

DROIT MORAL ET DROIT D'AVAL: ILLUSTRATIONS

PREMIERS COMMENTAIRES SUR LE PARAGRAPHE 28.2(1) DE LA LOI SUR LE DROIT D'AUTEUR

par

Laurent Carrière*

LEGER ROBIC RICHARD, avocats

ROBIC, agents de brevets et de marques de commerce

Centre CDP Capital

1001 Square-Victoria – Bloc E - 8^e étage

Montréal (Québec) H2Z 2B7

Tél: 514-987-6242 - Fax: 514-845-7874

info@robic.com – www.robic.ca

En 1984, un des messages publicitaires télévisés les plus remarqués, en son temps (s'il en est), présentait un joueur de tennis exubérant avec pour fond sonore un cri sauvage de John Lennon. On désignait ce message comme "REVOLUTION" parce que son commanditaire d'alors, l'américaine NIKE, présentait ses souliers de course comme simplement révolutionnaires: "NIKE-AIR is not a shoe. It's a revolution!" d'où l'intérêt d'utiliser la chanson des Beatles, "Revolution", comme ritournelle ou "jingle" pour la promotion de ses souliers.

Évidemment, le message a plu et déplu, surtout plu si on en croit les chiffres de ventes.

Il a également soulevé de façon aiguë des questions d'ordre éthiques, juridiques et, il faut bien l'admettre, sentimentales. Cette chanson "Revolution" était, pour beaucoup encore, associée aux années '68 de contestation et il blessait certains de voir un tel symbole vilement/commercialement associé à une

© Laurent Carrière, 1989.

* Avocat et agent de marques de commerce, Laurent Carrière est l'un des associés principaux du cabinet d'avocats LÉGER ROBIC RICHARD, s.e.n.c. et du cabinet d'agents de brevets et de marques de commerce ROBIC, s.e.n.c. Ce texte résulte de la fusion et de la mise à jour d'un texte de Laurent Carrière intitulé «Recours civils en matière de violation de droits d'auteurs au Canada» à (1996), 85 *Revue de droit intellectuel - L'ingénieur conseil* 218 et à (1996), 13 *Revue canadienne de propriété intellectuelle* 1 et d'un texte de Laurent Carrière et Stefan Martin intitulé Les nouveaux recours en contrefaçon suite aux modifications de 1997 à la *Loi sur le droit d'auteur* publié à (1998), 11 *Les cahiers de propriété intellectuelle* 219. Ce document a été préparé pour fins d'information générale dans le cadre d'une allocution prononcée le 1989.12.05 lors d'un dîner-causerie de l'Association littéraire et artistique internationale (Canada). Ce document ne prétend donc pas exposer l'état complet du droit sur la question. Publication 38.

publicité pour de vulgaires "running-shoes". Après tout, "Revolution" n'est pas "I want to hold your hand".

Comme certains l'on dit, "The song is part of the soundtrack of my politic life". Un ex-membre du groupe The Beatles, Paul McCartney lui-même n'en était pas très heureux: voir Maclean's d'octobre 82 et The Globe and Mail de juin 1987.

Ce phénomène s'est accentué dans les années 80.

(Les publicitaires/mercenaires ont ainsi utilisé à bouche que veux-tu des chansons populaires pour promouvoir leur produits auprès de consommateurs/voyeurs.

- JUST ONE LOOK:
autos
- MELLOW YELLOW:
beurre
- NOBODY BUT ME:
nourriture pour chats
- ONLY YOU:
hamburgers
- MAC THE KNIFE:
hamburgers
- LEAN ON ME:
camionettes chevrolet
- I CAN SEE CLEARLY NOW:
nettoyeur à vitre
- RUNNING WITH THE NIGHT (Lionel Ritchie):
eaux gazeuses
- KEEP SO RIGHT
Pepsi
- HELP (Beatles):
Ford Cougar
- AIN'T NO MOUNTAIN HIGH (Marvin Gaye):
autos Ford Cougar
- DANCE TO THE MUSIC (Sly Stone):
bière Molson
- DANCING IN THE STREET (The Vandellas):
- SHOT GUN (Junior Walker):
- A HARD DAY'S NIGHT (Beatles):
- YOU BELONG TO THE CITY (Glenn Frey's): Pepsi
- I HEARD IT THROUGH THE GRAPEVINE (Michael Jackson):
raisins de Californie
- TOUGH TOUGH TOUGH:
bière Michelob

