou leur équivalent à la nouvelle définition de pornographie juvénile qui porte atteinte au droit fondamental à la liberté d'expression, « notamment celle des personnes qui désirent exprimer en termes explicites les sévices vécus par elles aux mains de personnes pédophiles »¹¹.

Relativement à l'article 7 de la Charte, protégeant le droit à la sécurité, le juge estime qu'il relèverait de l'aveuglement que de faire abstraction du contexte social actuel condamnant toute personne faisant l'objet d'allégations d'inconduites sexuelles à l'endroit de personnes mineures. « À l'évidence, cette infraction comporte d'importants stigmates sociaux qui entraînent des incidences sérieuses sur la réputation des individus, leurs relations interpersonnelles, leur intégrité psychologique ainsi que, potentiellement, sur leur emploi »¹².

Étant donné la gravité de la tension psychologique découlant d'une telle accusation, le tribunal estime qu'il ne peut s'en remettre à la discrétion de la Couronne pour s'assurer que cette situation ne se reproduise plus à l'avenir, ce segment de matériel littéraire participant « de façon indéniable aux valeurs qui sous-tendent la liberté d'expression en l'occurrence l'épanouissement personnel, la réalisation de soi, la dignité humaine, la conscience de soi [et] la participation à la vie sociale »¹³. Le juge cite notamment une décision

10. *Ibid.*, par. 109.

11. *Ibid.*, par. 122.

12. *Ibid.*, par. 132.

13. *Ibid.*, par. 140.

ontarienne, *R. c. C. Coles Co.*¹⁴, d'ailleurs reprise par la Cour suprême dans l'arrêt *Little Sisters*¹⁵, dont il souligne le passage suivant :

La liberté d'écrire des livres et, par conséquent, celle de diffuser des idées, opinions et autres fruits de l'imagination – la liberté de traiter sans retenue d'un aspect de la vie humaine et des activités, des aspirations et des faiblesses des êtres humains – sont fondamentales pour le progrès dans une société libre. Selon ma vision du droit, cette liberté ne devrait pas être restreinte, sauf dans des circonstances extrêmes.¹⁶

Ainsi, le tribunal conclut que les articles 163.1(1)c) et 163.1(6)b) C.cr. portent atteinte aux droits protégés par les articles 2b) et 7 de la Charte. Considérant qu'il appartient au législateur de corriger cette déficience constitutionnelle, il les déclare invalides en vertu de l'article 52 de la Charte.

4.4 Nos conclusions

Bien que cette décision porte sur le droit criminel, elle vient remettre en perspective l'importance fondamentale accordée à la liberté d'expression dans la société canadienne, et ce, malgré la position du premier ministre, Justin Trudeau, qui est d'avis que cette liberté n'est pas illimitée. Ces déclarations ont été faites dans le contexte de la défense des valeurs canadiennes de multiculturalisme, mais il sera intéressant de voir comment se poursuit le débat, notamment avec l'affaire *Mike Ward*, dont la décision de la Cour suprême du Canada est attendue pour 2021.

5. LA PROTECTION DES SOURCES JOURNALISTES DANS LE CONTEXTE DES DÉNONCIATIONS : *CBC/ RADIO-CANADA C. ARSENAULT*, 2020 QCCS 2898

Au courant des années 2010, l'ingérence de certains organismes publics et privés a levé le voile sur la faiblesse du système pour protéger les sources journalistiques. C'est dans ce contexte que le gouvernement du Québec a adopté en 2017 la *Loi sur la protection des sources journalistiques*¹⁷ (la « LPSJ »).

14. [1965] 1 O.R. 557 (C.A. Ont.).

15. *Little Sisters Book and Art Emporium c. Canada (Ministre de la Justice)*, [2000] 2 R.C.S. 1120.

16. *Godbout c. Procureure générale du Québec*, préc., note 8, par. 145.

17. L.C. 2017, c. 22.

5.1 Les faits

Le 6 décembre 2017, Radio-Canada diffuse les conclusions d'une importante enquête journalistique dans un reportage portant sur Michel Arsenault. Huit témoins, dont certains à visage découvert, y dévoilent les abus physiques et psychologiques que ce dernier aurait commis alors qu'il était entraîneur de gymnastes.

Au terme d'une enquête policière ouverte à la suite de ce dévoilement, Michel Arsenault est accusé sous cinq chefs d'accusation, soit deux d'agression sexuelle et trois de voies de fait, et ce à l'égard de gestes commis entre 1983 et 1993 envers six victimes mineures.

Afin de préparer sa défense, Michel Arsenault cherche à obtenir le contenu intégral de l'enquête journalistique, y compris l'ensemble des enregistrements et des déclarations des individus interrogés par les journalistes. À cette fin, l'accusé adresse en décembre 2019 une requête préliminaire en divulgation de la preuve de type *O'Connor* afin d'obliger Radio-Canada à lui transmettre ses renseignements.

Radio-Canada s'oppose à cette requête tant sur le fond que sur la forme, mais le juge de première instance, l'honorable Pierre Dupras de la Cour du Québec, rejette ses arguments et ordonne la poursuite du processus de divulgation, estimant que les participants au reportage ne bénéficient d'aucun privilège particulier et que la requête de type *O'Connor* est le véhicule procédural approprié.

Radio-Canada conteste cette décision auprès de la Cour supérieure.

5.2 L'analyse et la décision

5.2.1 *Le véhicule procédural*

Radio-Canada estime que la présentation d'une requête de type *O'Connor* était mal fondée et qu'une requête de type *Mills* était plutôt indiquée.

L'arrêt *O'Connor* établit une procédure en deux étapes pour toute demande de divulgation de documents possédés par des tiers. Si le détenteur des documents revendique le caractère privilégié de ces derniers afin de faire obstacle à la demande, le requérant doit dans un premier temps faire la preuve de la pertinence probable des

renseignements recherchés. Ensuite, le juge se penche sur leur pertinence réelle et détermine le bien-fondé et l'étendue de la divulgation, notamment en pondérant le droit à une défense pleine et entière de l'accusé.

La requête de type *Mills* est quant à elle édictée par les articles 278.1 et suivants du *Code criminel* et s'applique aux demandes de divulgation de renseignements dans des poursuites relatives à des infractions à caractère sexuel. Afin de combattre l'utilisation de stéréotypes à l'encontre des plaignants dans ce type de procès, ce régime met en place des protections additionnelles à l'égard des informations pour lesquelles il existe une atteinte raisonnable en matière de protection de la vie privée.

Le requérant doit, de manière cumulative, démontrer : i) que le dossier recherché existe ; ii) que celui-ci porte sur l'événement au cœur du litige ; iii) que le dossier est susceptible de contenir une déclaration antérieure contradictoire du plaignant ou témoin ; et iv) que le dossier se rapporte à la crédibilité de cet individu.

Considérant les attentes de la société envers la préservation du caractère confidentiel des confidences des sources dans une affaire d'agression sexuelle, l'honorable juge Bourque estime que le droit à la vie privée de celles-ci est indéniable, et que le régime *Mills* n'aurait pas dû être écarté, ses conditions étant plus exigeantes que celles du régime *O'Connor*. Elle prend donc en considération les critères de ce régime dans l'évaluation de la demande.

Déplorant le silence du ministère public sur cette question cruciale, la juge se permet même de rappeler le rôle essentiel qu'occupe le responsable de la poursuite criminelle dans la protection des plaignants, notamment sur la divulgation de renseignements personnels à leur sujet.

5.2.2 Les sources journalistiques

L'accusé demande notamment la divulgation de tous les renseignements communiqués aux journalistes par les cinq sources journalistiques apparaissant à visage couvert dans le reportage.