- AIN'T NOTHING LIKE THE REAL THING:
hamburger Burger King
- HURT SO BAD:
Lames Gillette
- YOU'RE IN MY HEART (Rod Stewart):
automobiles Mercury
- I JUST CALLED TO SAY I LOVE YOU (Stevie Wonder):
GTE Sprint
- NEW YORK NEW YORK:
- UP WHERE WE BELONG:
- THE HEART BEAT OF AMERICA:
automobiles Chevrolet

sont autant d'exemples. Cette exploitation de succès passés pour séduire une clientèle plus agée n'est pas sans séduire certains et obéit à diverses considérations commerciales dont le vieillissement de la clientèle.)

Toutefois, John Fogarty, l'ex-chanteur principal du groupe "Creedence Clearwater Revival" a ainsi voué aux géhennes cette utilisation commerciale de chansons de répertoire dans sa propre chanson "Soda Pop":

- PLAY A LITTLE ROCK N'ROLL MUSIC
- TEASE 'EM WITH A TUNE
- SHOW A COUPLE OF OLD-TIME PICTURES
- FROM THE BABY BOOM,
- N' SUCK 'EM IN WHEN I CROON

(Lorsqu'une agence de publicité veut utiliser de la musique pour les fins d'un "commercial", elle peut :

. Créer sa propre musique/chanson
par exemple:

- THE PRIDE IS BACK
pour Chrysler
- LISTEN TO THE HEART BEAT
pour Chevrolet
- THE BUD'S FOR YOU
pour Budweisser

. Utiliser une chanson populaire ("hit song") pour identifier un trait important du produit

par exemple:

- EVERYTHING IS BEAUTIFULL:

- fini pour le bois
- JUMP:
pour un assouplisseur de tissus
- DO YOU THINK I'M SEXY:
pour une automobile

ou créer une atmosphère:
par exemple:

- GIMME SOME LOVIN
pour un cooler
- HELP
pour Mercury
- WALK ON THE WILD SIDE
pour un scooter Honda

. elle peut utiliser la mélodie de la chanson
par exemple:

- GHOST BUSTERS
pour les céréales du même nom

. elle peut utiliser les mêmes paroles ou les modifier pour les adopter aux messages

par exemple:

- MAC THE KNIFE
pour les restaurants Mac Donald

. elle peut prendre la version instrumentale de la chanson
par exemple:

- AS TIME GOES BY
pour American Express Assurances

. elle peut prendre telle quelle une chanson populaire
par exemple:

- YOU BELONG TO THE CITY
pour Pepsi
- REVOLUTION
pour Nike

avec ou sans la participation de l'artiste interprète d'origine
par exemple:

- SAD SONGS (Elton John)
pour Sasson Jean.)

Ce genre d'utilisation d'une oeuvre ne crée généralement pas de problème au niveau du droit patrimonial d'auteur puisque les agences concernées prennent généralement la précaution d'obtenir des agents des droits économiques d'auteur les permissions appropriées et ce, bien sûr, contre espèces sonnantes et trébuchantes.

Où il risque maintenant d'y avoir davantage d'accrochage c'est de la part d'auteurs qui, à titre de titulaires légitimes du droit moral d'auteur sur leurs oeuvres, n'entendent pas, pour quelques raisons, permettre de telles associations/liasons dangereuses de celles-ci avec une cause ou un produit, que cela soit dans un cadre commercial ou non. (Ce n'est pas tout le monde qui accepte d'associer sa toune à un produit commercial comme Léveillé pour le Pierrot McDo de MacDonald's et Ferland pour le beurre.) Ce droit est maintenant reconnu dans la Loi modificatrice de 1988.

Notons qu'il y a atteinte du seul fait de l'association préjudiciable, qu'il y ait ou non déformation, mutilation ou modification. La présomption de l'article 28.2(2) ne s'applique d'ailleurs pas.