Avant l'entrée en vigueur en 2017 de la LPSJ, un journaliste devait convaincre le tribunal de l'applicabilité du privilège. Désormais, il incombe à celui qui souhaite la divulgation d'en faire la démon-

tration par prépondérance, le dossier ou renseignement visé étant présumé privilégié. Comme exprimé dans la décision *Denis c. Côté*, « alors que sous l'ancien régime, l'applicabilité du privilège journalistique constituait l'exception, elle est maintenant devenue la règle »¹⁸.

Aux termes de la législation fédérale, l'article 39.1 de la *Loi sur la preuve au Canada*¹⁹ (la « LPC ») prévoit que le requérant doit faire la démonstration de deux conditions cumulatives et séquentielles : i) le renseignement ne peut être mis en preuve par un autre moyen raisonnable ; et ii) l'intérêt public dans l'administration de la justice l'emporte sur l'intérêt public à préserver la confidentialité de ce renseignement. Dans l'appréciation de cette deuxième condition, trois critères non exhaustifs doivent minimalement être considérés : l'importance des renseignements quant à une question essentielle en litige ; la liberté de presse ; et les conséquences sur la source journalistique et le ou la journaliste.

Dans l'analyse de ces éléments, le juge de première instance tient pour acquis que les cinq sources journalistiques figurant au reportage sont des plaignants ou des témoins à charge dans son procès. Au soutien de sa décision, le juge est d'avis que les conséquences sur les sources seront minimales, voire négligeables, car elles devront à tout événement témoigner. Sur cette base, il estime nécessaire la divulgation des renseignements, qu'il autorise. Il souligne également ne déceler aucun inconvénient pour la journaliste, M^{me} Marie Malchelosse, contrairement aux prétentions de cette dernière dans sa déclaration assermentée.

Le tribunal est cependant d'avis contraire et explique que cette prémisse est erronée et non fondée. Considérant la présomption de non-divulgation prévue à la LPC, la juge réitère l'importance de procéder à une analyse rigoureuse de la preuve et de ne pas utiliser de « raccourci intellectuel et langagier », ce qui constitue une erreur de droit manifeste. En l'instance, la preuve ne permet aucunement d'établir une corrélation entre les plaignants et les sources journalistiques, les risques associés à la divulgation des renseignements confidentiels s'en trouvant décuplés.

En rejetant la prémisse utilisée par le juge d'instance, le tribunal remet également en question l'importance des déclarations antérieures des plaignants dans la défense de l'accusé, laquelle est « en porte-à-faux avec l'évolution de la législation et de la jurispru-

18. *Denis c. Côté*, 2019 CSC 44, par. 34.

19. L.R.C. (1985), ch. C-5.

dence en ce qui concerne les poursuites des infractions à caractère sexuel »²⁰. En effet, les tribunaux tendent à restreindre l'accès aux dossiers antérieurs privés des plaignants afin d'éviter que la défense mine leur crédibilité de manière attentatoire et inappropriée. À la lumière du régime *Mills*, on ne peut donc qualifier d'important un renseignement du seul fait que celui-ci existe.

Ainsi, la juge estime que le requérant n'a pas été en mesure de prouver l'importance des renseignements qu'il cherchait à obtenir. Au contraire, la preuve démontre plutôt que les inconvénients pour les sources et les plaignants ne sont ni minimales ni négligeables. En effet, compte tenu de la nature des allégations, des nombreuses protections mises en place par l'équipe journalistique et du sentiment de peur et d'anxiété que les victimes éprouvent toujours à l'égard de l'accusé, ces inconvénients doivent être considérés comme graves et sérieux.