Dans le texte de la Convention de Rome tout comme dans les versions des articles 12(5)/12(17) des versions antérieures à 1988 de la Loi canadienne et dans l'article 28.2(1) de la Loi canadienne actuelle, le droit au respect ne s'oppose qu'aux actes ou omissions susceptibles d'être préjudiciable à l'honneur de l'auteur.

C'est ainsi que la réprobation statutaire de cette utilisation "autre" d'une oeuvre n'est toutefois pas automatique ou absolue.

En effet, n'encoureront censures que les atteintes qui sont préjudiciables à l'honneur ou la réputation de l'auteur. Il ne s'agit pas, tel que proposé, des intérêts moraux ou spirituels, toujours difficilement cernables et d'interprétation difficiles. Dès lors, de quel honneur de réputation s'agirait-il? Celui de citoyen "bon renom civique" de dire Stromholm" ou celui de la réputation littéraire et artistique? Cela pourrait être difficilement l'honneur civique, sans faire double emploi aux dispositions relatives à la diffamation: de toute façon, ce type d'honneur relève de la protection générale de la personnalité humaine plutôt que du droit d'auteur, même dans son aspect moral. Il faut donc lire préjudiciable à l'honneur et à la réputation "artistique ou littéraire" de l'auteur "en regard de cette oeuvre ou de l'ensemble de son oeuvre".

La question de la divisibilité de la réputation de citoyen et d'artiste est intéressante mais ne devrait pas faire, ici du moins, l'objet de plus ample débat.

Comment pouvons-nous définir l'honneur. C'est la dignité morale, un bien moral dont on jouit quand on a le sentiment de mériter de la considération et de

garder le droit à sa propre estime. La réputation, elle, pourrait se définir comme le fait d'être honorablement connue du point de vue moral. Prenons les exemples ci-après:

la publication d'une oeuvre pornographique avec référence aux travaux d'un médecin sans l'autorisation de celui-ci voir:
TGIP (3ème chambre) 26.06.71; D.S. 1972.12

Addition aux scénario d'un film de comédie légère de scènes pornographiques: voir TGIP (3ème chambre) 20.04.77; 1986 RIDA 117

Cette facette du droit moral d'auteur qu'est le droit "d'aval" ne vise donc pas, comme tel

- la reproduction d'une oeuvre ou d'une partie importante de celle-ci sous une forme matérielle quelconque. Cela en effet, constitue une violation directe du droit patrimonial d'auteur et c'est l'article 3 qui en permettra la sanction, tout comme article 27 traite des violations indirectes,
- l'oeuvre déformée, mutilée ou autrement modifiée de façon préjudiciable à l'honneur ou la réputation de l'auteur. Cela, en effet, est visé par l'approche "traditionnelle" du droit à l'intégrité de l'oeuvre que couvraient déjà les articles 12(5)/12(7) de la Loi antérieure à 1988 et s'attache à la substance matérielle de l'oeuvre.
- Le droit d'aval vise plutôt la présentation ou l'utilisation d'une oeuvre à des fins où dans une ambiance indigne et préjudiciable à l'honneur ou à la réputation de son auteur.

Il est, en effet, des circonstances où une oeuvre non-contrefactrice est utilisée dans son intégralité (sinon intégrité!) sans déformation aucune mais d'où il résulte que telle utilisation, quoi que de dénaturant pas la substance matérielle de l'oeuvre, est néanmoins préjudiciable à l'honneur de son auteur.

- L'utilisation d'une oeuvre à des fins publicitaires, promotionnelles ou d'appel
- utilisation d'une oeuvre comme mode d'emballage d'un produit: du papier d'emballage "Borduas" ou "Riopelle".
- utilisation d'une oeuvre comme décoration d'un produit utilitaire: les aventures de Tintin sur du papier de toilette
- une composition musicale profondément grave et d'inspiration religieuse qui est incorporée tel quel à la partition d'une opérette filmée

- pour illustrer encore davantage l'application de ce droit, prenons la situation suivante, où un peintre autorise la reproduction de l'une de ses toiles sur des cartes postales. Un tiers se procure légitimement de ces cartes postales et les colle sur des boîtes de carton servant au rangement: les boîtes sont ainsi vendues au public. Le peintre, non-intéressé à voir son nom ainsi associé à ces objets ménagers, pourrait empêcher que les cartes postales reproduisant son oeuvre soient utilisées de cette façon.

Le même évènement peut, bien sûr, donner lieu à plusieurs violations des droits, patrimoniaux et économiques, d'auteur.

Ainsi, cette utilisation sur papier de toilette des oeuvres de Tintin pourrait constituer:

- a) violation de droit de reproduction,
- b) violation du droit de revendication de création (ou "paternité",
- c) violation de droit à l'intégrité de l'oeuvre (couleurs changées, histoires tronquées)
- d) violation du droit d'aval.

De la même façon, l'utilisation des "Zoopsies" de Carmen Coulombe pour la fin de promotion de mobilier pourrait constituer violation

- a) du droit de reproduction sur l'article 3(1) introductif,
- b) de mise en circulation contrairement à l'article 27(4) b),
- c) de revendication de création contraire à l'article 14.1,
- d) de l'intégrité de l'oeuvre
- e) pour utilisation commerciale ridiculisant un oeuvre sacrée

S'il ne s'attache pas, comme tel, à l'intégrité de l'aspect physique d'une oeuvre, le droit d'aval vise à réprimer plutôt une attente à l'esprit ou à l'idée d'une oeuvre selon son contexte.

Il émerge donc un principe d'intégration de "l'oeuvre morale" à un contexte modifié, lequel influence sensiblement la nature de cette oeuvre morale: Guylaine Gérin-Lajoie.

Si on modifie l'environnement de l'oeuvre matérielle soit par déplacement physique soit par déplacement idéologique, on peut se trouver à porter atteinte au droit moral.

C'est d'ailleurs à l'intérieur de ces paramètres qu'il aurait fallu déterminer l'affaire *Snow c. Eaton Center* ((1983) 73 C.P.R. (2d) 204 (O.H.C.J.)) ou, si elle se représentait, l'affaire *Le Nordet c. 82558 Canada Inc.* (1978) C.S 1904 (C.S.Q.). Dans cette dernière affaire, indépendamment de la preuve d'altération physique de la substance ou des oeuvres matérielles elles-mêmes, il y avait atteinte à l'esprit des oeuvres musicales concernées par une utilisation de celle-ci pour mousser un évènement politique incompatible avec l'idéologie des oeuvres et de leurs auteurs. La pochette du disque s'intitulait "Le Canada c'est toi et moi" et ainsi elle présentait "Les grands auteurs canadiens" pour "promouvoir l'unité du Canada". Or, parmi les chansons étaient celles de Gilles Vigneault ("Mon Pays"), de Raymond Lévesque ("Quand les Hommes vivront d'amour") et de Félix Leclerc ("L'Hymne au printemps"). Les requérants se plaignaient, sans doute à bon droit, que la pochette du disque donnait à croire qu'il souscrivait à l'objectif promotionnel du disque, savoir l'unité canadienne...

Quid du repentir, du changement d'allégeance politique...

Au même effet, voir l'affaire *Ludlow Music Inc. c. Cannil Music Corp Ltd.* (1966) 2 R.C.É. 109 (C.d'É.), le juge Jackett.

Il s'agissait de "This Land is Your Land" de Woody Guthrie, chanson patriotique largement distribuée dans les écoles à travers le Canada. La parodie acerbe qu'était "This Land in Whose Lamb", avec des paroles différentes et avait pourtant la même musique. Elle était, dit-on, de mauvais goût et insultante pour le public canadien: il en résultait des dommages irréparables puisqu'elle était de nature à détruire la signification et la perception de même que l'acceptation même de la chanson d'origine.

Dans *Therrien c. Schola*, une décision non encore rapportée rendue le 2 mars 1985 par le Juge Walsh dans l'affaire F.C.T.D. T-84-80 semblable problème s'est présenté où Therrien, un professeur de sculpture et lui-même sculpteur d'une certaine renommée, avait réalisé une sculpture dite "Les pèlerins".