De plus, la juge donne raison à Radio-Canada, laquelle estimait que la décision du juge d'instance l'obligerait à révéler l'identité de ses sources confidentielles :

[225] Pour respecter l'ordonnance, Radio-Canada se trouvera devant un dilemme éthique et juridique. Doit-elle produire au juge les renseignements communiqués par les sources journalistiques apparaissant au reportage puisque c'est la conclusion du juge ? Dans ce cas, vu la preuve que les plaignantes ne peuvent être ces sources, Radio-Canada se trouvera alors à divulguer les renseignements provenant de sources qui sont étrangères au procès. À Radio-Canada, seule l'équipe d'enquête connaît l'identité des sources journalistiques. Pour respecter l'ordonnance à venir, les journalistes devront donc rompre leur engagement de confidentialité envers celles-ci. Ou, doit-elle divulguer les renseignements des plaignantes, puisqu'en raison de la prémisse utilisée, c'est également ce que le juge conclut par son analyse ? Dans ce cas, on pourrait reprocher à Radio-Canada de ne pas respecter l'ordonnance de la Cour en divulguant les renseignements provenant des plaignantes plutôt que ceux des participants au reportage et elle pourrait se placer en situation d'outrage au tribunal.²¹

Ainsi, relativement aux inconvénients que subirait la journaliste, la juge Bourque exprime de nouveau son désaccord face aux propos du juge d'instance en expliquant que la divulgation entraînerait

20. *CBC / Radio-Canada c. Arsenault*, 2020 QCCS 2898, par. 252 [*Radio-Canada*].

21. *Ibid.*, par. 225-226.

des conséquences néfastes non seulement pour l'équipe journalistique, mais également pour l'ensemble des médias :

[269] Pour ne prendre qu'un exemple, vu le nombre de personnes avec lesquelles les journalistes ont échangé, il est tout à fait possible que d'autres victimes se soient confiées aux journalistes, mais qu'elles ne veuillent ni apparaître dans le reportage ni rapporter les incidents à la police. Si les journalistes ne peuvent plus leur offrir une garantie acceptable que leur promesse de confidentialité sera respectée, il est plus que probable que d'autres victimes ne se confieront plus aux journalistes.²²

Le tribunal conclut donc que le juge d'instance a commis une erreur manifeste dans son analyse, tant de droit que de fait, ce qui « démontre à quel point le respect du fardeau de prépondérance imposé au requérant est important, et pourquoi une analyse rigoureuse de la preuve est incontournable »²³. Il infirme ainsi le jugement d'instance à cet égard et déclare protégés par le privilège des sources journalistique tous les renseignements communiqués aux journalistes, de quelque façon que ce soit par les cinq sources apparaissant au reportage à visage couvert.

5.2.3 Le matériel journalistique provenant des sources ouvertes

L'accusé cherche de plus à obtenir la divulgation du matériel journalistique provenant des trois sources ouvertes figurant au reportage.

Dans son jugement, le juge d'instance conclut que les sources ouvertes ne sont pas protégées par le privilège. Aux fins de son analyse, il rejette le cadre d'analyse de l'arrêt *Média Vice*²⁴ proposé par Radio-Canada et applique plutôt le régime de common law *Wigmore*, estimant que le régime *Média Vice* ne s'applique qu'aux demandes faites par l'État. À l'appui de sa décision, il constate alors l'absence de preuve démontrant que les communications ont été transmises confidentiellement avec l'assurance qu'elles ne seraient pas divulguées, soit le premier des critères d'analyse de *Wigmore*.

22. *Ibid.*, par. 268-269.

23. *Ibid.*, par. 226.

24. *R. c. Média Vice Canada Inc.*, 2018 CSC 53.

De nouveau, le tribunal estime que le juge d'instance a erré et n'aurait pas dû rejeter le cadre d'analyse actualisé dans *Média Vice* étant donné « l'importance de la place qu'occupent les médias dans une société libre et démocratique comme la nôtre, et le souci de la préserver que doivent démontrer les tribunaux »²⁵.

La juge Bourque explique que le matériel journalistique occupe une place unique dans notre droit et bénéficie à cet égard d'une protection accrue contre l'intrusion, non seulement de l'État, mais également de tout particulier. En effet, « le droit du journaliste à la confidentialité dans le processus de collecte et de diffusion de l'information est un droit à la confidentialité distinct de celui de ses sources »²⁶. Ce statut particulier commande une analyse rigoureuse par les tribunaux de toute demande de communication relative aux médias, c'est pourquoi le juge d'instance aurait dû adapter le régime *Média Vice* à la présente demande de l'accusé plutôt que de le rejeter.