Or, Schola, dans ses brochures publicitaires pour de la pierre artificielle à sculpture "tarasco", avait reproduit l'oeuvre de Therrien, non seulement sans la permission de celui-ci, non seulement sans l'indiquer comme l'auteur, mais de surcroît en décrivant l'oeuvre comme une oeuvre de difficulté intermédiaire sinon même plutôt facile pour un débutant (Therrien's appears on a page headed "models" underneath which are the words "here are a few models for beginners, intermediations that will stimulate your imagination").

Ajoutons que le "tarasco" est un bon matériau pour enseigner à un débutant mais certainement pas celui qu'utiliserait un professionnel pour réaliser une oeuvre durable.

Concluons par un bref petit rappel historique quant à la reconnaissance du droit d'aval. Au Canada, les droits moraux d'auteur ont été statutairement reconnus en 1931 à l'occasion de l'adhésion du Canada à la Convention de Rome de 1928. À peu de choses près, c'est d'ailleurs le texte de la traduction anglaise de l'article 6 bis de la Convention de Rome qui a été reproduit à l'article 12(5) puis 12(7) d'alors:

- "le droit de s'opposer à toute déformation, mutilation ou autre modification/the right to object to any distortion, mutilation or other modification"

viz. "the right to retrain any distortion, mutilation or other modification/le privilège de réprimer toute déformation, mutilation ou autre modification".

L'article 6 bis de la Convention de Rome de 1928 ne visait donc que les déformations, mutilations ou autres modifications et c'est d'ailleurs ce texte qui a prévalu dans la Loi canadienne de 1931 à 1988.

La Convention de Bruxelles toutefois, en 1948, le texte de l'article 6 bis a été modifié par l'adjonction, au premier alinéa de la périphrase "ou à toute atteinte à la même oeuvre"/"or any other action in relation to said work".

Le Canada n'a pas adhéré aux révisions de Bruxelles de 1948 non plus qu'à celle de Stockholm de 1967 et de Paris de 1971 qui n'ont cependant pas modifié ce texte. C'est donc encore dans le texte de l'article 6 bis, premier alinéa de Bruxelles qu'il faut trouver fondement historique à l'article 28.2 actuel.

C'est d'ailleurs la Cisac qui, dans le cadre de la révision de la Convention de Berne avait proposé d'ajouter au premier alinéa de l'article 6 b), après le mot modification, les mots "ou autre utilisation". Le but visé, semble-t-il, était alors d'atteindre les représentations dramatiques et les projections cinématographiques préjudiciables à l'honneur ou à la réputation d'auteur.)

28.1 Any act or omission that is contrary to any of the moral rights of the author of a work is, in the absence of consent by the author, an infringement of the moral rights.

28.2(1) The author's right to the integrity of a work is infringed only if the work is, to the prejudice of the honour or reputation of the author,

(a) distorted, mutilated or otherwise modified; or

(b) used in association with a product, service, cause or institution.

(2) In the case of a painting, sculpture or engraving, the prejudice referred to in subsection (1) shall be deemed to have occurred as a result of any distortion, mutilation or other modification of the work.

(3) For the purposes of this section,

(a) a change in the location of a work, the physical means by which a work is exposed or the physical structure containing a work, or

(b) steps taken in good faith to restore or preserve the work

shall not, by that act alone, constitute a distortion, mutilation or other modification of the work.

28.1 Constitue une violation des droits moraux de l'auteur sur son oeuvre tout fait -acte ou omission- non autorisé et contraire à ceux-ci.

28.2(1) Il n'y a violation du droit à l'intégrité que si l'oeuvre 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.

(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).

(3) Pour l'application du présent article, ne constitue pas nécessairement une déformation, mutilation ou autre modification de l'oeuvre un changement de lieu, du cadre de son exposition ou de la structure qui la contient ou toute mesure de restauration ou de conservation prise de bonne foi.

ROBIC + LAW
+ BUSINESS
+ SCIENCE
+ ART

ROBIC + DROIT
+ AFFAIRES
+ SCIENCES
+ ARTS