Trois étapes d'analyse doivent être respectées : i) un avis doit être envoyé au média visé par la demande ; ii) les conditions légales préalables doivent être respectées ; et iii) un exercice de mise en balance des inconvénients doit être effectué. Vu la conclusion sur le choix erroné du véhicule procédural emprunté, le tribunal est d'avis que les conditions légales préalables ne sont pas remplies, ce qui suffisait en soi à annuler le jugement d'instance sur cet aspect. Toutefois, compte tenu de l'importance du débat, il effectue tout de même l'exercice de mise en balance des inconvénients.

À cette fin, la juge Bourque évalue plusieurs facteurs. Elle estime notamment que l'ordonnance recherchée mettrait en péril l'apparence d'indépendance que doivent conserver les journalistes auprès de la population :

[338] Ces circonstances établissent un contexte qui fait en sorte que d'ordonner la divulgation du matériel journalistique provenant des sources ouvertes alors que celui des sources journalistiques ne l'est pas risque de créer un déséquilibre dans les relations entre les journalistes et leurs différentes sources, déséquilibre de nature à dissuader des sources de collaborer avec des journalistes.²⁷

25. *Radio-Canada*, précité, note 20, par. 286.

26. *Ibid.*, par. 297.

27. *Ibid.*, par. 338.

Comparant la requête à une expédition de pêche, elle réitère que la recherche d'éléments contradictoires ne peut la justifier :

[367] Or, non seulement il n'y a aucune preuve à cet effet, mais présumer que les déclarations peuvent contenir des contradictions significatives serait décider en fonction d'un stéréotype que le droit et la jurisprudence cherchent à éradiquer, soit celui que les victimes d'infractions à caractère sexuel mentent ou font des déclarations contradictoires.²⁸

De plus, elle rappelle le rôle crucial que jouent les médias dans le fonctionnement d'une société démocratique :

[378] L'importance du journalisme d'enquête n'est plus à démontrer. En l'espèce, c'est ce travail qui a permis de révéler au public des faits graves qui seraient survenus il y a de nombreuses années et demeurés à ce jour impunis.

[379] Le reportage a donc pour effet d'alerter le public sur une situation d'intérêt public qui mérite l'attention des autorités et qui pourrait malheureusement encore se produire dans un contexte semblable. Il peut aussi amener des parents de jeunes athlètes à se pencher sur les mesures actuellement en place pour éviter ce genre de situation dans le milieu dans lequel ils évoluent, ou susciter les organisations à adopter ou vérifier l'efficacité de leurs procédures de protection.

[380] On ne peut ignorer non plus l'évolution sociétale récente en ce qui concerne le rôle des médias dans la dénonciation de situations d'abus sexuels et de pouvoir, travail qui a mené à des changements de mentalités importants et longtemps attendus.

[381] Tout cela est possible, parce que les journalistes contrôlent leur travail de cueillette et de diffusion de l'information, travail qui serait entravé si l'ordonnance de divulgation était accordée dans le présent dossier.²⁹

Ajoutant qu'il s'agit d'un événement impliquant des personnes mineures et vulnérables, un élément non négligeable, la juge conclut que l'ensemble des facteurs démontre le caractère privilégié dont

28. *Ibid.*, par. 367.

29. *Ibid.*, par. 378-381.

bénéficie le matériel journalistique transmis par les sources ouvertes, et elle infirme également la décision d'instance à cet égard.

5.3 Nos conclusions

Cette décision de la Cour supérieure nous démontre que les objectifs de la LPSJ ne sont pas toujours pris en considération et appliqués d'emblée par les tribunaux de première instance. La juge Bourque met l'accent sur le contexte de l'adoption de cette loi et de ses objectifs spécifiques, soit celui d'assurer la protection du quatrième pouvoir.